

infointerne

Informationen, Referate und Aufsätze aus der Bernischen Justiz
Informations et exposés en provenance de la justice bernoise

Herausgeberin: Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts

Édition: Commission pour la formation continue de la Cour suprême du canton de Berne

Oberrichter Stephan Stucki, Vorsitz; Christian Herrmann, juge d'appel; Oberrichter Peter Kunz; Generalprokurator-Stellvertreter Felix Bänziger; Gerichtspräsidentin Annemarie Hub-schmid; Gerichtspräsidentin Myriam Grütter; Untersuchungsrichterin Silvia Hänzi; Kammer-schreiber Christian Leu

Redaktion/rédaction: Felix Bänziger, Generalprokurator, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern (031 634 72 66, felix.baenziger@jgk.be.ch)

Sekretariat/secrétariat: Annelise Fink Meier, Appellationshof, Hochschulstrasse 17, Postfach 7475, 3001 Bern (031 634 72 47, weiterbildung.og@jgk.be.ch)

26. Heft / Winter 2005
26^e livraison / hiver 2005

Inhaltsübersicht – Table des matières

----- Die Ecke des Redaktors -----	3
Le coin du rédacteur -----	4
Kursprogramm 2006 -----	5
Programme des cours 2006 -----	9
Hinweise auf auswärtige Weiterbildungsveranstaltungen Informations sur les formations continues dispensées à l'extérieur -----	13
Neue Köpfe - Nouveaux visages -----	15
Neues aus dem Bundeshaus - Des nouvelles des autorités fédérales -----	16
Publikationen aus unseren Reihen Publications émanant de membres de la justice bernoise -----	19
Prof. Hans Peter Walter, Ordinarius an der Universität Bern Richtiges Recht richtig sprechen -----	22
Klaus Feller , Staatsanwalt Häusliche Gewalt als Officialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte -----	36
Dr. Andreas Zünd, Bundesrichter Das Ausländerstrafrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung -----	52
Georges Greiner, Oberrichter Das Plädoyer -----	64
Heinz Häsler, Generalstabschef a.D. Verehrt jung Fürschpracherinnen, verehrt jung Fürschpracher! -----	75
Verzeichnis der bisher im infointerne erschienen Referate und Aufsätze Répertoire des exposés et des articles déjà parus dans infointerne -----	79

Die Ecke des Redaktors

Liebe Kolleginnen und Kollegen

Seit vielen Monaten können Sie auf der Webseite des Obergerichtes (www.be.ch/og) unter dem Stichwort „Weiterbildung für Gerichtspersonen“ das aktualisierte Verzeichnis aller je im infointerne publizierten Referate und Beiträge einsehen. Unterdessen sind dort auch die neueren Hefte (7 und 9 bis 25) im Volltext abrufbar, ebenso das info-special vom Oktober 2005 zu praktischen Fragen der Beschlagnahme und Einziehung. Trotzdem legen wir das heutige infointerne in Papierform vor und stellen es lediglich im Sinne einer Zusatzleistung ins Netz. Wir versprechen uns von der materiellen Lieferung an Ihren Arbeitsplatz eine grössere Beachtung als von der bloss virtuellen Einsehbarkeit. Sind Sie anderer Meinung? Möchten Sie auf das Papier verzichten?

Die Weiterbildungskommission hat den Eindruck, im Jahre 2005 sehr viel, vielleicht sogar zu viel angeboten zu haben. Sie will im Jahre 2006 etwas zurückstecken und sich künftig auf zwei bis drei Veranstaltungen pro Gebiet (Zivilrecht, Strafrecht, Allgemeines) beschränken. Vielleicht lässt sich so bei einem Teil der Kurse die Zahl der Teilnehmenden noch weiter steigern. Nicht dass wir uns über mangelndes Interesse für unsere Veranstaltungen beklagen würden! – Die Einzelheiten finden Sie ab Seite 5 (in deutscher Sprache) und 9 (in französischer Sprache).

Neben den üblichen Rubriken enthält das hier vorliegende Heft fünf Beiträge. Zwei davon stammen aus Veranstaltungen der Weiterbildungskommission (*Hans Peter Walter*, Richtiges Recht richtig sprechen, Seite 22; *Klaus Feller*, Häusliche Gewalt als Officialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte, Seite 36); ein dritter wurde von einem Referenten der Staatsanwälte-tagung vom September 2005 zur Verfügung gestellt (*Andreas Zünd*, Das Ausländerstrafrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Seite 52). Dazu kommt der Beitrag von *Georges Greiner* zum Plädoyer, Ergebnis von dessen Vortragstätigkeit in den Ausbildungsmodulen der Bundesanwaltschaft und neu für das Nachdiplomstudium „Forensik II“ am Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalistik (CCFW) in Luzern (Seite 64). Den Abschluss des Heftes bildet der Abdruck der Rede von alt Generalstabschef und Mundartdichter *Heinz Häsler* an der Patentierungsfeier der bernischen Fürsprecherinnen und Fürsprecher vom 18. November 2005 (Seite 75). Ein absolutes Novum für unser Mitteilungsblatt: Die Rede ist in Berndeutsch gehalten. Zum Trost für unsere französischsprachigen Kolleginnen und Kollegen darf ich hier eingestehen, dass der Gsteigwiler Dialekt von Herrn Häsler auch für uns Deutschsprachige nicht immer leicht zu verstehen war; trotzdem war er Musik in meinen Ohren. Nicht alle hohen Militärs besitzen so viel persönlichen Stil, Bodenhaftung und Bescheidenheit ...

Schon neigt sich wieder ein Kalenderjahr seinem Ende entgegen. Die Tage werden dunkler und dunkler, die Nächte länger und länger. Bald wird sich das wieder ändern: Wir werden Weihnachten feiern und auf ein Neues Jahr anstossen, um ab Januar 2006 wieder mit neuem Elan und neuer Freude in unsere Arbeit einzutauchen. Ich wünsche Ihnen dabei Erfolg, vorher aber noch schöne Weihnachtstage und, sofern möglich und vorgesehen, -ferien.

Felix Bänziger

Le coin du rédacteur

Chères et chers Collègues,

Depuis plusieurs mois, vous avez la possibilité de consulter, sur le site Web de la Cour suprême (www.be.ch/og), sous le mot-clé « formation continue pour les personnes de la justice », la liste mise à jour de tous les exposés et contributions parus dans infointerne. Depuis peu, les nouveaux cahiers (7 et 9 à 25) sont aussi disponibles en format PDF, tout comme l'info-special du mois d'octobre 2005, relatif aux questions pratiques de la saisie et de la confiscation. Nous présentons toutefois l'infointerne actuel en format papier et le mettons à disposition sur internet à titre de service supplémentaire. Par le biais de la livraison matérielle de l'infointerne à votre place de travail, nous espérons en effet susciter un plus grand intérêt que par la simple possibilité d'une consultation sur internet. Etes-vous d'un autre avis ? Souhaitez-vous renoncer à la version sur papier ?

La Commission de perfectionnement a le sentiment, en particulier pour cette année 2005, d'avoir fait beaucoup, peut-être même trop, d'offres. Elle veut ainsi quelque peu réduire sa palette pour l'année 2006 et se limiter à l'avenir à deux ou trois propositions par matière (droit civil, droit pénal, généralités). Le nombre de participants pour certains cours pourra ainsi peut-être encore augmenter. Non pas que nous déplorions un manque d'intérêt ! – Vous trouverez les détails à partir des pages 5 (en allemand) et 9 (en français).

En plus des rubriques habituelles, le présent cahier contient cinq contributions. Deux d'entre elles proviennent des rencontres de la Commission de perfectionnement (*Hans Peter Walter*, Richtiges Recht richtig sprechen, page 22; *Klaus Feller*, Häusliche Gewalt als Offizialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte, page 36); la troisième a été mise à disposition par un conférencier de la Conférence des procureurs du mois de septembre 2005 (*Andreas Zünd*, Das Ausländerstrafrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, page 52). A ceci s'ajoute la contribution de Georges Greiner au sujet de la plaidorie, qui constitue le résultat de son activité de conférencier dans le cadre des modules de formation du ministère public de la Confédération et nouvellement pour le post-grade "Forensik II" auprès du Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalistik (CCFW) à Lucerne (page 64). A la fin du cahier se trouve finalement le texte du discours de l'ancien chef d'état-major et poète s'exprimant en dialecte *Heinz Häsler*, prononcé à l'occasion de la cérémonie d'assermentation des avocates et avocats bernois(es) du 18 novembre 2005 (page 75). Une nouveauté absolue pour notre feuille d'information est à relever: le discours a été présenté en Berndeutsch. A titre de consolation pour nos collègues francophones, je peux avouer ici que le dialecte de Gsteigwiler de Monsieur Häsler n'était pas non plus toujours facilement compréhensible pour nous autres germanophones ; il sonnait malgré tout comme une musique à mes oreilles. Tous les hauts gradés militaires n'ont pas autant les pieds sur terre et ne possèdent pas autant de style personnel et de modestie ...

Une nouvelle année civile touche à sa fin. Les jours deviennent de plus en plus sombres et les nuits de plus en plus longues. Cela changera bientôt à nouveau : nous fêterons Noël et débiterons une nouvelle année, pour nous plonger une fois encore à partir de janvier 2006 avec une énergie et une joie nouvelles dans notre travail. Je vous souhaite à ce titre beaucoup de succès, toutefois avant cela, de bonnes fêtes de Noël et, pour autant que celles-ci soient possibles et prévues, de bonnes vacances.

Felix Bänziger

Kursprogramm 2006

Kurs 1: Mediative Elemente in Kompetenz- und Aussöhnungsverfahren (mit Übungen)
offen für Mitglieder der bernischen Justiz

Einführung in die Konfliktlehre und in die Ermittlungsmethode der Mediation. An Streitfällen wird geübt, die Eignung von Streitfällen für eine Mediation zu beurteilen und in gerichtlichen Vergleichsverhandlungen mediative Elemente einzusetzen.

Kursleitung: Gerichtspräsidentin Myriam Grütter
Referentin: Dr. Beatrice Gukelberger, Mediatorin
Dauer: 1 Tag
Termin: Donnerstag, 2. Februar 2006
Kursort: Amthaus Bern
Bemerkung: **Anmeldefrist bis 13. Januar 2006**

Kurs 2: Die Sprache in der Urteilsbegründung
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Geschrieben, gelesen, den Kopf geschüttelt ? Beim Texten die Sprache verloren ? Unser Tatwerkzeug, die Sprache, soll einen Tag lang im Zentrum stehen. Wir üben und lernen am eigenen Text.

Kursleitung : Oberrichter Stephan Stucki
Referent : Christoph Ragaz, Sprachberater
Dauer : 1 Tag
Termine : Mittwoch, 8. März 2006
Mittwoch, 10. Mai 2006 (Wiederholung)
Kursort : Obergericht (Plenumssaal)
Teilnahme : Die Zahl der Teilnehmenden ist auf 12 Personen pro Kurstag beschränkt.
Bei der Anmeldung bitte angeben, ob beide Termine möglich sind und welcher bevorzugt wird.

Kurs 3: „Wie sagen wir's den Medien?“ – Umgang mit den Medien ohne Vorurteile und Angst
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Unser Umgang mit den Medien ist oft alles andere als unbefangen. Der Kurs soll anhand von ein wenig Theorie und viel praktischen Übungen ein echtes Training im Umgang mit dem vermeintlichen Angstgegner vermitteln.

Kursleitung: Untersuchungsrichter Thomas Perler
Referenten: Heinz Däpp, Journalist
Geri Staudenmann, PR-Berater SPRG
Dauer: 1 Tag
Termin: Mittwoch, 15. März 2006

Kursort: Voraussichtlich am Obergericht des Kantons Bern
Teilnahme: Die Zahl der Teilnehmenden ist auf max. 12 Personen beschränkt; bei entsprechender Nachfrage wird ein zweiter Kurs angeboten (9. Mai 2006).

Kurs 4: Planung und Führung im Strafverfahren
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Ist es Ihnen auch schon so vorgekommen, als würde mit Ihnen geplant, statt dass Sie die Strafuntersuchung planen? Führen Sie immer selbst oder werden Sie gelegentlich auch (vor)geführt? Michel-André Fels leitet für das CCFW ein Ausbildungsmodul zu diesen Themen. Wir fanden, ein Import dieses Moduls in die bernische Weiterbildung sei von Interesse.

Kursleitung: stv. Generalprokurator Dr. Felix Bänziger
Referent: Fürsprecher Michel-André Fels, stv. Bundesanwalt
Fachlehrer beim Competence Center für Forensische Wissenschaften
Dauer: 1 Tag
Termin: Donnerstag, 1. Juni 2006
Kursort: Amthaus Bern, TP 18
Bemerkung: Die Veranstaltung ist für höchstens 24 Teilnehmende konzipiert. Sie richtet sich in erster Linie an Mitglieder der Untersuchungsbehörden und der Staatsanwaltschaft. Die Weiterbildungskommission nimmt auch andere Anmeldungen entgegen, wird die Plätze indessen nach obiger Priorität vergeben.

Kurs 5: Privatklägerschaft und Zivilforderungen im Strafverfahren
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und des BAV

Die Veranstaltung behandelt die Privatklage im Strafverfahren unter Einbezug des revidierten AT StGB, verweist auf Gesamtzusammenhänge, sensibilisiert für Problembereiche, liefert Lösungsansätze und Beispiele aus der Praxis und gibt erste Hinweise auf die kommende Ausgestaltung des Instituts der Privatklage im Rahmen der eidgenössischen Strafprozessordnung.

Kursleitung: Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid
Referenten: Prof. Dr. Thomas Maurer, Oberrichter
Georges Greiner, Oberrichter
Stephan Stucki, Oberrichter
Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, Fürsprecher
Dauer: ½ Tag, nachmittags
Termin: Mittwoch, 23. August 2006
Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal
Kosten: Fr. 100.00 für die Mitglieder des BAV

Kurs 6: Neuerungen und praktische Probleme zur unentgeltlichen Prozessführung

offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und des BAV

Kursleitung: Oberrichterin Danièle Wüthrich-Meyer
Gerichtspräsidentin Monika Zürcher
Kammerschreiber Christian Leu
Referentin: Kammerschreiberin Nicole Saurer

Ist das Kreisschreiben Nr. 18 über die unentgeltliche Prozessführung noch aktuell? Gibt es Neuerungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die zu beachten sind? Ein Kurzreferat gibt darüber Auskunft.

Stört es Sie, dass die bernischen Gerichte uP-Fragen zum Teil unterschiedlich beantworten? Indem wir in Gruppen unsere praktischen Fälle und Lösungsvorschläge dazu diskutieren, wollen wir einen Beitrag zur Vereinheitlichung leisten.

Dauer: ½ Tag, nachmittags
Termin: Mittwoch, 18. Oktober 2006
Kursort: Amthaus Bern
Kosten: Fr. 100.00 für die Mitglieder des BAV
Bemerkung: Die Kursleitung behält sich vor, die Teilnehmerzahl zu beschränken und eine zweite Veranstaltung durchzuführen.

Kurs 7: Gerechtigkeit, Recht und Justiz im Werk von Friedrich Dürrenmatt
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Der Prophet auf dem Hügel ist verzweifelt. „Allah“, ruft er aus, „die Welt ist ungerecht. Ein Dieb kommt ungestraft davon, und ein Unschuldiger wird erschlagen!“ Allah, sonst schweigend, antwortet: „Du Narr! Was verstehst du von meiner Gerechtigkeit!“ (Aus dem „Monstervortrag über Recht und Gerechtigkeit“).

Kursleitung : Oberrichter Christian Trenkel
Referent: Dr. Ulrich Weber, Schweizerisches Literaturarchiv und Centre Dürrenmatt, wissenschaftlicher Betreuer des literarischen und künstlerischen Nachlasses von Friedrich Dürrenmatt
Dauer : ½ Tag, nachmittags
Termine : Dienstag, 21. November 2006
Kursort : Centre Dürrenmatt, 74, chemin du Pertuis-du-Sault, 2000 Neuchâtel
www.cdn.ch

Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission,
Frau Annelise Fink Meier, Kanzlei Appellationshof,
Fax 031 634 71 13, E-Mail: weiterbildung.og@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 1
- Kurs 2
- Kurs 3
- Kurs 4
- Kurs 5
- Kurs 6
- Kurs 7

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

Name: _____

Vorname: _____

Funktion: _____

Amtsstelle: _____

E-Mail (für auswärtige Anmeldungen) : _____

Programme des cours 2006

Cours 1 : **Eléments de médiation dans les procédures en compétence et les procédures de conciliation (avec exercices)**
ouvert aux membres de la justice bernoise

Introduction à la doctrine et aux méthodes de médiation. Nous nous exercerons à estimer si un cas est susceptible de médiation et à introduire en pourparlers transactionnels en audiences des éléments de médiation.

Direction du cours : Myriam Grütter, présidente de tribunal
Conférencière : Dr. Beatrice Gukelberger, médiatrice
Durée : 1 jour
Date : jeudi 2 février 2006
Lieu : Amthaus Bern
Remarque : **Délai d'inscription au 13 janvier 2006**

Cours 2: **La langue dans la motivation des jugements**
ouvert aux membres de la justice bernoise

La langue écrite, notre outil de travail, sera durant une journée l'objet de toute notre attention. Nous ferons des exercices sur la base de nos propres textes.

Direction du cours : Stephan Stucki, juge d'appel
Conférencier : Christoph Ragaz, conseiller linguistique
Durée : 1 jour
Dates : mercredi 8 mars 2006
mercredi 10 mai 2006 (répétition)
Lieu : Cour suprême (salle du plenum)
Participation : Le nombre de participants est limité à 12 par jour de cours.
Lors de l'inscription, préciser si les deux dates sont possibles et laquelle est souhaitée en premier lieu.

Cours 3: **„Comment l'annonçons-nous aux médias?“ – Rapports avec les médias sans préjugé et sans crainte**
ouvert aux membres de la justice bernoise

Nos rapports avec les médias sont souvent tout sauf neutres. Le cours doit fournir, avec un peu de théorie et beaucoup d'exercices pratiques, une véritable formation dans les rapports au prétendu adversaire.

Direction du cours : Thomas Perler, juge d'instruction
Conférenciers : Heinz Däpp, journaliste
Geri Staudenmann, conseiller en relation publique SSRP
Durée : 1 jour
Date : mercredi 15 mars 2006
Lieu : probablement à la Cour suprême du canton de Berne
Participation : Le nombre de participants est limité à 12 au maximum ; sur demande, un deuxième cours aura lieu (9 mai 2006).

Cours 4: Planifier et mener une procédure pénale
ouvert aux membres de la justice bernoise

Vous est-il déjà arrivé de vous demander si vous n'étiez pas « mené » au lieu de conduire vous-même l'instruction? Menez-vous toujours ou êtes-vous aussi occasionnellement « mené »? Michel-André Fels dirige un module de formation pour le CCFW sur ces thèmes. Nous avons trouvé intéressant d'importer ce module dans le perfectionnement bernois.

Direction du cours : Dr. Felix Bänziger, substitut du procureur général
Conférenciers : Michel-André Fels, procureur général suppléant de la Confédération, enseignant spécialisé au Competence Center für Forensische Wissenschaften
Durée : 1 jour
Date : jeudi 1er juin 2006
Lieu : Amthaus Bern, TP 18
Remarque : Le cours est conçu pour 24 participants au maximum. Il s'adresse en premier lieu aux membres des autorités d'instruction et du ministère public. La Commission de perfectionnement prend aussi en considération d'autres inscriptions, les places étant toutefois attribuées selon l'ordre de priorité précité.

Cours 5: Partie plaignante et prétentions civiles dans la procédure pénale
ouvert aux membres de la justice bernoise et de l'AAB

La conférence traite de l'action civile dans la procédure pénale, sous l'angle de la partie générale révisée du CP, renvoie aux concepts généraux, sensibilise aux problèmes qui se posent, livre des solutions et des exemples tirés de la pratique et donne les premières indications sur l'aménagement à venir de l'action civile dans le cadre du code de procédure pénale fédérale.

Direction du cours : Annemarie Hubschmid, présidente de tribunal
Conférenciers : Prof. Dr. Thomas Maurer, juge d'appel
Georges Greiner, juge d'appel
Stephan Stucki, juge d'appel
Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, avocat
Durée : ½ journée, l'après-midi
Date : mercredi 23 août 2006
Lieu : Amthaus Bern, Assisensaal
Coût : Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB

Cours 6: Innovations et problèmes liés à l'assistance judiciaire
ouvert aux membres de la justice bernoise et de l'AAB

Direction du cours : Danièle Wüthrich-Meyer, juge d'appel
Monika Zürcher, présidente de tribunal
Christian Leu, greffier
Conférencière : Nicole Saurer, greffière

Est-ce que la circulaire n° 18 sur l'assistance judiciaire est encore actuelle? Existe-t-il des nouveautés dans la jurisprudence fédérale qui doivent être observées? Un résumé donne à ce sujet les indications nécessaires. Cela vous dérange-t-il que les tribunaux bernois répondent parfois différemment aux questions relatives à l'assistance judiciaire? En discutant en groupe de nos cas pratiques et de nos propositions de solutions, nous souhaitons apporter une contribution à l'uniformisation de la pratique.

Durée : ½ journée, l'après-midi
Date : mercredi 18 octobre 2006
Lieu : Amthaus Bern
Coût : Fr. 100.-- pour les membres de l'AAB
Remarque : La direction du cours se réserve le droit de limiter le nombre de participants et d'organiser un deuxième cours.

Cours 7: Equité, droit et justice dans le travail de Friedrich Dürrenmatt
Ouvret aux membres de la justice bernoise

Der Prophet auf dem Hügel ist verzweifelt. „Allah“, ruft er aus, „die Welt ist ungerecht. Ein Dieb kommt ungestraft davon, und ein Unschuldiger wird erschlagen!“ Allah, sonst schweigend, antwortet: „Du Narr! Was verstehst du von meiner Gerechtigkeit!“ (extrait de „Monstervortrag über Recht und Gerechtigkeit“).

Direction du cours : Christian Trenkel, juge d'appel
Conférencier : Dr. Ulrich Weber, Archives littéraires suisses et Centre Dürrenmatt, responsable scientifique de l'héritage littéraire et artistique laissé par Friedrich Dürrenmatt
Durée : ½ journée, l'après-midi
Date : mardi 21 novembre 2006
Lieu : Centre Dürrenmatt, 74, chemin du Pertuis-du-Sault, 2000 Neuchâtel, www.cdn.ch

Inscription au secrétariat de la Commission de perfectionnement,
Frau Annelise Fink Meier, Kanzlei Appellationshof,
Fax 031 634 71 13, E-Mail: weiterbildung.og@jgk.be.ch

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

Cour suprême du canton de Berne
Commission de perfectionnement
Hochschulstrasse 17
3012 Berne

Inscription

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

- Cours 1
- Cours 2
- Cours 3
- Cours 4
- Cours 5
- Cours 6
- Cours 7

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

Nom: _____

Prénom: _____

Fonction: _____

Lieu: _____

Adresse e-mail (pour les inscriptions externes)

Hinweise auf auswärtige Weiterbildungsveranstaltungen

Informations sur les formations continues dispensées à l'extérieur

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 Kammer- und Gerichtsschreiberinnen und -schreiber als grundsätzlich bewilligt. Die für die Kreditsprechung zuständige Stelle muss sich aber bei zu grosser Nachfrage verhältnismässige Kürzungen vorbehalten.

La participation aux cours décrits ci-après est en principe autorisée pour les membres de la Cour suprême, les juges de première instance, les membres du Ministère public, les juges d'instruction, les présidents et présidentes des tribunaux des mineurs ainsi que les greffiers et greffières. Le service chargé de l'octroi des crédits se réserve toutefois la possibilité de réduire le montant des sommes allouées en cas de trop forte demande.

Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter (www.iudex.ch)
p.m.

Schweizerischer Juristenverein (www.juristentag.ch)
22./23. September 2006, in Zürich, Internationales Verwaltungsrecht, Erbteilung

Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (www.svr-asm.ch)
p.m.

Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG)
Société Suisse de Droit Pénal (SSDP)
www.skg-ssdp.ch

19./20. Mai 2006 in Engelberg, Jahrestagung mit dem Generalthema: Strategien gegen Gewalt
19/20 mai 2006, assemblée annuelle à Engelberg sous le thème général: Stratégies contre la violence

26./27. Oktober 2006 in Flims : Instruktionskurs in deutscher Sprache

Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
Groupe Suisse der Travail de Criminologie

8. bis 10. März 2006, Jahreskongress in Interlaken : Neue Technologien und Kriminalität:
eine neue Kriminologie ?

8 à 10 mars 2006, congrès annuel à Interlaken : Nouvelles technologies et criminalité :
nouvelle criminologie ?

Berner Forum für Kriminalwissenschaften (www.bfk.unibe.ch)
p.m.

BAV (www.bav-aab.ch)
p.m.

Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich
(www.staatsanwaltschaften.zh.ch/Amtsstellen/KrimInst.html)
p.m.

Verband bernischer GerichtsschreiberInnen
p.m.

Hinweis

Einer Bewilligung der Weiterbildungskommission bedürfen hingegen die empfehlenswerten Grund- und Aufbaukurse

- der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter
- des Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalität (CCFW) in Luzern (Forensik I und seit neuestem auch das Nachdiplomstudium Forensik II)
- der Haute Ecole de gestion à Neuchâtel

Remarque

Une autorisation de la Commission pour la formation continue est en revanche nécessaire pour suivre les cours de formation de base (très recommandés) dispensés dans le cadre des institutions suivantes:

- Fondation pour la formation continue des juges suisses
- Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalität (CCFW) in Luzern (Forensik I et II)
- Haute école de gestion à Neuchâtel

Neue Köpfe - Nouveaux visages

In dieser Rubrik weist inforterne auf die Kolleginnen und Kollegen hin, die im Verlaufe des vergangenen halben Jahres erstmals ein ordentliches Richteramt angetreten haben oder Mitglied der Staatsanwaltschaft wurden. Sie stellen sich in eigenen Worten vor.

Dans cette rubrique, inforterne attire l'attention de ses lecteurs sur les collègues qui, lors des six derniers mois, ont pour la première fois occupé une charge de juge ordinaire ou sont devenus membres du Ministère public. Chacun se présentera de façon personnalisée.



Daniel Peier
Justizinspektor
Obergericht des Kantons Bern

„Die Justiz kann - zum Glück - kein Geld drucken. Die Mittel bleiben folglich beschränkt. Die gescheite Verwendung des Verfügbaren und das begründete Einfordern des Unverzichtbaren gehören untrennbar zur Unabhängigkeit der Justiz.

Ich freue mich deshalb sehr, meine Erfahrung aus der ersten Instanz und meine Mediationspraxis auf den Gang der Justitia zu konzentrieren. Ich freue mich auf die Zusammenarbeit, den Austausch und die gestaltende Auseinandersetzung mit den Gerichtskreisen und den Untersuchungsrichterämtern.“

Ihre Hinweise auf Lücken in dieser Berichterstattung richten Sie bitte an unsere Redaktion oder unser Sekretariat! Sie finden die nötigen Angaben auf dem Titelblatt dieses Heftes.

Veillez s'il vous plaît adresser à notre rédaction ou notre secrétariat vos remarques relatives aux éventuelles lacunes de ce compte rendu. La feuille de titre de ce cahier contient les indications utiles à ce sujet.

Neues aus dem Bundeshaus

Des nouvelles des autorités fédérales

Die nachfolgend geschilderten beiden zivilrechtlichen Projekte aus dem Bundeshaus könnten schon bald das Privatleben der BürgerInnen beeinflussen, das eine - unbestrittene - recht drastisch, das andere - heiss diskutierte - wohl eher marginal. Sie betreffen einerseits das Zusammenleben in gewalttätigen Beziehungen (häusliche Gewalt) und andererseits das Zusammenwirken als Eltern (elterliche Sorge).

Im Kanton Bern ist der neue Artikel 29a des Polizeigesetzes am 1. Juni 2005 in Kraft getreten. Seit diesem Datum riskieren BernerInnen, welche im häuslichen Bereich Gewalt anwenden, die polizeiliche Verbannung aus ihrer Wohnung und deren unmittelbaren Umgebung für maximal zwei Wochen. Da sich der innerfamiliäre Konflikt nach Ablauf dieser Frist vielleicht noch nicht beruhigt hat, verweist das Polizeigesetz das Opfer an das Zivilgericht. Dort soll es geeignete Massnahmen verlangen können, welche dauerhaft weitere Gewalt verhindern. Die Zivilgerichte verfügen allerdings zurzeit über kein auf häusliche Gewalt zugeschnittenes Instrumentarium, sondern müssen sich einigermaßen passende Normen im ganzen Zivilgesetzbuch zusammensuchen. Je nach Zivilstand der Parteien werden sie im Eheschutz-, im Scheidungs-, im Persönlichkeitsschutz- oder zur Not allenfalls im Besitzschutzrecht fündig; dies allerdings nur, wenn sie die Bestimmungen entsprechend weit auslegen.

Dieser (nicht nur im Kanton Bern) unbefriedigenden Situation will der Bund nun ein Ende bereiten. Klarheit und Rechtssicherheit soll ein neuer Art. 28b ZGB bringen, welcher die sofortige Wegweisung einer gewalttätigen Person aus der gemeinsamen Wohnung vorsieht, unabhängig davon, ob die Betroffenen ledig, verheiratet oder als Partner eingetragen sind. Das Gericht kann gemäss Entwurf recht weit gehende Massnahmen anordnen, z.B. der verletzenden Person für eine Dauer von bis zu zwei Jahren verbieten, die Wohnung und deren unmittelbare Umgebung zu betreten, sich an bestimmten Orten aufzuhalten oder mit der anderen Person irgendwelchen Kontakt aufzunehmen. Auf Gesuch ordnet das Gericht die Massnahmen vorsorglich an, bei dringender Gefahr auch ohne vorgängige Anhörung des Gesuchgegners.

Die Vorlage soll nächstes Jahr in den Räten behandelt werden. Sie scheint nicht grundsätzlich umstritten zu sein, so dass damit gerechnet werden kann, dass sie etwa Ende 2006 in Kraft tritt.

Seit dem Jahr 2000 ist die gemeinsame elterlichen Sorge über ihre Kinder auch für nicht verheiratete und geschiedene Eltern möglich, allerdings unter der Voraussetzung, dass beide Elternteile dies wünschen. Im Streitfall muss die zuständige Behörde entscheiden, welchem Elternteil die Hauptverantwortung über die Kinder zukommen soll. Diesen Grundsatz will ein Postulat des Nationalrates nun überprüfen lassen: Der Bundesrat wird abzuklären haben, ob die gemeinsame elterliche Sorge auch bei nicht verheirateten Eltern als Regelfall verwirklicht werden kann. Nur schon dieser Prüfungs-Antrag hat heftige und emotional geführte Diskussionen ausgelöst: Ist die gemeinsame Sorge überhaupt denkbar, wenn die Eltern einander nicht grundsätzlich wohl gesinnt sind? Führt eine grössere rechtliche Verantwortung des Vaters dazu, dass er seine soziale und erzieherische Verantwortung eher wahrnimmt? Müsste in Streitfällen - etwa über die geeignete Lehrstelle oder über die Notwendigkeit eines operativen Eingriffs - nun öfters die Vormundschaftsbehörde autoritativ entscheiden?

