

IN F O I N T E R N E

Informationen, Referate und Aufsätze
aus der Bernischen Justiz

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

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

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

Redaktion:

Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts

(Vorsitz: Oberrichter J. Sollberger; Oberrichter M. Girardin, Oberrichter St. Stucki, Generalprokurator-Stellvertreter F. Bänziger, Gerichtspräsident D. Bähler, Untersuchungsrichterin S. Hänzi, Kammerschreiber Ch. Leu, Sekretariat: U. Schreyer, Kanzlei Appellationshof, ☎ 031 634 72 47, Mail ursula.schreyer@jgk.be.ch)

Rédaction:

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

(Président: J. Sollberger, juge d'appel; M. Girardin, juge d'appel, St. Stucki, juge d'appel, F. Bänziger, Procureur général suppléant, D. Bähler, Président de tribunal, S. Hänzi, juge d'instruction, Ch. Leu, Greffier, Secrétariat: U. Schreyer, chancellerie de la cour d'appel, ☎ 031 634 72 47, Mail ursula.schreyer@jgk.be.ch)

HEFT 17 / SOMMER 2001
LIVRE 17 / ETE 2001

Inhaltsübersicht

Mitteilungen der Redaktion und der Weiterbildungskommission	
• Nachtrag/Korrigenda Infointerne Nr. 16	3
• Basisseminar Forensik	3
• Nachdiplomstudium zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität	4

Communications de la rédaction et de la commission pour la formation continue	
• nom de l'auteur de l'exposé intitulé, Infointerne no 16	4
• séminaire de base en matière forensique	4
• formation postgraduée au niveau national en matière de lutte contre la criminalité économique.	5

Kursprogramm zweite Jahreshälfte 2001	6

Programme des cours pour le deuxième semestre 2001	8

Hinweise auf „auswärtige“ Weiterbildungsveranstaltungen	10

Gerichtsstandsprobleme - formelle und materielle Fragen Oberrichter Christian Trenkel	11

Erste Erfahrungen mit dem neuen Scheidungsrecht aus der Sicht eines erstinstanzlichen Scheidungsrichters Gerichtspräsident Daniel Bähler	27

Verzeichnis der bisher im Infointerne erschienenen Referate und Aufsätze	50

Mitteilungen der Redaktion und der Weiterbildungskommission

1. Im Infointerne Nr. 16 vom Winter 2000 wurde irrtümlich der Verfasser des Referates „De quelques problemes en matière de faillite“ auf Seite 58 nicht ausdrücklich erwähnt. Das Referat zum Kurs vom 19. Oktober 2000 hat **Herr Prof. Pierre-Robert Gilléron** geschrieben und vorgetragen. Wir bitten dieses Versäumnis entschuldigen zu wollen und bedanken uns nochmals herzlich bei Herrn Prof. Gilléron für die Überlassung des Manuskripts.
2. Das erste gesamtschweizerische **Basisseminar Forensik** ist im März/April 2001 mit gutem Erfolg durchgeführt worden. Die Kursteilnehmerinnen und Kursteilnehmer rekrutierten sich aus den Justizbehörden zwölf verschiedener Kantone. Aus dem Kanton Bern haben eine Untersuchungsrichterin und zwei Untersuchungsrichter teilgenommen. Die Weiterbildungskommission hat nach diesem ersten Testlauf in Absprache mit der AUKA und der AK beschlossen, auch weiterhin Angehörigen der bernischen Justiz die Teilnahme an diesen Ausbildungskursen zu ermöglichen. Darüber hinaus soll nun aber **zusätzlich die Teilnahme ausdrücklich auch Kammerschreiberinnen und Kammerschreibern sowie Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern, die bereits Vertretungen in Gerichtskreisen oder Untersuchungsrichterämtern übernommen haben oder demnächst übernehmen werden, offen stehen.** Für den Kurs im Herbst wurden darum je zwei Vertreterinnen bzw. Vertreter des erst- und oberinstanzlichen Mittelbaus gemeldet. Zusätzlich wurden ausreichend Plätze für Angehörige der bernischen Justiz, die im Laufe dieses Sommers in ein Amt eingesetzt bzw. gewählt werden, reserviert. Der Herbstkurs ist damit für uns ausgebucht, das Basisseminar wird aber nochmals im Frühjahr 2002 durchgeführt und Anmeldungen von Interessentinnen und Interessenten, die dem oben umschriebenen Anforderungsprofil entsprechen, nimmt das Sekretariat der Weiterbildungskommission (U. Schreyer, Kanzlei Appellationshof, ☎ 031 634 72 47, E-Mail ursula.schreyer@jgk.be.ch) gerne entgegen.
3. Die unter dem Patronat der KKJPD bzw. der KSBS stehende Arbeitsgruppe ESM, der auch mehrere Universitätsdozenten und Magistratspersonen aus dem Kanton Bern angehören, wird in den nächsten Wochen entscheiden, in welcher Weise die Aus- und Weiterbildung im Bereich Forensik ab Herbst 2002 erfolgen soll. Dass es in jedem Falle eine Fortführung der erfolgreich gestarteten Kurse geben wird, steht ausser Frage, in welcher Weise dies insbesondere bezüglich zeitlichem Ausmass geschehen wird, muss noch eingehend diskutiert werden.

4. Am 30. April 2001 hat in Luzern eine Eröffnungsveranstaltung zum nationalen **Nachdiplomstudium zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität** stattgefunden. Damit wird auch in diesem Bereich das anvisierte Ziel, nämlich das erste Semester im Frühjahr/Sommer 2001 starten zu können, erreicht. Die zahlreichen Anmeldungen haben dazu geführt, dass bereits in diesem Jahr der deutschsprachige Kurs - leicht zeitlich verschoben - doppelt geführt wird. Aus der bernischen Justiz ist ein Teilnehmer gemeldet, der die Vorreiterrolle übernommen hat und uns mit den nötigen Informationen über Art und Qualität des Kurses beliefert wird. Erste Überlegungen zeigen jedoch bereits heute, dass ohne Reduktion des ordentlichen Arbeitspensums und damit eben auch ohne Arbeitszeitreduktion mit entsprechenden Lohneinbussen eine Kursteilnahme nur in Ausnahmefällen und/oder bei besonders günstigen Konstellationen am Arbeitsplatz möglich sein dürfte. Auch hier zeichnet sich damit eine Vorverlagerung dieser Spezialausbildung auf den Zeitpunkt vor Antritt einer Tätigkeit bei einem URA ab.

Communications de la rédaction et de la commission pour la formation continue

1. Dans l'Infinterne no 16 (hiver 2000), en page 58, le nom de l'auteur de l'exposé intitulé « De quelques problèmes en matière de faillite » n'a par erreur pas été mentionné. Il s'agit de **M. le Prof. Pierre-Robert Gilliéron**, qui a rédigé et présenté cet exposé lors du cours du 19 octobre 2000. Nous nous excusons de cet oubli et remercions à nouveau sincèrement M. le Prof. Gilliéron de nous avoir transmis son manuscrit.
2. Le premier **séminaire de base en matière forensique** au niveau national s'est déroulé avec succès en mars/avril 2001. Les participants et participantes au cours provenaient des autorités judiciaires de douze cantons différents. Trois juges d'instructions bernois y ont pris part (une femme et deux hommes). Suite à ce premier essai, la Commission pour la formation continue a décidé, en accord avec la Chambre de surveillance et la Chambre d'accusation, d'offrir à d'autres membres de la justice bernoise la possibilité de suivre ces cours de formation. Aujourd'hui, il s'agit toutefois **d'ouvrir ce cours également à des greffiers et greffières de chambres ainsi qu'à des greffiers et greffières de tribunaux ayant déjà effectué ou allant prochainement effectuer des remplacements dans des tribunaux d'arrondissement ou dans des services régionaux de juges d'instruction**. Ainsi, pour le cours d'automne, deux représentants ou représentantes de première et de deuxième instance ont été inscrits. En outre un nombre suffisant de places a

été réservé pour les membres de la justice bernoise engagés respectivement élus à une telle fonction dans le courant de cet été. Le cours d'automne affiche donc complet pour nous, mais le séminaire de base se déroulera à nouveau au printemps 2002. Le secrétariat de la Commission pour la formation continue (U. Schreyer, Chancellerie de la Cour d'appel, tél. 031 634 72 47, E-mail ursula.schreyer@jgk.be.ch) se fera un plaisir de prendre les inscriptions des personnes intéressées et correspondant au profil d'exigences susmentionné.

3. Le groupe de travail ESM, placé sous le patronage de la CDCJP et de la CAPS, auquel appartiennent plusieurs chargés de cours universitaires et magistrats du canton de Berne, décidera dans les prochaines semaines de quelle manière s'effectueront la formation et le perfectionnement dans le domaine judiciaire à partir de l'automne 2002. La poursuite des cours débutés avec succès n'est en aucun cas remise en question ; il s'agit encore de discuter de façon approfondie le mode sur lequel cela aura lieu, en particulier quel temps y sera consacré.
4. Le 30 avril 2001 a eu lieu à Lucerne une manifestation pour l'ouverture de la **formation postgraduée au niveau national en matière de lutte contre la criminalité économique**. Ainsi, dans ce domaine également, l'objectif visé, qui consistait à débiter le premier semestre au printemps/été 2001, a été atteint. Les nombreuses inscriptions ont conduit cette année déjà à doubler le cours donné en langue allemande, avec un léger décalage dans le temps. Un des participants est membre de la justice bernoise et, en tant qu'avant-courrier, nous fournira les informations nécessaires sur le type et la qualité du cours. Cependant, les premières réflexions menées montrent aujourd'hui déjà qu'une participation au cours sans diminution du volume de travail ordinaire, et par conséquent sans réduction du temps de travail ni diminution correspondante du salaire, ne serait possible que dans des cas exceptionnels et/ou lorsque la situation s'y prête de façon particulièrement favorable sur le lieu de travail. Ainsi, il conviendrait également d'envisager cette formation spéciale lors d'une période précédant le début d'une activité dans le cadre d'un service régional de juges d'instruction.

Kursprogramm zweite Jahreshälfte 2001

Kurs 1 (W): **Konfliktbereiche Justiz - Polizei, Verdeckte Fahndung, V-Mann, Zeugenpflicht und anderes mehr**
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz
Inhalt: Referate, Übungen und Diskussionen
Kursleitung: OR J. Sollberger
lic. iur. P. Baumgartner, Chef Kripo der Kapo Bern
Dauer: 1 Tag
Termin: Mittwoch, 12. September 2001
Kursort: Kantonale Polizeischule Ittigen
Bemerkung: Es sind noch einige wenige Plätze frei.

Kurs 4: **Berner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt - BIP**
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
Inhalt:
- Einführung
- Erfahrung der Strafverfolgungsbehörde von BS
- Ambivalenzkonflikt bei von Gewalt betroffenen Frauen
- Möglichkeiten und Grenzen aus polizeilicher Sicht
- aus der Sicht der Strafjustiz
- aus der Sicht des Eheschutzes
Kursleitung: URin S. Hänzi
Dr. iur. M. Schwander
Dauer: 1 Tag
Termin: Donnerstag, 14. Juni 2001
Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
Kosten: Fr. 50.— für die Mitglieder des BAV

Kurs 5 (D): **Lesung und Auslegung von Bilanzen und Erfolgsrechnung**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz, sowie Richter und juristische Sekretäre der Kantone JU, NE und FR

Kursleitung: OR M. Girardin

ReferentInnen: A. Rettenmund, Direktor Fidufisc

Dauer: 1 Tag

Termin: Mittwoch, 24. Oktober 2001

Wiederholung: Donnerstag, 01. November 2001

Kursort: Amthaus Bern, TP 18

Bemerkung: Die gleiche Veranstaltung wird am 16. Oktober 2001 in französischer Sprache im Hotel Elite in Biel durchgeführt.

Auch die Wiederholung des Kurses ist bereits ausgebucht.

Kurs 6: **Veranstaltung zum Thema Geldwäscherei**
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV und der Selbstregulierungsorganisation des Schweiz. Anwalts- und Notarenverbandes

Inhalt:

- Probleme und Lösungsansätze im Bankensektor, Referent Hans-Peter Bauer (UBS)
- Geldwäscherei auf dem Finanzplatz Fürstentum Liechtenstein, Referent Michael Lauber (Financial Investigation Unit, Vaduz FL)
- Lagebild Schweiz, Referentin Judith Voney (BAP/MROS)
- Diskussion

Kursleitung: Generalprokurator-Stellvertreter F. Bänziger

Dauer: 1/2 Tag

Termin: Mittwoch, 14. November 2001, ab 14.00 Uhr

Kursort: Aula Freies Gymnasium, Beaulieustrasse 55, 3012 Bern

Kosten: Fr. 50.— für die Mitglieder des BAV und der SRO

Hinweis:

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

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

Programme des cours pour le deuxième semestre 2001

Cours 1 (W): Points de tension entre justice et police, investigations secrètes, agent infiltré, obligation de témoigner et autres problèmes

ouvert aux membres de la justice bernoise
 contenu: conférences, exercices et discussions
 Direction du cours: M. le Juge d'appel Sollberger
 lic. iur. P. Baumgartner, chef de la police judiciaire, Poca Berne
 Durée: 1 jour
 Date: mercredi 12 septembre 2001
 Lieu: Ecole de la police cantonale à Ittigen
 remarque: Quelques places sont encore disponibles

Cours 4: Projet d'intervention bernois contre la violence domestique - pib

ouvert aux membres de la justice bernoise et pour les membres de l'AAB
 Direction du cours: juge d'instruction S. Hänzi
 Dr. iur. M. Schwander
 Durée: 1 jour
 Date: jeudi 14 juin 2001
 Lieu: Amthaus Berne, salle des Assises
 Coût: Fr. 50.— pour les membres de l'AAB

Cours 5 (F): Lecture et interprétation d'un bilan et d'un compte de pertes et profits

ouvert aux membres de la justice bernoise ainsi qu'aux juges et secrétaires juridiques des cantons du Jura, Neuchâtel et Fribourg
 Direction du cours: M. le Juge d'appel Girardin
 Coférenciers: A. Rettenmund, directeur de Fidufisc
 Durée: 1 jour
 Date: mardi 16 octobre 2001
 Lieu: Hôtel Elite à Bienne
 remarque: Le même cours aura lieu en langue allemande le 24 octobre 2001 et le 1er novembre 2001 à Berne

Cours 6: sur le thème du blanchiment d'argent

ouvert aux membres de la justice bernoise, de l'AAB et de l'organisme d'autorégulation de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires

- contenu:
- problèmes et ébauches de solutions en matière bancaire; conférencier: Hans-Peter Bauer (UBS)
 - blanchiment d'argent sur la place financière de la Principauté du Liechtenstein; conférencier: Michael Lauber (Financial Investigation Unit, Vaduz Lie.)
 - image de la Suisse; conférencière: Judith Voney (OFP/ MROS)
 - discussion

Direction du cours: F. Bänziger, suppléant du Procureur général

Durée: ½ journée

Date: mercredi 14 novembre 2001 dès 14 heures

Lieu: Aula du „Freies Gymnasium“ à Berne

Coût: 50 fr. pour les membres de l'AAB et de la Fédération suisse des avocats et de la Fédération suisse des notaires

Avertissement:

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

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

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen

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

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

Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter

Anhörung von Kindern im Zivil- und Strafprozess ,15./16.11.2001 (ev. Wiederholung 28.02./01.03.2002), Studienzentrum Gerzensee

Schweizerischer Juristenverein

p.m.

Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter

p.m.

Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft

Cours d'instruction en langue française, les 8./9.11.2001 à Fribourg, portant sur les sujets « Questions actuelles de droit pénal » et « Le projet d'un code suisse de procédure pénal ».

Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

p.m.

Berner Forum für Kriminalwissenschaften

p.m.

BAV

p.m.

Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich

p.m.

ESM Basisseminar Forensik

p.m.

Nachdiplomstudium zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität NDS BWK

p.m.

Verband bernischer GerichtsschreiberInnen

p.m.

