

# IN F O I N T E R N E

Informationen, Referate und Aufsätze  
aus der Bernischen Justiz

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

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

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

Redaktion:

Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts

(Vorsitz: Oberrichter J. Sollberger; Oberrichter Ch. Herrmann, Oberrichter St. Stucki, Generalprokurator-Stellvertreter F. Bänziger, Gerichtspräsident D. Bähler - ab 01.07.2002 A. Hubschmid -, Untersuchungsrichterin S. Hänzi, Kammerschreiber Ch. Leu, Sekretariat: U. Schreyer, Kanzlei Appellationshof, ☎ 031 634 72 47, E-Mail weiterbildung.og@jgk.be.ch)

Rédaction:

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

(Président: J. Sollberger, juge d'appel; Ch. Herrmann, juge d'appel, St. Stucki, juge d'appel, F. Bänziger, Procureur général suppléant, D. Bähler, Président de tribunal, - dès 1er juillet A. Hubschmid -, S. Hänzi, juge d'instruction, Ch. Leu, Greffier, Secrétariat: U. Schreyer, chancellerie de la Cour d'appel, ☎ 031 634 72 47, E-Mail weiterbildung.og@jgk.be.ch)

HEFT 19 / SOMMER 2002  
LIVRE 19 / ETE 2002

## Inhaltsübersicht

-----	
Mitteilungen der Weiterbildungskommission	
1. Personelle Zusammensetzung der Weiterbildungskommission	3
2. Umsetzung der Ergebnisse der Umfrage BEJUBE	3
3. jur. Internetschulung	3
4. Medientraining	4
-----	
Communications de la commission pour la formation continue	
1. Composition de la commission	4
2. Utilisation des résultats du sondage BEJUBE	4
3. Formation à l'utilisation d'Internet en matière juridique	5
4. Entraînement aux relations avec les médias	5
-----	
Kursprogramm zweite Jahreshälfte 2002	6
-----	
Programme des cours du second semestre 2002	10
-----	
Séminaire du 8 novembre 2002 à La Chaux-de-Fonds	14
-----	
Hinweise auf „auswärtige“ Weiterbildungsveranstaltungen	15
-----	
La loi fédérale sur les fors en matière civile et les modifications du Code de procédure civile bernois: un survol de l'état des lieux François Rieder, juge d'appel	17
-----	
Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen Charles Haenni, Staatsanwalt, Biel	58
-----	
Verzeichnis der bisher im Infointerne erschienen Referate und Aufsätze	83
-----	

## **Mitteilungen der Weiterbildungskommission**

### **Mitteilungen der Weiterbildungskommission**

#### **1. Personelle Zusammensetzung der Weiterbildungskommission**

Das Plenum des Obergerichts hat Oberrichter Stefan Stuck zum neuen Präsidenten der Weiterbildungskommission gewählt. Stefan Stucki wird die Leitung der Kommission auf den 1. Januar 2003 übernehmen und damit den bisherigen Präsidenten Oberrichter Jürg Sollberger ablösen.

Nach mehreren Jahren wertvoller Mitarbeit in der Weiterbildung, insbesondere im Bereiche des Zivil- und Zivilprozessrechts ist Gerichtspräsident Daniel Bähler aus der Kommission ausgeschieden. Auch an dieser Stelle wird ihm herzlich für die geleistete Arbeit gedankt. Das Obergericht hat Frau Gerichtspräsidenten Annemarie Hubschmid als Vertreterin der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter und damit als Ersatz für Daniel Bähler neu in die Kommission gewählt. Sie wird ihre Arbeit, für die ihr alles Gute gewünscht wird, am 1. Juli 2002 aufnehmen.

#### **2. Umsetzung der Ergebnisse der Umfrage BEJUBE**

Die Publikumsbefragung BEJUBE, die im Herbst/Winter 2000 durchgeführt worden ist, hat wesentliche Erkenntnisse geliefert. Die Projektgruppe hat sich darum entschlossen, die vorhandenen Unterlagen nicht einfach abzulegen, sondern vielmehr die gewonnenen Einsichten allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern zu vermitteln. Es geht darum die notwendigen Lehren zu ziehen und unsere Arbeit, dort wo dies erforderlich erscheint, zu verbessern.

Die Weiterbildungskommission hat in Zusammenarbeit mit dem Projektleiter Markus Zölch von der Fa. Interpublicum AG und dem Medienmann Stefan Schifferer nun eine Veranstaltung zusammengestellt, die in den Regionen und Kreisen durch unterschiedliche Leiterteams präsentiert werden soll. In einem Pilotkurs wurden diese Leiterteams instruiert und es wurde ihnen insbesondere die vorhandene Dokumentation vorgestellt. Es wird darum gehen, möglichst alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf allen Stufen der Bernischen Justiz anzusprechen, und darum wurde die ursprünglich vorgesehene zentrale Veranstaltung zu Gunsten zahlreicher dezentraler Kurse gestrichen. Die Einladungen zu diesen Kursen werden darum in den Regionen und Kreisen erfolgen, die Terminplanung und Durchführung liegt in den Händen der regionalen Arbeitsgruppen, die auf den Support der Leiterteams zurückgreifen können. Die ersten Kurse sollten in der zweiten Jahreshälfte 02 gestartet werden können.

#### **3. jur. Internetschulung**

Obwohl nicht eigentlich zum täglichen Handwerkszeug der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Justiz gehörend, hat doch das Handling des Internet auch für uns einen gewissen Stellenwert.

Es werden nun von externen Veranstaltern juristische Internetschulungen angeboten, die allerdings recht teuer sind. Die Weiterbildungskommission prüft, ob allenfalls Gruppenkurse eingekauft werden sollen, die dann relativ gesehen, etwas günstiger zu stehen kommen. Um hier Entscheidungsgrundlagen zu haben, wäre die Kommission daran interessiert zu wissen, ob, und allenfalls wie gross das Interesse an einer Teilnahme an solchen Kursen ist. Wer sich für diese Kurse interessiert, ist gebeten, den entsprechenden Vermerk auf dem Anmeldetalon anzubringen.

#### 4. Medientraining

Der erste Kurs Medientraining ist am 27. März durchgeführt worden und hat durchwegs ein positives Echo gefunden. Der Kurs wird erstmals am 27. November 2002 wiederholt. Bei entsprechender Nachfrage erfolgen im kommenden Jahr weitere Wiederholungen. Der Kurs wird insbesondere Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern empfohlen, steht aber auch allen anderen Angehörigen der Justiz, einschliesslich Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber offen. Die Teilnehmerzahl ist pro Kurs auf max. 15 Personen beschränkt. Die Anmeldungen werden in der Reihenfolge des Eingangs berücksichtigt.

## **Communications de la commission pour la formation continue**

### 1. Composition de la commission

Le plenum de la Cour suprême a élu le nouveau président de la commission pour la formation continue en la personne de M. le Juge d'appel Stefan Stucki. Stefan Stucki assumera la direction de la commission dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003 et relayera ainsi le président sortant, M. le Juge d'appel Jürg Sollberger.

Après plusieurs années de précieuse collaboration en matière de formation continue, plus particulièrement dans les domaines du droit civil et de la procédure civile, M. Daniel Bähler, Président de tribunal, a démissionné de la commission. Qu'il soit ici encore cordialement remercié pour le travail accompli. Pour le remplacer comme représentant des juges de première instance, la Cour suprême a élu Mme Annemarie Hubschmid, Présidente de tribunal. Cette dernière débutera son activité le 1<sup>er</sup> juillet 2002 et nous lui souhaitons plein succès.

### 2. Utilisation des résultats du sondage BEJUBE

Le sondage public BEJUBE effectué en automne/hiver 2000 a permis de réunir des informations essentielles. Pour cette raison, le groupe en charge du projet a décidé de ne pas simplement classer les données disponibles, mais bien plutôt de faire part à toutes les collaboratrices et tous les collaborateurs des opinions exprimées. Il s'agit d'en tirer les enseignements et d'améliorer notre travail dans les domaines où cela apparaît nécessaire.

En collaboration avec Markus Zölch, directeur du projet auprès de la société Interpublicum AG, et Stefan Schifferer, spécialiste des médias, la commission de la formation continue a mis au point une documentation destinée à être présentée dans les régions et les arrondissements par différentes équipes. Celles-ci ont été formées dans le cadre d'un cours pilote et la documentation disponible leur a en particulier été soumise. Il s'agira d'intéresser le plus grand nombre possible de collaboratrices et de collaborateurs à tous les niveaux de la justice bernoise. Dans ce but, l'organisation centralisée initialement prévue a été abandonnée au profit de nombreux cours décentralisés. Les invitations aux cours seront dès lors envoyées par les régions et les arrondissements, la planification des dates et le déroulement des cours étant du ressort des groupes de travail régionaux avec l'appui des équipes de direction. Les premiers cours devraient pouvoir débiter dans la seconde moitié de l'année 2002.

### 3. formation à l'utilisation d'Internet en matière juridique

Bien que ne constituant pas réellement un outil de travail quotidien pour les collaboratrices et les collaborateurs de la justice bernoise, l'utilisation d'Internet revêt également à nos yeux une certaine importance.

Des cours de formation à l'utilisation d'Internet en matière juridique sont aujourd'hui proposés par des organisateurs externes, mais leur prix est relativement élevé. La commission pour la formation continue examine actuellement l'opportunité d'acheter de tels cours pour des groupes, ce qui permettrait d'en diminuer quelque peu le prix. Dans le but de disposer d'éléments lui permettant de prendre une décision à ce sujet, la commission serait intéressée à savoir si et dans quelle mesure un intérêt à suivre de tels cours existe. Les personnes intéressées par ces cours sont priées de l'indiquer sur le talon d'inscription.

### 4. Entraînement aux relations avec les médias

Le premier cours d'entraînement aux relations avec les médias s'est déroulé le 27 mars 2002 et a de façon générale rencontré un écho positif. Ce cours sera répété une première fois le 27 novembre 2002. En cas de demande, d'autres cours auront lieu l'année suivante. Ce cours est recommandé avant tout aux juges d'instructions, mais il est également ouvert à tous les autres membres de la justice, y compris aux greffières et aux greffiers. Le nombre maximal de participants est limité à 15 personnes par cours. Les inscriptions seront prises en compte selon leur ordre d'arrivée.

## Kursprogramm zweite Jahreshälfte 2002

- Kurs 2 (W): Medientraining**  
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz  
 Kursleitung: Oberrichter Jürg Sollberger  
 Referenten: Markus Zölch, Interpublicum  
 Dauer: 1 Tag  
 Termin: Mittwoch, 27. November 2002  
 Kursort: Obergericht des Kantons Bern
- Kurs 5: Ergebnisse und Umsetzung BEJUBE**  
 vergleiche Mitteilungen der Weiterbildungskommission.  
 Kurse werden dezentral durchgeführt.
- Kurs 6: Tendenzen in der strafrechtlichen Gesetzgebung**  
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV  
 Inhalt:
  - Die Rolle des modernen Strafrechts: Kriminalisierung als Mittel für jeden Zweck?
  - Der aktuelle Stand des Gesetzgebungsverfahrens zur Vereinheitlichung des schweizerischen Strafprozessrechts
  - Die besonderen Schnittstellen des neuen Strafprozessrechts mit der Berner Rechtswirklichkeit
 Kursleitung: Generalprokurator-Stellvertreter Felix Bänziger  
 Referenten:
  - Dr. Niklaus Oberholzer, Präsident der Anklagekammer des Kantons St. Gallen, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen
  - Dr. Peter Müller, Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz, Lehrbeauftragter an der Universität Bern
 Dauer: ½ Tag  
 Termin: Dienstag, 03. September 2002, Nachmittags  
 Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal  
 Kosten: Fr. 50.-- für die Mitglieder des BAV

- Kurs 7: Vergleichsverhandlungen**  
 offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV
- Kursleitung: Oberrichter Stephan Stucki
- Referenten:
  - Prof. Dr. Norbert K. Semmer,  
 Uni Bern, Institut für Psychologie
  - Fürsprecherin Marianne Jacobi
  - alt Obergerichtspräsident Ueli Hofer
- Dauer: 1 Tag
- Termin: Dienstag, 15. Oktober 2002
- Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
- Kosten: Fr. 100.-- für die Mitglieder des BAV
- Bemerkung: Die Weiterbildungskommission behält sich vor, die Teilnehmerzahl zu beschränken. Die Berücksichtigung der Teilnehmer erfolgt nach Eingang der Anmeldungen. Je nach Eingang der Anmeldungen wird die Veranstaltung im Jahr 2003 wiederholt.
- 
- Kurs 8 (1/03): Überlegungen zur richterlichen Entscheidungsfindung**  
 Eine gemeinsame Veranstaltung des Berner Forums für Kriminalwissenschaft (BFK) und der Weiterbildungskommission des Obergerichts des Kantons Bern
- Kursleitung: Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz, BFK  
 Stephan Stucki, Oberrichter
- Dauer: 1 Tag
- Form: Referate und Diskussion
- Peter Reusser, Kreisgerichtspräsident:  
 Zur Erarbeitung des Strafurteils im erstinstanzlichen Kollegialgericht - Entscheidungsfaktoren und ihre Bewältigung
- Prof. Dr. Margit E. Oswald, Institut für Psychologie, Uni Bern:  
 Zur Psychologie richterlichen Strafverhaltens
- Susi Staub, Kreisrichterin, Burgdorf: Aufgabe und Gestaltungsmöglichkeit der Laienrichterin im Strafprozess
- Jonas Peter Weber, lic. iur., Uni Bern:  
 Soziologische Aspekte richterlichen Verhaltens
- Stefan Wyler, Redaktor „BUND“:  
 Das Funktionieren der Justiz aus der Sicht des Beobachters - Justiz, Medien und Öffentlichkeit
- Datum: Freitag, 31. Januar 2003, 09.00 - 16.00 Uhr
- Ort: Amthaus Bern, Assisensaal
- Anmeldung: bis 30. November 2002

**Kurs 9:                    Entwicklungspsychologische Aspekte der Befragung von Kindern und Glaubwürdigkeitsgutachten**  
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz sowie des BAV (OpferhilfeanwältInnen), max. Teilnehmerzahl 30 Personen

Kursleitung:            Untersuchungsrichterin Silvia Hänzi

Referenten:            Dr. Joachim Schreiner, Kinder- und Jugendpsychiatrische Universitätsklinik Basel

Dauer:                    1 Tag

Termin:                    Donnerstag, 26. September 2002

Kursort:                    Amthaus Bern, TP 18

Kosten:                    100.--

**Hinweis:**

Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission (Frau U. Schreyer, Kanzlei Appellationshof, ☎ 031 634 72 47, Fax 031 634 71 13, E-Mail: ursula.schreyer@jgk.be.ch)

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



Obergericht des Kantons Bern  
Sekretariat Weiterbildungskommission  
Hochschulstrasse 17  
3012 Bern

### Anmeldung

- Kurs 2W 27.11.2002 Medientraining
- Kurs 6 03.09.2002 Tendenzen in der strafrechtlichen Gesetzgebung
- Kurs 7 15.10.2002 Vergleichsverhandlungen
- Kurs 8 31.01.2003 Gemeinsame Veranstaltung Justiz und Berner Forum
- Kurs 9 26.09.2002 Kinderbefragung

- Ich interessiere mich für die Internetschulung.

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

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

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

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

## Programme des cours du second semestre de l'année 2002

### **Cours 2:                    Entraînement aux relations avec les médias**

ouvert aux membres de la justice bernoise

Direction du cours: Jürg Sollberger, Juge d'appel

Conférencier: Markus Zölch, Interpublicum

Durée: 1 jour

Date: mercredi 27 novembre 2002

Lieu: Cour suprême du canton de Berne

### **Cours 5:                    Utilisation des résultats du sondage BEJUBE**

Voir sous « communications de la commission pour la formation continue »

Les cours seront organisés de façon décentralisée.

### **Cours 6:                    Les tendances dans la législation pénale**

ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB

Contenu:

- Le rôle du droit pénal moderne: criminalisation comme moyen de réaliser chaque but ?
- L'état actuel de l'unification du droit de la procédure pénale fédérale
- Les points de contact particuliers entre la nouvelle procédure pénale fédérale et la réalité juridique bernoise

Direction du cours: Felix Bänziger, suppléant du Procureur général,

Conférenciers:

- Dr. Niklaus Oberholzer, président de la Chambre d'accusation du canton de St-Gall, chargé de cours à l'université de St-Gall
- Dr. Peter Müller, vice-directeur de l'Office fédéral de la justice, chargé de cours à l'université de Berne

Durée: ½ journée

Date: mardi 3 septembre 2002, après-midi

Lieu: Amthaus Berne, salle des assises

Coût: Fr. 50.-- pour les membres de l'AAB

- Cours 7: Les pourparlers transactionnels**  
ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB
- Direction du cours: Stephan Stucki, Juge d'appel
- Conférenciers: - Prof. Dr. Norbert K. Semmer,  
Institut de Psychologie de l'Université de Berne  
- Me Marianne Jacobi  
- Ueli Hofer, ancien président de la Cour suprême
- Durée: 1 jour
- Date: mardi 15 octobre 2002
- Lieu: Amthaus Berne, salle des assises
- Coût: Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB
- Remarque: La Commission de la formation continue se réserve le droit de limiter le nombre de participants. Les inscriptions seront traitées selon leur ordre d'arrivée. Selon le nombre d'inscriptions, le cours sera répété en 2003.
- 
- Cours 8 (1/03): Réflexions sur l'élaboration de la décision judiciaire**
- Contenu: cours organisé en commun par le Forum bernois pour la criminologie (BFK) et la commission pour la formation continue de la Cour suprême du canton de Berne
- Direction du cours: Prof. Dr. Karl-Ludwig Kunz, BFK  
Stephan Stucki, Juge d'appel
- Durée: 1 jour
- Forme: exposés et discussions
- Peter Reusser, Président de Tribunal d'arrondissement: l'élaboration du jugement pénal par un tribunal collégial de première instance - les facteurs décisionnels et leur application
- Prof. Dr. Margit E. Oswald, Institut de psychologie de l'Université de Berne: psychologie du comportement judiciaire en matière pénale
- Susi Staub, juge de Tribunal d'arrondissement, Burgdorf : tâches et comportements possibles de la juge laïque dans le procès pénal
- Jonas Peter Weber, lic. iur., Université de Berne: aspects sociologiques du comportement judiciaire
- Stefan Wyler, rédacteur au „BUND“: le fonctionnement de la justice du point de vue de l'observateur - justice, médias et public
- 
- Date: vendredi 31 janvier 2003, 09.00-16.00 heures
- Ort: Amthaus Berne, salle des assises
- Inscription: jusqu'au 30 novembre 2002

**Cours 9: Aspects psychologiques liés au développement dans le cadre d'audition d'enfants et d'expertises sur leur crédibilité**  
ouvert aux membres de la justice bernoise et aux membres de l'AAB (avocats d'aide aux victimes), max. 30 participants

Direction du cours: Silvia Hänzi, Juge d'instruction

Conférenciers: Dr. Joachim Schreiner, clinique universitaire de pédopsychiatrie et de psychiatrie pour adolescents, Bâle

Durée: 1 jour

Date: jeudi 26 septembre 2002

Lieu: Amthaus Berne, TP 18

Coût: Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB

**Avertissement:**

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

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

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

**Inscription:**

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

- Cours 2 27.11.2002 Entraînement aux relations avec les médias
- Cours 6 03.09.2002 Les tendances dans la législation pénale
- Cours 7 15.10.2002 Les pourparlers transactionnels
- Cours 8 31.01.2003 Réflexions sur l'élaboration de la décision judiciaire
- Cours 9 26.09.2002 Audition d'enfants

- Je suis intéressé(e) à une formation relative à l'utilisation d'internet

---

---

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

Prénom: \_\_\_\_\_

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

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

## Bulletin d'inscription au séminaire

- Thème : **Justiciables menaçants : quelles réponses de l'autorité judiciaire ?**
- Direction du séminaire : MM. Jacques-André Guy et François Delachaux, juges cantonaux, Neuchâtel.
- Conférenciers :  
 1. Dr Daphné Berner, médecin cantonal, Neuchâtel.  
 2. Prof. Olivier Guillod, directeur de l'Institut du droit de la santé, Université de Neuchâtel.  
 3. Dr Philippe Vuille, spéc. FMH psychiatrie-psychothérapie, Neuchâtel.
- Date : Vendredi 8 novembre 2002, dès 9 heures 30 (accueil 9h00 – 9h30).
- Lieu : La Chaux-de-Fonds, Club 44 (rue de la Serre 64, 5 min. à pied de la gare CFF).
- Coût : Aucune finance d'inscription, les participants supportent leurs frais de déplacement et de repas.

Ouvert aux magistrats, collaborateurs juristes des cantons du Jura, de Berne (de langue française) et de Neuchâtel (ainsi qu'aux préfets du canton de Berne s'occupant d'affaires tutélaires).

Le séminaire est gratuit. Le repas de midi sera organisé sur place aux frais des participants (sous réserve du remboursement des frais par les cantons respectifs).

Les personnes inscrites recevront le programme détaillé.

### Délai d'inscription : 1er juillet 2002

à détacher -----

Le (la) soussigné(e) participera au séminaire du 8 novembre 2002 à la Chaux-de-Fonds sur le thème "**Justiciables menaçants : quelles réponses de l'autorité judiciaire ?**"

Nom et prénom :

Fonction :

Canton :

Adresse :

Signature :

**A envoyer à** : Mme Monique Houriet, collaboratrice scientifique, Tribunal cantonal, Case postale 1161, 2001 Neuchâtel, ou par e-mail à [Monique.Houriet@ne.ch](mailto:Monique.Houriet@ne.ch)

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

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

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

### **Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter**

p.m.

### **Schweizerischer Juristenverein**

p.m.

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

p.m.

### **Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft**

p.m.

Thema: Internetkriminalität

Instruktionskurs in deutscher Sprache im November 2002 in Freiburg (nähere Einzelheiten stehen zurzeit noch nicht zur Verfügung).

### **Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie**

p.m.

### **Berner Forum für Kriminalwissenschaften**

Thema: Gemeingefährlich - erkennen und was dann?  
Rechtliche Möglichkeiten, Grenzen der Prognostik und Intervention

Datum: Freitag/Samstag, 13./14. September 2002, Tagung

Bemerkung: Nähere Unterlagen zur Tagung gemäss Publikation im Internet

Thema: Gewalt in der Geschichte: anthropologische Konstante oder Phänomen des historischen Wandels?

Referentin: Dr. phil. Claudia Töngi, Universität Basel

Datum: Montag, 18. November 2002, 18.15 Uhr

Ort: Universität Bern, Hauptgebäude HS 115

Thema: Interventionsprojekte gegen häusliche Gewalt: Neue Erkenntnisse - neue Instrumente

Referentin: Oberassistentin Dr. iur. Marianne Schwander, Institut für Strafrecht und Kriminologie, Universität Bern

Datum: Montag, 02. Dezember 2002, 18. 15 Uhr

Ort: Universität Bern, Hauptgebäude HS 115

**BAV**

p.m.

**Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich**

Die Veranstaltungen finden in der Universität Zürich-Irchel, im Theatersaal bzw. in einem Hörsaal statt und dauern jeweils bis ca. 12. 00 Uhr

p.m.

**ESM Basisseminar Forensik**

p.m.

**Nachdiplomstudium zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität NDS BWK**

p.m.

**Verband bernischer GerichtsschreiberInnen**

p.m.



