

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 12 / W I N T E R 1998

L I V R E 12 / H I V E R 1998

Inhaltsübersicht

Kurzes und ausgesprochen prosaisches Vorwort <i>Jürg Sollberger, Oberrichter</i>	3

Kursprogramm 1999	6

Anmeldung	8

Programme des cours 1999	9

Inscription	11

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen	12

Die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) <i>Andreas Jäggi, Oberrichter</i>	13

Die Glaubwürdigkeitslehre <i>Hansjürg Jester, Staatsanwalt</i>	21

Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen <i>Christian Leu, Kammerschreiber</i>	44

Verzeichnis der bisher im Inforinterne erschienenen Referate und Aufsätze	59

Kurzes und ausgesprochen prosaisches Vorwort

Wenn ein Heft wie das vorliegend mit einer Reihe von höchst interessanten Aufsätzen aufwarten kann, dann braucht es die - diesmal vorwinterlichen - Ergüsse des Redaktors nicht. Immerhin möchte ich die Gelegenheit nutzen, mich einmal mehr bei all denjenigen Kolleginnen und Kollegen zu bedanken, die auch in diesem Jahr wieder Zeit und Arbeit für die Gestaltung und Durchführung der Weiterbildung in der bernischen Justiz aufgewendet haben. Die Bedeutung dieser Weiterbildung für forensisch tätige Personen im ganzen Berufsspektrum wird immer grösser, und es verwundert nicht, dass zwischen den verschiedenen Institutionen, die sich mit Weiterbildung befassen, ein gewisser Kampf um angebliche Marktanteile entstanden ist.

Diese Auseinandersetzung ist, so scheint mir, wenig sinnvoll. Wesentlich ist vielmehr, dass das Bedürfnis nach Aus- und Weiterbildung befriedigt werden kann, und dazu braucht es den koordinierten Einsatz all derjenigen, die in der Lage sind, Wissen und praktische Erfahrung weiterzugeben. Dabei hat es Platz für Institute der Universität, für Gesellschaften, Stiftungen und Vereine, die sich die Weiterbildung auf die Fahne geschrieben haben, wie auch für Praktiker aus allen Lagern. Koordination statt Konkurrenz, dies müsste die Lösung sein. Die Zielsetzungen des geplanten Zentrums für forensische Praxis (vgl. Inforeinterne Nr. 11) gehen denn auch in dieser Richtung. Es ist keineswegs beabsichtigt, etwa die Universität zu unterlaufen, ganz im Gegenteil. Es ist davon auszugehen, dass ein Miteinander in gewissen Bereichen und eine unabhängige, aber sinnvolle Ergänzung in anderen Bereichen, zu einer optimale Ausschöpfung der Möglichkeiten und damit zum bestmöglichen Aus- und Weiterbildungsangebot führen könnte. Daran arbeiten wir.

Darum finden sich denn auch in diesem Inforeinterne Hinweise sowohl auf hauseigene wie auch auf Veranstaltungen von Dritten. Eben Koordination, und nicht Konkurrenz. In diesem Sinne ein frohes Weihnachtsfest und ein gutes neues Jahr.

Jürg Sollberger

P.S.

Es ergeben sich immer wieder Fragen im Zusammenhang mit der Finanzierung von Kursen und Veranstaltungen.

Darum sei an dieser Stelle noch einmal auf das Grundsätzliche verwiesen:

- der dem Obergericht zustehende Kredit für die Weiterbildung ist reserviert für die Finanzierung der Veranstaltungen, die durch die Weiterbildungskommission des Obergerichts geplant und durchgeführt werden, sowie für die Kosten der Kursteilnahmen an Veranstaltungen Dritter der Mitglieder und Mitarbeiter des Obergerichts.
- den Kreisgerichten, Jugendgerichten, den Untersuchungsrichterämtern und der Staatsanwaltschaft stehen Kredite zu, die je nach Grösse der Institutionen zugemessen sind, und die für die Kosten der Weiterbildungsveranstaltungen auf dieser Stufe sowie für die Kosten der Kursteilnahmen an Veranstaltungen Dritter zur Verfügung stehen. Die Kreditverwaltung erfolgt selbständig innerhalb der betreffenden Institutionen.
- die Teilnahme an Veranstaltungen, die im Inforterne publiziert werden (eigene und solche Dritter), gilt als grundsätzlich bewilligt. Die zur Kreditsprechung zuständigen Stellen müssen sich jedoch vorbehalten, bei zu grosser Nachfrage und drohender Kreditüberschreitung Absagen zu erteilen.
- für die Teilnahme an anderen als im Inforterne erwähnten Veranstaltungen ist vorgängig abzuklären, ob aus den Krediten der entsprechenden Stufe eine Finanzierung überhaupt möglich ist. Grundsätzlich steht der Entscheid dem verantwortlichen Geschäftsleiter oder der Geschäftsleiterin zu. Im Zweifelsfalle empfiehlt sich eine Rückfrage beim ABA der JGKD. Für den Bereich des Obergerichts ist in diesen Fällen die Weiterbildungskommission zuständig.

P.S.

Des questions au sujet du financement des cours et des manifestations sont régulièrement posées. Il est renvoyé à ce propos aux principes fondamentaux:

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

Kursprogramm 1999

Kurs 1: *Die Anhörung von Kindern im Scheidungsverfahren der Eltern*

Kursleitung: Frau OR Lüthy-Colomb, Prof. Felder, Dr. Gamper

Dauer: 1 Tag

Termin: im April/Mai 1999

Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

Kurs 2: *Das psychiatrische Gutachten*

Möglichkeiten, Erwartungen, praktischer Nutzen

Kursleitung: Dr. Mielke, Generalprokurator Weber, Frau UR Janggen, Frau Fürsprecherin Mühlematter

Dauer: 1 Tag

Termin: Mittwoch, 5. Mai 1999

Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

Kurs 3: *Rechtshilfe in Strafsachen*

Kursleitung: Staatsanwalt Fels, Vizedirektor BAP Wyss, OR Sollberger

Dauer: 1 Tag

Kursart: Referate und Übungen

Termin: Mittwoch, 9. Juni 1999

Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

Kurs 4: *Das neue Scheidungsrecht*

offen für alle im Zivilbereich tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der bernischen Justiz

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

Dauer: 1 Tag

Termin: Freitag, 22. Oktober 1999

Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

Kurs 5: **Das neue Strafverfahren**
 offen für Mitglieder BAV und der im Strafbereich tätigen
 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der bernischen Justiz
 Kursleitung: Christian Trenkel
 Referenten: GP Reusser, GP Stucki, Frau Fürsprecherin Saluz, Dr.
 Brönnimann
 Dauer: 1/2 Tag
 Termin: Mittwoch, 10. November 1999, 13.30 - 18.00 Uhr
 Kursort: Aula Freies Gymnasium

Kurs 6: **Workshop: Vom Umgang vor Gericht**
 offen für Mitglieder BAV und Justiz
 Kursleitung: Prof. Dittmann, Fürsprecher S. Lemann, OR Sollberger
 Referenten: Anwälte, Richter und Staatsanwälte im Gespräch, Seminar und
 Übungen zur Verhandlungsgestaltung
 Dauer: 1 Tag
 Termin: Mittwoch, 17. November 1999
 Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal

Hinweis:

Ausbildungskurs für neugewählte Gerichtspersonen. Dieser obligatorische Einführungskurs findet erstmals seit der Justizreform wieder statt und zwar in der Zeit vom 1. - 27. März 1999. Die Kursteilnehmer werden direkt aufgeboten.

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

Anmeldung:

Bitte Anmeldung rechtzeitig einsenden.



Ich melde mich für die Teilnahme an folgendem Kurs für 1999 an:
(mehrere Kursanmeldungen möglich)

- Kurs 1
- Kurs 2
- Kurs 3
- Kurs 4
- Kurs 5
- Kurs 6

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

Weitere Alternative: Kurs Nr. _____
Kurs Nr. _____

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

Name: _____

Vorname: _____

Funktion: _____

Amtsstelle: _____

Einsenden bis 31. Januar 1999 an:

Obergericht des Kantons Bern
Sekretariat der Weiterbildungskommission
Hochschulstrasse 17
3012 Bern

Programme des cours 1999

Cours 1: **L'audition des enfants dans le procès en divorce des parents**

Direction du cours: Mme la Juge d'appel Lüthy-Colomb, M. le Professeur Felder, M. le Docteur Gamper

Durée: 1 jour

Date: avril/mai 1999

Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Cours 2: **L'expertise psychiatrique**

Possibilités, attentes, utilité pratique

Direction du cours: M. le Docteur Mielke, M. le Procureur général Weber, Mme la Juge d'instruction Janggen, Me Mühlematter

Durée: 1 jour

Date: mercredi 5 mai 1999

Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Cours 3: **L'entraide en matière pénale**

Direction du cours: M. le Procureur Fels, M. le Vice-Directeur de l'Office fédéral de la police Wyss, M. le Juge d'appel Sollberger

Durée: 1 jour

Forme: conférences et exercices

Date: mercredi 9 juin 1999

Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Cours 4: **Le nouveau droit du divorce**

ouvert aux magistrats de la justice civile bernoise ainsi qu'à leurs collaborateurs et collaboratrices

Direction du cours: M. le Professeur Hausheer, M. le Professeur Geiser, Mme Ruth Reusser, Docteur en droit, M. le privat-docent Sutter, Mme la Juge d'appel Lüthy-Colomb

Durée: 1 jour

Date: vendredi 22 octobre 1999

Lieu: Amthaus Berne, Salles des assises

Cours 5: La nouvelle procédure pénale

ouvert aux membres de l'AAB et aux magistrats de la justice pénale bernoise ainsi qu'à leurs collaborateurs et collaboratrices.

Direction du cours: M. le Procureur Christian Trenkel

Conférenciers: M. le Président de tribunal Reusser, M. le Président de tribunal Stucki, Me Saluz, Me Brönnimann

Durée: 1/2 jour

Date: mercredi 10 novembre 1999 de 13h30 à 18h00

Lieu: Aula du „Freies Gymnasium“

Cours 6: Workshop: Des manières devant un tribunal

destiné aux membres de l'AAB et de la justice

Direction du cours: M. le Professeur Dittmann, Me S. Lemann, M. le juge d'appel Sollberger

Conférenciers: Avocats, juges et procureurs

Forme: Discussions, séminaire et exercices en relation avec l'audience

Durée: 1 jour

Date: mercredi 17 novembre 1999

Lieu: Amthaus Berne, Salle des assises

Mention:**Cours pour le personnel des tribunaux nouvellement nommé.**

Ce cours d'introduction obligatoire est répété pour la première fois depuis la réforme judiciaire et se déroulera du 1^{er} au 27 mars 1999. Les participants seront convoqués directement.

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

Inscription:

Veillez svpl envoyer votre inscription à temps.



Je participerai au cours suivant en 1999 (possibilité de s'inscrire à plusieurs cours):

- Cours 1
- Cours 2
- Cours 3
- Cours 4
- Cours 5
- Cours 6

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

Autre alternative: Cours N° _____
Cours N° _____

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

Nom: _____ Prénom: _____

Fonction: _____ Lieu: _____

A RENVoyer JUSQU'AU 31 JANVIER 1999:

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

Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen

1999 und folgende Jahre (soweit heute bereits bekannt)

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

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

1. Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter

Die Veranstaltungen der Stiftung werden wie üblich in Gerzensee durchgeführt.

Justiz und Kommunikation: 4./5. März 1999

Bankgeschäfte II: 11./12. März und Oktober 1999

2. Schweizerischer Juristenverein

p.m.

3. Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter

p.m.

4. Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft

Jahrestagung am 27./28. Mai 1999 in Lugano, Veranstaltungsthema: Strafprozess und Öffentlichkeit

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

5. Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich

Verschiedene Veranstaltungen gem. Spezialprogramm jeweils in der Universität Zürich-Irchel, Dauer von 09.30 - ca. 12.00 Uhr, insbesondere

16.1.1999: Arglist - die Klippe des Betrugs, Frau Prof. U. Cassani

2. + 5.2.1999: Beweiswürdigungsprobleme bei Beziehungsdelikten

16. + 19.3.1999: Aertzliche Kunstfehler und ihre Ermittlung

6. Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

10. - 12. März 1999 Jahrestagung in Interlaken zum Thema: Wirtschaftskriminalität

7. BAV

p.m.

Die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE)

(Andreas Jäggi, Oberrichter)

Die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) scheint auch in der Justiz ein weitgehend unbekanntes Randgebiet zu sein. Gerne benütze ich daher die Gelegenheit, sie wenigstens den Leserinnen und Lesern der INFOINTERNE etwas näher zu bringen.

Gesetzliche Grundlage der FFE bilden die Art. 397a ff des ZGB.

Danach müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein

- Geisteskrankheit/Geistesschwäche/Trunksucht oder andere schwere Suchterkrankung/schwere Verwahrlosung
- die nötige persönliche Fürsorge kann nicht anders erwiesen werden
- es muss eine zur Unterbringung geeignete Anstalt vorhanden sein.

Die Ordnung des Verfahrens ist - unter Regelung gewisser Grundsätze im ZGB (Art. 397e und Art. 397f) - den Kantonen überlassen.

Im Kanton Bern erfolgte diese durch das Gesetz über die fürsorgerische Freiheitsentziehung und andere Massnahmen der persönlichen Fürsorge vom 22.11.1989, FFEG (in Kraft seit 1.1.1991, vorher galt eine VO vom 10.12.80).

Regelung im Kanton Bern:

1) Einweisende Instanz:

- bei Mündigen oder entmündigten Personen: Regierungsstatthalter (bei Burgern der Stadt Bern mit Wohnsitz in Bern Oberwaisenkammer)
- bei unmündigen Personen: Vormundschaftsbehörde
- nur bei notfallmässigen Einweisungen (Art. 12 FFEG) und nur bei psychisch Kranken oder Suchtkranken (nicht bei lediglich Verwahrlosten) alle im Kanton Bern zur Berufsausübung zugelassenen Aerzte
- ebenfalls nur in Notfällen der Vormund bei Bevormundeten (Art. 11 FFEG)

Oertliche Zuständigkeit: Zuständig ist die Behörde am Wohnsitz der betroffenen Person, bei Notfällen auch die Behörde am Aufenthaltsort (Art. 9 FFEG).

Betr. Unmündige: Die Heimeinweisung untersteht den Vorschriften über FFE (314a ZGB).

2) Entlassung

Grundsatz: Die betroffene Person muss entlassen werden, sobald ihr Zustand es erlaubt (Art. 13 FFEG). Diejenige Behörde, die eingewiesen hat, entlässt auch. Normalerweise ist dies der Regierungsstatthalter. Anders verhält es sich bei der ärztlichen Einweisung - diese fällt spätestens nach 6 Wochen von Gesetzes wegen dahin, es sei denn, es sei in der Zwischenzeit durch die zuständige Behörde im ordentlichen Verfahren die fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet worden (Art. 17 FFEG). Erlaubt der Zustand der vorsorglich ärztlich eingewiesenen Person die Entlassung vor Ablauf der 6 Wochen, hat die Klinikleitung selbstverständlich die Entlassung anzuordnen.

Die Entlassung einer auf unbestimmte Zeit eingewiesenen Person erfolgt:

- auf entsprechenden Antrag der Anstaltsleitung durch den Regierungsstatthalter
- durch die Anstaltsleitung selbst, wenn ihr vom Regierungsstatthalter formell die Entlassungsbefugnis übertragen worden ist
- auf Gesuch der betroffenen oder einer ihr nahestehenden Person
- gestützt auf die von der für die Entlassung zuständigen Behörde oder Anstaltsleitung jährlich vorzunehmende Ueberprüfung, ob die Zurückbehaltung weiterhin notwendig ist (Art. 18 FFEG)

3) Rechtsmittel

Rekurs gemäss Art. 34 FFEG: Die betroffene oder eine ihr nahestehende Person kann gegen die Anordnung einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung oder gegen die Abweisung eines Entlassungsgesuches innert 10 Tagen seit der Mitteilung bei der Rekurskommission für fürsorgerische Freiheitsentziehungen schriftlich Rekurs erheben.

