

# 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 Hubschmid; Gerichtspräsidentin Myriam Grütter; Untersuchungsrichter Thomas Perler; 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)

28. Heft / Winter 2006  
28<sup>e</sup> livraison / hiver 2006

## Inhaltsübersicht – Table des matières

Die Ecke des Redaktors	3
Le coin du rédacteur	4
Kursprogramm 2007	5
Programme des cours 2007	10
Hinweise auf auswärtige Weiterbildungsveranstaltungen Informations sur les formations continues dispensées à l'extérieur	15
Neues zur Justizreform 2 Work in progress (1)	17
Nouveautés sur la réforme de la justice 2 Work in progress (1)	21
Neue Köpfe - Nouveaux visages	26
Neues aus dem Bundeshaus - Des nouvelles des autorités fédérales	27
Publikationen aus unseren Reihen Publications émanant de membres de la justice bernoise	30
Eva Saluz, Fürsprecherin: Sind Anwälte zu allem fähig ... oder zu mehr ...?	32
Dr. Vincenzo Amberg, Fürsprecher: Unfähig, fähig, zu allem fähig?	37
Dr. Hansruedi Müller, alt I. Staatsanwalt des Kantons Zürich: Starke Ankläger - fähige Verteidiger	44
Dr. Jürg Sollberger, alt Oberrichter: Zwei Anwälte, ein Staatsanwalt und ein Überläufer	49
François Rieder, juge d'appel: La loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005: le recours en matière civile et ses répercussions sur les juges civils bernois	54
Nicole Saurer, Kammerschreiberin: Zur unentgeltlichen Rechtspflege	67
Verzeichnis der bisher im infointerne erschienenen Referate und Aufsätze Répertoire des exposés et des articles déjà parus dans infointerne	74

## Die Ecke des Redaktors

Liebe Kolleginnen und Kollegen

Es geht auf das Jahresende zu und somit ist ein neues *inforterne* fällig. Es enthält nach bewährtem Rezept das Weiterbildungsprogramm für das nächste Jahr, die bereits seit einigen Jahren gewohnten Rubriken und eine neue dazu: nämlich eine Rubrik zur Justizreform 2. Wir haben hier ein gewisses Informationsbedürfnis geortet, fragen sich doch nicht wenige Angehörige der bernischen Justiz, wie es in ihrem beruflichen Umfeld eigentlich weiter gehen soll, und gab es bisher keine konsequente Informationspolitik zu diesem Thema. In der Kommission von *Thomas Maurer*, in der die Fäden der verschiedenen Arbeitsgruppen zur rechtlichen Umsetzung der Justizreform zusammenlaufen, wurde deshalb beschlossen, bis zur Realisierung der Reform halbjährlich im *inforterne* über deren Stand zu informieren (Seite 17). Wer ausführlichere Informationen wünscht, wird diese bald auf dem Intranet der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion abrufen können.

Die zivilrechtlich orientierten Mitglieder der Weiterbildungskommission beobachten mit Interesse die Entstehung eines neuen gesamtschweizerischen Weiterbildungsgefässes, einer Art Schweizerischer Rechtsakademie, basierend auf der bisherigen Tätigkeit der Stiftung für Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter. Diese in Gründung begriffene Institution könnte vor allem für Zivilrichterinnen und -richter das Bedürfnis befriedigen, welches das CCFW in Luzern im strafrechtlichen Bereich abdeckt. Der erste Studiengang wird im Jahre 2008 stattfinden. Bis dahin wird unseren jungen Kolleginnen und Kollegen empfohlen, die für sie als besonders geeignet bezeichneten Kurse aus dem bernischen Weiterbildungsprogramm zu besuchen. Es sind dies im Jahre 2007 die Kurse 1, 3 und 6.

Das Weiterbildungsprogramm im strafrechtlichen Bereich ist geprägt von der verstärkten Subkommission „Kriminalistik und Strafrecht“. Entsprechend oft sind die kriminalistischen Themen vertreten. Drei der vier Kurse entstehen in Zusammenarbeit mit der Rechtsmedizin, mit der Forensischen Psychiatrie und mit der Polizei, lediglich der vierte hat wenig Bezug zur Kriminalistik: Er befasst sich mit ersten Lehren aus dem neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches.

Wie gewohnt enthält das *inforterne* eine ganze Anzahl von wissenschaftlichen Beiträgen. Vier davon gelten dem Thema „Sind Anwälte zu allem fähig?“ und bringen Ihnen in Schriftform zur Kenntnis, was der Staatsanwaltschaft im Mai 2006 auf der Petersinsel mündlich geboten wurde (Seite 32). Dazu kommen – endlich wieder einmal – ein in französischer Sprache gehaltenen Beitrag von *François Rieder* zum Bundesgerichtsgesetz (Seite 54) und ein Aufsatz von Kammerschreiberin *Nicole Saurer* zur unentgeltlichen Rechtspflege (Seite 67).

Die Weiterbildungskommission überlegt sich schliesslich, ihren etwas altbackenen Auftritt zu verbessern. Haben Sie eine Idee, wie man unserer Institution ein besseres Outfit verpassen könnte? Wie könnte man sie und ihr Informationsblatt, das *inforterne*, neu benennen, und zwar möglichst bilingue? Wir zerbrechen uns darüber die Köpfe und laden Sie ein, an diesem Brainstorming aktiv mitzumachen. Vielleicht haben Sie die zündende Idee!

Mit dieser Hausaufgabe entlassen wir Sie gerne in die Weihnachtsferien. Ich wünsche Ihnen schöne Weihnachtstage und einen guten Jahresbeginn.

*Felix Bänziger*

## Le coin du rédacteur

Mesdames et Messieurs,  
Chers collègues,

L'année prenant fin, il est temps que paraisse un nouvel infointerne. Celui-ci contient, selon une recette éprouvée, le programme des cours de formation continue pour l'an prochain, les rubriques auxquelles nous sommes habitués depuis quelques années ainsi qu'une nouvelle rubrique relative à la réforme de la justice 2. A ce sujet, un certain besoin d'informations s'est fait sentir, peu rares étant les membres de la justice bernoise qui se sont demandé comment allait évoluer leur environnement professionnel et aucune politique d'information conséquente n'ayant été pratiquée jusqu'ici sur cette question. Au sein de la commission de *Thomas Maurer*, laquelle rassemble les grandes lignes des divers groupes de travail concernant la mise en oeuvre juridique de la réforme de la justice, il a été décidé que jusqu'à sa réalisation, l'état d'avancement de la réforme serait communiqué semestriellement, dans l'infointerne (voir page 21). La personne désireuse de se renseigner plus en détails pourra bientôt se procurer les informations voulues sur l'intranet de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques.

Les membres civilistes de la Commission de perfectionnement observeront avec intérêt la mise sur pied d'une nouvelle institution en matière de formation continue commune à toute la Suisse, une sorte d'académie suisse du droit, laquelle se fonde sur l'activité déployée jusqu'à présent par la Fondation pour la formation continue des juges suisses. Cette institution en voie de création pourrait satisfaire les besoins des juges civils, avant tout, et correspondre sur ce plan à ce que représente dans le domaine pénal le CCFW (Competence Center Forensik und Wirtschaftskriminalistik) à Lucerne. Le premier cours aura lieu en 2008. Dans l'intervalle, nous conseillons à nos jeunes collègues de profiter de l'offre de la Commission bernoise de perfectionnement, soit pour l'année 2007, les cours 1, 3 et 6, tout particulièrement susceptibles de les intéresser.

Dans le domaine pénal, le programme de la formation continue porte l'empreinte de la sous-commission renforcée « criminalistique et droit pénal ». Ainsi, les thèmes de criminalistique sont souvent abordés. Trois des quatre cours sont organisés en collaboration avec la médecine légale, la psychiatrie forensique et la police. Seul le quatrième a peu de liens avec la criminalistique : il traite des premiers enseignements à tirer de la nouvelle partie générale du code pénal.

Comme d'habitude, l'infointerne contient un bon nombre de contributions scientifiques. Quatre d'entre elles se rapportent à la question « est-ce que les avocats sont aptes à tout ? » et vous communiquent par écrit ce qui a été présenté oralement à la Journée des procureurs, en mai 2006 sur l'Île St-Pierre (page 32). Enfin, on dispose à nouveau d'une contribution rédigée en français, par *François Rieder*, et relative à la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (page 54). Il faut également mentionner un exposé de *Nicole Saurer* consacré à l'assistance judiciaire gratuite (page 67).

Enfin, la Commission de perfectionnement envisage de se remettre au goût du jour. Avez-vous une idée sur la manière d'améliorer l'outfit de notre institution ? Comment pourrait-on rebaptiser, si possible de manière bilingue, celle-ci ainsi que sa publication, l'infointerne ? Nous sommes en pleine réflexion à ce sujet et vous invitons à participer activement à ce brainstorming. Peut-être avez-vous une idée enthousiasmante! Avec ces devoirs de vacances, nous vous laissons de bon gré à vos fêtes de fin d'année que je vous souhaite excellentes, de même que votre entrée dans l'an nouveau.

Felix Bänziger  
Kursprogramm 2007

**Kurs 1: Neuerungen und praktische Probleme zur unentgeltlichen Prozessführung**

offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und des BAV

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 Fallbeispiele und Lösungsvorschläge dazu diskutieren, wollen wir einen Beitrag zur Vereinheitlichung leisten.

Kursleitung: Oberrichterin Danièle Wüthrich-Meyer  
Gerichtspräsidentin Monika Zürcher  
Kammerschreiber Christian Leu

Referentin: Kammerschreiberin Nicole Saurer

Dauer: ½ Tag, nachmittags

Termin: Mittwoch, 14. Februar 2007 / **Wiederholungsveranstaltung**

Kursort: Amthaus Bern

Kosten: Fr. 100.00 für die Mitglieder des BAV

**Bemerkungen:** Die Wiederholungsveranstaltung ist bereits **ausgebucht**. Neue Anmeldungen werden noch entgegen genommen, können aber nur bei Abmeldungen von früher angemeldeten Teilnehmern berücksichtigt werden.

**Kurs 2: Art. 28b ZGB – Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und des BAV

Der Persönlichkeitsschutz wurde erweitert und stellt spezifische Massnahmen zur Verfügung, um eine Person vor Gewalt und Nachstellungen („Stalking“) zu schützen. Welches sind diese Massnahmen? Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Verfahren werden sie angeordnet? Brauchen wir die Fernhaltung nach Polizeigesetz noch? Kurze Einführungsreferate und die Diskussion in Gruppen sollen die abstrakte Norm der Praxis näher bringen.

Kursleitung: Gerichtspräsidentin Myriam Grütter

Referentinnen: Claudia Fopp, Berner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt  
Monika Fuchs, Kantonspolizei Bern

Dauer: ½ Tag, vormittags

Termin: Dienstag, 20. Februar 2007

Kursort: Amthaus Bern

Kosten: Fr. 100.00 für die Mitglieder des BAV

**Kurs 3: Das Konkursamt und Schnittstellen zum Zivilgericht**  
**Das Grundbuch und seine Bedeutung für den Zivilrichter/die Zivilrichterin**  
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Fragen Sie sich, was mit Ihren Konkursöffnungen und Grundbuchanweisungen geschieht? Ist es wegen diesen Anordnungen schon zu Unstimmigkeiten mit dem Konkurs- oder Grundbuchamt gekommen und möchten Sie wissen, wie Sie das in Zukunft vermeiden können? Oder interessiert es Sie ganz einfach, wie diese Ämter funktionieren?

Wir versuchen, Ihre Fragen zu beantworten mit zwei Referaten von kompetenten Fachleuten aus der kantonalen Verwaltung und anhand der Diskussion von praktischen Beispielen zu Schnittstellen.

**Kursteilnehmer:** Als Kursteilnehmer zugelassen werden in erster Linie neu gewählte Zivilrichterinnen und Zivilrichter. Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber, welche auf Grund ihrer Tätigkeit einen besonderen Bezug zum Konkurs- oder Grundbuchamt haben, werden ebenfalls zugelassen.  
Die Teilnehmerzahl ist beschränkt auf 20 Personen.

**Kursziel:** Wir wollen den Kursteilnehmern zwei kantonale Behörden vorstellen, mit denen sie in ihrer Tätigkeit Kontakt haben, und zusammen mit den Referenten anhand von praktischen Beispielen Schnittstellenprobleme lösen.

**Kursleitung:** Kammerschreiber Christian Leu  
**Referenten:** Fürsprecher Kurt Hasler, Vorsteher des Betreibungs- und Konkursamtes Bern-Mittelland  
Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, Geschäftsleiter des Kreisgrundbuchamtes X Thun

**Termin:** Mittwoch, 14. März 2007  
**Kursort:** Amthaus Bern

**Bemerkung:** Der Kurs ist als kantonale Ergänzung zum dereinstigen Nachdiplomstudium im Zivilbereich (voraussichtlich ab 2008, vgl. Vorwort) gedacht.

**Kurs 4: Wo steckt der Dolch, was trifft der Schuss, wie wirkt der Schlag? Forensische Anatomie für StrafrechtlerInnen**  
offen für die Mitglieder der bernischen Strafjustiz

Wir alle haben uns schon erfolgreich durch ärztliche Berichte und Gutachten gekämpft, mit oder ohne den PSCHYREMBEL. Einzelfälle kennen wir; ein eigentlicher Überblick über die anatomischen Fragestellungen fehlt uns aber. Das soll nachgeholt werden, und zwar bei einem multimedialen Auftritt der Fachleute des hiesigen Instituts für Anatomie, unterstützt durch die Berner Rechtsmedizin.

**Kursleitung:** Dr. iur. Felix Bänziger, stv. Generalprokurator

**Referenten:** Prof. Dr. med. Peter S. Eggli, Leiter der Abteilung für Topographische Anatomie und Neuroanatomie des Instituts für Anatomie,

mit Mitarbeitenden  
Prof. Dr. med. Ueli Zollinger, Co-Direktor des Instituts für  
Rechtsmedizin, mit Mitarbeitenden  
Dauer: ½ Tag, nachmittags  
Termin: Freitag, 16. März 2007  
Kursort: Institut für Anatomie der Universität Bern, Bühlstrasse 26  
Bemerkung: Die Kursleitung behält sich vor, die Zahl der Teilnehmenden zu  
beschränken und eine zweite Veranstaltung durchzuführen.

#### **Kurs 5:**

#### **Verletzt – von fremder oder eigener Hand?**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und des BAV, so-  
wie Angehörige von Kantons- und Stadtpolizei. Beschränkte  
Platzzahl. Angehörige von Justiz und Polizei haben Vorrang.

Spuren lügen nie - oder manchmal doch? Verletzungsbilder sind  
für uns Strafverfolger zumeist der hieb- und stichfeste (!) Beweis,  
dass das geschundene Opfer die Wahrheit sagt. Eine kritische  
Würdigung objektiver Befunde ist am Platz: Rechtsmedizinische  
Aufmerksamkeit, kriminalpolizeilicher Spürsinn, psychiatrischer  
Sachverstand sind gefragt, wenn wir falschen Spurenlegern nicht  
auf den Leim gehen wollen.

Kursleitung: Obergerichter Stephan Stucki  
Referenten: Herr Prof. Dr. U. Zollinger, Institut für Rechtsmedizin Bern, mit  
Mitarbeitenden  
Frau Prof. Dr. A. Ermer, Forensisch Psychiatrischer Dienst Bern  
Dauer: ½ Tag, nachmittags  
Termin: Mittwoch, 9. Mai 2007  
Kursort: voraussichtlich Universität Bern, Schanzeneckstrasse 1  
Kosten: Fr. 100.— für Mitglieder des BAV

#### **Kurs 6:**

#### **Haftgericht**

offen für die Mitglieder der bernischen Justiz, in erster Linie für  
neue Zivilrichterinnen/Zivilrichter (Teilnehmerzahl voraussichtlich  
beschränkt)

Der Kurs will den neu gewählten Zivilrichtern und Zivilrichterinnen  
einen praxisnahen Überblick über die Tätigkeit des Haftge-  
richts vermitteln. Themen sind im Wesentlichen Haftgründe, Ver-  
fahrensfragen, Haftentlassungen, Haftbedingungen, Taktisches.  
Vorgesehen ist sodann die Besichtigung des Regionalgefängnis-  
ses.

Kursleitung: Obergerichter Peter Kunz  
Referenten: Gerichtspräsident Beat Hofmann, Gerichtskreis VIII Bern-Laupen  
Thomas Wyser, Staatsanwalt des Bundes (ab 01. Februar 2007  
a.o. Untersuchungsrichter 5 RURA IV Berner Oberland)  
Termin: Mittwoch, 4. Juli 2007, Vormittag  
Dauer: ½ Tag  
Kursort: Amthaus Bern

**Kurs 7:** **Was lange währt wird endlich gut ... auch beim AT StGB?  
Erste Praxisberichte mit Fragen und Lösungsvorschlägen**  
offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und des BAV

PraktikerInnen von der Front berichten über die Erfahrungen mit dem neuen AT StGB und präsentieren ihre ersten getroffenen Lösungen, welche wir von der Lehre kurz reflektieren und im Plenum durch einen aktiven Meinungsaustausch anreichern lassen wollen.

Kursleitung: Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid  
Dauer: ½ Tag nachmittags  
Termin: Mittwoch, 29. August 2007  
Kursort: Amthaus Bern, Assisensaal  
Kosten: Fr. 100.00 für Mitglieder des BAV

**Kurs 8:** **Technische Überwachungsmittel in der Verbrechensbekämpfung  
Möglichkeiten und Grenzen**  
offen für die Mitglieder der bernischen Strafjustiz sowie der Kantons- und Stadtpolizei Bern

In einem ersten Teil des Kurses demonstrieren die „Q“ der Kantonspolizei Bern, auf welche technischen Mittel „007“ bei seinem Einsatz in der realen Welt der Verbrechensbekämpfung zurückgreifen kann. In einem zweiten Teil sollen die rechtlichen Grenzen des Einsatzes dieser Mittel aufgezeigt werden

Kursleitung: Untersuchungsrichter Thomas Perler  
Referenten: Praktiker der Polizei, Theoretiker der Rechtswissenschaft  
Dauer: ein Tag  
Termin: Mittwoch, 21. November 2007  
Kursort: voraussichtlich in den Räumlichkeiten der Kantonspolizei Bern  
Teilnahme: Die Zahl der TeilnehmerInnen ist auf max. 50 Personen beschränkt.

#### **Vorankündigung: Familienrecht**

Findet statt im Rahmen des Einführungskurses für neu gewählte ZivilrichterInnen. Ebenfalls offen für seit längerem in der Justiz tätige RichterInnen und für GerichtsschreiberInnen.  
Termin im November 2007.

Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission,  
Frau Annelise Fink Meier, Kanzlei Appellationshof,  
Fax 031 634 71 13, E-Mail: [weiterbildung.og@jgk.be.ch](mailto: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
- Kurs 8

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

---

---

---

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

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

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

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

E-Mail (für auswärtige Anmeldungen) : \_\_\_\_\_

## Programme des cours 2007

**Cours 1:** **Innovations et problèmes pratiques en matière d'assistance judiciaire gratuite**  
ouvert aux membres de la justice bernoise et de l'AAB

Est-ce que la circulaire n° 18 sur l'assistance judiciaire gratuite est encore actuelle ? Existe-t-il des nouveautés dans la jurisprudence fédérale qui doivent être observées? Un exposé donnera à ce sujet les informations nécessaires.

Cela vous dérange-t-il que les tribunaux bernois répondent parfois différemment aux questions qui se posent dans le domaine de l'assistance judiciaire? En discutant en groupes sur la base de cas pratiques et de propositions de solutions, nous souhaitons apporter une contribution à l'uniformisation de la pratique.

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

Conférencière: Nicole Saurer, greffière

Durée: ½ journée, l'après-midi

Date: mercredi, 14 février 2007 (**reprise**)

Lieu: Berne, Amthaus

Coût: fr. 100.00 pour les membres de l'AAB

**Remarque:** Le nombre de participants maximal est d'ores et déjà atteint. Les inscriptions sont encore admises, toutefois uniquement dans la perspective d'un éventuel désistement d'une personne déjà inscrite.

**Cours 2 :** **Art. 28b CC – Protection en cas de violence, de menaces ou de harcèlement**  
ouvert aux membre de la justice bernoise et de l'AAB

La protection de la personnalité a été étendue et met à disposition des mesures spécifiques pour protéger une personne en cas de violence et de harcèlement („Stalking“). Quelles sont ces mesures ? A quelles conditions et selon quelle procédure sont-elles ordonnées ? L'interdiction d'accès selon la Loi sur la police a-t-elle encore une raison d'être ? Les brefs exposés introductifs et la discussion par groupes ont pour but de dégager l'aspect pratique de cette norme abstraite.

Direction du cours: Myriam Grütter, présidente de tribunal

Conférencières: Claudia Fopp, projet bernois d'intervention contre la violence domestique  
Monika Fuchs, police cantonale bernoise

Durée: ½ journée, le matin

Date: mardi, 20 février 2007

Lieu: Berne, Amthaus

Coût: fr. 100.00 pour les membres de l'AAB

**Cours 3: L'office des faillites et les interfaces avec le juge civil.**

**Le registre foncier et sa signification pour le juge civil.**  
ouvert aux membres de la justice bernoise

Est-ce que vous vous demandez ce qu'il advient de vos jugements de faillites et des communications au registre foncier? Des incohérences entre l'office des faillites et le registre foncier se sont-elles déjà produites dans le cadre de ces communications et désirez-vous savoir comment pouvoir les éviter dorénavant? Ou vous intéressez-vous tout simplement au fonctionnement de ces autorités?

Nous tenterons de répondre à vos questions avec l'aide de deux conférences présentées par des spécialistes compétents de l'administration cantonale et sur la base d'une discussion fondée sur des exemples pratiques d'interfaces.

**Participants:** En premier lieu, les juges civils nouvellement élus; sont également admis les greffiers et greffières ayant en raison de leurs activités des contacts privilégiés avec les offices des faillites ou les registres fonciers.

Le nombre des participants est limité à 20 personnes.

**Objectif du cours:** Nous voulons présenter aux participants deux autorités cantonales avec lesquelles ils entrent en contact dans le cadre de leurs activités et régler ensemble avec les conférenciers des problèmes d'interfaces sur la base d'exemples pratiques.

**Direction du cours:** Christian Leu, greffier

**Conférenciers:** Kurt Hasler, avocat, préposé de l'office des poursuites et des faillites de Bern-Mittelland;

Dr iur. Roland Pfäffli, notaire, directeur du Bureau d'arrondissement du registre foncier X, Thun.

**Date:** mercredi, 14 mars 2007

**Lieu:** Berne, Amthaus

**Remarque:** Ce cours est conçu comme un complément cantonal au diplôme post-grade dans le domaine civil (probablement dès 2008, voir préface).

**Cours 4: La lésion causée par le poignard, la cible du tir, les effets du coup; anatomie forensique pour pénalistes**

ouvert aux membres de la justice pénale bernoise

Nous nous sommes déjà tous battus avec succès au moyen de rapports médicaux et d'expertises, avec ou sans le PSCHYREMBEL. Nous connaissons des cas d'espèce mais une vue générale sur les termes du problème en matière d'anatomie nous fait défaut. Il convient d'y remédier, ceci par une présentation multimédia par des spécialistes de notre Institut d'anatomie, soutenus par la médecine légale bernoise.

**Direction du cours:** Dr iur. Felix Bänziger, procureur général suppléant

**Conférenciers:** Prof. Dr med. Peter S. Eggli, directeur du Département pour l'anatomie topographique et neuroanatomie, avec des collaborateurs

Prof. Dr med. Ueli Zollinger, co-directeur de l'institut de médecine légale, avec des collaborateurs

Durée: ½ journée, l'après-midi  
Date: vendredi, 16 mars 2007  
Lieu: Institut für Anatomie der Universität Bern, Bühelstrasse 26  
Remarque: La direction du cours se réserve la possibilité de limiter le nombre de participants et de réitérer le cours.

**Cours 5 : Blessé – par un tiers ou par soi-même?**

Ouvert aux membres de la justice bernoise et de l'AAB, ainsi qu'aux membres des polices cantonale et communales. Le nombre de participants est limité. Les membres de la justice et de la police ont la priorité.

Les traces ne mentent jamais – ou parfois tout de même ? Les clichés des blessures sont pour nous, membres des autorités de poursuite pénale, la preuve la plus percutante et pointue (!) de la véracité des déclarations de la victime outragée. Une appréciation critique de la situation objective s'impose : de l'attention sur le plan médico-légal, un prélèvement perspicace des traces sous l'angle de la police criminelle, de la compétence au niveau psychiatrique sont requis si l'on veut éviter de se laisser entraîner sur de fausses pistes.

Direction du cours: Stephan Stucki, Juge d'appel  
Conférenciers: Prof. Dr U. Zollinger, Institut de médecine légale de Berne, avec des collaborateurs.  
Prof. Dr A. Ermer, Service de psychiatrie forensique de Berne  
Durée: ½ journée, l'après-midi  
Date: mercredi, 9 mai 2007  
Lieu: probablement l'Université de Berne, Schanzeneckstrasse 1  
Coût: fr. 100.00 pour les membres de l'AAB

**Cours 6 : Juge de l'arrestation**

ouvert aux membres de la justice bernoise, avant tout aux nouveaux juges civils (nombre de participants probablement limité)

Le cours vise à donner aux juges civils nouvellement élus un aperçu de l'activité du juge de l'arrestation, aperçu orienté sur la pratique. Les thèmes sont principalement les motifs de l'arrestation, les questions procédurales, la mise en liberté, les conditions de l'arrestation et les questions tactiques. Il est également prévu une visite de la prison régionale.

Direction du cours : P. Kunz, Juge d'appel  
Conférenciers: Beat Hofmann, Président de tribunal 1, AJ VIII Bern-Laupen  
Thomas Wyser, procureur fédéral (dès le 1<sup>er</sup> février 2007, Juge d'instruction 5 a.o., Service régional de juges d'instruction IV)  
Date : mercredi, 4 juillet 2007  
Durée : ½ journée, le matin  
Lieu : Berne, Amthaus

**Cours 7: Tout vient à point pour qui sait attendre ... est-ce également valable pour la PG du CPS ?  
Premiers comptes rendus de la pratique avec questions et propositions de solution**  
ouvert aux membres de la justice bernoise et de l'AAB

Les praticien(ne)s du front font un compte rendu de leurs expériences avec la nouvelle PG du CPS et présentent leurs premières décisions qui seront examinées à la lueur de la doctrine et enrichies par un échange de points de vue au sein de l'assistance.

Direction du cours: Annemarie Hubschmid, présidente de tribunal  
Durée: ½ journée, l'après-midi  
Date: mercredi, 30 août 2007  
Lieu: Berne, Amthaus (salle d'assises)  
Coût: fr. 100.00 pour les membres de l'AAB

**Cours 8: Moyens techniques de surveillance dans la lutte contre la criminalité – Possibilités et limites**

Ouvert aux membres de la justice pénale bernoise ainsi que de la police cantonale et municipale bernoises

Dans une première partie du cours, les „Q“ de la police cantonale démontreront les moyens techniques auxquels peut recourir „007“ dans la réalité de la lutte contre la criminalité. Dans une seconde partie seront présentées les limites juridiques de l'engagement de ces moyens.

Direction du cours: Thomas Perler, juge d'instruction  
Conférenciers: praticiens de la police, théoriciens du droit  
Durée: une journée  
Date: mercredi, 21 novembre 2007  
Lieu: probablement dans les locaux de la police cantonale bernoise  
Participation: le nombre de participant(e)s est limité à 50 personnes maximum.

Inscription au secrétariat de la Commission de perfectionnement,  
Mme Annelise Fink Meier, Kanzlei Appellationshof,  
Fax 031 634 71 13, E-Mail: [weiterbildung.og@jgk.be.ch](mailto: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
- Cours 8

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](http://www.iudex.ch))  
p.m.

