



# N'ius

Neues aus der Berner Justiz  
Nouvelles de la Justice bernoise

Heft 25 – Dezember 2019  
25<sup>e</sup> livraison – décembre 2019

**Herausgeberin:**

Weiterbildungskommission der Berner Justiz

**Edition:**

Commission pour la formation continue  
de la justice bernoise

Christoph Hurni, Oberrichter, Vorsitz

Ronnie Bettler, Gerichtspräsident

Manuel Blaser, Gerichtspräsident

Marko Cesarov, Staatsanwalt

Evelyne Halder, Gerichtsschreiberin

Christian Josi, Oberrichter

Peter M. Keller, Verwaltungsrichter

Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin

Antonietta Martino Cornel, Leiterin Human Resources, Justizleitung des Kantons Bern

Marguerite Ndiaye, Gerichtsschreiberin

Daniel Peier, Justizinspektor

Thomas Perler, Staatsanwalt

Christof Scheurer, Stv. Generalstaatsanwalt

Samuel Schmid, Oberrichter

**Sekretariat/secrétariat:**

Jana Kunz, Obergericht des Kantons Bern,

Hochschulstrasse 17, 3012 Bern

(031 636 76 42, [weiterbildung.og@justice.be.ch](mailto:weiterbildung.og@justice.be.ch))

**Redaktor/rédacteur BE N'ius:**

Thomas Perler, Staatsanwalt, Amthaus, 3011 Bern

([thomas.perler@justice.be.ch](mailto:thomas.perler@justice.be.ch))

# Inhaltsübersicht • Table des matières

- 3** Die Ecke des Redaktors  
Le coin du rédacteur
- 5** Kursprogramm 2020  
Programme des cours 2020
- 14** Neues aus dem Bundeshaus Des nouvelles des autorités fédérales
- 19** Daniel Bähler  
Kindesschutz ohne Grenzen
- 23** Thomas Müller-Graf  
Die Justizverwaltung – Chance oder Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit?
- 31** Anina Steiner  
Teilzeit arbeiten und studieren? Na klar!
- 34** Franz Müller  
Schriftliche Entscheidbegründungen aus Sicht der Anwaltschaft
- 37** Christian Josi  
Urteilsredaktion in erster Instanz: einige Grundsätze
- 41** Christoph Hurni  
Urteilsredaktion in zweiter Instanz: einige Grundsätze
- 43** Danielle Schwendener  
Kindesanhörung nach Art. 298 ZPO: Ausgewählte Aspekte aus der Gerichtspraxis
- 57** Ria Walther  
Vom dynamisch routinierten Senior in der Strafbefehlsabteilung
- 59** Publikationen aus unseren Reihen  
Publications émanant de membres de la justice bernoise





# Die Ecke des Redaktors

## Le coin du rédacteur

Liebe Kolleginnen und Kollegen

Liebe Leserinnen und Leser

„Alles neu macht der Mai« tönt mit Blick auf die doch recht nebelverhangenen Wintertage etwas gar verwegen, aber irgendwie geben wir uns doch jedes Jahr wieder aufs Neue der Gewissheit hin, dass es dann schon wieder Frühling wird und es überall wieder fröhlich grünt, wo es eben erst noch verdorrt und trübe ausgesehen hat. Und genau einen solchen Wandel wird auch unser BE N'ius im Frühling 2020 erleben, denn der etwas müde gewordene Redaktor aus dem Cretazeum (= Kreide, also die Zeit, in welcher die Lehrer noch mit selbiger an die Wandtafel schrieben) wird der noch spritzigen Redaktorin aus dem Electrizeum (= elektronisches Zeitalter, indem das Blättern dem Scrollen Platz gemacht hat) weichen. Ich freue mich sehr, dass mit Denise Weingart, Gerichtspräsidentin in Biel, eine kompetente und motivierte Nachfolgerin für die Redaktion unseres Blattes gefunden werden konnte und wünsche ihr schon jetzt viel Spass bei dieser spannenden und abwechslungsreichen Aufgabe. Und auch das BE N'ius selbst als Heft wird sich verändern, Blatt wird Bildschirm weichen, denn es gibt BE N'ius ab der Frühjahrsausgabe 2020 neu in elektronischer Form und sogar mit einer ISBN-Nummer versehen. So wird der Zugriff auf sämtliche Beiträge des BE N'ius von überall her, jederzeit und leicht möglich – für unser Hausblatt bricht eine neues Zeitalter an, worauf wir uns alle freuen dürfen.

Und dennoch freut es mich halt auch ein letztes Mal sehr, dass so viele geschätzte Autorinnen und Autoren aus Justiz und auch der Anwaltschaft die heutige Version des BE N'ius noch einmal mit einem papierernen Beitrag ehren; es sind dies:

Die Herren Oberrichter Christoph Hurni und Christian Josi, sowie Rechtsanwalt Franz Müller, welche uns aus dem Weiterbildungskurs vom 14. Mai 2019 zum Thema der guten Urteilsredaktion die Kernpunkte mitgeben – für alle, die dabei sein konnten, ein Refresher, für die Anderen wertvolles Handgepäck. Dann ermöglicht uns Oberrichter Daniel Bähler einen spannenden Einblick in das wichtige Thema des internationalen Kindesschutzes und Gerichtspräsidentin Danielle Schwendener bietet uns eine fundierte Auslegeordnung zur Kindesanhörung im Familienrecht – inkl. einer praktischen Tabelle zum Vorgehen bei der Befragung von Kindern.

Chères Collègues, chers Collègues

Chères Lectrices, chers Lecteurs,

«En mai, fait ce qu'il te plaît»; citer ce proverbe en ces jours de brouillard hivernal paraît un peu déplacé, mais d'une manière ou d'une autre, il nous donne chaque année l'espoir d'un renouveau printanier qui arrivera bientôt, faisant reverdir les paysages desséchés et blafards. C'est précisément un tel renouveau que va connaître notre BE N'ius au printemps 2020, car son rédacteur datant du crétacé (= craie, soit l'époque où les maîtres d'école écrivaient encore au tableau noir avec un tel instrument), un peu fatigué, va céder sa place à une rédactrice pleine d'entrain issue de l'ère de l'électronique, où scroller a remplacé l'action de feuilleter un magazine. Je suis très heureux que nous ayons trouvé une successeure compétente et motivée pour la rédaction de notre revue en la personne de Denise Weingart, présidente de tribunal à Bienne, et je lui souhaite d'ores et déjà beaucoup de plaisir dans l'accomplissement de cette tâche captivante et variée. Et notre revue BE N'ius elle-même va muer: le papier va être remplacé par l'écran sous toutes ses formes, car BE N'ius sera publié dès son édition de printemps 2020 sous forme électronique et même assortie d'un numéro ISBN. Ainsi, toutes les contributions figurant dans BE N'ius pourront être consultées aisément partout et à tout moment – une nouvelle ère s'ouvre à notre publication, et nous pouvons nous en réjouir!

Et je me réjouis aussi une dernière fois d'avoir l'honneur de vous présenter la revue BE N'ius sur papier, avec des contributions passionnantes de nombreux rédacteurs et de nombreuses rédactrices issues du monde de la justice et des avocats et avocates. Les juges d'appel Christoph Hurni et Christian Josi et l'avocat Franz Müller partagent avec nous les points principaux du cours de formation continue du 14 mai 2019 qui avait pour thème la bonne rédaction d'un jugement – un bon résumé pour toutes celles et ceux qui y ont participé et un aide-mémoire précieux pour les autres. Ensuite, le juge d'appel Daniel Bähler nous propose un aperçu passionnant de la situation dans le domaine important de la protection internationale des enfants, et Danielle Schwendener, présidente de tribunal, nous présente les principes applicables en matière d'audition des enfants en droit de la famille, avec une table de pratique résumant la marche à suivre.

Was wäre ein BE N'ius ohne Befindlichkeitsbericht aus dem Justizinnern; so gibt uns Ria Walther Einblicke in das oftmals unterschätzte Dasein als Senior und Letzteres will englisch ausgesprochen sein, damit auch der Redaktor sich nicht zu einer Seniorin versteigt. Anina Steiner schliesslich liefert Belege dafür, dass Teilzeitarbeit und Studium sich nicht widersprechen und unser scheidender Verwaltungsgerichtspräsident Thomas Müller, der uns per Ende Jahr vom Bundesgericht abgeworben wurde, stellt in seinem prägnanten und überzeugenden Stil das Berner Justizsystem vor, das zurzeit justizintern auch heftig diskutiert wird und nicht unumstritten ist.

Ganz am Schluss möchte ich noch herzlich danken. Vorab meinen Kolleginnen und Kollegen aus der Weiterbildungskommission und all denen, die sich in den letzten 18 Ausgaben unseres Hefts die Zeit genommen und den oft erheblichen Aufwand nicht gescheut haben, das BE N'ius mit ihren Beiträgen zu bereichern. Dann natürlich dem Team, welches mich in zum Teil abwechselnder Besetzung in meiner Redaktorenzeit stets mit viel Engagement unterstützt hat. So zuletzt Christian Josi und Céline Fuchs mit ihren treuen Beiträgen «Neues aus dem Bundeshaus», Marguerite Ndiaye mit ihrer kompetenten Vertretung der Interessen unserer frankophonen Kolleginnen und Kollegen, Thomas Ackermann mit seinem hartnäckigen Suchen und Finden von Beiträgen aus dem Verwaltungsrecht und Antonietta Martino Cornet mit ihrem unermüdlichen Liefern von neuen Gesichtern aus der Justiz. Last but never as least as now Jana Kunz und Philippe Berberat. Jana für ihre zen buddhistische Geduld mit meinen last-minute-Eingaben und Phil für seine inspirierten Übersetzungen von oft Unübersetzbarem ins Französische. Sollte ich nun dennoch jemanden vergessen haben, möge man mir verzeihen.

Partir ist auch für mich ein bisschen mourir – Allen alles Gute!

Thomas Perler

Et que serait BE N'ius sans un rapport diagnostique de l'état de la justice? Ria Walther nous fait ainsi part de la situation quotidienne souvent méconnue des seniors. Par ailleurs, Anina Steiner nous fournit les preuves que travail à temps partiel et études sont compatibles, et Thomas Müller, président démissionnaire de notre Tribunal administratif, qui a été enlevé par le Tribunal fédéral pour la fin de l'année, présente dans son style éloquent et convaincant le système judiciaire bernois, qui est actuellement l'objet de grandes discussions internes à la justice et n'est pas contesté.

Enfin, j'aimerais exprimer encore mes remerciements chaleureux. En premier lieu à mes collègues de la commission de la formation continue et à tous ceux et toutes celles qui ont pris l'énergie importante et le temps nécessaire, tout au long des 18 dernières éditions de notre revue, pour enrichir BE N'ius de leurs contributions. Mes remerciements vont aussi à toute l'équipe, dont les membres se sont en partie succédés, qui m'a accompagné avec un grand engagement constant au cours de ma mission de rédacteur. Je citerai parmi beaucoup d'autres Christian Josi et Céline Fuchs, avec leur chronique régulière «Des nouvelles des autorités fédérales», Marguerite Ndiaye, notre fidèle et compétente représentante de nos collègues francophones, Thomas Ackermann, avec ses contributions pointues et passionnantes dans le domaine du droit administratif, et Antonietta Martino Cornet, qui nous présente tous les nouveaux visages de la justice bernoise. Last but never as least as now Jana Kunz et Philippe Berberat. Jana pour sa patience zen face à mes papiers de dernière minute et Phil pour ses traductions inspirées de textes souvent intraduisibles d'allemand en français. Et si j'ai malgré tout oublié quelqu'un, je vous implore de faire preuve de clémence à mon égard.

Pour moi aussi, partir c'est un peu mourir – A toutes et tous, je vous souhaite le meilleur du monde!

Thomas Perler

Traduction:  
Philippe Berberat  
Greffier au Tribunal administratif  
du canton de Berne



# Kursprogramm 2020

## Kursanmeldungen 2020

Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung Bern können sich direkt via Lernplattform des Kantons Bern [www.be.ch/lernplattform](http://www.be.ch/lernplattform) über die Kurse der Weiterbildungskommission der bernischen Justiz informieren.

Kursanmeldungen für die Kurse des Jahres 2020 werden ausschliesslich elektronisch über folgenden Link entgegen genommen:  
[www.be.ch/lernplattform](http://www.be.ch/lernplattform)

Wer sich auf der Lernplattform nur als Gast anmelden kann (z.B. Rechtsanwälte, ausserkantonale Justizangestellte), sendet vor der ersten Kursanmeldung eine E-Mail an [weiterbildung.og@justice.be.ch](mailto:weiterbildung.og@justice.be.ch).

Anschliessend wird ein Zugang zur Lernplattform erteilt.

# Programme des cours 2020

## Inscription aux cours 2020

Les employés de l'administration cantonale bernoise qui souhaitent des informations au sujet des cours proposés par la commission de la formation continue de la justice du canton de Berne peuvent consulter directement la plateforme du canton de Berne <http://www.be.ch/plateforme-de-formation>

Dorénavant, les inscriptions aux cours pour l'année 2020 s'effectueront uniquement de manière électronique à partir du lien suivant [www.be.ch/plateforme-de-formation](http://www.be.ch/plateforme-de-formation)

Les personnes qui ne peuvent s'inscrire qu'en qualité d'invité (par exemple les avocats, les membres de la justice externes au canton de Berne), doivent envoyer, avant la première inscription à un cours, un e-mail à l'adresse suivante [weiterbildung.og@justice.be.ch](mailto:weiterbildung.og@justice.be.ch).

Un accès à la plateforme leur sera ensuite communiqué.



**Kurs 1****Unterhaltsberechnungen mit Excel**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz.

Wer kennt sie nicht, die «Bähler-Tabellen»? Und wer möchte nicht einmal «his master's voice» dazu hören, wie sie funktionieren und welche Kniffe es bei ihrer Anwendung gibt? In diesem doppelt, d.h. einmal am Vor- und einmal am Nachmittag geführten Kurs werden Ihnen die nötigen Kenntnisse der Unterhaltsberechnung anhand praktischer Rechenbeispiele vermittelt.

**Kursleitung:**

Christoph Hurni, Oberrichter

**Referierende:**

Daniel Bähler, Oberrichter

**Dauer:**

½ Tag (die Zuteilung zur Vormittags- oder Nachmittagsgruppe erfolgt mit der Kurseinladung)

**Termin:**

Mittwoch, 22. Januar 2020

**Kursort:**

Amt für Informatik und Organisation des Kantons Bern (KAIO), Wildhainweg 9, Bern, Schulungsraum 16

**Anmeldefrist:**

Mittwoch, 15. Januar 2020

Die maximale Teilnehmerzahl von **32 Personen** wurde bereits erreicht. Eine Anmeldung für die Warteliste (ebenfalls online via Lernplattform) ist aber möglich.

**Cours 1****Calcul des contributions d'entretien avec Excel**

Ouvert aux membres de la justice bernoise.

Qui ne connaît pas les «tabelles Bähler»? Et qui ne souhaiterait pas entendre une fois «his master's voice» sur le sujet, savoir comment elles fonctionnent et connaître les astuces dans leur application? Dans ce cours double, c'est-à-dire qui se déroulera une fois dans la matinée et une fois l'après-midi, les connaissances nécessaires au calcul des contributions d'entretien vous seront transmises en partant d'exemples pratiques.

**Direction du cours:**

Christoph Hurni, Juge d'appel

**Conférenciers:**

Daniel Bähler, Juge d'appel

**Durée:**

½ journée (l'affectation au groupe de la matinée ou à celui de l'après-midi se fait avec l'invitation au cours)

**Date:**

Mercredi, 22 janvier 2020

**Lieu:**

Office d'informatique et d'organisation du canton de Berne (OIO), Wildhainweg 9, Berne, salle 16

**Inscription:**

Mercredi, 15 janvier 2020

Le nombre maximal de **32 participants** a d'ores et déjà été atteint. Il est toutefois possible de s'inscrire sur la liste d'attente (également en ligne via la plateforme de formation).

**Kurs 2****Neues zum SchKG**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und für die Mitglieder des BAV

Das SchKG ist ein über hundertjähriges Gesetz – und dennoch stets in Entwicklung. In diesem Kurs sollen einige neue Blicke darauf geworfen werden: Zunächst wird uns Prof. Eichel eine Aussensicht auf das SchKG vorstellen. Er wird uns darlegen, was einem unbefangenen Beobachter, der bislang im deutschen Recht heimisch war, an unserem SchKG auffällt. Danach wird Prof. Heinzmann auf neuere Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Rechtsöffnungsrecht eingehen. Anschliessend stellt uns Prof. Rodriguez den neuen Art. 8a SchKG vor, bevor schliesslich Sandro Campigotto, Leiter des Konkursamts Bern-Mittelland, aus dem Nähkästchen plaudert und uns darlegt, welche Schritte er nach einer Konkurseröffnung in seiner Amtspraxis konkret unternimmt.

**Kursleitung:**

Christoph Hurni, Oberrichter

**Referierende:**

Prof. Dr. Florian Eichel, Ordinarius für Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Internationales Privatrecht sowie schweizerisches, ausländisches und internationales Zivilverfahrensrecht an der Uni Bern

Prof. Dr. Michel Heinzmann, Ordinarius für Zivilprozessrecht, Zwangsvollstreckungsrecht und Grundlagen des Rechts an der Uni Fribourg

Prof. Dr. Rodrigo Rodriguez, Ordinarius für Zivilverfahrensrecht mit Schwerpunkt SchKG an der Uni Luzern, Leiter der Oberaufsicht SchKG im Bundesamt für Justiz

Sandro Campigotto, Leiter des Konkursamts Bern-Mittelland

**Dauer:**

½ Tag, 13:30 Uhr bis 17:00 Uhr

**Termin:**

Dienstag, 3. März 2020

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Dienstag, 25. Februar 2020

**Cours 2****Nouveautés en LP**

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

La LP est une loi qui est plus que centenaire – et néanmoins toujours en évolution. Durant ce cours, seront jetés quelques nouveaux regards sur cette matière: le Professeur Eichel nous présentera d'abord une vue de l'externe sur la LP. Il nous exposera ce qui, dans notre LP, attire l'attention d'un observateur impartial, qui jusqu'ici était familier du droit allemand. Ensuite, le Professeur Heinzmann abordera les nouveaux développements de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit de la mainlevée. Le Professeur Rodriguez poursuivra sur le thème du nouvel art. 8a LP avant que Sandro Campigotto, Chef de l'Office des faillites Berne-Mittelland, nous livre ses secrets en nous exposant quelles démarches concrètes il entreprend dans la pratique de son office après l'ouverture d'une faillite..

**Direction du cours:**

Christoph Hurni, Juge d'appel

**Conférenciers:**

Prof. Dr. Florian Eichel, Professeur ordinaire du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite, droit international privé, ainsi que droit de la procédure civile suisse, étrangère et internationale à l'Université de Berne

Prof. Dr. Michel Heinzmann, Professeur ordinaire de procédure civile et du droit de l'exécution forcée et fondement du droit à l'Université de Fribourg

Prof. Dr. Rodrigo Rodriguez, Professeur ordinaire de procédure civile, matière principale LP, à l'Université de Lucerne, Chef du Service chargé de la Haute surveillance sur la LP à l'Office fédéral de la justice

Sandro Campigotto, Chef de l'Office des faillites Berne-Mittelland

**Durée:**

½ journée, 13:30 à 17:00 heures

**Date:**

Mardi, 3 mars 2020

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coût:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

Mardi, 25 février 2020

**Kurs 3****Die Anklageschrift – was man weiss und doch nicht kennt?**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und für die Mitglieder des BAV

Die Anklageschrift aus Sicht der Anwaltschaft, der Staatsanwaltschaft und des Gerichts. Drei Kenner der Materie und Praktiker referieren aus ihrer Warte. Art. 329 oder Art. 333 StPO? Welches ist für die Verteidigung der beste Zeitpunkt, eine Verletzung der Anklageschrift zu rügen? Wie wird eine gute Anklageschrift erstellt? Alternativ- und Eventualsachverhalte, evtl. auch in einem Strafbefehl? Weiss der Beschuldigte, was ihm vorgeworfen wird oder nicht? Ist dabei der gute Wille des Beschuldigten, resp. der Anwaltschaft zu berücksichtigen? Die Veranstaltung bezweckt, Licht in diese und andere Fragen zur Anklageschrift zu bringen.

**Kursleitung:**

Samuel Schmid, Oberrichter

**Referierende:**

Prof. Dr. iur. Niklaus Ruckstuhl, Rechtsanwalt  
Dr. iur. Ulrich Weder, ehemals leitender Staatsanwalt  
Fürsprecher Hanspeter Kiener, Oberrichter Kanton Bern

**Dauer:**

½ Tag, 09:00 Uhr bis ca. 12:15 Uhr

**Termin:**

Donnerstag, 26. März 2020

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Donnerstag, 19. März 2020

**Cours 3****L'acte d'accusation – ce que vous savez et ne savez pas encore?**

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

L'acte d'accusation, du point de vue des avocats, du Ministère public et des juges. Trois praticiens connaisseurs de la matière nous exposeront leurs points de vue. L'art. 329 ou l'art. 333 CPP? A quel moment l'avocat doit-il faire valoir une violation de l'acte d'accusation? En quoi consiste un bon acte d'accusation? Les états de fait alternatifs et éventuels ont-ils leur place dans une ordonnance pénale? Le prévenu sait-il ce qu'on lui reproche ou pas? La bonne volonté du prévenu et de son avocat doit-elle être prise en considération? Ce cours a pour but de mettre en lumière tous ces aspects et d'autres questions intéressantes.

**Direction du cours:**

Samuel Schmid, juge d'appel

**Conférenciers:**

Niklaus Ruckstuhl, Dr en droit, professeur, avocat  
Ulrich Weder, Dr en droit, ancien procureur en chef  
Hanspeter Kiener, avocat, Juge d'appel

**Durée:**

½ journée, 09.00–12.15 heures

**Date:**

jeudi, 26 mars 2020

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coût:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

jeudi, 19 mars 2020

**Kurs 4****Der faire Prozess: Was heutige Richterinnen und Richter aus der Geschichte lernen können**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und für die Mitglieder des BAV.

Im mittelalterlichen römisch-kanonischen Recht, das unser Rechtsverständnis massgebend geprägt hat, wurden schon die Grundlinien eines «fairen» Prozesses herausgearbeitet. In Folge einer besonders radikalen Auffassung der Verteidigungsrechte kann man allerdings weniger von «Waffengleichheit», als von einer klaren Bevorteilung des Angeklagten sprechen. Damit verbunden findet man eine kritische Betrachtung des Prozesses an sich als Streitbeilegungsmittel. Die aus dieser Einstellung entstandenen Regeln, z.B. auf dem Gebiet des Beweisrechts, mögen in ihrer Detailfülle und Präzision gerade auch die heutigen Richterinnen und Richter noch beeindrucken und inspirieren.

**Kursleitung:**

Christoph Hurni, Oberrichter

**Referierende:**

Prof. Dr. Yves Mausen, Ordinarius für Rechtsgeschichte und Religionsrecht

**Dauer:**

10:30 bis 11:30 Uhr

**Termin:**

Donnerstag, 2. April 2020

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Donnerstag, 26. März 2020

**Cours 4****Le procès équitable: Ce que les juges d'aujourd'hui peuvent apprendre de l'histoire**

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

Les lignes directrices d'un procès «équitable» étaient déjà tracées dans le droit romain canonique médiéval qui a imprégné considérablement notre compréhension du droit. Selon une conception très radicale des droits de la défense, on parlera plutôt d'un avantage clairement donné à l'accusé que d'une «égalité des armes» et en corollaire, on trouve un regard critique sur le procès comme moyen en soi de régler les différends. Les règles issues de cette conception, par ex. dans le droit de la preuve, peuvent encore impressionner et inspirer les juges actuellement par leurs détails fouillés et leur précision.

**Direction du cours:**

Christoph Hurni, Juge d'appel

**Conférenciers:**

Prof. Dr. Yves Mausen, Professeur ordinaire d'histoire du droit et du droit des religions à l'Université de Fribourg

**Durée:**

10:30 à 11:30 heures

**Date:**

Jeudi, 2 avril 2020

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coût:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

Jeudi, 26 mars 2020

**Kurs 5****Umgang mit Querulanten**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und für die Mitglieder des BAV

Was zeichnet einen Querulanten aus? Welche Arten von Querulanten gibt es? Wie soll das Gericht mit diesen umgehen – am Telefon, an der Loge, schriftlich und im Gerichtssaal? Welche Mittel stellen uns die ZPO, die StPO und das VRPG im Umgang mit Querulanten zur Verfügung und wie sinnvoll sind diese?

Diese Weiterbildung richtet sich ausdrücklich auch an die Sekretariatsmitarbeitenden.

**Kursleitung:**

Ronnie Bettler, Oberrichter

**Referierende:**

Dr. Jens Hoffmann (Diplom-Psychologe; Leiter des Instituts Psychologie und Bedrohungsmanagement in Darmstadt, Deutschland)

**Dauer:**

½ Tag, 13.30–17.00 Uhr

**Termin:**

Donnerstag, 30. April 2020

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Dienstag, 23. April 2020

**Cours 5****Comment se comporter avec les querulants**

Ouvert aux membres de la Justice bernoise et de l'ABB

Qu'est-ce qui caractérise un querulant? Quels sont les genres de querulants? Comment le tribunal doit-il procéder avec eux – au téléphone, à la loge, par écrit et dans la salle d'audience? Quels moyens le CPC, le CPP et la LPJA mettent-ils à disposition pour traiter avec eux et ces moyens sont-ils judiciaires?

Cette formation continue s'adresse expressément également aux collaborateurs et collaboratrices du secrétariat.

**Direction du cours:**

Ronnie Bettler, juge d'appel

**Conférenciers:**

Dr Jens Hoffmann (Diplôme en psychologie; Chef de l'Institut Psychologie et gestion des menaces à Darmstadt, Allemagne)

**Durée:**

½ journée, 13.30–17.00 heures

**Date:**

jeudi, 30 avril 2020

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coût:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

jeudi, 23 avril 2020

**Kurs 6****Tagung in Strafsachen**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und für die Mitglieder des BAV

Der Menschenhandel und dessen verfahrensrechtlichen Aspekte werden den Einstieg dieser neuen Weiterbildungsveranstaltung bilden. Weiter legen wir den Fokus auf die Befolgung von Weisungen, welche den Tätern von häuslicher Gewalt auferlegt werden. Ein Aspekt der die Gerichte in besonderem Ausmass beschäftigt. Die Problematiken rund um die Teilnahmerechte stellen ein weiterer Punkt des Programms dar, namentlich ab welchem Zeitpunkt die Parteien diesen geltend machen können, die Tragweite der Teilnahmerechte in parallelen Strafverfahren, die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft die Teilnahmerechte zu beschränken, der Anspruch auf Wiederholung der Beweiserhebung, die Frage, ob die Passivität der Parteien in der Annahme eines Verzichts münden kann, oder auch das Schicksal derjenigen Beweismittel, die in Verletzung der Mitwirkungsrechte erhoben wurden. Schliesslich widmen wir uns verschiedenen Fragen zum Strafbefehl.

**Kursleitung:**

Marguerite Ndiaye, a.o. Gerichtspräsidentin

**Referierende:**

Bertrand Perrin, Professor für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Universität Freiburg, Lehrbeauftragter für Strafrecht an der FernUni sowie nebenamtlicher Richter am Bundesstrafgericht.

Alexandre Guisan, Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Genf.

Dr. Véronique Jaquier Erard, Lehrbeauftragte und Leiterin des Forschungsprojekts Kriminologie des Centre romand an der Universität Neuenburg sowie Lehrbeauftragte an der École de droit der Universität Lausanne

André Kuhn, Professor für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Neuenburg.