Die Beurteilung der Rekurse erfolgt durch die Rekurskommission FFE als einzige kantonale Instanz.

Ihr gehören Oberrichter (zur Zeit auch eine Oberrichterin) sowie Fachrichterinnen und Fachrichter an. Die gesetzlichen Anforderungen für die Wählbarkeit von Fachrichterinnen oder Fachrichtern sind : Arzt evt. Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie, mit Erfahrung in Behandlung/Betreuung von psychisch Kranken bzw. Person mit anerkannter Ausbildung in Sozialarbeit und Erfahrung in Behandlung und Betreuung von Suchtkranken. Wenigstens ein der insgesamt 12 Fachrichter muss über eine besondere Ausbildung und Erfahrung in der Behandlung und Betreuung von verhaltensschwierigen Kindern und Jugendlichen verfügen.

Als Spruchbehörde, d.h. im einzelnen Fall, besteht die Rekurskommission aus einem Mitglied des Präsidiums (Oberrichterin oder Oberrichter), das Vorsitz führt, und zwei Fachrichterinnen oder Fachrichtern (dazu Kammerreiber/in oder Kanzleiangestellte als Sekretär/in). Die Fachrichterinnen und Fachrichter werden möglichst unter Berücksichtigung der Art des zu behandelnden Falles beigezogen, bei Rekursen psychisch Kranker also mindestens eine Ärztin oder ein Arzt, bei Rekursen gegen Heimeinweisung von Kindern die (zur Zeit einzige) Kinderpsychiaterin.

4) Rekursfälle

Es können 5 verschiedene Fälle unterschieden werden, in denen Rekurs erhoben werden kann:

a) gegen eine notfallmässige ärztliche Einweisung (Art. 12 FFEG)

Nur wenn Gefahr im Verzug liegt, ist ein im Kanton Bern zur Berufsausübung zugelassener Arzt berechtigt, eine psychisch kranke oder suchtkranke Person in eine Klinik einzuweisen. Sobald der Gefahrenzustand beendet ist, muss die Person von der Klinik entlassen werden, spätestens aber nach 6 Wochen, wenn nicht in der Zwischenzeit eine ordentliche Einweisung auf unbestimmte Zeit verfügt wurde.

Der Arzt sollte der betroffenen Person die Gründe für die Einweisung zumindest mündlich eröffnen. Die Klinik muss - sobald sie im Besitze des Arztzeugnisses ist - eine Kopie desselben der betroffenen Person aushändigen (Art. 29 Abs. 2 FFEG).

b) gegen eine vorsorgliche Einweisung durch den Regierungsstatthalter zur Begutachtung (Art. 27 FFEG)

Grundsätzlich hat die Abklärung, ob eine FFE angeordnet werden muss oder nicht, ambulant zu erfolgen. Eine stationäre Begutachtung kommt nur in Frage, wenn ein akuter Gefahrenzustand besteht und ein Arzt deswegen schon die Klinikeinweisung verfügt hat (litt. a hievor) oder wenn die Begutachtung ambulant nicht möglich ist.

Weist nicht ein Arzt, sondern ein Regierungsstatthalter ein, muss bei psychisch Kranken ein schriftliches ärztliches Zeugnis vorliegen.

Die Zurückbehaltung in der Klinik zur Begutachtung darf nur solange dauern, als dies für die Abklärung unbedingt erforderlich ist, längstens jedoch 6 Wochen.

Nach ständiger Praxis der Rekurskommission ist dabei die Zeit, die eine Person nach einer notfallmässigen ärztlichen Einweisung gemäss Art. 12 FFEG in der Klinik verbringt, und die Zeit, die eine Person nach einer vorläufigen Einweisung durch den Regierungsstatthalter gemäss Art. 27 FFEG in der Klinik verbringt, zusammenzurechnen. Sie darf gesamthaft nicht mehr als 6 Wochen betragen.

Die 6-Wochenfrist beginnt also nicht mit jeder Verfügung neu zu laufen.

c) gegen eine ordentliche Einweisung durch den Regierungsstatthalter (Art. 8 und 9 FFEG)

Gestützt auf ein Gutachten darf der Regierungsstatthalter eine Person in eine Anstalt oder Klinik einweisen, wenn einer der in Art. 8 FFEG (bzw. 397a ZGB) genannten Gründe vorliegt, Selbst- oder Fremdgefährdung gegeben und die Einweisung verhältnismässig ist.

Voraussetzungen:

- Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, andere Suchterkrankungen, schwere Verwahrlosung
- die nötige persönliche Fürsorge kann nicht anders erwiesen werden
Hier geht es um eine Heilung allenfalls wenigstens Verbesserung des Gesundheitszustandes durch den Aufenthalt in der Klinik/Anstalt innerhalb absehbarer Zeit. Die nötige persönliche Fürsorge erweisen bedeutet betreuen, pflegen und behandeln (Spirig, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung, Zürcher Kommentar, N.196 ff zu Art. 397a ZGB) Dabei muss das konkrete Behandlungskonzept genügend Erfolg versprechen, denn die FFE

muss dort entfallen, wo auch die Anstaltseinweisung nichts mehr ausrichten kann (Spirig, a.a.O. N. 203 zu Art. 397a ZGB).

– Verhältnismässigkeit / Frage der Selbst- oder Fremdgefährdung

Verhältnismässig ist die Massnahme nur, wenn es keine andere Möglichkeit der Behandlung gibt. Dies ist stets dann der Fall, wenn die Selbst- oder Fremdgefährdung bejaht werden muss.

Erhebliche Selbstgefährdung bedeutet nicht nur Suizidgefahr. Darunter zu subsumieren ist auch die ernstliche Gefährdung der Gesundheit. Das Bundesgericht hat die Verhältnismässigkeit der FFE bejaht, wenn der Betroffene für sich eine Gefahr bildet, indem er hochwertige Güter wie Leben und Gesundheit gefährdet. Eine Gesundheitsgefährdung ist jedoch erst dann so erheblich, dass sich eine FFE rechtfertigen kann, wenn sie so intensiv ist, dass sie lebensgefährlich werden kann.

Bei der Einschätzung der Fremdgefährdung geht es nicht nur um Gefahren für Leib und Leben, sondern auch um die elementare Gefährdung des Wohlbefindens und der seelischen Gesundheit von Dritten (Spirig, a.a.O. N. 341 ff zu Art. 397a ZGB).

Ist weder Selbst- noch Fremdgefährdung gegeben, darf eine Person nur in einer Anstalt zurückbehalten werden, wenn die Gefahr eines sofortigen Rückfalls besteht (Spirig, a.a.O., N. 263 zu Art. 397a ZGB). Darunter ist ein sofortiger Rückfall in die Selbst- oder Fremdgefährdung zu verstehen.

d) gegen die Einweisung eines Kindes durch die Vormundschaftsbehörde (Art. 10 FFEG)

Wird ein Kind von einer Behörde in einer Anstalt untergebracht (Art. 310 ZGB), gelten sinngemäss die Bestimmungen über die gerichtliche Beurteilung und das Verfahren über die fürsorgliche Freiheitsentziehung gegenüber mündigen oder entmündigten Personen, wobei das Kind nach Vollendung des 16. Altersjahres selbständig Rekurs einlegen kann (Art. 314a ZGB). Das Rekursrecht steht auch den Eltern zu.

Zuständig zur Beurteilung eines solchen Rekurses ist die kantonale Rekurskommission für fürsorgliche Freiheitsentziehungen, welche bei kombinierten Massnahmen (Obhutsentzug und Einweisung in eine Anstalt) auch über die Aufhebung des Obhutsrechts zu befinden hat.

Ist eine Verhinderung der Gefährdung des Kindes nicht anders möglich, so hat die Vormundschaftsbehörde es den Eltern wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen (Art. 310 ZGB). Eine Gefährdung ist dann gegeben, wenn das Kind unter elterlicher Obhut in

seiner körperlichen, geistigen und sittlichen Entwicklung nicht genügend geschützt und gefördert wird. Die Gefährdung wird immer dann gegeben sein, wenn auch Art. 397a ZGB erfüllt wäre. Es können aber auch Umstände eine Gefährdung bedeuten, die bei Erwachsenen noch nicht zu einer Einweisung nach Art. 397a ZGB führen würden; die materiellen Voraussetzungen nach Art. 310 ZGB sind also weiter gefasst als diejenigen nach Art. 397a ZGB. Ein Obhutsentzug setzt weder voraus, dass schon ambulante Massnahmen versucht wurden und misslungen sind, noch, dass das Kind schon Schaden genommen hat, sondern nur, dass der Schaden sich nicht anders abwenden lässt als durch einen Obhutsentzug. Die elterliche Obhut umfasst die Verantwortung für Pflege, Erziehung und Aufenthaltsort. Sie muss entzogen werden, wenn wenigstens in einem dieser Bereiche qualifizierte Mängel vorliegen. Da aber die Grundsätze der Proportionalität und der Subsidiarität zu beachten sind, muss die Gefährdung des Kindes so ernstlich sein, dass andere Kindesschutzmassnahmen erfolglos geblieben sind oder zum vornherein als ungenügend erscheinen.

e) gegen den Abweisungsentscheid über ein Entlassungsgesuch

Gleichgültig wie eine Person eingewiesen ist und wie lange schon, kann sie immer wieder und jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen. Hier ist zu beachten, dass die Klinik, wenn sie ein Entlassungsgesuch ablehnen will, dies nicht selber tun darf, sondern das Gesuch mit ihrer ablehnenden Stellungnahme zum Entscheid an die einweisende Behörde weiterleiten muss (Art. 19 Abs. 3 FFEG). Einzig bei der ärztlichen Einweisung (oben litt. a) darf die Klinik das Entlassungsgesuch selbständig abweisen.

5) Aufgabe der Rekurskommission

Auf Rekurs hin die Ueberprüfung der Rechtmässigkeit der Einweisung oder Zurückbehaltung der betroffenen Person in der Klinik bzw. Anstalt (Art. 397 a ff ZGB, Art. 21 ff FFEG).

Da es um die persönliche Freiheit, eines der wichtigsten Güter des Menschen, geht, muss hierüber sehr rasch entschieden werden.

Das Gesetz (Art. 397 f ZGB) schreibt ein rasches Verfahren denn auch ausdrücklich vor. _

Die Rekurskommission hat es sich deswegen zum Ziel gesetzt, einen eingegangenen Rekurs möglichst noch in der gleichen Woche, spätestens aber nach sieben Tagen zu beurteilen.

a) Verfahren vor der Rekurskommission

Grundsätzlich ist eine mündliche Befragung des Rekurrenten vorgeschrieben (Sonderfall Art. 44 Abs. 2 FFEG).

Die Verhandlung ist nicht öffentlich (Schutz des Betroffenen).

Die Verbeiständung durch einen Anwalt oder durch eine nahestehende Person ist möglich.

Unter Umständen erfolgt die Beiordnung eines Anwaltes von Amtes wegen (Art. 47 FFEG), wenn die betroffene Person unmündig oder nicht in der Lage ist, ihre Rechte zu wahren, und auch gesetzlicher Vertreter bzw. zur Vertretung bestellte nahestehende Person zur Wahrung der Rechte nicht genügend in der Lage ist.

Hinsichtlich der Beiordnung von Anwälten ist die Rekurskommission - im Einklang mit der Praxis des Bundesgerichts - sehr zurückhaltend, dies weil im FFE-Verfahren die Officialmaxime gilt und das Rekursverfahren in formeller Hinsicht sehr einfach gestaltet ist. Als Rekursklärung genügt beispielsweise die Formulierung "ich erhebe Rekurs", "ich will die Klinik verlassen", "ich verlange die Entlassung", "ich will raus" und ähnliches. Eine Begründung ist nicht erforderlich.

b) Wichtigste Grundsätze:

- Wahrung des rechtlichen Gehörs
- Wahrung des Prinzips der Verhältnismässigkeit

Die Aufgabe der Rekurskommission besteht wie erwähnt u.a. in der Prüfung der Rechtmässigkeit der Entscheide, insbesondere der Einhaltung dieser Prinzipien, und der Beurteilung, ob die Voraussetzungen für Einweisung/Zurückbehaltung auch im Zeitpunkt der Beurteilung durch die Rekurskommission noch gegeben sind.

Wahrung des rechtlichen Gehörs bedeutet

- grundsätzlich kein Entscheid ohne vorherige Anhörung des Betroffenen
- bei ärztlicher Einweisung, dass Arzt, der Zeugnis ausstellt, den Betroffenen unmittelbar vorher selbst gesehen haben muss,
dass Regierungsstatthalter (oder Vormundschaftsbehörde), welche Einweisung verfügt, den Betroffenen vorher hiezu angehört haben muss,

dass auch Rekurskommission den Betroffenen mündlich einvernehmen muss (Art. 397 f Abs. 3 ZGB), dies ist notwendig auch wegen des persönlichen Eindrucks.

Wahrung des Prinzips der Verhältnismässigkeit heisst

- eine Einweisung darf nur erfolgen, wenn keine mildere Massnahme angezeigt ist (vgl. auch Wortlaut von Art. 397a ZGB)
- vorsorgliche Einweisung nur in wirklichen Notfällen
- Zurückbehaltung nur solange nötig (s. Art. 397a Abs. 3 ZGB und 6-Wochen-Frist im kt. Gesetz)
- keine Einweisung zur Begutachtung, wenn diese ambulant möglich ist (letzteres dürfte nicht der Fall sein bei Flucht/Entweichung, Nichtbefolgung Vorladung, Verweigerung der Begutachtung oder bei Kombination mit notfallmässiger Einweisung).

Vortrag von Staatsanwalt H.J. Jester z.H. der Arbeitstagung der Region III Bern-Mittelland vom 1.September 1998

Die Glaubwürdigkeitslehre

Meine Ausführungen zu diesem Thema können keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben und in der relativ kurzen Zeit, die mir zur Verfügung steht, kann es nur darum gehen, den Einstieg in die schwierige Materie zu erleichtern und vor allem Sie als Praktiker zu animieren, sich mit dem betreffenden Gebiet näher auseinanderzusetzen. Meine Ausführungen werden notgedrungen auch eher theoretischer Natur sein, doch ist Praxis ohne Theorie blind.

Über die Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises wurde seit jeher geklagt. Trotz seiner Mängel hat eben diese Art von Beweis seine überragende Bedeutung für das Gerichtsverfahren nahezu unangefochten beibehalten und daran wird sich auch in Zukunft nicht viel ändern. Grund genug, die Treffsicherheit bei der Beurteilung von Zeugenaussagen zu verbessern, indem sich der Praktiker vertieft mit den Erkenntnissen der Aussagepsychologie befasst. Leider lässt die Ausbildung der Richter auf diesem Gebiet noch zu wünschen übrig; man vertraut allzusehr auf Naturbegabung und Berufserfahrung. Dabei gibt es bekanntlich auch Berufsanfänger, die Urteile fällen, und „manche halten das für Erfahrung, was sie 20 Jahre lang falsch gemacht haben“ (B. Shaw). Was wir brauchen, ist ein lehr- und lernbares Wissen auf diesem Gebiet.

Ich werde mich nun mit 3 Themenkreisen befassen:

1. Der Irrtum
2. Die Lüge
3. Der Bereich zwischen Irrtum und Lüge

1. Der Irrtum

Der Lügner will nicht die Wahrheit sagen, der Irrende kann es nicht, auch wenn er es noch so sehr will. Den Lügner kann man mit Hilfe der Glaubwürdigkeitskriterien entlarven, den „halben“ Lügner mit geschickter Vernehmungstechnik zur Wahrheit motivieren. Beim Irrtum hingegen kann man nur mögliche Irrtumsquellen in Betracht ziehen und sie für die Bewertung der Aussage berücksichtigen. Daraus ergibt sich, dass der Irrtum der grössere Feind der Wahrheit ist als die Lüge.