Gerichtsstandsprobleme - formelle und materielle Fragen¹

Oberrichter Christian Trenkel

1. Einleitung

Dieser Beitrag behandelt fünf Artikel aus dem StGB, die in der juristischen Ausbildung nie thematisiert werden, denen aber grosse praktische Bedeutung zukommt². Gemeint sind die Art. 346 - 351 StGB, die Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit, besser bekannt als Gerichtsstandsregeln. Die nachfolgenden Ausführungen stellen eine Zusammenfassung der gängigen Literatur³ zum Thema dar und enthalten ausgewählte Hinweise zu praxisrelevanten Fragen.

Die praktische Bedeutung der Gerichtsstandsregeln ist in der Tat gross. 2000 z.B. waren durch die Generalprokuratur, bei welcher im Kanton Bern die Fäden bezüglich der interkantonalen Gerichtsstandsverfahren alle zusammenlaufen⁴, 964 Gerichtsstandsverfahren zu bearbeiten. Viele dieser Verfahren sind problemlos und einfach zu erledigen, doch gibt es jedes Jahr auch eine ganze Anzahl von 'Knacknüssen' darunter, Fälle die arbeitsintensiv und materiell schwierig zu entscheiden sind, aber auch Verfahren, in welchen die beteiligten Stellen ihre Standpunkte (über-)engagiert und mitunter nicht immer ganz sachlich vertreten. Im Jahresbericht 1999 des Generalprokurators wird dazu ausgeführt, die Gerichtsstandsverhandlungen mit gewissen eidgenössischen Ständen würden zunehmend „zäher und unfreundlicher, vom 'freundeidgenössischen Geist' sei wenig übrig“ geblieben. Obschon statistisch gesehen regelmässig in etwa gleich viele Fälle abgetreten werden können wie übernommen werden müssen⁵, ist ein starkes Engagement in den Gerichtsstandsverhandlungen natürlich naheliegend. TRECHSEL⁶ schreibt dazu, für die Kantone bestehe ein starkes Interesse daran, Strafverfahren abzuwälzen und so Arbeit und Kosten zu sparen. Es ist somit nachvollziehbar, wenn in Gerichts-

¹ Leicht überarbeitete Fassung eines im Rahmen des Ausbildungskurses für neugewählte Gerichtspersonen gehaltenen Vortrages.

² Stefan TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, N. 2 vor Art. 346

³ massgebend ist insbesondere Erhard SCHWERI, Interkantonale Gerichtsstandsbestimmungen in Strafsachen

⁴ siehe Art. 7 ff. StrV

⁵ 2000 z.B. übernahm der Kanton Bern 358 Verfahren von anderen Kantonen und konnte 364 Verfahren an andere Kantone abtreten

⁶ a.a.O. N. 2 vor Art. 346

standsverfahren bisweilen unverhältnismässiger Aufwand betrieben wird, doch gilt es dabei immer auch die Kehrseite zu beachten: Mit Haken und Ösen geführte Gerichtsstandsstreitigkeiten laufen den Interessen der Strafverfolgung zuwider. Felix BÄNZIGER hat die Problematik ausführlich und anschaulich dargestellt⁷.

Mit diesen Bemerkungen soll aber kein falsches Gesamtbild vermittelt werden. Meist können die Gerichtsstandsverfahren selbst in komplexen Fällen in kollegialer Art und Weise abgewickelt werden. Vor Überraschungen - auch durch die Rechtsprechung der in Gerichtsstandsstreitigkeiten letztlich zuständigen Anklagekammer des Bundesgerichts⁸ - ist man allerdings nie ganz gefeit. Denn manchmal entscheidet sich eine kontroverse Frage schliesslich eher an der Macht des Faktischen als an rein rechtlichen Kriterien. Als Beispiel dazu seien die aufwändigen Verfahren gegen Werner K. Rey und Cons. genannt. Das Bundesgericht hatte sich in dieser Sache bereits Jahre vor der Auslieferung zur Frage des Gerichtsstandes geäussert⁹ und den Kanton Bern damals nur für *vorläufig zuständig* erklärt. Aus praktischen Gründen wäre allerdings nach Abschluss der Voruntersuchung ein Wechsel des Gerichtsstandes kaum mehr zu realisieren gewesen, selbst wenn sich die Zuständigkeit eines anderen Kantons klar ergeben hätte. Derartige Fälle sind aber Ausnahmen, in der Regel werden die Strafverfahren am gesetzlich vorgegebenen Ort durchgeführt und dieser Ort kann meistens auch klar definiert und bestimmt werden.

Eine kurze, aber systematische Überprüfung der eigenen örtlichen Zuständigkeit sollte routinemässig am Anfang jeder untersuchungsrichterlichen oder richterlichen Beschäftigung mit einem neuen Dossier stehen. Dazu sind die Strafjustizbehörden einerseits verpflichtet, denn die örtliche Zuständigkeit gehört zu den Prozessvoraussetzungen, die in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen zu prüfen sind¹⁰. Andererseits lässt sich durch eine systematische Prüfung unter Umständen auch eine ganze Menge Arbeit sparen. Führt die Prüfung zum Ergebnis der eigenen Unzuständigkeit, sollten die Akten allerdings nicht einfach reflexartig zu Händen eines anderen Kantons an die Generalprokuratur geschickt werden. Wichtig ist, dass all

⁷ Felix BÄNZIGER, „Wie Gerichtsstandsstreitigkeiten die Wahrheitsfindung behindern“ ZStrR 1988 S. 336 ff.

⁸ Art. 264 BStP

⁹ Urteil der Anklagekammer des Bundesgerichts von 4. Mai 1992

¹⁰ vgl. Art. 57, 225 und 292 StrV

das, was trotz fehlender Zuständigkeit sinnvollerweise im eigenen Zuständigkeitsbereich vorgenommen werden kann, vorgängig erledigt wird¹¹.

2. Der Anwendungsbereich der Art. 346 ff. StGB

Die Bestimmung des Gerichtsstandes in Anwendung der Art. 346 ff. StGB setzt immer voraus, dass für die in Frage stehende Tat das Schweizerische Strafgesetzbuch anwendbar, d.h. dass schweizerische Gerichtsbarkeit gegeben ist. Wenn dies aufgrund der Art. 3 - 7 StGB der Fall ist, so muss es für eine Tat auch einen schweizerischen Gerichtsstand geben, der sich nach den Bestimmungen der Art. 346 ff. StGB bestimmt¹².

Die Artikel 346 - 351 haben demnach einen weiten Anwendungsbereich. Sie sind einmal auf alle interkantonalen Gerichtsstandsverfahren anwendbar, d.h. auf die Verfahren, in welchen die örtliche Zuständigkeit mehrerer Kantone in Frage kommt. Die Normen finden aber auch Anwendung auf das innerkantonale Verfahren, sie regeln auch die örtliche Zuständigkeit innerhalb des Kantons, zwischen den einzelnen UR-Regionen bzw. zwischen den einzelnen Gerichtskreisen¹³.

Die Art. 346 ff. finden sowohl Anwendung auf die Bestimmungen des StGB, als auch auf die Tatbestände der eidgenössischen Nebenstrafgesetzgebung. Sie sind auch anwendbar, wenn der Täter/die Täterin im Ausland gehandelt hat, sofern auch - alternativ - die Voraussetzungen der Art. 4 bis 7 des StGB erfüllt sind oder wenn eine Strafbestimmung des besonderen Teils des StGB dies vorsieht¹⁴.

¹¹ Beispiel: im Kanton Bern geht eine Anzeige ein wegen eines geringfügigen Vermögensdeliktes. Die geschädigte Person wohnt im Kanton Bern. Es ergibt sich, dass bei einer Bezirksanwaltschaft im Kanton Zürich bereits ein Verfahren gegen die angezeigte Person hängig ist wegen eines schweren Deliktes. Es ist sinnvoll, den für das neue Delikt noch fehlenden Strafantrag selber bei der geschädigten Person einzuholen, bevor das Dossier in den Kanton Zürich geht.

¹² BGE 122 IV 167

¹³ siehe Art. 13 StrV

¹⁴ Art. 240 Abs. 3 StGB z.B. bestimmt, dass der Täter bei der Geldfälschung auch bestraft wird, wenn er die Tat im Ausland begangen hat, in der Schweiz betreten und nicht ausgeliefert wird.

Die Art. 346 ff. finden hingegen keine Anwendung auf strafbare Handlungen, die der Bundesgerichtsbarkeit¹⁵ unterstehen und auf Delegationsstrafsachen¹⁶. Eine Delegations- oder Vereinigungsverfügung der Bundesanwaltschaft ist verbindlich und nicht an die Regeln gemäss Art. 346 ff. gebunden. Es kann also sein, dass ein Gericht ein delegiertes Verfahren zu beurteilen hat, obschon gemäss Art. 346 ff. eine andere örtliche Zuständigkeit gegeben wäre.

Nicht anwendbar sind die Bestimmungen des StGB über die örtliche Zuständigkeit auf Militärstrafsachen¹⁷. Für zivile Behörden wichtiger zu wissen ist, dass die Art. 346 ff. im interkantonalen Bereich keine Anwendung finden auf die Tatbestände des kantonalen Strafrechts¹⁸, Übertretungen des kantonalen Rechts müssen von einem anderen Kanton nicht übernommen werden¹⁹. Es ist also z.B. möglich, dass eine bernische Behörde zwar ein Verfahren gegen eine angeschuldigte Person wegen diverser SVG - Widerhandlungen an einen anderen Kanton abtreten kann. Die zusätzlich angezeigte Namensverweigerung nach EG-StGB muss sie aber selber behandeln.

Die Art. 346 ff. finden sodann keine Anwendung zur Bestimmung des Gerichtsstandes in Verfahren gegen Kinder und Jugendliche²⁰. Hier gilt eine besondere Norm, nämlich Art. 372 StGB. Den Besonderheiten des Jugendstrafrechts soll auch mit einer Sonderregelung der örtlichen Zuständigkeit Rechnung getragen werden. Da den persönlichen Verhältnissen bei Jugendlichen besondere Bedeutung zukommt, werden primär die Behörden am Wohnsitz von Beschuldigten für zuständig erklärt, da diese das soziale bzw. familiäre Umfeld am besten abklären und beurteilen können²¹. Für junge Erwachsene²² hingegen gelten wiederum die ordentlichen Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit.

Gelegentlich enthalten Spezialgesetze des Bundes eigene Gerichtsstandsbestimmungen, die den allgemeinen Normen vorgehen. Zu erwähnen ist hier z.B. Art. 84

¹⁵ Art. 340 StGB

¹⁶ Art. 18 BStP und 344 Ziff. 1 StGB

¹⁷ siehe Art. 2 ff. und 221 MStG sowie 100 ff. MStP

¹⁸ Art. 335 StGB

¹⁹ BGE 71 IV 221

²⁰ Art. 82 bzw. 89 StGB

²¹ Als gerichtstandsbestimmender Wohn- oder Aufenthaltsort jugendlicher Asylbewerber gilt der durch die Bundesbehörden bestimmte Aufenthaltskanton.

²² Art. 100 StGB

des Bundesgesetzes über die Erfindungspatente²³. Von gewisser praktischer Relevanz sind auch die Sonderbestimmungen in den Art. 22 ff. des VStrR²⁴.

3. Die Systematik der Gerichtsstandsnormen

Die Art. 346 ff. StGB zählen verschiedene Gerichtsstände auf, unter denen teils Subsidiarität, teils Spezialität gilt. Grundsätzlich können folgende Konstellationen unterschieden werden:

- ein Delikt - eine beschuldigte Person (Art. 346 -348 StGB);
- ein Delikt - mehrere beschuldigte Personen (Art. 349 StGB);
- mehrere Delikte - eine beschuldigte Person (Art. 350 StGB);
- mehrere Delikte - mehrere beschuldigte Personen

Ausgangspunkt zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist im Erwachsenenstrafrecht der Ort der Begehung einer Straftat oder der Ort des Erfolgseintritts (Art. 346), wobei das Gesetz eine subsidiäre Regelung aufstellt für den Fall, dass der Begehungsort nicht ermittelt werden kann oder die Tat im Ausland verübt wurde (Art. 348). Besondere Gerichtsstände gelten für Delikte durch Medien (Art. 347) und besondere Bestimmungen gibt es auch für die Teilnehmenden an einer Tat (Art. 349) sowie für das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen (Art. 350).

Für die Festsetzung des Gerichtsstandes ist immer die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat massgebend, auf die effektiv begangene kann nicht abgestellt werden, weil es ja erst darum geht, die Behörden zu bestimmen, die den Sachverhalt zu untersuchen und später zu beurteilen haben. Massgebend ist die im Moment der Prüfung der Gerichtsstandsfrage vorhandene Verdachtslage, wobei alles mit zu berücksichtigen ist, das nicht zum vornherein als haltlos bezeichnet werden kann.

4. Die einzelnen Gerichtsstände

a) Art. 346 - Gerichtsstand des Ortes der Begehung

Art. 346 StGB, das so genannte forum delicti commissi, kommt zur Anwendung, wenn *eine* beschuldigte Person *einer* strafbaren Handlung verdächtigt wird. Zuständig zur Verfolgung und Beurteilung dieser Tat sind die Behörden des Begehungsortes, wenn Ausführungs- und Erfolgsort in der Schweiz liegen oder der

²³ SR 232.14

²⁴ SR 313.0

Ausführungsort in der Schweiz und der Erfolgsort im Ausland liegt. Liegt der Ausführungsort im Ausland und nur der Erfolgsort in der Schweiz, so sind die Behörden des Erfolgsortes zuständig. Liegen Ausführungs- und Erfolgsort im Ausland, so bestimmt sich der Gerichtsstand nach Art. 348 StGB.

Die Gerichtsstandsfrage kann nicht losgelöst von der materiell - rechtlichen Verdachtslage beantwortet werden. Vor jeder Gerichtsstandsdiskussion muss deshalb geprüft werden, unter welche rechtlichen Normen sich ein einer beschuldigten Person zur Last gelegtes Verhalten subsumieren lässt. Das ist insbesondere bei Laienanzeigen wichtig und bisweilen auch schwierig, weil in derartigen Eingaben nicht selten zwar ein einigermaßen konkreter Sachverhalt geschildert, aber eine völlig unzutreffende rechtliche Qualifikation vorgenommen wird.

Als begangen gilt die Tat dort, wo die strafbare Handlung ausgeführt wird. Begehungsort und Ausführungsort sind aber nicht dasselbe, anders als bei Art. 7 StGB geht bei Art. 346 StGB der Ausführungsort dem Erfolgsort vor, der Gerichtsstand des Erfolgseintrittes ist im Verhältnis zu jenem der Tatausführung subsidiär und gilt nur dann, wenn der Ausführungsort als gerichtstands begründendes Merkmal versagt. Ist der Ausführungsort unbekannt, kann er aber ermittelt werden, so sind die erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen, und zwar durch die Behörde, bei der die Anzeige eingegangen ist. Diese ist verpflichtet alle Tatsachen zu erforschen, die zur Festlegung des Gerichtsstandes erforderlich sind.

Gelegentlich hängt der Ausführungsort von der rechtlichen Qualifikation einer Tat ab. In solchen Fällen, in denen nur ein Delikt verübt wurde, für das aber je nach rechtlicher Qualifikation alternativ mehrere Ausführungsorte in Frage kommen, ist Art. 350 Ziff. 1 StGB analog anzuwenden, d.h. der Ausführungsort befindet sich dort, wo das mit der schwersten Strafe bedrohte Delikt verübt wurde.

Wo der Ausführungsort liegt, ist abhängig von der Art des Deliktes. Beim *Begehungsdelikt* liegt er dort, wo die beschuldigte Person eigenhändig und persönlich gehandelt hat. Das *Unterlassungsdelikt* wird dort ausgeführt, wo die Täterschaft - im Zeitpunkt in dem sie hätte handeln sollen - sich befand. Wird eine Geldleistung geschuldet und nicht erbracht, so befindet sich der Ausführungsort am Wohnort des Gläubigers zur Zeit der Fälligkeit der Zahlung, sofern der Gläubiger Wohnort in der Schweiz hat. Beim *Gefährdungsdelikt* liegt der Ausführungsort dort, wo die beschuldigte Person eine Handlung beging oder unterliess, welche geeignet war, das geschützte Rechtsgut zu verletzen oder eine konkrete Gefahr

zu verursachen. Beim *Distanzdelikt*, bei welchem Ausführungs- und Erfolgsort auseinander liegen, ist der Ort der Ausführung massgebend, wenn dieser in der Schweiz liegt, sonst der Erfolgsort, wenn dieser in der Schweiz liegt. Beim *zusammengesetzten Delikt* kann ein Teil der zum Tatbestand gehörenden Handlungen in einem, der andere Teil aber in einem anderen Kanton verübt werden (z.B. beim Betrug die Täuschung im Kanton A, die Entgegennahme des Geldes aber im Kanton B). Nach Art. 346 Abs. 2 StGB sind in diesem Fall die Behörden zuständig, wo die Untersuchung zuerst angehoben wurde. Beim *Kollektivdelikt* (z.B. gewerbsmässige Begehung) sind alle unter das Kollektivdelikt fallenden Einzelhandlungen als mit der gleichen Strafe bedroht anzusehen und der Gerichtsstand bestimmt sich nach Art. 350 Abs. 1 Ziff. 2 StGB, d.h. zuständig ist die Behörde, wo die Untersuchung zuerst angehoben wurde.