**Dauer:**

1 Tag, der Kurs findet auf Französisch statt

**Termin:**

Freitag, 8. Mai 2020

**Kursort:**

Kongresshaus, Biel

**Kurskosten:**

CHF 200.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Freitag, 1. Mai 2020

**Cours 6****Journée de droit pénal**

Ouvert aux membres de la Justice bernoise et de l'ABB

Ouvert aux membres de la justice bernoise ainsi qu'aux membres de l'AAB. Cette nouvelle journée permettra d'aborder des thématiques diverses du droit pénal. Nous nous pencherons d'une part sur la traite d'êtres humains et quelques enjeux procéduraux y relatifs. Un point sera également fait sur le suivi des auteurs de violences domestiques, domaine qui occupe les tribunaux dans une large mesure. Nous aborderons également les problématiques liées au droit de participer telles que le moment à partir duquel les parties peuvent se prévaloir de ce rouage essentiel à la procédure pénale, sa portée lors de procédures parallèles, la possibilité pour le ministère public de le restreindre, le droit de demander à ce que la preuve soit répétée, la passivité des parties pouvant conduire à sa renonciation ou encore le sort des preuves récoltées lorsque ce droit a été violé. Nous nous pencherons enfin sur les enjeux de la procédure de l'ordonnance pénale.

**Direction du cours:**

Marguerite Ndiaye, Présidente e.o.

**Conférenciers:**

Bertrand Perrin, Professeur associé de droit pénal et de procédure pénale à l'Université de Fribourg, Chargé de cours en droit pénal spécial dans le cadre d'UniDistance et Juge suppléant au Tribunal pénal fédéral.

Alexandre Guisan, Greffier-juriste de la Cour de justice de Genève

Dr Véronique Jaquier Erard, Chargée d'enseignement et cheffe de projet de recherche du Centre romand de recherche en criminologie de l'Université de Neuchâtel et chargée de cours de l'École de droit de l'Université de Lausanne

André Kuhn, Professeur à l'université de Neuchâtel

**Durée:**

1 journée, cette journée se déroulera en français

**Date:**

vendredi, 8 mai 2020

**Lieu:**

Palais des Congrès, Bienne

**Coût:**

CHF 200.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

vendredi, 1<sup>er</sup> mai 2020

**Kurs 7****«Rechtsmedizin, mehr als nur Obduktionen!»**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und für die Mitglieder des BAV

Wer «Rechtsmedizin» hört, denkt vermutlich zunächst einmal nur an Leichen und Obduktionen. Hinter der Rechtsmedizin verbirgt sich heutzutage jedoch weitaus mehr. Zahlreiche forensische Wissenschaften werden in einem Institut für Rechtsmedizin betrieben bzw. als Dienstleistung vorgehalten, welche häufig erst auf den zweiten Blick in Erscheinung treten. Der Kurs soll einige dieser Techniken und Methoden aus ihrem Schattendasein holen und näher beleuchten, damit deren Stärken und Schwächen besser bekannt sind und ihr Einsatz dort erwogen werden kann, wo sie sinnvoll und hilfreich erscheinen. Stellvertretend für viele mehr fokussiert sich der Kurs dabei auf die Mikroskopie (feingewebliche Untersuchungen), die Blutspurenanalyse und die morphometrische 3D Rekonstruktion.

**Kursleitung:**

Christof Scheurer, stv. Generalstaatsanwalt

**Referierende:**

Prof. Dr. Christian Jackowski  
 Prof. Dr. med. Christian Schyma  
 MSc. sc. forens. Matthieu Glardon  
 Dipl. Ing. Ursula Buck  
 MSc Kirsten Busse

**Dauer:**

½ Tag, 14.00–17.00 Uhr

**Termin:**

Donnerstag, 14. Mai 2020

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Donnerstag, 7. Mai 2020

**Cours 7****«Médecine légale, plus que des autopsies!»**

Ouvert aux membres de la Justice bernoise et de l'AAB

En entendant parler de médecine légale, on pense probablement d'abord exclusivement aux morts et aux autopsies. De nos jours pourtant, beaucoup plus de spécialités se cachent sous le terme «médecine légale». De nombreuses sciences forensiques sont pratiquées dans un institut médico-légal ou disponibles comme prestations, mais ne sont guère remarquées à première vue. Le séminaire a pour but de tirer quelques-unes de ces techniques et méthodes de l'ombre à la lumière du jour, pour les étudier de près. Ainsi on connaîtra mieux leurs possibilités et limitations et pourra délibérer leur application dans les cas où il paraîtra approprié et utile. De façon représentative, le séminaire se concentre sur la microscopie (histopathologie), l'analyse des traces de sang et la reconstitution morphométrique en 3D.

**Direction du cours:**

Christof Scheurer, procureur général suppléant

**Conférenciers:**

Prof. Dr. Christian Jackowski  
 Prof. Dr. med. Christian Schyma  
 MSc. sc. forens. Matthieu Glardon  
 Dipl. Ing. Ursula Buck  
 MSc Kirsten Busse

**Durée:**

½ journée, 14.00–17.00 heures

**Date:**

jeudi, 14 mai 2020

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coût:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

jeudi, 7 mai 2020

**Kurs 8****Das Recht der Planerverträge**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz, der Kantonspolizei und die Mitglieder des BAV

Ohne Planung kein Bauwerk. Ob die Planerinnen oder Planer als Ingenieure oder als Architekten, als Einzelplaner oder als Gesamtplaner auftreten, beim Bauen führt kein Weg an ihnen vorbei. Entsprechend hoch ist die Bedeutung der Verträge, die sie mit ihren Auftraggebern abschliessen. Die Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit diesen Planerverträgen stellen, sind zahlreich, nicht selten schwierig und trotz höchstrichterlicher Rechtsprechung umstritten. Diese Veranstaltung geht aus von der Qualifikation der Planerverträgen und den Folgen, die damit verbunden sind. Sie beleuchtet die Pflichten der Planer, ihre Haftung und die Verhältnisse, die sich ergeben, wenn Planer neben Unternehmern haften. Stets orientiert sie sich am Gesetz, aber auch an den Vertragsnormen, die der SIA und die KBOB für Planerverträge geschaffen haben und die in der Praxis weit verbreitet sind.

**Kursleitung:**

Dr. iur. Christian Josi, Oberrichter

**Referierende:**

Prof. Dr. iur. Hubert Stöckli, Professor für Zivil- und Handelsrecht an der Universität Freiburg, Direktor des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Peter von Ins, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Wirtschaftsmediator

**Dauer:**

½ Tag, nachmittags

**Termin:**

Donnerstag, 28. Mai 2020

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Donnerstag, 21. Mai 2020

**Cours 8****Le droit des contrats de planification**

Ouvert aux membres de la justice bernoise, de la police cantonale ainsi qu'aux membres de l'ABB

Sans planification, pas de construction. Qu'ils officient en tant qu'architecte ou ingénieur, dans le cadre d'une planification isolée ou globale, les planificateurs et planificatrices sont incontournables lorsqu'il s'agit de construire. Les contrats que concluent leurs mandants avec eux présentent donc une grande importance. Les questions juridiques qui se posent dans le cadre de ces contrats de planification sont nombreuses, souvent complexes et controversées, malgré la jurisprudence des instances supérieures. Ce cours est consacré à la qualification des contrats de planification et à leurs conséquences. Il mettra en lumière les obligations des planificateurs et planificatrices, leur responsabilité et les conséquences qui en découlent, lorsque ceux-ci et celles-ci endossent une responsabilité parallèle à celle des entrepreneurs. Les dispositions légales, mais aussi les normes contractuelles élaborées par la SIA et la KBOB pour les contrats de planification nous serviront de guides.

**Direction du cours:**

Dr. iur. Christian Josi, juge d'appel

**Conférenciers:**

Hubert Stöckli, Dr en droit, professeur de droit civil et commercial à l'université de Fribourg, directeur de l'institut pour le droit suisse et international de la construction;  
Peter von Ins, avocat spécialisé FSA en droit de la construction et droit immobilier, médiateur économique

**Durée:**

½ journée, après-midi

**Date:**

jeudi, 28 mai 2020

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coût:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

jeudi, 21 mai 2020

# Neues aus dem Bundeshaus

## Des nouvelles des autorités fédérales

### Strafrecht

Céline Fuchs, Staatsanwältin bei der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland

Am 28. August 2019 verabschiedete der Bundesrat die **Botschaft zur Revision der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)** zuhanden des Parlaments (vgl. auch Heft 22, 2018). Bei der geplanten Revision der StPO steht die Verbesserung der Praxistauglichkeit des Strafprozessrechts durch punktuelle Änderungen im Vordergrund. In diesem Zusammenhang soll das Teilnahmerecht einer beschuldigten Person an den Einvernahmen anderer Personen eingeschränkt werden, damit sie ihre Aussagen nicht an deren Aussagen anpassen kann. Konkret soll das Teilnahmerecht so lange eingeschränkt werden können, bis die beschuldigte Person sich selber zum Gegenstand der Einvernahme geäussert hat. Betreffend DNA-Profil hält die Strafprozessordnung neu ausdrücklich fest, dass ein DNA-Profil nicht nur zur Aufklärung jener Straftat erhoben werden darf, die Gegenstand des Verfahrens bildet, sondern auch zur Aufklärung anderer mutmasslich begangener oder möglicher künftiger Taten. Voraussetzung ist, dass dazu konkrete Anhaltspunkte bestehen. Weiter sollen die Verfahrensrechte der Opfer verbessert werden, insbesondere im Bereich der unentgeltlichen Rechtspflege. Opfer sollen künftig auch dann unentgeltliche Rechtspflege erhalten, wenn sie im Strafverfahren ausschliesslich Strafklage erheben und folglich keine Zivilansprüche geltend machen. Neu soll die Staatsanwaltschaft auch über Zivilforderungen entscheiden können. Betreffend die Rückerstattungspflicht für die unentgeltliche Prozessführung möchte der Bundesrat, dass das Opfer und seine Angehörigen ausdrücklich davon befreit werden. Weiter soll die StPO dahingehend revidiert werden, dass die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person im Strafbefehlsverfahren zwingend einvernehmen muss, wenn sie eine unbedingte Freiheitsstrafe ausspricht. Sodann soll die Staatsanwaltschaft gegen Entscheidung des Zwangsmassnahmengerichts über die Untersuchungs- und Sicherheitshaft Beschwerde erheben können. Schliesslich sollen die Voraussetzungen für die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft wegen Wiederholungsgefahr gelockert werden, sodass der besondere Haftgrund der Wiederholungsgefahr auch bei Ersttättern greifen kann.

Der **Leitfaden zur Bemessung der Genugtuung nach Opferhilfegesetz (OHG)** wurde vom Bundesamt für Justiz (BJ), unter Einbezug der kantonalen Opferhilfe-Fachleute, grundlegend überarbeitet. Dabei wurde dem Anliegen, den Leitfaden

insbesondere betreffend Genugtuungssummen zugunsten naher Angehörigen von Opfern von Tötungsdelikten, Beeinträchtigungen der sexuellen Integrität und psychischen Beeinträchtigungen zu überdenken und in der Regel grosszügiger zu fassen, Rechnung getragen. So wurden die Genugtuungen für eine Beeinträchtigung der sexuellen Integrität generell angehoben und die Bandbreiten wurden mit konkreten Beispielen angereichert. Weiter wurden erstmals Bandbreiten für eine Beeinträchtigung der psychischen Integrität festgelegt. Dementsprechend können zum Beispiel posttraumatische Belastungsstörungen bei der Bemessung der Genugtuung in Zukunft besser berücksichtigt werden. Schliesslich wurden die Bandbreiten für Genugtuungen zugunsten naher Angehörigen von Opfern von Tötungsdelikten nach oben ausgebaut und vereinheitlicht. Insgesamt wurde der Leitfaden gestrafft und neu strukturiert. Neu haben auch Angabe zur häuslichen Gewalt Eingang in den Leitfaden gefunden. Ferner wurden für jede Beeinträchtigungskategorie Bemessungskriterien eingeführt. Diese sind bei der Festlegung der Genugtuungssumme zu berücksichtigen.

Zum **besseren Schutz vor häuslicher Gewalt und Stalking** legte der Bundesrat in seiner Sitzung vom 3. Juli 2019 fest, dass die entsprechenden Änderungen im Zivil- und Strafrecht auf den 1. Juli 2020 in Kraft treten (dazu auch Heft 24, 2019). Ab diesem Zeitpunkt wird beispielsweise die Strafbehörde ein Verfahren nur noch sistieren können, wenn diese Massnahme geeignet scheint, um die Situation des Opfers zu stabilisieren oder zu verbessern. Besteht der Verdacht auf wiederholte Gewalt in der Paarbeziehung ist eine Sistierung des Verfahrens nicht mehr möglich. Die Strafbehörde kann neu anordnen, dass die beschuldigte Person ein Lernprogramm gegen Gewalt besucht. Sodann entscheidet in Zukunft die Strafbehörde und nicht mehr das Opfer, ob ein sistiertes Verfahren eingestellt wird oder nicht. Dadurch soll vermieden werden, dass das Opfer unter dem Druck des Täters entscheidet. Die Strafbehörde berücksichtigt bei ihrem Entscheid nicht nur die Erklärung des Opfers, sondern auch weitere Umstände. Die Strafbehörde entscheidet vor Ende der auf sechs Monate befristeten Sistierung abschliessend, ob sie das Verfahren einstellt oder wieder aufnimmt. Ab dem 1. Januar 2022 werden ferner Rayon- oder Kontaktverbote mit elektronischen Armbändern oder Fussfesseln überwacht werden können. Bis dahin haben die Kantone genügend Zeit, um die erforderlichen Vorbereitungen zu treffen.

Seit dem 1. Juli 2019 gelten **strengere Regeln für die Wiedergutmachung** (vgl. Heft 23, 2019). Der Täter kann gestützt auf Art. 53 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB) nur noch im Bereich der leichteren Kriminalität, das heisst wenn ein bedingte Freiheitsstrafe bis zu maximal einem Jahr in Betracht kommt, eine Strafbefreiung erwirken, indem er das Unrecht zum Beispiel mit einer Geldzahlung ausgleicht. Darüber hinaus muss der Täter die Tat eingestehen und folglich den Sachverhalt anerkennen. Weiter wurde die Praxis hinsichtlich Wiedergutmachung auch für Übertretungen ausdrücklich im Gesetz geregelt.

Künftig sollen die Strafverfolgungsbehörden mehr Informationen aus einer DNA-Spur herauslesen dürfen. Der Bundesrat hat anlässlich seiner Sitzung vom 28. August 2019 einen Entwurf für die **Anpassung des DNA-Profilgesetzes** bis am 30. November 2019 in die Vernehmlassung geschickt. Im revidierten Gesetz ist festgelegt, wann anhand einer DNA-Spur neben dem Geschlecht auch weitere äusserliche Merkmale einer Person, wie zum Beispiel Haar- und Augenfarbe untersucht werden können. Zudem vereinfacht das Gesetz die Löschrufen für DNA-Profile und regelt ausdrücklich den Abgleich einer Spur mit Verwandtschaftsbezug.

Der Bundesrat verabschiedete an seiner Sitzung vom 6. November 2019 die **Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG)**, wonach die Schweiz künftig allen internationalen Strafinstitutionen soll Rechtshilfe leisten können. Bislang regelt das IRSG nur die Rechtshilfe zwischen Staaten. Um der Schweiz zu ermöglichen, mit den internationalen Straftribunalen für EX-Jugoslawien und Ruanda sowie mit dem Ständigen Internationalen Strafgerichtshof zusammenzuarbeiten, wurden 1995 bzw. 2001 zwei separate Gesetze erlassen. Auf der Grundlage des Gesetzes von 1995, dem Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit den Internationalen Gerichten zur Verfolgung schwerwiegender Verletzungen des humanitären Völkerrechts, kann der Bundesrat die Zusammenarbeit zwar per Verordnung auf weitere Tribunale ausdehnen, doch erfüllen nicht alle Strafinstitutionen die in diesem Gesetz vorgesehenen Kriterien. Infolgedessen musste die Schweiz im Jahr 2016 wegen mangelnder Rechtsgrundlage ein Rechtshilfeersuchen des UNO-Sondertribunals für die Aufklärung des Mordes am ehemaligen libanesischen Ministerpräsidenten Rafik Hariri ablehnen. Für weitere seither geschaffene internationale Strafinstitutionen wie den Syrien-Mechanismus mit Sitz in Genf dürfte gemäss Bundesrat Gleiches gelten. Dazu kommt, dass dieses Gesetz bis Ende 2023 befristet ist. Diese Lücke im IRSG will der Bundesrat nun schliessen und damit eine umfassende und dauerhafte Zusammenarbeit mit internationalen Strafinstitutionen ermöglichen. Neu soll die Zusam-

menarbeit mit internationalen Strafinstitutionen zugelassen sein, wenn das Verfahren schwerwiegende Verletzungen des Völkerrechts betrifft. Die Zusammenarbeit mit Strafinstitutionen, die andere Delikte des Strafrechts verfolgen, ist die Zusammenarbeit ebenfalls möglich, sofern sie aufgrund einer für die Schweiz verbindlichen oder von ihr unterstützten Resolution der Vereinten Nationen errichtet worden sind. Darüber hinaus soll der Bundesrat die Zusammenarbeit unter gewissen Voraussetzungen per Verordnung auf weitere Strafinstitutionen ausdehnen können. Dazu erforderlich ist, dass die Errichtung der Institution auf einer Rechtsgrundlage beruht, welche ihre Kompetenzen in strafrechtlicher und strafprozessualer Hinsicht eindeutig festlegt, deren Verfahren die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien garantiert und die Zusammenarbeit der Wahrung der Interessen der Schweiz dient. Da die Zusammenarbeit mit internationalen Strafinstitutionen nicht wesentlich anders verläuft als mit Staaten, können die bewährten Grundsätze und Verfahren des IRSG sinngemäss angewendet werden, so namentlich der Grundsatz, wonach das IRSG die Zusammenarbeit ermöglicht, aber nicht dazu verpflichtet. Ferner schlägt der Bundesrat vor, das erwähnte Gesetz aus dem Jahr 1995 vorzeitig aufzuheben, weil dessen Geltungsbereich durch die vorgeschlagene Änderung abgedeckt wird. Demgegenüber soll das Bundesgesetz aus dem Jahr 2001 über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof in Kraft bleiben, da dieses eine verpflichtende Form der Zusammenarbeit vorsieht.

In Zukunft soll die legale Ausreise ins Heimatland nicht mehr vor der Vollstreckung einer Strafe schützen. Nachdem bereits der Nationalrat einem **Zusatzprotokoll zum Europäischen Überstellungsübereinkommen** zugestimmt hatte, erteilte auch der Ständerat während der Sommersession 2019 seine Zustimmung. Gegenwärtig ermöglicht das Abkommen im Ausland verurteilten Personen, auf Wunsch die Strafe im Heimatland zu verbüßen. Neu sollen Urteile auch dann im Heimatstaat vollstreckt werden können, wenn die verurteilte Person legal dorthin ausgereist ist.

Der Nationalrat verlangte anlässlich der Herbstsession 2019 vom Bundesrat **einen Bericht zu Tötungsdelikten an Frauen im häuslichen Umfeld**. Dabei sollen Ursachen erforscht und Massnahmen dagegen skizziert werden. Ein Postulat von Maya Graf (Grüne/BL) wurde stillschweigend angenommen. Das Bundesamt für Statistik (BFS) führt gemäss Bundesrat eine von 2019 bis 2024 angelegte Zusatzerhebung bei sämtlichen Tötungsdelikten der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) durch. Die Ergebnisse würden voraussichtlich im Jahr 2025 in einem Bericht publiziert und danach mit den Kantonen diskutiert werden.

Sodann nahm der Nationalrat entgegen der Empfehlung des Bundesrats eine Motion von Rosmarie

Quadranti (BDP/ZH) an. Rosmarie Quadranti stellt sich auf den Standpunkt, dass auch in der Schweiz Menschen zu Opfern würden, weil sie offensichtlich nicht zur Mehrheit gehörten. Der Nationalrat will nun **eine Statistik zu «hate crimes»** aufgrund von sexueller Orientierung, Geschlechtsidentität, Geschlechtsausdruck und Geschlechtsmerkmalen erheben lassen.

Der Nationalrat hiess eine Motion von Bernhard Guhl (BDP/AG) gut, die verlangt, dass bei Polizeikontrollen **Informationen betreffend Fahrausweisentzug** der Polizei auch dann zugänglich gemacht werden, wenn sie mit automatischen Fahndungs- und Verkehrskontrollsystemen arbeitet.

Sodann will der Nationalrat den Bundesrat beauftragen, eine **zentrale nationale Polizeidatenbank oder eine Vernetzungsplattform für die bestehenden kantonalen Polizeidatenbanken** zu schaffen. Eine Motion von Corina Eichenberger (FDP/AG) hat er stillschweigend angenommen. Diese geht nun an den Ständerat. Der Bundesrat hat sich dafür ausgesprochen und dargelegt, dass derzeit mit den Kantonen eine Vorstudie für eine nationale polizeiliche Abfrageplattform erarbeitet werde. Danach zeige sich, ob es Gesetzesänderungen brauche oder nicht. Es stehe jedoch keine zentrale Datenerfassung und -bearbeitung zur Diskussion.

Der Nationalrat entschied weiter, der von Natalie Rickli (SVP/ZH) eingereichten und von Andrea Martina Geissbühler (SVP/BE) übernommenen parlamentarischen Initiative, die verlangt, die **Altersgrenze für die Unverjährbarkeit sexueller Straftaten** von 12 auf 16 Jahre zu erhöhen, keine Folge zu geben.

Weiter will der Nationalrat **Verkehrssünder weniger hart bestrafen**. Er hat sich damit für eine parlamentarische Initiative von Jean-Pierre Grin (SVP/VD) ausgesprochen. Diese Initiative verlangt mildere Strafen für leichte und mittelschwere Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, z.B. wenn ein Lenker in einer Tempo-30-Zone 51 km/h fährt, weil er nicht merkt, dass er sich in einer Tempo-30-Zone befindet, oder wenn ein Lenker auf der Autobahn eine provisorische Geschwindigkeitsbegrenzung auf 80 km/h übersehen hat und mit 111 km/h fährt.

Gemäss der staatspolitischen Kommission des Nationalrates soll die Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise in die Schweiz sowie des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz weiterhin ausnahmslos bestraft werden, auch wenn aus humanitären Gründen gehandelt wurde. Damit spricht sie die Kommission gegen eine von Lisa Mazzone (Grüne/GE) eingereichte parlamentarische Initiative aus. Die parlamentarische Initiative verlangt, dass Personen, die Hilfe leisten, sich nicht strafbar machen, wenn sie dies aus achtenswerten Gründen tun. Die Kommission äusser-

te sich unter anderem dahingehend, dass bereits heute in leichten Fällen von einer Freiheitsstrafe abgesehen wird und nur eine Busse oder Geldstrafe ausgesprochen werden kann. Infolgedessen sei davon auszugehen, dass die Richterinnen und Richter in konkreten Fällen das Verhältnismässigkeitsprinzip anwenden und von hohen Strafen absehen würden, wenn aus humanitären Gründen gehandelt worden sei.

## Zivilrecht

Christian Josi, Oberrichter am Obergericht des Kantons Bern

### Änderung des Obligationenrechts (Bundesgesetz zur Umsetzung der Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke)

Auf den 1. November 2019 hat der Bundesrat das eingangs bezeichnete Gesetz in Kraft gesetzt. Obwohl das Gesetz primär eine steuerrechtliche Zielsetzung verfolgt, gehen damit auch teilweise weitreichende Änderungen des Gesellschaftsrechts einher.

Die bedeutendste Änderung stellt gewiss die Abschaffung bzw. Einschränkung der Inhaberaktien dar. So sind gemäss Art. 622 OR Inhaberaktien nur noch zulässig, wenn die Gesellschaft an der Börse kotiert ist oder die Inhaberaktien als Bucheffekten im Sinne des Bucheffektengesetzes (SR 957.1) ausgestaltet und in der Schweiz hinterlegt oder im Hauptregister eingetragen sind (Abs. 1bis). Aus dem Handelsregistereintrag muss hervorgehen, ob Beteiligungsrechte an der Börse kotiert sind oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind (Abs. 2bis). Bei einer Dekotierung muss die Gesellschaft die Inhaberaktien innert 6 Monaten in Namenaktien umwandeln oder als Bucheffekten ausgestalten (Abs. 2ter). Das Gesetz enthält zahlreiche Übergangsbestimmungen (ÜB); sie regeln auch den Fall, dass sich die Inhaber von Inhaberaktien nicht melden. Haben Gesellschaften 18 Monate nach Inkrafttreten der neuen Regelung in Abweichung zu den neuen gesetzlichen Bestimmungen noch Inhaberaktien, werden diese von Gesetzes wegen in Namenaktien umgewandelt (Art. 4 ÜB). Nach der Umwandlung in Namenaktien trägt die Gesellschaft die Aktionäre, die sich gemäss dem geltenden Art. 697i OR als Inhaberaktionäre gemeldet haben und deren Identität somit bekannt ist, in das Aktienbuch ein (Art. 6 Abs. 1 ÜB). Wer hingegen seiner Meldepflicht als Inhaberaktionär nicht nachgekommen ist, verwirkt seine Vermögensrechte und kann seine Mitgliedschaftsrechte nicht ausüben (Art. 6 Abs. 2 ÜB). Innert fünf Jahren nach Inkrafttreten des neuen Rechts können solche Aktionäre mit vorgängiger Zustimmung der

Gesellschaft beim Gericht ihre Eintragung in das Aktienbuch der Gesellschaft beantragen. Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 7 Abs. 1 und Abs. 3 ÜB). Es handelt sich um einen Fall der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Botschaft, BBI 2019, S. 326). Die Pflicht, ein gerichtliches Verfahren zu beschreiten, soll einen Anreiz setzen, die Meldepflicht zu erfüllen, bevor die Übergangsfristen ablaufen (Botschaft, BBI 2019, S. 325). Nach Ablauf dieser Nachfrist werden die Inhaberaktien nichtig, sodass die Aktionäre ihre mit den Aktien verbundenen Rechte verlieren (Art. 8 Abs. 1 ÜB). Während weiterer 10 Jahre steht Aktionären, deren Aktien nichtig geworden sind, gegen die Gesellschaft ein Anspruch auf Entschädigung in der Höhe des wirklichen Werts der Aktien im Zeitpunkt des Nichtigkeitseintritts zu. Sofern der wirkliche Wert im Zeitpunkt der Geltendmachung tiefer ist, so entspricht die Entschädigung diesem Wert. Eine Entschädigung ist ausgeschlossen, wenn die Gesellschaft nicht über das erforderliche frei verwendbare Eigenkapital verfügt (Art. 8 Abs. 2 ÜB).

Angepasst worden sind ebenfalls die Meldepflichten der Aktionäre. Aktionäre mussten bereits bisher unter bestimmten Voraussetzungen die an den Aktien wirtschaftlich berechtigten Personen melden. Die Schwelle zur Meldepflicht ist überschritten, sobald eine Person allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft, deren Beteiligungsrechte nicht an der Börse kotiert sind, erwirbt und dadurch den Grenzwert von 25 Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmrechte erreicht oder überschreitet (Art. 697j Abs. 1 OR). Neu daran ist einzig, dass der Begriff «Aktien» durch «Beteiligungsrechte» und der Begriff «Stimmen» durch «Stimmrechte» ersetzt worden ist. Die Formulierung entspricht derjenigen in Art. 120 FinfraG (SR 958.1), der die Meldepflichten bei börsenkotierten Gesellschaften regelt (Botschaft, BBI 2019, S. 315).