**La loi fédérale sur les fors en matière civile et les modifications du Code de procédure civile bernois : un survol de l'état des lieux**

**TABLE DES MATIÈRES**

A)	Généralités, notions, objet et champ d'application de la Lfors	18
I.	Généralités	18
II.	Notions	19
III.	Objet et champ d'application de la Lfors	21
B)	Les différents fors	22
IV.	For légal général	22
V.	For de la résidence	24
VI.	For de l'établissement	25
VII.	For de la demande reconventionnelle	26
VIII.	For de la poursuite : rappel	28
IX.	For du cumul subjectif d'actions (consortité)	28
X.	For du cumul objectif d'actions	30
XI.	For de l'action en intervention ou en garantie	31
XII.	For élu	31
XIII.	Acceptation tacite	34
XIV.	For de la juridiction gracieuse	35
XV.	Fors du droit des personnes	36
XVI.	Fors du droit de la famille	37
XVII.	Fors du droit successoral	38
XVIII.	Fors des droits réels immobiliers	38
XIX.	Fors des droits réels mobiliers	40
XX.	Fors des actions fondées sur des contrats spéciaux : généralités	40
XXI.	Fors des contrats conclus avec des consommateurs	41
XXII.	Fors des contrats de bail immobilier	43
XXIII.	Fors du droit du travail	44
XXIV.	Fors des actions fondées sur un acte illicite	45
XXV.	Fors de droit commercial	48
XXVI.	Fors des mesures provisionnelles	49
C)	Examen de la compétence, actions identiques et connexes, reconnaissance et exécution	51
XXVII.	L'examen de la compétence ratione loci	51
XXVIII.	Actions identiques et connexes	53
XXIX.	Reconnaissance et exécution	56
D)	Droit transitoire	57

## A) Généralités, notions, objet et champ d'application de la LFors

### I. Généralités

1. Le 1<sup>er</sup> janvier 2001 est entrée en vigueur la loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors) qui a permis de concrétiser dans un domaine crucial l'uni(for)misation sur le plan suisse de la procédure civile. La base constitutionnelle de la LFors se trouve aux art. 30 al. 2 et 122 CF. Il convient de relever dans ce contexte que l'art. 30 al. 2 CF - à la différence de l'art. 59 aCF - localise le litige de manière précise car il crée le for du domicile du défendeur tant sur le plan intercantonal qu'intracantonal (cf. notamment F. Walther, *Die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts, insb. des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, thèse Berne 2002, p. 122).
2. La LFors - qui ne modifie pas les prérogatives du législateur cantonal en matière de compétence fonctionnelle ou à raison de la matière - se veut en principe exhaustive pour les domaines qui relèvent de son champ d'application. Elle l'emporte sur les fors antérieurement admis, ce qui a entraîné l'abrogation d'un grand nombre de dispositions légales éparpillées dans plusieurs actes législatifs (cf. l'annexe relative à la modification du droit en vigueur). Il appartiendra à la jurisprudence de dire si les quelques fors qui n'ont pas été expressément abrogés (par exemple art. 697 al. 4 CO) sont supplantés par ceux prévus dans la LFors ou en constituent une *lex specialis*.
3. Dans la mesure où la LFors détermine le for sur le plan local, elle interdit aux cantons, sous réserve d'une disposition expresse (par exemple : art. 8 LFors), de légiférer dans les domaines qu'elle régit. Son entrée en vigueur a ainsi abrogé *eo ipso* toute disposition contraire de droit cantonal. Le législateur bernois vient d'adapter le CPC, et a prévu l'entrée en vigueur pour l'automne. Il a modifié les articles 20, 23, 36, 37, 96, 159, 163, 170, 223 et 327 CPC, et supprimé les articles 21, 22, 24 à 31, 32 al. 1, 33 et 34 CPC.
4. Les règles de droit cantonal divergentes qui subsistent ne sont susceptibles de régir que les litiges relevant du droit privé cantonal. Mû par un souci d'harmoniser les deux ordres juridiques, le législateur bernois a choisi d'appliquer en matière de droit privé cantonal les fors prévus dans la LFors, ainsi qu'en témoigne le renvoi général de l'art. 20 CPC.
5. Le Conseil fédéral avait clairement affiché sa volonté d'adopter dans la LFors des solutions identiques à celles prévalant en droit international, en particulier dans la Convention de Lugano (CL). Cette concordance - manifeste à la lecture du projet - a cependant été sensiblement remise en question par les Chambres fédérales. L'interprétation de la LFors ne

saurait donc se faire exclusivement au regard des principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence en relation avec la CL.

6. Sur le plan systématique, la LFors définit dans un premier chapitre son objet et son champ d'application. Elle énonce dans un second chapitre les règles générales en matière de for, et traite dans un troisième chapitre les fors spéciaux dans l'ordre de la législation de droit matériel privé. Son quatrième chapitre définit le for des mesures provisionnelles. Quant aux chapitres 5 (examen de la compétence), 6 (actions identiques et connexes) et 7 (reconnaissance et exécution), ils ne traitent pas à proprement parler du for mais visent essentiellement à assurer une mise en pratique uniforme et harmonieuse des règles fixées dans les chapitres précédents. Le huitième et dernier chapitre de la LFors concerne pour sa part le droit transitoire.

## II. Notions

1. Alors que le message du Conseil fédéral définissait plusieurs sortes de for, le législateur s'est contenté de définir le for impératif (art. 2 LFors). Les termes de for légal, élu, général, spécial, impératif, dispositif et subsidiaire ne sont pas utilisés dans la LFors bien que celle-ci recourt parfois aux notions correspondantes. Pour la bonne compréhension, il se justifie en conséquence d'apporter quelques définitions usuelles en matière de for.
2. Le for légal (gesetzlich) est celui créé par la loi, le for élu (vereinbart) est celui convenu par les parties. Le for élu peut résulter d'une convention expresse (prorogation de for) ou d'une acceptation tacite de la partie défenderesse.
3. Le for général (allgemein) est celui auquel une action peut en principe toujours être intentée sauf si la loi a prévu uniquement un ou plusieurs fors spéciaux. Instauré au profit du défendeur, il se trouve à son domicile ou à son siège (art. 3 LFors).
4. Le for spécial (besonders) est celui qui déroge au for général. Tout for qui n'est pas général est spécial. Lorsqu'il choisit de créer un for spécial, le législateur entend favoriser des intérêts opposés à ceux découlant de la protection offerte au défendeur par le for général. Le for spécial est immédiat si la désignation du tribunal compétent découle directement des particularités du litige (par exemple : for du lieu de situation de l'immeuble). Il est dérivé s'il est arrêté en fonction d'un for déjà établi par une autre demande (par exemple : for de la demande reconventionnelle, for du cumul objectif et subjectif). La systématique de la LFors ne modifie pas la notion de for spécial, étant entendu que le chapitre 3 « Fors spéciaux » devrait plutôt s'intituler « Règles spéciales en matière de for » sur le modèle du chapitre 2 intitulé « Règles générales en matière de for ».

5. Le for impératif (zwingend) est celui auquel les parties ne peuvent déroger (art. 2 al. 2 LFors), et ce pour des motifs d'intérêt public. Un for n'est impératif que si la loi le prévoit expressément (art. 2 al. 1 LFors). Lorsque la LFors prévoit alternativement plusieurs fors impératifs, le demandeur peut faire librement son choix. Le caractère impératif est soit absolu soit partiel. Un for est absolument impératif lorsque les parties ne peuvent en aucun cas y renoncer. Il l'est partiellement (teilzwingend) lorsqu'il est instauré exclusivement en faveur de la partie socialement la plus faible. Dans ce cas, la partie protégée peut - après naissance du différend - y renoncer par une éléction de for en bonne et due forme. Elle ne saurait en revanche y renoncer par acceptation tacite.
6. Le for dispositif (nicht zwingend) est celui auquel les parties peuvent déroger de manière expresse ou tacite. Le for qui n'est pas impératif est nécessairement dispositif.
7. Le for exclusif (ausschliesslich) est celui auquel une action déterminée doit être engagée. Il s'oppose dans cette mesure au for alternatif. Toutefois, à la différence des fors prévus dans la CL, les fors exclusifs de la LFors (pour autant qu'on admette encore leur existence) ne sont pas nécessairement impératifs puisque les parties peuvent parfois y déroger.
8. Le for alternatif (nicht ausschliesslich) est le for qui n'est pas exclusif. Il crée une concurrence de fors car il permet au demandeur d'actionner à deux endroits (au moins) de son choix : au for général ainsi qu'à un for spécial, ou encore à deux voire davantage fors spéciaux. Selon une partie de la doctrine, à défaut d'indication par le législateur dans un sens ou dans un autre, il appartient au juge de se prononcer sur le caractère alternatif ou exclusif des fors en cause. D'autres auteurs (notamment Fabienne Hohl, Les fors spéciaux de la loi fédérale sur les fors, in La loi sur les fors, p. 52), estiment que le législateur fédéral mentionne expressément tout for alternatif, raison pour laquelle un for non alternatif est nécessairement unique. La notion de for exclusif devient ainsi inutile.
9. Le for subsidiaire est celui qui entre en ligne de compte uniquement à défaut d'un point de rattachement primaire, lorsque donc les conditions d'action à un autre for font défaut (par exemple : for de la résidence habituelle si le for du domicile n'est pas donné).
10. L'institution du forum non conveniens - commune dans le droit anglo-saxon - permet à un tribunal de se déclarer incompétent lorsque certains éléments en relation avec le principe d'opportunité ou l'intérêt des parties rendent sa saisine inappropriée. Elle n'a pas été reprise dans la LFors mais y trouve une certaine concrétisation à l'art. 9 al. 2 LFors.
11. Le forum shopping - instauré par plusieurs dispositions de la LFors (par exemple : art. 12, 25, 29 LFors) consacre la possibilité qu'a un demandeur de choisir entre plusieurs fors ce-

lui qui lui paraît le plus favorable. La notion n'a aucune connotation négative, à la différence de l'institution du forum running, dans laquelle chaque partie est incitée à prendre de vitesse son adversaire pour pouvoir introduire la procédure au for de son choix (par exemple : art. 21 CL).

12. Le for exorbitant est celui créé par une législation nationale au-delà de toute mesure raisonnable. Il repose sur un lien tellement faible avec l'Etat concerné que l'y rattacher excède les limites de la morale, raison pour laquelle l'ordre public international interdit sa prise en compte.

### III. Objet et champ d'application de la LFors

1. Est exclue de la LFors la matière qui ne relève pas du droit civil (art. 1 al. 1 LFors). Ce dernier sera défini en fonction de critères de droit matériel et non à raison de la nature de la juridiction saisie. Les litiges de droit public et ceux de pur droit des poursuites ne relèvent pas du droit civil. Est controversée la question de savoir si les litiges du droit des poursuites avec incidence sur le droit matériel sont concernés ou non par l'art. 1 al. 1 LFors (cf. notamment Gasser, *Gerichtsstandgesetz und SchKG*, in *La loi sur les fors*, p. 76 ; Dasser, *Komm. GestG*, note 20 ad art. 1).
2. Est également exclue de la LFors la législation relative à la protection de l'enfant et du droit de tutelle, ainsi qu'en matière de navigation intérieure, maritime et aérienne (art. 1 al. 2 lit. a et c LFors).
3. Sont aussi exclus les fors prévus dans la LP (art. 1 al. 2 lit. b LFors). Au vu de la formulation choisie par le législateur, il y a lieu d'admettre qu'à défaut de règle spéciale prévue dans la LP, la LFors s'applique même si la matière relève formellement de la poursuite pour dettes et de la faillite, pour autant qu'elle réponde à la notion de droit civil telle que définie ci-dessus (Gasser, *op. cit.*, p. 77 ; Nicolas Jeandin, *Loi sur les fors et poursuite pour dettes et faillite*, in *La loi sur les fors*, p. 81 ss ; BSK-Meyer, note 13 ad art. 1). Tel est le cas par exemple des actions en reconnaissance de dette selon l'art. 79 LP, en validation du séquestre par voie ordinaire selon l'art. 279 LP, en revendication de la masse selon l'art. 242 al. 3 LP, en réintégration des biens selon l'art. 284 LP (Gasser, *GestG-Kommentar*, note 35 ad art. 1).
4. Sont enfin exclus de la LFors les litiges qui sont de nature internationale (art. 1 al. 1 LFors), la compétence étant alors déterminée par la LDIP ou les traités internationaux. La notion d'internationalité sera interprétée (de manière extensive) non seulement au regard

de la LDIP mais aussi en fonction du traité pertinent. Ainsi que le rappellera l'art. 20 in fine CPC, la LFors régit exclusivement les rapports internes suisses.

5. Le législateur a renoncé à exclure de la LFors les procédures d'arbitrage, ce qui pose de nombreux et délicats problèmes. Il appartiendra en particulier à la jurisprudence de définir si on se trouve en présence d'un silence qualifié du législateur et si les parties liées par un compromis d'arbitrage peuvent ou non déroger aux fors impératifs de la LFors (Dasser, Komm. GestG, notes 73 ss ad art. 1; BSK-Infanger, notes 26 ss ad art. 2).

## B) Les différents fors

### IV. For légal général

1. Le projet du Conseil fédéral prévoyait un for légal général identique à celui de l'art. 5 ch. 1 CL. Les Chambres fédérales ont préféré conserver à l'art. 3 LFors le for général du domicile du défendeur, qui est censé lui être le plus favorable. A défaut d'un for exclusif divergent, toutes les actions peuvent y être portées, d'où son aspect à la fois général et subsidiaire. Le for général figure parfois comme for alternatif à côté d'un autre for (par exemple : art. 25 LFors).
2. Pour la personne physique, le for général est à son domicile au sens des art. 23 ss CC (sous réserve de l'art. 24 CC qui est inapplicable). Le domicile se détermine en fonction de l'ensemble des conditions de vie, le centre de l'existence d'une personne se trouvant à l'endroit - lieu ou pays - où se focalisent un maximum d'éléments concernant sa vie personnelle, sociale ou professionnelle, de sorte que l'intensité des liens avec cet endroit l'emporte sur les liens existant avec d'autres endroits (ATF 125 III 100).
3. Pour la personne morale, le for général est à son siège tel que défini à l'art. 56 CC, soit le siège statutaire s'il en existe un, le siège de son administration à défaut. Les sociétés commerciales ont quant à elles leur for général au siège inscrit au registre du commerce (art. 555 al. 2 CO pour la société en nom collectif ; art. 594 al. 3 CO pour la société en commandite ; art. 640 al. 1 CO pour la société anonyme ; art. 764 al. 2 CO pour la société en commandite par actions ; art. 780 CO pour la société à responsabilité limitée et art. 835 CO pour la société coopérative).
4. Le for général créé par le siège d'une société ne vaut que pour les actions dirigées contre elle, non pour celles de tierces personnes ou de la société elle-même dirigées contre cer-

tains de ses membres, ou encore de membres de la société contre d'autres membres. Est en outre réservé le for spécial de l'art. 29 LFors pour les actions en responsabilité.

5. En matière internationale, l'art. 2 LDIP consacre également le for général du défendeur (cf. au surplus les art. 20 LDIP en ce qui concerne le domicile d'une personne physique et 21 LDIP pour le siège d'une société).
6. Le for général du défendeur constitue aussi la règle dans la CL, étant relevé que l'art. 2 CL concerne tant les personnes physiques que morales. L'art. 53 CL précise pour sa part que le siège des sociétés et des personnes morales est assimilé au domicile pour l'application de la CL. En matière contractuelle cependant, le for général du défendeur ne joue guère de rôle. En effet, l'art. 5 ch. 1 CL instaure en pratique le for du demandeur puisque les dettes d'argent sont généralement portables. Rappelons dans ce contexte que le délai de grâce accordé à la Suisse (art. 1bis du Protocole no 1 relatif à certains problèmes de compétence, de procédure et d'exécution) a expiré le 31 décembre 1999 (ATF 126 III 540 sur les effets).
7. Pour autant que le Tribunal fédéral ne soit pas compétent (art. 41 al. 2 OJ), les actions dirigées contre la Confédération doivent, sauf disposition contraire de la LFors, l'être au for général de la ville de Berne (art. 3 al. 1 litt. c LFors). La détermination du tribunal du chef-lieu est laissée à l'appréciation du législateur cantonal. En vertu de l'art. 20 LOJ il appartient en principe aux juges de l'arrondissement judiciaire VIII d'en connaître.
8. Les actions dirigées contre des établissements ou des corporations de droit public de la Confédération (par exemple : La Poste, CFF, Swisscom) seront, toujours sous réserve d'une disposition contraire de la LFors, introduites au for général de leur siège (art. 3 al. 1 litt. d LFors).
9. La LFors ne règle pas expressément le for des actions dirigées contre un canton, un établissement ou une corporation de droit public cantonal, qui est en conséquence régi par l'art. 3 al. 1 litt. b LFors. A défaut d'une disposition contraire de la LFors, l'action sera portée devant le for du siège, ainsi que le précise le futur art. 23 CPC.
10. Est controversée la question de savoir dans quelle mesure il se justifie d'interpréter extensivement le for général et restrictivement les fors spéciaux (cf. notamment Donzallaz, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, p. 162 ss).

## V. For de la résidence

1. L'art. 4 LFors prévoit pour les personnes physiques le for de la résidence habituelle, cette dernière se définissant comme le lieu dans lequel une personne vit pendant une certaine durée, même de prime abord limitée. L'incorporation du for de la résidence dans la partie générale de la LFors semble témoigner de la volonté du législateur de le comprendre comme une extension du for du domicile.
2. L'articulation entre les art. 3 et 4 LFors pose quelques problèmes. De manière générale, le for de la résidence est subsidiaire puisqu'il intervient à défaut d'un domicile au sens de l'art. 3 LFors (art. 4 al. 1 LFors). Tel est par exemple le cas si un domicile a été abandonné sans qu'un nouveau ait été créé. En outre, lorsque le for du domicile du défendeur est prévu dans une disposition de la partie spéciale de la LFors (par exemple : art. 25 LFors), l'action peut être intentée au for de la résidence si le défendeur ne possède pas de domicile au sens de l'art. 3 LFors (cf. notamment Bohnet/Othenin-Girard, Le for du domicile et de la résidence habituelle : comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors, in Sem. jud., Doctrine, 2001 p. 161 ; Müller, Komm. GestG, note 4 ad art. 4).
3. Une résidence passagère (de l'ordre de 3 mois au minimum selon certains auteurs), même involontaire, suffit pour entraîner l'application de l'art. 4 LFors.
4. Il n'est pas nécessaire que la prétention déduite en justice ait pris naissance lors de la résidence.
5. Le for de la dernière résidence connue n'a pas été retenu pour le motif qu'il n'a pas de correspondant sur le plan international.
6. L'art. 4 LFors est calqué sur l'art. 20 al. 1 litt. b LDIP. Dans la CL, la notion de résidence ne joue quasiment pas de rôle (voir cependant l'art. 5 ch. 2 CL).



## VI. For de l'établissement

1. L'art. 5 LFors a été édicté essentiellement dans l'intérêt des demandeurs. Consacrant la primauté du principe de l'apparence - lui-même découlant du principe de la confiance - il permet à un tiers de porter un litige relatif à l'activité d'un établissement ou d'une succursale au lieu de leur situation, souvent plus proche que le lieu du siège ou du domicile du défendeur.
2. L'art. 5 LFors instaure un for dispositif alternatif au for du domicile, que celui-ci soit prévu à l'art. 3 LFors ou dans les fors spéciaux.
3. Il s'applique tant à la succursale au sens propre (lorsqu'il y a, à côté du siège principal, un second centre d'activité commerciale) qu'à toute agence commerciale revêtant une certaine indépendance et qui ne se trouve pas au lieu où le titulaire a son domicile, respectivement au lieu où se trouve le siège statutaire de la société commerciale. Il peut ainsi être notamment opposé aux personnes qui exercent une activité indépendante, telles un architecte, un ingénieur, un dentiste ou un avocat.
4. L'activité commerciale, industrielle ou professionnelle de l'établissement ou de la succursale ne présuppose pas une inscription au registre du commerce. Elle doit cependant avoir une certaine durée : une exploitation sporadique (foire, exposition, vente aux enchères, etc.) ne suffit donc pas. A ces conditions, il est possible d'exploiter plusieurs établissements, dont l'un sera principal (Hauptniederlassung) et les autres secondaires (Zweigniederlassungen).
5. Le for ainsi créé ne vaut que pour les prétentions qui sont en rapport avec l'exploitation de la succursale ou de l'établissement, mais indépendamment de leur origine (contrat, acte illicite, enrichissement illégitime, etc.). Seuls les tiers sont légitimés à s'en prévaloir (Donzallaz, op. cit., p. 193 ; Müller, Komm. GestG, note 29 ad art. 5). La fin de l'activité commerciale de l'établissement ne supprime pas le for prévu à l'art. 5 LFors pour les dettes qui sont en relation avec l'établissement.
6. L'art. 5 LFors ne s'applique pas aux filiales. Celles-ci constituent en effet des entités juridiques distinctes et indépendantes de la société mère, auxquelles le for général de l'art. 3 LFors s'applique.
7. Le for de la succursale n'implique pas la qualité pour défendre au fond de la succursale qui n'a - à la différence de la filiale - pas de personnalité juridique, donc ni la capacité d'ester en justice ni celle d'être partie (ATF 120 III 11).

8. L'art. 5 ch. 5 CL prévoit lui aussi le for de la succursale. Toutefois, selon l'arrêt ACJCE 218/86 afférent à la disposition identique de la CB, et à la différence de l'art. 5 LFors, cette disposition s'applique aussi lorsque l'entité économique dépendante a la personnalité juridique.

## VII. For de la demande reconventionnelle

1. Le for de la demande reconventionnelle répond avant tout à un but d'économie de la procédure. Il a été instauré afin de permettre au juge de liquider dans un seul et même procès la totalité du contentieux opposant les parties.
2. L'art. 6 LFors crée un for dispositif alternatif. Il constitue une forme particulière du for de la connexité prévu à l'art. 7 al. 2 LFors.
3. Le for de l'action reconventionnelle ne s'applique pas lorsque la prétention reconventionnelle est soumise à un for absolument ou partiellement impératif (plus nuancé en ce qui concerne le for partiellement impératif : BSK-Infanger, note 19 ad art. 2).
4. L'art. 6 LFors présuppose qu'une action principale (Vorklage) est pendante, étant précisé que la litispendance reste définie par la législation cantonale puisque le législateur fédéral a renoncé à le faire.
5. Conformément aux principes communément dégagés, l'action principale et la demande reconventionnelle doivent relever du même type de procédure (ordinaire, sommaire, accélérée), ce que le législateur bernois stipule expressément dans le futur art. 170 CPC. Rappelons qu'en procédure bernoise il est exclu d'élever une demande reconventionnelle dans le cadre d'une procédure sommaire.
6. L'art. 6 LFors n'entend pas se prononcer sur la compétence *ratione materiae* qui reste l'apanage du législateur cantonal. Cependant, selon l'opinion généralement admise dans la doctrine et la jurisprudence, ladite compétence doit elle aussi être en principe donnée pour la demande reconventionnelle lorsqu'elle dépend de la nature de l'action.
7. La demande reconventionnelle doit impérativement présenter un lien de connexité avec la demande principale, ce que rappelle le futur art. 170 CPC. La notion de connexité n'est pas aisée à définir et laisse au juge un pouvoir d'appréciation non négligeable.
8. Ainsi que le relève le message du Conseil fédéral qui se réfère à la fois à la jurisprudence et à l'art. 6 ch. 3 CL, le lien de connexité nécessaire entre la demande principale et la de-

mande reconventionnelle est réputé exister lorsque les deux demandes reposent sur une base factuelle ou juridique identique, par exemple le même état de fait, le même contrat. Sous l'empire de l'art. 59 aCF, le Tribunal fédéral a admis la connexité non seulement lorsque les deux prétentions procèdent d'un même acte juridique ou d'un même fait, de sorte que le jugement de l'une commande de trancher aussi le sort de l'autre, mais aussi lorsque, fondées sur des faits différents, elles dérivent d'un rapport de droit commun, sont en étroite relation juridique ou résultent d'un complexe d'affaires intéressant les deux parties. Le Tribunal fédéral a en revanche nié la connexité lorsque le traitement simultané se justifie seulement pour des motifs d'économie de procédure, pour éviter des jugements contradictoires, ou parce que les deux actions sont de même nature. Pour sa part, l'interprétation qui été faite de l'art. 6 ch. 3 CL est plus restrictive, puisque selon plusieurs décisions rendues en la matière seul le contrat ou le fait à la base de la demande peut fonder une demande reconventionnelle (Donzallaz, op. cit., p. 214, avec les références). Il appartiendra dès lors à la jurisprudence de préciser quelle est la notion de connexité déterminante pour l'application de l'art. 6 LFors (Walther, op. cit., p. 148).

9. Le juge de l'action étant aussi le juge de l'exception, la partie défenderesse peut toujours opposer la compensation - l'art. 6 LFors ne s'appliquant alors pas - indépendamment de l'existence ou de l'absence d'un lien de connexité. La solution est identique dans le cadre de l'art. 6 ch. 3 CL.
10. Lorsque le demandeur et défendeur reconventionnel procède au fond - dans les limites autorisées - sans faire de réserve (acceptation tacite de la demande reconventionnelle au sens de l'art. 10 LFors), un lien de connexité entre l'action principale et l'action reconventionnelle n'est pas nécessaire (Kellerhals/Günterich, GestG-Kommentar, note 29 ad art. 6).
11. Une fois créé, le for de la demande reconventionnelle subsiste même si l'action principale tombe pour quelque motif que ce soit (par exemple : transaction, acquiescement, désistement, irrecevabilité). La solution équivaut à perpétuer le choix initial du for par le demandeur (et défendeur reconventionnel) et est donc logique. Elle ne peut cependant être retenue dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps.

### VIII. For de la poursuite : rappel

1. Ainsi que déjà vu, les fors institués dans la LP sont réservés par la LFors (art. 1 al. 2 litt. b LFors). Leurs caractéristiques sont décrites dans les ouvrages consacrés à la poursuite pour dettes et la faillite.
2. Etant donné que le canton de Berne est divisé d'une part en 4 régions de poursuite et d'administration des faillites dotées chacune d'un siège, d'autre part en 13 arrondissements judiciaires, l'art. 32 CPC précise que le juge en matière de poursuite et de faillite compétent *ratione loci* est celui de l'arrondissement dans lequel se trouve le for de la poursuite au sens des art. 46 ss LP. Ce for ne correspond pas nécessairement au for du siège de la région de poursuite et d'administration des faillites.