Der Begehungsort liegt überall dort, wo die beschuldigte Person massgeblich gehandelt hat und kann z.B. beim Betrug an mehreren Orten liegen. Wird eine Tat an mehreren Orten begangen, so sind die Behörden des Ortes zuständig, wo die Untersuchung zuerst angehoben wurde (Art. 346 Abs. 2). Es gilt das so genannte forum praeventionis, welches auch bei Art. 350 StGB eine wichtige Rolle spielt. Die Frage, wann eine Untersuchung angehoben ist, ist dabei eine Frage des eidgenössischen Rechts und es ist deshalb unerheblich, ob auch das kantonale Verfahrensrecht eine bestimmte Handlung bereits als Akt der Strafverfolgung betrachtet oder in ihr bloss eine Vorbereitung des Prozesses erblickt. Der Begriff der Untersuchung ist nicht auf Massnahmen beschränkt, welche die Verjährung unterbrechen oder nach kantonalem Recht die Rechtshängigkeit bewirken. Ganz allgemein gilt eine Untersuchung viel mehr bereits dann als angehoben und ein Täter als verfolgt, wenn eine Straf-, Untersuchungs- oder Polizeibehörde durch die Vornahme von Erhebungen oder in anderer Weise zu erkennen gegeben hat, dass sie jemanden - eine bekannte oder noch unbekannte Täterschaft - verdächtigt. Das ist jedenfalls immer dann der Fall, wenn eine Strafanzeige eingegangen ist oder ein Strafantrag gestellt wurde. Die Untersuchung gilt aber z.B. auch dann als angehoben, wenn eine interkantonale Sachbearbeiterkonferenz der Polizei einberufen wurde und damit erkennbar wird, dass eine bestimmte oder bestimmbare Person einer konkreten Tat verdächtigt wird. Ob dies der Fall ist, ist bisweilen kontrovers, so z.B. dann, wenn die Polizei bei Vorermittlungen Hinweise eines Informanten bloss zur Kenntnis nimmt, aber noch nicht eigentliche Ermittlungen anstrengt.

Massgebend für das forum praeventionis ist die erste Ermittlungshandlung, die sich anhand der Akten nachweisen lässt, und zuständig sind die Behörden, wel-

che die erste Ermittlungshandlung vorgenommen haben. Der Gerichtsstand der Prävention kann indessen nur in einem Kanton begründet werden, dem an sich in der betreffenden Sache auch die Gerichtsbarkeit zusteht. Handlungen eines örtlich unzuständigen Kantons sind bei der Bestimmung des *forum praeventionis* unbeachtlich.

Zur Kasuistik zu Art. 346 StGB sei auf die Ausführungen von SCHWERI²⁵ und TRECHSEL²⁶ verwiesen. Ergänzend sei auch SCHWARZENEGGER²⁷ erwähnt, der sich insbesondere zur Gerichtsstandsfrage bei Internetkriminalität äussert.

b) Art. 347 - Gerichtsstand bei Delikten durch Medien

Auf den 1. April 1998 ist eine Revision des Medienstraf- und Verfahrensrechts im Strafgesetzbuch sowie im Militärstrafgesetz in Kraft getreten. Mit der Revision wurde primär ein altes medienpolitisches Postulat verwirklicht, nämlich die Anerkennung des Berufsgeheimnisses der Medienschaffenden (Quellenschutz). Daneben wurde der Geltungsbereich der presserechtlichen Bestimmungen von den Medien der Druckerpresse auf alle Medien ausgedehnt, wozu neben Radio und Fernsehen, Teletext und Videotext z.B. auch Internet-Mailboxes gehören. Nebst einer Anpassung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Medienschaffenden an das im Strafrecht übliche Schuldprinzip und einer Abkehr von der bisher geltenden Kausalhaftung oder stellvertretenden Verantwortung der Redaktoren brachte die Revision schliesslich auch eine Straffung und inhaltliche Vereinfachung der Gerichtsstandsregelung bei Delikten durch die Medien sowie die Einführung eines Gerichtsstandswahlrechts bei Antragsdelikten. Mit der Gerichtsstandsregelung von Art. 347 StGB wird im Regelfall der sogenannte 'fliegende Gerichtsstand' bei Pressedelikten ausgeschlossen, d.h. die Begründung eines Begehungsortes durch jegliche Verbreitung der Veröffentlichung. Nach der revidierten Fassung der Bestimmung gibt es bei den Delikten durch die Medien grundsätzlich zwei Gerichtsstände: einerseits denjenigen am Sitz des Medienunternehmens, andererseits denjenigen am Wohnort des in der Schweiz lebenden, bekannten Autors. Zwischen diesen beiden Zuständigkeiten gilt das *forum praeventionis*. Bei Antragsdelikten kann die antragsberechtigte Person zwischen den beiden Gerichtsständen wählen. Nur wenn in der Schweiz keiner dieser beiden

²⁵ a.a.O., N. 104 ff.

²⁶ a.a.O.

²⁷ Christian SCHWARZENEGGER, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, ZStrR 118/2000 S,109 ff.

Gerichtsstände gegeben ist, kommt es zum 'fliegenden Gerichtsstand', der die Zuständigkeit der Behörden an den Verbreitungsorten des Medienerzeugnisses begründet. Unter verschiedenen Verbreitungsorten gilt wiederum das forum praeventionis.

c) Art. 348 - Gerichtsstand bei strafbaren Handlungen im Ausland

Art. 348 ist eine Auffangnorm. Eine Auslandtat liegt nur vor, wenn weder Ausführungs- noch Erfolgsort in der Schweiz liegen, das StGB also gestützt auf Art. 4 - 6^{bis} Anwendung beansprucht oder sich eine schweizerische Zuständigkeit aus der Übernahme der Strafverfolgung gemäss Art. 85 ff. IRSG ergibt²⁸. Ist die strafbare Handlung im Ausland verübt worden, so sind zur Verfolgung und Beurteilung die Behörden des Ortes zuständig, wo die beschuldigte Person wohnt. Hat sie keinen Wohnsitz in der Schweiz, so sind die Behörden ihres Heimatkantons zuständig. Hat sie auch keinen schweizerischen Heimatort, so obliegt die Verfolgung den Behörden jenes Ortes, wo sie betroffen bzw. von wo aus ihre Auslieferung beantragt worden ist.

d) Art. 349 - Gerichtsstand der Teilnehmer

Art. 349 soll in den Fällen, in denen mehrere Beteiligte an einer strafbaren Handlung zusammengewirkt haben (objektive Konnexität) eine einheitliche Beweiswürdigung, Subsumtion und Strafzumessung ermöglichen. Mittäter, Anstifter und Gehilfen sollen am selben Ort beurteilt werden. Die Anwendung von Art. 349 setzt voraus, dass die Beteiligten gleichzeitig verfolgt werden. Wird eine Beteiligung erst nachträglich (d.h. nach rechtskräftiger Beurteilung des 'Haupttäters') bekannt, bestimmt sich der Gerichtsstand für den später entdeckten 'Mittäter' nach Art. 346. Dies gilt auch dann, wenn sich das Verfahren des 'Haupttäters' bereits im Rechtsmittelstadium befindet. Handeln mehrere Mittäter am selben Ort, so bestimmt sich der Gerichtsstand nach Art. 346 Abs. 1 StGB. Handeln sie an verschiedenen Orten, so gilt der Grundsatz der Prävention. Diese Regeln gelten allerdings nur für die Teilnehmer im engeren Sinne. Andere Mitbeteiligte (z.B. Hehler) werden nicht erfasst. Bei Widerhandlungen gegen das BetmG sind die Anforderungen an die Annahme einer Mittäterschaft (z.B. zwischen Lieferanten und Abnehmern) aufgrund der Besonderheiten des Art. 19 BetmG eher hoch anzusetzen²⁹, die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS)

²⁸ BGE 119 IV 118 f.

²⁹ BGE 118 IV 401

empfiehlt im allgemeinen nur diejenigen Personen als Mittäter zu betrachten, die auf gleicher Hierarchiestufe im Drogenhandel tätig sind. Bei mittelbarer Täterschaft gilt zwischen dem Ort, wo der Hintermann, und dem, wo der Tatmittler handelte, das *forum praeventionis*³⁰. Liegt nebst objektiver auch subjektive Konnexität vor, so sind die Art. 349 und 350 Ziff. 1 miteinander zu kombinieren. Am Ort der schwersten Tat eines Mittäters sind alle anderen Beteiligten (Mittäter, Teilnehmer) zu verfolgen, bei gleich schweren Taten gilt wiederum das *forum praeventionis* (vgl. unten lit. f.).

e) Art. 350 - Gerichtsstand beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen

Nebst Art. 346 spielt in der Praxis vor allem Art. 350 StGB eine grosse Rolle. Er bezieht sich auf die Fälle der subj. Konnexität, d.h. auf Fälle, bei denen einer beschuldigten Person mehrere strafbare Handlungen vorgeworfen werden, die bei Anwendung der übrigen Gerichtsstandsregeln an verschiedenen Orten verfolgt werden müssten. Zuständig zur Beurteilung aller Delikte einer angeschuldigten Person ist die Behörde am Ort, wo die mit der schwersten Strafe bedrohte Handlung begangen worden sein soll. Voraussetzung ist auch hier, dass die angeschuldigte Person in verschiedenen Kantonen gleichzeitig verfolgt wird. Verfolgt ist jemand, wenn eine Straf-, Untersuchungs- oder Polizeibehörde durch die Vornahme von Erhebungen oder in anderer Weise zu erkennen gegeben hat, dass sie jemanden (eine bekannte oder noch unbekannte Täterschaft) einer strafbaren Handlung verdächtigt oder wenn eine solche Handlung zum Gegenstand einer Strafanzeige oder eines Strafantrages gemacht worden ist³¹. Am Erfordernis der gleichzeitigen Verfolgung fehlt es hingegen, wenn in einem Kanton das Verfahren durch Einstellung oder (erstinstanzliches) Urteil beendet wird, bevor in einem anderen Kanton ein neues Verfahren eingeleitet wird.

Die Schwere der angedrohten Strafe beurteilt sich abstrakt, und zwar in erster Linie nach dem angedrohten Höchstmass. Nur wenn beide oder mehrere Delikte mit derselben Höchststrafe bedroht sind, gibt die angedrohte Mindeststrafe den Ausschlag. Antragsdelikte sind bei der Gerichtsstandsbestimmung gleich zu behandeln wie Officialdelikte. Bei der Beurteilung der Höchststrafe sind die im besonderen Teil des StGB geregelten Qualifikationen (z.B. gewerbsmässiges Vorgehen) zu berücksichtigen, nicht hingegen die im allgemeinen Teil des StGB geregelten Umstände, die für die Strafzumessung eine Rolle spielen können (z.B.

³⁰ BGE 78 IV 252 f., 85 IV 203.

³¹ BGE 75 IV 140 f., 86 IV 130

die Frage der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit). Die generell für die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen durch Art. 172^{bis} StGB neu geschaffene Möglichkeit, die ausschliesslich angedrohte Freiheitsstrafe in jedem Fall mit einer Busse zu verbinden, stellt keine schwerere Strafandrohung für die entsprechenden Delikte dar; sie ist bei der Ermittlung der mit der schwersten Strafe bedrohten Tat nicht zu berücksichtigen³². Das versuchte Delikt gilt wegen der Möglichkeit der Strafmilderung nach Art. 22 StGB als weniger schwer als ein gleiches vollendetes Delikt. Zu beachten ist aber, dass dies für die Bestimmung des Gerichtsstandes nicht massgebend ist, wenn dem Täter vollendete und versuchte gleichartige Delikte und zudem gewerbsmässiges Vorgehen zur Last gelegt werden. In solchen Fällen geht der Versuch im vollendeten gewerbsmässigen (Kollektiv-) Delikt auf³³. Zu beachten ist auch, dass sich der Gerichtsstand nach Art. 346 und nicht nach Art. 350 bestimmt, wenn von natürlicher Handlungseinheit auszugehen ist. Dies ist dann der Fall, wenn das gesamte, auf einem einheitlichen Willensakt (einheitliches Ziel, einmaliger Entschluss) beruhende Tätigwerden des Täters kraft eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs der Einzelakte bei natürlicher Betrachtungsweise objektiv noch als ein einheitliches, zusammengehörendes Geschehen erscheint. Hierzu sind auch das zusammengesetzte Delikt sowie andere Fälle unechter Gesetzeskonkurrenz zu zählen, indem in diesen Fällen durch mehrere Einzelhandlungen ein einheitlicher „Delikterfolg“ herbeigeführt wird. Wird dem Beschuldigten eine solche strafbare Handlungseinheit vorgeworfen - die durchaus an mehreren Orten ausgeführt worden sein kann -, bestimmt sich der Gerichtsstand nach Art. 346 StGB. Werden dem Beschuldigten dagegen mehrere strafbare Handlungen im Sinne mehrerer natürlicher Handlungseinheiten (natürliche Handlungsmehrheit) zur Last gelegt, so findet Art. 350 StGB Anwendung³⁴. Sind die einer angeschuldigten Person in mehreren Kantonen vorgeworfenen Delikte mit der gleichen Strafe bedroht, gilt wiederum das bereits mehrfach erwähnte *forum praeventivum*.

f) mehrere Delikte - mehrere beschuldigte Personen

Begehen mehrere Beschuldigte zusammen in verschiedenen Kantonen mehrere Delikte, so sind die Art. 349 StGB und Art. 350 so miteinander zu kombinieren, dass *in der Regel* alle Mitwirkenden an dem Ort verfolgt werden, wo von einem Mittäter die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat verübt worden ist. Bei gleich

³² BGE 125 IV 134

³³ BGE 123 IV 117

³⁴ BGE 118 IV 91 ff.

schweren Strafdrohungen bestimmt sich der Gerichtsstand nach dem forum praeventionis, d.h. zuständig ist die Behörde, wo gegen einen der Mitbeteiligten zuerst wegen der mit der schwersten Strafe bedrohten Handlung ermittelt worden ist. Es sind vor allem diese Fälle, die in der Praxis zu grossen Differenzen Anlass geben, beispielsweise die Fälle, in denen 10 - 20 teils bekannte, teils unbekannt, teils flüchtige, teils verhaftete ausländische Straftäter in mehreren Kantonen und in wechselnder Zusammensetzung über einen längeren Zeitraum hinweg Dutzende von Einbruchdiebstähle begangen haben. In derartigen Fällen kann aus Zweckmässigkeitsgründen vom gesetzlichen Gerichtsstand abgewichen werden (vgl. nachstehend).

5. Die Bestimmung des Gerichtsstandes

Die Art. 346 ff. StGB sind grundsätzliche zwingendes Recht und nicht beliebig interpretierbar. Das kann in Einzelfällen zu stossenden und unpraktikablen Lösungen führen. Deshalb ermächtigen die Art. 262 und 263 BStP die Anklagekammer des Bundesgerichts, die örtliche Zuständigkeit in Abweichung von Art. 349 und 350 StGB festzusetzen. Die Praxis lässt Abweichungen auch von den übrigen Gerichtsstandsnormen zu und das Bundesgericht toleriert auch, dass sich die Kantone im Einzelfall in Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen über den Gerichtsstand einigen.