Trotz ihrer Heftigkeit bleibt die Diskussion etwas abstrakt. Die häufigsten Konflikte entzünden sich in der Praxis anderswo, nämlich an der Frage des Obhutsrechts (bei welchem Elternteil

wohnt das Kind) und der Kontaktregelung (wann wird das Kind durch welchen Elternteil betreut). Auch für das Kind ist es wohl wichtiger, in welchem Ausmass sich seine Eltern im Alltag

um es kümmern, als wo die Grenzen ihrer Entscheidungsbefugnis in den sogenannten „grossen Fragen“ liegen. Gerade an diesen Problemen ändert aber die gemeinsame Sorge nichts.

Dauerbrenner im strafrechtlichen Bereich ist der neue Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches. Am 29. Juni 2005 hat die Bundesregierung die von Bundesrat Christoph Blocher versprochene Botschaft zu den nötigen Nachbesserungen verabschiedet (BBI 2005 4689). Ende Oktober hat sich die Rechtskommission des Ständerates der Sache angenommen. Deren Mehrheit (im Verhältnis von sieben zu zwei Stimmen und bei zwei Enthaltungen) unterstützt das Vorhaben und befürwortet damit unter anderem die Revision des Anlasstatenkatalogs für die (ordentliche) Verwahrung, die Möglichkeit einer nachträglichen Verwahrung und einen neuen Art. 42 Abs. 4 nStGB – hier geht es um die Möglichkeit der Verbindung von bedingten Strafen mit (bedingten oder unbedingten) Geldstrafen oder mit Übertretungsbussen. Die Behandlung im Ständerat ist laut provisorischem Sitzungsprogramm am 14. Dezember 2005 vorgesehen. Wenn es in diesem Tempo weiter geht, scheint ein Inkrafttreten des Allgemeinen Teils am 1. Januar 2007 realistisch.

Weniger ehrgeizig ist der Fahrplan für die Umsetzung der „lebenslänglichen Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter“. Der Bundesrat hat die Botschaft am 23. November 2005 verabschiedet, die Beratung im Parlament soll allerdings erst beginnen, wenn dort über die erwähnten Nachbesserungen entschieden ist. Der zuständige Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz spricht von einem frühestmöglichen Inkrafttreten anfangs 2008.

Zwei weitere Vorlagen befassen sich mit Neuerungen in der Bundesanwaltschaft. So soll das Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege in dem Sinne geändert werden, dass die Kantone für ausserordentliche Kosten, die ihnen als Organe der gerichtlichen Polizei des Bundes entstehen, entschädigt werden können. Die Schwierigkeiten liegen hier nicht in der Grundsatzfrage, sondern im Kreditrahmen und in den Definitionen ausserordentlichen Aufwandes. Zurzeit werden die Vernehmlassungen der Kantone, Parteien und Interessierten ausgewertet.

Auf gleichem Stand befindet sich eine Vorlage, mit welcher die Aufsicht über die Bundesanwaltschaft (schon wieder!) modifiziert werden soll. Der Justizminister möchte die fachliche Aufsicht durch das Bundesstrafgericht abschaffen und den Bundesanwalt auch fachlich der Exekutive, das heisst dem EJPD, unterstellen. Die strafrechtlich interessierten Fachkreise wie etwa die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz, die Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft und die Konferenz der Staatsanwälte widersetzten sich diesem Vorhaben energisch, und auch die Regierung des Kantons Bern steht ihm kritisch gegenüber. Ob das die eidgenössische Politik beeindruckt, wird sich weisen.

Die Botschaft zur neuen schweizerischen Strafprozessordnung soll noch in diesem Jahre verabschiedet werden. Der Entwurf der Verwaltung erfuhr im Sommer 2005 noch einige Retouchen: So wird das abgekürzte Verfahren (*plea bargainig*) trotz den Bedenken des Bundesamtes für Justiz darin Eingang finden und das Recht auf den „Anwalt der ersten Stunde“ noch verstärkt werden. Einem aktuellen Dokument des Bundesamtes für Justiz ist zu entnehmen, dass immer noch ein Inkrafttreten im Jahre 2010 für möglich gehalten wird, doch nannte an der Delegiertenversammlung der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz der zuständige Vizedirektor des Bundesamtes für Justiz als möglichen Zeitpunkt der Inkraftsetzung auch das Jahr 2011.

Myriam Grütter und Felix Bänziger

Ihre Hinweise auf Lücken und Neuigkeiten richten Sie bitte an unsere Redaktion oder unser Sekretariat! Sie finden die nötigen Angaben auf dem Titelblatt dieses Heftes.

Veillez s'il vous plaît adresser à notre rédaction ou notre secrétariat vos remarques relatives à d'éventuels oublis ou nouveautés. La feuille de titre de ce cahier contient les indications utiles à ce sujet.

Publikationen aus unseren Reihen

Publications émanant de membres de la justice bernoise

Das Beste voraus: Ich habe eine Reaktion aus der Leserschaft zu dieser Rubrik erhalten, eine einzige bis jetzt, aber immerhin: Frau Gerichtspräsidentin Christine Schär vom Kreisgericht VIII Bern-Laupen ist völlig zu Recht der Ansicht, dass man nicht nur Kammerschreibern des Obergerichts zu ihren Dissertationen und Doktoraten gratulieren soll, sondern auch Mitarbeitenden in unteren Instanzen. In der Tat habe ich übersehen, dass CHRISTIAN JOSI, Gerichtsschreiber und a.o. Gerichtspräsident im Berner Amthaus, eine Dissertation¹ vorgelegt hat und promoviert wurde. Gratulation!

Im Oktober 2005 hat die Weiterbildungskommission erstmals ein „info-special“ herausgegeben, eine Art Tagungsband zu ihrer Veranstaltung vom 25. August 2005 zum Beschlagnahme- und Einziehungsrecht². Er soll den Teilnehmenden als Erinnerung und Nachschlagewerk dienen; der übrigen Leserschaft unseres Mitteilungsblattes und der Öffentlichkeit steht er auf der Webseite des Obergerichts zur Verfügung. Einer der damaligen Vorträge erschien unterdessen in ausgebauter Form als Beitrag von GEORGES Greiner und DIANA AKIKOL in der *Aktuellen Juristischen Praxis*.³

Im 23. Heft unseres Mitteilungsblattes (Sommer 2004) hatte ich auf den von ANNEMARIE HUBSCHMID und JÜRIG SOLLBERGER herausgegebenen Band zum neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches⁴ hingewiesen. Das Buch fand reissenden Absatz und ist schon fast vergriffen. Das Competence Centre für Forensische Wissenschaften in Luzern benützt dieses in seinen Weiterbildungsveranstaltungen und wird im Jahre 2006 noch Hunderte davon brauchen. Geplant ist nun nicht ein Neudruck, sondern eine Neuauflage, in welcher die Autoren Gelegenheit finden, ihre Beiträge an den aktuellen Stand und namentlich an die Botschaft des Bundesrats vom 29. Juni 2005 zu Nachbesserungen in diesem Bereich anzupassen. Zusätzlich soll ein neues Kapitel einen Überblick über das Massnahmenrecht geben.

Generalprokurator MARKUS WEBER hielt im Rahmen der Emeritierung von Prof. Dr. med. Richard Dirnhofer am 26. Februar 2005 einen Vortrag über die Rolle der Rechtsmedizin im Strafrecht und Strafprozessrecht⁵. Mit gewohnt scharfer Klinge sezierte er die Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsmedizin. Es lohnt sich, dieses Referat eines Kollegen zu lesen, der sich seit jeher für die Schnittstellen zwischen Medizin und Recht interessiert und eingesetzt

1 CHRISTIAN JOSI, Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen in der Schweiz, unter Berücksichtigung der Staatsverträge, des eidgenössischen Rechts, der kantonalen Konkordate sowie der bernischen Zivilprozessordnung, Bern 2005, ASR n.F. 705

2 mit Beiträgen von STEPHAN STUCKI, NIKLAUS SCHMID, MARKUS SCHOLL, HANSPETER MESSER, GEORGES GREINER, BARBARA LIPS-AMSLER, CHRISTIAN TRENKEL und URS MÖCKLI

3 GEORGES GREINER/DIANA AKIKOL, Grenzen der Vermögenseinziehung (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB) – unter Berücksichtigung von zivil- und verfassungsrechtlichen Aspekten, AJP 2005 1341 ff.

4 ANNEMARIE HUBSCHMID/JÜRIG SOLLBERGER (Hrsg.), Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Bern 2004, mit Beiträgen von GRACE SCHILD TRAPPE, JÜRIG SOLLBERGER, RENATE BINGGELI, GEORGES GREINER, CHRISTIAN TRENKEL, DIETER HEBEISEN und FELIX BÄNZIGER.

5 MARKUS WEBER, Die Rechtsmedizin – Königin des Beweises oder Hure der Strafjustiz?, recht 2005 147 ff.

hat, was ihm unter anderem auch den ehrenvollen Titel eines „korrespondierenden Mitglieds“ der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) eingebracht hat.

In der Generalprokuratur werden bekanntlich zentral die interkantonalen Gerichtsstände in Strafsachen bearbeitet. Dort ist man mehr oder weniger darauf angewiesen, die Rechtsprechung der neuen Beschwerdekammer in Bellinzona mitzuverfolgen. Diese Notwendigkeit trug Früchte: Unter Mithilfe eines Gerichtsschreibers aus Bellinzona entstand eine elektronische Publikation zur Entwicklung dieser Rechtsprechung⁶.

Berner Beiträge finden sich auch in der „Kriminalistik“, der unabhängigen Zeitschrift für die kriminalistische Wissenschaft und Praxis aus Heidelberg. In einem kurzen Kommentar zu einem Bericht über die Zuger „ArtCar Story“⁷ konnte stolz darauf hingewiesen werden, dass es der Berner Justiz im analogen Falle T. gelang, innert nur fünfzehn Monaten nach der ersten Anzeige ein erstinstanzliches Urteil zu fällen. Wie Sie dem bereits erwähnten Beitrag von HANSPETER MESSER⁸ entnehmen können, ging es in diesem Falle des bernischen Wirtschaftsstrafgerichts um Hunderte von Geschädigten und einen Deliktsbetrag von mehr als drei Millionen Franken. Trotzdem waren die Berner für einmal eindeutig die Schnelleren. Ein weiterer Beitrag aus dem Kanton Bern stammt zwar nicht aus der Justiz, betrifft aber einen Fall, der hier viel zu reden gab: den Mordfall von Allmen auf dem Bödeli bei Interlaken⁹. Und schliesslich enthält das gleiche Heft ein Interview mit dem Präsidenten des Bundesstrafgerichts in Bellinzona, Herrn Dr. Alex Staub, dessen Aufzeichnung ebenfalls mit bernischer Feder erfolgte¹⁰.

Gemeinhin wird bedauert, dass die Rechtsprechung des bernischen Obergerichts für Interessierte ausserhalb des Hauses schlecht erschlossen ist. Im Bereich des Strafrechts konnten die Zusammenfassungen durch RENATE SCHNELL-BINGGELI¹¹, STEPHAN STUCKI¹² und ROLF GRÄDEL¹³ sowie Beiträge von DIANA AKIKOL, GABRIELA MATT und DOMINIK BAERISWYL¹⁴ die Lücke einigermassen schliessen; im zivilrechtlichen Bereich hat nun FRÉDÉRIC KOHLER einen zaghaften Beginn gemacht und drei Urteile der Zivilkammern in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins besprochen¹⁵. Es ist zu hoffen, dass künftig wenigstens die wegweisenden Urteile des Obergerichts auf diese oder andere Weise (zum Beispiel über das Internet) der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

⁶ PATRICK GUIDON/FELIX BÄNZIGER, Alter Wein in neuen Schläuchen? Die Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts zum interkantonalen Gerichtsstand in Strafsachen, Jusletter vom 19. September 2005

⁷ DANIEL STEIN/ROGER KÄMPF, DIE ArtCar Story, Ein Betrug auf vier Rädern, Kriminalistik 2005 529 ff., insbesondere 530

⁸ Fn 2

⁹ URSULA Hirschi, Mord an einem 19-Jährigen, Ein erschütternder Fallbericht, Kriminalistik 2005 681 ff.

¹⁰ FELIX BÄNZIGER, AUS erster Hand, Ein Gespräch mit dem Präsidenten des neu geschaffenen Bundesstrafgerichts Dr. Staub, Kriminalistik 2005 677 ff.

¹¹ zuletzt in Heft 10 dieser Zeitschrift

¹² in Heft 22 dieser Zeitschrift

¹³ zuletzt in ZBJV 140 [2004] 433 ff.; ein Bericht über die Praxis der Jahre 2004 und 2005 soll im nächsten Jahr folgen.

¹⁴ zuletzt in ZBJV 141 [2005] 116 ff.

¹⁵ ZBJV 141 [2005] 817 ff.

Ihre Hinweise auf Lücken und Neuerscheinungen richten Sie bitte an unsere Redaktion oder unser Sekretariat! Sie finden die nötigen Angaben auf dem Titelblatt dieses Heftes.

Veillez s'il vous plaît adresser à notre rédaction ou notre secrétariat vos remarques relatives à d'éventuels oublis ou nouveautés. La feuille de titre de ce cahier contient les indications utiles à ce sujet.

Richtiges Recht richtig sprechen ¹⁶

I. Vorbemerkungen

Die nachstehenden Gedanken kreisen nicht um die Rechtsherstellung, sondern um die Rechtsdarstellung. Gefragt wird nicht nach der richtigen Anwendung des positiven Rechts, sondern nach der optimalen Kommunikation der getroffenen Entscheidung. Erörtert werden Form und Inhalt der Urteilsbegründung, nicht des Urteilspruchs.

Das Schwergewicht der Ausführungen liegt dem Herkommen des Referenten entsprechend auf dem Zivilprozess. Mutatis mutandis gelten sie auch für den Strafprozess, wobei aber dessen Eigenheiten in der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts (Offizial- und Untersuchungsmaxime an Stelle von Dispositions- und Verhandlungsmaxime) nicht aus den Augen zu verlieren sind.

Tagungsthema ist die Urteilsbegründung **in zweiter Instanz**. Dies wirft die Frage auf, ob die Begründungsanforderungen sich im Instanzenzug wandeln. Sie ist im Grundsatz zu verneinen, doch rechtfertigt sich dennoch, der Funktionalität einer mehrstufigen Rechtsfindung Beachtung zu schenken:

- Die erste Instanz ist primär und vornehmlich Tatgericht. Zugleich ist sie, da sie den ersten und oftmals einzigen Kontakt des Rechtsuchenden mit der Justiz darstellt, deren Visitenkarte, aber auch die Einstiegsdroge zum Querulantenrum. Wer immer mit Querulanten zu tun hat, weiss um den Erfahrungssatz, dass sie in aller Regel durch ein als solches empfundenenes Unrecht in einer prozessualen Sachverhaltsermittlung fehlgeleitet wurden. Rückblickend gesehen trägt dieser subjektive Eindruck in vielen Fällen nicht. Vornehme Hauptaufgabe der ersten Instanz ist daher, den Sachverhalt umfassend und sorgfältig zu erarbeiten im Bestreben, die Fairness des Verfahrens als Wesen der formellen Gerechtigkeit (JOHN RAWLS) zu garantieren. Die vertiefte Auseinandersetzung mit den sich stellenden Rechtsfragen darf durchaus etwas in den Hintergrund gerückt werden. Dies auch mit Blick auf die empirische Erkenntnis, dass ungefähr zwei Drittel aller Prozesse im Sachverhalt und nicht in der – nach dessen Bereinigung oft nicht mehr streitigen – Rechtsanwendung entschieden werden.
- Die zweite Instanz ihrerseits soll, um das Prozessfeuer nicht unnötig zu schüren, einen regelkonform ermittelten Sachverhalt ohne Not nicht in Frage stellen, den Eindruck der funktionalen Besserwisserei nach Möglichkeit vermeiden. Dafür soll sie die freie Zeit auf die Rechtskontrolle verwenden, sich vertieft mit der Rechtsanwendung befassen.
- Die dritte Instanz schliesslich, das Bundesgericht, hat den Sachverhalt bloss noch unter Verfassungsgesichtspunkten zu prüfen, dafür aber die Leitplanken der Rechtsanwendung und der Rechtsfortbildung zu setzen. Namentlich sollte sie beachten, dass ihr die Nähe zur Sache, d.h. zu den Prozessbeteiligten, abgeht, was Zurückhaltung in der Annahme verfassungswidriger Feststellungen erheischt.

¹⁶ Vortrag, gehalten an einer Weiterbildungstagung des Obergerichts des Kantons Bern vom 22. Juni 2005. Die Vortragsform wird beibehalten, auf weiterführende Quellen- und Literaturhinweise verzichtet.

Die nachstehenden Gedanken drehen sich (II) um den Begründungsstil im Allgemeinen und (III) um die Anforderungen an die Begründung oberer kantonaler Entscheide mit Blick auf die Rechtsmittel des Bundes.

II. Die Urteilsbegründung im Allgemeinen

1. Das Urteil als Verkörperung und Erklärung des Rechts

In der Rechtswirklichkeit stellt sich die Grundsatzfrage nach der letztlich entscheidenden Rechtsquelle: liegt sie im Gesetz oder im Urteil? Der kontinentaleuropäische Dogmatiker hat dazu keine Zweifel: Die Rechtsprechung ist für ihn keine Rechtsquelle, sondern bestenfalls deren Lichtbild. Die empirische Erkenntnis ist überraschend gegenteilig: Der Bürger orientiert sich primär an der Rechtsprechung, weil das gesetzte Recht ihm zunehmend unverständlich ist und in gewissem Sinne inhaltsleer erscheint.

Dies hat der italienische Anwalt PIERO CALAMNDREI bereits in der Mitte des letzten Jahrhunderts treffend erkannt, als er seinen *Elogio dei Giudici* mit der unübertrefflichen Feststellung einleitete:

„Solange niemand das Recht verfälscht und seine Ausübung behindert, umgibt es uns unsichtbar und ungreifbar wie Luft, die wir atmen; unbemerkt wie die Gesundheit, deren Wert wir erst erkennen, wenn wir sie verloren haben. Aber wenn das Recht bedroht und verletzt wird, dann steigt es aus der astralen Welt, in der es in hypothetischer Form ruhte, in die Wirklichkeit herab, verkörpert sich im Richter und wird durch dessen Wort konkreter Ausdruck tätigen Willens.“

Das Gericht erscheint als Mensch gewordenes Recht, weil das Recht für den Rechtsuchenden in den allermeisten Fällen nur und erst durch ein Urteil fassbar und verständlich wird. Für den Bürger ist das Erlebnis Rechtsstaat gemeinhin ein Justizerlebnis. Dies hat Konsequenzen auf die Rechtsprechung, will sie ihrer Aufgabe als fassbare Rechtsverkörperung gerecht werden:

- Das Urteil muss nicht bloss gefällt, sondern vor allem erklärt werden. Ein Dispositiv klar und eindeutig zu formulieren, bietet in aller Regel keine besonderen Schwierigkeiten. Die Frage stellt sich daher weniger nach dem „**wie**“ der Entscheidung als nach dem „**warum**“. Erst in der Urteilsbegründung manifestiert sich die inhaltliche Rechtsverwirklichung, und erst in ihr zeigt sich, dass die Rechtsprechung nicht nur von ihrer Herstellung, sondern ebenso von ihrer Darstellung lebt.
- Die Verständlichkeit des Rechts ergibt sich weniger aus dem Ergebnis der Entscheidung als aus der dazu gegebenen Begründung. Motive bestehen, Urteilssprüche vergilben. Die Urteilsredaktion ist daher stets auch richterliche Tätigkeit und steht im Dienste der Rechtsfortbildung. Daraus rechtfertigt sich ein besonders hoher Sorgfaltsmassstab.

2. Der Empfängerhorizont

Urteilsbegründungen sind auf ihre Adressaten auszurichten. Diese aber sind die Prozessparteien und nicht die Rechtsmittelinstanzen.

Das Urteil steht im Dienste des Rechtsfriedens, und ein unangefochtenes Urteil unterer Instanz taugt dazu allemal ebenso viel wenn nicht mehr als ein oberinstanzlich bestätigtes. Gefordert ist daher Überzeugungskraft, vor allem gegenüber dem Prozessverlierer, dem verständlich zu machen ist, weshalb seiner Auffassung nicht gefolgt werden konnte. Der Prozessgewinner bedarf dieser Erleuchtung nicht; er war von jeher von seinem guten Recht überzeugt.

Die Überzeugungskraft hat ein Janusgesicht, eine formelle und eine materielle Seite:

- In formeller Hinsicht ist dem Anspruch des Rechtsuchenden zu genügen, vor Gericht respektiert zu werden. Er hat Anspruch auf eine korrekte Behandlung als Prozesspartei, nicht bloss während laufendem Verfahren, sondern ebenso im Rahmen der Urteilsbegründung. Dazu einige Aspekte:
 - Auch dem Prozessverlierer ist im Rahmen des Möglichen Verständnis entgegenzubringen; ein Anerkennungsbonus für dessen Rechtsstandpunkt wird ganz besonderes geschätzt.
 - Affekte sind aus der Begründung zu verbannen, soweit sie nicht rechtsfolgenbestimmend sind (wie z.B. bei der Strafzumessung oder der Bemessung einer Genugtuung). Die Argumentation soll sachlich, nicht persönlich sein. Lobende oder herablassende Bemerkungen über die eine oder andere Partei sind zu unterlassen.
 - Negative Vorhaltungen sind unnötig. Wird eine Forderung zugesprochen, erübrigt sich etwa die Bemerkung: „*Dass der Anspruch verjährt sei, macht der Beklagte nicht geltend.*“ Richter sind keine Oberlehrer.
- In materieller Hinsicht sind die wahren Entscheidungsgründe zu offenbaren. Plausibilität der Darstellung ist wesentlich wichtiger als sibyllinische Gelehrsamkeit. Die Prozessparteien sollen die Entscheidungsgründe verstehen und nachvollziehen können, nicht mit einem okkulten Gottesurteil konfrontiert werden. Das Gericht soll den Eindruck erwecken, dass sein Urteil auf sachlichen Überlegungen und praktischer Vernunft beruht, nicht auf willkürlicher Justizmacht oder weltfremder Dogmatik.

3. Die internationalen Facetten der Urteilsbegründung

Der Blick über die Grenzen zeigt, dass der Stil der Urteilsbegründung von Staat zu Staat nicht unerheblich variiert, eine Konsequenz der unterschiedlichen nationalen Rechts- und Rechtssprechungskulturen.

Von ganz besonderer Art ist die Urteilsbegründung im **englischen** Rechtskreis. Sie ist geprägt vom System des *case law*, von der induktiven Rechtsfindung aus dem jeweiligen Sachverhalt, für den das Gericht die passende Regel (Norm) selbst erarbeitet. Das systematische Rechtsfindungselement orientiert sich weniger an positiven Vorgaben des Gesetzgebers als an eigenen Präjudizien. Dies verlangt nach einer bildlichen Darstellung des Sachverhalts, nach einer tatbeständlichen Ausbreitung der Grundlagen der Rechtsfindung. Die Entscheidung ergeht daher in aller Regel in der Sprache des *common sense* und trägt unausweichlich

feuilletonistische, narrative Züge. Hinzu kommt, dass die Urteile im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht „synchronisiert“, d.h. aus dem redaktionellen Schmelztiegel begründet werden, sondern individuell. Zwar entscheidet auch hier die Mehrheit, jedes Mitglied des Gerichts aber begründet „seine Entscheidung“ selbst und selbständig. Meister dieser Art der Urteilsbegründung war unstreitig LORD DENNING, der wohl bekannteste englische Richter des letzten Jahrhunderts. Als Beispiel diene die Einleitung zu seiner Entscheidung i.S. HINZ VS. BERRY (1970)¹⁷:

„Es geschah am 19. April 1964. Es war Glockenblumenzeit in Kent. Mr. und Mrs. Hinz waren seit zehn Jahren verheiratet und hatten vier Kinder, alle weniger als neun Jahre alt. Das jüngste war einjährig. Mrs. Hinz war eine bemerkenswerte Frau. Nebst ihren eigenen vier Kindern zog sie weitere vier als Pflegemutter auf und war mit ihrem fünften Kind im zweiten Monat schwanger.

Eines Tages fuhren sie in einem Bedford Dormobile von Tonbridge nach Canvey Island. Sie hatten alle acht Kinder bei sich. Auf der Rückfahrt hielten sie auf einem Ausstellplatz an, um ein Picknick einzunehmen. Mr. Hinz kochte im Dormobile den Tee, und Mrs. Hinz pflückte mit Stephanie, ihrem dritten Kind, Blumen auf der gegenüberliegenden Strassenseite. Auf der Strasse näherte sich ein von Mr. Berry gelenkter Jaguar. Eines geplatzten Reifens wegen geriet er ausser Kontrolle, schlitterte auf den Ausstellplatz und prallte in Mr. Hinz und die Kinder. Mr. Hinz wurde schwer verletzt und starb kurze Zeit später. Beinahe alle Kinder wurden verletzt. Blut strömte aus ihren Köpfen. Mrs. Hinz, durch den Aufprall aufgeschreckt, blickte sich um und sah das Unglück. Sie rannte über die Strasse und tat, was sie tun konnte. Ihr Gatte erlangte das Bewusstsein nicht mehr. Die Kinder erholten sich. ... Aber es bleibt die Frage des Schadenersatzanspruchs wegen des Schocks, den Mrs. Hinz erlitten hat, als sie ihren Gatten sterbend auf der Strasse und die Kinder um ihn herum verstreut liegen sah. ...“

Auf dem **Kontinent** erfolgt demgegenüber die Rechtsanwendung seit den grossen Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts deduktiv, durch Subsumtion des Sachverhalts unter das Gesetz, in Nachachtung der Gewaltenteilung und der Prävalenz der Legislativen. Die Justiz legitimiert sich und ihre Rechtsprechung nicht aus sich selbst, sondern aus dem Gesetz (Art. 191c BV). Der Begründungsstil wird dadurch nüchterner und in gewissem Sinne juristischer. Dennoch sind auch hier Unterschiede im Begründungsstil auszumachen:

- Die **französische** Rechtsprechung zeichnet sich durch einen (allzu) knappen, autoritativen Begründungsstil aus. Die Urteils motive erschöpfen sich oftmals, selbst bei den Höchstgerichten, in einigen wenigen apodiktischen Aussagen, die axiomatisch hingeworfen und nicht näher begründet werden. Musterbeispiele sind die Begründungen, die sich mit „*at-tendu que, que ... que ... que ...; pour ces raisons ...*“ begnügen und die eigentliche Entscheidung in einem einzigen Hauptsatz offenbaren, dessen Umfeld oftmals im Dunkeln bleibt.
- Die **deutschen** Gerichte bemühen sich besonders um eine vertiefte Ernsthaftigkeit und Glaubwürdigkeit. Ihre Urteile haben stets einen wissenschaftlichen Anstrich, indem neben der Rechtsprechung auch die Dogmatik (kritisch) erörtert und hinterfragt wird. Dem Juristen sind diese Urteile willkommene Fundgruben der Rechtserkenntnis, den Rechtsuchenden aber oftmals unverständlich, weil zu wissenschaftlich. Zudem ergeben sich aus diesen

¹⁷ Übersetzung durch den Verfasser.

Urteilen nicht selten gehässige Kontroversen zwischen „Lehre und Überlieferung“, juristische Dispute, die dann unnötigerweise in den Entscheidungsgründen ausgetragen werden.

- In der **Schweiz** besteht die Besonderheit der drittbezügten Urteile. Die Begründungen werden nicht durch die Mitglieder des Gerichts, sondern durch Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber beigesetzt, offensichtlich eine Reminiszenz des bei uns historisch besonders verbreiteten Laienrichtertums. Dies hat zur Folge, dass die Motive stark synchronisiert werden, dass darin die Beiträge der einzelnen Gerichtsmitglieder zur Entscheidung nicht mehr erkennbar aufscheinen und dass gelegentlich eine Begründung abgegeben wird, welche von keinem Urteilenden in dieser Form vorgetragen wurde. Die Verantwortung für die Rechtsdarstellung wird damit in wesentlichen Teilen von der Richterbank auf den Scheibersessel verlagert, und die Redaktoren tragen eine im internationalen Vergleich besonders hohe Verantwortung für die Qualität der Urteile, d.h. deren Begründungen. Im Stil lehnt die schweizerische Praxis sich stark an die deutsche an, allerdings in wesentlich pragmatischer Form, die sich in einer helvetisch nüchternen, nicht in einer gelehrten Sprache zeigt. In den Kantonen der Romandie ist allerdings ein gewisser Hang zum französischen Begründungsstil nicht zu verkennen, insbesondere die Tendenz, auf tiefeschürfende und weitschweifige Literaturzitate zu verzichten.

4. Hauptsächliche Wesensmerkmale einer guten Urteilsbegründung

a. Stringenz

Urteilsbegründungen sind weit häufiger zu ausschweifend als zu knapp. Je breiteren Raum sie aber einnehmen, desto weiter wird die Angriffsfläche und desto höher die Gefahr von Inkohärenzen, Widersprüchen und verwirrenden Serpentinien. Das französische „la règle“ bedeutet sowohl Norm wie Lineal, und die gradlinige Argumentation zeichnet den guten Urteilsstil ganz besonders aus.

Welche sind die „Hauptsünden“ einer zu breiten Argumentation? Für mich namentlich die folgenden:

- Den (aus der Natur der Sache gegensätzlichen) Parteivorbringen und der Prozessgeschichte wird zu viel Raum gewährt. Behauptungen und Feststellungen zum Sachverhalt werden oftmals nicht klar auseinander gehalten, was namentlich beim unbefangenen Leser Verwirrung stiftet. Urteile sind keine Epen und die Kunst der Redaktion besteht nicht darin, die Prozesseingaben der Parteien abzuschreiben, sondern das Wesentliche kurz und verständlich zusammenzufassen sowie Unwesentliches beiseite zu lassen.
- Der urteilsmässige Sachverhalt wird zu wenig auf den gesetzlichen Tatbestand fokussiert. Während bei Abfassung einer Rechtsschrift die anwendbaren Normen nicht immer bereits feststehen und daher eine Vielfalt in der Argumentation nicht zu vermeiden ist, steht im Zeitpunkt der Motivierung die Entscheidung als solche fest und sind die ihr zugrunde gelegten Rechtssätze bestimmt. Auf deren Tatbestände sind folglich die Erwägungen zum Sachverhalt auszurichten und zu konzentrieren. Insoweit unterscheiden die Motive sich auch von der mündlichen Urteilsberatung im Kollegialgericht, in welche häufig verschiedene Standpunkte einfließen, welche in der anschliessenden Diskussion oder Abstimmung obsolet werden. Was dort verworfen wird, braucht grundsätzlich in den Motiven nicht mehr zu erscheinen, es sei denn, ein Parteistandpunkt sei aus Gründen der Verfahrensfairness, namentlich des rechtlichen Gehörs, ausdrücklich zu verwerfen und als rechtsunerheblich

auszugeben. Die schriftlichen Motive dürfen aber im Allgemeinen konziser gefasst sein als die mündliche Urteilsbegründung.