### IX. For du cumul subjectif d'actions (consortité)

1. L'art. 7 al. 1 LFors vise uniquement le cas de la consortité passive et donne la possibilité à un demandeur d'actionner plusieurs défendeurs à un même for. Son objectif est double : d'une part éviter de mener plusieurs procédures devant des juges différents (principe d'économie de la procédure), d'autre part supprimer le risque de décisions contradictoires (principe de la sécurité juridique).
2. Le for instauré par l'art. 7 al. 1 LFors est dispositif et alternatif. Le demandeur est donc libre d'en faire usage ou d'introduire des procès distincts aux fors des différents défendeurs. Si toutefois le for de l'action est de nature impérative, les défendeurs devront nécessairement tous y être actionnés. Il appartiendra à la jurisprudence de déterminer si, en présence de plusieurs fors impératifs différents, le lien de connexité peut entraîner une indivisibilité de l'action permettant de la mener à un seul d'entre eux.
3. Contrairement à ce que prévoit l'actuel art. 22 CPC (qui sera abrogé) et à la différence de l'art. 6 ch. 1 CL, l'art. 7 al. 1 LFors ne restreint pas le choix du demandeur au for du domicile d'un des défendeurs consorts. Le demandeur pourra par exemple actionner tous les défendeurs au for spécial du lieu de l'acte illicite (art. 25 LFors) lorsqu'il est donné pour l'un d'eux seulement.
4. Une élection de for ne lie que la partie concernée et ne saurait fonder le for des consorts.
5. Le système instauré par l'art. 7 ch. 1 LFors est très souple puisqu'il s'applique indépendamment du fait que la consortité passive est nécessaire ou simple, matérielle ou formelle (Müller, Komm. GestG, note 21 ad art. 7), et qu'il ne prend pas davantage en considération

le critère de la majorité des défendeurs connu de plusieurs codes de procédure cantonaux (notamment de l'actuel art. 22 CPC). La solution retenue découle du choix fait par le législateur de s'écarter résolument de la jurisprudence rendue dans le cadre de l'art. 59 aCF.

6. La seule restriction - implicite - mise au choix du demandeur souhaitant profiter de la faculté conférée par l'art. 7 al. 1 LFors réside dans l'exigence d'un lien d'intensité minimal entre les diverses actions qu'il entend grouper, lien qui se manifeste par leur connexité. A défaut d'un rapport de connexité, les défendeurs peuvent exiger d'être actionnés à un autre for que celui des consorts.
7. Le législateur fédéral a voulu réglementer la situation des consorts de la même manière que le fait l'art. 6 ch. 1 CL. Or, force est de constater que la notion de connexité - retenue par la doctrine et la jurisprudence dans le cadre de ladite disposition légale - est interprétée de manière assez restrictive par la CJCE puisque selon cette dernière il n'y a pas connexité entre des actions en réparation du dommage déposées contre des défendeurs différents et fondées l'une sur la responsabilité délictuelle, l'autre sur la responsabilité contractuelle (ACJCE 51/97). Il appartiendra à la jurisprudence de définir - éventuellement en s'inspirant aussi de l'art. 22 al. 3 CL - quelle conception prévaut. Une harmonisation avec l'interprétation de la notion de connexité de l'art. 6 LFors serait bien évidemment souhaitable.
8. L'art. 7 al. 1 LFors n'a pas pour but de régler la compétence *ratione materiae*. Demeure ainsi valable le principe bien établi selon lequel le for des consorts est uniquement donné si le juge saisi est compétent à raison de la matière pour l'ensemble des litiges qui lui sont soumis (cf. notamment le rappel du futur art. 37 CPC in fine relatif à la consorité formelle passive), étant souligné que dans les contestations de nature patrimoniale l'art. 139 CPC entraîne généralement l'addition des diverses prétentions. Les litiges doivent en outre relever du même type de procédure (ordinaire, sommaire, accélérée), ainsi que le précisera l'art. 159 al. 1 CPC dans sa nouvelle teneur.
9. Une fois donné, le for des consorts ne se perd plus. Ainsi, le for n'est pas modifié du fait que le consort dont le domicile a fondé la compétence selon l'art. 7 al. 1 LFors met par exemple fin à l'action dirigée contre lui par une transaction ou un acquiescement. La procédure pourra être poursuivie contre les codéfendeurs au lieu initial. De même, le for demeure valable si la procédure est disjointe et se poursuit de manière séparée contre chaque consort.
10. L'art. 7 al. 1 LFors ne saurait cependant être utilisé de manière abusive. Commet ainsi un abus le demandeur qui met en cause un défendeur uniquement pour pouvoir distraire un codéfendeur de son juge ordinaire.

11. Le futur art. 36 CPC ne définira que les conditions d'admissibilité de la consorité matérielle active, puisque les conditions d'admissibilité de la consorité passive relèvent exclusivement du droit fédéral. L'art. 159 al. 1 CPC précisera pour sa part que les prétentions élevées par les consorts doivent relever du même type de procédure.
12. Pour des raisons identiques, le futur art. 37 CPC définira uniquement les conditions d'admissibilité de la consorité formelle active. L'art. 159 al. 1 CPC limitera en outre expressément ce type de consorité aux cas dans lesquels les prétentions élevées relèvent du même type de procédure.

#### X. For du cumul objectif d'actions

1. Répondant avant tout à un besoin d'économie de la procédure, l'art. 7 al. 2 LFors vise à donner au demandeur la possibilité de faire juger dans une seule et même procédure plusieurs prétentions qu'il élève contre le défendeur. L'art. 7 al. 2 LFors ne s'applique que dans les limites d'application de la LFors. Tel n'est pas le cas si par exemple un demandeur élève concurremment une première prétention basée sur le droit fédéral et une seconde de droit cantonal.
2. L'art. 7 al. 2 LFors - qui n'a pas son équivalent dans la CL - crée un for dispositif et alternatif. Il ne s'applique pas lorsqu'une des prétentions en cause doit être élevée à un for impératif.
3. Le for du cumul objectif d'actions est donné si les diverses prétentions élevées contre un même défendeur présentent un rapport de connexité entre elles. Dans son message, le Conseil fédéral a précisé que le rapport de connexité est un lien matériel, qui peut être soit de nature factuelle, soit de nature juridique, comme dans le cas de la demande reconventionnelle. La notion appelle au surplus les mêmes remarques que celles faites dans le cadre de la consorité.
4. L'application de l'art. 7 al. 2 LFors fait abstraction de la condition d'accessoriété qui a été développée sous l'empire de l'art. 59 aCF, condition selon laquelle certaines prétentions - généralement de caractère personnel - peuvent être introduites au for d'une autre prétention - généralement de caractère réel - lorsqu'elles n'en constituent qu'une simple extension. Il appartiendra à la jurisprudence de décider si le for d'une prétention accessoire peut fonder celui d'une prétention principale ainsi que l'admet une grande partie de la doctrine, l'abus de droit restant en tout état de cause prohibé.

5. L'art. 7 al. 2 LFors n'a pas pour objectif de régler la compétence à raison de la matière. Toutefois, selon un principe général bien admis, son application présuppose que le juge saisi est compétent *ratione materiae* pour connaître des diverses prétentions qui lui sont soumises (dans les litiges de nature patrimoniale l'art. 139 CPC entraîne généralement l'addition des diverses prétentions).
6. Le futur alinéa 2 de l'art. 159 CPC est consacré au cumul objectif d'actions. Il est rédigé de manière à le rendre compatible avec l'art. 7 al. 2 LFors et l'exigence du même type de procédure.

#### XI. For de l'action en intervention ou en garantie

1. L'art. 8 LFors - qui est le pendant de l'art. 6 ch. 2 CL - permet au législateur cantonal de prévoir que le juge compétent pour connaître de l'action principale l'est aussi pour connaître de l'action en intervention ou en garantie.
2. Le législateur bernois n'a pas fait usage de cette faculté attendu que le CPC ne connaît pas ce type d'action (à la différence des cantons de GE, VS et VD).
3. L'action en garantie permet à une partie d'impliquer dans la procédure une tierce personne contre laquelle elle entend se retourner. L'action en intervention est le fait d'une tierce personne intervenant dans un procès en cours contre l'une ou l'autre partie. Ces institutions ont en commun de permettre au juge de régler simultanément deux litiges : celui opposant les deux parties d'origine et celui - connexe - opposant l'une d'elles à la nouvelle partie traitée ou intervenante.

#### XII. For élu

1. Prévue par l'art. 9 LFors, l'élection de for permet aux parties de choisir un tribunal pour connaître d'un litige présent ou à venir. Contrairement à ce que prévoit l'art. 5 LDIP, elle n'est pas limitée aux litiges de nature patrimoniale.
2. Le choix porte sur le tribunal compétent à raison du lieu. L'élection (ou prorogation) de for doit donc être distinguée de la prorogation de compétence par laquelle les parties conviennent de saisir un autre tribunal que celui d'ordinaire compétent *ratione materiae* (par exemple : art. 7 al. 3 CPC, art. 41 litt. c OJ).

3. L'élection de for ne saurait davantage être confondue avec l'élection de droit, qui permet aux parties de convenir que leurs relations juridiques seront régies par un droit national déterminé (par exemple : art. 116, 120 et 121 al. 3 LDIP).
4. A l'image des art. 5 LDIP et 17 CL, l'art. 9 LFors stipule que le for prorogé est présumé être exclusif. La présomption est réfragable puisque les parties sont en droit de retenir une solution différente. Au besoin, leur volonté réelle devra être établie par la voie de l'interprétation.
5. Conformément à l'art. 9 al. 2 LFors, et à la différence de ce que prévoit l'art. 17 CL, le tribunal choisi par les parties peut décliner sa compétence si le litige ne présente ni un lien territorial ni un lien matériel suffisant avec le for élu. L'opinion du Conseil fédéral selon laquelle le lien est suffisant lorsque l'une des parties a son domicile ou son siège dans le canton en question est trop restrictive (Donzallaz, op. cit., p. 286). Il convient en réalité de prendre en compte l'ensemble des circonstances de la cause, parmi lesquelles figurent le domicile, le siège, la résidence habituelle, l'existence d'un établissement commercial, ou encore le lieu d'exécution des prestations contractuelles. Le déclinatoire de compétence interviendra en début de procédure et avant que le juge entre en matière sur le fond du litige.
6. Une prorogation de for est exclue lorsque le for a un caractère impératif (art. 2 al. 2 LFors). En cas de for partiellement impératif, la partie protégée ne peut pas y renoncer par une prorogation de for, sauf si celle-ci intervient après la naissance du différend (art. 21 LFors).
7. La prorogation de for est un contrat de procédure de droit fédéral (sauf si le litige relève du droit privé cantonal). En tant que tel, il est soumis aux règles de la partie générale du CO, notamment en ce qui concerne sa conclusion, les vices de la volonté et la représentation.
8. La clause de prorogation de for prévue dans un contrat est en principe une convention indépendante du contrat lui-même. Dès lors, l'annulabilité de ce dernier en raison d'un vice du consentement, par exemple, n'entraîne pas nécessairement l'annulation de la clause. Il pourra donc être débattu de la validité du contrat au for prorogé, les parties étant réputées y avoir aussi voulu soumettre ce problème.
9. La convention de for lie les parties mais non les tiers. Pour savoir si elle s'applique aussi aux successeurs des parties à titre particulier ou universel, il faut examiner si elle a été conclue en raison de la nature de l'affaire ou de la personne des contractants. Il est généralement admis dans la doctrine qu'elle lie le cessionnaire ordinaire d'une créance, sauf lorsqu'elle est inséparable de la personne du créancier cédant. Elle lie aussi la masse en faillite et les créanciers cessionnaires selon l'art. 260 LP.



10. L'art. 9 LFors précise que l'élection de for doit porter sur un différend présent ou à venir, d'une part, résultant d'un rapport de droit déterminé, d'autre part. Cette seconde exigence est respectée si, lorsque l'accord est conclu, le rapport juridique concerné par la clause est sinon déterminé du moins déterminable eu égard à sa nature et à son objet.
11. Le for élu s'applique aussi à une action connexe basée sur un acte illicite, de même qu'à une action reconventionnelle (ATF 123 III 47). Est controversée la question de savoir si un défendeur peut élever une prétention compensatoire en dépit du fait qu'elle tombe sous le coup d'une prorogation prévoyant un for différent.
12. La convention de for doit être passée par écrit. En vertu du principe d'indépendance, sa validité ne dépend pas du respect d'une forme spéciale exigée pour le contrat de droit matériel dans laquelle elle se trouve (forme authentique par exemple).
13. Sont assimilées à une convention écrite les conventions orales confirmées par écrit (art. 9 al. 2 litt. b LFors). La lettre de confirmation a essentiellement une valeur probatoire même si, ainsi que le relève Donzallaz (op. cit., p. 349), l'accord portant sur la convention de for ne sera réputé parfait qu'au moment où la convention verbale aura fait l'objet de la confirmation écrite. La terminologie utilisée par le législateur fédéral indique clairement qu'il doit y avoir eu antérieurement à la confirmation écrite un accord oral complet. Le comportement (silence ou au contraire contestation) du destinataire de la lettre de confirmation devra être apprécié dans le cadre de l'administration de preuves relative à l'existence effective d'un accord portant sur l'élection de for.
14. Conformément à l'art. 9 al. 2 litt. a LFors sont également assimilés à une convention écrite les actes transmis par un moyen de communication permettant d'établir la preuve par un texte (par exemple : télécopie, télex, messagerie électronique).
15. Les moyens de communication mentionnés à l'art. 9 al. 2 litt. a LFors n'impliquent pas une signature au sens usuel du terme. On doit en déduire que, de manière générale, celle-ci ne constitue plus une condition de validité de l'élection de for. En cas de contestation, il appartiendra à la partie s'en prévalant d'établir l'identité de l'auteur de la pièce écrite dépourvue de signature.
16. Si un contrat contient un renvoi explicite à des conditions générales, il convient d'admettre la validité de la convention de for figurant dans lesdites conditions générales lorsqu'elles ont été communiquées. En vertu du principe de la bonne foi, les connaissances acquises lors de relations d'affaires antérieures peuvent parfois remédier à l'absence de communication effective. En revanche, une clause unilatérale figurant simplement dans

une facture n'a aucune valeur. La validité d'une convention de for figurant dans les statuts d'une personne morale est pour sa part controversée.

17. L'exigence de mise en évidence de la prorogation de for développée en relation avec l'art. 59 aCF (« typographische Rechtssprechung ») a perdu de son importance puisque l'art. 21 LFors protège de toute façon la partie faible dans les domaines les plus sensibles. La doctrine est partagée sur la question de savoir si elle doit ou non être totalement abandonnée (cf. notamment Meier, op. cit., p. 26 ; Wirth, Komm. GestG, note 48 ad art. 9 ; Soldati, GestG-Kommentar, note 15 ad art. 9 ; Walther, op. cit., p. 151).

### XIII. Acceptation tacite

1. Prévues par l'art. 10 LFors - en droit international par les art. 6 LDIP et 18 CL - l'acceptation tacite (Einlassung) permet à un défendeur de se laisser actionner devant un tribunal qui n'est pas compétent à raison du lieu. Cette faculté est accordée tant au défendeur principal qu'au défendeur reconventionnel (ATF 123 III 35). Contrairement à ce que prévoit l'art. 6 LDIP, elle n'est pas limitée aux litiges de nature patrimoniale.
2. L'acceptation tacite, à l'image de l'élection de for, est exclue lorsque la LFors prévoit un for absolument impératif. La partie socialement protégée par un for partiellement impératif ne peut pas - à la différence de l'adverse partie - y renoncer tacitement (art. 21 LFors) : la LFors est sur ce point plus rigoureuse que la CL.
3. Selon la version française de l'art. 10 LFors, il y a acceptation tacite lorsque le défendeur procède sans faire de réserve sur la compétence. Les versions allemande et italienne, qui explicitent plus clairement la volonté du législateur, précisent pour leur part qu'il y a acceptation tacite lorsque le défendeur entre en matière sur le fond sans émettre de réserve sur la compétence. En d'autres termes, et contrairement à ce qui est généralement retenu pour la CL, une simple entrée en matière sur la procédure n'est pas suffisante. Dès lors, le défendeur ne manifeste pas encore son acceptation tacite s'il demande une prolongation de délai pour répondre, requiert l'assistance judiciaire ou une sûreté pour ses dépens, invoque l'exception de chose jugée ou de litispendance, conteste la compétence *ratione materiae* du juge saisi, ou encore récuse ce dernier. A fortiori, l'acceptation tacite ne saurait être déduite d'une attitude purement passive (ATF 123 III 445).
4. Constituent par exemple une entrée en matière sur le fond le fait de soulever l'exception de prescription ou de compensation, de déposer une demande reconventionnelle, de se prononcer sur les conclusions et les allégués de la partie adverse ou de conclure une transaction judiciaire portant sur les prétentions litigieuses. Il n'y a en revanche pas acceptati-

on tacite lorsque le défendeur excipe de l'incompétence à raison du lieu et présente simultanément, à titre subsidiaire, sa défense au fond, ni même lorsqu'il se borne à exécuter une partie des prétentions élevées contre lui.

5. L'acceptation tacite ne vaut que pour la partie qui procède au fond sans émettre de réserve sur la compétence. L'acceptation tacite d'un consort ne lie pas les autres membres de la consorité.
6. A l'instar de l'art. 9 al. 3 LFors, l'art. 10 al. 2 LFors prévoit que le juge saisi peut refuser d'entrer en matière si la demande ne présente pas de lien suffisant avec le for accepté tacitement.

#### XIV. For de la juridiction gracieuse

1. Le législateur ayant renoncé à définir à l'art. 11 LFors la notion - controversée - de juridiction gracieuse, on consultera avec profit l'interprétation qui en est donnée dans le cadre de l'art. 44 OJ. La question de savoir si une requête commune de divorce (art. 111 CC) est régie par l'art. 11 LFors ou relève au contraire de l'art. 15 LFors est controversée. En effet, si elle s'apparente de par son déroulement à une procédure gracieuse, ladite procédure se termine par un prononcé du divorce qui acquiert autorité de la chose jugée, caractéristique propre à une décision relevant de la juridiction contentieuse. La majorité de la doctrine accorde une importance décisive à ce dernier élément et penche en conséquence pour une application de l'art. 15 LFors.
2. Il n'y a pas davantage unanimité sur la question de savoir si l'art. 11 LFors s'applique uniquement aux organes de la juridiction civile ou également à ceux de la juridiction administrative.
3. L'art. 11 LFors instaure le for général du domicile ou du siège du requérant. Le CPC ne sera pas modifié puisqu'il réserve à l'art. 325 CPC les dispositions de droit fédéral. Bien entendu, l'art. 325 CPC s'applique aussi aux cas de juridiction gracieuse relevant du droit cantonal, qui ne relèvent pas du champ d'application de la LFors.
4. L'art. 11 LFors est en matière de juridiction gracieuse ce qu'est l'art. 3 LFors pour la juridiction contentieuse. Les notions de domicile et de siège doivent être interprétées de manière identique.

5. Ainsi que cela ressort de l'art. 11 LFors, seuls les fors spéciaux prévus dans la LFors (par exemple : art. 13, 18 al. 2 et 30 LFors) peuvent déroger au for général du domicile ou du siège du requérant.
6. L'art. 13 LFors, qui prévoit impérativement le for du dernier domicile connu d'une personne disparue pour connaître d'une requête en déclaration d'absence, constitue un cas particulier de la juridiction gracieuse.
7. L'art. 14 LFors prévoit impérativement le for du lieu du registre de l'état civil pour connaître des requêtes en rectification. Au vu du fait que l'art. 42 CC fusionne les rectifications gracieuses et les actions d'état civil contentieuses, il sied d'admettre que l'art. 14 LFors s'applique aux deux types de juridiction. Les champs d'application respectifs des art. 11 et 14 LFors devront être délimités par la jurisprudence.
8. La CL ne contient pas de règle de compétence en matière de juridiction gracieuse, au contraire de la LDIP (par exemple : art. 38, 41, 75 LDIP).

#### XV. Fors du droit des personnes

1. L'art. 12 LFors prévoit le for du domicile ou du siège de l'une des parties pour connaître des actions fondées sur une atteinte à la personnalité, en exécution du droit de réponse, en protection du nom et en contestation d'un changement de nom, ainsi que des actions et requêtes fondées sur l'art. 15 de la Loi fédérale sur la protection des données.
2. L'art. 12 LFors instaure un for alternatif et dispositif.
3. Attendu qu'il constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 25 LFors, il régit aussi les actions connexes en dommages-intérêts ou en versement d'un tort moral.
4. Seul l'art. 33 LFors s'applique aux requêtes de mesures provisoires.
5. La CL ne connaît pas de for spécifique pour les actions fondées sur une atteinte à la personnalité ou tendant à la protection de données, d'où applicabilité des fors du défendeur ou du délit. L'art. 33 al. 2 LDIP renvoie pour les atteintes aux intérêts personnels aux dispositions relatives aux actes illicites (art. 129 LDIP).

#### XVI. Fors du droit de la famille

1. L'art. 15 LFors détermine le for des litiges relatifs aux prétentions et actions fondées sur le droit de mariage.
2. Il instaure un for impératif et alternatif à l'endroit où se trouve le domicile de l'une des deux parties lors de la litispendance. A défaut de domicile, l'action peut être introduite au for de la résidence habituelle conformément à l'art. 4 LFors.
3. L'art. 15 litt. a LFors règle le for des mesures protectrices de l'union conjugale. Est déterminant pour interpréter la notion de mesures protectrices de l'union conjugale le contenu de la mesure, et non sa nature contentieuse ou gracieuse.
4. Le for des mesures provisoires au sens de l'art. 137 CC relève pour sa part de l'art. 33 LFors.
5. L'art. 15 litt. b LFors régit les actions en annulation du mariage, en divorce ou en séparation de corps. Il s'applique aussi aux actions en divorce sur requête commune qui ne relèvent pas à proprement parler de la juridiction contentieuse (Spycher, GestG-Kommentar, note 21 ad art. 15), ainsi qu'aux mesures prévues par l'art. 132 CC (contra : BSK-Spühler, note 9 ad art. 15).
6. L'art. 15 litt. c LFors régit les actions en liquidation du régime matrimonial, sous réserve de l'application de l'art. 18 LFors.
7. L'art. 15 litt. d LFors crée le point de rattachement décisif au domicile de l'une des deux parties au moment de la litispendance. Il a pour conséquence que le complètement et la modification d'un jugement de divorce ne relèvent plus nécessairement de la compétence du juge qui l'a prononcé en son temps.
8. Conformément à l'art. 16 LFors, le tribunal du domicile de l'une des parties au moment de la naissance, de l'adoption ou de l'action est compétent pour connaître de l'action en constatation ou en contestation de la filiation. Les fors en question sont impératifs et alternatifs.
9. L'art. 17 LFors dispose pour sa part que le tribunal du domicile de l'une des parties est compétent pour connaître des actions en entretien intentées par les enfants contre leurs parents (art. 279 CC), ainsi que des actions intentées contre des parents tenus de fournir des aliments (art. 328 ss CC). Les fors en question sont impératifs et alternatifs. Le for des mesures provisoires est déterminé par l'art. 284 CC et non par l'art. 33 LFors.

10. En ce qui concerne le droit international privé, on consultera avec profit les ouvrages spécialisés ainsi que les commentaires de la LFors.

### XVII. Fors du droit successoral

1. Conformément à l'art. 18 al. 1 LFors, le juge du dernier domicile du défunt est compétent pour connaître des actions successorales ainsi qu'en liquidation du régime matrimonial faisant suite au décès de l'un des conjoints. Constituent notamment des actions successorales celles en pétition d'hérédité, en partage, en réduction, en rapport, en annulation du testament, en délivrance de legs et en contestation de l'exhérédation.
2. Les actions relatives à l'attribution successorale d'une exploitation ou d'un immeuble agricole peuvent également être portées devant le juge du lieu de situation (art. 18 al. 1 in fine LFors).
3. Les fors prévus à l'art. 18 al. 1 LFors ne sont pas impératifs. Ils sont en revanche généralement soustraits au pouvoir de disposition du de cuius (BSK-Spühler, note 12 ad art. 18).
4. L'art. 18 al. 2 LFors est une *lex specialis* de l'art. 11 LFors. Il détermine la compétence ratione loci de l'autorité cantonale qui est chargée de procéder aux actes de juridiction gracieuse en matière successorale (par exemple : inventaire de la succession, apposition des scellés, ouverture du testament, liquidation officielle).
5. La CL (art. 1) ne règle pas le domaine du droit successoral, à la différence de la LDIP (art. 86 ss).

### XVIII. Fors des droits réels immobiliers

1. L'art. 19 al. 1 LFors a été instauré avant tout pour faciliter l'administration des preuves et les relations avec le registre foncier. Conformément à un principe bien établi, il consacre le for du lieu de situation de l'immeuble (au sens de l'art. 655 CC), plus précisément le for du lieu de l'inscription de l'immeuble au registre foncier (« am Ort, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre »). Force est sur ce point de constater que la version française est pour le moins imprécise puisqu'elle prévoit le for « du lieu où est situé le registre foncier ».
2. Ce for régit les actions réelles (litt. a), les actions intentées contre la communauté des propriétaires par étage (litt. b), et les autres actions en rapport avec l'immeuble telles que

l'action visant au transfert de la propriété immobilière et à la constitution de droits réels limités sur les immeubles (litt. c). Ce dernier type d'actions peut toutefois aussi être introduit au for du domicile ou du siège du défendeur.