Eine irrumsfreie Aussage setzt voraus, dass die Auskunftsperson

- das Ereignis richtig und vollständig wahrgenommen hat,
- sich richtig und vollständig an das Ereignis erinnern kann,
- ihre Erinnerung richtig und vollständig wiedergeben kann, wobei der Richter sie auch richtig verstehen muss.

Dies setzt voraus, dass weder Wahrnehmungs-, Erinnerungs- noch Wiedergabefehler vorliegen. Die völlig fehlerfreie Aussage vor Gericht ist eher die Ausnahme als die Regel, wobei von den fehlerhaften Aussagen der grössere Teil dem Irrtum und nur der geringere der Lüge zuzurechnen ist. Dazwischen befindet sich das breite und fließende Spektrum „zwischen Irrtum und Lüge“.

Beim Irrtum unterscheidet man zwischen dem

- echten einerseits: hier werden wirklich gemachte Wahrnehmungen entweder schon fehlerhaft aufgenommen, falsch verarbeitet, in der Erinnerung verfälscht oder fehlerhaft wiedergegeben;
- dem unechten andererseits, auch „gutgläubige Unwahrheit“ genannt: hier werden zwar auch irgendwelche Wahrnehmungen gemacht. Sie haben aber mit dem, woran sich der Zeuge zu erinnern glaubt, wenig oder gar nichts zu tun. Der Zeuge glaubt zwar mehr oder weniger fest an das, was er sagt, und gleichwohl handelt es sich um ein „Phantasieprodukt“ in dem Sinne, dass die Aussage zwar

unbrauchbar ist, was aber nicht ausschliesst, dass es trotzdem so gewesen sein könnte.

Nun zu den einzelnen, bereits genannten Fehlerquellen, welche ich möglichst kurz behandeln werde:

- **1.1 Wahrnehmungsfehler**

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der Mensch als Zeuge eine „Fehlkonstruktion“ ist. Ich muss mich hier begnügen, auf einzelne Punkte hinzuweisen:

- a) Die „Tatsache als solche“ gibt es nicht. Was wir als Tatsachen wahrnehmen, sind Ganzheiten, auf die wir aus wahrgenommenen Einzelheiten schliessen, somit Tatsachenerurteile oder Schlüsse. Diese Schlüsse werden in der Regel spontan gezogen, wobei wir uns gar nicht bewusst sind, dass wir Schlüsse ziehen. Unsere Schlüsse sind zwar häufig richtig; sie können aber auch falsch sein, dies um so mehr, je bruchstückhafter wir wahrnehmen und dann zu Ganzheiten ergänzen.

Beispiel: wird die Tatsache berichtet: „*Ich habe eine Frau gesehen*“, dann hat die Auskunftsperson in Wirklichkeit vielleicht eine Person mit Rock, langen Haaren und weichen Gesichtszügen gesehen. Es könnte sich allerdings auch um einen jugendlichen Schotten oder um einen Transvestiten gehandelt haben.

- b) Unsere Wahrnehmungen sind meistens alles andere als objektiv. Was wir wahrnehmen hängt nämlich unter anderem von unseren Interessen, Wünschen, Erfahrungen, ja sogar von unserer jeweiligen Stimmung ab.

Beispiele:

Der als Zeuge befragte Bekannte eines Bauherrn wird besser über ein Fachgespräch, an welchem er teilnahm, Auskunft geben können, wenn er etwa

selber Architekt ist und deshalb das Gespräch mit Sachverständnis verfolgen konnte;

derselbe Zeuge wird aber wenig über das Gespräch sagen können, wenn er seine Aufmerksamkeit vor allem der ebenfalls anwesenden hübschen Architektin widmete.

Es gibt übrigens auch viele Dinge, die wir wahrnehmen und darauf auch reagieren, die aber nicht in unser Bewusstsein gelangen. Daher können wir über sie auch gar nicht objektiv berichten. Als Beispiel diene der klassische Fall des Automobilisten, dem eine Rotlichtmissachtung vorgeworfen wird und der, an sich wahrheitsgemäss, erklärt, er könne sich konkret nicht erinnern, wie die Ampel gestanden sei, er nehme jedoch an auf grün, denn sonst wäre er nicht in die Kreuzung gefahren.

- c) Die Wahrnehmung ist bruchstückhaft und selektiv, was mit der Qualität des Reizes in Zusammenhang steht. Je intensiver ein Reiz ist, desto grösser ist die Chance der Wahrnehmung. Und je länger ein Reiz gleich bleibt, desto weniger wird er wahrgenommen. Eine völlig gleichartige Umgebung ist gleichbedeutend mit überhaupt keiner Empfindung. Demgegenüber interessiert alles, was neu ist, und wird auch entsprechend wahrgenommen, im Sinn eines Kontrasteffektes.

Beispiel: Wenn ein Zeuge gewohnt ist, den Angeschuldigten immer im gleichen Arbeitsanzug zu sehen, dann wird ihm nicht auffallen, wenn dieser am Tattag eine (neue) davon wenig kontrastierende, ähnliche Kleidung trug. Trug aber der Angeschuldigte am Tattag einen noch so schäbigen Strassenanzug, wird der Zeuge behaupten, er sei auffallend elegant gekleidet gewesen.

- d) Unsere Sinnesorgane haben Grenzen. Das bedarf an sich keiner besonderen Erläuterungen. Bereits in der Bibel steht: „*Sie haben Augen und erkennen nicht; sie haben Ohren und verstehen nicht.*“ Dazu kommt das beschränkte gleichzeitige Wahrnehmungsvermögen.

Beispiel: Im Zirkus spielt die Kapelle so laut, dass es fast unerträglich ist. Der Zuschauer konzentriert sich auf eine Hochseilnummer. Fragt man ihn danach, welche Melodie die Kapelle gespielt hat, kann er es nicht sagen.

- e) Die Neigung zum Ausfüllen: wir neigen dazu, bloss bruchstückhafte Wahrnehmungen zu ergänzen, weil wir bestrebt sind, Einzelheiten in ein Ganzes einzubetten. Das führt dazu, dass wir mehr oder anderes beobachten, als in Wirklichkeit stattgefunden hat.

Beispiel: ein Rauschgiftfahnder beobachtet mehrere Personen, die an einem Umschlagplatz unter konspirativen Umständen Gegenstände austauschen. Daraus wird er vielleicht schlussfolgern, es werde Rauschgift übergeben, weil er so etwas schon oft beobachtet hat. Das „nimmt er dann auch wahr“. In Wirklichkeit wird vielleicht Hehlerware übergeben oder der Vorgang ist sogar harmlos.

- f) Die Schlussfolgerung: sie ist noch gefährlicher als die Ausfüllungsneigung. Die meisten Ereignisse haben Ursachen und Folgen. Deshalb denkt man bei allem Erlebten die Ursachen und die Folgen gleich mit. Das führt dazu, dass man oft nicht mehr präzise zwischen dem unterscheiden kann, das man wirklich wahrgenommen hat, und dem, das man dabei nur „mitgedacht“, bzw. gefolgert hat. Wie schon Goethe sagte: *„die Sinne trügen nicht, aber das Urteil trügt“*. Gerade diese Gefahr ist uns wohl allen bewusst, um so mehr müssen wir sie stets im Auge behalten, denn sie ist eine der perfidesten.
- g) Der sog. Hof- oder Haloeffekt, etwa nach dem Motto: wer zu lange vor dem Brunnen am Kornhausplatz verweilt, frisst auch kleine Kinder. Wir neigen dazu, einem Menschen mit einer bestimmten Eigenschaft auch andere, anscheinend dazu passende Eigenschaften zuzuschreiben. Dieser Effekt tritt besonders häufig in Zusammenhang mit der möglichen Fehlerquelle des sog. „ersten Eindruckes“ auf, kann aber auch über längere Zeit die Wahrnehmung nachhaltig beeinflussen.

- h) Schliesslich seien noch die Phänomene der Fremdbeeinflussung, der Gruppenkonformität und der Massensuggestion erwähnt. Aus Zeitgründen trete ich nicht näher darauf hin - die Begriffe sprechen von selbst - und begnüge mich mit einem Nietzsche-Zitat: „*Der Wahn ist beim Einzelnen die Ausnahme, bei Gruppen die Regel*“.

1.2 Erinnerungsfehler

Auch das Gedächtnis weist Minderleistungen auf, oder, etwas anders formuliert: das Gedächtnis ist wie ein Sieb. Die Gedächtnisinhalte verblassen nicht gleichmässig. Es bestehen einige Regeln darüber, in welchem Ausmass typischerweise vergessen wird, nämlich:

- je längere Zeit das wahrgenommene Ereignis zurückliegt, um so mehr wird vergessen (Zeitablauf);
- je intensiver kurz vor oder nachher andere Aktivitäten uns in Anspruch genommen haben, um so leichter wird vergessen (Hemmung);
- je schwächer schon der ursprüngliche Eindruck war, um so schneller wird vergessen (Qualität des Eindrucks).

Zum Zeitablauf: die zeitbedingte Verblässungstendenz schliesst nicht aus, dass wir mit zunehmendem Zeitablauf die immer magerer werdenden Erinnerungsbruchstücke um so mehr ausschmücken, sozusagen als Gegenstück zum Vergessen. Üblicherweise tendiert die Ausschmückung in die Richtung des „Üblichen“, des für die Auskunftsperson „Gewohnten“; sie kann aber auch zum Besonderen - im Sinn einer Assoziierung zu aussergewöhnlichen Erfahrungen - tendieren und im Prozess sogar zum Zweckmässigen.

Zur Hemmung: das Behalten von Ereignissen kann an Störungen scheitern, die kurz vor oder kurz nach dem Ereignis die Auskunftsperson so sehr beschäftigt haben, dass das Festhalten des Ereignisses im Gedächtnis mehr oder weniger gehemmt wird. In diesen Bereich gehört an sich auch die retrograde Amnesie.

Zur Qualität des Eindrucks: wie gut erinnert wird, hängt nicht nur davon ab, wie gut wahrgenommen wurde, sondern auch davon, wie tief der Eindruck war, den das Wahrgenommene auf die Auskunftsperson gemacht hat.

Der Vollständigkeit halber sei hier noch auf die Gefahr der Verschmelzung hingewiesen: unser Gedächtnis neigt dazu, mehrere Vorfälle von relativ hoher Ähnlichkeit in der Erinnerung zu einem einzigen Vorfall zusammenzuziehen. Die Verschmelzung ist eine verbreitete Erscheinungsform des Irrtums und deshalb gefährlich, weil die geschilderten Vorkommnisse wirklich erlebt worden sind, wenn auch an anderem Ort, zu anderer Zeit und mit anderen Personen.

Das Gedächtnis weist aber nicht nur Minder- sondern auch Falschleistungen auf. Dazu zählen:

- die verstandesmäßige Rechtfertigung, die dazu dient, unedle Motive moralisch in ein besseres Licht zu rücken;
- die Verleugnung der Realität im Sinne einer Uminterpretation der Wirklichkeit. Solang wie möglich werden negative Ereignisse in positive umgedeutet. Dies gilt umso mehr, als die negativen Ereignisse das Selbstwertgefühl beeinträchtigen, und auch die egoistischen Bestrebungen verdeckt werden sollen. Im Extremfall kann die Uminterpretation bis zur Verleugnung der Realität gehen.

Beispiel: In Strafverfahren kommt es immer wieder vor, dass Angehörige oder Freunde des Angeschuldigten unbelehrbar wiederholen: „*Das kann er nie getan haben*“.

- die Verdrängung: am besten hat sie wohl Nietzsche definiert: *Das habe ich getan - sagt mein Gedächtnis; das kann ich nicht getan haben - sagt mein Stolz und bleibt unerbittlich. Endlich gibt das Gedächtnis nach*
- die Projektion: jeder Mensch hat seine Fehler und sollte zumindest versuchen, daran zu arbeiten. Viele sind geneigt, dieses Problem dadurch zu lösen, dass sie ihre Fehler und verbotenen Wünsche auf andere projizieren. Schon der Gedanke, dass „andere auch nicht besser sind“ wirkt tröstlich. Meister in der

Kunst der Projektion bringen es indessen soweit, sich davon zu überzeugen, dass nur der andere den (in Wirklichkeit eigenen) Fehler habe. Auf diese Neigung lässt sich insbesondere eine nicht unbeträchtliche Zahl von falschen Anschuldigungen zurückführen.

Zum Schluss noch ein Wort zum Thema „Die Erinnerung und der gewordene Sachverhalt“: die Erinnerung unterliegt schon unmittelbar nach der Wahrnehmung der Gefahr der Verfälschung.

Beispiel: die Zeugen eines Verkehrsunfalls stehen zusammen und diskutieren den Hergang, was mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht ohne Einfluss auf das Erinnerungsbild bleibt. Das gilt auch für viele andere Ereignisse. Z.B. kommt ein Zeuge nach Hause und bespricht den Hergang mit der Familie. Dort gibt es möglicherweise selbsternannte „Sachverständige“, die dazu auch etwas beizutragen haben.

Dass diese Verfälschungsgefahr in der Voruntersuchung und in der Hauptverhandlung fortwährt, ist eine Binsenwahrheit.

1.3 Wiedergabefehler

Die Wahrheitsfindung kann auch an einer dritten Hürde scheitern. Zwar hat die Auskunftsperson einigermaßen zuverlässig wahrgenommen und erinnert sich auch mehr oder weniger an das Ereignis, sie ist aber nicht in der Lage, alles, was sie im Gedächtnis gespeichert hat, so auszudrücken, dass beim Vernehmenden dasselbe Bild entsteht, das sie im Kopf hat. Dadurch entsteht die Gefahr von Missverständnissen. Hinzuweisen ist aber auch auf Auslassungen und Hinzufügungen, was insbesondere bei wiederholten Vernehmungen vorkommt, denn niemand kann zu jeder Zeit alle vorhandenen Erinnerungen abrufen.

Man sieht, es gibt etliche Fehlerquellen, und ich habe nicht alle genannt. Man könnte manchmal das Gefühl haben, zwischen Skylla und Charybdis zu navigieren. Einen Grund zum Verzagen gibt es trotzdem nicht. Es ist schon sehr viel gewonnen, wenn man sich dieser Fehlermöglichkeiten überhaupt bewusst ist. Und durch eine ge-

schickte Vernehmungstechnik lassen sich die meisten Tücken der Wahrheitsfindung meistern.