- Alternativ- und Eventualbegründungen sind in den meisten Fällen entbehrlich.
 - Dies gilt vorab für den Sachverhalt: Eine Sachbehauptung ist entweder rechtserheblich oder nicht. Ist sie irrelevant, erübrigen sich beweismässige Feststellungen dazu. Beispielsweise ist in Haftpflichtfällen nach SVG wegen der Kausalhaftung des Halters kaum je entscheidend, ob der Lenker an der Unfallstelle die Höchstgeschwindigkeit überschritten hatte. Folglich erübrigen sich im Zivilprozess aufwändige Abklärungen und Erörterungen zur gefahrenen Geschwindigkeit.
 - In der Rechtsanwendung genügt in aller Regel die Beschränkung auf die stärkste Argumentation. Doppelt genügt hält wohl besser, ist aber keine Regel der Urteilsbegründung. Mehrfachbegründungen aus unterschiedlichen Normen sind daher im Allgemeinen nur geboten, wenn in Ausnahmefällen überschüssende oder kumulative Ansprüche zur Beurteilung stehen. Als Beispiel erwähnt sei der Versorgerschaden, der nach der Rechtsprechung nur aus Delikt, nicht auch aus Vertragsverletzung geschuldet ist. Ist daher eine Tötung Folge einer Vertragsverletzung, etwa im Arbeitsrecht, sind auch die deliktischen Haftungsvoraussetzungen zu prüfen, wenn Versorgerschaden zum Ersatz beansprucht wird. Im Regelfall aber reicht die „näher liegende“ Anspruchsbeurteilung aus. So erübrigt sich beispielsweise in immaterialgüterrechtlichen Verletzungsprozessen bei bejahtem Verstoss gegen eine spezifische Norm, etwa des Markenrechts, regelmässig eine Zusatzbegründung aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs.
 - Eventualbegründungen stiften meist mehr Verwirrung als Klarheit Sie sind im Allgemeinen entbehrlich. Zu rechtfertigen sind sie etwa, wenn im Ergebnis die Hauptbegründung für sich allein nicht befriedigt (beispielsweise wenn eine Klage aus formellen Gründen zurückgewiesen wird und opportun erscheint, sie auch in der Sache selbst als unbegründet zu „prognostizieren“) oder wenn begründeter Anspruch zum „Nachdoppeln“ besteht (etwa bei widersprüchlichen Präjudizien). Das Fairnessgebot wird dagegen geritzt, wenn die Parteien durch eine verkappte Eventualbegründung mit Blick auf den Instanzenzug „ausgebremst“ werden sollen (beispielsweise wenn mit ausführlichen Feststellungen zum Sachverhalt die anspruchsbegründenden Tatsachen verneint werden und im Anschluss daran verstohlen und ohne weitere Begründung beigefügt wird, das Verhalten des Klägers wäre im Übrigen als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren, in der Hoffnung, der Kläger übersehe diesen Nachsatz und beschränke sich auf eine staatsrechtliche Beschwerde wegen verfassungswidriger Sachverhaltsermittlung, auf welche das Bundesgericht aber wegen der prozessualen Obliegenheit, alle Mehrfachbegründungen mit dem jeweils zulässigen Rechtsmittel anzufechten, nicht eintreten wird).
- Die Begründung soll falladäquat sein. Klare und eindeutige sowie Dutzendfälle sind knapp und summarisch zu begründen, und die freiwerdende Zeit ist in die sorgfältige, vertiefte Motivierung von Grundsatzentscheidungen zu investieren. Lapidar ist dazu die Feststellung, dass die rechtliche Bedeutung einer Streitsache nicht vom Streitwert abhängt.

b. Distanz und Sachlichkeit

Bekanntlich trägt jedes Urteil auch irrationale Züge. Die Entscheidung wird mit beeinflusst vom jeweiligen Rechtsgefühl der Urteilenden, vom Vorverständnis zu bestimmten Rechtsfragen, von rechtspolitischen Grundhaltungen, von Sympathien und Antipathien für die Parteien und deren Vertreter oder von der inneren Abhängigkeit von politischen, religiösen oder anderen weltanschaulichen Parametern des Streitfalls. Die Kunst des Richtens und damit auch der Urteilsbegründung besteht darin, mit diesen irrationalen Vorgaben möglichst rational umzugehen (WINFRIED HASSEMER). Die irrationalen Komponenten sind daher in der Begründung tunlichst zu unterdrücken. Das Urteil ist kein Plädoyer.

Die Urteilsredaktion soll sachlich gehalten werden, um die gebotene Distanz des Gerichts zur Streitlage zu dokumentieren. Pauschalierende Gemeinplätze gehören nicht in die Motive. Als negatives, nicht weiter zu kommentierendes Beispiel dazu diene eine – leicht modifizierte – Erwägung aus einem (ausserbernischen) Entscheid zu einer Bürgerrechts- oder Scheinehe:

„Der Ehemann A ist sieben Jahre jünger als die Ehefrau B. Bedeutsam am höheren Lebensalter von B ist, dass diese noch nie verheiratet und mit vierzig Jahren relativ alt war, als sie die Ehe mit A schloss. Dass sie natürlicherweise wegen ihres Alters nicht mehr die besten Heiratschancen hatte und dennoch einen Mann fand, sogar einen jüngeren, ist ebenfalls ungewöhnlich. Diese Tatsache lässt darauf schliessen, dass A nur heiratete, um in den Genuss einer Aufenthaltsbewilligung zu kommen...

In den Akten liegen Fotoaufnahmen der standesamtlichen Trauung. Was der Rechtsvertreter von A unter Hinweis auf diese Bilder als „einen so herzhaften Kuss“ bezeichnet, kann auch mit anderen Augen gesehen werden: zwei fremde Menschen, die sich küssen (man beachte bloss die Haltung der Arme). Zudem fällt auf, dass B auf keinem der Bilder in die Kamera blickt. Im Unterschied dazu strahlen die Gesichter der ausländischen Damen auf den Fotos; eine davon ist mutmasslich die Schwester von A, welche die Scheinehe arrangiert hat. Sie scheint sich zu freuen, da sie glaubt, sie habe ihr Ziel erreicht....“

c. Inhaltliche und sprachliche Verständlichkeit

Nur das verständliche Urteil überzeugt, wobei die Verständlichkeit wiederum aus dem Empfängerhorizont, demjenigen der Parteien, zu beurteilen ist. EUGEN HUBER war der – jedenfalls für seine Zeit - zutreffenden Auffassung, die Gesetzbücher würden im Volk gelesen und müssten daher für das Volk verständlich sein und beim verständigen Menschen die Empfindung wecken, das Gesetz sei ihm vom Herzen geschrieben. Dies gilt in noch stärkerem Masse für das Urteil, das notwendigerweise auch von Nichtjuristen gelesen wird. Die Richter sollen eben nicht nur richtiges Recht sprechen, sondern das Recht auch richtig sprechen (BERNHARD GROSSFELD). Richtig sprechen aber heisst verständlich sprechen. Das Urteil hat sich dem Sprachgebrauch und dem Sprachverständnis der Rechtsuchenden anzupassen. Leitsätze dazu sind etwa

- so viel Umgangssprache wie möglich, so viel Fachjargon wie nötig,
- Fachbegriffe (z.B. *culpa in contrahendo*) erklären, nicht als bekannt voraussetzen,

- unvermeidliche (!) lateinische Parömien übersetzen (z.B. *in dubio pro reo* oder *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*),
- juristische Terminologie umgangssprachlich definieren und umsetzen (z.B. Begriff der Fahrlässigkeit, deren leichte und grobe Graduierung).

Ein „gelehrter“ Urteilsstil ist zu vermeiden. Auch Rechtsfragen lassen sich in der Umgangssprache abhandeln und einfach darstellen. Ein Urteil ist sprachlich erst vollendet, wenn es auch als Bettlektüre - nicht als Schlafmittel verstanden - taugt. Urteile schweizerischer Prägung sind keine wissenschaftlichen Abhandlungen.

Das Urteil soll sprachlich in einem einfachen Deutsch (oder Französisch) erscheinen, nicht in einem neumodischen Marketing-eltangel-Stil (MAX KUMMER). Die Sätze sollen kurz und konzise sein. Amts- oder Papierdeutsch ist schlechter Urteilsstil. Wie solcher Kanzleistil zu erreichen ist, hat LUDWIG REINERS in seiner Stilkunde mit folgender Persiflage umschrieben:

„Einfache Verben vermeiden, Verben durch Hauptwörter ersetzen, möglichst viele Hauptwörter auf -ung, -heit, -keit in Anwendung bringen, kurze konkrete Hauptwörter durch lange und abstrakte ersetzen, in jedem Satz das Wort „derselbe“ in Anwendung bringen, das Wort „beziehungsweise“ oft verwenden, altehrwürdige Kanzleiausdrücke vor Abschaffung bewahren¹⁸, lange Sätze bauen, indirekte Rede verwenden etc.“

Wichtiges im Urteil gehört in Haupt- und nicht in Nebensätze. Pleonasmen sind zu vermeiden, z.B. die Vorinstanz habe ihr Ermessen nicht *in unhaltbarer Weise* missbraucht (es kann gar nicht in haltbarere Weise missbraucht werden), ebenso nach Möglichkeit Superlative (voll und ganz, unbedingt, gänzlich, keineswegs etc.). Fremdwörter sind grundsätzlich nur für wissenschaftliche Fachausdrücke zu verwenden.

Die Verständlichkeit des Urteils steht im Dienste seiner Überzeugungskraft. Diese wiederum beruht auf gezeigter Festigkeit und Unabhängigkeit des Gerichts. Die Parteien suchen im Urteil nicht Zweifel und Unentschlossenheit, sondern eine klare und feste Meinung. Die Urteilsfindung, die Willensbildung des Gerichts, erfolgt häufig in Serpentin; sie sind in der Begründung nicht offen zu legen. Zu begründen ist die **getroffene** Entscheidung, das Ergebnis des richterlichen Bemühens. Das heisst allerdings nicht, dass von den Parteien vorgebrachte, vom Gericht mit geprüfte aber verworfene Argumente samt und sonders unter den Tisch zu wischen wären. Wenn sich aus Gründen der Verfahrensfairness, namentlich des Gehörsanspruchs, aufdrängt, im Urteil darauf einzugehen, soll dies geschehen, allerdings wiederum klar und knapp und mit stringenter sachlicher Begründung. Der Anschein der „Besserwisserei von Amtes wegen“ ziemt der Justiz nicht. Oftmals wird auch ausreichen, die Gegenargumentation auf die mündliche Urteilseröffnung und -begründung zu beschränken.

Schliesslich soll das Urteil aus sich selbst verständlich sein. Es soll alles Wesentliche zum Ausdruck bringen und dazu nicht bloss auf Erwägungen der Vorinstanz verweisen. Trotz der gebotenen Kürze ist der Sachverhalt so vollständig darzustellen, dass die gestützt darauf vorgenommene Rechtsanwendung nachgezeichnet werden kann, ein Einwand, der oftmals zu Recht gegenüber den im Sachverhalt zu knappen BGE erhoben wird. Urteile werden verbreitet auch von unbeteiligten Dritten gelesen und benötigt, die über keine zusätzlichen Aktenkenntnisse verfügen.

¹⁸ Bei uns etwa die beliebten Wendungen „Wettschlagung der Parteikosten“ oder „Verstellung zum Beweis“.

d. Sorgfalt und Bestimmtheit in der Darstellung des Sachverhalts

Erfahrungsgemäss werden etwa zwei Drittel aller Streitfälle im Zivil- und Strafbereich auf dem Boden des Sachverhalts entschieden und bietet nach geklärtem Sachverhalt die Rechtsanwendung keine besonderen Schwierigkeiten mehr. Zudem krallen die Laienparteien sich wesentlich stärker im Sachverhalt als in der Rechtsanwendung fest und sind sie auf Vorhalte in diesem Bereich besonders sensibilisiert, weil es in Sachverhalt um Wahrheit geht und sogleich der Vorwurf der Lüge im Raum steht.

Die neuzeitliche Verfassungskontrolle der Urteile hat sich zunehmend auf den Verfahrensablauf und damit die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts verlagert. Völkerrechtlich (EMRK) und verfassungsrechtlich (Art. 29 BV) prägen im Wesentlichen die Stichworte des rechtlichen Gehörs, der Waffengleichheit, von Treu und Glauben im Verfahren, der Verfahrensfairness ganz allgemein, d.h. die Garantien der formellen Gerechtigkeit, das System der Justizkontrolle und ist eine Verletzung dieser Grundsätze im Allgemeinen einfacher bestätigt zu erhalten als eine Verletzung der materiellen Gerechtigkeit, d.h. im Verfassungsbezug des Gleichbehandlungsgebots oder des Willkürverbots.

Die urteilsmässige Sachverhaltsdarstellung ist ein Destillat aus dem Füllhorn des Behauptungs- und Beweisverfahrens. Dabei ist namentlich Folgendes zu beachten:

- Das Beweisergebnis ist klar aufzuzeigen. Eine Tatsachenbehauptung hat sich im Beweisverfahren entweder als wahr oder als unwahr herausgestellt oder ist offen geblieben. Sie ist damit bewiesen oder widerlegt oder weder bewiesen noch widerlegt worden. Dies ist im Urteil klar darzustellen. Unberechtigt ist namentlich der verbreitete „*horror vacui*“, die Scheu vor einem offenen Beweisergebnis. Dazu enthält das materielle Recht Beweislastregeln. Sie sind keine verpönten Entscheidungsgrundlagen, insbesondere nicht im Zivilprozess mit seiner Verhandlungsmaxime.
- Zu begründen ist auch das (materiellrechtlich vorgegebene) Beweismass. Im Urteil ist darzulegen, aus welchen Beweisen die Überzeugung gewonnen wurde oder nicht zu gewinnen war, und gegebenenfalls ist aufzuzeigen, welchen Grad die Überzeugung erreichte. Zu begründen ist auch, weshalb diese oder jene Beweise das Gericht nicht zu überzeugen vermochten.
- Besonders sorgfältig zu begründen ist wegen des sensiblen Anspruchs auf rechtliches Gehör die Ablehnung von Beweisanträgen. Darin liegt eine antizipierte Beweismwürdigung, welche zwar bundesprivatrechtlich weitherzig zugelassen wird (Art. 8 ZGB), verfassungsrechtlich aber einer verbreiteten Skepsis begegnet. Antizipierte Beweismwürdigung ist weitgehend unproblematisch, wenn sie darin besteht, ein angerufenes Beweismittel als generell untauglich oder die ihm unterstellte Sachbehauptung als rechtsunerheblich auszugeben. Heikel ist sie dagegen, wenn sie damit begründet wird, der angebotene Beweis vermöchte die bereits gewonnene Überzeugung des Gerichts ohnehin nicht mehr umzustossen. Hier ist eine besonders sorgfältige Begründung gefragt.

Häufig ergehen Anordnungen zur Sachverhaltsermittlung in selbständig nicht anfechtbaren Zwischenentscheiden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass alle diese Entscheide **irgendwann**, spätestens mit dem Endentscheid, anfechtbar werden. Auch Zwischenentscheide sind daher sorgfältig zu begründen, um spätere Überraschungen und eine unnötige Wiederholung des Beweisverfahrens zu vermeiden.

Schliesslich gilt als Maxime, dass die Sachverhaltsdarstellung im Urteil stets nur beschreibend sein soll. Wertungen und Folgerungen gehören in die rechtliche Subsumtion.

e. Auf die Streitentscheidung fokussierte Rechtserörterungen

Urteile sind keine Lehrbücher und sollen daher keine Plattitüden für Studierende im ersten Semester enthalten. Dass die Forderung einen Gläubiger und einen Schuldner hat oder der Kaufvertrag in der Hingabe eines Objektes gegen Geld besteht, ist nicht nur juristisches Gemeingut und in den Erwägungen nicht aufzufrischen. Zu erörtern sind bloss die Rechtsfragen, die der konkreten Streiterledigung dienen.

Belesenheit ist ein zeichnendes Attribut, muss aber nicht in jedem Urteil unter Beweis gestellt werden. Die Zitierflut darf durchaus in Grenzen gehalten werden, zumal mehrzeilige Einschübe die flüssige Lektüre des Texts erheblich stören. Die Akzeptanz eines Urteils nimmt nicht proportional zu den angeführten Zitaten zu. Der Rechtsuchende orientiert sich ohnehin mehr an der Rechtsprechung, will wissen, wie das Gericht eine Streitfrage beurteilt und nicht, was alles die Dogmatik zum Problem meint. Soweit er die Urteile kritisch würdigt, vergleicht er sie eher mit Präjudizien als mit dogmatischen Theorien. In erster Linie ist daher in der Begründung die Kohärenz zur gefestigten Rechtsprechung aufzuzeigen. Nur wo dies nicht möglich ist, sind die Abweichungen ausführlich und sorgfältig, unter Beizug der einschlägigen Literatur, zu begründen.

Wird von bisheriger Lehre und Rechtsprechung abgewichen, ist dies nicht mit Scheinargumenten zu vertuschen, sondern offenzulegen und zu begründen. Bloss vorgetäuschte Kohärenz ist in aller Regel nicht „rechtsmittelfest“.

f. Regelhaftigkeit

Die gerichtliche Entscheidung beschlägt stets einen Einzelfall, selten aber einen Sonderfall. In der Begründung ist daher namentlich auf die Integration der Entscheidung in das Rechtssystem zu achten. Die wesentlichen Aussagen sollen als verallgemeinerungsfähige Regeln bestehen können und insoweit normativen Gehalt tragen. Die Einzelfallgerechtigkeit rechtfertigt nur in Ausnahmefällen, aus dem geschlossenen inneren System der Rechtsordnung ausbrechen.

Die rechtliche Begründung soll daher über den Einzelfall hinausgedehnt, abstrakt und als Maxime formuliert werden, wenn immer dies möglich ist. Die allgemeinen Rechtserörterungen und die fallbezogenen Folgerungen (Subsumtionen) sind mit Vorteil klar auseinanderzuhalten; die Trennung dient der Klarheit und Verständlichkeit des Urteils.

Die Einzelfallgerechtigkeit soll nur dort als Begründungselement angeführt werden, wo sie gesetzlich vorgegeben ist, etwa in Fällen des Rechtsmissbrauchs oder von Ermessensentscheidungen.

g. Einbettung des Urteils in das soziale Umfeld

Urteile sind oftmals politisch oder weltanschaulich heikel und stossen im breiten Publikum auf Widerstand, weil sie angeblich gegen den Volkswillen oder das Empfinden „aller redlich und gerecht Denkenden“ verstossen. Sie bedürfen alsdann einer Begründung, die sich nicht auf formaljuristische Aspekte beschränkt, sondern das sensible soziale Umfeld mit einbezieht und ausleuchtet.

Erinnert sei in diesem Zusammenhang etwa an die „Einbürgerungsurteile“ des Bundesgerichts, mit denen der Entscheid an der Urne als verfassungswidrig erklärt wurde (BGE 129 I 217 und 232). Die Begründung dazu ist rechtlich untadelig, kapriziert sich aber vielleicht zu sehr auf verfassungsmässig abgehobene Rechtsfragen. Die Begründung mit einer unzulässigen „Verwaltungsfunktion“ der Urnenabstimmung, einer individuell-konkreten Anordnung im Verfahren der Normsetzung ohne rechtliches Gehör, Begründung und Rechtskontrolle ist im allgemeinen Publikum nicht verstanden und daher schlecht aufgenommen worden. Allenfalls wäre eine höhere Akzeptanz zu erreichen gewesen, hätte das Gericht die Würde des Gesuchstellers in den Kontext der Staatsaufgaben gestellt, das Spannungsverhältnis von Demokratie und Rechtsstaat aufgezeigt und an das Verfassungsbewusstsein sowie die Verfassungsbindung der Bürger appelliert.

Im selben Kontext kann das bundesgerichtliche Urteil zum Selbstverschulden eines sexuell verführten Minderjährigen angeführt werden (4C.225/2004 vom 24.2.2004). Dem Opfer sexueller Handlungen ein Selbstverschulden anzulasten, löst in der breiten Bevölkerung Wogen der Empörung aus, die sich nicht mit einem einfachen Hinweis auf die ersatzmindernde Tragweite eigenen Verhaltens glätten lassen. In diesem sensiblen Bereich hätte in der Begründung wohl mehr Gewicht auf die Umstände gelegt werden sollen, dass Opfer und Täter während insgesamt acht Jahren, ab dem 14. Altersjahr des Opfers über dessen sexuelle und allgemeine Mündigkeit hinaus ein intimes Verhältnis unterhielten, dass 14- bis 16-Jährige trotz ihrer Minderjährigkeit schulfähig sind, dies auch im sexuellen Bereich, namentlich wenn sie sich ihrerseits an Jüngeren vergeifen, dass aber Verschulden und Selbstverschulden korrelative Begriffe und an denselben Massstäben zu messen sind, und dass der weite Ermessensbereich von Art. 44 OR die Würdigung aller Umstände bei der Bemessung des Schadenersatzes erlaubt.

II. Die Begründung kantonaler Urteile aus der Sicht des Bundes rechts

1. Kassation formal ungenügender Urteile

Das Bundesgericht überprüft in der Zivil- und der Strafrechtspflege (Berufung sowie Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof) grundsätzlich nur die Anwendung von Bundesrecht. Die Ermittlung des Sachverhalts als Gegenstand des (noch) kantonalen Prozessrechts unterliegt allein der Verfassungskontrolle (staatsrechtliche Beschwerde).

Folgerichtig muss das anfechtbare kantonale Urteil so beschaffen sein, dass es diese differenzierte Kontrolle erlaubt. Ist dies nicht der Fall, wird das Urteil von Amtes wegen kassiert, im Zivilprozess gestützt auf Art. 52 OG, im Strafprozess gestützt auf Art. 277 BStP.

2. Die Anforderungen des Bundesrechts an die anfechtbaren kantonalen Urteile

a. Zivilprozess

Nach Art. 51 OG haben berufungsfähige kantonale Urteile den folgenden Anforderungen zu genügen:

- Der Streitwert ist anzugeben (lit. a). Die Angabe erübrigt sich bei einer bezifferten Forderungsklage, ist aber bei nicht auf Geld lautenden Begehren zwingend vorgeschrieben. Dabei ist nach dem Bundesrechtspflegegesetz an sich nur anzugeben, ob die Berufungssumme von Fr. 8'000.- erreicht ist. Allerdings ist der Streitwert nicht nur rechtsmittel-, sondern

auch kostenbestimmend, und gewünscht wird mit Blick darauf eine möglichst genaue Bezifferung des Streitwerts.

- In mündlichen Verfahren ist ein Sitzungsprotokoll zu erstellen (lit. b). Die Vorschrift ist – soweit ersichtlich – für das bernische Prozessrecht ohne Bedeutung.
- Feststellungen zum Sachverhalt oder zur Rechtsanwendung sowie die Anwendung eidgenössischen, kantonalen oder ausländischen Rechts sind klar auseinander zu halten (lit. c). Diese Vorschrift ist die praktisch wichtigste und wird nachstehend besonders erörtert (Ziff. 3 und 4 hiernach).
- Fachrichtervoten sind zu protokollieren, wenn auf den Beizug von Experten verzichtet wird (lit. d). Die Bestimmung ist namentlich für das Handelsgericht von Bedeutung und ganz besonders in Patentstreitigkeiten, weil das Bundesgericht hier ausnahmsweise im Berufungsverfahren eine Sachverhaltskontrolle vornehmen kann (Art. 67 OG). Über die Form der Aufzeichnung schweigt das Gesetz sich aus. Zulässig sind nach der Rechtsprechung sowohl eigentliche Aktenprotokolle (Sitzungsprotokolle) wie gesonderte, schriftlich abgegebene Voten der Fachrichter.

b. Strafverfahren

Die Bundesstrafprozessordnung enthält keine detaillierten Angaben über die Anforderungen an die anfechtbaren kantonalen Urteile. Als Grundsatz gilt auch hier, dass der kantonale Entscheid die bundesgerichtliche Kontrolle der Rechtsanwendung ermöglichen muss.

Aus der Praxis sind etwa die folgenden Beispiele ungenügender Begründungen zu nennen:

- Fehlen tatsächlicher Feststellungen zu rechtserheblichen Tatbestandselementen,
- Widersprüche im Sachverhalt,
- lückenhafte Rechtsanwendung, etwa darin, dass eine angewandte Norm unklar bleibt oder die Strafzumessung nicht nachprüfbar ist.

2. Tat- und Rechtsfragen

Die Scheidung von Tat- und Rechtsfragen ist für die Rechtsmittel des Bundes grundlegend. Die beiden auseinanderzuhalten ist nicht immer einfach. Als praktische Faustregel bewährt sich im Allgemeinen die Erkenntnis, dass die Tatfrage sich um die **Wahrheit** und die Rechtsfrage sich um die **Richtigkeit** dreht. Eine Feststellung zum Sachverhalt ist einem Beweis zugänglich und erweist sich entweder als wahr oder als unwahr. Die Rechtsanwendung beruht auf Normauslegung, Subsumtion oder Wertung und erscheint entweder als richtig oder als falsch.

Die bundesrechtlich verlangte klare Zuordnung gibt häufig deshalb zu Beanstandungen Anlass, weil im kantonalen Verfahren entscheidunswesentlich ist, ob eine bestimmte Schlussfolgerung empirisch (d.h. tatsächlich) oder normativ (d.h. rechtlich) gezogen wird. Als Beispiel diene die Vertragsauslegung:

- Bundesprivatrechtlich (Art. 1 und 18 OR) gilt der Grundsatz, dass in Fragen von Konsens oder Vertragsauslegung das übereinstimmend Verstandene Vorrang vor dem überein-

stimmend Erklärten hat. Erst wenn die Parteien ihre äusserlich übereinstimmenden Erklärungen unterschiedlich verstanden haben, greift der Grundsatz der Vertrauensbindung, d.h. es gilt das Erklärte in dem Sinn, in welchem es von einem redlichen Empfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste. Ist auch ein solcher vertrauens-theoretischer Sinn nicht auszumachen, liegt ein Dissens vor.

- Ob die Parteien sich übereinstimmend verstanden haben, ist Tatfrage und damit der bundesgerichtlichen Kognition im Berufungsverfahren – vorbehaltlich der Ausnahmen nach Art. 63 Abs. 2 OG – entzogen. Wie eine Willenserklärung vertrauens-theoretisch verstanden werden durfte und musste, ist dagegen Rechtsfrage und wird im Berufungsverfahren frei geprüft.
- Für das kantonale Urteil bedeutet dies, dass vorerst anzugeben ist, ob und in welchem Sinn die Parteien die ausgetauschten Erklärungen übereinstimmend verstanden haben. Dies ist Gegenstand des Beweisverfahrens. Führt dieses zu einem positiven Ergebnis, hat es damit sein Bewenden und erübrigt sich, im Sinne einer Alternativbegründung darzutun, dass der tatsächlich ermittelte Sinn einer Erklärung deren normativen Bedeutung entspricht. Erst wenn das Beweisergebnis offen bleibt (non liquet), stellt sich die Rechtsfrage einer Auslegung der Erklärungen nach Treu und Glauben, der Ermittlung des so genannten mutmasslichen Parteiwillens.
- Bundesrechtlich ungenügend ist daher folgende Urteilsabwägung:
 - *„Ob und wie die Parteien sich gegenseitig übereinstimmend verstanden haben, kann offen bleiben, da der Vertrag nach Treu und Glauben jedenfalls dahingehend auszulegen ist, dass...“*
- Bundesrechtskonform wäre vielmehr wie folgt zu begründen:
 - *„Dass die Parteien sich im einen oder anderen Sinn übereinstimmend verstanden haben, blieb im Beweisverfahren offen. Nach Treu und Glauben ist die fragliche Vertragsbestimmung so zu verstehen, dass ...“*

Geht es um Schlüsse aus der allgemeinen Lebenserfahrung, ist zu beachten, dass diese grundsätzlich auf Beweiswürdigung gründen und damit eine Tatfrage beantworten. Eine Ausnahme gilt – entgegen einer weit verbreiteten Meinung – nur für so genannte Normhypothesen, d.h. allgemeingültige Aussagen, die sich gleichsam zu Rechtssätzen verdichtet haben. Beispiele dafür sind etwa die statistische Lebenserwartung und die mutmassliche Aktivitätsdauer im Haftpflichtprozess.

Ähnlich verhält es sich mit der Notorietät. Eine Branchennotorietät (Usanz) ist stets Tatfrage. Die allgemeine Notorietät (offenkundige Tatsache) wird vom Bundesrecht als Rechtsfrage verstanden und entsprechend im Berufungsverfahren beurteilt (BGE 112 II 181).

P.S.: Aus der strikten Trennung von Tat- und Rechtsfragen und der unterschiedlichen Überprüfungsdichte im bundesgerichtlichen Verfahren folgt die Tendenz vieler kantonalen Gerichte, in ihren Entscheidungen möglichst Vieles im Sachverhalt zu verbauen, um die Entscheidung „anfechtungsbeständiger“ zu erlassen.

3. Bundesrecht und kantonales Recht

Der Kognition des Bundesgerichts im Berufungs- und im strafrechtlichen Nichtigkeitsverfahren entzogen ist ebenfalls die Anwendung kantonalen, namentlich prozessualen Rechts.