**Schweizerischer Juristenverein** ([www.juristentag.ch](http://www.juristentag.ch))  
p.m.

**Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft (SKG)**  
**Société Suisse de Droit Pénal (SSDP)**

[www.skg-ssdp.ch](http://www.skg-ssdp.ch)

10./11. Mai 2007 in Visp und Brig: Jahrestagung

10 /11 mai 2007 à Viège et Brigue: assemblée annuelle

**Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie**  
**Groupe Suisse de Travail de Criminologie**

7. bis 9. März 2007, Strassenverkehr, Auto und Kriminalität

7 à 9 mars 2007, Trafic routier, automobile et criminalité

**Berner Forum für Kriminalwissenschaften** ([www.bfk.unibe.ch](http://www.bfk.unibe.ch))  
p.m.

**BAV** ([www.bav-aab.ch](http://www.bav-aab.ch))  
p.m.

**Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich**

([www.staatsanwaltschaften.zh.ch/Amtsstellen/KrimInst.html](http://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



# Neues zur Justizreform 2 --- Work in progress (1)

## I. Allgemeines

Am 24. September 2006 hat das Berner Stimmvolk Ja gesagt zur Verwaltungsreform. Gleichzeitig wurde auch der Grundstein für die Weiterführung der Justizreform gelegt. Zwar sind die Gerichte im Kanton Bern erst auf Anfang 1997 reorganisiert worden, doch drängt sich erneut eine grössere Justizreform (sog. Justizreform 2) auf, weil der Bundesgesetzgeber einerseits das Zivil- und Strafprozessrecht gesamtschweizerisch vereinheitlichen will und andererseits auch einschneidende Änderungen im Vormundschaftsrecht (bzw. Erwachsenenschutzrecht) plant. Die entsprechenden Gesetzesentwürfe und Botschaften sind vor kurzem verabschiedet worden<sup>1</sup>.

Der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektor, Herr Regierungsrat Luginbühl, hat im Sommer 2006 unter der Projektleitung von Herrn Oberrichter Prof. Dr. Thomas Maurer eine *Gesamtkommission Gesetzgebung* eingesetzt, die zusammen mit *fünf Untergruppen* entsprechende Vorlagen zur Änderung der kantonalen Gesetzgebung vorbereiten soll. Diese Arbeit ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, weil sie zeitgleich mit den Vorarbeiten und den Beratungen der Gesetze in den eidgenössischen Räten einhergehen muss und weil weder absehbar ist, wie lange die parlamentarischen Beratungen in den eidgenössischen Räten dauern werden, noch ob die vom Bundesrat unterbreiteten Gesetzesvorlagen in der vorgelegten Form mehrheitsfähig sind. Mit Blick auf die anzustrebende Koordination von Justizreform und Reform der dezentralen kantonalen Verwaltung wird die konkrete Gesetzgebungsarbeit dennoch bereits jetzt anhand genommen, um die Voraussetzungen zu schaffen, die Justizreform und die Reform der dezentralen kantonalen Verwaltung wo immer möglich zeitgleich<sup>2</sup> in Kraft zu setzen.

Am 30. Juni 2006 hat die Startsituation der *Gesamtkommission Gesetzgebung* stattgefunden. An dieser wurde beschlossen, die in der Justiz tätigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Bern in regelmässigen Abständen über die Tätigkeit der Kommission zu orientieren. Thomas Maurer als Präsident und Marlis Koller-Tumler als Sekretärin der Gesamtkommission werden in Zukunft halbjährlich im Informatiker über den Stand der Justizreform orientieren. Weitere und aktuellere Informationen finden die Angehörigen der kantonalen Justiz ab ca. Mitte Januar 2007 direkt im Intranet der JGK (<http://wwwwin.jgk.be.ch/>).

Wir werden uns um eine offene Information bemühen und sind für ein Feedback von Ihrer Seite dankbar. Die Ideen und Gedanken, die Sie bei unserer Sekretärin ([Marlis.Koller-Tumler@jgk.be.ch](mailto:Marlis.Koller-Tumler@jgk.be.ch)) einreichen, werden wir an unsere Kommission und an die Arbeitsgruppen weiterleiten und dort zur Diskussion bringen.

---

<sup>1</sup> a) Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 (BBl. 2006, pag. 1085 ff. = <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/1085.pdf>); Entwurf StPO: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/1389.pdf>; Entwurf JStPO: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/1561.pdf>.  
b) Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, vom Bundesrat vom 28. Juni 2006 (BBl. 2006, pag. 7221 ff. = <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf>); Entwurf: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7413.pdf>.  
c) Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.06.2006 (BBl. 2006, pag. 7001 ff. = <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf>); Entwurf: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7139.pdf>.

<sup>2</sup> Im Idealfall per 01.01.2010 oder 01.01.2011.

## II. Gesamtkommission und Arbeitsgruppen

Zur Zeit bestehen folgende Kommissionen (deren personelle Zusammensetzung schauen Sie bitte im Intranet der JGK nach) mit folgenden Aufgaben:

Gesamtkommission Gesetzgebung unter der Leitung von Oberrichter Prof. Dr. Thomas Maurer

- Verteilung der Aufgaben an die Arbeitsgruppen, interne Organisation und Koordination, Zeitplanung, Abstimmung über Grundsatzfragen, Vorlegen eines Schlussberichts als Grundlage für die Vernehmlassungsvorlage.
- Provisorischer Zeitplan: Startsitzung: 30. Juni 2006, geplantes Ende: Herbst/Winter 2007

Arbeitsgruppe 1: „EG-StPO“ unter der Leitung des stv. Generalprokurators Dr. Felix Bänziger

- Entwurf EG StPO, Prüfung Änderungen EG StGB sowie derjenigen Bestimmungen im GOG, die die Strafgerichtsbarkeit betreffen.
- Provisorischer Zeitplan: Vorarbeiten und Arbeitsbeginn Frühjahr/Sommer 06, Detailarbeit ab Sommer/Herbst 06

Arbeitsgruppe 2: „EG-ZPO“ unter der Leitung von Prof. Dr. Fridolin Walther, Fürsprecher

- Entwurf EG ZPO, Prüfung Änderungen EG ZGB sowie der Bestimmungen im GOG, die die Zivilgerichtsbarkeit betreffen.
- Provisorischer Zeitplan: Vorarbeiten und Arbeitsbeginn Herbst 06, Detailarbeit Winter 06/07

Arbeitsgruppe 3: „Organisatorisches“ unter der Leitung von lic. iur. Rudolf Reist, Vorsteher des Amtes für Betriebswirtschaft und Aufsicht (ABA)

- Ausarbeiten eines Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) sowie der dazu gehörenden Verordnungen; dies aufgrund der parallel dazu laufenden Arbeiten der Arbeitsgruppen 1 und 2
- Provisorischer Zeitplan: Arbeitsbeginn Oktober 06, Detailarbeiten ab Januar 2007, d.h. sobald erste Resultate der Gruppen 1 und 2 sowie von Restruct (= laufendes Projekt zur Überprüfung der Strukturen am Obergericht) vorliegen.

Arbeitsgruppe 4: „Jugendstrafverfahren“ unter der Leitung von Dr. Peter Kaenel, Vorsteher des Kantonalen Jugendamtes (KJA)

- Anpassung EG JStPO, Änderungen JRPG
- Provisorischer Zeitplan: Arbeitsbeginn und Detailarbeiten, ursprünglich geplant ab Oktober 06. Die Startsitzung hat am 12. September stattgefunden. Zwischenzeitlich hat jedoch die Rechtskommission des Ständerates den Entwurf zu einer Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung zwecks Vornahme gewisser Nachbesserungen in die Verwaltung zurückgegeben, so dass sich die Weiterarbeit der Arbeitsgruppe 4 verzögert. Es ist es nicht sinnvoll, allzu viel Vorarbeit zu leisten, bevor wir wissen, in welche Richtung die neuen Vorschläge gehen werden.

Arbeitsgruppe 5: „Vormundschaftsrecht“ unter der Leitung von Dr. Peter Kaenel, Vorsteher des Kantonalen Jugendamtes (KJA)

- Anpassung EG ZGB, ev. VRPG, ev. EG ZPO an die Revision des ZGB (Vormundschaftsrecht)
- Provisorischer Zeitplan: Arbeitsbeginn und Detailarbeiten, ursprünglich geplant ab Oktober 06. Die Starsitzung hat am 15. August stattgefunden. Da der bundesrätliche Entwurf im Erwachsenenschutzrecht grosse Freiheiten für die Kantone vorsieht, will der Kanton Bern erst nach der Prüfung einer zur Zeit noch ausstehenden externen

Expertise, welche über mögliche Organisationsformen Auskunft geben soll, über das weitere Vorgehen entscheiden.

### III. Einzelfragen

Selbstverständlich ist es nicht möglich, im Rahmen einer Orientierung zu sämtlichen wichtigen Einzelfragen Stellung zu nehmen. Im Folgenden seien nur einige, uns wesentlich scheinende Detailregelungen aus den am weitesten fortgeschrittenen Gebieten, d.h. der StPO und der ZPO herausgegriffen und kurz dargestellt. Für weitere Einzelheiten sei auf die kommende Publikation im Intranet verwiesen.

#### 1. Strafprozess

Die schweizweite Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bedingt ein einheitliches Strafverfolgungsmodell und damit eine einheitliche Umschreibung der sachlichen Zuständigkeit der Strafgerichte sowie ein einheitliches Rechtsmittelsystem. Anpassungen in der kantonalen Behördenorganisation sind daher unumgänglich. Der Wechsel zum Staatsanwaltschaftsmodell erfordert eine Neuordnung des Vorverfahrens. Das neue Rechtsmittelsystem, welches neben der Beschwerde und der Revision nur noch die Berufung als Rechtsmittel kennt, schafft Anpassungsbedarf und die vorgesehene Einführung eines Zwangsmassnahmengerichts zwingt zu organisatorischen Umstellungen.

Hinsichtlich der Neuorganisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft wurden folgende erste Weichen gestellt:

##### a) Gerichte

Die AG 1 geht einstimmig bzw. mehrheitlich davon aus,

- dass inskünftig die Aufgaben der heutigen erstinstanzlichen Gerichte von den **vier** zu schaffenden **regionalen Strafgerichten** (ohne anders lautende politische Entscheide wohl mit einer Aussenstelle in Moutier) als Einzel- bzw. Dreier- bzw. Fünfergerichte wahrgenommen werden;
- dass das **Wirtschaftsstrafgericht (WSG)** als erstinstanzliches Gericht aus dem Obergericht hinaus genommen wird und im Raume Bern anzusiedeln ist (wobei die Organisation dieses aus Berufsrichtern zusammengesetzten Gerichts im einzelnen noch näher zu prüfen sein wird);
- dass die Aufgaben des **Berufungsgerichtes** durch die heutigen Strafkammern des Obergerichts (wohl unter dem Namen Berufungskammern) erfüllt werden;
- dass die Aufgaben der **Beschwerdeinstanz** ebenfalls von einer (einzigen) Kammer des Obergerichts, das heisst der heutigen Anklagekammer (wohl unter neuem Namen: Beschwerdekammer), erfüllt werden;
- dass es in Zukunft ein zentrales kantonales **Zwangsmassnahmengericht** und **drei regionale Haftgerichte** (in Burgdorf, Thun und Biel) geben soll. Das zentrale kantonale Zwangsmassnahmengericht soll als Einzelgericht kantonsweit die ANAG-Fälle und die geheimen Überwachungsmassnahmen (BÜPF etc.) sowie alle Funktionen des Haftgerichts für die Region Bern-Mittelland übernehmen. Die regionalen Haftgerichte ergänzen als Teil der regionalen Gerichte das kantonale Zwangsmassnahmengericht.

## b) Staatsanwaltschaft

Nach der eidgenössischen Strafprozessordnung soll neu für die ganze Schweiz das sog. Staatsanwaltschaftsmodell eingeführt werden. Damit wird es im Kanton Bern keine Untersuchungsrichter bzw. –richterinnen mehr geben. Die Organisation der Staatsanwaltschaft im Kanton Bern ist daher unter Einbezug der Untersuchungsrichterämter vollkommen neu zu regeln. Gemäss der Arbeitsgruppe 1 soll es inskünftig vier regionale und zwei kantonale Staatsanwaltschaften geben, die je unter der Führung eines Leitenden Staatsanwaltes bzw. einer Leitenden Staatsanwältin stehen. Festgelegt werden muss auch die Wahlbehörde. Es versteht sich von selbst dass der/die oberste Staatsanwalt bzw. –anwältin im Kanton (also der heutige Generalprokurator) durch den Grossen Rat zu wählen ist. Für die übrigen Mitglieder der Staatsanwaltschaft rechtfertigt sich dies aber nach Ansicht der Arbeitsgruppe 1 nicht. Die Staatsanwaltschaft ist eine hierarchisch geführte Behörde, die zwischen der Judikativen und der Exekutiven anzusiedeln ist, hier ist Wahlbehörde sinnvollerweise das Obergericht oder ein gemischter Fachrat.

Diese Vorschläge der Arbeitsgruppe 1 wurden von der Gesamtkommission zustimmend zur Kenntnis genommen und zur Weiterbearbeitung an die Arbeitsgruppe 3 weitergeleitet.

## 2. Zivilprozess

Die Eidgenössische ZPO überlässt die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden weiterhin den Kantonen. Im Kanton Bern ist insbesondere die Zuständigkeit der Mietämter und der Arbeitsgerichte sowie der Schlichtungsbehörden zu regeln.

Die Arbeitsgruppe 2 schlägt vor, die **Mietämter** auf Stufe Region zu kantonalisieren und gleichzeitig - ausserhalb der bestehenden Gerichtsorganisation - separate **regionale Schlichtungskompetenzzentren** zu schaffen, welche alle Schlichtungsverfahren, insbesondere auch die klassischen Aussöhnungsversuche, durchführt. Ausschlaggebend für diesen Entscheid war vorab das Bedürfnis nach Schaffung einer einzigen bürgernahen Schlichtungsstelle, welche als „*guichet unique*“ in sämtlichen Streitigkeiten, welche einer Schlichtungspflicht unterliegen, angerufen werden kann. Durch die Einführung einheitlicher Anlaufstellen können professionelle Schlichtungsverfahren sichergestellt werden, zumal wenn die Schlichtungsstellen durch Juristen und Juristinnen präsiert werden. Für die praktische Machbarkeit dieser Lösung spricht nach Auffassung der Arbeitsgruppe weiter, dass in Bern, Biel und Thun bereits heute die Mietämter und die Arbeitsgerichte erfolgreich zusammengelegt sind.

Weiter diskutierte die Arbeitsgruppe, ob auch die bestehenden sechs **Arbeitsgerichte** in Bern, Biel, Burgdorf, Interlaken, Moutier und Thun, welche zusammen pro Jahr rund 500 bis 600 Verfahren durchführen, kantonalisiert und regionalisiert bzw. ersatzlos abgeschafft werden sollen. Mit Blick vor allem auf die Schaffung regionaler Schlichtungsstellen (die gemäss der eidgen. ZPO bei Streitigkeiten mit einem Streitwert bis zu CHF 2'000.00 entscheiden und bei solchen mit einem Streitwert bis zu CHF 5'000.00 den Parteien einen sog. Urteilstvorschlag unterbreiten können), aber auch auf immer wieder auftretende heikle Abgrenzungsfragen verneinte die Arbeitsgruppe klar das Bedürfnis nach einer weiteren Beibehaltung der Arbeitsgerichte.

Die Gesamtkommission hat die Vorschläge der Arbeitsgruppe 2 zur Kenntnis genommen. Vor einem Entscheid will sie Machbarkeits- und Kostenabklärungen treffen.

*Thomas Maurer und Marlis Koller-Tumler*

# Nouveautés sur la réforme de la justice 2 --- Work in progress (1)

## I. Généralités

Le 24 septembre 2006, l'électorat bernois a accepté la réforme de l'administration. En même temps, les fondations pour continuer la réforme de la justice ont également été posées. Bien que l'organisation des tribunaux du canton de Berne ait été revue au début de 1997, une nouvelle et plus importante réforme de la justice (appelée réforme de la justice 2) s'impose parce que le législateur fédéral veut, d'une part, unifier sur l'ensemble de la Suisse les droits de procédure civile et pénale et, d'autre part, réviser de façon importante le droit de la tutelle et plus concrètement le droit de protection de l'adulte. Les projets de loi et les messages correspondants ont été récemment adoptés<sup>3</sup>.

Monsieur le Conseiller d'Etat Luginbühl, directeur de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques, a institué en été 2006 une *Commission plénière « législation »* dirigée par Monsieur le Prof. Dr. Thomas Maurer, juge d'appel, qui a pour tâche de préparer, en collaboration avec *cinq sous-groupes de travail*, des projets visant à modifier de façon appropriée la législation cantonale. Ce travail est lié à des difficultés considérables parce qu'il doit être mené en parallèle avec les travaux préparatoires et les délibérations législatives des Chambres fédérales et parce qu'il est impossible de prévoir combien de temps ces débats parlementaires vont durer ni si les projets de loi soumis par le Conseil fédéral sont susceptibles, sous cette forme, de réunir la majorité. Le travail concret de législation a toutefois déjà été amorcé en gardant en tête le but de coordination visé entre la réforme de justice et la réforme de l'administration cantonale décentralisée. Il permettra en effet de créer les prémisses d'une mise en vigueur la plus simultanée<sup>4</sup> possible de la réforme de la justice et de la réforme de l'administration cantonale décentralisée.

La première séance de la *Commission plénière « législation »* a eu lieu le 30 juin 2006. Il y a été décidé que des informations sur son activité seront données à intervalles réguliers aux collaboratrices et collaborateurs du canton de Berne travaillant dans le domaine de la justice. Ceux-ci seront ainsi à l'avenir tenus informés de l'état de la réforme de justice tous les six mois dans l'Infointerne par le président de Commission plénière, Mr Thomas Maurer, et sa secrétaire, Mme la greffière Marlis Koller-Tumler. De plus amples et plus actuelles informations pourront être trouvées, dès la mi-janvier 2007 environ, directement sur l'intranet de la JCE (<http://www.in.jgk.be.ch/>).

Nous nous efforcerons de donner des informations de façon transparente et serions reconnaissants pour tout feed-back de votre part. Les idées et les réflexions que vous soumettrez à notre secrétaire ([Marlis.Koller-Tumler@jgk.be.ch](mailto:Marlis.Koller-Tumler@jgk.be.ch)), seront transmises puis discutées à la Commission et dans les groupes de travail.

---

<sup>3</sup> a) Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (FF 2006, p. 1057ss = <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/1057.pdf>); Projet CPP: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/1373.pdf>; Projet PPMIn: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/1543.pdf>.

b) Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (FF 2006, p. 6841ss = <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/6841.pdf>); Projet CPC: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/7019.pdf>).

c) Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) (FF 2006, p. 6635ss = <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/6635.pdf>; Projet: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2006/6767.pdf>).

<sup>4</sup> dans l'idéal pour le 01.01.2010 ou le 01.01.2011.

## II. Commission plénière et groupes de travail

Vous trouverez ci-dessous la liste des Commissions qui existent actuellement ainsi que leurs tâches (pour leurs compositions, veuillez consulter le site intranet de la JCE):

Commission plénière „législation“ sous la direction du Prof. Dr. Thomas Maurer, juge d'appel

- Distribution des tâches aux groupes de travail, organisation et coordination interne, tenue du calendrier, vote sur les questions fondamentales, présentation d'un rapport final comme base pour le rapport de consultation.
- Calendrier provisoire: Première séance: 30 juin 2006 ; dernière séance prévue: automne/hiver 2007

Groupe de travail 1: „LiCPP“ sous la direction du procureur général suppléant, le Dr. Felix Bänziger

- Projet d'une LiCPP, examen et modification des dispositions de la LiCPS ainsi que de celles de la LOJ qui concernent la juridiction pénale.
- Calendrier provisoire: Travaux préparatoires et début des travaux: printemps/été 06 ; travail de détail: dès été/automne 06

Groupe de travail 2: „LiCPC“ sous la direction du Prof. Dr. Fridolin Walther, avocat

- Projet LiCPC, examen et modification des dispositions de la LiCCS ainsi que de celles de la LOJ qui concernent la juridiction civile.
- Calendrier provisoire: Travaux préparatoires et début des travaux: automne 06 ; travail de détail: hiver 06/07

Groupe de travail 3: „Organisationnel“ sous la direction de Mr Rudolf Reist, lic. jur., chef de l'Office de gestion et de surveillance (OGS)

- Elaboration d'une loi d'organisation judiciaire (LOJ) ainsi que des ordonnances correspondantes sur la base des travaux menés en parallèle par les groupes de travail 1 et 2.
- Calendrier provisoire: début des travaux: octobre 06 ; travail de détail: dès janvier 2007, càd dès que les premiers résultats des groupes 1 et 2 ainsi que ceux du projet « Restruct » (= projet en cours sur l'examen des structures de la Cour suprême) seront disponibles.

Groupe de travail 4: „Procédure pénale applicable aux mineurs“ sous la direction du Dr. Peter Kaenel, chef de l'Office cantonal des mineurs (OM)

- Adaptation de la LiPPMin, modification de la LRM.
- Calendrier provisoire: début des travaux et travaux de détail: initialement prévus dès octobre 06. La première séance a eu lieu le 12 septembre 2006. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a cependant entre-temps renvoyé à l'administration le projet de loi pour une procédure pénale suisse applicable aux mineurs afin que certaines améliorations soient effectuées, si bien que la suite des travaux du groupe de travail 4 est reportée. Il est en effet inutile d'accomplir trop de travail préparatoire sans savoir dans quelle direction iront les nouvelles propositions.

Groupe de travail 5: „droit de la tutelle“ sous la direction du Dr. Peter Kaenel, chef de l'Office cantonal des mineurs (OM)

- Adaptation à la révision du CCS (droit de la tutelle) de la LiCCS, év. de la LPJA et év. de la LiCPC.

- Calendrier provisoire: début des travaux et travaux de détail: initialement prévus dès octobre 06. La première séance a eu lieu le 15 août 2006. Comme le projet du Conseil fédéral relatif au droit de la protection de l'adulte laisse une grande liberté aux cantons, le canton de Berne veut décider de la suite de la procédure seulement après avoir pris connaissance des résultats d'une expertise externe encore actuellement en cours et qui devrait donner des renseignements sur les formes d'organisation envisageables.

### III. Quelques questions particulières

Il est évidemment impossible, dans le cadre de la présente information, de considérer toutes les questions particulières qui sont d'importance. Nous en avons donc sélectionnées quelques-unes que nous avons prises dans les domaines où les travaux sont les plus avancés, c'est-à-dire dans le CPP et le CPC, afin de les présenter brièvement de façon plus détaillée. Pour plus de précisions, nous vous prions de consulter la future publication sur le site intranet.

#### 1. Procédure pénale

L'uniformisation du droit de procédure pénale au niveau suisse nécessite un modèle de poursuite pénale unique et donc une description uniforme de la compétence matérielle des tribunaux pénaux ainsi qu'un système de voie de recours uniforme. Des adaptations de l'organisation des autorités cantonales sont donc inévitables. Ainsi, le changement au modèle « ministère public » exige une réorganisation de la procédure préliminaire et le nouveau système de voie de recours qui, à côté de la plainte et de la révision, ne prévoit plus que l'appel, impose des ajustements. Finalement, l'introduction prévue d'un tribunal des mesures de contrainte rend aussi des adaptations organisationnelles nécessaires.

Concernant la réorganisation des tribunaux et du ministère public, les premiers jalons suivants ont été posés :

##### a) Tribunaux

Le groupe de travail 1 propose à l'unanimité, respectivement à la majorité,

- que les tâches des cours de première instance actuelles seront à l'avenir remplies par les quatre futurs tribunaux pénaux régionaux (et vraisemblablement par une agence à Moutier, suivant les décisions politiques) en tant que tribunaux composés d'un, de trois ou de cinq juges;
- que le tribunal pénal économique cantonal (TPE), en tant que tribunal de première instance, sera délogé de la Cour suprême et devra être installé dans la région de Berne (l'organisation de cette cour composée de juges professionnels devra cependant encore être examinée de façon plus approfondie);
- que les tâches de la juridiction d'appel seront remplies par les Chambres pénales actuelles de la Cour suprême (probablement sous un nouveau nom);
- que les tâches de l'autorité de recours seront également remplies par une Chambre (unique) de la Cour suprême, à savoir l'actuelle Chambre d'accusation (probablement sous un nouveau nom);
- qu'il doit y avoir à l'avenir **un tribunal central cantonal des mesures de contrainte et trois juges de l'arrestation régionaux** (à Berthoud, Thoune et Bienne). Le tribunal cen-

tral cantonal des mesures de contrainte doit reprendre, en tant que tribunal unique pour tout le canton, les cas relatifs à la LSEE et aux mesures de surveillance secrète (LSCPT etc.) ainsi que toutes les tâches du juge de l'arrestation pour la région de Berne-Mittelland. Les juges de l'arrestation régionaux qui font partie des cours régionales, complètent le tribunal cantonal des mesures de contrainte.

## **b) Ministère public**

D'après le code de procédure pénale suisse, le modèle « ministère public » doit être introduit pour toute la Suisse. Il n'y aura donc plus de juge d'instruction dans le canton de Berne. Le ministère public du canton doit donc être organisé de façon totalement différente en incluant les Services de juges d'instruction. Selon le groupe de travail 1, il devrait y avoir à l'avenir quatre ministères publics régionaux et deux cantonaux qui seront chacun sous la direction d'un procureur en chef. Les autorités de nomination doivent également être déterminées. S'il est évident que le procureur général du canton doit être élu par le Grand Conseil, cela ne se justifie toutefois pas, d'après le groupe de travail 1, pour les autres membres du ministère public. Le ministère public étant une autorité dirigée de façon hiérarchique qui se trouve entre les pouvoirs judiciaires et exécutifs, l'autorité d'élection devrait être la Cour suprême ou un conseil spécialisé.

La Commission plénière a pris connaissance avec préavis favorable de ces propositions du groupe de travail 1 et elles ont été transmises au groupe de travail 3.

## **2. Procédure civile**

Le CPC fédéral laisse aux cantons la compétence d'organiser les tribunaux et les autorités de conciliation. Dans le canton de Berne, ce sont les compétences des offices des locations et des tribunaux du travail ainsi que celles des autorités de conciliation qui doivent notamment être réglées.

Le groupe de travail 2 propose que les offices de locations soient cantonalisés au niveau régional et qu'en même temps des centres de conciliation régionaux distincts soient créés en dehors de l'organisation judiciaire existante. Ces derniers conduiront toutes les procédures de conciliation et en particulier les tentatives de conciliation classiques. Cette proposition répond au besoin de créer un seul organe de conciliation régional, donc proche des citoyens, qui pourrait être appelé à fonctionner comme « guichet unique » dans tous les litiges soumis à une obligation de concilier. Ainsi, de par la création de ces antennes uniques, des procédures de conciliation professionnelles pourront être garanties; surtout si ces organes de conciliation sont dirigés par des juristes. Selon le groupe de travail, cette solution paraît d'autant plus faisable dans la pratique que les offices de locations et les tribunaux de travail ont déjà été regroupés avec succès à Berne, Bienne et Thoune.

Le groupe de travail a encore examiné la question de savoir si les six tribunaux du travail existants à Berne, Bienne, Berthoud, Interlaken, Moutier et Thoune, qui mènent ensemble environ 500 à 600 procédures par an, devraient aussi être cantonalisés et régionalisés ou bien s'il conviendrait de les supprimer. En prenant en considération la création d'autorités de conciliation régionales (qui, selon le CPC suisse, trancheront les conflits avec une valeur litigieuse allant jusqu'à CHF 2'000.00 et qui pourront soumettre aux parties une proposition de jugement pour les conflits d'une valeur litigieuse allant jusqu'à CHF 5'000.00) ainsi que les délicates questions récurrentes de délimitation des compétences, le groupe de travail s'est prononcé pour la suppression de ces tribunaux de travail.



La Commission plénière a pris connaissance des propositions du groupe de travail 2. Elle requiert toutefois plus de renseignements sur leur faisabilité et leurs coûts avant de prendre une décision.

*Thomas Maurer et Marlis Koller-Tumler*

Traduction : Solenne Decrey, candidate au barreau

## Neue Köpfe - Nouveaux visages

Hilfe! Wir haben diesmal keine neuen Köpfe gefunden! Sie finden in dieser Ausgabe weder Fotos noch Lebensläufe!