3. Lorsqu'une action concerne un seul immeuble qui s'étend sur plusieurs arrondissements judiciaires, est déterminant le lieu de l'immatriculation principale.
4. Lorsqu'elle concerne plusieurs immeubles qui ne se trouvent pas dans le même arrondissement judiciaire, est compétent le juge du lieu où est situé l'immeuble ayant la plus grande surface (art. 19 al. 2 LFors).
5. Constituent notamment des actions réelles au sens de l'art. 19 al. 1 litt. a LFors celles en partage de la copropriété, en constitution d'un droit de passage nécessaire, en exécution d'une charge foncière, en revendication, celles déduites d'un droit de voisinage ancré dans le CC, en cessation de trouble ainsi qu'en interdiction de trouble de la possession.
6. L'art. 19 al. 1 litt. b LFors - qui remplace l'art. 712 I CC - ne s'applique pas aux actions qui doivent être introduites contre les propriétaires ni dans lesquelles la communauté des propriétaires est demanderesse.
7. Le champ d'application de l'art. 19 al. 1 litt. c LFors est plus large que celui de l'art. 16 ch. 1 CL. Il permet en effet d'introduire au for de situation non seulement les actions réelles obligatoires, telles que les actions en exécution d'un droit d'emption ou de réméré, ou encore en inscription d'une hypothèque légale d'artisan et d'entrepreneur, mais aussi les actions purement contractuelles qui sont en rapport avec un immeuble. La relation entre l'action et l'immeuble doit cependant présenter dans cette hypothèse une intensité suffisante. Il en est ainsi des actions en transfert de la propriété immobilière ou en annulation d'un contrat de vente immobilière. Il en va de même des actions en dommages-intérêts pour inexécution ou mauvaise exécution du contrat de vente immobilière, troubles de la possession, basées sur les art. 679 CC ou 841 al. 2 CC, ou encore ayant trait à des travaux sur un immeuble. Dans ce dernier cas, le lien d'intensité requis par le législateur est donné indépendamment du fait que les travaux sont exécutés dans le cadre d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise. Il n'est pas nécessaire que le défendeur soit propriétaire ni même possesseur de l'immeuble (Donzallaz, op. cit., p. 447 ss ; Grüniger, Komm. GestG, note 32 ad art. 19). La question de savoir si une action fondée sur l'art. 58 CO relève de l'art. 19 al. 1 litt. c LFors ou de l'art. 25 LFors est pour sa part controversée.
8. L'art. 19 al. 1 litt. c LFors ne s'applique pas aux litiges portant sur le contrat de bail à loyer ou à ferme, qui sont régis par les art. 23 et 21 al. 1 LFors.

9. Le for de l'art. 19 LFors n'est pas impératif, à la différence de celui des art. 16 ch. 1 CL et 97 LDIP.

10. Le for des mesures provisoires est régi par l'art. 33 LFors.

#### XIX. Fors des droits réels mobiliers

1. L'art. 20 LFors a été instauré en raison de la proximité du juge par rapport au bien meuble litigieux. De droit dispositif, il crée un for alternatif au domicile du défendeur ou au lieu de situation de l'objet.

2. L'art. 20 LFors s'applique aux actions relatives à des droits réels sur des biens meubles ou à la possession de tels biens, ainsi qu'aux prétentions garanties par nantissement ou par un droit de rétention. Une créance ne constitue un bien meuble que si elle est incorporée dans un papier-valeur.

3. Le champ d'application du for des actions mobilières est plus restreint que celui des actions immobilières. En effet, l'art. 20 LFors ne régit pas les prétentions de nature personnelle (par exemple : action en transfert de la propriété mobilière), sauf si elles sont élevées en relation avec un nantissement ou un droit de rétention.

4. Les litiges portant sur les sûretés fournies par le locataire (art. 257e CO) ou le droit de rétention du propriétaire (art. 268 ss CO) sont régis pour leur part par l'art. 23 LFors.

5. Le for de situation du bien meuble est inconnu de la CL. Il est prévu de manière subsidiaire et non impérative par l'art. 98 al. 2 LDIP.

#### XX. Fors des actions fondées sur des contrats spéciaux : généralités

1. Les art. 21 ss LFors ont pour but de protéger - au besoin contre elles-mêmes - certaines catégories de personnes réputées faibles qui sont impliquées en tant que défenderesses (non en tant que demanderesses) dans un litige ayant un fondement contractuel. Le législateur a choisi à cet effet d'instaurer des fors relativement impératifs.

2. Il a modulé dans le temps la protection accordée aux personnes socialement faibles en fonction des besoins concrets de protection qu'il leur prête. Ainsi, l'art. 21 al. 1 LFors dispose que les parties protégées ne peuvent renoncer ni à l'avance (par exemple dans des conditions générales) ni par acceptation tacite aux fors prévus aux art. 22 à 24 LFors.



L'art. 21 al. 2 LFors les autorise en revanche à faire une élection de for après la naissance du différend, une acceptation tacite restant pour sa part interdite.

3. Un différend existe au sens de l'art. 21 al. 2 LFors quand il y a désaccord entre les parties sur un point déterminé et qu'une procédure judiciaire s'annonce comme probable (mais pas nécessairement inéluctable). Tel est par exemple le cas si une réclamation est élevée mais contestée. La naissance du différend précède la litispendance, dont elle ne présuppose au demeurant nullement l'imminence.
4. Les personnes protégées sont les consommateurs, les locataires, les fermiers (de locaux d'habitation, de locaux commerciaux ou agricoles) ainsi que les travailleurs et demandeurs d'emploi. Les associations professionnelles et économiques ne sont en revanche pas protégées.
5. Une action basée sur un acte illicite ou sur l'enrichissement illégitime ne tombe pas dans le champ d'application des art. 21 ss LFors, sauf si elle a également un fondement contractuel (pour une conception large faisant abstraction de la nature de la prétention et basée sur l'objet du litige, cf. Walther, GestG-Kommentar, notes préliminaires 25 ss à la section 5).
6. Les art. 21 ss LFors ne renvoient nulle part aux règles générales en matière de for figurant dans le chapitre 2. Faute de norme spécifique de coordination et vu la systématique de la loi, il convient d'admettre que les règles définies au chapitre 2 sont inapplicables seulement lorsqu'elles sont incompatibles avec la protection que le législateur entend accorder à la partie réputée la plus faible. Est toutefois controversée la question de savoir si une personne protégée peut être atraite par le biais d'une demande reconventionnelle (art. 6 LFors) à un for autre que ceux prévus aux art. 22 à 24 LFors. D'autre part, en ce qui concerne le for des consorts, la majorité de la doctrine est d'avis que le for des art. 22 à 24 LFors prime celui de l'art. 7 al. 1 LFors. Enfin, est très disputée la relation entre le for du cumul objectif d'actions (art. 7 al. 2 LFors) et celui des art. 22 à 24 LFors.

#### XXI. Fors des contrats conclus avec des consommateurs

1. En application de l'art. 22 LFors - et à la différence de ce que prévoit l'art. 13 al. 1 ch. 3 CL - le consommateur est protégé indépendamment du fait qu'il a ou non pris l'initiative de conclure le contrat. En revanche, conformément à la théorie de la finalité, il l'est seulement dans la mesure où la prestation de consommation courante qu'il recherche est destinée à ses besoins personnels ou familiaux, à la différence de ses besoins professionnels ou

commerciaux. Un commerçant bénéficie donc de la protection légale lorsqu'il passe un contrat pour couvrir un besoin personnel ou familial.

2. La protection n'est donnée que si le consommateur conclut un contrat avec un fournisseur, soit une partie qui agit dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle. Ne sont donc pas visés par l'art. 22 LFors les contrats entre consommateurs ou entre fournisseurs.
3. La sécurité des transactions commande que le fournisseur puisse savoir avant la conclusion du contrat si son cocontractant bénéficie ou non du statut de consommateur. On admet pour cette raison que la protection est accordée non en fonction de l'usage effectif de l'objet de consommation acquis, mais conformément à son usage prévisible. La bonne foi du fournisseur est ainsi établie et protégée en fonction de l'ensemble des circonstances (par exemple : valeur des objets achetés, nature de la clientèle habituelle du vendeur). A cet égard, les critères dégagés par la doctrine et la jurisprudence dans le cadre de l'art. 120 LDIP peuvent sans autre être repris. En cas de litige, il incombe dans un premier temps à la personne se prévalant de sa qualité de consommateur de l'établir. Il appartient dans un second temps au fournisseur se prévalant de la non application de l'art. 22 LFors d'établir qu'il ignorait la qualité de consommateur de son cocontractant d'une part, qu'on ne saurait lui reprocher son ignorance d'autre part (par exemple : le propriétaire d'un magasin de machines à café en achète une à son fournisseur habituel pour ses besoins personnels).
4. Le contrat de consommation peut porter sur les prestations les plus diverses (par exemple : démarchage à domicile, vente par acomptes et vente préalable, crédit à la consommation, voyage à forfait, assurance, hébergement hôtelier). Un contrat portant sur un bien d'investissement ou relatif à la gestion d'un élément de la fortune ne constitue cependant pas un contrat de consommation, raison pour laquelle les relations bancaires échappent en règle générale à l'art. 22 LFors.
5. Le contrat de consommation doit porter sur une prestation de consommation courante. Il appartiendra à la jurisprudence de cerner avec plus de précision cette notion. La définir en fonction du seul pouvoir d'achat du consommateur concerné ne serait bien évidemment guère satisfaisant. A titre d'exemples, on peut en règle générale partir de l'idée que l'achat d'une armoire d'une valeur de 8'000 fr. , celui d'une voiture de classe moyenne de 35'000 fr. ou la conclusion d'un contrat de crédit de 40'000 fr. relève de l'art. 22 LFors, à la différence de l'achat d'une montre de grand luxe ou de la conclusion d'un contrat d'assurance-vie.

6. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral développée en relation avec l'art. 13 CL (ATF 121 III 336), il n'y a pas de contrat de consommation lorsque le service est caractérisé davantage par l'importance des relations personnelles que par son aspect commercial. Dans cette optique, seraient donc exclus du champ d'application de l'art. 22 LFors - car reposant sur un rapport de confiance particulier - les prestations ordinaires d'un médecin, d'un avocat, d'un architecte, d'un gérant de fortune ou d'un conseil en matière de placement (contra : Walther, GestG-Kommentar, note 29 ad art. 22 ; BSK-Brunner, note 16 ad art. 22).
7. Tombent aussi dans le champ d'application de l'art. 22 LFors les prétentions basées sur une culpa in contrahendo en relation avec un contrat de consommation.
8. En sont en revanche exclues les prétentions découlant de la loi fédérale contre la concurrence déloyale ainsi que de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits. Celles fondées sur le contrat de bail immobilier et le contrat du travail font pour leur part l'objet des art. 23 et 24 LFors.
9. Au vu de la terminologie utilisée par le législateur, il sied d'admettre que le consommateur protégé est nécessairement une personne physique. Le fournisseur peut en revanche aussi être une personne morale, en particulier une société commerciale.
10. Aux conditions décrites, le for du litige est alternativement celui du domicile ou du siège de l'une des parties lorsque l'action est introduite par le consommateur, celui du défendeur lorsque le procès est le fait du fournisseur.

## XXII. Fors des contrats de bail immobilier

1. L'art. 23 LFors instaure pour les actions portant sur un bail à loyer ou à ferme immobilier le for du lieu de situation de l'immeuble.
2. En matière de bail à ferme agricole, l'art. 23 al. 2 LFors prévoit en sus du for de situation de l'immeuble affermé le for du domicile ou du siège du défendeur.
3. Les fors instaurés par l'art. 23 LFors s'appliquent aussi aux procédures introduites devant les offices de location.
4. L'art. 23 LFors n'apporte pas de solution en ce qui concerne le for du litige ayant trait à un contrat de bail portant sur plusieurs immeubles situés dans des arrondissements judiciai-

res différents. Il convient d'admettre que le demandeur dispose alors de fors alternatifs. En droit agricole, est déterminant le lieu du centre d'exploitation.

5. Les notions de bail à loyer ou à ferme, ordinaire ou agricole, sont définies par le droit matériel.
6. L'art. 23 LFors s'applique tant au bail de locaux d'habitation qu'à celui portant sur des locaux commerciaux (l'art. 21 al. 1 litt. b LFors est sur ce point plus précis). Selon Donzallaz (op. cit., p. 521) les appartements ou maisons familiales de luxe sont également concernés en dépit du fait qu'ils sont soustraits par l'art. 253b al. 2 CO aux règles sur la protection contre les loyers abusifs.
7. La location d'un appartement de vacances et le time-sharing ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 23 LFors, mais dans celui de l'art. 22 LFors.
8. Si le contrat est mixte (par exemple : contrat de conciergerie), l'art. 23 LFors s'applique lorsque la prestation relevant du contrat de bail est prépondérante.
9. A la différence du for du consommateur, le for du bail à loyer ou à ferme d'immeubles bénéficie aussi aux personnes morales.
10. Au vu de la terminologie utilisée par le législateur fédéral, il convient d'admettre que l'art. 23 LFors s'applique uniquement aux actions contractuelles, auxquelles peuvent être assimilées celles à double fondement (pour une application plus large encore cf. Walther, GestG-Kommentar, note 4 ad art. 23).
11. Sont applicables en droit international privé les art. 112 LDIP et 16 ch. 1 CL (cette dernière disposition règle la compétence internationale et non locale).

### XXIII. Fors du droit du travail

1. L'art. 24 LFors reprend avec quelques aménagements les fors prévus dans la législation qu'il supplante.
2. Est compétent pour connaître du litige le tribunal du domicile du défendeur ou le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. Le for de la succursale peut être utilisé lorsque les conditions d'application de l'art. 5 LFors sont données.

3. La notion de « lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail » est identique à celle figurant aux art. 5 ch. 1 CL et 115 al. 1 LDIP. Elle s'oppose au lieu du travail purement temporaire (par exemple : stand de foire ou d'exposition passagère) ou qui change constamment. Elle ne suppose en revanche pas que l'employeur y ait une exploitation.
4. L'art. 24 LFors s'applique lorsque le litige se base sur un contrat de travail ou, en cas de contrat mixte, sur une prestation prépondérante relevant du contrat de travail.
5. Conformément à l'art. 24 al. 2 LFors, le travailleur ou le demandeur d'emploi qui introduit action en se fondant sur la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE ; RS 823.11) dispose d'un for supplémentaire. Il peut aussi agir au lieu de l'établissement commercial du bailleur de services ou de l'intermédiaire (placeur) avec lequel le contrat a été conclu. L'art. 24 al. 2 LFors ne s'applique pas aux litiges entre le bailleur et le locataire de services, qui ne relèvent du reste généralement pas du droit du travail.
6. L'art. 24 al. 3 LFors anticipe un for spécial développé en relation avec la future loi fédérale sur l'envoi des travailleurs. Il instaure pour les deux parties le for supplémentaire du détachement, en le limitant cependant aux prétentions nées durant la mission.
7. L'art. 24 LFors s'applique à toutes les juridictions civiles (y compris le tribunal du travail) pouvant être saisies d'un litige découlant du droit du travail.

#### XXIV. Fors des actions fondées sur un acte illicite

1. A l'image de l'art. 5 ch. 3 CL, l'art. 25 LFors prévoit pour les actes illicites plusieurs fors alternatifs non impératifs. Sont toutefois réservées les dispositions contraires de la LFors qui constituent une lex specialis (par exemple : art. 12 litt. a, 19 al. 1 litt. c, 26, 27 et 29 LFors).
2. En offrant au demandeur le choix entre quatre fors, le législateur s'est écarté du système de fors en cascade figurant à l'art. 129 LDIP et lui a préféré une solution qui s'apparente à un forum shopping.
3. L'art. 25 LFors s'applique lorsqu'un demandeur met en cause la responsabilité du défendeur en se fondant sur une base délictuelle. La matière délictuelle se définit de manière négative, à savoir comme n'étant pas de nature contractuelle. Elle ne suppose pas la commission d'un acte pénalement répréhensible.

4. Une abstention qui est intervenue en dépit d'une injonction légale est assimilable à un acte illicite au sens de l'art. 25 LFors.
5. La notion d'acte illicite s'interprète de manière très large. Elle comprend par exemple la responsabilité aquilienne, la responsabilité objective, l'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle, les actes de concurrence déloyale, la responsabilité du fait des produits ainsi que la responsabilité reposant sur le principe de la confiance (cette dernière catégorie ne faisant cependant pas l'unanimité de la doctrine). Selon le message du Conseil fédéral, l'art. 25 LFors ne s'applique pas aux prétentions découlant de l'enrichissement illégitime ni à celles fondées sur la gestion d'affaires sans mandat (plus nuancés : Kurth/Bernet, GestG-Kommentar note 26 ad art. 25 ; BSK-Hempel, note 16 ad art. 25). Il appartiendra à la jurisprudence de se prononcer sur l'éventuelle application de l'art. 25 LFors à la responsabilité fondée sur la culpa in contrahendo, dont la nature juridique reste controversée (Romerio, Komm. GestG, notes 34 ss ad art. 25).
6. L'art. 25 LFors s'applique aussi à l'action dont le fondement est à la fois délictuel et contractuel (Donzallaz, op. cit., p. 568 ; Romerio, Komm. GestG, note 32 ad art. 25). La solution est identique en cas de cumul objectif de deux actions, la première contractuelle et la seconde délictuelle, ainsi qu'en cas de cumul subjectif, si les actions présentent entre elles un lien de connexité suffisant (art. 7 al. 1 et 2 LFors).
7. Pour être applicable, l'art. 25 LFors suppose l'existence d'un dommage. Cette notion sera interprétée de manière large et comprendra notamment le tort moral. Y est assimilé le dommage risquant de se produire lorsque l'action introduite est de nature préventive.
8. Aux conditions requises, la victime peut introduire son action au lieu de son domicile ou de son siège ainsi qu'au lieu du domicile ou du siège du défendeur. Il lui est également loisible, conformément à la théorie de l'ubiquité, d'agir au for de la commission de l'acte ou à celui de la survenance de son résultat.
9. L'art. 26 LFors est une lex specialis de l'art. 25 LFors. Il prévoit, en matière d'accidents de véhicules à moteur et de bicyclettes, le for du lieu de l'accident ou celui du lieu du domicile ou du siège du défendeur, à l'exclusion des fors du résultat et du domicile de la victime.
10. La prétention que fait valoir celui qui s'en prévaut doit relever d'un acte illicite commis dans le cadre d'un accident. Elle ne découlera pas nécessairement de la LCR.
11. Peut s'en prévaloir le lésé qui actionne le conducteur, le détenteur ou encore son assureur responsabilité civile. Il en va de même de la personne qui agit sur la base de l'assistance prêtée (art. 58 al. 3 LCR), ainsi que du détenteur s'en prenant à un autre dé-

tenteur (art. 61 LCR). Le cas des actions récursoires divise pour sa part les commentateurs.

12. Il n'est pas nécessaire que le véhicule à moteur ou la bicyclette ait été à l'emploi ni que l'accident se soit déroulé sur la voie publique.
13. A la différence de l'art. a84 LCR, l'art. 26 LFors ne crée pas un for impératif.
14. L'art. 26 LFors n'a pas son équivalent dans la CL ni dans la LDIP, raison pour laquelle sont applicables respectivement les art. 5 ch. 3 CL et 129 LDIP.
15. En cas de dommages collectifs, l'art. 27 LFors - qui a été instauré pour éviter le risque d'éparpillement des procès - prévoit le for impératif du lieu de l'acte pour les actions fondées sur un acte illicite. Si le lieu de l'acte illicite n'est pas connu, il convient de retenir le for du domicile ou du siège du défendeur.
16. L'application de l'art. 27 LFors suppose l'existence d'un seul et même acte illicite. La notion d'acte illicite correspond à celle de l'art. 25 LFors.
17. La notion de dommage collectif est controversée. Il faut que plusieurs dizaines de personnes au moins soient touchées selon certains auteurs, plusieurs centaines selon d'autres. En cas de dommage collectif, l'art. 27 LFors s'applique indépendamment du nombre de personnes touchées qui procèdent effectivement.
18. L'art. 27 LFors - qui n'a son équivalent ni dans la CL ni dans la LDIP - n'instaure pas de coordination entre les diverses actions introduites.
19. A l'image de l'art. 5 ch. 4 CL, l'art. 28 LFors réserve la compétence du juge pénal de statuer sur les conclusions civiles que la victime retient dans le cadre de la procédure pénale.
20. Sur le plan bernois, les conditions d'admissibilité de l'action civile adhésive sont réglées par l'art. 47 CPP.

#### XXV. Fors de droit commercial

1. En application de l'art. 29 LFors, les actions en responsabilité fondées sur le droit des sociétés seront introduites devant le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou devant celui du siège de la société. Elles pourront aussi l'être au lieu de situation de la succursale lorsque les conditions d'application de l'art. 5 LFors sont données.

2. L'art. 29 LFors - à la différence de l'art. 16 ch. 2 CL - ne concerne que les actions en responsabilité, y compris les actions récursoires. Les autres actions sont régies par l'art. 3 LFors dans la mesure où elles relèvent de la juridiction contentieuse (par exemple : contestation des décisions de l'assemblée générale, action en dissolution de la société), par l'art. 11 LFors si elles relèvent de la juridiction gracieuse (par exemple : action tendant à obtenir des renseignements ou en désignation d'un contrôleur spécial, avis de surendettement).
3. Il importe peu que l'action en responsabilité soit dirigée contre la société elle-même ou contre une personne physique. Elle doit cependant avoir sa source dans le droit des sociétés et non pas dans une règle générale, telle par exemple l'art. 41 CO.
4. Les fors alternatifs de l'art. 29 LFors ne sont pas impératifs.
5. L'art. 29 LFors constitue une *lex specialis* de l'art. 25 LFors.
6. Sa lettre suggère qu'il s'applique uniquement aux sociétés commerciales, à l'exclusion des personnes morales du CC. Cette solution n'est cependant guère satisfaisante (cf. notamment Spühler/Vock, *Gerichtsstandsgesetz*, note 1 ad art. 29 ; Blunschi, *Komm. GestG*, note 10 ad art. 29 ; Donzallaz, *op. cit.*, p. 616).
7. L'art. 30 LFors - qui n'a son équivalent ni dans la CL ni dans la LDIP - définit le tribunal compétent à raison du lieu pour annuler les papiers-valeurs et interdire de payer un effet de change ou un chèque. Il concerne des actes relevant de la juridiction gracieuse et déroge ainsi à l'art. 11 LFors.
8. Les art. 31 et 32 LFors concernent respectivement les emprunts par obligations et les fonds de placement.



## XXVI. Fors des mesures provisionnelles

1. L'art. 33 LFors prévoit, pour les mesures provisionnelles en matière de droit fédéral privé, deux fors alternatifs : celui du tribunal compétent selon la LFors pour connaître de l'action au fond, ou celui du tribunal du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée. Pour savoir où ce dernier est localisé, le requérant devra consulter le CPC du canton concerné.
2. L'art. 33 LFors régit tant les mesures provisoires que préliminaires (ou superprovisoires), avant ou après la litispendance.
3. L'art. 33 LFors s'applique en premier lieu aux mesures conservatoires proprement dites (par exemple : inscription provisoire au registre foncier, interdiction de disposer de l'objet litigieux). Ces mesures interviennent surtout lorsqu'il y a lieu de craindre une modification portée à l'état de l'objet litigieux, pour éviter que le débiteur d'une obligation invoquée ne rende plus difficile voire impossible une exécution ultérieure (ATF 127 III 496).
4. Il s'applique en second lieu aux mesures de réglementation (par exemple : mesures provisoires selon l'art. 137 al. 2 CC, mesures provisionnelles selon les art. 274f et 625 CO). Ces mesures modifient pour leur part les rapports entre parties en définissant à nouveau leurs droits et devoirs respectifs (ATF 127 III 496).
5. Il régit en troisième lieu les mesures d'exécution anticipée (par exemple : droit de réponse selon l'art. 28g CC, interdiction de faire concurrence). Il importe peu que ces mesures aient ou non un caractère réversible.
6. L'art. 33 LFors concerne en dernier lieu les mesures probatoires anticipées qui ont pour but d'assurer la conservation d'une preuve, au même titre que les mesures spécifiques prévues à cet effet dans la législation fédérale (par exemple : art. 204 al. 2 et 367 al. 2 CO, art. 65 al. 2 LDA, art. 77 LBI).
7. L'art. 33 LFors ne s'applique en revanche pas aux mesures provisionnelles qui relèvent exclusivement du droit cantonal. Tel est le cas si elles ont trait à une prétention de droit privé cantonal. Il en va de même lorsqu'elles visent uniquement à permettre à un requérant d'évaluer les chances de succès d'un procès, ce qui constitue un des deux cas d'application de la preuve à futur prévue aux art. 222 ss CPC (cf. notamment Dietrich, Komm. GestG, notes 39 et 55 ad art. 33). Le futur art. 223 al. 2 CPC tient compte de cette situation : il détermine la compétence pour rendre des mesures provisionnelles de droit cantonal à l'instar de celle prévue pour les mesures relevant de l'art. 33 LFors.

