

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; Oberrichterin E. Lüthy-Colomb, Untersuchungsrichterin B. Janggen-Schibli, Oberrichter W. Messerli, Generalprokurator-Stellvertreter Ch. Trenkel, Gerichtspräsident D. Bähler, Kammerschreiber U. Windler; Sekretariat: Ch. Johner, Kanzlei Appellationshof, Tel.: 031/634 72 47)

Rédaction:

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

(Président: J. Sollberger, juge d'appel; E. Lüthy-Colomb, juge d'appel, B. Janggen-Schibli, juge d'instruction, W. Messerli, juge d'appel, Ch. Trenkel, Procureur général suppléant, D. Bähler, Président du Tribunal, U. Windler, Greffier, Secrétariat: Ch. Johner, chancellerie de la cour d'appel, Tél. 031/634 72 47)

H E F T 11 / S O M M E R 1998

L I V R E 11 / E T E 1998

Inhaltsübersicht

| | |
|---|----|
| Vorsommerliches Vorwort | |
| <i>Jürg Sollberger</i> | 3 |
| ----- | |
| Kursprogramm zweite Jahreshälfte 1998 | 6 |
| ----- | |
| Programme des cours pour le deuxième semestre 1998 | 7 |
| ----- | |
| Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen | 8 |
| ----- | |
| Einsichtnahme in und Herausgabe von Akten hängiger und abgeschlossener Strafverfahren an Parteien, Dritte, Versicherungen, Behörden etc. | |
| <i>Christian Trenkel, Generalprokurator-Stellvertreter</i> | 9 |
| ----- | |
| Die Zahlungsfähigkeit | |
| <i>Alex Brun, Kammerschreiber</i> | 27 |
| ----- | |
| Unlauterer Wettbewerb und Medienberichterstattung | |
| <i>Michael Burri, Handelsgerichtsschreiber</i> | 33 |
| ----- | |
| Verzeichnis der bisher im Inforterne erschienenen Referate und Aufsätze | 42 |
| ----- | |

Vorsommerliches Vorwort

Noch nicht ganz frisch, aber immerhin guten Willens und voll guter Vorsätze sitze ich in meiner Arbeitsklausur im zweiten Stock des Obergerichtsgebäudes, höre dem Lärm der ein- und ausfahrenden Züge zu und habe meine Bemühungen, mich auf das Vorwort zu konzentrieren, das ich zum elften Mal für unser internes Informationsblatt "Infointerne" verfassen sollte, noch ganz und gar nicht ernsthaft aufgenommen.

Die Stadt erwacht draussen langsam zum Leben, die ersten Sonnenstrahlen streichen vorerst noch zögernd über die Sandsteinmauern des ehrwürdigen Cour d'appel und ich erliege trotz besagter guter Vorsätze einmal mehr der Versuchung, anstatt mich den Büchern, den Akten oder dem Bildschirm zu widmen, einfach meinen Blick aus meinem Fenster und über unser altes Bern wandern zu lassen.

Weit hinten am Horizont sind die Gipfel der Berner Alpen im frühmorgendlichen Dunst nur schwach erkennbar, mein Turmfalkenpaar, das mit erstaunlicher Regelmässigkeit vom kalten Betondach des Postbahnhofs zum breit ausladenden Satteldach des Obergerichts und zurück zu segeln pflegt, hat bereits die ersten Rundflüge hinter sich und die Uhr an der Heiliggeistkirche geht einmal mehr gegenüber derjenigen am Bundturm, der hoffentlich noch lange nicht BZ - Turm heissen wird, vor oder umgekehrt.

Ueber mir in der Generalprokuratur ist das Klappern von hastigen Schritten auf dem dortigen blanken Parkettboden zu hören und dank der ebenfalls zur frühen Morgenstunde bereits aktiven Sekretärin des Generals, beziehungsweise ihrem lebhaften Gang werde ich in die Realität und an meine Arbeit zurückgeholt.

Bis zum nächsten grossen Verfahren vor Wirtschaftsstrafgericht dauert es noch zwei gute Wochen, die vierte Strafkammer, die sogenannte Opferhilfekammer, hat gerade erst getagt und es steht ihr damit eine kurze Verschnaufpause bis zum nächsten Fall zu, und so ist am heutigen Tage Weiterbildung in meinem persönlichen Arbeitsprogramm angesagt.

Die anstehenden Kurse sind auf dem Schlitten, einzig eben das Infointerne sollte noch mit dem Editorial beglückt werden und dann wäre da allerdings noch der grosse Brocken.

Ich frage mich, ob bereits der Zeitpunkt gekommen ist, zu welchem ich auch an dieser Stelle von diesem Brocken berichten soll. Was ist, wenn die ganze Geschichte nicht gelingt, wenn wir uns mit unserem Vorhaben schlicht übernommen haben. Was ist, wenn plötzlich diejenigen, die gegenwärtig noch begeistert mitmachen, plötzlich we-

gen Arbeitsüberlastung, wegen finanzieller Probleme oder aus welchen Gründen auch immer vom fahrenden Zug abspringen.

Dabei sind wir überzeugt, dass wir mit unserem Vorhaben auf dem richtigen Weg sind. Worum geht es ?

Die Zeiten, da wir uns, ausgerüstet mit allerhand wissenschaftlichem Gepäck, aufgemacht haben, vor oder hinter die Schranken des Gerichts zu treten, ohne auch nur einen Schimmer von Aussagepsychologie, von Verhandlungskunst, von Möglichkeiten von Technik und Wissenschaft und sonstigen, für die praktische Arbeit bedeutungsvollen Dingen zu haben, sind längst vorbei, oder sie sollten es wenigstens sein.

Der Arzt, die Lehrerin, der Banker oder die Versicherungskauffrau, sie alle haben vor ihrem Berufseinstieg eine umfassende praktische Schulung genossen und sie müssen auch nach dem Einstieg durch immerwährenden Besuch von Weiterbildungsveranstaltungen auf der Höhe ihrer Aufgaben bleiben.

Nur bei uns in der Forensik, da schien dies mindestens zu meinen Zeiten unnötig zu sein. Als junger Anwalt gelegentlich den Seniorchef zur Gerichtsverhandlung begleiten, als Gerichtssekretär hie und da mit eigenen Ideen einen verunglückten Entscheid noch aus dem Feuer reissen zu dürfen, das war schon das Höchste, was uns da im Rahmen der Vorbereitung auf den künftigen Sprung ins kalte Wasser geboten wurde. Nun, in der Zwischenzeit hat sich einiges getan, es gibt den UR - Kurs, es gibt die Anlässe des BAV, es gibt universitäre Veranstaltungen und noch einiges mehr. Aber im Bereich der praktischen Schulung ist das Angebot nach wie vor mager. Wie begründe ich ein Urteil, wie baue ich mein Plädoyer auf, wie führe ich Vergleichsverhandlungen, was mache ich mit einem Aktendossier als Anwalt, als Richter oder als Gutachter. Wie verhalte ich mich gegenüber den Medien, gibt es für mich Vorgaben im Umgang mit Parteivertretern oder als Parteivertreter im Umgang mit den Richterinnen und Richtern, gibt es Grenzen, die ich beachten muss?

Tausend Dinge, die wir wissen sollten, bevor wir auf die Menschheit losgelassen werden, von denen wir aber im Rahmen unserer universitären Ausbildung wenig bis nichts zu hören bekommen.

Dieses ausbildungsmässige Vakuum muss ausgefüllt werden und beim Suchen nach einer Antwort auf die Frage, wie dies geschehen könnte, ist die Idee einer koordinierten Aus- und Weiterbildung für Forensiker geboren worden.

Die angehenden Fürsprecherinnen und Fürsprecher sollten bereits im Rahmen ihrer praktischen Ausbildung die Möglichkeit erhalten, auch das Handwerk mindestens kennen zu lernen, und wer vor dem Einstieg in den Beruf einer praktizierenden Anwältin, eines Untersuchungsrichters oder eines forensisch tätigen Psychiaters steht, dem

müsste eigentlich die Chance geboten werden, vorhandenes Wissen vervollständigen und insbesondere die handwerklichen Fähigkeiten verbessern zu können.

Und wenn einmal der Einstieg in die Praxis erfolgt ist, dann benötigen doch auch wir immer wieder Anregung und Hilfe durch Vertiefung von Wissen und durch qualifizierte Führung durch Gebiete, die recht eigentlich theoretisches und praktisches Neuland darstellen.

Was liegt in dieser Situation näher als ein Zusammenrücken all derer, die sich im Bereich der Forensik begegnen, ein Zusammenrücken zum Zwecke der Koordination, ein Zusammenrücken im Interesse eines optimalen Einsatzes der vorhandenen Mittel, ein Zusammenrücken in der Absicht, gemeinsam nach neuen Wegen der Vermittlung von Wissen und praktischer Erfahrung suchen zu wollen.

Nun, wir haben uns aufgemacht, der Idee einer koordinierten Aus- und Weiterbildung von Forensikern eine Form zu geben, diese Form mit Inhalten zu füllen und sie in einem gesicherten Umfeld abzustützen.

Als Arbeitstitel haben wir dem Ding den Namen "Zentrum für Aus- und Weiterbildung von Forensikern" gegeben, Zeitpläne wurden aufgestellt und die Grosswetterlage bei den politischen Behörden im Zusammenhang mit diesem Projekt sondiert. Nach den ersten Abklärungen und vorbereitenden Arbeiten darf eine vorsichtig positive erste Lagebeurteilung vorgenommen werden, die Sonne scheint insbesondere auch am politischen Himmel, der Dunst verzieht sich langsam und die Konturen des Projekts werden langsam erkennbar, wie das zwischenzeitlich auch draussen vor meinem Fenster geschehen ist, wo nun die Gebirgszüge, von den Freiburgeralpen bis hin zu Eiger, Mönch und Jungfrau sich stolz vom nun klaren und tiefblauen Hintergrund abzuheben beginnen.

Es wird Zeit, das Fenster zu schliessen und die Vorhänge zuzuziehen, es wird wohl heute wieder einen heissen Tag geben. Meine Falken, von denen ich trotz bescheidenen ornithologischen Kenntnissen annehme, dass es solche sind, haben sich in einen kühlen Winkel verzogen, auf dem Bahnhofareal ist vorübergehend etwas Ruhe eingekehrt, die Pendlers haben alle ihre Arbeitsplätze in der Stadt längst erreicht und die Post ist in unserem Hause auch schon ausgeteilt worden.

Ein Tag wie jeder andere, möglicherweise etwas heisser als der gestrige und vielleicht wird es ein Gewitter geben.

Jürg Sollberger

Kursprogramm zweite Jahreshälfte 1998

Kurs 4: **Probleme des Straf- und Massnahmenvollzugs**
 Zusammenarbeit mit der Strafjustiz
 Kursleitung: Prof. A. Baechtold, Fürsprecher M. Kraemer und GenProk-Stv
 Trenkel
 Dauer: 1/2 Tag
 Kursart: Referate und Diskussionen
 Termin: Donnerstag, 17. September 1998, 13.30 - 17.00 Uhr
 Kursort: Bern, Amthaus, TP 18/19

Kurs 5: **Vom Umgang mit dem Opfer**
missbrauchte Kinder und Frauen im Strafprozess
 Wiederholung von Kurs 1
 Kursleitung: Prof. Dittmann, GenProk-Stv. Trenkel, OR Sollberger
 Dauer: 1 Tag
 Kursart: Rollenspiel, Kurzreferate, Film und Diskussion
 Termin: Mittwoch, 11. November 1998, 09.00 bis 16.00 Uhr
 Kursort: Bern, Amthaus Assisensaal

Kurs 6: **Das neue Bernische Strafverfahren in der Praxis**
 Referenten: Aus dem Kreis der Anklagekammer, der Staatsanwaltschaft und
 der Haftgerichte
 Dauer: 1/2 Tag
 Termin: Mittwoch, 25. November 1998, 13.30 - 17.00 Uhr
 Kursort: Bern, Amthaus 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 1998

Cours 4: Problèmes liés à l'exécution des peines et mesures

collaboration avec la justice pénale

Direction du cours: M. le Professeur A. Baechtold, Me Kraemer et M. le Procureur général suppléant Trenkel

Durée: 1/2 jour

Forme: conférences et discussions

Date: jeudi 17 septembre 1998 (de 13.30 heures à 17.00 heures)

Lieu: Amthaus Berne, TP 18/19

Cours 5: Comportement avec la victime

Enfants et femmes victimes d'abus et procédure pénale

répétition du cours no 1

Direction du cours: M. le Professeur Dr Dittmann, M. le Procureur général suppléant Trenkel et M. le Juge d'appel Sollberger

Durée: 1 jour

Forme: jeu de rôle, brèves conférences, film et discussion

Date: mercredi 11 novembre 1998 (de 09.00 heures à 16.00 heures)

Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Cours 6: La nouvelle procédure pénale en pratique

Conférenciers: Membres de la Chambre d'accusation, du Ministère public et des juges de l'arrestation

Durée: 1/2 jour

Date: mercredi 25 novembre 1998 (de 13.30 heures à 17.00 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

1998 und folgende Jahre (soweit heute bereits bekannt)

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

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

1. Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter

Die Veranstaltungen der Stiftung werden wie üblich in Gerzensee durchgeführt.

Bankgeschäfte II: Oktober 1998

2. Schweizerischer Juristenverein

Die Jahrestagung findet am 25./26. September 1998 in Solothurn statt und ist zum Anlass des Jubiläumsjahres dem Thema "Ziele und Aufgaben der Eidgenossenschaft" gewidmet.

3. Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter

Generalversammlung am 24. Oktober 1998 in Basel. Verhandlungsthema: Die Schweizerischen Richter/innen und das Statut des Richters in Europa.

4. Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft

Instruktionstagung in deutscher Sprache zum Thema Sexualdelikte am 5./6. November 1998 in Bad Ragaz mit den Referenten Prof. Jenny, Prof. Dittmann und Prof. Steller

4. BAV p.m.

Einsichtnahme in und Herausgabe von Akten hängiger und abgeschlossener Strafverfahren an Parteien, Dritte, Versicherungen, Behörden etc. sowie Auskunftserteilung in diesem Zusammenhang

(Christian Trenkel, Generalprokurator-Stellvertreter)

A. Einleitung

Die heute geltenden Bestimmungen betreffend Akteneinsicht und -herausgabe müssen verschiedenste und sich teilweise völlig widersprechende Interessen unter einen Hut zu bringen versuchen und die Rechtsquellenlage ist dementsprechend auch etwas unübersichtlich geworden. Akteneinsicht und -herausgabe hat zwar durchaus auch noch einen direkt strafprozessualen Aspekt, indem es auch um die Frage geht, wann den Verfahrensbeteiligten welche Informationen offengelegt werden sollen. Zu berücksichtigen sind aber auch andere Interessen, wobei die Stichworte etwa lauten: Persönlichkeits- und Datenschutz, Informationsanspruch der Öffentlichkeit oder Zusammenarbeit mit anderen Behörden. Es ergeben sich daraus namentlich die folgenden Konfliktpotentiale:

- Bei der Akteneinsicht als Parteirecht im hängigen Verfahren sind die Interessen der Parteien an möglichst rascher und umfassender Information gegen das entgegenstehende und ermittlungstaktisch begründete Interesse der Justizbehörden an mindestens zeitlich begrenzter Vorenthaltung der Ermittlungsergebnisse gegeneinander abzuwägen.
- Ein zweiter Grundkonflikt ergibt sich aus dem Anspruch der Öffentlichkeit auf Information, der auch einen Anspruch auf Information über die Justiztätigkeit beinhaltet. Diesem Anspruch stehen aber die Persönlichkeitsrechte der konkreten Verfahrensbeteiligten und ihr Interesse an Diskretion gegenüber.
- Ein weiteres Konfliktpotential kann sich aus berechtigten Interesse Dritter (z.B. anderer Amtsstellen, Versicherungen etc.), die zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf die in den Strafakten enthaltenen Informationen angewiesen sind, ergeben. Denn diesen Interessen steht generell das Amtsgeheimnis entgegen.

Angesichts dieser komplexen Ausgangslage ist es nicht erstaunlich, dass die Fragen um die Akteneinsicht nicht nur im Strafprozessrecht geregelt sind. Je nach Ausgangslage sind auch andere Rechtsquellen zu berücksichtigen. Zu beachten sind z.B. die Mindestansprüche aus der EMRK, aber auch die einschlägigen eidgenössischen und kantonalen Verfassungsvorschriften. Massgebend sind ferner je nach Konstellation auch Bestimmungen aus dem StGB, aus dem Bundesstrafprozessrecht, aus dem Datenschutzgesetz und aus dem Informationsgesetz.

Der vorliegende Aufsatz befasst sich aber vor allem mit denjenigen Aspekten des Themas, welche für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Untersuchungsbehörden und der Strafgerichte vorrangig von praktischer Bedeutung sind. Das Strafverfahren unterscheidet dabei grundsätzlich zwischen Akteneinsicht in hängigen Verfahren und Akteneinsicht bei aufgehobenen Untersuchungen und beurteilten Strafsachen.

B. Hängige Verfahren

1. Akteneinsicht der Parteien in hängigen Strafverfahren

Art. 26 Abs. 3 der Kantonsverfassung besagt unter dem Marginalie Rechtsschutz, dass *“die Parteien in allen Verfahren ein Recht auf Anhörung, auf Akteneinsicht, auf einen begründeten Entscheid innert angemessener Frist sowie auf eine Rechtsmittelbelehrung”* haben. Das Recht auf Akteneinsicht der Parteien ist also heute im Kanton Bern verfassungsrechtlich explizit garantiert. Das war durchaus nicht immer so. Ältere Strafprozessordnungen betrachteten namentlich die angeschuldigte Person als reines Prozessobjekt, dem dementsprechend keine Akteneinsicht zukam. Dieser Rechtsanspruch entwickelte sich erst allmählich und ist historisch gesehen einer der zentralen Bausteine im generellen Ausbau der Verteidigungsrechte. Die Entwicklung verlief in der Schweiz bis weit in unser Jahrhundert hinein eher zögerlich, bekam aber 1974 durch den Beitritt zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in ihrem verfahrensrechtlichen Teil stark von den angelsächsischen Rechtsvorstellungen über den Schutz des Beschuldigten geprägt ist, neue Impulse. So wurden z.B. im Strafverfahren für den Kanton Bern bei der Revision vom November 1973 die Parteirechte in der Voruntersuchung erheblich ausgebaut und bereits Art. 95 Abs. 2 aStrV statuierte ein grundsätzliches Akteneinsichtsrecht, welches nur bei Vorliegen von Kollusionsgefahr eingeschränkt oder aufgehoben werden durfte.

Rechtlich gesehen wird das Akteneinsichtsrecht heute als Teil des sog. Anspruchs auf rechtliches Gehör verstanden. Nach moderner Auffassung treffen namentlich die angeschuldigte Person im Strafprozess nicht nur diverse Duldungspflichten, sie ist vielmehr auch Trägerin prozessualer Rechte, mit denen sie aktiv auf die Gestaltung des Verfahrens einwirken kann. Die bestehenden Informations-, Äusserungs-, Mitwirkungs- und Parteirechte werden unter dem Oberbegriff des rechtlichen Gehörs zusammengefasst, das einerseits der Sachaufklärung dienen soll, andererseits aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides darstellt. Zu diesem Anspruch auf rechtliches Gehör gehört nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisunterlagen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern.

Der Umfang des rechtlichen Gehörs bestimmt sich aber zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften, deren Auslegung und Anwendung das Bundesgericht im Rahmen des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens allein unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüft. Erst wenn sich der vom kantonalen Recht gewährleistete Rechtsschutz als ungenügend erweist, kommen die unmittelbar aus Art. 4 BV entwickelten Verfahrensregeln zur Sicherung des rechtlichen Gehörs zum Zug. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verschafft auch Art. 6 EMRK den Parteien keine weitergehenden Rechte, die nicht bereits aufgrund von Art. 4 BV gewährleistet sind.

Im kantonalen Recht finden sich heute mehrere Bestimmungen, die den Anspruch auf rechtliches Gehör und damit auch auf Akteneinsicht garantieren. Bereits erwähnt wurde Art. 26 der Kantonsverfassung. Von gewisser Bedeutung ist aber auch Art. 18 Abs. 1 der KV, der unter dem Marginalie Datenschutz unter anderem festhält, dass jede Person das Recht habe, die über sie bearbeiteten Daten einzusehen. Der gleiche Grundsatz wird in Art. 21 des kant. Datenschutzgesetzes (DSG) wiederholt. Auch Art. 27 Abs. 1 des Informationsgesetzes hält fest, dass jedermann ein Recht auf Einsicht in amtliche Akten habe, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

Auf hängige Strafverfahren findet allerdings ausschliesslich das Strafprozessrecht Anwendung. Sowohl das Datenschutzgesetz als auch das Informationsgesetz sagen ausdrücklich, dass diese Erlasse in hängigen Verfahren der Strafrechtspflege nicht zur Anwendung gelangen.

Im neuen Strafverfahren sind für die Akteneinsicht in hängigen Verfahren die Art. 40 und 82 massgebend. Art. 40 mit dem Marginalie "Allgemeine Rechte" lautet wie folgt:

Die Parteien haben nach Massgabe dieses Gesetzes Anspruch auf rechtliches Gehör.

Soweit es zur Wahrung ihrer rechtlich geschützten Interessen erforderlich ist, ist ihnen insbesondere Gelegenheit zu geben,

- 1. die Akten einzusehen;*
- 2. an richterlichen Beweisaufnahmen teilzunehmen;*
- 3. sich zur Sache und zum Verfahren zu äussern und Anträge zu stellen*

Einzelheiten und allfällige Einschränkungen regelt das Gesetz.

Art. 82 bestimmt folgendes:

Das Recht auf Einsicht in die Akten eines hängigen Verfahrens steht zu

- 1. den Parteien mit der Einschränkung gemäss Art. 244 Absatz 3;*
- 2. anderen Beteiligten, soweit es zur Wahrung ihrer Interessen notwendig ist;*
- 3. den Untersuchungsbehörden, der Staatsanwaltschaft und den urteilenden Gerichten, sofern es im Zusammenhang mit der Bearbeitung anderer Fälle nötig ist.*

Die Orientierung anderer Behörden gemäss Art. 70 bleibt vorbehalten.

Über das Einsichtsrecht von Versicherungsgesellschaften erlässt das Plenum der Strafkammern die nötigen Weisungen.

Das Akteneinsichtsrecht im hängigen Verfahren ist also zunächst einmal eines der wichtigsten Parteirechte. Wer als Partei im Sinne des Art. 40 gelten kann, bestimmt sich nach Art. 39 StrV. Parteien sind die Angeschuldigte Person und die Privatklä-

gerschaft. Die Staatsanwaltschaft ist Partei im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren. Parteistellung kommt überdies nach Massgabe der Spezialgesetzgebung gewissen kantonalen Amtsstellen zu und schliesslich räumen auch das Bundesstrafprozessrecht und das Verwaltungsstrafrecht einzelnen Bundesstellen Parteistellung im kantonalen Verfahren ein.

Im einzelnen ist dazu Folgendes anzumerken:

Angeschuldigte Person ist nach gesetzlicher Definition die einer strafbaren Handlung verdächtige Person, gegen welche die Strafverfolgung im Sinne von Art. 230 StrV eröffnet ist (Art. 44 StrV). Ab Eröffnung der Strafverfolgung kommen der angeschuldigten Person die Parteirechte zu. Vor Eröffnung der Strafverfolgung, also insbesondere im polizeilichen Ermittlungsverfahren, bestehen hingegen noch keine eigentlichen Parteirechte. Darauf wird zurückzukommen sein.

Auch der Begriff der Privatklägerschaft ist gesetzlich genau definiert. Gemäss Art. 47 StrV kann sich als Privatkläger oder Privatklägerin am Strafverfahren beteiligen, wer durch eine strafbare Handlung unmittelbar in eigenen rechtlichen geschützten Interessen verletzt worden ist. Dazu gehört auch die zum Strafantrag berechtigte Person. Zum Privatkläger wird man aber nicht bereits durch eine Tat, durch welche man in geschützten Interessen tangiert wird, sondern erst durch eine Konstituierung als Privatkläger.

Zur Parteistellung von Bundesstellen und von kantonalen Amtsstellen gemäss StrV 39 Abs. 3 bzw. 4 ist folgendes zu sagen:

Verschiedene Spezialgesetze, namentlich das Fischerei-, das Bau- und das Gesetz zur Reinhaltung der Luft sehen für kantonale Verwaltungsstellen Beteiligungsrechte im Strafverfahren vor. Wenn diese Gesetze einzelnen Verwaltungsstellen Parteirechte einräumen, so heisst das, dass ihnen unter anderem natürlich auch ein volles Akteneinsichtsrecht zusteht. Eine Sonderregelung besteht für die Bernische Gebäudeversicherung. Ihr wird in Art. 42 des Gesetzes über die Gebäudeversicherung im Versicherungsfall das Rückgriffsrecht auf einen haftbaren Dritten als gesetzliche Subrogation garantiert. Zudem wird sie für das betreffende Strafverfahren einem Verletzten im Sinne von StrV 47 gleichgestellt, kann also Parteirechte und damit Akteneinsicht beanspruchen.

Weil das Strafantragsrecht ebenfalls zur Privatklage legitimiert, gilt das auch in den Fällen, in denen durch Gesetz einer Behörde das Recht zur Antragstellung eingeräumt worden ist, wie z.B. in EG StGB 26 den Fürsorgebehörden des Kantons und der Gemeinden bei Vernachlässigung von Unterhaltspflichten nach Art. 217 StGB. Auch derartige Behörden können sich als Privatkläger konstituieren und sodann Akteneinsicht beanspruchen. Gleiches gilt in gewissen Fällen für Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie Konsumentenschutzorganisationen. Ihnen steht gemäss Art. 23 und 10 UWG bei strafbarem unlauterem Wettbewerb das Strafantragsrecht zu.

Zur Parteistellung von Bundesstellen ist auf den Bundesstrafprozess und auf das Verwaltungsstrafverfahren hinzuweisen. In Bundesstrafsachen, die den kantonalen Behörden zur Untersuchung und Beurteilung überwiesen wurden (Delegationsstrafsachen) sowie in solchen, bezüglich welcher Mitteilungspflicht an den Bund gemäss BStP 265 besteht, kommt der Bundesanwaltschaft im kantonalen Verfahren Parteistellung zu. Kommt es in einem Verwaltungsstrafverfahren zu gerichtlicher Beurteilung durch die kantonalen Justizbehörden, gelten neben dem Angeschuldigten und dem öffentlichen Ankläger des Kantons auch die Bundesanwaltschaft und die beteiligte Bundesverwaltung als Parteien. Auch sie können also gegebenenfalls Akteneinsicht beanspruchen.