Um die Anwendung der Strafbestimmungen zu erleichtern, welche der Durchsetzung der Meldepflichten dienen, ist in Art. 697j Abs. 2 und 3 der Begriff der wirtschaftlich berechtigten Person präzisiert worden (Botschaft, BBI 2019, S. 316). Ist der Aktionär eine juristische Person oder Personengesellschaft, muss sie als wirtschaftlich berechtigt jede natürliche Person melden, von der sie in sinngemässer Anwendung von Art. 963 Abs. 2 OR (d.h. wie eine Konzernmuttergesellschaft) kontrolliert wird. Sofern der Aktionär eine Kapitalgesellschaft ist, deren Beteiligungsrechte an einer Börse kotiert sind, er eine solche Gesellschaft kontrolliert oder von einer solchen Gesellschaft kontrolliert wird, so muss er nur diese Tatsache sowie die Firma und den Sitz der Kapitalgesellschaft melden (Art. 697j Abs. 3 OR).

Neu gefasst worden ist ebenfalls Art. 731b OR. Die Mängel, die Anlass zu geeigneten Massnahmen des Gerichts geben, sind um zwei Tatbe-

stände erweitert worden. Ein Mangel liegt neu vor, wenn die Gesellschaft das Aktienbuch oder das Verzeichnis über die ihr gemeldeten wirtschaftlich berechtigten Personen nicht vorschriftsgemäss führt (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3) oder wenn sie Inhaberaktien ausgegeben hat, ohne dass sie Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert hat oder die Inhaberaktien als Bucheffekten ausgestaltet sind (Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4). Im Übrigen ist die Bestimmung redaktionell neu gestaltet worden.

Schliesslich ist Art. 790a OR im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung geändert worden. Die Absätze 1 bis 4 dieses Artikels sind analog zu Artikel 697j Absätze 1 bis 4 OR ausgestaltet worden. Absatz 5 entspricht Artikel 790a Absatz 3 OR des bisherigen Rechts.

### Elektronische Übermittlung in Verfahren

Mit Blick auf die vorgesehene Einführung des obligatorischen elektronischen Rechtsverkehrs im Rahmen des Projekts «Justitia 4.0» sollen alternative Übermittlungssysteme getestet werden. Am 23. Oktober 2019 hat der Bundesrat die dazu erforderliche Änderung der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafprozessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VeÜ-ZSSV, SR 272.1) verabschiedet und auf den 1. Dezember 2019 in Kraft gesetzt. Neben einigen redaktionellen Änderungen sieht die Verordnung vor, dass die Kantone mit Bewilligung des EJPD zusätzlich zu den anerkannten Zustellplattformen alternative Übermittlungssysteme einsetzen dürfen, sofern diese im Pilotbetrieb der Erprobung technischer Lösungen dienen. Die Verfahrensbeteiligten haben dann die Wahl, elektronische Eingaben über eine anerkannte Zustellplattform oder über das alternative Übermittlungssystem einzureichen.

### Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses

Schuldner sollen das Konkursverfahren nicht dazu missbrauchen können, um ihre Verpflichtungen zu umgehen und so andere Unternehmen unlauter zu konkurrenzieren. Der Bundesrat hat am 26. Juni 2019 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Bekämpfung des missbräuchlichen Konkurses verabschiedet (BBI 2019, S. 5193; Entwurf: BBI 2019, S. 5221). Verschiedene Massnahmen im Strafrecht, im Obligationenrecht und im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sollen die Gefahr von missbräuchlichen Konkursen verringern.

Zur ihrer besseren Durchsetzung sollen die im Strafregister eingetragenen Tätigkeitsverbote (Art. 67 Abs. 1 StGB) auch den Handelsregisterämtern mitgeteilt werden, damit diese die betroffene Person aus dem Handelsregister löschen können (vgl. dazu Art. 928a E-OR). Neu soll im Handelsregister nach den eingetragenen Personen gesucht werden können (Art. 928b E-OR). Auf diese Weise soll offen gelegt werden, welche

Funktionen die gesuchte Person in welchen Unternehmen bekleidet oder bekleidet hat.

Nach geltendem Recht ist die Konkursbetreibung unter anderem für öffentlich-rechtliche Forderungen sowie für die Prämien der obligatorischen Unfallversicherung ausgeschlossen (Art. 43 Ziff. 1 und 1<sup>bis</sup> SchKG). Neu sollen die öffentlich-rechtlichen Gläubiger in diesen beiden Fällen bei Stellung des Fortsetzungsbegehrens ausdrücklich erklären können, dass die Betreibung auf Konkurs fortgesetzt werden soll (Art. 43 Abs. 2 E-SchKG). Zudem soll in diesen Fällen die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung zulässig sein, wenn der Gläubiger einen innerhalb der letzten sechs Monate gegen den Schuldner ausgestellten Pfändungsverlustschein besitzt (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 4 E-SchKG). Damit dürfte über überschuldete Gesellschaften vermehrt der Konkurs eröffnet wer-

den. Für die familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge sowie die Ansprüche auf Sicherheitsleistung, die ebenfalls nicht der Konkursbetreibung unterliegen, gilt hingegen die bisherige Regelung.

Ferner soll im Obligationenrecht die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Mantelhandel kodifiziert werden. Die Übertragung von Aktien und Stammanteilen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist nichtig, wenn die Gesellschaft ohne vorgängige Auflösung liquidiert und aufgegeben wurde (Art. 684a sowie 787a E-OR).

Schliesslich soll der Verzicht auf die eingeschränkte Revision nur für künftige Geschäftsjahre gelten und vor Beginn des Geschäftsjahres beim Handelsregisteramt angemeldet werden müssen (Art. 727a Abs. 2 E-OR).

## Kindesschutz ohne Grenzen

Ein Scheidungsgericht beabsichtigt, für ein Kind, das nach der Scheidung mit der Mutter nach Portugal umzieht, eine Beistandschaft zu errichten und möchte wissen, ob und wie diese Massnahme in Portugal vollzogen werden kann.

Ein Eheschutzgericht holt ein Gutachten zur Abklärung der Erziehungsfähigkeit der Eltern ein. In diesem Zusammenhang soll ein beigezogener Experte den in Deutschland lebenden Vater befragen. Das Gericht möchte sicher sein, dass das zulässig ist.

Eine KESB möchte ihre Rechtsauffassung bestätigen haben, dass nach slowakischem Recht ein Vater unabhängig von Zivilstand und Wohnsitz sorgeberechtigt wird, sobald er das Kind anerkannt hat.

Ein oberes kantonales Gericht, das über die Rückführung eines Kindes nach Haager Übereinkommen zu befinden hat, möchte wissen, ob der Mutter, die das Kind in die Schweiz verbracht hat, in den USA eine empfindliche Strafe droht, wenn sie mit dem Kind dort einreist.

Die Folgen der Globalisierung treffen auch Kinder. Immer häufiger sind in Kindesschutzangelegenheiten Behörden mehrerer Länder mit unterschiedlichen Rechtsordnungen beteiligt. Hier gilt es zu koordinieren, um rasche und widerspruchsfreie Lösungen zu finden. Eine wesentliche Rolle spielen dabei die von der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht entwickelten Instrumente.

### *Die Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (HCCH)*

Die Haager Konferenz ist eine internationale Organisation, die kürzlich ihr 125-jähriges Bestehen feiern konnte. Nach einem Dornröschenschlaf wurde sie in der Nachkriegszeit zu neuem Leben erweckt. Es gehören ihr gegenwärtig 82 Staaten und die Europäische Union an. Die Haager Konferenz hat gemäss ihrer Satzung die Aufgabe, an der fortschreitenden Vereinheitlichung der Regeln des Internationalen Privatrechts zu arbeiten. Zu diesem Zweck sind unter ihrer Ägide bisher 40 Übereinkommen und Protokolle, vorab in den Bereichen Zivilprozessrecht, Handelsrecht und Familienrecht, entstanden. Diese Instrumente stehen auch Nichtmitgliedstaaten offen. Im Gerichtsalltag von Bedeutung ist namentlich das Übereinkommen von 1965 über die Zustellung von Schriftstücken im Ausland (HZUe65; SR 0.274.131) mit den entsprechenden Formularen.

Schaltstelle der Haager Konferenz ist das Ständige Büro in Den Haag, dem der Schweizer Christophe Bernasconi vorsteht.

### *Die Haager Übereinkommen zum internationalen Kindesschutz*

Im Bereich des internationalen Familienrechts hat die Haager Konferenz ein ganzes Instrumentarium moderner Übereinkommen entwickelt. Diese enthalten nicht nur Rechtsnormen, sondern es soll auch der Vollzug sichergestellt werden.

Am Anfang dieses Systems steht *das Übereinkommen von 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung* (HKÜ; SR 0.211.230.02). Diesem Übereinkommen sind gegenwärtig 101 Staaten angeschlossen, und es ist somit eines der erfolgreichsten «Produkte» der Haager Konferenz. Das HKÜ bezweckt, Kinder, welche in Verletzung eines Sorgerechts in einen anderen Vertragsstaat verbracht wurden, möglichst rasch in den Herkunftsstaat zurückzuführen. Dahinter steckt die Überlegung, dass das widerrechtliche Verbringen eines Kindes in ein anderes Land und damit dessen Entwurzelung dem Kindeswohl abträglich ist. Allerdings ist dieses System mit der zunehmenden Globalisierung und der Rechtsentwicklung der jüngeren Zeit etwas in Schieflage geraten. Mittlerweile handelt es sich bei der Mehrheit der «Entführenden» um den hauptsächlich betreuenden Elternteil, der oft mit den Kindern in sein dieses bekanntes Heimatland zurückkehrt. Da infolge der Ausdehnung der gemeinsamen elterlichen Sorge in vielen Ländern (vgl. Art. 298b und 301a ZGB) der andere Elternteil ebenfalls eine Sorgerechtsposition besitzt, stellt dieses Verhalten nun eine Kindesentführung dar. Zudem berücksichtigt das HKÜ trotz der Entwicklung hin zu einem vermehrten Einbezug der Kinder in die sie betreffenden Verfahren (Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention; SR 0.107) den Kindeswillen nur beschränkt. Berechtigt ist indessen das Anliegen zu verhindern, dass ein Elternteil durch eigenmächtiges Handeln vollendete Tatsachen zulasten des anderen Elternteils schafft. Das HKÜ bringt somit heikle Gratwanderungen mit sich.

Während das HKÜ nur einen Teilaspekt des Kindesschutzes regelt, *befasst sich das Haager Kindesschutzübereinkommen* von 1996 (HKsÜ; SR 0.211.231.011) umfassend mit der Zuständigkeit, dem anzuwendenden Recht sowie der Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, wie der volle Titel des Übereinkommens lautet. Der Anwendungsbereich ist weit gefasst und betrifft z.B.

auch den persönlichen Verkehr der Kinder mit ihren Eltern. Das HKsÜ stellt für die Zuständigkeit und das anwendbare Recht auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ab, ohne Berücksichtigung der Staatsangehörigkeit. Für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen sieht es vor, dass solche in den anderen Vertragsstaaten automatisch («by operation of law/de plein droit») anerkannt werden, was direkt zu einem Vollstreckungsverfahren führt. Das kann mit Schwierigkeiten verbunden sein, wenn eine Massnahme angeordnet wird, die der Vollstreckungsstaat nicht kennt. Für die elterliche Verantwortung gilt das «Huckepack-Prinzip», indem diese gemäss dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes auch nach dem Wechsel dieses gewöhnlichen Aufenthalts in einen anderen Staat fortbesteht. Dem HKsÜ sind gegenwärtig 52 vornehmlich europäische Staaten angeschlossen.

Dem HKsÜ nachgebildet ist *das Haager Erwachsenenenschutzübereinkommen von 2000* (HEsÜ; SR 0.211.232.1), das zurzeit für 12 Staaten gilt.

Innerstaatlich werden die Haager Übereinkommen durch das *Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen von 2007* (BG-KKE; SR 211.222.32) ergänzt. Dieses Gesetz regelt insbesondere das Verfahren in HKÜ-Fällen und sieht dabei im Sinne einer Konzentration der Zuständigkeiten und Beschleunigung des Verfahrens vor, dass in erster Instanz die oberen kantonalen Gerichte entscheiden und dass eine einzige kantonale Instanz (im Kanton Bern das kantonale Jugendamt) die Entscheide vollstreckt.

Die Schweiz ist weiter dem *Haager Adoptionsübereinkommen von 1993* (HAÜ; SR 0.211.221.311) angeschlossen, nicht hingegen dem Haager Unterhaltsübereinkommen und dem Haager Unterhaltsprotokoll, beide von 2007, die ebenfalls zum System gehören.

Alle modernen Haager Übereinkommen sehen eine internationale Zusammenarbeit mittels Zentralen Behörden vor. Diese treffen Vorkehrungen, beispielsweise zum Ausfindig machen des Aufenthalts entführter Kinder, tauschen Informationen aus, stellen Kontakte her und sorgen so für eine effiziente Anwendung der Übereinkommen. Zentrale Behörde des Bundes und allein zuständig für das HKÜ ist das Bundesamt für Justiz. Im Bereich des HKsÜ, des HEsÜ und des HAÜ werden die Aufgaben zum grösseren Teil von kantonalen Zentralen Behörden wahrgenommen. Im Kanton Bern ist dafür das kantonale Jugendamt zuständig.

#### *Das Internationale Haager Richternetzwerk*

Die Zentralen Behörden sind auf Verwaltungsebene angesiedelt und haben nicht die Befugnis, in Streitfällen zu entscheiden. Dafür sind die jeweiligen nationalen Gerichte (in der Schweiz auch die

KESB) zuständig. Im Gegensatz zu den Zentralen Behörden sind die Gerichte oft schon national, ganz sicher aber international nicht miteinander vernetzt. Zudem haben sie viele andere Aufgaben und können deshalb namentlich in Kindesentführungsfällen nicht so professionell handeln wie die Zentralen Behörden. In einer Anzahl Ländern, namentlich angelsächsischen, besteht auch eine erhebliche Distanz zwischen dem Justizsystem und der Verwaltung.

Diese Lücke in der internationalen Zusammenarbeit wurde schon vor über 20 Jahren erkannt, was in der Folge zur Gründung des Internationalen Haager Richternetzwerks (International Hague Network of Judges, IHNJ/Réseau international de juges de La Haye, RIJH) führte. Treibende Kraft dahinter war der hohe englische Richter Lord Justice Mathew Thorpe, der diese Idee unermüdlich weiter verfolgte und dies auch nach seiner Pensionierung tut. Das Netzwerk ist eine offizielle Institution der Haager Konferenz und wird von dieser betreut.

Die Richterinnen und Richter des Netzwerks sind untereinander verbunden (sie werden deshalb auch Verbindungsrichterinnen bzw. Verbindungsrichter genannt) und kennen sich im Idealfall persönlich, was vor allem durch die Teilnahme an Konferenzen geschieht. Sie sind Anlaufstelle für die Gerichte (in der Schweiz auch für die KESB), wenn diese Auskünfte über ausländisches Kindesrecht oder über parallel laufende Verfahren im Ausland benötigen. Sie melden sich dann bei ihrer Kollegin oder ihrem Kollegen im anderen Land, welche die Anfrage entweder direkt beantwortet oder den Kontakt zum zuständigen Gericht in ihrem Land herstellt. Die Gerichte können dann direkt miteinander verkehren (direkte richterliche Kommunikation, Direct Judicial Communication, DJC) oder dies weiterhin über die Mitglieder des Netzwerks tun. So können rasch Informationen ausgetauscht und damit Verfahren beschleunigt werden. Die Mitglieder des Netzwerks sollen auch die Instrumente der Haager Konferenz und entsprechende Entwicklungen in ihrem Land bekannt machen, dies durch Mitwirkung an Tagungen und Publikationstätigkeit.

Mitglieder des Netzwerks sind Richterinnen und Richter verschiedener Stufen, die sich im Alltag mit familienrechtlichen Fällen, idealerweise solchen mit internationalem Bezug, befassen («sitting judges»). Die Auswahl erfolgt nicht nach geregelten Verfahren, sondern ist nicht selten von Zufälligkeiten und Bekanntschaften abhängig. Dem Netzwerk gehören gegenwärtig 135 Mitglieder aus 84 Ländern an (Liste unter [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > Das internationale Haager Richternetzwerk), und es ist noch am Wachsen.

Die Schweiz ist seit 2013 mit dem Verfasser dieses Beitrags (zuständig für den deutschsprachigen Landesteil) und der Neuenburger Kantons-

richterin Marie-Pierre de Montmollin (zuständig für die lateinischen Landesteile) im Netzwerk vertreten. Die Ernennung erfolgte durch das Bundesgericht, was den Mitgliedern innerstaatlich die nötige Legitimität verschafft. Mit dem Bundesamt für Justiz wird eine enge Zusammenarbeit gepflegt.

Auf der Website des Bundesgerichts ([www.bger.ch](http://www.bger.ch) > Bundesgericht > Internationales Haager Richternetzwerk) ist ein Merkblatt der schweizerischen Mitglieder des Netzwerks aufgeschaltet, das Auskunft über dessen Möglichkeiten und das konkrete Vorgehen für Anfragen gibt.

### *Nutzen für Gerichte und KESB*

Dank seiner informellen Struktur und den in ihrer Mehrheit sehr motivierten Mitgliedern, die sich als «Community» verstehen, zeichnet sich das Netzwerk dadurch aus, dass insbesondere bei Anfragen zur Rechtslage im Ausland sehr rasch gehandelt kann. So langte im eingangs erwähnten Fall betreffend slowakisches Recht die Antwort in weniger als einer Stunde ein. Die Einschaltung des Netzwerks ist somit ein probates Mittel, um zu kompetenten Rechtsauskünften von Praktikerinnen bzw. Praktikern zu gelangen. Das gilt ganz besonders, wenn die involvierten Mitglieder des Netzwerks sich persönlich kennen.

Bei Anfragen in konkreten Fällen hängt es natürlich von der Mitwirkung des befassten ausländischen Gerichts ab, ob und in welcher Zeit eine Kommunikation hergestellt werden kann. Aber es kann durchaus den Versuch wert sein, wobei beim schweizerischen Mitglied eine Einschätzung der Erfolgsaussichten erfragt werden kann, bevor Aufwand, der insbesondere für Übersetzungen anfällt, getrieben wird.

Die Mitglieder des Netzwerks können auch für Fragen der Anwendung der Haager Übereinkommen und Ratschläge zum konkreten Vorgehen in Einzelfällen angegangen werden. In Deutschland wird diese «Help-Desk-Funktion» der Verbindungsrichterinnen oft und gerne in Anspruch genommen, und Entsprechendes bieten auch die schweizerischen Netzwerkmitglieder an.

Die direkte richterliche Kommunikation befindet sich in der Schweiz noch in der Aufbauphase, was sich in der bisher eher geringen Anzahl Anfragen widerspiegelt. Wie die Erfahrungen aus Deutschland zeigen, braucht es längere Zeit, bis das Netzwerk und seine Möglichkeiten in das Bewusstsein des Zielpublikums gelangen.

### *Persönliche Eindrücke*

Die Mitwirkung im Netzwerk und damit verbunden die Gespräche mit Kolleginnen und Kollegen aus aller Welt und mit den Mitarbeitenden des Ständigen Büros der Haager Konferenz sind eine bereichernde Erfahrung und Horizonsweiterung. Das gilt ganz besonders für die Teilnahme an Konferenzen. So durfte ich im Oktober 2017 der Schweizer Delegation an der sog. Spezialkommission der Haager Konferenz in Den Haag angehören, wo fast 300 Expertinnen und Experten aus vielen Ländern über den Stand der Anwendung des HKÜ und des HKsÜ und Möglichkeiten zur Problemlösung und Weiterentwicklung des Instrumentariums diskutierten. Dabei zeigten sich die kulturelle Vielfalt und die Machtverhältnisse auf der Welt, aber auch die Einflussmöglichkeiten starker Einzelpersonen, insbesondere solchen mit hervorragenden Englischkenntnissen, auch wenn die in dieser Sprache geführten Verhandlungen simultan ins Französische und Spanische übersetzt wurden.

In fachlicher Hinsicht ist es interessant mitzuerleben, wie verschiedene Rechtssysteme (Civil Law und Common Law, jeweils mit nationalen Besonderheiten und teilweise überlagert durch europäisches Gemeinschaftsrecht) mit den gleichen Rechtstexten umgehen. So wird der Einbezug von Kindern in das Verfahren in den kontinentalen Rechtsordnungen in erster Linie als Ausfluss von deren Persönlichkeitsrechten verstanden, während die angelsächsischen Rechtsordnungen darin eher ein Beweismittel sehen.

Die Teilnahme an den meist englischsprachigen Konferenzen und der Austausch mit Kolleginnen und Kollegen an deren Rand fördert auch die Sprachkenntnisse. Die Fähigkeit, Diskussionen in englischer Sprache mitzuverfolgen und in dieser Sprache zumindest persönliche Gespräche zu führen, ist unerlässlich und verbessert sich von Mal zu Mal.

Nicht zuletzt gelangt man bei diesen Treffen auch an ungewöhnliche Orte. So durfte ich mich mehrere Tage auf einem Landsitz im Schlosspark von Windsor aufhalten, an Diskussionen in einem Hörsaal der Hongkonger Universität mit Blick auf die Meeresbucht teilnehmen, den Doyen einer Anwaltsfirma in seiner Wohnung im obersten Stock eines Hochhauses an bester Lage in Miami besuchen oder auch im Ausbildungszentrum der österreichischen Justiz in Schwechat bei Wien arbeiten.

*Literatur und Internet*

DANIEL BÄHLER, Direkte richterliche Kommunikation und das Internationale Haager Richternetzwerk, in: FamPra.ch 2014, 359 ff.

DANIEL BÄHLER, Die Siebte Spezialkommission der Haager Konferenz zur praktischen Handhabung der Übereinkommen über Kindesentführungen und Kinderschutz, in: FamPra.ch 2018, 306 ff.

MARTIN MENNE, Verbindungsrichter und internationale Richternetzwerke in der familiengerichtlichen Praxis, in: FamPra.ch 2014, 344 ff.

MARIE-PIERRE DE MONTMOLLIN, Communication judiciaire directe, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/1

HAAGER KONFERENZ, [www.hcch.net](http://www.hcch.net): Umfassende Webseite in englisch, französisch und z.T. auch deutsch mit Texten der Übereinkommen, Statustabellen, Materialien, Praxisleitfäden und Zeitschrift «Lettre des Juges» (Richterzeitung zum internationalen Kinderschutz)

HAAGER KONFERENZ, Lignes de conduite émergentes relatives au développement du Réseau international de juges de La Haye (2013), [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > Kindesentführung (u.a. französisch, englisch)

HAAGER KONFERENZ, Praxis-Handbuch für die Anwendung des HKsÜ (2014), [www.hcch.net](http://www.hcch.net) > Kin-

derschutz > HCCH Veröffentlichungen (u.a. deutsch, französisch; mit Fallbeispielen)

HAAGER KONFERENZ, INCADAT, [www.incadat.com](http://www.incadat.com): Datenbank in englisch, französisch und spanisch mit Gerichtsentscheiden aus aller Welt zu internationalen Kindesentführungen (interessant insbesondere Auslegung der konventionsautonomen Begriffe des gewöhnlichen Aufenthalts und des Sorgerechts sowie der Verweigerungsgründe nach HKÜ)

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Gesellschaft > Internationale Kindesentführungen – Ausübung des Besuchsrechts bzw. Internationaler Kinderschutz: Grundlegende Informationen und Links

# Die Justizverwaltung – Chance oder Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit?

(Der Originalbeitrag ist erschienen in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/3)

## Erfahrungen und Überlegungen am Beispiel der verselbständigten Berner Justiz

Anhand des «Berner Modells» diskutiert der Autor die Frage der «guten» Justiz- und Gerichtsverwaltung. Er zeigt, dass die Justizverwaltung durch autonome wie heteronome Faktoren bestimmt ist und dass die selbständige Justizverwaltung, insbesondere die rechtsprechungsnahe, eigenen Prinzipien folgt, indem sie insbesondere durch das Milizprinzip und einen gleichberechtigten, kollegialen Umgang geprägt ist. Er fordert daher eine spezifisch justizmässige Verwaltungskultur, die sich allerdings nicht einfach implementieren lässt, sondern von den Justizangehörigen im Sinn einer «guten Praxis» aufzubauen und vorzuleben ist.

### 1. Vorbemerkung

Die nachfolgenden Überlegungen, welche am Schweizerischen Richtertag 2017 in Luzern erstmals vorgetragen wurden, bilden nicht Frucht wissenschaftlicher Forschung, sondern entspringen persönlicher Erfahrung und Reflexion. Demzufolge spreche ich ausdrücklich nur im eigenen Namen und verzichte auf den bei wissenschaftlichen Beiträgen üblichen Anmerkungsapparat.<sup>1</sup>

Das Berner Modell der Justizorganisation, wie es im Bernische Gesetz vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1)<sup>2</sup> verankert ist, bildet den Hintergrund, vor dem diese Erfahrungen entstanden sind. Daher folgt vorab eine kurze Einführung, damit Sie gewissermassen mein «Justizmilieu» etwas kennenlernen und vielleicht meine Ausführungen besser einordnen können. Differenzen zu den Systemen des Bundes und der anderen Kantone bestehen zwar,

sollten aber auch nicht überschätzt werden; Vieles wird – mutatis mutandis – auf die Verhältnisse im Bund und vielen anderen Kantonen übertragbar sein.

### 2. Das «Berner Modell»

#### 2.1 Übersicht

Das Organigramm zeigt die Holdingstruktur der Berner Justiz: Die drei Partnerinstitutionen Zivil- und Strafgerichtsbarkeit (ZSG), Verwaltungsgerichtsbarkeit (VG) und Staatsanwaltschaft (Staw) – technisch unschön als «Produktgruppen» bezeichnet – bilden je eigenständige, unabhängig voneinander funktionierende Justizbereiche mit je eigenen Leitungsorganen (Geschäftsleitungen); der Umstand, dass die bernischen Justizbehörden über ein gemeinsames institutionelles Dach verfügen, schränkt deren Unabhängigkeit in keiner Weise ein.<sup>3</sup> – Die Präsidentin des Obergerichts als Vertreterin der ZSG, der Präsident des Verwaltungsgerichts als Vertreter der VG und der Generalstaatsanwalt als Vertreter der Staw bilden die Justizleitung; dieser unmittelbar angeschlossen ist die Stabsstelle für Ressourcen (SR), welcher ein Stabschef vorsteht, der zugleich mit beratender Stimme an den Sitzungen der Justizleitung teilnimmt.

Die Berner Justiz umfasst rund 900 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter; gut die Hälfte davon sind Juristinnen und Juristen. Auch wenn sie neben Regierung/Verwaltung und Parlament die (sowohl hinsichtlich des Personals als auch des Budgets) zahlenmässig kleinste Gewalt ist, kommt ihr doch im Gesamtgefüge des Berner Staatswesens ein weitaus grösseres Gewicht zu, als wenn sich die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft den politischen Behörden je allein gegenübergestellt sähen.

<sup>1</sup> Der mündliche Duktus wurde beibehalten; die Nachweise beschränken sich auf ein Minimum.

<sup>2</sup> Nachfolgend GSOG; <https://www.belex.sites.be.ch/frontend/versions/103>. Eine einlässliche, noch vor dessen Inkraftsetzung erschienene Darstellung des «Berner Modells» bietet ANDREAS LIENHARD, Die bernische Gerichtsbarkeit auf dem Weg zur Selbstverwaltung, in: Ruth Herzog/Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern 2010, S. 401 ff.