8. L'action en dommages-intérêts fondée sur des mesures provisionnelles non justifiées (art. 332 CPC) n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 33 LFors, mais relève du for de l'action au fond (Dietrich, Komm. GestG, note 89 ad art. 33).
9. Les deux fors alternatifs de l'art. 33 LFors étant placés sur un pied d'égalité, une partie peut choisir de déposer sa requête de mesures provisionnelles au for du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée alors même que l'action principale est pendante devant un autre tribunal. Pour sa part, le choix du for de l'exécution opéré avant la litispendance de l'action au fond n'interdit pas d'introduire cette dernière à un autre for ouvert par la LFors. La coordination entre plusieurs requêtes déposées devant des tribunaux différents s'opère conformément à l'art. 36 LFors.
10. Le for de l'exécution crée pour le défendeur le risque d'être attiré devant un tribunal n'ayant aucun lien direct avec le litige (par exemple : conclusion en interdiction de faire quelque chose). Il convient en conséquence de ne l'admettre que de manière assez restrictive. Le requérant devrait être en droit d'y recourir seulement en cas d'urgence (contra : Kellerhals/Güntherich, GestG-Kommentar, note 13 ad art. 33). Comme le for de l'exécution a été aussi instauré pour éviter des actes d'entraide judiciaire, la condition d'efficacité (ou de proximité) sous-jacente exige que la mesure puisse être exécutée - au cas où elle ne l'est pas spontanément - dans l'arrondissement du juge qui l'a prononcée (Donzallaz, op. cit., p. 560 ss). Le principe d'efficacité exclut ainsi le for de l'exécution pour la plupart des mesures de réglementation prévues par l'art. 137 al. 2 CC.
11. Les fors prévus par l'art. 33 LFors sont de nature impérative. Contrairement à la solution instaurée par l'art. 24 CL, une acceptation tacite n'est pas possible.
12. Les parties ne sauraient davantage convenir d'une prorogation de for limitée aux mesures provisionnelles. En revanche, le juge prorogé conformément à l'art. 9 LFors est habilité à ordonner des mesures provisionnelles.
13. Le futur art. 327 al. 1 CPC reprend la teneur de l'art. 33 LFors.
14. La compétence matérielle et la compétence fonctionnelle relèvent de la législation cantonale. Le futur art. 327 al. 2 CPC disposera à cet égard que la requête ressortit au juge instructeur si elle est déposée au lieu du tribunal compétent pour connaître de l'action au fond et que cette dernière est pendante. Elle ressortit en revanche au président du tribunal de l'arrondissement concerné si elle est déposée au lieu dans lequel la mesure devra être exécutée ou si l'action au fond n'est pas pendante.

15. La décision provisionnelle rendue en application de l'art. 33 LFors ne constitue pas une décision finale au sens de l'art. 48 OJ. Elle ne peut en conséquence être entreprise devant le Tribunal fédéral que par le biais d'un recours en nullité au sens de l'art. 68 OJ.
16. En ne faisant aucune distinction quant à la nature des mesures provisionnelles, l'art. 33 LFors met fin - au niveau du for - à la controverse portant sur la question de savoir si et dans quelle mesure les cantons peuvent encore légiférer en la matière. Rappelons à cet égard que la doctrine majoritaire le nie de manière convaincante lorsque la prétention en cause se fonde sur le droit privé fédéral. En revanche, selon la théorie dualiste du Tribunal fédéral, les mesures qui reconnaissent des droits subjectifs pour la durée du procès - c'est-à-dire les mesures de réglementation et d'exécution anticipée - sont régies par le droit fédéral, tandis que les mesures conservatoires continuent à l'être, sous réserve d'une norme expresse de droit fédéral, par le droit cantonal.
17. La compétence pour rendre une mesure provisionnelle en droit international est réglée conformément aux art. 10 LDIP et 24 CL.

### C) Examen de la compétence, actions identiques et connexes, reconnaissance et exécution

#### XXVII. L'examen de la compétence razione loci

1. La compétence à raison du lieu - en tant que condition de recevabilité - échappe au principe de disposition. Sous réserve d'une acceptation tacite, le juge saisi est en conséquence tenu de l'examiner d'office, ce que stipule l'art. 34 al. 1 LFors qui s'applique à la procédure ordinaire et sommaire. S'agissant d'une condition de recevabilité positive, il appartient à la partie qui s'en prévaut de l'établir. La vraisemblance suffit dans le cas d'une mesure provisionnelle au sens de l'art. 33 LFors.
2. Le législateur fédéral n'ayant pas spécifié le moment déterminant pour fixer le for, il y a lieu d'admettre le principe général selon lequel la compétence à raison du lieu doit être donnée au moment de la litispendance. A cette condition, elle se perpétue en cours de procédure. Elle peut cependant (à l'exception des procédures en divorce) aussi s'acquérir durant la procédure et le juge la retiendra si elle est donnée au moment du jugement. Dès lors, la compétence à raison du lieu doit être donnée au moment de la litispendance, au plus tard au moment du jugement.

3. Un for absolument impératif sera d'office pris en compte par le juge, et ce à tout stade de la procédure. Il est en effet exclu, pour des motifs d'intérêt public, que les parties y dérogent. Lorsque le for est partiellement impératif, le juge n'admettra d'office son incompétence, à tout stade de la procédure, que si l'action est introduite contre une partie protégée n'ayant pas conclu de prorogation de for après la naissance du différend (art. 21 LFors). Une acceptation tacite de la partie réputée socialement forte est en revanche possible sans aucune restriction.
4. Est réservée en cas d'élection de for ou d'acceptation tacite la possibilité qu'a le juge de décliner sa compétence lorsque le litige ne présente pas de lien territorial ou matériel suffisant avec le for élu ou accepté (art. 9 al. 3 et 10 al. 2 LFors).
5. En l'absence de toute disposition y relative dans la LFors, il sied d'admettre que le juge examine sa compétence à raison du lieu en fonction de la prétention du demandeur telle qu'elle est formulée et motivée (ATF 122 III 252). La théorie des faits à double pertinence est l'objet d'une controverse sur laquelle il n'y a pas lieu de s'étendre ici (pour un état des lieux, cf. notamment ATF 122 précité, 124 III 382 ; Donzallaz, op. cit., p. 683 ss).
6. Le législateur fédéral n'a pas davantage précisé à quel moment intervient l'examen de la compétence à raison du lieu. Conformément au principe d'économie de la procédure, le juge y procédera avant d'entrer en matière sur le fond du litige.
7. En cas d'incompétence *ratione loci*, le juge renvoie l'action sans examen de son mérite (c'est à tort que l'art. 34 al. 2 LFors parle de « rejet »). La législation fédérale ne lui fait pas obligation de transmettre d'office la cause au juge localement compétent.
8. Pour autant que les autres conditions soient données, une violation de la LFors est susceptible de faire l'objet d'un recours en réforme au Tribunal fédéral selon les art. 48 ou 49 OJ. Il sera fondé sur l'art. 48 OJ quand le juge se déclare incompétent à raison du lieu et refuse d'entrer en matière, sur l'art. 49 OJ en cas de décision incidente de rejet du déclinatoire (ATF 126 III 327).
9. Lorsque la prétention est de nature patrimoniale mais n'atteint pas la valeur de 8'000 fr., est ouverte la voie subsidiaire du recours en nullité au Tribunal fédéral au sens de l'art. 68 OJ.
10. Un recours de droit public n'est envisageable qu'en cas de violation d'un for de droit privé cantonal.

11. Lorsque l'action a été renvoyée ou retirée faute de compétence à raison du lieu, le demandeur dispose, conformément à l'art. 34 al. 2 LFors, d'un délai de sauvegarde de 30 jours pour réintroduire son action devant le juge compétent. Ce délai de sauvegarde - qui n'est pas influencé par les fêtes judiciaires - peut être réutilisé en cas de nouveau mauvais choix de la part du demandeur. Il court dès l'envoi de la déclaration de retrait de l'action ou dès la notification de la décision de non-entrée en matière. Si le délai est respecté, l'action est réputée avoir été introduite à la date de la première introduction. Le délai imparti à l'art. 163 al. 1 CPC passera de 10 à 30 jours pour le rendre compatible avec l'art. 34 al. 2 LFors. Pour sa part, l'art. 139 CO ne s'applique plus qu'aux autres vices de forme réparables, étant toutefois souligné que la coexistence des deux dispositions ne va pas sans poser quelques problèmes (cf. notamment Kellerhals/Güntherich, GestG-Kommentar, notes 18 et 20 ad art. 34). L'art. 32 al. 3 LP constitue une *lex specialis* réservée aux actions fondées sur le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite.
12. L'art. 34 al. 2 LFors a pour objectif d'éviter qu'une erreur au niveau du for entraîne la déchéance ou l'acquisition de la prescription.
13. La question de savoir si la litispendance est maintenue à la date de l'introduction devant le mauvais juge relève pour sa part du droit cantonal puisque le législateur fédéral a renoncé à définir le moment auquel intervient la litispendance. L'art. 163 CPC y répond par l'affirmative.
14. Ni la CL ni la LDIP ne connaît de disposition analogue à l'art. 34 LFors.

### XXVIII. Actions identiques et connexes

1. Les art. 35 et 36 LFors ne traitent pas à proprement parler des fors. Ils sont néanmoins en relation étroite avec la compétence territoriale puisqu'ils instaurent des règles de coordination entre des procédures introduites à plusieurs fors, inspirés qu'ils sont par les principes d'économie et de sécurité juridique. L'art. 35 LFors - qui correspond à l'art. 21 CL - concerne les actions identiques. Pour sa part, l'art. 36 LFors - qui est le pendant de l'art. 22 CL - a trait aux actions connexes.
2. L'art. 35 LFors vise le cas d'une double litispendance (la terminologie utilisée dans la version française est imprécise) de deux actions opposant les mêmes parties et portant sur le même objet de litige. La notion d'identité de parties et d'objet du litige sera en principe interprétée conformément aux principes dégagés à ce jour par la doctrine et la jurisprudence en relation avec l'exception de litispendance. Une partie de la doctrine (notamment Meier,

op. cit., p. 29 ; Dasser, Komm. GestG, note 6 ad art. 35) est de l'avis que l'interprétation de ces notions devrait plutôt se faire comme dans le cadre de la CL.

3. L'art. 35 LFors consacre la priorité de la première action introduite. Il oblige le tribunal saisi ultérieurement - d'où le complément apporté par le législateur bernois dans le futur art. 96 al. 2 CPC - à suspendre la procédure jusqu'à droit connu sur la compétence *ratione loci* du premier juge saisi. Il en résulte pour le tribunal saisi ultérieurement une double interdiction : celle de se prononcer d'entrée de cause sur l'exception de litispendance, d'une part, celle de statuer sur le bien-fondé de la prétention déduite en justice, d'autre part. La solution retenue est identique à celle de l'art. 21 CL.
4. En pratique, cela oblige le juge confronté au problème à consulter le CPC du canton dans lequel est introduite l'action identique afin de déterminer le moment de la création de la litispendance. Un échange de points de vue entre les tribunaux concernés est évidemment souhaitable. Avant de statuer sur la suspension de la procédure, le juge donnera aux parties l'occasion de s'exprimer.
5. L'obligation faite au demandeur par le législateur bernois d'obtenir préalablement l'ouverture du droit (art. 144 CPC) permet parfois à son adversaire de le prendre de vitesse (*forum running*) et d'engager la procédure dans un autre canton qui ne connaît pas le même système (FR, NE, LU, BL, GL, AI, AR, GR, AG, TG).
6. Si le juge prioritaire admet sa compétence à raison du lieu, le tribunal saisi ultérieurement rend une décision d'irrecevabilité conformément à l'art. 35 al. 2 LFors. Il est lié par la décision du juge prioritaire. Toutefois, à la différence de ce que prévoit l'art. 21 al. 2 CL, il n'est pas tenu de se dessaisir en sa faveur. Cette solution est logique car la jonction de deux litiges identiques n'a guère de sens.
7. Si le juge prioritaire nie sa compétence, le tribunal saisi ultérieurement reprend la procédure et la traite selon les règles habituelles. Rien ne l'empêche au demeurant de nier lui aussi sa compétence à raison du lieu.
8. L'art. 35 LFors revêt une importance limitée en matière provisionnelle. En effet, l'exception de litispendance - pour autant que son application soit admise - ne peut être opposée dans le cadre des mesures conservatoires proprement dites ni dans celui des mesures de réglementation. Elle ne saurait davantage l'être pour les mesures d'exécution anticipée lorsque la nouvelle requête repose sur des faits nouveaux.
9. Conformément à l'art. 36 al. 1 LFors - qui s'inspire de l'art. 22 CL - lorsque des actions connexes sont portées devant plusieurs tribunaux, le tribunal saisi ultérieurement peut

suspendre la procédure jusqu'à droit connu dans la cause prioritaire. Il n'est pas nécessaire que les parties soient identiques dans les litiges concernés.

10. La notion de connexité correspond à celle figurant à l'art. 22 al. 3 CL. Elle est plus large que celle donnée aux art. 6 et 7 LFors qui répondent à un tout autre objectif. En effet, si les art. 6 et 7 LFors fondent une compétence locale, l'art. 36 LFors a uniquement pour but de régler la coordination de procédures déjà pendantes.
11. Le juge prendra sa décision (bien entendu après avoir respecté le droit d'être entendu des parties) en se laissant guider avant tout par des considérations d'opportunité. Il ne saurait ce faisant ignorer le stade atteint dans les litiges concernés car les plaideurs ont un droit constitutionnel (art. 29 al. 1 CF) à ce que la procédure soit terminée dans un délai raisonnable. En raison du principe de célérité, une suspension paraît difficilement concevable dans le cadre d'une procédure sommaire ou accélérée, sauf si la procédure prioritaire est du même type. Elle ne saurait davantage être ordonnée lorsque le juge a des doutes au sujet de sa compétence.
12. Au lieu de prononcer la suspension, le juge saisi ultérieurement peut, en application de l'art. 36 al. 2 LFors, transmettre sa procédure au tribunal saisi en premier lieu si celui-ci accepte de s'en charger. La transmission risque de présenter des inconvénients pour les parties et ne devrait intervenir qu'à titre exceptionnel. La question de savoir si elle est possible en cas de for impératif ou relativement impératif est controversée. Le législateur bernois a renoncé à régler les modalités de la transmission, ce qui n'est pas bien grave au vu de son peu d'importance pratique.
13. La transmission présuppose que des contacts préalables aient eu lieu entre les instances judiciaires concernées. Elle n'est envisageable que si les procès parallèles ne sont pas encore parvenus au stade du jugement, ce qui exclut qu'ils se trouvent à deux niveaux différents d'instance.
14. Il appartiendra à la jurisprudence de déterminer si et dans quelle mesure une violation des art. 35 et 36 LFors est - lorsque les conditions requises sont données - susceptible d'être portée devant le Tribunal fédéral par le biais d'un recours en réforme fondé sur l'art. 48 éventuellement 49 OJ (ATF 123 III 414 sur l'art. 21 al. 1 CL), ou à défaut par celui d'un recours en nullité (Georg Naegeli, Rechtsmittelprobleme nach Gerichtsstandgesetz, in La loi sur les fors, p. 179 ss).

1. Selon l'art. 37 LFors, le juge chargé de reconnaître ou d'exécuter un jugement n'a plus à examiner la compétence du tribunal qui l'a rendu. Cette règle - qui s'applique également aux décisions rendues en procédure sommaire - coordonne l'exécution réelle avec celle des sommes d'argent qui a fait l'objet de la révision de la LP (entrée en vigueur le 1.1.1997). Elle ne dispense bien évidemment pas le juge de vérifier sa propre compétence avant de rendre sa décision.
2. L'interdiction du contrôle de la compétence du premier juge est prévue indépendamment du fait que la norme qui aurait pu être violée est de droit dispositif ou impératif.
3. Un courant important de la doctrine (cf. notamment Orelli, Komm. GestG, note 12 ad art. 37) est d'avis que l'art. 37 LFors vise également à interdire tout nouveau contrôle de la compétence à raison de la matière.
4. La solution choisie sur le plan suisse diffère de celle prévue à l'art. 28 CL. En effet, cette dernière disposition permet un contrôle, dans le cadre de l'instance indirecte, de la règle d'exclusivité posée par l'art. 16 CL. L'art. 25 litt. a LDIP offre pour sa part à la partie concernée la possibilité de soulever une nouvelle fois l'exception d'incompétence.



## Droit transitoire

1. Comme l'art. 38 LFors exclut la rétroactivité, les procédures en cours au 1<sup>er</sup> janvier 2001 seront poursuivies au for défini par le droit applicable au moment de la création de la litispendance (*perpetuatio fori*). Toutefois, aussi longtemps qu'une décision de non-entrée en matière n'est pas entrée en force dans une procédure pendante au 1<sup>er</sup> janvier 2001, les fors créés par la LFors peuvent, si nécessaire, fonder la compétence à raison du lieu du juge saisi.
2. Sont d'autre part applicables aux procédures déjà pendantes les dispositions de la LFors - en particulier les art. 35 à 37 LFors - conformément aux règles habituelles en matière de droit transitoire procédural (dans le même sens Donzallaz, op. cit., p. 779).
3. Se fondant sur le principe de la fidélité contractuelle, l'art. 39 LFors consacre pour sa part le for élu par les parties avant le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Les clauses de prorogation de for antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2001 continuent ainsi à être soumises à l'ancien droit (cantonal et fédéral) en ce qui concerne tant leur admissibilité que leur forme (BSK-Reetz, notes 6 ss ad art. 39 ; nuancé : Walther, GestG-Kommentar, notes 7 ss ad art. 39).

## Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen

Staatsanwalt Charles Haenni, Biel

### 1. Einleitung

Doping ist eine Erscheinung, die im Sport seit der Antike bekannt und bei unterschiedlichsten Kulturen aufgetreten ist. Es ist überliefert, dass schon im 3. Jahrhundert vor unserer Zeitrechnung griechische Athleten zur Steigerung ihrer Leistungsfähigkeit besondere Pilze zu sich nahmen, und wir wissen, dass beim nordmexikanischen Indianerstamm der Tarahumaras ein aus einer Kaktee gewonnenes Rauschmittel zur Anwendung gelangt, um den Läufern die Bewältigung eines 24 Stunden dauernden, mehr als 200 km weiten Laufes zu ermöglichen<sup>1</sup>.

Fast ebenso alt wie das Doping selbst ist die Geschichte der Bekämpfung von unerlaubten Leistungssteigerungen. Schon seit den ersten olympischen Wettkämpfen im antiken Griechenland wurde die Verletzung von Wettkampfgeregeln durch Verwendung von leistungssteigernden Mitteln geahndet<sup>2</sup>. Das Thema der Dopingbekämpfung rückte in der jüngeren Vergangenheit und in der Gegenwart jeweils im Zusammenhang mit tragischen oder spektakulären Ereignissen ins Zentrum des öffentlichen Interesses. Zu erinnern ist beispielsweise an die Todesfälle im Radsport in den sechziger Jahren<sup>3</sup> oder an die medienwirksamen Razzien an der Tour de France des Jahres 1998 und am Giro d'Italia 2001.

Bis heute wird die Bekämpfung des Dopings zu einem bedeutenden Teil<sup>4</sup> durch private Organisationen geführt, nämlich durch nationale und internationale Sportverbände und das Internationale Olympische Komitee; diese Organisationen stellen Vorschriften über das Doping auf, veranstalten Kontrollen und verhängen bei festgestellten Verstößen Sanktionen<sup>5</sup>. Daneben haben sich aber zunehmend auch staatliche Instanzen und supranationale Organisationen mit dem Phänomen des Dopings befasst.

---

<sup>1</sup> zitiert nach Arnd Krüger, Die Paradoxien des Dopings - ein Überblick, in: Doping, Spitzensport als gesellschaftliches Problem, Zürich 2000, S. 14

<sup>2</sup> zitiert nach Matthias Kamber, Eine historische Betrachtung der Dopingbekämpfung in der Schweiz, in: Doping, Spitzensport als Gesellschaftliches Problem, S. 171

<sup>3</sup> 1960 Tod des dänischen Radfahrers Knut Jensen an den olympischen Spielen von Rom; 1967 Tod des britischen Radfahrers Tom Simpson in der Mont-Ventoux-Etappe der Tour de France

<sup>4</sup> In vielen Ländern findet sich eine Aufgabenteilung zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Instanzen. In der Schweiz besteht eine Aufgabenteilung, indem privatrechtliche Organisationen für Kontrollen und Sanktionen gegenüber den Sporttreibenden zuständig sind, während Information, Prävention und Forschung im Bereich der Dopingbekämpfung schon bisher Aufgabe des Bundes waren.

<sup>5</sup> Stephan Netzle, Doping als rechtliche Herausforderung, in: Doping, Spitzensport als gesellschaftliches Problem, S. 263

So existiert seit dem 16.11.1989 das europäische Übereinkommen gegen Doping<sup>6</sup>, das für die Schweiz am 1.1.1993 in Kraft getreten ist und das bis 31.3.2001 37 Länder ratifiziert haben. Ziel des Übereinkommens ist die Verringerung und schliesslich die endgültige Ausmerzung des Dopings im Sport<sup>7</sup>. Und der Europäische Rat der EU hat an seiner Tagung vom 11./12.12.1998 in Wien seine Besorgnis über den Umfang und die Schwere der Dopingfälle im Sport geäussert, die 'die Sportethik untergraben und die öffentliche Gesundheit gefährden' und betont, dass ein Vorgehen auf Ebene der Europäischen Union erforderlich sei<sup>8</sup>. In der Folge hat die Kommission der EU einen Plan für den Beitrag der Gemeinschaft zur Dopingbekämpfung erarbeitet<sup>9</sup>, der in seinen Schlussfolgerungen u.a. festhält: 'Die Gemeinschaftsaktion muss den Kampf gegen Doping verstärken und unterstützen, damit der Sport wieder zu seiner eigentlichen ethischen Dimension zurückfindet und die Werte gefestigt werden, die ihm als Mittel zur sozialen Integration, zur Verbesserung der Gesundheit und als Schule des Lebens innewohnen.'

Auf nationaler Ebene bestehen in zahlreichen Ländern gesetzliche Erlasse, welche sich mit Fragen der Dopingbekämpfung befassen. Die einen Staaten haben hierzu eigene Antidoping-Gesetze<sup>10</sup> erlassen, während andere Staaten<sup>11</sup> Aspekte des Dopings in anderen Erlassen wie Heilmittel- oder Betäubungsmittelgesetzen regeln<sup>12</sup>.

Das für die Schweiz verpflichtende Europarat-Übereinkommen gegen Doping sieht vor, dass die Vertragsparteien gegebenenfalls Gesetze, Vorschriften oder Verwaltungsmassnahmen erlassen, um die Verfügbarkeit sowie die Anwendung verbotener Dopingwirkstoffe und -methoden im Sport und insbesondere anaboler Steroide einzuschränken<sup>13</sup>. Das Übereinkommen enthält allerdings keine unbedingte Verpflichtung der Vertragsstaaten zum Erlass von speziellen Dopingstrafnormen, da nach Massgabe seines Subsidiaritätsprinzips eine staatliche Gesetzgebung nur dann eingreifen

---

<sup>6</sup> SR 0.812.122.1

<sup>7</sup> Art. 1 des Übereinkommens gegen Doping

<sup>8</sup> Europäischer Rat, Wien 11. und 12.12.1998, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Ziff. XII, 96

<sup>9</sup> KOM (1999) 643 vom 1.12.1999

<sup>10</sup> z.B. Frankreich mit der Loi du 23 mars 1999 sur la protection de la santé des sportifs et de la lutte anti-dopage

<sup>11</sup> z.B. Deutschland mit dem Arzneimittelgesetz, das seit einer am 11.9.1998 in Kraft getretenen Revision ein mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrtes Verbot enthält, Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport in Verkehr zu bringen, zu verschreiben oder bei anderen anzuwenden; gegenwärtig werden allerdings Vorarbeiten für ein eigenes Anti-Doping-Gesetz betrieben

<sup>12</sup> für eine Übersicht vgl. Zeitschrift für Sport und Recht, SpuRt, 1999, S. 19 ff, 61, 148 f., 2000, S. 13, 106

<sup>13</sup> Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens gegen Doping

muss, wenn die Sportverbände ihrer Verantwortung auf diesem Gebiet nicht nachkommen<sup>14</sup>.

Dopingbekämpfung auf der Grundlage namentlich von staatlichen Strafnormen kann allerdings aus verschiedenen Gründen wünschenswert erscheinen. Bei spektakulären Dopingfällen wird immer wieder Kritik an der Effizienz einer Dopingbekämpfung laut, die weitgehend privaten Organisationen überlassen ist. Das Dilemma von Sportverbänden, die Dopingvergehen ihrer eigenen Athleten beurteilen und bestrafen müssen, wird wie folgt umschrieben: Der nationale Sportverband schwankt zwischen der Loyalität zu seinem Dachverband, welcher eine strikte Anwendung der Dopingvorschriften verlangt, und dem Interesse, seine eigenen, mit viel Aufwand an die internationale Spitze herangeführten Athleten nicht vom Wettkampferverkehr ausschliessen zu müssen<sup>15</sup>. Auch wenn den Sportverbänden grundsätzlich Gewissenhaftigkeit und Unvoreingenommenheit bei der Dopingbekämpfung zugestanden wird, weist ein auf nicht staatlichen Organisationen beruhendes Repressionssystem verschiedene Mängel auf, die auf privatrechtlicher Basis kaum zu beheben sind. Es seien nur einzelne Beispiele genannt: Für eine möglichst lückenlose Beweiserhebung im Umfeld der Athleten fehlt es an gesetzlichen Zwangsmassnahmen wie z.B. Durchsuchungs- und Beschlagnahmemöglichkeiten; ein auf privatrechtlichen Vereinbarungen beruhendes Sanktionssystem kann sich im Lichte von Art. 27 ZGB als unzulässiger Eingriff in die Persönlichkeitsrechte erweisen<sup>16</sup>.