Dies ist allerdings nicht beliebig, sondern nur aus triftigen Gründen und in ausserordentlichen Fällen zulässig, von den Möglichkeiten der Art. 262 f. BStP ist nach der Rechtsprechung mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen. Die Ausnahmeregelungen sollen einerseits dazu dienen, besonderen prozessualen Schwierigkeiten zu begegnen (wobei z.B. allein die Sprache des Beschuldigten keine solche besondere Schwierigkeit darstellt) und andererseits die Strafverfolgung am Ort des Schwergewichts der deliktischen Tätigkeit ermöglichen. Letzteres ist allerdings nicht schon dann anzunehmen, wenn in einem Kanton geringfügig mehr Vorfälle zu verfolgen sind als in einem anderen. Als Faustregel kann von einem Schwergewicht dann ausgegangen werden, wenn sich die Verhältnisse etwa in der Grössenordnung 1/3 zu 2/3 oder noch akzentuierter darstellen. Zahlen allein rechtfertigen aber noch kein Abweichen vom gesetzlichen Gerichtsstand, es ist immer auch eine Überprüfung vor allem nach prozessökonomischen Gesichtspunkten vorzunehmen. Insbesondere sollen grobe Verfahrensverzögerungen und unnötiger prozessualer Aufwand verhindert werden. Wenn die Untersuchung am Ort des gesetzlichen Gerichtsstandes sozusagen beendet ist, rechtfertigt sich in der Regel ein Abweichen

von diesem Gerichtsstand nicht mehr ³⁵. Vom gesetzlichen Gerichtsstand kann nach der Praxis auch dann abgewichen werden, wenn die gesetzliche Regelung zu unerwünschten Massenprozessen führen würde. Das Interesse an einer raschen Abwicklung der Strafverfolgung lässt in derartigen Fällen eine Trennung der Verfahren als zweckmässig erscheinen ³⁶. Im zuletzt erwähnten EKC - Urteil führte die Anklagekammer auch aus, dass eine Abweichung vom gesetzlichen Gerichtsstand am Ort der ersten Untersuchungshandlung im konkreten Fall auch deshalb zweckmässig sei, damit kein Anreiz für die Kantone geschaffen werde, mit der Anhebung einer Strafuntersuchung bei grenzüberschreitender organisierter Kriminalität möglichst lange zuzuwarten, um nicht einen gesetzlichen Gerichtsstand im eigenen Kanton zu präjudizieren...

Ebenfalls im Bestreben falsche Anreize zu eliminieren hat die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz für kleinere Strafuntersuchungen eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, welche vorsieht, dass sich die Kantone in Fällen, die insgesamt noch als leicht im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB gelten können, bereit erklären, die gesamte Strafverfolgung zu führen, wenn eine angeschuldigte Person im eigenen Kanton wohnt oder nur deren Sprache spricht, oder wenn das Schwergewicht der deliktischen Taten im eigenen Kanton liegt, oder wenn der Untersuchungsaufwand im anderen Kanton grösser wäre als im eigenen. Es handelt sich hier in der Sache um eine pauschale Gerichtsstandsabsprache, deren rechtliche Zulässigkeit an sich umstritten ist, die sich aber in der Praxis recht gut bewährt und deshalb kaum angefochten ist.

Für die Praxis wichtig zu wissen ist, dass ein Gerichtsstand - auch ein von den Regeln des Strafgesetzbuchs abweichender - sowohl durch ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Kantonen, als auch durch konkludentes Verhalten festgelegt werden kann. Konkludente Anerkennung der Zuständigkeit kann insbesondere dann angenommen werden, wenn eine Behörde einen Fall längere Zeit nicht bearbeitet, obschon offenkundig ist, dass sich der gesetzliche Gerichtsstand in einem anderen Kanton befindet. Sie kann auch angenommen werden, wenn eine Behörde unnötige Ermittlungen vornimmt, obschon erkenntlich ist, dass ihr die örtliche Zuständigkeit abgeht. Auch aufgrund dieser Möglichkeit der konkludenten Anerkennung der Zuständigkeit ist jeder Gerichtsbehörden zu empfehlen, der Frage des Gerichtsstandes stets ein Augenmerk zu widmen und gegebenenfalls rasch das

³⁵ BGE 123 IV 26 E. 2a

³⁶ BGE 121 IV 227 E. 3

entsprechende Verfahren einzuleiten. Tut sie das verspätet, riskiert sie ein Verfahren durchführen zu müssen, das eigentlich hätte abgetreten werden können.

Eine Änderung eines (auch konkludent) anerkannten, eines vereinbarten oder durch Beschluss der Anklagekammer festgelegten Gerichtsstandes ist nur aus triftigen Gründen zulässig, da die Strafverfolgung leiden müsste, wenn ein einmal festgelegter Gerichtsstand ohne Notwendigkeit verschoben würde. Kein triftiger Grund liegt vor, wenn die Untersuchung der schwersten Tat, die den Gerichtsstand begründete, aufgehoben wird, es sei denn es kämen weitere wichtige Gründe für einen Wechsel dazu. Eine nachträgliche Änderung muss die Ausnahme bilden und sich wegen veränderter Verhältnisse objektiv aufdrängen, sei es im Interesse der Prozessökonomie, sei es zur Wahrung anderer, neu ins Gewicht fallender Interessen³⁷ Die neuere Rechtsprechung bejaht die Zulässigkeit eines Wechsels praktisch nur noch dann, wenn veränderte Verhältnisse prozessökonomisch eine Änderung der Zuständigkeit gebieterisch nahelegen.

Betreffend die Pflichten der Kantone ist auf Folgendes hinzuweisen: Geht bei einer Behörde eine Strafanzeige oder eine polizeiliche Meldung ein, ist die fragliche Behörde von Amtes wegen verpflichtet, ihre Zuständigkeit zu prüfen. Diese Prüfung soll summarisch und beschleunigt erfolgen, um namentlich in Haftfällen eine Unterbrechung der Strafverfolgung zu vermeiden. Damit die Prüfung zuverlässig erfolgen kann, hat die angesprochenen Behörde alle für die Festlegung des Gerichtsstandes erforderlichen und wesentlichen Tatsachen zu erforschen und die nötigen Erhebungen vorzunehmen³⁸. Alle diese Ermittlungshandlungen haben in Bezug auf den Gerichtsstand keine praevenierende Wirkung, denn es wäre in den Worten des Bundesgerichts unbillig, die Behörde, welche Abklärungen für die Ermittlung des Gerichtsstandes vornimmt, allein deswegen für zuständig zu erklären. Solange die Zuständigkeit mehrerer Kantone in Frage kommt, ist jeder Kanton verpflichtet, die sein Gebiet betreffenden Tatsachen soweit zu erforschen, als es der Entscheid über die örtliche Zuständigkeit erfordert. Erfährt eine Behörde, dass ein Beschuldigter auch in einem anderen Kanton verfolgt wird, so haben die Behörden über den vorgeschriebenen Weg miteinander in Verbindung zu treten, um die Gerichtsstandsfrage zu regeln. Kommen mehrere Behörden in Betracht, ist mit allen ein Meinungs austausch zu pflegen. Die Leitung der Verhandlung soll von dem Kanton ausgehen, in dem sich eine angeschuldigte Person allenfalls in Haft befindet. In

³⁷ BGE 119 IV 106 E. 5, 120 IV 102 ff.

³⁸ BGE 119 IV 104 E. 4a

Haftfällen ist es (entgegen einer gängigen Praxis) zu vermeiden, eine angeschuldigte Person von einem Kanton in den anderen zu schicken und ihr durch wechselnde Zuständigkeiten die Möglichkeiten eines wirksamen Haftprüfungsverfahrens abzuschneiden. Im Fall R.M.D. c. Schweiz stellte der Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung von Art. 5 Abs. 4 EMRK fest, weil ein Inhaftierter in kurzer Zeit von einem Kanton in den nächsten überführt wurde, was bewirkte, dass sich die jeweils angerufenen haftprüfenden Instanzen für unzuständig erklärten³⁹.

Die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) hat deshalb im Herbst 1999 in einer Feststellung und Empfehlung festgehalten, dass es Art. 346 ff. StGB bzw. 264 BStP und Art. 5 Abs. 4 EMRK widerspreche, wenn inhaftierte Personen aus überregional oder international aktiven Tätergruppen mehrfach aus der Haft in einem Kanton entlassen und an einen anderen abgeschoben würden, bloss weil die Frage des Gerichtsstandes noch nicht geklärt sei und jeder Kanton sich primär nur für die auf seinem Territorium verübten Straftaten interessiere und andere in der Schweiz verübte Officialdelikte oder erkennbare Zusammenhänge zu Mittätern einfach ignoriere. Insbesondere in den Sammelverfahren habe der Zugriffskanton die betreffenden Inhaftierten so lange in Haft zu behalten, bis die Zuständigkeit geregelt sei.

Können sich die beteiligten Kantone in einer Gerichtsstandsfrage nicht einigen, so ist der Konflikt nach Art. 351 StGB und 264 BStP durch die Anklagekammer des Bundesgerichts zu entscheiden⁴⁰.

Legitimiert zur Anrufung der Anklagekammer sind in erster Linie die kantonalen Strafverfolgungsbehörden (meist die Staatsanwaltschaft), wenn der vorgeschriebene Meinungs-austausch zwischen ihnen erfolglos geblieben ist. Legitimiert sind auch die angeschuldigte Person (selbst wenn der Gerichtsstand zwischen den Kantonen nicht streitig ist), sowie unter gewissen Voraussetzungen auch der Antragsteller, der Anzeigerstatter und die Bundesanwaltschaft⁴¹.

Eine Frist für die Anrufung der Anklagekammer besteht namentlich auch für Ange-schuldigte nicht, doch darf die Anrufung zeitlich nicht so weit hinausgeschoben werden, dass dadurch das Erfordernis einer raschen Prozesserledigung tangiert würde. Behörden und angeschuldigte Personen haben ein Gesuch um Festsetzung

³⁹ vgl. Mark. E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, N. 369

⁴⁰ Bei Kindern und Jugendlichen vgl. Art. 372 StGB

⁴¹ vgl. für Einzelheiten SCHWERI, a.a.O.; N. 539 ff.

des Gerichtsstandes einzureichen, sobald ihnen dies nach den konkreten Umständen zugemutet werden kann⁴² Auf verspätete Gesuche tritt die Anklagekammer nicht ein.

Nach bernischem Recht ist in interkantonalen Gerichtsstandsfragen ausschliesslich die Generalprokuratur zuständig zur Verhandlungsführung mit anderen Kantonen und zur Anerkennung der bernischen Zuständigkeit oder derjenigen eines anderen Kantons⁴³ Behördlicherseits steht auch einzig der Generalprokuratur die Befugnis zur Anrufung der Anklagekammer des Bundesgerichts zu. Stellt sich also in einer Untersuchung oder in einem Hauptverfahren die Frage der bernischen Zuständigkeit, sind die Akten mit einem Antrag an die Generalprokuratur zu schicken, und zwar auch dann, wenn von bernischer Zuständigkeit ausgegangen wird. Der Antrag ist selbstverständlich nicht nur zu stellen, sondern auch zu begründen, wobei die Begründung in grösseren Fällen auch Hinweise auf die einschlägigen Aktenstellen enthalten sollte.

Anerkennt die Generalprokuratur die bernische Zuständigkeit, so stellt sie die Akten der ihrer Meinung nach innerkantonal zuständigen Behörde zur weiteren Bearbeitung zu. Das braucht innerkantonal allerdings nicht definitiv zu sein, weil die angesprochene Behörde ihre interne Zuständigkeit in Frage stellen und deshalb an die Anklagekammer gelangen kann⁴⁴. Vorgängig hat sie allerdings mit der allenfalls auch zuständigen anderen kantonalen Behörde eine Einigung anzustreben. Kommt eine solche Einigung nicht zustande, bestimmt die bernische Anklagekammer auf Antrag der Generalprokuratur die innerkantonal zuständige Behörde definitiv. Eine Einigung unter den bernischen Behörden ist allerdings nur im Vorverfahren möglich. Taucht die Gerichtsstandsfrage erst im Hauptverfahren auf (sie ist ja im Rahmen der Vorfragen von Amtes wegen erneut zu prüfen), so sind die Akten zum Entscheid an die Generalprokuratur bzw. an die Anklagekammer zu schicken⁴⁵.

⁴² BGE 120 IV 146

⁴³ Art. 7 ff. StrV

⁴⁴ Art. 14 StrV

⁴⁵ Art. 292 StrV

Erste Erfahrungen mit dem neuen Scheidungsrecht aus der Sicht eines erstinstanzlichen Scheidungsrichters

Daniel Bähler, Gerichtspräsident 1 Gerichtskreis X Thun

Überarbeitete und aktualisierte Fassung des an der Weiterbildungsveranstaltung für die bernische Justiz vom 15. November 2000 gehaltenen Referats

Inhalt

- 1. Allgemeines und Zielsetzung**
- 2. Eheschutzverfahren im Umfeld des neuen Scheidungsrechts**
- 3. Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 ZGB)**
 - 3.1. Verfahrenseinleitung
 - 3.2. Anhörung der Ehegatten
 - 3.3. Bedenkfrist, Bestätigung
 - 3.4. Rechtskraft
- 4. Verfahren der Scheidung mit Teileinigung (Art. 112 ZGB)**
- 5. Scheidung auf Klage wegen Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB)**
- 6. Kinderbelange**
 - 6.1. Gemeinsame Sorge (Art. 133 Abs. 3 ZGB)
 - 6.2. Anhörung der Kinder (Art. 144 ZGB)
 - 6.3. Eröffnung des Urteils an Kinder (Art. 27 EVO ZGB)
 - 6.4. Beistandschaft für Kinder (Art. 146 ZGB)
- 7. Unterhaltsfragen (Art. 125 ff. ZGB)**
 - 7.1. Formelle Anforderungen
 - 7.2. Unterhalt Kinder
 - 7.3. Unterhalt Ehegatten
 - 7.4. Mangellagen
- 8. Aufteilung der Austrittsleistungen (Art. 122 ff. ZGB)**
- 9. Kostenfragen**
 - 9.1. Gerichtskosten
 - 9.2. Unentgeltliche Prozessführung

1. Allgemeines und Zielsetzung

Die Umsetzung des neuen Scheidungsrechts in der erstinstanzlichen Praxis hat aus meiner Sicht keine grösseren Schwierigkeiten bereitet, wobei vielleicht nicht alles genau so abläuft, wie es sich der Gesetzgeber gedacht hat; zu denken ist hier insbesondere an die eher selten praktizierten Kinderanhörungen und die Anhörungen der Ehegatten in völlig problemlosen Fällen, die manchmal etwas seltsam wirken.

Ziel des Referates ist es, einen Tour d'horizon über den Alltag vor einem erstinstanzlichen Scheidungsgericht unter neuem Recht zu machen, unter Einbezug von Erfahrungen anderer Gerichte, die dem Schreibenden per E-Mail mitgeteilt wurden. Dabei wird vor allem das "Massengeschäft" beleuchtet, unter Einbezug einiger Klippen, die sich mehrfach gezeigt haben.

2. Eheschutzverfahren im Umfeld des neuen Scheidungsrechts

Das Eheschutzverfahren dient nach seiner Grundidee dazu, dass bei einer Trennung die Verhältnisse möglichst rasch einigermassen geklärt werden. Es ist deshalb als Summarverfahren ausgestaltet, und das erstinstanzliche Gericht soll auf Grund der innert nützlicher Frist verfügbaren Beweismittel innert recht kurzer Frist entscheiden. Die obere Instanz pflegt eine "Ohne-Not-Praxis", d.h. sie weicht nicht ohne Not von der Beurteilung durch die erste Instanz ab.

Vor Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts wurde nach einem Eheschutzverfahren in der Regel recht rasch die Scheidung eingeleitet und durchgeführt, und Eheschutzmassnahmen blieben selten länger als zwei Jahre in Kraft. Bekanntlich beschränkte sich die Widerstandsmöglichkeit gegen die Scheidung gemäss Art. 142 Abs. 2 aZGB auf überwiegendes Verschulden des klagenden Ehegatten, was dazu führte, dass in den die Mehrzahl bildenden Fällen, wo die Zerrüttung auf objektive Faktoren oder beidseitiges Verschulden zurückzuführen war, kaum Widerstand gegen die Scheidung geleistet wurde.