2. Die Lüge

Erste Vorbemerkung:

Die Lüge hat viele Gesichter. Es gibt:

- die gutgläubige „Lüge“: nicht jede Phantasiegeschichte, die vor Gericht erzählt wird, ist eine Lüge im moralischen Sinn, denn mehr Menschen, als man glaubt, berichten zwar über Phantasieerlebnisse, sind aber mehr oder auch weniger überzeugt, sie hätten das Erlebnis wirklich gehabt;
- die unschädliche Lüge: auch nicht jeder echten Lüge haftet ein moralischer Vorwurf an. Man denke an die „barmherzige“ Lüge und an gewisse, zumindest verzeihliche, Notlügen;
- die Lüge vor Gericht: wer hier ein falsches Zeugnis ablegt, schadet immer einem andern, auch wenn das von den Auskunftspersonen nicht immer so empfunden wird, insbesondere dann nicht, wenn der Geschädigte eine anonyme Institution ist, z.B. eine Versicherungsgesellschaft. Die Auskunftspersonen irren aber manchmal auch darüber, was schon ein „falsches Zeugnis“ ist. Geht es um faustdicke Lügen über harte Fakten, ist die Frage natürlich jedem klar. Anders sieht es schon aus, wenn die Auskunftspersonen nach ihren Motiven oder Meinungen gefragt werden, weil solche Empfindungen nicht in gleicher Weise fest stehen wie Tatsachen; sie sind oftmals zwiespältig und unterliegen einem gewissen Wandel. In diesem Bereich glaubt man schon eher, seine wahren Empfindungen ganz unterdrücken zu können, ohne „direkt“ zu lügen. Zu jenen „subjektiven Tatsachen“, über die besonders unbekümmert gelogen wird, gehören auch die Fragen darüber, ob man über einen bestimmten Vorfall etwas weiss oder man sich an ein bestimmtes Ereignis (bei dem man dabei war) erinnert. In beiden Fällen wird besonders gerne abgestritten. Allen „halben“ Lügen, die in Wahrheit

ganze Lügen sind, ist gemeinsam, dass sie nicht nur von den Auskunftspersonen als weniger verwerflich empfunden werden, sondern dass auch die Gefahr, erappt zu werden, wesentlich kleiner ist. Das Gefährlichkeitskalkül, das bei allen Lügen mehr oder weniger stark in Betracht gezogen wird, fällt nämlich bei diesen sog. „halben“ Lügen besonders günstig aus, weil dem Aussenstehenden der Blick in das Innere des Menschen verwehrt ist.

Zweite Vorbemerkung:

Partei, Zeuge, Angeschuldigter sind alle Auskunftspersonen. Für die Realitätsprüfung einer Aussage haben nämlich solche prozessualen Kategorien fast keine Bedeutung.

Dritte Vorbemerkung:

Jedes Erlebnis hat die Tendenz, ohne gewollten Versuch, es in Erinnerung zu rufen, in unser Bewusstsein zu steigen. Die Tendenz ist um so stärker, je intensiver uns das Erlebnis gefühlsmässig betroffen hat. Bei normalen Erlebnissen klingt sie rasch ab, um sich alsbald ganz zu verlieren. Ist die Betroffenheit aber sehr stark, dann wiederholen wir das Erlebnis in unserem Bewusstsein oftmals und in schneller Folge, d.h., dass das Erlebnis immer wieder ungewollt in unser Bewusstsein steigt. Diese sog. Beharrungsneigung ist verantwortlich dafür, dass sich kurz nach dem gehalten Erlebnis so schlecht darüber lügen lässt, weil es in unserem Bewusstsein noch zu lebhaft verankert ist, als dass es sich so leicht zur Seite schieben liesse. Dies zeigt einmal mehr, wie wichtig es gerade bei Kapitalverbrechen ist, den mutmasslichen Täter so schnell wie nur möglich zu befragen.

Im Rahmen der Aussageanalyse spielt eine spezielle Beharrungsneigung eine besondere Rolle bei den wichtigen Merkmalen „Strukturgleichheitskriterium“ und „Strukturbruchsignal“. Jedermann spricht nämlich in immer wieder derselben Weise die Wahrheit und lügt auch auf dieselbe Art. Mit anderen Worten: jeder hat sein bestimmtes Repertoire, das er immer wieder gerne abspult. Bei Verdacht auf Lüge wird es deshalb zweckmässig sein, auch Vorakten - falls vorhanden - beizuziehen. Diese

können möglicherweise das „Muster“ aufzeigen.

Vierte Vorbemerkung:

Es ist kaum etwas so schwierig, wie eine erfundene Geschichte genau so zu erzählen, wie das für die Wiedergabe eines wirklich gehaltenen Erlebnisses typisch ist. Den weit aus meisten Menschen fehlen die dazu erforderlichen Fähigkeiten, die Kompetenz gekonnt zu lügen. Dazu kommt, dass sich der Lügner in einer unangenehmen Klemme befindet, weil er gleichzeitig verschiedenen Anforderungen genügen muss, die verhaltensmässig im Widerstreit zueinander stehen. Dieses Lügendilemma lässt sich wie folgt veranschaulichen:

Eine glaubhafte Aussage erfordert:	Die inneren Hemmungen des Lügners und die Gefahr, entdeckt zu werden führt:
eine klare, individuelle und strukturgleiche Aussage,	zu einer unklaren, zweideutigen, blassen und strukturbrüchigen Aussage,
eine im (nachprüfbaren) Tatsachekern umfangreiche, detaillierte Aussage,	zu einer im (nachprüfbaren) Tatsachekern mageren Kurzaussage,
ein natürliches, dem Inhalt der Aussage adäquates Verhalten in der Aussagesituation,	zu einem verkrampften oder übertriebenen Verhalten in der Aussagesituation,
eine unauffällige Vorgeschichte der Aussage.	zu Auffälligkeiten und Widersprüchen bei der Entstehung der Aussage.
Wer wirklich ein Erlebnis hatte, der kann es vor seinem geistigen Auge wie einen Farbfilm ablaufen lassen. Er kann daher das Erlebnis anschaulich, detailreich und flüssig erzählen.	Der Lügner muss sein Phantasiegebilde mühsam entwerfen. Es wird daher eher karg, blass und unvollständig sein. Ihm fehlt die Kompetenz zu einem wirklich überzeugenden Bericht.

Wenn sie die Glaubwürdigkeit beurteilen, stellen viele Richter in erster Linie auf die Persönlichkeit der Auskunftsperson (ist ihr eine Lüge zuzutrauen?) und auf die Motivation (ist der Zeuge am Ausgang des Prozesses interessiert?) ab. Die Symptome der Aussagesituation und die Aussageanalyse fließen mehr unbewusst mit ein. Dies sollte jedoch bewusster geschehen und konsequenter gehandhabt werden.

Es gibt vier Gruppen von Glaubwürdigkeitskriterien, nämlich:

- die Persönlichkeit der Auskunftsperson
- die Glaubwürdigkeit der Motivation
- die Symptome der Aussagesituation
- die Kriterien der Aussageanalyse,

und es gilt nun, diese möglichst kurz zu behandeln.

2.1 Die Persönlichkeit des Aussagenden

1. Die allgemeine Glaubwürdigkeit einer Person, ihr lauterer Charakter, ihr guter Ruf und ihre soziale Stellung erlauben keinen allgemeinen Rückschluss auf die Glaubhaftigkeit jener einen Aussage, auf die es im Prozess ankommt. Dasselbe gilt auch umgekehrt: auch charakterlich zweifelhafte Personen können die Wahrheit sagen.

a) Charakter schützt vor Lüge nicht. Man unterscheidet zwischen

- dem altruistischen Aspekt, auch „fromme“ Lüge genannt; dieser Aspekt ist die wohl häufigste Form der Lüge bei gut beleumdeten Personen, nämlich dann, wenn die falsche Aussage nicht unmittelbar einer dritten konkreten Person wesentlich schadet und/oder die falsche Aussage jener in Not befindlichen Person oder Institution, zu der enge persönliche Beziehungen bestehen, dient;
- und dem egoistischen Aspekt, auch „Notlüge“ genannt; auch eine Person mit achtbarem Charakter kann in Situationen geraten, in welchen sie sich überfordert

fühlt, wenn sie bei der Wahrheit bleiben müsste. Das gilt in erster Linie dann, wenn die wahre Aussage notwendig das Ansehen der Auskunftsperson beeinträchtigen müsste. In solchen Fällen ist der untadelige Ruf der Auskunftsperson nicht nur kein Hemmnis, sondern umgekehrt sogar das Motiv zur Lüge.

- b) Der Lügencharakter, oder, wie Blaise Pascal sagte: „*Es gibt Leute, welche lügen, einfach nur um zu lügen*“. Die Lüge wird zusammen mit bestimmten Charaktereigenschaften häufiger angetroffen als mit den gegenteiligen Eigenschaften. Das gilt insbesondere für nicht einfühlbare Lügen und für solche, die konkrete Dritte offensichtlich schädigen. Als Beispiele derartiger Charaktereigenschaften kann man nennen: Labilität, Rücksichtslosigkeit, Geltungssucht, Bosheit, Rachsucht, Neid, Durchtriebenheit etc.

2.2 Die Glaubwürdigkeit der Motivation

Die moderne Aussagepsychologie setzt den Stellenwert der jeweiligen Motivation erheblich geringer an als früher üblich. Es ist deshalb ratsam, Motive niemals allein oder vorrangig, sondern immer nur zusammen mit den andern Glaubwürdigkeitskriterien zu bewerten. Nur so kann man sich die Überzeugung verschaffen, ob ein vorhandenes Motiv bis zur Lüge durchgeschlagen hat.

Es gibt vier Lügen- und fünf Wahrheitszeichen der Motivation.

- a) Die Lügenzeichen. Dazu sind folgende Bemerkungen zu machen:

- die positive und negative Einstellung: viele Lügengeschichten beginnen nicht mit der Einlassung zur Sache. Vielmehr beginnt der Lügner damit, dass er den „Gegner“, den Angeschuldigten, herabsetzt, indem er z.B. schildert, welch schlechter Mensch, welch frevelhafter Lügner oder welch triebhafter Mann dieser sei. Je nach Gelegenheit geht dies auch umgekehrt: die Auskunftsperson berichtet ausführlich, wie wahrheitsliebend, gottesfürchtig, unbescholten sie selber sei.

In den gleichen Bereich fällt das Bedürfnis einer Auskunftsperson, einem ihr

Nahestehenden helfen zu wollen, eines der häufigsten Motive für eine vorsätzliche falsche Aussage. Zudem muss berücksichtigt werden, dass es in der Praxis den völlig neutralen Zeugen nicht oder kaum gibt, weil die Möglichkeiten der Beeinflussung zu zahlreich sind. Man denke an allgemeine Zuneigungen oder Aversionen der Auskunftsperson selber, an Gruppenvorurteile/Gruppensolidarität oder gewisse Medienberichterstattungen. Ist ein Angeschuldigter in der Presse einmal als Bestie abgestempelt worden, sind auch von sogenannten neutralen Zeugen kaum mehr unbeeinflusste Aussagen zu erwarten;

- die Folgenberücksichtigung: die Aussage kann mittelbare oder unmittelbare Folgen für die Auskunftsperson haben. Beide Arten von Folgen, seien sie positiv oder negativ, können den Wahrheitswillen der Auskunftsperson beeinträchtigen;
- das Geltungsbedürfnis: insbesondere Auskunftspersonen, die ihren sozialen Status innerhalb einer Gruppe als unterbewertet empfinden, neigen zu falschen Anschuldigungen aus Geltungsdrang;
- das Vergeltungsverlangen: Auskunftspersonen, denen wirkliches oder vermeintliches Unrecht angetan wurde, neigen zur Revanche. Dabei sind freilich völlig erfundene Beschuldigungen seltener als Übertreibungen wirklicher Vorkommnisse.

b) Die Wahrheitszeichen

Die Zeitdifferenz: je unmittelbarer eine Aussage dem Erlebnis folgt, desto weniger ist zu erwarten, dass unsachliche Motive die Aussage unbewusst erheblich verfälschen. Das bedeutet, dass zumindest in der Regel die erste Aussage die beste ist: um so wichtiger ist deren sorgfältige Protokollierung.

Aber: auch wenn für die Wahrheit spricht, dass die Anzeige zeitlich unmittelbar auf die behauptete Straftat erfolgte, schliesst dies nicht aus, dass solche Anzeigen gleichwohl unrichtig sind; der Anzeigersteller kann sich geirrt haben, sei es im angeblichen Täter, sei es im behaupteten Tatbestand. Umgekehrt kann aus einer - manchmal um Jahre - verspäteten Anzeige unter Umständen nicht darauf geschlossen werden, dass sie eher falsch ist. Insbesondere wenn zwischen dem behaupteten Täter und dem Verletzten

persönliche Beziehungen bestehen, wird häufig zunächst keine Anzeige erstattet. Oftmals genügt - insbesondere wenn die Beziehung zwischenzeitlich abgekühlt ist - eine relativ unbedeutende Streitigkeit, um eine viele Jahre zurückliegende Verfehlung zur Anzeige zu bringen. In solchen Fällen ist selten mit einer Phantasiegeschichte zu rechnen, allenfalls mit Übertreibungen.

- der „aufgespürte“ Zeuge: ein Zeuge, der erst durch die Untersuchungsorgane „aufgespürt“ wird oder durch einen (echten) Zufall in das Verfahren gerät, wird im allgemeinen weniger ein Motiv haben, den Angeschuldigten zu Unrecht zu belasten oder zu Unrecht zu entlasten.
- die Selbstbelastung: je mehr sich die Auskunftsperson bei ihrer Aussage selbst ernsthaft belastet, je unvoreilhafter sie ihre eigene Rolle darstellt, je mehr sie auf Schutzbehauptungen verzichtet, die nahe liegen, um so mehr spricht dies für ihren Wahrheitswillen.
- das Entlasten des „Gegners“: je mehr die Aussageperson entlastende Umstände bedeutsamer Art für denjenigen vorbringt, den sie mit anderen Teilen ihrer Aussage belastet, um so mehr spricht für die subjektive Wahrheit.
- die Widerlegung der Rachehypothese: diese Hypothese gilt als widerlegt, wenn der Belastungszeuge auf naheliegende Mehrbelastungen verzichtet, obwohl sie ihm niemand widerlegen könnte. Das gilt um so mehr, wenn der Belastungszeuge ohne zwingenden Grund auch entlastende Umstände ins Gespräch bringt und/oder sich selbst erheblich belastet.

2.3 Glaubwürdigkeitssymptome der Aussagesituation

Es geht um jene Beobachtungen, die man während der Vernehmung an den Auskunftspersonen macht, wobei im Vordergrund des Interesses die sog. Körpersprache steht. Bereits Nietzsche sagte: *„Man lügt wohl mit dem Mund, aber mit dem Maule, das man macht, sagt man doch noch die Wahrheit.“*

Es gibt verschiedene Wahrheitszeichen der Körpersprache, so z.B.:

- alle natürlichen Reaktionen sprechen für die Wahrheit, und umgekehrt alle unnatürlichen, insbesondere übertriebenen, dagegen;
- je mehr Mimik, Gestik, Körperhaltung und je mehr Lautstärke, Sprechgeschwindigkeit und Tonhöhe der Auskunftsperson unverändert und vor allem gleich bleiben auch beim Übergang von den belanglosen zu den prozessentscheidenden Teilen der Aussage, um so mehr ist zu vermuten, dass die Auskunftsperson jedenfalls subjektiv die Wahrheit spricht;
- je mehr die bei der Auskunftsperson mitschwingende Gefühlsbeteiligung dem jeweils geschilderten Geschehensablauf einfühlbar adäquat ist und sich mit ihm verändert, um so eher handelt es sich um die Wiedergabe eines realitätsbegründeten Ereignisses;
- wenn das Ereignis bei der Auskunftsperson geradezu einen Gefühlsschock ausgelöst hat, ist das Fehlen jeder erkennbaren Gefühlsbeteiligung gerade kein Lügenzeichen. Dies mag erstaunen, ist aber einfühlbar.

Beispiel: ein Arzt eröffnet dem Patienten, dass er lebensgefährlich an Krebs erkrankt ist. Letzterer antwortet: „Die Woche fängt ja gut an.“ Der Patient bekämpft mit einer legeren Bemerkung die Angst, die ihn zu überfallen droht.