Das heisst allerdings nicht, dass in personeller Hinsicht nichts gelaufen wäre. Vielmehr ist die erfolglose Suche Folge unserer Praxis, nur die *wirklich Neuen* vorzustellen, und zwar nur, wenn sie in ein *ordentliches Amt* gewählt wurden. Damit bleiben Wechsel von der ersten in die zweite Instanz (etwa von *Peter Zihlmann*) unerwähnt, ebenso solche von einer Untersuchungsbehörde in ein urteilendes Gericht (wie etwa von *Martin Müller* im Amthaus Bern).

Eine leere Seite macht sich im *infointerne* nicht gut. Deshalb machen wir eine Ausnahme und listen hier auf, wer vom Obergericht im Zusammenhang mit der Einführung des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in ein *ausserordentliches Amt* gewählt wurde. Es sind dies:

### **juge d'instruction e.o. / a.o. UntersuchungsrichterInnen**

- Cindy Maeder (BG 50 %; RURA I)
- Barbara Zähler (BG 50 %; RURA I)
- Katrin Sanwald (BG 50 %; RURA II)
- Aufstockung des BG von UR Thomas Perler (+ 20 %; RURA III)
- Aufstockung des BG von UR Nino Santabarbara Küng (+ 30 %; RURA III)
- Niklaus Bircher (BG 100 %; RURA III)
- Andrea Gfeller (BG 100 %; RURA III)
- Thomas Wyser (BG 70 %; RURA IV)

### **président de tribunal e.o. / a.o. GerichtspräsidentInnen**

- Raphaël Arn (BG 20 %; GK I)
- Nicole Saurer (BG 50 %; GK II)
- Regula Masanti (BG 30 %; GK IV)
- Daniel Gerber (BG 100 %; GK VIII)
- Markus Brand (BG 80 %; GK VIII)

*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

Der Bundesrat schneidet per 1. Januar 2007 einen alten Zopf ab: Die Oberaufsicht über Schuldbetreibung und Konkurs wird ab nächstem Jahr nicht mehr durch das Bundesgericht wahrgenommen, sondern durch das Bundesamt für Justiz. Um (trotzdem?) Praxisnähe sicherzustellen, wird eine beratende Fachgruppe aus Vertretern der kantonalen Aufsichtsbehörden, der Wissenschaft und des Bundesgerichts geschaffen.

Die mit Spannung erwarteten Entwürfe der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) sowie des neuen Erwachsenenschutzes (dem bisherigen Vormundschaftsrecht) sind nun bekannt. Beide Vorlagen werden ohne Verzug in die vorberatenden Kommissionen und nächstes Jahr in die eidgenössischen Räte kommen. Im Kanton Bern beschäftigt sich eine Arbeitsgruppe bereits mit der Frage, wie die (voraussichtlichen) neuen bundesrechtlichen Vorgaben im Rahmen der Justizreform umzusetzen sind: Soll z.B. eine neue, gerichtsunabhängige Schlichtungsinstanz geschaffen werden? Diese könnte nicht nur die bisherigen Arbeitsgerichte, Mietämter und Schlichtungsstellen nach Gleichstellungsgesetz ersetzen, sondern auch die von der Schweizerischen ZPO zwingend vorgesehenen Schlichtungsverfahren übernehmen. Auch die bisherige FFE-Rekurskommission (zwei Fachpersonen unter dem Vorsitz einer Oberrichterin oder eines Oberrichters) wird wohl neu konzipiert werden müssen: Bei der Beurteilung von Rekursen gegen die fürsorgerische Unterbringung (wie die fürsorgerische Freiheitsentziehung neu heisst) muss zwar weiterhin eine sachverständige Person beigezogen werden, sie darf aber nicht mehr dem Gericht selbst angehören. Andernfalls wäre – gemäss einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – die Unparteilichkeit des Gerichts in Frage gestellt. Die Fachmeinung muss somit neu in Form eines Gutachtens eingeholt werden und darf nicht mehr von einem Mitglied des Gerichts stammen. Einem raschen Verfahren ist dieses Vorgehen leider nicht dienlich.

Die Berner ZivilrichterInnen werden in ihrer Eigenschaft als HaftrichterInnen überraschend bereits ab 1. Januar 2007 die neuen Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht zu überprüfen haben. Zwar werden nur einzelne Bestimmungen des Asylgesetzes (nicht auch des Ausländergesetzes) vorab in Kraft gesetzt. Gerade diese aber umfassen die Änderung des alten ANAGs im Bereich Zwangsmassnahmen. Bei der Einführung des neuen Ausländergesetzes in etwa einem Jahr werden diese Bestimmungen bereits wieder abgelöst werden – durch inhaltlich gleich lautende, aber immerhin anders nummerierte Normen. Grundsätzlich wird die Überprüfung der Rechtmässigkeit der ausländerrechtlichen Haft ab nächstem Jahr einfacher: Unter den sich über drei Seiten hinziehenden Haftgründen findet sich mit Sicherheit immer einer, der vorliegt und damit die Haft rechtfertigt.

Ebenfalls ab Jahresbeginn werden die neuen Massnahmen im Persönlichkeitsrecht angeordnet werden können, welche den Schutz vor Gewalt und vor Stalking verbessern sollen, d.h. Wegweisung, Fernhaltung, Kontaktverbot etc. Der neue Artikel 28b ZGB schliesst vor allem im Bereich der häuslichen Gewalt eine Lücke. Weniger rasch werden die Auswirkungen des neuen Partnerschaftsgesetzes am Zivilgericht spürbar werden, denn zuerst müssen sich erste Paare eingetragen lassen, bevor sie sich trennen können und dafür das Gericht beanspruchen müssen.

Am 1. Januar 2007 tritt bekanntlich der neue Allgemeine Teil der Strafgesetzbuches in Kraft, bestehend aus den ursprünglichen Beschlüssen des Parlamentes und den so genannten „Nachbesserungen“ vom 24. März 2006. Aber aufgepasst: Der Zeitraum zwischen den

Grundsatzbeschlüssen und dem Inkrafttreten war lange, und in den letzten vier Jahren ist eine ganze Reihe von weiteren Änderungen dazugekommen, etwa aus der Sharing-Vorlage, dem Partnerschaftsgesetz oder der „Tier-ist-keine Sache“-Übung, um nur einige wenige zu nennen. Wir empfehlen allen Mitarbeitenden der bernischen Strafjustiz, sich auf den 1. Januar 2007 unbedingt eine bereinigte Fassung des StGB zu besorgen, etwa den Kurzkomentar von THOMAS HANSJAKOB/HORST SCHMITT/JÜRIG SOLLBERGER (Hrsg.) in zweiter Auflage. Vielleicht kommt auch die amtliche Ausgabe noch im Dezember 2006 heraus, und bis dahin kann man auf der Webseite des Bundesamtes für Justiz wenigstens eine per 19. September 2006 bereinigte Fassung konsultieren und ausdrucken. Ab 1. Januar 2007 wird selbstverständlich der gültige Wortlaut auch in der Systematischen Sammlung abgerufen werden können.

Darin werden voraussichtlich auch neue Änderungen von Art. 5, 70 und 182 StGB enthalten sein. Dabei geht es um den Menschenhandel, genauer: um die Realisierung von Vorgaben aus dem Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes. Statt des heutigen Art. 196 StGB regelt ein neuer Art. 182 StGB den Tatbestand des Menschenhandels. Dieser ist nicht mehr ein Sexualdelikt („um der Unzucht eines andern Vorschub zu leisten“), sondern wird zum Verbrechen gegen die Freiheit und kriminalisiert den Menschenhandel „zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung, der Ausbeutung seiner Arbeitskraft oder zwecks Entnahme eines Körperorgans“.

Fast unbemerkt hat der Bundesrat am 29. September 2006 auch zwei Verordnungen erlassen: die Verordnung zum Strafgesetzbuch und zum Militärstrafgesetz (V-StGB-MStG) sowie die neue Strafregisterverordnung (VOSTRA-Verordnung). In der V-StGB-MStG finden sich vor allem Vorschriften zu interkantonalen Vollzugsfragen, wie sie uns aus der heutigen VStGB (1) bekannt sind (Art. 2 bis 17). In Art. 18 ist sodann die Schnittstelle zwischen dem richterlichen Fahrverbot und dem Fahrberechtigungsregister der Strassenverkehrsämter geregelt. Die Verordnung ist sinngemäss auch auf Urteile des Bundesstrafgerichts und der Militärgerichte anwendbar (Art. 20) und hebt die heutigen Verordnungen (1), (2) und (3) auf.

Am 20. Juni 2006 hat der Ständerat als Erstrat die Anpassung des StGB an Art. 123a BV (lebenslängliche Verwahrung) vorgenommen. Die nationalrätliche Rechtskommission will auf die Vorlage nicht eintreten. Wir sind gespannt auf deren Schicksal.

In der gleichen Session berät der Ständerat den Entwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung. Seine Rechtskommission hat sehr viel Zeit in dessen Vorberatung investiert und schlägt eine ganze Reihe von Änderungen vor. Am Grundkonzept des Entwurfes und insbesondere am Strafverfolgungsmodell hat sich indessen nichts geändert: Das Staatsanwaltschaftsmodell ist eindeutig mehrheitsfähig geworden.

Das Bundesamt für Justiz befasst sich bereits mit der für die Umsetzung der Strafprozessordnung notwendigen Gesetzgebung. Der Bund hat die gleichen Hausaufgaben wie die Kantone: Er muss seine Strafbehörden bezeichnen – und teilweise neu schaffen, etwa ein Zwangsmassnahmengengericht und eine Berufungsinstanz –; er hat sich zu überlegen, wie er dort agiert, wo die Prozessordnung eine nähere Regelung durch Bund und Kantone vorschreibt; er wird zudem prüfen, von welchen der verbleibenden Handlungsspielräumen er Gebrauch machen will. Eine Expertengruppe hat ein erstes Konzept verabschiedet und den politischen Verantwortungsträgern übergeben.

Wie bereits im letzten *infointerne* gemeldet, treten anfangs 2007 auch das Bundesgerichtsgesetz, das Verwaltungsgerichtsgesetz und das angepasste Strafgerichtsgesetz in Kraft. Damit verbunden ist ein neuer Rechtsmittelweg im Bereich der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen: Der innerkantonale Beschwerdeweg an die Anklagekammer des Obergerichts entfällt und die Rechtshilfeentscheide der bernischen Untersuchungsbehörden sind direkt beim Bun-

desstrafgericht in Bellinzona anzufechten, wo eine neue Beschwerdekammer für Rechtshilfesachen eingerichtet wird. Deren Entscheide können – allerdings nur in einem sehr beschränkten Mass – mit der Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Noch in Beratung ist der Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz, ZAG). Der Handlungsbedarf hat sich vor allem im Zusammenhang mit der zwangsweisen Rückführung von Ausländerinnen und Ausländern ergeben, wo die Kantone im Auftrag des Bundes tätig sind. Bei dieser Gelegenheit wurde festgestellt, dass auch die Zwangsanwendung durch Polizeibehörden des Bundes auf wackligen Füßen steht. Das Gesetz versteht sich als ein Schritt auf dem Weg zu einem Bundes-Polizeigesetz, welches die gesamte Polizeitätigkeit des Bundes und zugunsten des Bundes regeln soll.

*Myriam Grütter  
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

Es scheint fast so, als ob die Berner Justiz völlig mit ihren Projekten (wie Justizreform, Restruct, NEF) und mit der Einführung des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches beschäftigt sei und wenig Freiraum finde für wissenschaftliche Vorträge und Publikationen. Schade! Es könnte natürlich auch sein, dass ich mir als Leser zu wenig Mühe gegeben und Einiges übersehen habe.

Zu erwähnen ist immerhin ein Beitrag von MYRIAM GRÜTTER in der „Praxis des Familienrechts“ über den Vorsorgeausgleich bei Scheidung<sup>5</sup>. Erschienen ist sodann die Zweitauflage des KSBS-Kommentars<sup>6</sup>, an welcher auch Mitglieder der bernischen Staatsanwaltschaft mitgewirkt haben. Die neue Auflage enthält neben dem ursprünglichen Wortlaut der Vorlage samt kurzen Kommentaren auch die so genannten „Nachbesserungen“ sowie alle Änderungen des Strafgesetzbuches, welche seit 2002 nebenbei noch beschlossen wurden – etwa zwanzig an der Zahl. Nach bewährter Manier ist auch der Besondere Teil mit den neuen Strafdrohungen (jedoch ohne Kommentar) abgedruckt. Dieser Kurzkomentar könnte gerade in der Übergangszeit zum neuen Strafgesetzbuch gute Dienste leisten.

Am 23. August 2006 hat unter Leitung von Gerichtspräsidentin Annemarie Hubschmid eine Weiterbildungsveranstaltung zum Thema „Privatklägerschaft und Zivilforderungen im Strafverfahren“ stattgefunden. Die Weiterbildungskommission plant die Herausgabe eines *info-special* zu diesem Thema mit Beiträgen von THOMAS MAURER, GEORGES GREINER, STEPHAN STUCKI und JÜRGEN BRÖNIMANN. Dieses wird indessen allerfrühestens im Februar 2007 den Teilnehmerinnen und -teilnehmern zugesandt, auf der Webseite des Obergerichts aufgeschaltet und allen Mitarbeitenden der bernischen Justiz per E-Mail angezeigt werden.

In dieser Rubrik künden wir in der Regel eigentliche *Veröffentlichungen* an, also Texte, die ohne Einschränkung zugänglich sind. Wir machen hier eine Ausnahme zu Gunsten eines nur elektronisch und nur beschränkt einsehbaren Werks von fast unschätzbarem Wert: Les magistrat(e)s et greffières/ers francophones du canton de Berne se sont associés avec leurs collègues jurassiens et neuchâtelois pour dresser un commentaire article par article de la nouvelle partie générale du Code pénal. Ce commentaire, d'environ 450 pages, est continuellement mis à jour et contiendra l'année prochaine des extraits de la jurisprudence publiée ainsi que de la jurisprudence intéressante rendue par les cantons romands. Il pourra être consulté dans sa version à jour sur le site du Tribunal d'arrondissement I. La page est cependant protégée par un mot de passe. Les responsables de ce site communiqueront ce mot de passe à l'ensemble des magistrat(e)s et greffières/ers du canton de Berne avant la fin de l'année. Pour toute demande d'informations complémentaires, vous pouvez vous adresser à RAPHAËL ARN (raphael.arn@jgk.be.ch), greffier et président extraordinaire à Moutier.

Die Schweizerische Richterzeitung oder besser: „Justice – Justiz – Giustizia“, elektronisch herausgegeben von Weblaw, konnte Obergerichtsschreiber FRÉDÉRIC KOHLER als Berner Korrespondenten gewinnen. Wir warten mit Interesse auf seine ersten Beiträge, die einem größeren Publikum bekannt machen werden, was in der bernischen Justiz läuft – eine willkommene Gelegenheit zur Präsentation unserer Probleme und Lösungsansätze.

---

<sup>5</sup> MYRIAM GRÜTTER, Vorsorgeausgleich bei Scheidung, FAMPRA 2006 797 ff.

<sup>6</sup> THOMAS HANSJAKOB/HORST SCHMITT/JÜRG SOLLBERGER (HRSG.), Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2. Auflage, Luzern 2006.

*Felix Bänziger*

*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.*

Eva Saluz, Fürsprecherin

## „Sind Anwälte zu allem fähig ... oder zu mehr ...?“

Herr Generalprokurator,  
verehrte Damen und Herren

„Sind Anwälte zu allem fähig?“ Zu diesem Thema zu sprechen, hat mich Herr Generalprokurator Weber am 23. August 2005 anlässlich des Empfangs des Bâtonniers des Bernischen Anwaltsverbandes – fast vis-à-vis in La Neuveville – angefragt. Allein schon der Umstand, dass das Thema mit einem Fragezeichen versehen ist, ehrt die Anwaltschaft. Dass mir gleichzeitig 20 bis 30 Minuten Redezeit eingeräumt werden, lässt den Schluss zu, dass nicht ein simples ja von mir erwartet wird.

Die Frage für die Staatsanwälte zu beantworten, wäre um ein Vielfaches einfacher: Wer nämlich Anwälte zu diesem Thema sprechen lässt, ist zu allem fähig und muss selbst zu allem und noch viel mehr fähig sein.

*„In Erwägung, dass die rechtschaffenen tröstlichen Advokaten viel seltener sind als jene, welche lieber verwirren als aufklären, damit rücksichtlich ihres eigenen Nutzens die Streithändel nicht so leicht und nicht so schleunig entschieden werden, in Erwägung, dass eben dieses spielende Unwesen schon manche Familie in Armut und Elend gestürzt hat, dass es nun endlich hohe Zeit ist, diesem grossen Übel abzuhelpen, um auch hierin die gesegneten Früchte der neuen Ordnung der Dinge fühlbar zu machen, beschliesst der grosse Rat: Es sollen in Zivilprozessen um des besonderen und allgemeinen Besten willen keine Advokaten mehr gebraucht werden dürfen.“ (RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE, Anwaltsgeschichte der Schweiz, Zürich 1998, S. 65.)*

Diese einfache Art, den in der Einladung erwähnten geliebten oder ungeliebten Prozessgegner loszuwerden, versuchte der helvetische Senat im Dezember 1798. Das Advokaturverbot fand jedoch im Grossen Rat keine Zustimmung.

Im Spätmittelalter haben sogenannte Richter-Fürsprecher die Rolle des Rechtsbeistandes übernommen. Diese waren Mitglied des Richterkollegiums und als solche Vertreter des objektiven Rechts. Die Fürsprache galt als vornehme Tätigkeit, welche von tüchtigen und achtbaren Männern ausgeübt wurde.

Wie Sie aus der Rechtsgeschichte wissen, verehrte Damen und Herren, nützte die erwähnte Fürsprache dem Verurteilten nichts. Vorher wurde er – auch von einem Mitglied des Gerichts – verhört und mit Folter zu einem Geständnis gezwungen; nach der Fürsprache gehängt... oder – wenn er Glück hatte – nur verstümmelt...!

Als dann im Laufe des 18. Jahrhunderts in der Eidgenossenschaft Rechtsschulen entstanden und ausgebildete Juristen auftraten, genossen diese einen schlechten Ruf (wie zitiert). Die geforderten Advokaturverbote hatten aber einen politischen Hintergrund. Die Rechtsfindung sollte vor fremden Einflüssen geschützt und die Institution des Richter-Fürsprechers bewahrt werden.

Erst durch die Aufhebung der Advokaturfreiheit und Einführung von Zulassungsvorschriften während der Mediations- und Restaurationszeit verbesserte sich das Niveau der Rechtswissenschaft und auch das Bild der Advokatur in der Öffentlichkeit.



Letzteres allerdings nur sehr gering: Sie kennen alle den berühmten Kritiker, Jeremias Gotthelf (1797-1854), welchem die Advokaten als unchristliche, materialistische Vertreter der fortschrittsorientierten Gesellschaft erschienen:

*„Die Heftigkeit, mit der Gotthelf die Advokaten angriff, erscheint vor dem Hintergrund der Winkeladvokatur verständlicher. Entscheidender Auslöser für seinen Hass gegen die „Blutsauger, Tintenschlecker und Papierfresser“ waren die erbärmlichen Verhältnisse in den ländlichen Regionen des Kantons Bern Ende der 1830er Jahre, wo notdürftig ausgebildete Rechtsagenten als eigentliche „Bauernschrecke“ ihr Unwesen trieben. In den Augen Gotthelfs waren die Advokaten überheblich, selbstgefällig, unehrlich, böse, Gesetzes- und Rechtsverdreher und dialektische Gedankenjongleure. Indem sie die Bürger zur rücksichtslosen Verfolgung des eigenen Vorteils verleiteten, erschienen sie ihm als leibhaftige Teufel. Im übrigen pervertierten sie die Idee der Gerechtigkeit: „Sie wollen gerechter sein als der liebe Gott, wollen die Falten der Herzen prüfen, schlagen ein Körnlein Gutes, welches sie zu finden glauben, millionenfach an, bis es die übrigen Sünden bedeckt, und schieben diese der Erziehung und der Welt auf ihren breiten Buckel, die Schelme und Spitzbuben dagegen lassen sie den ehrlichen Leuten auf dem Buckel, bereiten den Verbrechern ein gutes Leben und durch sogenannte schützende Formen Sicherheit für ihr schlechtes Treiben.“ (PAHUD DE MORTANGES/PRÊTRE a.a.O. S. 88)*

Das Justizverständnis ist aber eben auch einem historischen Wandel unterworfen, genauso wie das Staatsverständnis.

*„Jeder hat soviel Recht, wie er Macht hat!“* In seinem Vortrag unter dem zitierten Leitmotiv, einer Aussage des Philosophen Spinoza, hat sich unser Gastgeber, Herr Generalprokurator Weber, am 20. Oktober 2005 am Ethik- Symposium des Psychiatriezentrums Münsingen mit dem Mut zur Macht auseinandergesetzt.

*„Nur ein würdiger, anständiger, fester und unabhängiger Richter kann heute noch Macht glaubwürdig ausüben.“* ([www.gef.be.ch/site/index/gef\\_pzm\\_es\\_pzm\\_weber\\_recht\\_def.pdf](http://www.gef.be.ch/site/index/gef_pzm_es_pzm_weber_recht_def.pdf).) Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Gott sei Dank, oder besser, den Richtern sei Dank, erhalten bei uns im 21. Jahrhundert die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte nicht immer Recht. Wenn sie nämlich immer Recht bekämen, dann wären sie allmächtig; das will die Staatsanwaltschaft selbst nicht wollen. (Wenn ich sehe, wie oft die Verteidigung Recht bekommt, dann ist sie der Ohnmacht jedenfalls näher als der Allmacht ...)

Damit sind wir schon fast in der Gegenwart angelangt bei der Rolle und Aufgabe der Verteidigung und ihren Fähigkeiten. Noch nicht ganz in der Gegenwart, wie folgendes Zitat zeigt:

*„Der Verteidiger ist nicht berufen, jeden Angriff, auch den gerechten, vom Beschuldigten abzuwehren. Er hat im öffentlichen Interesse nur den ungerechtfertigten, zu harten Angriff abzuwehren, dafür zu sorgen, dass der Angegriffene nicht härter beurteilt wird, als es den Umständen entspricht. Ist der Angriff gerechtfertigt, so ist ein abzuwehrendes Übermass nicht da...  
Er darf also nie den Angriff gegen den Beschuldigten als einen ungerechten bekämpfen, soweit er ihn selbst der Aktenlage nach für gerecht hält...“*

*Denn wenn der Staat einerseits einen Strafanspruch und eine Strafpflicht hat und diese Aufgaben durch das in seiner Strafprozessordnung enthaltene Verfahren zu verwirklichen sucht, so kann dieser gleichen Strafprozessordnung nicht wiederum ein Begriff der Verteidigung zugrunde liegen, der auch die Abwehr eines gerechtfertigten Angriffs in sich schliesst. Sonst würde ja der angestrebte Zweck des Strafprozesses, den wahren Beschuldigten der verdienten Strafe zuzuführen, untergraben und dem Beschuldigten ein Mittel in die Hand gegeben mit der Möglichkeit, den gerechten Angriff zu vereiteln und sich so der Strafe zu entziehen. Die Schaffung des Institutes der Verteidigung wollte aber nur die Garantien eines gerechten Urteils vergrössern.“ (MAX HOFSTETTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers wegen Begünstigung, Diss. Bern 1938, S. 20.)*

Vorbehaltlos möchte ich diesem Zitat nicht zustimmen. Nur der letzte Satz umschreibt die Aufgabe der modernen Strafverteidigung zutreffend: „Die Garantien eines gerechten Urteils vergrössern“, oder – wieder in den Worten des Generalprokurators – „dem Richter das Recht suchen helfen.“

Aber, was ist ein „gerechter Angriff“? Wer definiert diesen? Wohl spätestens jetzt werden die Meinungen auseinander gehen.

Sie, Damen und Herren Staatsanwälte, empfinden alle Ihre Angriffen als gerecht:

- Überwachung
- Leibesvisitation
- Festnahme
- Vorführung beim Untersuchungsrichter und Richter (gefesselt selbstverständlich)
- sowie harte Worte im Plädoyer.

Wo das geschieht, müssen Anwälte her, die zu allem fähig sind. Sie, die Anwälte, sollen das wollen, nämlich zu allem fähig sein. Auf diesem Weg wird die Verteidigung natürlich fast zwingend als „Störfaktor“ empfunden. Anwälte werden wegen der ihnen unterstellten Neigung zur Wahrheitsverdrehung manchmal auch als schädliche Belastung der Rechtspflege empfunden. Ihr Beitrag zur Wahrheitsfindung wird jedoch unterschätzt.

Im Gegensatz zum mittelalterlichen Fürsprecher ist der Anwalt im modernen Rechtsstaat kein Organ, das zum Staat in einem Subordinationsverhältnis steht oder als Gehilfe des Richters dient. Er muss zu mehr als das fähig sein.

Im Entscheid 106 Ia 100 präzisiert das Bundesgericht den Sinn dieser missverständlichen Formulierungen, indem es die unterstützende und beratende Aufgabe der Verteidigung bei der Verfolgung von subjektiven Rechtsschutzinteressen betont. Im Prozess der objektiven Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung weist das Bundesgericht der Advokatur eine Schlüsselrolle zu, welche die Verwirklichung der Rechtsordnung überhaupt erst ermöglicht. Dass es dazu vieler Fähigkeiten bedarf, versteht sich von selbst!

Aus diesem wichtigen, wegleitenden Entscheid ein Zitat (a.a.O. 105):

*„Die Bezeichnungen ‚Diener des Rechts‘ und ‚Mitarbeiter der Rechtspflege‘ bedeuten aber nicht, dass der Anwalt wie der Richter auf die objektive Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtet sei. Wohl trägt seine Tätigkeit zur Verwirklichung des objektiven Rechts bei, indem namentlich davon ausgegangen wird, dass der Richter um so sicherer zum richtigen Urteil finde, je besser die wi-*

*derstreitenden subjektiven Rechtspositionen vertreten werden. Der Anwalt ist aber nicht staatliches Organ und auch nicht ‚Gehilfe des Richters‘, sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig.“*

Zu dieser strengen Einseitigkeit ist die Verteidigung verpflichtet. Eine Fähigkeit, die in Einzelfällen Anwälten auch etwa abgeht. Aber davon möchte ich an dieser Stelle nicht sprechen. Dies würde Ihnen vielleicht zu grosse Freude bereiten. Sind Anwälte also wegen ihrer strengen Einseitigkeit zu allem fähig?

Manchmal ist man geneigt zu sagen, ja. Es gibt sie nämlich, die Anwälte, die tatsächlich in der Lage sind, ihre Klienten auf das Recht zur Aussageverweigerung aufmerksam zu machen, obwohl sie wissen, dass – wie Stephan Geissbühler in der Berner Zeitung vom 17.09.2005 schrieb –

*„Eines hassen Richterinnen und Richter wie die Pest: Wenn Angeklagte immer nur gerade so viel zugeben, wie sie müssen, weil die Beweislage in einem Bereich so erdrückend ist, dass Leugnen zwecklos wird.“*

Und ich zitiere weiter, aber aus anderer Quelle:

*„Ihr seid nicht zur Aussage verpflichtet. Hütet Euch davor, Aussagen zur Sache zu machen, bevor ihr nicht den ganz exakten Tatvorhalt kennt und/oder mit Eurem Anwalt gesprochen habt. Widersetzt Euch allfälligen Druckversuchen und verlangt einen Vermerk im Protokoll. Die Erfahrung zeigt, dass der Schock der ungerechtfertigten Verhaftung zu Aussagen veranlasst, die praktisch nicht mehr korrigiert werden können und die später bereut werden.“*

Leute, die solches empfehlen, sind wirklich zu allem fähig ...! Ich bin Ihnen noch die Quelle des Zitats schuldig: Es stammt nicht aus dem „Schwarzpeter“, auch nicht aus dem Kurs des SAV Fachanwalt Strafrecht, den es noch gar nicht gibt. Es stammt aus dem „Merkblatt bei Zwangsmassnahmen gegen Strafverfolgungsbeamte“, verfasst vom Polizeibeamten-Verband des Kantons Basel-Stadt, 1999. Etwas alt schon, aber immer noch aktuell ... Die Polizeibeamten Basel-Stadt sind doch zu einigem fähig. Zu mehr, als man ihnen als gewöhnlicher Strafverteidiger zutrauen würde! Bei einer Festnahme empfehlen sie zudem, um sofortigen Rechtsschutz beim Kommando und beim Vorstand zu ersuchen.

