

I N F O I N T E R N E

Informationen, Referate und Aufsätze
aus der Bernischen Justiz

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

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

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

Redaktion:

Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts
(Vorsitz: Oberrichter J. Sollberger; Oberrichter F. Rieder, Oberrichter W. Messerli,
Generalprokurator M. Weber, Gerichtspräsident D. Bähler, Untersuchungsrichterin B.
Janggen-Schibli, Kammerschreiber U. Windler; Sekretariat: Ch. Johner, Kanzlei
Appellationshof, Tel.: 031/634 72 47)

Rédaction:

Commission pour la formation continue des membres de la Cour suprême du canton
de Berne
(Président: J. Sollberger, juge d'appel; F. Rieder, juge d'appel, W. Messerli, juge
d'appel, M. Weber, Procureur général, D. Bähler, Président de Tribunal, B. Janggen-
Schibli, juge d'instruction, U. Windler, Greffier, Secrétariat: Ch. Johner, chancellerie
de la cour d'appel, Tél. 031/634 72 47)

HEFT 9/ SOMMER 1997

LIVRE 9 / ETE 1997

Inhaltsübersicht

Staatsfinanzen und Weiterbildung <i>Jürg Sollberger, Oberrichter</i>	3

Kursprogramm zweite Jahreshälfte 1997	7

Programme des cours pour le deuxième semestre de 1997	8

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen	9

Neues aus der Rechtsprechung <i>Renate Binggeli, Generalprokurator-Stellvertreterin</i>	10

Geteiltes Leid - halbes Leid <i>Peter Urech, Gerichtspräsident</i> <i>Urs Fasel, lic. iur.</i>	39

Aspekte des Arztrechts <i>Jester Hans-Jürg, Staatsanwalt</i>	56

Verzeichnis der bisher im Inforterne erschienenen Referate und Aufsätze	71

Staatsfinanzen und Weiterbildung

Bedingt durch die Lage der Staatsfinanzen sind der Weiterbildungskommission die Geldmittel, die für den Bereich der Weiterbildung durch die politischen Behörden zur Verfügung gestellt werden, massiv gekürzt worden. Und das in einem Moment, da gerade wegen der Reformierung des Justizsystems und wegen der Neufassung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen ein grosser Weiterbildungsbedarf besteht.

Gibt uns diese Kürzung Anlass zu empörtem Protest ?

Im ersten Moment ist man geneigt, diese Frage mit einem entschiedenen "Ja" zu beantworten. Aber nach einigem Nachdenken wird die Antwort wohl differenzierter ausfallen müssen. Natürlich ist es bedauerlich, dass gerade in diesem so wichtigen Bereich gespart werden muss; natürlich besteht das Risiko, dass das Wünschbare nicht mehr umgesetzt werden kann und dass man sich auf das Unabdingbare beschränken muss. Aber abgesehen davon, dass uns diese Gelder ja nicht aus Bosheit oder schlechtem Willen, sondern schlicht der bitteren Notwendigkeit wegen gekürzt worden sind, werden wir dadurch auch gezwungen, Bilanz zu ziehen, und dies in mehrfacher Hinsicht.

Einmal können wir feststellen, dass dank einer hohen Bereitschaft von Professoren unserer Bernischen Uni, von Staatsanwältinnen und Staatsanwälten, von Richterinnen und Richtern aller Stufen und von weiteren Personen zur Mitarbeit im Bereiche der Weiterbildung die Durchführung von Veranstaltungen überhaupt erst möglich geworden ist. In aller Regel sind diese Einsätze erfolgt, ohne dass entsprechende Kostennoten durch die Weiterbildungskommission zu begleichen waren.

Zum andern ist das Konzept der Weiterbildung der Bernischen Justiz offenbar geeignet, auch ausserkantonalen Spezialisten Einsätze schmackhaft zu machen, und auch hier sind nach erfolgten Einsätzen die entsprechenden Kostennoten meist ausgeblieben. Das hat denn auch zur Folge gehabt, dass für die hauseigenen Weiterbildungsveranstaltungen der entsprechende Kredit nur geringfügig beansprucht werden musste.

Zu den günstigen Rechnungsabschlüssen hat aber auch beigetragen, dass auf die Mithilfe von anderen Abteilungen unserer Bernischen Verwaltung gezählt werden konnte. So wäre ein Einsatz von Video bei den Schulungsanlässen ohne die Kooperationsbereitschaft des Kommandos und der entsprechenden Mitarbeiter der Kan-

tonspolizei kaum machbar. Die Aufsätze zum neuen Bernischen Strafverfahren hätten derart kostengünstig nie herausgegeben werden können, wie dies dank dem Beitrag an Know how und Arbeitskräften des Amtes für Gemeinden und Raumplanung möglich geworden ist.

Zudem ist die Herausgabe des Infointerne ebenfalls völlig kostenneutral, weil hier das ABA tatkräftig Unterstützung leistet.

Unter dem Strich bleibt damit festzuhalten, dass die hauseigen verursachten Kosten für die Weiterbildung äusserst bescheiden geblieben sind. An dieser Stelle ist ohne Zweifel auch einmal ein Dank an alle diejenigen angezeigt, die zum Funktionieren unserer Weiterbildung in irgend einer Form beigetragen haben.

Wenn das Thema Finanzen trotzdem ein solches ist, dann liegt das an den Kosten, die durch die Teilnahme an Veranstaltungen von Dritten verursacht worden sind und weiterhin verursacht werden. Durch Universitäten, Institute und Vereinigungen werden hochinteressante und meist auch lehrreiche Kurse angeboten, deren Besuch für die jeweils fachlich Angesprochenen fast zu einem Muss geworden ist. Als Beispiel sei etwa auf die Baurechtstagung in Freiburg oder auf die Veranstaltungen der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter in Gerzensee hingewiesen. Es besteht durchaus die Möglichkeit, dass hier in Zukunft Bewilligungen zur Teilnahme, beziehungsweise die damit verbundenen Kostengutsprachen nur noch im Rahmen einer Kontingentierung erteilt werden können, was von der Sache her nicht zu rechtfertigen wäre. In diesem Zusammenhange sei allerdings ein Hinweis auf die Praxis gewisser Kantone der Westschweiz erlaubt, wonach überhaupt keine Kosten für die Besuche von ausserkantonalen Veranstaltungen durch die Angehörigen der Justiz durch den Staat übernommen werden. Dies führt denn auch etwa dazu, dass die Kurse in Gerzensee sehr selten von Kolleginnen und Kollegen aus der Westschweiz besucht werden. Dieser Praxis soll in keiner Weise das Wort geredet werden, obwohl durchaus überlegenswert wäre, ob nicht auch Kursteilnehmer aus unserem Kanton freiwillig einen Kostenanteil übernehmen könnten, indem zum Beispiel auf den Ersatz der Reisekosten, oder, bei eintägigen Kursen, auf den Bezug des Taggeldes verzichtet würde. Aber grundsätzlich ist die Weiterbildung der Mitarbeiter auch eine Aufgabe des Arbeitgebers und wir besitzen im Kanton Bern glücklicherweise (in der auf GOG und Personalverordnung basierenden regierungsrätlichen Verordnung vom 16. Oktober 1996) eine umfassende und klare Regelung dieses Bereichs. Weiterbildung ist Sache des Kantons und er trägt auch die entsprechenden

Kosten, einschliesslich Kosten für Unterkunft, Verpflegung und Reise. Aber wo die Kasse leer, da nützen selbst solche klare Vorschriften wenig.

Auch wenn erwartet werden darf, dass eine weitere Reduktion des Budgetpostens Weiterbildung nicht erfolgen wird, zwingt die gegenwärtige Situation dennoch zum Nach- und Ueberdenken.

Der Wunsch der Angehörigen der Justiz nach Aus- und Weiterbildung ist - glücklicherweise - unverändert gross, was sich auch an der grossen Zahl von Kursteilnehmern an den eigenen und an den Veranstaltungen Dritter messen lässt. Von der Sache her ist das Anbieten von Weiterbildungsmöglichkeiten zweifelsfrei auch weiterhin eine Pflicht, auch für die Weiterbildungskommission. Aber die Mittel werden knapp und diese Mittel einfach durch eine noch grössere zeitliche Beanspruchung der Verantwortlichen für die Weiterbildung zu ersetzen, würde das Erträgliche sprengen.

Diese Ueberlegungen lassen den Wunsch nach einer Einrichtung, wie sie etwa der Kanton Zürich mit seinem Kriminalistischen Institut besitzt, wach werden.

Verbindet man diesen Wunsch mit der Einsicht, dass wegen der ebenfalls aus finanziellen Gründen möglicherweise erforderlichen Rücknahme des Ausbildungsangebotes durch die Universität, die Einrichtung einer - entgeltlichen - post graduate Ausbildung zu einer Notwendigkeit werden könnte, dann drängt sich hier ein Schulterchluss zwischen der für die Ausbildung der Justizangehörigen verantwortlichen Kommission etwa mit Instituten der Universität, mit dem BAV, mit anderen Berufsverbänden oder mit der Polizei geradezu auf. Die Zusammenfassung der personellen Mittel, eine Koordination von Wissen und Möglichkeiten an Instruktion, die Aufteilung der Kosten und insbesondere auch der "Verkauf" von Kursen an freiberuflich tätige oder aus anderen Kantonen stammende Personen würden zu einem attraktiven Angebot führen und auch das finanzielle Problem wirkungsvoll angehen.

Die Schaffung eines eigenen Weiterbildungsinstituts würde uns auch die Möglichkeit bieten, durch Gewährung von Gegenrecht unsere Mitarbeiter zu reduzierten Kurskosten an auswärtigen Kursen teilnehmen zu lassen.

Und zugleich würde sich die Gelegenheit ergeben, in einer Nische aktiv zu werden, die mit "forensische Aktivitäten" umschrieben werden könnte. Gemeint wären hier Bereiche, die anderswo nicht angeboten werden und sich mit den Vorgängen in der Justiz und speziell vor Gericht befassen. Entsprechende erste Ueberlegungen wurden bereits angestellt, sie sind aber wegen der anstehenden Justizreform etwas in den Hintergrund getreten. Nun scheint aber der Moment gekommen, diese Ueberlegungen zu konkretisieren und das Problem zukunftsweisend zu lösen.

Wir sind aufgerufen, auch unter erschwerten Bedingungen unseren Auftrag zu erfüllen, im Rahmen unserer primären Aufgabe als Richter oder Richterin, als Staatsanwalt oder Staatsanwältin oder im Sekretariats- und administrativen Bereich, aber auch auf vermeintlichen Nebenschauplätzen, wie gerade in der Weiterbildung. Wie dies geschehen könnte, soll mit den nun angestellten Überlegungen angedeutet werden.

Jürg Sollberger

Veranstaltungen der Weiterbildungskommission der Bernischen Justiz

Kursprogramm zweite Jahreshälfte 1997

Kurs 6: **Die lachenden und weinenden Erben im Prozessdschungel**

Kursleitung: Oberrichter Rieder, Gerichtspräsident Bähler
 Referent: alt Oberrichter Schärer
 Dauer: 1 Tag
 Kursart: Problembesprechung
 Termin: 27. August 1997 (10.00 bis 16.00 Uhr)
 Kursort: Bern, genaue Angaben erfolgen später

Kurs 7: **Erste Erfahrungen mit dem neuen Strafverfahren**

Kursleitung: Generalprokurator Weber, Oberrichter Sollberger
 Referenten: Oberrichter Maurer, Oberrichter Schweingruber,
 Generalprokurator Stellvertreter Trenkel
 Dauer: 1/2 Tag
 Termin: 12. November 1997 (ab 13.30 Uhr)
 Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

Kurs 8: **Richterliche Willensbildung im Kollegialgericht**

Kursleitung: Generalprokurator Weber, Oberrichter Sollberger
 Referent: Prof. Dr. Dittmann, Basel
 Dauer: 1 Tag
 Kursart: Seminar und Rollenspiel
 Termin: 18. November 1997 (09.00 bis 16.00 Uhr)
 Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

Hinweis: Nachmeldungen für die oben erwähnten Kurse sind noch möglich.
 Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission
 (Frau Ch. Johner, Kanzlei Appellationshof, Tel. 031 634 72 47).

Erfolgte Anmeldungen gelten als angenommen, sofern nicht ausdrücklich 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 de 1997

Cours 6: **"Les heurs et malheurs des héritiers dans la jungle procédurale"**

Direction du cours: M. le Juge d'appel Rieder et M. le Président de tribunal Bähler
 Conférencier: M. Roland Schärer, Juge d'appel émérite
 Durée: 1 jour
 Forme: discussion de problèmes
 Date: 27 août 1997 (de 10.00 heures à 16.00 heures)
 Lieu: Berne

Cours 7: **Premières expériences en relation avec la nouvelle procédure pénale**

Direction du cours: M. le Procureur général Weber et M. le Juge d'appel Sollberger
 Conférenciers: MM. les Juges d'appel Maurer et Schweingruber, M. le Procureur général suppléant Trenkel
 Durée: 1/2 jour
 Date: 12 novembre 1997 (dès 13.30 heures)
 Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Cours 8: **La formation de la volonté des juges au sein d'un tribunal collégial**

Direction du cours: M. le Procureur général Weber et M. le Juge d'appel Sollberger
 Conférencier: M. le Professeur Dr Dittmann, Bâle
 Durée: 1 jour
 Forme: séminaire et jeu de rôles
 Date: 18 novembre 1997 (de 09.00 heures à 16.00 heures)
 Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Remarque: Les inscriptions supplémentaires sont encore possibles. Prière de s'annoncer au Secrétariat de la Commission pour la formation continue (Mme Ch. Johner, Chancellerie de la Cour d'appel, tél. 031 634 72 47)

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

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen

Zweite Hälfte 1997 und folgende Jahre (soweit heute bereits bekannt)

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

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

1. Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft

- a) Instruktionkurse in französischer Sprache
16./17. Oktober 1997 in Genf
- b) Jahrestagung 1998: 14./15. Mai 1998 in Zurzach

2. Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Arbeitstagung 1998: 11. - 13. März 1998 in Interlaken
Thema: Jugend und Strafrecht

3. Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter

Die Veranstaltungen der Stiftung werden wie üblich in Gerzensee durchgeführt.

Bilanz /Buchhaltung: 23./ 24. Oktober 1997

Strafzumessung: 13./ 14. November 1997

Die beiden letzterwähnten Veranstaltungen werden wahrscheinlich im Frühjahr (März) 1998 ebenfalls wiederholt.

4. Schweizerischer Juristenverein

Der Juristentag 1997 findet am 26./ 27. September in Lugano statt. Behandelt wird das Thema "Die vorsorglichen Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren".

Der Anlass wird gemeinsam durch den Schweizerischen Juristenverein und die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter durchgeführt.

5. Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich

Es sind wieder zwei Veranstaltungen vor und drei nach dem Jahreswechsel geplant. Das Veranstaltungsprogramm wird im Spätsommer erscheinen.

NEUES AUS DER RECHTSPRECHUNG**A. BUNDESGERICHT**

Prozessbetrug ist neu als Betrug strafbar; Kassationshof vom 4. Juni 1996 (noch nicht publiziert, besprochen in NZZ vom 26. September 1996)

Zu beurteilen hatte das Bundesgericht das Verhalten der Verkäufer eines Grundstücks, die im gerichtlichen Streit über den Handel Kreditorenlisten sowie eine Bauabrechnung mit Belegen eingereicht hatten, welche sich später als falsch herausstellten. Das Bezirksgericht Rorschach wertete den Vorgang als Urkundenfälschung und Erschleichen einer falschen Beurkundung, sprach die Angeklagten aber vom Vorwurf des Betruges frei, dies mit Rücksicht auf die über 40 Jahre alte Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach der Prozessbetrug nicht unter den Straftatbestand des Betruges fällt (BGE 78 IV 84 und BGE 103 IV 27 E. 5c). Das Kantonsgericht St. Gallen stellte diese höchstrichterliche Rechtsprechung in Frage und verurteilte beide Täter auch wegen Betruges. Dies veranlasste den bundesgerichtlichen Kassationshof, seine Rechtsprechung zum Prozessbetrug zu überdenken und aufzugeben. Wer ein Gericht arglistig irreführt, um auf diese Weise die Urteilsfindung zu seinen Gunsten zu beeinflussen, kann fortan auch wegen Betruges bestraft werden. Die geänderte Rechtsprechung trägt dem Umstand Rechnung, dass der Betrugstatbestand nach heutiger Rechtsauffassung nicht die freie Willensbildung schützt, sondern das Vermögen. Beim Prozessbetrug wird das Vermögen der geschädigten Streitpartei zu Unrecht vermindert, weil der Richter durch die andere Partei arglistig getäuscht wurde und deshalb zu deren Gunsten entscheidet. Der Betrüger greift so auf das Vermögen seines Prozessgegners, indem er den Richter zu einem materiell unrichtigen Urteil veranlasst.

Check- und Kreditkartenmissbrauch; Anwendung auf Benutzung der Postcheckkarte. Abgrenzung zum Betrug (Art. 146 und Art. 148 StGB; Kassationshof vom 9. Mai 1996 i.S. A.).

A. löste am 14. Oktober 1986 drei sogenannt garantierte Postchecks à Fr. 300.-- und am 7. Oktober 1986 zwei garantierte Postchecks über Fr. 300.-- bzw. Fr. 200.-- bei einer Schweizer Poststelle ein, wobei er gleichzeitig seine Postcheckkarte vorwies. Dabei war ihm bewusst, dass er nicht zahlungsfähig war und dass sich auf seinem Postcheckkonto ein zu geringes Guthaben befand. Die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern qualifizierte diese Handlungen im Urteil vom 30. November 1995 als Check- und Kreditkartenmissbrauch und gab dem Verfahren zufolge Verjährung keine weiter Folge. In der Nichtigkeitsbeschwerde hiegegen postulierte der Generalprokurator die Anwendbarkeit des Betrugstatbestandes. Der Kassationshof wies die Beschwerde am 9. Mai 1996 ab (Praxis 1996, Nr. 193). Aus den Erwägungen:

„Im Einklang mit den Zielen des Gesetzgebers und der Auffassung der Lehre ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine kartenspezifische, missbräuchliche Verwendung von Check- und Kreditkarten durch den berechtigten Inhaber im Verkehr sowohl mit dem Kartenaussteller als auch mit Dritten von Art. 148 StGB als speziellen Tatbestand erfasst wird und der allgemeine Betrugstatbestand (Art. 146 StGB) insoweit keine Anwendung findet.“

„Faktisch ist die Einlösung eines garantierten Postchecks bei einer Schweizerischen Poststelle der gleiche Vorgang wie die Präsentation bei einem Dritten. Da die Postcheckkarte bei Wahrung gewisser Formalitäten die Einlösung der Postchecks bis zu einem bestimmten Höchstbetrag garantiert, ist sie als Checkkarte im Sinne von Art. 148 StGB zu qualifizieren.“

„Werden Postchecks vom Kontoinhaber der Poststelle ohne Garantiekarte vorgelegt, erfolgt die Auszahlung gegen Präsentation eines Ausweises. Im Verkehr mit den PTT (Zweiparteiensystem) kann der Checkinhaber deshalb garantierte Postchecks bis zu Fr. 300.-- auch ohne Präsentation der Garantiekarte einlösen, wenn er seine Identität nachweist, ohne dass ihm Regelfall die Deckung überprüft wird. Trotzdem liegt bei Wendung der Postcheckkarte als Garantiekarte zu ungedeckten Postchecks ein kartenspezifischer Missbrauch vor: die Karte wird dabei klar ihrer Bestimmung gemäss

eingesetzt, und trotz fehlender Deckung die Auszahlung der Checks ohne weitere Ueberprüfung zu erlangen und die Identifikation des Leistungsempfängers erfolgt ausschliesslich über die Garantiekarte. Eine solche Verwendung erfüllt den Tatbestand des Check- und Kreditkartenmissbrauchs im Sinne von Art. 148 StGB. Diese Bestimmung verlangt nicht, dass das Erlangen der vermögenswerten Leistung ausschliesslich mit der Checkkarte möglich sei; es genügt, dass die Leistung durch den bestimmungskonformen Einsatz der Karte erhalten wird, wie dies im zu beurteilenden Fall geschah.“

Unbemerkt blieb - auch seitens des Bundesgerichts -, das die Subsumtion des Sachverhalts unter den Tatbestand von Art. 148 StGB nicht zu einer keine weiteren Folgegebund, zu sondern zu einem Schuldspruch wegen Check- und Kreditkartenmissbrauchs hätte führen müssen, dies weil die Strafdrohung von Art. 148 Abs. 1 StGB auf Gefängnis bis zu fünf Jahren lautet, und weil Art. 70 Abs. 2 StGB in der Fassung vom 17. Juni 1994 die Vergehen mit Höchststrafe von über drei Jahren Gefängnis der Kategorie der Delikte mit 10-jähriger Verjährungsfrist zuteilt.

Diebstahl von Drogen ist rechtlich unmöglich; Kassationshof vom 5. Juni 1996 (noch nicht publiziert, besprochen in NZZ vom 12. Juli 1996)

An Betäubungsmitteln - jedenfalls soweit Handel und Besitz verboten sind - kann rechtlich kein Eigentum bestehen. Wer einem anderen unbefugt Drogen wegnimmt, kann daher auch nicht wegen Diebstahls bestraft werden, sondern einzig wegen des Besitzes oder der Weitergabe der Betäubungsmittel. Ausschlaggebend ist, dass nur eine **fremde** bewegliche Sache Gegenstand eines Diebstahls sein kann. Fremd ist eine Sache, wenn sie zivilrechtlich Eigentum eines andern ist, was voraussetzt, dass die Sache verkehrsfähig ist. Wo der Umgang mit Drogen ausnahmsweise erlaubt ist (vgl. Art. 4 und 9 BetmG), dürfte den Verkehrsfähigkeit zwar zu bejahen sein, indessen sind Betäubungsmittel auf keine Fall verkehrsfähig, soweit Handel und Besitz verboten sind. Das traf auch im beurteilten Fall zu, wo die weggenommenen Betäubungsmittel für den illegalen Drogenmarkt bestimmt waren. Der geschädigte Dealer war somit nicht Eigentümer des Stoffs und konnte daher rechtlich auch nicht bestohlen werden. Das Bundesgericht betont, dass dadurch keinesfalls eine Strafbarkeitslücke entstehe, weil der Täter wegen Drogendelikten zur Verantwortung

gezogen und in schweren Fällen wesentlich härter angefasst werden kann als ein Dieb.