Dass sich kantonale Amtsstellen oder Bundesbehörden im kantonalen Verfahren beteiligen und allenfalls Akteneinsicht beanspruchen, ist eher selten. Von grösserer praktischer Bedeutung ist die Frage, wie es mit dem Akteneinsichtsrecht des Opfers steht. Bereits nach OHG stehen dem Opfer ja bestimmte Minimalrechte zu. Diese Verfahrensrechte gemäss den Art. 5 - 10 OHG wurden zum Teil ins Strafverfahren integriert, zum Teil durch den bernischen Gesetzgeber auch erweitert. Art. 41 Abs. 1 StrV hält ausdrücklich fest, dass Opfer von Straftaten gegen die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität das Recht haben, "in die Akten Einsicht zu nehmen, soweit es zur Wahrung ihrer rechtlich geschützten Interessen erforderlich ist". Das Opfer kann also die Akten einsehen, bevor es sich gemäss Art. 47 Abs. 4 StrV als Privatkläger konstituiert hat. Die Bestimmung soll es ihm ermöglichen, zuerst die Akten zu konsultieren um dann auf möglichst objektiver Basis darüber entscheiden zu können, ob es sich als Privatkläger mit den möglichen Prozessrisiken am Verfahren beteiligen will. Dieses frühzeitige Akteneinsichtsrecht ist zudem eine notwendige Voraussetzung für eine sinnvolle Ausübung des Rekursrechtes, das dem Opfer nach Art.

323 Abs. 1 Ziff. 2 StrV zusteht und mit dem es die Eröffnung der Strafverfolgung oder die Überweisung an ein urteilendes Gericht auch dann verlangen kann, wenn es sich noch nicht als Privatkläger konstituiert hat. Das Akteneinsichtsrecht des Opfers nach Art. 41 StrV dient somit der Ermöglichung der Wahrnehmung der spezifischen Opferrechte. Diese sind indessen weniger umfassend als die eigentlichen Parteirechte. In diesem Sinne ist auch die Formulierung in Art. 41 StrV zu verstehen, wonach dem Opfer die Akten soweit zu öffnen sind, als dies zur Wahrnehmung seiner rechtlich geschützten Interessen erforderlich ist. Das bedeutet, dass die Akten unter Umständen nur teilweise zugänglich sind. So können in umfangreicheren Verfahren namentlich jene Aktenteile nicht offengelegt werden, die sich auf Verfahrensteile beziehen, durch welche ein Opfer nicht tangiert wird. Wo die Grenze zu ziehen ist, ist nach Kommentar Aeschlimann (N. 594) im Einzelfall schwierig zu entscheiden. Er vertritt die Auffassung, dass etwa psychiatrische Gutachten oder andere, die Intimsphäre des Angeschuldigten betreffende Aktenstücke in der Regel nicht zu offenbaren seien. Das Opfer habe es aber natürlich in der Hand, sich durch Konstituierung zur Privatklägerschaft volle Akteneinsicht zu verschaffen. Auch der Kommentar Maurer (AT I, S. 94) vertritt eine einschränkende Auslegung von Art. 41 Abs. 1 StrV. Jedenfalls solle die Bestimmung nicht in dem Sinne ausdehnend interpretiert werden, dass auch noch den Beratungsstellen nach OHG Akteneinsicht gewährt werde.

Wenn in Art. 82 StrV festgehalten wird, dass den Parteien Akteneinsicht zu gewähren ist, dann heisst das, dass ihnen - vorbehalten die noch zu erläuternden Ausnahmen - die Akten vollständig zu öffnen sind. Was in die Akten kommt, bestimmt sich bekanntlich nach Art. 81 StrV, aber auch nach übergeordnetem Recht. Da die Parteien Anspruch auf ein faires und offenes Verfahren haben, trifft die Gerichtsbehörden eine weitgehende Dokumentationspflicht. Das beinhaltet u.a., dass sämtliche im Rahmen des Verfahrens vorgenommenen Beweiserhebungen - seien sie nun für die Angeschuldigte Person be- oder entlastend, aktenkundig zu machen sind. Nicht zu den Strafakten gehören lediglich Unterlagen allgemein taktischer Natur (z.B. Einsatzdispositive, Sicherheitskonzepte etc.) sowie rein verwaltungsinterne Akten wie Notizen und Entwürfe. Werden hingegen Akten aus anderen Straf- oder Zivilverfahren beigezogen, werden diese zum Bestandteil der Akten des hängigen Verfahrens und stehen den Parteien offen. Es gibt in diesem Sinne im Strafverfahren also keine Geheimakten, keine Akten die nur dem Gericht, nicht aber auch den Parteien offenstehen würden.

Davon gibt es eine Ausnahme im Zusammenhang mit dem Zeugenschutz - insbesondere bei Befragung von V-Leuten - allenfalls auch bei anderen Personen. Müssen V-Leute oder andere Zeugen, die dartun können, dass sie bei wahrheitsgemässer Aussage an Leib und Leben ernsthaft gefährdet würden, einvernommen werden, so ist es zulässig, dass sie ihre Personalien nur dem Gericht offenlegen und dass diese Angaben nicht aktenkundig gemacht werden (Art. 124 StrV).

Es stellt sich schliesslich noch die Frage, ab welchem Zeitpunkt den Parteien in hängigen Strafverfahren die Akten zu öffnen sind. Dass sie im Haupt- und Rechtsmittelverfahren abgesehen von der erwähnten Ausnahme uneingeschränkt zugänglich sein müssen, ist dabei eine Selbstverständlichkeit. Im Grundsatz gilt aber auch im Vorverfahren, dass die Parteien jederzeit Akteneinsicht beanspruchen können.

Art. 244 Abs. 2 StrV bringt das wie folgt zum Ausdruck:

Die Rechtsbeistände sind befugt, die Untersuchungsakten einzusehen. Das gleiche Recht steht grundsätzlich auch den Parteien zu, die nicht durch eine Anwältin oder einen Anwalt verbeiständet sind. Diesfalls entscheidet die Untersuchungsbehörde, ob die Einsicht unter Aufsicht zu erfolgen hat.

Ob eine Partei vertreten ist oder nicht, ändert also nichts am Akteneinsichtsrecht und am Zeitpunkt, ab welchem diese zu gewähren ist. Der Unterschied liegt lediglich in der Form, in der Einsicht zu gewähren ist. Es geht dabei um den Schutz der Originalakten.

Ein Begehren um Akteneinsicht - werde es durch Parteianwälte oder durch die Parteien selber gestellt - darf nur verweigert werden, wenn und solange Verdunkelungsgefahr besteht (Art. 244 Abs. 3 StrV). Die Akten dürfen den Parteien dann und nur dann vorenthalten werden, wenn die Gefahr des Missbrauchs vorhanden ist. Die wahrheitsgetreue Abklärung des Sachverhaltes darf nicht gefährdet oder verunmöglicht werden, indem die angeschuldigte Person z.B. durch vorzeitige Kenntnis von Aktenstücken oder Beweismitteln Gelegenheit erhält, sich ein Lügengebäude zu-rechtzuzimmern.

Ob und wieweit diese Missbrauchsgefahr besteht, ist je konkret und bezüglich den einzelnen Bestandteilen der Akten gesondert zu prüfen. Es ist insbesondere nicht

zulässig, einer angeschuldigten Person die Akteneinsicht pauschal mit der Begründung zu verweigern, sie sei ja wegen Kollusionsgefahr verhaftet worden. Es ist hier insbesondere auch Art. 184 Abs. 1 StrV zu erwähnen, wonach der angeschuldigten Person, die verhaftet worden ist, sämtliche Akten zugänglich sind, welche die Untersuchungsbehörde dem Haftgericht zur Begründung der Haft unterbreitet. Die Untersuchungsbehörde kann zwar dem Haftgericht aus taktischen Gründen gewisse Aktenstellen vorenthalten. Was aber dem Haftgericht vorgelegt wird, ist stets auch der angeschuldigten Person zugänglich. Nur so kann sie ihren Standpunkt vor Haftgericht ja vernünftig vertreten und begründen.

Aber auch abgesehen von diesem Sonderfall ist es möglich, dass Akteneinsicht nur teilweise gewährt und mit dem Fortschreiten der Untersuchung erweitert wird. Denkbar ist auch, dass eine einmal gewährte Akteneinsicht zu einem späteren Zeitpunkt insbesondere hinsichtlich neu aufgetauchter Untersuchungsgegenstände oder hinsichtlich neuer Beweismittel wiederum verweigert werden kann. Es gibt sodann Aktenstücke, bei denen sich eine Prüfung, ob eine Einsichtnahme den Untersuchungszweck gefährden könnte, erübrigt. Das gilt insbesondere für die Protokolle über die Einvernahme des Angeschuldigten selber, der ja weiss, was er gesagt hat. Gleich verhält es sich mit Protokollen über Untersuchungshandlungen, an denen der Verteidiger teilnahm oder nach Art. 245 StrV hätte teilnehmen dürfen. Mit der Einräumung des Teilnahmerechts bringt die Verfahrensleitung zum Ausdruck, dass diesbezüglich keine Verdunkelungsgefahr vorhanden ist.

Ob Akteneinsicht zu gewähren ist oder nicht, ist sodann für jede Partei gesondert zu entscheiden. Anders als bei der Teilnahme an Untersuchungshandlungen nach Art. 245 StrV, wo der Ausschluss der Teilnahme stets für angeschuldigte Person und Privatklägerschaft gilt, ist es also möglich, vorerst nur dem Privatkläger, nicht aber dem Angeschuldigten Einsicht in die Akten zu verschaffen.

Die soweit skizzierte Regelung betrifft die Akteneinsicht als Parteirecht in hängigen Verfahren. Zu klären bleibt die Frage, was hängige Verfahren sind. Hängig ist ein Strafverfahren, wenn im Sinne der Art. 230 und 233 StrV die Strafverfolgung eröffnet worden ist, sei es durch Eröffnung einer Voruntersuchung, durch Einleitung des Strafmandatsverfahrens oder durch Direktüberweisung an das Einzelgericht. Hängig ist ein Verfahren, bis es durch Beschluss oder Urteil beendet wird. Im polizeilichen

Ermittlungsverfahren hingegen, und zwar auch dann wenn es durch die Untersuchungsbehörde in Anwendung von Art. 224 angeordnet worden ist, findet Art. 82 StrV keine Anwendung. Da ja in diesem Verfahrensabschnitt noch keine Strafverfolgung eröffnet worden ist, gibt es auch noch keine Parteien im eigentlichen Sinne und dementsprechend auch noch keine Parteirechte.

Das Bearbeiten von Daten durch die Polizei - und damit auch die Einsicht in Akten eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens - richtet sich vielmehr nach den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes, wobei abweichende Bestimmungen des Strafverfahrens vorgehen (Art. 217 Abs. 1 StrV). Das Einsichtsrecht in Polizeiakten bestimmt sich bei dieser Regelung grundsätzlich nach Art. 21 und 22 DSG, wonach jede Person bei der zuständigen Behörde darüber Auskunft verlangen darf, welche Daten über sie bearbeitet werden. Auf Verlangen ist ihr Einsicht in die vorhandenen Daten und Akten zu gewähren, es sei denn, wichtige und überwiegende öffentliche Interessen oder besonders schützenswerte Interessen Dritter würden entgegenstehen. Eine Auskunft kann nach Datenschutzgesetz soweit verweigert oder aufgeschoben werden, als ein Gesetz dies verlangt oder ein besonders schützenswertes Interesse eines Dritten dies erfordert. Um eine sinnvolle polizeiliche Ermittlungstätigkeit nicht zu verunmöglichen, sieht das Strafverfahren vor, dass die Polizei insbesondere bei der Beschaffung von Daten nicht an das DSG gebunden ist. Sie darf eine Auskunft oder ein Akteneinsichtsrecht auch verweigern oder zumindest aufschieben, wenn dadurch der Zweck eines Ermittlungsverfahrens in Frage gestellt würde. Münden polizeiliche Ermittlungen in einem Gerichtsverfahren, darf die Polizei sodann Auskünfte nur im Einverständnis mit der Untersuchungsbehörde oder dem zuständigen Gericht erteilen. Um eine einigermaßen konstante Praxis bei der Gewährung von Akteneinsicht in Ermittlungsunterlagen zu gewährleisten, sieht Art. 217 Abs. 4 StrV sodann vor, dass in Anwendung des Datenschutzgesetzes getroffene Beschlüsse der Polizei mit Rekurs an die Anklagekammer weitergezogen werden können.