*„Euer Anwalt und/ oder wir werden alles unternehmen, Euch unverzüglich herauszuholen.“*

Wer alles unternehmen will, muss auch zu allem fähig sein! Bei diesem Verband scheinen die Mitglieder gut aufgehoben!

Weniger gut aufgehoben sind wir Anwältinnen und Anwälte; nicht bei Ihnen, meine Damen und Herren Staatsanwälte, sondern im Entwurf der Schweizerischen Strafprozessordnung, und zwar betreffend unser Berufsgeheimnis. (Auf weitere Mängel gehe ich hier nicht ein ...) Art. 168 dieser StPO lautet wie folgt:

*„Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund eines Amtsgeheimnisses*

<sup>1</sup> Geistliche, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Verteidigerinnen und Verteidiger, Notarinnen und Notare, Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Apothekerinnen und Apotheker, Hebammen sowie ihre Hilfspersonen können das Zeugnis über Geheimnissen verweigern, die ihnen auf Grund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben.

<sup>2</sup> Sie haben auszusagen, wenn sie:

- a. einer Anzeigepflicht unterliegen; oder
- b. von der Geheimnisherrin, dem Geheimnisherrn oder schriftlich von der nach Artikel 321 Ziffer 2 StGB zuständigen Stelle von der Geheimnispflicht entbunden worden sind.“

Diese Aussagepflicht bei einer Entbindung vom Berufsgeheimnis steht klar im Widerspruch zu Art. 13 BGFA (SR 935.61), der wie folgt lautet:

*„Berufsgeheimnis*

<sup>1</sup> Anwältinnen und Anwälte unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufes von ihrer Klientenschaft anvertraut worden ist. Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem.“

Wenn diese Durchlöcherung des Anwaltsgeheimnisses tatsächlich – wie zitiert – Gesetz werden sollte, würde einer der drei Grundpfeiler der Anwaltschaft, nämlich

- Unabhängigkeit
- Vermeidung von Interessenkonflikten
- Berufsgeheimnis

umgekippt. Für diese Grundsätze setzen sich der Schweizerische Anwaltsverband und die internationalen Anwaltsorganisationen ein. Denn, wenn wir dafür nicht kämpfen, sind wir bald zu nichts mehr fähig, anstatt zu allem oder im besten Fall noch zu etwas mehr.

Betrachtet man die Frage „Sind Anwälte zu allem fähig?“ sehr differenziert, stellt sich natürlich schon noch die Frage, bezieht sie sich nun auf Zürcher Anwälte oder auf bernische Fürsprecher? Der neuesten bernischen Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass bernische Fürsprecher offenbar wenig Kredit geniessen bei Klienten, die sich unschuldig fühlen.

*„Der Beschuldigte fühlte sich unschuldig und nahm sich deshalb keinen Fürsprecher.“*

Da haben es die renommierten Zürcher besser:

*„Die Geschädigte hingegen engagierte einen renommierten Anwalt aus Zürich.“*

Übrigens: Der Beschuldigte wurde schuldig gesprochen, aber nur in erster Instanz. In zweiter Instanz wurde er freigesprochen.

*„Für den Untersuchungsrichter wurde schnell klar, dass es sich bei dem Unfall nicht um eine strafrechtliche Angelegenheit handelte.“ – „Jedoch bestand der Staatsanwalt auf einer Verhandlung.“ (Der Bund vom 06. Mai 2006, S. 25, „Freispruch für Rollstuhlfahrer“.)*

Ich denke, meine Zeit ist abgelaufen... Dem Schmunzeln einiger Staatsanwälte entnehme ich, dass sie meinen letzten Satz wohl missverstanden haben. Ich drücke mich daher unmissverständlich aus: Ich denke, der mir gewährte Zeitrahmen ist erschöpft ... und Sie vermutlich auch!

Dr. Vincenzo Amberg, Fürsprecher

## Unfähig, fähig, zu allem fähig?

### 1. Einleitung

Der uns allen bekannte Walzerkomponist Johann Strauss lässt in seiner Operette "die Fledermaus" den bedauernswerten Anwalt, der den sinnigen Namen Dr. Blind trägt, wenn auch nur in einer Nebenrolle, auftreten. Als Verteidiger seines Mandanten Eisenstein versagt er, wird doch durch sein dilettantisches Vorgehen die Strafe für Eisenstein nicht nur nicht verringert, sondern im Gegenteil noch erhöht. Nicht ganz zu Unrecht wirft Eisenstein seinem Verteidiger deshalb vor, er sei "ein Blödi und Stotterbock", und konfrontiert ihn mit der Frage: "Was können Sie denn eigentlich?". Ohne auf die Frage zu antworten, verschwindet Dr. Blind – was bleibt ihm anderes übrig? – in der Folge denn auch diskret von der Bühne.<sup>7</sup>

Auch die Gerichte machen sich zuweilen - nicht immer ohne jeglichen Anlass - Gedanken über die Fähigkeit der Anwälte. So steht zum Beispiel in einem Urteilsmotiv des Zürcherischen Handelgerichts vom 20. Dezember 1991 den für uns Anwälte nicht gerade schmeichelhaften Satz: "So hatte das Begehren der Klägerin anfänglich korrekt gelautet ... allerdings nur, bis sie einen Anwalt beizog und dieser das Rechtsbegehren änderte."<sup>8</sup>

### 2. Zur Sache

#### 2.1. Fragestellung

Vor diesem Hintergrund stellt sich in der Tat zu Recht die Frage nach der Fähigkeit des Anwalts. Deshalb soll versucht werden, allerdings ohne Anspruch auf Vollständigkeit, diese Frage zu konkretisieren und soweit möglich auch zu beantworten.

#### 2.2. Ausgangslage

Zweck der Rechtspflege ist die Suche nach dem Recht und der Wahrheit.<sup>9</sup> Im Gegensatz zum „inquisitorisch - obrigkeitlichen“ Urteil von Richtern, welche in nicht demokra-

---

<sup>7</sup> HORST LEUTHEUSSER, DIE Rechtsanwälte, Berufsstand zwischen Lob und Tadel, München 1992, S. 43.

<sup>8</sup> ZR 90 Nr. 80.

<sup>9</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Funktion des Rechtsanwalts im Rechtsstaat - Mittel und Grenzen der Staatsaufsicht (Funktion), Bern 1985, S. 8: "(Der Anwalt) partizipiert als konstruktives Agens im diskursiven Prozess der Wahrheits- und Rechtssuche, in jenem Prozess, der allein die Chance der Einsicht in Wahres und Gerechtes in sich birgt."

tischen Staatsformen „ so genannt Recht sprechen“, wird im Rechtsstaat das Recht gleichsam kontradiktorisch erstritten.<sup>10</sup>

Die Waage, ein traditionelles Symbol der Gerechtigkeit, versinnbildlicht dies, indem sie auf mechanische Weise jenes Kräftespiel darstellt, das den Ablauf des Prozesses bestimmt: Damit der Richter in der Regel nach gründlichem Abwägen bei der Wahrheit und dem gerechten Urteil innehalten kann, bedarf es des Wettstreits zweier entgegengesetzter Thesen. Je weiter sich die gegensätzlichen Kräfte von der Mitte des Waagebalkens bzw. der Unparteilichkeit des Richtenden entfernen, desto empfindlicher wird der Apparat, und dementsprechend desto genauer die Messung. So schaffen die Anwälte, indem jeder nach Kräften nach der eigenen Seite zieht, idealerweise das Gleichgewicht, das der Richter als Grundlage für ein gerechtes Urteil benötigt.<sup>11</sup>

Die Richtigkeit dieser These geht unter anderem aus der Tatsache hervor, dass der Staat selber, um einen Widerstreit der Positionen und ein gerechte(re)s Urteil zu ermöglichen, im Strafprozess einen Staatsanwalt eingesetzt hat. Mit ihm wurde bewusst ein offiziell gleichwertiger Gegenspieler zum verteidigenden Anwalt geschaffen.

### 2.2.1. Der Anwalt als Parteivertreter

Die wichtige Rolle des Anwalts in diesem evolutiven Prozess wird sofort ersichtlich: Als Parteivertreter und aktiver Teil des Prozessgeschehens nimmt er auf dieses direkten Einfluss indem er den Richter mit Argumenten zu überzeugen versucht. Nach Ansicht des Bundesgerichts<sup>12</sup> obliegt es dem Anwalt, sein Verhalten nach den Interessen des Angeschuldigten an einem freisprechenden oder zumindest möglichst milden Urteil zu richten, d.h. dem (staatlichen) Strafanspruch entgegenzutreten. Dies ist bekanntlich nicht immer eine leichte Aufgabe. Zu denken ist etwa an einen Angeschuldigten, der dem Anwalt eine den Strafbehörden gegenüber bestrittene Tat gesteht, oder der einen Vorwurf wider jegliche Evidenz leugnet; aber zum Beispiel auch an einen Angeschuldigten, der dem Anwalt gegenüber mit Misstrauen begegnet usw.

Ohne hier auf diese Problematik näher eintreten zu wollen, ist der Hinweis angebracht, dass die Interessenswahrung rechtlichen Schranken unterworfen ist (BGE 106 Ia 105f): „ Dem Verteidiger ist es verwehrt, rechtswidrige Mittel zu ergreifen.“. Auf die Praxis bezogen bedeutet dies, dass der Anwalt unzulässig handelt, wenn er aus eigenem Antrieb bewusst Unwahres vorbringt (wobei ihn die Wahrheitspflicht nur soweit bindet, als seine Treuepflicht dem Klienten gegenüber nicht tangiert wird).<sup>13</sup> Unstatthaft ist es weiter, wenn der Anwalt

- den Sachverhalt verdunkelt,
- Zeugen beeinflusst,
- den Mandanten zu falscher Aussage anhält.<sup>14</sup>

Erlaubt ist hingegen, dem Klienten zu raten, zu schweigen, d.h. keine Aussagen zu machen<sup>15</sup>, wenn dies seinen Interessen entgegenkommt. Soviel kurz zur Hauptaufgabe des Verteidigers.

---

<sup>10</sup> FELIX WOLFFERS, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, seine Funktion und öffentlichrechtliche Stellung, BE-Diss., Zürich 1986, S. 32.

<sup>11</sup> PIERO CALAMANDREI, Lob des Richters, gesungen von einem Advokaten, München 1956, S. 74 ff

<sup>12</sup> BGE 106 Ia 105 ff.

<sup>13</sup> J. WELP, Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, ZStW 1978, S. 818 f.

<sup>14</sup> WOLFFERS, a.a.O., S. 35.

## 2.2.2. Der Anwalt als unabhängiger Mitarbeiter der Rechtspflege

Nun ist es aber – wie wir alle wissen – so, dass sich der Strafverteidiger, um bei ihm zu bleiben, bei seiner Verteidigertätigkeit in einem ständigen Spannungsfeld<sup>16</sup> befindet. Einerseits und in erster Linie ist er Interessenvertreter seines Mandanten (vgl. dazu beispielsweise Art. 12 lit. a BGFA<sup>17</sup> „Sie üben ihren Beruf sorgfältig und gewissenhaft aus.“); andererseits besteht zwischen dem Rechtsstaat und dem Anwalt ein Symbionismus, also ein spezielles Verhältnis, welches den Anwalt zum unabhängigen Mitarbeiter der Rechtspflege mit besonderen Befugnissen werden lässt (was aber keine – wie auch immer geartete – Abhängigkeit von den staatlichen Rechtspflegeorganen impliziert, wie etwa amtlichen Anwälten immer wieder unterstellt wird).

Wie das Bundesgericht<sup>18</sup> sich ausdrückt, ist der Anwalt „Diener des Rechts“<sup>19</sup> und „Mitarbeiter der Rechtspflege“<sup>20</sup> insoweit, als ihm die Aufgabe zukommt, die Rechtssuchenden bei der Verfolgung ihrer subjektiven Rechtsschutzinteressen zu beraten und zu unterstützen. Er nimmt damit eine Aufgabe wahr, ohne deren Erfüllung der Bürger seine Rechtsansprüche häufig nicht durchsetzen könnte und ohne deren Wahrnehmung die Verwirklichung der Rechtsordnung ganz allgemein in Frage gestellt wäre. In diesem Sinne trage die Anwaltstätigkeit zur Verwirklichung des objektiven Rechts bei, indem namentlich davon ausgegangen wird, dass der Richter um so sicherer zum richtigen Urteil finde, je besser die widerstreitenden subjektiven Rechtspositionen vertreten werden. Dagegen sei der Anwalt weder ein staatliches Organ noch ein Gehilfe des Richters, sondern eben Interessenvertreter.

Mit der Funktion als Mitarbeiter der Rechtspflege sind bekanntlich eine Reihe besonderer Befugnisse verbunden wie z.B. im Strafprozessrecht der Anspruch auf Herausgabe der Akten oder auf unbeaufsichtigten Verkehr mit dem Beschuldigten, aber auch das Recht auf ausreichende Vorbereitung der Verhandlung und auf Anwesenheit bei Befragungen von Parteien und Zeugen (BGE 105 Ia 100 und 104 Ia 71).

Im Gegenzug sind aber auch Pflichten zu beachten, wie z.B. die Standeswürde (Beachten der Vorschriften, die im Interesse des Klienten und des geordneten Ganges der Rechtspflege das Vertrauen in seine Person und die Anwaltschaft insgesamt gewährleisten sollen), die Vertrauenswürdigkeit (im Verhältnis zu den Behörden der Rechtspflege) und die Unabhängigkeit (insbesondere vom Staat und Klienten). Hierzu sei auf den Art. 8 des noch bis Ende dieses Jahres gültigen Fürsprechergesetzes<sup>21</sup> verwiesen, der im Sinn einer Generalklausel den Fürsprecher dazu anhält, der Achtung und Vertrauenswürdigkeit gerecht zu werden, die sein Beruf voraussetzt und ihn insbeson-

---

<sup>15</sup> Als Beispiel, wo dies ausdrücklich festgehalten wird: Art. 45 und 208 i.V. 56 StrV (BE).

<sup>16</sup> W. OBRECHT, Die Stellung des Rechtsanwaltes bei der Wahrheitsfindung im Prozess, ZH-Diss. 1982, S. 28.

<sup>17</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

<sup>18</sup> BGE 106 Ia 104.

<sup>19</sup> BGE 103 Ia 431, 73 I 9.

<sup>20</sup> BGE 98 Ia 58.

<sup>21</sup> Gesetz über die Fürsprecher vom 6. Februar 1984 (FG).

dere dazu verpflichtet, die allgemein anerkannten Regeln seines Berufsstandes und des kollegialen Verhaltens zu befolgen.<sup>22</sup> Diese Generalklausel basiert auf dem Berufsrecht, das in Art. 12 BGFA die einzelnen Berufsregeln festhält und auf den nun mittlerweile national vereinheitlichten Standesregeln<sup>23</sup>, alles Vorschriften, denen ein Anwalt nachzuleben hat.

Zu diesem Spannungsverhältnis soll auch Folgendes nicht unerwähnt bleiben, nämlich die Tatsache, dass die Staatsanwälte ein noch schwierigeres, spannungsgeladeneres Amt ausüben als die Strafverteidiger, sollten sie doch als Vertreter der Anklage parteiisch wie ein Anwalt auftreten, als Wächter des Gesetzes aber unparteiisch wie ein Richter. Anwalt ohne Leidenschaft, Richter ohne Unparteilichkeit: Das ist das psychologische Paradox, in dem sich öffentliche Ankläger permanent befinden. Wenn Sie nicht über ein fein ausgeprägtes Gleichgewichtsgefühl verfügen, besteht die offensichtliche Gefahr, dass Sie den kämpferischen Geist des Verteidigers, oder die leidenschaftslose Objektivität des Richters oder – noch schlimmer – beide Eigenschaften verlieren.<sup>24</sup>

### 2.2.3. Kontroll- und Entlastungsfunktion

Weitere Pflichten haben die Anwälte im Rahmen des speziellen Verhältnisses zwischen ihnen und dem Staat wahrzunehmen. Dazu gehört die Kontrollfunktion<sup>25</sup>, welche vom Anwalt fordert, wie sich seinerzeit Herr Prof. Hans Huber ausdrückte, „aufzudecken, wo und wie der Rechtsstaat vereinzelt versagt und wo er überhaupt noch gebriecht.“<sup>26</sup> Auch das Bundesgericht<sup>27</sup> hat im bereits zitierten Grundsatzentscheid festgehalten, dass es „geradezu Pflicht und Recht des Anwalts“ sei, „Missstände aufzuzeigen und Mängel des Verfahrens zu rügen.“

Endlich sei der Vollständigkeit halber noch auf die sog. Entlastungsfunktion<sup>28</sup> des Anwaltes hingewiesen. Diese Pflicht hängt mit der gewissenhaften Mandatserfüllung des Anwaltes zusammen, wonach er u.a. dahin wirken soll, Streitigkeiten gütlich beizulegen und den Auftraggeber davon abzuhalten, offensichtlich aussichtslose Prozesse zu führen.<sup>29</sup> Auf diese Weise leistet der Anwalt mit seiner Tätigkeit im Interesse seines Klienten, aber auch des Staates, einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Entlastung der Gerichte.<sup>30</sup>

Dies ist also – kurz umrissen – die Bühne und die Kulisse, auf bzw. vor welcher der Anwalt auftritt und damit offenbart, wie gut er seine Rolle spielt, d.h., ob er fähig ist oder eben nicht.

## 3. Die Fähigkeit

---

<sup>22</sup> Leider findet sich im neuen Kantonalen Anwaltsgesetz ein solcher programmatischer Hinweis nicht mehr.

<sup>23</sup> In Kraft seit 1. Juli 2005.

<sup>24</sup> Dazu CALAMANDREI, op. cit., S. 41.

<sup>25</sup> D. DREYER, L'avocat dans la société actuelle, in ZSR Neue Folge, Band 115, 1996, S. 407.

<sup>26</sup> H. HUBER, Aufgabe und Bedeutung des freien Anwaltsstandes im Rechtsstaat, SJZ 53, (1953), S. 268.

<sup>27</sup> BGE 106 1a 108.

<sup>28</sup> WOLFFERS, a.a.O, S. 40.

<sup>29</sup> Art. 11 Abs. 2 FG.

<sup>30</sup> In diesem Zusammenhang ist auch die Mediation zu erwähnen.



Doch, was bedeutet nun in diesem Zusammenhang: „Fähig sein“? Der Begriff „Fähigkeit“ beinhaltet nach einer trockenen Definition „die psychische und physische Ausgangslage einer Person, die ihr das Erbringen bestimmter Leistungen ermöglicht. Fähigkeiten können in Lernprozessen erworben oder anlagebedingt sein.“<sup>31</sup>

### 3.1. Die fachliche Fähigkeit

Wie fähig ein Anwalt ist, hängt zunächst einmal davon ab, ob er die notwendigen fachlichen Voraussetzungen mit sich bringt. Diese werden im Studium sowie im Praktikum erworben und im Staatsexamen auch geprüft, dürfen demnach in der Regel als vorhanden vorausgesetzt werden.

### 3.2. Die menschliche Dimension

Freilich reichen diese fachlichen Voraussetzungen in der Praxis nicht aus, um ein guter, das heisst im richtig verstandenen Sinn fähiger Anwalt zu sein, zumal wir alle zweifelsohne auch schon die Erfahrung gemacht haben, dass (juristisch) klare Lösungen im praktischen Alltag nicht immer leicht zu finden sind, da neben dem juristischen Wissen manchmal eine weitere und nicht selten sogar wichtigere Komponente, nämlich die menschliche Dimension, hineinspielt. Diese menschliche Komponente beeinflusst den Anwaltsalltag in wesentlichem Masse: Manchmal steht sie juristischen Lösungen im Wege, oft macht sie Lösungen aber überhaupt erst möglich, auch wenn diese Lösungen dann möglicherweise nicht bis in alle Einzelheiten juristisch korrekt sind. Sie führt uns sogenannten Fachleuten immer wieder vor Augen, dass die rechtlichen Vorschriften zum Wohle der Menschen und unserer Gesellschaft erlassen wurden; diesen Vorschriften also kein anderer als der eben erwähnte Zweck zukommt. Insbesondere dürfen sie keinen Selbstzweck verfolgen, das heisst um ihrer selbst willen bestehen, dann nämlich wird Recht zu Unrecht.

Dies drückt in der den Römern eigenen, Kürze und Prägnanz der Satz Ciceros<sup>32</sup> (106 v. - 43 n. Chr.) aus: „Summum ius summa iniuria“, das höchste, das heisst das auf die Spitze getriebene Recht (also das Recht ohne menschliche Komponente) ist das höchste oder wird zum grössten Unrecht.

Das juristische Wissen und die oft schwer fassbare (weil nicht nur vernünftigen Kriterien folgende) menschliche Komponente gehören – jedenfalls für eine gute Anwaltstätigkeit – untrennbar zusammen. Sie bilden gemeinsam die Grundlage, auf der sich die anwaltlichen Beziehungen zur Klientschaft und zu den Gerichten entfalten. Diese nicht immer einfachen Beziehungen fordern von den Anwälten nebst Fachwissen und anderen intellektuellen Fähigkeiten auch tugendhafte Eigenschaften wie Strenge ohne unnötige Härte, Milde ohne Schwäche, Klugheit ohne Falsch, Gerechtigkeit ohne Verkrampfung und vor allem eine m.E. leider in unserer schnelllebigen Zeit häufig verkannte Tugend, nämlich die Ausdauer und den Starkmut in der Verfolgung des Zieles ohne Rücksichtslosigkeit.

All diese Kriterien bilden jedoch nur die Grundlage zur Beurteilung der Fähigkeit des Anwalts.

---

<sup>31</sup> [www.socioweb.de/lex\\_geb/begriffe/fähigke.htm](http://www.socioweb.de/lex_geb/begriffe/fähigke.htm).

<sup>32</sup> De officiis, 1, 33.

### 3.3. Die persönlichen Eigenschaften des Anwalts

Hinzu kommen nämlich noch die persönlichen Eigenschaften des Anwalts, also Eigenschaften wie Einfühlungsvermögen, Fingerspitzengefühl im Umgang mit Emotionen, Einsteckungsvermögen, um nur einige Eigenschaften auf der psychischen Seite zu erwähnen. Auf der beruflichen Seite zählen Fähigkeiten wie gutes Allgemeinwissen, die rasche Auffassungsgabe, eine gute Rhetorik, die Fähigkeit, eine effiziente Prozessstrategie zu planen usw., zum Rüstzeug eines fähigen Anwalts. Unabhängig davon gehört zu einem fähigen Anwalt sicher auch noch eine Prise Erfahrung dazu.

## 4. Die anwaltliche Fähigkeitsfrage

Zusammengefasst und auf einen Nenner gebracht, beinhaltet die Frage nach der Fähigkeit des Anwaltes also die Frage, in welchem Ausmasse der Anwalt als Interessensvertreter – seiner Verpflichtung als Mitarbeiter der Rechtspflege bewusst – basierend auf seinem juristischen Wissen – die menschlichen Dimension nicht ausser Acht lassend – mit seinen persönlichen Eigenschaften seinen Mandanten in einem Prozess zu vertreten im Stande ist.

## 5. Antwort auf die anwaltliche Fähigkeitsfrage

Eine Antwort auf diese Frage kann selbstredend nicht exakt und noch weniger allgemeingültig und absolut gegeben werden (genau so wenig, wie die Juristerei ja selber auch keine exakte Wissenschaft ist). Vielmehr hängt die Beantwortung der Frage – einmal von den einigermassen noch objektiv beurteilbaren fachlichen Kenntnissen abgesehen – vom gewünschten Anforderungsprofil des Fragestellers an einen fähigen Anwalt ab, fällt demnach klarerweise subjektiv aus.

So begegnen wir beispielsweise dem eher aggressiv auftretenden, dem gleichsam mit der juristischen Keule hantierenden, Strafverteidiger. Für nicht wenige Leute, wozu auch viele Angeschuldigte gehören, sind diese anscheinend unerschrockenen Anwälte die Fähigsten. Wir finden aber auch die „taktischen“, eher zurückhaltenden Strafverteidiger, die im übertragenen Sinne die feine Klinge zur Anwendung bringen. Auch diese Strafverteidiger werden von Vielen als die Fähigsten und Besten qualifiziert.

Diese auf uneinheitlichen und subjektiven Präferenzen beruhenden Beurteilungen gilt es in jeder Hinsicht zu respektieren. Der nur aufgrund eines (allgemeingültigen) Massstabs als fähig qualifizierte Anwalt existiert glücklicherweise – ist man geneigt zu sagen – nicht.

## 6. Der zu allem fähige Anwalt

Am Ende dieser kurzen Ausführungen bleibt die Frage, was es denn mit dem Titel: „Fähig, unfähig, zu allem fähig?“ auf sich hat, war doch bis anhin nur von den fähigen – übrigens, aus meiner bescheidenen Warte aus gesehen, betrifft dies die grosse Mehrheit der Anwälte – und den unfähigen Anwälten die Rede, nicht aber von den zu allem Fähigen.

Insofern der Begriff „zu allem fähig“ das rücksichtslose, auch mit illegalen Mitteln Verfolgen eines Prozesszieles beinhaltet, dem alles andere unterstellt wird, ist dieser Begriff ganz klar der Unfähigkeit gleichzusetzen. Hierzu sei lediglich bemerkt, dass es Aufgabe nicht nur des Prozessrechts, sondern auch des anwaltlichen Berufs- und Standesrechts ist, die Voraussetzungen einer effizienten Verteidigung zu ermöglichen, aber auch klare Grenzen zu ziehen und bei Überschreiten dieser Grenzen die notwendigen Sanktionen vorzusehen, damit diese Art des Prozedierens nicht Schule macht und verunmöglicht wird.

Ein Strafverteidiger jedoch, der innerhalb der gesetzlichen Schranken zu allem fähig ist, will heissen mit Virtuosität und Engagement alle rechtmässigen Mittel im Interesse des Mandanten einzusetzen im Stande ist und dies auch tut, ist sicherlich ein äusserst fähiger, guter und wohl auch erfolgreicher Anwalt.

Dr. Hansruedi Müller, alt I. Staatsanwalt des Kantons Zürich

## Starke Ankläger - fähige Verteidiger

Der Herr Generalprokurator hat die Frage in den Raum gestellt, ob denn die Anwältinnen und Anwälte wirklich „zu allem fähig“ seien. Gemeint hat er natürlich: fähig zu allem Wüsten, Bösen und Schlechten. Er stellt sich damit in die Tradition Gotthelfs, worauf zurückzukommen sein wird. Zuerst eine Vorbemerkung: Unter den solchermassen gegebenen Umständen bin ich froh, dass ich nicht wie im Programm angekündigt dem in unseren Kreisen oft als dubios erachteten Anwaltsstand angehöre. Nach dem Studienabschluss vor einigen Jahrzehnten verfasste ich lieber eine Broschüre, statt mich der Anwaltsprüfung zu stellen. Diese Dissertation hatte den anspruchsvollen Titel, „Verteidigung und Verteidiger im System des Strafverfahrens“. Was ich dort schrieb, war zwar richtig, aber zugleich graue Theorie, wie ich in meiner langjährigen Amtszeit als zürcherischer Bezirks- und Staatsanwalt erkennen musste. In diesen mehr als 30 Jahren hatte ich mit Verteidigerinnen und Verteidigern jedes Schlags zu tun. Die Siebziger und Achtzigerjahre waren zudem geprägt von einem steten Vormarsch der Verteidigungsrechte im Strafverfahren, unter der Flagge der damals neu aktuell gewordenen Strassburger Rechtsprechung zur EMRK. Bei mehreren Revisionen des Zürcher Prozessrechts haben wir Staatsanwälte erbittert mit den Anwälten gestritten, um den befürchteten Kollaps des Strafverfahrens durch eine exzessive Ausdehnung der Verteidigungsrechte aufzuhalten. Trotzdem kam es zu Konzessionen wie dem Teilnahmerecht des Verteidigers bei der ersten untersuchungsrichterlichen Einvernahme, zu einer liberalen Akteneinsicht und dem Besuch des Verteidigers beim inhaftierten Klienten noch vor der Haftrichter-Verhandlung. Der Kollaps des Strafverfahrens ist nicht eingetreten, und ich könnte Ihnen heute keinen Fall nennen, in welchem die Gewährung von Verteidigungsrechten einen Schuldigen vor Strafe bewahrt hätte.