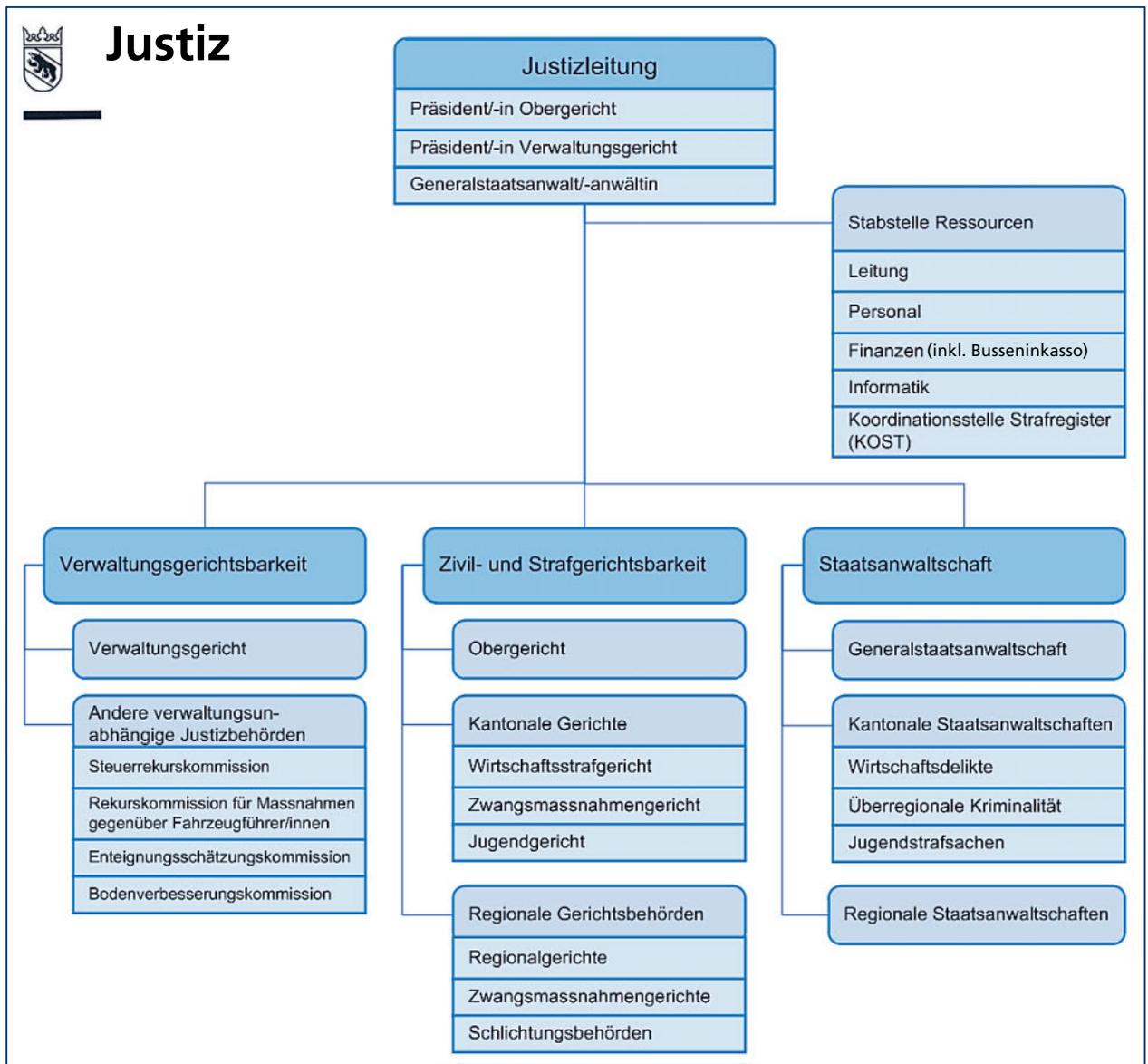
<sup>3</sup> Die Kantone verfügen bekanntlich bei der Ausgestaltung ihrer Justizverfassung und namentlich der staatsrechtlichen Eingliederung der Staatsanwaltschaft in das gewaltenteilige Behördensystem über einen erheblichen Gestaltungsspielraum; vgl. ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER, Die organisatorische Einordnung der Staatsanwaltschaft in die kantonale Behördenstruktur, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2008/2.

## 2.2 Aufgaben der Justizleitung im Kanton Bern

Ziel der letzten umfassenden Justizreform im Kanton Bern bildete die Verwirklichung der *institutionellen Unabhängigkeit* der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft, indem die Justiz gegenüber den politischen Behörden als prinzipiell gleichberechtigte Gewalt gegenübertritt und sich weitestgehend selbst verwaltet (Art. 5 Abs. 1 GSOG). Weiter legt die Justiz dem Parlament einen von der Justizleitung erarbeiteten, aus den Voranschlägen der Produktgruppen zusammengesetzten *einheitlichen Voranschlag* vor, und es wird für die drei Produktgruppen gesamthaft eine *Besondere Rechnung* geführt (vgl. Art. 11 GSOG).

Wenn die Gerichtsbarkeit und die Staatsanwaltschaft ihre Interessen gemeinsam wahrnehmen sollen, bedarf es hierfür eines gemeinsamen Leitungs- und Koordinationsorgans. Diese Aufgabe

hat der Gesetzgeber der Justizleitung übertragen (Art. 17 GSOG). Entsprechend sieht das Gesetz vor, dass die Justizleitung Ansprechpartnerin des Grossen Rates und des Regierungsrates bei allen Fragen ist, die sowohl die Gerichtsbehörden als auch die Staatsanwaltschaft betreffen (Art. 18 Abs. 1 Bst. a GSOG); sie vertritt die Justiz vor dem Parlament und seinen Kommissionen (Art. 18 Abs. 1 Bst. f und Art. 17 Abs. 4 GSOG). Gleichzeitig wollte der Gesetzgeber die Zusammenarbeit zwischen der kantonalen Verwaltung und den Gerichtsbehörden im administrativen Bereich – unter Respektierung der Unabhängigkeit der Justiz (Art. 4 GSOG) – weiterhin ermöglichen (Art. 5 Abs. 2 und 3 GSOG) und bestimmte administrative Abläufe vereinheitlichen (Art. 18 Abs. 1 Bst. k GSOG).



Der Justizleitung obliegt, neben und als Pendant zum eigenständigen Budgetantragsrecht gegenüber dem Parlament (Art. 18 Abs. 1 Bst. b), die jährliche Berichterstattung zuhanden des Grossen Rates (Geschäftsbericht und Tätigkeitsbericht, Art. 18 Abs. 1 Bst. b und e GSOG). Sie trägt die Verantwortung für die strategischen Leitlinien in den Bereichen Personal-, Finanz- und Rechnungswesen sowie Informatikmanagement und führt darüber ein Controlling; entsprechend ist sie in einzelnen, nicht rechtssprechungsnahen Bereichen mit einer Weisungsbefugnis gegenüber den Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft ausgestattet (Art. 18 Abs. 1 Bst. k GSOG). Schliesslich leitet sie die Stabsstelle für Ressourcen, regelt deren Organisation und Aufgaben durch Reglement und stellt deren Leitung sowie das übrige Personal an (Art. 18 Abs. 1 Bst. m GSOG).

Die Justizleitung beschliesst nach dem *Einstimmigkeitsprinzip* (Art. 16 Abs. 1 des Reglements vom 26. Mai 2010 über die Justizleitung [JLR; BSG 161.111.1])<sup>4</sup>. Dieser vom Gesetz nicht vorgesehene, sondern von der Justizleitung im Rahmen ihres Selbstorganisationsrechts (Art. 17 Abs. 3 GSOG) eingeführte Grundsatz legt die Justizleitung auf einvernehmliche Lösungen fest und macht Koalitionsbildungen unter den Mitgliedern unmöglich bzw. sinnlos. Auch trägt er dem Umstand Rechnung, dass die Justizleitung keine politische oder politisch zusammengesetzte, sondern eben eine *Justizbehörde* ist. Das Eingreifen in betriebliche Abläufe der einen durch eine andere Produktgruppe ist für sämtliche rechtssprechungsnahen Bereiche ausgeschlossen. Dass sich Angehörige der in der Justizleitung vertretenen Institutionen der Strafjustiz und der Staatsanwaltschaft in ihrer jeweiligen gesetzlichen Rolle auch im Tagesgeschäft begegnen, ist unproblematisch;<sup>5</sup> die Unabhängigkeit der einen oder der anderen Behörde wird dadurch nicht tangiert.<sup>6</sup> Vielleicht geht vor dem Hintergrund der Diskussion um das Verhältnis zwischen Strafgerichtsbarkeit und Strafverfolgung zuweilen vergessen, dass das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen Entscheide just jener politischen Behörden (kantonalen Direktionen, Regierungsrat, Grosser Rat) zu behandeln hat, von denen es politisch und administrativ direkt abhängt (z.B. Richterwahlen und Wiederwahlen, Gehaltsaufstieg, Infrastrukturleistungen), ohne

dass es dadurch seine Unabhängigkeit jemals gefährdet gesehen hätte. Solche Verbindungen und Verzahnungen der Gewalten bilden in der rechtsstaatlichen Demokratie nicht die Ausnahme, sondern vielmehr die Regel; sie bieten zwar zumindest theoretisch ein gewisses Konfliktpotenzial und verlangen daher den Akteuren ein professionelles (und gelegentlich robustes) Rollenverständnis ab, sind aber, solange die Spielregeln von allen Beteiligten eingehalten werden, nicht geeignet, die Unabhängigkeit der Justiz oder einer ihrer Behörden in Frage zu stellen.

### 2.3 Akteure und Umfeld

Es wurde bereits erwähnt: Wie jede Justizbehörde agiert auch die Berner Justiz weder im luftleeren Raum noch auf einem eigenen Planeten. Vielmehr ist sie auf vielfältige und teilweise komplexe Weise in die gesamtstaatlichen Abläufe und Strukturen eingebunden. «Unabhängig» ist die Justiz ja allein mit Blick auf eine neutrale, unbeeinflusste Rechtsprechung – entsprechend lautet Art. 4 GSOG: «Die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft sind *in der Rechtsprechung und Strafverfolgung* unabhängig und nur dem Recht verpflichtet»; finanz-, infrastruktur- und personalrechtlich stellt sie weitestgehend eine kantonale Kostenstelle dar, die, soweit die Rechtsprechung (und die Strafverfolgung) nicht tangiert ist, grundsätzlich keine Sonderstellung beanspruchen kann.

So wählt der *Grosse Rat* die Richterinnen und Richter aller Stufen, die Präsidien von Ober- und Verwaltungsgericht, den/die Generalstaatsanwalt/-anwältin und dessen/deren Stellvertreter/-innen. Die maximale Anzahl der Richter/-innen und der Staatsanwälte/-innen hat er in einem Dekret (Parlamentsverordnung) festgelegt.<sup>7</sup> Schliesslich beschliesst das Parlament auf Antrag der Justizleitung über das Budget und erlässt sämtliche rechtssetzenden Vorschriften, welche (auch) die Justiz betreffen, mit Ausnahme jener, die das Gesetz ausdrücklich an die Justiz und ihre Behörden delegiert.

Die *Justizkommission* (JUKO) des Grossen Rates nimmt für diesen die Oberaufsicht über die vier (mit der Justizleitung) Justizbehörden wahr (Art. 13 Abs. 1 GSOG); zugleich obliegt ihr die Vorbereitung der Richterwahlen (Art. 21a Abs. 1 GSOG) und diejenige der Präsidien (und damit gleichzeitig der Mitglieder der Justizleitung). Sie steht in regelmässigem Kontakt mit der Justizleitung und veranstaltet jährlich einen Aufsichtsbesuch beim Obergericht, beim Verwaltungsgericht, bei der Generalstaatsanwaltschaft sowie bei der Justizleitung.

<sup>4</sup> Nachfolgend JLR, <https://www.belex.sites.be.ch/frontend/versions/1246>.

<sup>5</sup> Zumindes von aussen betrachtet könnte allenfalls der Umstand als nicht ganz unproblematisch erscheinen, dass regionale Gerichte und Staatsanwaltschaften z.T. an der gleichen Adresse untergebracht sind, was den betreffenden Behördenmitgliedern Gelegenheit bietet, regelmässige informale Kontakte zu pflegen. Die institutionelle Zusammenfassung der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft in der Justizleitung ist jedoch von dieser Konstellation grundsätzlich zu unterscheiden und hat mir der angesprochenen Problematik nichts zu tun.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu auch unten Ziff. 2.5.

<sup>7</sup> Dekret vom 8. September 2009 über die Besetzung der Richter- und Staatsanwaltsstellen (BRSD; BSG 161.11), <https://www.belex.sites.be.ch/frontend/versions/1298>

Auch der *Berner Regierung* kommen verschiedene, die Justiz unmittelbar betreffende Aufgaben zu. So legt sie etwa die auch für die Justiz verbindliche Personalpolitik (samt Gehaltsaufstieg) und die Informatikstrategie für den ganzen Kanton fest. Auch hat sie bei jenen Geschäften, welche die Justiz direkt dem Parlament unterbreitet, ein Äusserungsrecht.

Die bernische *Zentralverwaltung* ist in sieben Direktionen (Departemente) und die Staatskanzlei gegliedert. Wichtige Ansprechpartner in Bereichen, in denen die Justiz kein uneingeschränktes Selbstverwaltungsrecht geniesst und demzufolge von der Kantonsverwaltung direkt abhängig ist, sind etwa die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) als federführende Direktion für alle die Justiz betreffenden Gesetzgebungsprojekte, die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion mit dem Amt für Grundstücke und Gebäude (AGG), welche für die bauliche Infrastruktur der Justiz verantwortlich ist, das Amt für Justizvollzug der Polizei- und Militärdirektion hinsichtlich der Schnittstelle zum Justizvollzug und zur gerichtlichen Polizei sowie zwei Ämter der Finanzdirektion: das Kantonale Amt für Organisation und Informatik (KAIO) für die Informatikversorgung und das Kantonale Personalamt (PA) für wichtige Bereiche der Personaladministration. Entsprechend ist die Justiz in viele gesamtstaatliche Prozesse eingebunden und geniesst dort ein mehr oder weniger gut ausgebauten, wenn auch kaum institutionalisiertes Mitspracherecht.

#### 2.4 Gerichtliche vs politische Rationalität

Die Justiz ist die «stillste unter den Staatsgewalten»<sup>8</sup>; gegen aussen kommuniziert sie stets zurückhaltend und sachbezogen. Gleiches lässt sich von den politischen Behörden nicht sagen; auch einmal etwas lärmigeres Auftreten und ausgefahrene Ellenbogen gehören zu ihrem Kommunikationsstil, ohne dass dies ungehörig zu sein braucht. Die Verhandlungen der Justizbehörden mit ihren politischen Partnern erfolgen grundsätzlich nach den Gesetzmässigkeiten des politischen Betriebs, nicht jenen der Gerichtsbarkeit. Die Frage für die Justiz lautet deshalb, salopp formuliert: Wie soll sie gegenüber den politischen Organen ihre Interessen wirkungsvoll vertreten, ohne dabei ihre Seele zu verkaufen? Denn die Justiz steht vor dem Dilemma, dass sie einerseits auf eine enge Zusammenarbeit mit ihrem politischen Umfeld angewiesen ist, andererseits aber Distanz zur Politik wahren muss, will sie ihre Glaubwürdigkeit als (gerade auch politisch) unabhängige Streitschlichterin bewahren.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> PETER KARLEN, Die stillen Veränderungen der Justiz, in ZBI. 120/2019, S. 354.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu die empirische Untersuchung von ANGELA EICHER, Schweizer Gerichte im Spannungsverhältnis multipler Logiken – eine neue Führungsherausforderung illustriert am Beispiel des Bezirksgerichts Zürich, Diss. St. Gallen 2017.

Die Lösung kann nur eine pragmatische sein: Es ist von Fall zu Fall, von Geschäft zu Geschäft abzuwägen, wie weit sich die Justiz zur Wahrnehmung ihrer Interessen aus dem Fenster lehnt und welche Strategien sie dabei verfolgt. Doch wird sie sich nie mit gleicher Verve in die Diskussion einbringen können; das verbietet ihr ihre Funktion und ihr Ansehen. Sie bleibt deshalb im gewaltenteiligen Staatsgefüge stets in gewisser Weise der (stille) «Juniorpartner», der auf Verständnis und Goodwill angewiesen und daher auch verletzlicher ist als Parlament und Regierung.

#### 2.5 Exkurs: Verfassungswidrige Zustände im Kanton Bern?

Mit Blick auf einen kürzlich in der *Richterzeitung* erschienen Artikel<sup>10</sup> sei noch kurz die Frage der Verfassungsmässigkeit des Berner Modells gestreift, allerdings ohne auf die vorgebrachten Argumente im Einzelnen einzugehen oder gar mit gutachterlicher Attitüde endgültige Antworten zu liefern. Vielmehr bleibe ich auch hier einem erfahrungsbezogenen Ansatz treu, ohne meine Herkunft als Öffentlichrechtler deswegen zu verleugnen.

Vorab: Das Zusammenwirken der Gerichtsbarkeiten mit der Staatsanwaltschaft in der Justizleitung bezieht sich *nicht* auf die Rechtsprechung bzw. Strafverfolgung und auch nicht auf die rechtsprechungsnahen Verwaltung, sondern weitgehend auf jene administrativen Aufgaben, die vor der Justizreform das Amt für Betrieb und Aufsicht (ABA) der JGK erfüllt hat und die auf die Rechtsprechung oder die Strafverfolgung keinen direkten Einfluss haben.<sup>11</sup>

Staatspolitisch wohl am bedeutsamsten ist die Budgetkompetenz: Die Justizleitung erstellt den Voranschlag samt Aufgaben- und Finanzplan (AFP) (Art. 18 Abs. 1 Bst. b GSOG) und unterbreitet diesen – ohne dass der Regierungsrat darüber noch eigens beschliessen müsste bzw. dürfte (Art. 11 Abs. 5 GSOG) – dem Parlament. Allerdings setzt sich der Voranschlag und der AFP aus drei (eigentlich sogar vier<sup>12</sup>) Voranschlägen zusammen; denn verantwortlich für die Produktgruppe Zivil- und Straferichtsbarkeit ist das Obergericht, für die Produktgruppe Verwaltungsgerichtsbarkeit das Verwaltungsgericht und für die Produktgruppe Staatsanwaltschaft die Generalstaatsanwaltschaft (Art. 11 Abs. 1 und 2 GSOG). Die Justizleitung setzt diese Voranschläge zusammen, nimmt, soweit erforderlich, (technische)

<sup>10</sup> CHRISTOPH HURNI, Justizleitung und unabhängige Justiz im Kanton Bern, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2019/1.

<sup>11</sup> Vgl. den Aufgabenkatalog in Art. 18 Abs. 1 GSOG; zur früheren Rolle des ABA vgl. LIENHARD (Fn. 2), S. 418 ff.

<sup>12</sup> Denn hinzu kommt noch der Voranschlag der Stabsstelle für Ressourcen der Justizleitung.

Bereinigungen und Korrekturen vor und speist den Gesamtvoranschlag, der ganz überwiegend (meist ausschliesslich) jenen der Produktgruppen-Verantwortlichen entspricht, in den politischen Prozess ein. Sollte ein Justizleitungsmitglied hier – aus Gründen, die sich mir allerdings nicht erschliessen wollen – von seinem «Vetorecht» Gebrauch machen, würde es auch den eigenen Voranschlag blockieren und damit die ganze Justiz, einschliesslich die eigene Produktgruppe, jedenfalls vorübergehend in einen budgetlosen Zustand treiben. Wer immer also in der Justizleitung Beschlüsse verhindert, schadet – entweder unmittelbar wie beim Voranschlag oder mittelbar, mit Blick auf künftige eigene Anliegen – auch seiner eigenen Produktgruppe.

Zutreffend ist demgegenüber, dass die gewählte «Regierungsform» der Berner Justiz sehr anspruchsvoll ist, wie bereits der Vortrag (Botschaft) des Regierungsrats richtig erkannt hat: *«Ein wesentlicher Erfolgsfaktor für das Funktionieren dieses Modells ist, dass die Justizleitung sich als Organ versteht, das die Interessen der gesamten Gerichtsbarkeit und der Staatsanwaltschaft wahrnimmt und dass deren Mitglieder sich nicht als Vertreter von Partikularinteressen verstehen.»*<sup>13</sup> Da es sich bei der Justizleitung nicht um ein politisches, sondern um ein fachliches, aus vom Parlament gewählten Behördenmitgliedern zusammengesetztes Organ handelt, dürften die an die Justizleitung gestellten hohen Erwartungen nicht übertrieben sein.

Kaum nötig, nochmals zu betonen, dass die Justizleitung die fachliche Unabhängigkeit der drei Partnerinstitutionen – ZSG, VG und Staw – jederzeit zu respektieren und sich insbesondere jeder Einflussnahme auf die rechtsprechungsnahe Justizverwaltung oder gar die Rechtsprechung bzw. Strafverfolgung zu enthalten hat. Soweit mir bekannt, ist es seit ihrem Bestehen nie dazu gekommen; auch das Einstimmigkeitsprinzip hat (bisher) nie eine Blockade zur Folge gehabt, sondern im Gegenteil als Katalysator für viele interessante, letztlich für alle Beteiligten fruchtbare Diskussionen gewirkt.

### 3. Die Justizverwaltung als Selbst- oder Fremdverwaltung

#### 3.1 Was heisst «Justizverwaltung»?

Wo Behörden – in welcher Funktion immer – tätig sind, wird eine Infrastruktur benötigt: Personal, Informatikmittel, Büros und Gebäude, Mobiliar, gegebenenfalls Fahrzeuge, Bücher, Ausrüstungsgegenstände. Zudem ist jede Behörde gehalten,

<sup>13</sup> Vortrag des Regierungsrates zum Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ) sowie zum Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG) vom 17. Dezember 2008, Tagblatt des Grossen Rates 2009, Beilage 2, S. 12.

ihre Tätigkeit zu dokumentieren und einen (oft standardisierten) Austausch mit anderen Behörden zu pflegen. Sie hat Rechenschaft abzulegen über ihre Finanzen (Erfolgsrechnung und Bilanz) und ist ihrer Aufsichtsbehörde und der Öffentlichkeit gegenüber zur Berichterstattung über ihre Tätigkeit verpflichtet. Selbst wenn eine Behörde diese Aufgaben nicht alle selbst erfüllen muss, sondern auf Serviceorganisationen zurückgreifen kann, bleiben zahlreiche Tätigkeiten, die man als «administrativ» im engeren und weiteren Sinn bezeichnen kann. Handelt es sich um eine Justizbehörde, spricht man mit Blick auf diese Aufgaben und Tätigkeiten von der Justizverwaltung.

Ob «Chance» oder «Risiko» – eine funktionierende Justizverwaltung ist zunächst schlicht notwendige, wenn auch längst nicht hinreichende Voraussetzung für die Tätigkeit der Justiz. Ob sie als schlank oder aufgebläht, als eher hilfreich oder mühsam empfunden wird, beschlägt nicht die Frage des «Ob», sondern jene des «Wie» der Justizverwaltung. Doch worum handelt es sich dabei im Einzelnen?

#### 3.2 Justizverwaltung im engeren Sinn

Selbst das gerichtliche Kerngeschäft ist geprägt von Verrichtungen, die der Urteilsfindung lediglich vor- oder nachgelagert, gleichzeitig aber vollkommen unerlässlich sind: Registrierung neuer Fälle, Einfordern von Vorschüssen, Zuteilung des Dossiers an RichterIn und Gerichtsschreiber, das gesamte «Case-Management», Zusammensetzung des Spruchkörpers, Ansetzen von Verhandlungs- und Beratungsterminen, Ausfertigen und Eröffnen von Verfügungen und Entscheiden und viele weitere Handlungen haben administrativen Charakter und werden daher nicht (oder jedenfalls nicht nur) vom richterlichen Personal besorgt. Gemeinsames Merkmal der Justizverwaltung im engeren Sinn bildet der enge Bezug zur richterlichen Unabhängigkeit, da diese Aufgaben direkt und unmittelbar mit dem Kerngeschäft zusammenhängen und dieses direkt gestalten oder zumindest beeinflussen. Diese Aufgaben können daher nur durch richterliche Behörden bzw. auf deren Anordnung hin erfüllt werden und müssen zwingend richterlicher Kontrolle unterliegen. Zutreffend ist dieser Bereich auch als *rechtsprechungsnahe Justizverwaltung* bezeichnet worden.<sup>14</sup>

#### 3.3 Justizverwaltung im weiteren Sinn

Über die Zuordnung einzelner (Verwaltungs-) Aufgaben zur Justizverwaltung im engeren oder weiteren Sinn herrscht Unklarheit. Wie steht es etwa mit der Anstellung von Gerichtsschreiberinnen oder von Kanzleipersonal und der Festlegung der

<sup>14</sup> MADELEINE KEEL, Die Leitungsstrukturen der Justiz im Bund und in ausgewählten Kantonen – Eine Studie im Spannungsfeld von Führung und verfassungsrechtlichen Prinzipien, Diss. St. Gallen 2014, S. 272 ff.

Anstellungsbedingungen (generell-abstrakt und individuell-konkret)? Wer besorgt das Finanz- und Rechnungswesen? Wer soll über die Anschaffungen von Büchern und Mobiliar befinden? Wer über die geeignete Geschäftsverwaltungssoftware oder die Bewirtschaftung der gerichtseigenen Parkplätze? Die Gesetzgebung beantwortet diese Fragen differenziert: Die generell-abstrakte Regelung des Personal- und Finanzwesens sowie die Bereitstellung der «grossen» Infrastrukturen (Gebäude, Informatikmittel) etwa erfolgt durch den Kanton (Gesetzgeber, kantonale Verwaltung), während die damit verbundenen administrativen Alltagsverrichtungen teils vollständig, teils partiell der Justiz zugewiesen sind.

Als Justizverwaltung im weiteren Sinn bezeichnen wir administrative Aufgaben, welche zwar keinen unmittelbaren Bezug zur Erfüllung des Kerngeschäfts und damit zur richterlichen Unabhängigkeit aufweisen, aber dennoch für den Betrieb eines Gerichts unerlässlich sind. Die Unterscheidung ist für die Frage von Bedeutung, wie weit sinnvollerweise die Selbstverwaltung der Justiz gehen soll und welche Aufgaben, ohne Autonomieverluste für die Justiz, der kantonalen Zentralverwaltung oder Dritten zur Erfüllung übertragen werden können.

### 3.4 Selbstverwaltung der Justiz<sup>15</sup>

Die direkt verfahrensbezogene Justizadministration gehört ohne Zweifel in die Verwaltungszuständigkeit der Justiz, genauer noch der betroffenen Gerichte selbst. Mit REGINA KIENER sind dazu all jene Geschäfte zu zählen, die – durch nichtgerichtliche Behörden wahrgenommen – direkt oder indirekt die Möglichkeit bieten würden, auf die Rechtsprechung Einfluss zu nehmen; darüber hinaus all jene Vorgänge, die mit einer zwingend autonomen Justizverwaltung so eng zusammenhängen, dass sie sinnvollerweise von der gleichen Organgruppe erledigt werden. Zum Kreis der so bestimmten justizinternen Gerichtsverwaltung gehören vorab die interne Geschäfts- und Arbeitsverteilung und Belastungsausgleichsmassnahmen; denn eine von aussen vorgeschriebene Zuweisung bestimmter Verfahren an bestimmte Richter vermittelt den dringenden Anschein eines Ausnahmegerichts.<sup>16</sup>

Auch die Budgetkompetenz und die selbständige Rechnungsführung und Berichterstattung können – obwohl sie nicht der rechtsprechungsnahen

Justizverwaltung angehören – mit KIENER als Teil einer «wohlverstandenen gerichtlichen Verwaltungsautonomie» betrachtet werden; liegt die Budgetkompetenz dagegen bei jener Behörde, deren Tätigkeit durch die Justiz gerade kontrolliert wird, kann der äussere Anschein eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit nahelegen, aber auch in allen anderen Fällen ist eine Sanktionierung nicht genehmer Rechtsprechung durch Mittelkürzungen nicht ausgeschlossen.<sup>17</sup>

Das GSOG geht noch einen Schritt weiter und stellt in Art. 5 Abs. 1 die Selbstverwaltung der Justiz als generellen Grundsatz auf, von dem das Gesetz aber Ausnahmen vorsehen kann. Als (unechte) Ausnahme von diesem Grundsatz sieht Art. 5 Abs. 3 GSOG vor, dass die Gerichtsbehörden mit den zuständigen Direktionen der kantonalen Verwaltung vereinbaren können, dass diese Verwaltungsaufgaben, namentlich in den Bereichen Personaladministration sowie Finanz- und Rechnungswesen, in ihrem Auftrag erfüllen, wobei hoheitliche Verwaltungsaufgaben, namentlich Verfügungsbefugnisse, ausdrücklich davon ausgenommen sind.