Bandenmässiger Diebstahl; BGE 120 IV 317 und nicht publizierter Entscheid des Kassationshofes vom 6. Oktober 1995 i.S. R.

Nach bisheriger Praxis genügen zwei Personen zur Bildung einer Bande. In den obenerwähnten Entscheiden hat das Bundesgericht nunmehr schon unter zwei Malen die Frage aufgeworfen, ob es zur Bildung einer Bande nicht im Minimum drei Personen brauche. Das Bundesgericht hat die Frage jeweils offen gelassen, es ist indessen zu vermuten, dass höchstrichterlich eine Praxisänderung diskutiert und vorbereitet wird.

Qualifizierter Raub; Kassationshof vom 13. Juli 1995 i.S. S.

S. hatte sein Raubopfer mit einem Jagdmesser bedroht und das Messer zunächst an die Brust bzw. den Oberkörper des Geschädigten gesetzt. Dieser wehrte reflexartig den Arm des Täters ab. Letzterer vollzog mit dem Messer in den Hand eine Gegenwehr und berührte irgendwann mit der Hand den Hals des Geschädigten, wobei dieser auch (für eine äusserst kurze Zeit) einen metallenen Teil des Messers spürte. Die 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern erkannte am 24. Februar 1995 auf Raub unter Offenbarung besonderer Gefährlichkeit, wobei sie davon ausging, es handle sich um einen Grenzfall zur höchsten Qualifikationsstufe der Verbringung des Opfers in Lebensgefahr. Die 2. Strafkammer hielt jedoch dafür, dass weitere Umstände wie ein entsprechendes Handgemenge, ein Zustechen oder ähnliche Bewegungen des Täters mit dem Messer hätten ausgeführt werden müssen, damit schon ein Zufall oder sonst unbedachtes Verhalten des Täters oder Opfers zu einer lebensgefährlichen Verletzung hätte führen können.

Die vom a.o. Generalprokurator gegen dieses Urteil eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde wurde vom Kassationshof am 13. Juli 1995 abgewiesen. Zwar sei die Spitze des Messers für eine kurze Zeit wenige Zentimeter vom Hals entfernt gewesen. Der Beschwerdegegner habe sich jedoch in einem gewissen Abstand vom Geschädigten gehalten und ihn insbesondere nicht umklammert. Zwischen den Beteiligten habe kein Handgemenge stattgefunden, zumal der Geschädigte in dieser

Phase des Geschehens auf jegliche Gegenwehr verzichtet und sich gefügig gezeigt habe. Der Beschwerdegegner habe das Messer denn auch sofort wieder zurückgezogen. Unter diesen Umständen sei eine lebensgefährliche Verletzung des Opfers eher unwahrscheinlich gewesen. Wenn die Verletzung des Halsbereiches unter Berücksichtigung aller Umstände nicht wahrscheinlich sei, so befinde sich das Opfer aus diesem Grund von vorneherein nicht unmittelbarer, akuter Lebensgefahr, selbst wenn eine Verletzung des Halsbereiches grundsätzlich lebensgefährlich sei Der Umstand, dass der Beschwerdegegner unberechenbar, drogisiert und nervös gewesen sei, sei noch nicht zum Nachweis dafür geeignet, dass der Zustand des Beschwerdegegners zu einer Erhöhung der Gefährdung des Opfers geführt hätte.

Für das Raubopfer mag es tröstlich sein, dass das Messer an seinem Hals bzw. in der Hand des unberechenbaren drogisierten und nervösen Täters für ihn keine Lebensgefahr bedeutete.

Urkundenfälschung; Kassationshof vom 26. September 1996 i.S. E.

Am 14. Dezember 1991 erwarb E. betrügerisch ein Collier zum Preis von Fr. 9'800.-- und am 5. März 1992 drei Teppiche im Gesamtwert von Fr. 19'460.--. In der Strafuntersuchung versuchte E. die Betrugsanschuldigung dadurch zu entkräften, dass sie behauptete, sie habe von A., Verwaltungsratspräsident der I. AG je eine schriftliche Vollmacht zum Kauf des Colliers und der Teppiche erhalten. Sie liess in der Folge dem Untersuchungsrichter je eine Kopie der Vollmachten zukommen. Es stellte sich dann heraus, dass A. die Dokumente tatsächlich unterzeichnet hatte, indessen nicht am 12. Dezember 1991 bzw. am 28. Februar 1992. Vielmehr erfolgte die Herstellung der Dokumente und deren Unterzeichnung durch A. erst nachträglich im Hinblick auf das Strafverfahren gegen E.. Während A. die Verurteilung wegen Urkundenfälschung akzeptierte, focht E. die Verurteilung wegen Urkundenfälschung an. Die 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern sprach E. am 19. September 1995 von der Anschuldigung der Urkundenfälschung frei mit der Begründung, dass den beiden Schriftstücken keine Urkundenqualität im Sinne der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zukomme, weil eine erhöhte Glaubwürdigkeit und Beweiskraft der beiden Dokumente nicht ersichtlich sei.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Schreibenden wurde vom Kassationshof am 26. September 1996 gutgeheissen. Die Begründung liegt zwar noch nicht vor, indessen kann

die Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde nur bedeuten, dass das Bundesgericht den nachträglich erstellten und rückdatierten Vollmachten Urkundenqualität zuerkannt hat.

Verfügung über amtliche aufgezeichnete Sachen; Kassationshof vom 24. November 1995 i.S. Z.

Im Rahmen eines Mietzinsretentionsverfahrens wurden am 22. Dezember 1992 im Büro von Z. ein Fotokopiergerät und ein Metallschrank mit Beschlag belegt. Diese Gegenstände hatte Z. zuvor am 27. Oktober 1992 verkauft. Abgeholt wurden sie von der Käuferschaft nach dem 22. Dezember 1992 in Anwesenheit von Z.. Die 2. Strafkammer erklärte Z. am 2. Mai 1995 der Verfügung über amtlich aufgezeichnete Sachen schuldig und liess dabei offen, ob Z. nach dem Retentionsbeschlag noch **aktiv** gehandelt hatte. Auch wenn die Abholung der Gegenstände zum Zeitpunkt der Retention bereits geregelt gewesen wäre, wäre er noch in der Lage gewesen, durch entsprechende Benachrichtigung des Vertragspartners die Inbesitznahme der retinierten Sachen zu verhindern. Diese Pflicht zum Tätigwerden habe ihm von Gesetzes wegen obliegen, habe ihn doch aufgrund seiner Schuldnerstellung im Retentionsverfahren gegenüber dem Betreibungsamt eine Garantenpflicht getroffen.

Der Kassationshof hiess am 24. November 1995 Z. Nichtigkeitsbeschwerde gut. Das Bundesgericht verwarf die vorinstanzliche Auffassung, wonach eine blosser Unterlassung als Tathandlung der eigenmächtigen Verfügung genügt. Der Schuldner habe gegenüber seinen Gläubigern keine Garantenstellung. Das Verbot, über aufgezeichnete Gegenstände zu verfügen, schaffe keine besondere Obhut- oder Sorgspflicht und keine gesteigerte Verantwortung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger. Sie genüge daher nicht zur Begründung einer strafrechtlich relevanten besonderen Pflicht, zum Schutz der Vermögensinteressen des Gläubigers tätig zu werden. Dasselbe gelte für das Verhältnis des Schuldners zu den Betreibungs- und Konkursbehörden. Indem der Beschwerdeführer gegen die Abholung der mit Beschlag gelegten Gegenstände durch den Vertreter der Käuferin und neuen Eigentümerin derselben nichts unternommen habe, habe er den Tatbestand des Verstrickungsbruchs nicht erfüllt.

Begünstigung/Berufspflicht/Strafzumessung; Kassationshof vom 5. Juni 1996 i.S. P.

Rechtsanwalt P. wurde im Frühjahr 1991 von W. K. R. mit der Wahrung von dessen Interessen beauftragt. Er wusste, dass gegen W. K. R. eine Strafuntersuchung wegen unwahrer Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften im Gang war. Am 3. September 1991 reichte P. im Namen und im Auftrag seines Klienten beim Konkursrichteramt Zürich eine Insolvenzerklärung ein, worauf am 3. September 1991 der Konkurs eröffnet wurde. Zu dieser Zeit, im September 1991, wies P. in den Räumlichkeiten der O. H. AG in Bern den Buchhalter S. an, ihm die gesamte, auf dessen Computer vorhandene Buchhaltung der privaten Firmen des W. K. R. zu übergeben und die verbliebenen Daten im Computer zu löschen. S. kopierte die gewünschten Daten auf mehrere Disketten, übergab sie P. und löschte die Daten auf seinem Computer, erstellte jedoch vorher für sich und ohne Wissen P. einen Computerauszug mit den Bilanzen und Erfolgsrechnungen. Auf Anweisung W. K. R. übergab Rechtsanwalt P. später fast alle Dokumente und Unterlagen, die er für ihn aufbewahrte, an ein privates Transportunternehmen. Die Disketten wurden nicht mehr gefunden. Aus einer von der Revisuisse Price Waterhouse durchgeführten Sonderprüfung geht hervor, dass die Bücher der O.-Gruppe bezüglich der Rechtsgeschäfte mit der W.K.R.-Gruppe unvollständig waren und die Buchhaltung der privaten Gesellschaften W.K.R. für die Untersuchungsbehörden im Zusammenhang mit der gegen ihn eröffneten Strafuntersuchung von grösster Bedeutung gewesen wären.

Gestützt auf diesen Sachverhalt sprach die 1. Strafkammer am 21. Dezember 1995 P. - wie schon in erster Instanz - der Begünstigung schuldig, erhöhte aber auf staatsanwaltschaftliche Appellation hin die Strafe von einem auf drei Monate Gefängnis bedingt.

Gegen dieses Urteil setzte sich Rechtsanwalt P. erfolglos zur Wehr; der Kassationshof liess am 5. Juni 1996 sowohl die Nichtigkeitsbeschwerde als auch die staatsrechtliche Beschwerde ab.

Das Bundesgericht hielt Rechtsanwalt P. entgegen, sein Verhalten sei offensichtlich geeignet gewesen, die Wahrheitsfindung zu stören und dadurch seinen Klienten für eine gewisse Zeit der Strafverfolgung zu entziehen. Wer wissentlich Beweismittel an einen anderen Ort schaffe, um diese praktisch unauffindbar zu machen, erfülle den Tatbestand der Begünstigung. Es spiele keine Rolle, dass eine Hausdurchsuchung

oder eine Beschlagnahme beim Beschwerdeführer theoretisch möglich gewesen wäre, weil die Behörde nicht habe vermuten müssen, dass er die fraglichen Unterlagen besass, und deshalb keinen Grund zur Anordnung dieser Massnahme gehabt habe. Auch stelle sich bei einer Hausdurchsuchung bei einem Rechtsanwalt stets die Frage des Berufsgeheimnisses, auf welche sich der Beschwerdeführer später denn auch prompt berufen habe.

Das Bundesgericht verwarf auch den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Rechtfertigungsgrund von Art. 32 StGB: es zähle jedoch nicht zu den Pflichten eines Rechtsanwaltes, beweis erhebliche Daten vernichten zu lassen und eine Kopie vor den Untersuchungsbehörden in Sicherheit zu bringen, um ihr dieses Beweismittel praktisch vorzuenthalten und damit die Strafverfolgung eines Klienten zu behindern. Auch mit der Rüge der Verletzung von Art. 63 bzw. Art. 64 Abs. 8 StGB fand der Beschwerdeführer kein Gehör: der Beschwerdeführer habe die Tat im September 1991 begangen und das Urteil der Vorinstanz sei am 21. Dezember 1995 ergangen, also neun Monate vor Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist. Da diese mit fünf Jahren jedoch relativ kurz sei, liege es noch im Ermessen der Vorinstanz, keine Strafmilderung vorzunehmen.

Gehilfenschaft zu betrügerischem Konkurs; Kassationshof vom 20. August 1996 i.S. F.

J.P. S., einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der H.M. AG, bezog am 15. Mai 1992 zwei Stunden, nachdem über diese Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden war, ab einem Konto der H.M. AG Fr. 13'500.-- in bar. Dieses Geld deponierte er zuhause im Küchenschrank und bezahlte damit am 18. Mai 1992 eine Leasing-Rate für seine Privatwagen und am 19. Mai 1992 die Miete seines privat gemieteten Einfamilienhauses. In der Folge entdeckte A. S. im Küchenschrank einen Betrag von Fr. 5'500.--, worauf sie dem Treuhänder F. telefonierte und mit ihm noch für den gleichen Abend ein Treffen vereinbarte. Bei dieser Gelegenheit übergab A. S. an F. den Betrag von Fr. 5'500.--. F. verwahrte diesen Betrag zuhause. Noch am selben Abend rief ihn J.P. S. an und verlangte Fr. 3'500.-- zurück. F. gab ihm diesen Betrag, behielt hingegen die restlichen Fr. 2'000.-- zurück in der Absicht, diesen Betrag später an sein Honorar anzurechnen.

J.P. und A. S. akzeptierten schliesslich ihre Verurteilung wegen betrügerischen Konkurses, F. focht hingegen seine Verurteilung wegen Gehilfenschaft zu betrügerischem Konkurs am 14. November 1995 durch die 2. Strafkammer mit Nichtigkeitsbeschwerde beim Bundesgericht an. Er machte geltend, dass Frau S. mit der Behändigung des Geldes im Küchenschrank die Tatbestandsmerkmale von Art. 163 Ziff. 1 Abs. 3 alt StGB vollendet habe. Die Aushändigung des Geldes an den Beschwerdeführer sei straflose Nachtat. Da die Gehilfenschaft vor oder während der Tat, spätestens jedoch bei der Beendigung geleistet werden müsse, könne er nicht als Hilfe betrachtet werden.

Das Bundesgericht liess offen, ob in einem blossen Behändigen und damit Weiterverstecken des Geldes allenfalls ein Verschweigen und damit Verheimlichen durch Unterlassen angenommen werden könnte. Den objektiven Tatbestand des betrügerischen Konkurses habe Frau S. durch die **Uebergabe des Geldes an den Beschwerdeführer** erfüllt. Somit habe sich der Beschwerdeführer bis zu diesem Zeitpunkt gegenüber Frau S. der Gehilfenschaft zu betrügerischem Konkurs schuldig machen können.

Sanktion bei Geschwindigkeitsexzess; Kassationshof vom 22. August 1995 i.S. C.

C. überschritt am 14. September 1993 unter zwei Malen die ausserorts-Höchstgeschwindigkeit um 31 bzw. 36 km/h. C. war zuvor mehrmals verurteilt worden: 1986, 1987 und 1988 wegen Geschwindigkeitsüberschreitung, 1991 wegen fahrlässiger Tötung als Folge eines Geschwindigkeitsexzesses, 1993 wegen Behinderung eines Radfahrers mit Unfallfolge sowie wegen Missachtens des Vortrittes eines Fussgängers. Die neuerlichen Geschwindigkeitsüberschreitungen wurden von der 1. Strafkammer am 27. April 1995 als grobe Verkehrsregelverletzung qualifiziert und geahndet mit einem Monat Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug bei einer Probezeit von vier Jahren und der Weisung, während zwei Jahren kein Auto zu fahren und den Führerausweis bei der Polizeidirektion zu hinterlegen. Gegen dieses Urteil setzte sich C. beim Kassationshof erfolglos zur Wehr. Das Bundesgericht bestätigte seine Praxis, wonach das Verbot, ein Motorfahrzeug zu führen, eine zulässige Weisung gemäss Art. 41 Ziff. 2 StGB ist und zugeschnitten ist auf Fälle „ou le comportement illicite est dangereux d'un conducteur ne provient pas de manque d'expérience ou d'une méconnaissance des règles, mais d'un défaut de caractère qui

semble pouvoir maîtriser par des efforts qui doivent l'amener à la maturité en lui faisant prendre une conscience accrue de ses responsabilités, le mettant à l'abri de la récidive“.

C. fand auch kein Gehör mit seinem gegen die Strafzumessung gerichteten Einwand, dass er seit den letzten Geschwindigkeitsüberschreitungen nicht mehr straffällig geworden sei. Das Bundesgericht hielt dem Beschwerdeführer folgende interessante Erwägung entgegen: „Le seul fait de ne pas recommencer à enfreindre la loi n'est pas un motif d'atténuation de la peine.“ Interessant ist diese Erwägung deswegen, weil im Gegensatz dazu in der kantonalen Strafzumessungspraxis recht häufig der Strafminderungsgrund der Straffreiheit seit der letzten Straffälligkeit anzutreffen ist.

Befahren eines Radstreifens mit einem Motorrad; Kassationshof vom 5. Juli 1996 i.S. A.

A. fuhr am 3. Mai 1995 mit seinem Motorrad auf der Zubringerstrasse vom Weltpostgebäude von links auf die Weltpoststrasse. Etwa auf der Höhe, wo der Radstreifen beginnt, überquerte er zwischen Lücken in den langsam fahrenden Fahrzeugkolonnen die Links- und Rechtsabbiegespur und fuhr dann auf dem Radstreifen rechts neben der anhaltenden Fahrzeugkolonne bis in den Bereich der Lichtsignalanlage vor, die in der Zwischenzeit auf rot geschaltet hatte. Die 2. Strafkammer sprach A. am 1. März 1996 (in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils) der einfachen Verkehrsregelverletzung schuldig, begangen durch Nichtbeibehalten des Platzes innerhalb einer Fahrzeugkolonne sowie Rechtsvorbeifahren an einer Kolonne mit Motorrad. Die hiegegen eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde von A. wurde zwar vom Kassationshof am 5. Juli 1996 abgewiesen. Der Kassationshof befand jedoch, dass die Auslegung der 2. Strafkammer von Art. 47 Abs. 2 SVG, wonach Motorräder auch dann nicht rechts an einer stillstehenden Fahrzeugkolonne vorbeifahren dürfen, wenn sie sich auf einem Radstreifen befinden und nicht erheblich mehr Raum beanspruchen als Radfahrer, zu weit gehe und relativiert werden müsse. Aus Art. 40 Abs. 3 VRV i.V.m. Art. 26 SVG folge, dass andere Verkehrsteilnehmer als Radfahrer den Radstreifen nur benützen dürften, wenn sie die Gewissheit hätten, beim Auftauchen eines Radfahrers diesem die benötigte Verkehrsfläche, und zwar auch ohne Behinderung Dritter, wieder freimachen zu können. Dass sei beispielsweise bei einem Motorradlenker der Fall, der hinter einem Lastwagen, der nach links abbiegen wolle, fahre und dabei sehe, dass er diesen rechts auf dem freien

Radstreifen überholen und vor ihm wieder auf die Normalspur einbiegen könne. Bei starkem Verkehrsaufkommen und dann zumal insbesondere im Bereich von Lichtsignalanlagen werde das jedoch selten der Fall sein. Denn dort stauten sich bei Rotlicht die Fahrzeuge auf der Normalspur, was ein behinderungsfreies Einfügen vom Radstreifen in Lücken auf der Normalspur in der Regel nicht zulasse. Bleibe ein Motorradfahrer jedoch auf dem Radstreifen, behindere er die bei Rotlicht auf ihn aufschliessenden Radfahrer, für welche der Radstreifen in erster Linie bestimmt sei. Zudem könne es beim Wechsel von rot auf grün zu einem gefährlichen Gedränge und mithin zu einer Behinderung von Radfahrern kommen, die bereits vor dem Motorradfahrer beim Rotlicht angelangt waren. In solchen Fällen fehle es an der Voraussetzung der Nichtbehinderung von Radfahrern, weshalb die Benützung des Radstreifens durch andere Verkehrsteilnehmer als Radfahrer verboten sei.

Die bundesgerichtliche Relativierung bedeutet, dass in jedem einzelnen Fall aufgrund der konkreten Umstände geprüft werden muss, ob das Benutzen des Radstreifens durch einen Motorradfahrer erlaubt oder verboten war. In der Praxis dürfte dies nicht allzu grosse Schwierigkeiten bieten, weil sich die Motorradfahrer in aller Regel nur dann veranlasst sehen, den Radstreifen zu befahren, wenn sie ihn als Ueberholmöglichkeit nutzen können, also in Situation mit starkem Verkehrsaufkommen bzw. vor Lichtsignalanlagen. In solchen Fällen wird regelmässig verbotenes Benützen des Radstreifens vorliegen.

Zulässigkeit einer 5-jährigen Landesverweisung trotz intakter Ehe mit einer Schweizerin; Kassationshof vom 31. Januar 1996 i.S. S.

S. wurde mit Urteil der 2. Strafkammer vom 4. April 1995 wegen qualifizierter BetmG-Widerhandlung zu 30 Monaten Zuchthaus und zu fünf Jahren Landesverweisung verurteilt. Der unbedingten 5-jährigen Landesverweisung widersetzte sich S. erfolglos beim Bundesgericht. Dieses befand, die Landesverweisung führe im zu verurteilenden Fall nicht zu einem unzulässigen Eingriff in das Recht auf Familienleben. Den Umstand, dass der Ehefrau im erstinstanzlichen Urteil die Weisung erteilt worden war, die begonnene ärztliche Behandlung und das Methadon-Programm bei ihrem Hausarzt solange fortzusetzen, als es von diesem als erforderlich erachtet werde, beurteilte das Bundesgericht als nicht allzu grosses Hindernis, weil die Fortführung der Methadon-Behandlung bei Wohnsitzwechsel aus

der Schweiz ins EU-Ausland möglich und mit den zuständigen lokalen Behörden und Fachleuten zu organisieren ist. Selbst wenn man jedoch annehmen wollte, es sei unter den gegebenen Umständen für die Ehefrau nicht zumutbar, dem Beschwerdeführer nach Deutschland nachzuzufolgen, überwiege das öffentliche Interesse an dessen Wegweisung aus der Schweiz, so dass Art. 8 EMRK auch aus diesem Grund nicht verletzt sei.

Betäubungsmittelhandel und Geldwäscherei/Konkurrenz; Urteil des Kassationshofes vom 26. Juni 1996 i.S. N. F. (besprochen in NZZ vom 2. Oktober 1996)

Im Rahmen der Ermittlungen gegen den Drogenhändler X. A. hatten sich Belastungen gegen N. F. ergeben, der schliesslich zusammen mit seiner Freundin E. nach einer Drogenübergabe und unter Sicherstellung von rund 4 kg Heroingemisch verhaftet wurde. Bei Hausdurchsuchungen konnten in E. Wohnung neben Fr. 4'500.-- in einem Schrank weitere Fr. 91'500.-- in einer abgeschlossenen Geldkassette sichergestellt werden. Diese Fr. 91'500.-- gehörten X. A. und waren von N. F. in E.'s Wohnung versteckt worden. Ausserdem hatte N. F. Heroin gekauft und verkauft und X. A. auch Instruktionen erteilt; ihm gehörte die Hälfte von 2 kg Heroin. Hauptsächlich wickelte er aber die finanzielle Seite eines von X. A. und anderen angeführten Heroinkaufs und -verkauf ab, indem er den Verkaufserlös übernahm und die kleinen Noten in grosse wechselte oder durch E. wechseln liess. So wechselte er im Wissen um die deliktische Herkunft insgesamt rund Fr. 190'000.-- bis Fr. 200'000.-- und verdiente damit Fr. 20'000.--.