In meinem Referat geht es aber nicht um die Rechtsstellung des Verteidigers. Ich möchte mich der Frage annehmen, *wie* ein Anwalt, eine Anwältin die Verteidigungsrechte ausüben soll und wo die Grenze zum nicht mehr tolerierbaren Exzess überschritten wird.

Kehren wir kurz zu Gotthelf zurück. Frau Saluz hat uns an den geistigen Höhenflügen teilhaben lassen, die er in seinen Büchern dem Anwaltsstand widmete. Ich kann nur wiederholen: Blutsauger, Tintenschlecker und Papierfresser, dialektische Gedankenjongleure, welche die Idee der Gerechtigkeit zu ihrem eigenen Vorteil pervertieren. Nun, zu jener Zeit gab es wohl auch unter den Pfarrherren schwarze Schafe und unter den bernischen Fürsprechern, welche Gotthelf derart abqualifizierte, sicher auch honorige Männer. Bei der Vorbereitung dieses Referats ist mir jedoch ein Beleg dafür in die Hände gekommen, dass die Anwälte noch heute mit ihrer Akzeptanz Mühe haben: ein von Anwälten geschriebenes Buch mit dem schönen Titel „Ungeliebte Diener des Rechts - Beiträge zur Strafverteidigung in der Schweiz“. Es finden sich darin viele luzide Gedanken und mehr oder weniger zutreffende Aussagen. Alles kulminiert aber im Titel: „Ungeliebte Diener des Rechts“. Anwältinnen und Anwälte fühlen sich also nicht geliebt, nicht genügend ernst genommen und beachtet, ja vielleicht gar verachtet. Weil das Handeln eines jeden Menschen mindestens zum Teil daraufhin abzielt, geliebt zu werden, ergibt das für die Anwälte eine geradezu verzweifelte Situation. Dem Untersuchungsrichter, dem Staatsanwalt und gelegentlich sogar dem Richter ist der Anwalt im Weg, er ist ein Hindernis auf der Strasse, die geradeswegs zur Gerechtigkeit (wie wir sie verstehen) hinführen sollte.

Dass der Anwalt von seinen Kollegen in der Strafjustiz nicht geliebt wird, mag ja noch angehen. Er läuft aber auch bei seinem Mandanten auf, strampelt sich vergeblich um die Zuneigung seines Schützlings ab. Uns ist klar warum: Die Wünsche und Vorstellungen des Klienten sind in der Regel derart jenseits von Gut und Böse, dass der Anwalt seinen Klienten auch bei einem optimalen Einsatz im Gebiet des Strafrechts fast nur enttäuschen kann.

Nehmen wir die tiefenpsychologische Erkenntnis, dass Anwälte sich ungeliebt fühlen, in unser Berufsleben mit, dann erkennen wir, dass die meisten Konflikte, die wir mit Anwälten auszutragen haben, sich letztlich auf dieses Manko zurückführen lassen. Das Ungeliebt-Sein prägt das Verhalten des Rechtsanwalts im Prozess und führt uns zu den zwei Extremen oder Polen: Verteidiger A will sich das Geliebt-Sein durch möglichst viel Anpassung erkaufen - Verteidiger B hingegen macht, in der Erkenntnis, dass dieses Unterfangen ohnehin hoffnungslos wäre, das genaue Gegenteil: Er legt der Untersuchung alle möglichen Steine in den Weg. Wenn man ihn schon nicht mag, dann will er wenigstens Recht bekommen. Er fällt uns in den Arm, macht uns mit seinen aus unserer Sicht unnötigen Anträgen und Einwendungen zusätzlich Arbeit und Ärger.

Verteidiger A kommt beim Untersuchungsrichter, beim Staatsanwalt und beim Sachrichter zuerst einmal gut an. Höflich bittet er um Akteneinsicht und darum, an den Verhandlungen teilnehmen zu können. Dabei sind von ihm keine unangenehmen Fragen zu erwarten und er gibt sich auch keine grosse Mühe, das Verhalten seines Mandanten als verständlich hinzustellen und zu erklären. Er rät diesem in jedem Fall zu einem Geständnis und hat im übrigen Angst, den Anschein zu erwecken, er identifiziere sich mit seinem Klienten. Vor allem möchte er vom Untersuchungsrichter und vom Ankläger als „guter Kollege“ angesehen und dementsprechend behandelt werden.

Ist Verteidiger A ein fähiger Anwalt? Wozu denn ist er fähig? Wir wissen es nicht, weil er aus seiner anpasserischen Haltung heraus gar keine effektive Verteidigung betreibt, sondern seinen Mandanten im Stiche lässt. Wir alle kennen solche Beispiele. Verteidiger von diesem Typus A sind oft ganz einfach *faul oder gleichgültig*. Sie versuchen, zumal in einer amtlichen Verteidigung, mit dem absoluten Minimum durchzukommen. Ich habe in einem Prozess vor dem Zürcher Geschworenengericht ein exemplarisches Beispiel erlebt. Angeklagt war ein professioneller Autodieb, der bei einer recht komplexen Beweislage seine Täterschaft vollumfänglich bestritt. Der Herr Verteidiger sass während der ganzen zehn Tage still hinter seinem Pültchen, schrieb eifrig an irgendwelchen nicht zum Prozess gehörenden Texten und stellte nicht eine einzige Ergänzungsfrage. Das Plädoyer war lausig. Nach erfolgter Verurteilung des Angeklagten zu einer massiven Zuchthausstrafe war zu befürchten, dass dieselbe wegen mangelnder Verteidigung kippen könnte. Deshalb stellte der Gerichtsschreiber dem Urteil einen längeren Abschnitt voran, der mit den Worten begann: „Vorfrage ist zu klären, ob der Angeklagte im vorliegenden Verfahren hinreichend verteidigt war.“ Dann folgte, weil ein guter Jurist ja bekanntlich alles begründen kann, das positive Ergebnis dieser Betrachtung. Wir, Anklage und Gericht, hatten Glück: Es gab keinen Verteidigerwechsel und damit auch keine Nichtigkeitsbeschwerde. Das war vor 20 Jahren – heute würde der Gerichtspräsident wohl kein Risiko eingehen und gleich einen andern amtlichen Verteidiger bestellen.

Neben dem faulen oder gleichgültigen Verteidiger kennen Sie alle auch den *Lebensfremden oder Naiven*. Oft ein gescheiter Jurist mit hervorragenden Gesetzeskenntnissen, kann er sich weder in die Lebensverhältnisse seines Klienten noch in den anklagerelevanten Sachverhalt richtig einfühlen. Es mangelt ihm schlicht an der praktischen Intelligenz. Deshalb erkennt er auch nicht, wo er in der Untersuchung den Hebel ansetzen müsste, um eine Ein-

stellung des Verfahrens zu erreichen oder die Anklage wenn nicht zu Fall zu bringen, so doch vor dem Richter erheblich in Zweifel zu ziehen. Der Verteidiger dieses Typus ist auch nicht imstande, dem Richter die Persönlichkeit des Angeklagten so günstig wie möglich darzustellen und damit wenigstens die Strafzumessung zu beeinflussen.

Aus der Sicht des Anklägers sind diese beiden Verteidigertypen, der Gleichgültige und der Naive, deshalb gefährlich, weil sie die vom Prozessrecht gewollte und vorgeschriebene Rollenverteilung torpedieren. Jedenfalls in einem Verfahren mit notwendiger Verteidigung kann sich der Ankläger nur dann auf seine Aufgabe konzentrieren, wenn er sich nicht auch noch denjenigen Aspekten widmen muss, die für den Angeklagten sprechen. Sicher – es gibt in unserer Rechtsordnung auch für den Staatsanwalt eine Objektivitätsverpflichtung. Die Wahrheitsfindung ist aber ein komplexer und mehrschichtiger Vorgang. Sie findet nicht innerhalb der geheimen Voruntersuchung, sondern letztlich in der offenen und öffentlichen Auseinandersetzung vor dem Richter statt. Der These des Anklägers stellt der Verteidiger seine Antithese gegenüber und der Richter schöpft seine Überzeugung aus all den Informationen, die er aus den Akten, dem Ablauf der Hauptverhandlung und den von Ankläger und Verteidiger geäußerten Meinungen gewonnen hat. Die Wahrheitsfindung ist als dialektischer Prozess zu verstehen, und dies nicht mit der Bedeutung, welche Gotthelf dem Begriff „Dialektik“ beimass. Der Anwalt als Rechtsverdrehler: So mögen wir Ankläger ihn manchmal durchaus auch sehen – doch geht es ja im Prozess nicht unbedingt darum, dass der Ankläger Recht behält, sondern darum, dass der Richter durch das Vergleichen der beiden Parteistandpunkte die Wahrheit erkennen kann – so es denn überhaupt eine solche gibt. Und da ist eine klare, pointierte Parteinahme von Seiten der Verteidigung notwendig – ob sie mir als Ankläger nun passt oder ob ich sie haarsträubend finde. Im letzteren Fall werde ich mit Freuden versuchen, das vom Herrn Verteidiger gesponnene Spinnennetz zu zerreißen. Fazit: Nichts ist schlimmer als eine lendenlahme, phantasielose Verteidigung, die mich zwar nicht angreift, aber auch keine Argumente liefert, mit denen ich mich auseinandersetzen kann.

Als Ankläger will ich also einen fähigen Verteidiger, der eine effektive und wirkungsvolle Verteidigung führen kann, kurz gesagt: einen *Profi*. Ich komme also zurück auf den vorhin erwähnten Verteidiger vom Typus B, der bereits der Untersuchung, erst recht aber meiner Anklage alle erdenklichen Steine in den Weg legt. Konkret geht es dabei einmal um Anträge auf Untersuchungshandlungen, natürlich ausschliesslich um solche, die ich als Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt unnötig finde und deshalb nicht bereits selber vorgenommen habe. Was soll die Aussage des vierten Augenzeugen, wenn ich schon drei gleich lautende habe? Was soll der dritte Antrag auf Haftentlassung, wenn die Fluchtgefahr, welche ich bei der Ablehnung der ersten beiden Gesuche ins Feld geführt habe, nach wie vor besteht?

Vollends als unangenehm und unkollegial empfinden Untersuchungsrichter und Staatsanwälte eigene, private Ermittlungen des Verteidigers. Sie spielen sich allerdings schon aufgrund der anwaltlichen Schweigepflicht im nebulösen Hintergrund der Strafuntersuchung ab. Will ein Verteidiger beispielsweise einen Entlastungszeugen benennen, muss er sich vorher davon überzeugen können, ob die Aussage auch wirklich im Interesse seines Klienten liegt. Hier gibt es Regeln, die der Verteidiger befolgen sollte, wenn er sein Beweismittel nicht entwerten und sich dem Vorwurf der Beeinflussung aussetzen will - so sollte er keine eingehende und schon gar keine protokollarische Befragung vornehmen. Private Ermittlungen sind jedoch zulässig, wie wir schon aus den TV-Serien „Liebling Kreuzberg“ und „Ein Fall für zwei“ wissen.

Ein weiteres Element der Verteidigung, das sich nur selten in den Akten niederschlägt, sind Absprachen unter den Verteidigern mehrerer Angeschuldigter. Der Verteidiger darf dazu

Hand bieten, solange die Interessen seines Klienten nicht beeinträchtigt werden. Die Untersuchungs- und Anklagebehörden erfahren davon in der Regel nichts - es sei denn, die Absprache werde von den Anwälten für ein „plea bargaining“ in Richtung der Anklagebehörde geöffnet.

Nun, wozu sollen all diese Extratouren und Umtriebe seitens der Verteidigung gut sein? Untersuchungsrichter und Staatsanwalt haben doch schon alles getan, was Sinn macht! Der Verteidiger, gerade der Profi, stellt eben seine Anträge aus einer anderen Optik heraus. Er sieht den gleichen Sachverhalt völlig anders, könnte man ihn als Bild darstellen, wäre das seine eine Frühlingslandschaft, wo auf meinem Bild doch klar und deutlich ein winterlicher Gewittersturm zu erkennen ist. Der Verteidiger arbeitet daran, seine Antithese aufzubauen, die er ja dem Richter präsentieren muss, wenn er seine Aufgabe richtig erfüllen will. Lassen wir ihn dies tun, er wird ja in aller Regel damit keine grossen Lorbeeren ernten, wenn wir unsere Arbeit recht gemacht haben. Bekanntlich sind die „causes célèbres“ mit echten Durchbrüchen auf Verteidigerseite äusserst dünn gesät.

Falls Sie den Eindruck erhalten haben, ich rede einer unbeschränkten Entfaltung der Verteidigung im Strafverfahren das Wort, dann muss ich dies korrigieren. Auch der zu allem fähige Strafverteidiger hat sich einerseits an die gesetzlichen Schranken zu halten und sollte im eigenen Interesse – und in demjenigen seiner Mandanten – auch die Regeln der Kollegialität beachten. Das Gebot der Fairness und auch der Straftatbestand der Begünstigung verbieten es dem Anwalt,

- die Gegenseite oder das Gericht durch Vorspiegelung falscher Tatsachen bewusst irre zu führen,
- den Sachverhalt durch aktives Verhalten zu verdunkeln,
- Beweise zu beseitigen oder Beweisquellen zu trüben.

Die zürcherische Strafprozessordnung drückt dies in § 19 so aus, dass alle am Verfahren mitwirkenden Personen, auch der Verteidiger, „sich aller Entstellungen der Wahrheit enthalten“ sollen. Zulässig bleibt jedoch immer das Ausnützen von Lücken und Fehlern der behördlichen Ermittlungsarbeit für eine dem Klienten günstige Sachverhaltsdarstellung. „Lücken und Fehler“: Zeigt der Anwalt mit dem Finger auf solche Zeichen behördlicher Inkompetenz, schafft er sich zwar keine Freunde, aber, wenn er es richtig angeht, Respekt. Zudem trägt der Anwalt mit solchen Hinweisen zur Qualitätssicherung bei den Strafverfolgungsbehörden bei.

Langsam komme ich zum Schluss meiner Ausführungen und zum Kern meiner Aussage zum Thema „sind Anwälte wirklich zu allem fähig?“ Aufgrund seiner angeborenen Intelligenz und umfassenden Ausbildung sollte es einem Anwalt meines Erachtens ohne weiteres möglich sein, als Nachkomme des Gotthelf'schen Rechtsverdrehers in direkter Linie auf dem Feld des Strafrechts alles Üble und Schlechte anzustellen. Es wäre möglich, wenn man ihn liesse. Man lässt ihn aber nicht. Die *Polizei* lässt sich von Anwälten ohnehin nicht in die Karten blicken. In ihrem traditionell konservativen, von beruflichem Misstrauen geprägten Weltbild haben Anwälte kaum Platz. Der *Untersuchungsrichter* will „seine“ Untersuchung führen, möglichst speditiv und daher möglichst unbehelligt. Verhält sich ein Anwalt anständig, darf er seine Fantasie einbringen und an der Untersuchung mitwirken. Gleitet aber die Verteidigerarbeit ins Querulatorische ab, wird wo immer möglich abgeklemmt. Der *Ankläger* wahrt ohnehin die gebotene Distanz zum Verteidiger. Er liefert ihm mit der Anklage das Prozess-thema, an das sich auch die Verteidigung zu halten hat. Und vor dem *Richter* hat der Verteidiger ohnehin kaum eine Möglichkeit, sich über die Regeln hinweg zu setzen. Ist seine Anti-

these zu fantasievoll, wird er bald unglaubwürdig - wie jener Anwalt, der vor der gleichen Kammer des Zürcher Obergerichts in kurzen zeitlichen Abständen und bei glasklar überführten Angeklagten drei Mal hintereinander im Brustton der Überzeugung erklärte, er sei ganz persönlich überzeugt von der Unschuld des jeweiligen Klienten. Ganz generell muss der Strafverteidiger daran denken, dass er bei einer krassen Verletzung des Fairnessgebots oder der juristischen Logik nicht nur bei einem Amtsträger, sondern auch bei allen Kollegen, welchen dieser davon erzählt, unglaubwürdig wird.

So reguliert sich das Verhältnis der Anwaltschaft zu den staatlichen Strafverfolgungsbehörden mehr oder weniger von selbst. Damit ist wohl auch zu erklären, dass es – mindestens in Zürich – zu bemerkenswert wenigen Disziplinarmaßnahmen gegenüber Strafverteidigern kommt. Seit nunmehr 15 Jahren bin ich Mitglied der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte. Es gab Verzeigungen und auch Disziplinierungen, weil Anwälte geheim zu haltende Akten weitergaben, weil sie sich in Medienklärungen nicht an die Wahrheit hielten oder den Bezirksanwalt in unflätigster Weise beschimpften - zumeist Bagatellen, die in keiner Weise geeignet waren, die Rechtsfindung zu behindern. Schon häufiger wurden Disziplinarstrafen ausgefällt, weil Verteidiger ihre Pflichten gegenüber dem Mandanten verletzten, zumeist weil sie in einem amtlichen Mandat untätig blieben, den inhaftierten Klienten nie besuchten und an Zeugeneinvernahmen nicht teilnahmen. Zur temporären Einstellung im Beruf oder zum Entzug des Anwaltspatents kam es in der Regel nur im Zusammenhang mit strafrechtlichen Verurteilungen von Anwälten, z.B. Veruntreuung von Klientengeldern oder Falschbeurkundungen im Grundstückhandel. Im Kanton Zürich zählen wir etwa 3'000 eingetragene Anwältinnen und Anwälte, gegen die im Jahr etwa 50 Disziplinarverfahren eröffnet werden, sei es auf Anzeige hin, sei es von Amtes wegen. Von diesen 50 werden die meisten mangels Disziplinarartatbestand oder wegen Verjährung eingestellt, in 10 bis 20 Fällen kommt es zu einer Disziplinierung – mit der ganzen Palette von Verwarnung, Verweis, Geldbusse, zeitlicher Einstellung im Beruf bis zum äusserst seltenen Patententzug. Sie werden begreifen, dass ich auf der Grundlage dieser Zahlen selbst hier mitten im Bielersee, weit von Zürich, keine scharfe Attacke auf die Anwaltschaft reiten konnte. Ich schliesse deshalb mein Referat mit der Feststellung, dass ein voller Einsatz des Verteidigers im Strafverfahren durchaus im Interesse des Untersuchungsrichters, des Staatsanwalts und auch des Richters liegt – und dass wir auch durchaus die Mittel haben, einen Anwalt zur Ordnung zu rufen und zu zwingen, wenn er das Fairnessgebot verletzt.



Dr. Jürg Sollberger, alt Oberrichter

## Zwei Anwälte, ein Staatsanwalt und ein Überläufer

Es sei, so sagt man, dem Alter eigen, dass es milder stimmt, was bedeute, dass man sich nicht mehr so recht zu enervieren vermöge, und zudem werde man auch vergesslich, man vergesse insbesondere, was unangenehm war, in Erinnerung bleibe demgegenüber nur angenehmes, schönes, erbauliches.

Aber das ist hier weniger gefragt, und darum lasse ich mich von einem Zitat provozieren, dessen Herkunft ich verschweigen möchte:

*„Sie (die Anwälte) tun für ein saftiges Honorar alles, schleifen für selbiges höhere Interessen, stehen im Sold des Mandanten und verachten alles und jedes, was mit der Justiz oder der Anklagebehörde zu tun hat.“*

Dass die Gegenseite aus der Sicht der Anwaltschaft auch nicht über alle Zweifel erhaben ist, kann folgendem Zitat entnommen werden:

*„Magistratspersonen sind griesgrämige, freud- und phantasielose, lebensfremde Wesen, die für ihre Karriere alles tun, und sogar einer politischen Partei angehören.“* (Zitat von Jakob Stickelberger, in HANS BAUMGARTNER/RENÉ SCHUMACHER, *Ungeliebte Diener des Rechts*, Elster Verlag 1999, S. 69 f.).

Darauf muss zurückgekommen werden, doch nun zur Sache und dazu eine Vorbemerkung: Im Grunde genommen ist die heutige Referentenrunde unausgewogen, denn ich habe die Fronten gewechselt und bin damit ein Überläufer. In meinem Büro an der Normannenstrasse, im Geschäftsgebäude einer innovativen KMU stehe ich nicht nur der Geschäftsleitung, sondern auch allen unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern als erste Anlaufstelle für Rechtsfragen zur Verfügung. Das hat mir nun aber auch die Möglichkeit gegeben, die Sorgen, die Ängste und die Befürchtungen, die einfache Menschen plagen, die mit der Justiz in Kontakt kommen, leibhaftig erfahren zu dürfen.

Ich arbeite gerne mit praktischen Beispielen und darum ein Erlebnis in meiner neuen Tätigkeit im Originalton:

Ich treffe gegen 08.30 Uhr im Büro ein, also zu einer Zeit, da meine Altersgenossen so langsam, aber noch im Nachtgewand den ersten Kaffee schlürfen und den Bund oder die BZ nach Todesanzeigen durchstöbern. Kaum habe ich meinen Compi gestartet, steht der Besuch eines Mitglieds der Geschäftsleitung an. Mein Vetter zweiten Grades Urs A., verantwortlich für den Geschäftsbereich Handel, betritt meinen mit Keramikplatten und Bodenbelagsmustern aller Art voll gestopften Arbeitsraum. Auffallend seine ernste Miene, und ich denke als Verwaltungsratspräsident sogleich an einen Einbruch der Umsatzzahlen oder an eine mögliche Klage gemäss Art. 754 OR (für nur Strafrechtler: Haftung des Verwaltungsrates für durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der Pflichten verursachten Schaden), habe bereits einen mittleren Schweissausbruch und beneide die die Todesanzeigen studierenden Mit-AHV-Rentner. Glücklicherweise geht's aber nur um ein Strafmandat:

Ob der Lagerchef mich noch heute aufsuchen dürfe, denn es gelte das Ansehen der Justiz wiederherzustellen. Im Bemühen, den Schaden für selbige Justiz, deren aktives Mitglied ich selber während gegen 40 Jahren gewesen bin, in Grenzen zu halten, erkläre ich mich empfangsbereit und es dauert nur wenige Minuten, bis besagter Lagerchef mit hochrotem Kopf ohne anzuklopfen in mein Büro stürmt.

In mehr als nur vorwurfsvollem Ton spricht er von einem unglaublichen Vorfall, die Polizei seien insgesamt Volltrottel und der Richter ein ebensolcher und ich als ehemaliger müsse mich schämen.

Es gelingt mir mit Mühe, unseren guten Herrn B. etwas herunterzuholen, allerdings nur etwas, und ich befürchte weiterhin ein plötzliches Herzversagen seinerseits zufolge grosser Aufregung. Er solle mir den Strafzettel doch endlich zeigen, und überhaupt sei ich nicht für alles verantwortlich, was auf der weiten Welt so täglich geschehe. Dieser Einwand nützt nichts, ich sei doch von dieser Gattung und das bleibe man sein Leben lang, darum müsse ich nun sogleich zum Rechten schauen.

Zwischenzeitlich ist ein weiterer Mitarbeiter, Chauffeur und Plattenleger ebenfalls aufgetaucht. Mit traurigem Blick und mit vor Enttäuschung und Schmerz zitternder Stimme beklagt er sich über eine ungerechte Behandlung. Noch nie sei er bisher bestraft worden, er sei ein rechter Mann, ehrlich und aufrecht.

Früher hätte ich wahrscheinlich die beiden aus dem Tempel gejagt, erklärt, sie sollten sich doch an ihre Rechtsschutzversicherung oder den Ortspfarrer wenden, aber mich gefälligst nun in Ruhe lassen. Heute geht das nicht mehr, denn ich *bin* die Rechtsschutzversicherung und gelegentlich auch der Seelsorger vor Ort. Ich versuche zu beruhigen, spreche ruhig und sanft auf die beiden Opfer der Bernischen Justiz ein, und es gelingt mir allmählich, mir Gehör zu verschaffen. Sorgfältig frage ich nach, versuche herauszubekommen, worum es denn eigentlich gehe. Dass es sich aus meiner Sicht bloss um eine Bagatelle handeln kann, weiss ich nun nach fast drei Jahren Rechtsberatungszeit – also als Überläufer - schon längst, aber dass ich das nicht erwähnen darf weiss ich ebenso, denn meine Bagatellen sind eben noch lange nicht diejenige jener. Also der Bürger von der Strasse.

Es geht, wie nun in Erfahrung gebracht werden kann, ums Überladen und tatsächlich komme ich nach Studium der Unterlagen zum Schluss, dass da wohl etwas wirklich nicht stimmen kann. Unruhig rutschen die beiden aufgebrachten Herren auf ihren Stühlen herum, fahren mit ihren Fingern gemeinsam über die vorgelegten Dokumente, befürchtend ich sei als ehemaliger Beamter und damit mit beschränkter Auffassungsgabe belastet nicht in der Lage zu erkennen, was doch eigentlich evident sein sollte.

Doch, ich werde mich der Sache sofort annehmen, erkläre ich, verfasse im Sinne einer Sofortmassnahme den Einspruch, den man nun sogleich erheben muss, will man die Fristen nicht verpassen. Der Lagerchef ist stolz darauf, dass es ihm gelungen ist, mir zu beweisen, dass die Justiz wirklich nichts taugt, und mein persönliches Ansehen ist bei ihm ganz leicht wieder gestiegen, liegt aber noch weit unter demjenigen seines Kontaktmannes der Sektion Bümpliz der Gewerkschaft UNIA. Aber immerhin. Der Chauffeur hat neue Hoffnung geschöpft und vertraut mir.

Ich meinerseits atme einmal tief durch, Sorge dafür, dass der schriftliche Einspruch sofort zur Post gelangt, schicke den Lagerchef zu seinen Plättli und den Chauffeur an die Arbeit, hoffend damit den drohenden Schaden für die Firma in Schranken halten zu können.

Mag sein, dass ich diese Episode etwas überzeichnet habe, aber dieser Zwischenfall steht für zahlreiche ähnliche Vorgänge, die ich nun etwa erlebe und wie sie auch in Anwaltskanzleien nicht selten sein dürften. Und so möchte ich aus meiner Sicht, die den Vorteil hat, dass sie zweidimensional ist, das vorgegebene Thema etwas näher angehen: „Sind Anwälte zu allem fähig?“ Und meine wohl eher überraschende Antwort muss lauten: „Nein, leider sind sie es nicht.“

Wie das meine Vorrednerin und meine Vorredner teilweise auch getan haben, verstehe ich unter „fähig sein“ auch ein zu allem fähig sein, zu allem befähigt sein. Es gibt eben nun einige Erinnerungen an Anwälte, die nicht befähigt waren, die ihrer Aufgabe nicht gewachsen waren. Natürlich, das waren nicht die Regelfälle, aber es waren viele, zu viele, in welchen der objektive Betrachter zum Schluss kommen musste, dass hier ein Anwalt im konkreten Fall nicht zu allem fähig war. Ein falsches Verteidigungskonzept, das ginge noch an, denn da liegt Ermessen drin, aber ungenügende rechtliche Kenntnisse oder gar fehlende Aktenkenntnis, das ist unentschuldigbar und muss eben mit nicht zu allem befähigt sein qualifiziert werden. Zwar selten, aber eben doch gelegentlich musste in einer gerichtlichen Beratung festgehalten werden, dass der Angeschuldigte nicht für das verantwortlich gemacht werden dürfe, was sein Anwalt an Inkompetenz an den Tag gelegt hatte.