Neu besteht nun die Möglichkeit, sich gemäss Art. 114 ZGB während vier Jahren der Scheidung zu widersetzen, ausser wenn der Fortbestand des Ehebandes bis zum Ablauf der vierjährigen Frist für den scheidungswilligen Ehegatten aus schwerwiegenden Gründen unzumutbar ist (Art. 115 ZGB). Die Praxis zu Art. 115 ZGB war bisher eher streng; auch wenn sie vom Bundesgericht Anfang 2001 etwas gelockert wurde, verhält es sich doch so, dass sich ein Ehegatte, der sich bis zum Ablauf der Vierjahresfrist der Scheidung widersetzen will, hierfür keine Gründe anführen muss, solange ihm nicht ge-

rade Rechtsmissbrauch angelastet werden kann. Dieses neue Umfeld hat zur Folge, dass die Zahl der Eheschutzverfahren zunimmt und die Eheschutzmassnahmen möglicherweise für vier Jahre und mehr in Kraft bleiben und somit nicht mehr nur provisorischen Charakter haben.

Damit stellt sich die Frage, ob die bisherige summarische Feststellung der Grundlagen noch sachgerecht ist, oder ob allenfalls die Voraussetzungen für die Abänderbarkeit gelockert werden sollten. Gemäss Art. 179 ZGB ist für eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse erforderlich, wobei auch das Bekanntwerden neuer Tatsachen genügt. Nicht ausreichend für die Abänderung ist jedoch eine neue Würdigung bekannter Tatsachen.

Es liegt sicher im Interesse der Ehegatten, wenn in der turbulenten Trennungsphase möglichst rasch eine vorläufige Klärung der Verhältnisse erfolgt, auch wenn noch nicht alle Grundlagen vollständig erhoben können. Werden nun an die Abänderbarkeit übertrieben hohe Anforderungen gestellt, besteht die Gefahr, dass aus einem kurzfristigen Blickwinkel festgelegte Massnahmen längere Zeit bestehen bleiben, obwohl sich eine Anpassung rechtfertigen würde.

Diese Problematik zeigt sich namentlich in Fällen, wo ein hypothetisches Einkommen zur Diskussion steht. Wenn hypothetische Einkommensüberlegungen in das Eheschutzverfahren einfließen, wird dieses belastet und eine Einigung erschwert. Solche Überlegungen ausser Acht zu lasten, setzt aber voraus, dass nachträglich ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann. Es sollte somit der Ablauf des bei der Festlegung der Eheschutzmassnahmen vorausgesetzten Zeithorizonts als Abänderungsgrund anerkannt werden, nach dem Grundsatz, dass die Massnahmen desto eher angepasst werden können, je summarischer sie festgelegt wurden.

Der Appellationshof hat jedoch eine gegenteilige Praxis eingeleitet (Entscheid II. ZK vom 25.04.2000, S 0083/II/2000): Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommen nach einem Jahr bei Wahrscheinlichkeit des Weiterdauerns der Ehe während noch mindestens drei Jahren wurde nicht als Abänderungsgrund anerkannt. Dies nützte in casu der Ehefrau, da die Unterhaltsbeiträge nur reduziert werden, wenn sie tatsächlich ein Einkommen erzielt. Auf längere Sicht ist diese Praxis aber problematisch, da hypothetische Einkommensüberlegungen in Eheschutzverfahren einfließen werden, was die Verfahren umfangreicher macht und für die Ehefrauen das Risiko mit sich bringt, dass eine Einigung nur erzielt werden kann, wenn sie sich zum Vornherein mittelfristig ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen oder in die Scheidung einwilligen.

Eine weitere Problematik, die das neue Scheidungsrecht für das Eheschutzverfahren mit sich bringt, liegt in der Diskrepanz zwischen Art. 175 ZGB (die Aufhebung des ge-

meinsamen Haushalts muss begründet sein, sonst besteht kein Anspruch auf Unterhaltsbeiträge) und Art. 125 ZGB (für die Unterhaltsregelung nach der Scheidung ist das Verschulden kein Element mehr). Kann nun die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes gemäss Art. 175 ZGB verweigert werden mit der Folge, dass Frist nach Art. 114 ZGB nicht zu laufen beginnt? M.E. ist es nicht im Sinne des neuen Scheidungsrechts, das Verschuldensprinzip über diese Hintertür wieder einzuführen und einen scheidungswilligen, aber schuldigen Ehegatten auf diese Weise an die Ehe zu fesseln; diese Frage ist aber umstritten, da die Scheidungsabsicht als Grund zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes dem vom neuen Scheidungsrecht unberührten Wortlaut von Art. 175 ZGB nicht entspricht.

3. Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 111 ZGB)

3.1 Verfahrenseinleitung

Offenbar besteht gestützt auf Presseberichte im Vorfeld des neuen Scheidungsrechts eine "Volksmeinung", dass das Scheiden nun einfacher geworden sei: Man brauche nur dem Gericht etwas einzureichen, und das Gericht Sorge für das Weitere. Dies führt dazu, dass im Vergleich zu früher viel häufiger Scheidungsbegehren ohne Mitwirkung von AnwältInnen eingereicht werden, auch bei schwierigen Verhältnissen (Kinder, Selbstständig Erwerbende, Liegenschaften), obwohl die Probleme natürlich nicht einfacher sind als früher. Häufig sieht sich das Gericht mit unvollständigen oder unangemessenen Konventionen konfrontiert; die eingereichten Unterlagen sind rudimentär und es fehlen Erläuterungen zu den getroffenen Regelungen. Auch wenn AnwältInnen im Verfahren sind, wird Transparenz häufig klein geschrieben.

Namentlich fehlen oft Unterlagen zur güterrechtlichen Auseinandersetzung, wenn nur beantragt wird, dass festzustellen ist, dass die Auseinandersetzung erfolgt sei. Auch hier besteht jedoch für das Gericht eine Prüfungspflicht gemäss Art. 111 Abs. 2 ZGB (auf reifliche Überlegung, was gewisse Kenntnisse der Ehegatten voraussetzt) und Art. 140 Abs. 2 ZGB (auf nicht offensichtliche Unangemessenheit). Nicht selten wird vergessen, dass auch Guthaben der dritten Säule in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen sind, da dieses Vermögen und die Erträge daraus nicht versteuert werden müssen. Es sollte immer in der Steuererklärung überprüft werden, ob ein Abzug für die dritte Säule gemacht wurde; wenn ja, ist eine Kapitalbescheinigung zu verlangen. Gemäss Art. 4 BVV 3 besteht die Möglichkeit, Guthaben der dritten Säule analog denjenigen der zweiten Säule zu übertragen.

Wie soll das Gericht bei unvollständigen Unterlagen vorgehen?

Gemäss Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 der kantonalen Einführungsverordnung zum neuen Scheidungsrecht (EVO ZGB, BSG 211.111²⁶) soll eine Nachfrist zur Einreichung vollständiger Unterlagen gesetzt werden und die Vorladung zur Anhörung erst erfolgen, wenn die Unterlagen vollständig sind. Werden auch innerhalb der Nachfrist keine genügenden Unterlagen eingereicht, wäre das Verfahren abzuschreiben.

Dieses Vorgehen bietet für das Gericht den Vorteil, dass die Ehegatten vermutlich beim zweiten Mal besser vorbereitet sind und sich möglicherweise von AnwältInnen beraten lassen. Dem gegenüber steht der Nachteil, dass unproduktiver Aufwand für die Prüfung und Abschreibung des Dossiers entsteht und der Fall mit grosser Wahrscheinlichkeit ein zweites Mal auf den Tisch kommt.

Am Gerichtskreis X Thun praktizieren wir ein bürgerfreundlichere Lösung: Wir setzen in jedem Fall nach Eingang des Begehrens und Studium der Akten Termin zur ersten Anhörung an, und zwar mit einer ausführlichen Verfügung, wo die problematischen Punkte und die fehlenden Unterlagen genau umschrieben werden. In der Regel kommen dann die Unterlagen, und an der Anhörung wird durch das Gericht eine Scheidungsvereinbarung lege artis ausgearbeitet. Dies ist nach entsprechender Vorbereitung in einer bis zwei Stunden möglich. Wenn die Verhältnisse besonders kompliziert sind oder ein klares Ungleichgewicht zwischen den Ehegatten besteht, weisen wir auf die Schwierigkeiten hin und geben Berechnungsblätter zum Studium ab, manchmal verbunden mit der Aufforderung, sich fachkundig beraten zu lassen. Gleichzeitig wird ein Termin zu einer weiteren ersten Anhörung vereinbart. Dieses Vorgehen führt in der Regel zu einem befriedigenden Ergebnis. Häufig wollen die Ehegatten möglichst rasch scheiden und blenden die längerfristige Perspektive aus, oder sie haben Mühe zu begreifen, dass sie nicht alles unter sich regeln können, sondern gesetzliche Leitplanken beachten müssen. Das geschilderte Vorgehen bringt den Vorteil, dass die Scheidung in einem Zug erledigt werden kann, hat aber den Nachteil, dass für das Gericht durch die Beratungstätigkeit ein recht hoher Aufwand entsteht.

3.2 Anhörung der Ehegatten

Die Erfahrungen, die man als erstinstanzlicher Richter mit diesem neuen Institut macht, sind sehr unterschiedlich. Häufig dauert die Anhörung nur sehr kurz, namentlich wenn die Ehe kinderlos ist und beide Ehegatten berufstätig sind, manchmal erfährt man recht viel, ein anderes Mal wollen die Ehegatten fast nichts sagen und werden ungehalten, wenn man noch einige Fragen stellt. Bisweilen erfährt oder spürt man in den getrennten Anhörung noch etwas von den Hintergründen, die zur Scheidung geführt haben.

²⁶ vgl. dazu ausführlich Kellerhals/Spycher, ZBJV 136/2000 S. 25 ff.

Wir führen die Anhörungen im Gerichtssaal mit traditioneller Bestuhlung durch. Es handelt sich um ein gerichtliches Verfahren, und gewisse Förmlichkeiten sind durchaus angebracht. Die Eröffnung der Verhandlung erfolgt in Anwesenheit beider Ehegatten und gegebenenfalls ihrer AnwältInnen, dann wird die Reihenfolge ad hoc bestimmt. In der Regel führe ich zuerst die gemeinsame Anhörung durch, namentlich in unproblematischen Fällen oder wenn Klärungen nötig sind. Wenn nach dem Aktenstudium die getroffenen Regelungen für die eine Seite problematisch sind, beginne ich in der Regel mit den getrennten Anhörungen. Die Anhörungen dauern zwischen zehn Minuten und zwei Stunden, reserviert wird meist eine Stunde, wobei dieser Zeitrahmen meist nicht ganz ausgeschöpft wird.

Die Atmosphäre ist im Vergleich zu früher bedeutend lockerer. Es ist kein formell streitiges Verfahren mehr, die Reihenfolge der Befragungen ist nicht zum Vornherein festgelegt, wir führen keine Parteiverhöre zu Protokoll mehr durch, und am Ende wird kein Scheidungsurteil, sondern bloss eine Verfügung erlassen.

Bei problematischen Vereinbarungen ist es m.E. Pflicht des Gerichts, die Ehegatten auf Abweichungen von der üblichen Praxis, die sie oft gar nicht kennen, hinzuweisen. Soweit die Dispositionsmaxime gilt, sind solche Vereinbarungen aber zu genehmigen, wenn sie dann nach Ablauf der Bedenkfrist "en connaissance de cause" bestätigt werden. In diesen Fällen hat die gesetzliche Bedenkfrist ihren guten Sinn.

Schwierigkeiten bietet die Durchführung der Anhörung, wenn ein Ehegatte im Ausland ist. Hier muss im Rahmen der Verhältnismässigkeit vorgegangen werden. Häufig haben auch Ehegatten im Ausland noch Bindungen zur Schweiz; manchmal kann deshalb die Anhörung während eines ohnehin vorgesehenen Aufenthalt in der Schweiz durchgeführt werden. Nach der Literatur soll auch eine telefonische Anhörung möglich sein, aber es stellen sich Fragen der Durchführbarkeit und der Identifikation der Person am Telefon. Eine andere von mir bereits praktizierte Lösung besteht darin, dass der Ehegatte vor einer Urkundsperson (Notar, Gericht) im Heimatland erklären soll, dass er den Scheidungswillen und die Vereinbarung bestätigt. Diese Erklärung ist dann in schriftlicher Form mit Beglaubigung der Urkundsperson einzureichen.

3.3 Bedenkfrist, Bestätigung

Am Ende der ersten Anhörung wird eine Verfügung und eine vorbereitete Erklärung abgegeben, unter Hinweis auf zweimonatige Bedenkfrist. Das Ende des Zeitfensters, in dem die Erklärung abgegeben werden kann, ist leider in Art. 8 Abs. 1 EVO ZGB nicht geregelt. Es hat sich deshalb bereits eine unterschiedliche Praxis im Kanton herausgebildet. In Thun setzen wir gleich wie in Bern und Biel einen Monat an, was einfach zum Rechnen ist. Bei anderen Gerichten ist die Frist kürzer. Eine allzu kurze Frist bringt un-

nötige Arbeit (Nachfristansetzung), eine allzu lange Frist Unsicherheit, wenn die Bestätigung eines Ehegatten fehlt.

In Fällen, wo ein Ehegatte auf etwas, das ihm praxisgemäss zustehen würde, verzichtet, kann es sich empfehlen, an Stelle einer schriftlichen Bestätigung eine zweite Anhörung gemäss Art. 111 Abs. 3 ZGB anzusetzen, um ganz sicher zu sein, dass die Vereinbarung dem Willen dieses Ehegatten entspricht, bzw. um sich als Gericht vor allfälligen späteren Vorwürfen zu schützen.

Wenn die Bestätigung ausbleibt, ist gemäss Art. 11 bzw. Art. 12 EVO ZGB vorzugehen. Wenn die Vereinbarung nicht vollständig bestätigt wird, wird das Verfahren wie bei einer Teilvereinbarung weitergeführt. Wenn der Scheidungswillen nicht bestätigt wird, so erfolgt Fristansetzung zur Klage gemäss Art. 113 ZGB, wobei dann aber die Voraussetzungen von Art. 114 oder 115 ZGB gegeben sein müssen. Es kommt praktisch nicht vor, dass nach der Bedenkfrist die Bestätigungserklärungen nicht eintreffen. Es liegt aber auf der Hand, dass die freie Widerrufbarkeit von Scheidungswillen und Vereinbarung die Gefahr von Erpressungsmanövern im Hinblick auf eine "Nachbesserung" der Vereinbarung mit sich bringen kann.

3.4 Rechtskraft

Da Urteile nun abgesehen vom Fall einer zweiten Anhörung schriftlich eröffnet werden, ist es nicht mehr möglich, in der Verhandlung auf die Appellation zu verzichten. Kann nun ein Rechtsmittelverzicht in Erklärung aufgenommen werden? M.E. ist dies nicht zulässig, da der Verzicht voraussetzt, dass das Urteil bekannt ist, damit man genau weiss, auf was man verzichtet. Das Urteil wird deshalb erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist rechtskräftig. Erst zu diesem Zeitpunkt können die Anweisungen an Vorsorgeeinrichtungen, Grundbuchämter oder Vormundschaftsbehörden erfolgen und die Akten zurückgegeben werden (wobei die Grundlagen für die Unterhaltsregelung in Kopie in den Akten zu belassen sind). In Thun wird der Rücksendung der Akten eine Rechtskraftbescheinigung beigelegt.

Gemäss Art. 140 Abs. 1 ZGB und Art. 9 Abs. 2 EVO ZGB ist die Vereinbarung in das Urteil zu integrieren. Wir praktizieren dies so, dass die Vereinbarung dem Dispositiv als Anhang beigefügt wird, worauf im eigentlichen Dispositiv hingewiesen wird. Auf die genehmigte Vereinbarung werden das Siegel des Gerichts und ein Stempel mit einem Genehmigungsvermerk (unterzeichnet von Gerichtspräsident und SekretärIn) angebracht. Diese Lösung bringt am wenigsten Aufwand und entspricht wenn auch nicht genau dem Gesetzeswortlaut, so doch der ratio legis.