Bei der Suche nach wirkungsvollen Massnahmen stellt sich die Frage, inwieweit geltende Strafrechtsnormen griffige Instrumente zur Dopingbekämpfung darstellen könnten. Es wird dabei auf den Umstand hingewiesen, dass Doping in Rechtsgüter eingreife, die bereits durch bestehende Strafrechtsnormen geschützt würden. Im Auftrag des Bundesamtes für Sport ist am 24.9.1999 eine Expertise<sup>17</sup> erstattet worden, die zum Ergebnis kommt, dass die bestehende Strafrechtsgesetzgebung für eine Bekämpfung des Dopingwesens nicht ausreiche<sup>18</sup>. Laut Gutachten erfassen die Straftatbestände zum Schutz von Leib und Leben gesundheitliche Schädigungen und ihre allfälligen

---

<sup>14</sup> Stephan Netzle, a.a.O., S. 266

<sup>15</sup> Stephan Netzle, a.a.O., S. 273; der Autor weist darauf hin, dass auch der internationale Dachverband ein ähnliches Problem hat: dem öffentlichen Druck, gegen Dopingsünder hart vorzugehen, steht die Tatsache gegenüber, dass jeder Dopingfall dem Ansehen des Sportes schadet, was sich in sinkenden Zuschauerzahlen und Einschaltquoten niederschlägt

<sup>16</sup> vgl. hierzu Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Sanktionen gegen Sportler - Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: ZBJV Bd. 137, 2001, S. 337 ff., insbesondere 368 ff., vgl. auch Stephan Netzle, a.a.O., S. 281 f.

<sup>17</sup> Jörg Rehberg/Stefan Flachsmann, Strafbarkeit von 'Doping' nach geltendem schweizerischen Strafrecht

<sup>18</sup> Rehberg/Flachsmann, a.a.O., S. 30

Todesfolgen infolge von Doping nur in Ausnahmefällen<sup>19</sup>, der Betrugstatbestand ist nur unter ganz bestimmten, teilweise schwer nachweisbaren Voraussetzungen anwendbar<sup>20</sup>, eine Bestrafung nach Betäubungsmittelgesetz kommt nur in Betracht, wenn die verwendete Dopingsubstanz unter den Katalog der Betäubungsmittel i.S. von Art. 1 BetMG fällt<sup>21</sup>, und Dopingsünden könnten nur unter die Generalklausel von Art. 2 UWG subsumiert werden, deren Verletzung jedoch nach Art. 23 UWG nicht strafbar ist<sup>22</sup>.

Vor diesem Hintergrund hat sich der schweizerische Gesetzgeber im Hinblick auf die Dopingbekämpfung zum Erlass eigener Doping-Strafnormen entschieden. Aus dem Ausland waren im wesentlichen zwei Systeme bekannt. Das eine visiert mit den Strafbestimmungen sämtliche am Doping beteiligten Personen, namentlich auch die Sportler, während das andere grundsätzlich bloss das Umfeld der Sporttreibenden erfasst, die sich dopenden Sportler aber straffrei belässt. Unser Gesetzgeber hat dieses zweite System gewählt. Die Einführung der Strafnormen geschieht nicht durch ein spezifisches Dopinggesetz, sondern durch eine Revision des Bundesgesetzes vom 17.3.1972 über die Förderung von Turnen und Sport<sup>23</sup>, die ihrerseits im Rahmen der Gesetzgebungsarbeiten zum Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz)<sup>24</sup> erfolgt ist.

## **2. Die Grundzüge der gesetzlichen Regelung im Überblick**

Das seit 1.7.1972 in Kraft stehende Bundesgesetz über die Förderung von Turnen und Sport wird durch eine Erweiterung des Zweckartikels und einen neuen Abschnitt ergänzt.

Als Zweck nennt das Gesetz, Turnen und Sport im Interesse der Entwicklung der Jugend, der Volksgesundheit und der körperlichen Leistungsfähigkeit zu fördern<sup>25</sup>. Zur Erreichung dieser Ziele listet die Bestimmung verschiedene Massnahmen (z.B. Erlass von Rahmenvorschriften für Turnen und Sport in der Schule, Leitung der Institution Jugend und Sport, Unterstützung der sportwissenschaftlichen Forschung, Unterhalt einer Turn- und Sportschule) auf, denen nun eine weitere hinzugefügt wird: die Bekämpfung des Missbrauchs von Mitteln und Methoden zur Steigerung der körperli-

---

<sup>19</sup> Rehberg/Flachsmann, a.a.O., S. 14

<sup>20</sup> Rehberg/Flachsmann, a.a.O., S. 25

<sup>21</sup> Rehberg/Flachsmann, a.a.O., S. 28

<sup>22</sup> Rehberg/Flachsmann, a.a.O., S. 29 f.

<sup>23</sup> SR 415.0

<sup>24</sup> Inkrafttreten am 1.1.2002 (abgesehen von Art. 71 und 72, die bereits auf 1.10.2001 in Kraft getreten sind); SR 812.21, AS 2001, S. 2790 ff

<sup>25</sup> Art. 1 des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport

chen Leistungsfähigkeit im Sport (Doping)<sup>26</sup>. Im neuen Abschnitt Vb. werden die einzelnen Massnahmen gegen das Doping umschrieben. Der Abschnitt nennt die Förderung der Dopingprävention durch Ausbildung, Information, Beratung, Dokumentation und Forschung<sup>27</sup>, delegiert an das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) die Kompetenz zum Erlass einer Verordnung über Dopingmittel und -methoden<sup>28</sup>, bezeichnet die verbotenen Handlungen im Zusammenhang mit Dopingmitteln und -methoden<sup>29</sup>, stellt die Verpflichtung von Sportorganisationen, -verbänden und Trägerschaften sportlicher Veranstaltungen, die Bundesbeiträge<sup>30</sup> erhalten, zur Durchführung von Dopingkontrollen auf und gibt dem Bundesrat die Kompetenz zur Regelung der Mindestanforderungen an diese Kontrollen sowie deren Überwachung<sup>31</sup>. Der Abschnitt nennt schliesslich die Strafen für verbotene Handlungen und weist die Aufgabe der Strafverfolgung den Kantonen zu<sup>32</sup>.

Ergänzt werden die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport durch zwei Verordnungen des VBS, die Verordnung über Dopingmittel und -methoden (Dopingmittelverordnung) und die Verordnung über die Mindestanforderungen bei der Durchführung von Dopingkontrollen (Dopingkontrollverordnung)<sup>33</sup>. In Konkretisierung von Art. 11f des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport listet die Dopingmittelverordnung die Mittel und Methoden auf, die im reglementierten Wettkampfsport als unerlaubt gelten. Die Verordnung selbst nennt bloss die verbotenen Gattungen, während die einzelnen verbotenen Mittel und Methoden in einem Anhang aufgeführt werden. Die Auflistung dieser Mittel und Methoden stimmt im Wesentlichen mit den Dopinglisten der relevanten internationalen Organisationen (z.B. Internationales Olympisches Komitee, Welt-Anti-Doping-Agentur oder Europarat) überein<sup>34</sup>. Diese Listen unterliegen in der Regel jährlichen Anpassungen, was wiederum Anpassungen der Verordnung bzw. ihres Anhangs zur Folge haben wird<sup>35</sup>.

Die Dopingkontrollverordnung statuiert die Verpflichtung des zuständigen Dachverbandes des Schweizer Sports<sup>36</sup>, ein für die Durchführung der Dopingkontrollen zu-

---

<sup>26</sup> Art. 1 Bst. h des Bundesgesetzes zur Förderung von Turnen und Sport

<sup>27</sup> Art. 11b des Bundesgesetzes zur Förderung von Turnen und Sport

<sup>28</sup> Art. 11c des Bundesgesetzes zur Förderung von Turnen und Sport

<sup>29</sup> Art. 11d des Bundesgesetzes zur Förderung von Turnen und Sport

<sup>30</sup> nach Massgabe von Art. 10 des Bundesgesetzes zur Förderung von Turnen und Sport

<sup>31</sup> Art. 11e des Bundesgesetzes zur Förderung von Turnen und Sport

<sup>32</sup> Art. 11f des Bundesgesetzes zur Förderung von Turnen und Sport

<sup>33</sup> Inkrafttreten beider Verordnungen am 1.1.2002 (Dopingmittelverordnung: SR 415.052.1, AS 2001, S. 3319 ff; Dopingkontrollverordnung: SR 415.052.2, AS 2001, S. 2971 ff)

<sup>34</sup> Erläuterungen zum Dopingmittelverordnungsentwurf vom 27.3.2001, S. 1

<sup>35</sup> Erläuterungen zum Dopingmittelverordnungsentwurf vom 27.3.2001, S. 1

<sup>36</sup> derzeit Swiss Olympic (frühere Bezeichnung: Schweizerisches Olympischer Verband SOV)

ständiges, zentrales und von den einzelnen Sportverbänden unabhängiges Dopingkontrollorgan<sup>37</sup> zu ernennen<sup>38</sup>, sie bezeichnet die Eidgenössische Sportkommission (ESK) als Aufsichtskommission für den Bereich der Dopingkontrollen und zählt deren Aufgaben auf<sup>39</sup>, und sie stellt Vorschriften über die Mindestanforderungen an den Ablauf sowie die Analyse von Dopingkontrollen und über die Verwendung der Analysenergebnisse im Allgemeinen wie im Hinblick auf die Einleitung eines Disziplinarverfahrens im Besonderen auf<sup>40</sup>. Die Einhaltung der Mindestanforderungen wird durch die Möglichkeit sichergestellt, im Wiederhandlungsfall die Bundesbeiträge<sup>41</sup> zu kürzen oder zu verweigern<sup>42</sup>. Dieses Durchsetzungsmittel ist nicht nur gegenüber dem Dopingkontrollorgan selbst anwendbar, sondern auch in Bezug auf Sportverbände, sofern die verordnungsmässigen Mindestanforderungen durch das Dopingkontrollorgan wegen eines Verschuldens dieser Verbände nicht eingehalten werden können<sup>43</sup>. Im Hinblick auf den Vollzug der Doping-Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport schliesslich ist von Bedeutung, dass die Zollorgane ermächtigt werden, Waren zurückzubehalten und den Strafverfolgungsbehörden Meldung<sup>44</sup> oder Anzeige zu erstatten, wenn bei der Einfuhr von Waren der Verdacht besteht, es könne sich um Mittel zu Dopingzwecken handeln<sup>45</sup>.

Bei dieser letzten Bestimmung ist erkennbar, inwiefern der Erlass des Heilmittelgesetzes als Aufhänger für die Einführung von Doping-Bestimmungen dienen konnte. Dass zwischen der Regelung des Heilmittel- und des Dopingwesens an sich ein materieller Bezug besteht, leuchtet ein, weil oft Heilmittel zu Dopingzwecken missbraucht werden. Nach Ansicht des Gesetzgebers eignet sich jedoch das Heilmittelgesetz für eine umfassende Dopingbekämpfung wegen der (teilweise) unterschiedlichen Schutzziele der beiden Regelungsbereiche nicht<sup>46</sup>. Das Heilmittelgesetz ermöglicht jedoch einen Beitrag zur Dopingbekämpfung, indem es die gesetzliche Grundlage<sup>47</sup> liefert, um die

---

<sup>37</sup> laut Erläuterungen zum Dopingkontrollverordnungsentwurf vom 18.6.2001 könnte dies die gegenwärtige Fachkommission für Dopingbekämpfung des Swiss Olympic sein, doch sei auch denkbar, die Aufgabe in Zukunft einer nationalen Anti-Doping-Agentur zu übertragen

<sup>38</sup> Art. 2 der Dopingkontrollverordnung

<sup>39</sup> Art. 3 der Dopingkontrollverordnung

<sup>40</sup> Art. 4 bis 6 der Dopingmittelverordnung

<sup>41</sup> Beiträge, welche nach Massgabe von Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport ausgerichtet werden

<sup>42</sup> Art. 7 der Dopingkontrollverordnung

<sup>43</sup> Erläuterungen zum Dopingkontrollverordnungsentwurf vom 18.6.2001, S. 3

<sup>44</sup> Erläuterungen zum Dopingkontrollverordnungsentwurf vom 18.6.2001, S. 4

<sup>45</sup> Art. 8 der Dopingkontrollverordnung

<sup>46</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1.3.1999, S. 117

<sup>47</sup> Art. 20 Abs. 3 Bst. b des Heilmittelgesetzes

Einfuhr von Arzneimitteln mit einem hohen Missbrauchspotenzial zu beschränken oder zu verbieten. Eine Bewilligungspflicht ist denkbar für Arzneimittel, die einerseits zu Therapiezwecken dienen, andererseits aber für andere Zwecke wie eben Doping missbraucht werden<sup>48</sup>. Ein vollständiges Einfuhrverbot kommt in Betracht für Arzneimittel, die praktisch ausschliesslich für widerrechtliche Zwecke bestimmt sind oder missbräuchlich verwendet werden können<sup>49</sup>.

### **3. Die strafrechtliche Regelung im Einzelnen**

#### **3.1. Der Wortlaut der Strafbestimmung**

Art. 11f des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport lautet wie folgt:

*<sup>1</sup>Wer Mittel zu Dopingzwecken herstellt, einführt, vermittelt, vertreibt, verschreibt oder abgibt oder Methoden zu Dopingzwecken an Dritten anwendet, wird mit Gefängnis oder mit Busse bis zu 100'000 Franken bestraft.*

*<sup>2</sup>Die Strafverfolgung ist Sache der Kantone.*

#### **3.2. Allgemeines**

Die Widerhandlungen gegen das Dopingverbot stellen von Amtes wegen zu verfolgende Vergehen dar, was materiellrechtliche wie verfahrensmässige Konsequenzen hat. In materiellrechtlicher Hinsicht ist neben der gegenüber Übertretungstatbeständen längeren Verjährungsfrist namentlich bedeutsam, dass Versuch und Gehilfenschaft strafbar sind. Die Einreihung unter die Vergehenstatbestände hat strafprozessual insbesondere zur Folge, dass die Zwangsmassnahme der Haft eingesetzt werden kann<sup>50</sup> und dass sie die Pflicht der Untersuchungs- oder Gerichtsbehörden auslöst, die zuständige ausserkantonale Behörde zu benachrichtigen, wenn sie in ihrer

---

<sup>48</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1.3.1999, S. 57; die Botschaft nennt als Beispiel das unter dem Kürzel Epo vor allem aus dem Radrennsport bekannte Erythropoietin, das für die Behandlung von Dialysepatienten verwendet wird

<sup>49</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1.3.1999, S. 57; die Botschaft nennt als Beispiel in der Schweiz nicht zugelassene Leistungsförderer

<sup>50</sup> Die kantonalen Strafverfahrensrechte schliessen die Anordnung von Haft bei Übertretungen in der Regel aus; der Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung lässt in Art. 234 Untersuchungshaft nur zu, wenn die Beschuldigten eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig sind



amtlichen Stellung Kenntnis von einem in einem andern Kanton begangenen Doping-Vergehen erhalten haben<sup>51</sup>.

Die Strafbestimmung von Art. 11f ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet. Von einem abstrakten Gefährdungsdelikt spricht man, wenn schon die blossе Vor-nahme von bestimmten Handlungen strafbar erklärt wird. Das betreffende Verhalten wird deshalb geahndet, weil es nach allgemeiner Erfahrung grundsätzlich geeignet ist, eine konkrete Gefahr oder eine Verletzung herbeizuführen. Hingegen ist nicht erforderlich, dass durch die entsprechende Handlung tatsächlich eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut entstanden oder dass sogar eine Verletzung eingetreten sei<sup>52</sup>. Es ist offensichtlich, dass die Eingriffsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden, die stets an einen genügenden Anfangsverdacht gebundenen sind, durch die Ausgestaltung der Strafbestimmung als abstraktes Gefährdungsdelikt vorverlegt werden. Wird jemand an einem Grenzübergang mit einer grösseren Menge von Mitteln erwischt, die zu Dopingzwecken geeignet sind, so ermöglicht dies grundsätzlich die Eröffnung der Strafverfolgung, ohne dass die Vorbereitung weiterer deliktischer Handlungen wie etwa die Abgabe der Mittel an Sportlerinnen und Sportler abgewartet werden müsste. Auf der anderen Seite sind die damit verbundenen Beweisprobleme nicht zu verkennen: Je weiter entfernt der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden von der konkreten Verwendung der Mittel erfolgt, desto schwieriger wird der Nachweis fallen, dass die inkriminierte Handlung effektiv zu verbotenen Dopingzwecken erfolgte.

### **3.3. Der Anwendungsbereich**

#### 3.3.1. Der Anwendungsbereich in sachlicher Hinsicht

Ein zentrales Problem bei der Dopingbekämpfung ist die Schwierigkeit, eine präzise Definition des Dopings zu finden<sup>53</sup>. Gemäss europäischem Übereinkommen gegen Doping bedeutet Doping die Verabreichung pharmakologischer Gruppen von Doping-wirkstoffen oder Dopingmethoden an Sportler und Sportlerinnen oder die Anwendung solcher Wirkstoffe oder Methoden durch diese Personen<sup>54</sup>. Die olympische Bewegung umschreibt seit Anfang 2000 Doping als Verwendung von Hilfsmitteln in Form von Substanzen oder Methoden, welche potenziell gesundheitsschädigend sind und/oder die körperliche Leistungsfähigkeit steigern können, und als Vorhandensein einer ver-

---

<sup>51</sup> Art. 11 des Konkordats über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen vom 5.11.1992, SR 351.71

<sup>52</sup> vgl. statt vieler: Rehberg/Donatsch, Strafrecht I, Zürich 2001, S. 76 f.; Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Zürich 1998, S. 76 f.; Martin Killias, Précis de droit pénal général, Berne 2001, p. 30 s.; Günther Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Bern 1996, S. 145

<sup>53</sup> Matthias Kamber, a.a.O., S. 172; Stephan Netzle, a.a.O., S. 273 f.

<sup>54</sup> Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Übereinkommens gegen Doping

botenen Substanz im Körper einer Sportlerin oder eines Sportlers oder die Bestätigung deren Verwendung oder Verwendung einer verbotenen Methode<sup>55</sup>.

Beide Definitionen sind zu weit, um den sachlichen Anwendungsbereich der neuen Doping-Strafbestimmung zu umschreiben. Die Bestimmung stellt Doping nicht im Sport schlechthin unter Strafe. Art. 11c des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport macht klar, dass die Verwendung der von den Dopinglisten erfassten, leistungssteigernden Mittel und Methoden nur in bestimmten Sportarten als Doping gilt. Welches diese Sportarten sind, wird in den Artikeln 3 und 4 der Dopingmittelverordnung mit dem Begriff des reglementierten Wettkampfsports umschrieben. Die Doping-Strafbestimmung ist also in sachlicher Hinsicht nur auf Dopingvergehen im reglementierten Wettkampfsport anwendbar. Dieser Begriff nimmt mithin eine zentrale Stellung ein. Darunter fallen einerseits Sportanlässe, die von einem dem Swiss Olympic angeschlossenen Verband oder Verein oder deren internationalen Dachverbänden organisiert werden, andererseits aber auch die Vorbereitungen (durch Training oder Regeneration) zu solchen Anlässen<sup>56</sup>. Das Verabreichen von Dopingmitteln oder das Anwenden von Dopingmethoden an Personen, die nicht im Hinblick auf derartige Anlässe trainieren bzw. an solchen teilnehmen, ist mit anderen Worten nicht bzw. jedenfalls nicht nach der Doping-Strafbestimmung strafbar. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Anhang zur Dopingmittelverordnung unterscheidet zwischen Mitteln und Methoden, die in allen reglementierten Wettkampfsportarten verboten sind, und solchen, bei denen das Verbot nur für bestimmte, abschliessend aufgezählte Sportarten gilt. Nach Massgabe dieser Unterscheidung würde beispielsweise die Verabreichung eines Betablockers an eine Eiskunstläuferin grundsätzlich nicht unter die Strafbestimmung fallen, wohl aber dann, wenn die Abgabe des Mittels einen Skirennfahrer betreffen würde. Weiter ist zu beachten, dass die im Anhang zur Dopingmittelverordnung enthaltene Aufzählung von Mitteln und Methoden abschliessend ist<sup>57</sup> und sogenannte verwandte Substanzen nicht erfasst<sup>58</sup>, was einerseits der Rechtssicherheit förderlich ist, andererseits aber eine regelmässige Anpassung des Anhanges an den Stand der Dopingmittelentwicklung und -forschung notwendig machen wird.

---

<sup>55</sup> Der Wortlaut des seit 1.1.2000 geltenden Antidoping-Code lautet: 1. Doping widerspricht den fundamentalen Prinzipien des Olympischen Sports und der medizinischen Ethik. 2. Doping ist verboten. 3. Doping ist die Verwendung von Hilfsmitteln in Form von Substanzen oder Methoden, welche potenziell gesundheitsschädigend sind und/oder die körperliche Leistungsfähigkeit steigern können. Doping ist aber auch das Vorhandensein einer verbotenen Substanz im Körper einer Sportlerin oder eines Sportlers oder die Bestätigung deren Verwendung oder der Verwendung einer verbotenen Methode.

<sup>56</sup> Erläuterungen zum Dopingmittelverordnungsentwurf vom 27.3.2001, S. 1

<sup>57</sup> vgl. den Wortlaut der Abs. 2 von Art. 3 und 4 der Dopingmittelverordnung, die ausdrücklich von den einzelnen verbotenen Mitteln bzw. Methoden sprechen

<sup>58</sup> Erläuterungen zum Dopingmittelverordnungsentwurf vom 27.3.2001, S. 2

Der sachliche Anwendungsbereich ist aber noch weiter eingeschränkt. Aus dem Wortlaut von Art. 11f des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport geht hervor, dass nicht jede Verwendung der in den Dopinglisten geführten Mittel und Methoden im Rahmen des reglementierten Wettkampfsportes den objektiven Tatbestand erfüllt; erforderlich ist vielmehr, dass sie zu Dopingzwecken erfolgt. Die Anwendung der aufgelisteten Mittel und Methoden beispielsweise bei medizinischen Notfällen oder im Rahmen einer anerkannten medizinischen Therapie, welche keinen unerlaubten direkten oder indirekten leistungssteigernden Effekt auf die geregelte Wettkampftätigkeit hat, ist somit nicht strafbar<sup>59</sup>. Andererseits wird für die Strafbarkeit auch nicht vorausgesetzt, dass die Anwendung ausschliesslich zu Dopingzwecken erfolge; es genügt, dass dies mitgewollter oder akzeptierter Begleiteffekt sei.

### 3.3.2. Der Anwendungsbereich in persönlicher Hinsicht

Die Doping-Strafbestimmung zielt auf Personen im Umfeld der Sporttreibenden ab, d.h. auf Medizinalpersonen, abgabeberechtigte Personen, Trainerinnen und Trainer, Pflegepersonen usw. Der Konsum von Dopingmitteln oder -methoden bleibt hingegen straflos<sup>60</sup>. Sportlerinnen und Sportler, die sich dopen, werden mithin - gleich wie in verschiedenen anderen nationalen Dopinggesetzgebungen - grundsätzlich nicht der staatlichen Strafverfolgung ausgesetzt<sup>61</sup>. Dies bedeutet indes nicht, dass ihre Doping-sünden ungeahndet bleiben würden. Es ist in zweierlei Hinsicht zu unterscheiden. Einerseits bleiben nach Inkrafttreten der neuen Dopingbestimmungen die Sanktionennordnungen der Sportorganisationen bestehen, die sich ihrerseits um eine Erhöhung der Effizienz in der Dopingbekämpfung bemühen. So hat sich das Sportparlament der Swiss Olympic Association an seiner ordentlichen Jahresversammlung vom 10.11.2001 für die Einführung einer Zentralen Doping-Strafbehörde ausgesprochen<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Erläuterungen zum Dopingmittelverordnungsentwurf vom 27.3.2001, S. 1

<sup>60</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1.3.1999, S. 119

<sup>61</sup> Eine Ausnahme findet sich in der belgischen Gesetzgebung; die seit 1965 geltende Loi interdisant la pratique à l'occasion des compétitions sportives verbietet das Doping jeder Person, die an einem Sportwettkampf teilnimmt; Verstösse gegen das Verbot können mit Haftstrafen von acht Tagen bis zu drei Monaten und/oder Bussen geahndet werden; Strafbarkeit der Sportler sieht auch das im Sommer 2000 beschlossene Anti-Doping-Gesetz von Italien vor: Strafdrohung für ertappte Sportler reichend von drei Monaten bis drei Jahren Freiheitsstrafe und Busse bis zu 100 Mio. Lire

<sup>62</sup> Gewählt wurde ein zweistufiges Modell, das ab 2002 sukzessive zur Anwendung gelangt. Die erste Instanz ist als Disziplinarkammer für Doping-Fälle der Swiss Olympic angegliedert, wird vom Sportparlament gewählt und ist von allen anderen Organen von Swiss Olympic unabhängig. Zur Beurteilung der einzelnen Fälle setzt sie sich aus dem Präsidenten oder einem Vizepräsidenten und zwei weiteren Mitgliedern bzw. Ersatzmitgliedern zusammen. Präsident bzw. Vizepräsidenten müssen Juristen sein. Erstinstanzliche Urteile können an das Sportschiedsgericht (Tribunal Arbitral du Sport, TAS) in Lausanne weitergezogen werden. Zur Begründung der Zuständigkeit der Zentralen Doping-Strafbehörde werden

Des Doping überführte Sporttreibende werden weiterhin eine Sanktionierung in Verfahren zu gewärtigen haben, welche in die Zuständigkeit der Sportorganisationen fallen<sup>63</sup>. Es handelt sich hierbei um Verfahren mit teilweise sehr einschneidenden Folgen. Zum einen wird, anders als im Strafrecht, in der Regel kein strikter Nachweis für ein schuldhaftes Handeln der Athleten verlangt. Ein positives Analysenergebnis erbringt den Prima-facie- oder Anscheinsbeweis eines Dopingverstosses. Dieser Beweis kann allenfalls umgestossen werden durch den Nachweis (oder je nach Praxis der fraglichen Instanz: durch Glaubhaftmachen), dass der positive Testbefund eine andere Ursache als die schuldhafte Einnahme oder Anwendung der verbotenen Substanz gehabt hat (z.B. endogene, d.h. im Körper des Sportlers selbst entstandene Produktion)<sup>64</sup>. Zum anderen haben die in der Regel als Sanktionen verhängten Sperren sehr erhebliche Auswirkungen. Gerade bei Sportlern, bei welchen die Ausübung des Sports die Grundlage des Erwerbseinkommens ist, greift eine längere Sperre tief in das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung ein<sup>65</sup>, eine lebenslängliche Sperre kommt einem Berufsverbot gleich.