Die Kriminalkammer des Kantons Bern sprach N. F. am 26. Oktober 1995 der qualifizierten BetmG-Widerhandlung schuldig. Von der Anklage der Geldwäscherei sprach sie ihn hingegen frei mit der Begründung, dass der Geldwechsel zwar grundsätzlich den Tatbestand der Geldwäscherei erfülle, der Geldwechsel aber unter den Grundtatbestand von Art. 19 Ziff. 1 BetmG zu subsumieren und von unechter Konkurrenz auszugehen sei.

Gegen dieses Urteil erhob die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern Nichtigkeitsbeschwerde, die vom Kassationshof am 26. Juni 1996 gutgeheissen wurde. Da der umfangreiche Entscheid demnächst publiziert werden dürfte, sei nachfolgend nur die Kernaussagen wiedergegeben:

„Zu entscheiden ist die bisher vom Bundesgericht nicht beurteilte Frage, ob ein Wechsel des aus der Kleinverteilung stammenden Drogenerlöses, d.h. der Umtausch von Bargeld in anderes Bargeld gleicher Währung, unter den Tatbestand von Art. 305bis StGB falle. Die Frage ist zu bejahen: „Nach dem massgeblichen BGE 115 IV 256 konnten auch mit dem Drogenhandel und diesbezüglichen Finanzoperationen zusammenhängende Geldwäschereihandlungen unter den Grundtatbestand von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 bis 6 und besonders Abs. 7 BetmG fallen. Inzwischen ist mit Art. 305bis StGB ein selbständiger Geldwäschereitatbestand geschaffen worden, der gleichzeitig Strafbarkeitslücken in der Betäubungsmittelgesetzgebung schliessen soll. Diese Tatsache zwingt, auf diese Rechtsprechung zurückzukommen und die beiden Tatbestände nunmehr klar gegeneinander abzugrenzen: die Finanzierung oder Vermittlung der Finanzierung muss sich nach ihrem Wort- und Normgehalt nach auf einen **zukünftigen**, noch nicht realisierten Betäubungsmittelhandel richten. Dagegen haben Geldwäschereihandlungen das Resultat des Betäubungsmittelhandels zum Gegenstand, nämlich die **Verbrechensbeute**, deren deliktische Herkunft sie auslöschen wollen. Das führt zu einer gegenüber BGE 115 IV 256 restriktiveren Auslegung von Art. 19 Ziff. 1 BetmG: Vereitelungshandlungen sind nicht darunter zu subsumieren, und Art. 19 Ziff. 1 Abs. 7 BetmG ist als reiner Finanzierungstatbestand aufzufassen.“

„Die reine Finanzierung des (zukünftigen) Betäubungsmittelhandels fällt einzig unter den Tatbestand von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 7 BetmG, und zwar gerade dann, wenn das Investitionskapital nicht aus einem Verbrechen herrührt oder keine Vereitelungshandlungen vorgenommen werden; dagegen fällt eine Finanzierung legaler oder illegaler Geschäfte ausserhalb des unerlaubten Betäubungsmittelhandels auch bei Verwendung von Drogenerlös nicht unter den Tatbestand von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 7 BetmG. Werden demnach Gelder aus verbrecherischen Drogenhandeln teils unmittelbar in den Drogenhandel reinvestiert und teils unauffällig angelegt oder hinsichtlich einer späteren Reinvestition „gewaschen“, erfüllt das die Tatbestände von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 7 BetmG und Art. 305bis StGB.“

„Art. 19 BetmG und Art. 305bis StGB schützen verschiedene Rechtsgüter und penalisieren unterschiedliche kriminelle Verhaltensweisen, so das echte Konkurrenz anzunehmen ist.“

Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige; Kassationshof vom 18. September 1996 i.S. T.

In einem nicht publizierten Entscheid vom 9. Mai 1996 i.S. B. hat der Kassationshof erwogen, dass die Verordnung sehr weit gehe, indem sie den Erwerb von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige und die Ueberlassung von Schusswaffen an jugoslawische Staatsangehörige in der Schweiz schlechthin, ungeachtet der konkreten Umstände, etwa der Person des Erwerbes und des Verwendungszwecks der Waffe verbiete. Die Verordnung gehe auch sehr weit, indem sie ausnahmslos alle Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung in der Schweiz, die nicht den gemäss Art. 5 der Verordnung erforderlichen Schusswaffenerwerbsschein besitzen, erfasse. Während das Bundesgericht in diesem Fall offen liess, wie es sich damit im Einzelnen verhalte, hat es nunmehr im Fall T. befunden, dass die Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige den Anforderungen an eine verfassungsunmittelbare Polizeiverordnung des Bundesrates nicht genüge, soweit sie auch die Veräusserung von Schusswaffen an in Deutschland wohnhafte deutsche Staatsangehörige erfasst.

T. hatte zwei deutschen Staatsangehörigen, die in seiner Waffenhandlung vorgesprochen und zwei Bockbüchsfinten bestellt hatten, die gewünschten Waffen per Postversand nach Deutschland zukommen lassen wollen, wo sie aber nicht ankamen, weil sie von der Zollfahndung Stuttgart sichergestellt worden waren (Es handelte sich um schnell zerlegbare und daher nach dem deutschen Waffengesetz verbotene Schusswaffen). Die 1. Strafkammer sprach T. am 15. Februar 1996 der Widerhandlung gegen die Verordnung über den Erwerb und das Tragen von Schusswaffen durch jugoslawische Staatsangehörige schuldig, wobei insbesondere auch die Argumentation der Verteidigung, wonach es bei einer Uebergabe ausserhalb der Schweiz keinen Waffenerwerbsschein seitens des Käufers brauche, verworfen wurde. Gehör fand T. nunmehr vor Bundesgericht mit der Argumentation, dass die Verordnung verfassungswidrig sei, soweit sie Fälle der hier zu beurteilenden Art erfasse. Es sei nicht ersichtlich, weshalb es notwendig, zeitlich dringlich und durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt gewesen sein solle, wegen der Konflikte im ehemaligen Jugoslawien oder aus andern gewichtigen Gründen die Veräusserung von Schusswaffen an sämtliche Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung auf dem Wege einer verfassungsunmittelbaren Polizeiverordnung durch das Erfordernis von Bewilligungen (im Sinne von Art. 5 und 6

der Verordnung) zu beschränken. Es sei auch nicht erkennbar, inwiefern die Beschränkung solcher Transaktionen den in Art. 1 der Verordnung umschriebenen Zwecken diene. Die Veräusserung einer Schusswaffe an einen Ausländer gefährde die Erreichung der in Art. 1 der Verordnung verfassungskonform festgelegten Ziele nicht schon dann und deshalb, wenn und weil der Ausländer in der Schweiz keine Niederlassungsbewilligung oder keinen Wohnsitz habe. Das Risiko, dass eine Schusswaffe ins ehemalige Jugoslawien transportiert oder an einen jugoslawischen Staatsangehörigen weitergegeben werden könnte, sei im Falle der Veräusserung an einen in der Schweiz wohnhaften Deutschen ohne Niederlassungsbewilligung oder an einen in Deutschland wohnhaften Deutschen nicht wesentlich grösser im Falle der Veräusserung an einen Schweizer oder an einen in der Schweiz niedergelassenen Deutschen. Das Bundesgericht nimmt seinen Entscheid abschliessend zum Anlass, den Gesetzgeber zu fordern:

„Wohl mag die schweizerische Waffengesetzgebung in verschiedener Hinsicht und gerade auch inbezug auf die Veräusserung von Schusswaffen an Ausländer mangelhaft sein. Es kann beispielsweise unbefriedigend sein, dass ein in Deutschland wohnhafter Deutscher in den Schweiz ohne Bewilligung bestimmte Waffen erwerben kann, die er nach dem deutschen Recht, etwa weil sie rasch zerlegbar sind, nicht erwerben und nicht besitzen darf. Dieser allfällige Missstand hat indessen mit den Konflikten im ehemaligen Jugoslawien nichts zu tun und kann daher nicht gewissermassen aus Anlass dieser Konflikte auf dem Wege einer verfassungs-unmittelbaren Polizeiverordnung behoben werden. Die allenfalls erforderlichen Vorschriften sind vielmehr im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu schaffen.....“

Antizipierte Beweiswürdigung; 1. öffentlichrechtliche Abteilung vom 2. Juli 1996 i.S. G.

G. wurde am 25. Januar 1996 mit Urteil der 1. Strafkammer der mehrfachen schweren Körperverletzung, des Vergewaltigungsversuchs sowie der Nötigung schuldig erklärt und zu drei Jahren Gefängnis verurteilt. Zuvor hatte G. eine Reihe von Beweisanträgen gestellt, die teilweise abgewiesen und teilweise gutgeheissen worden waren, so bezüglich der beantragten erneuten Einvernahme des Opfers H.. In der Folge beschloss aber die 1. Strafkammer, auf die Einvernahme von H. zu verzichten, nachdem diese ein Arzzeugnis vorgelegt hatte, welches ihr bescheinigte, dass ein Kontrollverlust mit Kurzschlussreaktion nicht auszuschliessen sei.

Ueber die Abweisung der Beweisanträge bzw. dem Verzicht auf die Einvernahme von H. beschwerte sich G. erfolglos beim Bundesgericht. Das Bundesgericht wiederholte, dass die antizipierte Beweiswürdigung zulässig ist, und es attestierte der 1. Strafkammer, dass die vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung vor der Verfassung stand halte. Das Bundesgericht beanstandete auch nicht, dass die 1. Strafkammer ursprünglich dem Beweisantrag auf erneute Einvernahme von H. zugestimmt hatte. Die Zulassung eines Beweismittels vermöge die Behörde nicht zu binden. Diese könne zwar nicht nachträglich auf ein Beweismittel verzichten, auf dessen Abnahme der Bürger den Grundsätzen der Beweiswürdigung Anspruch habe. Wenn sich jedoch im Verlaufe des Verfahrens zeige, dass das Beweismittel entgegen der ersten Annahme nicht erheblich oder nicht tauglich sei, so könne die Behörde auf ihre Beweisverfügung ohne Verletzung des bundesrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör zurückkommen. Es sei durchaus möglich, dass sich noch nach der Zulassung des Beweismittels ergebe, dass dieses eine Tatsache betreffe, die für den Ausgang des Verfahrens nicht erheblich sei. Ein Beweismittel könne sodann aufgrund der bereits abgenommenen Beweise als überflüssig erscheinen. In diesen Fällen wäre es unverständlich, wenn die Behörde trotz der veränderten Lage zur Abnahme der entsprechenden Beweismittel gezwungen wäre.

Formmängel/Rechtsfolgen; diverse Entscheide

Im Zusammenhang mit dem Mangel einer fehlenden Unterschrift hat das Bundesgericht erkannt, ein Richter oder Kanzleibeamter eines Gerichts sei verpflichtet, die betreffende Partei auf den Mangel aufmerksam zu machen und dessen Verbesserung zu verlangen, wenn er bei einer Rechtsmittelerklärung einen sofort erkennbaren Formfehler wie das Fehlen einer gültigen Unterschrift feststelle und die Rechtsmittelfrist noch nicht verstrichen sei. Wenn der Mangel der Unterschrift so früh erkannt worden sei, dass die betreffende Partei den Fehler bei entsprechendem Hinweis innert Frist hätte verbessern können, verletze das Stillschweigen der Behörden Art. 4 BV (BGE 111 Ia 173 E. 4c mit Hinweisen).

Mit BGE 114 Ia 24 hat das Bundesgericht diese Praxis präzisiert und festgehalten, die Behörde sei bei normalerweise (objektiv) erkennbarem Mangel grundsätzlich verpflichtet, dem Verfasser einer Rechtsmittelschrift auf das Fehlen der Unterschrift

aufmerksam zu machen, solange die noch verfügbare Zeit bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist ausreiche, um deren Mangel zu beheben.

An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht danach in zahlreichen nicht veröffentlichten Urteilen festgehalten. In zwei weiteren (ebenfalls nicht publizierten) Entscheiden ist das Bundesgericht dann allerdings teilweise von dieser Praxis abgewichen, indem es erklärt hat, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gelte auch im kantonalen Strafverfahren eine der Bestimmung von Art. 30 Abs. 2 OG entsprechende Regelung. Nach Art. 30 Abs. 2 OG hat das Bundesgericht den Verfasser einer nicht oder nicht von einer nicht als Vertreter zugelassenen Person unterzeichneten Rechtsschrift in jedem Fall auf den Mangel aufmerksam zu machen. Selbst wenn die gesetzliche Rechtsmittelfrist abgelaufen ist, muss das Bundesgericht dem Verfasser der mangelhaften Rechtsschrift eine Frist zur nachträglichen Behebung des Mangels ansetzen. Das Bundesgericht hat daraus „eine gewisse Wandlung der Rechtsanschauung“ abgeleitet und die Anwendbarkeit der bundesrechtlichen Bestimmung von Art. 30 Abs. 2 OG auf die kantonalen Verfahren postuliert (1. öffentlichrechtliche Abteilung vom 15. Juni 1993 i.S. Z. und vom 23. März 1994 i.S. F. SA). Nach diesen letztgenannten Entscheiden würde sich die Pflicht der kantonalen Behörden, dem Verfasser einer Rechtsmittelschrift auf das Fehlen einer Unterschrift aufmerksam zu machen, nicht nur auf die Fälle beschränken, wo die verfügbare Zeit bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist noch ausreicht. Vielmehr müssten dem Rechtsmittel-Einleger ungeachtet der Rechtsmittelfrist bzw. auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Gelegenheit zur Behebung des Mangels gegeben werden. Klar scheint immerhin zu sein, dass dies auch nach Meinung des Bundesgerichts nicht generell bezogen auf einen Vormangel irgendwelcher Art gelten kann. Das Bundesgericht ist beispielsweise am 21. Juli 1994 - also **nach** den vorerwähnten Entscheiden i.S. Z. und F. SA - auf eine staatsrechtliche Beschwerde von G. wegen verspäteter Ueberweisung des Kostenvorschusses nicht eingetreten. Hier hat Bundesgericht unter Verweis auf zahlreiche frühere Entscheide befunden, dass nach Art. 32 Abs. 3 OG prozessuale Handlungen innerhalb der dafür angesetzten Fristen vorzunehmen seien, und dass diese Regelung ebenfalls für die fristgemässe Einzahlung eines Kostenvorschusses gelte. Zur Einhaltung der Frist genüge weder der Zahlungsauftrag an eine Bank noch Buchungsmassnahmen derselben. Entscheidend sei vielmehr, dass die Bank ihrerseits die Zahlung rechtzeitig an das Bundesgericht oder die Post weiterleite. Diese strikte Praxis zur Fristeinhaltung im Zusammenhang mit Kostenvorschüssen zeigt deutlich, dass die Erfüllung von

Formerfordernissen auch nach bundesgerichtlicher Auffassung nicht nach Belieben über die gesetzlichen Fristen hinaus möglich ist. Das Bundesgericht hat sich hier nicht veranlasst gesehen, Art. 30 Abs. 2 OG, der sich ausdrücklich nur auf bestimmte Formmängel (fehlende Unterschrift, Fehlen der Vollmacht oder Beilagen, nicht zugelassener Vertreter) bezieht, analog anzuwenden und den verspätet eingetroffenen Kostenvorschuss als verbesserlichen Mangel über die Rechtsmittelfrist hinaus anzusehen.

Ausgehend von dieser Rechtslage tritt die bernische Anklagekammer auf Rekurse mit fehlender oder ungenügender Begründung nach wie vor nicht ein, weil sie dies nicht als verbesserlichen Mangel (über die Rechtsmittelfrist hinaus) ansieht (AK Nr. 052/94 vom 18. März 1994 i.S. F. und AK Nr. 379/95 vom 28. August 1995 i.S. B.).

B. STRAFKAMMERN

Abgrenzung Diebstahl/Hehlerei; 2. Strafkammer vom 19. Mai 1995 i.S. K. und Konsorten

Am 26./27. August 1993 begingen S. und F. in der LWG Niederscherli einen Diebstahl, indem sie einen Tresor behändigten, abtransportierten und an einem Waldrand deponierten. Am Abend des 27. August 1993 erfuhr K. von S. von dem aus der LWG Niederscherli abtransportierten Kassenschrank. K. liess sich dazu überreden, gegen anteilmässige Beteiligung an der Beute den am Waldrand deponierten Tresor zu öffnen, was er in der Folge versuchte, aber nicht bewerkstelligen konnte.

Das Strafamtsgericht von Bern hatte diesen Sachverhalt bezüglich des Angeeschuldigten K. als Gehilfenschaft zu Diebstahl gewürdigt. Demgegenüber sprach die 2. Strafkammer K. - nach Belehrung gemäss Art. 255 Abs. 3 StrV - des Hehlereiversuches schuldig. Ausschlaggebend war, dass der Diebstahl mit dem Abtransport des Tresors und dessen Deponieren am Waldrand nicht nur vollendet, sondern auch beendet war, weil die Täter dadurch - unabhängig von den Hindernissen, die noch beim Oeffnen des Tresors zu überwinden waren - die Verfügungsgewalt auch über den Inhalt des Tresors erhielten. Dass die

Angeschuldigten das im Tresor befindliche Geld noch nicht hatten in die Hände nehmen können, kann nicht von Belang sein. Beim Diebstahl eines Portemonnaies, das zuerst noch geöffnet werden muss, um das Geld in die Hände nehmen zu können, käme niemand auf die Idee zu sagen, der Diebstahl sei vor dem Herausnehmen des Geldes noch nicht beendet. Nicht anders kann es sich bei einem Tresor, der geöffnet werden muss, um das Geld ergreifen zu können verhalten. Das Mass des Aufwandes, der im Fall des Portemonnaies relativ gering, im Fall des Tresoröffnens dagegen grösser ist, kann für die Frage der Vollendung/Beendigung des Diebstahls kein entscheidendes Kriterium sein. Da K. erst nach Beendigung des Diebstahls tätig wurde, fiel eine Gehilfenschaft zu Diebstahl ausser Betracht. Hingegen war sein Versuch, den Tresor zu öffnen und den Inhalt an sich zu nehmen, als Hehlereiversuch zu würdigen.

Räuberischer Diebstahl; 1. Strafkammer vom 18. April 1996 i.S. M.

M. behändigte am 28. März 1995 vor einem Kleiderständer vor der Boutique N. einen Pullover, wurde dabei zuerst vom Ladenangestellten S. zurückgehalten, dann aber, als der Begleiter des Angeschuldigten ein Messer zückte, losgelassen, worauf er fliehen konnte, wonach S. mit dem Geschäftsinhaber M. die Verfolgung aufnahm und den Angeschuldigten stellen konnte, dieser die beiden Verfolger mit einem Messer bedrohte, worauf sie vom Angeschuldigten abliessen und dieser mit dem Sweat-Shirt endgültig entkommen konnte.

Wie schon das Strafamtsgericht Bern beurteilte die 1. Strafkammer den Sachverhalt als räuberischen Diebstahl und damit als Raub gemäss Art. 140 Ziff. 1 Abs. 2 StGB. Probleme bot dabei der Umstand, dass der Erstverfolger und Beobachter S. vorerst beim Geschäftsinhaber Verstärkung geholt und dadurch den Flüchtenden vorübergehend aus den Augen verloren hatte, was die Frage aufwarf, ob der Angeschuldigte noch „in flagranti“ bzw. auf frischer Tat ertappt worden war, als er die Nötigungshandlung beging. Die 1. Strafkammer verwies vorweg darauf, dass zwischen dem Diebstahl und der nachfolgenden Nötigungshandlung ein gewisser örtlicher und zeitlicher Zusammenhang bestehen muss, damit der Tatbestand des Raubes Anwendung finden kann, da der qualifizierte Unrechtsgehalt des Raubes ja gerade in der Verknüpfung zwischen Vermögensverschiebungsdelikt und Nötigungshandlung liegt. Die Kammer zog sodann zahlreiche Literaturmeinungen

herbei, unter anderem diejenige von REHBERG/SCHMID, wonach bis zur endgültigen Sicherung der Diebesgutes von „frischer Tat“ gesprochen werden kann und wonach nur erforderlich ist, dass die hinzukommende Person Zeuge des Diebstahls wird, indem sie die Wegnahme des Deliktsgutes, die Vorbereitung seines Abtransportes oder erst diesen beobachtet. Ausgehend von den Literaturmeinungen erachtete die Kammer es als erstellt, dass der Angeschuldigte noch auf frischer Tat ertappt war, als er die tatbestandsmässigen Nötigungshandlungen beging. Gesamthaft gesehen habe es sich um eine in sich geschlossene, einheitliche Verfolgung und somit um einen ganzheitlichen Vorgang gehandelt.

Raub oder Diebstahl und Nötigung? 1. Strafkammer vom 11. April 1996 i.S. B.

B. wurde am 9. August 1995 vom Strafamtsgericht von Biel unter anderem des Raubes schuldig erklärt, gemeinsam begangen mit M. am 11. Dezember 1994 in Nidau z.N. von F.. Diesem Schuldspruch lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Unterstützt durch seinen Komplizen M. versuchte B. zuerst, F. gewaltsam aus dem Zug der BTI in Nidau zu ziehen, um ihn in aller Ruhe ausserhalb des Zuges „auszunehmen“. Nachdem ihm dies wegen des Widerstandes des Opfers nicht gelang, schritt er im leeren Zugs-Vorraum zur Tat. Er forderte das Opfer zur Herausgabe des Portemonnaies auf und ging gleich daran, ihm das Portemonnaie durch körperliche Bedrängung und Abtasten seiner Hosen gewaltsam abzunehmen, worauf F. dem Angeschuldigten das Portemonnaie mit Fr. 40.-- herausgab.