2. Akteneinsicht anderer Beteiligten in hängigen Verfahren

Gemäss Art. 82 Abs. 1 Ziff. 2 StrV haben auch andere Beteiligte das Recht auf Einsicht in die Akten eines hängigen Verfahrens, soweit es zur Wahrung ihrer Interessen notwendig ist. Andere Beteiligte sind gemäss Art. 42 StrV Personen, die Anzeige einreichen, Strafantrag stellen sowie Zeuginnen oder Zeugen, Auskunftspersonen und beschwerte Dritte. Werden sie durch strafrechtliche oder verfahrensrechtliche

Entscheide wie Einziehung oder Auferlegung von Verfahrenskosten unmittelbar in ihren Rechten betroffen, ist ihnen rechtliches Gehör zu gewähren. Zu denken ist etwa an den Fall, dass Gegenstände, die sich bei einem Dritten befinden, beschlagnahmt werden. Andere Beteiligte können unter Umständen auch gewissen Beweismassnahmen unterworfen werden, z.B. einer Blutentnahme oder einer anderen körperlichen Untersuchung. Auskunftspersonen und Zeugen können zu einer Schriftprobe verhalten oder bei verspätetem Erscheinen zu einem Gerichtstermin mit Ordnungsbussen belegt werden. Anzeiger und Strafantragsteller tragen ein gewisses Prozesskostenrisiko. Werden andere Beteiligte so in ihren Interessen tangiert, so ist ihnen Akteneinsicht zu gewähren. Dabei ist aber zu betonen, dass das Gesetz ausdrücklich festhält, dass hier das Akteneinsichtsrecht nicht weiter geht, als es zur Wahrung der tangierten Interessen notwendig ist. Es lässt sich somit auch hier nicht abschliessend festhalten, welche Akten bei welcher Gelegenheit offenzulegen sind. Massgebend für die Beurteilung ist, dass auch die anderen Beteiligten, soweit in ihre Interessen eingegriffen wird, Anspruch auf rechtliches Gehör haben. Das heisst, dass ihnen in der Regel vor Erlass einer belastenden Verfügung Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist und dass sie dabei auf Wunsch soweit mit den Akten zu dokumentieren sind, dass sie die in Frage stehenden Interessen sachgerecht, und zwar auch im Lichte der ihnen offenstehenden Rechtsmittel des Rekurses oder der Beschwerde im Sinne der Art. 323 Ziff. 3 und 4 bzw. 329, vertreten können. Dieses Interesse begründet und begrenzt den Anspruch auf Akteneinsicht der sog. anderen Beteiligten. Die Beschränkung ist auch dann zu beachten, wenn sich andere Beteiligte durch eine Anwältin oder einen Anwalt vertreten lassen, wozu sie nach Art. 49 StrV ausdrücklich befugt sind.

3. Akteneinsicht der Untersuchungsbehörden, der Staatsanwaltschaft und der urteilenden Gerichte

Art. 82 Ziff. 3 StrV hält fest, dass auch den Untersuchungsbehörden, der Staatsanwaltschaft und den urteilenden Gerichten die Akten eines hängigen Verfahrens zur Verfügung stehen, sofern dies für die erwähnten Behörden im Zusammenhang mit der Bearbeitung anderer Fälle nötig ist. Normiert wird hier also eigentlich eine Selbstverständlichkeit, denn es ist klar, dass gerade in der Bearbeitung konnexer Fälle die Einsicht in die Akten eines Parallelfalles unabdingbar ist. Dass der Gesetzgeber aber diese Selbstverständlichkeit ausdrücklich festgeschrieben hat zeigt, dass

bezüglich der Frage, wer welche Dokumente einsehen darf, heute eine ganz andere Sensibilität vorhanden ist, als noch vor wenigen Jahren.

4. Orientierung anderer Behörden nach Art. 70 StrV

Unter dem Marginalie Datenschutz und Akteneinsicht in hängigen Verfahren bestimmt Art. 82 Abs. 2 StrV, dass die Orientierung anderer Behörden nach Art. 70 StrV vorbehalten werde. Es geht hier nicht eigentlich um die Frage nach Akteneinsicht, die erwähnte Gesetzesstelle normiert vielmehr eine Ausnahme vom Amtsgeheimnis, dem die Behörden der Strafrechtspflege und deren Hilfspersonen unterstehen.

Nach Art. 70 Abs. 1 StrV hat die Verfahrensleitung der Vollzugsbehörde von einem neuen Verfahren und später von einem neuen Urteil unverzüglich Kenntnis zu geben. Ist ein Kind oder eine jugendliche Person unter 18 Jahren an einer Straftat beteiligt, sind die Organe der Jugendrechtspflege zu benachrichtigen. Ergibt sich im Laufe eines Verfahrens, dass Schutzvorkehrungen namentlich fürsorgerischer oder vormundschaftlicher Art nötig sind, so sind die zuständigen Behörden zu orientieren und auf Ersuchen mit den nötigen Angaben auch aus den Akten zu dokumentieren. Gibt ein Strafverfahren Anlass zur Prüfung administrativer Massnahmen, ist die Verfahrensleitung berechtigt, die zuständige Verwaltungsbehörde zu informieren und ihr die zweckdienlichen Unterlagen zu übermitteln. Im Vorverfahren ist dabei die Zustimmung des Präsidenten der Anklagekammer einzuholen. Zu denken ist hier insbesondere an Mitteilungen an das Strassenverkehrsamt oder an Meldungen an Verwaltungsstellen, die bei Patent- oder Bewilligungspflicht die Ausübung bestimmter Berufe oder Tätigkeiten zu überwachen haben. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang noch, dass auch gewisse andere Gesetze Meldepflichten normieren. Nach Art. 30 Fürsprechergesetz sind z.B. die Gerichte verpflichtet, Pflichtverletzung eines Fürsprechers der Anwaltskammer zu melden. Auch das kantonale Steuergesetz (Art. 188) weist alle Behörden, Beamte und Angestellte des Kantons an, Widerhandlungen gegen die Steuergesetzgebung, von denen sie in amtlicher Stellung Kenntnis erhalten, bei der Steuerverwaltung anzuzeigen.

5. Akteneinsicht durch Versicherungen

Abs. 3 des Art. 82 StrV verweist schliesslich auf ein Kreisschreiben des Plenums der Strafkammern, welches das Akteneinsichtsrecht von Versicherungsgesellschaften regelt.

Versicherungen sind ja kaum je Partei und auch nicht andere Beteiligte in einem Strafverfahren und hätten nach der geltenden Regelung dementsprechend kein Akteneinsichtsrecht. Trotzdem haben sie natürlich in einer Vielzahl von Fällen - namentlich auch im Bereich des SVG - ein eminentes Interesse am Inhalt der Strafakten, weil ihnen die Erkenntnisse aus dem Strafverfahren regelmässig als Grundlage für die Regelung versicherungsrechtlicher Ansprüche dienen. Schon nach altem Recht entsprach man mit einem Kreisschreiben den Wünschen der Versicherungen nach Akteneinsicht, ohne dabei allerdings eine explizite gesetzliche Grundlage zu besitzen. Diese Grundlage wurde nun in Art. 82 Abs. 3 StrV geschaffen.

Das Kreisschreiben des Plenum der Strafkammern vom Mai 1997 bestimmt, dass privat- und öffentlich - rechtlichen Versicherern Einblick in Strafakten zu gewähren ist, wenn Täter oder Geschädigter Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte sind. In der Regel sei Akteneinsicht nach Abschluss der Voruntersuchung zu gewähren. Ausnahmsweise, nämlich wenn es davon anhänge, ob ein Versicherer Vorleistungen erbringen könne oder nicht, seien die Akten schon vorgängig zu öffnen. Das Kreisschreiben hält sodann fest, dass Akten, die ärztliche Berichte, psychiatrische Gutachten oder ausführliche Berichte zu den persönlichen Verhältnissen enthalten, nur bei Vorlage einer expliziten Vollmacht des Betroffenen oder eines gesetzlichen Vertreters oder einer nahestehenden Person herausgegeben werden dürfen. Liegt keine solche Ermächtigung vor, sind derartige Aktenstellen vorübergehend aus dem Aktenheft zu entfernen. Selbstverständlich sind auch allen Aktenstellen nicht offenzulegen, die Sachverhalte beschlagen, an denen die Versicherung nicht interessiert ist.

6. Rechtsbehelfe und Rechtsmittel

Das Akteneinsichtsrecht ist wie dargelegt Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör und damit verfassungsrechtlich geschützt. Im Falle der Parteistellung einer

betroffenen Person geht es zwar inhaltlich weiter als bei einem anderen Beteiligten im Sinne von Art. 42 StrV, in beiden Konstellationen aber handelt es sich um einen Rechtsanspruch der Betroffenen, der nur im Rahmen des Gesetzes beschränkt werden darf. Ausgehend von dieser Überlegung ist es klar, dass auch gewisse Rechtsschutzmöglichkeiten vorgesehen werden mussten.

Sowohl Art. 217 Abs. 4 StrV als auch Art. 248 StrV sehen dementsprechend vor, dass abgewiesene Begehren um Akteneinsicht mit Rekurs an die Anklagekammer weitergezogen werden können. Art. 217 beschlägt dabei abweisende Gesuche um Einsicht in Akten eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens, Art. 248 betrifft u.a. abweisende Entscheide der Untersuchungsbehörden um Akteneinsicht. Beide Fälle werden in Art. 322 Ziff. 2 StrV nochmals explizit erwähnt und Art. 323 Abs. 2 besagt, dass dabei die Verfahrensbeteiligten zum Rekurs legitimiert seien. Wichtig zu wissen ist ferner, dass abweisende Gesuche um Akteneinsicht im polizeilichen Ermittlungsverfahren und in der Voruntersuchung immer mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden müssen. Das ergibt sich aus Art. 86 StrV, wonach alle Urteile und Beschlüsse, die mit Rekurs angefochten werden können, den Parteien und anderen beschwerten Beteiligten mit einer Rechtsmittelbelehrung mitzuteilen sind. Nicht explizit geregelt sind allfällige Anstände um Akteneinsicht vor den urteilenden Gerichten. Der Gesetzgeber ging offensichtlich davon aus, dass im Hauptverfahren ja volle Akteneinsicht eine Selbstverständlichkeit sei. Sollten sich im Hauptverfahren dennoch einmal entsprechende Anstände ergeben, bliebe als Rechtsmittel nur die Beschwerde nach Art. 327 ff. StrV.

C. Akteneinsicht bei aufgehobenen Untersuchungen und beurteilten Strafsachen

Gemäss Art. 83 StrV richtet sich das Bearbeiten von Daten - und damit das Akteneinsichtsrecht - bei aufgehobenen Untersuchungen und beurteilten Strafsachen inhaltlich nach dem Datenschutzgesetz. Für das Verfahren und den Rechtsschutz sind hingegen die Bestimmungen des Strafverfahrens massgebend.

Generell ist dazu zu sagen, dass Angaben über polizeiliche Ermittlungen, Strafverfahren, Straftaten und die dafür verhängten Strafen oder Massnahmen zu den besonders schützenswerten Personendaten im Sinne von Art. 3 Buchstabe d des Da-

tenschutzgesetzes gehören. Besonders schützenswerte Personendaten dürfen nur bearbeitet werden, wenn nebst den allgemeinen Bedingungen nach Art. 5 auch die zusätzlichen Erfordernisse nach Art. 6 DSG erfüllt sind. Die Zulässigkeit der Bearbeitung muss sich dementsprechend aus einer gesetzlichen Grundlage klar ergeben, oder die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe muss die Bearbeitung zwingend erfordern, oder die betroffene Person muss einer Bearbeitung ausdrücklich zugestimmt haben.

Bei der Herausgabe bzw. der Weitergabe von Akten aufgehobener Strafuntersuchungen bzw. von beurteilten Strafsachen an andere Behörden ist Art. 10 DSG massgebend. Die Akten dürfen an andere Behörden weitergegeben werden, wenn die Untersuchungsbehörden oder die Gerichte dazu gesetzlich verpflichtet oder ermächtigt sind, oder wenn eine anfragende Behörde nachweist, dass sie zur Einsichtnahme gesetzlich befugt ist und keine besonderen Geheimhaltungspflichten entgegenstehen. Art. 10 Abs. 1 lit. c DSG schliesslich berechtigt und verpflichtet zur Bekanntgabe von Personendaten an andere Behörden, "wenn trotz Unvereinbarkeit der Zwecke die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat oder es in ihrem Interesse liegt". Gegebenenfalls muss die Zustimmung aller ehemaliger Prozessparteien eingeholt werden. Bei der Gewährung von Akteneinsicht an Private, die am abgeschlossenen Verfahren nicht als Partei beteiligt waren, ist Art. 11 DSG zu beachten. Die für die Akten verantwortliche Behörde kann die Akten Privaten gegenüber öffnen, wenn sie dazu gesetzlich verpflichtet oder ermächtigt ist, oder wenn die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat oder es in ihrem Interesse liegt.

Für die Einsichtnahme der ehemaligen Prozessparteien in die Akten des abgeschlossenen Strafverfahrens sind die Art. 21 und 22 DSG massgebend. Ihnen kann Akteneinsicht gewährt werden, wenn nicht wichtige und überwiegende öffentliche Interessen oder besonders schützenswerte Interessen Dritter entgegenstehen. Es ist also eine Interessensabwägung vorzunehmen. War nur eine Partei am Verfahren beteiligt, ist allerdings kaum einzusehen, unter welchen Voraussetzungen der ehemaligen Partei eine Akteneinsicht verweigert werden könnte, stand ihr doch während hängigem Verfahren eine verfassungsmässiges Recht auf Einsicht in eben diese Akten zu. Konflikte sind hingegen denkbar, wenn mehrere Parteien am Verfahren beteiligt waren oder wenn Rechtsnachfolger einer Partei Akteneinsicht beanspruchen.

Zu wissenschaftlichen Zwecken schliesslich kann Akteneinsicht gewährt werden, sofern die Garantie besteht, dass die Daten ausschliesslich zu wissenschaftlichem Gebrauch verwendet und im Falle einer Publikation nur anonymisiert bekanntgegeben werden (DSG 15 Abs. 2).