4. Verfahren der Scheidung mit Teileinigung (Art. 112 ZGB)

Dieses Verfahren ist im Bundesrecht (Art. 112 ZGB) nur rudimentär geregelt. Etwas ausführlichere Bestimmungen finden sich in der Einführungsverordnung (Art. 14 ff. EVO ZGB). Das Verfahren der Teileinigung tritt an die Stelle der meisten früheren Kampfscheidungen, da in der Regel der Scheidungspunkt nicht umstritten ist. Entweder wollen beide scheiden, oder die vierjährige Frist ist abgelaufen, so dass es keinen Sinn macht, sich dem Scheidungsbegehren zu widersetzen. In diesen Fällen wird entweder ein gemeinsames Scheidungsbegehren gestellt, oder der beklagte Ehegatte stimmt in der Klageantwort der Scheidung zu, was zur Folge hat, dass über Art. 116 ZGB wiederum Art. 112 ZGB zum Zuge kommt.

Bei Verfahren, die als Teileinigung beginnen, wird häufig entgegen dem gesetzgeberischen Modell lediglich ein gemeinsames Scheidungsbegehren ohne Regelung von Nebenfolgen eingereicht, auch wenn gewisse Scheidungsfolgen, beispielsweise die Kinderzuteilung oder der Vorsorgeausgleich, gar nicht umstritten sind.

Dem Gericht bieten sich in Fällen von Teileinigung grundsätzlich zwei Möglichkeiten des Vorgehens:

Es kann eine kurze erste Anhörung über den Scheidungspunkt durchgeführt und im Anschluss daran das streitige Verfahren nach Art. 16 Abs. 2 EVO ZGB eingeleitet werden. Verhandlungen über eine allfällige Vereinbarung erfolgen dann nach Vorliegen der Schriftsätze im Rahmen der Hauptverhandlung im streitigen Verfahrensteil. Dieses Vorgehen hat den Vorteil, dass die nötigen Unterlagen von den Ehegatten im Rahmen des Schriftenwechsels ohne besondere Aufforderung und mit Erläuterungen eingereicht werden und die Verhandlungen bei einem umfassenden Aktenstand durchgeführt werden können. Andererseits wird das Verfahren verzögert und die erste Anhörung stellt mehr oder weniger eine Farce dar.

Es hat sich deshalb in den meisten Gerichtskreisen ein anderes Vorgehen eingebürgert: Das Gericht führt eine ausführliche erste Anhörung mit Konventionsverhandlungen durch, welche die gleiche Funktion hat wie die früheren Instruktionsverhandlungen. Dieses Vorgehen bedingt, dass die Ehegatten vorgängig der Anhörung Unterlagen vorlegen und diese allenfalls auch kurz schriftlich erläutern, z.B. die güterrechtliche Auseinandersetzung aus ihrer Sicht skizzieren. Wichtig ist, dass das Gericht in seiner Verfügung klar stellt, mit was die Beteiligten zeitlich und inhaltlich rechnen müssen. In Thun formulieren wir den entsprechenden Passus in der Verfügung wie folgt: "Voraussichtliche Verhandlungsdauer ½ Tag. Es sollen Konventionsverhandlungen geführt oder zumindest soll der Rahmen für das weitere Verfahren abgesteckt werden". Die einzureichenden Unterlagen sind vom Gericht möglichst genau zu umschreiben.

Dieses Vorgehen hat zumindest in Thun bisher gute Erfolge gezeitigt. Häufig besteht bei den Beteiligten nach dem vorläufigen Scheitern aussergerichtlicher Verhandlungen das Bedürfnis, sich einen Vorschlag des Gerichts vorlegen zu lassen. Das Gericht handelt in diesen Fällen sozusagen "teilautoritativ". Der gerichtliche Vorschlag ist zwar nicht verbindlich, aber die Autorität des Gerichts fliesst in die Waagschale. Oft werden solche Vorschläge sogar allzu rasch akzeptiert. Das Gericht sollte sich deshalb Zeit nehmen mit dem Ausarbeiten seiner Vorschläge und die Unterlagen schon im Vorfeld der Verhandlung gründlich prüfen. Zu Beginn der Verhandlung sind dann die Standpunkte zu klären. Anschliessend sollten Modellrechnungen mit verschiedenen Annahmen durchgeführt werden. Nützlich ist es, den Beteiligten Berechnungsblätter und schriftliche Vorschläge auszuhändigen. Wenn wesentliche Punkte nicht geklärt werden können, rechtfertigt sich unter Umständen sogar der Abbruch der Verhandlung und das Ansetzen eines weiteren Termins im Rahmen der ersten Anhörung; das gesetzlich wenig geregelte Verfahren kann recht frei gestaltet werden. Auch wenn keine Vereinbarung zu Stande kommt, ist für das nachfolgende Verfahren etwas gewonnen, indem Einiges geklärt werden kann und später voraussichtlich nicht mehr über alles gestritten wird.

Im Fall, dass es nicht zu einer vollständigen Einigung kommt, haben die Ehegatten gemäss Art. 16 EVO ZGB nebst der Bestätigung des Scheidungswillens Schriftsätze einzureichen. Es stellt sich die Frage, ob für beide Ehegatten die gleiche Frist anzusetzen oder ein Schriftenwechsel durchzuführen ist. Der Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 EVO ZGB deutet auf Gleichzeitigkeit hin (analog der im Verwaltungsjustizverfahren vorkommenden "Schlussbemerkungen"). Ein Schriftenwechsel wäre für das Gericht praktischer, aber es darf kein Ehegatte bevorzugt werden. Eine gestaffelte Ansetzung der Fristen für das Einreichen der Schriftsätze ist deshalb wohl nur möglich, wenn sich die Ehegatten über die Reihenfolge einigen.

Nicht ganz klar ist, wie beim Abschluss einer Vereinbarung während des streitigen Verfahrensteils vorzugehen ist. Muss eine Anhörung durchgeführt und anschliessend eine Bedenkfrist angesetzt werden, genügt das Ansetzen einer Bedenkfrist, soll eine zweite Anhörung durchgeführt werden oder ist die Vereinbarung sofort bindend? Die Umfrage bei den Gerichten hat ergeben, dass die Vorgehensweisen je nach Gericht und Fallkonstellation verschieden sind.

Wenn eine Teileinigung vorlag und nur noch Nebenpunkte (z.B. Vorsorgeausgleich in Franken, genaues Besuchsrecht, Mobilien) neu geregelt wurden, kann m.E. die ursprüngliche Bedenkfrist weiter gelten. Bei einer Einigung im Sinne des vorläufigen Ergebnisses der ersten Anhörung bzw. des gerichtlichen Vorschlags ist wohl die sachgerechte Lösung das Ansetzen einer Bedenkfrist ohne neue Anhörung oder die Durchführung einer zweiten Anhörung, in deren Rahmen dann das Scheidungsurteil erlassen

werden kann. Wenn sich in der ersten Anhörung noch überhaupt keine Lösung abzeichnete, muss m.E. eine erneute erste Anhörung, diesmal zur nun abgeschlossenen Vereinbarung, durchgeführt und anschliessend eine Bedenkfrist angesetzt werden. Es wäre nicht recht einzusehen, weshalb eine Bedenkfrist nötig sein soll, wenn alles zum Vornherein ohne Streit geregelt wurde, nicht aber, wenn nach einer bis vor die Gerichte getragenen Auseinandersetzung schliesslich doch noch eine Vereinbarung zu Stande kommt.

Wenn im Rahmen der Hauptverhandlung im streitigen Verfahrensteil eine Vereinbarung abgeschlossen wird, kann direkt das Scheidungsurteil mit Genehmigung der Vereinbarung erlassen werden. Das Gericht könnte auch bei Fehlen einer Einigung die Scheidung aussprechen, und die scheidungswilligen Ehegatten sollten nicht schlechter gestellt werden, wenn sie doch noch eine Vereinbarung abschliessen, als wenn sie sich bis zum Schluss nicht einigen können.

5. Scheidung auf Klage wegen Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB)

Verglichen mit dem früheren Recht wurde das gesetzliche System der Scheidung auf einseitigen Antrag geändert. Früher war der Widerstand gegen eine Scheidung nur bei überwiegendem Verschulden der Gegenseite möglich, aber zeitlich ausgedehnt; nun kann sich ein Ehegatte während vier Jahren ohne Grund der Scheidung widersetzen, dann aber überhaupt nicht mehr. Dieser Systemwechsel hat zur Folge, dass die Praxis zu Art. 142 aZGB nicht übernommen werden kann. Die Beweislast zu Gunsten der Scheidung liegt in ersten vier Jahren bei der klagenden Seite, und zwar auch dafür, dass ihr die schwerwiegenden Gründe nicht zuzurechnen sind. Dies bedeutet, dass die Scheidung nicht ausgesprochen werden darf, wenn offen bleibt, wie diese Gründe entstanden sind.

Dieses System hat ein gewisses Erpressungspotenzial, indem ein Ehegatte sich unter Umständen die vorzeitige Scheidung "erkaufen" muss, und kann zudem von ausländischen Ehegatten ohne gesichertes Aufenthaltsrecht ausgenützt werden, um möglichst lange in der Schweiz bleiben zu können. Diese Folgen sind jedoch systemimmanent und müssen als vom Gesetzgeber in Kauf genommen gelten.

Nach herrschender Lehre und dem Bundesgericht (BGE 126 III 404) muss der Umstand, bis zum Ablauf der vierjährigen Frist formell verheiratet zu bleiben (Eheband), unzumutbar sein, d.h. negative Folgen der Ehe, die mit der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes behoben werden können, genügen nicht als Gründe zur vorzeitigen Scheidung.

Die Praxis zur Scheidung auf Klage wegen Unzumutbarkeit war bis Ende 2000 soweit überblickbar eher streng, dies entsprechend der gesetzlichen Formulierung, die "schwerwiegende Gründe" für die Unzumutbarkeit verlangte. Eine gewisse Lockerung wurde durch das Bundesgericht in einem zur Publikation bestimmten Entscheid vom 8. Februar 2001 (auszugsweise veröffentlicht und kommentiert von Roger Weber in AJP 4/2001, S. 466 ff.) signalisiert, indem es die psychischen Wirkungen einer nur geringe körperliche Folgen zeitigenden Misshandlung der Ehefrau als schwerwiegenden Grund zur Scheidung nach Art. 115 ZGB anerkannte.

Das Bundesgericht hat bisher keine Fallgruppen, wo die Unzumutbarkeit bejaht werden kann, herausgearbeitet. Für die Praxis wären einige Anhaltspunkte aber nützlich. M.E. ist die Anwendung von Art. 115 ZGB in folgenden Fällen diskutabel:

- physische und psychische Gewalt in der Ehe
- Verschwindenlassen des ehelichen Vermögens
- schweres Verbrechen, wobei es auch auf die Art ankommt
- Scheinehe ohne Ehemillen
- nachrichtenloses Absetzen ins Ausland
- allenfalls neue eheähnliche Partnerschaft und damit klare Abkehr von der noch bestehenden Ehe

Allgemein kann wohl gesagt werden, dass sich der konkrete Fall von der Mehrzahl der Fälle, wo die Ehegatten noch nicht vier Jahre getrennt leben und sich über die Scheidung nicht einig sind, abheben muss.

In Thun wurden bisher nur wenige Klagen nach Art. 115 ZGB eingereicht. Teilweise kam es zu einer Einigung im Laufe des Verfahrens.

Die Prozessaussichten nach Art. 115 ZGB sollten schon im Verfahren betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung überprüft werden, was bedingt, dass vor dem entsprechenden Entscheid die Haltung der Gegenseite zur Frage der Scheidung abgeklärt werden muss, wenn die Ehe noch nicht vier Jahre getrennt ist. Widersetzt sich die Gegenpartei der Scheidung, so ist das uP-Gesuch abzuweisen, wenn nicht glaubhaft gemacht werden kann, dass ausnahmsweise die Voraussetzungen von Art. 115 ZGB gegeben sind.

6. Kinderbelange

6.1 Gemeinsame Sorge (Art. 133 Abs. 3 ZGB)

Das Gesetz sieht in Art. 133 ZGB die Zuteilung der elterlichen Sorge über die Kinder an einen Elternteil allein als Regel und die gemeinsame Sorge als Ausnahme vor; verlangt

wird, dass sich die Eltern in einer Vereinbarung über die Betreuungsanteile und die Kosten des Unterhalts verständigen und dass die Regelung mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Art. 133 Abs. 3 ZGB).

Die gemeinsame Sorge ist nicht gerade ein Renner, wird aber doch nicht selten beantragt, insbesondere von Laien. Es kommen Anträge auf gemeinsame Sorge auch in Fällen, wo die Kinder bei der Mutter wohnen und sie nur im Rahmen eines üblichen Besuchsrechts beim Vater weilen. M.E. ist es fraglich, ob dies als "Betreuungsanteil" im Sinne des Gesetzes gelten kann; zusätzliche Rechte sollten auch zusätzliche Pflichten mit sich bringen.²⁷ Zu beachten ist, dass Art. 275a ZGB neu auch Informations- und Anhörungsrechte des nicht sorgeberechtigten Elternteils vorsieht, womit dessen berechtigten Interessen Rechnung getragen werden kann, ohne dass Kompetenzen verwischt werden.

Die Praxis läuft aber wie zu erwarten anders, da die Gerichte von Amtes wegen intervenieren müssten und sich diesbezüglich Zurückhaltung auferlegen. Im Kanton Zürich werden jedenfalls Vereinbarungen mit gemeinsamer Sorge und üblichem Besuchsrecht bedenkenlos genehmigt. Wichtig ist aber auf jeden Fall, dass klare Regelungen betreffend den Wohnsitz Kinder und die Verteilung der finanziellen Belange getroffen werden.

6.2 Anhörung der Kinder (Art. 144 ZGB)

Auch hier entfernt sich die Realität vom Gesetz, wobei das Gesetz allerdings einen Spielraum offen lässt. Die Praxis der Kinderanhörungen in unstreitigen Fällen ist gesamtschweizerisch und im Kanton Bern eher uneinheitlich. Als Tendenz zeichnet sich ab, dass in grösseren Städten (Zürich, Bern) und in der Westschweiz eher mehr Befragungen durchgeführt werden als andernorts. Wie viele Befragungen erfolgen, hängt davon ab, bei welchen Kindern aus Altersgründen zum Vornherein auf eine Befragung verzichtet wird (in den meisten Gerichtskreisen hat sich eine Altersgrenze von 12 Jahren eingebürgert), aber auch wie der Brief formuliert ist, den man den an sich zu befragenden Kindern zuschickt. An Gerichten, welche einen Fragebogen mit Verzichtsmöglichkeit verwenden, werden kaum Befragungen durchgeführt, dort wo man die Kinder regelrecht vorlädt (wie im Kanton Waadt), erfolgen öfters Befragungen.

Was macht man bei Kindern, die auf die Aufforderung des Gerichts nicht reagieren? Nochmals einen Brief schreiben, die Eltern einschalten? M.E. wartet man am Besten bis zur Anhörung der Eltern zu und thematisiert dort die fehlende Reaktion der Kinder.

²⁷ vgl. dazu den Entscheid des Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises X Thun vom 1. Juli 1999, publiziert in FamPra.ch 2/2000 Nr. 22 und im Internet unter <http://mypage.bluewin.ch/baehlerdanthun/gk10>, Rubrik "Scheidung/Trennung"

Dann sollte es entweder klappen oder es zeigt sich, dass Probleme vorliegen, die zu vertieften Abklärungen Anlass geben.

Über den besten Zeitpunkt der Anhörung (vor oder nach der Anhörung der Eltern) sind sich die Kommentare uneinig. M.E. werden die Kinder sinnvollerweise kurz nach der ersten Anhörung der Eltern gemäss Art. 111 Abs. 1 ZGB angehört; das Gericht sollte nicht Informationen über die Eltern erstmals durch die Befragung der Kinder erfahren. Gemäss Sutter/Freiburghaus, N. 20 zu Art. 144 ZGB, und dem Vortrag zu Art. 25 EVO ZGB kann die Bedenkfrist erst nach der Anhörung der Kinder angesetzt werden, da die Phase der ersten Anhörung erst dann abgeschlossen ist. Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend; es kann auch in der Anhörung der Ehegatten die voraussichtliche Genehmigung der Vereinbarung unter dem Vorbehalt des Ergebnisses der Kinderanhörungen angekündigt und die Bedenkfrist sogleich angesetzt werden, womit das Verfahren nicht unnötigerweise verzögert wird. In Verfahren nach Art. 114 ZGB kann sich eine delegierte Anhörung im Rahmen des Berichts der Vormundschaftsbehörde nach Art. 24 EVO ZGB empfehlen, da sonst die Hauptverhandlung in zwei Teilen durchgeführt werden müsste.