Die 1. Strafkammer hielt dafür, dass der Angeschuldigte nach neuem Recht den Tatbestand des Raubes oder vielmehr dem ihm neurechtlich gleichgestellten Tatbestand der räuberischen Erpressung nach Art. 156 Ziff. 2 i.V.m. Art. 140 neu StGB erfüllt hätte. Sie ging jedoch in dubio pro reo davon aus, dass F. nicht völlig widerstandsunfähig war, womit altrechtlich Raub ausschied und das neue Recht nicht angewendet werden konnte, weil es nicht milder sondern strenger gewesen wäre. B. wurde deshalb „nur“ wegen Diebstahls und Nötigung ins Recht gefasst.

Qualifizierter Raub unter Offenbarung besonderer Gefährlichkeit; 2. Strafkammer vom 7. November 1995 i.S. A. und Z.

A. und Z. begingen am 24. Juli 1994 gemeinsam einen Raub z.N. von W. und L., indem sie den Opfern eine blutgefüllte Spritze vorzeigten und sie vor die Alternative stellten „Geld oder Aids“.

Die 2. Strafkammer beurteilte das Vorgehen der Angeschuldigten wie schon das Strafamtsgericht Thun als unter Offenbarung besonderer Gefährlichkeit begangenen Raub. Die Angeschuldigten hätten das Wissen um die Ängste und Sorgen wegen dieser Krankheit in der Bevölkerung schand- und skrupellos ausgenützt. Eine solche Bedrohung mit der unmittelbaren Gefahr des Zusteichens aus der Sicht des Opfers, und zwar unabhängig davon, ob sich dieses des Blutes gewahr werde oder nicht, sei weit wirksamer als beispielsweise der Einsatz eines Messer und sicherlich nicht minder eindrucksvoll als der Gebrauch einer Schusswaffe zur Bedrohung.

Ungeachtet dieser Erwägungen wollte sich die 2. Strafkammer nicht festlegen, ob diese Vorgehensweise mit einer Spritze unter Androhung von „Geld oder Aids“ allein zur Annahme der besonderen Gefährlichkeit genüge. Sie leitete die Qualifikation aus dem Hinzutreten weiterer Tatumstände ab (in der zur Bedrohung verwendeten Spritze befand sich Blut mit dem Hepatitis C-Virus; aufgabenteiliges Zusammenwirken der beiden Angeschuldigten; hartnäckiges Verfolgen des Raubplanes).

Urkundenfälschung (und Betrugsversuch); 2. Strafkammer vom 26. April 1996 i.S. M.

Am 17. August 1994 schlossen die Schwellenkorporation Gadmen und die von M. geführte Bauunternehmung einen Werkvertrag betreffend Ufersicherungen mit Blocksatz und Vorgrundregulierungen am Bündenbach in der Gemeinde Gadmen ab. Am 30. September 1994 liess M. den Chauffeur A. inhaltlich unwahre Lieferscheine ausfüllen und unterzeichnen, worauf er auch seine Unterschrift dazu setzte. Das geschah bewusst und gewollt sowie in finanzieller unrechtmässiger Vorteilsabsicht.

Die 2. Strafkammer sprach - wie schon der Gerichtspräsident von Oberhasli – M. der Urkundenfälschung und des vollendeten Betrugsversuches schuldig (A. hatte die erstinstanzliche Verurteilung wegen Gehilfenschaftsurkundenfälschung und zu vollendetem Betrugsversuchs akzeptiert).

Zu diskutieren gab im 39-starken Urteilsmotiv vor allem die Frage der Urkundenqualität des fiktiven Lieferscheines. Bekanntlich setzt ja das Bundesgericht seine Rechtsprechung ständig fort, welche das Anwendungsgebiet der privaten Falschbeurkundung immer stärker beschränkt und eine objektive Garantie der Wahrheit des Inhaltes der Urkunde fordert. In casu bejahte die 2. Strafkammer die Urkundenqualität unter Rückgriff auf zahlreiche besondere Umstände. Dazu gehörte, dass der Lieferschein eine doppelte Funktion hatte, einerseits als Schuldanerkennung im Verhältnis von M. als Unternehmer zum Transporteur als Subunternehmer, und andererseits im Abrechnungsverhältnis zwischen M. und der Bauherrin. Die erhöhte Ueberzeugungskraft des Dokuments entstand dadurch, dass der ersten schriftlichen Lüge des Subunternehmers eine zweite Lüge dadurch angehängt wurde, dass der Unternehmer für die Leistung quittierte, damit kongruent dazu ihren Erhalt bestätigte und gleichzeitig insoweit eine Schuldanerkennung ausstellte zwecks Vorlage dieses unwahren Schriftstücks in einem Abrechnungsprozedere mit einem Dritten, nämlich der Bauherrin, der vereinbarungsgemäss solche Belege zur Bestimmung des Werklohns vorzulegen waren. Zur Begründung der erhöhten Ueberzeugungskraft des Lieferscheins listete die 2. Strafkammer daneben noch zahlreiche weitere Gründe auf (M. war auch Vize-Präsident der Bauherrin und insoweit in einer erhöhten Vertrauensstellung; Transporteur hatte die Richtigkeit des Lieferscheins gar unterschriftlich anerkannt; Falschheit war nicht offenkundig; Kontrolle der Vielzahl von Belegen war praktisch und im Interesse einer vernünftigen Geschäftsabwicklung bloss stichprobeweise möglich; Lieferschein wäre bei Gelingen des Vorhabens sowohl auf der Unternehmer- wie auch auf der Bauherrenseite wegen seiner preisbestimmenden Wirkung zum Buchhaltungsbeleg geworden).

Die Urteilsbegründung dokumentiert, dass die Zeiten endgültig vorbei sind, wo sich einem Dokument relativ einfach feststellen liess, ob es eine Urkunde ist oder nicht.

Hausfriedensbruch; 2. Strafkammer vom 25. Juni 1996 i.S. K.

Nachdem das Wohnheim „W.“ während längerer Zeit von einem Mann in voyeuristischer Absicht heimgesucht worden war, gelang es in der Nacht vom 7./8. April 1995 im Rahmen einer polizeilichen Ueberwachung, den Angeschuldigten anzuhalten, der das Grundstück betreten und die Storren auseinanderschiebend in das Nachtruhezimmer des Personals hineingeschaut hatte.

Während K. von der Gerichtspräsidentin von Seftigen am 2. Februar 1996 wegen mehrfachen Hausfriedensbruchs verurteilt worden war, wurde er von der 2. Strafkammer am 25. Juni 1996 freigesprochen mit der Begründung, dass K. zwar auf das privatklägerische Grundstück physisch eingedrungen sei, dabei aber keine Umfriedung habe überwinden müssen, weshalb der objektive Tatbestand nach Art. 186 StGB nicht erfüllt sei. An der Ostseite des privatklägerischen Grundstückes sei weder ein Zaun, noch eine Hecke oder eine Mauer angebracht, aus denen der klare Wille der Privatklägerin hervorgehen würde, wem sie zu der Sphäre, wo sie ihr Hausrecht absolut ausüben wolle, Zutritt gewähren wolle und wem nicht. Die Abgrenzung zwischen der Wiese und dem Rasen bildeten einzig die Stellriemen, die den bewachsenen Boden aber nur um wenige Zentimeter überragten. Solche Stellriemen könnten zwar zur Markierung einer Grundstücksgrenze - beispielsweise aber auch zwecks Wasserablauf, Stabilisierung des Bodens etc. - gebraucht werden, wobei die Abgrenzung damit eben gerade möglichst unauffällig und nicht unbedingt zwecks Abhaltung von unbefugten Personen passiere.

Nach dem freisprechenden Erkenntnis vom 25. Juni 1996 wurde der Gerichtspräsidentin von Seftigen noch am gleichen Abend gemeldet, dass K. wiederum in voyeuristischer Absicht das Grundstück der Privatklägerin betreten habe....

Sexuelle Handlungen mit Gefangenen; 2. Strafkammer vom 14. Mai 1996 i.S. H.

Während H. in erster Instanz konstant bestritten hatte, je sexuellen Kontakt mit einer Gefängnisinsassin gehabt zu haben, legte er in oberer Instanz ein Geständnis ab. Der Angeschuldigte hatte während eines Nachtdienstes als Sicherheitsbeamter in der Strafanstalt Hindelbank mit der Insassin K. Geschlechtsverkehr, für den er ihr Fr. 100.-- bezahlte. Diese hatte vorher durch ihr Verhalten beim Angeschuldigten bewusst die falsche Einschätzung gefördert, dass sie auch an ihm interessiert sei. Erst nachdem er sie in einer Nacht Ende Frühling/Anfang Sommer 1994 unzulässigerweise in die Loge geholt hatte, sie sich nach einem Gespräch geküsst hatten und er sie über den Kleidern an den Geschlechtsteilen berührt hatte, machte sie ihm das Angebot, dass er ihr für weitere sexuelle Handlungen den erwähnten Betrag bezahle. Er war sofort damit einverstanden und bezahlte. Aufgrund seiner Tätigkeit in der Strafanstalt Hindelbank wusste der Angeschuldigte, dass Frau K. drogenabhängig war und dass solche Insassinnen immer wieder stark verladen vom

Urlaub zurückkehrten, viele Zigaretten rauchten und jeweils trotz des grossen Geldbedarfs nur ein knapp bemessenes Pekulium zur Verfügung hatten.

Der a.o. Gerichtspräsident I von Burgdorf hatte H. am 26. Oktober 1995 freigesprochen, und zwar nicht aus Beweisgründen, sondern weil er befand, dass der objektive Tatbestand von Art. 192 Abs. 1 StGB auch ausgehend von der Schilderung von Frau K. nicht erfüllt wäre.

Anders als Art. 193 Abs. 1 alt StGB, der eine Beziehung wie diejenige zwischen dem Angeschuldigten und Frau K. ohne weitere Voraussetzung unter Strafe gestellt hatte, setzt Art. 192 Abs. 1 neu StGB eine Ausnutzung der Abhängigkeit voraus.

Die 2. Strafkammer erachtete dies objektiv und subjektiv als gegeben: spätestens im Moment, als Frau K. von ihm Geld verlangte, habe ihm klar sein müssen, dass diese sich nur des von ihr offensichtlich dringend benötigten Geldes wegen sexuellen Handlungen hingegeben hatte und geben würde. Diese für sie praktisch einzige Gelegenheit, sich zu sonst ausserhalb der Strafanstalt üblichen Bedingungen zu prostituieren, sei nur möglich geworden, weil der Angeschuldigte in seiner Funktion als Sicherheitsbeamter seine Pflichten krass verletzt habe. Dabei sei für ihn klar gewesen, dass er so das sexuelle Entgegenkommen der Gefängnisinsassin erlangen würde. Es habe ihm bewusst sein müssen, dass sie ihre Einwilligung in die sexuellen Handlungen einzig aus dem Grund gegeben habe, dass sie nur mit diesem Geschäft die von ihr dringend benötigten Fr. 100.-- sofort, nämlich im Hinblick auf den anstaltsinternen Markt, verschaffen konnte. Indem er sie mitten in der Nacht geweckt und sie aufgefordert habe, aus ihrer Zelle in die Loge zu kommen, ihr alle Türen dazu geöffnet, jedenfalls konkludent sexuelle Handlungen gefordert und schliesslich das Angebot zum bezahlten Geschlechtsverkehr angenommen habe, habe er seine Position als Sicherheitsbeamter egoistisch für seine Zwecke missbraucht und insofern die sexuelle Integrität die Gefängnisinsassin K. verletzt.

Die 2. Strafkammer verurteilte H. wegen sexuellen Handlungen mit Gefangenen zu zwei Monaten Gefängnis, bedingt auf zwei Jahre.

Fiaz/Beweis; diverse Urteile

Die Fahrunfähigkeit muss nicht in jedem Fall mittels Blutprobe belegt sein.

Im Fall **S.** (2. Strafkammer vom 16. September 1995) ergab sich die Angetrunkenheit aus dem Atemlufttest in Verbindung mit der Aeusserung des Angeschuldigten beim Atemlufttest („das langt ja sowieso, da chonnemer o grad dirakt go stache“) und dem nachfolgenden Verhalten in Form der Vereitelung der Blutprobe.

Im Fall **Sch.** (2. Strafkammer vom 5. März 1996) war zwar aufgrund des IRM-Gutachtens anzunehmen, dass Sch. zum Zeitpunkt des Ereignisses mit Sicherheit eine BAK unter 0,8 Gew.o/oo aufgewiesen hatte. Beweisend für die Angetrunkenheit war indessen das Verhalten des Angeschuldigten vor, während und nach der Fahrt mit Unfallfolge (aggressive und unsinnige Fahrweise mit übersetzter Geschwindigkeit, Eindruck seiner Begleiterin, er habe zu viel getrunken, das eigene Gefühl des Angeschuldigten, zu viel Bier getrunken zu haben, Fuhrerflucht mit Vereitelung der Blutprobe nach dem Unfall).

Im Fall **K.** (2. Strk vom 13. September 1996) war hingegen die Unsicherheit beim Faktor Alkohol zu gross, als dass der Unfall, den K. selber auf seine Uebermüdung zurückgeführt hatte, Beweisgrundlage für einen Schuldspruch wegen FiaZ bilden können. K. wurde von dieser Anschuldigung frei gesprochen, hingegen der groben Verkehrsregelverletzung durch Führen eines Personenwagens in nichtfahrfahigem bzw. ubermudetem Zustand schuldig erklärt.

Im Fall **C.** (2. StrK vom 14. November 1995) hatte der Angeschuldigte in erster Instanz erfolgreich geltend gemacht, seine Magenoperation habe eine völlig andere Resorption des Alkohol zur Folge gehabt, weshalb von der ermittelten BAK von 0,92 Gew.o/oo mindestens 0,2 bis 0,4 Gew.o/oo in Abzug zu bringen sei. Die 2. Strafkammer stellte fest, dass das umfangreiche Verfahren mit zahlreichen Gutachten („unter gütiger und aktiver Mithilfe der Verteidigung“) so geführt worden war, als ob die Revision vom 14. November 1979 der Vorschrift von Art. 2 VRV nicht erfolgt wäre. Art. 2 Abs. 2 VRV wollte eben just den Einwand ausschliessen, wegen des zeitlichen Ablaufs des Trinkens und das Fahrens sei die kritische Grenze der BAK im massgebenden Zeitpunkt noch nicht erreicht gewesen, obschon die entsprechende Alkoholmenge im Körper vorhanden gewesen sei. Gegen die Verurteilung wegen FiaZ wehrte sich C. in der Folge noch mit Nichtigkeitsschwerde und staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht. Diese Beschwerden wurden am 22. Februar 1996 abgewiesen.

Widerhandlung gegen das Baugesetz/schwerer Fall; 2. Strafkammer vom 11. Juni 1996 i.S. R.

Die R. vorgeworfene Widerhandlung lag in der Unterlassung der in der Wiederherstellungsverfügung gemäss Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Juli 1991 angeordneten Arbeiten bzw. Aenderungen an einem Gebäude.

Der erstinstanzliche Richter hatte auf eine einfache BauG-Widerhandlung erkannt, die 2. Strafkammer würdigte das Vorgehen als schweren Fall. Die Vorgehensweise des Angeschuldigten basierte auf Profitdenken. Er hatte primär in Ueberschreitung der Baubewilligung statt einer Werkstatt/Holzlager eine zonenwidrige Wohnbaute erstellt. Dem nachträglich eingereichten Baugesuch erteilte das Verwaltungsgericht ausdrücklich den Bauabschlag. Der baupolizeilichen Wiederherstellungsverfügung wollte der Angeschuldigte offensichtlich gar nie nachleben. Durch die provisorischen Wiederherstellungsmassnahmen versuchte er lediglich die Baupolizeibehörden zu täuschen und hatte nie im Sinn, der rechtskräftigen Wiederherstellungsverfügung tatsächlich Folge zu leisten. Durch sein Vorgehen, insbesondere auch durch die hartnäckige Nichtbefolgung der ergangenen Wiederherstellungsverfügung, konnte er während längerer Zeit einen nicht zonenkonformen Wohn- und Gewerbebau betreiben und entsprechenden Profit daraus schlagen.

Die 2. Strafkammer äusserte sich am Rande auch noch zur Frage, ob ein Dauerdelikt begeht, wer einer Wiederherstellungsverfügung nicht nachkommt. Sie liess die Frage schlussendlich offen, weil sie in casu verjährungsrechtlich keine Rolle spielte. Dennoch sprach sie sich gegen die Annahme eines Dauerdelikts aus: gegen ein Dauerdelikt spreche nicht nur der Umstand, dass eine Wiederherstellung nach fünf Jahren grundsätzlich nicht mehr möglich sei (Art. 46 Abs. 3 BauG), sondern dass andernfalls, der Bestimmung von Art. 51 Abs. 1 BauG zum trotz, das Unterlassen einer angeordneten Wiederherstellungsmassnahme faktisch zu einer unverjähren Baugesetzwiderhandlung würde, was im Widerspruch zur Praxis bei den ebenfalls in Unterlassungen bestehenden Gefährdungsdelikten von Art. 227 f. stünde (vgl. dazu TRECHSEL, StGB-Kommentar, N 3 und 5 zu Art. 71).

Aufschub des Strafvollzuges gemäss Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB/analoge Anwendung auch auf Trunksüchtige; 1. Strafkammer vom 6. Juli 1995 i.S. Z.

Nach der wörtlichen Auslegung von Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB bezieht sich die Möglichkeit eines nachträglichen Aufschubs des Strafvollzuges lediglich auf Rauschgiftsüchtige. Für verurteilte Alkoholiker fehlt eine entsprechende Gesetzesbestimmung.

Weil indessen nach bundesgerichtlicher Praxis sogar vom klaren Wortlaut abgewichen werden darf, wenn die übrigen Auslegungskriterien sich gegenüber dem grammatikalischen durchzusetzen vermögen, und weil erst nach neuerer Lehre massgeblich auf den Sinn des Gesetzes ankommt, selbst wenn zulasten des Angeeschuldigten vom Wortlaut abgewichen werden sollte, kam die 1. Strafkammer zum Schluss, dass nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung Gesuche um nachträglichen Aufschub der Strafe zugunsten einer Massnahme in Anwendung von Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB auch für Alkoholkranke möglich sein müssen.

Kein Aufschub des Strafvollzuges gemäss Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB zugunsten einer ambulanten Massnahme; 1. Strafkammer vom 16. April 1996 i.S. C.

Aus den Erwägungen:

„Der Wortlauf von Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB ermöglicht lediglich einen Aufschub einer rechtskräftigen Strafe zugunsten der Einweisung in eine Anstalt für Rauschgiftsüchtige, d.h. zugunsten einer stationären Massnahme. Weshalb sich der Gesetzgeber zu dieser Lösung entschieden hat, lässt sich nicht eruieren, da keine Materialien zur Gesetzesnovelle und zu den Intentionen des Gesetzgebers existieren. In AS 1991, 2512 wird auf BBl 1985 II, 1009 verwiesen, doch dort wird Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB nicht erwähnt. Der Gesetzestext ist indessen klar, der nachträgliche Aufschub des Strafvollzuges zugunsten einer ambulanten Massnahme ist ausgeschlossen. Etwas anderes lässt sich auch aufgrund der anerkannten Auslegungsmethoden nicht aus dem Gesetzeswortlaut herleiten. Für einen nachträglichen Aufschub zugunsten einer ambulanten Massnahme wäre eine Gesetzesänderung erforderlich.“

Kein Aufschub des noch nicht verbüsstens Teils einer Freiheitsstrafe und Anordnung einer ambulanten psychotherapeutischen Massnahme in analoger Anwendung von Art. 43 und Art. 44 Ziff. 6 StGB; 2. Strafkammer vom 8. März 1996 i.S. B.

B. hat nach rechtskräftigen Urteilen insgesamt über neuneinhalb Jahre dauernde Freiheitsstrafen zu verbüssen. Zudem wurde eine langjährig angelegte ambulante Behandlung während und nach dem Strafvollzug angeordnet. Mit Gesuch vom 16. Januar 1996 verlangte der Verurteilte, dass der rechtskräftig angeordnete Vollzug der noch nicht verbüsstens Freiheitsstrafen zugunsten einer ambulanten psychotherapeutischen Massnahme im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 und Art. 44 Ziff. 6 StGB aufgeschoben wird. Die 2. Strafkammer wies dieses Gesuch ab und verwies unter anderem darauf, dass Art. 43 Ziff. 1 StGB nur für hängige Strafverfahren in Betracht kommt, und dass auch eine analoge Anwendung von Art. 44 Ziff. 6 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist, denn diese Bestimmung sieht nur stationäre Massnahmen vor und B. kann nicht als Rauschgiftsüchtiger betrachtet werden. Die 2. Strafkammer legte im weitem auch dar, dass und weshalb das Begehren des Gesuchstellers auch aus materiellen Gründen abgewiesen werden müsste.

Kassationen wegen Prozessrechtsverletzungen; diverse Entscheide

2. Strafkammer vom 12. Januar 1996 i.S. G.: Kassation, weil der Angeschuldigte zur Hauptverhandlung öffentlich geladen wurde statt nach Art. 49 Abs. 2 StrV.

2. Strafkammer vom 21. Mai 1996 i.S. L.: Kassation, weil ein an sich verteidigter Angeschuldigter das Recht hat, dass seine Interessen sachgemäss, ausreichend und wirksam sowie effektiv wahrgenommen werden, und weil davon keine Rede sein kann, wenn ein Verteidiger im Stadium der Parteivorträge nicht einmal Anträge stellt und auch keine sonstigen Aeusserungen vorbringt, als denen zumindest sinngemäss Anträge zu entnehmen sind.

2. Strafkammer vom 12. Juli 1996 i.S. F.: Kassation wegen ungenügender Beweisführung und Verletzung von Art. 203 StrV (die Vorinstanz hatte in der Hauptverhandlung das Verfahren auf die Anschuldigung der Veruntreuung eines Sachtransportanhängers ausgedehnt, obschon bezüglich dieses Sachverhalts ein Aufhebungsbeschluss mit res-judicata-Wirkung ergangen war).

2. Strafkammer vom 12. Juli 1996 i.S. T.: Kassation, weil der Vorrichter einen Widerrufsentscheid gefällt hatte, obwohl das Haupturteil in Form eines Urteils ohne Hauptverhandlung noch nicht rechtskräftig war.