In Anwendung des Datenschutzgesetzes getroffene Beschlüsse der Untersuchungsbehörden und der erstinstanzlichen Gerichte können mit Rekurs an die Anklagekammer weitergezogen werden. Entsprechende Beschlüsse sind deshalb ebenfalls obligatorisch mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und allen Interessierten mitzuteilen. Wird die Akteneinsicht verweigert, kann der Gesuchsteller bei der AK verlangen, es sei ihm Einsicht zu gewähren. Umgekehrt kann aber auch eine betroffene Person geltend machen, ein Einsicht gewährender Entscheid verletze seine Persönlichkeitsrechte. Bevor die Akten einem Gesuchsteller herausgegeben werden, ist deshalb in jedem Fall der Ablauf der Rechtsmittelfrist abzuwarten.

Noch ein Wort zur Frage, was unter dem Begriff der aufgehobenen Untersuchungen gemäss Art. 83 Abs. 1 StrV zu verstehen ist. Darunter fallen nicht nur die Akten nach aufgehobener Voruntersuchung, eingeschlossen sind auch Verfahrensakten, in denen ein Nichteintretens- oder Nichteröffnungsbeschlüsse gefasst wurde. Schon nach altem Strafverfahren wurde unter dem Begriff der aufgehobenen Untersuchung nach Art. 209 aStrV im Zusammenhang mit der Akteneinsicht auch der Nichteröffnungsbeschluss nach durchgeführtem gerichtspolizeilichem Ermittlungsverfahren verstanden (AK vom 11.11.1954) und es ist zu vermuten, dass diese langjährige Tradition dafür verantwortlich ist, dass auch im neuen Prozessrecht nur von aufgehobenen, nicht aber von durch Nichteröffnung oder Nichteintreten erledigten Untersuchungen die Rede ist. Wenn also z.B. bei einem aussergewöhnlichen Todesfall durch die Untersuchungsbehörden polizeiliche Ermittlungen angeordnet werden, die mit einer Nichteröffnung enden, ist nach Erledigung des Verfahrens für die Frage der Akteneinsicht Art. 83, und nicht etwa Art. 217 StrV massgebend. Die Akten werden ja auch beim Untersuchungsrichteramt archiviert.

D. Aktenherausgabe

Art. 84 StrV regelt diese Frage klar und bestimmt, dass Gerichtsakten in der Regel nur der Anwaltschaft herausgegeben werden. In den übrigen Fällen habe die Einsicht-

nahme wenn nötig unter Aufsicht in den Amtsräumen zu erfolgen. Auf Verlangen seien gegen Gebühr Kopien anzufertigen. Die Bestimmung dient dem Schutz der Originalakten und ist in diesem Sinne auszulegen. Über alle herausgegebenen Akten ist Kontrolle zu führen. Erst kürzlich ist im Kanton Bern eine beinahe jahrzehntelange Prozedur erledigt worden, in welcher die Akten verschwunden sind. Wo dies geschah, konnte mangels genügender Kontrolle nicht restlos geklärt werden. Ein Kreis-schreiben der Anklagekammer vom 1.1.1997 bestimmt zudem, dass der Anwaltschaft jeweiligen Frist anzusetzen seien, binnen welcher die Akten zurückzugeben sind. Die Einhaltung der Fristen sei zu kontrollieren und krasse Missbräuchen seien der Anwaltskammer zu melden. Was die Aktenherausgabe an Anwälte anbelangt ist schliesslich auf einen neuen Entscheid des Bundesgerichts hinzuweisen: In BGE 122 I 112 E. 2 b wird festgehalten wird, dass es unzulässig sei, die Akten nur an innerkantonale Anwälte zuzustellen und die ausserkantonale Anwaltschaft schlechter zu stellen.

E. Auskunftserteilung

Alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Strafjustiz unterstehen nach Art. 69 StrV und Art. 38 des Personalgesetzes einem strikten Amtsgeheimnis, dessen Verletzung nach Art. 320 StGB strafbar ist. Eine Schweigepflicht besteht, solange es sich nicht um allgemein bekannte Tatsachen handelt. Was allerdings im Einzelfall als allgemein bekannt gelten kann, ist nicht immer einfach zu entscheiden. Im Zweifelsfall verdient die Wahrung des Amtsgeheimnisse darum immer den Vorzug. Dieses Amtsgeheimnis setzt der Auskunftserteilung strikte Grenzen.

Zur Orientierung anderer Behörden berechtigt hingegen der bereits erwähnten Art. 70 StrV. Im Auftrag der Verfahrensleitung dürfen in dem vom Gesetz abgesteckten Umfang anderen Behörden über Erkenntnisse aus einem Strafverfahren orientiert werden.

Gewarnt sei grundsätzlich vor telephonischer Auskunftserteilung über hängige Verfahren. Auskunft sollte nur erteilt werden, wenn sicher ist, dass der Anrufer orientiert werden darf und dass es sich bei ihm um die Person handelt, für die sie sich ausgibt. Im Zweifelsfall ist eine schriftliche Anfrage zu verlangen. Zu bedenken ist immer, dass

bereits die Bekanntgabe, dass überhaupt ein Verfahren gegen eine bestimmte Person anhängig ist, eine Amtsgeheimnisverletzung darstellt.

Was schliesslich die Orientierung der Öffentlichkeit und der Medien anbelangt, so sei hier nur ganz kurz auf Art. 71 StrV, das Kreisschreiben Nr. 4 der Anklagekammer sowie auf die Art. 97 ff. GOG hingewiesen. Die Orientierung der Öffentlichkeit ist im Vorverfahren grundsätzlich Sache der Untersuchungsbehörde und sie darf nur in bestimmten Fällen und nur mit der Zustimmung der Staatsanwaltschaft erfolgen. Auch die Verfahrensleitung im Hauptverfahren kann unter bestimmten Voraussetzungen über geeignete Publikationsmittel an die Öffentlichkeit gelangen.

Journalisten, die über die Justiztätigkeit berichten wollen, können sich beim Obergericht akkreditieren lassen. Über die Rechte und Pflichten der zugelassenen Journalisten hat das Obergericht das Reglement über die Information der Öffentlichkeit durch die Zivil- und Strafgerichte erlassen (BSG 162.13). Es wird in diesem Reglement ausdrücklich festgehalten, dass die Information der Öffentlichkeit in hängigen Verfahren Sache der Verfahrensleitung ist, die auch darüber entscheidet, ob allenfalls schriftliche Unterlagen abzugeben sind. In Art. 6 dieses Reglements wird zudem bestimmt, dass die akkreditierten Medienschaffenden auf Anfrage durch die Gerichtskanzlei über Zeit, Ort und Gegenstand der Verhandlung zu orientieren seien. Ob in diesem Rahmen auch die Bekanntgabe von Namen zulässig sei, war lange kontrovers und wurde bis Dezember 1996 verneint. Da die akkreditierten Journalisten aber einer gewissen Kontrolle unterstehen und die Namen der beteiligten Prozessparteien in der öffentlichen Hauptverhandlung ja sowieso bekannt werden, wurde die Bestimmung geändert. Gegenüber akkreditierten Journalisten dürfen also auch Namen genannt werden.

DIE ZAHLUNGSFÄHIGKEIT

als Voraussetzung der Konkursaufhebung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG

(Alex Brun, Kammerschreiber)

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Zahlungsfähigkeit (Solvenz) in ganz verschiedenen Rechtsgebieten. So macht sich derjenige nach **Art. 148 Abs. 1 StGB** strafbar, welcher seine Check- oder Kreditkarte einsetzt, obschon er "**zahlungsunfähig**" ist. Jeder, der gemäss einem vollkommen zweiseitigen Vertrag vorleistungspflichtig ist, ist aufgrund von **Art. 83 OR** berechtigt, die geschuldete Leistung bis zur Sicherstellung der gefährdeten Gegenleistung zurückzubehalten und nach einer angemessenen Frist sogar vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Vertragspartner nach Vertragsschluss "**zahlungsunfähig**" geworden ist. Der zumutbare Nachmieter zeichnet sich gemäss **Art. 264 Abs. 1 OR** vor allem dadurch aus, dass er "**zahlungsfähig**" ist. Auf den in **Art. 59 Abs. 1 BV** garantierten Wohnsitzgerichtsstand kann sich jedenfalls vorläufig noch - gemäss Art. 26 Abs. 2 des BV-Revisionsentwurfs von 1996 soll dieser Anspruch jeder Person zustehen, gegen welche eine Zivilklage eingereicht wird - nur der "**aufrechtstehende**" Beklagte berufen. Ferner ermöglicht **Art. 174 Abs. 2 SchKG** die Aufhebung des an sich zu Recht eröffneten Konkurses im Rechtsmittelverfahren, wenn der Schuldner innerhalb der zehntägigen Weiterziehungsfrist eine Verzichtserklärung desjenigen Gläubigers, welcher das Konkursbegehren gestellt hat, einreicht oder seine Forderung einschliesslich Zinsen und Kosten nach der Konkursöffnung bezahlt oder hinterlegt und zusätzlich seine **Zahlungsfähigkeit** durch Urkunden glaubhaft macht.

In den meisten Bestimmungen verzichtete der Gesetzgeber darauf, den Begriff der Zahlungsfähigkeit genauer zu umschreiben; immerhin werden in Art. 83 Abs. 1 OR die Konkursöffnung sowie die fruchtlose Pfändung als Beispiele für die Zahlungsunfähigkeit ausdrücklich genannt. Gemäss dem Wortlaut von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bildet ferner die Einstellung der schuldnerischen Zahlungen ein Grund für die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung; nach Lehre und Rechtsprechung stellt dieser Umstand jedoch lediglich ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit dar, während diese die Voraussetzung der Anwendung dieser Bestimmung bildet. Es ist unter diesen Umständen aber weitgehend Aufgabe der Lehre und der Rechtsprechung, die Abgrenzung zwischen Zahlungsfähigkeit und Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen.

Von Bedeutung sind dabei ausschliesslich objektive Umstände; der Zahlungswille des Schuldners ist also unbeachtlich (Amonn/Gasser, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, Bern 1997, S. 305, § 38, N. 14). Das wichtigste Merkmal der Zahlungsfähigkeit ist die Liquidität. Wer alle in einem bestimmten Zeitpunkt fälligen Geldschulden aus sofort verfügbaren, mithin flüssigen, Mitteln begleichen kann, ist regelmässig auch zahlungsfähig. Zu diesen gehören nicht nur die eigenen Vermögenswerte, sondern auch ein bereits gewährter, aber noch nicht beanspruchter Kredit. Gemäss BGE 104 IV 83 genügt es aber noch nicht, dass die im fragliche Zeitpunkt fälligen Forderungen der Gläubiger gedeckt sind; zu berücksichtigen sind zudem auch diejenigen Forderungen, welche erst in naher Zukunft fällig werden. Von Bedeutung können dabei vor allem die ungewissen Verpflichtungen und die drohenden Verluste aus schwebenden Geschäften sein, für welche die Aktiengesellschaft gemäss Art. 669 Abs. 1 OR Rückstellungen zu bilden hat. Forderungen mit aufschiebender Bedingung werden denn auch im Konkurs zum vollen Betrag zugelassen und nach Eintritt der Bedingung mit einer Dividende abgefunden (Art. 210 SchKG)

Aber auch wer im fraglichen Zeitpunkt nicht über genügend flüssige Mittel zur Begleichung seiner fälligen und in naher Zukunft fällig werdenden Schulden verfügt, kann noch zahlungsfähig sein. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten stellen nämlich nach einhelliger Auffassung keine Zahlungsunfähigkeit dar (Amonn/ Gasser, a.a.O.; Gauch/Schluep, OR AT, Bd. II., Nr. 2251, unter Hinweis auf BGE 68 II 177 und 105 II 30). Als Beispiel dafür wird die "augenblickliche Geldverlegenheit wegen unverhoffter Kreditkündigung" genannt (Werner Baumann, Die Konkurseröffnung nach dem SchKG, Zürich 1979, S. 50, mit Hinweisen).

Praktisch dürfte es jedoch nicht gerade einfach sein, dauernde von vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten zu unterscheiden. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass das Ende der Geldverlegenheit in naher Zukunft konkret absehbar ist. Wie lange solche Zahlungsschwierigkeiten höchstens dauern dürfen, kann wohl aber nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls bestimmt werden.

Bei dieser Entscheidung, bei welchem dem Richter notwendigerweise ein gewisser Ermessensspielraum zusteht, sind insbesondere sämtliche Aktiven der betreffenden Person den Passiven gegenüberzustellen. Zu beachten ist, dass aufgrund einer allfälligen Überschuldung, mithin des Überwiegens der Passiven gegenüber den Aktiven, nicht notwendig auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden kann

(Amonn/Gasser, a.a.O., S. 304, N. 13; Werner Baumann, a.a.O., S. 49 f.). Wer überschuldet ist, kann nämlich unter Umständen immer noch so kreditwürdig sein, dass ihm Dritte die zur Bezahlung der fälligen oder in naher Zukunft fällig werdenden Schulden nötigen Mittel zur Verfügung stellen. Umgekehrt kann ein Schuldner zahlungsunfähig sein, obwohl er nicht überschuldet ist, weil er sein Vermögen nicht rechtzeitig veräussern kann (Werner Baumann, a.a.O.). Diesfalls müssen aber konkrete Anhaltspunkte vorliegen, welche die Annahme erlauben, dass er in naher Zukunft über die nötigen Mittel verfügen wird. Das ist beispielsweise der Fall, wenn er voraussichtlich einen Kredit erhältlich machen, ihm zustehende Forderungen eintreiben oder Vermögenswerte veräussern kann.