Der Selbstverwaltung der Justiz entzogen sind hingegen die Bereitstellung, die Bewirtschaftung und der Unterhalt der von den Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft benötigten Grundstücke und Gebäude sowie der Informatik- und Kommunikationssysteme;<sup>18</sup> hierfür sind die zuständigen Direktionen der kantonalen Verwaltung verantwortlich, welche den Bedürfnissen der Justiz unter Berücksichtigung der anwendbaren kantonalen Vorgaben angemessene Rechnung tragen sollen (Art. 6 GSOG).

Selbstverwaltung heisst auch *Selbstorganisation* im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben. Hierzu gehört die konkrete Gestaltung der Binnenstruktur von Abteilungen, die Festlegung von Arbeitsabläufen und internen Zuständigkeiten. Soweit es – die Justizverwaltung im weiteren Sinn betreffend – im Interesse der Gesamtjustiz liegt, indem etwa das Gleichbehandlungsgebot zu beachten oder auf möglichst kostengünstigen Einkauf zu achten ist, übernimmt die Justizleitung mit der ihr angegliederten Stabsstelle eine zentrale Funktion bei der (reglementarisch von der Justizleitung geregelt) Organisation; soweit es indes um rechtsprechungsnahen Verrichtungen geht, bleiben die unabhängigen Produktgruppen auch in organisatorischer Hinsicht zuständig.

<sup>15</sup> Vgl. LIENHARD (Fn. 2), S. 405 ff., 421 ff und ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER, Die Selbstverwaltung der Gerichte, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2013/3; zur Problematik des «guten» Justizmanagements vgl. ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER, Grundlagen guten Justizmanagements in der Schweiz, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2016/1, je mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>16</sup> REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit – Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Bern 2001, S. 293.

<sup>17</sup> KIENER (Fn. 16), ebd.; solche Sanktionierung ist allerdings systemnotwendig auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Justiz über eigene Budgethoheit verfügt; diese bedeutet ja lediglich ein *Antragsrecht* ans Parlament, welchem es prinzipiell unbenommen ist, von der Justiz Budgetkürzungen zu verlangen.

<sup>18</sup> Wobei dies nur für die sog. Grundversorgung (IT und Telefonie) gilt, während die Justiz für die Bereitstellung der sog. Fachapplikationen (z.B. Tribuna) zuständig bleibt.

### 3.5 Würdigung

Die Justiz ist – auch wenn die häufige (und sachlich vielleicht nicht immer zutreffende) Bezugnahme auf ihre Unabhängigkeit manchmal das Gegenteil suggeriert – vielfältigen *heteronomen Einflüssen* ausgesetzt. Weder wählt sie ihr Fallgut und ihre Klientel selber, noch schafft sie die auf sie selbst und ihre Fälle anwendbaren gesetzlichen Grundlagen. Die «Fremdsteuerung» der Justiz reicht somit tief in ihr Kerngeschäft hinein, dessen Aufgaben und Abläufe so betrachtet weitgehend durch Normen vorstrukturiert sind, welche sich die Justiz nicht selbst gegeben hat, und durch Fakten geprägt sind, die sie nicht zu kontrollieren vermag. Umso wichtiger erscheinen aber jene Zuständigkeiten, welche geeignet sind, die Justiz *gegen Steuerungs- und Beeinflussungsversuche im Einzelfall* (dies ist der Kern der richterlichen Unabhängigkeit!) zu immunisieren.

Demgegenüber ist eine «reine» Selbstverwaltung – was praktisch Eigenstaatlichkeit der Justiz bedeuten würde – in der Schweiz nirgends verwirklicht. Dem demokratischen Selbstverständnis unseres Gemeinwesens entspricht nicht nur die demokratische (und damit ein Stück weit auch politische) Wahl der Richterinnen und Richter, sondern auch eine tiefe Abneigung gegen «Staaten im Staat», also gegen radikal «autonome», jeder demokratischen Steuerung entzogene hoheitliche Institutionen. Insoweit sieht sich die Justiz immer in ein grösseres Ganzes eingebettet, mit dessen Ansprüchen und Rationalitäten sie sich auseinandersetzen und, jedenfalls soweit die Justizverwaltung im weiteren Sinn betroffen ist, mehr oder weniger arrangieren muss.

Doch auch das Modell der nahezu totalen (administrativen) Fremdsteuerung, wie es im Kanton Bern vor der Justizreform in Kraft war, gibt es kaum mehr. Die umstandslose und vollständige administrative Zuordnung der Gerichte an eine Verwaltungseinheit – im Kanton Bern seinerzeit an das Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht der JGK – hat sich nicht nur wegen eines gewandelten Verständnisses der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz überlebt, sondern erscheint aus heutiger Sicht auch unter Effektivitäts- und Effizienzgesichtspunkten wenig sinnvoll. Ein flüchtiger Blick auf die Justizverfassungen von Bund und Kantonen<sup>19</sup> ergibt vielmehr, dass heute überall Mischformen bestehen, welche soweit ersichtlich den Kerngehalt der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz gewährleisten, hinsichtlich der Selbstverwaltung der Justiz aber unterschiedlich weit gehen.

## 4. Führungsgrundsätze (in) der Justiz

### 4.1 Zur Bedeutung des Milizprinzips

Die strategische Führung der Justiz wird im Milizamt ausgeübt. Die Mitglieder der Justizleitung und der Geschäftsleitungen bleiben – wenn auch unterschiedlich stark – ins Kerngeschäft eingebunden. Die Leitung von Justizbehörden durch nicht-richterliche Verwaltungsdirektoren hat in der Schweiz keine Tradition; vielmehr gehört es zum hiesigen Grundverständnis, dass die Leitungsfunktionen aus den Reihen der ins Richteramt Gewählten besetzt werden.

Die Vorteile dieser Lösung liegen auf der Hand: «Basisnähe» und Akzeptanz bei den ohnehin eher führungskritischen (und anspruchsvollen) Richterkolleginnen und -kollegen erleichtern die Führungsaufgabe, wenn die Leitungsorgane aus den eigenen Reihen und auf begrenzte Zeit bestellt werden. Denn gegenüber den Justizangehörigen erscheint es zentral, dass die Mitglieder der Leitungsorgane den Richteralltag auch atmosphärisch und handwerklich kennen und mit den Kolleginnen und Kollegen teilen. Als Nachteile ergeben sich die mit Leitungsämnern regelmässig verbundene Doppel- oder Mehrfachbelastung, die eine starke zeitliche und persönliche Beanspruchung bedeutet, sowie das Angewiesensein auf den technischen Sachverstand Dritter, der Verwaltungsprofis.

### 4.2 Führung des Verwaltungspersonals der Justiz

Das juristische und nicht-juristische Verwaltungspersonal, mit oder ohne eigene Führungsfunktion, bildet die Hauptressource für die zahlreichen Backoffice-Aufgaben, deren zuverlässige Erfüllung für das reibungslose Funktionieren der Justiz unerlässlich ist. Die insoweit technische (im Gegensatz zur rechtsprechungsbezogenen) Justizverwaltung beansprucht keine eigenen Grundsätze ihrer Ausübung; sie ist hierarchisch strukturiert und funktioniert grundsätzlich gleich wie jene eines Amtes oder Departements der Zentralverwaltung.

Der hierarchische Aufbau der technischen Justizverwaltung steht allerdings in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den flachen Hierarchien im rechtssprechungsnahen Bereich. Wird hier regelmässig in den dafür vorgesehenen Organen debattiert und tendenziell versucht, durch Überzeugungsarbeit einvernehmliche Lösungen zu erzielen, gilt dort im Prinzip, dass umzusetzen ist, was vom zuständigen Leitungsorgan beschlossen wurde. Von dessen Mitgliedern erfordert dies eine gewisse Flexibilität in der Art der Kommunikation und der Wahrnehmung ihrer Rollen: Sind sie in der Rechtsprechung gerade nicht die Chefs, sondern in ein prinzipiell gleichberechtigtes (und gleich verpflichtetes!) Kollegium eingebunden, haben sie gegenüber dem Verwaltungspersonal eine Füh-

<sup>19</sup> Vgl. etwa die Übersichtsdarstellung von KEEL (Fn. 14).

rungsrolle wahrzunehmen und gegebenenfalls auf die Umsetzung von Beschlüssen und Strategien zu insistieren. Das oben erwähnte Milizprinzip macht – neben der Doppelrolle – die Aufgabe nicht gerade einfach, ergibt sich doch eine gewisse Abhängigkeit vom technischen Sachverstand der Verwaltungsmitarbeiter. Diese Konstellation hat gewisse Ähnlichkeiten mit dem Verhältnis der politisch gewählten Exekutivmitglieder zu der ihnen unterstellten Verwaltung.

#### 4.3 Führungsfunktion gegenüber dem richterlichen Personal?

Die richterliche Unabhängigkeit bildet Schranke und Orientierungspunkt für jede Ausübung von Leitungsfunktionen. Gegenüber den Richterkolleginnen und -kollegen besteht demnach keine dossierbezogene Weisungsbefugnis. Dennoch können Situationen eintreten, welche, im Interesse eines reibungslosen Ablaufs des Tagesgeschäfts,<sup>20</sup> eine kollegiale Intervention auch im rechtsprechungsnahen Bereich unumgänglich machen. Dies kann Angelegenheiten wie etwa die Qualität und die Quantität verantworteter Urteilsreferate, Fragen der Gesundheit, das Auftreten gegenüber richterlichem oder nicht-richterlichem Personal, die Spesenbewirtschaftung oder Nebenbeschäftigungen betreffen. Eine solche Intervention wird aber nicht (oder höchstens im Zug einer fortgeschrittenen Eskalation) auf dem Weisungsweg ausgeübt, sondern mittels Instrumenten der Koordination und Kollegialität, also argumentativ. Mit anderen Worten: Führung gegenüber Richterinnen und Richtern bedarf einer *Kultur der «geleiteten Kollegialität»*, die auf gegenseitigem Respekt für die gesetzlichen Aufgaben der involvierten Personen beruht.

#### 4.4 Justizbezogene Führungskultur

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Justiz einer eigenen Führungskultur mit entsprechend angepassten Führungsgrundsätzen bedarf. Gegenüber dem nicht-richterlichen Personal gilt das Prinzip der hierarchischen Verwaltung; gegenüber den Magistratinnen und Magistraten gilt das Prinzip der diskursiven Auseinandersetzung und Überzeugung, da sich nicht Chefs und Untergebene, sondern «Primi» bzw. «Primae inter pares» begegnen. Es geht indes nicht darum, justizinterne Gegensätze zu konstruieren, sondern darum, der Verschiedenheit und Vielfalt der in der Justiz beschäftigten Personen und anfallenden Aufgaben angemessen Rechnung zu tragen. Besonders wichtig erscheint es, die verschiedenen Berufsgruppen und Funktionen einzubinden und eine

Justiz(verwaltungs)kultur aufzubauen, welche das juristische Fach- und das Verwaltungspersonal miteinander verbindet.

Mithin sollte, ohne Unterscheidung der Funktionen und Aufgaben, an einer Kultur des Einstehens für den Rechtsstaat und der Identifizierung mit dem eigenen Gericht und der Justiz insgesamt gearbeitet werden. Das Ziel muss immer bleiben, gegen innen wie gegen aussen für optimale Bedingungen einzutreten, welche der Justiz die qualitativ einwandfreie, unbeeinflusste, effiziente und effektive Erfüllung ihrer verfassungs- und gesetzmässigen Aufgaben erlauben. Schliesslich dürfen auch ein gewisser Enthusiasmus und die Leidenschaft zum Ausdruck kommen, welche mit dem täglichen Eintreten für das Funktionieren des Rechtsstaats verbunden sind.

#### 5. Justizverwaltung: Entlastung oder Bevormundung?

Die gute Justizverwaltung entlastet das Kerngeschäft, ohne die Richterinnen und Richter zu bevormunden. Sie soll ermöglichen, nicht verhindern; je rechtssprechungsnäher sie agiert, desto sensibler muss sie mit Blick auf die Unabhängigkeit ihrer Klientel, der Richterinnen und Richter, vorgehen, und desto enger ist sie von richterlichem Führungspersonal (wie Abteilungspräsidentinnen und -präsidenten) zu begleiten. Doch umgekehrt gilt auch, dass die Verwaltung in Bereichen, welche weitab von der Rechtsprechung (oder Strafverfolgung) liegen, über eine gewisse Selbständigkeit verfügen können muss; es kann nicht sein, dass sich Richterinnen und Richter z.B. auch für den Einkauf von Kaffeetassen, die Bewirtschaftung der Parkplätze, die Entwicklung eines Brandschutzkonzepts oder die Anstellung einer Buchhalterin als zuständig erachten.

Um auf den Titel des Referats zurückzukommen: Ob die Justizverwaltung ihre Aufgaben optimal erfüllen kann und insoweit «Chance» ist, oder ob sie den Richterinnen und Richtern als unnötige Schikane erscheint und insoweit ein «Risiko» darstellt, hängt von verschiedenen Faktoren ab, namentlich

- von der sachgerechten gesetzlichen Zuweisung von Verwaltungsaufgaben auf die verschiedenen Träger; je rechtssprechungsnäher die Aufgabe, desto näher muss sie bei der betreffenden Justizbehörde angesiedelt sein,
- von den vorhandenen «hard skills» des Personals; die Justiz ist genauso auf administrative Fachkompetenz angewiesen wie andere Verwaltungsträger, und man sollte grundsätzlich auf allen Ebenen und in allen Funktionen die «Profis» arbeiten lassen,
- von der Qualität der Führung; gegebenenfalls sind spezifisch justizbezogene Führungsmodelle und -kurse zu entwickeln.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 37 Abs. 1 bzw. Art. 50 Abs. 1 GSOG, wonach die Präsidentin oder der Präsident des Obergerichts bzw. des Verwaltungsgerichts für den ordnungsgemässen Geschäftsgang ihrer Gerichtsbarkeit sorgt.

Nicht zuletzt sind es aber «weiche» Faktoren, die einen entscheidenden Beitrag zur erfolgreichen Justizverwaltung leisten. Zusammengefasst könnte man von einer spezifischen Kultur des Gerichts bzw. der Justizbehörde und der Gesamtjustiz und einer von dieser geprägten Werthaltung ihrer Angehörigen sprechen. Werte wie *Loyalität, Identifikation und Leidenschaft* können zwar nicht von

oben verordnet werden, sondern bilden sich erst über längere Zeit heraus; sie sollen aber dem Justizpersonal aller Stufen und Funktionen von den Magistratinnen und Magistraten, vorab von jenen in Leitungsfunktionen, vorgelebt und vermittelt werden.

---

**Anina Steiner, Verwaltungsgericht**

## Teilzeit arbeiten und studieren? Na klar!

*«Hätte man mich vor zehn Jahren nach meinem Berufswunsch gefragt, wäre meine Antwort (noch) nicht ‹Betriebsökonomin› gewesen.»*

Anina Steiner

Einen Beruf zu erlernen, der viel mit Zahlen zu tun hat, konnte ich mir lange nicht vorstellen. Während meiner Grundausbildung zur Kauffrau EFZ und in der nachfolgenden kaufmännischen Berufsmaturität kam ich in Kontakt mit der Betriebs- und Volkswirtschaftslehre sowie der Politikwissenschaften. Nach und nach fing ich an, mich für die gesellschaftliche und betriebswirtschaftliche Umwelt und deren Zusammenhänge zu interessieren und auch zu verstehen, wozu man Mathematik in der Betriebsökonomie gebrauchen kann.

Die Berufsmaturität besuchte ich berufsbegleitend, denn ich mag die Abwechslung zwischen Arbeits- und Schulalltag. Nachdem ich die berufliche Maturität in Bern erfolgreich abgeschlossen hatte, verspürte ich den Wunsch, in einer anderen Stadt zu studieren. Luzern fand ich schon immer sehr schön, deshalb erkundigte ich mich dort nach Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten. Schon bald stiess ich auf den «Bachelor in Business Administration» der Hochschule Luzern und bewarb mich dort um einen Studienplatz. Diese Ausbildung möchte ich Ihnen heute vorstellen.

### Studienmodelle und Zulassung

Das Bachelor-Studium an der Hochschule Luzern (HSLU) kann Vollzeit oder berufsbegleitend absolviert werden. Das Vollzeit-Studium dauert in der Regel sechs Semester und das berufsbegleitende Teilzeit-Studium acht Semester. Mit der kaufmännischen Ausbildung und der Berufsmaturität legitimiert man sich direkt für den Besuch des Studiums an der Fachhochschule. Weitere Zulassungsmöglichkeiten sind auf der Website der HSLU beschrieben.

### Das Studium kurz erklärt

Berufsbegleitende Studierende wie ich arbeiten zu mindestens 50% in einem kaufmännisch-betriebswirtschaftlich orientierten Aufgabenfeld. Die Berufstätigkeit wird in sogenannten Transfer-Modulen teilweise an das Studium angerechnet.

Das Studium kann in Deutsch oder Englisch absolviert werden. Die Angebote des Sprachenzentrums ermöglichen zusätzlich den Erwerb von weiteren Sprachkenntnissen, beispielsweise in Spanisch, Russisch oder Chinesisch. Ausserdem besteht die Möglichkeit, während des Studiums ein Auslandsemester zu absolvieren.

Der Studiengang besteht aus den Modulgruppen Assessmentstudium, Aufbaustudium und Vertiefungsstudium. Die Modulgruppen bestehen aus einzelnen Modulen, in welchen die ECTS-Credits erworben werden. Das ganze Studium setzt sich aus 180 ECTS-Credits zusammen. Die Credits bilden die europaweite «Währung» der Studienleistungen. Der Arbeitsaufwand für den Erhalt der 180 Credits für den Studiengang beläuft sich gesamthaft auf rund 5'400 Arbeitsstunden.

Das Bestehen des Assessment-Studiums ist für alle Studierenden an der Hochschule Luzern obligatorisch, damit das Studium fortgeführt werden kann. Im Hauptstudium (Aufbau- und Vertiefungsstudium) dürfen sich die Studierenden ihre Schwerpunkte nach und nach selbst setzen. Dazu können sie im deutschsprachigen Studium zwischen folgenden Hauptvertiefungsrichtungen (Majors) wählen:

- Controlling & Accounting
- Finance & Banking
- Human Resource Management
- Immobilien
- Kommunikation
- Management & Law
- Marketing
- Mobilität

- Public & Nonprofit Management
- Tourismus
- Value Network Management

Dabei besteht die Möglichkeit, die Majors mit Nebenvertiefungsrichtungen, sogenannten Minors, zu ergänzen. Diese dürfen ebenfalls frei gewählt werden.

### Hauptvertiefungsrichtungen – Ein Beispiel

Ich befinde mich zurzeit im Assessmentstudium. Mein Favorit aus den elf Majors ist «Public & Nonprofit Management», da dieser die Bereiche Management, Volkswirtschaft und Politik praxisnah verknüpft. Dieser Major ermöglicht eine breite Auswahl an Tätigkeiten in öffentlichen und gemeinnützigen Bereichen, aber auch in der Privatwirtschaft.

Typische Branchen- und Berufsfelder sind:

- Branchen: Internationale Organisationen, Entwicklungszusammenarbeit, Gesundheits- und Sozialwesen, Bildung, Kultur und Sport, Wirtschafts- und Berufsverbände, Stiftungen und Fundraising, Umwelt- und Naturschutz, Sozial-/Krankenversicherungen, Finanzwesen/Steuern und vieles mehr.
- Projektmitarbeit in der Internationalen Entwicklungszusammenarbeit (im In- und Ausland); Projektleitung für Nonprofit-Organisationen und die öffentliche Hand; Stabs- und Projektmitarbeit (Bund, Kantone, Städte, Gemeinden)
- Organisationsberatung für Nonprofit-Organisationen und für den Public-Sektor; Beratungstätigkeit in einer internationalen Unternehmensberatung oder in einem internationalen Umfeld
- Verbandsmanagement: Geschäftsführung, Events, Marketing, Projekte; Mitarbeit in der Regionalentwicklung
- Politische Ämter
- Karriere als Fachspezialist/in bei einer Sozial-/Krankenversicherung; Teamleitung bei einer Sozialversicherung
- Leiter/in Events bei einem Dachverband
- Finanzen und Administration in einer grossen (inter)nationalen NGO
- Gründung eines eigenen Unternehmens (Start-up)

### Was kann mit dem Bachelor-Studium erreicht werden?

Nach Abschluss des Studiums erhalten die Studierenden den **eigenössisch anerkannten und geschützten Titel** «Bachelor of Science, Hochschule Luzern, in Business Administration mit Vertiefung in (Major/Minor)».

Die Hochschule Luzern sagt Folgendes:

«Dank dem breit angelegten generalistischen Studium öffnet der Bachelor-Abschluss Tür und Tor zur ganzen Bandbreite betriebswirtschaftlicher Aufgaben in Profit-, Nonprofit- und öffentlichen Organisationen. Die fundierte Ausbildung in einem

Major **erhöht dabei die Arbeitsmarktchancen in den dazugehörigen Berufsfeldern**, ohne den Studierenden eine alternative Berufswahl zu verbauen – eine ideale Voraussetzung auch für Studierende, die sich für die Zukunft alle Optionen offenhalten wollen.»

### Meine bisherige Erfahrung während des Bachelor-Studiums

Das Studium an der Hochschule Luzern ist sehr praxisorientiert und die Klassen sind mit ca. 30 Studierenden übersichtlich. Die Dozierenden kennen unsere Namen und sind bei Fragen zum Stoff auch nach dem Unterricht für uns da. Der Übergang zwischen Berufsmaturität und Studium erforderte sehr viel Selbstorganisation, Disziplin und Durchhaltevermögen. Es ist wichtig, sich im Studium Prioritäten zu setzen und auch mal abends die Bücher hervorzuholen. Solange man sich seine Ziele «smart» setzt und sich auch in anspruchsvollen Situationen motivieren kann, ist man auf dem besten Weg, den Bachelor-Abschluss erfolgreich zu erlangen.

### Quellen und weitere Informationen

<https://www.hslu.ch/de-ch/wirtschaft/studium/bachelor/business-administration/>

<https://www.hslu.ch/de-ch/wirtschaft/studium/bachelor/business-administration/public-and-nonprofit-management/>

<https://www.hslu.ch/de-ch/wirtschaft/studium/bachelor/wirtschaft-studieren/>

<https://mycampus.hslu.ch/de-ch/info-w/dokumente-fuers-studium> [abrufbar nur mit Login]

### Anhang<sup>1</sup>

1. Modulgruppe Assessmentstudium		
Modulbezeichnung	Semester	ECTS Credits
Einführung in die Wirtschafts-mathematik	1	3
Financial Management	1	6
Human Resources	1	3
Kommunikationskompetenz: Mit Texten und Bildern informieren	1	3
Marketing	1	3
Prozesse und Operations	1	3
2. Fremdsprache I	2	3
Corporate Finance	2	3
Kommunikationskompetenz: Durch Auftritte überzeugen	2	3
Management Accounting	2	3
Organisationsgestaltung	2	3
Quantitative Modelle und Analysen	2	3

<sup>1</sup> In Anlehnung an den Anhang 1B des Studienführers 2019/20, abgerufen auf der internen Campuswebseite [www.mycampus.hslu.ch](http://www.mycampus.hslu.ch)

<b>2. Modulgruppe Aufbaustudium</b>		
Modulbezeichnung	Semester	ECTS Credits
Wissen schaffen: Aus Fachliteratur	3	3
Advanced Financial Management	3	3
Analysing, Comprehending and Informing in Business	3	3
Deskriptive Datenanalyse	3	3
Risikomodelle und Optimierung	3	3
Volkswirtschaft I	3	3
Ziviles Wirtschaftsrecht	3	3
Wissen schaffen: Aus Interviews	4	3
Kommunikationskompetenz: Für Organisationen kommunizieren	4	3
Kulturkompetenz	4	3
Öffentliches Wirtschaftsrecht	4	3
Strategie	4	3
Transfer I	4	3
Unternehmensethik	4	3
Volkswirtschaft II	4	3
2. Fremdsprache II	5	3
Kommunikationskompetenz: Gespräche professionell führen	5	3
Transfer II	5	3
Volkswirtschaft III	5	3
Wissen schaffen: Anwendung II	5	3
Wissen schaffen: In Projekten	5	3
Nachhaltige Entwicklung	6	3
Persuasive Business Communication	6	3
Schliessende Statistik	6	3
Volkswirtschaftliche Anwendung	6	3

<b>3. Modulgruppe Vertiefungsstudium</b>		
Modulbezeichnung	Semester	ECTS Credits
Major I	5	6
Major II	6	6
Transfer III	6	3
Wahlmodul 1	6	3
Bachelorarbeitsprojekt Vorstudie	7	3
Major III	7	6
Minor I	7	6
Transfer IV	7	3
Wahlmodul 2	7	3
Bachelorarbeitsprojekt Bachelorarbeit	8	9
Major IV	8	6
Major V	8	6
Minor II	8	6



# Schriftliche Entscheidungsbegründungen aus Sicht der Anwaltschaft

(Referat anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung vom 14. Mai 2019)

## 1. Einleitung

Danke für die Gelegenheit, mich als Anwalt zum Veranstaltungsgegenstand zu äussern. In der Regel gilt ja: der Anwalt (und Klient) hat nach dem Plädoyer nichts mehr zu sagen als «hier verstanden».

Rechtsmittel verkommen mindestens formell immer mehr zur Lotterie, im Zivilrecht gilt dies neuerdings schon innerhalb des Kantons (zur Lotterie Romande gesellt sich die Lotterie Cantonale). Von Relevanz ist die Thematik daher alleweil.

Interessant, wer Adressat dieser Veranstaltung ist: nicht nur Richter, sondern vor allem auch GS. Ob man daraus ableiten könnte, wenn man möchte, dass die Verantwortung für die schriftliche Begründung die GS und nicht die Richter tragen, wäre zu untersuchen. Reicht für eine richterliche Tätigkeit eine Motivanweisung? Es ist vorstellbar, dass man daraus mit etwas gutem Willen eine Konventionsverletzung fabrizieren könnte...

## 2. Wünsche

Ich werde gefragt: was will Anwalt, was will Klient?

Die Antwort ist nicht unbedingt deckungsgleich.

### Klient

Er will eine Antwort auf die ihn interessierende Frage, ob er Recht hat oder nicht.

Das sind in der Regel wenige Punkte, meist sogar Sachverhaltsfragen und nicht Rechtsfragen.

Es ist sein Fall; mit «interessant für die Rechtswissenschaft» hat er nichts am Hut, auch nicht mit Präjudizwirkung o.ä. Dass eine solche gewünscht wird, ist sehr selten, aber nicht ausgeschlossen (institutionelle Kunden, z.B. Versicherungen).

### Anwalt

Auch er will eine Antwort in den Kernpunkten dieses Falles.

Bei ihm sind aber unter Umständen auch Rechtsfragen und deren Erörterung interessant, namentlich als Basis für andere Fälle („man will es jetzt einmal wissen»). Insoweit geht sein Interesse mitunter über jenes seines Klienten hinaus, dem ein Folgefall mehr oder weniger egal ist.

Der Anwalt will aber vor allem nicht Anwaltsbashing, wie es sich das Bundesgericht in den letzten Jahren zunehmend zu Eigen gemacht hat und es leider kantonale Instanzen auch schon ab

und zu übernehmen haben. Ich komme darauf zurück.