Zur Durchführung der Befragungen: M.E. wurden im Vorfeld der Einführung dieses Instituts die Schwierigkeiten etwas übertrieben; Kinder sind nicht exotische Wesen, sondern "auch nur Menschen". Wichtig ist, dass man sich mit ihnen an einen Tisch setzt, sie ernst nimmt, nicht zu sehr Autorität markiert und die juristische Fachsprache beiseite lässt. Die Befragung findet am Besten in einem Büro am Gericht statt. Es ist sinnvoll, eine zweite Person beizuziehen, um vor allfälligen Vorwürfen geschützt zu sein, und um sich voll auf die Befragung konzentrieren zu können. Die zweite Person kann sich Notizen machen und dann die Gesprächsnotiz erstellen.

In problematischen Fällen ist es sicher am Besten, wenn die Befragung im Rahmen der Berichterstattung der Vormundschaftsbehörde oder der Erstellung eines Gutachtens durch eine Fachstelle erfolgt.

Gemäss Art. 25 EVO ZGB ist von der Kindesanhörung ein Protokoll oder eine Gesprächsnotiz zu erstellen. Dieses Schriftstück sollte mit dem Kind vorbesprochen werden, damit nicht Schwierigkeiten mit einem oder beiden Elternteilen entstehen, da die Zustellung an die Eltern obligatorisch ist (Art. 25 Abs. 2 EVO ZGB). Wenn nichts Besonderes gesagt wurde, genügt eine kurze Notiz. Bei Aussagen des Kindes, die weiter verfolgt werden müssen, ist das Schriftstück vorsichtig zu formulieren.

6.3 Eröffnung des Urteils an Kinder (Art. 27 EVO ZGB)

Die Eröffnung des Scheidungsurteils an die Kinder ist ein kantonales Institut, vom Bundesrecht ist nur die Eröffnung an den Beistand im Fall einer Beistandschaft nach Art. 146 ZGB vorgeschrieben. Die Voraussetzung ist in der Einführungsverordnung leider nicht objektiv im Sinne einer Altersgrenze umschrieben, sondern massgebend ist die Urteilsfähigkeit. Da die Gerichte die Kinder aber in der Regel nicht persönlich kennen, hat sich in der Praxis dennoch eine Altersgrenze eingebürgert. Diese ist unter den Gerichtskreisen uneinheitlich. Verbreitet sind 12 Jahre, was m.E. sehr tief ist. Die Urteilsfähigkeit kann differenziert betrachtet werden: Es ist möglich, dass ein Kind urteilsfähig ist, um zu verstehen, warum es angehört werden soll, nicht jedoch, um ein Scheidungsurteil sachgemäss anfechten zu können, was ja eigentlich der Zweck der Urteilsöffnung ist (vom Inhalt kann es ja auch via Eltern Kenntnis erhalten). In Thun eröffnen wir deshalb die Scheidungsurteile nur an Kinder, die mindestens 16-jährig sind, was als Nebenwirkung noch Aufwand erspart.

6.4 Beistandschaft für Kinder (Art. 146 ZGB)

Eine Umfrage unter den bernischen Scheidungsgerichten im Frühsommer 2000 hat gezeigt, dass dieses neue Institut nicht einfach toter Buchstabe ist, sondern bereits im ersten halben Jahr der Geltung des neuen Scheidungsrechts mehrfach eingesetzt wurde.

Auch in Eheschutzverfahren kann direkt gestützt Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (SR 0.107) eine Beistandschaft eingesetzt werden.

Eine Prozessbeistandschaft ist vorab in umstrittenen Fällen sinnvoll, unter Umständen auch nach Einholung eines Gutachtens. Häufig zieht sich das Verfahren nachher noch in die Länge, und über die Beistandschaft kann sicher gestellt werden, dass das Gericht im Urteilszeitpunkt über die neuesten Informationen verfügt. Auch in vordergründig unstreitigen Fällen kann eine Prozessbeistandschaft angezeigt sein, wenn es darum geht abzuklären, ob die gemeinsamen Anträge dem Kindeswohl entsprechen oder allenfalls Kindesschutzmassnahmen angeordnet werden müssen.

Ob die Prozessbeistandschaft gemäss Art. 146 ZGB mit einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB verbunden werden kann, ist in der Lehre umstritten, weil die Beistandschaft nach Art. 146 ZGB von Weisungen der Vormundschaftsbehörde unabhängig ist, diejenige nach Art. 308 jedoch einer Weisungsbefugnis untersteht. In der Praxis sind es aber häufig dieselben Fälle, wo die Voraussetzungen für beide Arten von Beistandschaften gegeben sind, und unter Umständen besteht bereits eine Beistandschaft nach Art. 308 ZGB. Das Kind sollte nicht mit zu vielen Bezugspersonen zu tun haben,

weshalb sich m.E. eine Kombination geradezu aufdrängt. Die Weisungsfrage ist eher theoretischer Natur, und praktische Überlegungen sollten den Vorrang haben.

Die Person, welche die Beistandschaft ausübt, wird von der Vormundschaftsbehörde ernannt, das Gericht kann aber durchaus eine Richtung weisen. Die Besetzung hängt von den sich stellenden Fragen ab. Der Einsatz von AnwältInnen ist nur dann sinnvoll, wenn komplizierte Verfahren und juristische Fragestellungen zu bewältigen sind, sonst sind andere Fachpersonen, namentlich SozialarbeiterInnen mit besonderer Ausbildung, genau so gut oder besser befähigt.

Die Kosten der Prozessbeistandschaft werden gemäss Art. 31 EVO ZGB zu den Prozesskosten geschlagen und sind von den Ehegatten bzw. im Fall der unentgeltlichen Prozessführung vom Kanton zu tragen. Umstritten ist, wer die Entschädigung des Beistands oder der Beiständin festsetzt und diese ausrichtet. M.E. erfolgt dies sinnvollerweise durch das Gericht, da die Massnahme vom Gericht angeordnet wird und dieses auch besser den gebotenen Aufwand abschätzen kann als die nicht ins Verfahren einbezogene Vormundschaftsbehörde. Die Bezahlung des Beistands oder der Beiständin durch die Vormundschaftsbehörde mit Rückgriff auf das Gericht ist ein unnötiger Umweg.

Zum Thema der Prozessbeistandschaft kann auch auf das im Internet unter <http://mypage.bluewin.ch/baehlerdanthun/gk10>, Rubrik "Scheidung/Trennung" publizierte Referat des hier Schreibenden an der Tagung der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden vom 21. September 2000 in Freiburg verwiesen werden.

7. Unterhaltsfragen (Art. 125 ff. ZGB)

7.1 Formelle Anforderungen

In Art. 143 ZGB wird neu verlangt, dass eine Vereinbarung oder ein Urteil, worin Unterhaltsbeiträge festgelegt werden, gewissen inhaltlichen Anforderungen entspricht:

- Angabe des Einkommens und Vermögens, von dem ausgegangen wird (Ziff. 1):
Es handelt sich um eine neue Bestimmung, zwecks Feststellung der Basis der Festlegung der bisherigen Unterhaltsbeiträge in einem allfälligen Abänderungsverfahren. Werden die Unterhaltsbeiträge gestützt auf ein Berechnungsblatt ermittelt, so kann auch dieses der Vereinbarung beigelegt werden, wobei es von den Ehegatten unterzeichnet werden sollte, da es zum notwendigen Bestandteil der Vereinbarung wird.
Wie steht es bei einem zeitlich abgestuften Unterhaltsbeitrag? Häufig wird von den heutigen Verhältnissen ausgegangen, die Rente für den heutigen Zeitpunkt berechnet und dann schrittweise reduziert, ohne dass eine erneute Berechnung von Ein-

kommen und Existenzminimum für den Zeitpunkt der Abänderung erfolgt. Angaben über die Basis der Unterhaltsbeiträge in den späteren Phasen sind deshalb schwierig zu machen, wären aber dennoch nützlich, da in einem Abänderungsverfahren von der Basis des aktuell zu leistenden Unterhaltsbeitrags ausgegangen werden muss. Meist geht es um die Festlegung eines hypothetischen Einkommens der unterhaltsberechtigten Person.

Das Vermögen wird in der Regel nicht aufgeführt, häufig ist auch keines da. M.E. ist die Angabe des Vermögens nur erforderlich, wenn dessen Höhe die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge beeinflusste. Andernfalls ist es auch im Abänderungsverfahren nicht von Belang.

- Die Ausscheidung der Unterhaltsbeiträge für den Ehegatten und derjenigen für die Kinder (Ziff. 2) entspricht bisheriger Praxis. Die Ausscheidung ist wichtig für die Frage der Alimantenbevorschussung und sollte deshalb auch im Eheschutzverfahren gemacht werden.
- Der Betrag, der zur Deckung des gebührenden Unterhaltes fehlt (Ziff. 3) ist eine neue Komponente, sie kommt aber nur zum Tragen, wenn eine Heraufsetzung des Unterhaltsbeitrags gemäss Art. 129 Abs. 3 ZGB vorbehalten wird.
- Anpassung an die Lebenskosten (Indexklausel, Ziff. 4): Dies entspricht ebenfalls bisheriger Praxis, jedenfalls in professionell vorbereiteten Vereinbarungen. Bei Laienkonventionen ist manchmal eine entsprechende Ergänzung nötig.

7.2 Unterhalt Kinder

Diesbezüglich ergaben sich durch das neue Scheidungsrecht keine grundlegenden Änderungen. Massgebend ist weiterhin das Kindesrecht (Art. 285 ZGB). Eine neue Bestimmung ist Art. 286 Abs. 3 ZGB: Bei nicht vorgesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen kann ein besonderer Beitrag verlangt werden. In die von uns ausgearbeiteten Scheidungsvereinbarungen wird ein entsprechender Vorbehalt (neben anderen) aufgenommen.

Die Höhe der Unterhaltsbeiträge für die Kinder richtet sich bei uns weiterhin nach bekannten Prozentzahlen vom Nettoeinkommen der unterhaltspflichtigen Person ohne Kinderzulagen (17 % für ein Kind, 27 für zwei Kinder, 35 % für drei Kinder, 40 % für vier Kinder). Die Kinderzulagen sind zusätzlich geschuldet. Es gibt andere Modelle, aber sie sind m.E. im Ergebnis der Prozentmethode nicht überlegen und viel schwieriger in der Handhabung. Bekannt sind vor allem die Tabellen des Zürcher Jugendamtes (abrufbar im Internet unter www.divorzio.ch). Die Verwendung dieser Tabellen führt aber dazu, dass die Kinder gegenüber dem Ehegatten bevorzugt werden.

Vereinbarungen, die auf anderen Berechnungsmethoden als der gerichtsüblichen beruhen, sind aber auch zu genehmigen, wenn die Berechnung nachvollziehbar und das Ergebnis angemessen ist.

7.3 Unterhalt Ehegatten

In diesem Bereich brachte die Revision des Scheidungsrechts diverse Neuerungen. Die wichtigste davon ist die Abkehr von der Verschuldensabhängigkeit und der damit verbundenen Differenzierung von Unterhaltersatz- und Bedürftigkeitsrente, bzw. die Abschaffung der Bedürftigkeitsrente nach Art. 152 aZGB. In der Praxis war aber jedenfalls bei Konventionsverhandlungen bereits unter altem Recht eine weitgehende Abkehr von der Berücksichtigung des Verschuldens erfolgt. Ausnahme vom Prinzip der Verschuldensunabhängigkeit sind die Rechtsmissbrauchstatbestände von Art. 125 Abs. 3 ZGB. Diese sind mir aber in der Praxis noch nicht begegnet.

Der Katalog der Kriterien zur Festsetzung der Unterhaltsbeiträge in Art. 125 ZGB ist umfassend, aber die einzelnen Kriterien sind schwierig zu quantifizieren; einige wirken sich auf die Höhe, andere auf die Dauer und noch andere auf beides aus.

Zur Höhe der Unterhaltsbeiträge:

Mit dem revidierten Scheidungsrecht wurde der neue gesetzliche Begriff des "gebührenden Unterhalts" eingeführt. Um diesen zu ermitteln, ist die Methode des betriebsrechtlichen Existenzminimums mit Überschussverteilung (gemäss Handbuch des Unterhalts von Hausheer/Spycher und seit jeher Praxis im Eheschutzverfahren) gut nachvollziehbar und praktikabel; sie wird von den Betroffenen weitgehend akzeptiert. Auch die elektronischen Berechnungsblätter Bähler/Spycher²⁸ beruhen auf dieser Methode. Die Verwendung einer einheitlichen Methode ermöglicht die Beschränkung des Streites auf die Festlegung der in die Berechnung aufzunehmenden Zahlen und die Höhe einer allfälligen Sparquote. Maxime ist Weiterführung des bisherigen Lebensstandards, soweit dies bei getrennten Haushalten noch möglich ist. Allfällige Einschränkungen sind von allen Familienmitgliedern gleichmässig zu tragen.

Über seinen Anteil am Überschuss darf jeder Ehegatte verfügen, ohne über die Verwendung Rechenschaft ablegen zu müssen. Die Überschussanteile sind deshalb abstrakt und nicht nach konkreten Wünschen und Bedürfnissen festzulegen.

Der heikelste Punkt bei der Unterhaltsberechnung ist regelmässig das hypothetische Einkommen der unterhaltsberechtigten Person (die sog. Eigenversorgungskapazität). Dabei darf m.E. nicht auf ein striktes Clean-Break-Prinzip (es ist sofort die volle Arbeitskraft optimal einzusetzen) abgestellt werden. Verschiedene der in Art. 125 Abs. 2 ZGB

²⁸ <http://www.berechnungsblaetter.ch>

aufgeführten Kriterien gehen vom Gedanken der nahehelichen Solidarität aus und sprechen dagegen, dass unverzüglich die gesamte Lebensgestaltung geändert werden muss. Weitere kritische Punkte sind im Scheidungszeitpunkt übersetzte Kosten eines Ehegatten für Wohnen und Transport/Auto (hier sollte an die längerfristigen Verhältnisse angeknüpft werden und das Prinzip der Gleichbehandlung gelten) sowie Schulden (an die Abzahlung gemeinsam verursachter Schulden haben beide beizutragen, ein Ehegatte darf nicht über das Existenzminimum hinaus gegenüber den Drittgläubigern privilegiert werden).

Zur Dauer der Unterhaltsregelung:

Die zeitliche Befristung der Unterhaltsbeiträge war schon bisher die Crux des Unterhaltsrechts und wird es auch weiterhin bleiben, die EDV kann hier nicht weiter helfen. Einziger verlässlicher Anhaltspunkt ist die Praxis des Bundesgerichts, wonach ein betreuender Ehegatte in der Regel Anspruch auf Unterhaltsbeiträge hat, bis das jüngste Kind das 16. Altersjahr erreicht hat (BGE 109 II 286). Lebenslängliche Renten sind mit dem AHV-Splitting, den Erziehungsgutschriften und dem Vorsorgeausgleich weitgehend verschwunden. Im Übrigen besteht eine grosse Bandbreite; als Ausgangspunkt der Überlegungen ist sicher die Anknüpfung an den Begriff der Lebensprägung (Hausheer) nützlich: Je prägender die Ehe war, desto länger und intensiver wirkt sie in der Regel nach, was über die Unterhaltsregelung auszugleichen ist. Bei Ehen, die weit vor dem AHV-Alter geschieden werden, geht die Tendenz dahin, dass für die unterhaltsberechtigten Person, in der Regel die Ehefrau, eine vollständige oder teilweise Integration in das Erwerbsleben nach Ende der Betreuungspflichten als zumutbar erachtet wird.

Weitere Neuerungen:

Unterhaltsbeiträge können auch in Urteilen von Bedingungen abhängig gemacht werden (Art. 126 Abs. 3 ZGB); dies erfasst z.B.: Konkubinatsklauseln, hiezu hat Peter Liatowitsch in FamPra.ch 3/2000, S. 476 ff., einen sehr umfassenden Aufsatz publiziert.