Zahlungsfähig ist somit, wer aus objektiver Sicht entweder seine fälligen oder in naher Zukunft fällig werdenden Geldschulden tilgen oder diese nur wegen eines Mangels an Zahlungsmitteln, welcher voraussichtlich in naher Zukunft wieder behoben sein wird, nicht begleichen kann.

Bei der Prüfung der Schuldensituation einer Person bildet der Betreibungsregisterauszug ein wichtiges und praktisch unentbehrliches Indiz. Die Zivilabteilung des Obergerichts hat denn auch am 3. April 1998 das Kreisschreiben Nr. 22 erlassen, gemäss welchem bei einer Konkursöffnung nach Art. 171 SchKG in der Rechtsmittelbelehrung mit Blick auf die Konkursaufhebung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG ausdrücklich darauf hinzuweisen ist, dass mit der Appellation die Zahlungsfähigkeit namentlich mittels kommentiertem Betreibungsregisterauszug glaubhaft zu machen sei. Aussagekräftig sind vor allem die Anzahl und die Höhe hängiger Betreibungen sowie bereits eingegangene Konkursbegehren. Ist in einer Betreibung trotz des fehlenden Rechtsvorschlags bereits seit mehr als einem Jahr kein Fortsetzungsbegehren gestellt worden, kann sie grundsätzlich als erledigt betrachtet werden. Im weiteren ist allerdings fraglich, inwieweit der nicht weiter belegte Kommentar eines Schuldners betreffend seinen Betreibungsregisterauszug den Anforderungen an die Glaubhaftmachung gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG genügt, zumal der Nachweis ausdrücklich mit Urkunden zu erbringen ist (vgl. dazu Jürgen Brönnimann, *Novenrecht und Weiterziehung des Entscheides des Konkursgerichtes gemäss Art. 174 E SchKG*, in: *Recht und Rechtsdurchsetzung*, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, S. 448). Immerhin kann der - insbesondere anwaltlich nicht vertretene - Appellant, welcher seinen Betreibungsregisterauszug mit allfälligen Bemerkungen nicht erst am letzten Tag der Weiterziehungsfrist vorlegt, noch bis zum

Ablauf dieser Frist zum Einreichen weiterer Belege, beispielsweise für erfolgte Zahlungen, behauptete Bankguthaben, Stundungs- oder Abzahlungsvereinbarungen, aufgefordert werden.

Ausser dem Betreibungsregisterauszug sind je nach Umständen noch andere Unterlagen von Bedeutung. Gegen die Zahlungsfähigkeit sprechen namentlich Steuerveranlagungen, welche weder ein steuerbares Einkommen noch ein steuerbares Vermögen ausweisen. Aber auch aufgrund des Umstands, dass bereits mehrere von der betreffenden Person beherrschte Gesellschaften zahlungsunfähig sind, kann auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden (vgl. dazu aber BGE 111 II 206). Ein Indiz dafür bildet auch ihr Unvermögen, relativ bescheidene und offenbar geschuldete Beträge zu bezahlen. Das Leisten einer namhaften (Prozesskosten-) Sicherheit deutet demgegenüber auf die Zahlungsfähigkeit hin. Vorsicht ist am Platz, wenn der Schuldner als Beweismittel einen schriftlichen Vertrag vorlegt, gemäss welchem ihm eine Geldforderung zusteht; diesfalls sind allenfalls Abklärungen hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners und der Umstände, welche zu diesem Vertrag geführt haben, nötig. Gleiches gilt beim Vorlegen einer Bürgschaftsverpflichtung eines Dritten; immerhin stellt diese aber grundsätzlich eine Sicherheit für die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners dar, zumal wenn sie öffentlich beurkundet worden ist. Ein Indiz für eine bloss vorübergehende Zahlungsunfähigkeit bildet unter Umständen der Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags oder ein Beleg über ein anderes regelmässiges Einkommen.

Hinsichtlich der Glaubhaftmachung der Zahlungsfähigkeit gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG wurde schon mehrfach die Ansicht vertreten, dass an diese Voraussetzung keine strengen Anforderungen gestellt werden dürften (so Isaak Meier, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, ZSR 1996, I. Halbband, S. 280; Hans Ulrich Hardmeier, Änderungen im Konkursrecht, AJP 11/96, S. 1432; Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 23.10.97, in: ZR 97 (1998), S. 94; Entscheid der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug vom 4.4.97, in: SchKG-Blätter 1997, Heft 6, S. 225). Meier (a.a.O.) begründete seine Ansicht damit, dass der Richter bei der Verneinung der Zahlungsfähigkeit den Konkurs eröffnen müsse, obschon nicht feststehe, ob überhaupt ein Gläubiger an der Konkursöffnung interessiert sei. Die Zahlungsfähigkeit sei zu bejahen, sobald der Schuldner glaubhaft mache, dass er im Verhältnis zu seinen Schulden immer noch über erhebliche Mittel verfüge, die eine Sanierung als

möglich erscheinen liessen. Tatsächlich soll auch nach der Botschaft zur SchKG-Revision vom 8.5.91 (S. 112) der Konkurs dann aufgehoben werden, wenn "die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des schuldnerischen Betriebs nicht zum vornherein verneint werden" müsse. Namentlich bei einer hoffnungslosen Überschuldung sei die Anwendung dieser Bestimmung demnach ausgeschlossen.

Für die Ansicht, es seien an die Voraussetzung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG weniger strenge Anforderungen zu stellen, spricht zwar, dass die Zwangsverwertung nach der Konkurseröffnung eine wertvernichtende Tendenz aufweist und regelmässig zum Untergang des Geschäftsbetriebs des Schuldners führt. Lieferanten und Kunden verlieren einen Geschäftspartner; allenfalls gehen auch Arbeitsplätze verloren. Demgegenüber ist aber auch dem Schutz aller Gläubiger gebührend Rechnung zu tragen. Wird der Konkurs aufgehoben, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass einzelne Gläubiger vor den übrigen befriedigt werden, der Schaden der Gläubiger vergrössert wird und noch neue Gläubiger hinzukommen, welche letztlich auch geschädigt werden. Es kann nicht Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, dem Schuldner, welcher es bereits bis zur Konkurseröffnung hat kommen lassen, bloss noch eine weitere Zahlungsfrist bis zum Ablauf der Weiterziehungsfrist einzuräumen.

Mit Rücksicht darauf sollte das entscheidende Kriterium nicht etwa das Verhältnis zwischen Aktiven und Passiven des Schuldners, sondern vielmehr die Aussicht auf eine Sanierung seines Geschäftsbetriebs bilden. Die Konkursaufhebung rechtfertigt sich nur, wenn im Zeitpunkt der oberinstanzlichen Beurteilung konkrete Anhaltspunkte vorliegen, welche eine ernsthafte Aussicht auf die längerfristige Wiederherstellung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des schuldnerischen Betriebes begründen (vgl. zum Begriff der Sanierung: Alexander Dubach, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, in: SJZ 94 (1998), S. 154 ff.). Es muss als wahrscheinlich erscheinen, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen in naher Zukunft wieder aus eigenen Mitteln nachkommen können wird. Die ausstehenden Schulden sollten deshalb nicht zu bedeutend sein (Jürgen Brönnimann, a.a.O., S. 447, unter Hinweis auf BGE 91 I 3). Auf jeden Fall widerspricht es der ratio legis von Art. 174 Abs. 2 SchKG, wenn ein wirtschaftlich nicht überlebensfähiger Schuldner durch ein gleichsam letztes "Zusammenkratzen" des für die Tilgung der zur Konkurseröffnung führenden Schuld notwendigen Geldbetrages den letztlich kaum vermeidbaren Konkurs auf Kosten der übrigen Gläubiger gerade nochmals abwendet

(so der oben erwähnte Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich, a.a.O., S. 93). Sollten die anderen Gläubiger tatsächlich kein Interesse an der Durchführung des Konkurses haben, dürfte es dem Schuldner ohne weiteres möglich sein, mit diesen Schuldnerlass-, Stundungs- oder Abzahlungsvereinbarungen abzuschliessen, welche ihm die Sanierung seines Geschäftsbetriebs ermöglichen. Doch auch wenn solche Vereinbarungen bis zum Ablauf der Weiterziehungsfrist nicht vorliegen, kann es nützlich sein, dass der Schuldner zumindest schriftliche Stellungnahmen der (Haupt-) Gläubiger einholt und diese dem Richter einreicht.

Abschliessend ist somit festzuhalten, dass für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit im Sinne von Art. 174 Abs. 2 SchKG - abgesehen von den in der Praxis wohl eher seltenen Fällen der offensichtlich aus Versehen oder infolge eines Missgeschicks eröffneten Konkurse - vor allem das Vorliegen ernsthafter Sanierungsaussichten zu prüfen ist. Ausser dem Betreibungsregisterauszug hat der Schuldner dem Richter daher möglichst einen konkreten Sanierungsplan einzureichen, aus welchem hervorgeht, mit welchen Massnahmen in naher Zukunft die Zahlungsschwierigkeiten überwunden werden können. Der je nach Umständen bereits recht anspruchsvolle Entscheidung über die Sanierungsaussichten wird praktisch durch die lediglich zehn Tage dauernde Weiterziehungsfrist zusätzlich erschwert. Insbesondere geht der appellierende Schuldner in vielen Fällen irrtümlich davon aus, dass er den Konkurs bereits durch die Weiterziehung des Konkurserkennnisses sowie die Befriedigung des Gläubigers, welcher das Konkursbegehren gestellt hat, abwenden kann. Für einen sachgerechten Entscheid ist es daher wichtig, dass mit dem Konkurserkennnis eine eingehende Rechtsmittelbelehrung verbunden wird. Ausserdem sind die Akten unmittelbar nach Eingang der Appellationserklärung an die obere Instanz weiterzuleiten, damit diese allenfalls den Schuldner noch zum Einreichen weiterer Unterlagen bis zum Ablauf der Weiterziehungsfrist auffordern kann.

Unlauterer Wettbewerb und Medienberichterstattung (Art. 3 lit. a UWG)

von Michael Burri, Handelsgerichtsschreiber

Vorbemerkung:

Anlass zu den nachstehenden Ausführungen gaben einerseits die Tagung "Neuere Tendenzen im schweizerischen und internationalen Lauterkeitsrecht (UWG)", durchgeführt am 26. November 1997 vom Europa-Institut Zürich, sowie andererseits die Tatsache, dass zwei der meistbeachteten und -kommentierten Gerichtsentscheide der jüngsten Vergangenheit im Bereich "UWG und Medienberichterstattung" auf erstinstanzliche Urteile des Handelsgerichts des Kantons Bern zurückgehen (BGE 120 II 76 ff. "Mikrowellenöfen" bzw. "Elektroapparate" sowie 124 III 72 ff. "Kassensturz" [bzw. "Contra Schmerz"]).

Unlauterer Wettbewerb und Medienberichterstattung

A. Einleitung

Gemäss Art. 3 lit. a UWG handelt insbesondere unlauter, wer "andere, ihre Waren, Werke, Leistungen, deren Preise oder ihre Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Aeusserungen herabsetzt".

Diese Bestimmung ist sowohl für zivile wie für Strafgerichte von Bedeutung, erklärt doch Art. 23 UWG die vorsätzliche Begehung unlauteren Wettbewerbs nach den Artikeln 3 bis 6 UWG für strafbar (Antragsdelikte)¹. Der auch als "wirtschaftlicher Ehrenschutz" bezeichnete² Artikel 3 lit. a UWG hat seit seiner Inkraftsetzung vor 10 Jahren (auf den 1. März 1988) denn auch zu Urteilen sowohl der Zivilabteilungen³ wie des Kassationshofs⁴ des Bundesgerichts geführt. Diesen vergleichsweise wenigen höchstrichterlichen Präjudizien⁵ steht eine erstaunliche Zahl von Aufsätzen und

¹ Dass hier "typische Zivilrechtsnormen in Strafrechtsnormen gekleidet" worden seien, kritisiert Prof. Franz Riklin als "Systemwidrigkeit" (vgl. AJP 5/93 S. 623) und fordert deswegen bei deren Anwendung von den Strafgerichten "grösste Zurückhaltung" (a.a.O. S. 625 in fine); vgl. ferner die Hinweise in BGE 122 IV 36

² so von Bundesrichter Dr. Martin Schubarth in seinem Referat vom 26. November 1997

³ vgl. BGE 120 II 76 "Mikrowellenöfen", 123 III 354 sowie sic! 6/1997 S. 592 "Caritas-Studie", 124 III 72 "Kassensturz" (etwas ausführlicher publiziert in sic! 2/1998 S. 213, mit einer Urteilsanmerkung von Jürg Müller; vgl. nun auch ZbJV 134/1998 S. 296)

⁴ vgl. BGE 117 IV 193 "Bernina", 120 IV 32 "Beobachter" (bzw. "Jenischenhilfe"), 122 IV 33 "Anlageberater", 123 IV 211 (bzw. sic! 2/1998 S. 211) "Rinderwahnsinn"

⁵ Hinzu kommen (publizierte) Urteile kantonaler Gerichte, welche offenbar nicht nach Lausanne "weitergezogen" wurden; vgl. z.B. SMI 1991 S. 247 "Aufforderung zum Austritt" (bzw. "VCS/TCS", zivilrechtlich), SMI 1992 S. 109 "Kästle" (ebenfalls eine "Kas-

Abhandlungen gegenüber, welche dem Thema gewidmet sind⁶ - derart viele, dass ein und derselbe Fall mitunter durch unterschiedliche Stichworte bezeichnet wird⁷, was allenfalls den Schluss zulässt, dass die Autorinnen und Autoren nicht um sämtliche anderen Publikationen wussten ... Das enorme (auch öffentliche) Interesse am "wirtschaftlichen Ehrenschatz", welches durch den "Bernina"-Entscheid (117 IV 193) einen ersten Höhepunkt erreichte, dürfte damit zusammenhängen, dass sich ein ganzer Berufsstand - derjenige der Journalistinnen und Journalisten - in seiner Bewegungsfreiheit, wenn nicht gerade bedroht⁸, so doch zumindest eingeschränkt sieht. Deren teilweise recht unverblümt geäußerten Kritik (so auch am jüngsten Bundesgerichtsurteil i.S. "Kassensturz")⁹ steht das Interesse der von den Medien beschriebenen (und kritisierten) Wirtschaftssubjekten gegenüber, von derartiger negativer Darstellung in der Öffentlichkeit "verschont" zu werden, was - in ähnlich pointierter Weise, aber gerade in die gegenteilige Richtung zielend - in dem von Bundesrichter Hans Peter Walter zitierten sarkastischen Diktum Oscar Wildes seinen wohl stärksten Ausdruck finden dürfte, wonach die moderne Presse eine "unmittelbare Fortsetzung der mittelalterlichen Folter" sei¹⁰.