Für den Zivilprozess sei in diesem Zusammenhang bloss auf zwei Problemkreise hingewiesen:

- Es ist eine Frage des Bundesrechts, ob eine Sachbehauptung hinreichend detailliert vorgetragen wurde, um im Falle der Wahrheit als Grundlage der Rechtsanwendung dienen zu können (Frage der hinreichenden Substanziierung). Eine Frage des kantonalen Rechts dagegen ist, ob diese Sachbehauptung prozesskonform, d.h. rechtzeitig und formgenügend in das Verfahren eingebracht wurde, um zum Beweis zugelassen zu werden. Die beiden Fragen sind auch in den Motiven auseinanderzuhalten.
- Die Beweiswürdigung ist Sache des kantonalen Rechts, sofern ihm nicht ausnahmsweise bundesrechtliche Vorschriften (namentlich im so genannten sozialen Privatrecht) derogieren. Eine Angelegenheit des Bundesrechts ist dagegen die Beweislast (namentlich Art. 8 ZGB). Was darunter zu verstehen ist, erscheint gelegentlich unklar:
 - Art. 8 ZGB *regelt* – vereinfacht gesagt – **Begriff und Folgen** der Beweislosigkeit, nichts mehr und nichts weniger.
 - Der Begriff der Beweislosigkeit dreht sich um die Frage, wann von Beweislosigkeit auszugehen ist (*Frage des Beweismasses*) und wann prozessual davon ausgegangen werden darf (*Frage des bundesrechtlichen Beweisführungsanspruchs*). Das Bundesrecht bestimmt in seinem Anwendungsbereich, wann beweisrechtlich die volle Überzeugung des Gerichts gefordert ist und wann bloss (hohe) Wahrscheinlichkeit oder Glaubhaftigkeit genügt. Als Folge des bundesrechtlichen Beweisführungsanspruchs sodann darf solange nicht von Beweislosigkeit ausgegangen werden, als noch prozesskonform angebotene, taugliche, aber nicht abgenommene Beweise im Raum stehen. Sie abzulehnen ist nur über antizipierte und als solche ebenfalls tatsächliche Beweiswürdigung möglich.
 - Die Folgen der Beweislosigkeit zeigen sich in der Frage, zu wessen Lasten zu entscheiden ist, wenn eine Sachbehauptung unbewiesen blieb.
 - Für die Urteilsbegründung sind diese Grundsätze sowohl bei erbrachtem wie bei misslungenem Beweis von Bedeutung: Ist für eine Sachbehauptung der Beweis nach Auffassung des Gerichts erbracht, ist in den Erwägungen das Beweismass (Überzeugung, Wahrscheinlichkeit, Glaubhaftigkeit) zu erörtern und der Überzeugungsgrad zu begründen. Bei misslungenem Beweis ist das Misslingen aufzuzeigen und bei noch offenen Beweisanträgen deren antizipierte Nichtberücksichtigung sorgfältig zu begründen (Risiko einer Verletzung des Gehörsanspruchs).

4. Schlussbemerkung: drei Hauptanliegen aus der Sicht des Bundesgerichts

Für die Begründung der anfechtbaren kantonalen Entscheidungen seien den Redaktorinnen und Redaktoren abschliessend folgende drei Empfehlungen als Kernpunkte ins Strambuch geschrieben:

- lieber weniger als mehr,

- klare Darstellung des Sachverhalts,
- Vermeidung von Widersprüchen.

Klaus Feller, Staatsanwalt

Häusliche Gewalt als Officialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte ¹⁹

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Zur Effizienz des Strafrechts bei häuslichen Gewaltdelikten
3. Idee und Stossrichtung der StGB-Revision
4. Übersicht über die Neuregelung
 - 4.1. Von der Revision betroffene Tatbestände
 - 4.2. Wiederholte Tötlichkeiten
 - 4.3. Keine Strafmandate
5. Einstellung des Verfahrens nach Art. 66ter StGB
 - 5.1. Welche Delikte können eingestellt werden?
 - 5.2. Wer stellt ein?
 - 5.3. Orientierung über die Einstellungsmöglichkeit
6. Die provisorische Einstellung (Art. 66ter Abs. 1 StGB)
 - 6.1. Ersuchen des Opfers
 - 6.2. Kriterienkatalog
 - 6.3. Provisorische Einstellung im Vorverfahren
 - 6.4. Provisorische Einstellung im Hauptverfahren
 - 6.5. Eröffnung des provisorischen Einstellungsbeschlusses
 - 6.6. Kein Rechtsmittel gegen provisorische Einstellung
 - 6.7. Wiederaufnahme des Verfahrens (Art. 66ter Abs. 2 StGB)
 - 6.8. Andere Delikte hängig
 - 6.9. Gerichtsstandsfragen
7. Definitive Einstellung nach Art. 66ter StGB (Art. 66 Abs. 3 StGB)
 - 7.1. „Automatische Einstellung“ nach sechs Monaten
 - 7.2. Definitive Einstellung im Vorverfahren (Art. 227 StrV; Art. 250 Abs. 2 StrV) (inkl. Rechtsmittel des Rekurses)
 - 7.3. Definitive Einstellung im Hauptverfahren (Art. 309 Abs. 2 StrV) (inkl. Rechtsmittel der Appellation)
 - 7.4. Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 66ter Abs. 4 StrV)

¹⁹ Vortrag anlässlich der Veranstaltung der Weiterbildungskommission des Obergerichts vom 25. Mai 2005.

- 7.5. Verfahrenskosten (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 StrV)
- 7.6. Entschädigung (Art. 399ff StrV)

1. Einleitung

Es ist klar, dass beim heutigen Thema "Häusliche Gewalt – Neue Strategien" auch etwas zur letztjährigen StGB-Revision gesagt werden muss: Seit 1. April 2004 sind häusliche Gewaltdelikte von Amtes wegen zu verfolgen.

Obwohl diese Bestimmungen nun also schon länger als ein Jahr in Kraft sind, sind doch noch verschiedene Fragen offen.

Natürlich kann ich zu einigen Fragen nur Lösungsansätze bieten. Denn da oberinstanzliche Grundsatzentscheide fehlen, weiss man nicht, was genau letztendlich gelten wird. Und die bisherige Praxis zeigt, dass selbst innerhalb des Kantons Bern nicht alles gleich gehandhabt wird.

Wie Sie dem Titel meines Vortrages entnehmen können, möchte ich hier neben der Offizialisierung auch noch ein paar andere strafrechtliche Aspekte streifen. Aus Zeitgründen beschränke ich mich diesbezüglich jedoch auf folgende kurze Bemerkungen:

2. Zur Effizienz des Strafrechts bei häuslichen Gewaltdelikten

Viele Leute haben falsche Vorstellungen bzw. setzen falsche Hoffnungen in das Strafrecht.

- Das hängt vor allem damit zusammen, dass die zu erwartenden Strafen bei den typischen Delikten häuslicher Gewalt eher gering sind. Deshalb ist die abschreckende Wirkung wohl eher klein.

In der Praxis „gibt es“ für einfache Körperverletzungen häufig nur ein paar Tage Gefängnis, bei Ersttätern regelmässig mit bedingtem Strafvollzug. Dies ist nach geltendem Recht so. Sobald dann der neue AT StGB eingeführt ist, wird sogar nur noch eine Geldstrafe auszusprechen sein. Und sollte der neue AT StGB gar in der heutigen (verunglückten) Entwurfsfassung in Kraft gesetzt werden, wäre selbst diese Geldstrafe in der Regel nur bedingt auszusprechen.

- Die zu erwartenden niedrigen Strafen schränken auch die Möglichkeit einer Untersuchungshaft beträchtlich ein. Denn diese muss immer auch verhältnismässig sein. Dies ist aber nicht der Fall, wenn ihre Dauer die Dauer der zu erwartenden Freiheitsstrafe (bzw. nach neuem AT StGB: Anzahl Tagessätze der Geldstrafe) überschreitet.
- Eine weitere Enttäuschung bietet die Tatsache, dass man – zumindest vorläufig – im Kanton Bern aus finanziellen Gründen darauf verzichtet, deliktorientierte Lernprogramme für Täter häuslicher Gewalt (kurz: sogenannte Trainings- oder Täterprogramme) anzubieten. Deshalb ist aus der Idee, ein Strafgericht könne einem Täter im Zusammenhang mit dem bedingten Strafvollzug (nach neuem AT StGB: bedingte Strafe) die Weisung erteilen, an einem solchen Trainingsprogramm mitzumachen, nichts geworden.

Theoretisch ist eine solche Weisung zwar schon möglich, aber bernische Institutionen wie z.B. „Stopp Männergewalt“ arbeiten lieber mit Freiwilligen; und die Motivation eines Verurteilten, ein solches Programm im Kanton Zürich zu absolvieren, dürfte doch eher gering sein. Denn wahrscheinlich würde dann die nach neuem AT StGB auszufällende Geldstrafe betragsmässig nicht höher ausfallen als die Kosten für das Lernprogramm in Zürich.

- Schliesslich muss auf die Zeitdauer hingewiesen werden, die regelmässig zwischen Anzeige und Urteil verstreicht. Deshalb stellt ein Strafurteil keine taugliche *Sofortmassnahme* gegen häusliche Gewalt dar.

Um dem entgegen zu wirken, ist auch schon die Forderung gestellt worden, Fälle häuslicher Gewalt müssten halt von der Strafjustiz zügig und vorrangig behandelt werden. Allerdings gibt es zahlreiche andere Bereiche des Strafrechts, in denen eine beschleunigte Behandlung mindestens ebenso angezeigt und notwendig ist. Ich denke dabei an Fälle, in denen die angehaltenen Angeschuldigten über kein festes Domizil verfügen, z.B. kleine Drogendealer und vor allem Ausländer, die gegen das ANAG verstossen haben.

Damit soll nun aber nicht gesagt sein, dass das Strafrecht wirkungslos sei. Denn seine konsequente Anwendung stellt ja nur einen Teil des gesamten Massnahmenpakets gegen häusliche Gewalt dar.

Vor allem aber wirkt das Strafrecht nicht erst mit dem Urteil auf die Täter. Allein die Tatsache, dass ein Verfahren eröffnet wird, die Intervention und die Ermittlungen der Polizei, später – je nachdem – auch die Vorladung vor das Gericht und die Verhandlung selber, das alles macht auf einen überwiegenden Teil der Täter – hoffentlich – beträchtlichen Eindruck.

Damit ist aber eigentlich das Wichtigste schon erreicht:

Wie nämlich verschiedene empirische Untersuchungen gezeigt haben, wünschen viele Opfer häuslicher Gewalt nicht primär die Verurteilung des Täters, sondern *dass ihm eine staatliche Autorität seine Grenzen aufzeigt*.

Diese „Nebenwirkungen“ (in Anführungszeichen) des Strafrechts, die wahrscheinlich wichtiger sind als das Urteil selbst, sind aber erst jetzt mit der Revision des StGBs, d.h. mit der Offizialisierung, möglich geworden, eben weil der Grundsatz jetzt lautet: *Ermitteln statt (wie bisher) Vermitteln*.

Als Folge der Revision greifen die Strafverfolgungsbehörden bei häuslicher Gewalt jetzt also früher, regelmässiger und konsequenter ein. Dadurch dürfte in vielen Fällen auch schon zum voraus die Gefahr späterer Eskalationen deutlich vermindert werden.

Und damit komme ich zum Hauptthema meines Vortrages, die Offizialisierung der Gewaltdelikte in Ehe und Partnerschaft.

3. Idee und Stossrichtung der StGB-Revision

Die meisten Straftaten sind bekanntlich *Offizialdelikte*, das heisst sie werden unabhängig vom Willen des Opfers von Amtes wegen verfolgt.

Einige Delikte hat der Gesetzgeber jedoch als *Antragsdelikte* ausgestaltet. Das bedeutet, dass die Strafverfolgungsbehörden nur dann aktiv werden, wenn das Opfer einen Strafantrag innert der gesetzlich vorgesehenen Frist stellt. Das kantonalbernerische Strafverfahren geht sogar noch einen Schritt weiter: Art. 226 StrV erlaubt dem Richter, beim Strafantragsteller eine Sicherheitsleistung einzufordern. Wird diese nicht bezahlt, wird das Verfahren ohne weiteres von der Hand gewiesen.

Es gibt viele gute Gründe für Antragsdelikte. Denken Sie nur an Ehrverletzungen (z.B. an die Nettigkeiten, die während einem Fussballspiel unter Fan-Gruppen ausgetauscht werden), oder auch an richterliche Verbote. Bei den Antragsdelikten ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass es sich um Bagatellen handelt, für welche kein öffentliches Strafverfolgungsinteresse besteht, oder um Fälle, bei denen der Rechtsfrieden unter den Beteiligten auch ohne staatliche Hilfe wieder hergestellt werden kann.

Sobald es sich nun aber um Delikte im sozialen Nahraum handelt, präsentiert sich die Situation anders. Denn da bestehen Abhängigkeiten, die zu einem krassen Ungleichgewicht zwischen Täter und Opfer führen können und die deshalb eine faire – für beide Seiten akzeptable – Wiederherstellung des Rechtsfriedens verunmöglichen.

Gegen die sich daraus ergebenden Ungerechtigkeiten richtet sich die StGB-Revision. Hier *soll* der Staat eingreifen. Das kann er aber nicht, wenn allein das Opfer entscheidet, ob die Strafverfolgung eröffnet werden soll. Und je grösser die Abhängigkeit und die Angst des Opfers vor dem Täter sind, desto geringer ist die Chance, dass es sich zu einem Strafantrag durchringen kann.

Deshalb drängt sich eine Offizialisierung eigentlich geradezu auf.

Die Idee dazu ist denn auch nicht besonders neu. Wenn man bedenkt, dass die Revision auf zwei parlamentarische Initiativen aus dem Jahre 1996 zurückgeht, so hat es doch einige Zeit gedauert, bis die entsprechende Gesetzesnovelle in Kraft gesetzt werden konnte. Grund dafür war, dass von verschiedenen Seiten – nicht zuletzt auch von Strafrechtspraktikern – Skepsis geäussert wurde. Ich greife ein paar Argumente gegen die Offizialisierung heraus:

- Es bleibt ein nachvollziehbares Anliegen gerade auch des Opfers, dass seine Privatsphäre gewahrt wird.
- Es wird immer wieder Fälle geben, in denen der Rechtsfrieden nur mittels Vergleich zwischen den Parteien wieder hergestellt werden kann, eine Verurteilung würde dort alles „kaputt“ machen. Es kann aber nicht Sache der Strafjustiz sein, Beziehungen zu zerstören, auch wenn es aus objektiver Sicht von aussen so erscheinen mag, dass eine endgültige Trennung die vernünftigste Lösung wäre.
- Mit der Offizialisierung ist ein Rückzug des Strafantrages auch im Rahmen von Ehescheidungskonventionen oder Trennungsvereinbarungen nicht mehr möglich, die Bereitschaft zu einvernehmlichen Lösungen zwischen den Parteien wird so herabgesetzt.

Es gibt aber auch strafrechtstechnische und strafprozessuale Argumente, welche gegen eine Offizialisierung sprechen:

- Das Opfer muss als Zeuge befragt werden und hat deshalb regelmässig ein Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber dem Ehegatten oder dem Lebenspartner (weil dieser in der Regel unter den Begriff des Verlobten zu subsumieren ist). Wenn das Opfer dann nichts sagen will, wird die Beweisführung schwierig.
- Und: Wenn das Opfer einmal belastende Aussagen gemacht hat, dann kann es später nicht mehr zurück. In der Praxis tut es das trotzdem häufig. Dann „läuft“ es regelmässig – eben weil es seine früheren Aussagen zurücknimmt und ändert – entweder in eine falsche Anschuldigung hinein (bezogen auf die ersten belastenden Aussagen) oder aber in ein falsches Zeugnis (bezogen auf die späteren geänderten Aussagen, die das Opfer formell

als Zeuge mit entsprechender Belehrung vor einem Untersuchungsrichter oder einem urteilenden Gericht macht).

Um dieses Dilemma zu lösen, hat der Gesetzgeber für einen Teil der neu officialisierten Delikte in Art. 66ter StGB die *Möglichkeit* geschaffen, das Verfahren einzustellen: Zuerst nur provisorisch, erst nach einem halben Jahr dann definitiv.

Wichtig dabei: Die dafür zuständige Behörde *kann* einstellen, muss aber nicht. Damit soll garantiert werden, dass das Verfahren nicht auf Druck des Täters eingestellt wird, indem er das Opfer entsprechend beeinflusst, weil eben nicht das Opfer, sondern die Behörde über die Einstellung entscheidet.

Wie gesagt, diese Einstellung ist zunächst nur provisorisch, erst nach einem halben Jahr wird sie definitiv.

Und hier hat nun der Gesetzgeber nach Auffassung vieler Praktiker einen Fehler gemacht. Denn innerhalb dieses halben Jahres kann das Verfahren nur dann wieder aufgenommen werden, wenn das Opfer – und *nur* das Opfer! – dies verlangt (Art. 66ter Abs. 2 StGB).

Dies bedeutet: Selbst wenn während der Dauer der provisorischen Einstellung das Opfer vom gleichen Täter wieder misshandelt wird und es für diese neuen Delikte zu keiner Verfahrenseinstellung kommt, kann das alte eingestellte Verfahren *nicht* von Amtes wegen wieder aufgenommen werden, und zwar auch dann nicht, wenn das Opfer den Antrag auf Wiederaufnahme nur deshalb nicht stellt, weil es vom Täter davon abgehalten wird.

Bisher hat sich noch niemand dazu geäußert, ob die Justiz hier nicht via Willensmängel korrigierend eingreifen könnte. Ich weiss es auch nicht. Für Extremfälle (wie etwa massive Drohungen des Täters) müsste man das als Option immerhin offen lassen.

Damit kommt der provisorischen Einstellung eine absolut zentrale Rolle zu. Ohne Wiederaufnahmeersuchen des Opfers wird nach sechs Monaten ohne weitere materielle Prüfung die definitive Einstellung verfügt werden müssen.

Übrigens ist es deshalb auch nicht möglich, die provisorische Einstellung mit Weisungen zu verknüpfen, z.B. dass sich ein alkoholsüchtiger Täter, der jeweils im Zustand der Angetrunkenheit schlägt, einer Therapie unterziehe. Eine solche Auflage wäre nicht durchsetzbar, denn es fehlte das Druckmittel in Form der Wiederaufnahme des Verfahrens von Amtes wegen für den Fall, dass sich der Täter nicht daran hält.

Dass eine Wiederaufnahme von Amtes wegen selbst dann nicht möglich ist, wenn der Täter das Opfer während der provisorischen Einstellung erneut misshandelt, hat der Gesetzgeber ganz bewusst so geregelt. Wie den Materialien entnommen werden kann, geht es dabei um die Unschuldsvermutung: Diese gelte bis zum rechtskräftigen Urteil betreffend die neuen Taten, und bis dahin sei die sechsmonatige Dauer der ersten provisorischen Einstellung in der Regel bereits abgelaufen (vgl. Ziff. 3.2.2.2. der Botschaft).

Sie sehen, ich behandle schon ganz konkrete Fragen, noch bevor ich auf die einzelnen Bestimmungen der Revision eingegangen bin. Es war mir aber ein Anliegen, diesen so zentralen Punkt (dass die Wiederaufnahme nicht von Amtes wegen möglich ist) hier voran zu stellen. Denn das zeigt, wie sehr sich der Gesetzgeber bei der Lösungssuche zwischen konsequenter Officialisierung und Einstellungsmöglichkeit auf Kompromisse eingelassen hat.

Nun aber zum *Uebersicht*, der zeigt, welche Delikte von der Revision betroffen sind und bei welchen eine Einstellungsmöglichkeit besteht.

4. Uebersicht über die Neuregelung

Delikte in Ehe und Partnerschaft bis ein Jahr nach Scheidung bzw. Trennung

alt StGB (bis 31.3.2004)		neu StGB (ab 1.4.2004)
Antragsdelikt Einmalige Tötlichkeit Art. 126 Abs. 1 StGB		Antragsdelikt Einmalige Tötlichkeit (bleibt Antragsdelikt) Art. 126 Abs. 1 StGB
Antragsdelikte Wiederholte Tötlichkeit Art. 126 Abs. 1 StGB Einfache Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 StGB) Drohung Art. 180 StGB		Offizialdelikte mit Einstellungsmöglichkeit nach Art. 66ter StGB Wiederholte Tötlichkeit Art. 126 Abs. 2 Bst. b und c StGB Einfache Körperverletzung Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3 und 4 StGB Drohung Art. 180 Abs. 2 Bst. a und b StGB
Offizialdelikt Nötigung Art. 181 StGB		Offizialdelikt mit Einstellungsmöglichkeit nach Art. 66ter StGB Nötigung Art. 181 StGB
Antragsdelikte Sexuelle Nötigung in der Ehe Art. 189 Abs. 2 StGB Vergewaltigung in der Ehe Art. 190 Abs. 2 StGB		Offizialdelikte ohne Einstellungsmöglichkeit Sexuelle Nötigung Art. 189 Abs. 1 StGB (Abs. 2 alt gestrichen) Vergewaltigung Art. 190 Abs. 1 StGB (Abs. 2 alt gestrichen)

4.1. Von der Revision betroffene Tatbestände

Für die von der Revision betroffenen Delikte setze ich bei Ihnen die Kenntnis der objektiven und subjektiven Tatbestandselemente voraus. Ich möchte hier aus Zeitgründen nur etwas zu den wiederholten Tötlichkeiten sagen.

4.2. Wiederholte Tötlichkeiten

Eine einmalige Tötlichkeit bleibt Antragsdelikt. Erst wiederholte Tötlichkeiten sind von Amtes wegen zu verfolgen.

Der Begriff der „wiederholt“ begangenen Straftat stammt aus der Zeit, als es auch noch das fortgesetzte Delikt gab, und ist gleichzusetzen mit „mehrfacher“ Begehung. Es braucht also zwei neue Tatentschlüsse und eine gewisse zeitliche Distanz zwischen den Tötlichkeiten, damit diese im Sinne des Gesetzes als wiederholt begangenen gelten. Mehrere Schläge hintereinander stellen somit keine wiederholte Tötlichkeit dar.

Es interessiert vor allem, wie weit zurück Tötlichkeiten noch berücksichtigt werden müssen, damit sie als wiederholt begangenen gelten. Eigentlich gibt es nur zwei Lösungen, welche rechtlich korrekt sind, und beide befriedigen nicht:

- Entweder liegt die Grenze bei drei Monaten, weil die vorher begangene Tötlichkeit als damals noch einmalige Tat ein Antragsdelikt war und das Antragsrecht nach drei Monaten erloschen ist. Das würde bedeuten, dass der Täter, der das Opfer regelmässig alle dreieinhalb Monate schlägt, immer noch nur auf Antrag verfolgt werden kann.
- Die andere Variante wäre, sämtliche Tötlichkeiten zu berücksichtigen, welche noch nicht verjährt sind, also alle Tötlichkeiten aus den letzten drei Jahren (Tötlichkeit ist eine Übertretung, und die Verfolgung einer solchen verjährt nach drei Jahren). Hier wird man es allerdings mit erheblichen Beweisschwierigkeiten zu tun bekommen: Wie will man noch darüber Beweis führen können, ob das Opfer vor zwei Jahren und zehn Monaten geohrfeigt worden ist?

Die vernünftige Lösung dürfte irgendwo in der Mitte liegen, auch wenn das vielleicht juristisch-dogmatisch nicht ganz präzise ist. Sicher ist jedenfalls: Wenn das Opfer aussagt, es werde vom Täter seit einiger Zeit mehr oder weniger regelmässig geschlagen, dann ist klarerweise von einem Officialdelikt auszugehen.

4.3. Keine Strafmandate

Bevor ich nun zu den Einstellungen nach Art. 66ter StGB komme, weise ich darauf hin, dass gemäss dem Kreisschreiben der obergerichtlichen Strafabteilung bei Fällen von häuslicher Gewalt – wenn das Verfahren nicht eingestellt wird – in der Regel von einem Strafmandatsverfahren abzusehen ist: Entweder erfolgt eine Direktüberweisung an das Einzelgericht, oder es ist allenfalls (in speziellen Ausnahmefällen) eine Voruntersuchung zu eröffnen.

Der Grund dafür ist recht naheliegend. Man stelle sich eine Ehe oder Partnerschaft mit traditioneller Rollenverteilung vor: Der Mann kommt nach Hause, und seine Frau sagt ihm: „Liebling, es ist eingeschriebene Post für dich gekommen!“ Dabei legt sie ihm das Strafmandat vor.

Abgesehen davon wird bei einer Ueberweisung das urteilende Gericht einen persönlichen Eindruck von den Beteiligten gewinnen und erst gestützt darauf den Entscheid fällen können, ob eine provisorische Einstellung angezeigt sei.

5. Einstellung des Verfahrens nach Art. 66ter StGB

Nun komme ich zur Krux, nämlich eben zu den Einstellungsmöglichkeiten nach Art. 66ter StGB.

5.1. Welche Delikte können eingestellt werden?

Der Gesetzgeber hat bei den gravierendsten Delikten, die von der Revision betroffen sind, also bei Art. 189 StGB (sexuelle Nötigung) und Art. 190 StGB (Vergewaltigung), die Einstellungsmöglichkeit ausgeschlossen.

Aus der Sicht des Strafrechtspraktikers muss man das bedauern, und zwar vor allem wegen der bereits beschriebenen Gefahr, dass das Opfer – wenn es sich anders besinnt und seine Aussagen zurücknehmen will – ein Verfahren wegen falscher Anschuldigung oder wegen falschen Zeugnisses zu gewärtigen hat. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art. 201 StrV hinzuweisen: Danach ist z.B. der Ehescheidungsrichter zur Mitteilung an die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, wenn ihm in seiner amtlichen Stellung konkrete Verdachtsmomente für ein von Amtes wegen zu verfolgendes Verbrechen bekannt werden.

Für alle anderen Straftaten, die nun mit der Revision vom Antragsdelikt zum Offizialdelikt erhoben worden sind, ist die Einstellungsmöglichkeit vorgesehen.

Zusätzlich kann nun auch die Nötigung eingestellt werden, obwohl diese schon vorher ein Offizialdelikt war. Der Grund dafür ist klar: Gerade im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt kommt es oft auch zu Nötigungen.

Nach altem Recht hat die Praxis häufig zu richtiggehenden juristischen Kapriolen geführt, damit man nach dem zustande gekommenen Vergleich betreffend die Antragsdelikte den Täter nicht noch wegen Nötigung bestrafen musste: Der Täter war nur mit einem Vergleich einverstanden, wenn das Gericht zusicherte, die Nötigung werde nachher in Anwendung von Art. 272 StrV aufgehoben, wobei aber immer noch die – wenn auch nur theoretische – Möglichkeit bestand, dass sich der Staatsanwalt einer Aufhebung widersetzen würde. Vor allem aber war die Aufhebung häufig fast nicht zu begründen.

5.2. Wer stellt ein?

Zuständig für die Einstellung ist eine richterliche Behörde, also in keinem Fall die Polizei.

- Im Vorverfahren tun es Untersuchungsrichter und Staatsanwalt durch gemeinsamen Beschluss.
- Im Hauptverfahren ist es das Gericht.

Für die Polizei bedeutet dies, dass sie in jedem Fall von häuslicher Gewalt vollumfänglich Beweis erheben muss: In der Regel müssen alle Beteiligten gemäss Art. 208 StrV einvernommen werden. Zudem sind die angemessenen kriminaltechnischen und erkennungsdienstlichen Erhebungen vorzunehmen.

5.3. Orientierung über die Einstellungsmöglichkeit

Trotzdem ist es bereits die Polizei, welche gemäss dem erwähnten Kreisschreiben das Opfer auf die Möglichkeiten der Einstellung gemäss Art. 66ter StGB aufmerksam machen muss. Dies bedeutet, dass das Opfer schon während den polizeilichen Ermittlungen ein entsprechendes Gesuch stellen kann. Das darf aber die Polizei nicht davon abhalten, die notwendigen Beweise zu erheben.

Darüber, in welcher Form die Orientierung des Opfers erfolgen soll, sagt das Kreisschreiben nur, dass dies „in geeigneter Form“ geschehen soll. Am einfachsten wäre es, dem Opfer die Bestimmungen von Art. 66ter StGB in schriftlicher Form abzugeben und diese kurz mündlich zu erläutern.

Das setzt voraus, dass die ausrückenden Polizeibeamten entsprechend geschult sind. Abgesehen davon mutet es wohl etwas seltsam an, wenn bereits anlässlich der ersten polizeilichen Interventionen das Opfer auf die Möglichkeit der Einstellung aufmerksam gemacht wird. Zumindest könnte dies bagatellisierend und verunsichernd wirken.

Erfolgt die Orientierung nicht durch die Polizei, so hat dies gemäss Kreisschreiben die Untersuchungsbehörde – wiederum „in geeigneter Form“ – nachzuholen. Dies geschieht entweder auf schriftlichem Weg oder, wenn eine Voruntersuchung geführt wird, mündlich anlässlich der Einvernahme.

6. Die provisorische Einstellung

6.1. Ersuchen des Opfers

Für die provisorische Einstellung braucht es ein entsprechendes Ersuchen des Opfers, also einen Einstellungsantrag, oder – wie das Gesetz dies als weitere Variante auch vorsieht – die Zustimmung des Opfers zu einem entsprechenden behördlichen Antrag.

Die zweite Variante wird in der Praxis wohl kaum von Bedeutung sein. Denn es würde der Zielsetzung der Gesetzesrevision widersprechen, wenn der Auslöser für die Einstellung von staatlicher Seite erfolgte.

6.2. Kriterienkatalog

Mittlerweile hat die Praxis schon einen beträchtlichen Kriterienkatalog entwickelt, *wann* dem Ersuchen um Einstellung stattgegeben werden kann:

- Oberstes Gebot: Das Opfer muss den Einstellungsantrag aus freiem Willen stellen, insbesondere ohne Druck oder Beeinflussung durch den Täter oder dessen Angehörige. Es dürfte wohl allen klar sein, wie schwierig es ist, gerade über diesen Punkt Beweis zu führen!
- Frühere einschlägige Verfahren oder Vorstrafen des Täters?
- Ist aktuell ein Verfahren provisorisch eingestellt?
- Werden dem Täter auch Delikte gegen das gleiche Opfer vorgeworfen, welche nicht eingestellt werden können (z.B. Gefährdung des Lebens)?
- Einmalige Entgleisung (Gewaltausbruch ist auf eine besondere Konflikt- und Stresssituation zurückzuführen)?

- Hat sich die Situation so verändert, dass die Risiken einer erneuten Eskalation kleiner geworden sind (z.B. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes)?
- Ist der Täter einsichtig und hat er konkrete Schritte unternommen, um die Situation zu verbessern (z.B. Therapie, Behandlung Alkoholsucht, freiwilliges Trainingsprogramm)?
- Bestehen Anzeichen dafür, dass Opfer und Täter sich auf eine gemeinsame Lösung ihrer Konflikte verständigt haben bzw. an einer solchen Verständigung arbeiten (Eheberatung)?
- Hat das Opfer seinerseits Kontakt zu einer Beratungsstelle aufgenommen?
- Et cetera.

Ich sage ganz bewusst: „Et cetera“. Denn man könnte diesen Kriterienkatalog zweifellos noch ergänzen. Aber in der Praxis hat man die Erfahrung machen müssen, dass das alles dann letztlich doch immer auch ein wenig Theorie bleibt. Ich erinnere daran, was ich vorher gesagt habe: Es gibt Opfer, die wollen zwar, dass der Staat eingreift und so dem Täter zeigt, dass seine Gewalt nicht toleriert wird, sie wollen aber keine Bestrafung des Täters. Tatsächlich scheint denn auch allein die Tatsache des Verfahrens, auch wenn es dann zur provisorischen Einstellung kommt, Eindruck auf die Täter zu machen:

So hat eine Umfrage bei den Richterämtern und dem Untersuchungsrichteramt in der Region III Bern-Mittelland für die ersten neun Monate nach Inkraftsetzung der Gesetzesrevision (also von 1.4. – 31.12.2004) gezeigt, dass deutlich mehr als die Hälfte der Verfahren provisorisch eingestellt wurde. Interessanterweise kam es aber in diesen Fällen – jedenfalls soweit mir bekannt – zu keinen Rückfällen.