## 3. Feststellungen heute

Wir lesen häufig, sehr häufig, fast immer... epische Werke, die dem Fall oft nicht angemessen sind. Da wird über die Prozessgeschichte, Sachverhaltsdarstellung aus verschiedener Optik, Darlegung rechtlicher Grundlagen zum Beweisrecht, der Beweiswürdigung, zu den einzelnen Rechtsfragen über die Subsumption, die dann alles vorher wiederholt, länglich zur Beurteilung geschritten, die dann manchmal fast überraschend nicht nur im Ausgang, sondern auch in der Begründung daherkommt, um sich dann noch einmal aufzuschwingen zu den Rechtsfolgen, namentlich im Strafrecht mit endlosen Kreisen um die richtige Strafzumessung, und einem selten kurzen und prägnanten Kostenschluss.

Schauen wir das einzeln an.

### a. Grundsatz

Altmeister Max Kummer sagte: Es gibt Urteile, die schliessen implizit mit: « ... trotzdem wurde erkannt»

So soll es nicht sein.

Bitte begründen Sie den Entscheid, das Ergebnis, nicht sein Gegenteil.

### b. Prozessgeschichte

Die interessiert niemanden, es sei denn, das Gericht wolle sich antizipiert den Vorwurf vom Hals halten, konventionswidrig das Beschleunigungsgebot verletzt zu haben. Wären Urteile im Zeilengeld bezahlt wie früher Gerichtsberichterstattungen, hätten wir Verständnis für diese unnötige Einleitung, die uns bestenfalls darin erfreut, nach ihrem Durchblättern einen tollen Teil des Urteils hinter sich zu haben, ohne es lesen zu müssen.

Bitte beschränken Sie die Prozessgeschichte auf wirkliche Urteilsrelevanz

### c. Formelles

Da gilt Gleiches wie bei der Prozessgeschichte. Wird eingetreten und stellen sich keine formellen Hürden, kann man dies auch kurz halten. Fraglich ist, ob dieser Punkt, da an sich auch Erwägung darstellt, nicht nach dem Sachverhalt eingereiht werden sollte.

#### d. Sachverhalt

Ist nötig und wichtig, das ist klar.

Aber einmal reicht, nicht wiederholt Sachverhalt prüfen, das ermüdet und birgt die Gefahr von Widersprüchen.

Schriftliche Begründungen haben so schöne Schemata zur Grundlage. Das ist verständlich und auch für Anwälte beim Plädieren eine Erleichterung.

Nachteil: wir Anwälte – selbstkritisch – plädieren auch zu Sachen, die nicht nötig sind, und Ihr GS schreibt Dinge auf, die ebenso wenig nötig sind.

Das Hauptproblem ist dabei, dass alle Schemata Tat- und Rechtsfragen trennen. Dann meint man, man müsse es auch so machen, und in Tat und Wahrheit macht man es eben doch nicht.

z.B. Haftungsrecht (zivil und strafrechtlich):

Was soll nun ein Urteil, das im Sachverhalt unter dem bestrittenen Teil minutiös Tatfragen klärt und dabei ein Sachverständigengutachten würdigt, das zB zu einem Bauunfall oder einer angeblichen medizinischen Sorgfaltspflichtverletzung eingeholt wurde. Man kommt dann mit dem Gutachter zum Schluss, dass keine Regeln verletzt worden sind.

Und dann klemmt man sich episch hinter die Fahrlässigkeit, legt seitenlang Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit dar, und wenn man es dogmatisch ganz richtig machen will, auch noch das erlaubte Risiko, um dann lapidar in einem Satz zu enden: wie schon 20 Seiten vorher im Sachverhalt dargelegt, fehlt es an der Sorgfaltspflichtverletzung.

Tat- und Rechtsfragen lassen sich nur scheinbar trennen. In den Beweisverfügungen wird als relevante und zu beweisende Tatfrage aufgelistet, was bezogen auf die geltend gemachten Ansprüche relevant ist. Sachverhalt ist nicht Selbstzweck. Er ergibt sich aus dem Zusammenhang mit den sich stellenden Rechtsfragen. Daher hat die Trennung etwas Künstliches und erschwert die Lesbarkeit und damit das Verständnis, gerade aus Sicht des Klienten.

Natürlich gehört dazu, den unbestrittenen Sachverhalt dazulegen, aber bitte in der gebotenen Kürze. Weshalb ich im Urteil aber den bestrittenen dann mindestens zweimal lesen muss, begreife ich nicht. Sowohl im Strafrecht wie im Zivilrecht ist der bestrittene Sachverhalt im Beweisrecht und in der Subsumption massgebend. Also verweben Sie dies doch.

Man wird sagen, man könne dann nicht mehr unterscheiden, was Tat- und Rechtsfrage ist. Ja dann ist man selber schuld. Wenn Sie unter Sachverhalt und dann unter Recht das Gleiche zweimal prüfen und unter der Subsumption nochmals Tatfragen untersuchen und Feststellungen treffen, dann kann man es auch nicht unterscheiden.

Kleines Beispiel aus dem SVG:

Überholvorgang im Simmental, Kernfrage SVG 90/1 oder 90/2 in subjektiver Hinsicht. Hat der überholende Lenker den von hinten, der schon am Überholen war, gesehen oder nicht? Musste er ihn allenfalls sehen?

Was sollen lange Ausführungen zum objektiven TB von SVG 90/2? Nein: Kernpunkt an den Hörnern packen: Was ist die relevante Tatfrage in Bezug auf die Rechtsfrage, ob subjektiv ein schwerer Fall vorliegt? Prüfen Sie Frage einmal, nämlich geballt im Zusammenhang mit den Voraussetzungen, wann subjektiv ein schwerer Fall anzunehmen ist. Das reicht.

#### e. Rechtliches

Ihre Urteile strotzen vor **Textbausteinen**. Das interessiert den Klienten schlicht nicht, den Anwalt höchstens mässig, es sei denn, er kopiere sie dann seinerseits in die nächste Rechtschrift, was ihm seitens der Obrigkeit den Vorwurf einträgt, an der Sache vorbeizuschreiben...

Da gibt es Textbausteine zu Beweismassregeln, Begrifflichkeiten, Dogmatischem, z.B. in dubio, ZGB 8, Beweismass, AUF und Invalidität, Fahrlässigkeit, Voraussehbarkeit, Vermeidbarkeit usw.

Beschränken Sie sich doch auf das, was hier dann wirklich eine Rolle spielt bzw. von der Norm abweicht.

Was soll eine seitenlange Darstellung von Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit einer Kollision beim Fussgängerstreifen, wenn man ein verkehrstechnisches Gutachten eingeholt hat, das zum Schluss kommt, bei günstiger Sachverhaltsannahme z.G. des Beschuldigten sei sie unvermeidbar? Wenn Sie sich dem anschliessen, dann reicht eine kurze Begründung. Wenn nicht, dann schreiben Sie!

Was sollen seitenlange Ausführungen zur Beweislast im Grundsätzlichen und im Speziellen und zur Beweisdichte, wenn Sie am Schluss dazu kommen zu sagen, der strikte Beweis sei erbracht. Das alles macht doch nur Sinn bei Beweislosigkeit oder bei verminderter Beweisdichte.

Es gibt Urteile im Sozialversicherungsrecht, bei denen lese ich ab Erw. 3.2 oder 3.3. Man weiss, wo man das findet, was zum Fall gehört...Die immer gleichen Textbausteine z.B. zur Frage, welcher Kaskade der Überzeugungskraft verschiedene medizinische Aktenstücke gehorchen, interessieren den Klienten nicht. Er will wissen, ob man seinem Arzt glaubt oder, wenn nein, weshalb nicht.

Und dann kommen noch die endlosen **Aneinanderreihungen von Entscheiden und Literaturstellen**. Wenn dies der Ausdruck von intensiver Recherche und Auseinandersetzung mit jedem einzelnen Präjudiz wäre, dürfte man wohl wenig einwenden. Ist es aber nicht, behaupte ich, oder jedenfalls – fairerweise – häufig nicht. Sie kommen nämlich auch als Testbausteine daher, immer die

gleichen, von Jahr zu Jahr angereichert durch jene des letzten Jahres. Hand aufs Herz: Prüfen Sie immer bei jedem Einzelnen nach, ob er wirklich einschlägig ist? Da gibt es nämlich manchmal interessante Erkenntnisse, wenn man die Zitate einmal nachprüft.

Beschränken Sie sich doch auch hier auf einzelne, dafür solche, die wirklich «hauen» und vielleicht nicht schon 50 Jahre alt sind, wenn es neuere gibt, die ja auch die alten zitieren, sofern sie die alten, die im Textbaustein immer noch vorhanden sind, nicht bereits abändern....

Und dann das Hauptanliegen in diesem Zusammenhang: Wenn Sie dann mehrseitig, wie z.B. in einem Fall, da es um die Omnikongruenz beim Regress aus Versorgerschaden ging, für und wider in Lehre und Praxis zitiert haben, dann schreiben Sie abschliessend wenigstens, **weshalb** man dann der einen und nicht der anderen Meinung folgt. Der lapidare Satz: «Diese Auffassung überzeugt» ist nicht gerade weiterführend.

#### f. Eventualbegründungen

Na ja, es gibt hier anwesende hochgeschätzte Personen, die haben ein Flair für Eventualbegründungen...

Wenn ein Anwalt mit Eventualbegründung plädiert und anträgt, heisst es, er sei seiner Sache nicht sicher ...

#### Beispiele

In einem erstinstanzlich abgewiesenen Fall um uR in einem Haftpflichtprozess mit zweifachem Schriftenwechsel in 1. Instanz und einem medizinischen Gutachten seitens der IV monierte das Regionalgericht, der Gesuchsteller habe nicht angegeben, worauf er seinen Anspruch stützt; es sei nicht Aufgabe des Gerichts, in einem Berg medizinischer Akten nach Hinweisen zu suchen; wenn der Gesuchsteller sich nicht einmal mit dem vorhandenen Gutachten auseinandersetze, gebe es keinen Anlass, ein weiteres Gutachten einzuholen. Das Obergericht bestätigte auf einer Seite diesen Entscheid wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht. In einer Eventualbegründung erwog es auf 7 Seiten, dass das Gesuch auch unbegründet wäre, wenn man die Akten eingehend würdigt, was es selber gemacht hat.

Das ist m.E. nun wirklich des Guten zu viel.

Natürlich kann es im einen oder anderen Fall Sinn machen. Wenn das Gericht aus formellen Gründen auf eine Berufung nicht eintritt, dann aber kurz materiell eventualiter erwägt, die Klage wäre auch so abzuweisen, mag das in einzelnen Fällen angehen und ist durchaus auch im Sinne des Klienten, der dann nicht das Gefühl hat, man habe ihm einfach nicht zuhören wollen (oder sein Anwalt sei unfähig, weil man ja nur wegen des Nichteintretens verloren habe...).

Schwieriger wird es aber, wenn ein Regionalgericht eine Klage abweist mit einer einlässlichen Begründung und das Obergericht dann diesen Entscheid mit dieser Begründung schützt, gleichzeitig aber zur Eventualbegründung macht und eine eigene Hauptbegründung vertritt, die weder von den Parteien behauptet oder plädiert noch vom Regionalgericht auch nur ansatzweise angesprochen wurde. Das BGer hat in diesem Fall übrigens die Eventualbegründung geschützt und die Hauptbegründung gar nicht behandelt.

Was liest man nun aus dem Entscheid? Wie verhält es sich mit der Parteidisposition? Wie ist zu würdigen, dass das BGer die Hauptbegründung sein lässt? Was gilt nun in einem ähnlich gelagerten zukünftigen Fall?

m.E. muss man bei all diesen Fragen aber folgendes bedenken:

Ihnen liegen Anträge vor, Ihnen liegen Sachverhaltsbehauptungen und Rechtsauffassungen vor. Der Anspruch der Parteien geht dahin, darauf eine Antwort zu erhalten. Hält das Gericht nun die Behauptung, es liege ein Sachmangel vor, für erwiesen oder nicht? Muss nun die Mutter mehr arbeiten gehen nach der Trennung oder nicht? Hat nun der Arzt einen Fehler gemacht oder nicht?

Es besteht ein Anspruch, darauf eine Antwort zu erhalten.

Nun mag aus Ihrer Sicht vielleicht etwas ganz anderes entscheidend sein. Manche Forderungen aus Sorgfaltspflichtverletzungen scheitern am nicht erwiesenen Schaden. Eine Forderung kann rechtsmissbräuchlich erhoben worden sein usw.

Problematisch ist dann vor allem – aus Sicht Anwaltschaft und Klient – wenn in diesem Zusammenhang eine ganz andere Begründung erfolgt, als plädiert wurde. Das ist in rechtlicher Hinsicht durchaus zulässig, aber aus Sicht des Rechtssuchenden hinsichtlich seiner Optik und seiner Erwartungen unbefriedigend.

Ebenso ärgerlich ist, wenn Vorbringen schlicht nicht beurteilt werden. Z.B. im Rahmen einer Streitverkündigungsklage sowohl vertragliche wie ausservertragliche Regressansprüche behauptet worden sind. Man verwirft vertragliche und sagt nichts zu ausservertraglichen. Das BGer sagt dann lapidar, es lägen keine tatsächlichen Feststellungen vor, die es im Zusammenhang mit solchen Ansprüchen begründen könnten...

Daher vertrete ich aus Anwalts- und Klientensicht schon die Meinung, dass man gut daran tut, Eventualbegründungen nur in wirklich geeigneten Fällen einzusetzen.

#### 4. Anwaltsschelte

Gerade bei Formalien, Eintreten, Rügen

Da wird manchmal zu unfairer und teilweise verfehlter Wortwahl gegriffen. Halten Sie sich vor

Augen, dass gerade Urteile, die in länglicher Form das Gleiche mehrfach sagen, dem Anwalt die Tätigkeit nicht erleichtern, wenn es z.B. um die Frage der richtigen Rüge geht. Er muss dann zudem noch eine Rechtsmittelfrist wahren!

Mir ist schon bewusst, dass es Rechtsschriften unterschiedlicher Qualität gibt. Aber es gibt auch Urteilsbegründungen unterschiedlicher Qualität. Und da dürfen Sie eines nicht vergessen: Wenn wir Anwälte ein Urteil anfechten wollen, müssen wir uns an die möglichen Rügen halten. Sachverhaltsrügen, teilweise auch Rechtsrügen, sind nun halt einmal häufig eingeschränkt und erfordern Willkür o.dgl. Und wenn Sie selber dann schon je nach Rechtsmittel fordern, es reiche nicht zu sagen, ein Urteil sei falsch, sondern es sei detailliert darzutun, inwiefern es stossend, ungerecht oder

eben willkürlich sei, dann machen wir es eben und begründen so. Das bedeutet aber noch nicht, dass Sie als Gerichte mir gleichem Kaliber zurückschiessen müssen...

## 5. Wunsch

Bevor Sie schreiben: Versetzen Sie sich in die Position des Rechtssuchenden und fragen sich, was er eigentlich in diesem Fall wissen will.

Und dann beantworten Sie genau das. Dann haben Sie es gut gemacht. Die meisten mündlichen Urteilsbegründungen sind vortrefflich, weil Richter und Richterinnen im Angesicht der Betroffenen beinahe «naturgemäss» auf diese eingehen, um ihnen ihren Urteilsspruch zu erklären. Dieses Extrakt sollte bei der schriftlichen Begründung wegleitend sein und nicht verloren gehen.

---

Dr. Christian Josi, Oberrichter

# Urteilsredaktion in erster Instanz: einige Grundsätze

## 1. Die Urteilsbegründung ist auf die Bedürfnisse der Adressaten auszurichten.

Die Entscheidung richtet sich an unterschiedliche Adressaten. Neben den Parteien und deren Rechtsvertreter sowie den oberen Instanzen wendet sich der Entscheid auch an die interessierte Öffentlichkeit, insbesondere an die Medien. Sie müssen dem Entscheid die für sie relevanten Informationen entnehmen können:

- Parteien und ihre Rechtsanwälte: Sie kennen ihre eigenen Argumente und auch diejenigen der Gegenpartei; sie interessiert in erster Linie, was das Gericht zu ihren Argumenten sagt. **Fokus:** rechtliches Gehör
- Obere Instanzen: Sie wollen wissen, worum es überhaupt geht. Sie wünschen eine konzise Darstellung der strittigen tatsächlichen und rechtlichen Fragen. **Fokus:** Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit.
- Interessierte Öffentlichkeit: Sie wollen die Geschichte hören, um die es geht, und verstehen, warum das Gericht so und nicht anders entschieden hat. **Fokus:** Nachvollziehbarkeit.

## 2. Die Prozessgeschichte steht am Anfang der Entscheidungsbegründung. Sie soll in erster Linie einen Überblick über den Streitgegenstand verschaffen.

Am Anfang steht die Prozessgeschichte. Das ist nichts Neues. Darzustellen ist in erster Linie der Streitgegenstand. In der Regel genügt die wörtliche Wiedergabe der Rechtsbegehren.

Nicht verboten, sondern manchmal sogar geboten ist darüber hinaus eine kurze Darstellung der Ausgangslage (z.B. bei Streitigkeiten um Dienstbarkeiten die Lage der Grundstücke und der Inhalt der strittigen Dienstbarkeit; bei Ehescheidungen das Datum der Heirat, die der Ehe entsprungene Kinder).

## 3. Prozessleitende Verfügungen gehören nur in die Prozessgeschichte, wenn sie strittig sind oder Ausgangspunkt für die Erörterung prozessualer Fragen in der Entscheidungsbegründung bilden.

Es ist meistens entbehrlich, den Prozessablauf in allen Einzelheiten wiederzugeben. Es gibt aber Ausnahmen.

### Beispiele:

- Das Gericht hat zahlreiche Beweisanträge in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen.
- Oder es wurden einer Partei zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Gegenpartei bestimmte Beweismittel nicht oder nicht vollständig vorgelegt, was hoch umstritten sein kann.
- Das Gericht hat neue Tatsachen und Beweismittel zugelassen, obwohl die Gegenpartei dagegen opponiert hat.

In diesen Fällen ist es wichtig, soweit relevant, auch den «Prozesssachverhalt» festzustellen. Geht es beispielsweise um ein Fristversäumnis, sind die Zustellungsfragen unter Verweis auf die Beweismittel zu beantworten. Dies ist deshalb

wichtig, weil die obere kantonale Instanz für das Bundesgericht auch den Prozesssachverhalt verbindlich feststellt. Deshalb ist auf diese Fragen bereits in erster Instanz einzugehen.

Schliesslich kann man zum Eigenschutz, um dem Vorwurf der Prozessverschleppung zu begegnen, mit Zurückhaltung auch Sistierungen und andere prozessuale Vorkehren, die das Verfahren verzögern, wie die Einholung von Gutachten, in den Prozesssachverhalt aufnehmen.

#### **4. Nach der Prozessgeschichte sind die Prozessvoraussetzungen und andere prozessuale Fragen zu behandeln.**

Üblicherweise werden sachliche und örtliche Zuständigkeit kurz formelhaft behandelt, die anderen Prozessvoraussetzungen nur, wenn sie bestritten sind. Es genügt dann festzuhalten, dass die übrigen Prozessvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben.

Auch unter den Prozessvoraussetzungen – dem Formellen – zu behandeln, sind andere strittige prozessuale Fragen wie abgewiesene Beweisanträge etc. In einfachen Fällen kann die Abweisung des Beweisantrages auch erst im Sachverhaltsteil abgehandelt werden.

#### **5. Auf die Abhandlung der Prozessvoraussetzungen folgen in der Regel Beweiswürdigung und Sachverhalt**

Das ist die Grundregel. Sie beruht auf den Erwartungen der oberen Instanzen, besonders des Bundesgerichts, das an die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen gebunden ist. Dasselbe gilt bei der Beschwerde an die obere kantonale Instanz. Aber auch die Berufungsinstanz will zwischen Sachverhalts- und Rechtsrügen klar unterscheiden können.

In Einzelfällen kann es aber sinnvoller sein, Sachverhalt und Rechtliches zu verschränken, indem zunächst die rechtlichen Grundlagen dargelegt werden, worauf der rechtlich relevante Sachverhalt festgestellt und direkt subsumiert wird.

Das gilt für die meisten Fälle, in denen es entscheidend auf die rechtlich relevanten Einzelumstände ankommt wie bei ungerechtfertigten fristlosen Kündigungen, missbräuchlichen Kündigungen, generell wenn Treu und Glauben zur Diskussion steht, im Markenrecht etc. In diesen Fällen ist es nicht praktikabel, die einzelnen Umstände zuerst zusammenhanglos festzustellen und erst dann rechtlich zu werten. Einfacher und verständlicher ist es, wenn ein Einzelumstand direkt in den Gesamtzusammenhang eingeordnet und rechtlich gewertet wird. In jedem Fall ist muss aber erkennbar bleiben, ob eine Sachverhaltsfeststellung getroffen oder rechtlich gewürdigt wird. Das ist meist nicht problematisch, aber im häufigen Fall der Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip entscheidend: Wird nun aufgrund von Einzelumständen der innere Wille als Tatsache festgestellt oder

der Vertrag aufgrund dieser Einzelumstände normativ ausgelegt?

#### **6. Leitlinie für die Sachverhaltsfeststellung ist die anwendbare Rechtsnorm.**

Festzustellen ist nur, was für die rechtliche Subsumtion notwendig ist. Auch wenn die Parteien Nebenschauplätze mit Verve bearbeitet haben, sind sie mit keinem Wort zu würdigen. Sind die Behauptungen der Parteien nicht genügend substantiiert, so endet die Sachverhaltsfeststellung mit diesem Befund, wobei die Gründe für die fehlende Substanziierung darzulegen sind.

#### **7. Die Sachverhaltsdarstellung richtet sich nach der fallweise zu bestimmenden angemessenen Reihenfolge, und nicht danach, was unbestritten ist und was bestritten ist.**

In der Regel empfiehlt sich zu Beginn ein Überblick, sofern sich die Ausgangslage nicht schon aus der Prozessgeschichte ergibt. Ob darin Sachverhaltselemente enthalten sind, die bestritten sind, ist irrelevant. Man hüte sich aber davor, diesen Überblick als «Rahmensachverhalt» zu bezeichnen. Warum nicht einfach beginnen, die Geschichte zu erzählen? Entsprechend ist auch die Aufteilung in einen unstrittigen und einen strittigen Sachverhalt entbehrlich. Die Feststellung, dass und aus welchen Gründen etwas unbestritten ist, ist nur dann erforderlich, wenn die betroffene Partei der Auffassung ist, sie habe hinreichend bestritten.

Danach sind die für die rechtliche Subsumtion erforderlichen Einzeltatsachen zu erörtern. Man kann, muss aber nicht der Beweisverfügung folgen. Müssen die Beweise gewürdigt, d.h. gewogen werden, ist auch das Beweisergebnis festzuhalten.

**Beispiel:** «Demnach ist erwiesen, dass die Kündigung am 30.4.2018 zugestellt worden ist», oder: «Demnach ist die Kündigung am 30.4.2018 zugestellt worden.»

Das Beweisergebnis ist klar festzuhalten, d.h. nicht: «Das Gericht geht davon aus,...»; «es erscheint plausibel...»; «es ist wahrscheinlicher...». Am Schluss muss klar sein, was gilt.

#### **8. Das Gericht sagt, wie es den Sachverhalt sieht, und nicht, warum die beweisbelastete Partei ihn falsch sieht.**

Das Gericht ist nicht verpflichtet, stets wiederzugeben, was die Parteien behauptet haben. Zwar ist es durchaus sachgerecht, die Behauptung der beweisbelasteten Partei kurz festzuhalten, um klarzustellen, welches Beweisthema im Folgenden behandelt werden soll, aber es ist unnötig, im Einzelnen die Beweiswürdigung der Parteien wiederzugeben (vgl. zur vergleichbaren Situation bei der rechtlichen Subsumtion unten Ziff. 13).

**Beispiel:** «Die Klägerin behauptet, die Kündigung sei der Beklagten am 30.4.2018 zugegangen. Das Kündigungsschreiben hat die Klägerin nicht mit Einschreiben, sondern mit A-Post versandt. Der von der Beklagten vorgelegte Briefumschlag (AB 12) trägt zwar den Poststempel des 27.4.2018, sodass eine Zustellung am 30.4., einem Montag, durchaus möglich erscheint, zumal A-Post üblicherweise am Tag nach Versand zugestellt wird. Dass dies ab und zu nicht der Fall ist, ist jedoch allgemein bekannt. Die Büromitarbeiterin der Beklagten mochte sich an ihrer Einvernahme noch daran erinnern, dass sie das Kündigungsschreiben öffnete und ihrem Vorgesetzten vorlegte, nachdem sie es zur Kenntnis genommen hatte. Das Antwortschreiben der Beklagten trägt den Poststempel vom 2. Mai 2018. Da die Büromitarbeiterin gemäss ihren Aussagen nur montags, donnerstags und freitags arbeitet, kann sie es aber nicht erst am 2. Mai, einem Mittwoch, entgegengenommen haben. Gründe für eine Falschaussage sind nicht ersichtlich. Als Angestellte der Beklagten hat die Zeugin kein Interesse daran, zum Nachteil ihres Arbeitgebers auszusagen. Aus diesen Gründen ist erwiesen, dass das Kündigungsschreiben der Beklagten am 30.4.2018 zugegangen.»

Hier wird in einem Satz mit der Behauptung der Klägerin das Beweisthema umschrieben. Sogleich folgt die Beweiswürdigung des Gerichts.

Die Beweislast braucht nur thematisiert zu werden, wenn darüber Uneinigkeit herrscht, oder eine Behauptung beweislos geblieben ist.

### **9. Die Zulässigkeit und Verwertbarkeit eines Beweismittels kann als prozessuale Vorfrage bei der Beweiswürdigung behandelt werden.**

Das ist nur der Grundsatz. Ist die Verwertbarkeit einer Vielzahl von Beweismitteln strittig, so behandelt man diese Fragen besser im prozessualen Teil.

### **10. Der Sinngehalt, die Beweiseignung und die Beweiskraft eines Beweismittels sind nur zu würdigen, wenn diese Gesichtspunkte strittig sind.**

Eine Beweiswürdigung, verstanden als Beurteilung des Sinngehalts eines Beweismittels, von dessen Beweiseignung sowie von dessen Beweiskraft ist nur notwendig, wenn diese Fragen ernsthaft bestritten sind. Ernsthaft bestritten heisst, dass die Gegenpartei konkrete Gründe vorgebracht hat, die gegen die Zuverlässigkeit des Beweismittels sprechen. Standardisierte pauschale Bestreitungen übergeht man einfach.

**Beispiel:** «Die Beklagte hat der Klägerin 2.5.2018 mitgeteilt, dass sie die Kündigung als ungerechtfertigt zurückweise (vgl. AB 13, Schreiben vom 2.5.2018).»

Und nicht: «Wie sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 2.5.2018 (AB 13) unzweifelhaft ergibt, hat die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass sie die Kündigung als ungerechtfertigt zurückweise. Unstrittig hat die Klägerin dieses Schreiben erhalten, gemäss Aussagen von B etwa am 3. oder 4.5.»

Dass das Schreiben die Bestreitung der Kündigung enthält, ergibt sich aus dem Wortlaut. Offenbar ist der Zugang des Schreibens unbestritten. Somit reicht es, die Tatsache der Mitteilung festzuhalten. Erörterungen dazu, warum das Beweismittel als zuverlässig erachtet wird, sind unnötig.