B. Auslegung von Art. 3 lit. a UWG in der Praxis: Geltungsbereich, kein Erfordernis einer "Wettbewerbsabsicht"

Aufgrund seiner Eingliederung in der systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR 241) ist das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 zum Privatrecht zu zählen; indessen war bereits das vormalige UWG von 1943 von einem "rein individualrechtlichen Verständnis des Lauterkeitsrechts zugunsten einer sozialrechtlichen Ausgestaltung" übergegangen und hatte "neben dem Mit-

sensturz"-Sendung des Fernsehen DRS betreffend, zivilrechtlich), SJZ 90/1994 S. 178 "BZ Bank/Bürgin" (strafrechtlich)

⁶ vgl. für die bis und mit 1993 erschienenen Publikationen die Verweise bei Urs Saxer in AJP 5/93 S. 606, FN 25/27; vgl. sodann die Zürcher Dissertationen von Richard Baur "UWG und Wirtschaftsberichterstattung" (1995) und Martin Taufer "Einbezug von Dritten im UWG (1997)", beide mit zahlreichen weiteren Verweisen

⁷ beispielsweise BGE 120 IV 193, gekennzeichnet mit "Beobachter" oder "Jenischenhilfe"; BGE 123 III 354, gekennzeichnet mit "Caritas-Studie" oder "K-Tip"

⁸ vgl. jedoch die Kritik des Berufsverbandes SJU, das "Bernina"-Urteil bewirke eine weitere Beschränkung der freien Berufsausübung der Medienschaffenden, und es habe "schlimme Präzedenzwirkung gerade im Bereich Wirtschaftsjournalismus", wo man ja nicht darum herumkomme, Beurteilungen von Firmen vorzunehmen (zitiert nach Ernst Zeller in SZW 1/93 S. 19)

⁹ vgl. hierzu die Hinweise bei Müller (FN 3) und Zeller (FN 8)

¹⁰ vgl. dessen Aufsatz "Das Wettbewerbsverhältnis im neuen UWG" in SMI 1992 S. 169 ff., hier S. 178/9

bewerber auch die übrigen Marktbeteiligten und namentlich die Allgemeinheit" in seinen Schutzbereich mit einbezogen. "In sachgerechter Fortführung dieser Normfunktion hat sich die Auffassung gefestigt, der Lauterkeitsschutz sei wirtschaftspolitisch nicht neutral zu halten, sondern funktional zu verstehen und in den Dienst eines funktionierenden Wettbewerbs zu stellen. Mithin sei eine Wettbewerbshandlung stets dann unlauter, wenn durch sie der Wettbewerb als solcher gefährdet oder die von ihm erwarteten Ergebnisse vereitelt würden"¹¹. Diese funktionale Betrachtungsweise, welche in der Botschaft zum UWG 1986 ausdrücklich genannt und somit angestrebt wurde, hat dazu geführt, dass das Wettbewerbsrecht heute "Normen sowohl aus dem privaten wie aus dem öffentlichen Recht" enthält; es "gehört somit zu beiden Rechtsgebieten"¹². Da nunmehr nicht bloss Konkurrentinnen und Konkurrenten, sondern auch Anbieter und Abnehmer aller Stufen (m.a.W. die Kundschaft der am Wettbewerb Teilnehmenden) sowie die Allgemeinheit Schutzsubjekte des UWG sind¹³, ist auch von einer "Dreidimensionalität des Wettbewerbs" die Rede¹⁴.

In seinem "Bernina"-Entscheid¹⁵ hat das Bundesgericht, in Auslegung der Gesetzesmaterialien, erstmals festgehalten, dass aufgrund dieser Zielsetzungen (insbesondere) des neuen UWG auch wettbewerbsrelevante Handlungen Dritter, die nicht unmittelbar - als Wettbewerber oder Kunden - in das Spiel der Konkurrenz eingriffen, vom Gesetz erfasst würden, mithin straf- oder zivilrechtlich verfolgt werden könnten. Zu diesen "Dritten" gehörten insbesondere auch Medien und Konsumentenorganisationen (BGE 117 IV 196/7). Der Begriff der "wettbewerbsrelevanten Handlung" wird dabei sehr weit gezogen: Bereits ein sehr schwacher, bloss peripherer oder mittelbarer Bezug zu einer wirtschaftlichen Betätigung soll genügen¹⁶, was aufgrund der klaren Sprache in der Botschaft auch von Autoren anerkannt wird, welche der heutigen Ausgestaltung des wirtschaftlichen Ehrenschatzes kritisch gegenüberstehen¹⁷. Eine

¹¹ Walter (FN 10) S. 172/73 (mit Verweis auf die jeweiligen Botschaften zu den UWG 1943 und 1986)

¹² Karl Matthias Hotz, Zur Bedeutung des UWG für die Massenmedien, SJZ 86/1990 S. 26-32, hier S. 28

¹³ vgl. in diesem Sinne den (Zweck-)Artikel 1 des UWG 1986: "Dieses Gesetz bezweckt, den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten".

¹⁴ Zeller (FN 8) S. 20/21; BGE 117 IV 196, beide mit Verweis auf die Botschaft zum UWG (BBI 1983 II 1058)

¹⁵ Auf eine Sachverhaltsdarstellung dieses und der weiteren erwähnten Bundesgerichtsentscheide wird aus Platzgründen verzichtet, zumal sie alle in der Amtlichen Sammlung publiziert sind.

¹⁶ so z.B. Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 1992, S. 33

¹⁷ so Nobel in SJZ 88/1992 S. 246/7 und Saxer (FN 6) S. 605

eigentliche "Wettbewerbsabsicht" wird vom Bundesgericht nicht verlangt; es genüge, dass Medienschaffende "im Interesse der Allgemeinheit Markttransparenz schaffen wollen", um damit einen Bezug zum Wettbewerb her- und sie so dem neuen UWG zu unterstellen (BGE 117 IV 198). An diesem Verzicht auf das (subjektive) Erfordernis der Wettbewerbsabsicht hat das Bundesgericht in seinen Entscheiden 120 II 78 "Mikrowellenöfen" und 120 IV 32 "Beobachter" trotz Kritik¹⁸ festgehalten, in einem unveröffentlichten Entscheid vom 13. Dezember 1994 i.S. Denner AG dann allerdings anerkannt, dass die Absichten und Motive eines Täters "in Grenzbereichen von ausschlaggebender Bedeutung seien"¹⁹, wobei einschränkend festgehalten werden muss, dass in einem Strafverfahren der subjektive Tatbestand ohnehin zu prüfen ist (vgl. Art. 23 UWG i.V. mit Art. 18 StGB)²⁰.

C. Der "journalistische Sorgfaltsmassstab" und der Fall "Kassensturz"

In der Folge versuchten einzelne Autoren, Kriterien zu entwickeln, nach denen Medienschaffende im Einzelfall vorzugehen hätten, um mit ihrer Berichterstattung nicht gegen das wettbewerbsrechtliche Lauterkeitsgebot zu verstossen²¹; auch die Richtlinien der Berufsverbände (sog. Pressekodex von 1972 als journalistischer "Berufsethos") wurden mitunter beigezogen, um einen "journalistischen Sorgfaltsmassstab" zu ermitteln. Dieser "modifizierte" funktionale Ansatz wurde von Andreas Meili, einem weiteren Referenten an der Tagung vom 26. November 1997 (vgl. FN 19) allerdings als "nicht überzeugend" bezeichnet, laufe er doch zuweilen auf blosser "Sprachkosmetik" hinaus, was Meili anhand des "Bernina"-Entscheides beispielhaft belegte, indem er zur Diskussion stellte, ob es einen Unterschied mache, wenn die Schlagzeile "Bernina nähtechnisch im Rückstand" mit einem Fragezeichen sei oder nicht²².

¹⁸ vgl. oben, FN 17

¹⁹ zitiert nach Dr. Andreas Meili (Leiter des Rechtsdienstes der TA-Media AG, Zürich) in seinem Referat vom 26. November 1997

²⁰ Wohl aus diesem Grund hielt die Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich in ihrem Freispruch vom 3. November 1993 i.S. "BZ Bank/Bürgin" fest, es sei "in subjektiver Hinsicht zu fordern, dass die fraglichen Äusserungen in Wettbewerbsabsicht getätigt wurden" (SJZ 90/1994 S. 184, mit Hinweis auf die Basler Dissertation von Galli "Die Bedeutung der Absicht bei Wettbewerbsverstössen und der Verletzung von Immaterialgüterrechten", 1991)

²¹ vgl. z.B. Zäch, ZSR 1992 S. 184; Zeller (FN 8), S. 24/5; Taufer (FN 6), S. 100/101.

²² - was den Verfasser dieser Ausführungen daran erinnerte, eines Tages im Berner Hauptbahnhof den einen Kiosk-Aushang einer bekannten Tageszeitung mit, den anderen (welcher genau dieselbe Schlagzeile enthielt) aber *ohne* Fragezeichen erblickt zu haben ...

Schliesslich hat der jüngste Bundesgerichtsentscheid "Kassensturz" (wonach es dem Anliegen einer sachbezogenen Information widerspricht, wenn der Eindruck geschaffen wird, Gesundheitsrisiken bestünden nur bei einem einzelnen Produkt [in concreto: "Contra-Schmerz"], nicht jedoch auch bei allen anderen Konkurrenzprodukten derselben Warengruppe [in concreto: Kombinations-Schmerzmittelpräparate]²³) nach Auffassung Saxers insofern eine Unsicherheit geschaffen, als Medienschaffende nunmehr wohl die Pflicht hätten, *sämtliche* vergleichbaren Konkurrenzprodukte ebenfalls zu nennen, dass es m.a.W. nicht genüge, dem Publikum mitzuteilen, das soeben kritisierte Produkt sei als "pars pro toto" bloss stellvertretend für eine ganze Warengattung oder -kategorie genannt worden; solches nötige indessen den Journalistinnen und Journalisten "umfassende Abklärungen über die Marktverhältnisse" ab, was "oft nur noch mit intimen Branchen- und Produktekenntnissen möglich" sei, "welche Medienschaffende in der Regel nicht haben, wohl aber die von einer Berichterstattung betroffenen Wirtschaftssubjekte"²⁴.