Andererseits sind Konstellationen denkbar, in denen auch Sporttreibende selbst von der Doping-Strafbestimmung erfasst werden. Dies wird einmal dann der Fall sein, wenn ein Sportler sich nicht darauf beschränkt, sich selber zu dopen, sondern wenn er gleichzeitig Dopingmittel an Sportkollegen abgibt oder wenn er Dopingmittel nicht nur für sich selbst, sondern auch für andere Athleten einführt. Strafbar kann sich ein Athlet grundsätzlich auch nach den Regeln der Teilnahme (Gehilfenschaft oder Anstiftung) machen, wenn er beispielsweise eine Drittperson dazu bestimmt, andere Sporttreibende zu dopen, oder wenn er in untergeordneter Stellung am Doping anderer Athleten mitwirkt. Dagegen wird ein Sportler, der seinen Arzt überredet, ihm ein verbotenes Mittel abzugeben, wegen Anstiftung zu einem Dopingvergehen kaum ins Recht gefasst werden können. Das Unrecht, das der angestiftete Arzt begeht, liegt im Doping des Athleten, was als Selbstdoping straflos bleibt. In Anwendung der vom Bundesgericht als massgeblich anerkannten Unrechtsteilnahmetheorie<sup>66</sup> bleibt ein sol-

---

von den Elitesportlern Unterstellungserklärungen eingeholt, mit welchen diese einen Verzicht auf jede Form von Doping abgeben, sich der Beurteilungskompetenz der Doping-Strafbehörde unterstellen und das Sanktionssystem anerkennen, welches Disqualifikation und Aberkennung von Medaillen, Verweis und Urteilspublikation, Geldbusse und zeitliche oder im Wiederholungsfall lebenslängliche Sperre wie auch die Möglichkeit einer Verbindung dieser Sanktionen vorsieht. Nützliche Links: [www.dopinginfo.ch](http://www.dopinginfo.ch); [www.swissolympic.ch](http://www.swissolympic.ch)

<sup>63</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1.3.1999, S. 119

<sup>64</sup> vgl. zum Ganzen: Stephan Netzle, a.a.O., S. 277 ff; vgl. auch Christian Krähe, Beweislastprobleme bei Doping im internationalen Sport - am Beispiel des Olympic Movement Anti-Doping-Codes, in: Jochen Fritzweiler (Hrsg.), Doping - Sanktionen, Beweise, Ansprüche, Bern 2000, S. 39 ff

<sup>65</sup> Hausheer/Aebi-Müller, a.a.O., S. 348

<sup>66</sup> vgl. BGE 115 IV 232, 101 IV 4

ches Verhalten straflos. Und soweit der Sportler lediglich zu sich nimmt, was ihm an verbotenen Mitteln abgegeben wird, handelt es sich um eine notwendige Teilnahme, die von der Doping-Strafbestimmung nicht unter Strafe gestellt wird.

### **3.4. Das geschützte Rechtsgut**

Namentlich im Hinblick auf die Konkurrenz zwischen der Doping-Strafbestimmung und anderen Strafnormen ist die Frage von Bedeutung, welches das durch Art. 11f des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport geschützte Rechtsgut sei. Die Dopingbekämpfung in ihrer Gesamtheit zielt auf den Schutz verschiedener Güter ab. Neben dem Schutz der Gesundheit der einzelnen Sporttreibenden geht es um die Lauterkeit im sportlichen Wettbewerb, wegen der Ausstrahlungskraft des Leistungssports wohl aber auch um den Schutz der öffentlichen Gesundheit.

Die Zielsetzung der Doping-Strafbestimmung im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz ist jedoch offensichtlich enger zu fassen. Gegen die Annahme, die Strafbestimmung wolle die Lauterkeit des sportlichen Wettbewerbs schützen, spricht der Umstand, dass grundsätzlich die dopenden Sporttreibenden von der Strafbarkeit ausgenommen sind. Wollte die Strafnorm direkt die Lauterkeit des Wettbewerbs schützen, so müsste sie grundsätzlich die eigentlichen Wettbewerber, nämlich die Sporttreibenden selbst, anvisieren. Indem jedoch bloss das Umfeld der Sportler erfasst wird, ergibt sich nur ein indirekter Lauterkeitsschutz: Sofern es infolge der Strafnorm zu weniger Dopingfällen kommt, wird als Reflexwirkung auch die Wettbewerbsqualität gefördert. Gegen die Annahme, die Doping-Strafbestimmung ziele auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit ab, ist einzuwenden, dass der Anwendungsbereich der Norm nur eine relativ beschränkte Zahl von Wettkampfsportler, nicht aber die wesentlich grössere Zahl der Freizeit- und Breitensportler erfasst.

Als geschütztes Rechtsgut der Doping-Strafbestimmung bleibt somit die körperliche Integrität der Wettkampfsportler. Dass das Selbstdoping straffrei bleibt, spricht nicht gegen diese Schlussfolgerung, da sich die Strafbestimmungen zum Schutz der körperlichen Integrität im Allgemeinen nicht an die geschützte Person selbst, sondern an Dritte richten. Selbstgefährdendes oder selbstverletzendes Tun wird nur in Ausnahmefällen unter Strafe gestellt<sup>67</sup>.

### **3.5. Die einzelnen Tathandlungen**

#### **3.5.1. Allgemeines**

Die in Art. 11f des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport enthaltene Aufzählung verbotener Handlungen ist nicht exemplifikativ, sondern abschliessend. Die Begriffe zur Umschreibung verbotener Handlungen sind teilweise aus dem BetmG bekannt, weshalb es nahe liegt, die im Betäubungsmittelrecht gebräuchlichen Inhaltsbestimmungen auch für die Auslegung der Doping-Strafbestimmung heranzu-

---

<sup>67</sup> so etwa Art. 19a BetmG oder Art. 95 MStG

ziehen. Als Auslegungshilfen können ferner die Begriffsbestimmungen des zeitgleich mit der Doping-Strafnorm geschaffenen Heilmittelgesetzes gebraucht werden.

Mit der erschöpfenden Auflistung verbotener Handlungen verzichtet die Doping-Strafbestimmung anders als das BetmG auf den Auffangtatbestand des Besitzes. Besitz an verbotenen Substanzen hat, wer über sie Gewahrsam im Sinn des strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffs hat, wie er im Zusammenhang mit dem Diebstahlstatbestand entwickelt worden ist. Massgeblich ist das tatsächliche Herrschaftsverhältnis, das von einem Herrschaftswillen getragen ist<sup>68</sup>. Die Herrschaftsmöglichkeit umfasst die tatsächliche Möglichkeit des Zugangs zur Sache und das Wissen darum, wo sie sich befindet, und Herrschaftswillen bezeichnet den Willen, die Sache der tatsächlichen Möglichkeit gemäss zu beherrschen<sup>69</sup>. Erschöpft sich die Tathandlung der verdächtigen Person in diesem blossen Besitz von Dopingmitteln, so bleibt sie straflos. Blosser Besitz von Dopingmitteln kann allerdings ein Indiz für eine im Gesetz genannte strafbare Handlung darstellen. Er kann auf eine zurückliegende Tathandlung (Herstellen oder Einführen) hinweisen, er kann aber auch Anlass zur Annahme geben, er diene der Vorbereitung einer künftigen Widerhandlung (Vermitteln, Vertreiben, Verschreiben oder Abgeben). In diesen Fällen wird sich die Frage stellen, ob sich ein Zusammenhang zwischen Besitz und verbotener Tathandlung rechtsgenügend beweisen lässt. Und soweit es um erst künftige Widerhandlungen geht, wird zusätzlich zu prüfen sein, ob der blosser Besitz im konkreten Fall als Handlung gewertet werden kann, die schon das Stadium des strafbaren Versuchs erreicht hat.

### 3.5.2. Herstellen

In Anlehnung an die im schweizerischen Betäubungsmittelrecht gebräuchliche Umschreibung<sup>70</sup> werden unter dem Begriff der Herstellung die Verfahren zu verstehen sein, die zur Herstellung der im Anhang zur Dopingmittelverordnung genannten Mittel geeignet sind. Zur Tatvollendung ist nicht die Schaffung eines Endproduktes notwendig. Vielmehr genügt jeder einzelne Herstellungsvorgang zur Vollendung des Delikts, während die Beendigung erst mit dem Vorhandensein des Endproduktes eintritt<sup>71</sup>. Dass jeder einzelne Herstellungsvorgang den Tatbestand erfüllt, legt die im Heilmittelgesetz verwendete Definition nahe, die als Herstellen sämtliche Arbeitsgänge der (Heil-)Mittelproduktion von der Beschaffung der Ausgangsmaterialien über die Verarbeitung bis hin zur Auslieferung bezeichnet<sup>72</sup>. Da die Doping-Strafbestimmung die

---

<sup>68</sup> Alfred Schütz, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel, Zürich 1980, S. 123, Peter Albrecht, Kommentar zum StGB, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, Bern 1995, S. 56, BGE 119 IV 269

<sup>69</sup> Peter Albrecht, a.a.O.; BGE 119 IV 269

<sup>70</sup> vgl. dazu Alfred Schütz, a.a.O., S. 108, Peter Albrecht, a.a.O., S. 51 f.

<sup>71</sup> vgl. dazu Alfred Schütz, a.a.O., S. 108

<sup>72</sup> Art. 4 Abs. 1 Bst. c des Heilmittelgesetzes

ausschliesslich sich selbst dopenden Sporttreibenden nicht erfasst, macht sich ein Sporttreibender auch nicht strafbar, der Dopingmittel allein zum Eigengebrauch herstellt, mit anderen Worten nur den eigenen Konsum vorbereitet.

### 3.5.3. Einführen

Einführen bedeutet das tatsächliche Überführen von Dopingmitteln aus dem Ausland in die Schweiz<sup>73</sup>. Einführen im Sinn des Gesetzes liegt namentlich auch dann vor, wenn der Grenzübertritt an einer schweizerischen Grenzabfertigungsstelle erfolgt, die aufgrund eines internationalen Abkommens auf ausländischem Gebiet liegt<sup>74</sup>. Zur Vollendung des Einfuhr-Delikts ist mit anderen Worten nicht erforderlich, dass die Dopingmittel effektiv auf Schweizerboden gelangen, es genügt, wenn der Täter an der Grenzabfertigungsstelle mit Dopingmitteln erwischt wird. Ebenso wenig ist notwendig, dass der Täter selbst physisch beim Verbringen der Dopingmittel über die Grenze mitwirkt<sup>75</sup>. Der physische Vorgang der Grenzüberschreitung kann vielmehr unter Einsatz von Tatmittlern bzw. durch Gehilfen oder Mittäter bewirkt werden. Gleich wie im Fall der Herstellung dürfte die Doping-Strafbestimmung die Einfuhr von Dopingmitteln ausschliesslich zum Zweck des Eigendopings nicht erfassen<sup>76</sup>.

### 3.5.4. Vermitteln

Das Vermitteln umfasst Handlungen, welche den illegalen Dopingmittelverkehr zwischen Anbietern und Abnehmern fördern. Es geht im Wesentlichen um Teilnahmehandlungen, die hier zur selbständigen Tat gemacht werden<sup>77</sup>. Der Begriff des Vermittelns setzt nicht gewerbsmässiges oder mehrfaches Handeln voraus<sup>78</sup>. Typische Vermittlungshandlung ist das Herstellen von Kontakten zwischen Anbietern und Abnehmern. Als Abnehmer kommen sowohl Personen in Frage, die Dopingmittel zum straflosen Eigengebrauch verwenden wollen, als auch solche, die damit ihrerseits wiederum strafbare Tathandlungen vorzunehmen gedenken. Eine einzig dem Eigendoping dienende Vermittlungshandlung ist begrifflich ausgeschlossen.

---

<sup>73</sup> vgl. Peter Albrecht, a.a.O., S. 53

<sup>74</sup> vgl. die in BGE 127 IV 20 ff im Zusammenhang mit dem Geldwäschereitstand dargestellten Grundsätze

<sup>75</sup> vgl. Alfred Schütz, a.a.O., S. 112

<sup>76</sup> Es erscheint zweifelhaft, ob die in BGE 124 IV 106 ff unter der Herrschaft des bis 31.3.2002 geltenden Rechts entwickelten Grundsätze zur Strafbarkeit der Einfuhr harter Pornographie zwecks Eigenkonsum unbesehen auf die Dopingnorm übertragen werden können; die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit der Einfuhr von Pornographie ist wohl vor dem Hintergrund zu sehen, dass mit der Herstellung von harter Pornographie oft sehr schwerwiegende Rechtsgüterverletzungen verbunden sind

<sup>77</sup> vgl. Alfred Schütz, a.a.O., S. 118, Peter Albrecht, a.a.O., S. 54

<sup>78</sup> vgl. BGE 118 IV 403 f.

### 3.5.5. Vertreiben

Der Begriff des Vertreibens findet sich namentlich im künftigen Heilmittelgesetz. Dort wird er definiert als entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung oder Überlassung eines Mittels mit Ausnahme des Abgebens<sup>79</sup>. Erfasst werden also Übertragungs- bzw. Überlassungshandlungen auf der Zwischenstufe zwischen Herstellung und Abgabe.

### 3.5.6. Verschreiben

Unter Verschreiben versteht man die schriftliche Anordnung an den Apotheker, an eine Person ein Mittel abzugeben. Es geht um die Ausstellung von Rezepten, d.h. um eine Tätigkeit, die grundsätzlich Medizinalpersonen vorbehalten ist. Die Tat ist vollendet, sobald das Rezept mit Willen des Ausstellers dessen Herrschaftsbereich verlässt<sup>80</sup>. Stammt die Verschreibung eines Mittels zu Dopingzwecken nicht von einer berechtigten Medizinalperson, so sind mit diesem Vorgang in der Regel weitere strafbare Handlungen verbunden<sup>81</sup>. Denkbar ist ausserdem der Fall, dass sich jemand, ohne die Eigenschaft einer berechtigten Medizinalperson zu erfüllen, zum Zweck des Eigendopings selbst ein Rezept ausstellt. Aus der Zielrichtung der Doping-Strafbestimmung ist abzuleiten, dass ein solches Vorgehen von ihr nicht erfasst wird. Wohl aber wird hier regelmässig ein Urkundendelikt vorliegen.

---

<sup>79</sup> Art. 4 Abs. 1 Bst. e des Heilmittelgesetzes

<sup>80</sup> vgl. Alfred Schütz, a.a.O., S. 119

<sup>81</sup> z.B. Verstösse gegen kantonale Gesundheitsgesetze, Urkundendelikte



### 3.5.7. Abgeben

Im Betäubungsmittelrecht versteht man unter Abgeben die unentgeltliche Übertragung eigener Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel an eine andere Person<sup>82</sup>. Diese Definition erscheint als zu eng für die Doping-Strafbestimmung. Es wäre unverständlich, wenn nur unentgeltliche Abgabehandlungen erfasst würden, während die schwerwiegendere, weil im Allgemeinen auf die Erzielung eines Gewinnes ausgerichtete entgeltliche Abgabe<sup>83</sup> straflos bliebe. Der entstehungsgeschichtliche und inhaltliche Zusammenhang von Dopingnormen und Heilmittelgesetz legt nahe, Abgeben in beiden Erlassen analog zu definieren. Es ist deshalb in Anlehnung an das Heilmittelgesetz als entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung oder Überlassung eines Dopingmittels für die Verwendung durch die erwerbende Person oder für die Anwendung an Drittpersonen zu verstehen<sup>84</sup>.

### 3.5.8. Anwenden von Dopingmethoden

Das Anwenden von Dopingmethoden umfasst zwei ganz unterschiedliche Gebiete. Einerseits bezieht es sich auf das sogenannte Blutdoping, d.h. die Gabe von Blut, roten Blutkörperchen und ähnlichen Produkten<sup>85</sup> an Sporttreibende. Andererseits sind damit pharmakologische, chemische und physikalische Manipulationen gemeint, die auf den Austausch, die Veränderung oder Verfälschung der Dopingkontroll-Proben bzw. der Analyseresultate abzielen<sup>86</sup>. Das Anwenden dieser Methoden durch die Wettkampfsportler an sich selbst bleibt wiederum straflos.

## **3.6. Der subjektive Tatbestand**

Art. 11f des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport nennt die zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes erforderliche Schuldform nicht. Art. 333 Abs. 3 StGB stellt nur für die Übertretungstatbestände des Nebenstrafrechts des Bundes die Vermutung auf, neben der vorsätzlichen sei auch die fahrlässige Begehungsweise strafbar. Da die Doping-Strafbestimmung ein Vergehenstatbestand ist, folgt somit zwingend, dass nur vorsätzliche Handlungsweise strafbar ist, während Fahrlässigkeit nicht unter Strafe gestellt wird<sup>87</sup>. In Ermangelung eines präzisierenden Zusatzes wie etwa des Begriffes 'wissentlich' ist auf der anderen Seite davon auszugehen, dass Eventualvorsatz zur Erfüllung des Tatbestandes genügt. Eventualvorsatz liegt vor, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf

---

<sup>82</sup> Alfred Schütz, a.a.O., S. 116, Peter Albrecht, a.a.O., S. 55

<sup>83</sup> im BetmG als Verkauf erfasst

<sup>84</sup> vgl. Art. 4 Bst. f des Heilmittelgesetzes

<sup>85</sup> vgl. Anhang zur Dopingmittelverordnung, Ziff. II. 1.

<sup>86</sup> vgl. Anhang zur Dopingmittelverordnung, Ziff. II. 2.

<sup>87</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 1.3.1999, S. 120

nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein<sup>88</sup>. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter weiss um die Möglichkeit, das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter erkennt dieses Risiko. Insoweit, d.h. hinsichtlich des Wissensmoments, besteht mithin zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit Übereinstimmung. Der Unterschied liegt beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich nicht verwirklichen werde. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter nimmt hingegen den als möglich erkannten Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf, findet sich damit ab. Wer den Erfolg in Kauf nimmt, 'will' ihn im Sinne von Art. 18 Abs. 2 StGB. Dazu ist insbesondere nicht erforderlich, dass der Täter den Erfolg 'billigt'<sup>89</sup>.

Zu den relevanten Umständen für die Entscheidung der Rechtsfrage, ob der Täter eventualvorsätzlich oder bewusst fahrlässig gehandelt hat<sup>90</sup>, gehören u.a. die Grösse des (ihm bekannten) Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser etwa das Risiko der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die tatsächliche Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, also entgegen seiner Behauptung nicht (pflichtwidrig unvorsichtig) darauf vertraut, dass sich dieses Risiko nicht verwirklichen werde<sup>91</sup>. Zu den relevanten Umständen können aber auch die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung gehören<sup>92</sup>.

Der Vorsatz muss neben der Tathandlung selbst einerseits die Eignung der verwendeten Mittel bzw. der angewandten Methode für den Dopinggebrauch und andererseits deren Bestimmung, d.h. den Dopingzweck, erfassen. Es ist absehbar, dass sich hier im Einzelfall sehr erhebliche Beweisprobleme ergeben können.

---

<sup>88</sup> BGE 121 IV 249 E. 3a; 103 IV 65 E. 2; Stratenwerth, Schweiz. Strafrecht Allg. Teil I, 2. Aufl. 1996, § 9 N. 99 ff.

<sup>89</sup> eingehend BGE 96 IV 99, 123 IV 253, 125 IV 251, Maier/Schöning, Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Eventualvorsatz, ZStrR 118, 2000, 275

<sup>90</sup> Zur Überschneidung von Tat- und Rechtsfragen auf diesem Gebiet vgl. Maier/Schöning, Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Eventualvorsatz, ZStrR 118, 2000, 276 ff.

<sup>91</sup> BGE 119 IV 1 E. 5a; nicht publiziertes Urteil des Kassationshofes vom 23.12.1991 i.S. W., 6S.533/1990

<sup>92</sup> BGE 125 IV 251 f.

## **4. Einige Sonderfragen**

### **4.1. Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?**

Dass verwerflich handelt, wer Sporttreibenden ohne deren Wissen und Einverständnis Dopingmittel verabreicht, muss nicht erörtert werden. Wie verhält es sich aber mit der Strafbarkeit, wenn ein Sportler um der Erreichung des angestrebten Erfolges willen mit der Verabreichung von Dopingmitteln bzw. der Anwendung von Dopingmethoden einverstanden ist und die damit einher gehende Gefährdung seiner körperlichen Integrität in Kauf nimmt? Einwilligung vermag gewisse Eingriffe in die körperliche Integrität zu rechtfertigen. Wo die Grenzen rechtfertigender Einwilligung liegen, ist im Einzelnen umstritten. Grundsätzlich steht den Sportlern wie anderen Menschen auch die Dispositionsbefugnis über ihre körperliche Unversehrtheit selbst zu. So ist wohl anerkannt, dass Sportler mit der Teilnahme an einer Wettkampfveranstaltung stillschweigend rechtsgültig in Körperverletzungen einwilligen, wie sie bei der betreffenden Sportart unter Einhaltung der Spielregeln normalerweise auftreten können<sup>93</sup>. Daraus lässt sich indessen im Hinblick auf einen Rechtfertigungsgrund für die Doping-Strafbestimmung nichts ableiten. Denn soweit es um den Einsatz bestimmter unerlaubter Mittel und Methoden geht, begrenzt deren gesetzliches Verbot<sup>94</sup> die Dispositionsfreiheit der Sporttreibenden, so dass eine rechtfertigende Einwilligung unmöglich ist<sup>95</sup> <sup>96</sup>. Das Verbot der Verwendung bestimmter Substanzen bzw. die Anwendung bestimmter Methoden beansprucht hier unabhängig vom Willen des Betroffenen Geltung<sup>97</sup>. Völlig bedeutungslos wird jedoch das Vorliegen einer Einwilligung trotzdem nicht sein. Zum einen wird eine Berücksichtigung bei der Strafzumessung angezeigt sein, weil der Unrechtsgehalt einer Tat im Allgemeinen höher zu veranschlagen ist, wenn das Doping ohne Wissen oder gar gegen den Willen des Opfers stattfindet, als wenn es an einem einwilligenden Sportler angewandt wird. Und andererseits bleibt die Einwilligung von ausschlaggebender Bedeutung bei der Anwendung konkurrierender Gesetzesbestimmungen.

---

<sup>93</sup> BGE 121 IV 257; vgl. auch Andreas Donatsch, Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers, ZStrR 107, 1990, S. 400 ff; Martin Schubarth, Kommentar zum StGB, N. 29 zu Art. 123; Trechsel/Noll, a.a.O., S. 139

<sup>94</sup> Art. 11c des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport i.V.m. Art. 3 und 4 der Dopingmittelverordnung

<sup>95</sup> Martin Heger, Die Strafbarkeit von Doping nach dem (deutschen) Arzneimittelgesetz, Zeitschrift Sport und Recht, Spurt, 2001, S. 94

<sup>96</sup> Anders zu beurteilen ist die Lage dort, wo es an einem gesetzlichen Verbot für den Einsatz von bestimmten Mitteln und Methoden fehlt, vgl. dazu: Joachim Rain, Die Einwilligung des Sportlers beim Doping, Frankfurt am Main 1998

<sup>97</sup> vgl. z.B. Rehberg/Donatsch, a.a.O., S. 208

## **4.2. Konkurrenzfragen**

Das Verhältnis der Doping-Strafnorm zu anderen Straftatbeständen bestimmt sich nach den üblichen Konkurrenzregeln<sup>98</sup>. Konkurrierende Vorschriften finden sich insbesondere bei den Delikten gegen Leib und Leben, daneben aber auch im Betäubungsmittelgesetz (BetmG).