Peter Urech, Gerichtspräsident I in Burgdorf
Urs Fasel, lic.iur., Oftringen/Bern¹

Geteiltes Leid - halbes Leid¹

Angelagerte Probleme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Mangelfällen

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Ausgangspunkt: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Mangelfällen
- III. Ausweitung dieser Rechtsprechung?
 1. Vorbemerkungen
 2. Verhältnis zu den Kinderalimenten
 3. Verhältnis zur Ehegattenrente bei Ausgesteuerten
- IV. Abschliessende Bemerkungen

I. Problemstellung

Die Veränderungen der sozioökonomischen Bedingungen zeitigen in neuerer Zeit in zunehmendem Masse auch Auswirkungen im Ehe-, Kinds- und Fürsorgerecht. So nimmt die Zahl der Arbeitslosen und vor allem auch der Ausgesteuerten ständig zu. Die finanzielle Knappheit der Privathaushalte wirkt sich auf die Rechtsprechung - vorwiegend der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte - aus, indem immer mehr Herabsetzungsbegehren nach Art. 153 Abs. 2 ZGB sowie Art. 156 ZGB gestellt werden. Angelehnt an diese Probleme ist die Frage, wie die konkrete Situation einer betroffenen Familie (inkl. Kinder) zu regeln sei sowohl im Falle einer Trennung als auch im Falle einer Scheidung. Geklärt hat das Bundesgericht - wenngleich nicht zu aller Zufriedenheit - die Frage, wem der fehlende Betrag zuzuordnen ist, wenn einer der Ehegatten einer Erwerbstätigkeit nachgeht und das gemeinsame Einkommen nicht

¹ Das Manuskript wurde Ende Januar 1997 abgeschlossen. Dieser Beitrag wurde auch im recht 1997, 56-65 publiziert. Nachträglich erschienen ist BGE 123 III 1 ff.

das Existenzminimum beider Ehegatten abzudecken vermag. Soweit ersichtlich² hat das Bundesgericht bisher die Frage nicht geklärt³, wie der Fehlbetrag aufzuteilen sei, wenn beide Ehegatten entweder Arbeitslosenunterstützung erhalten oder wenn beide Ehegatten bereits Fürsorgeleistungen der Gemeindebehörden beziehen. Dieser Frage soll im vorliegenden Beitrag nachgegangen werden.

Ausgangspunkt für diese Frage bildet die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den sogenannten Mangelfällen⁴, welche im folgenden wiederzugeben ist.

II. Ausgangspunkt: Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Mangelfällen

a) Ausgangspunkt war ein (unveröffentlichter) Walliser Fall⁵ einer erwerbstätigen Frau, die im Zusammenhang einer vorsorglichen Massnahme nach Art. 145 ZGB verpflichtet wurde, bei einem eigenen Existenzminimum von 1'260 Franken und einem Einkommen von 1'524 Franken den resultierenden Fehlbetrag von Fr. 1'606.-- zu tragen. Damit hätte sich die erwerbstätige Frau mit 457 Franken im Monat begnügen müssen, was vom Bundesgericht einstimmig als willkürlich qualifiziert wurde. Nach Auffassung des Bundesgerichts sprechen sachliche Gründe dafür, dass die Leistungspflicht des erwerbstätigen Ehegatten auf seine Leistungsmöglichkeit beschränkt wird und von einem Eingriff in das Existenzminimum abgesehen werde. Es

² Weil das Bundesgericht gelegentlich bei der Begründung von publizierten Entscheidungen auch unpublizierte Entscheidungen heranzieht, ist es möglich, dass das Bundesgericht diese Frage bereits entschieden hat, jedenfalls aber hat es davon abgesehen, einen allfällig getroffenen Entscheid zu publizieren.

³ Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung zu den Mangelfällen sind bislang auch andere Fragen ungelöst geblieben. Besonders hingewiesen sei auf die Frage der Auswirkung der Rechtsprechung zu den Mangelfällen auf die Möglichkeit der Herabsetzung von Unerhaltsbeiträgen nach Art. 153 Abs. 2 ZGB. Nicht selten machen inzwischen die Parteivertreter des unterhaltspflichtigen Ehegatten geltend, die einseitige Mangelaufteilung sei auch in bezug auf Ehen, welche bereits vor Jahren rechtskräftig geschieden wurden, im Zuge eines Herabsetzungsbegehrens beachtlich, wenn der Unterhaltspflichtige in der Zwischenzeit (viel) weniger verdient als im Zeitpunkt des Ehescheidungsurteils. Dabei ist die Tendenz zu beobachten, dass immer häufiger die unterhaltsberechtigten Ehegatten bereit sind, vergleichsweise auf die Geltendmachung der fehlenden Voraussetzungen von Art. 153 Abs. 2 ZGB zu verzichten, sofern sie als "Gegenleistung" eine Erhöhung bzw. Beibehaltung der Kinderalimente dadurch erwirken können. Hintergrund eines solchen "Handels" ist dabei regelmässig die Bevorschussung der Kinderalimente durch den Staat.

⁴ Von einem Mangelfall wird gesprochen, wenn das bisherige Einkommen beider Ehegatten die trennungsbedingten Mehrkosten nicht abdeckt und ein Ausgleich auch nicht oder nur teilweise über ein zusätzlich erzielbares Einkommen erreicht werden kann. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, wie die notwendige Reduktion der bisherigen Lebenshaltung zwischen den Ehegatten und allfälligen Kindern (gemeinsamen und nicht gemeinsamen) aufzuteilen ist (vgl. dazu auch Annette Spycher, Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden, Bern 1996, S. 175).

⁵ Urteil 5P.526 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 18.04.1995; vgl. hierzu Feller Markus, Bundesgerichtsentscheide, Zürich 1995, S. 209/210 sowie Mazan Stefan, Rechtsgleichheit der Ehegatten und Aufteilung eines Fehlbetrages bei vorsorglicher Unterhaltsregelung gemäss Art. 142 Abs. 2 ZGB, in: ZBJV 131/1995, S. 342 - 343.

liege nicht zuletzt im Interesse der auf Unterstützung angewiesenen Seite, dass dem unterstützungspflichtigen Gatten wenigstens der betriebsrechtliche Notbedarf belassen werde. Andernfalls sei dieser selbst auf Sozialhilfe angewiesen, was sich in aller Regel negativ auf seine Arbeitskraft und seinen Arbeitswillen auswirke. Da darüber hinaus ein Mehraufwand entstehen würde, wenn beide Ehegatten durch die öffentliche Fürsorge unterstützt werden müssten, ohne dass den Betroffenen dadurch mehr finanzielle Mittel zur Verfügung stünden, müsse der Grundsatz der Gleichbehandlung in solchen Fällen bei der Aufteilung des Fehlbetrages weitgehend zugunsten der Arbeitskraft des Alimentenpflichtigen zurücktreten.

b) In BGE 121 I 97 ff. veröffentlichte⁶ das Bundesgericht seine Praxis, wonach dem Erwerbstätigen, unterhaltspflichtigen Ehegatten für die Dauer des Scheidungsprozesses das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen und ein allfälliger Fehlbetrag einzig dem Unterhaltsanspruch des anderen Ehegatten abzuziehen sei. Diese Lösung sei nicht verfassungswidrig und verstosse nicht gegen Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 BV. Dem Vorwurf, dass in tatsächlicher Hinsicht nach wie vor in aller Regel der weibliche Partner Anspruch auf Alimentenzahlung hat, was sich in der Praxis mehrheitlich zwangsläufig zum Nachteil der Frau auswirkt, entgegnete das Bundesgericht, dass dennoch keine verfassungswidrige Diskriminierung des weiblichen Geschlechts vorliege. "Dass in der grossen Mehrzahl der Fälle die Frauen als anspruchsberechtigte Ehegatten einen Fehlbetrag allein zu tragen haben, ist nicht die Folge einer rechtlichen Ungleichbehandlung nach Kriterien der Geschlechtszugehörigkeit, sondern eine Erscheinung der gesellschaftlichen Wirklichkeit, die nur der Gesetzgeber mit kompensatorischen Massnahmen beheben kann"⁷. Im übrigen sei der Gesetzestext geschlechtsneutral formuliert worden und die Auswirkungen allein das Resultat der von den Ehegatten frei vereinbarten Rollenverteilung. Unter diesen Umständen aber könne eine ungleiche Behandlung von Unterhaltspflichtigen und Unterhaltsberechtigten nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau verstossen. Ausserdem bestehe ein praktisches Interesse - nicht zuletzt

⁶ Urteil 5P.6/1995 des Schweizerischen Bundesgerichts, ebenfalls vom 18.04.1995; vgl. zu diesem Urteil Geiser Thomas, Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren, Aufteilung des Fehlbetrages bei der Unterhaltsregelung, in: AJP 1995, S. 939 ff.; Buser Denise, Ergänzende Bemerkungen, in: AJP 1995, S. 1506 ff.; Geiser Thomas, KSP N 16 ff. zu Art. 145 ZGB; Sandoz Suzette, Entwicklungen im Familienrecht, in: SJZ 92/1996, S. 110 ff.; Perrin Jean-François, La détermination des contributions alimentaires dans la situation de surendettement, in: FS Schnyder, Freiburg 1995, S. 529 - 538 sowie - mit ausführlicher (und mindestens partiell berechtigter) Kritik - Spycher Annette, a.a.O. (FN 4), S. 175 ff., insbesondere S. 177 ff.

⁷ BGE 121 I 99

auch des anderen Ehegatten im Hinblick auf die bevorstehende Festsetzung der Scheidungsrente -, dem alimentenpflichtigen Ehegatten zumindest das Existenzminimum zu belassen und damit nicht zum vornherein sämtliche Anreize zur Erhöhung des Arbeitswillens zu beseitigen. Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass gegen den alimentenberechtigten Ehegatten bei einer Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse Rückerstattungsansprüche erhoben werden, doch sei dies hinzunehmen, da einerseits unsicher sei, ob dieser Fall überhaupt eintreten werde⁸ und andererseits die Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 145 Abs. 2 ZGB nur für die beschränkte Dauer des Scheidungsprozesses festzusetzen seien. Schliesslich wären - nach Ansicht des Bundesgerichts - einer gleichmässigen Aufteilung des Mankos mit dem damit verbundenen Eingriff in das betreibungsrechtliche Existenzminimum des leistungspflichtigen Ehegatten vollstreckungsrechtliche Grenzen gesetzt. "In einer Betreuung eines unterhaltsberechtigten Familienmitgliedes gegen den Unterhaltsschuldner kann zwar nach der Rechtsprechung ins Existenzminimum des Schuldners eingegriffen werden, doch gilt dies nur, wenn der Gläubiger selbst und nicht etwa ein Dritter wie etwa das bevorschussende Gemeinwesen als Gläubiger auftritt (...). Da die Alimenterbevorschussung namentlich bei knappen finanziellen Verhältnissen von grosser praktischer Bedeutung ist, wäre zu befürchten, dass mit einer Unterhaltsregelung, die in den Notbedarf des Schuldners eingreift, eine nicht oder nur erschwert vollstreckbare Anordnung getroffen würde"⁹.

c) Währenddem die bisher aufgeführten Urteile *alle im Rahmen von Art. 145 ZGB* gefällt wurden, dehnte das Bundesgericht mit Entscheid vom 11. August 1995¹⁰ seine Rechtsprechung *auf das Eheschutzverfahren (Art. 176 ff. ZGB) aus*. Der einzige Unterschied zu den bereits genannten Fällen besteht nach Auffassung des Bundesgerichts nämlich darin, dass die Ehegatten nach Einreichung der Scheidungs- oder Trennungsklage einen unbedingten Anspruch auf Auflösung des gemeinsamen Haushaltes haben, während die Gemeinschaft ohne hängiges Scheidungs- oder Trennungsverfahren nur solange aufgehoben werden dürfe, als eine

⁸ Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass nach einer Umfrage bei mehreren bernischen Gemeinden in tatsächlicher Hinsicht *rund ein Drittel aller Fürsorgeleistungen* an das Gemeinwesen zurückerstattet werden. Daraus folgt, dass die Rückforderung des Gemeinwesens nicht nur theoretischer Natur ist, wie das Bundesgericht dies anzunehmen scheint.

⁹ BGE 121 I 102

¹⁰ BGE 121 III 301 ff.; Urteil 5P.195/1995 des Schweizerischen Bundesgerichts vom 11.08.1995; publiziert auch bei Feller Markus, a.a.O. (FN 5), S. 250/251 sowie Zbinden Beat, Gleichbehandlung der Ehegatten und Defizitaufteilung im Rahmen von Art. 176 ZGB, in: ZBJV 132/1996, S. 97 - 98.

ernstliche Gefährdung gegeben sei (Art. 175 ZGB). "Unter diesen Umständen aber ist es nicht unhaltbar, bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages im Rahmen von Eheschutzmassnahmen dem rentenpflichtigen Ehegatten das volle Existenzminimum zu belassen und den negativen Saldo allein dem rentenberechtigten Partner zu überbinden"¹¹.

d) Im neusten Urteil aus Lausanne¹² geht das Bundesgericht noch einen Schritt weiter¹³ und hat die Lösung, wonach das Unterhaltsmanko dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau gemäss hälftig auf beide Partner aufzuteilen wäre, als willkürlich¹⁴ erklärt¹⁵.

e) Der Vollständigkeit halber sei die Frage aufgeworfen, ob die angeführte Rechtsprechung auch *in bezug auf die Alimente nach Art. 151 und Art. 152 ZGB gilt*. Obwohl manche Parteivertreter inzwischen (öfter begleitet von einer gewissen Selbstverständlichkeit) von der Bejahung dieser Frage ausgehen, hat sich das Bundesgericht - soweit ersichtlich - in publizierten Entscheiden zu dieser Frage bisher *noch nicht geäussert*. Zwar hat das Bundesgericht in zwei *unveröffentlichten Entscheiden*

¹¹ BGE 121 III 303

¹² Urteil 5P.247/1996 vom 21.11.1996; vgl. dazu NZZ vom 28.11.1996 (Nr. 278), S. 15 (Titel: Weiterhin keine Halbierung der Not); vgl. dazu auch *Schneeberger*, in: ZBJV 133 (1997) 136 - 137.

¹³ Das Bundesgericht führte in diesem unveröffentlichten Entscheid aus, dass die geschilderte und im Massnahmeverfahren leicht zu handhabende Regel von Art. 163 ZGB grundsätzlich gebietet, das Existenzminimum des Rentenschuldners zu schonen, dies jedoch faktischen Ausnahmen nicht entgegen steht. Das Bundesgericht hält nämlich einen potentiellen Eingriff in das Existenzminimum dann nicht für willkürlich, wenn der Rentenschuldner durch zumutbare Mehranstrengung ein höheres als das aktuelle Einkommen erzielen könnte, es also in seiner eigenen Macht läge, einen wirklichen Eingriff zu vermeiden (BGE 119 II 314 E 4a S. 317, 117 II 16 E 1b). Weil das Bundesgericht schon im nicht publizierten Teil der Erwägung 5b von BGE 121 III 301 eine schematische Gleichbehandlung der Ehegatten als willkürlich erachtet und die Schranke der Leistungskraft stark in den Vordergrund gerückt hat, sei der angefochtene Entscheid, der diese Grenze zu wenig beachte, willkürlich.

¹⁴ Das Bundesgericht heisst den Willkürvorwurf nach einer ständigen Formulierung nicht schon dann gut, "wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar vorzuziehen wäre", sondern nur dann, wenn der angefochtene Entscheid "offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft" (statt aller BGE 119 Ia 117 E a mit weiteren Hinweisen). Angesichts dieser Anforderungen erscheint es den Schreibenden, dass das Bundesgericht mit seiner neusten Rechtsprechung etwas gar weit aus dem Fenster hinauslehnt.

¹⁵ Der Gerichtsberichterstatte der NZZ, Felber, wies darauf hin, dass 4 der 5 Richter der zweiten Zivilabteilung - trotz Kritik - an der bisherigen Rechtsprechung festhalten wollen, wobei für die Mehrheit ausschlaggebend war, dass die Ehegatten nur gemeinsam, aber "ein jeder nach seinen Kräften für den Unterhalt der Familie" sorgen müssen (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Daraus sei zu folgern, dass bei der Bemessung der Leistungspflicht auf das Kriterium der Leistungskraft abzustellen sei. Der Berichterstatte hat im Hinblick auf die auf den Jahreswechsel 1996/1997 eintretenden Änderungen in der personellen Zusammensetzung der 2. Zivilkammer aber bereits die Frage aufgeworfen, ob die relativ soliden Mehrheitsverhältnisse (4 : 1) auch den Jahreswechsel überdauern werden. Vgl. dazu auch Schnyder, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995, in: ZBJV 133/1997, S. 49 ff. (mit weiteren Hinweisen).

- welche allerdings zeitlich etwas zurückliegen und daher keinen Bezug zu den oben erläuterten Urteilen haben - diese Auffassung offenbar vertreten¹⁶, doch dürfte in dieser Frage das letzte Wort noch nicht gesprochen sein¹⁷, zumal man mit Fug die Frage stellen kann, ob nicht der zitierten Rechtsprechung deshalb der Boden entzogen ist, weil das Bundesgericht einerseits seine Entscheidung in BGE 97 I 97 ff. namentlich damit begründet hat, dass die Unterhaltsbeiträge im Rahmen von Art. 145 Abs. 2 ZGB ohnehin nur *für die beschränkte Dauer des Scheidungsprozesses* festzusetzen seien, andererseits das Bundesgericht die *Konsequenzen seiner Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Fürsorgerecht* wenn vielleicht erkannt, so aber doch nicht mit der nötigen Tiefe berücksichtigt¹⁸ hat. Die Frage soll aber vorliegend offengelassen¹⁹ werden, um vielmehr die Konsequenzen dieser Rechtsprechung in bezug auf *angelagerte Fälle* zu diskutieren.

III. Ausweitung dieser Rechtsprechung?

1. Vorbemerkungen

Spycher hat darauf hingewiesen, dass einerseits der Umfang der Garantie nicht in allen Entscheiden übereinstimmt und andererseits der Drittschuldner mit dieser Recht-

¹⁶ BGE 5C.260/1990 vom 02.05.1991 i.S. W.c.W. und 5C.63/1991 vom 21.01.1992 i.S. V.c.V.; vgl. dazu Hausheer Heinz, Gesichtspunkte bei der Regelung des ehelichen und nachehelichen Unterhalts, in: FS Arnold Koller, Bern 1993, S. 302 sowie Spycher, a.a.O. (FN 4), S. 175 FN 969.

¹⁷ Hausheer hat in anderem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich die Schweiz seit 1988 nunmehr im ganzen Bereich des Familienrechts - auf Einzelbeschwerde hin - eine richterliche Überprüfung der Gesetzgebung im Hinblick auf die EMRK bezüglich gleicher Rechte und Pflichten der Ehegatten gefallen lassen müsse (Hausheer, Der Fall Burghartz oder Vom bisweilen garstigen Geschäft der richterlichen Rechtsharmonisierung in internationalen Verhältnissen, in: FS Schnyder, S. 407 - 419, S. 416). Es gelte nämlich *für die Zukunft ein uneingeschränktes* (familienrechtliches) *Gleichbehandlungsgebot* aufgrund der EMRK, das im Unterschied von jenem gestützt auf Art. 4 Abs. 2 BV nicht wegen Art. 113 BV einer höchstrichterlichen Kontrolle entzogen bleibe. Damit wird sich das Bundesgericht auch in den unter II a) bis e) genannten Fällen auseinandersetzen müssen.

¹⁸ Auch im unveröffentlichten Entscheid 5P.247/1996 vom 21.11.1996 setzt sich das Bundesgericht mit keinem Wort mit dem angelagerten Fürsorge- und Sozialhilferecht auseinander. Angesichts der vielfältigen Interdependenzen erscheint diese Praxis fragwürdig. Von einer anderen Sichtweise geht die zweite Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern in einem unveröffentlichten Urteil (Nr. 890/II/96 vom 24.01.1997) aus: "Die Auswirkungen im Fürsorgebereich (wie z.B. die Rückerstattung) sind zwar in die Erwägungen miteinzubeziehen, dürfen aber nicht alleine massgeblich sein für den Zuspruch eines Aliments".

¹⁹ Immerhin sei auf die berechtigte Kritik von Annette Spycher (a.a.O., FN 4) hingewiesen, wonach abgesehen davon, dass der Entscheid des Bundesgerichts, der Arbeitswille bzw. die Arbeitskraft des Unterhaltsschuldners solle erhalten werden, ein "Relikt einer patriarchalischen Lebensanschauung (so bereits im Jahre 1967 das Zürcher Kassationsgericht; in: ZR 66/1967, Nr. 23) darstellt, die Erwerbstätigkeit auch auf Seiten des Ansprechers mit einem Anreiz in gleicher Höhe zu belohnen ist (Spycher, a.a.O. (FN 4), S. 182). Ebenfalls sei hier auf das Problem der doppelten Stigmatisierung hingewiesen. Noch immer ist die gesellschaftliche Situation der getrennt lebenden Ehegattin und (obhutberechtigten) Mutter schwieriger als beim Mann und Vater in der vergleichbaren Ausgangslage (welche überdies nach wie vor die Ausnahme darstellt). Über die gesellschaftliche Minderstellung hinaus wird diesen Frauen zudem zugemutet, zusammen mit den Kindern die Leistungen der Fürsorgebehörden in Anspruch nehmen zu müssen.

sprechung gegenüber dem Ehegatten bevorteilt wird, da dem Schuldner die zur Begleichung seiner Schulden gegenüber Dritten notwendigen Mittel zugestanden werden, während die Forderung des Gläubigerehegatten stark, im Extremfall sogar auf Null reduziert würde²⁰. "Dies kann schon deshalb nicht zutreffen, weil im (das Zivilrecht ergänzenden) Vollstreckungsrecht gerade das Gegenteil gilt: Bereits bestehende Unterhaltsansprüche von Familienmitgliedern werden unabhängig davon, ob diese mit dem Schuldner zusammenwohnen, ins (für die Bestimmung der pfändbaren Quote relevante) betreibungsrechtliche Existenzminimum eingeschlossen"²¹. Spycher weist damit zu Recht auf die Interdependenz mit anderen Rechtsgebieten²² hin: So gibt es nicht nur eine gegenseitige Beeinflussung zum Vollstreckungsrecht, sondern auch zum öffentlichen Fürsorgerecht. Bevor auf diese Frage detaillierter eingetreten werden soll, wird zunächst geprüft, ob die zitierte Rechtsprechung auch auf *Kinderalimente* auszudehnen ist. Erst in einem zweiten Schritt, weil mit der Vorfrage der Kinderalimente häufig untrennbar verknüpft, wird das Problem behandelt, ob die zitierte Rechtsprechung auch gilt, wenn *beide Ehegatten von der Fürsorge unterstützt* werden.