D. Die Verfassungs- bzw. EMRK-konforme Gesetzesauslegung und der Fall "Mikrowellenöfen"

Wenn geltend gemacht wird, Medienschaffende hätten dem Lauterkeitsgebot von Art. 3 lit. a UWG zuwider gehandelt, stehen jeweils auch Grundrechte auf dem gerichtlichen Prüfstand, nämlich ideelle Grundrechte, insbesondere die Presse- (Art. 55 BV) und Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK), auf der einen sowie die Handels-

²³ BGE 124 III 76/7

²⁴ vgl. Saxer in "plädoyer" 2/98 S. 37; Saxer dürfte sich dabei auf folgende Ausführungen im "Kassensturz"-Entscheid des Bundesgerichts beziehen: "*Vielmehr ... ist sicherzustellen dass die Kritik in gleicher Weise auch auf die gleichartigen Produkte derselben Kategorie oder auf sämtliche Wettbewerber mit denselben Eigenschaften bezogen wird*" (Erw. bb in fine, S. 77) sowie "*Dass die Nennung aller erhältlicher Kombinationsmedikamente ... nicht möglich wäre, behauptet die Beklagte nicht*" (Erw. cc S. 77). Es muss offen bleiben, ob die von Saxer vorgetragene Befürchtung begründet ist, m.a.W. ob das Bundesgericht (in späteren Fällen) tatsächlich verlangen wird, dass *sämtliche* Konkurrenten bzw. Konkurrenzprodukte genannt werden müssten. Auf den Fall "Rinderwahnsinn" (BGE 123 IV 211; auf diesen Entscheid bezieht sich das Bundesgericht auch in seinem "Kassensturz"-Urteil; vgl. BGE 124 III 76) übertragen, würde dies nämlich bedeuten, dass der Angeklagte einer strafrechtlichen Verurteilung nur dann entginge, wenn er seine Flugblätter vor *sämtlichen* Winterthurer Metzgereien verteilt haben sollte, was kaum die Meinung des Bundesgerichts gewesen sein dürfte (vgl. zu diesem Fall auch unten, D).

und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV)²⁵ auf der anderen Seite. Saxer warnte in seinem Aufsatz von 1993 vor der "Gefahr, dass die in der Verfassung vorausgesetzte Gleichrangigkeit der Grundrechte empfindlich gestört" werde, "indem durch die generelle Unterordnung ideellen Freiheitsgebrauches unter eine Regelung der Handels- und Gewerbefreiheit grundrechtsspezifische Unterschiede in den verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Schrankenausgestaltung nicht mehr wahrgenommen" würden²⁶. Er verlangte deshalb - wie dies das Bundesgericht schon für die Ehrverletzungsklagen getan hatte²⁷ - und unter Hinweis auf je einen Bericht bzw. Entscheid der Europäischen Kommission bzw. des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte²⁸ eine verfassungskonforme Auslegung der UWG-Bestimmungen, was auch vor der Bestimmung von Art. 113 Abs. 3 der Bundesverfassung standhalte, welche bloss gebiete, Bundesgesetze anzuwenden, nicht aber untersage, diese auf ihre Übereinstimmung mit den verfassungsmässigen (Grund-)Rechten zu prüfen²⁹. In seinem "Mikrowellenöfen"-Entscheid (ebenfalls aus dem Jahr 1993) sah sich auch das Handelsgericht des Kantons Bern veranlasst, den Sachverhalt im Lichte ideeller Grundrechte zu prüfen; der Beklagte H. hatte sich namentlich auf die persönliche Freiheit sowie die Forschungs- und Meinungsäusserungsfreiheit berufen. Es kam jedoch "nach verfassungskonformer Auslegung des UWG nicht zu einem anderen Schluss": Da der Beklagte in diversen Zeitschriften (so u.a. im "Journal Franz Weber") dazu aufgerufen habe, die bestehenden Mikrowellenöfen zu vernichten bzw. keine zu kaufen, handle es sich hier "nicht um übliche Nebeneffekte einer normalen ideellen Grundrechtsbetätigung, sondern um konkrete, wirtschaftliche Forderungen und Auswirkungen". Der Fall sei nicht vergleichbar mit demjenigen der öffentlich geführten Auseinandersetzung zwischen einer Sekte und einer Landeskirche, welcher in den Schutzbereich der Religions- und Meinungsäusserungsfreiheit fällt, und zwar auch dann, wenn die Kontroverse mit zu Einnahmeausfällen führenden Kirchenaustritten oder der Aufgabe der Sektenmitgliedschaft verbunden ist³⁰. Das Bundesgericht hielt in seinem Urteil vom 25. Februar 1994 (mit welchem es die Berufung des Beklagten abwies) ebenfalls fest, dass jener "mit Blick auf den Adressatenkreis seiner Aeusse-

²⁵ vgl. zur verfassungsrechtlichen Grundlage des UWG die Hinweise bei Saxer (FN 6) S. 607 FN 33

²⁶ Saxer (FN 6), S. 607

²⁷ vgl. hierzu eingehend BGE 118 IV 162 Erw. 4.c, mit Hinweisen

²⁸ Saxer (FN 6) S. 605 FN 36 und 37

²⁹ Saxer (FN 6) S. 606

³⁰ Urteil Nr. 7921 des Handelsgerichts vom 19. März/7. April 1993, S. 20. Das Beispiel mit der Auseinandersetzung zwischen Landeskirche und Sekte wird von Saxer (FN 6) S. 606 und 609 genannt.

rungen, aber auch mit deren wissenschaftlich wenig differenziertem Gehalt den rein akademischen Rahmen verlassen und sich wettbewerbsbezogen verhalten" habe, womit er dem Lauterkeitsgebot des UWG unterstehe. Positive wie negative Werbung mit wissenschaftlichen Angaben sei daher "im Interesse der Allgemeinheit und des funktionierenden Wettbewerbs bloss zuzulassen, wenn diese Angaben gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnis entsprechen, oder wenn jedenfalls unmissverständlich auf den Meinungsstreit hingewiesen wird" (BGE 120 II 81). Was schliesslich die vom Beklagten angeführten Grundrechte betraf, hielt auch das Bundesgericht fest, dass zwar im akademischen Rahmen jedermann frei sei, seine Erkenntnisse darzulegen, er im Wettbewerbsbezug dagegen nicht die Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen dürfe, wenn die derart vertretene Auffassung umstritten sei (BGE 120 II 82).

Gegen dieses Bundesgerichtsurteil führte H. EMRK-Beschwerde, indem er geltend mache, es verletze die Artikel 6, 8 und 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention. In ihrem Bericht vom 9. April 1997 hielt die Menschenrechtskommission (mit 10 zu 5 Stimmen) eine Verletzung von Art. 10 EMRK (Meinungsäusserungsfreiheit) für gegeben, während die geltend gemachten Rügen betr. Art. 6 und 8 EMRK einstimmig verworfen wurden. Die Kommissionsmehrheit erkannte zwar - gleich wie die Minderheit - dass H. in seinen Veröffentlichungen einen sehr polemischen Ton angeschlagen und seine Befunde durch Verwendung der Abbildung eines Sensemannes (als Symbol für den Tod, den die Mikrowellenöfen ihren Benutzerinnen und Benutzern brächten) verzerrt dargestellt habe, hielt sodann aber fest: "*In the Commission's opinion, however, the publications thereby made it clear to the reader that the applicant was aiming at expressing his own opinion on a matter on which he felt strongly, rather than engaging on a balanced and pondered scientific discussion*" (Bericht zur EMRK-Beschwerde Nr. 25181/94, Erw. 51). Demgegenüber anerkannte die Kommissionsminderheit (darunter auch das schweizerische Mitglied der Kommission), dass "*the Swiss courts carefully weighed the competing interests at stake*", denn die von H. verwendete Sprache sei "*highly emotionalised*" gewesen; "*in particular the association between microwave ovens and a Nazi extermination camp was considered as being exceedingly polemic and creating anxieties which were in no way scientifically justified as the applicant alleged*" (Nr. 25181/94, dissenting opinion).

In der Folge wurden die Schweizer Regierung und von jener das Handelsgericht des Kantons Bern zur Vernehmlassung zum Bericht der Menschenrechtskommission aufgefordert. Mit Schreiben vom 18. September 1997 hielt der Vizepräsident des Handelsgerichts fest, dass es H. auch nach seiner Verurteilung durch die schweizerischen Gerichte noch offen stünde, seine Ansichten ebenfalls ausserhalb des akademischen

Kontextes zu verbreiten, wenn er diese vorsichtiger, nämlich als Vermutung (These), formulieren würde. - Dieses Argument deckt sich mit demjenigen des Bundesgerichts in zwei Entscheiden aus der jüngsten Vergangenheit, mit denen es je eine straf- und eine zivilrechtliche Verurteilung aufgehoben und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen hat (Fälle 123 III 354 "Caritas-Studie" und 123 IV 211 "Rinderwahnsinn"): Im ersten Fall hielt das Bundesgericht nämlich fest, dass - im Unterschied zum Fall "Mikrowellenöfen" - die beanstandeten Behauptungen im Artikel der Beklagten (die Herausgeberin der Zeitschrift "K-Tip") "nicht als wissenschaftlich gesichert ausgegeben werden, sondern als Quelle bloss eine Studie aufgeführt wird, die zwar nicht 'Repräsentativität in einem streng wissenschaftlichen Sinne', aber doch einen 'recht hohen Aussagewert' beanspruchen könne" (BGE 123 III 365 Erw. 2b). Im zweiten Fall, der ein Strafverfahren gegen eine Person betraf, welche vor einer Winterthurer Metzgerei Flugblätter verteilt hatte, in denen auf eine möglichen Übertragung des Rinderwahnsinns auf den Menschen durch Fleischverzehr aufmerksam gemacht wurde³¹, erkannte das Bundesgericht - wiederum auf den "Mikrowellenöfen"-Fall Bezug nehmend -, dass "an Äusserungen in Flugblättern zu einer in der Wissenschaft umstrittenen Frage ... nicht dieselben Anforderungen" gestellt werden könnten wie an "wettbewerbsrelevante Aussagen in einem wissenschaftlichen Forschungsbericht" (BGE 123 IV 215/6). Ob es die stark übertreibende Sprache von H. im "Mikrowellenöfen"-Fall für die Leserinnen und Leser der Zeitschriften, in denen er seine (angeblich wissenschaftlich gesicherte) These verkündete, Mikrowellenöfen seien Krebs-erzeugend, klar machte, dass es sich eben nur um dessen persönliche (und gefühlsbetonte) Anschauung handelte (vgl. die oben zitierte Erwägung 51 der Menschenrechtskommission), darf des weitern angezweifelt werden. Allerdings stellt sich die Frage, ob die von ihm ausgewählten Zeitschriften, insbesondere das "Journal Franz Weber", im "objektiven Verständnis des Zielpublikums" (vgl. BGE 120 II 79) nicht ohnehin dazu angetan sind, Zweifel an der Seriosität des darin Behaupteten aufkommen zu lassen³².

³¹ Die Ausführungen im Flugblatt werden im Entscheid auf S. 212 wiedergegeben. Von Bedeutung erscheint vor allem die Formulierung "Es besteht der dringende Verdacht ...", welche - erst recht bei einem Flugblatt - genügend zurückhaltend sein dürfte.

³² Der Verfasser dieser Ausführungen erinnert sich nämlich, in besagter Zeitschrift schon vor Jahren eine Artikel-Serie über angeblichen, Junged-gefährdenden "Satanismus" in Texten diverser (von ihm teilweise durchaus geschätzten) Rock-Gruppen gelesen zu haben, worauf er seine Ansichten über die Seriosität dieser Zeitschrift entsprechend modifizierte und derjenigen einer Tageszeitung (vgl. oben, FN 22) anglich. Er befürchtet des weitern nicht, wegen dieser Äusserung vor Gericht gezogen zu werden, da es ja gerade "tägliches Brot" des (überdies akademisch gebildeten) Zielpublikums von

Der Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im "Mikrowellenöfen"-Fall steht noch aus.

E. Unlauterer Wettbewerb und Medienberichterstattung de lege ferenda

Mit Motionen, beide vom 15. Dezember 1993, verlangten die Nationalräte Peter Vollmer und Elisabeth Zölch die Schaffung eines Medienprivilegs im UWG (vergleichbar mit demjenigen von Art. 4 im alten UWG von 1943, welches im geltenden UWG 1986 ersatzlos gestrichen wurde) bzw. eine Ergänzung der Generalklausel von Art. 2 UWG, wonach nur unlauter handle, wer dies "zu Zwecken des Wettbewerbs tue" (womit die Wettbewerbsabsicht³³ gesetzlich festgeschrieben worden wäre). Beide Motionen wurden in der Folge (anlässlich der Revision des Medienstrafrechts in der Märzsession 1997) abgelehnt. Am 1. Juli 1997 reichte die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats indessen eine neue Motion ein, mit welcher sie den Bundesrat einlädt, "umgehend eine Vorlage für die Revision der Strafbestimmungen" des UWG zu unterbreiten, "welche die Grundrechte der Meinungs- und Informationsfreiheit besser wahrt" (Motion Nr. 97.3390). Diese Motion wurde am 30. September 1997 vom Nationalrat überwiesen, nachdem sich der Bundesrat zu deren Entgegennahme bereit erklärt hatte³⁴. Das letzte Wort zum Thema "Unlauterer Wettbewerb und Medienberichterstattung" dürfte demnach - auch nach einem Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im "Mikrowellenöfen"-Fall - noch für längere Zeit nicht gesprochen sein.

"Infointerne" ist, vorgebrachte Sachverhaltsbehauptungen einer kritischen Würdigung zu unterziehen

³³ vgl. hierzu oben, B

³⁴ nach Angaben der Dres. Martin Schubarth (FN 2) und Andreas Meili (FN 19)

Verzeichnis der bisher im Inforterne erschienenen Referate und Aufsätze

Anonymus

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

Aeschlimann Jürg, Prof.

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

Arzt Gunther, Prof. Dr. jur.

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

Binggeli Renate, Generalprokurator-Stellvertreterin

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

Brun Alex, Kammerschreiber

- Die Zahlungsfähigkeit Heft 11, S. 27 - 32

Burri Michael, Handelsgerichtsschreiber

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

Cavin Marcel, Oberrichter

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

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip Heft 2

Flotron Pascal, Staatsanwalt

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

Greiner Georges, Staatsanwalt

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

Haenssler Rolf, Oberrichter

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

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

Möckli Urs, Kammerschreiber

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

Naegeli Hans-Jürg, Oberrichter

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

Rieder François, Oberrichter

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

Schnell Beat, Staatsanwalt

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

Sollberger Jürg, Oberrichter

- Das Unmittelbarkeitsprinzip als gesetzliche Vorgabe und seine Umsetzung in der Praxis Heft 1, S. 23 - 36

- Einige Grundgedanken zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB Heft 3

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern

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

Trenkel Christian, Generalprokurator-Stellvertreter

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

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

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

Walter Hans Peter, Bundesrichter

- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht Heft 3

Zinglé Jürg, Untersuchungsrichter

- Beschränkung des Verfahrens auf den Scheidungspunkt? Heft 2