Bei der Abänderung von Unterhaltsbeiträgen ist statt ausschliesslich einer Herabsetzung neu auch eine Sistierung möglich (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Wenn keine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgesetzt werden konnte, ist es möglich, die Rente nachträglich zu erhöhen oder eine solche überhaupt erst festzusetzen, allerdings nur, wenn die Unterdeckung im Urteil bzw. in der Vereinbarung betragsmässig festgehalten wurde und nur innerhalb von fünf Jahren seit der Scheidung (Art. 129 Abs. 3 ZGB).

7.4 **Mangellagen**

Gemäss BGE 123 III 1 darf bei der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen sowohl für Ehegatten als auch für Kinder nicht in das Existenzminimum des Schuldners eingegriffen werden. Im Rahmen der Scheidungsrechtsrevision wurde eine vom Nationalrat aufge-

nommene Bestimmung, welche die Verteilung eines Defizits auf die Ehegatten vorgesehen hätte, u.a. nach Interventionen von Hausheer und Geiser vom Ständerat wieder aus dem Gesetz gestrichen (vgl. dazu Hausheer in ZBJV 136/2000, S. 373 ff, mit Hinweisen). Wichtig ist aber in solchen Fällen, dass das Existenzminimum streng berechnet und die Prioritätenordnung eingehalten wird; nicht privilegierte Schulden (einschliesslich rückständige Steuern) und übersetzte Wohn- oder Arbeitswegkosten sind zu streichen. Hingegen sind m.E. die laufenden Steuern einzubeziehen, da sie einen direkt mit der Erzielung des Einkommens verbundenen Aufwand bzw. eine Art "Gewinnungskosten" darstellen. Allerdings hat das Bundesgericht in einem allerneuesten Entscheid gegenteilig entschieden (BGE 126 III 353; siehe dazu auch die Kritik von Roger M. Cadosch in ZBJV 137/2001 S. 145 ff.).

Art. 129 Abs. 3 ZGB (Vorbehalt der nachträglichen Festlegung einer Rente) wird zur Zeit eher selten angewandt; m.E. könnte der Rückgriff auf diese Bestimmung vermehrt in Betracht gezogen werden, jedenfalls dann, wenn erwartet werden darf, dass die Mangellage in weniger als fünf Jahren beseitigt werden kann. Der "gebührende Unterhalt" entspricht in Mangellagen dem Existenzminimum. Mit den neuen Richtlinien zum betriebsrechtlichen Existenzminimum vom 24. November 2000 (für den Kanton Bern in Kraft seit 1. März 2001) hat eine Annäherung von betriebsrechtlichem und sozialhilferechtlichem Existenzminimum (SKOS-Richtlinien) stattgefunden, womit die Diskussion, welches Existenzminimum in Mangelfällen gelten soll, weitgehend hinfällig geworden ist.

8. Aufteilung der Austrittsleistungen (Art. 122 ff. ZGB)

Dieses neue Institut hat sich für die Gerichte in der praktischen Handhabung als nicht so schwierig herausgestellt wie im Vorfeld der Revision befürchtet werden musste. Probleme stellen sich wohl eher für die Pensionskassen. Die Gerichte müssen sich auf deren Berechnungen verlassen können, aber es ist dennoch eine Plausibilitätsprüfung nötig. Es ist in meiner Praxis schon einmal vorgekommen, dass eine Pensionskasse nach Intervention des Gerichts ihre Berechnungen korrigierte. Wenn keine Unterlagen über die Austrittsleistung bei Eheschliessung vorhanden sind, muss das Gericht manchmal Berechnungen nach Art. 22a FZG anstellen. Im Extremfall ist dann die Austrittsleistung bei Eheschliessung gestützt auf das im Scheidungszeitpunkt vorhandene Guthaben und das Datum des erstmaligen Eintritts in eine Pensionskasse zu berechnen. Diese Berechnung kann aber mit Hilfe der EDV erfolgen und ist deshalb nicht schwierig.

Ein geringfügiges praktisches Problem ist die Festlegung des Stichtags für die Berechnungen. Gemäss Art. 22 FZG sind diese auf den Zeitpunkt der Scheidung vorzunehmen. Dieser ist aber noch nicht bekannt, wenn das Scheidungsbegehren eingereicht

wird. Das Gericht muss deshalb die Berechnung akzeptieren, wenn sie in einer gewissen Zeitspanne liegt, oder dann eine neue Berechnung verlangen. Die entsprechende Praxis im Kanton ist uneinheitlich. M.E. sollten die Berechnungen nicht älter als sechs Monate vor dem Scheidungszeitpunkt bzw. zwei Monate vor Einreichung des Scheidungsbegehrens sein. Die Pensionskassen sind in der Regel in der Lage, Berechnungen auch auf einen in näherer Zukunft liegenden Zeitpunkt zu erstellen.

Für die Durchführung der Übertragung werden eigentliche Durchführbarkeitsbestätigungen gemäss Art. 141 ZGB) nur selten vorgelegt. In der Regel begnügt man sich mit der Meldung der Höhe des Guthabens durch die zur Übertragung zu verpflichtende Kasse (meist des Ehemannes), was in der Regel auch keine Probleme bietet. Wenn die Ehefrau in einer Kasse mit Leistungsprimat ist, ist darauf zu achten, dass der übertragene Betrag auch tatsächlich zum Einkauf verwendet werden kann, sonst ist er nicht an die Pensionskasse, sondern auf ein Freizügigkeitskonto zu übertragen.

Ein noch ungelöstes Problem stellt die Anwendung der Bestimmung dar, wonach Vorbezüge für Wohneigentum zu der Austrittsleistung im Zeitpunkt der Scheidung hinzuzurechnen sind (Art. 30c Abs. 6 BVG). Vorgelegte Berechnungen sind darauf hin zu überprüfen, ob ein allfälliger Vorbezug berücksichtigt wurde. Wenn ein grosser Teil der Austrittsleistung vorbezogen wurde, kann der Fall eintreten, dass dem verpflichteten Ehegatten die freien Mittel zur Tilgung des Anspruchs des anderen Ehegatten fehlen. Es wird dann manchmal versucht, den Anspruch über eine Rente abzugelten. Dies ist jedoch problematisch, weil die Bezahlung der Rente von der Leistungsfähigkeit und dem Leistungswillen des verpflichteten Ehegatten abhängt. Ein Ziel der Revision war es aber gerade, den Vorsorgeanspruch des nicht berufstätigen Ehegatten mit der Scheidung aus dem Vermögen des anderen Ehegatten auszuscheiden. M.E. muss deshalb verlangt werden, dass der Ehegatte, welcher sein Vorsorgeguthaben vorbezogen hat, die Finanzierung der Liegenschaft neu regelt und im Extremfall die Liegenschaft verkauft und den Vorbezug zurückerstattet. Immer noch umstritten ist in der Lehre, ob bzw. in welchem Umfang ein Zins auf dem Vorbezug aufzurechnen ist.²⁹

Der Verzicht auf den Vorsorgeausgleich (Art. 123 ZGB) kommt relativ häufig vor bei kinderlosen Ehepaaren, wo beide voll berufstätig sind und annähernd gleich viel verdienen. In diesen Fällen ist der Verzicht sicher unproblematisch. In den anderen Fällen wird meist hälftig geteilt. Der Verzicht ist m.E. praktisch ausgeschlossen bei Ehepaaren mit Ein- oder Zuverdienerehe und Kindern; diese Ehepaare waren in erster Linie im Visier des Gesetzgebers, der den Vorsorgeausgleich als grundsätzlich zwingendes Recht

²⁹ vgl. dazu die Diskussion in der ZBJV mit Beiträgen von Rolf Brunner, ZBJV 136/2000 S. 525 ff., Regina E. Aebi-Müller, ZBJV 137/2001 S. 132 ff. und Thomas Koller, ZBJV 137/2001 S. 137 ff.)

ausgestaltete. Bei kinderlosen Ehepaaren mit Einkommensgefälle kann auch ein allfälliges Altersgefälle berücksichtigt werden und einen Teilverzicht der Ehefrau begründen (der Ehemann verdient mehr als die Ehefrau, ist aber bedeutend älter, während sich die Ehefrau noch eine Vorsorge aufbauen kann).

Die Verrechnung mit Güterrecht ist m.E. nur in sehr guten finanziellen Verhältnissen zulässig, wo Art. 123 Abs. 2 ZGB zum Tragen kommt. Sonst könnte die Pflicht zur Verwendung des zu übertragenden Betrages zu Gunsten der Vorsorge (Art. 22 FZG) umgangen werden. Sachgerecht ist eine Verrechnung mit Güterrecht allerdings dort, wo der Ehemann selbstständig erwerbend ist und kein Vorsorgeguthaben (mehr) besitzt. Hier kann die Lösung sicher so gefunden werden, dass die Ehefrau ihr Vorsorgeguthaben behält und der Ehemann nicht gezwungen wird, für die güterrechtliche Auseinandersetzung erhebliche Mittel aus der Unternehmung flüssig zu machen.

Eine Knacknuss beim Komplex des Vorsorgeausgleichs ist Art. 124 ZGB (Entschädigung bei eingetretenem Vorsorgefall). Es handelt sich hier um eine völlig neue Bestimmung, welche auf sehr verschiedenartige Fälle angewandt werden muss. Die Literatur dazu ist spärlich, und Präjudizien bestehen noch kaum. Es ist zu hoffen, dass möglichst viele kantonale Urteile zu dieser Bestimmung publiziert werden, damit bald einmal Leitplanken vorhanden sind, an die man sich halten kann.

9. Kostenfragen

9.1 Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten sollte sich nun einheitlich nach den an der Tagung des Verbandes bernischer Richter und Richterinnen (VBR) vom 1. Dezember 2000 beschlossenen Richtlinien orientieren, nachdem zuvor der Gerichtskreis VIII Bern-Laupen einen eigenen Tarif angewandt hatte. Vertretbar ist es m.E., denjenigen Ehegatten, die ihre Vereinbarung von fachkundigen Personen ausarbeiten liessen und damit dem Gericht Arbeit ersparten, eine Ermässigung zukommen zu lassen, während diejenigen, die Anwaltskosten sparen wollten und mit unfertigen Eingaben an das Gericht gelangten, den entsprechenden Mehraufwand finanziell abgelten sollten.

Was geschieht, wenn die Gerichtskostenvorschüsse nicht fristgerecht geleistet werden? Unter bisherigem Recht handelte es sich um ein formell Streitiges Verfahren, d.h. es galten die Säumnisfolgen gemäss Art. 283 ff. ZPO. Bei Säumnis der beklagten Partei hatte dies keine Konsequenzen. Neu sind das Verfahren nach Art. 111 ZGB und die Einleitung des Verfahrens nach Art. 112 ZGB als nicht Streitig konzipiert. Dies hat zur Folge, dass ein gemeinsames Scheidungsbegehren zurückgewiesen werden kann, wenn nicht der gesamte Kostenvorschuss beider Ehegatten geleistet wird (Vortrag zu

Art. 6 EVO ZGB). Dem nicht säumigen Ehegatten muss aber Gelegenheit gegeben werden, auch den Anteil des säumigen Ehegatten zu leisten, um die Scheidung nicht scheitern zu lassen. Dasselbe gilt m.E. auch bei Teileinigung, da die Einleitung des Verfahrens nicht streitig ist, für den streitigen Teil sind dann die allgemeinen Säumnisbestimmungen anwendbar.

9.2 Unentgeltliche Prozessführung

Nach meiner Wahrnehmung wird in letzter Zeit für Scheidungen das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung weniger oft verlangt als früher, dafür kommen mehr scheidungswillige Paare ohne AnwältInnen vor Gericht. Dies mag im Zusammenhang mit dem neuen Scheidungsrecht stehen (vgl. oben Ziff. 3.1) oder mit der Verschärfung der Praxis zur unentgeltlichen Prozessführung durch das neue Kreisschreiben Nr. 18 der Zivilabteilung des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts, welches seit 1. Juli 2000 in Kraft ist.

Im Zusammenhang mit der Einführung des neuen Scheidungsrechts stellte sich die Frage, ob im Verfahren der vollständigen Einigung beide Ehegatten durch einen einzigen Anwalt oder eine einzige Anwältin vertreten werden können. Gemäss Vortrag zu Art. 29 EVO ZGB wäre dies möglich; die Anwaltskammer hat jedoch entschieden, dass eine Doppelvertretung wegen des potenziellen Interessenkonflikts zwischen den Ehegatten nicht zulässig sei. M.E. ist diese Praxis nicht unbedingt überzeugend. Es sollte genügen, dass sichergestellt ist, dass das Mandat niedergelegt wird, sobald sich der Interessenkonflikt aktualisiert. Das Verfahren nach Art. 111 ZGB wurde ja ausdrücklich als nicht streitig konzipiert, und häufig ist es faktisch so, dass sich beide Ehegatten durch den selben Anwalt oder die selbe Anwältin beraten lassen. Immer mehr werden auch Mediationen durch AnwältInnen durchgeführt, und es wäre vernünftig, wenn diese ihre Klientschaft offiziell und nicht nur als "ZuhörerInnen" an die Anhörung begleiten könnten.

Eine Frage, die sich im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Prozessführung immer wieder stellt, ist diejenige nach der Abgeltung vorprozessualer Bemühungen von AnwältInnen über das amtliche Honorar. Bis zu einem gewissen Grad muss dies möglich sein, und zwar auch dann, wenn das uP-Gesuch erst mit dem Scheidungsbegehren gestellt wird. Die Kombination von Scheidungsbegehren und uP-Gesuch reduziert gegenüber einem vorgängigen separaten uP-Gesuch den Aufwand sowohl auf Anwalts- wie auch auf Gerichtsseite. Das Ganze darf aber nicht ausufern. Die unentgeltliche Prozessführung erfasst nicht Rechtsberatung im Hinblick auf ein allenfalls in ferner Zukunft liegendes Gerichtsverfahren, sondern die Vertretung im Gerichtsverfahren und die zielgerichtet darauf erfolgte Vorbereitung. M.E. sollte deshalb die Entschädigung für zurück liegende Bemühungen nur einen begrenzten Zeitraum erfassen, wobei als Richtlinie von

etwa einem halben Jahr ausgegangen werden kann. Wird in diesem Zeitraum keine aussergerichtliche Einigung erzielt, ist es vermutlich kostengünstiger, das teilstreitige Verfahren einzuleiten als die aussergerichtlichen Verhandlungen weiter zu führen, weil wie erwähnt (oben Ziff. 4) in diesem Verfahren häufig in der ersten Anhörung unter Mitwirkung des Gerichts eine vollständige Einigung erzielt werden kann.

Fazit

Die Umsetzung des neuen Scheidungsrechts in der ersten Instanz ist nach meinen Wahrnehmungen ohne wesentliche Schwierigkeiten verlaufen. Das neue Recht hat den Gerichten bei den unproblematischen Fällen mehr Aufwand beschert, weil der Gesetzgeber einige Probleme lösen wollte, die in der Praxis gar nicht bestanden. Andererseits hat der Umstand, dass das Verschulden im neuen Recht weitgehend ausser Acht bleibt, den Gerichten auch Einiges an unfruchtbaren Streitigkeiten erspart, so dass aus meiner Sicht die Bilanz letztlich ausgeglichen ist.

Thun, im April 2001

D. Bähler

Verzeichnis der bisher im Inforterne erschienenen Referate und Aufsätze

Anonymus

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

Aeschlimann Jürg, Prof.

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

Arzt Gunther, Prof. Dr. jur.

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

Bähler Daniel, Gerichtspräsident

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

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

Gilléron Pierre-Robert, Prof.

- De quelques problèmes en matière de faillite Heft 16, S. 58 - 74

Girardin Michel, Oberrichter

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

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

Schild Grace, Dr.

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

Schnell Beat, Staatsanwalt

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

Sollberger Jürg, Oberrichter

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

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern

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

Trenkel Christian, Generalprokurator-Stellvertreter / Oberrichter ab 2001

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

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

- Geteiltes Leid - halbes Leid

Heft 9, S. 40 - 55

Walter Hans Peter, Bundesrichter

- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht

Heft 3

Weber Markus, Generalprokurator

- Erwartungen an ein psychiatrisches Gutachten aus
der Sicht der Justiz

Heft 13, S. 44 - 61

Zinglé Jürg, Untersuchungsrichter

- Beschränkung des Verfahrens auf den Scheidungspunkt?
- Juristische Aspekte bei sexueller Ausbeutung

Heft 2

Heft 15, S. 12 - 37