2.4 Kriterien der Aussageanalyse

Die Aussageanalyse ist das zentrale Instrumentarium zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit, wobei die Realitätskriterien und die Lügensignale beide auf der Erkenntnis beruhen, dass praktisch allen Auskunftspersonen die Fähigkeit fehlt, eine erfundene Geschichte genau so zu erzählen, wie das für den Bericht eines wirklich gehaltenen Erlebnisses typisch ist (sog. Kompetenzmangel). Der Lektüre verschiedener Motive habe ich entnommen, dass die Materie nicht unvertraut ist, weshalb ich mich kurz fasse mit

dem Hinweis, für Details und Beispiele, auf **Bender/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Bd. I, S. 98 ff.**

2.4.1 Die Realitätskriterien

a) Inhaltlicher Art. Dazu gehören:

- das Detailkriterium: spontan in die Aussage einflussender Detailreichtum mit persönlicher Note, insbesondere wenn die Details nicht durchwegs unmittelbaren Bezug zum zentralen Beweisthema haben, spricht für die subjektive Wahrheit. Dabei ist zu beachten, dass der Detailreichtum einer wahrheitsgemässen Aussage ein ganz charakteristisches Gepräge hat, nämlich im wesentlichen Unmittelbarkeit, Farbigkeit, Lebendigkeit, sachliche Richtigkeit, psychologische Stimmigkeit, Anschaulichkeit. Je mehr eine Aussage Details enthält, die für den behaupteten Vorgang typisch, aber nicht allgemein bekannt sind, um so wahrscheinlicher ist, dass es sich um ein realitätsbegründetes Ereignis handelt;
- das Individualitätskriterium: je stärker die Aussage von der Individualität der Aussageperson geprägt, ihren unverwechselbaren Charakter erhält, um so mehr spricht für ein realitätsbegründetes Ereignis. Insofern deuten auch alle originellen, ja sogar ausgefallenen Details (sofern sie gleichwohl realistischerscheinen) auf die subjektive Wahrheit.
- das Verflechtungskriterium: je mehr die Schilderung einer Handlung verflochten ist mit bewiesenen Tatsachen und mit der Person, auf die es ankommt, um so mehr spricht für die subjektive Wahrheit.

b) Struktureller Art. Dazu gehören:

- das Strukturgleichheitskriterium: je mehr die Struktur der Aussage gleich bleibt, unter inhaltlichen Gesichtspunkten (Detailreichtum, Individualität, Verflechtung), unter sprachlichen Gesichtspunkten (Sprachfluss, Ausdrucksweise) und unter situativen Gesichtspunkten (Körpersprache, Gefühle), und zwar auch im Übergang zwischen unerheblichen oder unstrittigem Geschehen und dem rechtsrelevanten

Tatbestand, um so mehr spricht für die subjektive Wahrheit.

- das Nichtsteuerungskriterium: je impulsiver und assoziativer, je weniger chronologisch oder nach anderen Gesichtspunkten geordnet, je weniger bewusst auf eine bestimmte Überzeugung des Vernehmenden zielend eine Aussage ist, desto grösser die Wahrscheinlichkeit, dass sie realitätsbegründet ist.
 - das Homogenitätskriterium: wenn die verschiedenen Details einer Aussage, trotz verschiedenartiger Anknüpfungspunkte, zusammenfassend betrachtet homogen wirken, so spricht dies für eine realitätsbegründete Schilderung.
- c) Wiederholungskriterien. Es sind dies:
- das Konstanzkriterium: Konstanz in dem von der Auskunftsperson als zentral erlebten Handlungskern, sowie gewisse Veränderungen einzelner Aussageteile, soweit das nach den Erkenntnissen der Irrtumslehre erwartbar ist, sprechen für ein realitätsbegründetes Ereignis.
 - das Erweiterungskriterium: je mehr eine Auskunftsperson bei wiederholter Vernehmung ihren ursprüngliche Bericht erweitert und je organischer diese Zusätze sich in das bisher Gesagte einfügen, desto mehr spricht für die subjektive Wahrheit. Das gilt sowohl für unprovozierte Ergänzungen als auch für solche auf Nachfrage.

2.4.2 Lügensignale Ich fasse sie kurz zusammen:

- a) das Zurückhaltungssignal: je mehr die Auskunftsperson zu den für sie unwesentlichen Punkten Wahrnehmungen gemacht haben will und daran sich noch heute zu erinnern behauptet (obwohl dies nach den Erkenntnissen der Irrtumslehre eher unwahrscheinlich ist), um so wahrscheinlicher ist, dass die Auskunftsperson lügt, wenn sie behauptet, sie habe zu den (für sie damals) zentralen Punkten keine Wahrnehmungen gemacht oder erinnere sich nicht mehr daran;

- b) der Freud'sche Versprecher: je mehr die Wortwahl im Widerspruch zum Inhalt der Aussage steht, um so mehr sind Zweifel an der Glaubhaftigkeit angebracht.
- c) Unterwürfigkeitssignal: je mehr die Auskunftsperson eine übertriebene Unterwürfigkeit zum Ausdruck bringt, je mehr sie dem Richter schmeichelt oder ihre Hilfsbedürftigkeit herauskehrt, um so mehr sollte man der Aussage misstrauen.
- d) Bestimmtheitssignal: die übertriebene Bestimmtheit, mit welcher ein Ereignis geschildert, mit welcher die Sicherheit der Erinnerung auffällig betont und insbesondere die Wahrheit der Aussage demonstrativ beteuert wird, ist kein Realitätskriterium, sondern eher symptomatisch für die Lüge. Je öfter und je gleichlautender die Aussageperson den Kernpunkt ihrer Bekundung wiederholt, um so mehr sollte man der Aussage misstrauen.
- e) Dreistigkeitssignal: je mehr die Auskunftsperson Gegenangriffe startet, zu welchen in der gegebenen Situation kein vernünftiger Anlass besteht, um so mehr sollte man der Aussage misstrauen. Dazu gehören auch das Entrüstungssymptom nach Nietzsche's Motto: *„Und niemand lügt soviel wie der Entrüstete.“*
- f) Begründungssignal: je mehr die Auskunftsperson anstelle von erwartbaren Fakten weitschweifige, unnötige oder wenig plausible Begründungen anbietet, um so mehr ist Misstrauen am Platz, wie das Sprichwort sagt: *„Zum Begräbnis der Wahrheit gehören viele Schaufeln.“*
- g) Kargheitssignal: je ärmlicher das Handlungsgerippe, je eintöniger die Wortwahl und je kürzer insgesamt die Aussage, zumindest in ihrem tatsächlichen Kern, desto misstrauischer sollte man werden. Lügenhafte Aussagen zeichnen sich insbesondere durch Abstraktheit und durch eine herkömmliche und glatte Schilderung des Handlungsablaufes aus.
- h) Strukturbruchsignal: je deutlicher an den Nahtstellen zwischen unstreitigem oder unerheblichem Geschehen einerseits und dem rechtsrelevanten Kerngeschehen andererseits Brüche in der Struktur der Aussage erkennbar werden, um so misstrauischer sollte man sein.

Es kommt nicht von ungefähr, dass ich für das Thema Lüge mehr Seiten verwendet habe als für das Thema Irrtum. In der Tat gehört die Lüge mehr oder weniger zu unserem täglichen Brot, glücklicherweise nicht immer. Die Lüge ist oft schwer durchschaubar. Mit Beobachtungsgabe, psychologischem Einfühlungsvermögen und einer konsequenten Anwendung der Kriterien der Aussagepsychologie sollte es uns jedoch möglich sein, zumindest den grösseren Teil der Lügen als solche zu entlarven und dementsprechend unsere diesbezüglichen Überzeugungen auch in den Urteilsabwägungen zum Ausdruck zu bringen.

3. Der Bereich zwischen Irrtum und Lüge

oder, wie ein Sprichwort sagt: Lüge und Irrtum wohnen Wand an Wand. Damit ist bereits ausgedrückt, dass wir uns in einer Grauzone befinden. Beim echten Irrtum hat die Auskunftsperson das inkriminierte Erlebnis tatsächlich gehabt. Sie hat aber fehlerhaft wahrgenommen, erinnert sich falsch oder es haben sich anlässlich der Wiedergabe Missverständnisse eingeschlichen. Bei der Lüge hat die Auskunftsperson das existenzstreitige Erlebnis nicht gehabt; sie erfindet es, wenn auch manchmal mit Hilfe echter, aber zu anderer Zeit, an anderem Ort und mit anderen Personen wirklich gehabter Erlebnisse. Mit anderen Worten: die Auskunftsperson lügt vorsätzlich. Es gibt aber auch Schilderungen, die in keines dieser beiden Schemata passen: die Auskunftsperson hat das Erlebnis so wie sie es schildert nicht gehabt und sie erfindet es auch nicht vorsätzlich. Sie könnte das Erlebnis vielmehr so gehabt haben und je mehr sie das könnte, desto sicherer wird ihre Überzeugung, dass sie das Erlebnis auch wirklich so hatte. Obschon solche Fälle an sich nicht „echte“ Lügen sind, handelt es sich doch um Phantasiegebilde, die in der Regel mit Hilfe der Phantasiesignale erkannt werden sollten. Die Gründe, warum unkontrollierte Einfälle und gewagte Kombinationen von Auskunftspersonen als Tatsache dargeboten werden, sind mannigfaltig. Vielfach ist eine Entrüstung der Auskunftsperson die massgebliche Antriebskraft, z.B. die Entrüstung darüber, dass die Gegenseite so hemmungslos lügt oder diejenige darüber, dass man es wagt, einen hoch angesehenen Mann mit einer Missetat in Verbindung zu bringen. Es kann aber auch Entrüstung sein über das Verbrechen als solches, das zur Verhandlung ansteht und in letzter Zeit erschreckend häufig vorkam. Zahlreiche Justizirrtümer sind auf den blinden Verfolgungseifer sog. „Kronzeugen“ zu-

rückzuführen. Manchmal genügt schon, dass dem Angeschuldigten die Tat zuzutrauen ist, das Bewusstsein, dass alle Welt den Angeschuldigten für überführt hält oder gar die Überlegung, dass er sich ja nicht in Haft befinden würde, wenn er unschuldig wäre.

In den Bereich zwischen Irrtum und Lüge gehören die „gutgläubige“ Unwahrheit, die „aufgehängte“ Unwahrheit, der „Überzeugungstäter“ und die „blinde“ Lüge. Es gilt nun, diese vier Erscheinungen kurz zu erläutern.

3.1 Die „gutgläubige“ Unwahrheit

Es gibt relativ viele Phantasiegeschichten, die keine vorsätzlichen Lügen sind; die Auskunftspersonen glauben vielmehr, sie hätten das von ihnen geschilderte Erlebnis wirklich gehabt. Wie sicher sie sich dessen sind, ist unterschiedlich. Manche glauben fest daran, das Erlebnis gehabt zu haben und andere wiederum sind sich dessen nicht so sicher, wünschen sich aber sehr, das Erlebnis gehabt zu haben. Und je stärker sie sich das wünschten, desto sicherer sind sie geworden. Solche gutgläubige Phantasiegeschichten entstehen meist auf der Grundlage von Teilerlebnissen.

Beispiel: ein Mann betrachtet die Auslagen in einem Schaufenster. Plötzlich kracht es und Glassplitter klirren. Der Mann dreht sich um und sieht gerade noch zwei Fahrzeuge, wovon einen roten Ferrari, in die Endstellung rollen. Zugleich stellt er fest, dass am Steuer des andern Fahrzeuges eine Frau ist. An sich hat er nichts gegen Frauen - es sei denn, sie sässen am Steuer eines Autos -; und dass rote Ferrari immer zu schnell fahren, das weiss man sowieso. Infolgedessen ist der Fall für ihn klar: die Frau kam aus der Nebenstrasse und hat die Geschwindigkeit des Ferrari unterschätzt; und dann, begabt wie sie ist, hat sie auch noch auf die Bremse getreten statt Gas zu geben, um die Kreuzung noch rechtzeitig zu durchqueren. Ebenso klar ist für ihn, dass der Ferrari auf der Vorfahrtsstrasse viel zu schnell gefahren ist. Möglicherweise wurde er noch von anderen Unfallzeugen mit ähnlichen Vorurteilen in seiner Meinung unterstützt. Bis unser Mann seine Aussage macht, da meint er, er habe den ganzen Unfall von Anfang an erlebt und sagt: *„Ich hatte mir gleich gedacht, das kann nicht gutgehen.“*

Solche Gebilde sind nicht immer leicht durchschaubar. Es wird im Wesentlichen darauf ankommen, ob Realitätskriterien fehlen (zumindest in Teilbereichen der Aussage), Lügensignale des unbedingten Überzeugenwollens und der mangelnden Kompetenz sichtbar werden sowie die Motivlage verdächtig erscheint.

3.2 Die „aufgehängte“ Unwahrheit

Die „aufgehängte“ Unwahrheit kommt dann besonders häufig vor, wenn jemand im Recht ist (oder sich auch nur im Recht wähnt) und vom Gegner dieses Vorteils mittels der Lüge beraubt wird (oder auch nur glaubt, dass dem so sei). Er fährt nun seinerseits „stärkeres Geschütz“ auf. Da er aber an sich ein ehrlicher Mensch ist, wird er in der Regel nicht zu glatten Lügen greifen. Er wird aber aufbauschen, vergrößern und in seinen Erinnerungen kramen, bis er diese schliesslich für seine Zwecke zurechtgebogen haben wird. Charakteristisch für diesen Fall ist, dass die Auskunftsperson zwar in der Regel selbst nicht glaubt, eine direkte Erinnerung an das rechtlich relevante Kerngeschehen zu haben, wohl aber meint, sich an bestimmte Indiztatsachen zu erinnern, die der Darstellung des Gegners zum Kerngeschehen widersprechen. Diese vorgestellte Erinnerung ist „aufgehängt“ an einigen wirklich vorhandenen Erinnerungsbruchstücken. Diese werden dann durch fragwürdige Schlussfolgerungen mit dem rechtlich relevanten Kerngeschehen verknüpft. Man kann es auch so formulieren: die Auskunftsperson erinnert sich bei wiederholter Bekundung immer weniger an das wirkliche Geschehen und immer mehr an die Gedanken, die sie sich später darüber gemacht hat und an die von ihr später gemachten Äusserungen. Da sie aber bei diesen späteren Gedanken und den späteren Äusserungen keine scharfe Unterscheidung zwischen eigenen Schlussfolgerungen und wirklichen Erinnerungsbruchstücken gemacht hat, erinnert sie sich an die Schlussfolgerungen so, als wäre es eine Erinnerung an Tatsachen. Man erkennt derartige Aussagen am ehesten daran, dass die wirklich erinnerten Tatsachenfetzen in der Aussage besonders herausgestellt und - erheblich über ihren wirklichen Indizwert hinaus - betont und ziemlich stereotyp wiederholt werden.

3.3 Der Überzeugungstäter

Der „Überzeugungstäter“ hat bei seinen Erfindungen meistens ein gutes Gewissen.

Weil es der Angeschuldigte ja „wirklich gewesen ist“, dient er sozusagen mit seiner Lüge letztlich der „Wahrheit“, so dass die Lüge für ihn eigentlich gar keine Lüge mehr ist. Oftmals glaubt er am Schluss sogar an seine eigenen Erfindungen. Schliesslich muss es doch, wenn er so felsenfest von der Täterschaft des Angeschuldigten überzeugt ist, dafür gute tatsächliche Gründe gegeben haben. Dass ihm diese guten tatsächlichen Gründe ursprünglich gar nicht zur Verfügung standen, dass er sie vielmehr nachträglich erfunden hat, das hat er weitgehend verdrängt. Je besser diese Verdrängung gelungen ist, desto weniger werden die Phantasiesignale der Verlegenheit sichtbar. Hingegen werden sich die Signale des unbedingten Überzeugenwollens und der mangelnden Kompetenz in der Regel genügend herauskristallisieren. Am ehesten wird man den Überzeugungstäter daran erkennen, dass er sein „Glaubensbekenntnis“ zum Kerngeschehen geradezu mit missionarischem Eifer vorträgt.