2. Verhältnis zu den Kinderalimenten

a) Bei Unterhaltsverpflichteten, welche von der Fürsorge unterstützt werden müssen, oder welche bedingt durch die Arbeitslosigkeit nur wenige finanzielle Mittel zur Verfügung haben, stellt sich das Problem, ob - und wenn ja -, wie hoch eine Alimentenverpflichtung festzusetzen ist.

b) Weil die Bedürfnisse der Kinder mit zunehmendem Alter nicht geringer werden und ausserdem die Entwicklung der Kinder nicht gefährdet werden soll, weisen mehrere unterinstanzlichen Gerichte den gesamten Fehlbetrag im Verhältnis zu den Kindern dem unterhaltsverpflichteten Elternteil zu, nicht zuletzt auch aus der Überlegung

²⁰ So etwa der bereits erwähnte unveröffentlichte Entscheid der 2. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern vom 24.01.1997 (Prozess Nr. 890/II/96).

²¹ Spycher, a.a.O. (FN 4), S. 179 mit weiteren Hinweisen. Das Bundesgericht hat sich - soweit ersichtlich - mit der fundierten Kritik von Spycher bisher (auch im unveröffentlichten Entscheid vom 21.11.1996) noch nicht auseinandergesetzt.

²² Dieser Interdependenz hat das Bundesgericht - mindestens im unveröffentlichten Entscheid vom 21.11.1996 (5P.247/1996) - zu wenig Beachtung geschenkt. Dies ist namentlich deshalb auch zu bedauern, weil andernorts bereits ausführlich das Thema "Einheit der Rechtsordnung?" thematisiert wird (vgl. dazu etwa: Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung?, Hrsg. Karsten Schmidt, Berlin 1994 sowie - als Anwendung davon - die nunmehr auch in der Schweiz vertretene Forderung nach Wertungskongruenz von Privat- und Steuerrecht als bewusstes und sachlich aufeinander abgestimmtes Nebeneinander von Privatrecht und Steuerrecht (eingehend dazu Koller Thomas, Privatrecht und Steuerrecht, Bern 1993, insbs. S. 43/44)).

heraus, dass viele Kantone *die Alimentenbevorschussung für Kinder* kennen. Dieser Ansatz wird aber selten in *grössere Zusammenhänge* gestellt. Die Kernfrage lautet dabei, wer das finanzielle Manko tragen bzw. in wessen Risikobereich dieses finanzielle Manko fallen soll. Nach unserer Ansicht sollte dieser Risikobereich, ausgehend vom französischen Prinzip "qui fait l'enfant, doit le nourrir"²³, den Eltern - oder für den vorliegenden Zusammenhang präziser - dem im Urteilszeitpunkt mit wenigen finanziellen Mitteln ausgestatteten, aber unterhaltspflichtigen und nicht obhutsberechtigten Elternteil mindestens teilweise zugeteilt werden können. Anders ausgedrückt: Von Ausnahmen abgesehen sollten die Kinderalimente auf der Basis eines bisherigen Verdienstes festgesetzt werden, ohne Berücksichtigung der Hilfsbedürftigkeit des pflichtigen Ehegatten. Dies aus folgenden Gründen:

aa) Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass die Eltern für ihrer Kinder aufzukommen haben. Können die Eltern dies aus irgendwelchen Gründen nicht mehr, greift - insbesondere mittels Alimentenbevorschussung - das öffentliche Recht ein und garantiert dem obhutsberechtigten Elternteil einen tatsächlichen Mittelzufluss in bezug auf die Kinderalimente. Die Verpflichtung des Ehegatten erscheint nur auf dem Papier, da der alimentenverpflichtete Ehegatte kaum Gefahr läuft, in seiner *jetzigen Situation* vom Gemeinwesen behelligt zu werden, da dieses nach der vollstreckungsrechtlichen Rechtsprechung nicht in das Existenzminimum des Schuldners eingreifen kann.

bb) Reduziert man hingegen - einer neueren Auffassung entsprechend²⁴ - die (lediglich auf dem Papier bestehende) Alimentenverpflichtung des pflichtigen Elternteils, erlöst man diesen (überspitzt formuliert) für alle Ewigkeit von der Verpflichtung zur Rückzahlung der bevorschussten Alimente an das Gemeinwesen, selbst wenn er 10 Jahre später zum Millionär wird. Die entstandenen Mehrausgaben bzw. Verluste der Familie werden in diesem Zusammenhang in krasser Weise *sozialisiert*, ohne dass dem Gemeinwesen auch nur die Chance eröffnet würde, das bevorschusste Kinderaliment vom pflichtigen Elternteil später einmal einzufordern²⁵. Im übrigen sei

²³ Vgl. dazu etwa die Botschaft zum neuen Kindsrecht, BBl. 1974 II 56.

²⁴ Vgl. Geiser, in: AJP 1993, S. 911 ff., ihm weitgehend folgend das Solothurner Obergericht, Urteil vom 20.02.1996, teilweise publiziert in AJP 1996, S. 490 ff., vgl. auch die Besprechung von Geiser, in: AJP 1996, S. 491.

²⁵ In diese Richtung weist auch das bereits mehrfach erwähnte unveröffentlichte Urteil vom Bundesgericht vom 21.11.1996 (Urteil 5P.247/1996). Das Bundesgericht lehnte in diesem Entscheid eine Hierarchie zwischen dem Ehegatten- und dem Kinderunterhalt ab und führte dazu aus, obwohl in Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nur der unterhaltsberechtigte Gatte erwähnt sei, sei auch für das Eheschutzverfahren der Unterhalt der Restfamilie zu regeln. Unabhängig von den Fragen, auf welche Bestimmung der Unterhaltsanspruch der Kinder im Eheschutzverfahren zu stützen ist und ob Art. 176 Abs. 3 ZGB auch dafür auf das Kindsrecht verweist, könne sich der Richter bei der Bemessung des Beitrages für die Kinder auch nach Art. 285 Abs. 1 ZGB in der Regel nicht über die Schranke der Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils hinwegsetzen. Teilweise abweichend davon geht die 2. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern (vorerwähntes Urteil Nr. 890/II/96 vom 24.01.1997) davon aus,

darauf hingewiesen, dass der pflichtige Elternteil durch die vorerst nur auf dem Papier bestehende Alimentenverpflichtung in *tatsächlicher Hinsicht vorerst gar nicht belastet* wird, da für sein (Fürsorge-)Budget die Alimentenverpflichtung gegenüber Kindern weder in die Berechnung miteinbezogen noch in rechtlicher Hinsicht durchgesetzt werden kann. Zudem läuft er auch nicht Gefahr, wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten verurteilt zu werden, da nach Art. 217 StGB vorausgesetzt ist, dass bei Nichterfüllung der familienrechtlichen Unterhaltspflichten der säumige Schuldner über die Mittel verfügt oder verfügen könnte, was bei der derzeitigen Wirtschaftslage im Einzelfall so gut wie ausgeschlossen sein dürfte.

cc) Das Obergericht Solothurn hat entschieden, dass grundsätzlich zwar ein Aliment zu sprechen sei, angesichts der desolaten wirtschaftlichen Lage dem Schuldner allerdings nur ein bescheidener, eher symbolischer Beitrag zuzumuten sei²⁶. Geiser hat zwar mit Recht darauf hingewiesen, dass die vom Obergericht beurteilte Frage eine *Wertungsfrage* sei, die sich kaum mit juristischer Dogmatik entscheiden lasse. Hingegen ist ihm klar zu widersprechen, wenn er glaubt, es sei Aufgabe der demokratisch gewählten Gerichte, und nicht der Wissenschaft, nach bestem Wissen und Gewissen solche Wertungsentscheide vorzunehmen. Zum einen ist es - entgegen Geiser - primär *Aufgabe des Gesetzgebers*, solche Wertungsentscheidungen, mindestens in den Grundzügen, zu treffen (selbst wenn sich dieser zunehmend, namentlich bei heiklen Fragestellungen, von dieser Aufgabe zu dispensieren sucht²⁷),

dass an das Erfordernis der Leistungsunfähigkeit - in Anbetracht des Gleichbehandlungsgebots und der moralischen Verpflichtung des nicht obhutsberechtigten Elternteils ebenfalls für das Wohlergehen des Kindes zu sorgen - hohe Anforderungen zu stellen sind. Nur bei Invalidität, welche sich schwerwiegend und dauerhaft auf die Erwerbsfähigkeit auswirken muss, oder bei erwiesener Dauerarbeitslosigkeit (insbesondere bei älteren und/oder gesundheitlich angeschlagenen Arbeitssuchenden) könne Leistungsunfähigkeit angenommen werden und sei kein Unterhaltsbeitrag zu sprechen. Diesen Ausnahmefällen wäre nach Ansicht des Appellationshofes beispielsweise der Fall gleichzusetzen, dass ein nicht obhutsberechtigter Elternteil in seinem Heimatland erwiesenermassen ein ausgesprochen geringes Einkommen erzielt und ihm kein höherer Verdienst angerechnet werden kann. In allen anderen Fällen sei aber ein gewisser Betrag zu sprechen (so auch der Appellationshof im Verfahren Nr. 234/II/96 (mit zahlreichen Verweisen).

²⁶ So die teilweise Publikation in AJP 1996, S. 490

²⁷ Zu diesem Problem auch Curti (Von der Verwilderung der Rechtsordnung, in: NZZ vom 28.02.1995, Nr. 49, S. 15), der wörtlich ausführt: "Bei der etappenweisen Erneuerung der Zivilrechtskodifikation findet unsere Legislative vielfach keine massgebende Mehrheit, selber Konfliktlösungen vorzuschreiben. Deshalb delegiert sie diese Aufgabe an die ausführenden Behörden. Den Bedürfnissen des Einzelfalles könne so besser Rechnung getragen werden, heisst es beschönigend. Dabei fallen die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit und der erhebliche Mehraufwand der einzelnen Konfliktlösung viel gravierender ins Gewicht." Verena Bräm hat darauf hingewiesen, dass sich die Schweiz auf einen Richterstaat zubewege, da dem Richter Aufgaben übertragen werden, die eigentlich in einem demokratischen Staat - was wir in der Schweiz einstweilen noch seien - vom politischen Entscheidungsträger wahrgenommen werden sollten (in: ZSR 112/1993 II 833/834). Zum Problem etwa im Bereich der Sonderbehandlung der Banken vgl. auch Fasel, Wende im Treuhandrecht, in: recht 1995, S. 115 ff.

zum anderen ist angesichts der Beschränkung der finanziellen und personellen Ressourcen ein Gericht von vornherein ungeeignet, Fragen von dieser grundsätzlichen Bedeutung - in allen ihren Konsequenzen - neu zu erarbeiten und zu klären, zumal sich jedes Gericht - auch das Bundesgericht - keineswegs scheut, die Früchte der wissenschaftlichen Arbeit²⁸ zu übernehmen. Ausserdem sei hier nur am Rande vermerkt, dass in Anbetracht der dauernden Geschäftsüberlastung des Bundesgerichts, aber auch der kantonalen Gerichte, nur wenig Zeit für Grundsatzdebatten verbleibt²⁹, weshalb an dieser Stelle an die Aufgabe der Wissenschaft erinnert sei, *Wertentscheidungen des Gesetzgebers und auch der Gerichte vorzubereiten* und auf (mehr oder weniger erkannte) Problemlagen hinzuweisen³⁰.

Geiser ist aber auch klar zu widersprechen, wenn er ausführt, dass das Obergericht zu Recht in keiner Weise auf die Alimentenbevorschussung Bezug nehme, da es nicht angehe, einen zivilrechtlichen Anspruch zu schaffen, bloss um staatliche Mittel zu erhalten. Übersehen hat er dabei, dass für eine gewisse Zeit *ohnehin das Gemeinwesen das Manko* bezahlen muss, sei es unter dem Rechtstitel "Alimentenbevorschussung" oder unter dem Rechtstitel "Fürsorgeleistung an das Kind". *Umgekehrt* hingegen ist für das Gemeinwesen die Frage von zentraler Bedeutung, ob der alimentenpflichtige Elternteil für diese Leistungen des Gemeinwesens rückerstattungspflichtig wird, was voraussetzt, dass eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage (aus der Sicht des Gemeinwesens in möglichst grossem Umfang) besteht. Während bei der Alimentenbevorschussung eine Rückerstattungspflicht des *alimentenpflichtigen Elternteils* besteht, ist dies in bezug auf bezogene *Fürsorgeleistungen des Kindes* nicht der Fall.

²⁸ Zu denken ist insbesondere an die Früchte der Rechtsschriften. Die Tendenz geht heute bei allen Gerichten in die Richtung, dass die Gerichte zunehmend von den Parteivertretern erwarten, dass diese die juristische Literatur und Rechtsprechung verarbeitet zu einer durch das Verfahren aufgeworfenen Frage vorstellen (so auch Bucher, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, in: ZSR 102/1983 II S. 251 ff., S. 310 FN 310). Dass die Wissenschaft vor allem durch *systematische Bearbeitungen* sowohl den Anwälten wie auch den Gerichten die Arbeit erheblich erleichtern kann, liegt auf der Hand.

²⁹ Der Gesetzgeber reüssierte während Jahren (zum Teil auch wegen erfolgreichen Referenden) nicht, der Geschäftsüberlastung am Bundesgericht Abhilfe zu schaffen. Aber auch in den Kantonen sehen sich die Gerichte mit immer mehr Fällen konfrontiert. Im Kanton Bern hat zudem die Reorganisation des Gerichtswesens zusätzlich das Ihre dazu beigetragen.

³⁰ Zu diesem Problemkreis ausführlich und mit guten Gründen Bucher Eugen, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, in: ZSR 102/1983, II S. 251 ff. Bucher führt wörtlich aus: "... für den Gang der Gerichtspraxis und deren Irrungen und Wirrungen ist nicht allein der Berufsstand der Richter verantwortlich; jegliches Fehlurteil signalisiert immer ein Defizit der Rechtswissenschaft im fraglichen Bereich. Die hier behauptete Führungsrolle der Wissenschaft bedeutet, dass Verdienst und Schuld am Gang der Dinge primär in der Wissenschaft zu suchen sind und die Verantwortung für diesen Lauf der Dinge bei jenen liegt, welche für die Wissenschaft die Verantwortung tragen."

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Belassung des erwerbstätigen Ehegatten auf dem Existenzminimum nicht auf die Frage des Kinderunterhaltes übertragen werden sollte³¹. Aus diesem Grund wird *postuliert*, dass bei Vorliegen von Nachkommen *vorab* die Kinderalimente festzusetzen sind (ohne dass auch den Kindern ein Teil des Mankos zugeteilt wird), und erst in einem *zweiten Schritt* das Manko umfangmässig beziffert und unter den Ehegatten *aufgeteilt wird*. Ob dabei eine Aufteilung erfolgen und das Manko insbesondere bei Fürsorgeempfängern an einen Ehegatten zuzuweisen ist, soll nun näher geprüft werden.

3. Verhältnis zur Ehegattenrente bei Ausgesteuerten

Das Bundesgericht beurteilte - wie aufgezeigt - bisher regelmässig die Situation, in der ein *Ehegatte einer Erwerbstätigkeit* nachging. *Weitgehend ungeklärt* sind die Fragestellungen aber in bezug auf Arbeitslose sowie - pointierter noch - im Fall, wenn sich zwei ausgesteuerte, getrennt lebende Ehegatten im vorsorglichen Rechtsschutz nach Art. 145 ZGB, im Eheschutz- bzw. Scheidungsprozess gegenüberstehen.

a) Werden beide Ehegatten von der Fürsorge unterstützt, ist vorab dem Argument, wonach die Arbeitskraft und vor allem der Arbeitswille des Erwerbstätigen zu schützen sei, der Boden *entzogen*³². Bereits daraus folgt, dass die zitierte Rechtsprechung sachgerechterweise nicht auf diese Fälle ausgedehnt werden kann.

b) Beziehen beide Parteien von der Fürsorge Unterstützungsleistungen, stellt sich zudem das Problem der *Koordination bzw. des Wechselspiels zwischen Ehe(schutz)-*

³¹ Bühler/Spühler, BK N 268 zu Art. 156 ZGB sowie Spühler/Frei-Maurer, BK Ergänzungsband, N 268 zu Art. 156 ZGB halten ebenfalls dafür, dass das Existenzminimum des beitragspflichtigen Elternteils der Bemessung des Unterhaltsbeitrages grundsätzlich keine Grenze setzt, weshalb ein Eingriff in den Notbedarf nicht ausgeschlossen ist. Sie weisen ferner darauf hin, dass das Existenzminimum schlechthin unbeachtlich ist, wenn dem Pflichtigen genügend zu verdienen zuzumuten ist. Anderer Ansicht ist das Bundesgericht in unveröffentlichten Entscheid vom 21.11.1996 (Urteil 5P.247/1996), in dem es darauf hinweist, dass die Frage der Zulässigkeit eines Eingriffs in das Existenzminimum des Rentenschuldners in BGE 98 I 340 E 2b offengelassen worden sei und der Entscheid, soweit er missverständlich gewesen sei, in einem unveröffentlichten (!) Urteil vom 2. Mai 1991 i.S. W., E 5b, präzisiert worden sei.

³² Spycher (a.a.O., FN 4) weist zu Recht darauf hin, dass implizite Voraussetzung für die Garantie des Existenzminimums des Rentenpflichtigen ist, dass das *eigene Einkommen* des Schuldners überhaupt sein Existenzminimum abdeckt.

recht und Fürsorgerecht. Bei der nachfolgenden Auslegeordnung des Fürsorgerechts³³ seien exemplarisch die Regelungen des Kantons Bern dargestellt.

aa) Die Fürsorgebehörde gewährt dem Bedürftigen die nötige Unterstützung, wenn und soweit der Zweck der Fürsorge nicht durch andere Massnahmen und Mittel rechtzeitig erreicht werden kann (Art. 64 FÜG/BE)³⁴. Zuständig für die Fürsorgeleistung ist die Einwohner- oder gemischte Gemeinde, in der die bedürftige Person ihren zivilrechtlichen Wohnsitz hat (Art. 73 Abs. 1 FÜG).

bb) Das Gesetz über die Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder regelt die Ansprüche der Kinder auf Bevorschussung bzw. der Ehegatten auf Inkassohilfe³⁵. Diese staatlichen Leistungen, welche keine fürsorgerechtliche Hilfe beinhalten, wollen die Vollstreckung zivilrechtlicher Unterhaltsansprüche des Kindes sicherstellen, wobei die Vormundschaftsbehörden für diese Massnahmen zuständig sind. Für den Vollzug der Bevorschussung gelten - nach Auskunft der Gesundheits- und Fürsorgedirektion - die Richtlinien des kantonalen Jugendamtes, welche für die Umsetzung der sogenannten SKöF-Richtlinien³⁶ zur Anwendung empfehlen. Nach Art. 4 des Gesetzes über die Bevorschussung schliesslich erfolgt keine Bevorschussung, wenn das Kind dauernder Unterstützung durch die Fürsorge bedarf.

cc) Schliesslich besteht im Kanton Bern auch noch das Dekret über Zuschüsse an minderbemittelte Personen (ZU-De³⁷), nach dem Zuschüsse ausgerichtet werden, wenn und soweit sie erforderlich sind, um den Ansprechenden und ihren Familienangehörigen einen angemessenen Lebensunterhalt zu sichern³⁸.

c) Für die hier interessierende Frage ist von *zentraler Bedeutung*, dass die obhutsberechtigte Mutter für die von ihr vereinnahmten Fürsorgeleistungen *rückerstat-*

³³ Zwar kann das Gesetz über die Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder an sich nicht zum Fürsorgerecht im engen Sinne gezählt werden, was vorliegend keineswegs verkannt wird, doch steht die Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen an die Kinder in engem funktionellem Zusammenhang mit dem Fürsorgerecht, so dass es sich vorliegend rechtfertigt, auch die Bevorschussung in die Darstellung miteinzubeziehen.

³⁴ BSG 860.1

³⁵ BSG 213.22

³⁶ Die SKöF-Richtlinien sind kommentierte Empfehlungen der Schweizerischen Konferenz für öffentliche Fürsorge (SKöF/CSIAP/CSIAS, neu: SKOS) zuhanden der Sozialhilfeorgane von Kantonen und Gemeinden, Fassung 1994, mit jährlichen aufdatierten Zusatzblättern.

³⁷ BSG 866.1

³⁸ Vgl. zu den verschiedenen Bemessungsregeln zur Festsetzung eines Existenzminimums auch BGE 122 I 107. Zum bisher in der Praxis unklaren Verhältnis Fürsorgegesetz und Zuschussdekret vgl. nun für den Kanton Bern BVR 1996, S. 466 ff.

tungspflichtig wird³⁹. Diese Rückerstattungspflicht besteht allerdings nur in dem Umfang, als die Unterstützungsleistungen nicht aus den familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsansprüchen, welche nach Art. 27/96 des Fürsorgegesetzes auf das Gemeinwesen übergehen und von diesem einzufordern sind, erhältlich gemacht werden können. Aus diesem Grund geht es vorwiegend um die Frage, wer das Manko bzw. die tatsächlich bezogenen Fürsorgeleistungen *letztlich zurückzuerstatten* hat, vorausgesetzt, beide Parteien gelangen wiederum zu einem Einkommen, das eine Rückerstattungsforderung zulässt. Geiser⁴⁰ weist darauf hin, dass die Auflösung des Güterstandes auf den Zeitpunkt der Einreichung der Scheidungsklage (Art. 204 Abs. 2 ZGB) zur Folge habe, dass über den Rückforderungsanspruch gegenüber der Sozialfürsorge im Güterrecht nicht mehr abgerechnet werden könne, weshalb die an das Fürsorgeamt verwiesene Partei "möglicherweise ihren Unterhalt während der Dauer des Scheidungsprozesses durch späteres Einkommen" zu finanzieren habe. Übersehen hat er dabei, dass in aller Regel ohnehin - unter dem Titel güterrechtliche Auseinandersetzung - nichts mehr vorhanden ist, was aufgeteilt werden könnte (und ansonsten die Parteien ja wohl kaum von der Fürsorge unterstützt würden!), weshalb die Frage des Zeitpunktes der Auflösung des Güterstandes in diesem Zusammenhang wohl eher von akademischer Bedeutung ist und in der Praxis deshalb allein das *Problem der Finanzierung des Mankos* durch späteres Einkommen interessiert. Nach unserer Auffassung sollte in Fürsorgefällen keineswegs eine *einseitige Mangelaufteilung* erfolgen, sondern vielmehr eine an sich bestehende Alimentenverpflichtung *nicht ohne Not reduziert werden bzw. eine mindestens teilweise Aufteilung des Mankos erfolgen*⁴¹. Für die Festsetzung von Alimenten sollte dabei mindestens vergleichsweise auf die bezogene Arbeitslosenentschädigung bzw. auf die zur Zeit beanspruchten Sozialleistungen aufgrund des Fürsorgegesetzes abgestellt werden.