Ich räume ohne weiteres ein, dass dabei auch in Fällen eingestellt wurde, in denen man dies gemäss den vorstehend erwähnten Kriterien eigentlich nicht hätte tun sollen. Aber dem Willen des Opfers kommt letztlich doch eine ganz zentrale Bedeutung zu. Deshalb hat man berechnete Hemmungen, das Verfahren gegen seinen Willen fortzusetzen, weil dies für das Opfer unter dem Strich eine wesentlich grössere Belastung darstellen könnte.

Um alle Faktoren und Kriterien richtig gewichten zu können, spielt der persönliche Eindruck vor allem des Opfers, aber auch des Täters, eine wesentliche Rolle. Aus diesem Grund haben in der Region III Bern-Mittelland die Staatsanwaltschaft und die Untersuchungsbehörden beschlossen, Anzeigen wegen häuslicher Gewalt in der Regel (d.h. mit Ausnahme von eindeutigen Fällen für eine Einstellung) auch dann an das Strafeinzelgericht zu überweisen, wenn ein Einstellungsantrag vorliegt.

Ein eindeutiger Fall für eine provisorische Einstellung schon im Vorverfahren liegt beispielsweise dann vor, wenn mittlerweile der gemeinsame Haushalt aufgehoben worden ist, die Gefahr weiterer Misshandlungen nicht mehr besteht und das Opfer schlicht kein Interesse mehr an einer Verurteilung des Täters hat.

6.3. Provisorische Einstellung im Vorverfahren

Natürlich gibt es aber auch gute Argumente für eine provisorische Einstellung bereits im Vorverfahren: Vor allem der geringere Aufwand, denn dieses Verfahren kann schriftlich durchgeführt werden.

In der Region I Berner Jura-Seeland hat sich folgendes Prozedere abgespielt: Die Untersuchungsbehörde stellt dem Opfer neben einem detaillierten Informationspapier über den Inhalt und den prozessualen Ablauf von Art. 66ter StGB einen Fragebogen zu. Gestützt auf die eingehenden Antworten wird nachher eine sogenannte „Scorecard“ ausgefüllt, welche die ver-

schiedenen Einstellungskriterien aufgeführt. Jedes einzelne Kriterium zeigt in einer Skala, ob die Tendenz eher in Richtung Überweisung oder in Richtung Einstellung zeige. Die Beurteilung erfolgt dann in einer Gesamtwürdigung aller Kriterien.

Dieses Vorgehen kann bereits im Vorverfahren eine gute Entscheidungsgrundlage bieten. Allerdings könnte das Opfer mit einem solchen Fragebogen überfordert sein. Oder es weiss genau, wie es die Fragen beantworten muss, um die von ihm gewünschte Einstellung zu erreichen. Deshalb verzichtet die Region III Bern-Mittelland auf dieses Prozedere.

Eine provisorische Einstellung im Vorverfahren läuft prozessual wie folgt ab: Der Untersuchungsrichter stellt dem Staatsanwalt Antrag. Stimmt der Staatsanwalt zu, ist die provisorische Einstellung beschlossen.

6.4. Provisorische Einstellung im Hauptverfahren

Wird der Fall an das Einzelgericht überwiesen, spielt sich das Verfahren wie folgt ab:

Gestützt auf die Bestimmung von Art. 271 StrV hat der Richter die Möglichkeit, sowohl den Täter (als Angeschuldigten) als auch das Opfer (als Anzeigerin) in einer ersten Einvernahme anzuhören. So kann er sich am besten ein Bild machen und hat den gewünschten persönlichen Eindruck.

Abgesehen davon wird die Vorladung vor die Gerichtsschranken auch einen grösseren Eindruck auf den Täter machen als nur ein schriftliches Verfahren.

Und schliesslich wird damit auch noch einem weiteren Aspekt Rechnung getragen, der im Zusammenhang mit der Gesetzesrevision bisher kaum thematisiert worden ist: Das Gericht kann bei der Befragung auch die Meinung des Angeschuldigten zu einer allfälligen Einstellung einholen. Diese könnte mitentscheidend sein. Es sind nämlich sehr wohl Fälle denkbar, in welchen ein Angeschuldigter Interesse an einem Urteil hat, weil er weiss, dass die gegen ihn erhobenen Vorwürfe nicht stimmen. Denn es ist leider eine Tatsache, dass im Zusammenhang mit Ehescheidungs- oder Trennungsverfahren manchmal auch Gewaltdelikte behauptet werden, die gar nicht stattgefunden haben. Bei einer Überweisung an das Einzelgericht kann auch diesem Aspekt Rechnung getragen werden.

Im Gegensatz zu den Antragsdelikten, wo Art. 31 Abs. 4 StGB ausdrücklich vorsieht, dass sich der Angeschuldigte einem Rückzug des Strafantrages widersetzen und die strafgerichtliche Beurteilung verlangen kann, fehlt für Art. 66ter StGB eine analoge Regelung, wonach sich der Angeschuldigte einer Einstellung widersetzen könnte. Es ist nicht klar, ob es sich dabei um eine echte oder um eine unechte Lücke handelt.

Sie sehen also: Alles in allem spricht vieles dafür, zumindest in Zweifelsfällen nicht im Vorverfahren, sondern erst im Hauptverfahren über einen Einstellungsantrag zu entscheiden.

Zwar besteht der Nachteil, dass die Staatsanwaltschaft in solchen Fällen vor Einzelgericht nicht auftritt. Und gemäss dem Kreisschreiben steht es allein im Ermessen des Gerichts, ob es beim nicht an der Verhandlung teilnehmenden Staatsanwalt eine Stellungnahme einholen will oder nicht. Andererseits ist es aber dem Staatsanwalt unbenommen, im Sinne von Art. 280 Abs. 5 StrV von sich aus schriftliche Anträge zu stellen (und auch zu begründen).

6.5. Eröffnung des provisorischen Einstellungsbeschlusses

Im Vorverfahren wird der Entscheid dem Opfer und dem Täter per Gerichtsurkunde auf schriftlichem Weg eröffnet. Ebenso im Hauptverfahren, wobei dort aber auch die Möglichkeit besteht, den ausgefertigten schriftlichen Entscheid schon am Termin der ersten Einvernahme auszuhändigen und den Erhalt quittieren zu lassen.

Dem Entscheid wird zur Erläuterung der Gesetzestext von Art. 66ter StGB beigelegt. Zudem wird darauf aufmerksam gemacht, dass über die Verfahrenskosten erst zusammen mit der definitiven Einstellung entschieden werde und die Möglichkeit bestehe, diese dem Angeschuldigten aufzuerlegen.

6.6. Kein Rechtsmittel gegen provisorische Einstellung

Gegen eine provisorische Einstellung ist kein Rechtsmittel möglich, erst der definitive Einstellungsentscheid wird von den Parteien weitergezogen werden können.

6.7. Wiederaufnahme des Verfahrens

Innerhalb der sechsmonatigen Dauer der provisorischen Einstellung wird das Verfahren – wie schon vorher mit der gebotenen Kritik dargelegt – nur dann wieder aufgenommen, wenn das Opfer dies ausdrücklich verlangt, mithin – so ist es im Gesetz formuliert – seine Zustimmung zur Einstellung widerruft. Dieser Widerruf hat gemäss Kreisschreiben aus beweisrechtlichen Gründen *schriftlich* zu erfolgen.

Die zuständige Behörde hat dann keine Wahl mehr, d.h. sie *muss* das Verfahren wieder aufnehmen, wenn das Opfer es verlangt.

Interessant ist die Frage, ob das Opfer, nachdem das Verfahren gestützt auf sein Verlangen wieder aufgenommen worden ist, nun erneut einen Einstellungsantrag stellen kann. Von Gesetzes wegen ist dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen. In der Praxis wird man aber einem solchen Ersuchen wohl kaum statt geben.

Falls doch, stellt sich die Frage, ob die erneute Einstellung nochmals sechs Monate dauern würde. Meines Erachtens ist aber der Gesetzestext dahingehend auszulegen, dass die provisorische Einstellung insgesamt sechs Monate dauern soll. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit, aber auch aus Praktikabilitätsgründen muss man zu dieser Auffassung gelangen. Denn sonst würde das Verfahren – immer vorausgesetzt, auch die zuständige Behörde macht mit – bis zum Eintritt der Verfolgungsverjährung hängig bleiben.

6.8. Andere Delikte hängig

Was ist, wenn der Angeschuldigte noch wegen anderer Delikte an das urteilende Gericht überwiesen worden ist, die keinen Zusammenhang mit den häuslichen Gewaltdelikten haben? Das könnte ein weiteres Kriterium dafür sein, das Verfahren nicht provisorisch einzustellen. Kommt jedoch das Gericht zum Schluss, es sei trotzdem einzustellen, erscheint es vernünftig, die Verfahren gestützt auf Art. 301 i. V. m. Art. 240 StrV zu trennen, weil die vereinigte Führung wesentliche Nachteile zur Folge hat.

Dasselbe gilt gestützt auf Art. 240 StrV selbstverständlich auch für die provisorische Einstellung im Vorverfahren. Dann ist das Verfahren wegen der anderen Delikte getrennt zu führen.

6.9. Gerichtsstandsfragen

Die provisorische Einstellung ist zwar ein bundesrechtliches Institut. Prozessual kommt ihr jedoch ein vergleichbarer Status zu wie z.B. der Einstellung eines Verfahrens gemäss Art. 261 StrV bis zur Ergreifung des Angeschuldigten, der flüchtig und dessen Aufenthaltsort unbekannt ist.

Dies würde bedeuten, dass für Delikte, die während der provisorischen Einstellung begangen werden und die nicht schwerer sind, dasjenige Gericht zuständig wäre, bei dem das Verfahren provisorisch eingestellt ist. Wenn also z.B. im Gerichtskreis VII Konolfingen ein Verfahren wegen einfacher Körperverletzung provisorisch eingestellt ist, und dann begeht der Angeschuldigte in Zürich eine SVG-Widerhandlung, wäre Konolfingen auch dafür zuständig. Allerdings würde es, wiederum gestützt auf Art. 240 StrV, keinen Sinn machen, die beiden Verfahren zu vereinigen, so dass dann – wenn auch die anderen Voraussetzungen dafür gegeben wären – das URA III Bern-Mittelland ein Strafmandat für die in Zürich begangene Tat ausstellen würde, weil ja – im interkantonalen Verhältnis – die Zuständigkeit des Kantons Bern bestehen bleibt.

Begeht demgegenüber der Angeschuldigte während der provisorischen Einstellung an einem anderen Ort ein neues Delikt, das schwerer ist, dann wären logischerweise die Gerichtsbehörden am neuen Ort auch zuständig für das hier eingestellte Verfahren, d.h. sie müssten dann die definitive Einstellung verfügen.

Diese Konsequenzen für den Gerichtsstand überzeugen im Ergebnis nicht.

Was die *innerkantonalen* Gerichtsstände anbelangt, plädiere ich deshalb für folgendes Vorgehen, denn ich bin der Meinung, dass dies durch Art. 240 StrV gestützt wird:

- Die Verfahren werden nicht vereinigt geführt, so dass das provisorisch eingestellte Verfahren auch keinen Gerichtsstand begründet.
- Unabhängig davon, ob es schwerer oder leichter ist, wird das neue Delikte am neuen Ort verfolgt.
- Für das provisorisch eingestellte Verfahren bleibt der alte Gerichtsstand in jedem Fall bestehen.

Vielleicht findet sich auch noch eine entsprechende bundesrechtliche Bestimmung, die das gleiche Vorgehen auch im *interkantonalen* Gerichtsstandsverfahren ermöglichen würde. Die Generalprokuratur wird sich sicher Gedanken dazu machen. Und irgendwann wird es dazu auch oberinstanzliche Entscheide geben.

7. Definitive Einstellung nach Art. 66ter

7.1. „Automatische“ Einstellung nach sechs Monaten

Wird das Verfahren innerhalb der sechs Monate seit Ausstellung der provisorischen Einstellung nicht wieder aufgenommen (*massgebend ist also das Datum des Beschlusses* und nicht das Zustellungsdatum), *muss* die definitive Einstellung verfügt werden.

Zuständig ist die gleiche Behörde, welche das Verfahren provisorisch eingestellt hat.

7.2. Definitive Einstellung im Vorverfahren

Gemäss Kreisschreiben erfolgt die definitive Einstellung im Vorverfahren in Form eines Nicht-eintretensbeschlusses gemäss Art. 227 StrV; es sei denn, es sei eine Voruntersuchung eröffnet worden, dann ist gemäss Art. 250 Abs. 2 StrV aufzuheben.

Der Untersuchungsrichter stellt entsprechend Antrag an den Staatsanwalt, dem gar nichts anderes übrig bleibt, als zuzustimmen, da ja eine materielle Prüfung nicht mehr möglich ist.

Dem schriftlich per Gerichtsurkunde zu eröffnenden Entscheid ist eine Rechtsmittelbelehrung beizufügen, wonach der Fall mit Rekurs an die Anklagekammer weitergezogen werden kann.

Das Rekursrecht steht dem Opfer und dem Täter zu, nicht aber der Staatsanwaltschaft, da sie ja im Vorverfahren nicht Partei ist und beim Einstellungsbeschluss selber mitgewirkt hat.

Übrigens: Strenggenommen müsste der untersuchungsrichterliche Antrag an den Staatsanwalt auf definitive Einstellung von Gesetzes wegen *begründet* werden (Art. 227 und Art. 250 Abs. 2 StrV). Allerdings, kann man sich fragen, was es da noch zu begründen gibt, wenn man nach den 6 Monaten provisorische Einstellung von Amtes wegen gar nichts anderes mehr tun kann, als definitiv einzustellen, ausser natürlich, wenn die Kosten dem Angeschuldigten auferlegt werden. Gegen die definitive Einstellung selbst wird es wohl kaum jemals einen Rekurs geben, und sollte das in einem von tausend Fällen trotzdem geschehen, kann ja dann eine Begründung nachgeliefert werden.

7.3. Definitive Einstellung im Hauptverfahren

Die definitive Einstellung im Hauptverfahren stellt ein Endurteil dar, gegen das das ordentliche Rechtsmittel der Appellation möglich sein muss. Deswegen ist im Kreisschreiben festgehalten, dass bei definitiver Einstellung dem Verfahren im Sinne von Art. 309 Abs. 2 StrV keine weitere Folge zu geben ist.

Der schriftliche Entscheid ist per Gerichtsurkunde nicht nur dem Täter und dem Opfer, sondern auch dem Staatsanwalt zu eröffnen, da er im Hauptverfahren nur Partei ist. Allen drei steht die Appellation offen.

Die definitive Einstellung ist wie jedes andere Einzelgerichtsurteil nicht zu begründen, vorbehaltenlich Art. 315 StrV, das heisst falls dagegen appelliert wird oder wenn eine Partei eine Begründung verlangt.

7.4. Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht

Gegen jede definitive Einstellung der letzten kantonalen Instanz (also der Anklagekammer nach Rekurs gegen eine definitive Einstellung im Vorverfahren und der Strafkammer nach Appellation gegen eine definitive Einstellung im Hauptverfahren) ist die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts möglich (Art. 66ter Abs. 4 StGB).

7.5. Verfahrenskosten

Es stellt sich die Frage, ob dem Angeschuldigten bei definitiver Verfahrenseinstellung die Verfahrenskosten auferlegt werden können.

Ich bin der Meinung, dass dies möglich sein muss und auch möglich ist, und zwar nach den auch sonst gültigen Bestimmungen von Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 StrV für Einstellungen, Aufhebungen, Keine-weitere-Folgegebungen und Freisprüche. Denn es wird wohl niemand wirklich bestreiten können, dass der Täter das Verfahren in rechtlich vorwerfbarer Weise veranlasst hat. Einerseits hat er die objektiven und subjektiven Tatbestandselemente der Delikte erfüllt, auch wenn das Verfahren nun eingestellt wird. Andererseits stellen seine Taten auch Persönlichkeitsverletzungen gemäss Art. 28 ZGB dar.

In *materieller Hinsicht* setzt dies allerdings voraus, dass die Taten unzweifelhaft bewiesen sind. Hat demgegenüber ein Angeschuldigter die ihm vorgeworfenen Taten immer bestritten und sind diese auch nicht eindeutig nachweisbar (was ja nicht a priori ausschliesst, dass das Verfahren trotzdem nach Art. 66ter StGB eingestellt wird), ist von einer Kostenauflegung an ihn abzusehen.

In *formeller Hinsicht* ist eine Kostenauflegung an den Angeschuldigten selbstverständlich nur möglich, wenn ihm *vorher* das *rechtliche Gehör* gewährt worden ist. Dies geschieht in der Regel schriftlich.

Es ist zu unterscheiden zwischen Einstellungen im Vorverfahren und solchen im Hauptverfahren:

Im *Vorverfahren* genügt es nicht, wenn – wie dies in der Praxis getan wird – schon bei der provisorischen Einstellung schriftlich auf die Möglichkeit einer späteren Kostenauflegung hingewiesen wird. Der Angeschuldigte muss konkret zur Stellungnahme aufgefordert werden. Auch wenn dies einen gewissen Zusatzaufwand bedeutet (zusätzlicher Schirftenwechsel), bin ich der Meinung, dass sich dieser Aufwand lohnt. Denn unter Umständen sind die Verfahrenskosten recht hoch, z.B. wenn ein gerichtsmedizinisches Gutachten eingeholt werden musste.

Im *Hauptverfahren* kann das rechtliche Gehör selbstverständlich ebenfalls auf schriftlichem Weg eingeräumt werden. Es dürfte aber auch genügen, den Angeschuldigten bereits im Rahmen der ersten Einvernahme, die ja noch vor der provisorischen Einstellung erfolgt, eine Erklärung unterzeichnen zu lassen, wonach er davon Kenntnis nehme, es sei beabsichtigt, ihm später bei der definitiven Einstellung die Verfahrenskosten aufzuerlegen, und dass dies dann auch ohne weitere Vernehmlassung geschehen werde, wenn er sich bis dahin nicht noch von sich aus dazu äussere.

7.6. Entschädigung

Ich bin der Meinung, dass auch hier die bestehenden gesetzlichen Vorschriften analog anzuwenden sind:

- Werden dem Angeschuldigten die Verfahrenskosten auferlegt, ist von einer Entschädigung abzusehen.

- In den bisherigen Fällen von definitiver Einstellung, in denen man davon abgesehen hat, dem Angeschuldigten die Kosten aufzuerlegen, wurden auch keine Entschädigungen zugesprochen, ein Rechtsmittel wurde meines Wissens nie dagegen eingelegt.
- In Analogie kann auch auf die Praxis verwiesen werden, wonach normalerweise in Fällen, in denen es gestützt auf Art. 4 StrV zu einem Nichteintreten, einer Aufhebung oder einer Keine-weitere-Folgegebung kommt, auch keine Entschädigung ausgerichtet wird.

Nicht zur Anwendung gelangen demgegenüber die Bestimmungen von Art. 396 StrV betreffend Parteikostenersatz der einen an die andere Partei. Abgesehen davon kann ich mir kaum vorstellen, dass ein Opfer einerseits die Einstellung verlangt und andererseits trotzdem als Privatkläger/in im Verfahren bleibt.

Dr. Andreas Zünd, Bundesrichter

Das Ausländerstrafrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁰

1. Ausländerstrafrecht als Nebenstrafrecht

Hätten sie zu diesem Thema, Ausländerstrafrecht, einen Lehrer des Strafrechts eingeladen, so würde er erklären, warum es ein Ausländerstrafrecht eigentlich besser nicht gäbe. Denn das Ausländerstrafrecht ist eines der Beispiele für den übermässigen Gebrauch des Strafrechts über das Kernstrafrecht hinaus. Es beachtet nicht, was rechtsstaatliche Errungenschaft des Kernstrafrechts ist. Wo ist das verletzte Rechtsgut, das vornehmlich ein Individualrechtsgut sein soll? Genügen verwaltungsrechtliche Sanktionen nicht? Sollte Strafrecht nicht ultima ratio sein?

Solche Kritik hat ihre Berechtigung. Die Dinge liessen sich freilich auch umgekehrt sehen. Was spricht dagegen, die rechtsstaatlichen und freiheitsschützenden Errungenschaften der Strafrechtsdogmatik fruchtbar zu machen über den Kernbereich des Strafrechts hinaus. Auf Reaktion und Sanktion ist jedes Rechtsgebiet angewiesen. Die Frage ist, welche Art Sanktion die adäquate ist. Dass das Verwaltungsrecht den Schutz der Freiheit ernster nähme als das Straf- und das Strafverfahrensrecht, lässt sich für das Ausländerrecht jedenfalls nicht sagen. Es genügen die Stichworte Vorbereitungshaft, Ausschaffungshaft, Durchsetzungshaft, deren Voraussetzungen zusehends geringer werden und deren Dauer länger.

Für die Auslegung und Anwendung der strafrechtlichen Bestimmungen des Ausländerrechts haben wir zu beachten: Einerseits, strenge Gesetzlichkeit und Bindung an die freiheitsverbürgenden Prinzipien des Strafrechts. Andererseits hat Ausländerstrafrecht Ziel und Zweck der verwaltungsrechtlichen Bestimmungen in Rechnung zu stellen, zu deren Durchsetzung und Implementierung es dient.

Die strafrechtlichen Bestimmungen des Ausländerrechts finden sich in den Artikeln 23 und 23a ANAG²¹. Sie lassen sich namentlich einteilen in Ausweisdelikte, alsdann Delikte, die die Einreise und den Aufenthalt betreffen, Delikte gegen die Regelungen über die Erwerbstätigkeit, sprich Schwarzarbeit, und schliesslich andere Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften. Ich folge dieser Systematik.

2. Ausweisdelikte

Zu den Ausweisdelikten gehört zunächst die Fälschung, der Gebrauch und das Verschaffen gefälschter Papiere (Art. 23 Abs. 1 al. 1 ANAG), alsdann der Gebrauch von echten Papieren durch eine Person, der sie nicht zustehen (Art. 23 Abs. 1 al. 2 ANAG), schliesslich das Überlassen echter Papiere an Unberechtigte zum Gebrauch (Art. 23 Abs. 1 al. 3 ANAG). Bestraft werden diese Tatbestände mit bis zu sechs Monaten Gefängnis, womit

²⁰ Vortrag an der bernischen Staatsanwältekonferenz vom 7. September 2005

²¹ Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, ANAG, SR 142.20.

Busse bis zu 10'000 Franken verbunden, in leichten Fällen auch nur auf Busse erkannt werden kann.

Die Fälschung von Ausweisen ist nicht nur nach Art. 23 Abs. 1 ANAG, sondern auch gemäss Art. 252 StGB strafbar. Dort lautet die Strafdrohung auf Gefängnis oder Busse und ist damit höher. Die Konkurrenzfrage hat das Bundesgericht in dem Sinne entschieden, dass das ANAG-Delikt *lex specialis* zu Art. 252 StGB ist (BGE 117 IV 174). Der Gebrauch eines gefälschten fremdenpolizeilichen Ausweispapiers zu fremdenpolizeilichen Zwecken ist somit einzig nach ANAG strafbar und nicht (auch) nach Art. 252 StGB.

Wie verhält es sich, wenn ein Ausländer an der Réception eines Hotels einen gefälschten Pass vorweist? Ausländerrechtlich unterliegt der Beherberger gemäss Art. 2 Abs. 2 ANAG²² der Meldepflicht. Der Ausländer ist seinerseits verpflichtet, dem Gastgeber zuhanden der Behörde die für die Meldung erforderlichen Angaben wahrheitsgetreu zu machen.²³ Die Vorlage des Passes dient damit fremdenpolizeilichen Zwecken, womit Art. 23 Abs. 1 al. 1 ANAG und nicht Art. 252 StGB anwendbar ist.²⁴ Anders verhielte es sich, wenn es dem Täter darüber hinaus darum gegangen wäre, eine falsche Adresse zu hinterlassen, damit er nicht für die Hotelschulden in Anspruch genommen werden kann.

Was gilt, wenn beide Motivationen zutreffen, was beim Gebrauch gefälschter Papiere wohl selten der Fall sein wird, bei der Fälschung oder Verfälschung eines fremdenpolizeilichen Ausweispapiers (Art. 23 Abs. 1 al. 1 ANAG) in der Form der Eventualabsicht jedoch häufig zutreffen wird. In BGE 117 IV 174 hat das Bundesgericht offen gelassen, ob diesfalls nach Art. 23 Abs. 1 al. 1 ANAG und nach Art. 252 StGB in echter Idealkonkurrenz oder aber einzig nach Art. 252 StGB zu bestrafen sei. Meines Erachtens kommt allein Art. 252 StGB zum Zug.²⁵ Die Gegenansicht wird damit begründet, dass verschiedene Rechtsgüter betroffen seien, bei Art. 252 StGB Treu und Glauben im Verkehr, bei Art. 23 ANAG fremdenpolizeiliche Überlegungen. Doch scheint mir auch bei im fremdenpolizeilichen Bereich verwendeten gefälschten Ausweisen Treu und Glauben im Verkehr betroffen, nur dass eben der betroffene Bereich ein spezieller ist. Art. 252 StGB erfasst demnach beide Absichten.

Mit dem neuen Ausländerrecht, das sich derzeit noch im Differenzbereinungsverfahren befindet, wird die Problematik entfallen, da die Fälschungsdelikte des ANAG nicht übernommen werden, weil die bisherige Privilegierung gegenüber Art. 252 StGB als nicht gerechtfertigt erachtet wird.²⁶

3. Illegale Einreise und Aufenthalt

Nach Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG macht sich strafbar, "wer rechtswidrig das Land betritt oder darin verweilt". Beginnen wir, dem gewöhnlichen Lauf der Dinge folgend, mit der Einreise. Das ANAG selber regelt die Einreisevoraussetzungen nicht. Hingegen bestimmt Art. 1 Abs.

²² Siehe auch Art. 2 ANAV sowie Art. 24 der Verordnung über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern (VEA; SR 142.211).

²³ Art. 2 Abs. 1 letzter Satz ANAV; Art. 24 Abs. 2 VEA.

²⁴ Urteil 6S.843/1999 vom 6. März 2000.

²⁵ In diesem Sinne auch MARKUS BOOG, in Basler Kommentar, N 22 zu Art. 252. Anderer Ansicht aber DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 162, sowie CHRISTA UEHLINGER, Die Fälschung von Ausweisen nach Art. 252 StGB, Diss. Zürich 1993, S. 187 f., welche bei beiden Motivationen echte Konkurrenz annehmen wollen.

²⁶ Botschaft des Bundesrates vom 8. März 2002, BBl 2002, 3709, 3831.

2 der Vollziehungsverordnung zum ANAG²⁷, dass rechtmässig die Einreise ist, wenn die Vorschriften über die Ausweisschriften, das Visum und die Grenzkontrolle beachtet worden sind und der Einreise nicht ein persönliches Verbot entgegen stand. Im Umkehrschluss ist die Einreise im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG rechtswidrig, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Im Einzelnen ist auf die Verordnung über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern²⁸ zu verweisen. Grob zusammengefasst lässt sich sagen, dass die Einreise rechtswidrig ist, wenn sie ohne gültigen Pass/Identitätskarte, über die "grüne Grenze" statt über eine für den grossen Grenzverkehr als offen bezeichnete Grenzübergangsstelle (Art. 21 VEA) erfolgt oder wenn eine Einreisesperre, eine fremdenpolizeiliche Ausweisung oder eine strafrechtliche Landesverweisung der Einreise entgegensteht.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war zu entscheiden, wie es sich bei einer Grenzübergangsstelle verhält, wenn die Grenzkontrolle innerhalb oder ausserhalb des schweizerischen Gebiets erfolgt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Einreise erst beim Passieren des Grenzpostens innerhalb des schweizerischen Gebiets als erfolgt zu betrachten ist, umgekehrt aber auch bereits beim Passieren des sich im Ausland befindenden Grenzpostens.²⁹

Ein spezielles Problem mit Auswirkungen auf die Strafbarkeit illegaler Einreise hat das Personenfreizügigkeitsabkommen³⁰ gebracht. Unproblematisch ist zwar, dass EG-Staatsangehörige, die sich auf das Abkommen berufen können, zur Einreise in die Schweiz lediglich einen heimatlichen Pass oder eine gültige Identitätskarte brauchen.³¹ Was gilt aber für Familienangehörige aus Drittstaaten und für so genannte entsandte Arbeitnehmer (Arbeitnehmer eines Dienstleistungserbringers)³² aus Drittstaaten? Aus Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA ergibt sich e contrario, dass für solche Personen ein Visum verlangt werden kann, allerdings "alle Erleichterungen für die Beschaffung" zu gewähren sind. Der EuGH hat zum inhaltsgleichen Art. 3 der Richtlinie 68/360 entschieden, dass ein Visum unmittelbar an der Grenzstelle zu erteilen sei, wenn der Betroffene seine Identität und die Ehe nachweisen könne sowie es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass er eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit darstelle.³³ Daraus wird man folgern dürfen, dass die Einreise von Familienmitgliedern aus visumpflichtigen Drittstaaten unrechtmässig bleibt, wenn sie nicht spätestens an der Grenze um die Erteilung eines Visums ersuchen. Demgegenüber hat der Bundesrat die Visumpflicht für entsandte Arbeitnehmer auch aus visumpflichtigen Drittstaaten aufgehoben.³⁴

Kommen wir zum rechtswidrigen Verweilen im Lande, das ebenso wie das rechtswidrige Betreten gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG strafbar ist. Der Begriff des "Verweilens" impli-

²⁷ Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV; SR 142.201).

²⁸ Verordnung vom 14. Januar 1998 über Einreise und Anmeldung von Ausländerinnen und Ausländern (VEA; SR 142.211).

²⁹ BGE 119 IV 164.

³⁰ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (Personenfreizügigkeitsabkommen, FZA, SR 0.142.112.631).

³¹ Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA.

³² Vgl. Art. 17 lit. b [ii], Anhang I FZA.

³³ EuGH, 25. Juli 2002, Rs. C-459/99, *Mouvement contre le racisme, antisémitisme et la xénophobie*, Rz 61.