Ich möchte die Kategorie der Unfähigen etwas unterteilen:

Die gibt es die Gruppe der Unflätigen, die durch ihre unflätige Art ihren Klienten nur schaden können. Diese Gruppe ist deutlich kleiner als die der Unfähigen im engeren Sinne, aber glücklicherweise etwas harmloser, denn die kann man in die Schranken weisen und dann funktionieren sie wieder normal. Ein guter Verhandlungsleiter und eine kompetente Verhandlungsleiterin können dabei rasch Ordnung schaffen. Dazu braucht es auch gar keine Meldung an die Aufsichtsbehörde. Meist reicht hier schon ein strenger Blick und nötigenfalls eine entschiedene Unterbrechung eines unflätigen Votums. Und wenn auch das nicht reicht, dann kann der Hinweis auf Disziplinierung rasch Abhilfe schaffen. Das habe ich nur einmal tun müssen, mit durchschlagendem Erfolg. Der betreffende Anwalt hat sich nach der Verhandlung ausdrücklich entschuldigt und fast erschüttert nachgefragt, ob ich ihn denn auch tatsächlich diszipliniert hätte. Es sei ja nun eben gar nicht mehr nötig gewesen, war die versöhnliche Antwort.

Eine weitere Untergruppe von unfähigen Anwälten bilden die ungeschickten Anwälte. (Hier der obligate Hinweis: der Einfachheit halber benütze ich ausschliesslich die männliche Form, will aber nicht ausschliessen, dass es auch Exemplare des anderen Geschlechts in dieser Kategorie geben könnte.) Auch Leute aus dieser Kategorie habe ich gelegentlich erlebt und ein Fall ist mir da besonders in Erinnerung. Ich nenne ihn den Fall mit der verbrannten Hand:

*Vor Geschwornengericht wird der Fall einer qualifizierten Vergewaltigung (Opfer soll mit einer Waffe bedroht worden sein) verhandelt<sup>33</sup>. Das Gericht besteht im konkreten Fall aus der Juristenkammer mit zwei Damen und dem Präsidenten, sowie ausschließlich männlichen Geschwornen, da Verteidigung und Staatsanwalt in verdächtiger Übereinstimmung soweit möglich alle Frauen abgelehnt haben. Das Opfer wurde durch Staatsanwalt und Verteidigung massiv und kreuzverhörmässig befragt, mehrfache Interventionen des Vorsitzenden waren deswegen erforderlich. Die als Zeugin befragte junge Frau bewahrte trotz dieser Befragung und trotz der Tatsache, dass sie beinahe den Atem des Angeschuldigten in ihrem Nacken spüren konnte, die Ruhe, machte ihre Aussagen sorgfältig*

---

<sup>33</sup> 25/92/GG/I

*und sicher. Gestützt wurden die Aussagen des Opfers nur sehr in Randbereichen durch einen männlichen Zeugen. Da durch den Angeklagten einvernehmlicher Verkehr behauptet wurde, war auch das gerichtsmedizinische Gutachten nicht hilfreich. In seinem Vortrag erklärte der Verteidiger, er lege seine Hände ins Feuer für die Unschuld seines Klienten. Damit hat er aber auch das Opfer unzweideutig zur Lügnerin gestempelt. Die Geschwornen haben in seltener Einmütigkeit den Angeschuldigten schuldig erklärt (auf Antrag der Referentin), ihn mit einer ausserordentlich hohen Strafe (6 ½ Jahre Zuchthaus) belegt und ihn im Termin sogleich verhaftet.*

Das war eine schlicht ungeschickte Verhaltensweise eines Anwalts, möglicherweise hat er auch einfach die Lage völlig falsch beurteilt. Aber so etwas darf man einfach nicht tun, das ist eben ungeschickt.

Es gäbe als letzte Untergruppe auch die der dummen Anwälte, aber hier kommt nun eben der Segen des Alters, das Ausblenden von unangenehmen Erinnerungen zum Tragen. Ich kann mich an keinen Anwalt aus dieser Untergruppe erinnern. Den unfähigen, den unflätigen und den ungeschickten Anwalt, sie alle habe ich erlebt, eher selten, aber eben doch.

Aber im Grossen und Ganzen habe ich vorwiegend den zu allem fähigen Anwalt erlebt, den Anwalt der befähigt war, alles zu tun, was dem Klienten nützlich sein konnte. Dabei ist aber nicht einzusehen, warum ich mich daran stossen sollte. Denn das ist ja gerade die Aufgabe des Anwalts, der Anwältin.

An Fälle, in denen Grenzen überschritten wurden, kann ich mich demgegenüber nicht erinnern. Dass ich hier keine Erinnerungen habe, hat nichts mit meiner anstehenden Altersdemenz, sondern schlicht mit meinem Verständnis der Anwaltstätigkeit zu tun, die eben nur dann den Anwalt als Feind der Justiz sieht, wenn er sich im illegalen Bereich bewegt.

Natürlich wurden Grenzen berührt, etwa wenn klar aus Gründen des Zeitgewinns Rechtsmittel a gogo erhoben wurden. Aber wenn der Gesetzgeber solche Rechtsmittel vorsieht, dann wird durch die Nutzung dieser Möglichkeit jedenfalls nicht Recht verletzt, und wenn die Verjährung drohte, dann war das zumeist mit durch die staatlichen Instanzen mitzuverantworten. Und einer Verzögerungstaktik kann auch mit einem klaren Konzept wirksam entgegengetreten werden.

Die Grenzgänger unter den Anwälten sind eine echte Herausforderung, die es sportlich anzunehmen gilt. Diesen Grenzgängern gegenüber haben die Justizorgane reelle Chancen, es gilt nur wachsam zu sein und die eigenen Mittel voll auszuschöpfen. In der Regel haben die Vertreter der Justiz die besseren Karten, sie müssen nur ausgespielt werden.

Zurück zu unserem Strafmandat: Es geht, wie sie wohl herausgehört haben darum, dass der Bürger, der mit der Justiz in Berührung kommt, Anspruch auf Hilfe hat, denn er versteht ja kaum, was ihm da widerfährt. Auch in meinem durchaus einfach liegenden Fall hat der Bürger das Urteil nicht verstanden, denn es war schlicht in der Formulierung falsch, im Endergebnis dann allerdings richtig.

Hier nun die realen Hintergründe. Der technische Zug der Kapo führt eine Fahrzeugkontrolle durch, ins Auge gefasst werden überladene Fahrzeuge. Kontrolliert wird ein Fahrzeug der Firma B. AG. Es erfolgt Anzeige wegen Überschreitens des Gesamtgewichts. Das Strafmandat wird entsprechend der Anzeige ausgestellt. Fahrzeuglenker und Lagerchef melden sich wie beschrieben bei mir, legen mir den Fahrzeugausweis vor und sind empört. Das Gesamtgewicht ist keineswegs überschritten. Nach erhobenem Einspruch verlange ich Akteneinsicht.

Man schickt mir freundlicherweise eine Kopie. Eine Einsicht in die Akten macht alles klar. Das Fahrzeug wurde schlecht beladen, überschritten wurde in einem Fall die Achslast, nicht jedoch das Gesamtgewicht. Ich bin zu allem fähig, beruhige den Fahrzeuglenker und den Lagerchef, unterhalte mich mit dem zuständigen Richter, beurteile die Situation, nehme zur Kenntnis, dass im Falle des Rückzugs des Einspruchs keine Mehrkosten gesprochen werden und ziehe den Einspruch zurück. Der Bussenbetrag liegt so, dass kein Eintrag erfolgt, ein eingehendes Verfahren hätte einen neuen, diesmal richtigen Schuldspruch mit der alten Busse ergeben. Dieser Fall macht deutlich, was ich sagen will:

Es braucht Anwälte, die befähigt sind, dem Bürger zu erklären, was mit ihnen geschieht. Die Organe der Justiz sind dazu nicht oder nur ganz selten geeignet, denn für sie ist alles selbstverständlich, alltäglich. Die Einwände der Betroffenen tun tatsächlich meist nichts zur Sache, aber sie werden erhoben, weil nicht verstanden wird, was gemeint ist. Und da ist Hilfe erforderlich. Es braucht aber auch Hilfe überall dort, wo die Justiz nicht perfekt ist, und wer wollte behaupten, sie sei immer perfekt. Gerade hier haben der fähige Anwalt (und hier verwende ich ganz gerne auch die weibliche Form) und die fähige Anwältin die Pflicht, diese Fehler schonungslos aufzuzeigen, herauszuarbeiten und dafür besorgt zu sein, dass die betroffenen Bürger nicht Opfer von Unfähigkeit oder Oberflächlichkeit werden. Dieses Insistieren der Verteidigung ist oftmals unangenehm, denn es bedeutet Arbeit. Dass neue Arbeit angesagt ist, ist aber regelmässig das Ergebnis von zuvor ungenügend geleisteter Arbeit, in schlimmen Fällen gar von Inkompetenz.

Aber auch bei guter Arbeit schadet es nicht, wenn unbequeme Fragen gestellt werden, Fragen, die dazu zwingen nochmals zu hinterfragen, sich zu vergewissern, dass wirklich alles rechtens ist. Es braucht den fähigen Anwalt, der zu allem fähig ist.

Und wenn ich mich gelegentlich geärgert habe, dann letztlich, und das muss ich zugeben, über mich selber, denn ich hatte nicht selten halt einfach auch etwas übersehen, was dem fähigen Anwalt aufgefallen war. Dabei hätte ich dankbar dafür sein müssen, dass man mich rechtzeitig auf die Mängel aufmerksam gemacht hat. Viele Zurechtweisungen von höchster Instanz konnten so vermieden werden, dank fähigen Anwälten.

Für Anwälte ist das Gesetz da, damit es von den Gerichten, den Strafverfolgungsbehörden eingehalten wird. Daran arbeiten sie und für diese Arbeit haben sie Anspruch auf ein Honorar. und zwar ein angemessenes. Anwälte sind nicht Lakaien der Justiz, sie dienen ihren Klienten und haben dafür zu sorgen, dass ihnen im Interesse einer gerechten Justiz recht geschieht. Fair Trial gehört nicht nur ins Lehrbuch von THOMAS MAURER, fair Trial muss auch gelebt werden. Das ist oftmals unbequem, aber es dient dem Rechtsstaat, genauso wie der fähige Anwalt dem Rechtsstaat dient.

Wenn STICKELBERGER meint – und damit nehme ich das eingangs erwähnte Zitat wieder auf – er kenne nur wenige fröhliche Richter und Staatsanwälte, dann spricht das gegen ihn. Ich kenne fast nur fröhliche Richter und Staatsanwälte. Nicht zuletzt darum, weil sie im Bewusstsein gute Arbeit zu leisten dem fähigen Anwalt durchaus die Stirne zu bieten vermögen. Und das ist zweifelsfrei Anlass zur Fröhlichkeit.

François Rieder, juge d'appel

## La loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF) : le recours en matière civile et ses répercussions sur les juges civils bernois

### I. Remarques introductives

Le présent exposé se veut concis. Il n'a pas d'autre ambition que d'effectuer dans un premier temps un rapide tour d'horizon de la LTF, plus précisément des dispositions régissant les recours en matière civile, puis d'indiquer dans un deuxième temps à quelle sauce seront mangés les juges civils bernois dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

La notion de « juge civil » doit être interprétée dans un sens large tel que donné par l'**art. 72 LTF** pour définir celle de « matière civile ». Elle comprend non seulement le (ou la) juge qui rend une décision en matière civile proprement dite, mais aussi celui (celle) qui rend une décision dans certaines affaires de droit public connexes au droit civil, ainsi que dans les affaires de poursuite pour dettes et de faillite. Le législateur a choisi de fixer la clé de répartition entre les 3 recours unifiés (recours en matière civile, recours en matière pénale et recours en matière de droit public) en fonction du domaine juridique concerné par la décision entreprise. Il n'y aura plus en principe à se soucier du fondement (fédéral ou cantonal) de la norme appliquée dans la décision attaquée, ni de son rang (constitutionnel ou législatif), ni encore de l'autorité (cantonale ou fédérale / civile, administrative ou pénale) qui a rendu ladite décision. De la même manière, un grief relatif à la mise en œuvre de la procédure devra être soulevé par le biais du recours ouvert contre la décision sur le fond.

On aurait pu croire et espérer que ce qui préoccupera avant tout les juges fédéraux ne troublera pas la quiétude des juges bernois. Que nenni ! Une consolation quand même pour les juges de première instance : les changements entraînés par la LTF les affecteront moins que les juges d'appel !

### II. Généralités

La LTF entrera en vigueur le 1er janvier 2007 – en même temps que la loi sur le Tribunal administratif fédéral - suite ou simultanément à diverses modifications constitutionnelles (**art. 29a, 122, 123, 188 à 191c Cst.**) acceptées le 12 mars 2000 en relation avec la réforme de la justice.

Pour l'essentiel, la LTF remplace l'OJ (**art. 131**). Elle ne supprime en revanche pas la loi de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 qui est simplement modifiée sur certains points.

Sur le plan systématique, la LTF est divisée en plusieurs chapitres articulés davantage en fonction de l'instrument procédural saisi que du domaine concerné. Cette manière de faire témoigne de la volonté du législateur d'assurer dans tous les secteurs une protection juridique aussi uniforme que possible.

Ainsi elle règle :

- le statut et l'organisation du TF (**chapitre 1, art. 1 à 28**) ;

- les dispositions générales applicables aux procédures dont connaît le TF (**chapitre 2, art. 29 à 71**), commençant par l'examen de la compétence et finissant par l'exécution des arrêts ainsi que les dispositions supplétives ;
- les possibilités de recours ordinaire dont connaît le TF (**chapitre 3, art. 72 à 89**), soit le recours en matière civile, le recours en matière pénale et le recours en matière de droit public ;
- la procédure afférente aux trois recours susmentionnés (**chapitre 4, art. 90 à 109**), ainsi que certaines dispositions affectant directement la procédure cantonale (**art. 110 à 112**) ;
- la procédure en matière de recours constitutionnel subsidiaire (**chapitre 5, art. 113 à 119**) ;
- la procédure d'action devant le TF fonctionnant comme instance unique (**chapitre 6, art. 120**) ;
- la révision, l'interprétation et la rectification des arrêts du TF (**chapitre 7, art. 121 à 129**) ;
- les dispositions finales (**chapitre 8, art. 130 à 133**).

### III. Objectifs de la LTF

Un premier objectif de la LTF – le plus important - vise à décharger le TF. Il se manifeste notamment par une réduction des cas dans lesquels le TF peut être saisi par voie d'action en instance unique ou par voie de recours, par des dispositions permettant de liquider les recours de manière simplifiée lorsque le cas est limpide (**art. 108 et 109**) et par le fait que la haute surveillance en matière de poursuite et de faillite est confiée au Conseil fédéral (**art. 15 al. 1 LP**), cette dernière solution posant au demeurant quelques problèmes (Escher, Zum Rechtsschutz in Zwangsvollstreckungssachen nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht, in PJA 2006 p. 1247ss). L'avenir démontrera si cet objectif a été atteint. Pour l'instant, le scepticisme règne en maître (cf. notamment Kiener/Kuhn, Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung, in Zbl 2006 p. 141ss).

Un second objectif de la LTF est l'unification et le renforcement au plus haut niveau de l'administration de la justice. Il entraîne l'intégration du Tribunal fédéral des assurances de Lucerne au Tribunal fédéral de Lausanne, dont une ou plusieurs cours continueront cependant à siéger à Lucerne (**art. 4**). L'indépendance des juges fédéraux est dorénavant ancrée aux **art. 191 c Cst.** et **2 LTF**. Une interdiction stricte d'exercer une activité accessoire lucrative a été introduite (**art. 6 al. 4**) sur la base de l'**art. 144 al. 2 Cst.** Elle part de l'idée que le salaire des juges fédéraux est suffisant pour leur garantir une indépendance financière adéquate. Gageons que cet exemple fera école dans le canton de Berne en dépit du fait que les juges bernois sont nettement moins bien rémunérés que les juges fédéraux (il est vrai qu'ils ont depuis longtemps perdu le goût du luxe) ! Une innovation a d'autre part été introduite, qui permet d'affaiblir le principe de l'ancienneté : lors de la constitution des cours, il sera aussi tenu compte des compétences professionnelles des juges. Le TF s'administre lui-même, bénéficiant d'une large autonomie financière (**art. 188 al. 3 Cst. et 25a LTF**). Enfin, l'**art. 23** vise à assurer une meilleure coordination entre les cours au niveau des changements de jurisprudence.

Un troisième objectif de la LTF est la simplification de la protection accordée aux justiciables saisissant le TF d'un recours. Il a été atteint avant tout par la création d'un recours unifié qui se présente sous la forme de la Sainte Trinité : le recours en matière civile (le Père), le recours en matière pénale (le Fils) et le recours en matière de droit public (le Saint-Esprit). Finies donc les incertitudes et les erreurs provoquées par un mauvais choix de la voie de droit ! Le bonheur des uns (les avocats et leurs clients) risque de faire le malheur des autres (les ju-

ges cantonaux qui ne peuvent plus guère spéculer sur une erreur procédurale des premiers nommés) ! Quant aux juges fédéraux, ils éprouvent sans aucun doute des sentiments mitigés : s'ils sont en effet débarrassés de la tâche peu gratifiante de devoir délimiter les voies de droit lors de chaque recours, ils devront en revanche entrer en matière et examiner le bien-fondé du recours bien plus souvent. Il n'en reste pas moins que l'administration de la justice en profitera, et c'est bien ce qui importe finalement. Finis également les doublons inutiles (recours de droit public et recours en réforme par exemple), dispendieux en argent et en temps pour tous les protagonistes du jeu procédural. Dans la foulée, les règles de procédure relatives au recours sont elles aussi unifiées, évitant aux parties d'autres sources d'erreurs, par exemple en matière de respect des délais (**art. 44ss**). C'est dire que dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007, l'avocat ayant envoyé tard le soir par courrier électronique son recours au TF devrait pouvoir s'endormir le sourire aux lèvres ! Un bienfait ne vient jamais seul : le ténor du barreau en matière pénale peut dorénavant, tout comme son confrère civiliste, bénéficier des effets des fêtes, judicieusement réparties sur trois périodes stratégiques de l'année (**art. 46**). De manière indiscutable, la LTF diminue le risque procédural encouru par les parties, ce qui pourrait les inciter à défendre elles-mêmes leur cause. Les mal-aimés de la LTF sont les professeurs de droit des universités suisses qui, en matière civile et pénale, ne pourront plus briller devant le TF de tous leurs feux s'ils ne sont pas inscrits au registre des avocats (**art. 40**).

Un quatrième objectif de la LTF est la modernisation des dispositions générales de procédure. A relever en particulier que le TF assume un rôle de pionnier en matière de communication par voie électronique, ainsi que le relève le message du Conseil fédéral (FF 2001 p. 4059ss).

## IV. Le recours en matière civile

### A) Recevabilité du recours

En fonction de la nature procédurale de la décision attaquée, le recours en matière civile est recevable dans les cas suivants :

1. contre une décision finale (art. 90). A la différence de l'**art. 48 OJ** qui est plus restrictif, la décision finale se définit sous un angle purement procédural : elle ne doit pas nécessairement régler de manière définitive, quant au fond, la question litigieuse, mais mettre fin à la procédure, que ce soit pour une raison de droit matériel ou de procédure. Constitue ainsi une décision finale une décision de mesures protectrices de l'union conjugale, de mainlevée d'opposition, d'inscription provisoire d'une hypothèque légale d'artisan, ou encore de protection provisoire de la possession lorsqu'elle est prise indépendamment d'une procédure principale. Ne constitue en revanche pas une décision finale la mesure provisoire prise à l'ouverture d'une procédure principale ou durant son cours, qui devra satisfaire aux conditions plus strictes de l'**art. 93** pour pouvoir faire l'objet d'un recours. La décision n'est finale que si elle met simultanément fin à la procédure devant l'instance cantonale initiale, ce qui est du reste la règle (par exemple adjudication, renvoi ou rejet de la demande, en revanche pas le renvoi à l'instance inférieure pour nouveau jugement).
2. contre une décision partielle lorsqu'elle statue sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause (art. 91 lit. a). Cette hypothèse concerne le cas dans lequel, saisi d'un cumul objectif d'actions, le juge statue séparément sur les diverses conclusions. La qualification de la décision se fera en fonction de son dispositif.



N'est pas une décision partielle celle qui ne liquide pas entièrement une conclusion mais donne uniquement une réponse à un aspect formel ou matériel (par exemple rejetant l'exception de prescription ou admettant le principe de la responsabilité du défendeur) : elle ne peut alors être attaquée qu'aux conditions plus strictes de l'**art. 93**.

On peut dire dans cette optique que la décision partielle est une décision finale qui ne règle pas la totalité de la question litigieuse.

3. contre une décision partielle lorsqu'elle met fin à la procédure à l'égard d'un consort (art. 91 lit. b). Cette hypothèse vise le cas dans lequel, saisi d'un cumul subjectif d'actions (consorité), le juge statue uniquement sur l'action dirigée contre un des consorts passifs, ou introduite par un des consorts actifs.
4. contre une décision préjudicielle ou incidente concernant la compétence ou une demande de récusation (art. 92 al. 1), si elle est notifiée séparément, c'est-à-dire rendue et notifiée par écrit. Vu le caractère subsidiaire de l'**art. 92 al. 1**, cette décision ne doit pas être finale au sens de l'**art. 90** ni partielle au sens de l'**art. 91**. Si elle n'est pas immédiatement attaquée, elle ne peut plus l'être ultérieurement dans le cadre d'un recours contre la décision finale (**art. 92 al. 2**).
5. contre une autre décision préjudicielle ou incidente (art. 93) – elle aussi notifiée séparément – si elle peut causer un préjudice irréparable (par exemple décision en matière de mesures provisionnelles prononcée dans le cadre d'une procédure principale, décision rejetant une requête d'assistance judiciaire, décision rejetant une requête d'effet suspensif, en revanche pas une ordonnance sur les preuves), ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale permettant d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (par exemple décision admettant la qualité pour défendre, l'exception de prescription ou la responsabilité du défendeur quant au principe). Si le recours n'est pas recevable ou n'a pas été utilisé, la décision préjudicielle ou incidente est attaquant dans le cadre du recours contre la décision finale dans la mesure où elle influe sur le contenu de celle-ci (**art. 93 al. 3**);
6. lorsque la juridiction saisie s'abstient sans droit de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire (**art. 94**), hypothèse qui correspond à un déni de justice formel.

La nouvelle législation imposera selon toute vraisemblance de redéfinir certaines notions déjà connues du droit actuel, par exemple celle de « préjudice irréparable » qui est interprétée plus largement dans le cadre d'un recours de droit administratif que dans celui d'un recours de droit public (Aemisegger, Der Beschwerdegang in öffentlichen-rechtlichen Angelegenheiten, in : Die Reorganisation der Bundesrechts-pflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, p. 126).

La décision telle que définie ci-dessus est attaquant lorsqu'elle a été rendue en matière civile (**art. 72**), notion qui, selon la volonté expresse du législateur, sera interprétée de manière essentiellement pragmatique. Elle comprend :

- les décisions judiciaires en matière de poursuite pour dettes et de faillite, tant celles relevant du pur droit de poursuite (par exemple décision de mainlevée, décision de faillite, autorisation de séquestre), que celles qui ont des répercussions sur le droit matériel (par exemple jugement en matière d'action en revendication ou en contestation de l'état de collocation). Le législateur justifie son choix par le fait que l'exécution forcée ne se conçoit guère sans l'application du droit civil. Une contestation de droit matériel provoquée par une poursuite (par exemple une action en contestation ou en reconnaissance

de dette) sera quant à elle considérée comme relevant de la matière civile si le différend porte sur une créance de droit privé ;

- les décisions des autorités cantonales supérieures prises sur plainte au sens des art. 17ss LP, bien qu'elles relèvent en elles-mêmes du droit public ;
- les décisions rendues en application de normes de droit public mais dans des matières connexes au droit civil ; cette catégorie comprend notamment – la liste figurant à l'**art. 72** n'étant pas exhaustive - les décisions en matière de protection de l'enfant, sur l'interdiction, sur la privation de liberté à des fins d'assistance, sur la reconnaissance et l'exécution de décisions ainsi que sur l'entraide en matière civile, sur la tenue de plusieurs registres fédéraux, sur le changement de nom, de même qu'en matière de surveillance des autorités de tutelle.

Il y a ainsi lieu de constater que la distinction entre la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse n'a plus d'importance dans la LTF.

Conformément à l'**art. 78 al. 2**, les décisions sur les prétentions civiles qui doivent être jugées en même temps que la cause pénale sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en matière pénale, ceci indépendamment de la valeur litigieuse. L'interprétation de cette disposition pose plusieurs problèmes (cf. notamment Bänziger, Der Beschwerdegang in Strafsachen, in Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, p. 83-84). On pourrait en déduire a contrario – comme le fait le message - que si seule la question civile est attaquée, elle doit l'être par le biais du recours en matière civile et aux conditions fixées par la législation y relative. Cette conclusion est toutefois discutable et discutée (contra: Thommen/Wiprächtiger, Die Beschwerde in Strafsachen, in PJA 2006 p. 653; pro: Bänziger, loc. cit.; nuancés: Schmid, Die Strafrechtsbeschwerde nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht, in RPS pp. 165 et 201; Aemisegger, op. cit. p. 199ss).

Sur le plan fonctionnel, la décision attaquée doit avoir été rendue par une autorité cantonale de dernière instance ou par le Tribunal administratif fédéral (**art. 75 al. 1**). L'autorité cantonale de dernière instance sera un tribunal supérieur (**art. 75 al. 2**), caractérisé par son absence de subordination hiérarchique à une autre autorité judiciaire cantonale et par le fait que ses décisions ne sont pas susceptibles de recours cantonal ordinaire. Dans le canton de Berne, elle ne sera pas obligatoirement la Cour d'appel, mais pourra être – selon le domaine concerné - le Tribunal administratif, par exemple.

Au vu de ce qui précède, et bien que cela ne soit pas expressément mentionné dans la LTF, on constate que le recours est aussi ouvert – aux conditions susmentionnées - dans les contestations qui ne portent pas sur un litige de nature patrimoniale.

En ce qui concerne les litiges de nature patrimoniale, la fixation de la valeur litigieuse minimale a soulevé les passions. Un compromis (**art. 74**) a été trouvé entre les partisans d'une décharge du TF digne de ce nom et les adeptes d'un contrôle judiciaire aussi large que possible de sa part. Il revêt la forme suivante :

- en principe la valeur litigieuse minimale pour un recours est fixée à fr. 30'000 ;
- elle est de fr. 15'000 dans les litiges de droit du travail et de droit du bail à loyer ; la question de savoir si cette limite inférieure s'applique aussi à une procédure de mainlevée est controversée ;
- indépendamment de la valeur litigieuse, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe, si une loi fédérale prescrit une instance cantonale unique (propriété intellectuelle), s'il porte sur une décision prise par une autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite, et s'il porte sur une décision prise par le juge de la faillite ou du concordat.

La notion de « question juridique de principe » - devra être définie en fonction de critères tant dogmatiques que pratiques. Une interprétation stricte s'impose sur la base de ce qu'a voulu le législateur (cf. message FF 2001 p. 4107-4108).

La valeur litigieuse sera calculée conformément aux **art. 51ss**, qui correspondent à la pratique actuelle. En particulier, et conformément à ce qui est prévu dans le projet du code de procédure civile suisse, la valeur litigieuse se détermine d'après ce qui était encore litigieux au moment du jugement de dernière instance cantonale (**art. 51 al. 1 lit. a**).

Enfin, au niveau de la représentation en justice, il y a lieu de constater que le monopole des avocats existe de manière générale en matière civile (**art. 40 al. 1**), y compris donc pour les recours fondés sur l'**art. 19 LP**.

## **B) Motifs de recours**

Le recours unifié permet à celui qui le dépose de formuler simultanément tous ses griefs à l'encontre de la décision entreprise, qu'ils relèvent du droit ou du fait. Ceci ne signifie pas pour autant que la liste des griefs est devenue plus importante qu'elle ne l'est actuellement.