Mehrere Gründe sprechen für eine *solche Aufteilung des Mankos*:

aa) Für die zwischenzeitliche Situation der Parteien, in der beide von der Fürsorge unterstützt werden müssen, spielt die lediglich auf dem Papier festgehaltene Ver-

³⁹ Vgl. dazu etwa Art. 25 FÜG/BE.

⁴⁰ Geiser, Vorsorgliche Massnahmen, AJP 1996, S. 940

⁴¹ Die andere Lösungsmöglichkeit bestünde darin, den Rentenverpflichteten aufgrund seiner momentanen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von einer Alimentenverpflichtung überhaupt zu befreien bzw. die Alimentenverpflichtung sehr stark zu reduzieren.

pflichtung⁴² zu Unterhaltszahlungen nicht im geringsten eine Rolle, da *erstens* die Wohnsitzgemeinde des Rentenverpflichteten die Verpflichtung zu Alimentenzahlungen in keiner Art und Weise berücksichtigt, sondern nur den Existenzbedarf des Rentenverpflichteten abdeckt. Die Unterhaltszahlungen werden nicht in das Sozialbudget aufgenommen, weil die Wohnsitzgemeinde (aufgrund ihrer Zuständigkeit) allein dem Rentenverpflichteten - und nicht seiner getrennten bzw. abgeschiedenen Ehefrau und seinen Kindern - Fürsorge gewährt (es sei denn, diese wohnen zufällig in derselben Gemeinde). Die Wohnsitzgemeinde der Rentenberechtigten hingegen leistet aufgrund einer Bedarfsrechnung - unabhängig von allfällig geschuldeten Alimentenzahlungen, welche höchstens als Eingänge verbucht werden - Fürsorge. Die Unterhaltsverpflichtung des Ehemannes wirkt für diesen demnach, da sie de facto nicht durchsetzbar ist, weil der Rentenverpflichtete kein Geld hat, für seine *momentane Situation gar nicht als Belastung*, da sie für die Berechnung seines momentanen Lebensunterhaltes gar keine Rolle spielt.

bb) Daraus folgt, dass die Verpflichtung zur Alimentenzahlung vorwiegend *für die Frage der Rückerstattung* von Bedeutung ist. Rückerstattungspflichtig sollten dabei mindestens im Grundsatz beide Parteien bleiben.

cc) In *vollstreckungsrechtlicher Hinsicht* ging das Bundesgericht in BGE 116 III 10 ff. davon aus, dass in das Existenzminimum des Schuldners eingegriffen werden darf, wenn der Arrest von unterhaltsberechtigten Familienmitgliedern verlangt wird. Demgegenüber ist der Eingriff unzulässig, wenn als Gläubiger das Gemeinwesen auftritt, das sich den Unterhaltsanspruch gestützt auf Art. 289 Abs. 2 ZGB hat abtreten lassen. Dies gilt selbst dann, wenn dem Schuldner vorzuwerfen wäre, dass er bei gutem Willen ein höheres Einkommen erzielen könnte. Damit kann in das Existenzminimum des Schuldners eingegriffen werden, wenn als betreibender Gläubiger Familienmitglieder des Schuldners auftreten, die ihn für Unterhaltsforderungen aus dem letzten Jahr vor Zustellung des Zahlungsbefehls belangen. Ein solcher Eingriff ist nach ständiger Rechtsprechung⁴³ allerdings nur zulässig, wenn das Einkommen des Gläubigers mit Einschluss der Alimentenforderung zur Deckung seines eigenen Notbedarfs nicht ausreicht. Grundgedanke dieser Rechtsprechung ist, dass der Eingriff so bemessen wird, dass sich der Schuldner und der Gläubiger im gleichen Ver-

⁴² Auch die 2. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern geht in solchen Situationen davon aus, dass für die momentane Situation die lediglich auf dem Papier festgehaltene Verpflichtung zu Unterhaltszahlungen keine praktische Rolle spielt (vgl. dazu das unveröffentlichte Urteil vom 24.01.1997, Prozess Nr. 890/II/1996).

⁴³ Vgl. dazu auch BGE 106 III 18 ff. sowie BGE 111 III 15 E 5.

hältnis einschränken müssen. Zwar soll nicht verkannt werden, dass die betriebsrechtliche Grenzziehung nicht unbeschadet auf die Frage der Festsetzung von Kinderalimenen übertragen werden darf, doch ist darauf hinzuweisen, dass in bezug auf Familienmitglieder der Grundsatz gilt, dass die *Unterdeckung aufzuteilen* ist.

Darüber, wie das Manko aufzuteilen ist, besteht indessen keine Klarheit.

dd) Würde der Fehlbetrag allein dem einen Ehegatten zugeordnet, wäre dem Gemeinwesen die Möglichkeit entzogen, die Unterhaltsbeiträge beim anderen einzufordern⁴⁴, immer vorausgesetzt, dieser gelange wiederum zu Arbeit und zu einem Einkommen, das Inkassomassnahmen rechtfertigt. Dieser *Sozialisierung von Verlusten* der (nach-)ehelichen Gemeinschaft sollte mit einer Befreiung von familienrechtlichen Pflichten nicht Vorschub geleistet werden.

ee) Schliesslich ist Geiser⁴⁵ insofern Recht zu geben, als die Finanzierung des ehelichen Unterhaltes einer Partei durch naheheliches Einkommen kaum Art. 163 ff. ZGB entspricht, wonach der eheliche Unterhalt von beiden Parteien gemeinsam getragen werden muss.

ff) Verhindert wird eine solche Lösung auch nicht durch das neuere Verfassungsrecht. Das Bundesgericht hat zwar neuerdings ein Recht auf Existenzsicherung anerkannt⁴⁶, das die Sicherung elementarer Bedürfnisse wie Nahrung, Kleider und Obdach abdeckt⁴⁷. Diese Bedürfnisse sind bei einem Sozialhilfeempfänger zweifellos abgedeckt durch die Sozialhilfe, später im besten Fall wiederum von seinem eigenen Arbeitserwerb, weshalb daraus nichts Gegenteiliges abgeleitet werden kann. Ja es stellt sich sogar im Hinblick auf das uneingeschränkte Gleichbehandlungsgebot aufgrund der EMRK die Frage, ob die hier vorgeschlagene Lösung nicht sogar durch die EMRK geboten sei⁴⁸.

Zusammenfassend ergibt sich, dass mindestens in Fällen, in denen beide Ehegatten ausgesteuert sind, das nach Aufrechnung des erzielten und zumutbaren Einkommens

⁴⁴ Das Gemeinwesen lässt sich dabei die Ansprüche aus Art. 151 bzw. 152 ZGB regelmässig abtreten, in manchen Kantonen ist diese Abtretung sogar gesetzlich vorgesehen. Vgl. dazu Art. 96/97 (i.V. Art. 27a) des Fürsorgegesetzes des Kantons Bern.

⁴⁵ Geiser, Vorsorgliche Massnahmen, AJP 1996, S. 940

⁴⁶ BGE 121 I 376 ff.

⁴⁷ BGE 121 I 371

⁴⁸ Es sei hier nochmals (vgl. auch FN 17) mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass sich die Schweiz seit 1988 nunmehr im ganzen Bereich des Familienrechts - auf Einzelbeschwerde hin - eine richterliche Überprüfung der Gesetzgebung bezüglich gleicher Rechte und Pflichten der Ehegatten gefallen lassen muss, was für die Zukunft ein uneingeschränktes familienrechtliches Gleichbehandlungsgebot aufgrund der EMRK statuiert (vgl. dazu Hausheer, a.a.O. (FN 17), S. 416 ff.).

im Vergleich zur Summe beider Existenzminima verbleibende Manko nicht einseitig auf den einen Ehegatten, sondern vielmehr *auf beide verteilt werden sollte*.

IV. Abschliessende Bemerkungen

Das Bundesgericht täte *zusammenfassend* gut daran, seine bislang entwickelte Rechtsprechung nicht auf das Kindsverhältnis einerseits und andererseits auf die Verhältnisse, in denen keiner der Ehegatten einer Erwerbstätigkeit nachgehen kann, auszudehnen. Gegen eine solche Ausdehnung spricht im übrigen auch die grundsätzliche Überlegung, dass einer zunehmenden *Verkümmierung der Selbstverantwortung*⁴⁹ auch im Familienrecht⁵⁰ entgegengetreten werden und diese nicht noch begünstigt werden sollte. So oder anders ist zu wünschen, dass das Bundesgericht *so rasch als möglich* Gelegenheit erhält, die sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen zu beantworten⁵¹, zumal an dieser Stelle - ohne der ökonomi-

⁴⁹ So bereits Walter Fellmann, Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht, in: SJZ 91/1995, S. 41 - 50, insbesondere S. 44, freilich in anderem Zusammenhang. Für die Grundsatzdiskussion zu den Begriffen der Selbstverantwortung einerseits und der Privatautonomie andererseits vgl. Mayer-Maly Theo, Privatautonomie und Selbstverantwortung, in: Verantwortlichkeit und Recht, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 14/1989, S. 268 - 283, sowie - vorwiegend das Schuldrecht betreffend - Medicus Dieter, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen, Köln 1994.

⁵⁰ Im Schuldrecht hat ein Entscheid des deutschen Verfassungsgerichts zum Bürgerschaftsrecht (BVerG 89, 214 = NJW 1994, 36 = ZIP 1993, 1775) eine eigentliche Lawine zur Thematik Selbstverantwortung und Privatautonomie ausgelöst (vgl. dazu nur Herbert Schimansky, Bankvertragsrecht und Privatautonomie, in: WM 1995, S. 461 - 467 sowie Honsell, in: NJW 1994, 565 ff.). Die Kernsätze des Gerichtsentscheides lauten wie folgt: "Im Vertragsrecht ergibt sich der sachgerechte Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung (...). Die Schöpfer des Bürgerlichen Gesetzbuches gingen zwar, auch wenn sie verschiedene Schutznormen für den im Rechtsverkehr Schwächeren geschaffen haben, von einem Modell formal gleicher Teilnehmer am Privatrechtsverkehr aus, aber schon das Reichsgericht hat diese Betrachtungsweise aufgegeben und 'in eine materielle Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt' (...). Heute besteht aber weitgehend Einigkeit darüber, dass die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und dass der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des Zivilrechts gehört (...). ... In diesem Zusammenhang haben die Generalklauseln ... zentrale Bedeutung. Der Wortlaut von § 138 Abs. 2 BGB bringt das besonders deutlich zum Ausdruck. Darin werden typische Umstände bezeichnet, die zwangsläufig zur Verhandlungsunterlegenheit des einen Vertragsteils führen und zu denen auch dessen Unerfahrenheit gerechnet wird. Nutzt der überlegene Vertragsteil diese Schwäche aus, um seine Interessen in auffälliger Weise einseitig durchzusetzen, so führt das zur Nichtigkeit des Vertrages" (BVerG 89, 232 - 233). Im konkreten Fall erklärte das Verfassungsgericht eine Bürgerschaftsklausel eines 21-jährigen Familienmitgliedes des Hauptschuldners gestützt auf diese Erwägungen als nichtig. In der Schweiz wurde die Grundsatzdiskussion erst ansatzweise geführt (vgl. etwa die Problemstellung bei Peter Gauch, Familienschuldrecht, in: FS Schnyder, Freiburg 1995, S. 249 - 272, insbesondere 266 - 268). Zwar weist Gauch auf die soziale Einbindung und Verantwortlichkeit auch des Schuldrechts hin, doch wird insbesondere auch zu bedenken sein, worauf bereits Medicus (a.a.O., S. 23) hingewiesen hat, dass Versuche, die Annahme von Gleichgewichtslagen durch Kompensation verschiedenartiger Ungleichgewichte oder durch Erheblichkeitsschwellen einschränken zu wollen, problematisch sind, da sie mit "ganz unbestimmten Kriterien" arbeiten und den Bestand einer Vereinbarung weiterhin ungewiss machen. Dies gilt besonders im Bereich der familienrechtlichen Unterhaltsverträge.

⁵¹ Und es seine Praxis selbstverständlich auch so rasch als möglich publizieren sollte.

schen Analyse des Rechts das Wort reden zu wollen - darauf hingewiesen werden muss, dass die *Kosten dieser Rechtsunsicherheit - insbesondere für den Steuerzahler - in astronomische Höhen* wachsen, weil so gut wie alle derartigen Prozesse vom Recht auf unentgeltliche Prozessführung begleitet werden.

Aspekte des Arztrechts

Referat von Staatsanwalt H.J. Jester anlässlich der Arbeitstagung vom 30. Oktober 1996 mit den Strafrichterinnen und -richtern des Geschworenbezirks Bern-Mittelland.

Auslöser dieses Referats war der Fall der Zeugin Jehova's, die im Lindenhofspital Bern, unmittelbar nach der Geburt ihres Kindes, heftige Blutungen erlitt und daran verstarb, weil sie sich ihrer religiösen Ueberzeugung entsprechend und trotz eindringlicher ärztlicher Aufklärung geweigert hatte, eine Bluttransfusion durchführen zu lassen. Dieser Fall bewirkte, dass sich die Ueberweisungsbehörden eingehend mit gewissen Aspekten des Arztrechts befassen mussten. Es scheint mir in diesem Zusammenhang unerlässlich, dass einige Grundgedanken, sozusagen Leitmotive, erörtert werden. Das Arztrecht ist ein immenses Gebiet, welches sowohl zivil- wie strafrechtliche Aspekte umfasst. Da wir letzteren verpflichtet sind, werde ich mich im wesentlichen auf das Thema Arzt und Strafrecht beschränken, um am Schluss auf den „Lindenhofspital-Fall“ zurückzukommen.

1. Vorbemerkungen

1.1. Recht, Ethik und Medizin:

In der Medizin geht es um Gesundheit, Krankheit, Leben und Tod. Fragen der Ethik und des richtigen Handelns spielen deshalb eine grosse Rolle. Früher war es selbstverständlich, das meiste in diesem Bereich der ärztlichen Ethik zu überlassen. Eine Verrechtlichung mit der Konsequenz gerichtlicher Prozesse um die Frage des richtigen Handelns der Aerzte fiel kaum in Betracht. Das hat sich heute gründlich geändert. Nicht nur in der Medizin, sondern auch auf praktisch allen Gebieten sind die rechtsfreien Räume zurückgedrängt worden, nicht selten zugunsten von hypertrophen Regelungen. Dies entspricht dem Zeitgeist, alles und jedes in Gesetze und Paragraphen zu fassen. Die in Grenzfällen oft schwierigen ärztlichen Entscheidungen werden dann nicht mehr nach Ethik und Gewissen getroffen, sondern nach dem Buchstaben des Gesetzes. Dass das Medizinrecht mittlerweile auch zum modernen Labyrinth der geregelten Welt gehört, macht die Sache nicht einfacher. An die Stelle des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient ist eine mehr

geschäftsmässige Beziehung getreten. Der Arzt sieht oft im Patienten den potentiellen künftigen Kläger und versucht, sich durch Formulare und durch eine umfangreiche Dokumentation der Krankengeschichte abzusichern. Auf der andern Seite ist im Publikum die Vorstellung weit verbreitet, dass der Arzt als vertragliche Leistung die Gesundheit des Patienten schulde, was indessen falsch ist, denn der Arzt schuldet nur eine Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst.

1.2. Entwicklungstendenzen in der Arzthaftung:

Nahezu weltweit konnte in den letzten Jahrzehnten eine drastische Zunahme von Haftpflichtprozessen gegen Aerzte und Klinikträger beobachtet werden. Diese Entwicklung hat in den Vereinigten Staaten begonnen, die meisten europäischen Länder erfasst und inzwischen auch auf die Schweiz übergegriffen. In den USA gibt es Autoaufkleber mit der Aufschrift: „If you are ill, call the lawyer“. Die Zunahme der erwähnten Prozesse ist auf soziale, medizinische und juristische Gründe zurückzuführen:

- Neben der heutigen Anspruchsmentalität spielt das Bestehen von Rechtsschutzversicherungen eine Rolle. Naturgemäss fördern diese die Prozessfreudigkeit.
- Auf medizinischer Seite ist der enorme Fortschritt der Medizin zu nennen, welcher zwar zu einem sehr hohen, damit verbunden aber auch risikoreichen Standard geführt hat. Bereits der kleinste Fehler des Arztes oder das Versagen eines technischen Gerätes kann katastrophale Folgen haben.
- In juristischer Hinsicht hat die Judikatur in den letzten Jahren die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Arztes zunehmend verschärft. Neben der Haftung für Kunstfehler, haftet der Arzt auch bei ungenügender Aufklärung über mögliche Risiken seines Eingriffes. Denn der nicht oder nicht ausreichend aufgeklärte Patient kann bei einem ungünstigen Ausgang der Behandlung oder beim Auftreten von Komplikationen Schadenersatz auch dann verlangen, wenn dem behandelnden Arzt kein Behandlungsfehler unterlaufen ist. Der Arzt, der nicht genügend aufklärt, handelt auf eigenes Risiko.

Die wichtigsten Haftpflichtfälle im Arztprozess sind Behandlungsfehler und Verletzungen der Aufklärungspflicht.

- Beim Behandlungsfehler stehen Fehler bei der Diagnose und der Therapie im Vordergrund. Vernunftgemäss sollte man eigentlich meinen, dass das hohe Risikopotential der ärztlichen, namentlich der chirurgischen Tätigkeit, die vorschnelle Annahme von Fahrlässigkeit verbieten würde. Das deutsche Reichsgericht hatte dazu ausgeführt: „Dass auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet, dass trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt des Operateurs ein Griff, ein Schnitt oder Stich misslingen kann.... Alle nachteiligen Folgen, die im allgemeinen nicht eintreten, sich im einzelnen Fall aber ohne Verschulden des Arztes an die Operation knüpfen, würden vom Arzt zu verantworten sein. Dass aber eine solche Verantwortung dem Arzt nicht aufgebürdet werden kann, ist selbstverständlich.“ Der deutsche Bundesgerichtshof hat diese Position indessen längst geräumt: gehaftet wird für jedes, auch für das geringste Versehen ohne irgendwelche Einschränkungen. In der Schweiz ist die Entwicklung dieselbe. In einem Entscheid aus dem Jahre 1980 (105 II 284) hat das Bundesgericht die Haftung beschränkt. „Die Rechtsprechung hat die Strenge des Sorgfaltsbegriffs im Arztrecht gemildert, um Unvollkommenheiten der Wissenschaft und der menschlichen Fehlbarkeit Rechnung zu tragen. Der Arzt haftet nicht für einfache Fehlgriffe, die bis zu einem gewissen Grad in der Natur des Berufes liegen, bei dem die Ansichten dermassen vielfältig und widersprüchlich sein können. Er haftet dagegen für einen offenkundigen Irrtum, für eine offensichtlich fehlerhafte Behandlung, für einen klaren Kunstfehler oder die Unkenntnis von allgemein bekannten Grundlagen der Wissenschaft Auf dem Gebiet der Chirurgie ist besondere Zurückhaltung geboten.“ Auch das Bundesgericht ist von diesen Grundsätzen abgewichen. Im Entscheid 113 II 429 stellte es fest, dass eine Beschränkung der ärztlichen Haftpflicht auf grobe Verstösse gegen die Sorgfaltspflicht, wie sie in der früheren Entscheidung ausgesprochen war, im Gesetz keine Stütze findet und mit dessen Sinn und Zweck nicht vereinbar ist.

- Die Aufklärungspflicht: die vorherrschende Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung geht nicht nur für das Zivilrecht, sondern auch für das Strafrecht, von der Prämisse aus, dass ein ärztlicher Eingriff, der ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen wird, tatbeständlich eine Körperverletzung darstellt. Demnach ist ein Eingriff an sich rechtswidrig, wobei die Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung beseitigt wird. Die Einwilligung ist aber nur dann wirksam, wenn der Patient zuvor voll aufgeklärt worden ist. Das Bundesgericht hat in einem zivilrechtlichen Entscheid (117 Ib 197) diese Grundsätze übernommen: „Dass die Zustimmung des informierten Patienten erforderlich ist, folgt unmittelbar aus seinem Recht auf persönliche Freiheit und körperliche Integrität Daher handelt der Arzt rechtswidrig, der ohne Information und Einwilligung des Patienten operiert, er ist für den verursachten Schaden verantwortlich, mag man nun in seinem Verhalten eine Verletzung seiner Pflichten als Beauftragter sehen oder eine Beeinträchtigung absoluter Rechte, also ein zivilrechtliches Delikt.“

1.3. Die rechtliche Beziehung zwischen Arzt und Patient:

Normalerweise behandelt ein Arzt seine Patienten im Rahmen eines privaten Vertragsverhältnisses, das in der Schweiz in der Regel einen Auftrag darstellt. Wird der Arzt ausnahmsweise ohne ausdrücklichen Auftrag tätig, z.B. bei einer Hilfeleistung im Notfall, so handelt er als Geschäftsführer ohne Auftrag.

Vor jedem ärztlichen Eingriff hat der Arzt die Einwilligung des Patienten, die auch stillschweigend erfolgen kann, einzuholen. Ohne diese Einwilligung oder eine andere Rechtfertigung ist jeder Eingriff in die körperliche Integrität widerrechtlich, bzw. vertragswidrig, und stellt überdies eine strafrechtliche Körperverletzung dar.

Vorrangige ärztliche Pflicht ist zudem die Ermittlung des Auftragsumfanges. Sie stützt sich auf die Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 398/2 OR. Dabei hat der Arzt aber gleichzeitig das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu beachten, indem er gegen dessen erklärten Willen keine Behandlung durchführen kann. Umstritten ist allerdings, wie sich ein Arzt bei einer sogenannten berufsrechtswidrigen Weisung des Patienten zu verhalten hat und ob er sich dieser

gegenüber einem Patienten, der auf seinem Selbstbestimmungsrecht beharrt, widersetzen darf oder nicht. Einige Autoren treten für den Vorrang des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten ein, andere vertreten die Auffassung, dass sich der Arzt darüber hinwegsetzen darf (nicht muss).

Bei den bisherigen Ausführungen ging es mir darum, Umfeld und Entwicklung in Schrifttum und Judikatur etwas auszuleuchten. Das oberste Gebot des Hippokrates - *salus aegroti suprema lex* - gilt an sich zwar immer noch, findet aber seine Grenzen in der Aufklärungspflicht des Arztes und im Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Gerade letzteres hat sehr stark an Bedeutung gewonnen. So gibt es in einigen Ländern den Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung (z.B. Art. 110 des österreichischen StGB).