³⁴ Art. 4 Abs. 1 lit. f VEA.

ziert eine gewisse Dauer der Anwesenheit, wie in der Lehre zutreffend hervorgehoben wird.³⁵ Die rechtswidrige Einreise bedeutet insofern nicht bereits ein rechtswidriges Verweilen.³⁶ Bedeutend heikler ist die Frage, in welchen Fällen die Anwesenheit rechtswidrig ist. Zu entscheiden ist sie auf der Grundlage der einschlägigen verwaltungsrechtlichen Vorschriften. Dabei kommt grundlegende Bedeutung dem heutigen Art. 1a ANAG (früher Art. 1 ANAG) zu, wonach der Ausländer zur Anwesenheit auf Schweizer Boden berechtigt ist, wenn er eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt oder wenn er nach diesem Gesetz keiner solchen bedarf. Entweder ist also die Anwesenheit durch gesetzliche Vorschrift erlaubt oder durch individuelle Bewilligung.

Wenden wir uns zunächst der bewilligten Anwesenheit zu. Hier liegen die Dinge einfach. Man konsultiere die Bewilligung und ersehe daraus, ob diese noch gültig oder abgelaufen ist. Dennoch kann sich ab und zu ein Problem ergeben. Die Niederlassungsbewilligung ist auf Dauer gestellt, allerdings wird der Ausländerausweis zur Kontrolle für eine Laufzeit von drei Jahren ausgestellt (Art. 11 Abs. 3 ANAV). Der Ausländer, der seinen Ausweis nicht, wie es die Verordnung vorschreibt, zwei Wochen vor Ende der Laufzeit zur Verlängerung vorlegt, macht sich deswegen nicht des unrechtmässigen Verweilens strafbar, denn er bleibt weiterhin zur Anwesenheit berechtigt. Zur Anwendung kann lediglich Art. 23 Abs. 6 ANAG (andere Zuwiderhandlungen) gelangen. Bei den Aufenthaltsbewilligungen ist davon auszugehen, dass diese im Unterschied zur Niederlassungsbewilligung befristet sind und mit Bedingungen verbunden werden können (Art. 5 Abs. 1 ANAG). Es ist eine Besonderheit des schweizerischen Systems, dass Anwesenheitsbewilligung und Arbeitsbewilligung nicht getrennt sind, sondern darüber in einem entschieden wird, indem die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit als Bedingung der Aufenthaltsbewilligung formuliert wird. Hält sich nun der Ausländer nicht an diese Bedingungen, nimmt er z.B. eine Erwerbstätigkeit auf, ohne dass die Bewilligung ihm dies gestatten würde, fragt es sich, ob damit der Aufenthalt unrechtmässig wird. Das ist indessen nicht der Fall, denn das Gesetz bestimmt nicht, dass die Aufenthaltsbewilligung in einem solchen Falle ungültig wäre, sondern sieht nur vor, dass die Bewilligung widerrufen werden kann (Art. 9 Abs. 2 lit. e ANAG). Gleich verhält es sich bei durch falsche Angaben erschlichenen Aufenthaltsbewilligungen (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a ANAG). Eine aufgrund einer Scheinehe erteilte Bewilligung bleibt demnach gültig, so lange sie nicht widerrufen wurde.³⁷ Bereits eine verwaltungsrechtliche Betrachtungsweise ergibt hier, dass es auf den formellen Bestand der Bewilligung ankommen muss. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot unterstreicht dieses Ergebnis zusätzlich.

Aus strafrechtlicher Sicht nicht gerade vereinfacht hat sich die Rechtslage aufgrund des Personenfreizügigkeitsabkommens. Aufgrund dieses Abkommens werden bei Arbeitsverhältnissen mit einer Dauer von mehr als drei Monaten, aber weniger als einem Jahr, Kurzaufenthaltsbewilligungen EG erteilt (Art. 6 Anhang I FZA; Art. 4 VEP³⁸), bei unbefristeten

³⁵ VALENTIN ROSCHACHER, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), Diss. Zürich 1991, S. 42; CATERINA NÄGELI, Ausländische Staatsangehörige als Straftäter und Straftäterinnen, in *Ausländerrecht, Die Handbücher für die Anwaltspraxis VIII*, Basel 2002, S. 824.

³⁶ Siehe z.B. BGE 112 IV 115, wo es um einige Stunden nach ihrer Einreise angehaltene Ausländer geht, die lediglich wegen widerrechtlichen Betretens des Landes, nicht aber Verweilens bestraft wurden.

³⁷ Urteil 6S.495/1997 vom 28. August 1997, in *Journal des Tribunaux* 1998 IV 79; vgl. auch BGE 125 I 152.

³⁸ Verordnung vom 22. Mai 2002 über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren

Arbeitsverträgen oder Arbeitsverträgen mit einer Dauer von mindestens einem Jahr Aufenthaltsbewilligungen EG mit einer Gültigkeit von fünf Jahren (ebenda). Strafrechtlich bedeutsam ist hier, dass diese Bewilligungen nach der Rechtsprechung des EuGH nicht rechtsbegründenden Charakter haben, sondern deklaratorischer Natur sind.³⁹ Anders ausgedrückt, ist der Aufenthalt auch bei fehlender Bewilligung nicht rechtswidrig, so dass nur eine Bestrafung nach Art. 23 Abs. 6 ANAG (andere Zuwiderhandlungen) in Frage käme, wenn keine Bewilligung eingeholt wurde. Allerdings ist, und das macht die Sache kompliziert, zu beachten, dass nach Art. 10 FZA noch eine Übergangsbestimmung bis fünf Jahre nach Inkrafttreten (d.h. bis 31. Mai 2007) gilt, wonach die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen kontingentiert bleibt. Insofern wird man für die Dauer dieser Übergangsfrist doch noch von einer rechtsbegründenden Wirkung der Bewilligung ausgehen dürfen, was bei einem mehr als dreimonatigen Arbeitsverhältnis, das nicht bewilligt ist, Rechtswidrigkeit des Aufenthalts bedeutet.

Gehen wir über zum Anwesenheitsrecht, wie es unmittelbar aus dem Gesetz folgt, zum Anwesenheitsrecht ex lege. Der bewilligungsfreie Aufenthalt ergibt sich nach rechtmässig erfolgter Einreise aus Art. 2 ANAG und Art. 1 sowie Art. 2 ANAV, welche die Anmeldung regeln. Während der Anmeldefrist darf sich der Ausländer nach Art. 1 ANAV bewilligungsfrei in der Schweiz aufhalten. Abgesehen von besonderen Ausnahmen ist bewilligungsfrei die Anwesenheit für drei Monate, allerdings nur für acht Tage, wenn die Einreise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erfolgt ist, wobei bei einem Stellenantritt, also bei unselbständiger Erwerbstätigkeit bei einem schweizerischen Arbeitgeber, die Anmeldung vor Antritt der Stelle zu erfolgen hat. Abgesehen von Spezialitäten, wie sie in Art. 2 ANAV festgehalten sind und sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergeben, lässt sich grob sagen: Drei Monate bewilligungsfreier Aufenthalt bei Einreise als Tourist, acht Tage bei Erwerbstätigkeit ohne Stellenantritt, bei Stellenantritt nur bis zu diesem Zeitpunkt. Verwaltungsrechtlich scheint insoweit alles klar zu sein, strafrechtlich allerdings nicht. Das Bundesgericht hat in BGE 128 IV 117 entschieden, dass Prostituierte, welche mit einem Touristenvisum eingereist waren und weniger als drei Monate ihrer Tätigkeit nachgingen, sich nicht illegal in der Schweiz aufhielten. Dieser Entscheid beruht auf der unzutreffenden Annahme, ein Visum sei eine behördliche Bewilligung, in die Schweiz einzureisen und sich hier für eine bestimmte Dauer aufzuhalten. Beim Visum handelt es sich jedoch weder um eine Bewilligung zur Einreise noch gar zur Anwesenheit. Das Erfordernis eines Visums erlaubt vielmehr, bereits im Herkunftsland vorzuprüfen, ob die Einreisevoraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind. Das Visum hat lediglich den Stellenwert einer Bestätigung des Bestehens der Einreisevoraussetzungen (Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 VEA), stellt aber nicht eine Bewilligung dar. Auch mit Visum ist der Aufenthalt nur dann legal, wenn sich aus dem Gesetz das Anwesenheitsrecht ergibt, was aber für drei Monate nur bei einem touristischen, nicht aber bei einem erwerblichen Aufenthalt der Fall ist. In einem neuesten Urteil vom 29. September 2005⁴⁰ hat das Bundesgericht nunmehr klargestellt, dass entgegen BGE 128 IV 117 die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit das bewilligungsfreie Anwesenheitsrecht des Touristen untergehen und die Anwesenheit rechtswidrig werden lässt. Die strafrechtliche Ahndung wegen rechtswidrigen Verweilens in einem solchen Fall führt auch nicht zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung zwischen bewilligungsfreier und bewilligter Anwesenheit.⁴¹

Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP; SR 142.203).

³⁹ EuGH, 5. Februar 1991, Rs. C-363/89, Roux; siehe auch EuGH, 25. Juli 2002, Rs. C-459/99, *Mouvement contre le racisme, antisémitisme et la xénophobie*, Rz 74.

⁴⁰ Urteil 6S.170/2005, wird voraussichtlich in den BGE publiziert.

⁴¹ So aber ROSCHACHER, a.a.O., S. 56 ff..

Zwar ist, wie schon ausgeführt, richtig, dass eine Aufenthaltsbewilligung einer ausländischen Person, die sich an eine Bedingung der ihr erteilten Bewilligung nicht hält, nicht automatisch erlischt, sondern erst, wenn die Bewilligung widerrufen wird.⁴² Im Unterschied zum bewilligten Aufenthalt, der rechtmässig ist, solange die Bewilligung fortbesteht, ergibt sich beim bewilligungsfreien Aufenthaltsrecht ein Anwesenheitsrecht nur, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Für den Geltungsbereich des Personenfreizügigkeitsabkommens ist zu bemerken, dass gemäss Art. 2 Abs. 4 Anhang I FZA von den Staatsangehörigen der andern Vertragsparteien verlangt werden kann, dass sie ihre Anwesenheit anzeigen. Daher gelten die Meldefristen des ANAG und der ANAV auch hier. Sie haben aber einen anderen Stellenwert. Sie grenzen nicht den bewilligungsfreien vom zu bewilligenden Aufenthalt ab, zumal bei einem Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von höchstens drei Monaten eine Aufenthaltserlaubnis nicht erforderlich ist (Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA). Wenn dennoch verlangt wird, dass vor Stellenantritt die Meldung erfolgt, so hat die Missachtung zwar nicht zur Folge, dass der Aufenthalt unrechtmässig wäre, aber sie kann nach Art. 23 Abs. 6 ANAG (andere Zuwiderhandlungen) geahndet werden.

4. Erleichterungshandlungen

Gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG wird bestraft, wer im In- oder Ausland die rechtswidrige Ein- oder Ausreise oder das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert oder vorbereiten hilft.

Zunächst zu einer Anomalie. Hier wird das Erleichtern der rechtswidrigen Ausreise unter Strafe gestellt, während Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG den Ausländer selber für die illegale Ausreise nicht erfasst. Eine vernünftige Erklärung für diesen Unterschied gibt es nicht. Anzumerken ist, dass es sich bei der illegalen Ausreise nicht etwa darum handelt, die Einreisebestimmungen unserer Nachbarstaaten unter strafrechtlichen Schutz zu stellen, wie dies im neuen Ausländergesetz vorgesehen ist.⁴³ Vielmehr geht es um Art. 21 VEA, wonach die Ausreise von Ausländerinnen und Ausländern über die vom EJPD für den grossen Grenzverkehr als offen bezeichneten Grenzübergangsstellen erfolgen muss. Während hier der Ausländer selber immerhin nach Art. 23 Abs. 6 ANAG (andere Zuwiderhandlungen) bestraft werden kann, besteht eine weitere Ungleichbehandlung bei der Tatbestandsvariante des "Vorbereitenhelfens". Während der Ausländer selber für die Strafbarkeit beim rechtswidrigen Grenzübertritt das Versuchsstadium erreicht haben muss, genügt für denjenigen, der Hilfe leistet, bereits eine Vorbereitungshandlung, die von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG als selbständige Tathandlung erfasst ist.⁴⁴ In BGE 119 IV 164 hatte das Bundesgericht den Fall eines Täters zu entscheiden, der den Ausländer mit dem Auto an die Grenze führte. Das Bundesgericht befasste sich mit der Frage, ob lediglich der Versuch der Erleichterung einer unrechtmässigen Einreise gegeben ist, wenn der Ausländer die Landesgrenze, aber noch nicht die Grenzkontrolle passiert hat. Man hätte sich hier allerdings auch fragen können, ob nicht ähnlich wie beim Anstaltentreffen gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 des BetmG der Versuch in der Vorbereitungshandlung aufgeht.⁴⁵

⁴² Vgl. vorne bei Anmerkung 17.

⁴³ Art. 110 Abs. 2 des Entwurfs, BBI 2002, 3889.

⁴⁴ ROSCHACHER, a.a.O., S. 85 f.

⁴⁵ BGE 121 IV 200.

Die eigentliche Crux von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG liegt indessen bei der Tatbestandsvariante des Erleichterns des rechtswidrigen Verweilens. Der illegal hier anwesende Ausländer wird, wie es dem Menschen als sozialem Wesen entspricht, zahllose Kontakte zu andern Personen knüpfen. Nicht jeder dieser Kontakte kann, soweit er das Leben angenehmer macht, bereits als objektiv tatbestandsmässig angesehen werden, so dass es nur noch darauf ankäme, ob die Kontaktperson um die Illegalität der Anwesenheit weiss oder nicht. Als ratio legis des Erleichterns betrachtet die Rechtsprechung Handlungen, mit welchen der Täter den Erlass oder Vollzug von Verfügungen gegenüber dem rechtswidrig in der Schweiz Verweilenden erschwert beziehungsweise die Möglichkeit des Zugriffs der Behörden auf diesen einschränkt.⁴⁶ In diesem Sinne ist namentlich das Beherbergen einer illegal anwesenden ausländischen Person tatbestandsmässig, denn eine Unterkunft dient dem illegal anwesenden Ausländer, sich dem Zugriff der Behörden zu entziehen. Auch finanzielle Leistungen können tatbestandsmässig sein, dies wenn das Geld für die Bezahlung eines Mietzinses dient.⁴⁷ Demgegenüber erblickte das Bundesgericht keine Erleichterungshandlung bei einem Chauffeur, der einen Ausländer im Landesinnern 100 Kilometer weit chauffierte, ohne dass festgestellt gewesen wäre, dass der illegal anwesende Ausländer auf diese Weise dem behördlichen Zugriff entzogen worden wäre.⁴⁸ Ebenso erachtet das Bundesgericht in konstanter Praxis die Beschäftigung von illegalen Ausländern nicht als Erleichterungshandlung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG.⁴⁹ Strafbar macht sich der Arbeitgeber insofern nur nach Art. 23 Abs. 4 ANAG. Der Arbeitgeber, der zugleich Unterkunft gewährt, macht sich allerdings auch für die Erleichterungshandlung strafbar.⁵⁰ Gegen die Strafbarkeit der Beherbergung ist schon eingewendet worden, der Staat selber sei nach Massgabe des Grundrechts auf Hilfe in Notlagen zur Gewährung von Obdach verpflichtet, womit nicht einsehbar sei, weshalb der Private, der an Stelle des Staates Unterkunft gewähre, bestraft werde. In der Tat sind auch illegale Ausländer (Sans-Papiers) nicht rechtlos. So haben sie ein Recht auf materielle Hilfe, ebenso wie ihre Kinder ein Recht auf Volksschulunterricht haben. Das aber ist nicht der entscheidende Punkt. Wer nämlich einem Sans-Papiers Unterkunft gewährt, ist nur unter der Voraussetzung strafbar, dass er ihm dem behördlichen Zugriff entzieht, was nicht der Fall ist, wenn die Unterkunftsgewährung offen erfolgt beziehungsweise den Behörden gemeldet wird.

Handelt tatbestandsmässig, wer seinen eigenen Ehegatten bei sich aufnimmt? Mit Blick auf Art. 162 ZGB, wonach die Ehegatten gemeinsam die eheliche Wohnung bestimmen, hat das Bundesgericht entschieden, es liege keine Beherbergung des einen Ehegatten durch den andern vor, unabhängig davon, wer Mieter der Wohnung sei. In Anbetracht der gesetzlichen Pflichten und Rechte der Ehegatten sei eine Erleichterung des rechtswidrigen Verweilens, die sich aus dem Zusammenleben im gemeinsamen Haushalt ergebe, jedenfalls mit Blick auf Art. 32 StGB nicht rechtswidrig.⁵¹

Das rechtswidrige Verweilen im Lande erleichtert auch nicht, wer Scheinehen vermittelt,

⁴⁶ BGE 130 IV 77; Urteil 6S.459/2003 vom 8. März 2004; Urteil 6S.615/1998 vom 18. August 2000 und Urteil 6S.183/1990 vom 27. Juli 1990.

⁴⁷ Urteil 6S.459/2003 vom 8. März 2004, E. 2.2; MINH SON NGUYEN, Droit public des étrangers, Bern 2003, S. 680 f.

⁴⁸ Urteil 6S.459/2003 vom 8. März 2004.

⁴⁹ BGE 118 IV 262 mit Hinweis auf Urteil vom 16. September 1982.

⁵⁰ Urteil 6S.170/2005 vom 29. September 2005 (wird voraussichtlich in den BGE publiziert) sowie Urteil 6S.222/2004 vom 20. August 2004; vgl. BGE 118 IV 266; BGE 128 IV 136.

⁵¹ BGE 127 IV 27.

um Ausländern zu Aufenthaltsbewilligungen zu verhelfen.⁵² Der Aufenthalt ist eben gerade nicht rechtswidrig, wenn er auf einer erteilten Bewilligung beruht. Dass diese erschlichen wurde, ändert an der Gültigkeit nichts, sondern kann lediglich gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a ANAG zum Widerruf führen. Im neuen Ausländergesetz ist vorgesehen, diesen Sachverhalt mit dem neu eingeführten Tatbestand der Täuschung der Behörden zu ahnden.⁵³

5. Schwarzarbeit

Nach Art. 23 Abs. 4 ANAG wird mit Busse bis zu 5'000 Franken für jeden beschäftigten Ausländer bestraft, wer vorsätzlich Ausländer beschäftigt, die nicht berechtigt sind, in der Schweiz zu arbeiten. Bei Fahrlässigkeit beträgt die Busse bis zu 3'000 Franken. In besonders leichten Fällen kann von einer Bestrafung Umgang genommen werden. Wenn der Täter aus Gewinnsucht handelt, ist der Richter an diese Höchstbeträge nicht gebunden. In Art. 23 Abs. 5 ANAG ist eine Strafschärfungsnorm vorgesehen für denjenigen, der wegen vorsätzlicher Begehung rechtskräftig verurteilt wurde und innert fünf Jahren erneut rechtswidrig einen Ausländer beschäftigt. Hier kann zusätzlich zur Busse mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Haft bestraft werden. Das Strafmass für den Arbeitgeber bei Schwarzarbeit erreicht also erst im Wiederholungsfalle dasjenige, welches gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG für Erleichterungshandlungen vorgesehen ist. Die in diesem Sinne privilegierte Bestrafung von Schwarzarbeitgebern beruht auf einer eigenartigen Wertung des Unrechtsgehalts, welche mit dem Verständnis für Arbeitgeber bei angespannter Arbeitsmarktsituation zwar erklärt werden kann, wie das Bundesgericht dies in BGE 118 IV 262 tat, aber jeder inneren Rechtfertigung entbehrt. Das neue Ausländergesetz behebt diesen Mangel und gleicht die Strafdrohungen an.

Der Straftatbestand richtet sich ausschliesslich gegen den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer, der sich nicht zugleich illegal in der Schweiz aufhält, ist nur nach Art. 23 Abs. 6 ANAG (andere Zuwiderhandlungen) strafbar. Schwarzarbeit meint die Beschäftigung ausländischer Personen ohne behördliche Bewilligung bei bestehender Bewilligungspflicht. Das Bundesgericht fasst den Anwendungsbereich von Art. 23 Abs. 4 ANAG weit, jedenfalls weiter als es dem zivilrechtlichen Begriff des Arbeitsvertrags entspricht. "Beschäftigen" heisst, jemanden eine Tätigkeit ausüben zu lassen, welche unter den Begriff der Erwerbstätigkeit fällt.⁵⁴ Das Bundesgericht hat dies bejaht für den Geschäftsführer eines Massagesalons bzw. eines Bordells, der unter anderem für dessen Infrastruktur zuständig ist und entscheidet, welche Ausländerinnen im Etablissement als Prostituierte arbeiten können. Unerheblich ist, dass er den Prostituierten keinerlei Weisungen betreffend die Arbeitszeit, die Anzahl der zu bedienenden Freier und die Art der Dienstleistungen erteilt.⁵⁵

Wiederholt sei, dass wer eine illegal in der Schweiz anwesende Person nur beschäftigt und nicht auch beherbergt, bloss eine Übertretung nach Art. 23 Abs. 4 ANAG begeht und sich

⁵² BGE 125 IV 148.

⁵³ Art. 113 des Entwurfs, BBI 2002, 3890.

⁵⁴ ROSCHACHER, a.a.O., S. 122.

⁵⁵ BGE 128 IV 170; vgl. im Übrigen schon BGE 99 IV 110, wonach es auch für den Begriff des Stellenantritts nach Art. 3 Abs. 3 ANAG nicht auf das zivilrechtliche Rechtsverhältnis ankommt, sondern nur darauf, wer faktisch in seinem Betrieb unter eigener Verantwortung und Aufsicht Dienste von Ausländern tatsächlich entgegen nimmt (Fall eines Beamten, der befugt ist, Arbeitskräfte selbständig und ohne Bewilligung oder Genehmigung von oben zu beschäftigen).

nicht auch der Erleichterung des rechtswidrigen Verweilens gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 5 ANAG strafbar macht.⁵⁶

6. Rechtfertigungsgründe

Wie im Bereich des Kernstrafrechts kann die Tat auch im Ausländerstrafrecht gerechtfertigt sein. So sieht Art. 23 Abs. 3 ANAG vor, dass der in die Schweiz Geflüchtete straflos bleibt, wenn die Art und Schwere der Verfolgung den rechtswidrigen Grenzübertritt rechtfertigen; Hilfe hierzu ist ebenfalls straflos, soweit sie aus achtenswerten Beweggründen geleistet wird. Auf völkerrechtlicher Ebene ist auf Art. 31 Ziff. 1 des Flüchtlingsabkommens⁵⁷ zu verweisen, wonach die vertragschliessenden Staaten keine Strafmassnahmen wegen illegaler Einreise oder unrechtmässigen Aufenthalts gegen Flüchtlinge ergreifen, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, wo ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Art. 1 bedroht war und sofern sie sich unverzüglich den Behörden stellen und triftige Gründe für ihre illegale Einreise oder Anwesenheit darlegen.

Die beiden Bestimmungen sind in ihrem Wortlaut nicht deckungsgleich. Es dürfte aber richtig sein, den beiden Bestimmungen denselben Gehalt zuzumessen, jedenfalls was das Verhalten des Flüchtlings selber betrifft.⁵⁸ Das Bundesgericht hat sich mit der Frage der Rechtfertigung der illegalen Einreise von Flüchtlingen in einem Urteil von 1999 ausführlich auseinandergesetzt.⁵⁹ Die illegale Einreise ist danach gerechtfertigt, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind. Es muss sich erstens um einen Flüchtling handeln, zweitens braucht es triftige Gründe für die illegale Einreise, drittens hat sich der Flüchtling nach der Einreise unverzüglich den Behörden zu stellen und viertens muss er unmittelbar aus seiner Heimat in die Schweiz gelangt sein. Alle diese vier Punkte sind indessen erläuterungsbedürftig.

Zu 1): Flüchtling ist nicht nur, wer von den Asylbehörden als solcher anerkannt ist. Nötigenfalls muss der Strafrichter die Flüchtlingseigenschaft auch vorfrageweise prüfen⁶⁰. Kann er die Flüchtlingseigenschaft nicht verwerfen, so ist sie dem Urteil aufgrund der Unschuldsvermutung zu Grunde zu legen.

Zu 2): Triftige Gründe (*raisons valables*) liegen vor, wenn der Flüchtling ernsthaft befürchten muss, dass er im Falle der ordnungsgemässen Einreichung eines Asylgesuchs an der Grenze keine Bewilligung zur Einreise erhalte. Dieses Erfordernis dürfte aufgrund der zusehends schärfer werdenden Einreisebestimmungen meist erfüllt sein. Man mag sich fragen, ob eine Rechtslage konsistent sei, wenn die Einreisebestimmungen so formuliert sind, dass illegales Verhalten gewissermassen zum Normalfall wird und anschliessend aufgrund einer höherwertigen Norm gerechtfertigt werden muss. Aber jedenfalls ist es so, dass die Bestimmung des Flüchtlingsabkommens genau den Zweck hat sicherzustellen, dass das Kernstück des internationalen Flüchtlingsschutzes nicht aufgrund von hohen Voraussetzungen für eine legale Einreise ausgehebelt wird.

Zu 3): Der Flüchtling muss unmittelbar (*directement; directly*) aus dem Verfolgerstaat in die Schweiz gelangt sein. Man könnte meinen, dass diese Voraussetzung geografisch zu ver-

⁵⁶ BGE 118 IV 262.

⁵⁷ Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.30.

⁵⁸ Anders dagegen möglicherweise für denjenigen, der Hilfe leistet, wozu sich explizit nur Art. 23 Abs. 3 ANAG äussert.

⁵⁹ Urteil 6S.737/1998 vom 17. März 1999, veröffentlicht in Asyl 1999/2, S. 21.

⁶⁰ BGE 112 IV 115 E. 4a.

stehen sei, womit sie - jedenfalls bei Flucht auf dem Landweg - für die Schweiz nie gegeben wäre. Dem ist aber nicht so. Unmittelbar reist der Flüchtling dann in die Schweiz ein, wenn er zielstrebig, ohne wesentliche freiwillige Verzögerungen aus dem Verfolgerstaat in die Schweiz gelangt. Es kommt nicht darauf an, ob der Flüchtling während seiner Reise auf dem Landweg Drittstaaten durchquert hat, in denen er nicht im relevanten Sinne verfolgt ist.

Zu 4): Schliesslich muss sich der Flüchtling nach der Einreise unverzüglich den Behörden stellen. Ob Unverzüglichkeit gegeben ist, kann nicht abstrakt festgelegt, sondern muss im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände entschieden werden. Im zitierten Fall war das Kriterium bei einem Flüchtling erfüllt, der illegal in Chiasso einreiste und sich noch gleichentags in der Empfangsstelle Kreuzlingen unter Offenbarung der wahren Identität meldete.

Gerechtfertigt ist bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht nur der illegale Grenzübertritt als solcher, sondern auch die allfällige Verwendung gefälschter Papiere⁶¹. Dies gilt aber natürlich nicht mehr, wenn ein gefälschter Ausweis nach dem Grenzübertritt in der Schweiz noch gebraucht wird, z.B. zwecks Verschleierung der wahren Identität.

Das neue Ausländergesetz wird den Rechtfertigungsgrund der illegalen Einreise von Art. 23 Abs. 3 ANAG nicht mehr enthalten, was insofern nicht schadet, als das Flüchtlingsabkommen direkt anwendbar bleibt. Die Botschaft des Bundesrates hält dazu fest, dass dies auch für Personen gelte, die den Flüchtlingen beim illegalen Grenzübertritt behilflich waren.⁶² Dass dies zutrefte, ist nicht evident. Das Flüchtlingsabkommen jedenfalls entbehrt einer entsprechenden Vorschrift. Eine solche wurde bei Ausarbeitung des Flüchtlingsabkommens auf Vorschlag der Schweiz diskutiert, schliesslich aber verworfen, wobei dem Wunsch Ausdruck gegeben wurde, die Staaten möchten die liberale Einstellung der Schweizer zur Kenntnis nehmen und ihrem Beispiel folgen.⁶³ Immerhin erscheint es mir durchaus naheliegend, ethisch motivierte Gehilfenschaft aufgrund des höherwertigen Rechtsguts, wie es in Art. 31 Abs. 1 des Flüchtlingsabkommens zum Ausdruck kommt, als gerechtfertigt anzusehen.

Unter dem Titel der Rechtfertigungsgründe bleibt auf drei Fälle zu verweisen. Das Bundesgericht hat den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen bejaht in einem Fall, in dem ein Staatenloser ohne Schriften unter Vorweisung eines gefälschten ausländischen Passes in die Schweiz einreiste, um hier die Eheschliessung mit einer Schweizerin, der Mutter seiner im Zeitpunkt der Einreise 1 ½-jährigen Tochter, vorzubereiten, nachdem verschiedene Anstrengungen, die Bewilligung für die Einreise bzw. die erforderlichen Papiere zu erhalten, erfolglos geblieben waren, bis zur Erreichung dieses Ziels jedenfalls noch einige Zeit verstrichen wäre und dem Täter die Lage hoffnungslos schien.⁶⁴

Demgegenüber konnte sich ein Gemüsebauer nicht auf Notstand berufen, der glaubte, dass er seine Ernte ohne Beizug unbewilligter Arbeitskräfte nicht würde rechtzeitig einbringen können.⁶⁵

⁶¹ ATLE GRAHL-MADSEN, *The Status of Refugees in International Law*, Bd. II, Leiden 1972, S. 211 - 215.

⁶² BBI 2002, 3832.

⁶³ GRAHL-MADSEN, a.a.O., S. 217 f.

⁶⁴ BGE 117 IV 170.

⁶⁵ Urteil 6S.255/2002 vom 29. Juli 2002.

Schliesslich erachtete das Bundesgericht die Voraussetzungen des aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrung berechtigter Interessen als nicht erfüllt im Falle eines Journalisten, der gemeinsam mit einer Gruppe von Flüchtlingen rechtswidrig in die Schweiz einreiste, um Informationen aus "erster Hand" zu sammeln und einen Artikel über das Schicksal der heimlich auf Schweizer Boden weilenden Personen zu veröffentlichen. Die Verurteilung des Journalisten zu einer Busse von 250 Franken verstosse auch nicht gegen das Grundrecht der Pressefreiheit.⁶⁶

7. ... am Beispiel des Asylverfahrens

Zur Strafbarkeit der illegalen Einreise von Flüchtlingen habe ich mich bereits geäussert. Unterstellen wir, der Asylbewerber sei Flüchtling, er habe triftige Gründe und sei unmittelbar aus dem Verfolgerstaat in die Schweiz gelangt. Wenn er sich nun nicht unverzüglich den Behörden stellt, so wird sein Verweilen in der Schweiz rechtswidrig. Von dem Moment an, wo er sich bei der Behörde meldet, darf er sich gemäss Art. 42 Asylgesetz⁶⁷ bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten. Er hat somit ein Anwesenheitsrecht von Gesetzes wegen, ex lege. Wird das Asylgesuch abgewiesen oder darauf nicht eingetreten, hat eine Wegweisungsverfügung zu ergehen, verbunden mit einer Ausreisefrist (Art. 44 i.V.m. Art. 45 AsylG). Der Tatbestand des rechtswidrigen Verweilens wird also erfüllt, wenn nach rechtskräftiger Wegweisungsverfügung und Ablauf der Ausreisefrist sich der Asylbewerber weiterhin in der Schweiz aufhält. Hierzu gibt es eine Ausnahme, wenn nämlich der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich ist (Art. 44 Abs. 2 AsylG), so ist zwar die Wegweisung zu verfügen, aber an Stelle der Ausreisefrist die vorläufige Aufnahme anzuordnen (Art. 14a ANAG). Damit bleibt die Anwesenheit legal.