3.4 Die „blinde“ Lüge

Sokrates sagte ehrlicherweise: *„Ich weiss, dass ich nichts weiss.“* Es sind aber nicht alle Leute so ehrlich wie Sokrates. Bei der sog. blinden Lüge geht es um die Aussage „ins Blaue hinein“. Der Zeuge weiss in Wirklichkeit nichts über das Beweisthema. Aus seiner Sicht könnte die Sache so oder anders gewesen sein und er entscheidet sich dann, je nach Motivlage, für die eine oder andere Version, wobei er so tut, als ob er wisse, wie es gewesen ist. Unter Umständen kann sich herausstellen, dass sich das Ereignis tatsächlich so wie vom Zeugen geschildert abgespielt hat. Das ändert aber nichts daran, dass die Auskunftsperson über die „innere“ Tatsache, sie habe Kenntnisse über den erfragten Sachverhalt, gelogen hat.

Die Glaubwürdigkeitslehre ist ein Meer voller Tiefen, Sandbänken und Klippen. Das erstaunt nicht, wenn man bedenkt, dass psychologische Phänomene im Vordergrund stehen. Als Schiffskapitäne, die wir alle sind, verfügen wir aber über einen zuverlässigen Kompass: der besteht im Wesentlichen aus Einfühlungsvermögen, Erfahrung in zwischenmenschlichen Beziehungen, solider Vernehmungstechnik und vor allem gesundem Menschenverstand. In diesem Sinn, liebe Kolleginnen und Kollegen : Ahoi!

RECHTSÖFFNUNGSPROBLEME BEI SCHULDBRIEFLICH GESICHERTEN FORDERUNGEN

von Christian Leu, Kammerschreiber¹

In wirtschaftlich eher schlechten Zeiten werden schuldbrieflich gesicherte Forderungen öfters eingetrieben. Von einigen Problemen, die sich dabei im Rechtsöffnungsverfahren ergeben, soll hier die Rede sein. In einem ersten Teil geht es hauptsächlich um die verschiedenen Rechtsöffnungstitel und Sicherungsarten, im zweiten Teil nehme ich Stellung zu besonderen praktischen Fragen.

I. Teil

Wofür bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen Rechtsöffnung zu erteilen ist, hängt namentlich von den Abmachungen der Parteien bezüglich Grundverhältnis und Sicherung, der Übertragung des Schuldbriefs und der vom Gläubiger² eingeleiteten Betreuung ab.

1. Die eingeleitete Betreuung:

Will der Gläubiger nur die Forderung aus dem Grundverhältnis geltend machen, stellt er ein gewöhnliches Betreibungsbegehren. Dieses wird nach erteilter Rechtsöffnung in der Pfändung oder im Konkurs des Schuldners münden. Für die grundpfändlich gesicherte Forderung *aus* dem Schuldbrief und für die mit einem Faustpfand *am* Schuldbrief gesicherte Forderung aus dem Grundverhältnis leitet er hingegen die Betreuung auf Grund- bzw. Faustpfandwertung ein, indem er sein Pfandrecht auf dem Betreibungsbegehren vermerkt. Dementspre-

¹ Ich danke meinem Kollegen Urs Möckli, Kammerschreiber, für seine wertvollen Hinweise und Korrekturen.

² Ich verzichte aus Platzgründen auf geschlechtsneutrale Formulierungen, schliesse die weibliche Form jedoch mit ein.

chend wird der Zahlungsbefehl ausgefertigt und dem Schuldner zugestellt. Das ist insofern von Bedeutung, als die gegebenenfalls samt Pfandrecht in Betreuung gesetzte Forderung mit der anerkannten und im Rechtsöffnungsbegehren geltend gemachten übereinstimmen muss, andernfalls ist das Rechtsöffnungsgesuch wegen fehlender Identität abzuweisen³.

2. Die in Frage kommenden Rechtsöffnungstitel:

In der Praxis werden hauptsächlich das Darlehen, der Kredit und das Kontokorrent schuldbrieflich gesichert. Die vorzulegenden Rechtsöffnungstitel sind unterschiedlich je nach Grundverhältnis und Art der Sicherung, die sich in der Übertragung des Schuldbriefs niederschlägt.

a) Der Darlehensvertrag:

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich die Bank zur Übertragung einer bestimmten Geldsumme (fester Vorschuss) an den Schuldner und dieser zur Rückzahlung an die Bank (vgl. Art. 312 OR). Im Rahmen der Rechtsöffnung hat die Bank den Darlehensvertrag vorzulegen und die Kündigung des Darlehens glaubhaft zu machen, die Übergabe des Darlehensbetrages hingegen nur, wenn der Gesuchsgegner den Erhalt des Darlehens bestreitet⁴. Ist der von der Bank verlangte Betrag zu hoch (Bsp.: Abzahlung nicht berücksichtigt), hat der Gesuchsgegner eine entsprechende Einrede zu erheben.

b) Der Kreditvertrag:

Darlehensähnlich ist der gesetzlich nicht geregelte Kreditvertrag⁵. Darin verpflichtet sich die Bank als Kreditgeberin, dem Kunden als Kreditnehmer fortlaufend Kredit zu gewähren bis zur einer bestimmten Betragshöhe (Kreditlinie oder Kreditlimite), für eine festgelegte Laufzeit und

³ vgl. Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, §17, 20 und 25; vgl. auch Entscheid Nr. 197/III/98 der III. ZK vom 12. Juni 1998

⁴ vgl. Bernhard F. Meyer, Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Verträge, Zürich 1979, S. 155, und Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1984, §20 RZ 9 und 15

⁵ zu beachten sind in diesem Zusammenhang allerdings Art. 6 Abs. 1 lit. a und b sowie Abs. 2 und 3 KKG, SR 221.214.1

zu vereinbarten Kosten. Der Unterschied zum Darlehen besteht vorab darin, dass die Bank den Kredit nicht einmalig leistet, sondern über längere Zeit zur Verfügung hält. Der Kredit ist mithin revolving, das Darlehen dagegen nicht. Der Kredit kann über ein bestehendes Kontokorrent oder über ein Sonderkonto abgewickelt werden⁶. Der gegengezeichnete Kreditöffnungsvertrag ist als Rechtsöffnungstitel unzureichend⁷. Vielmehr sind vom Schuldner unterzeichnete Richtigbefundsanzeigen bezüglich des letzten Kontoauszuges erforderlich. Ferner darf der Saldo nicht auf die neue Rechnung übertragen bzw. seit der Anerkennung kein neues Geschäft vorgenommen worden sein, und selbstverständlich muss die Beendigung des Kreditverhältnisses glaubhaft gemacht werden⁸.

c) Das Kontokorrent:

Das Kontokorrent ist eigentlich nur eine banktechnische Rechnungsweise⁹. Die Parteien vereinbaren im Kontokorrentverhältnis, während einer bestimmten Rechnungsperiode oder bis zu einer bestimmten Höhe die Stundung und Abrechnung aller gegenseitigen Forderungen. Nur das Ergebnis der Abrechnung, der sogenannte Saldo, soll Gegenstand der Forderung sein. Kreditcharakter hat das Kontokorrent, weil die Bank ihren Kunden im Rahmen der Kreditlimite das Konto überziehen lässt. Gemäss den Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken (AGB) gilt der Saldo als genehmigt, wenn er nicht innert einer bestimmten Frist beanstandet wird. Die entsprechenden Kontoauszüge genügen jedoch nicht als Rechtsöffnungstitel. Erforderlich ist vielmehr - wie beim Bankkredit - eine vom Schuldner unterzeichnete Richtigbefundsanzeige¹⁰. Auch stellen Vergütungsaufträge für sich keine Schuldanerkennungen dar¹¹. Die Richtigbefundsanzeige verliert beim Kontokorrent - wie beim Bankkredit

⁶ Meyer, a.a.O., S. 163; Daniel Guggenheim, Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis, Zürich 1986, S. 96f. samt FN 5 und S. 99ff.; vgl. auch Emch/Renz/Bösch, Das schweizerische Bankgeschäft, 4. Auflage, Thun 1993, S. 244ff

⁷ André Schmidt, Jurisprudence récentes du tribunal fédéral et de la cour de justice en matière de mainlevée provisoire, SemJud 117/1995, S. 322, unter Hinweis auf BGE 106 III 97ff.

⁸ Meyer, a.a.O., S. 165; Entscheid Nr. 498/III/97 der III. ZK vom 24. Februar 1998; Panchaud/Caprez, a.a.O., §79 und 94; Emch/Renz/Bösch, a.a.O., S. 245 unten; Laurent Etter, Le contrat de compte courant, Diss. Lausanne 1994, S. 189ff., insbesondere 212f.

⁹ vgl. z.B. Emch/Renz/Bösch, a.a.O., S. 244

¹⁰ Albisetti/Gsell/Nyffeler, Bankgeschäfte, Bd. 2, 4. Auflage, Zürich 1990, S. 65-67; Emch/Renz/Bösch, a.a.O., S. 245f.; a.M. offenbar Daniel Guggenheim, a.a.O., S. 228f.

¹¹ Entscheid Nr. 498/III/97 der III. ZK vom 24. Februar 1998

- ihre Wirkung bei Weiterführung des Kontos¹², es sei denn, der Schuldner habe mit der Anzeige unterschrieben, dass sie auch danach als Schuldanerkennung diene¹³. Dass der Richtigbefund des Saldos auch bei Weiterführung als Rechtsöffnungstitel gilt¹⁴, ist, soweit ich sehe, nicht bernische Praxis. Hingegen wird der Richtigbefund teilweise als Rechtsöffnungstitel zugelassen, wenn seit dessen Unterzeichnung wohl Zinsen aufgelaufen, aber insbesondere keine weiteren Belastungen mehr erfolgt sind. Ausnahmsweise kein Richtigbefund ist erforderlich, wenn dem Gesuchsgegner - trotz der Bezeichnung als Kontokorrent - wie beim festen Vorschuss unbestrittenermassen ein einziger Betrag in Höhe der vereinbarten Kreditlimite ausbezahlt wurde¹⁵.

d) Der Schuldbrief:

Der Schuldbrief muss wegen der Ausstellung durch den Grundbuchverwalter (Art. 857 Abs. 1 ZGB und Art. 53 GBV) als öffentliche Urkunde i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG gelten, die auch ohne Unterschrift des Schuldners zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigt und zwar für die verbrieft Forderung wie für das Pfandrecht¹⁶. Dass Eigentümerschuldbriefe praxisgemäss auch auf Grund einer gewöhnlichen schriftlichen Erklärung gegenüber dem Grundbuchverwalter erstellt werden, betrifft nur den Ausweis für die Errichtung (vgl. Art. 20 Abs. 1 GBV), nicht die Qualität des vom Grundbuchverwalter ausgestellten Titels.

Bei einem Verkauf des Grundstücks werden die Schulden vom neuen Eigentümer regelmässig übernommen, intern im Kaufvertrag (Bsp.: Übernahme des Schuldbriefes zur titelgemässen Verzinsung und Abzahlung bzw. der Schuldpflicht für das hierdurch gesicherte Hypothekendarlehen), extern auf Grund der Mitteilung des Grundbuchamtes an die Bank, sofern diese nicht innert Jahresfrist eine Beibehaltserklärung gegenüber dem alten Schuldner abgibt

¹² Etter, a.a.O., S. 189ff., insbesondere 212f. und 215; Guggenheim, a.a.O., S. 226 und 228f. samt FN 18; vgl. zudem Emch/Renz/Bösch, a.a.O., S. 245f.

¹³ Fritzsche/Walder, Bd. I, §20 RZ 9, S. 262, zweites Lemma

¹⁴ vgl. Panchaud/Caprez, a.a.O., §84

¹⁵ BGE 122 III 128 E. 2.c Abs. 2 und Schmidt, a.a.O., Nr. 22, S. 322f.

¹⁶ Fritzsche/Walder, Bd. I, §20 RZ 2; ZGB-Staehelin, Art. 856 N. 6; Daniel Staehelin, Betreuung und Rechtsöffnung beim Schuldbrief, AJP 10/94, S. 1263f.; Markus Vollenweider, Die Sicherungsübereignung von Schuldbriefen als Sicherungsmittel der Bank, Freiburg 1994, S. 144

(Art. 832 Abs. 2 und 834 ZGB)¹⁷. Der Schuldnerwechsel findet ausserbuchlich statt und wird daher auch auf dem Schuldbrief nicht vermerkt. Ob der Gläubiger den betreffenden Titel dem Grundbuchamt einreichen kann, um den Schuldnerwechsel darauf nachzuführen (vgl. Art. 874 ZGB und Art. 53 Abs. 2 lit. d GBV), hängt von der kantonalen Praxis ab¹⁸. Lässt sie es nicht zu, soll es den Parteien erlaubt sein, selber einen entsprechenden Vermerk auf dem Titel anzubringen¹⁹. Fehlt ein Vermerk auf dem Schuldbrief, ist dieser gegenüber dem neuen Schuldner als Rechtsöffnungstitel nur tauglich in Verbindung mit einer Schuldübernahmeerklärung (z.B. im Grundstückkaufvertrag) bzw. bei der Sicherungsübereignung in Verbindung mit einer von ihm unterzeichneten Sicherungsabrede²⁰. Betreibt die Bank auf Grund des nicht nachgeführten Titels den Altschuldner, so hat sie die Beibehaltserklärung gemäss Art. 832 Abs. 2 ZGB vorzulegen²¹.

Anders als die persönliche Schuldpflicht aus dem Schuldbrief, welche sich auch gegen einen Dritten richten kann (Drittpfandverhältnis), belastet das Grundpfandrecht immer den jeweiligen Grundeigentümer (Art. 832 Abs. 1 i.V.m. Art. 846 ZGB). Wird bei einem Grundstückverkauf der neue Eigentümer im Schuldbrief nicht nachgetragen, so genügt zum Nachweis dafür, dass er pfandbelastet ist, ein Grundbuchauszug²².

Zu beachten ist, dass offenbar seit der GBV-Revision vom 2. Dezember 1996 bei neu errichteten Schuldbriefen der Schuldner nicht mehr in den Titel aufgenommen wird. Es wird geltend gemacht, dies habe zur Folge, dass sich der Gläubiger eine beglaubigte Abschrift des Errichtungsaktes besorgen müsse um darlegen zu können, wer ursprünglich Schuldner war²³. In der Tat nennen die neuen Schuldbriefe wohl den Gläubiger zur Zeit der Errichtung (Namenschuldbrief) bzw. den Inhaber (Inhaberschuldbrief), nicht aber den Schuldner. Unten auf der ersten Seite des Schuldbriefs ist vermerkt, dass Schuldner der Eigentümer des bela-

¹⁷ vgl. Roland Pfäffli, Theorie und Praxis zum Grundpfandrecht, recht 6/1994, S. 267; vgl. auch Entscheid Nr. 208/I/98 der I. ZK vom 22. Juni 1998

¹⁸ fragliche Zulässigkeit, vgl. Pfäffli, a.a.O., S. 267, mit Verweis auf BGE 99 Ib 430 in FN 43

¹⁹ vgl. Entscheid Nr. 197/III/98 der III. ZK vom 12. Juni 1998, u.a. unter Hinweis auf ZGB-Staehelin, Art. 874 N. 27

²⁰ für die Sicherungsabrede vgl. Vollenweider, a.a.O., S. 149

²¹ Meyer, a.a.O., S. 71

²² Entscheid Nr. 197/III/98 der III. ZK vom 12. Juni 1998

²³ vgl. ZGB-Staehelin, Art. 874 N. 27

steten Grundstücks sei, sofern nicht ein Drittpfandverhältnis bestehe. Die Person des Schuldners werde im Hauptbuch nicht angegeben²⁴. Dass ein Wertpapier den Schuldner nicht aufführt, ist ein rechtliches Kuriosum und führt dazu, dass für die Schuldbriefforderung allein mangels Vorliegens einer Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden kann²⁵. M.E. kann trotz fehlender Erwähnung des Schuldners im Schuldbrief Rechtsöffnung für die Schuldbriefforderung erteilt werden, wenn sich aus anderen vom Gläubiger eingereichten Urkunden liquide ergibt, dass der Gesuchsgegner Schuldbriefschuldner sein muss. Das wird einerseits der Fall sein, wenn der Schuldbrief bei Abschluss des Vertrages im Grundverhältnis schon besteht, andererseits aber auch wenn der nachträglich errichtete Schuldbrief inhaltlich genau (Grundstück, Rang, Betrag) mit dem im Darlehens- oder Kreditvertrag bzw. in der Sicherungsabrede versprochenen übereinstimmt. Nur in Zweifelsfällen ist eine Abschrift des Errichtungsaktes zu verlangen. Die Gefahr, dass ein ehemaliger Schuldner ins Recht gefasst wird, ist gering, denn er wird sich auf die Schuldübernahme eines neuen Schuldners und das Fehlen einer Beibehaltserklärung berufen können, um so mehr, als die neuen Schuldbriefe - im Unterschied zu den alten - für die Schuldnerstellung keine öffentliche Urkunde mehr darstellen.