Dasselbe gilt auch für Zeugeneinvernahmen: Wenn man den Aussagen eines Zeugen ohne weiteres Glauben schenken kann und sie auch nicht ernsthaft bestritten sind, kann unmittelbar das Beweisergebnis festgehalten werden: «Die Mitarbeiterin der Beklagten, Frau Müller, hat das Kündigungsschreiben am 30.4.2018 erhalten und es sogleich ihrem Vorgesetzten, Herrn Lüthi, vorgelegt (vgl. Zeugin Müller, pag. 320, Z. 44 – 56).» Und nicht: «Die Zeugin Müller hat ausgesagt, sie habe am 30.4. ein Schreiben erhalten und – wie die andere Post auch – geöffnet und kurz überflogen. Sogleich sei ihr aufgefallen, dass der Streit, den sie mitbekommen habe, nun offenbar seinen Höhepunkt erreicht habe, indem die Klägerin gekündigt habe. Sie habe das Schreiben sogleich Herrn Lüthi vorgelegt. Was dieser dann damit gemacht habe, wisse sie nicht mehr. Aufgrund der glaubhaften Aussagen der Zeugin erachtet es das Gericht als erwiesen, dass die Beklagte die Kündigung am 30.4. zur Kenntnis nahm.»

### **11. Auf Beweiswürdigung und Sachverhalt folgt die rechtliche Subsumtion.**

Wie bereits erwähnt, ist das nur die Grundregel. Erscheint es sachgerecht, Sachverhalt und Rechtsfragen zu verschränken, kann eine andere Reihenfolge gewählt werden (z.B. Rechtsnorm – Sachverhalt – Subsumtion).

### **12. Die rechtlichen Ausführungen beginnen mit dem Zitat der einschlägigen Rechtsnorm.**

Es ist eine alte Weisheit: Der Blick ins Gesetz fördert die Rechtskenntnis. Die Rechtsnorm ist Ausgangspunkt jeder Rechtsanwendung.

Theoretische Ausführungen sind auf die strittige Rechtsfrage auszurichten und darauf auch zu beschränken. Von ausserdem Abschreiben der Rechtsprechung und Literatur ist abzusehen. Ein Entscheid kann lehrbuchartige Abschnitte enthalten, ist aber kein Lehrbuch.

### **13. Das Gericht sagt, wie sich die Rechtslage nach richterlicher Beurteilung darstellt, und nicht, warum die Rechtsauffassung der einen oder anderen Partei falsch ist.**

Die langatmige Wiedergabe der rechtlichen Par-teistandpunkte ist überflüssig. Es genügt, die strittige Rechtsfrage zu benennen und abzuhandeln.

Aus dem Entscheid muss nicht erkennbar sein, welchen Argumenten welcher Partei das Gericht gefolgt ist. Soweit überhaupt Rechtsstandpunkte der Parteien wiedergegeben werden müssen, so dient dies der Umschreibung der Streitfrage.

**Beispiel:** «Die Klägerin ist der Auffassung, Ziffer 3 des Vertrages gebe der Beklagten kein Recht, die Exklusivität des Alleinvertriebsrechts gesondert zu kündigen.»

Hier dient die Auffassung der Klägerin als Ausgangspunkt für die Ausführungen des Gerichts. Zusätzliche Ausführungen zum Rechtsstandpunkt der Klägerin, wie im folgenden Beispiel, sind unnötig.

**Beispiel:** «Die Klägerin ist der Auffassung, Ziffer 3 des Vertrages gebe der Beklagten kein Recht, die Exklusivität des Alleinvertriebsrechts gesondert zu kündigen, was sich schon aus Wortlaut und Systematik ergebe. Ziffer 6, der die Kündigung betreffe, spreche nur von der Kündigung des Vertrages, und nicht einzelner Rechte. Ziffer 10, der die Folgen der Vertragsbeendigung regle, bestimme ausdrücklich, dass der Vertriebspartner ab Vertragsbeendigung das Alleinvertriebsrecht verliere, aber berechtigt bleibe, seinen Lagerbestand zu liquidieren. E contrario ergebe sich daraus, dass das Alleinvertriebsrecht nur gleichzeitig mit der Vertragsauflösung erlöschen könne. Die Beklagte wendet ein, der Vertragswortlaut verbiete eine gesonderte Kündigung des Alleinvertriebsrechts nicht. Nach dem Grundsatz a maiore minus müsse es der Klägerin offen stehen, die Exklusivität zu kündigen, ohne den Alleinvertriebsvertrag aufzulösen. Dies sei für die Klägerin vorteilhafter, bleibe sie doch zu Bezug und Vertrieb der Vertragsprodukte berechtigt. Sie müsse sich lediglich mit Konkurrenz im Vertragsgebiet abfinden. Das sei aber immer noch weniger einschneidend, als das Vertriebsrecht ganz zu verlieren.»

Bei dieser Vorgehensweise müssten auch die Ausführungen der Beklagten wiedergegeben werden. Das führt aber dazu, dass dieselben Rechtsfragen mehrmals angesprochen werden, einmal aus der Sicht der Klägerin, einmal aus der Sicht der Beklagten und schliesslich aus Sicht des Gerichts. Dass diese Redundanz die Geduld des Lesers auf die Probe stellt, versteht sich von selbst.

#### 14. Die Auslegung von Rechtsnormen folgt den gängigen Auslegungskriterien.

Ist der Sinn einer Rechtsnorm unklar und hat die Rechtsprechung der oberen Gerichte die sich stellende Rechtsfrage noch nicht beantwortet, ist sie anhand der gängigen Auslegungskriterien auszulegen (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck, Historie etc.). Soweit sich die Lehre zu der Frage äussert, ist sie unter dem passenden Auslegungs-

element zu zitieren. Die Lehre als solche ist kein Auslegungskriterium, sondern ein Argumentationsschatz.

#### 15. Mehrere Rechtsbegehren mit unterschiedlicher Anspruchsgrundlage sind hinsichtlich Sachverhalt und Rechtsfolge in sich abzuhandeln, wie wenn getrennte Entscheide vorlägen.

Es empfiehlt sich nicht, zuerst für alle Ansprüche den Sachverhalt abzuhandeln und dann die Rechtsfragen. Besser ist es, die Ansprüche abzuhandeln und dort die angemessene Reihenfolge zu wählen.

#### 16. Am Schluss sind die Kostenfolgen abzuhandeln.

#### 17. Man hüte sich vor einer Übergliederung, vor Überschriften und Inhaltsverzeichnissen.

Man beachte die Layout-Richtlinien des Obergerichts zur Entscheidredaktion.

Üblich ist eine Nummerierung mit römischen Zahlen für Prozessgeschichte, Prozessuales, Sachverhalt, Rechtliches und Kosten sowie mit arabischen Zahlen für die weitere Gliederung. Pro arabische Zahl sollte ein Teilaspekt behandelt werden, der in Unteraspekte zerlegt werden kann (1.1 etc.). Mehr als drei Ebenen sollten nicht erforderlich sein.

Überschriften rechtfertigen sich nur bei langen, komplexen Entscheiden mit mehreren Ansprüchen. Hier dient es der Übersichtlichkeit, wenn zum Beispiel in einer Bausache die einzelnen Mängel mit einer Überschrift bezeichnet werden. Auch wenn mehrere Rechtsbegehren gestellt werden, können diese mittels Überschriften voneinander abgegrenzt werden.

**Beispiele:** Unterlassungsanspruch, Beseitigungsanspruch, Entgangener Gewinn, Genugtuung

Keine Überschriften sind erforderlich, um den Sachverhalt und die Beweiswürdigung auseinanderzuhalten (denn diese gehören immer zusammen). Ebenso wenig ist für die Subsumtion und das Fazit eine Überschrift nötig.

#### 10. Der Sinngehalt, die Beweiseignung und die Beweiskraft eines Beweismittels sind nur zu würdigen, wenn diese Gesichtspunkte strittig sind.

Eine Beweiswürdigung, verstanden als Beurteilung des Sinngehalts eines Beweismittels, von dessen Beweiseignung sowie von dessen Beweiskraft ist nur notwendig, wenn diese Fragen ernsthaft bestritten sind. Ernsthaft bestritten heisst, dass die

# Urteilsredaktion in zweiter Instanz: einige Grundsätze

## 1. Der Rechtsmittelprozess dreht sich um den angefochtenen Entscheid

Der angefochtene Entscheid ist die Basis des Rechtsmittelentscheids. Die Parteien müssen sich im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 311 Abs. 1 ZPO bzw. Art. 321 Abs. 1 ZPO mit den tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen. Dabei gilt nach BGE 144 III 394 E. 4.1.4 S. 397 f. Folgendes:

«Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Berufungsgericht nicht gehalten, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (...).»

Wir lernen also aus dieser Passage, dass es in der Rechtsmittelinstanz nicht um eine Wiederholung des vorinstanzlichen Prozesses geht, sondern um eine Kontrolle des erstinstanzlichen Entscheids. Dabei geben die Rügen (bzw. – synonym – die Beanstandungen) das *Prüfprogramm der Rechtsmittelinstanz* vor. Als Grundsatz gilt, dass all jene tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen des angefochtenen Entscheids oberinstanzlich Bestand haben, die nicht gerügt werden.

## 2. Die unbeanstandeten Feststellungen im angefochtenen Entscheid sind an den Anfang des Rechtsmittelentscheids zu stellen

Aus dem soeben Gesagten folgt, dass *die ungerügten Feststellungen im angefochtenen Ent-*

*scheid den Ausgangspunkt des oberinstanzlichen Entscheids bilden.* Diese sind an den Anfang zu stellen, d.h. noch vor die Prozessgeschichte. Denn eine griffige Darstellung des unbestrittenen Sachverhalts stimmt auf den Entscheid ein, macht diesen fass- und greifbar und ist die Basis für das Verständnis der nachfolgenden Ausführungen. Als Titel ist dabei – wenn überhaupt – grundsätzlich nur «Sachverhalt» zu schreiben. Dass dieser unbestritten oder rahmenhaft ist, ergibt sich aus der Schilderung selbst.

## 3. Auf den Sachverhalt folgt die erst- und oberinstanzliche Prozessgeschichte

Die Prozessgeschichte ist erst nach der Darlegung des Lebenssachverhalts, um den es bei der materiellen Beurteilung geht, abzuhandeln. Dabei sind sowohl die erstinstanzliche wie auch die oberinstanzliche Prozessgeschichte darzustellen, wobei eine Gratwanderung zwischen Vollständigkeit und Wesentlichkeit besteht: Abzuhandeln sind grundsätzlich nur die wesentlichen Prozesshandlungen, diese aber vollständig. Unnötig ist es beispielsweise, die Postaufgabe einer Rechtsschrift zu thematisieren, wenn die Einhaltung der Frist (erst- oder oberinstanzlich) kein Thema bildet. Was die erst- und oberinstanzlichen Rechtsbegehren anbelangt, so sind namentlich die Klage- und Rechtsmittelklageanträge zu zitieren, während die entsprechenden Abweisungs- bzw. Nichteintretensanträge lediglich zusammengefasst werden können.

## 4. Die oberinstanzlichen Prozessvoraussetzungen sind formelhaft abzuhandeln

An den Beginn der Abhandlung über die oberinstanzlichen Prozessvoraussetzungen gehört der Satz, dass die Rechtsmittelinstanz die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit voller Kognition prüfe. Dies eröffnet die Zulässigkeitsprüfung. Dabei kann formelhaft dargelegt werden, dass es sich um ein taugliches Anfechtungsobjekt handelt, die Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz gegeben ist, Beschwer und Legitimation unproblematisch und der Streitwert erreicht ist etc. Ebenfalls ist hier die Einhaltung der Rechtsmittelfrist abzuhandeln. Bei alledem hängt die Ausführlichkeit der Abhandlung davon ab, wie problematisch die jeweilige Prozessvoraussetzung ist. Schliesslich empfiehlt sich ein kurzer Block zur Begründungspflicht und der Kognition der Rechtsmittelinstanz, bevor mit dem Satz geschlossen wird,

auf das Rechtsmittel könne unter Vorbehalt tauglicher Rügen eingetreten werden.

### **5. Auf die Prozessvoraussetzungen folgen die prozessualen Vorfragen**

Steht die Zulässigkeit des Rechtsmittels fest, sind die prozessualen Vorfragen abzuhandeln: Ausstandsfragen, die nicht in einem separaten Verfahren bereinigt wurden, sind hier zu thematisieren. Aber auch und insbesondere die Frage nach der Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung und schliesslich Beweisangebote, diese unter dem Aspekt des Novenrechts sowie der antizipierten Beweiswürdigung.

### **6. Die Begründetheit des Rechtsmittels ist entlang der Rügen abzuhandeln**

Sind die prozessualen Vorfragen abgehandelt, folgt die materielle Beurteilung. Dabei ist wieder in Erinnerung zu rufen, dass zur Beurteilung der angefochtene Entscheid – und nicht der Streit als solcher – steht. Die Rügen geben dabei das Prüfungsprogramm vor. Die Begründetheitsprüfung ist entlang der Rügen vorzunehmen. Abzuhandeln sind Rüge für Rüge. Anzuknüpfen ist also stets bei der Beanstandung: Der Rechtsmittelkläger beanstandet dies und jenes, er rügt eine Verletzung von Artikel xy etc. Die Rüge bildet den Einstieg in die materielle Beurteilung.

### **7. Formelle Rügen sind zuerst zu behandeln**

Zunächst sind jene Vorwürfe gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheid zu behandeln, welche sich auf das Prozessrecht stützen: Verletzungen von Verfahrensgrundrechten wie vorab das rechtliche Gehör, Verletzung von beweisrechtlichen Normen etc.

### **8. Sachverhaltsrügen sind vor den Rechtsrügen abzuhandeln**

Anschliessend ist der Sachverhalt zu bereinigen. Was nicht unbestritten (heisst: ungerügt) ist, gehört dabei wie eingangs besprochen an den Anfang des Entscheids. Bei der Begründetheitsprüfung folgt die Behandlung der Sachverhaltsrügen, also der Vorwürfe, es liege eine «unrichtige Feststellung des Sachverhalts» (Art. 310 lit. b ZPO) oder gar eine «offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts» (Art. 320 lit. b ZPO) vor. Sachverhaltsrügen sind in der Regel Beweiswürdigungsrügen: Beanstandet wird eine «falsche» Beweiswürdigung. Im Abschnitt betreffend die Sachverhaltsrügen ist daher mitunter eine neue Beweiswürdigung vorzunehmen.

Ist der Sachverhalt nach Abarbeitung der Sachverhaltsrügen bereinigt, können die Rechtsrügen in Angriff genommen werden. Dies gestützt auf den allenfalls bereinigten Sachverhalt und anhand der vorinstanzlichen rechtlichen Erwägungen.

### **9. Rügen sind situativ angepasst zu behandeln**

In der Regel empfiehlt sich folgender Aufbau bei der Beurteilung einer Rüge: (1) Darstellung, was gerügt wird (entweder kurz oder ausführlich), (2) darauf folgend ein theoretischer Textblock betreffend die Rechtslage, (3) die vorinstanzlichen Erwägungen, (4) allenfalls eine weitere Ausführung des Standpunkts des Rechtsmittelklägers (wenn nicht bereits zu Beginn gemacht) und schliesslich sogleich (5) die Subsumtion, d.h. die eigentliche Beurteilung der Rüge unter Einbezug der Vorbringen des Rechtsmittelbeklagten. Es ist nämlich in der Regel sinnvoll, die Einwände des Rechtsmittelbeklagten nicht in einem separaten Abschnitt auszuweisen, dies insbesondere, wenn der Rechtsmittelkläger mit seinen Rügen ohnehin nicht durchdringt.

Die Reihenfolge dieser Arbeitsschritte muss aber situativ beurteilt und angepasst werden: So kann es sinnvoll sein, nach der Skizzierung der Rüge sogleich die vorinstanzlichen Erwägungen wiederzugeben und erst anschliessend einen Theorieblock einzufügen. Schliesslich kann den Einwänden des Rechtsmittelbeklagten dann mehr Raum gegeben werden, wenn der Rechtsmittelkläger obsiegt.

### **10. Wo es nichts zu sagen gibt, ist nichts zu sagen (bzw. auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen)**

Gerade bei Laieneingaben wird dem angefochtenen Entscheid häufig nichts Substantielles entgegengesetzt. In solchen Fällen gibt es eigentlich nicht viel zu sagen. Es kann vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, dies vielleicht unter Anfügung von ein zwei Sätzen.

### **11. Theorieblöcke beinhalten grundsätzlich nur Hinweise auf die Rechtsprechung**

In Theorieblöcken ist grundsätzlich nur auf Rechtsprechung zu verweisen und zwar in folgender Reihenfolge: Publierte Bundesgerichtsentscheide, unpublierte Bundesgerichtsentscheide, publizierte Entscheide des Obergerichts, publizierte Entscheide anderer oberer kantonalen Instanzen. Erst wenn die Rechtsprechung nichts hergibt, ist die Lehre zu zitieren.

### **12. Die Lehre ist nach Meinungen, nicht nach Namen zu gliedern**

Wenn auf die Lehre Bezug genommen werden muss, ist diese nach Meinungen zu gliedern und die entsprechenden Autoren sind in Klammern zu setzen. Unschön ist die Gliederung nach Autor in dem Sinne: Hoffmann vertritt die Auffassung, dass...; Schöni ist der Ansicht, dass.... Es sind Argumente zu wägen, nicht Namen.

# Kindesanhörung nach Art. 298 ZPO: Ausgewählte Aspekte aus der Gerichts- praxis

Nachlese zur Weiterbildungsveranstaltung der Berner Justiz vom 22.01.2019

## I. Minderjährige Kinder aus der Optik der Zivilgerichte

Unmündige Kinder unverheirateter Eltern führen ihre familienrechtlichen Prozesse sowohl auf klägerischer wie auf beklagter Seite in eigenem Namen. Bei diesen Verfahren ist dem aussenstehenden Betrachter bereits auf den ersten Blick klar, wessen Rechte im Kern betroffen sind. Das Kind erscheint im Rubrum als eigenständige, von den Eltern abgrenzbare Partei. Die möglichen Streitthemen konzentrieren sich auf Kinderbelange. Befürchtete Interessenskollisionen zwischen Eltern und Kindern werden ohne weiteres erkannt und mit Selbstverständlichkeit durch angeordnete Prozessbeistandschaften eliminiert. Das Kind wird weder als Objekt noch als Subjekt wahrgenommen, sondern steht als eigentlicher Akteur im Vordergrund.

Bei unmündigen Kindern verheirateter oder ehemals verheirateter Eltern besteht keine solche Offensichtlichkeit für den Aussenstehenden. Das Gesetz sieht vor, dass diese Streitigkeiten stets unter der Schirmherrschaft des Ehebundes geführt werden. Im Mittelpunkt steht somit faktisch nicht das Kind, sondern der Schutz oder die Auflösung der Ehe. Partei können dabei nur die Ehegatten selber sein, weil nur sie Vertragspartner der Ehe sind, die daraus hervorgegangenen Kinder aber nicht. Der Streitgegenstand ist nicht auf die Kinderbelange beschränkt, diese machen meist nur einen Bruchteil des Ganzen aus. Die Frage nach möglichen Interessenskonflikten zwischen Eltern und Kindern wird wenig diskutiert und selbst in offensichtlichen Fällen oft vernachlässigt. Das Kind ist formell nicht Akteur. Weil die Kindeseltern im Fokus stehen, wird es zudem meist nicht einmal als Subjekt wahrgenommen und verkommt in der ganzen Verfahrensmaschinerie faktisch zur stummen Spielfigur.

In der Praxis sind die Auswirkungen dieser unterschiedlichen Optiken deutlich zu spüren. Das Kind als schwächstes Glied der Gesellschaft wird durch die Aberkennung seines Parteistatus in Trennungs- und Scheidungsverfahren einem zusätzlichen Risiko ausgesetzt, im Schlachtfeld seiner Eltern überhaupt nicht mehr als eigenständige Person wahrgenommen und in seinen Anliegen gehört zu werden.

## II. Prozessualer Ausgleich

Der Gesetzgeber hat im Bewusstsein um diese Problematik zwei Instrumente geschaffen, um dem Kind im eherechtlichen Verfahren trotz seiner fehlenden Parteistellung eine eigene Stimme zu geben und seine Position zu stärken: Die Kindesvertretung<sup>1</sup> und die hier besonders interessierende Kindesanhörung.<sup>2</sup> Beide Instrumente bezwecken auf ihre Art die Erhebung und Evaluierung des objektiven und subjektiven Kindeswillens und dessen Berücksichtigung in der Urteilsfindung.

## III. Entwicklung

Bis Ende 1999 gab es keine bundesrechtliche Verankerung der Kindesanhörung im Familienrecht. Minderjährige Kinder hatten keine persönlichen Mitwirkungsrechte.<sup>3</sup> Immerhin war anerkannt, dass gestützt auf die Untersuchungs- und Officialmaxime nach Art. 156 aZGB eine Anhörung des Kindes möglich war.<sup>4</sup> Die Abklärung des Sachverhalts und die Gewinnung des persönlichen Eindrucks erfolgten aber vor allem durch Befragung der Kindseltern und durch die Anhörung der Vormundschaftsbehörde. 1997 ratifizierte die Schweiz die UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) und damit auch deren Artikel 12:

### Artikel 12

- <sup>1</sup> Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.
- <sup>2</sup> Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

Am 01.01.2000 trat in der Schweiz das neue Scheidungsrecht in Kraft. Art. 144 Abs. 2a ZGB

<sup>1</sup> Art. 146 f. aZGB / Art. 299 f. ZPO.

<sup>2</sup> Art. 144 aZGB / Art. 298 ZPO (siehe auch Art. 314 Ziff. 1 aZGB / Art. 314a ZGB).

<sup>3</sup> Cyril Hegnauer, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess, in: AJP 1994 S. 888 Ziff. I.5.

<sup>4</sup> Botschaft vom 15.11.1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 1996 S. 143.

übernahm dabei die Idee der Kindesanhörung in die nationale Gesetzgebung:

**Art. 144 J. Kinder / I. Anhörung**

- <sup>1</sup> Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, so hört das Gericht die Eltern persönlich an.
- <sup>2</sup> Die Kinder werden in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich angehört, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen.

Die Anhörung war gesetzlich somit nur für Scheidungsverfahren vorgesehen. Das Bundesgericht erklärte aber, dass diese Norm auch in Massnahmenverfahren nach Art. 137 aZGB zur Anwendung gelange<sup>5</sup> resp. bei allen gerichtlichen Verfahren, in denen Kinderbelange zu regeln seien.<sup>6</sup>

Mit der Einführung der eidgenössischen ZPO am 01.01.2011 wurde das Prinzip der Kindesanhörung aus dem materiellen Recht ins Prozessrecht überführt, mit einigen Modalitäten sowie mit einem Beschwerderecht für das Kind ergänzt:

**Art. 298 Anhörung des Kindes**

- <sup>1</sup> Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen.
- <sup>2</sup> Im Protokoll der Anhörung werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten. Die Eltern und die Beiständin oder der Beistand werden über diese Ergebnisse informiert.
- <sup>3</sup> Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten.

Systematisch war dieser Artikel anfangs im Kapitel «Eherechtliche Verfahren» eingereiht. Mit der Reform des Kindesrechts per 01.01.2017 – und damit gleichzeitig mit der neu eingeführten Kompetenzattraktion nach Art. 298b Abs. 3 ZGB bei Unterhaltsklagen – wurde der Rahmen geöffnet und Art. 298 ZPO in unveränderter Form neu dem Kapitel «Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten» untergeordnet.

Die Einführung der Kindesanhörung bedeutete eine klare Verbesserung für die prozessuale Position des Kindes. Trotzdem wurden Kindesanhörungen schweizweit von den Gerichten nur in bescheidener Anzahl auch tatsächlich durchgeführt. Eine umfangreiche Studie über die ersten Erfahrungen im revidierten Scheidungsrecht ergab ernüchternde Zahlen. 2002 waren in der Schweiz 12'718 unmündige Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen. Eine Auswertung von Scheidungen in den Jahren 2002 und 2003 der Kantone Zürich, Basel-Landschaft und Basel-Stadt ergab, dass gerade einmal 11% der Scheidungskinder tatsächlich auch gerichtlich angehört worden waren.<sup>7</sup> Als Fazit hielten die Autorinnen u.a. Folgendes fest:<sup>8</sup>

«Die Untersuchung zeigt weiter, dass die Beteiligung der Kinder an der Reorganisation des Familienlebens in der Praxis von Gerichten und im Alltag von Familien entgegen den rechtlichen Vorgaben noch kaum ausreichend gewährleistet ist. Grundsätzlich findet eine wirkliche Auseinandersetzung mit den Wünschen und Bedürfnissen der Kinder viel zu selten statt. So ist auch das Bewusstsein, dass eine Kindesanhörung Bestandteil des Persönlichkeitsrechts des Kindes ist, mehrheitlich noch nicht vorhanden.»

Sie stellten in Bezug auf eine Verbesserung folgende Forderungen:

«Der Ablauf des Trennungs- und Scheidungsverfahrens ist bezüglich funktionaler Positionierungen von Kindesanhörungen zu überprüfen. Form, Inhalt und Konsequenzen derselben sind zu diskutieren und in der Praxis einheitlicher zu gestalten. [...] Es besteht ein Ausbildungsbedarf zur Anhörung von Kindern hinsichtlich kinderrechtlicher, entwicklungspsychologischer und kommunikationspsychologischer Schwerpunkte.»

Aktuelle Zahlen zur Kindesanhörung sind zurzeit noch nicht bekannt. Grund dafür dürfte die eher zurückhaltende Führung und erschwerte Zugänglichkeit von Statistiken der meisten Kantone in diesem Bereich sein. Der UNO-Kinderrechtsausschuss rief die Schweiz in seinen Empfehlungen vom 04.02.2015 dazu auf, ihre Bemühungen zu intensivieren, damit das Recht des Kindes auf Anhörung in allen das Kind betreffenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren angewendet und der Meinung des Kindes genügend Rechnung getragen wird.<sup>9</sup> Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) hat 2017/2018 im Auftrag des Bundesamtes für Justiz zur Umsetzung von Art. 12 UN-KRK eine Studie durchgeführt in den Themenbereichen Familienrecht, Jugendstrafrecht, Kinderschutz, Bildung und Gesundheit. In Zusammenarbeit mit neun Kantonen (AG, BE, BS, FR, SG, SZ, TI, VD, ZH) wurde geprüft, wie das Recht des Kindes auf Anhörung nach Art. 12 UN-KRK in der Schweiz, insbesondere in rechtlichen und administrativen Verfahren, eingehalten wird, wo es «Good Practices» gibt und wo ein Handlungs- respektive Verbesserungsbedarf besteht.<sup>10</sup> Der Bericht über die Resul-

---

Studie im Rahmen des NF-Projektes 52, Bern/Zürich 2006. Heidi Simoni ist Leiterin des Marie Meierhofer Instituts für das Kind (mmi). Die Ergebnisse der Studie flossen in die Informationsbroschüren der unicef und des mmi ein, welche Kindern die Kindesanhörung altersgerecht näher bringt, herunterzuladen unter: <https://www.mmi.ch/shopmmi-produkte/kindess-anhoerung.html> (zuletzt abgerufen: 13.11.2019).

<sup>5</sup> BGE 126 III 497 E. 4.b.

<sup>6</sup> BGER 5P.214/2005 E. 2.

<sup>7</sup> ANDREA BÜCHLER/HEIDI SIMONI, Kinder und Scheidung: Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge,

<sup>8</sup> Abgeschlossene Studien des NFP 52, Zusammenfassung der Ergebnisse, Bern, Juni 2007, S. 23, abrufbar unter: [www.nfp52.ch](http://www.nfp52.ch) (zuletzt abgerufen: 13.11.2019).

<sup>9</sup> [https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/uno-ausschuss\\_fuerdierechtedeskindesempfehlungenfuerdieschweife.pdf](https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/uno-ausschuss_fuerdierechtedeskindesempfehlungenfuerdieschweife.pdf) S. 7 (zuletzt abgerufen: 13.11.2019).