En matière civile, le recours unifié peut être formé pour :

- violation du droit fédéral (y compris le droit constitutionnel), du droit international (dans la mesure où il est directement applicable), des droits constitutionnels cantonaux ainsi que du droit intercantonal (**art. 95**) ;
- inapplication du droit étranger désigné par le droit international privé suisse, ou pour mauvaise application dudit droit étranger lorsque le litige n'est pas de nature pécuniaire (**art. 96**) ;
- établissement manifestement inexact des faits (arbitraire), ou établissement des faits violant le droit au sens de l'**art. 95** (par exemple établissement incomplet des faits empêchant l'application du droit matériel, violation du droit d'être entendu lors de l'établissement des faits), lorsque la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (**art. 97**) ;
- violation des droits constitutionnels en cas de décision portant sur des mesures provisionnelles (**art. 98**). Constitue une décision de ce type celle, à caractère temporaire, qui règle une situation juridique jusqu'à ce qu'elle fasse l'objet d'une réglementation définitive par le biais d'une décision principale (par exemple décision d'interdiction provisoire d'aliéner, de mesures provisoires selon l'art. 137 CC, d'octroi de l'effet suspensif à un recours, d'autorisation de séquestre, mais pas une décision de mainlevée d'opposition car elle n'est pas nécessairement suivie d'une procédure au fond). Reprenant la jurisprudence relative à l'OJ, le législateur a limité dans ces affaires le pouvoir d'examen du TF à la violation des droits constitutionnels (avant tout au grief d'arbitraire) pour lui éviter de devoir se prononcer plusieurs fois sur la même question dans la même affaire, d'une part, et pour tenir compte du fait que le juge des mesures provisionnelles n'est pas tenu d'éclaircir totalement les questions de fait et de droit, d'autre part.

Le législateur a voulu que le TF soit juge du droit et non du fait. C'est la raison pour laquelle un grief relevant de l'établissement des faits peut être soulevé uniquement si ce dernier est manifestement faux, auquel cas il viole l'**art. 9 Cst**.

## **C) Qualité pour recourir**

La qualité pour recourir (**art. 76**) est donnée :

- à quiconque ayant pris part à la procédure devant l'autorité précédente, à savoir tant les parties principales que les parties dénoncées et intervenantes ;
- à quiconque ayant été privé de la possibilité de prendre part à la procédure devant l'autorité précédente (atteinte formelle), à savoir non seulement la personne qui a été écartée à tort de la procédure mais aussi celle qui a été purement et simplement ignorée (message FF 2001 page 4111).

Le recourant doit en outre avoir un intérêt juridique (« rechtlich geschütztes Interesse ») à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (**art. 76 al. 1 lit. b**). Cet intérêt est défini de manière plus restrictive que l'intérêt digne de protection (« schutzwürdiges Interesse ») justifiant la qualité pour recourir en matière de droit public (**art. 89 al. 1 lit. c** qui correspond à l'actuel **art. 103 lit. a OJ**). La divergence s'explique par le fait que le législateur a repris conjointement les solutions consacrées par la jurisprudence en matière de recours de droit public et en matière de recours de droit administratif. Il est cependant question de réviser l'**art. 76 al. 1 lit. b** dans le sens de l'**art. 89 al. 1 lit. c** lors de l'adoption du code de procédure civile suisse.

La LTF ouvre ce faisant une véritable boîte de Pandore (sur ces problèmes cf. Piotet, L'influence de la qualité pour recourir au tribunal fédéral en matière civile selon l'art. 76 al. 1 LTF sur la qualité de partie dans la procédure cantonale, ZZZ/PCEF 2005 p. 505ss). On ignore en particulier sur quelle base il convient de juger que l'autorité précédente a nié à tort la qualité de partie. Faut-il partir des diverses réglementations cantonales, au risque de définir la qualité pour agir devant le TF en fonction des spécificités cantonales ? Faut-il au contraire admettre qu'il existe en la matière une notion de droit fédéral de procédure, et si oui laquelle ? Une chose paraît certaine : la personne qui a essayé en vain de participer à la procédure cantonale, à titre principal ou secondaire, sera légitimée à recourir devant le TF au cas où elle dispose d'un intérêt tel que défini à l'**art. 76 al. 1 lit. b**. La situation juridique est encore plus complexe si ladite personne n'a pas été écartée à tort mais purement et simplement oubliée. Doit-on partir de l'idée que son droit de recourir au TF perdure aussi longtemps que le jugement cantonal ne lui a pas été notifié ? Faut-il au contraire admettre qu'il est limité dans le temps, et si oui comment fixer cette déchéance en l'absence de toute réglementation légale ? Selon la solution retenue, l'insécurité juridique sera plus ou moins grande, particulièrement pour les parties principales. Elle risque même de devenir intolérable dans le cas d'un jugement formateur qui est susceptible d'élargir le cercle des personnes ayant qualité pour recourir au TF. La situation pose aussi des problèmes au niveau de l'entrée en force de chose jugée et de l'exécution de la décision. Si une entrée en force entre les parties à la procédure est peut-être envisageable en cas de jugement constatatoire ou condamnatore, elle l'est moins si le jugement est formateur. Des pistes intéressantes ont été proposées pour résoudre ces problèmes (Piotet, op. cit. p. 518ss). On le voit : les juges fédéraux ont du travail en perspective !

En cas de décision prise en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil au sens de l'**art. 72 al. 2 lit. b**, la qualité pour recourir est accordée à la Chancellerie fédérale, aux départements fédéraux ou aux unités qui leur sont subordonnées, si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attributions (**art. 76 al. 2**). Chose curieuse, le législateur ne mentionne pas les autorités publiques cantonales.

Conformément aux règles générales de procédure, seule une personne ou une entité disposant de la capacité d'être partie et d'ester en justice peut déposer un recours en matière civile.

#### **D) Délais de recours**

En règle générale, le recours sera déposé devant le TF dans les 30 jours qui suivent la notification de l'expédition complète - avec les motifs - de la décision (**art. 100 al. 1**), indépendamment de la nature de la décision attaquée (finale ou incidente).

Le délai de recours est cependant de 10 jours contre les décisions de l'autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite, ainsi que contre les décisions portant sur le retour d'un enfant fondées sur la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (**art. 100 al. 2**).

Il passe à 5 jours contre les décisions de l'autorité de surveillance en matière de poursuite pour effets de change (**art. 100 al. 3**).

Enfin, et conformément à un principe général, il peut être déposé en tout temps pour déni de justice ou retard injustifié (**art. 100 al. 7**).

Lorsque la décision d'un tribunal cantonal supérieur peut être déférée à une autre autorité judiciaire cantonale pour une partie seulement des griefs pouvant faire l'objet d'un recours en matière de droit privé (par exemple pourvoi en nullité selon l'art. 359 CPC déposé contre une décision sur appel), le délai de recours au TF commence à courir à compter de la notification de la décision de ladite autorité (**art. 100 al. 6**). Ceci évite aux parties de devoir saisir le TF simultanément et à titre préventif. Bien entendu, la décision de l'autre autorité judiciaire cantonale pourra aussi être englobée dans le recours au TF.

## **E) Procédure de recours**

En règle générale, et à moins d'une décision contraire du juge instructeur, le recours en matière civile n'a pas d'effet suspensif (**art. 103 al. 1**). Cette nouvelle disposition, qui vise à lutter contre les recours dilatoires, est d'importance majeure. Fait exception le recours contre un jugement constitutif, cette notion devant encore être précisée par la jurisprudence.

La question de savoir à quel moment entre en force une décision de dernière instance cantonale, liée notamment à la qualification du recours en tant que voie de droit ordinaire ou extraordinaire, est contestée (cf. notamment Auer, *Der Rechtsweg in Zivilsachen*, in *Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis*, p. 76-77 ; Aemisegger, *op. cit.* p. 197). Espérons que le TF aura rapidement la possibilité de se prononcer sur ce problème car les implications sont importantes, notamment en matière de communication des jugements aux offices de l'état civil et aux autorités tutélaires (Circulaire No 7 de la Section civile de la Cour suprême). En tout état de cause, une décision de dernière instance cantonale ne saurait être exécutée avant qu'elle ait fait l'objet d'une notification conforme à l'**art. 112 al. 1 et 2**.

Lorsqu'un recours a été déposé, ce n'est plus le juge cantonal (**art. 58 OJ**) mais le juge fédéral instructeur qui est compétent pour ordonner – d'office ou sur requête - des mesures provisionnelles (**art. 104**).

Conformément à l'**art. 105 al. 1**, le TF statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente. Des faits nouveaux ou des preuves nouvelles sont cependant admissibles (**art. 99**) lorsque seule la décision de l'instance précédente les a rendus pertinents (par exemple pour établir l'existence d'une violation du droit d'être entendu ou la recevabilité du recours).

Les conclusions nouvelles sont irrecevables (**art. 99 al. 2**). Sont nouvelles les conclusions qui étendent l'objet du litige, non celles qui le restreignent (Aemisegger, op. cit. p. 170).

Dans l'intérêt d'une justice rapide et économique, le législateur a réglé de manière innovatrice les conséquences d'une violation des règles en matière d'établissement des faits : le TF a la faculté de procéder d'office à une rectification ou à un complètement, ce qui lui permet de substituer au besoin son jugement à celui qui est vicié (**art. 105 al. 2**).

Le TF applique d'office le droit (**art. 106 al. 1**). L'**art. 106 al. 2** restreint toutefois cette obligation en énonçant certaines catégories de normes dont le TF contrôle le respect seulement si le recourant a expressément soulevé et motivé le grief correspondant (principe d'allégation) ; cela concerne la violation des droits fondamentaux (qu'ils soient garantis par la Cst, une constitution cantonale ou un traité international), ainsi que des dispositions de droit intercantonal.

Le souci d'efficacité propre à la LTF se retrouve à l'**art. 107 al. 2**, qui donne au recours un caractère réformatoire lorsque la cause est en état d'être jugée. Si le TF renvoie l'affaire, il le fera en principe à l'autorité précédente. Il peut cependant aussi la renvoyer à l'autorité qui a statué en première instance (**art. 107 al. 2**). Lesdites autorités sont liées dans leur nouvelle décision par les considérants de droit figurant dans la décision du TF (Aemisegger, op. cit. p. 173).

Toujours dans la même logique, si le TF modifie la décision attaquée, il peut répartir autrement les frais de la procédure antérieure (**art. 67**). Il dispose de la même faculté en ce qui concerne les dépens (**art. 68 al. 5**).

Le législateur a supprimé la possibilité d'un recours joint (**art. 59 al. 2 et 3 OJ**), ainsi que la procédure spéciale en matière de brevets (**art. 67 OJ**).

## V. Et le recours constitutionnel subsidiaire ?

Le recours constitutionnel subsidiaire a pour but de compléter la protection offerte par le recours unifié. Il a été introduit par l'Assemblée fédérale afin de garantir l'accès au TF concernant toute décision d'une autorité cantonale de dernière instance qui viole gravement le droit, lorsqu'elle n'est pas susceptible de faire l'objet du recours unifié (**art. 113**), d'où son caractère subsidiaire. L'instauration de ce recours subsidiaire, qui remplace en quelque sorte le recours de droit public prévu dans l'OJ, a pour conséquence que la quasi-totalité des jugements rendus en dernière instance cantonale pourront être portés devant le TF.

La décision entreprise peut être finale (**art. 90**), partielle (**art. 91**), ou encore préjudicielle et incidente (**art. 92 et 93**) comme pour le recours unifié. Un déni de justice au sens de l'**art. 94** est également susceptible de faire l'objet d'un recours constitutionnel subsidiaire (Schweizer, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz, in Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, p. 233).

Le recours ne peut être formé que pour violation des droits constitutionnels, d'où sa dénomination (**art. 116**).

Même si cela ne ressort pas clairement de la LTF, le législateur a prévu la possibilité de déposer le recours dans deux cas seulement (Koller, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, in Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, p. 42) :

- d'une part lorsque dans une affaire patrimoniale la valeur litigieuse minimale (**art. 74 al. 1**) n'est pas atteinte,
- d'autre part lorsque la matière concernée a été exclue des **art. 72ss** (étant rappelé, en ce qui concerne le recours en matière civile, que la liste figurant à l'**art. 72 al. 2 lit. b** est exemplative).

Ces délimitations excluent qu'une ordonnance sur les preuves, par exemple, puisse faire l'objet d'un recours constitutionnel subsidiaire.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que ledit recours ne devrait revêtir en matière civile qu'une importance secondaire. Dans la pratique, il sera avant tout utilisé lorsque la valeur litigieuse minimale pour un recours en matière civile n'est pas donnée et que l'existence d'une question juridique de principe ne se pose pas ou est douteuse.

Le législateur a veillé à ce que le justiciable hésitant entre le recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire ne pâtisse pas des conséquences d'une éventuelle erreur y relative de sa part. Le recourant a en effet la possibilité de déposer simultanément les deux recours dans un seul mémoire, laissant au TF le soin de trier le bon grain de l'ivraie. Le TF examinera les griefs invoqués selon les dispositions applicables au type de recours concerné et statuera sur les deux recours dans la même procédure (**art. 119**).

La qualité pour déposer un recours constitutionnel subsidiaire (**art. 115**) est identique à celle pour déposer un recours en matière civile (**art. 76**).

La nature du recours constitutionnel subsidiaire est contestée, mais de solides arguments plaident en faveur de son caractère extraordinaire (Schweizer, op. cit. p. 250-251).

## VI. La LTF et la procédure civile cantonale

Les différentes législations cantonales devront s'harmoniser au système mis en place par la LTF afin d'assurer que le justiciable puisse en bénéficier. Plusieurs conséquences en découlent.

1. En premier lieu, les cantons sont tenus d'instituer un tribunal comme autorité cantonale de dernière instance (**art. 75 al. 1 et 114**) lorsque le TF peut être saisi du cas soit par un recours unifié soit par un recours constitutionnel subsidiaire. Cette exigence découle du fait que seule une décision rendue par une autorité judiciaire est susceptible de faire l'objet desdits recours.
2. En second lieu, comme le pouvoir de cognition du TF est parfois limité, il importe - en application de l'**art. 29a Cst** - que l'autorité cantonale de dernière instance ou une autre autorité judiciaire statuant en instance précédente puisse examiner librement les faits et appliquer d'office le droit (**art. 110**).
3. En troisième lieu, dans les affaires susceptibles de recours unifié ou de recours constitutionnel subsidiaire, l'autorité cantonale de dernière instance doit disposer d'un pouvoir de cognition au moins identique à celui du TF, ce qui implique que les parties doivent avoir la possibilité d'y soulever tous les griefs dont peut connaître le TF (**art. 111 al. 3**). Ce principe est dicté par la volonté de « filtrer » le plus possible les affaires avant qu'elles soient portées devant le TF. Il ne s'applique toutefois pas à la troisième instance éventuellement instaurée par le droit cantonal.

4. En quatrième lieu, essentiellement pour décharger le TF, les cantons sont tenus de satisfaire à l'exigence de la double instance (**art. 75 al. 2**), étant souligné que la première instance ne doit pas nécessairement être elle aussi une autorité judiciaire. Ainsi, il reste possible de ne prévoir qu'une autorité cantonale de surveillance en matière de poursuite pour dettes et de faillite pour statuer sur des plaintes dirigées contre une décision d'un office. Les cantons perfectionnistes pourront même prévoir une triple instance (**art. 100 al. 6**), telle une cour de cassation à cognition limitée. Font exception à cette obligation de double instance les litiges dans lesquels :
  - une loi fédérale prescrit une instance cantonale unique (propriété intellectuelle) ;
  - un tribunal de commerce statue en instance unique ;
  - les parties conviennent de soumettre directement au tribunal supérieur leur litige portant sur fr. 100'000 au moins (prorogation de compétence).
5. En cinquième lieu, conformément au principe de l'unité de la procédure qu'on retrouve actuellement à l'**art. 98a al. 3 OJ**, il faut que le droit cantonal accorde aux parties légitimées à recourir devant le TF la qualité de partie devant l'autorité cantonale précédente (**art. 111 al. 1**), ce pour éviter qu'une personne légitimée à recourir devant le TF ne le soit pas devant l'autorité cantonale précédente, respectivement qu'une partie puisse apparaître pour la première fois en procédure de recours devant le TF.
6. En sixième lieu, les décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours au TF doivent satisfaire à certaines exigences minimales : forme écrite, indication des conclusions et des allégués des parties ainsi que de leur détermination si elle ne ressort pas du dossier, motifs déterminants de fait et de droit, dispositif et indication des voies de droit, y compris indication de la valeur litigieuse lorsque celle-ci est déterminante pour la recevabilité du recours. En cas de non-respect, le TF peut soit annuler la décision, soit inviter l'autorité cantonale à la parfaire (**art. 112 al. 3**).

## VII. Dispositions finales

L'adaptation des législations cantonales à la LTF n'est pas chose aisée. Afin d'éviter une répétition de l'exercice lors de l'entrée en vigueur des lois de procédure civile et pénale suisse, le législateur fédéral octroie aux cantons dans ces deux domaines un délai de grâce de 6 ans (**art. 130 al. 1 et 2**) pour s'exécuter, notamment pour satisfaire à l'exigence de la double instance (FF 2001 p. 4110) ainsi que de l'obligation faite à l'autorité judiciaire de dernière instance d'avoir un pouvoir de cognition au moins égal à celui du TF (**art. 111 al. 3**). A son terme, les procédures civile et pénale devraient avoir été unifiées, ce qui simplifiera de manière considérable le travail des législateurs cantonaux.

La LTF s'appliquera dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007 aux procédures directes introduites devant le TF.

Elle ne s'appliquera aux procédures de recours que si l'acte attaqué a été rendu après le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (**art. 132 al. 1**).

## VIII. Quid des répercussions au niveau des juges civils bernois ?

Les répercussions de l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 de la LTF ne seront pas négligeables dans le domaine civil élargi qui nous occupe, tant en première qu'en seconde instance.



Sera ainsi immédiatement applicable l'**art. 111 al. 1**, selon lequel la personne ayant qualité pour recourir devant le TF doit se voir reconnaître la qualité de partie devant toute autorité cantonale précédente (Pfisterer, Der kantonale Gesetzgeber vor der Reform der Bundesrechtspflege, in Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, p. 326). Cette réglementation concerne tant les juges d'appel que les juges de première instance.

L'**art. 196 al. 2 CPC** devrait, dans la mesure du possible, être appliqué – pour les quelques années qui lui restent à vivre – en harmonie avec les **art. 91, 92 et 93 LTF**. La notion de « décision partielle » pourra par la même occasion faire une entrée officielle plus ou moins fracassante dans la pratique bernoise.

L'obligation de motiver par écrit toute décision pouvant faire l'objet d'un recours devant le TF (**art. 112 al. 1**) ne pose guère de problème dans la mesure où le CPC la prévoit de manière générale en cas de jugement (**art. 204 et 133 al. 1 ch. 4 CPC**). Il conviendra cependant de veiller à ce que cette obligation soit respectée lorsque le juge rend une décision préjudicielle ou incidente au sens de l'**art. 93 al. 1 lit. a**, puisque le législateur bernois ne le dispense pas de la motiver au sens de l'**art. 112 al. 2**. Une dispense existe en revanche dans les affaires en compétence (**art. 297 al. 3 CPC**), ce qui permet au besoin au TF, saisi d'un recours fondé sur l'**art. 74 al. 2 lit. a**, de renvoyer cette dernière au juge de première instance en l'invitant à la motiver (**art. 112 al. 3**). Pour leur part, les parties ne sauraient à mon sens exercer durant la période de grâce leur droit de demander dans les 30 jours une motivation écrite (**art. 112 al. 2**) en alléguant qu'il s'agit d'une contestation soulevant une question juridique de principe, car seul le TF est autorisé à décider si tel est bien le cas.

L'obligation d'indiquer la voie de recours - prévue tant par le droit cantonal que par le droit fédéral - soulève elle aussi quelques problèmes. L'**art. 205a CPC** reste applicable aux décisions appelables rendues en première instance. Il devient désuet au niveau de la Cour d'appel et du Tribunal de commerce puisque le recours en réforme est supprimé. L'**art. 112 al. 1 lit. d**, selon lequel il sied d'indiquer la voie de droit du recours unifié lorsque celle-ci est ouverte, s'applique. Bien entendu, la Cour d'appel devra prendre en compte les nouvelles valeurs litigieuses fixées en matière patrimoniale.

On pourrait se demander si l'obligation d'indiquer la voie de droit existe aussi lorsque la recevabilité du recours en matière civile dépend de la question de savoir si la contestation soulève une question juridique de principe au sens de l'**art. 74 al. 2 lit. a**. La question se pose aussi en relation avec l'obligation d'indiquer la possibilité de déposer un recours constitutionnel subsidiaire : certains auteurs en nient la nécessité, se prévalant de la nature extraordinaire dudit recours (Schweizer, op. cit. p. 250), alors que d'autres l'admettent sur la base de l'**art. 117**, étant relevé à l'appui de leur thèse que l'**art. 234** du projet du code de procédure civile suisse prévoit une obligation d'indiquer la voie de recours indépendamment de sa nature ordinaire (appel) ou extraordinaire (recours limité au droit). Ces deux problèmes peuvent être résolus de manière pragmatique en indiquant de manière toute générale quelles sont les conditions de recevabilité de l'éventuel recours envisageable, et en évitant de donner l'impression qu'elles sont effectivement données au cas d'espèce. Le résultat sera parfois paradoxal lorsque le juge de première instance indiquera la possibilité de déposer un recours constitutionnel subsidiaire au TF sans préciser – conformément à l'**art. 205a CPC** – celle de se pourvoir en nullité, par exemple ! Ledit juge tiendra aussi compte du fait qu'il fonctionne comme autorité cantonale judiciaire de dernière instance au cas où sa décision ne peut faire l'objet d'une voie de recours de droit cantonal. Dans ce cas, les parties ont à mon avis la pos-

sibilité de saisir directement le TF lorsque les conditions requises sont données, ce qu'il convient d'indiquer dans le dispositif.

L'**art. 112 al. 1 lit. d** fait obligation au juge de mentionner dans sa décision la valeur litigieuse dans les cas où la LTF requiert une valeur litigieuse minimale, ceci bien évidemment pour permettre au TF de se prononcer sur la recevabilité du recours en matière civile. Il correspond à l'**art. 51 al. 1 lit. a OJ** et doit être mis en relation avec l'**art. 83** du projet du code de procédure civile suisse qui oblige le demandeur à chiffrer sa prétention dès qu'il est en mesure de le faire, au plus tard lors des plaidoiries finales.

Pendant la période de transition de 6 ans au maximum, il ne sera pas toujours possible de satisfaire au principe selon lequel, dans les procédures susceptibles de faire l'objet d'un recours unifié, le pouvoir d'examen des juges de l'autorité cantonale de dernière instance doit être au moins égal à celui des juges du TF (art. 111 al. 3). En effet, dans les affaires en compétence (**art. 294ss CPC**) le pourvoi en nullité – seule voie de recours envisageable - limite de manière importante le pouvoir de cognition de la Cour d'appel alors même que celui du TF est total dans le cadre d'un recours en matière civile déposé dans une contestation soulevant une question de principe au sens de l'**art. 74 al. 2 lit. a**. Cette situation devrait permettre à mon avis au justiciable de saisir directement le TF lorsque le grief ne saurait être examiné par la Cour d'appel. Une application analogique de l'**art. 100 al. 6** devrait néanmoins sauvegarder ses droits au cas où il choisit de déposer, dans un premier temps, un pourvoi en nullité (sur le problème cf. Walther, Auswirkungen des BGG auf die Anwaltschaft/Parteivertretung, in Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, p. 384).

La prorogation de compétence prévue par l'**art. 7 al. 3 CPC** viole l'**art. 75 al. 2 lit c LTF** qui prévoit la possibilité de « sauter » une instance judiciaire cantonale lorsque la valeur litigieuse est de fr. 100'000 au minimum. Au vu du délai de grâce accordé par l'**art. 130 al. 1**, le législateur cantonal sera dispensé d'intervenir puisque le problème sera solutionné par le code de procédure civile suisse.

Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2007, les juges d'appel bernois seront dispensés de connaître des requêtes de mesures provisionnelles lorsque la cause fait l'objet d'un recours au TF, que ce soit un recours en matière civile ou un recours constitutionnel subsidiaire (**art. 104 et 117**).

Quant à leur chancellerie, elle appréciera à sa juste valeur le fait que les recours unifiés ainsi que les recours constitutionnels subsidiaires doivent dorénavant être déposés directement devant le TF (art. 100 al. 1).

Last but not least et en forme de regret teinté d'un rien de jalousie : seuls les juges de Mon-Repos bénéficieront du fait que le législateur a choisi de tempérer l'ardeur des plaideurs à recourir en rendant onéreuses (message, p. 4154) toutes les procédures jusque-là gratuites. A quoi les juges fédéraux rétorqueront avec raison que l'introduction de la LTF posera un tel nombre de problèmes que leur sort ne sera pas aussi enviable que cela durant ces prochaines années !

## Zur unentgeltlichen Prozessführung

Ist das Kreisschreiben Nr. 18 über die unentgeltliche Prozessführung noch aktuell? Gibt es Neuerungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die zu beachten sind?<sup>34</sup>

### 1. Ausgangslage

Die Kreisschreiben (KS) der Zivilabteilung des Obergerichts sind überarbeitet worden. Die überarbeiteten Fassungen sind am 1. Mai 2006 in Kraft getreten.

Das KS Nr. 18 sowie der erläuternde Kommentar sind noch relativ „jung“ ( Fassungen aus den Jahren 2000/2002), weshalb von einer – aufwändigen - Überarbeitung vorläufig abgesehen worden ist.

Da das KS Nr. 18 im Gerichtsalltag häufig zur Anwendung gelangt, war es der Zivilabteilung des Obergerichts ein Anliegen, zumindest darauf hinzuweisen, dass das KS nicht mehr in allen Teilen der aktuellen Rechtsprechung entspricht. Dem KS Nr. 18 wurde daher folgender Nachtrag angefügt:

„Das Plenum der Zivilabteilung des Obergerichts weist darauf hin, dass das Kreisschreiben Nr. 18 nicht mehr in allen Teilen (insbes. bezüglich der Berücksichtigung von Lohnpfändungen und Bankkrediten im zivilprozessualen Zwangsbedarf) der aktuellen Rechtsprechung des Obergerichts entspricht.“

Mit diesem Nachtrag soll möglichst verhindert werden, dass sich die ersten Instanzen auf das Kreisschreiben berufen, obwohl mittlerweile eine andere – bekannte - Praxis (auch des Bundesgerichts) existiert.

Im Folgenden soll insbesondere aufgezeigt werden, in welchen Bereichen die aktuelle Rechtsprechung des Appellationshofes vom KS Nr. 18 abweicht. Bei einigen Problemstellungen wird auch die eigene Auffassung wiedergegeben. Schliesslich wird kurz auf die Behandlung von Steuern und sonstigen Schulden durch das Bundesgericht und den Appellationshof eingegangen und ein Ausblick auf das neue Bundesgesetz über das Bundesgericht im Bereich Rechtsmittel gegen Rekursentscheide vorgenommen.

### 2. Berücksichtigung von Lohnpfändungen

Nach der **bisherigen ständigen Praxis** des Appellationshofes (bis ca. Ende 2002) wurde eine Lohnpfändung bei der Ermittlung der Prozessarmut nicht berücksichtigt. Diese Vorgehensweise ist zwar im KS Nr. 18 nicht ausdrücklich erwähnt, ergab sich

---

<sup>34</sup> Leicht überarbeitetes Referat, gehalten am 18. Oktober 2006 anlässlich der Veranstaltung der Weiterbildungskommission des Obergerichts zum Thema "Neuerungen und praktische Probleme zur unentgeltlichen Prozessführung". Eine Wiederholungsveranstaltung ist geplant für den 14. Februar 2007.

aber aus dem Grundsatz, dass die Tilgung gewöhnlicher Schulden nicht zum laufenden Lebensunterhalt gehört und es daher keine Rolle spielen kann, ob die Schulden in Betreuung gesetzt worden sind oder nicht. Weiter wurde argumentiert, dass bei einer Lohnpfändung dem Schuldner das Existenzminimum belassen werde, weshalb der gepfändete Betrag begriffsnotwendig nicht Teil des notwendigen Lebensunterhaltes sein könne und demzufolge bei der Ermittlung der Prozessarmut ausser Betracht falle. Anders zu entscheiden habe zur Folge, dass der Kanton durch Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung Betreuungsgläubiger befriedige, was nicht Sinn und Zweck des Armenrechts sein könne (233/II/01 vom 14. September 2001, J-0025/1/2002 vom 18. April 2002, APH 04 487 vom 3. November 2004).