Wird eine Körperverletzung oder Tötung durch das Mittel verbotenen Dopings begangen, so verdrängt nach dem Grundsatz der Subsidiarität das Verletzungsdelikt den Gefährdungstatbestand des Dopings. Hier sind allerdings Präzisierungen erforderlich. Richtet sich das Dopingvergehen eines Täters nicht ausschliesslich gegen die verletzte oder getötete Person, so bleibt mit Bezug auf die übrigen vom Doping betroffenen Sporttreibenden die Bestimmung von Art. 11f des Bundesgesetzes über die Förderung von Turnen und Sport anwendbar. Die Wirkungen der Gesetzeskonkurrenz treten sodann im Prinzip nur ein, wenn sämtliche materiellen und formellen Voraussetzungen der Strafbarkeit hinsichtlich der mehreren Deliktstatbestände erfüllt sind<sup>99</sup>. Ist die Bestrafung aus dem vorgehenden Gesetz nicht möglich, ist der Täter in der Regel nach dem zurücktretenden zu belangen. Hat beispielsweise die Anwendung eines Dopingmittels eine einfache, nur auf Antrag verfolgte Körperverletzung zur Folge und fehlt ein Strafantrag, so bleibt die Strafbarkeit für das von Amtes wegen zu verfolgende Dopingvergehen bestehen<sup>100</sup>. In diesem Rahmen gelangt nun auch die Einwilligung der betroffenen Person wieder zu Bedeutung. Hat ein urteilsfähiger Sportler nach genügender Aufklärung und somit in Kenntnis der möglichen Verletzungsfolgen in das Doping eingewilligt, so wirkt die Einwilligung in Bezug auf eine Körperverletzung rechtfertigend<sup>101</sup>. Sofern in einer solchen Konstellation überhaupt Strafantrag gestellt würde, müsste er wohl wegen Rechtsmissbrauchs als unbeachtlich bezeichnet werden<sup>102</sup>, so dass auch hier die Anwendung des Verletzungstatbestandes entfie-

---

<sup>98</sup> für eine Übersicht vgl. Rehberg/Donatsch, a.a.O., S. 317 ff, Trechsel/Noll, a.a.O., S. 276 ff, Martin Kilias, a.a.O., p. 170 ss, Günther Stratenwerth, a.a.O., S. 459 ff

<sup>99</sup> Stratenwerth, a.a.O., S. 467

<sup>100</sup> vgl. BGE 117 IV 477 und dort zitierte Beispiele und Rechtsprechung

<sup>101</sup> Ob dies nur für einfache oder auch für schwere Körperverletzungen gilt, ist kontrovers; Rehberg/Flachsmann, a.a.O., S. 12, gehen davon aus, dass bei Vorliegen einer schweren Körperverletzung eine allfällige Einwilligung des Athleten in eine solche Folge des Dopings einem positivem Zweck dienen müsste, um rechtfertigend zu wirken, und ein derartiger positiver Zweck liege beim Doping in der Regel nicht vor

<sup>102</sup> Aus der allgemeinen Geltung des Grundsatzes von Art. 2 ZGB folgt, dass er auch im Bereich des Strafrechtes und des Strafprozessrechtes Anwendung findet. Vgl. Baumann, Zürcher Kommentar, Zürich 1998, Rz 38, 488; Merz, Berner Kommentar, Bern 1962, Rz 77; Hans Schulz, Das Schweizerische StrGB in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZStrR 78, 1962, S. 167; für Beispiele aus der Recht-

le, hingegen Strafbarkeit wegen des Verstosses gegen die Doping-Strafbestimmung bestehen bliebe.

Im Anhang zur Dopingmittelverordnung finden sich verbotene Mittel, die auch unter den Anwendungsbereich des BetmG<sup>103</sup> fallen<sup>104</sup>. Erfolgt die Abgabe solcher Mittel nicht durch Medizinalpersonen und nicht nach Massgabe des Bedarfs der vorschriftsgemässen Berufsausübung<sup>105</sup>, so liegt in der Abgabe ein Verstoss gegen das BetmG<sup>106</sup>. Da das BetmG auf den Schutz eines Rechtsgutes der Allgemeinheit, nämlich der sogenannten Volksgesundheit durch Verhinderung einer unkontrollierten Verbreitung von Betäubungsmitteln, abzielt<sup>107</sup>, während die Doping-Strafbestimmung dem Schutz des Individualrechtsgutes der körperlichen Integrität dient, ist unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Schutzzwecke Idealkonkurrenz<sup>108</sup> anzunehmen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der Sportler, der wissentlich und willentlich ein ihm zu Dopingzwecken abgegebenes Betäubungsmittel konsumiert, sich seinerseits nach Massgabe des BetmG strafbar macht<sup>109</sup>.

Wird durch die Einfuhr von Dopingmitteln gleichzeitig ein Verstoss gegen die Zollgesetzgebung (insbesondere Umgehung oder Hinterziehung der Zollabgabe) erfüllt, so ist in Anbetracht der unterschiedlichen Rechtsgüter Idealkonkurrenz gegeben<sup>110</sup>. Dies gilt allerdings nicht für den Tatbestand des Bannbruches<sup>111</sup>, der unter Strafe stellt, wer Verbote oder Beschränkungen der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr von Waren verletzt oder in der Durchführung gefährdet, da das Zollgesetz ausdrücklich vorsieht, dass der Bannbruch dort, wo ein besonderer Erlass hierfür eigene Straf- oder Verfahrensvorschriften aufstellt, nach diesen verfolgt und beurteilt wird<sup>112</sup>.

---

sprechung vgl. BGE 104 IV 94 ff, 105 IV 231, 106 IV 174 ff, insb. 179, 115 IV 171 f., 125 IV 82, 119 Ia 228 f, mit zahlreichen Verweisen auf frühere Entscheide

<sup>103</sup> SR 812.121

<sup>104</sup> z.B. Kokain und Morphin

<sup>105</sup> vgl. Art. 11 BetmG, wonach Ärzte verpflichtet sind, Betäubungsmittel nur in dem Umfang abzugeben und zu verordnen, wie dies nach den anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaften notwendig ist

<sup>106</sup> Art. 19 Ziff. 1 BetmG

<sup>107</sup> Alfred Schütz, a.a.O., S. 58 f., Peter Albrecht, a.a.O., Bern 1995, S. 25

<sup>108</sup> in Form der ungleichartigen Konkurrenz, die dann gegeben ist, wenn eine Handlung mehrere Tatbestände erfüllt

<sup>109</sup> Art. 19a BetmG

<sup>110</sup> vgl. Alfred Schütz, a.a.O., S. 113

<sup>111</sup> Art. 76 des Zollgesetzes

<sup>112</sup> Art. 77 Abs. 1 des Zollgesetzes

### **4.3. Doping als Tatbestand des Opferhilfegesetzes?**

#### 4.3.1. Allgemeines

Nicht ohne weiteres lässt sich die Frage beantworten, ob Sporttreibende, die gedopt worden sind, sich als Opfer im Sinn des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 4.10.1991 (Opferhilfegesetz, OHG)<sup>113</sup> an Doping-Strafverfahren beteiligen und mithin namentlich in den Genuss der dort statuierten Bestimmungen über Persönlichkeitsschutz und Verfahrensrechte kommen können<sup>114</sup>.

Opfer im Sinn des OHG ist jede natürliche<sup>115</sup> Person, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt worden ist, unabhängig davon, ob der Täter ermittelt worden ist und ob er sich schuldhaft verhalten hat<sup>116</sup>.

Der Begriff der Straftat ist im OHG grundsätzlich gleich wie im Strafgesetzbuch definiert als tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten<sup>117</sup>. Nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ist hingegen nicht erforderlich, dass die Tatbegehung schuldhaft (fahrlässig oder vorsätzlich) erfolgt sei, da aus der Sicht des Opfers nicht von Bedeutung ist, ob ein Täter schuldhaft gehandelt hat<sup>118</sup>. Zu denken ist etwa an Fälle, wo der Täter im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit<sup>119</sup> oder in einem Rechtsirrtum<sup>120</sup> gehandelt hat. Die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmässigen Handlung entfällt u.a. dann, wenn sie durch die Einwilligung des Opfers gerechtfertigt ist, wobei die Einwilligung nur dann rechtfertigend und somit die Anwendbarkeit des OHG ausschliessenden Charakter haben kann, wenn sie durch ein genügend aufgeklärtes, urteilsfähiges Opfer erfolgt und soweit das Opfer überhaupt rechtsgültig auf das geschützte Rechtsgut verzichten kann<sup>121</sup>.

Das OHG hat auf eine Aufzählung der Straftaten verzichtet, die in seinen Anwendungsbereich fallen können. Um über die Anwendbarkeit des OHG entscheiden zu können, müssen im konkreten Einzelfall die weiteren im Gesetz genannten Voraussetzungen geprüft werden.

---

<sup>113</sup> SR 312.5

<sup>114</sup> Art. 5 bis 9 OHG

<sup>115</sup> Eva Weishaupt, Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Opferhilfegesetzes (OHG), Zürich 1998, S.23 und 26 f.

<sup>116</sup> Art. 2 Abs. 1 OHG

<sup>117</sup> Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehntner, Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995, S. 46

<sup>118</sup> Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehntner, a.a.O., S. 46

<sup>119</sup> Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehntner, a.a.O., S. 47; Eva Weishaupt, a.a.O., S. 24

<sup>120</sup> Eva Weishaupt, a.a.O., S. 24

<sup>121</sup> vgl. Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehntner, a.a.O., S. 49 f.

Erforderlich ist, dass die körperliche, sexuelle oder psychische Integrität einer Person durch die Straftat tatsächlich beeinträchtigt worden ist<sup>122</sup>, wobei nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens genügt<sup>123</sup>. Die Integrität ist verletzt, wenn sich der körperliche oder seelische Zustand des Opfers nach der Straftat nachteilig verändert hat<sup>124</sup>. Da eine nur drohende Beeinträchtigung nicht zur Bejahung der Opferqualität genügt, führen grundsätzlich nur Verletzungsdelikte zur Anwendung des OHG, während Gefährdungsdelikte in der Regel von dessen Anwendungsbereich ausgeschlossen bleiben<sup>125</sup>. Bewirkt allerdings die Gefährdung eine nicht geringfügige Beeinträchtigung der vom Tatbestand mitgeschützten psychischen Integrität, so ist der betroffenen Person ausnahmsweise doch die Opfereigenschaft zuzuerkennen<sup>126</sup>. Die Beeinträchtigung muss überdies unmittelbar sein. Der Begriff der Unmittelbarkeit ist im OHG nicht definiert. Nach allgemeinem Sprachverständnis liegt eine unmittelbare Beeinträchtigung dann vor, wenn sie durch die Straftat direkt, also ohne das Hinzutreten eines weiteren Elementes bewirkt wurde<sup>127</sup>. Bezogen auf das OHG werden Beeinträchtigungen dann als unmittelbar bezeichnet, wenn sie dem Wesen des betreffenden Tatbestandes entsprechen, indem es sich dabei um eine typische bzw. charakteristische Folge des in Frage stehenden Deliktes handelt<sup>128</sup>. Welche Schlüsse lassen sich aus diesen Grundsätzen bezüglich der Anwendbarkeit des OHG auf die Doping-Strafnorm ziehen?

#### 4.3.2. Beeinträchtigung der körperlichen Integrität

Solange das Dopen die körperliche Integrität der betroffenen Sporttreibenden nicht tatsächlich beeinträchtigt hat, kommt diesen grundsätzlich nicht Opferqualität im Sinn des OHG zu. Eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität ist zu verneinen, wenn das Doping wirkungslos geblieben ist oder wenn es zwar zu einer - verbotenen - Steigerung der Leistungsfähigkeit, nicht aber zu schädlichen Nebenfolgen bei den betroffenen Sportlern geführt hat. Geringfügige Beeinträchtigungen, wie sie etwa mit der Verabreichung einer Injektion verbunden sind, dürften für sich allein die zur Begründung der Opferqualität erforderliche Intensität nicht erreichen.

Ist die Integrität der sporttreibenden Person aber effektiv durch eine Gesundheitsschädigung beeinträchtigt worden, so wird die Doping-Strafnorm, abgesehen von speziellen Konstellationen<sup>129</sup>, hinter die einschlägigen Verletzungstatbestände zurück-

---

<sup>122</sup> Eva Weishaupt, a.a.O., S. 29

<sup>123</sup> Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehntner, a.a.O., S. 42, den BGE 120 Ia 163 zitierend

<sup>124</sup> Peter Gomm/Peter Stein/Dominik Zehntner, a.a.O., S. 40

<sup>125</sup> Eva Weishaupt, a.a.O., S. 29

<sup>126</sup> Eva Weishaupt, a.a.O., S. 36

<sup>127</sup> Eva Weishaupt, a.a.O., S. 33

<sup>128</sup> Eva Weishaupt, a.a.O., S. 34

<sup>129</sup> vgl. die vorangehenden Abschnitte Einwilligung als Rechtfertigungsgrund und Konkurrenzfragen

treten, und diese fallen im Prinzip in den Anwendungsbereich des OHG. In diesem Zusammenhang ist wiederum die schon zuvor erwähnte Problematik der Einwilligung ins Doping von Interesse. Einwilligung vermag unter gewissen Voraussetzungen eine Körperverletzung, nicht aber das Doping selbst zu rechtfertigen. Hat Doping bei einer einwilligenden Person zu einer Körperverletzung geführt, die über die möglichen Folgen des Dopings genügend aufgeklärt und überdies urteilsfähig war, so wird oft, wenn auch nicht immer<sup>130</sup> eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung entfallen, während der Täter wegen des Dopingvergehens strafbar bleibt. Das Mitverschulden des Opfers schliesst die Anwendung des OHG an sich nicht aus<sup>131</sup>. Sporttreibende, die zuvor fehlerfrei, wenn auch nicht tatbestandsausschliessend in das Doping eingewilligt haben, dürften hingegen riskieren, dass ihnen wegen Rechtsmissbrauchs eine Beteiligung am Doping-Strafverfahren versagt bliebe<sup>132</sup>.

Es ist allerdings nicht besonders wahrscheinlich, dass eine sporttreibende Person, die ins Doping eingewilligt hat, dies von allem Anfang an zugeben und trotzdem eine Beteiligung am Verfahren verlangen würde. Zu erwarten wäre wohl eher, dass sie mit Blick auf die zu gewärtigenden sportrechtlichen Sanktionen zunächst eine Einwilligung von sich weisen und sich deshalb als Opfer darstellen würde. Dies hätte zur Folge, dass sich die Behörden der Strafrechtspflege bei der Beurteilung der Opfereigenschaft gemäss OHG bis zur rechtsgenügenden Erstellung des Sachverhalts auf die Ausführungen der eine Schädigung behauptenden Person stützen<sup>133</sup> und ihr vorderhand die im OHG vorgesehenen Verfahrensrechte einräumen müssten. Sollte sich im Verlauf des Verfahrens jedoch die Unrichtigkeit ihrer Behauptung fehlender Einwilli-

---

<sup>130</sup> im Einzelnen ist umstritten, welches Ausmass an Körperverletzungen unter welchen Bedingungen einwilligungsfähig sei; vorherrschend dürfte bei uns die Ansicht sein, wonach eine schwere Körperverletzung einem positiven Zweck dienen muss, um durch Einwilligung gerechtfertigt zu werden; Rehberg/Donatsch, a.a.O., S. 208, mit Verweisen; in ähnlichem Sinn, wenn auch nuancierend Stratenwerth, a.a.O., S. 206, nach dem darauf abzustellen ist, ob die Einwilligung im Blick auf das wohlverstandene Interesse des Betroffenen als sinnvolle oder doch vertretbare Entscheidung anzuerkennen sei. Weder in der einen noch in der anderen Variante dürfte das mit Doping verfolgte Ziel diesen Voraussetzungen genügen, weshalb die im Hinblick auf sportliche Leistungssteigerung gegebene Einwilligung im Normalfall eine schwere Körperverletzung nicht rechtfertigen kann.

<sup>131</sup> Thomas Maurer, Das Opferhilfegesetz und die kantonalen Strafprozessordnungen, ZStrR 111 (1993), S. 382

<sup>132</sup> vgl. BGE 125 IV 79 ff; der diesem Entscheid zu Grunde liegende Sachverhalt beschlägt zwar eine andere Konstellation, doch bestätigt der Entscheid, dass das Rechtsmissbrauchsverbot grundsätzlich einer Verfahrensbeteiligung als Opfer entgegenstehen kann.

<sup>133</sup> Praxis 12/2000, Nr. 193, Kassationshof in Strafsachen, Entscheid vom 2.3.2000; BGE 125 IV 82; 123 IV 187; 120 IV 40; 119 IV 342



gung herausstellen, so käme, gleich wie im vorher umschriebenen Fall, in Betracht, sie wegen Rechtsmissbrauchs aus dem Verfahren zu weisen<sup>134</sup>.

War hingegen die Einwilligung wegen ungenügender Aufklärung oder Urteilsunfähigkeit mangelhaft, so entfällt jegliche rechtfertigende Wirkung, und die Opfereigenschaft der geschädigten Person nach Massgabe des OHG wird ungeachtet der Frage zu bejahen sein, ob das Strafverfahren wegen Körperverletzung oder wegen Dopings geführt wird.

#### 4.3.3. Beeinträchtigung der psychischen Integrität

Es ist denkbar, dass Doping zu einer Beeinträchtigung der psychischen Gesundheit von Sporttreibenden führt. Diesbezüglich kann auf den obenstehenden Abschnitt verwiesen werden, da das Rechtsgut der körperlichen Integrität die psychische Gesundheit mitumfasst<sup>135</sup>.

Der im OHG verwendete Begriff der psychischen Integrität geht allerdings über die von den Körperverletzungsdelikten mitgeschützte psychische Gesundheit hinaus<sup>136</sup>. In Literatur und Praxis ist nicht ausgeschlossen worden, dass gegen das Rechtsgut der Ehre gerichtete Straftaten zur Anwendung des OHG führen können<sup>137</sup>. Sporttreibende könnten sich in einem Doping-Strafverfahren auf den Standpunkt stellen, die Enthüllungen über das Doping würden ihre Ehre als faire Sportler in Frage stellen, weshalb ihre psychische Integrität beeinträchtigt sei<sup>138</sup>. Eine derartige Störung wäre indessen nicht direkte Folge der Straftat, sondern Ausfluss aus dem durch sie verursachten Strafverfahren, weshalb in Ermangelung der notwendigen Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung die Anwendung des OHG ausser Betracht fallen dürfte.

### **4.4. Einziehung**

Die neuen Doping-Normen enthalten keine Vorschrift, wonach Dopingmittel immer, d.h. unabhängig von den Voraussetzungen des Art. 58 StGB einzuziehen seien<sup>139</sup>. Somit gelangen im Zusammenhang mit Doping die normalen Einziehungsregeln<sup>140</sup> zur Anwendung. Eine Sicherungseinziehung von Dopingmitteln oder der Herstellung von Dopingmitteln dienenden Gegenständen ist mithin zwar ohne Rücksicht auf die

---

<sup>134</sup> Es stünde in einem solchen Fall ernsthaft eine Sachlage zur Diskussion, wie sie bei dem in BGE 125 IV 79 ff. entschiedenen Fall gegeben war.

<sup>135</sup> Eva Weishaupt, a.a.O., S. 28, mit Verweisen

<sup>136</sup> Eva Weishaupt, a.a.O., S. 29

<sup>137</sup> Thomas Maurer, a.a.O., S. 382; Entscheid des Militärappellationsgerichts 2A vom 23.11.1993, publiziert in SJZ 90 (1994, S. 293 ff; in gegenteiligem Sinn Eva Weishaupt, a.a.O., S. 41;

<sup>138</sup> so der Standpunkt des Radrennfahrers in BGE 125 IV 79 ff

<sup>139</sup> Eine derartige Vorschrift findet sich z.B. in Art. 197 StGB

<sup>140</sup> vgl. dazu Niklaus Schmid (Hrsg.)Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Zürich 1998, § 1

Strafbarkeit einer bestimmten Person möglich, doch ist ein Konnex zwischen dem einzuziehenden Gegenstand und einer Anlasstat notwendig, die grundsätzlich ein objektiv und subjektiv tatbestandsmässiges Verhalten im Sinn der Doping-Strafbestimmung darstellen muss. Entsprechend wäre eine Einziehung selbst grosser Mengen von Dopingmitteln unzulässig, wenn deren Inhaber lediglich Besitz nachzuweisen wäre, während umgekehrt die Einziehung möglich wäre, wenn jemand der Dopingmittelabgabe überführt, wegen Zurechnungsunfähigkeit aber freigesprochen worden wäre. Erforderlich ist ausserdem die hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass von den Gegenständen eine künftige Gefährdung der Sicherheit, Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung ausgeht, was jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles (wie Besonderheiten des Anlassdeliktes und Verhältnisse bei den involvierten Personen) und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu beurteilen ist<sup>141</sup>.

---

<sup>141</sup> vgl. Niklaus Schmid, a.a.O., S. 16 ff

## Verzeichnis der bisher im Inforterne erschienenen Referate und Aufsätze

### Anonymus

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

### Aeschlimann Jürg, Prof.

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

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

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

### Bähler Daniel, Gerichtspräsident

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

### Bertolf Alexander, Chef Kriminal-Kommissariat Basel-Stadt

- Erfahrungen der Strafverfolgungsbehörden von  
Basel-Stadt mit häuslicher Gewalt Heft 18, S. 40 - 48

### Binggeli Renate, Generalprokurator-Stellvertreterin

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

### Brun Alex, Kammerschreiber

- Die Zahlungsfähigkeit Heft 11, S. 27 - 32

### Burri Michael, Handelsgerichtsschreiber

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

### Cavin Marcel, Oberrichter

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

### Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip Heft 2

### Fels Michel-André, Staatsanwalt

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

Flotron Pascal, Staatsanwalt

- Et la victime...

Heft 6, S. 41 - 47

Gilléron Pierre-Robert, Prof.

- De quelques problèmes en matière de faillite

Heft 16, S. 58 - 74

Girardin Michel, Oberrichter

- Procédure de recours en matière de tutelle et d'adoption

Heft 14, S. 11 - 32

Greber Franziska, Psychotherapeutin SPV/Supervisorin

- Der Ambivalenzkonflikt bei häuslicher Gewalt

Heft 18, S. 49 - 61

Greiner Georges, Staatsanwalt

- Die formell und inhaltlich korrekt abgefasste Anzeige im Jagdwesen

Heft 6, S. 12 - 19

Haenni Charles, Staatsanwalt

- Kurze Darstellung des Waffengesetzes
- Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen

Heft 14, S. 45 - 66

Heft 19, S. 58 - 82

Haenssler Rolf, Oberrichter

- Verhandlungsvorbereitung und Urteilsberatung beim Kreisgericht in Strafsachen

Heft 6, S. 20 - 26

Hartmann K., Zollinger U.

Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber Justiz und Polizei

Heft 18, S. 31 - 39

Jäggi Andreas, Oberrichter

- Die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE)

Heft 12, S. 13 - 20

Jester Hansjürg, Staatsanwalt

- Fahren unter Drogen-/Medikamenteneinfluss FUD
- Die Vernehmung
- Aspekte des Arztrechts
- Die Glaubwürdigkeitslehre

Heft 4

Heft 6, S. 27 - 33

Heft 9, S. 56 - 70

Heft 12, S. 21 - 43

Kipfer Christof, Staatsanwalt

- Vernetzte Informationstechnologie kontra Persönlichkeitsschutz?

Heft 8, S. 34 - 42

Leu Christian, Kammerschreiber

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

Mathys Heinz Walter, Staatsanwalt

- Computerkriminalität, insbesondere im neuen Vermögensstrafrecht Heft 5

Maurer Thomas, Oberrichter

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

Möckli Urs, Kammerschreiber

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

Naegeli Hans-Jürg, Oberrichter

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

Rieder François, Oberrichter

- Les principes fondamentaux de la procédure civil bernoise (maximes) Heft 5
- L' intérêt au recours en procédure civile Heft 8, S. 13 - 15
- La loi fédérale sur les fors en matière civile et les modifications du Code de procédure civile bernois Heft 19, S. 17 - 57

Schild Grace, Dr.

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

Schnell Beat, Staatsanwalt

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

Sollberger Jürg, Oberrichter

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

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern

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

Trenkel Christian, Generalprokurator-Stellvertreter / Oberrichter ab 2001

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

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

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

Walter Hans Peter, Bundesrichter

- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht Heft 3

Weber Markus, Generalprokurator

- Erwartungen an ein psychiatrisches Gutachten aus der Sicht der Justiz Heft 13, S. 44 - 61
- der Beweis aus rechtlicher Sicht Heft 18, S. 18 - 30

Zinglé Jürg, Untersuchungsrichter

- Beschränkung des Verfahrens auf den Scheidungspunkt? Heft 2
- Juristische Aspekte bei sexueller Ausbeutung Heft 15, S. 12 - 37

Zollinger U., Hartmann K.

- Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber Justiz und Polizei Heft 18, S. 31 - 39