Nur am Rande sei erwähnt, dass am 9. Juni 1998 ein parlamentarischer Vorstoss von Ständerat Schiesser als Postulat überwiesen wurde, der zum Ziel hat, den Schuldbrief in Papierform abzuschaffen und ihn als papierloses Registerpfand auszugestalten²⁶. Damit könnte im Rechtsöffnungsverfahren jedenfalls kein Wertpapier und keine öffentliche Urkunde mehr als Schuldanerkennung vorgelegt werden.

3. Die Begebung des Schuldbriefs:

Im Schuldbrief sind die Grundpfandforderung und das Grundpfandrecht verbrieft. In der Praxis werden Schuldbriefe grundsätzlich auf drei Arten zur Sicherung übergeben, nämlich²⁷

²⁴ Daniel Staehelin, in: Das Recht der Sicherungsmittel, Dokumentation zur Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse vom 20. November 1997 [Tagungsdokumentation], hinter S. 10

²⁵ vgl. Staehelin, a.a.O., S. 4

²⁶ vgl. AmtlBull SR 1998 IV 575

²⁷ vgl. hierzu grundlegend: Entscheid Nr. 197/III/98 der III. ZK vom 12. Juni 1998

- a) zu Faustpfand, bezeichnet als indirektes Grundpfandrecht (Bsp.: zur Sicherung eines Baukredits); ich beschränke mich hier auf den in der Praxis häufigen Fall des Faustpfandes an einem *Eigentümerschuldbrief*, der als *Namenschuldbrief*, nicht als Inhaberschuldbrief ausgestaltet ist;
- b) zur Begründung eines direkten Grundpfandrechts (im engeren Sinne; Bsp.: Errichtung eines neuen Namensschuldbriefes auf den Namen des Gläubigers zur Sicherung eines Darlehens); auch hier klammere ich den selteneren Fall des Inhaberschuldbriefes aus;
- c) durch Sicherungsübereignung, bezeichnet als direktes Grundpfand im weiteren Sinne.

Häufig werden die unterschiedlichen Folgen der Übertragungsarten hervorgehoben. Im Folgenden soll versucht werden aufzuzeigen, wo sich Unterschiede in Bezug auf die zu erteilende Rechtsöffnung ergeben können.

a) Die Übertragung des Eigentümerschuldbriefs zu Faustpfand:

Durch die Übertragung des Eigentümerschuldbriefs zu Faustpfand erwirbt der Gläubiger *keine* direkten Rechte *aus* dem Titel, sondern lediglich ein Pfandrecht *am* Titel bzw. an der Titelforderung. Die alte Streitfrage, was Pfandobjekt ist, lasse ich ausser Acht, weil sie m.E. nicht relevant ist, denn der Rechtsöffnungsrichter hat nicht zu prüfen, wann die Forderung aus dem Eigentümerschuldbrief entstanden ist, sondern *ob die Bank überhaupt Titelgläubigerin* geworden ist.

Die faustpfändliche Übertragung führt zu keiner Neuerung (Novation) des Grundverhältnisses und lässt Einwendungen wie Einreden aus dem Grundverhältnis unberührt²⁸, mit der Folge, dass die Bank den jeweiligen Schuldsaldo durch Vorlage eines Rechtsöffnungstitels aus dem Grundverhältnis (Ziff. 3.a-c, S. 45f., oben) darzutun hat. Dasselbe gilt, wenn der Eigentümerschuldbrief der Bank vom Dritten als Faustpfand zur Verfügung gestellt wird.

Zahlt der Schuldner die Forderung aus dem Grundverhältnis nicht, kann die Bank die Betreuung auf Faustpfandverwertung einleiten oder, falls sie sich dazu in den AGB oder/und im

²⁸ Staehelin, AJP 10/1994, S. 1259f.

speziellen Pfandvertrag hat ermächtigen lassen, was regelmässig der Fall ist, das Faustpfand privat verwerten. Die Privatverwertung schliesst auch den Selbsteintritt ein²⁹.

Im Falle der *Zwangsvollstreckung* setzt die Bank die Forderung aus dem Grundverhältnis in Betreuung und macht hierfür das Faustpfand am Eigentümerschuldbrief geltend. Zahlt der Schuldner nicht, kann sie den Eigentümerschuldbrief ersteigern. Erst so wird sie zur Titel- bzw. Grundpfandgläubigerin. Als solche kann sie die Schuldbriefforderung fällig stellen und hierfür den jeweiligen Grundpfandschuldner betreiben³⁰. Dass die Bank als Faustpfandgläubigerin ihre Rechte in der Grundpfandverwertung durch Dritte und im Konkurs *wie* eine Grundpfandgläubigerin ausüben kann (vgl. Art. 35 Abs. 2, 102 und 126 VZG sowie Art. 76 KOV), ändert am Gesagten nichts, denn die entsprechenden zwangsvollstreckungsrechtlichen Bestimmungen wollen und können die materielle Rechtslage nicht ändern³¹.

Um das langwierige und mit Kosten verbundene Zwangsvollstreckungsverfahren zu vermeiden, berufen sich die Banken bisweilen auf eine Pfandverwertungsabrede und auf *das Kündigungs- und Einziehungsrecht* (Art. 906 Abs. 1 ZGB ist unbestrittenermassen dispositiv³²) gemäss ihren ABG oder/und Pfandvertragsbestimmungen. Die Kündigung und Einziehung der Schuldbriefforderung ist eine Verwaltungshandlung für den Schuldbriefgläubiger, welche die Bank als Faustpfandgläubigerin wohl *in eigenem Namen*³³, *aber nicht aus eigenem Recht*³⁴ geltend machen kann. Daher ändert die Ausübung des Kündigungs- und Einziehungsrechts die materielle Berechtigung an der Schuldbriefforderung nicht. Auch bei einer von der Bank erklärten Kündigung und Einziehung ist somit auf die Skriptur des Schuldbriefs abzustellen, denn diese widerspiegelt die Berechtigung an der Schuldbriefforderung. Fehlt ein Indossament, steht der Bank die Schuldbriefforderung nicht zu. Sie ist eben nur Faustpfandgläubigerin, nicht Schuldbriefgläubigerin. Pfandvertragsbestimmungen, welche die Bank zur Geltendmachung der Rechte *aus* dem Titel ermächtigen, stellen ein gemäss Art. 894 ZGB

²⁹ Peter Moser, Die Verpfändung von Grundpfandtiteln, Zürcher Studien zum Privatrecht Nr. 65, Zürich 1989, S. 148f. samt FN 168; Dieter Zobl, Berner Kommentar, Bd. IV/2/5/2, Bern 1996 [Zobl Bd. II], N. 57 zu Art. 891

³⁰ vgl. Pfäffli, a.a.O., S. 267f.

³¹ vgl. Moser, a.a.O., v.a. S. 20f., 44-48 und 53

³² ZGB-Staehelin, Art. 906 N. 8; Zobl Bd. II, N. 4 und 16 zu Art. 906 ZGB

³³ ZGB-Staehelin, Art. 906 N. 9

³⁴ Urteil Nr. 641/II/96 der II. ZK vom 5. November 1997; Favre/Liniger, Cédules hypothécaires et procédure de mainlevée, SemJud 117/1995, S. 105

unzulässiges Verfallspfand dar³⁵. Wo die Gläubiger- und Schuldnerstellung nicht auseinanderfallen (Schuldner übergibt Eigentümerschuldbrief zur Sicherung; keine Drittpfandsituation), gibt es zudem nichts zu kündigen und nichts einzuziehen³⁶. Kündigung und Einziehung richten sich m.E. nur gegen den *Drittschuldner*³⁷. Es würde keinen Sinn machen, die Bank zu ermächtigen, ihren Kunden zu veranlassen, sich selber die Schuldbriefforderung zu bezahlen.

Hat die Bank die Möglichkeit, auf dem Wege der *Privatverwertung* Grundpfandgläubigerin zu werden? Die Antwort könnte etwa lauten: theoretisch ja, aber praktisch wird es kaum der Fall sein. Der Grund liegt darin, dass nicht nur der Schuldbrief veräussert, sondern auch die Schuldbriefforderung in der gesetzlich vorgeschriebenen Formen übertragen werden muss. Die Forderung *aus* dem Schuldbrief kann nämlich nur in Verbindung mit dem Titel geltend gemacht werden (Art. 868 Abs. 1 ZGB). Weil der Eigentümerschuldbrief als Namensschuldbrief ein gesetzliches Ordrepapier ist³⁸, muss die Schuldbriefforderung durch Vermerk auf dem Titel (Art. 869 Abs. 2 ZGB) bzw. *Indossament* übertragen werden³⁹. Ein Indossament ausserhalb des Schuldbriefs, z.B. im generellen Pfandvertrag (AGB) oder im speziellen Pfandvertrag, bewirkt keinen Übergang der Schuldbriefforderung⁴⁰ bzw. hat keine wertpapierrechtlichen Wirkungen⁴¹. Fehlt das Indossament, ist es durch Urteil zu erwirken⁴². Realistischerweise wird der Schuldner bzw. Titelgläubiger das Indossament in solchen Situationen kaum mehr auf den Schuldbrief setzen. Ein gerichtliches Vorgehen gegen ihren Schuldner bzw. Titelgläubiger wird die Bank scheuen, weil es langwierig und kostspielig ist. Hinzu kommt, dass sich der Marktwert des Eigentümerschuldbriefs häufig nur schlecht bestimmen lässt, so v.a. bei gesunkenem Liegenschaftspreis und fraglicher Deckung der Schuldbriefforderung.

³⁵ Urteil Nr. 641/II/96 der II. ZK vom 5. November 1997, unter Hinweis auf Oftinger/Bär, a.a.O., N. 39 zu Art. 906 ZGB, und Rudolph J. Kaderli, Die Sicherung des Bankkredits, Diss. BE 1938, S. 67

³⁶ vgl. BGE 64 II 418 oben

³⁷ Urteil Nr. 641/II/96 der II. ZK vom 5. November 1997 und ZBJV 73/1937, S. 44ff.; vgl. auch Oftinger/Bär, Zürcher Kommentar, Bd. IV/2/c, 3. Auflage, Zürich 1981, N. 3, 5, 18, 19ff., insbesondere N. 38

³⁸ vgl. z.B. ZGB-Staehelin, Art. 869 N. 8

³⁹ ZGB-Staehelin, Art. 869 N. 8

⁴⁰ Moser, a.a.O., S. 170; vgl. auch ZGB-Staehelin, Art. 869 N. 8f.

⁴¹ Urteil Nr. 641/II/96 der II. ZK vom 5. November 1997, unter Hinweis auf Eva Lareida, Der Schuldbrief aus wertpapierrechtlicher Sicht, Diss. ZH 1986, S. 25 und 78

⁴² Zobl Bd. II, N. 50a zu Art. 891 ZGB

In der Praxis kommt es vor, dass die Bank im Rahmen der Privatverwertung den *Selbsteintritt erklärt* und sich gestützt darauf als Schuldbriefgläubigerin betrachtet. Ist dies zutreffend? M.E. hilft auch hier der Blick auf den Schuldbrief weiter. Sowenig die Bank die Rechte *aus* dem Schuldbrief Dritten ohne Indossament übertragen kann, kann sie es sich selber durch formlose Selbsteintrittserklärung. Wäre statt des Eigentümerschuldbriefs das ganze Grundstück verpfändet worden, würde niemand behaupten, die Bank sei allein auf Grund der Selbsteintrittserklärung, d.h. ohne öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrag und Grundbucheintrag neue Grundstückeigentümerin geworden. Wurde beim faustpfändlich übertragenen Eigentümerschuldbrief nur der Selbsteintritt erklärt, aber kein Indossament auf den Schuldbrief gesetzt, ist die Bank an der Briefforderung nicht berechtigt und hat weder etwas gegen den Schuldner einzuziehen, noch als Grundpfandgläubigerin die Grundpfandverwertung einzuleiten. Daran ändert auch der häufig zitierte BGE 64 II 416ff. nichts. Aus diesem Entscheid lässt sich lediglich schliessen, dass die Faustpfandgläubigerin, wenn sie dazu vertraglich ermächtigt worden ist, in eigenem Namen, aber nicht aus eigenem Recht die Grundpfandverwertung für die Forderung aus dem Schuldbrief einleiten kann. Im erwähnten Entscheid wurde m.E. nur deshalb Rechtsöffnung für die Schuldbriefforderung erteilt, weil ein Sonderfall vorlag. Zum einen ging es um einen Inhaberschuldbrief, dessen Übertragung keines Indossaments bedarf, sondern nur der gültigen Besitzübertragung⁴³, zum andern fielen die Schuldbriefgläubiger- und Schuldnerstellung schon bei der Übertragung zu Faustpfand auseinander. Schuldbriefschuldner war nämlich ein Ehemann, der seiner Frau den Inhaberschuldbrief zur Verfügung gestellt hatte, damit diese ihn dem Verkäufer des von ihr erworbenen Lebensmittelgeschäfts zur Sicherung der Kaufpreisrestanz übergeben konnte. Daran, dass der Selbsteintritt allein nicht zur Erlangung der Schuldbriefgläubigerstellung führt, ändert auch der Aufschub der Abrechnung bis zum Abschluss der Grundpfandverwertung nichts⁴⁴, ebensowenig BGE 119 II 326ff., welcher den Selbsteintritt bei der Sicherungsübereignung betrifft, durch welche der Gläubiger an der Schuldbriefforderung ohnehin wertpapierrechtlich voll legitimiert wird (s.u.).