Das Asylverfahren sieht in zusehends mehr Konstellationen vor, dass auf das Gesuch gar nicht eingetreten werde. In diesen Fällen wird die Frage der vorläufigen Aufnahme mangels Verfahren gar nicht gestellt, und die Ausreisefrist wird äusserst kurz (sofort, innert 24 Stunden) angesetzt. Dennoch kann es noch zu einer vorläufigen Aufnahme kommen, dies namentlich mit Bezug auf den Aufnahmegrund der Unmöglichkeit des Vollzugs, der sich regelmässig erst zu einem späteren Zeitpunkt als gegeben erweist.

In strafrechtlicher Hinsicht unterscheiden sich die Fälle mit Nichteintretensentscheid von jenen der abgewiesenen Asylbewerber nicht grundsätzlich. Immerhin ist zu bedenken, dass bei extrem kurzer Ausreisefrist die Tatmacht fehlen kann: *Ultra posse nemo tenetur!* Letzteres gilt auch, wenn es dem Asylbewerber (ob abgewiesen oder mit Nichteintretensentscheid) trotz redlichem Bemühen nicht gelingt, die für eine legale Ausreise erforderlichen Papiere zu beschaffen.

Gemäss Art. 13e Abs. 1 ANAG kann einem Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und der die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet, insbesondere zur Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels, die Auflage gemacht werden, ein ihm zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten. Derartige Ein- und Ausgrenzungen können u.a. gegenüber Asylbewerbern ausgesprochen werden. Die Missachtung einer solchen Verfügung wird gemäss Art. 23a ANAG mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Haft bestraft, aber

⁶⁶ BGE 127 IV 166.

⁶⁷ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31).

nur, wenn sich der Vollzug einer Wegweisung als undurchführbar erweist. Die Klausel der erwiesenen Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs statuiert den Vorrang der Ausschaffung vor der Bestrafung und schränkt das strafprozessuale Legalitätsprinzip ein.⁶⁸ Die Strafe ist subsidiär gegenüber den fremdenpolizeilichen Massnahmen der Ausschaffung sowie der diese sicherstellenden Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft. Erscheint im Zeitpunkt des Urteils die Ausschaffung als durchführbar, so fällt eine Bestrafung ausser Betracht.⁶⁹ Das neue Ausländergesetz will es demgegenüber in das Ermessen der Strafbehörden legen, ob im Falle der Ausschaffung oder der Anordnung von Vorbereitungs- bzw. Ausschaffungshaft ein Strafverfahren noch durchgeführt wird.⁷⁰

Ich schliesse mit einer kurzen Bemerkung zur Konkurrenz zwischen dem Straftatbestand des unrechtmässigen Verweilens (Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG) und der Missachtung einer Ein- und Ausgrenzungsverfügung (Art. 23a ANAG). Ich habe keine Mühe damit, echte Konkurrenz anzunehmen, wenn der Ausländer das Land nicht verlässt, obwohl er müsste, und dazu noch eine Ausgrenzungsverfügung verletzt. Mir scheinen die beiden Verfügungen unterschiedliche Ziele zu verfolgen. Bei der Ausgrenzungsverfügung geht es spezifisch darum, um der öffentlichen Ordnung willen, jemanden von bestimmten Orten fern zu halten, etwa von einem Drogenhandelsplatz. Bei der Eingrenzungsverfügung hätte ich dagegen schon etwas mehr Mühe. Wie soll das zusammen gehen? Das zugewiesene Gebiet, das nur in der Schweiz liegen kann, nicht verlassen zu dürfen, zugleich aber die Schweiz verlassen zu müssen? Hier hätten wir es dann mit Widersprüchlichkeiten zu tun, die mitunter auch dem Ausländerrecht und seiner Anwendung nicht ganz fremd sind.

⁶⁸ BGE 126 IV 30.

⁶⁹ BGE 124 IV 280.

⁷⁰ Art. 114 des Entwurfs, BBl 2002, 3834 f., 3890.

Georges Greiner, Oberrichter

Das Plädoyer ⁷¹

Das perfekte Plädoyer zu halten, kommt einer Kunst gleich. Allein mit dem iuristischen Handwerk ist es schwierig, einen solchen Standard zu erreichen, wobei S i e selbstverständlich von dieser Einschätzung ausgenommen sind. Eine entsprechende Zielsetzung vor Augen zu haben, ist hingegen durchaus angezeigt.

Vernehmen Sie also kurz die Ausführungen eines Handwerkers, welcher sieben Jahre Plädoyers gehört als Gerichtsschreiber, dann sieben Jahre als Richter, dann sieben Jahre als Staatsanwalt gehört und gehalten und schliesslich als Oberrichter seit fünf Jahren vor Wirtschaftsstrafgericht des Kantons Bern erneut vorgesetzt bekommen hat.

1. Zum Begriff

Der Begriff Plädoyer stammt nach den einschlägigen Wörterbüchern als Hilfe bei der semantischen Auslegung ursprünglich aus dem lateinischen placitum bzw. placere, was etwa mit Überzeugung, bzw. gefallen, für gut befinden, übersetzt werden kann.

Das Wort fand dann Eingang in die französische Rechtssprache und trat zuerst als "plaid" auf (Klage, Prozess) und wurde dann als "plaider" (etwas befürworten) verwendet.

Schön ist die Unterscheidung gemäss Larousse, wenn das Plädoyer als discours prononcé devant un tribunal bezeichnet wird, und, la plaidoirie als „art ou profession“ de l'avocat; wir sehen, dass hier die Berufsgruppe der Ankläger/-innen offensichtlich noch vergessen wurde.

2. Der Zweck des Plädoyers

Das Plädoyer ist bekanntlich der Schlussvortrag eines Parteivertreters und dient aus meiner Sicht dazu, dem Gericht einen Urteilsvorschlag zu machen. Danach hat in aller Regel der Angeschuldigte noch das letzte Wort, bevor sich das Gericht zur Urteilsberatung zurückzieht.

Das Plädoyer zerfällt nach allen mir bekannten Strafprozessordnungen, namentlich auch nach dem Vorentwurf zu einer eidgenössischen Strafverfahrensregelung, in zwei Teile, die eigentlichen Anträge und die entsprechenden Begründungen, welche sich inhaltlich zum als erwiesen betrachteten Sachverhalt, zu den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen und zu den Folgen der strafbaren Handlungen äussern (z.B. Art. 379 VE eidg. StrPO).

Das Plädoyer muss also neben der entsprechenden Begründung einen Antrag auf Schuldpruch oder Freispruch oder Keine-Folgegebung enthalten, die Subsumtion unter die als richtig erachtete Strafbestimmung, die auszusprechende Sanktion, die Kostenfolgen, die anwendbaren Gesetzesbestimmungen und die aus der Sicht der Staatsanwaltschaft zu treffen-

⁷¹ Überarbeitete Fassung eines vor den künftigen Staatsanwälten/-innen des Bundes gehaltenen Referates

den begleitenden Verfügungen (Haftantritt, Einzug, Ersatzforderungen, Mitteilungen an bestimmte Behörden etc.).

Das Plädoyer fasst die Ergebnisse des Beweisverfahrens zusammen und zeigt dem Gericht einen möglichen Weg der Entscheidung auf.

3. Die Stellung des Plädoyers im Verlaufe des gesamten Verfahrens

Das Plädoyer ist ein Schritt, ein Element auf dem Weg zum Urteil; das gute Plädoyer entsteht nicht plötzlich, wird nicht erst nach Übertragung des Falles an die urteilende Behörde oder gar erst nach erfolgtem Beweisverfahren, sondern ist das Ergebnis der Verfahrensvorbereitung an sich, aber auch der ganzen fachlichen und taktischen Betreuung und Mitgestaltung der ersten Massnahmen, des Ermittlungsverfahrens, des Vorverfahrens und der Hauptverhandlung gerade auch durch die Staatsanwaltschaft.

Als Beispiel: Wenn der Beweis eines ganz bestimmten reaktiven Verhaltens des Angeeschuldigten schwierig ist, können darüber nicht nur Zeugen Auskunft geben, Sachverständige sich äussern, sondern es finden sich möglicherweise in Vorakten oder Administrativverfahren entsprechende Anhaltspunkte für vergleichbare Reaktionen, sodass die Beweisführung in casu erleichtert und das Plädieren schliesslich vereinfacht wird; auch das gehört zur Vorbereitung des Plädoyers bzw. des Verfahrensabschlusses.

Die in Frage stehenden Tatbestände muss man sich während der ganzen Dauer des Vorverfahrens vor Augen halten und bei den Einvernahmen sind die entsprechenden Fragen im Hinblick auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale und die schlussendliche Subsumtion zu stellen, die erforderlichen Abklärungen bei der Polizei in Auftrag zu geben; die "idée de doctrine" ist ständige Begleiterin.

In Anbetracht des Akkusationsprinzips hat man sich bei einem Sachverhalt, welcher sich im Laufe des Beweisverfahrens entwickelt, etwa auch zu fragen, ob in der Überweisung noch die richtigen Straftatbestände genannt sind, ob dem Angeeschuldigten nochmals das rechtliche Gehör gewährt werden muss und welche prozessleitenden Massnahmen man allenfalls in diesem Zusammenhang auslösen helfen müsste.

4. Die Vorbereitung

Nur als Ziel, aber immerhin, muss gelten, besser vorbereitet zu sein als die Verteidigung und möglicherweise auch gegenüber dem Gericht einen kleinen Vorsprung zu bewahren.

Dies kann nur mit entsprechendem Einsatz und Arbeit erreicht werden. Man macht dabei immer wieder die Erfahrung, dass die Akten ergiebiger sind, als man meinen könnte. Es lohnt sich deshalb, die Akten im Hinblick auf die Erstellung des Plädoyers noch einmal im Detail durchzusehen. Immer wieder habe ich zum Beispiel Ansatzpunkte zu neuen Überlegungen gefunden, wenn ich die ersten polizeilichen Befragungen mit den späteren Einvernahmen verglich; diese Sisyphus-Arbeit lohnt sich.

Besonders intensiv sind die Vorbereitungen klarerweise dann, wenn die Voruntersuchung von einem Untersuchungsrichter geführt wird und die Staatsanwaltschaft diesen bloss beaufsichtigend begleitet.

Tendenziell geringer wird der Aufwand zum Beispiel nach dem VE der eidg. StPO sein, welche dann das Vorverfahren durch die Staatsanwaltschaft selbst führen lässt, sich die „fremden“ Aktenteile somit grundsätzlich auf die polizeilichen Ermittlungsergebnisse und die Entscheidungen des Massnahmegerichts beschränken und die Anklageschrift sowie gegebenenfalls ein Schlussbericht ebenfalls bereits selbständig durch die Staatsanwaltschaft verfasst sind.

Bei aller Vorbereitung darf man nicht vergessen, wo diese ihre Grenzen finden muss. Die Staatsanwaltschaft muss die Ergebnisse der Hauptverhandlung dauernd verarbeiten und erst mit Abschluss der Hauptverhandlung ist die Basis für das Plädoyer vollständig.

Es wird wohl die Ausnahme sein zu sagen, die Hauptverhandlung habe keine neuen Ergebnisse gebracht, wenn auch gemäss Vorentwurf starke Tendenzen bestehen, die Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung zumindest im Vergleich zum heutigen bernischen Strafverfahren als Beispiel stark zu begrenzen: so beim einfachen Beweisverfahren (Art. 374 VE), wo neue Beweiserhebungen nurmehr erfolgen, wenn an den im Vorverfahren erfolgten Abklärungen Zweifel an der Gesetzmässigkeit, Vollständigkeit oder Zuverlässigkeit bestehen. Bei der Beweisabnahme im qualifizierten Beweisverfahren (Art. 377 VE) soll nurmehr auf Antrag, bezüglich umstrittener Umstände, deren unmittelbare Kenntnis für die Urteilsfällung wesentlich scheint, Beweis geführt werden.

Jedenfalls darf beim Gericht unter keinen Umständen der Eindruck entstehen, es werde nun einfach ein ursprünglich vorbereitetes Plädoyer verlesen. Der Vortrag muss ein einheitliches Ganzes bilden, welches die Resultate der wohl wenigen zentralen Beweisabnahmen der Hauptverhandlung miteinschliesst. Das Mass der Zusatzaufwendungen hängt demnach davon ab, wie weit der künftige Strafprozess die Unmittelbarkeit im Hauptverfahren zulässt; je mehr Unmittelbarkeit, desto mehr nachträglicher Aufwand.

Rein technisch empfiehlt sich, bei den Plädoyervorbereitungsunterlagen Lücken zu lassen oder eine Spalte freizuhalten, die Modifikationen dann gleich niederzuschreiben und nötigenfalls am Abend des Verhandlungstages jeweils formgerecht einzuarbeiten. Im Einzelfall können auch Alternativen vorbereitet werden, von denen die nicht Zutreffende nurmehr gestrichen zu werden brauchte.

Die Vorbereitung passiert sicher schriftlich; wie weit dann im Einzelfall alles auszuformulieren ist, entscheidet sich individuell an den noch vorhandenen Gedächtnisleistungen, der Formulierungsfähigkeit und dem rhetorischen Geschick.

5. Der Aufbau

Grundsätzlich folgt der Aufbau des staatsanwaltschaftlichen Parteivortrages den gleichen Regeln, wie diese auch für die schriftlichen Urteilsbegründung gelten, und ich brauche die Aufteilung in Prozessgeschichte, Sachverhaltsdarstellung und -würdigung, Auslegung/Subsumtion, Strafzumessung, Kosten, weitere Verfügungen nicht weiter zu verdeutlichen.

Währenddem bei den schriftlichen Erwägungen des Gerichts vor allem auch die Vollständigkeit eine dominierende Rolle spielt, darf im mündlichen Vortrag sicher etwas mehr nach Bedeutung, Komplexität und Taktik gewichtet werden.

Im Normalfall wird beim Plädoyer die Prozessgeschichte eine eher untergeordnete Rolle spielen und etwa beim geständigen Beschuldigten kann der Sachverhalt mit dem Rechtlichen durchaus zusammengelegt werden. Hier sind alle Kombinationen und Gewichtungen je nach Einzelfall denkbar.

Als Beispiel: Wenig gewinnt man, wenn vor dem WSG Betrugs- und Veruntreuungstatbestände in extenso verlesen werden.

Eine gewisse Unterscheidung ist zu machen, wenn der Parteivortrag schriftlich einzureichen ist, meine heutigen Ausführungen beziehen sich primär auf das eigentliche Plädoyer vor Gericht, sodass ich es Ihnen selbst überlasse zu entscheiden, wo Sie differenzieren wollen.

6. Die Adressatengerechtigkeit

Die Adressatengerechtigkeit ist eine der wichtigsten Voraussetzungen für ein erfolgreiches Plädoyer. Um ein deutliches Beispiel zu nennen: Der oberinstanzliche Berufsrichter ist anders anzusprechen als der Geschworene, welcher als Laie seinen ersten und wohl auch letzten Mordfall mitzubeurteilen hat.

Die oberinstanzliche Berufsrichterin wird tendenziell besser auf den unterkühlten englischen Queen's Council (QC) reagieren als der völlige Laie, der Geschworene wird ganz besonders auf einen klar gegliederten, deutlichen, nachvollziehbaren Vortrag ansprechen.

Um die richtige Mischung zu finden, müssen wir die genaue Zusammensetzung des Gerichts, vor welchem wir auftreten, kennen und auch die Art der Urteilsfällung im Kollegialgericht, wo dem Berufsrichter in der mündlichen Beratung eine führende Rolle zukommt. Eine Konsultation der entsprechenden kantonalen Einführungsgesetzgebungen ist vor Verfassen des Plädoyers Pflichtsache, um die richtige Sprache und Taktik wählen zu können.

Für die Differenzierungen des Plädoyers, je nachdem man vor Geschworenengericht-Laiengericht-Berufsgericht, Einzelgericht-Kollegialgericht, erster-oberer Instanz, mündlich auftritt-eine schriftliche Eingabe macht, ergeben sich zahllose Kombinationen bei der Gestaltung. Ich kann und will Ihnen hier nicht zu jeder Konstellation Angaben machen und nur so viel sagen: Seien Sie sich dieser Problematik bewusst.

7. Die Strenge des Antrages, im Verhältnis zur Verteidigung

Für mich war eigentlich immer klar, den Antrag für die Strafart und -höhe nach eigener Überzeugung von der Richtigkeit eines Urteils zu stellen gemäss der Richtlinie, einen Urteilsvorschlag zu machen, einen Vorschlag, welchen, aus meiner Sicht, das Gericht zum Urteil erheben könnte.

Das Einlegen von Sicherheitsmargen gegenüber dem Gericht stand klar im Hintergrund, wenn man auch manchmal den Eindruck hat – vor allem wenn das Gericht das ganze Package eigentlich übernehmen möchte – ein geringfügige Modifikation beim Strafmass diene zur Bestätigung der gerichtlichen Unabhängigkeit und man müsse entsprechend vorkorrigieren.

So kam es dann auch mehrmals vor, dass das Gericht über das beantragte Strafmass hinausging, wenn ich auch zugestehen muss, dass der andere Fall häufiger war. Insgesamt waren die Abweichungen eher beschränkter Natur und die Modifikationen gingen tendenziell mit

der Zeit eher zurück, je mehr sich der Ruf gefestigt hatte, dass dieser Staatsanwalt nun „urteilsgerechte“ Strafmasse beantragt.

Immer wieder stellt man im übrigen fest, dass gerade bei Laien die weitverbreitete Meinung herrscht, das Gericht mittelt zwischen den Anträgen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung ein und die Staatsanwaltschaft hätte nur genügend zu überschüssen, um letztendlich zu einem richtigen Ergebnis zu gelangen.

Wir alle wissen, dass dies so nicht stimmt, fehlt doch bei der Verteidigung namentlich eine Objektivitätsverpflichtung, welche die Bandbreite des Antrages für die Staatsanwaltschaft beidseitig begrenzt. Es ist deshalb meiner Meinung nach auch nicht angezeigt, mit der Begründung einer Reserve gegenüber der Verteidigung ein Übermass an Strafe zu beantragen.

Wir alle wissen zudem, dass hier ein ganz besonderes Problem läge, welches vor allem die Verteidigung kennt. Wenn der Strafantrag allzu realitätsfremd erscheint, nimmt man ihn weniger zur Kenntnis, setzt sich kaum mehr damit auseinander und fühlt sich zur eigenen Entscheidungsfindung veranlasst und gezwungen; eine Konstellation, welche sicher seitens der Staatsanwaltschaft nie herbeigeführt werden sollte.

Der durchaus vorhandene Spielraum darf in jedem Fall nur soweit ausgenützt werden, dass sich das Gericht zwingend fragt, ob nicht gerade noch in dieser Weise richtig entschieden werden muss.

8. Die Rolle der Zuhörer, der Medien, der Richter, der Opfer

Plädiert wird ganz klar für das Gericht, dies ist an sich einziger Adressat der staatsanwaltlichen Ausführungen.

Zu berücksichtigen ist aber auch, dass der Staatsanwalt Vertreter des staatlichen Strafspruches und mithin des Volkes ist. Wenn nun Zuhörer im Saale sind, fungiert er deshalb auch etwas als deren Anwalt bzw. als Anwalt der nicht anwesenden Bürgerinnen und Bürger, was doch gewisse „indirekte Verpflichtungen“ gegenüber dieser „Klientschaft“ begründet. So hat er auf eine kochende Volksseele vielleicht insoweit Rücksicht zu nehmen, dass er beruhigend einwirkt, auf vorhandene Missverständnisse klärend reagiert, vielleicht nicht auf Anhieb verständliche Prozessgrundsätze erläutert, die Bindung ans Gesetz betont etc.

Eine ähnliche, beschränkte Funktion kommt der Staatsanwaltschaft gegenüber den anwesenden Medien als Vertreter der meinungsbildenden Zunft zu.

Dass die Staatsanwaltschaft namentlich auch die Interessen der Geschädigten bzw. der Opfer, gerade wenn sie unvertreten sein sollten, mitberücksichtigen sollte, braucht nicht besonders erwähnt zu werden.

9. Die Replik

Die Frage der Replik ist relativ heikel. Sie wird allerdings gemäss VE StPO (Art. 379 Abs. 5) teilweise entschärft, weil die Replik nurmehr vor dem Kollegialgericht grundsätzlich vorgesehen ist und vor Einzelgericht noch im Einzelfall beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zugelassen werden kann. Ob dann die Lösung auch definitiv so aussehen wird, wird sich noch zeigen.

Sicher wäre falsch, eine Replik in jedem Falle zu halten, wenn diese formell zulässig ist. Eine solche sollte vom Grundsatz her nur eingesetzt werden, wenn es noch etwas zu sagen gibt, wobei auch das rein Taktische nicht ganz ausser acht gelassen werden darf.

Der Verzicht auf eine Replik kann verschieden begründet sein; so, wenn es nichts mehr Wesentliches zu korrigieren gibt, wenn man im ersten Vortrag nichts vergessen hat oder aber auch eher taktisch, wenn man zum Ausdruck bringen will, mein erster Vortrag war so überzeugend, so vollständig und die Verteidigung hat nun nichts Wesentliches mehr gebracht. Allerdings sollte nicht ein allzu grosses Risiko eingegangen werden und der Entscheid vor allem sachlich begründet sein.

Ich habe mich in der Replik zumeist auf die Behandlung der drei bis fünf aus meiner Sicht wesentlichsten Punkte beschränkt, wobei neue, entscheidrelevante Vorbringen, überzeugende, aber unzutreffende Argumentationen sicher nicht ohne Reaktion bleiben dürfen.

Dankbar ist allenthalben, wenn die Verteidigung auf einen offensichtlichen Fehler beim Sachverhalt oder auch im Rechtlichen festgelegt werden kann und dann etwas mit dem Odium des Ungenauen oder des fachlich Mangelhaften belastet werden kann. Ein allzu grosser Einfluss einer solchen taktischen Massnahme dürfte allerdings namentlich bei einem professionellen Gericht kaum erwartet werden.

Die Replik ist vor allem auch dann einzusetzen, wenn man aus taktischen Überlegungen im ersten Vortrag eine ganz bestimmte Frage bei der Behandlung offengelassen hat, um vorerst abzuwarten, ob und wie die Verteidigung sich dazu verhält. Ist sie mit dem Einzug der Gelder allenfalls einverstanden, welche Einwendungen dagegen macht sie.

Dies rüttelt allerdings nichts am Grundsatz, dass der erste Vortrag eigentlich vollständig sein sollte.

10. Taktisches und Stolpersteine

Ich habe bereits ausgeführt, dass das Plädoyer vollständig zu sein hat, wobei selbstverständlich die entsprechende Gewichtung und Gliederung zu erfolgen hat.

Zur Lösung dieses Spannungsfeldes zwischen Vollständigkeit und Gewichtung bietet sich zum Beispiel das Mittel des Prologes an, in welchem ein Grundgedanke des fraglichen Straf-falles aufgenommen werden kann, ein Zitat, eine Vorbemerkung kann das Thema kenntlich machen, die Hauptproblematik aufzeigen, empfänglich, neugierig machen etc.; dies erlaubte dann auch wieder, vollständig zu sein.

Wesentlich ist dabei, was ich auch schon erlebt habe, dass die Einführung nicht praktisch zum Hauptteil wird bzw. die Überleitung zur Hauptsache gar nicht mehr richtig gelingt.

Fast schon unerlässlich scheint mir, dass das Plädoyer eine Message hat, dass der oder die Hauptpunkte sauber herausgearbeitet sind und dem Adressaten, dem Gericht, eine Botschaft vermittelt wird; dieser muss wissen, was wichtig ist, und wir die Gewissheit haben, dass er es auch erkannt hat, der Auftrag darf aber nicht zu dick werden.

Plädieren Sie vorwiegend zum Strittigen, kürzen Sie Klares ab, vermeiden Sie, wenn immer möglich, Textbausteine abzulesen.

Plädieren Sie zum aktuellen Beweisergebnis, nicht zur Aktenlage vor der Hauptverhandlung.

Auch zum Angeschuldigten – wie zu allen übrigen Parteien und deren Vertreter – bleiben wir sachlich und werden nicht verletzend, lassen uns nicht provozieren.

Wir plädieren zu den Details des vorliegenden ganz eigenen Falles und sagen nicht bloss in extenso, was die Arglist beim Betrug ist, schliesslich ist die Subsumtion wichtig.

In jedem Fall haben wir uns zumindest zu überlegen, inwieweit wir das taktische Mittel der Antizipation einsetzen wollen. Die Argumentation des Verteidigers verliert tendenziell an Gewicht, wenn die Staatsanwaltschaft schon in ihrem ersten Vortrag ausführt, was und vor allem wie die Verteidigung in einem bestimmten Punkt argumentieren wird und hiezu gleich auch entkräftende Ausführungen anschliesst. Der Verteidiger wird sich dann mindestens überlegen, ob er gemäss seiner Vorbereitung den vollständigen Gedankengang überhaupt noch bringen soll, wenn damit nicht gar der ganze Raum geschlossen werden kann. Zumindest das Gesetz des Handelns liegt dann bei Ihnen.

Verlangen Sie vom Gericht nichts „Unmögliches“. Gehen Sie bei Theorienstreiten nicht unbedingt von einer Extremauffassung aus, versetzen Sie sich im Zweifel mit dem argumentum ad personam in die Stellung des Gerichts, welches seinerseits unter zahlreichen Sachzwängen steht. Schlagen Sie jedenfalls nicht eine Lösung vor, welche beim Gericht Bedenken auslöst.

Wenn das Gericht zu einer Auffassung überzeugt werden soll, hilft es manchmal, dass man bei einem sicheren Punkt beginnt, wo praktisch Übereinstimmung herrschen muss, und dann von dort aus die weiteren Gedanken entwickelt.

So hat z. B. Prof. Hammon vor dem EGMR in Strassburg betreffend die Sache der Bombardierung einer Fernsehstation in Belgrad (the case Bankovic and others v. Belgium and 16 other contracting Nato States) im Jahre 2001 seine Hauptargumentationen damit eingeleitet – vereinfacht gesagt – wir sind alle gegen den Terrorismus, bestreiten auch nicht das Erfordernis der NATO-Intervention, und beschränkte sich darauf zu sagen, man müsse die Einzelaktion für sich näher betrachten, wobei an eine solch gut geplante Aktion, bei welcher die Beteiligten über alle technischen Mittel verfügten, hohe Anforderungen gestellt werden dürften. Da war doch schon mal eine Basis für Verständnis geschaffen, wenn nicht gar ein erster Grundkonsens über alle Schranken gelegt. Aus dieser Position heraus lässt sich jedenfalls gut starten, man hat geneigte Zuhörer.

Ähnlich günstige Ausgangslagen lassen sich auch schaffen durch die Bekräftigung zum Beispiel einer gemeinsamen Missbilligung eines Vorganges oder durch die Rückbesinnung auf einen Grundwert; was ist gerade im vorliegenden Fall die Hauptbotschaft, was die Funktion des Strafrechts.

Die Mittel der Verknüpfung und der Reduktion, um diese mal so zu nennen, sind demnach allemal prüfenswert und können im übrigen auch spontan eingesetzt werden, um nach einer möglicherweise missglückten oder schlecht aufgenommenen Argumentation wieder „neu zu beginnen“.

Vergessen Sie auch nie die besonders hohe Aufmerksamkeit und das besondere Interesse der Zuhörer in den ersten 15 Minuten; in diesem Abschnitt müssen erste Treffer gesetzt, die Aufmerksamkeit erregt, die Geneigtheit für den Vortragenden erarbeitet sein.

11. Dauer und Unterbrechungen

Eine vorgeschriebene Dauer für Plädoyers gibt es nicht. Weder sieht das Gesetz solche Vorschriften vor, noch ist es im Belieben eines Gerichts, zeitliche Limiten aufzustellen, dies würde den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen. Die Dauer ist vielmehr eine Frage der sachlichen Zwänge und auch der Taktik.

Vor dem bernischen Obergericht als zweiter Instanz werden allerdings für eine effiziente Terminplanung und im Hinblick auf eine Verwesentlichung der Vorträge Zeitbudgets für die Parteivertreter vorbestimmt; selbstverständlich kann eine Partei darauf Einfluss nehmen und ich habe einmal als Generalprokurator i.V. die beantragte Zeitverlängerung ohne Weiteres zugestanden erhalten.

Eine in diesem Punkt interessante Regelung scheint der EGMR zu kennen, welcher die Gesamtvortragsdauer von erstem Plädoyer und Replik vorschreibt und damit wiederum taktische Möglichkeiten eröffnet.

An sich müssen sämtliche Punkte behandelt sein, gewichtet nach deren Bedeutung und Komplexität. Daraus ergibt sich auch die Dauer des Vortrages.

Zudem ist zu bemerken, dass nach dem VE die anwesende Staatsanwaltschaft auf der Anklageseite allein zum Schuld- und Strafpunkt plädiert, weil die Privatklägerschaft hiezu nicht mehr zugelassen ist (Art. 379 Abs. 4 VE). Die Pflicht zur Vollständigkeit ist demnach umso stärker.

Ausgehend davon, dass die Auftritte vor allem vor den kantonalen Kollegialgerichten mit einem gemäss VE vorgesehenen Strafminimum von drei Jahren bzw. vor dem Bundesstrafgericht erfolgen, und in Anbetracht der Möglichkeit des plea bargaining gemäss VE, welches die klareren Fälle der ordentlichen Beurteilung entzieht, wird deutlich, dass nurmehr Verfahren von einiger Bedeutung mit Plädoyer zu behandeln sein werden.

Die Zeitdauer wird sich demnach in der Regel kaum unter einer Stunde bewegen, eine Spanne, welche gerade vor einem teilweisen Laiengericht als ideal betrachtet werden kann.

Eine Sprechdauer von mehr als anderthalb bis eindreiviertel Stunden sollte ohne Unterbruch, auch bei reinen Profigerichten, nicht überschritten werden. Die Aufmerksamkeit kann bloss aufrechterhalten oder wiederhergestellt werden, wenn eine kurze Pause nach Weisung des Vortragenden erfolgt.

Mein kürzestes Plädoyer bei einem staatsanwaltschaftlichen Auftritt betrug etwa 40 Minuten und mein längstes in einem Indizienprozess mit Mordvorwurf knapp 4 Stunden. Ein halber Tag sollte eigentlich in der Regel nicht überschritten werden. Das längste mir bekannte Plädoyer dauerte rund 16 Stunden und wurde vom Verteidiger i.S. Mamie gehalten.