Dieser Argumentation ist das Bundesgericht nicht gefolgt. Einschlägig sind die Bundesgerichtsentscheide 5P.250/2002 vom 20. September 2002 (E. 4.3, vgl. auch in dubio, Zeitschrift des Bernischen Anwaltsverbandes, 1/03, 59) und 5P.448/2004 vom 11. Januar 2005 (E. 2.3): Die Lohnpfändung sei bei der UP-Berechnung zu berücksichtigen. Es komme nicht darauf an, für welche Art von Schulden die Betreuung eingeleitet und der Lohn gepfändet worden sei. Dem Beschwerdeführer bleibe es verwehrt, beim Betreibungsamt wegen der anstehenden Gerichts- und Anwaltskosten eine Neufestsetzung seines Existenzminimums zu erwirken. Die Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 24. November 2000 würden eine Berücksichtigung solcher Kosten im Existenzminimum – zu Recht – nicht vorsehen, führe doch deren Aufnahme ins Existenzminimum zu einer Bevorzugung des Staates und des Anwalts des Beschwerdeführers, was mit den Grundsätzen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nicht zu vereinbaren sei. Ausserdem: Werde der Lohn in einem Umfang gepfändet, dass sich der Schuldner nur noch mit dem Existenzminimum begnügen könne, würden ihm keine Mittel mehr zur Begleichung der mit dem Prozess verbundenen Kosten zur Verfügung stehen.

Gestützt auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung hat der Appellationshof seine bisherige Praxis, Lohnpfändungen bei der Berechnung der Prozessarmut nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zu berücksichtigen, aufgegeben (J-0094/1/2002 vom 27. November 2002).

**Grundsatz neu:** Einer Lohnpfändung ist bei der Prüfung des Anspruchs auf unentgeltliche Prozessführung Beachtung zu schenken. Dabei kommt es nicht darauf an, für welche Art von Schulden die Betreuung eingeleitet und der Lohn gepfändet worden ist. Grundsätzlich spielt es keine Rolle, ob die Lohnpfändung als Posten des Zwangsbedarfs oder als Abzug vom Einkommen berücksichtigt wird (APH 05 34 vom 4. Februar 2005, APH 05 130 vom 25. April 2005). Es macht jedoch Sinn, die Lohnpfändung bereits bei der Festsetzung des Einkommens zu berücksichtigen, da dem Gesuchsteller durch die Lohnpfändung tatsächlich weniger Mittel zur Verfügung stehen. Ausserdem soll in jenen Fällen, in denen der Lohn für Schulden gepfändet worden ist, die vor der Betreuung nicht hätten im Zwangsbedarf berücksichtigt werden können, durch die Berücksichtigung des gepfändeten Betrages im Zwangsbedarf nicht ein falsches Signal gesetzt werden.

### 3. Berücksichtigung von Bankkrediten im zivilprozessualen Zwangsbedarf

Das KS Nr. 18 enthält unter C. Ziff. 2 (Zuschläge) keine Rubrik für die Berücksichtigung von Kreditraten. In den Erläuterungen wird jedoch festgehalten, dass in Ausnahmefällen, in denen die gesuchstellende Person tatsächlich auf Kredit Kompetenzstücke (z.B. Bett, Tisch, Stühle) habe kaufen müssen, die Generalklausel es der zu-

ständigen Behörde erlaube, dieser Tatsache angemessen Rechnung zu tragen. **Bis anhin** war es also in Anwendung des KS Nr. 18 möglich, **regelmässig** bezahlte Kreditraten für **Kompetenzgüter** im zivilprozessualen Zwangsbedarf zu berücksichtigen. Soweit der Kredit jedoch nicht (mehr) dazu diente, den laufenden Lebensunterhalt zu finanzieren, wurden die Kreditraten im Zwangsbedarf nicht berücksichtigt. In einem solchen Fall war vielmehr von der Tilgung gewöhnlicher Schulden auszugehen (vgl. J-31/1/2001 vom 15. Mai 2001).

Im unveröffentlichten **Urteil 5P.285/1993 vom 20. Oktober 1993** hat das Bundesgericht unter Bezugnahme auf zwei frühere unveröffentlichte Urteile (5P.92/1990 vom 30. Mai 1990 und 5P.249/1990 vom 19. November 1990) festgehalten, dass gemäss seiner eigenen Rechtsprechung für die Beantwortung der Frage, ob die Kreditrückzahlungsraten im Zwangsbedarf berücksichtigt werden könnten, nicht unterschieden werde, ob der Kredit für ein Kompetenzgut aufgenommen worden sei oder nicht. Diese Ansicht hat das Bundesgericht im Entscheid 5P.250/2002, E. 4.3, in verallgemeinernder Weise bestätigt.

Gestützt auf diese Rechtsprechung des Bundesgerichts hat der Appellationshof die **Rückzahlung von Kreditraten** im zivilprozessualen Zwangsbedarf **berücksichtigt**, unbeschrieben der Frage, für welchen Zweck der Kredit aufgenommen worden ist (APH 04 503 vom 22. Dezember 2004: Bankkredit aufgenommen, um „bestehende Verbindlichkeiten“ zu tilgen, d. h. es handelte sich um gewöhnliche Schulden; APH 04 559 vom 17. Januar 2005: Rückzahlungsraten eines Bankdarlehens berücksichtigt ohne zu prüfen, wofür das Darlehen aufgenommen worden ist). Daher ist das KS Nr. 18 mit Beschluss des Plenums der Zivilabteilung vom 25. November 2005 mit dem **Nachtrag** versehen worden, wonach das KS bezüglich Berücksichtigung von Bankkrediten im zivilprozessualen Zwangsbedarf nicht mehr der aktuellen Rechtsprechung der Zivilabteilung des Obergerichts entspreche.

Bei näherer Betrachtung des Bundesgerichtsurteils 5P.285/1993 vom 20. Oktober 1993 lässt sich dessen Aussage, dass die Frage des Kompetenzcharakters des finanzierten Guts für die Berücksichtigung der Rückzahlungsraten keine Rolle spiele, nicht aufrechterhalten. Den Urteilen 5P.92/1990 und 5P.249/1990, worauf sich dieser Entscheid stützt, lässt sich eine solche Aussage gerade nicht entnehmen. Im ersten Fall wurde ein Darlehen für den Kauf eines Autos aufgenommen, welchem Kompetenzcharakter zukam. Im zweiten Fall stand ein Spezialfall zur Beurteilung (wenn argumentiert wird, dass die Prozesskosten mit dem Kredit finanziert werden können, müssen dessen Rückzahlungsraten im Zwangsbedarf berücksichtigt werden). **Somit kann aus dem Urteil 5P.285/1993 nicht der Grundsatz abgeleitet werden, dass die Rückzahlungsraten eines Bankkredites in jedem Fall im zivilprozessualen Zwangsbedarf zu berücksichtigen sind.**

Im Übrigen scheint auch das Bundesgericht dieser eben dargelegten Rechtsprechung nicht konsequent zu folgen. Im Urteil 2P.90/1997 vom 7. November 1997, E. 3d, hat das Bundesgericht die Rückzahlungsraten eines Kredites nicht berücksichtigt mit der Begründung, dass es sich dabei um Ausgaben für die Tilgung gewöhnlicher Schulden handle und solche bei der Berechnung des Zwangsbedarfes grundsätzlich nicht berücksichtigt werden könnten. Die unentgeltliche Prozessführung dürfe nicht dazu dienen, auf Kosten des Gemeinwesens Gläubiger zu befriedigen, die nicht oder nicht mehr zum Lebensunterhalt beitragen würden (zustimmend Eidgenössisches Versicherungsgericht im Urteil U 234/01 vom 14. Februar 2002).

**Fazit:**

Entgegen dem Nachtrag auf dem KS Nr. 18 sind die Rückzahlungsraten im Zwangsbedarf grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Ausnahmen sind nur dann zu machen, wenn der Kredit zur Finanzierung des laufenden Lebensunterhaltes beiträgt, sofern die regelmässige Rückzahlung belegt ist.

**4. Berücksichtigung von Besuchskosten im zivilprozessualen Zwangsbedarf**

Es geht hier um die Frage, ob dem nicht obhutsberechtigten Elternteil die Kosten, die ihm durch die Ausübung seines Besuchsrechts entstehen, zusätzlich zum Grundbetrag im zivilprozessualen Zwangsbedarf angerechnet werden können. Normalerweise trägt der Besuchsberechtigte auch die Besuchskosten (Fahrkosten, Verpflegung, etc.), und die Tragung dieser Kosten berechtigt grundsätzlich nicht zur Kürzung der Kinderunterhaltsbeiträge (vgl. INGEBORG SCHWENZER, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Auflage, N 20 zu Art. 273).

Dem KS Nr. 18 lässt sich keine Zuschlagsposition für Besuchskosten entnehmen.

Das Bundesgericht (Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, Urteil 7B.145/2005 vom 11. Oktober 2005, E. 3.3) hat hierzu Folgendes festgehalten: „Sodann geht es aber auch nicht an, die Auslagen für die Besuchswochenenden als unter die dem Beschwerdeführer für seinen persönlichen Bedarf zuzugestehende Grundpauschale (von Fr. 1'100.— im Monat) fallend zu betrachten. Der persönliche Verkehr des Beschwerdeführers mit seinem Sohn darf nicht etwa mit der Einladung eines andern Verwandten oder eines Bekannten zu einem Essen verglichen werden, wofür in der Tat die Mittel aus dem Grundbetrag einzusetzen wären. Es ist zu bedenken, dass Art. 273 Abs. 1 ZGB einen gegenseitigen Anspruch des nicht sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteils und des Kindes auf angemessenen persönlichen Verkehr verleiht. Demnach steht dem Beschwerdeführer nicht nur das Recht auf persönlichen Verkehr mit seinem Sohn zu, sondern es trifft ihn auch die Pflicht, dieses Recht wahrzunehmen. Der Beschwerdeführer vertritt unter den dargelegten Umständen zu Recht die Ansicht, den damit zusammenhängenden Auslagen sei bei der Bemessung des ihm zuzugestehenden Existenzminimums Rechnung zu tragen.“

Gestützt auf diese Praxis hat der Appellationshof in APH 06 145 vom 24. April 2006 die Fahrkosten eines besuchsberechtigten Vaters in dessen zivilprozessualen Zwangsbedarf berücksichtigt. In diesem konkreten Fall war der Vater in Deutschland wohnhaft, und seine Fahrkosten zur Besuchsausübung betragen Fr. 280.— pro Monat.

Gemäss dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid kann bereits bei einem monatlichen Betrag von Fr. 50.— vom Besuchsberechtigten nicht verlangt werden, dass er diesen Betrag aus seinem ihm für den persönlichen Bedarf zustehenden betriebsrechtlichen Grundbetrag deckt. Es stellt sich hier die Frage, ob bei der Berechnung des zivilprozessualen Zwangsbedarfs ein gewisser Betrag noch als in den um 30 % erhöhten Grundbetrag fallend betrachtet werden darf. Diese Frage hatte der Appellationshof bisher noch nicht zu entscheiden.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Besuchskosten in jedem Fall **zusätzlich zu dem um 30 % erhöhten Grundbetrag zu berücksichtigen**. Zwar ist die in C. Ziff. 1 des KS Nr. 18 genannte Auflistung nicht abschliessend, wie aus dem Wort

"namentlich" hervorgeht. Dennoch können nicht unbesehen weitere Posten in den um 30 % erhöhten Grundbetrag "gepackt" werden, ansonsten das Ziel vereitelt werden könnte, die um unentgeltliche Prozessführung ersuchende Person besser zu stellen als den Schuldner, dessen Lohn gepfändet wird. Zudem werden auch auf Seiten des obhutsberechtigten Elternteils die Auslagen für Kinder nicht – auch nicht teilweise – als in seinen Grundbetrag fallend betrachtet.

Besuchskosten können selbstverständlich nur dann berücksichtigt werden, wenn der besuchsberechtigte Elternteil sein Besuchsrecht auch tatsächlich ausübt. Daneben kann von der Gesuch stellenden Person wohl kaum verlangt werden, dass sie jede Ausgabe einzeln nachweist. Es ist daher angebracht, eine angemessene Pauschale zu berücksichtigen, die sich am monatlichen Grundbetrag eines Kindes orientieren kann (vgl. Beispiel im erwähnten Bundesgerichtsurteil 7B.145/2005: Wird von dem für den Unterhalt eines über 12 Jahre alten Kindes vorgesehenen Grundbetrag von Fr. 500.— ausgegangen, ergibt sich für das einmal im Monat stattfindende Besuchswochenende von drei Tagen ein Betrag von Fr. 50.—).

## **5. Gebühren für Radio, TV und Telefon sowie Prämien für die Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen ("Telecom-Pauschale" von Fr. 100.— bei Unterhaltsberechnungen)**

### **5.1 Gebühren für Radio, TV und Telefon**

Diese Gebühren sind gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Notbedarfs im Grundbetrag inbegriffen (ALFRED BÜHLER, Betriebs- und prozessrechtliches Existenzminimum, AJP 6/2002, 654; BGE 126 III 353, E. 1a/bb). Ein Zuschlag zum Grundbetrag ist demgemäss bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums nicht vorgesehen. Bei der Berechnung des zivilprozessualen Zwangsbedarfs gelten diese Gebühren im Zuschlag von 30 % zum Grundbetrag als mitenthalten (KS Nr. 18, C. Ziff. 1 sowie Kommentar). Sie werden somit ausserhalb des um 30% erhöhten Grundbetrages nicht noch weiter berücksichtigt. Diese Vorgehensweise entspricht der ständigen Praxis des Appellationshofes.

### **5.2 Prämien für Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen**

Mehrheitlich wird davon ausgegangen, dass die Prämien für die Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen im betriebsrechtlichen Grundbetrag enthalten sind (vgl. BÜHLER, a.a.O., 653). Jedenfalls ist den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Notbedarfs keine Zuschlagsposition zu entnehmen. Bei der Berechnung des zivilprozessualen Zwangsbedarfs besteht soweit ersichtlich Einigkeit, dass die Prämien für die Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen **zusätzlich** zum betriebsrechtlichen Grundbetrag zu berücksichtigen sind (vgl. BÜHLER, a.a.O., 654). Im Kanton Bern stellt sich die Frage, ob dieser zusätzlichen Berücksichtigung nicht Genüge getan wird, indem der betriebsrechtliche Grundbetrag bei der Berechnung der Prozessarmut generell um 30 % erhöht wird, oder ob zusätzlich zum erhöhten Grundbetrag die Prämien im Zwangsbedarf zu berücksichtigen sind.

Dem KS Nr. 18 ist zu dieser Frage keine Antwort zu entnehmen. Die Praxis der Gerichtskreise und des Appellationshofes scheint in dieser Frage uneinheitlich zu sein.

Im Urteil 5P.250/2002 vom 20. September 2002, E. 4.3, hat das Bundesgericht in einem „Berner Fall“ entschieden, dass die Prämien der Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen als **Zuschlag zum Grundbetrag** zuzulassen seien. Dabei hat es sich jedoch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Prämien im erhöhten Grundbetrag enthalten sind (im angefochtenen Entscheid sind die Prämien gänzlich ausser Acht gelassen worden; es wurde nicht argumentiert, diese seien im erhöhten Grundbetrag enthalten). In der Folge hat sich der Appellationshof in verschiedenen Entscheiden auf dieses Bundesgerichtsurteil gestützt und die Prämien zusätzlich zum erhöhten Grundbetrag berücksichtigt.

Bei kritischer Betrachtung des Bundesgerichtsentscheides erweist sich dieser jedoch nicht als schlüssig. Das Bundesgericht verweist zur Begründung lediglich auf PIERRE GAPANY (Assistance judiciaire et administrative dans le canton du Valais, RVJ 2000, p. 117 ff., 130). Dieser wiederum verweist in seinem Aufsatz zur Begründung, weshalb die Prämien dem Grundbetrag zuzufügen seien, auf die (alten) betriebsrechtlichen Richtlinien vom 1. Januar 1998. Diesen lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass die Prämien zusätzlich zum Grundbetrag zu berücksichtigen seien. Wie bereits ausgeführt, ist bezüglich der Festlegung des betriebsrechtlichen Existenzminimums gerade davon auszugehen, dass die Prämien für die Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen im Grundbetrag enthalten sind. **Aus dem erwähnten Entscheid kann also nicht automatisch geschlossen werden, dass das Bundesgericht die Argumentation, wonach die Prämien im um 30 % erhöhten Grundbetrag enthalten sind, verworfen hat.**

Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Prämien für die Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen **nicht zusätzlich zum erhöhten Grundbetrag zu berücksichtigen**. Bei der letzten Revision des KS Nr. 18 ist der prozessuale Zuschlag von 20 % auf 30 % erhöht worden in der Absicht, mit dieser Erhöhung möglichst viel zu erfassen, insbesondere auch die Prämien für die Mobiliar- und Privathaftpflichtversicherungen. Ausserdem werden bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums die Prämien im Normalfall auch nicht als Zuschlagspositionen berücksichtigt (im Gegensatz etwa zu den Besuchskosten, vgl. oben Ziff. 4). Der Tatsache, dass der zivilprozessuale Zwangsbedarf über dem betriebsrechtlichen Existenzminimum liegt, wird eben dadurch Rechnung getragen, dass der Grundbetrag um 30 % erhöht wird.

## **6. Bestätigung der Praxis durch das Bundesgericht bezüglich "laufender Steuern" und "Steuerschulden / sonstiger Schulden"**

### **6.1 Laufende Steuern**

Die laufenden Steuern sind im Zwangsbedarf zu **berücksichtigen**, sofern sie **regelmässig** bezahlt werden (Urteil des Bundesgerichts 5P.356/1996 vom 6. November 1996, E. 8a/aa, sowie 5P.233/2005 vom 23. November 2005, E. 3.2.3.). Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts deckt sich mit dem KS Nr. 18 und der Rechtsprechung des Appellationshofes.

### **6.2 Steuerschulden / sonstige Schulden**

Gemäss dem erläuternden Kommentar zum KS Nr. 18 (C., Ziff. 2 lit. g) und ständiger Rechtsprechung des Appellationshofes wird die Rückzahlung von Steuerschulden im Zwangsbedarf **nicht berücksichtigt**.



Diese Rechtsprechung ist durch das Bundesgericht bestätigt worden (insbes. Urteil 5P.356/1996 vom 6. November 1996, E. 8a/aa, und 5P.455/2004 vom 10. Januar 2005, E. 2.3.2). Dabei werden Steuerschulden gewöhnlichen Schulden gleichgestellt. Im erwähnten Urteil 5P.356/1996 führt das Bundesgericht aus, dass zum Existenzminimum gehöre, was zur Führung eines bescheidenen, aber menschenwürdigen Lebens laufend erforderlich sei. Es umfasse mit anderen Worten insbesondere die Aufwendungen für Wohnung, Kleidung, Ernährung, Gesundheitspflege, Versicherungen und Steuern. Nicht darunter falle hingegen die gewöhnliche Tilgung angehäufter [Steuer-]Schulden, wie denn umgekehrt die Bildung neuen Vermögens nicht zugestanden werde. Die unentgeltliche Rechtspflege dürfe nicht dazu dienen, auf Kosten des Gemeinwesens Gläubiger zu befriedigen, die nicht oder nicht mehr zum Lebensunterhalt beitragen würden.

Gemäss dem erläuternden Kommentar zum KS Nr. 18 (C., Ziff. 2) findet dieser Grundsatz auch auf übrige Schulden Anwendung. Dieser Ansicht ist auch das Bundesgericht (Urteil 2P.90/1997 vom 7. November 1997, E. 3d; 5P.221/2000 vom 23. August 2000, E. 4; 5P.293/2000 vom 21. September 2000, E. 3b; 4P.80/2006 vom 29. Mai 2006, E. 3.1; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 219/99 vom 17. März 2000, E. 3b; jeweils mit Verweis auf das oben aufgeführte Urteil 5P.356/1996. Sodann Urteil 1P.451/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 3.2; 4P.80/2006 vom 29. Mai 2006, E. 3.1; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 234/01 vom 14. Februar 2002, E. 4b/aa, jeweils mit Verweis auf das Urteil 2P.90/1997 vom 7. November 1997).

## **7. Ausblick auf das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) / Rechtsmittel gegen Rekursentscheide des Appellationshofes**

Bis anhin konnte gegen den Rekursentscheid des Appellationshofes bei Verweigerung der unentgeltlichen Prozessführung staatsrechtliche Beschwerde geführt werden. Der kantonale Rekursentscheid wurde dabei als selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid qualifiziert, der einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könnte (Urteil des Bundesgerichts 4P.330/2005 vom 20. Februar 2006).

Der Rekursentscheid des Appellationshofes wird auch unter dem BGG als Zwischenentscheid mit nicht wieder gutzumachendem Nachteil zu qualifizieren sein (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, 4333). Demnach wird gegen Rekursentscheide grundsätzlich die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff. BGG) ergriffen werden können. Dabei stellt sich allerdings die Frage, ob die Beschwerde in Zivilsachen nur dann zulässig ist, wenn sie auch gegen den Hauptentscheid ergriffen werden kann ("Grundsatz der Einheit des Verfahrens"). Damit müsste in jenen Fällen, in denen die Einheitsbeschwerde nicht zulässig ist – insbesondere wenn die Streitwertgrenze nicht erreicht wird und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt – die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) ergriffen werden. Im Ergebnis ist von untergeordneter Bedeutung, mit welchem Rechtsmittel der Rekursentscheid weitergezogen wird: Auch im Bereich der Einheitsbeschwerde kann die Verletzung von kantonalem Recht grundsätzlich nicht gerügt werden (vgl. Art. 95 BGG). Sowohl mit Einheitsbeschwerde als auch mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde bleibt es im Bereich der unentgeltlichen Prozessführung bei der Rüge der Verletzung der Bundesverfassung (insbes. Art. 29 Abs. 3 BV) und der Kantonsverfassung, sofern diese einen über die BV hinausgehenden Anspruch einräumt. Dies ist im Kanton Bern aber nicht der Fall.

## Verzeichnis der bisher im infonterne erschienenen Referate und Aufsätze

## Répertoire des exposés et des articles déjà parus dans infonterne

### **Amberg Vincenzo, Dr., Fürsprecher**

- Unfähig, fähig, zu allem fähig Heft 28, S. 37 - 43

### **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

### **Burkhard Christoph, Jugendstaatsanwalt**

- Jugendstrafrecht - Justiz als Pädagogin und Therapeutin Heft 27, S. 21 - 27

### **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

<b>Fasel Urs, lic. iur., mit Urech Peter, Gerichtspräsident</b>	
• Geteiltes Leid - halbes Leid	Heft 9, S. 40 - 55
<b>Feller Klaus, Staatsanwalt</b>	
• Vortrag über das Unmittelbarkeitsprinzip	Heft 2
• Häusliche Gewalt als Officialdelikt und andere strafrechtliche Aspekte	Heft 26, S. 36-51
<b>Fels Michel-André, Staatsanwalt</b>	
• Internationale akzessorische Rechtshilfe in Strafsachen	Heft 14, S. 67 - 79
• NFP40, phänomenologische Aussagen zur OK im Forschungsbericht und den Medien	Heft 20, S. 40 - 45
<b>Flotron Pascal, procureur</b>	
• Et la victime...	Heft 6, S. 41 - 47
<b>Gilléron Pierre-Robert, professeur</b>	
• De quelques problèmes en matière de faillite	Heft 16, S. 58 - 74
<b>Girardin Michel, Oberrichter</b>	
• Procédure de recours en matière de tutelle et d'adoption	Heft 14, S. 11 - 32
<b>Grädel Rolf, stv. Generalprokurator, mit Anastasia Falkner</b>	
• Berytus nutrix legum	Heft 24, S. 59 - 64
<b>Greber Franziska, Psychotherapeutin SPV/Supervisorin</b>	
• Der Ambivalenzkonflikt bei häuslicher Gewalt	Heft 18, S. 49 - 61
<b>Greiner Georges, Oberrichter</b>	
• Die formell und inhaltlich korrekt abgefasste Anzeige im Jagdwesen	Heft 6, S. 12 - 19
• Das Plädoyer	Heft 26, S. 64 - 74
• Der Anklagegrundsatz Neueste Entwicklung in Rechtsprechung und Gesetz	Heft 27, S. 70 - 82
<b>Haenni Charles, Staatsanwalt</b>	
• Kurze Darstellung des Waffengesetzes	Heft 14, S. 45 - 66
• Zu den neuen Doping-Strafbestimmungen	Heft 19, S. 58 - 82
• Gedanken zu den Auswirkungen des neuen AT StGB auf unsere praktische Arbeit	Heft 22, S. 74 - 80
• Bemerkungen zum Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE)	Heft 24, S. 29 - 58
<b>Haenssler Rolf, Oberrichter</b>	
• Verhandlungsvorbereitung und Urteilsberatung beim Kreisgericht in Strafsachen	Heft 6, S. 20 - 26
<b>Hartmann K., Zollinger U.</b>	
• 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 fürsorgerische 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 Heft 4
- Die Vernehmung Heft 6, S. 27 - 33
- Aspekte des Arztrechts Heft 9, S. 56 - 70
- Die Glaubwürdigkeitslehre Heft 12, S. 21 - 43

**Kipfer Christof, Staatsanwalt**

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

**Leu Christian, Kammerschreiber**

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

**Mathys Heinz Walter, Staatsanwalt**

- Computerkriminalität, insbesondere im neuen Vermögensstrafrecht Heft 5

**Maurer Thomas, Oberrichter**

- Zur Revision des bernischen Strafverfahren Heft 1, S. 9 - 22
- Das Strafverfahren und die Medien Heft 8, S. 23 - 33
- Evaluation der bernischen Justizreform oder das lange Warten auf die eidg. Strafprozessordnung 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

**Müller Hansruedi, Dr., alt I. Staatsanwalt des Kantons Zürich**

- Starke Ankläger - fähige Verteidiger

Heft 28, S. 44 - 48

**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)
- L' intérêt au recours en procédure civile
- La loi fédérale sur les fors en matière civile
- et les modifications du Code de procédure civile bernois
- La loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 : le recours en matière civile et ses répercussions sur les juges civils bernois

Heft 5

Heft 8, S. 13 - 15

Heft 19, S. 17 - 57

Heft 28, S. 54 - 66

**Reusser Peter, Kreisgerichtspräsident**

- Zur Erarbeitung des Strafurteils im erstinstanzlichen Kollegialgericht

Heft 21, S. 39 - 61

**Saluz Eva, Fürsprecherin**

- Sind Anwälte zu allem fähig ... oder zu mehr ...?

Heft 28, S. 32 – 36

**Saurer Nicole, Kammerschreiberin**

- Zur unentgeltlichen Rechtspflege

Heft 28, S. 67 – 73

**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, Dr., alt Oberrichter**

- Das Unmittelbarkeitsprinzip als gesetzliche Vorgabe und seine Umsetzung in der Praxis
- Einige Grundgedanken zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB
- Opportunitätsprinzip und Legalitätsprinzip und die polizeiliche Generalklausel
- Von einem der auszog, der Gerechtigkeit auf die Spur zu kommen

Heft 1, S. 23 - 36

Heft 3

Heft 13, S. 15 - 43

Heft 23, S. 23 - 30

- Zwei Anwälte, ein Staatsanwalt und ein Überläufer Heft 28, S. 49 - 53

#### **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
- Aus der Praxis der Anklagekammer in den Jahren 2004 + 2005 Heft 27, S. 28 - 69

#### **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 Heft 3
- Richtiges Recht richtig sprechen Heft 26, S. 22-35

#### **Weber Markus, Generalprokurator**

- Erwartungen an ein psychiatrisches Gutachten aus der Sicht der Justiz Heft 13, S. 44 - 61
- Der Beweis aus rechtlicher Sicht Heft 18, S. 18 - 30
- Zehn Gebote für junge Fürsprecher 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? Heft 2
- Juristische Aspekte bei sexueller Ausbeutung Heft 15, S. 12 - 37

#### **Zollinger U., Hartmann K.**

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

#### **Zünd Andreas, Dr., Bundesrichter**

- Das Ausländerstrafrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Heft 26, S. 52-63