⁴³ ZGB-Staehelin, N. 5 zu Art. 869 ZGB

⁴⁴ vgl. Zobl Bd. II, N. 62 zu Art. 891 und N. 160 zu Art. 901 ZGB; das am ersten Ort erwähnte Urteil des Präsidenten des Bezirksgerichts Steckborn vom 1. Dezember 1993 betrifft den Sonderfall eines als Inhaberschuldbrief ausgestellten Eigentümerschuldbriefs

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass für die Forderung aus dem zu Faustpfand übertragenen Eigentümerschuldbrief, der als Inhabertitel ausgestaltet ist, nach einer Privatverwertung nur Rechtsöffnung erteilt werden kann, wenn er der betreibenden Bank indossiert wurde. Fehlt das Indossament, hat die Bank es entweder gerichtlich zu erwirken oder den Schuldbrief zwangsverwerten zu lassen. In Anlehnung an Wissmann⁴⁵ erlaube ich mir an dieser Stelle den Hinweis, dass die Bank nicht "den Fünfer und das Weggli" haben kann. Entweder ist sie Faustpfandgläubigerin oder Grundpfandgläubigerin, nie beides zusammen⁴⁶. Fehlt ein Indossament, ist auch keine Haftung des Verpfänders gegenüber der Bank aus dem Schuldbrief gegeben. Das hat v.a. für den Drittpfandbesteller grosse Bedeutung (Haftung nur mit dem Schuldbrief, nicht auch persönlich, sofern nicht anderweitig übernommen⁴⁷).

b) Die Begründung eines direkten Grundpfandrechts (im engeren Sinne):

Bei der Errichtung oder Übertragung des Namensschuldbriefs auf den Namen der Bank wird diese sogleich Brief- und damit Grundpfandgläubigerin. Dass ihr der Schuldbrief ohne weiteres als Rechtsöffnungstitel für die darin verbrieftete Forderung und das Pfandrecht dient, ist völlig unbestritten. Umstritten ist demgegenüber die Wirkung der Schuldbrieferrichtung auf das Grundverhältnis. Das hängt zusammen mit Art. 855 Abs. 1 ZGB, wonach jedenfalls ein bei der Errichtung bestehendes und dieser zugrundeliegendes Schuldverhältnis durch Novation getilgt wird. Die Bestimmung ist allerdings dispositiv (Art. 855 Abs. 2 ZGB). Ob die Novation eintritt, hat primär Auswirkungen auf die Einwendungen und Einreden, die der Schuldner gegenüber dem Bank noch geltend machen kann (vgl. Art. 872 ZGB), und auf die Nebenrechte der Grundforderung (Bsp.: eine bereits errichtete Bürgschaft geht unter).

Unbestritten ist zunächst, dass der gutgläubige Erwerber des Namensschuldbriefs (Bsp.: die Bank indossiert den Schuldbrief X weiter) den Schutz von Art. 865f. ZGB genießt, ihm gegenüber also keine Einwendungen und Einreden aus dem Grundverhältnis erhoben werden können (vgl. Art. 872 ZGB), es sei denn, die darin vorgenommenen Änderungen (Bsp.: Ab-

⁴⁵ Kurt Wissmann in: Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 296ff.

⁴⁶ in diesem Zusammenhang werden z.B. ebenfalls zitiert: BJM 1995, S. 311ff., BGE 97 III 120, 107 III 128ff. (Horta-Entscheid), 113 II 147, 115 II 151 (Pra 78 Nr. 271)

⁴⁷ Urteil Nr. 641/II/96 der II. ZK vom 5. November 1997

zahlung) seien auf dem Schuldbrief vermerkt (Art. 874 Abs. 2/3 ZGB; Art. 53 Abs. 2 lit. d, 61 Abs. 3 und 67 Abs. 1 GBV). Bei den in der Praxis seltenen Abzahlungsvermerken wird im Verhältnis zum gutgläubigen Dritten vermutet, dass die Zahlung tatsächlich geleistet wurde⁴⁸.

Fraglich ist demgegenüber, welche Einreden und Einwendungen dem Schuldner gegenüber der Bank als erster Nehmerin bestehen. Auf die vielen Theorien, die diesbezüglich bestehen⁴⁹, gehe ich nicht ein. Mir scheint es angezeigt, von den wirtschaftlichen Interessen der Parteien auszugehen. Diese wollen in erster Linie ein schuldbrieflich gesichertes Grundverhältnis (Darlehen, Kredit, Kontokorrentverhältnis) eingehen und denken nicht im Entferntesten an eine Novation durch die Schuldbriefübertragung oder an den Wegfall einer Bürgschaft. So ist im Grundverhältnis kaum jemals die Rede von einer Novation. Darüber hinaus werden in der Praxis die Schuldbriefe bisweilen erstellt, bevor überhaupt ein Schuldverhältnis besteht (der beauftragte Notar lässt den Schuldbrief erstellen und gibt der Bank, die mit dem Schuldner z.B. ein Darlehensverhältnis eingehen will, eine Einlieferungsverpflichtung ab, nach deren Erhalt die Bank ein Darlehen auszahlt)⁵⁰. Aus diesen Gründen ist es m.E. vertretbar, im Grundverhältnis vereinbarte Zins- und Amortisationszahlungen als Indiz für den Novationsausschluss gemäss Art. 855 Abs. 2 ZGB zu würdigen⁵¹, wobei derjenige die Sicherungsübereignung zu beweisen hat, der sie behauptet⁵². Das Bundesgericht setzt die Latte für den Nachweis des vertraglichen Novationsausschlusses recht hoch (vgl. BGE 119 III 106f.). M.E. wird die Bank beim Novationsausschluss zwar Schuldbrief- und Grundpfandgläubigerin (keine Sicherungsübereignung⁵³), muss sich indessen sämtliche Einreden aus dem Grundverhältnis entgegenhalten lassen. Auch wenn die Novation dennoch einmal zum Tragen kommen sollte, wäre die Ausschlusswirkung bei vernünftiger Betrachtung ohnehin beschränkt auf die bei Schuldbriefausstellung schon bekannten Einreden und Einwendungen⁵⁴. Die sich erst mit der Zeit z.B. aus Amortisations- und Zinszahlungen ergebenden Einreden müssen allemal erho-

⁴⁸ Staehelin, AJP 10/1994, S. 1264

⁴⁹ vgl. die Aufstellung bei Jörg Schmid, Sachenrecht, Zürich 1997, RZ 1838ff.

⁵⁰ vgl. Wolfgang Wiegand, BBT Bd. 3, Bern 1996, S. 90f.

⁵¹ Wiegand, a.a.O., S. 92; Staehelin, AJP 10/1994, S. 1258f.; in diesem Sinne wohl auch Entscheid Nr. 208/I/98 der I. ZK vom 22. Juni 1998

⁵² Staehelin, AJP 10/1994, S. 1258

⁵³ so aber Staehelin, AJP 10/1994, S. 1259

⁵⁴ vgl. Thomas von Ballmoos, Der wertpapierrechtliche Verkehrsschutz, Diss. BE 1993, S. 82; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome III, Berne 1992, nos 2937b et 3010

ben werden können. Im Ergebnis beschränkt sich die Wirkung von Art. 855 Abs. 1 ZGB damit praktisch auf die Beweislastumkehr⁵⁵. Der Schuldner hat demnach die Zahlungen glaubhaft zu machen. Das wird ihn jedoch nicht stören, weil ihm entsprechende Bankkontoauszüge zur Verfügung stehen und diese im übrigen meist von den Banken selber vorgelegt werden. Dass die Bank erst nachträglich einen Schuldbrief als Sicherheit erhält, dürfte aus wirtschaftlichen Gründen kaum auftreten. Wird vom Schuldner im Laufe des Vertragsverhältnisses ein weiterer Schuldbrief als Sicherheit zur Verfügung gestellt, muss der Novationsausschluss m.E. ohne gegenteilige Abmachung weiter gelten.

c) Die Sicherungsübereignung (direkte Begebung im weiteren Sinne):

Durch die Sicherungsabrede verpflichtet sich der Schuldner, der Bank den Schuldbrief zur Sicherung einer Forderung im Grundverhältnis fiduziarisch zu Eigentum zu übertragen und die Bank, den Schuldbrief nur dem Sicherungszweck gemäss zu verwenden. Der Schuldner überträgt der Bank sodann das Eigentum am Titel und die Titelforderung. Daher ist für die Sicherungsübereignung ebenfalls ein Indossament zu verlangen, wobei ein Blankoindossament nicht genügt, weil dieses keine wertpapierrechtlichen Wirkungen, sondern wohl nur diejenige einer gewöhnlichen Verpfändung gemäss Art. 900 Abs. 1 ZGB entfalten kann⁵⁶.

Das Grundverhältnis wird durch die Sicherungsübereignung nicht noviert, weil die Sicherungsabrede einen Novationsausschluss gemäss Art. 855 Abs. 2 ZGB beinhaltet. Die Bank ist bei erfolgter Sicherungsübereignung nicht nur Schuldbriefgläubigerin, sondern gleichzeitig Gläubigerin der parallel bestehenden Forderung aus dem Grundverhältnis (Darlehen, Kredit oder Kontokorrent) und sie hat - vorbehältlich der Regelung über die Vorausverwertung des Schuldbriefs (vgl. Teil 2) - *grundsätzlich die Wahl*, für die Sicherungsforderung allein Betreuung auf Pfändung, eventuell auf Konkurs, oder für die Grundpfandforderung mit Grundpfandrecht Betreuung auf Grundpfandverwertung einzuleiten⁵⁷. Bei entsprechender Vereinbarung steht der Bank auch die Privatverwertung offen. Ob ein Selbsteintritt erklärt werden

⁵⁵ Wiegand, a.a.O., S. 91; Staehelin, AJP 10/1994, S. 1264

⁵⁶ Moser, a.a.O., S. 24-27 samt FN 101, S. 103, 119 und 129-132; Vollenweider, a.a.O., S. 60; zur Unzulässigkeit des Blankoindossaments vgl. auch Zobl Bd. II, N. 79f. zu Art. 901 ZGB

⁵⁷ vgl. Entscheid Nr. 197/III/98 der III. ZK vom 12. Juni 1998 (mit diversen Zitaten) sowie Entscheid Nr. 278/III/98 der III. ZK vom 27. August 1998; gemäss Staehelin, AJP 10/1994, S. 1265, ist zuerst die Schuldbriefforderung und nicht die Sicherungsforderung in Betreuung zu setzen

muss, nachdem die Bank bereits Eigentümerin des Schuldbriefs und Titelgläubigerin ist, erscheint fraglich. Jedenfalls ändert der Selbsteintritt nichts an der Einredenordnung⁵⁸ und löst zumindest die Abrechnungspflicht aus⁵⁹.

Von der Wahl der in Betreuung gesetzten Forderung hängt ab, was die Bank als Rechtsöffnungstitel vorzulegen hat. Macht sie nur die Sicherungsforderung geltend, sind die Rechtsöffnungstitel aus dem Grundverhältnis einzureichen (vgl. Ziff. 2. a-c, S. 45f., oben). Verlangt sie dagegen Rechtsöffnung für die Schuldbriefforderung und das verbrieft Pfandrecht, hat sie grundsätzlich nicht nur den Schuldbrief (als doppelten Rechtsöffnungstitel betreffend Forderung und Pfandrecht, vgl. Ziff. 3.d, S. 47f., oben) vorzulegen, sondern auch die Titel aus dem Grundverhältnis, denn die Schuldbriefforderung steht ihr nur im Umfang der konkreten Sicherungsforderung zu. Reicht die Bank lediglich den Schuldbrief und Unterlagen zur Kündigung der Schuldbriefforderung ein, hat indes der Schuldner den Betrag der tieferen Sicherungsforderung einredeweise glaubhaft zu machen. Die Bank wird die Titel aus dem Grundverhältnis (Bsp.: Richtigbefundsanzeige) allerdings dann dennoch vorlegen, wenn sie allfälligen Einwände und Einreden des Schuldner aus dem Grundverhältnis vorweg entkräften will (Bsp.: der Kredit sei nicht ausbezahlt bzw. nicht oder nur teilweise abbezahlt worden, die Forderung sei nicht fällig etc.)⁶⁰.

Ist die Sicherungsforderung kleiner als die nominelle Schuldbriefforderung samt den drei verfallenen und dem laufenden Jahreszins (Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB), wird der Bank auf Grund der Sicherungsabrede lediglich für die kleinere Sicherungsforderung und das sich aus dem Schuldbrief ergebende Grundpfandrecht provisorische Rechtsöffnung erteilt⁶¹. Übersteigt die Sicherungsforderung dagegen das Schuldbriefnominal samt Zinsen, ist m.E. einerseits im Umfang der Schuldbriefdeckung provisorische Rechtsöffnung für die Schuldbriefforderung und das daraus resultierende Grundpfandrecht (a), andererseits provisorische Rechtsöffnung für den Differenzbetrag (ohne Grundpfandrecht) zu erteilen (b)⁶². Im Prinzip

⁵⁸ BGE 119 II 329; Staehelin, AJP 10/1994, S. 1260; vgl. aber Vollenweider, a.a.O., S. 164

⁵⁹ vgl. Vollenweider, a.a.O., S. 162f.

⁶⁰ vgl. Staehelin, AJP 10/1994, S. 1261, 1265 und 1267

⁶¹ vgl. Vollenweider, a.a.O., S. 165

⁶² Vollenweider, a.a.O., S. 165, scheint die Ansicht zu vertreten, dass für den ungedeckten Teil die ordentliche Betreuung eingeleitet werden müsse; gemäss Staehelin, AJP 10/1994, S. 1261, kann für den überschüssenden Betrag sogleich die Betreuung auf Pfändung eingeleitet werden, ohne dass vorher die Grundpfandverwertung eingeleitet werden muss

sind im letztgenannten Fall zwei Teile der gleichen Forderung in Betreuung gesetzt, was zulässig sein muss, nachdem sie auf einem einheitlichen Rechtsverhältnis beruhen. Allerdings wird die Fortsetzung der Betreuung für die beiden Teile unterschiedlich sein (bei a: Grundpfandverwertung, bei b: Pfändung, eventuell Konkurs).

Bei der Sicherungsübereignung müssen sowohl die Forderung aus dem Grundverhältnis als auch die Schuldbriefforderung fällig sein. Dabei ist zu beachten, dass sich die Kündigung der Sicherungsforderung nicht automatisch auf die Schuldbriefforderung bezieht. Diese Wirkung ist aber in Bankformularen regelmässig vorgesehen⁶³.

Welche Einreden stehen dem Schuldner bei der Sicherungsübereignung nun zu? Weil das Grundverhältnis fortbesteht (Art. 855 Abs. 2 ZGB) bzw. Gläubiger und Schuldner vereinbaren, dass der Gläubiger die Schuldbriefforderung nur dann und im Umfang geltend machen darf, in dem seine Forderung aus dem Grundverhältnis nicht erfüllt wird, kann der Schuldner auch bei Geltendmachung der Schuldbriefforderung *alle* Einreden aus dem Grundverhältnis als persönliche Einreden entgegenhalten (Art. 872 ZGB)⁶⁴, so z.B., dass er die Verpflichtung aus dem Grundverhältnis ganz oder teilweise erfüllt habe⁶⁵.

Bern, 16. November 1998

⁶³ Staehelin, Tagungsdokumentation, S. 3; Staehelin, AJP 10/1994, S. 1265f.

⁶⁴ Staehelin, AJP 10/1994, S. 1259, unter Hinweis auf BGE 115 II 354

⁶⁵ BGE 119 II 329, u.a. unter Hinweis auf BGE 115 II 354 und 105 III 128 E. b; vgl. zudem Staehelin, AJP 10/1994, S. 1261, 1265 und 1267

Verzeichnis der bisher im Inforterne erschienenen Referate und Aufsätze

Anonymus

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

Aeschlimann Jürg, Prof.

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

Arzt Gunther, Prof. Dr. jur.

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

Binggeli Renate, Generalprokurator-Stellvertreterin

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

Brun Alex, Kammerschreiber

- Die Zahlungsfähigkeit Heft 11, S. 27 - 32

Burri Michael, Handelsgerichtsschreiber

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

Cavin Marcel, Oberrichter

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

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip

Heft 2

Flotron Pascal, Staatsanwalt

- Et la victime...

Heft 6, S. 41 - 47

Greiner Georges, Staatsanwalt

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

Haenssler Rolf, Oberrichter

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

Jäggi Andreas, Oberrichter

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

Jester Hansjürg, Staatsanwalt

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

Kipfer Christof, Staatsanwalt

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

Leu Christian, Kammerschreiber

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

Mathys Heinz Walter, Staatsanwalt

- Computerkriminalität, insbesondere im neuen Vermögensstrafrecht Heft 5

Maurer Thomas, Oberrichter

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

Möckli Urs, Kammerschreiber

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

Naegeli Hans-Jürg, Obergerichtspräsident

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

Rieder François, Oberrichter

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

Schnell Beat, Staatsanwalt

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

Sollberger Jürg, Oberrichter

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

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

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