Als Vorteil muss gelten, dass die Staatsanwaltschaft als erste zu plädieren hat und demnach auf frische Zuhörer trifft. Deshalb ist das unmittelbare Plädieren im Anschluss an das Beweisverfahren nicht unbedingt günstig. Abgesehen davon, dass ein solches Vorgehen in zahlreichen Fällen die Einarbeitung der Prozessergebnisse kaum in genügendem Masse zuliesse. Lediglich in weniger anspruchsvollen Verfahren sollte man sich im Einzelfall auf ein solches Vorgehen überhaupt einlassen, oder dort, wo der Ausgang des Verfahrens mehr oder weniger

klar erscheint und sich das Gericht nurmehr aufgehalten vorkäme. Hier ist es Sache der Staatsanwaltschaft, dass aus beiden Gründen vor dem Plädieren der Prozess für eine angemessene Zeitspanne unterbrochen wird.

Unbeliebt ist auch, wenn die Staatsanwaltschaft relativ kurz nach dem Beweisverfahren zum Beispiel noch am Freitag Nachmittag vortragen soll und die Verteidigung sich dann in aller Ruhe über das Wochenende auch gerade mit der Argumentation der Anklägerseite auseinandersetzen kann. Auch hier ist es Aufgabe der Staatsanwaltschaft, wenn das Gericht dies übersehen sollte, in gezielter Weise zu intervenieren.

12. Vortragsart, Hilfsmittel

Bei mehreren Besuchen vor dem Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg habe ich verschiedene Stilarten der auftretenden Anwälte festgestellt. Der QC plädiert dabei nicht wie ein gewöhnlicher Counsel oder ein Agent. Beim QC fällt auf – und das soll typisch sein –, dass der Vortrag recht distanziert, in einer leicht unterkühlten Art ohne Gefühlsregungen gehalten wird, die Haltung ist statisch, die Hände werden einzig zum Blättern in den schriftlichen Vorbereitungen eingesetzt. Damit soll dokumentiert werden, dass man über der Sache steht und praktisch eine wissenschaftliche Abhandlung "über" den Fall macht; nicht vergebens sind denn zahlreiche Spitzenvertreter vor dem EGMR Engländer ...

So weit wollen wir sicher nicht gehen, noch sind wir nicht alle QC's und treten wir nicht in Strassburg auf. Selbstverständlich sind aber Haltung, Würde und Ruhe zu bewahren, eine Gestik ist nur mit Zurückhaltung einzusetzen; hingegen darf ein emotionales Engagement für die Funktion an sich und für die Aufgabe in casu verspürt werden.

Völlig unangepasst sind missbilligende Bemerkungen, Gesten, Verhaltensweisen gegenüber dem Gericht.

Die deutliche Sprache ist eine Selbstverständlichkeit, ebenso wie der wiederholte Blickkontakt zu den Richtern; der murmelnde, stotternde Parteivertreter, der nur auf sein Blatt schaut, wird es schwer haben zu überzeugen.

Mit dem Blickkontakt wird auch erst der Dialog mit den Adressaten ermöglicht. Wir sehen die Reaktionen und können daraus die hoffentlich richtigen Schlüsse ziehen: Wie steht es mit der Aufmerksamkeit, habe ich schon zu lange plädiert, braucht es eine Pause, wirke ich langweilig, ist alles schon klar etc. Nach meinen Erfahrungen ein gutes Zeichen ist jeweils, wenn die Richter Notizen machen, da gibt es eine recht starke Vermutung, dass deren Vorbereitungen durch unsere Überlegungen ergänzt werden.

Ganz wesentlich ist auch, dass die Richter geachtet und ernst genommen werden. Ein für uns zulässiges und zugleich einfaches Mittel besteht darin, in unserem Vortrag auf Äusserungen oder Fragen der Richter Bezug zu nehmen, darauf einzugehen, möglicherweise finden sich ja sogar positive Ansatzpunkte, die Sie erwähnen können.

Dass jegliches Anbieten völlig kontraproduktiv wirkte, brauche ich sicher nicht zu sagen. Wenden Sie sich auch nicht ausschliesslich an die Verfahrensleitung, sondern sprechen Sie alle Richter an, wenn das Gericht als Gesamtes gemeint ist. Wenn man das Gericht und die einzelnen Richter kennt, besitzt man in dieser Beziehung natürlich Vorteile und weiss vielleicht auch besser, welcher Richter für welche Argumentationsweise empfänglich ist.

Nicht vergebens arbeiten die Medien heute mit einer ausgeprägten Personalisierung, die Informationen werden stark auf Personen bezogen und deren Ansprache gibt das feed-back mit der menschlichen Note.

Lesen Sie nicht dauernd ab, das wirkt zumeist einschläfernd, ein gewisses Absetzen, ein kurzes Suchen nach dem richtigen Wort, eine spontane Äusserung wirkt menschlich und gewinnend.

Der Parteivortrag ist mündlich, woraus geschlossen werden muss, dass eigentlich keine schriftlichen Dokumente abgegeben werden; grundsätzlich sollte sich alles in den Akten befinden, doch muss es in einem klaren Ausnahmefall – eventuell im Einverständnis mit den anderen Parteien – möglich sein, eine die mündlichen Ausführungen unterstützende Skizze, vielleicht in ganz grossen Fällen ein Inhaltsverzeichnis des Plädoyers abzugeben oder den Prokischreiber kurz einzusetzen; eine eigentliche Power-Point-Show hingegen ist sicher verpönt.

Betreffend den Einsatz visueller Mittel besteht eine doppelte Grenze: diejenige der Mündlichkeit des Vortrages, und, dass nach Abschluss des Beweisverfahrens keine neuen Beweisstücke eingereicht werden dürfen.

Die Abgabe des Plädoyers in seiner schriftlichen Form ist meines Wissens in keiner Prozessordnung vorgesehen, wenn gleichzeitig mündlich vorgetragen wird, obwohl dies offenbar teilweise geduldet werden soll.

Sicher darf die Abgabe nicht erst nach dem Vortrag passieren, sonst lässt sich die Übereinstimmung mit dem mündlichen Vortrag nicht mehr verifizieren; gegebenenfalls müsste dies in vorgängiger Absprache mit dem Gericht und den Parteien abgemacht werden.

Sicherlich hat hingegen die Staatsanwaltschaft dem Gericht am Schluss des Plädoyers die Urteilsformel abzugeben, wobei ich jeweils ein Exemplar dem Gerichtsschreiber und ein Exemplar der Verfahrensleitung zukommen liess; selbstverständlich erhalten die anderen anwesenden Parteivertreter, je nach Umständen auch die unvertretenen Parteien, ebenfalls ein Doppel des Dispositivs.

13. Der Einsatz der Rhetorik

Hierüber kann ich mich nicht weiter äussern, mir fehlen auch die entsprechenden Sachkenntnisse. Deren Aneignung scheint im übrigen nicht einfach, hielt ich doch in den letzten Vorlesungsverzeichnissen der Uni Bern vergeblich Ausschau nach einschlägigen Vorlesungen.

Selbstverständlich dürfen und sollen alle Stilmittel eingesetzt werden, doch erscheint mir, wie oben bereits festgehalten, äusserste Zurückhaltung in der Form angebracht. Jede Annäherung an ein theatralisches Verhalten ist äusserst unerwünscht, und zwar ohne Unterschied für Berufs- und Laiengerichte. Dies wäre eines Parteivertreters oder einer Parteivertreterin nicht würdig.

Der Grundsatz *fortiter in re, suaviter in modo* verdient höchste Priorität.

Selbstverständlich ist andererseits auch, dass taktisch argumentiert werden darf und soll über gezielte Wiederholungen, laut-leise, schnell-langsam, die Satzstellung mit vorgezogenem

wichtigstem Wort, Pausen, Räuspern, umständlichem Vorlesen, gezieltem Versprechen, unechten Fragen, Bezugnahmen auf Zitate etc.

14. Das "Plädoyer des Richters"

Auch jedes Gericht gelangt in ein Verfahrensstadium, in welchem es überzeugen muss. Ich denke hier insbesondere an die mündliche Urteilsbegründung anlässlich der Eröffnung.

Überzeugt werden sollten als Adressaten die Angeschuldigten, die Privatkläger und die Dritten mit ihren Parteivertretern, die Staatsanwaltschaft, die Medien, die Zuhörer, dass der Urteilspruch richtig ist bzw. zumindest, dass man damit leben kann.

Selbstverständlich sollte das Urteil und die Begründung richtig sein, aber auch nachvollziehbar und verständlich. Eine Aufgabe, die nicht ganz einfach ist, muss doch gegenüber den Laien eher eine eigentliche Botschaft vermittelt werden und gegenüber den Fachleuten eine mehr fachtechnische Variante; ein anspruchsvoller Spagat. Dazu wollen wir ja vielleicht zusätzlich noch eine gewisse Vorbildfunktion wahrnehmen und andererseits nicht allzu viele Rechtsmittel provozieren.

Geschätzt wird, wenn wir bei der Begründung auf Vorbringen der Parteivertreter Bezug nehmen und uns damit auseinandersetzen. Ein "Kleben" am Referat, welches zur Vorbereitung der Hauptverhandlung verfasst wurde und unverzichtbares Arbeitsmittel in grösseren Strafsachen ist, wirke schlecht und zeige, dass die Hauptverhandlung beim Gericht nicht den ihr zukommenden Wert besitzt.

Auch beim WSG arbeiten wir in der Vorbereitungsphase mit Referaten, die vielfach zu kritischen Fragen Pro- und Contra-Argumentarien enthalten und dann noch entsprechend ergänzt werden können.

Die eigentliche Grundlage für die mündliche Urteilsbegründung bildet für mich jedoch die Urteilsberatung, welche durch die Kammerschreiber zusammenfassend protokolliert wird und welche ich dann für die Eröffnung noch in die Schlussfassung bringe.

Der Mehraufwand für die Aktualität der Erwägungen und deren Gewichtung in der Beratung, welche damit transparent wird, lohnt sich aus meiner Sicht. Selbstverständlich sind zahlreiche andere Systeme mindestens so valabel!

Heinz Häsler, Generalstabschef a.D.

Verehrt jung Fürschprächerinnen Verehrt jung Fürschprächer! ⁷²

Im Uggwüssen

Vo mmyr niderren Mansarden uus
gsehn i numen Antenni u Techer.
Hie u dert hanged graui Wesch an em Huus.
Uss der Gassen har würd der Lärmen nie schwächer,

obs Morgen ischt ol scho töüff in der Nacht,
bschtendig das Chesslen un es luuts Tryben.
Dert unna würd nie eis Fyrabe gmacht.
Wieso muos grad i hie eigetli blyben?

„Du muoscht mer s eis nid han, wien is s ha ghäben“,
hed Drätti bim Furtgahn no zuo mmer gseid,
„i han nüd wa gnuog tan i mmym ganze Lläben!
Drum wollt i, dass s dier den eis ringer geid!“

Är hed vil tan, dass i hie dar ha chönnen.
Fascht meh, wan dass mu ischt mügli gsyn.
I tarf mu jetz das nid aberchennen,
söllt mu s höhj aarrächnen u zfride syn.

Den glych umhi muos i mmi mengischt bsinnen,
wen i Tag un Nacht ubren Büöchren bin:
Gid Gält u Guot, wan i derdür vlicht eis gwinnen
en em Läben wüerkli e töüffra Siin?

Wä s nid gschyder, i gieng schnuorschtracks umhi hein
u füöhrti, wie Drätti, es eifachers Läben;
daheimmen im alten Huusli am Rain,
wan i als Buob han der Fride ghäben?

⁷² Ansprache anlässlich der Patentierungsfeier der bernischen Fürsprecherinnen und Fürsprecher vom 18. November 2005. Auf den Abdruck der Einleitung der Rede, in welcher der Referent in französischer Sprache begrüßte, gratulierte und darlegte, dass er auf ausdrücklichen Wunsch von Obergerichtspräsident Marcel Cavin in seiner Muttersprache, nämlich dem Dialekt seines Heimat- und Wohnortes Gsteigwiler sprechen werde, wurde hier verzichtet. Der Referent hat nicht nur das hier abgedruckte Gedicht „Im Uggwüssen“ verfasst, sondern ist auch Autor veröffentlichter Mundartgeschichten („Der Franzos“, „Buobezyt“ und „Vo LLiebi u Trüwwi“, alle erschienen im Verlag Schläefli & Maurer AG, Interlaken) und einer Festschrift zur 800-Jahrfeier der Gemeinde Gsteigwiler („Gsteigwiler, Bilder einer kleinen Gemeinde“, erhältlich bei der örtlichen Gemeindegemeinschaft).

Der Friden u d Wyti, das zellt doch vil meh,
wa ds Gschryb un alli die glehrte Sachen!
Ds Höüen u ds Holzen u ds Bsorge vom Veh
geid dem Ätti hütt schwär, i chönnt s für ne mmachen.

Aber, d Lüt im Dörfli ? Was siegen die ächt,
wen i hei chäämm un hie alls liess lla schtahn?
I heig mi dert unna de wohl niewwa schlächt
aufgefüöhrd, dass fertig syg u dass i müöss gahn.

Das wellt i mmer doch nid lan nahisägen.
Drum isch öppa gschyder, i blyben hie.
Schon nume wwägen dem Ätti twägen
Alls wa mmu gären hätt, git s im Läben ja nie.

Verehrt jung Fürschprächerinnen, verehrt jung Fürschprächer

Isch dem einten ol andren under ööch wähet der Studiezyt nid öppa eis o e so drum gsyn, dass der settig ol ähnlich Gedanken heit ghäben?

- Vlicht, wil der heit gsehn, wie vorhärig Schuolkameraden ol o ander Töchtri u Burschten in öüem Alter mid vil weniger bruoflichen Aaschtrenigen schon es paar Jahr im Erwärbsläbe sy gschtanden, uber sälber verdienets Gält hei chönne verfüögen; u s es ring hei chönnen usgän.
- Vlicht, wil der syt usicherri gsyn, ob s ächt für nes Diplom uberhoupt längt.
- Vlicht o numen, will der heit gnuog ghäben vom Schtudieren un heit der Verleider uberchon.

Ier alli heit aber settig Gedanken uf d Syta tan, heit wyter gschaffed un uberchömid hüt der Lohn derfür. Da druf törft er noch mid Rächt öppis ynbilden!

Bärnisch i Fürschprächerin u Bärnische Fürschprächer ischt i Schtadt u Lland en höhj aagehna Bruofsschtand. Däm ghörid ier jetz o an. U da derzuo gratulieren i ööch.

Ier bchönnid di dunkelbruunen Ordner mit den BGE, di knallrote Folianten mit den Eidgenössischen u di schwarzroten ol schwarzen Ynbänd mit den Bärnische Gsetzen. Ds Ahaladen von all dene Vorschriften u Rächtsschprächigen in öüa PC ischt en eifachi Sach worden. Us uzählige Vorläsigen heit er o en Huuffen Juristisches in öüem Hout parad. Ier syt also versehni mid den yschlägigen Vorschriften u Gsetzen von der eidgenössischen u bärnischen Rächtsschprächig. U Goethes Wort im Faust: "Was man schwarz auf weiss besitzt, kann man getrost nach Hause tragen", ischt bin ööch Tatsach.

Von moren an cha s los gahn. Türeni stahn noch offenu. Syg s in em Advokaturbüro, an der Universität in er Assischtänz, in der Induschtrie un in der Privatwürtschaft, i Schtubenen und Sälen von üüse Grichten, in Amtshüesren u Schlössren dussen uf em Land ol hie in der Schtadt, ol syg s no a mmengem andren Ort.

Was ier mit dem Fürschprächerdiplom heit erreicht, bringt noch in der Reihefolg vo Bruofen obna uf d Schtäga. Die meischten chönnen mid der Schtellig ohni vil Wäses umgahn. Aber äs

gid ra geng, wa si den ynbilden, das syg den o no grad e so, wie mmu alli Lüt uf der Schtägen na ira möntschlichen Eigeshafte u Charakter müöss uufschtehlen.

Z obrischt uf der Schtägen, als Elita, wa mmu am meishten müöss achten u schetzen, wän den di Gschtuudierten. Vil wyter unna d Handwärkra un öppa no d Verchöüfferinnen; u z allerundrischt uf em erschte Tritt vom Chällerschtägli fändi mu den e Zämewüschetta von möntschlichem Bodesatz: Wenig bis gar nid Uusbildeti, Sumi z tummi derzuo, Eifältigi, wa mmu si nen nid bruuchi z achten: Drunder öppa d Huusfrouw, wan e ghei glehrta Bruof hed, aber derfür es Tschuppelli Chind, der Handlanger, der Ghüderuuflder u vlicht o no der Puur.

- Verehrti jungi Lüt: *Das ischt nid e so.*

Ds erscht Mal han i das am End vo mmyr Buobezyt gmerkt. I tarf nuch s es erzellen: Myn Grosätti ischt Zimmermaan gsyn. Häsler Hansli, ds Obmaas Hansli, wien er im Dörfli hed gheissen, hed wyt umha als en en guota u zuoverlässiga Bruofsmaa ggulden. Är hed z Holz von ganzen Hüüsren abbunden, hed inna drin der gsamt Uusbuwu gmacht, hed aber den o gflickt un abgändred, wenn de Llüten öppis an ira Huusli u Schürli ischt zunderobe gsyn ol nimmten hed gfallen. Im Winter hed er i syr Pudygg o Horischlitte gmacht. Die syn desmals im Dörfli winterszyts ds einzig Transportmittel für Holz un Heu u vil anders gsyn. Buochhaltig für syn Arbeit hed er e gheini gfüöhrd. Hinna in der Brattig hed er uufgschriben, wäm, dass er öppis hed gmacht. Nid emmal der Prys ischt da derbie gschtanden. Är hed de Llüten eifach gseid, was si mu schuldig sygen u dermit hed s es tan.

Der 28. Chrischtmaanet 1944 ischt der Grosätti ob em Dorf im Bärg bim Holz rüschte z Tod ghijd. No der Tag vorhär hed er zum Zmittag gseid: Jetz syg der Tiräkter schon umhi chon, dass är mmu hinna a ds Fereinhuus no es Schärmlia aanbuwwi. Äs wä mmu jetz den glij eis lieber, där wurd aafen öppis zalen, anstatt geng Nüwws in Uuftrag gän. Är heig en Huuffen Uusschtends bie mmu.

Der Herr Tiräkter Friedli ischt eina gsyn von unna uoha, wan in üüsem Dörfli hed es Ferienhuus ghäben, u wan der Grosätti alls für nen hed zimmred. Sys Outo ischt ds einziga gsyn im Dörfli. U d Lüt hein alben no *das* früntlich grüösst, we s ischt zum Chalet uohi gfahren. En höhj aagehna Heer, wa mmu hed ammu uohi gluogt.

Am Aaben na der Lych, seid Drätti daheimmen am Tiisch: Der Tiräkter syg o da gsyn. Das syg schön vo mmu. Är heig im kondolierd u gseid: „Äs syg mu vellig vor gsyn, dass öppis chönnt passieren. No di vorleschti Wucha syg er bim Verschtorbene verbij un heig mu syn Arbeit alli zalld!“

Das tüöch ne jetz merkwürdig, hed Drätti du es paar Tag nahär gseid. I ds Grosättis Huus syg da e ghein grösra Gältbetrag fürha chon un uf ds Schparbüöchli von der Ryffysekassen heig er i leschter Zyt o nid druuf tan. Drätti hed das müösse wüssen. Är ischt desmals im Näbenamt Kassier von der Dorfbank gsyn.

Im Jänner anhi hed s eis an em Aaben an der Huustür gchlopfed. Dussen ischt da Schnyder Ruodi gsyn: Im Summer Alpchnächt u vom Herbscht bis in Ustig Glägenheitsarbeiter un Holzer. Tagwanner, wie mmu o cha sägen. Ruodi u sy Frouw syn mid ira vier Chinden, wan alli no ds Schuol syn, in er alten Hütte z Huus gsyn. Si hei gnuog tan un uf en e jeda Santymmen müösse lluogen.

Är schinier si guss aafen, dass er das nid vorhär heig erlediget, hed Ruodi aagfangen. Är syg ds Obmaas Hansli no geng die 15 Franken für en nüwwen Holzschlitte schuldig, wan er mu vor im Herbscht heig gmacht ...

Drätti hed mu ds Gält nid abgnun.

Von denn an han i Schnyder Ruodi u der Tiräcker Friedli uf myr gedankliche Schtägen von mönschliche Wärten un Aagsehn anders uufgschtellid; un i mym wytre Lläben han i settig Verschiebegi no uzähligi Mal vorgnuhn.

No grad di leschte Taga ischt i mmym Bekantekreis öppis vorchon, wan eim z teichen gyd. O das tarfi noch no bbrichten: Ds Merligen am Thunersee isch da e junga Maan, är ischt Sanitärinschtallateur. Syt en em Jahr muos er drij Mal in der Wuchen im Schpital aaträtten, für ds Bluot z reinigen, will syner Nieren nimme schaffen. Syn Muotter ischt am glyche Llyden jungi gschorben. Der Bruof hed er e so müössen uufgän. Mu hed na ner Schpenderniere gsuoht, für inen aber lang e gheini funden.

E Jahrgenger vom Chranknen, uberhaupt nid mid mu verwandta, aber nüün Jahr im Dörfli im glyche Pultli mid mu zäme ds Schuol, hed si undereinischt gmäldet. We Töcker sägen, äs passi alls zämen, well är sym Schuolkamerad eini vo syne zwoo Nieren gän. Mu hed nen undersuoht: Alls hed passt. Der chrank jung Maan uberchunnd die Taga en Nieren vo sym Schuolfründ, wan Muurer ischt. Si hoffen, dass alls guot geid u dass si fürderhin *beed* es normals Läbe chönne füöhren. I bruuchen da nüd wyters derzuo z sägen.

I wollt aber richtig verschtandna syn, verehrti jungi Lüt. Die beeden Byschpil söllen nid öppa zeigen, dass mu jetz bletzli unna uf d Schtäga di Gebildeten muos schtellen u z obrischt, die, wa vorhär vo sumen nid emmal sy von hinna aaggugged worden. Ganz u gar nid!

Die Byschpil zeigen numen, dass mu wärtvoll Möntschen in alle soziale Schichten cha finden, we mmu s en achtet. Wie heisst en alta Schpruch: Wen niewwer zun der Tür yn i d Schtuba chunnd, su chascht luogen, wie ner uusgsehd; u wen er na zwo Schtunden umhi geid, su weischt, was mid mu ischt.

In öüem Bruof hein vil von noch jetz den mid Mitmöntsche z tüön. En Huuffen dervon hei si uf irgend en Art gäge Gsetz verfähd u sy schtraffällig worden. Äs wärde rra aber o vor ööch schtahn, wan den uschuldig syn.

Üsi Eidgenössischi u Bärnisch Gsetzgäbig ghsehd für fascht alls e Llösig vor. Si ischt i gnaue Satzigen niderschribni. Si ischt aber nid e so engi, wan dass da nid no es läärs Platzli wän, wa mmu näben Artiklen u Buochstabnen o no ds eget Gwüssen u ds Härz chan ynbringen, bevor dass mu en Etscheid trifft. Wie meh, dass mu d Möntschen, wan da vor eim schtahn, bchönnd, uggachtet vo welem Schtand dass si syn, je ringer geid das wahrschynlich.

Vlicht e so, wie bin der amerikanische Richter. Si hed e Frouw, wa mmu in em Laden bim Schtälén vo Chleidren u Läbesmittlen hed uberfüöhrd, mit der mildichte Schtraf beleid, wan uberhaupt für en e settiga Faal ischt mügli gsyn. Ira Kollegen hei si bsägned druber u hei rra fürghäben, si schaffi da e Präzedenzfall. D Richter. Si hed ne s dargleid: Die Frouw heig vor en em halbe Jahr ira Maan bin em Arbeitsufaal verloren. Si chönn niema gan arbeiten, will si en unheilbari Chrankheit heig u daheimmen no zwei chlynni Chind.

Verehrt jung Fürschprächerinnen, verehrt jung Fürschprächer!

Ier trättid moren in nächschte wichtigen u llengen Abschnitt von Euem Läben. Ier heit d Vor-
uussetzigi, für Mitmöntsche z richten, z verurteilen, aber o frij z schprächen. Dass der bin öüer
Arbeit, näb em Gsetz o öüs Härz un öüs Gwüssen lät lan mitentscheiden, un e so i jedem
Faal chönnt *rächt sprächen*, das wünsche i ööch am Schart zun öüer bruofliche Lioufbahn.

Verzeichnis der bisher im infointerne erschienenen
Referate und Aufsätze

Répertoire des exposés et des articles déjà parus dans infointerne

Anonymus

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

Aeschlimann Jürg, Professor

- Referat über die Verhandlungsführung Heft 4

Arzt Gunther, Professor

- 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

Eggenberger Peter, Gerichtsschreiber

- Wenn Vorbezüge ein Nachspiel haben Heft 22, S. 31 - 45

Falkner Anastasia, Untersuchungsrichterin, mit Rolf Grädel

- Berytus nutrix legum Heft 24, S. 59 - 64

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

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

Feller Klaus, Staatsanwalt

- Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip
- Häusliche Gewalt als Officialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte

Heft 2

Heft 26, S. 36-51

Fels Michel-André, Staatsanwalt

- Internationale akzessorische Rechtshilfe in Strafsachen
- NFP40, phänomenologische Aussagen zur OK im Forschungsbericht und den Medien

Heft 14, S. 67 - 79

Heft 20, S. 40 - 45

Flotron Pascal, procureur

- Et la victime...

Heft 6, S. 41 - 47

Gilléron Pierre-Robert, professeur

- 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

Grädel Rolf, stv. Generalprokurator, mit Anastasia Falkner

- Berytus nutrix legum

Heft 24, S. 59 - 64

Greber Franziska, Psychotherapeutin SPV/Supervisorin

- Der Ambivalenzkonflikt bei häuslicher Gewalt

Heft 18, S. 49 - 61

Greiner Georges, Oberrichter

- Die formell und inhaltlich korrekt abgefasste Anzeige im Jagdwesen
- Das Plädoyer

Heft 6, S. 12 -19

Heft 26, S. 64-74

Haenni Charles, Staatsanwalt

- Kurze Darstellung des Waffengesetzes
- Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen
- Gedanken zu den Auswirkungen des neuen AT StGB auf unsere praktische Arbeit
- Bemerkungen zum Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE)

Heft 14, S. 45 - 66

Heft 19, S. 58 - 82

Heft 22, S. 74 – 80

Heft 24, S. 29 - 58

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

Häsler Heinz, Generalstabschef a.D.

- Verehrt jung Fürsprecherinnen, verehrt jung Fürsprecher!

Heft 26, S. 75-78

Häusler Stefan, Kammerschreiber

- Braucht der Kanton eine Justizreform

Heft 21, S. 12 - 16

Huber Marc, Jugendstaatsanwalt

- Kurzübersicht über die wesentlichen Neuerungen im materiellen Jugendstrafrecht

Heft 22, S. 19 - 30

Jäggi Andreas, Oberrichter

- Die fürsorgliche Freiheitsentziehung (FFE)

Heft 12, S. 13 - 20

Jenny Guido, Professor

- Wie viel Recht braucht die Medizin

Heft 25, S. 20 - 29

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
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen, Teil I
- Rechtsöffnungsprobleme bei schuldbrieflich gesicherten Forderungen, Teil II

Heft 6, S. 34 - 40

Heft 12, S. 44 - 58

Heft 14, S. 33 - 44

Mathys Heinz Walter, Staatsanwalt

- Computerkriminalität, insbesondere im neuen Vermögensstrafrecht

Heft 5

Maurer Thomas, Oberrichter

- Zur Revision des bernischen Strafverfahren
- Das Strafverfahren und die Medien
- Evaluation der bernischen Justizreform oder das lange Warten auf die eidg. Strafprozessordnung

Heft 1, S. 9 - 22

Heft 8, S. 23 - 33

Heft 21, S. 62 - 71

Möckli Urs, Kammerschreiber

- Indexierte Renten im Rechtsöffnungsverfahren

Heft 10, S. 64 - 69

Müller Franz, Fürsprecher

- Fahrlässigkeit - vom Praktiker bei Art. 18 Abs. 3 StGB an den Rand geschrieben

Heft 25, S. 30 - 37

Naegeli Hans-Jürg, Oberrichter

- Zur Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens im allgemeinen und des Zivilprozesses im besonderen
- Vergleichsverhandlungen

Heft 8, S. 16 - 22

Heft 10, S. 56 - 63

Oberle Balz, Gerichtspräsident

- Rechtsvorschlag mangels neuen Vermögens

Heft 20, S. 24 - 39

Rieder François, Juge d'appel

- Les principes fondamentaux de la procédure civile 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

Reusser Peter, Kreisgerichtspräsident

- Zur Erarbeitung des Strafurteils im erstinstanzlichen Kollegialgericht Heft 21, S. 39 - 61

Schild Grace, Dr.

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

Schmutz Markus, Staatsanwalt

- Die neuen SVG-Strafbestimmungen und ihr Umfeld Heft 25, S. 38 - 46

Schneider Eduard, Gerichtsberichterstatter

- Zur Aufgabe der Gerichtsberichterstattung Heft 25, S. 47 - 50

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
- Von einem der auszog, der Gerechtigkeit auf die Spur zu kommen Heft 23, S. 23 - 30

Staatsanwaltschaft des Kantons Bern

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

Staub Susi, Kreisrichterin

- Richterliche Entscheidungsfindung Heft 21, S. 31 - 38

Stucki Stephan, Oberrichter

- Aus der Praxis der Anklagekammer Heft 22, S. 46 - 73

Trenkel Christian, Oberrichter

- 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
- Der Anklagegrundsatz Heft 23, S. 31 - 38

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

- Geteiltes Leid - halbes Leid

Heft 9, S. 40 - 55

Walter Hans Peter, Professor

- Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht
- Richtiges Recht richtig sprechen

Heft 3

Heft 26, S. 22-35

Weber Markus, Generalprokurator

- Erwartungen an ein psychiatrisches Gutachten aus der Sicht der Justiz
- Der Beweis aus rechtlicher Sicht
- Zehn Gebote für junge Fürsprecher

Heft 13, S. 44 - 61

Heft 18, S. 18 - 30

Heft 24, S. 24 - 28

Wyler Stefan, Redaktor BUND

- Das Funktionieren der Justiz aus der Sicht des Beobachters

Heft 21, S. 17 - 30

Zinglé Jürg, Untersuchungsrichter

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

Heft 2

Heft 15, S. 12 - 37

Zollinger U., Hartmann K.

- Ärztliche Melderechte und Meldepflichten gegenüber Justiz und Polizei

Heft 18, S. 31 - 39

Zünd Andreas, Dr., Bundesrichter

- Das Ausländerstrafrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Heft 26, S. 52-63