2. **Arzt und Strafrecht**

Ich beschränke mich auf zwei wesentliche Fragen, mit denen sich der Strafpraktiker konfrontiert sehen kann. Es handelt sich um folgende Problemkreise:

- der medizinische Eingriff als Körperverletzung
- Sterbehilfe

Man könnte sich noch mit den Fragen „suizidaler Patient“ und „Schwangerschaftsabbruch“ befassen. Diese sind jedoch eher marginal geworden und bedürfen im heutigen Rahmen keiner besonderen Erläuterungen.

2.1. Der medizinische Eingriff als Körperverletzung

Die Körperverletzungsdelikte sind in den Art. 122 bis 126 StGB geregelt. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber dem Grundsatz nach jedermann bei Strafe verbietet, in die physische oder psychische Integrität einer andern Person einzugreifen. Dementsprechend hat das Bundesgericht festgestellt, dass auch jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eines Menschen den Tatbestand einer Körperverletzung, allenfalls einer Tötlichkeit erfüllt (BGE 99 IV 209). Diese Auffassung ist zwar in einem Teil der Literatur umstritten, verdient aber den Vorzug, weil sonst das

Selbstbestimmungsrecht des Patienten unberücksichtigt bliebe. Das nötige Korrektiv besteht darin, dass strafrechtliche Verbote keine absolute Geltung beanspruchen, sondern von Rechtfertigungsgründen durchbrochen werden, d.h. von gesetzlichen, gewohnheitsrechtlichen und in der Praxis entwickelten Erlaubnissätzen. Sofern sich jemand auf einen solchen Grund stützen kann, ist sein Handeln rechtmässig.

Im Arztrecht steht der Erlaubnissatz der tatsächlichen, bzw. mutmasslichen Einwilligung des Verletzten im Vordergrund. Dieser Satz bringt es mit sich, dass nur der eigenmächtige ärztliche Eingriff als Körperverletzung oder Tötlichkeit strafbar sein kann und in aller Regel auch strafbar sein muss. Denn sonst würde man im Endeffekt die Möglichkeit einer Zwangsbehandlung schaffen, welche im Widerspruch zu einer freiheitlich konzipierten Rechtsordnung stünde. Der therapeutische Eingriff gegen den Willen des Patienten bedarf vielmehr eines besonderen gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes, wie er nur in Ausnahmefällen besteht. Als Beispiel sei eine behördliche Zwangsinternierung genannt, sei es im Rahmen eines FFE oder einer kurativen Massnahme nach Art. 43/44 StGB.

2.1.1. Voraussetzungen des rechtmässigen Eingriffes

a) Eingriffe am urteilsfähigen Patienten:

Unabdingbare Voraussetzung für die Rechtmässigkeit eines ambulant oder stationär durchzuführenden Eingriffes ist die Einwilligung des Patienten. Auch im Falle seiner Unmündigkeit oder Entmündigung steht es in Anbetracht der höchstpersönlichen Natur des Rechts auf körperliche Integrität allein ihm zu, über die Vornahme des Eingriffs zu befinden. Selbst wenn dieser notwendig sein sollte, um den Patienten vor schweren Schädigungen oder sogar vor dem Tod zu bewahren, kann er von ihm - z.B. aus religiösen Gründen - mit bindender Wirkung für den Arzt abgelehnt werden. Art. 34/2 StGB erklärt zwar die Tat für straflos, die jemand begeht, um Leben oder Leib eines andern aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten; bei richtiger Auslegung der Bestimmung beschränkt sich diese jedoch auf Taten gegen Dritte und erlaubt es nicht, in die Rechtsgüter und

insbesondere die Willensfreiheit des gefährdeten Menschen einzugreifen (vgl. dazu REHBERG I, 142). Auf der andern Seite bewirkt die Einwilligung des Patienten, dass ein medizinisch indizierter oder zumindest objektiv vertretbarer Eingriff als rechtmässig betrachtet werden muss, selbst wenn er mit erheblichen Risiken verbunden ist.

Bei geringfügigen Eingriffen ohne erhebliches Risiko braucht der Patient seine Einwilligung nicht ausdrücklich zu erteilen. Begibt er sich in ärztliche Behandlung, darf vorausgesetzt werden, dass derartige für die Therapie erforderlichen Massnahmen von seiner Zustimmung getragen sind. Für grössere oder mit erheblichen Risiken verbundene Operationen muss dagegen die ausdrückliche Einwilligung des Patienten vorliegen, wobei diese an keine bestimmte Form gebunden ist. Sollten dann allerdings Probleme entstehen, wird alles eine Frage der Beweislage sein.

b) *Eingriffe an urteilsunfähigen, aber mündigen Patienten:*

Ist in solchen Fällen, z.B. bei Personen, die sich in einem Schock- oder schweren Rauschzustand befinden oder bewusstlos sind, noch während der Dauer dieser Beeinträchtigung ein Eingriff nötig, so beurteilt sich die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens aufgrund der Beantwortung einer hypothetischen Frage: wäre der Patient damit einverstanden, wenn er sich in psychischem Normalzustand befinden würde und den Entscheid selber treffen könnte? Lässt sich dies bejahen, wird der Eingriff durch den Rechtfertigungsgrund der mutmasslichen Einwilligung des Verletzten gedeckt und ist damit zulässig.

Bei der Beurteilung des hypothetischen Willens des Patienten wird von Bedeutung sein, ob sofortiges ärztliches Eingreifen in seinem objektiven Interesse geboten ist und der voraussichtliche Erfolg in einem angemessenen Verhältnis zu den Risiken des Eingriffes steht. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, darf in aller Regel von der mutmasslichen Zustimmung des Betroffenen ausgegangen werden. Diese Vermutung wird

jedoch zerstört, wenn eine klare abweichende und dauernde subjektive Einstellung des Patienten bekannt ist, d.h. eine ablehnende Haltung gegenüber ärztlicher Behandlung überhaupt oder gegenüber dem konkret vorgesehenen Eingriff, wie z.B. einer Bluttransfusion.

Wer befindet nun darüber, ob die mutmassliche Einwilligung des Patienten angenommen werden darf oder nicht? Entgegen einer weitverbreiteten Meinung sind nicht etwa sein Ehegatte oder weitere Angehörige dazu berufen. Diese können zwar, wie andere Bezugspersonen des Patienten auch, Anhaltspunkte für dessen Einstellung liefern, mehr aber nicht. Letzten Endes wird der Arzt nach pflichtgemäsem Ermessen den Entscheid treffen müssen, und zwar auf eigene Verantwortung und nicht auf diejenige von Angehörigen oder weiteren Bezugspersonen. Trotzdem wird er gut beraten sein, vor dem Entschluss deren Meinung und auch diejenige von beteiligten Berufskollegen einzuholen.

c) *Eingriffe an urteilsunfähigen, unmündigen oder entmündigten Patienten:*

Solche Personen werden von ihren Eltern, bzw. einem Vormund, gesetzlich vertreten, denen es u.a. obliegt, für ihr geistiges und körperliches Wohl zu sorgen. Dazu gehört auch der Entscheid über die Durchführung von medizinischen Massnahmen, soweit der Patient im Zeitpunkt, zu dem darüber entschieden werden muss, nicht die dafür erforderliche Urteilsfähigkeit besitzt. Vorzubehalten sind notfallmässig durchzuführende Eingriffe, über deren Vornahme der Arzt selber aufgrund der objektiven Interessenlage entscheiden muss.

2.1.2. Strafrechtliche Konsequenzen bei Fehlen der Voraussetzungen:

Sind die erwähnten Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit einer Behandlung nicht erfüllt, macht sich der Arzt - ohne Rücksicht auf den positiven oder negativen Ausgang der Operation - gemäss den Bestimmungen von Art. 122, 123 oder

126 StGB schuldig, je nach Ausmass des Eingriffes. Führt ein solcher zu einer wesentlichen Verschlimmerung des Zustandes eines Patienten oder sogar zu dessen Tod, stellt sich die Frage nach der Verurteilung des Arztes wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung.

2.2. Sterbehilfe

Sterbehilfe betrifft Menschen, die nach ärztlicher Beurteilung an einer irreversiblen Krankheit oder traumatischen Schädigung leiden, und deren Exitus kurz bevorsteht. Juristisch gesehen unterscheidet man zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe.

2.2.1. Unter aktiver Sterbehilfe versteht man, dass jemand auf irgendeine Art (z.B. durch mechanische Einwirkung oder durch Injektion eines Giftes) in die körperliche Integrität des Patienten eingreift, um den Eintritt seines Todes zu beschleunigen. Nicht dazu gehört der Fall, dass man ihm Mittel zur Verfügung stellt, die er selber dazu verwenden will, sich das Leben zu nehmen. Rechtlich kann es sich hier um Beihilfe zum Selbstmord nach Art. 115 StGB handeln, aber nur dann, wenn selbstsüchtige Beweggründe vorliegen.

In Art. 111ff. stellt das StGB jeden Eingriff in die körperliche Integrität eines Menschen unter Strafe, der dessen Tötung bezweckt. Dem Zustand des Betroffenen und seiner Lebenserwartung kommt dabei keine Bedeutung zu. Ein umfassender Schutz des Rechtsgutes „Leben“ erfordert, dass auch dessen Verkürzung als strafbare Handlung betrachtet wird, denn sonst würden sich praktisch unlösbare Abgrenzungsprobleme ergeben. Selbst der Wunsch des Patienten nach einem entsprechenden Vorgehen vermag daran nichts zu ändern. Das ergibt sich insbesondere aus Art. 114 StGB, welche Bestimmung lediglich mildere Bestrafung vorsieht für denjenigen, der aus achtenswerten Beweggründen einen Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen tötet. Aktive Sterbehilfe ist demnach unabhängig vom Willen des Patienten strafbar.

Bei der verordneten Injektion schmerzlindernder Medikamente besteht in der juristischen Literatur Einigkeit darüber, dass ein solches Vorgehen des Arztes als zulässig betrachtet werden darf, soweit sich die Abgabe von Mitteln im Rahmen des Notwendigen hält.

2.2.2. Die passive Sterbehilfe

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob das Unterlassen lebensverlängernder medizinischer Vorkehren ein nach StGB Art. 111, 114, 127 oder 128 strafbares Verhalten darstellt. Dem Grundsatz nach ist festzuhalten, dass die erwähnten Tatbestände auch durch passives Verhalten erfüllt werden können. Allerdings müssen besondere Voraussetzungen erfüllt sein: vor allem kommen als Täter nur Personen in Betracht, die eine Garantenstellung innehaben, sei es aus Gesetz oder aus Vertrag. Zudem müssen die Garanten Tatmacht haben, d.h. objektiv und subjektiv in der Lage sein, die gebotenen Rettungshandlungen vorzunehmen. Zweifelsohne haben Ärzte gegenüber den Patienten, deren Behandlung sie übernommen haben, eine Garantenstellung. Ihren Hilfeleistungspflichten sind jedoch Grenzen gesetzt, die sich daraus ergeben, dass Eingriffe in die körperliche Integrität eines Menschen dessen Zustimmung bzw. mutmasslicher Einwilligung bedürfen. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

- bei urteilsfähigen Patienten: ist ein solcher Patient über die infauste Prognose seiner Krankheit im Bild, entscheidet er selber ausschliesslich darüber, ob ihm passive Sterbehilfe geleistet werden soll. Wünscht er, dass von lebensverlängernden Eingriffen in seine körperliche Integrität abgesehen bzw. solche abgebrochen werden sollen, ist es dem Arzt nicht erlaubt, sondern sogar geboten, diesem Willen zu entsprechen, denn sonst würde er den Straftatbestand der Körperverletzung, allenfalls Tötlichkeit, erfüllen;
- bei urteilsunfähigen Patienten: die Grundsätze sind die gleichen wie beim Entscheid über die Vornahme von Eingriffen.

3. Der „Lindenhofspital-Fall“

3.1. Der Sachverhalt

Die im Lindenhofspital im Alter von 20 Jahren verstorbene E. B. gehörte zusammen mit ihrem Mann und ihren Eltern zur Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehova's. Nachdem sie schwanger geworden war, begab sie sich in regelmässige Kontrolle zu einem Berner Gynäkologen. Bereits zu Beginn der Betreuung übergab sie dem Arzt eine schriftliche Erklärung, wonach sie aus religiöser Ueberzeugung jegliche Bluttransfusion ablehne, auch im Fall, dass es bei der Geburt zu Komplikationen mit Blutverlust kommen sollte. In der gleichen Erklärung entband sie die behandelnden Personen von jeglicher Verantwortung für die Folgen ihrer Weigerung einer Blutannahme. Auf dem ebenfalls abgegebenen Notfallausweis erklärte sie, dass sie auf keinen Fall eine Bluttransfusion wolle. Um die Entbindung einleiten zu lassen, begab sie sich ins Lindenhofspital, wo sie eine gesunde Tochter gebar, wobei ihr Ehemann zugegen war. Nach der Geburt setzten aus der Gebärmutter starke Blutungen ein, weil sich die Gebärmutter nicht zusammenzog. Nach etlichen, allerdings vergeblichen Versuchen, den Blutverlust zu stoppen, erklärte der verantwortliche Arzt dem Ehemann, dass er der Patientin Blut geben müsste, da mit dem Schlimmsten zu rechnen sei. Der Ehemann bat, den Willen seiner Frau zu respektieren und keine Blutkonserven abzugeben. Daraufhin gelangte der Arzt telephonisch an den Regierungsstatthalter und erwünschte von ihm eine Verfügung, wonach er gegen den Willen der Patientin Blut verabreichen dürfe. Der Statthalter versuchte, allerdings vergeblich, die Einwilligung des Ehemannes für eine Bluttransfusion einzuholen. Frau B. ihrerseits wurde extubiert und über die ernste Situation sowie die Notwendigkeit eine Bluttransfusion eindringlich informiert. Bei vollem Bewusstsein lehnte sie jegliche Blutannahme ab und verwies immer wieder bei einem längeren Gespräch mit den Aerzten auf ihre schriftliche Erklärung. Als ihr schliesslich durch die Hebamme das Kind gereicht wurde, erklärte sie, dass sie Blut nehmen könnte, wenn ihr Vater „ja“ sagen würde. Dieser äusserte sich dahin, dass es der freie Entscheid seiner Tochter sei, kein Blut zu nehmen; er könne nicht über sie verfügen. Frau B. wurde dann in

den Operationssaal gebracht zwecks Entfernung der Gebärmutter als Blutungsquelle. Der Eingriff konnte aber ihr Leben nicht mehr retten.

3.2. Rechtliches

Aufgrund dieses Sachverhaltes stellte sich die Frage, ob sich die Aerzte, bzw. der Ehemann oder Vater eines Tötungsdeliktes durch Unterlassen oder der Unterlassung der Nothilfe schuldig gemacht haben könnten. Die Ueberweisungsbehörden kamen zum Schluss, dass keine Strafverfolgung zu eröffnen sei. Im Lichte der Ausführungen unter Ziff. 1 und 2 hiervor glaube ich, dass dieser Entscheid zu Recht erfolgte:

- Es steht in casu einwandfrei fest, dass die Aufklärungspflicht seitens der Aerzte sorgfältig eingehalten wurde und die urteilsfähige Patientin ihren Willen bis zuletzt klar ausgedrückt und daran festgehalten hat. Man könnte einwenden, dass Frau B. schlussendlich die Entscheidung ihrem Vater delegierte. Ob dies überhaupt zulässig ist, erscheint mehr als fraglich, da es um die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts geht. Zumindest sollten dem Delegaten zu beachtende Entscheidkriterien mitgegeben werden, was nicht der Fall war. Abgesehen davon hätten sich sowohl der Vater wie der Ehemann auf den mehrmals luzid bekräftigten und unmissverständlich geäußerten Willen der Patientin berufen und zumindest Sachverhaltsirrtum geltend machen können.
- Es besteht zweifelsohne ein Konflikt zwischen dem Gedanken, dass die Erhaltung des Lebens als höchstes menschliches Gut absoluten Vorrang haben soll, und dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen. Das modernere Schrifttum geht dahin, den Willen des noch urteilsfähigen Patienten an oberste Stelle zu setzen, besonders noch wenn er sich auf die verfassungsmässig garantierte Religionsfreiheit stützt. Dazu folgende Zitate:
 - „Im rechtlichen Ausgangspunkt kann es keinen Zweifel geben: eine Bluttransfusion gegen die ausdrückliche Weigerung des willensfähigen Patienten ist rechtlich unzulässig, denn es gibt kein selbständiges, vom Willen des Patienten unabhängiges Heilbehandlungsrecht des Arztes. Zum Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht und in die Körperintegrität kommt beim

Zeugen Jehova's auch noch der Eingriff in die Religionsfreiheit“ (Zeitschrift Chirurg, 30. Jg. Nr. 8/1991, Aufsatz von Prof. Weissauer).

- „Die Bluttransfusion stellt ohne Zweifel einen Eingriff in die körperliche Integrität dar. Auch wenn sie im Rahmen eines operativen Eingriffs erfolgt, verliert sie nicht ihre eigenständige Bedeutung als einwilligungsbedürftiger Eingriff Ein Eingriff gegen den Willen eines einwilligungsfähigen Patienten ist grundsätzlich auch dann nicht zulässig, wenn er dringend indiziert und die Rettung des Lebens bedeutet. Wird ein Arzt mit einer derartigen Entscheidung des Patienten konfrontiert, muss er sie respektieren“ (Zeitschrift Deutsche medizinische Wochenschrift, 103. Jahr, Heft 45, Aufsatz von Dr. H. J. Rieger).
- „Inbezug auf die Behandlung ist der Wille des urteilsfähigen Patienten nach dessen gehöriger Aufklärung zu respektieren, auch wenn er sich nicht mit medizinischen Indikationen deckt“ (Schweiz. Aerztezeitung, Bd. 63, Heft 11).
- Aus der Gazette du Palais, „Le droit à la transfusion sanguine“, Januar 1995: „En revanche, devant un certificat refusant les soins prescrits, un médecin ne saurait être condamné pour non-assistance à personne en danger“ (Cour de Cassation Paris, 1.12.92).
- „Zugleich ist hervorzuheben, dass eine Weigerung des Patienten, sich der schulmedizinisch gebotenen Behandlung zu unterziehen, vom Arzt auch dann zu respektieren ist, wenn die Weigerung den Tod oder ernste Gesundheitsschäden bedeutet“ (Prof. G. Arzt, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht).

Die zitierten Passagen zeigen eine eindeutige Meinung, auch wenn diese nicht von allen geteilt wird. Es wäre müßig gewesen, die beteiligten Aerzte strafrechtlich zu belangen, zumal sie sich auf den mehrgewichtigen Teil der heutigen Literatur und Judikatur stützen konnten. Zumindest hätte Rechtsirrtum bejaht werden müssen, was nach neuerer Rechtssprechung des Bundesgerichts ohnehin zu einem Freispruch geführt hätte. Abgesehen davon gibt es noch einen ethischen Standpunkt, den ich mit einem Zitat aus der bereits

erwähnten Zeitschrift „Chirurg“ untermauern möchte: „Es gibt Konfliktsituationen, in denen Gewissensentscheidung gegen Gewissensentscheidung steht. Hat der Arzt seine Entscheidung für den Eingriff sorgfältig abgewogen und alles Erdenkliche getan, um eine Bluttransfusion zu vermeiden, steht er nun aber infolge einer Verkettung unglücklicher Umstände im Widerstreit zwischen der Pflicht, das Selbstbestimmungsrecht und die Glaubensüberzeugung des Patienten zu respektieren, und der ärztlich ethischen Grundverpflichtung, das Leben des Patienten zu retten, so wird man dem Arzt keinen Vorwurf machen können, wenn er sich für die Transfusion entscheidet. Aus strafrechtlicher Sicht kommt hier die Berufung auf die rechtfertigende oder jedenfalls entschuldigende Pflichtenkollision in Betracht“.

- Noch ein Wort zur Garantenpflicht: die Garantstellung des Arztes beruht auf dem Vertragsverhältnis (Auftrag). Verweigert der noch urteilsfähige Patient die auftragsbedingte lebensrettende Massnahme, ist der Arzt von seiner Garantenpflicht entbunden. Bezüglich Ehemann, Vater oder sonstige Angehörige besteht keine Garantstellung im rechtlichen Sinn, weil jeder Mensch das absolute Recht hat, über sich selbst zu bestimmen. Es besteht wohl ein moralisches Verpflichtungsverhältnis, welches jedoch mit der rechtlichen Beurteilung nichts zu tun hat.

4. **Schlussbemerkungen**

Ich bin mir bewusst, dass dieses Referat keine endgültigen Antworten auf Fragen im konkreten Fall geben kann. Es gibt zu viele Grauzonen. Wenigstens hoffe ich, dass meine Ausführungen im Sinne einer Richtschnur dazu beitragen, in casu die Entscheidung zu erleichtern. Trotz aller Kontroversen, die es auf einem so heiklen Gebiet immer geben wird, kristallisiert sich doch ein wesentlicher Massstab heraus: nach der überwiegenden Meinung der heutigen Lehre und Judikatur ist der Wille des Patienten, sofern er urteilsfähig ist und mit der nötigen Sorgfaltspflicht aufgeklärt wurde, der allein bestimmende Faktor. Dies

steht übrigens auch im Einklang mit einer freiheitlichen Grundordnung, die das Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen hochhält.

Verzeichnis der bisher im Infointerne erschienen Referate und AufsätzeAnonymus

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

Aeschlimann Jürg, Prof.

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

Arzt Gunther, Prof. Dr. jur.

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

Binggeli Renate, Generalprokurator-Stellvertreterin

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

Cavin Marcel, Oberrichter

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

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip Heft 2

Flotron Pascal, Staatsanwalt

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

Greiner Georges, Staatsanwalt

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

Haenssler Rolf, Oberrichter

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

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

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

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

Naegeli Hans-Jürg, Obergerichtspräsident

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

Rieder François, Oberrichter

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

Schnell Beat, Staatsanwalt

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

Sollberger Jürg, Oberrichter

- Das Unmittelbarkeitsprinzip als gesetzliche Vorgabe
und seine Umsetzung in der Praxis Heft 1, S. 23 - 36
- Einige Grundgedanken zur Revision des Allgemeinen
Teils des StGB Heft 3

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern

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

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

Zinglé Jürg. Untersuchungsrichter

- Beschränkung des Verfahrens auf den Scheidungspunkt?

Heft 2