<sup>10</sup> <https://www.skmr.ch/de/schwerpunkte/zugang-justiz/kindess-anhoerung2/index.html> (zuletzt abgerufen: 13.11.2019).

tate ist aktuell noch in der Vernehmlassung und wird dem Bundesrat voraussichtlich Ende 2019 zugestellt, so dass schon bald mit neuen Zahlen gerechnet werden kann.

#### IV. Sinn und Zweck

Das Institut der Kindesanhörung war von Anfang an als gerichtliche Pflicht ausgestaltet und nicht als Option. Diese Pflicht leitet sich einerseits aus Art. 298 Abs. 1 ZPO ab. Sie ergibt sich andererseits aber auch aus dem direkt anwendbaren Art. 12 UN-KRK, wobei diese Norm keine weitergehenden Rechte einräumt als Art. 298 ZPO.<sup>11</sup> Die Anhörung des Kindes war gemäss Botschaft zum neuen Scheidungsrecht zum einen persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht des Kindes im Prozess und diente zum anderen der Sachverhaltsfeststellung.<sup>12</sup> Dies gilt auch heute noch. Abgesehen davon, dass die Kindesanhörung eine gesetzliche Pflicht ist, lassen sich so im Wesentlichen sechs Gründe herauskristallisieren, welche für eine konsequente Durchführung von gerichtlichen Kindesanhörungen möglichst in allen Prozessen mit Kindesbezug sprechen:

1. Die **direkte Betroffenheit** des Kindes im familienrechtlichen Verfahren seiner Eltern räumt ihm ein eigenständiges und voraussetzungsloses Anhörungsrecht ein. Dieses Anhörungsrecht ist Ausfluss aus dem Persönlichkeitsrecht im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ZGB.<sup>13</sup>
2. Dem Kind soll bewusst werden, dass es als eigenständige Person wahrgenommen wird und im Prozess **nicht nur Objekt sondern Subjekt** ist.<sup>14</sup> Dieses Prinzip gilt nicht nur im Streitfall sondern auch dann, wenn die Eltern sich über die Kinderbelange einig sind.<sup>15</sup>
3. Die Anhörung gibt dem Richter die Möglichkeit, dem Kind **Erklärungen und Antworten** über das Verfahren zwischen seinen Eltern zu geben und es über seine Rechte, insbesondere das Recht auf Kindesvertretung, aufzuklären.<sup>16</sup>
4. Gleichzeitig erhält das Kind Gelegenheit, seine eigenen **Gefühle** und Wahrnehmungen zur Trennung resp. Scheidung seiner Eltern **mitzuteilen** und in das Verfahren einzubringen.<sup>17</sup>
5. Obwohl nicht Teil der zulässigen Beweismittel gemäss Art. 169 ff. ZPO, dient die Kindesanhörung kraft Art. 168 Abs. 2 ZPO der **Beweiser-**

**hebung** im familienrechtlichen Prozess.<sup>18</sup> Bei dieser Art Beweiserhebung geht es in erster Linie darum, dass die entscheidende Instanz Kenntnis von den Umständen erhält, die für das Kind und seine Lebenssituation nach der Scheidung resp. Trennung von Bedeutung sind.<sup>19</sup>

6. Das urteilende Gericht kann sich (auch bei sehr kleinen Kindern ohne Urteilsfähigkeit) ein **persönliches Bild** machen und verfügt so über ein zusätzliches Element bei der Sachverhaltsfeststellung und Entscheidungsfindung.<sup>20</sup>

Nicht Sinn und Zweck ist es hingegen, mit dem Kind eine Befragung durchzuführen wie bei einer Zeugeneinvernahme oder einem Parteiverhör. Das Kind soll nicht über seine Eltern ausgefragt werden.<sup>21</sup> Die Eltern sind über diesen Umstand gegebenenfalls aktiv aufzuklären. Gerade sie erhoffen sich in der Praxis oft, eine bestrittene Behauptung vor Gericht durch Befragung des Kindes «beweisen» zu können. Das Kind soll nicht in eine Rolle gedrängt werden, in welcher es das Zünglein an der Waage spielen muss und so zum Schiedsrichter zwischen seinen Eltern wird. Entsprechend gelten für die Kindesanhörung auch nicht dieselben Rechte, Pflichten und Formalitäten wie für Zeugen oder Parteien.<sup>22</sup>

Die Kindesanhörung ist grundsätzlich auch kein Augenschein i.S.v. Art. 181 f. ZPO, selbst wenn der Richter sich von einem urteilsunfähigen Kind nur einen persönlichen Eindruck verschaffen will. Von Menschen sollte i.d.R. kein Augenschein genommen werden.<sup>23</sup> Geht es darum, sich von einem einfachen, ohne notwendige ärztliche Expertise äusserlich feststellbaren Merkmal am Kind (bspw. einer Tätowierung oder einer motorischen Einschränkung) ein Bild zu machen, kann dies zwar ausnahmsweise in Form eines Augenscheins erfolgen.<sup>24</sup> Eine solche Beweismassnahme wäre indessen klar abzugrenzen von der Kindesanhörung und unter Berücksichtigung der entsprechenden Formvorschriften des Augenscheins durchzuführen. Im Zweifelsfall empfiehlt es sich jedoch, für solche Feststellungen einen Experten (z.B. Kinderarzt) zu beauftragen.

Das Kind sollte nicht nur dann angehört werden, wenn es um die elterliche Sorge, die Obhut oder

<sup>11</sup> BGer 5A\_557/2013 E. 2.1.

<sup>12</sup> Botschaft Änderung ZGB, BBl 1996 S. 143.

<sup>13</sup> FamKomm-Schweighauser, 3. Aufl. 2017, N 8 zu Art. 298 ZPO, mit weiteren Hinweisen.

<sup>14</sup> Alexandra Rumo-Jungo, Die Anhörung des Kindes unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Fragen, in: AJP 1999 S. 1578.

<sup>15</sup> Verena Bräm, Die Anhörung des Kindes aus rechtlicher Sicht, in: SJZ 95 (1999) Nr. 14 S. 310 Ziff. V.1.

<sup>16</sup> Jonas Schweighauser in: ZPO Kommentar SCHULTHESS, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N 13 zu Art. 298.

<sup>17</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 14 zu Art. 298.

<sup>18</sup> Der sich am Kindeswohl orientierende „Freibeweis“, Heinrich Andreas Müller in: ZPO Kommentar DIKE, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N 17 zu Art. 168; Botschaft Änderung ZGB, BBl 1996 S. 143.

<sup>19</sup> Bräm, a.a.O., S. 310 Ziff. V.1.

<sup>20</sup> BGer 5C.209/2005 E. 3.1.

<sup>21</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 14 zu Art. 298.

<sup>22</sup> Somit ist es z.B. zulässig, ein Kind auch über Tatsachen zu befragen, welche es nur vom Hörensagen weiss, was bei einer Zeugenbefragung nicht zulässig wäre (Art. 169 und Art. 172 lit. c ZPO).

<sup>23</sup> ZPO DIKE-Müller, a.a.O., N 12 zu Art. 181.

<sup>24</sup> ZPO SCHULTHESS-Weibel/Walz, a.a.O., N 6 zu Art. 181.

das Besuchsrecht geht. Die Anhörungspflicht erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Kindes-schutzmassnahmen. So sind Kinder z.B. auch dann anzuhören, wenn es um die Anordnung oder Aufhebung einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB geht.<sup>25</sup>

## V. Bedeutung für den Gerichtsalltag

### 1. Unmittelbarkeitsprinzip vs. Fachkompetenz

Gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO wird das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Fachperson angehört. Das Gesetz gibt dabei nicht dem einen oder anderen den Vorrang. Hört das Gericht (resp. der Instruktionsrichter) das Kind persönlich an, kann er sich ein eigenes Bild machen und die Eindrücke direkt in die Entscheidungsfindung einfließen lassen. Er verfügt aber unter Umständen nicht über das nötige fachliche Geschick, um sich mit einem Kind in geeigneter Weise zu unterhalten. Wird die Anhörung an einen Spezialisten delegiert, kann das Gespräch zwar mit der nötigen Kompetenz geführt, für den Richter ist es aber praktisch unmöglich, alleine nur aus einem schriftlichen Ergebnisprotokoll den gewünschten persönlichen Eindruck vom Kind zu gewinnen. Die zwei Maximen Unmittelbarkeit und Fachkompetenz stehen somit in einem ständigen Spannungsfeld. Die Botschaft zu Art. 144 aZGB hielt fest, vom Sinn und Zweck her gesehen solle die Anhörung grundsätzlich durch ein Mitglied des urteilenden Gerichts erfolgen und die Delegation die Ausnahme sein.<sup>26</sup> Die Botschaft zur neuen ZPO verweist im Wesentlichen auf das alte Recht und die daraus entwickelte Rechtsprechung.<sup>27</sup> Das Bundesgericht hatte bereits früh klargestellt, dass in allen Verfahren mit kindesrechtlichen Berührungspunkten dem Unmittelbarkeitsprinzip im Regelfall der Vorzug zu geben ist und die Anhörung grundsätzlich durch den Richter persönlich zu erfolgen hat. Die Delegation an eine Fachperson soll die Ausnahme sein und dort in Erwägung gezogen werden, wo spezielle Umstände es erfordern.<sup>28</sup> Diese Ansicht hat das Bundesgericht später mehrfach bestätigt.<sup>29</sup> Eine systematische Delegation erachtet es als ausgeschlossen.<sup>30</sup> Besondere Umstände sind z.B. sehr junges Alter des Kindes, das Vorliegen von besonderen Belastungssituationen,<sup>31</sup> kognitive Einschränkungen, aber auch ein Mangel an erforderlichem psychologischem Geschick der instruierenden Richterin, wenn gleichzeitig kein anderer Richter oder keine Gerichtsschreiberin

innerhalb des Gerichts für die Aufgabe geeignet ist.<sup>32</sup> Im letzteren Fall wäre allenfalls sinnvoll, wenn der Richter bei der delegierten Anhörung anwesend wäre und sich so trotzdem einen persönlichen Eindruck verschaffen könnte, sofern die Anwesenheit mehrerer Personen mit dem Kindeswohl zu vereinbaren ist. Es ist aber auf lange Sicht in der Eigenverantwortung aller im Familienrecht tätigen Richter, sich durch die breit verfügbaren Weiterbildungsangebote die nötige Grundkompetenz zur persönlichen Anhörung von Kindern zu erarbeiten.

Wird die Kindesanhörung ausnahmsweise an einen Dritten delegiert, kommen neben den Grundsätzen von Art. 298 ZPO formell auch diejenigen über die sachverständige Person und das Gutachten zur Anwendung.<sup>33</sup> Die Drittperson muss somit neben ihrer fachlichen Qualifikation unabhängig sein. Es gelten für sie mithin die gleichen Ausstanzgründe wie für Gerichtspersonen.<sup>34</sup> Auf Grund fehlender Unabhängigkeit und wegen der Gefahr von Rollen- und Interessenkonflikten kommen bereits für das Kind tätige Prozessbeistände, Erziehungsbeistände und Kinderanwältinnen als Drittpersonen nicht in Frage.<sup>35</sup>

Unter die Delegation an einen Dritten fällt auch das Abstellen auf ein Gutachten, welches in einem anderen Verfahren in Auftrag gegeben wurde. Ausschlaggebend muss sein, dass es sich bei der dortigen Gutachterin um eine unabhängige und qualifizierte Fachperson handelte, dass das Kind zu den entscheidungsrelevanten Punkten befragt worden ist und dass die Anhörung bzw. deren Ergebnis aktuell ist.<sup>36</sup>

### 2. Anhörung «in geeigneter Weise»

Betreffend Art und Weise, wie die Anhörung zu erfolgen hat, ist die erste und wichtigste Frage, wie man das Kind auf einfache, unkomplizierte und kindesgerechte Art **zu einem Gespräch einlädt**. Der Aufwand für Zusage und Terminvereinbarung soll für das Kind möglichst gering sein. In Anbetracht der sehr hohen Geschäftslast der erstinstanzlichen Gerichte ist die Versuchung gross, für das Kind gewisse Hürden zu schaffen, um möglichst wenig Anhörungen in den sonst schon überfüllten Terminkalender einplanen zu müssen. Der Gedanke, dass so nur die Kinder erscheinen, die es mit einem Gespräch auch wirklich ernst meinen, ist trügerisch. Oft haben gerade scheue Kinder oder solche, welche sich nicht von sich aus bei einer Behörde melden würden, das vollste Herz. Nicht nur Kinder hochstrittiger Eltern haben etwas zu sagen. Unter Umständen kann eine Kindesanhörung auch in scheinbar harmonisch ver-

<sup>25</sup> BGer 5A\_536/2007 E. 2.

<sup>26</sup> Botschaft Änderung ZGB, BBl 1996 S. 144.

<sup>27</sup> Botschaft vom 28.06.2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 S. 7367.

<sup>28</sup> BGE 127 III 295 E. 2.a.

<sup>29</sup> 133 III 553 E. 4; BGer 5A\_735/2007 E. 2.1; BGer 5A\_397/2011 E. 2.4; BGer 5A\_793/2010 E. 3.1; BGer 5A\_465/2012 E. 3.1.

<sup>30</sup> BGE 133 III 553 E. 4.

<sup>31</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 19 zu Art. 298.

<sup>32</sup> Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1584.

<sup>33</sup> Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1584 f.

<sup>34</sup> Art. 183 Abs. 2 i.V.m. Art. 47 ZPO.

<sup>35</sup> BGer 5P.276/2005 E. 3.3; ZPO DIKE-Pfänder Baumann, a.a.O., N 5 zu Art. 298.

<sup>36</sup> BGE 133 III 553 E. 4.

laufenden Ehescheidungen im Verfahren nach Art. 111 ZGB wesentliche Tatsachen ans Licht bringen, welche die getroffene Vereinbarung über die Kinderbelange in Frage stellen. Schriftliche Anfragen an das Kind, bei denen man es mit ja/nein alleine über das Schicksal der Anhörung entscheiden lässt, sind deshalb ungünstig, vor allem wenn darin dem möglichen Verzicht eine gleich grosse Bedeutung zugemessen wird wie der Durchführung. Dem Kind soll primär vermittelt werden, dass man mit der Durchführung der Anhörung rechnet und der Verzicht darauf die Ausnahme ist. Etwas verbindlicher und in der Regel erfolgreicher verläuft die Anfrage, wenn man dem Kind zwei bis vier konkrete Terminvorschläge zur Auswahl unterbreitet, von Vorteil an einem schulfreien Mittwochnachmittag, und erst am Schluss noch die Option einräumt, auf das Gespräch zu verzichten. Konkrete Terminvorschläge vermitteln Erwartung. Das Kind wird auf diese Weise nicht mit dem Entscheid belastet, es kann aber trotzdem noch sein Veto einlegen. Lässt man dem Kind für den Fall der Verweigerung die Möglichkeit schriftlicher Bemerkungen, soll es gleichzeitig auch bestimmen, ob diese geheim bleiben sollen oder den Eltern zugänglich gemacht werden dürfen. Alle Briefe an das Kind sollten so einfach wie möglich formuliert sein, so dass es den Inhalt ohne grosse Erklärungen seiner Eltern verstehen kann. Die Einladung sollte in kurzen Sätzen die Umstände erklären und ihm im Wesentlichen jegliche Angst vor dem Gespräch nehmen. Textvorschläge finden sich im Anhang.

Empfehlenswert ist auch, der Einladung eine kindsgerechte **Informationsbroschüre** über die Kindesanhörung beizulegen. Zu nennen sind die verschiedenen, nach Alter abgestuften<sup>37</sup> Broschüren (D/F/I) der unicef Schweiz in Zusammenarbeit mit dem Marie Meierhofer Institut für das Kind (mmi) mit dem Titel «Die Kindesanhörung | Es geht um dich – deine Meinung ist gefragt»<sup>38</sup> sowie die Broschüre «Deine Meinung ist wichtig» des Instituts für Familienforschung und -beratung der Universität Freiburg.<sup>39</sup> In anderen Ländern, z.B. in den UK, in den USA oder in Australien, schalten Gerichtsbehörden und Kinderrechtsbüros im Internet längst übersichtliche und kindsgerechte Informationswebsites, Flyer und Videos speziell für Kinder auf, um sie auf eine Anhörung durch das Gericht

oder die dort teilweise übliche Kindesbefragungen im Gerichtssaal vorzubereiten.<sup>40</sup> In der heutigen Zeit, in der sich die meisten Kinder bereits in jungem Alter selbständig digital informieren, sind solche Informationskanäle unverzichtbar geworden. Die kantonale Justiz hat in diesem Bereich einen enormen Aufholbedarf. Eine einfache, übersichtliche Website für Kinder mit Informationen und Antworten zur Kindesanhörungen und weiteren kinderrechtlich relevanten Themen wäre wünschenswert.

Gelegentlich kann es auch nötig sein, die Durchführung einer Kindesanhörung **gerichtlich anzuordnen**. Dazu kommt es insbesondere in hochstrittigen Fällen, bspw. wenn die Kindeseltern grundverschiedene Auffassungen darüber haben, wie ihr Kind etwas empfindet und dieses Empfinden ein wesentliches Sachverhaltelement für die Entscheidungsfindung des Gerichts ist.<sup>41</sup> Ebenfalls angezeigt kann eine Anordnung sein, wenn das Kind sich in einer derart schwierigen Phase befindet, dass die Eltern auch bei vorbildlicher Zusammenarbeit in ihren Bemühungen scheitern.<sup>42</sup> Es sind zahlreiche weitere Fälle denkbar. Bei jeder Anordnung ist aber äusserst behutsam vorzugehen. Den Eltern gegenüber wird die Kindesanhörung in diesen Fällen gerichtlich angeordnet. Dem Kind gegenüber sollten Begriffe wie «Vorladung», «gerichtlich angeordnete Anhörung» etc. vermieden werden. Der Brief kann gleich wie die normale Einladung gestaltet sein, wobei die Option der Abmeldung ganz weggelassen wird. Das Kind kann die Anhörung natürlich trotzdem verweigern. Wenn Eltern jüngere Kinder durch gutes Zureden oft noch umstimmen können, ist besonders bei

<sup>40</sup> Vorbildlich: Scottish Children's Reporter Administration [www.scra.gov.uk](http://www.scra.gov.uk) mit zahlreichen altersgerechten schriftlichen Informationen, Flyern, Q & A's, Videos, etc. Weiter: Maricopa County Attorney's Office (AZ), unter dem hauseigenen Informationskanal MCAO-TV; Informationsvideo abrufbar unter dem Titel „kids in court“ auf [www.youtube.com](http://www.youtube.com); RoadShow Media "Courtroom Tour for Children" (USA) auf [www.youtube.com](http://www.youtube.com).

<sup>41</sup> Beispiel: Der 14-jährige Sohn lebt bei seinem Vater in der vormals ehelichen Liegenschaft, die Kindsmutter macht immer wieder nachdrücklich geltend, der Sohn werde vom Vater gezwungen dort zu leben statt bei ihr, verbiete ihm den Kontakt zu ihr, manipulierte ihn in kindswohlgefährdender Weise – sie sei der festen Überzeugung, der Sohn sei todunglücklich, könne sich aber nicht aus eigener Kraft vom Vater emanzipieren; in der angeordneten Kindesanhörung schildert der Sohn eindrücklich, welche kommunikativen Probleme er mit seiner Mutter hat, wie er unter ihrer grenzüberschreitenden Bevormundung leide, wie sie ihn mit ihren giftigen Bemerkungen immer wieder herabwürdigte und weshalb er sich – unabhängig vom Vater – nicht mehr vorstellen könne, mit ihr je wieder im gleichen Haushalt zu leben.

<sup>42</sup> Beispiel: Antrag beider Eltern im Rahmen des Eheschutzverfahrens auf Fremdplatzierung eines schwer erziehbaren 10-jährigen Mädchens. Neben der Kindesanhörung werden zusätzlich Fachpersonen eingeschaltet und ev. auch eine Kindesvertretung bestellt werden müssen.

<sup>37</sup> 5, 9 und 13 Jahre. Zusätzlich sind auch eine Elternbroschüre sowie ein Praxisleitfaden erhältlich.

<sup>38</sup> Im Internet als Broschüre kostenlos (nur Versandkosten) zu bestellen unter <https://action.unicef.ch/de/shop/publikationen> oder auf der Homepage des mmi direkt herunterzuladen <https://www.mmi.ch/shopmmi-produkte/kindeanhoeung.html> (zuletzt abgerufen: 13.11.2019).

<sup>39</sup> Im Internet als Broschüre direkt herunterzuladen auf der Website der Bezirksgerichte Zürich <https://www.gerichte-zh.ch/themen/ehe-und-familie/kinder/kinderanhoeung.html> (zuletzt abgerufen: 13.11.2019) oder zu bestellen via [institut-familie@unifr.ch](mailto:institut-familie@unifr.ch).

älteren Kindern ab ca. 12 Jahren eine klar geäußerte Verweigerung der Anhörung ohne weiteres zu respektieren. Die Weigerung ist mittels Aktennotiz zu vermerken, falls sie nicht schriftlich erfolgt.

Die Durchführung der Kindesanhörung benötigt **Vorbereitung**. Es handelt sich dabei aber nicht um Stunden, sondern um 10-30 Minuten. Es ist ein Mindestmass an Dossierkenntnis erforderlich. Bei der Durchsicht der Akten kann man sich im Wesentlichen auf folgende Themen konzentrieren: Anträge der Kindseltern in Kinderbelangen (ohne Unterhalt) samt summarischer Durchsicht der Begründung, allfällig bestehende Kindesschutzmassnahmen und Helfernetze, besondere Bedürfnisse, Einschränkungen und Krankheiten des Kindes, eventuelle Gewaltvorfälle oder sonstige Übergriffe in der Familie, aktuell gelebtes Kontaktrecht, allfällige weitere wichtige Bezugspersonen (Götti, Grosseltern, etc.), minder- und volljährige Geschwister und Halbgeschwister, Haustiere und aussergewöhnliche Hobbies. Gerade bei schwierigen Verhältnissen können solide Vorkenntnisse der Akten massgeblich dazu beitragen, das Gespräch in die richtige Richtung zu lenken und mit Blick auf den späteren Verhandlungstermin auch optimal zu nutzen. Das Kind wird nicht erwarten, dass man seine Lebensumstände bereits im Detail kennt. Sattelfestigkeit ist einzig Pflicht in Bezug auf den Namen des Kindes, sein Alter und einen allenfalls kurz bevorstehenden oder gerade erst gefeierten Geburtstag.

Bei der Auswahl der **Räumlichkeiten** soll darauf geachtet werden, dass das Kind weder eingeschüchtert noch abgelenkt wird. Am besten eignet sich das Büro des Richters, ein Sitzungszimmer im Gerichtsgebäude oder ein speziell zu diesem Zweck eingerichteter Besprechungsraum. Anhörungen im Gerichtssaal sind zu vermeiden. Es gibt (ausserkantonale) Richter, welche Anhörungen beim Kind zu Hause durchführen. Dieses Vorgehen hat Vor- und Nachteile. Einerseits erhält man so einen umfassenderen Eindruck des Kindes und sieht es in seinem natürlichen Umfeld reagieren. Andererseits ist das Heim des Kindes auch immer das Heim eines seiner beiden Elternteile. Ein persönlicher Besuch des Richters nur bei einem Elternteil könnte ein schiefes Licht auf die richterliche Unparteilichkeit werfen. Zudem wird die Kindesanhörung dadurch mit einer Art gerichtlichem Augenschein verbunden, der nicht nach den einschlägigen Vorschriften der ZPO durchgeführt wird. Diese Aspekte sind bei der Planung zu berücksichtigen und für jeden Fall individuell zu würdigen. Es sollte darauf geachtet werden, das Gespräch pünktlich zu beginnen und das Kind nicht länger als nötig warten zu lassen. Die meisten Kinder sind vor der Anhörung nervös, weil sie sich ganz unterschiedliche Vorstellungen davon machen, was auf sie zukommt. Das Kind sollte persönlich an seinem Warteplatz abgeholt und be-

grusst werden, statt dass der Gerichtsschreiber es ins Zimmer mit der wartenden Richterin führt. Das Gespräch beginnt idealerweise bereits im Gang mit Fragen über die Schule oder das bereits gehabte Nachmittagsprogramm. So wird ungezwungen mit dem Aufbau einer Vertrauensbasis begonnen. Der Raum sollte vorbereitet sein. Ungünstig ist es, bei Gesprächsbeginn zuerst Schreibzeug suchen, lüften oder das Zimmer gar wieder zu verlassen zu müssen, so dass das Kind auf einmal alleine ist.

Kindesanhörungen sind grundsätzlich nicht parteiöffentlich. Die gesetzliche Grundlage dazu findet sich in Art. 156 und 298 Abs. 2 ZPO. Dem Anspruch der Eltern auf rechtliches Gehör ist Genüge getan, wenn sie zum schriftlichen Ergebnis des Gesprächs, das zwischen Richter und Kind stattgefunden hat, Stellung nehmen können.<sup>43</sup> Das Kind sollte deshalb **alleine angehört** werden, d.h. nicht in Begleitung seiner Eltern, eines Geschwisters, eines Kindesvertreters oder einer Beiständin. Nur so ist sichergestellt, dass es sich frei von jeglichen Einflüssen äussern kann und sich auch nicht unter Druck fühlt, bestimmte Antworten geben zu müssen oder nicht geben zu dürfen.<sup>44</sup> Ausnahmen sind dort zu machen, wo die Anhörung ansonsten ganz scheitern würde. Diesfalls können kreative Ansätze Heilung bringen, bspw. indem der erste Teil der Anhörung gemeinsam mit der Mutter oder dem Geschwister erfolgt, welche den Raum nach einer Kennenlernphase dann aber wieder verlassen. Wichtig ist dabei, das Kind immer über den nächsten Schritt zu informieren und es nicht zu überrumpeln. Bleibt kein anderer Weg als die Anhörung des Kindes im Beisein eines Elternteils, so sind die Ergebnisse entsprechend zu würdigen.<sup>45</sup> Es besteht im Übrigen kein Recht eines Elternteils, vor der Anhörung mit seinem Kind zu sprechen.<sup>46</sup>

Die Befragung kann durch den **Richter alleine oder unter Beizug eines Protokollführers** erfolgen. Beides hat Vor- und Nachteile. Kinder legen ihre Hemmungen in der Regel schneller ab, je weniger Personen anwesend sind. Andererseits muss ein Richter sich auch zutrauen, mit einem Kind alleine zu sein. In praktisch allen Bereichen der Arbeit mit Kindern werden heutzutage Massnahmen ergriffen, um sich vor späteren Vorwürfen zu schützen. Die Anwesenheit einer weiteren Person zur Protokollführung schafft in dieser Hinsicht Sicherheit und Transparenz gegenüber Ausstehenden. Einige Richter empfinden es zudem als angenehmer, sich beim Gespräch nicht selber Notizen machen zu müssen und sich so ganz auf das Gespräch mit dem Kind einlassen zu können. Wohl zulässig, aber nicht ideal, ist eine konse-

<sup>43</sup> BGer 5A\_88/2015 E. 3.3.1.

<sup>44</sup> Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1585.

<sup>45</sup> FamKomm-Schweighauser, 3. Aufl. 2017, N 23 zu Art. 298 ZPO.

<sup>46</sup> BGer 5A\_647/2008 E. 4.3.1.

quente Delegation der Kindesanhörungen an die Gerichtsschreiberei. Die Unmittelbarkeit des Eindrucks geht – gleich wie bei der Delegation an eine Drittperson – verloren. Es kann vorkommen, dass der Beizug eines Übersetzers nötig ist. Im Vorfeld ist sicherzustellen, dass die Übersetzerperson keinerlei Bezug zu einem Elternteil hat, so dass die Vertraulichkeit des Gesprächsinhalts für das Kind garantiert bleibt.

Das Gespräch selber sollte in einer entspannten und heiteren **Atmosphäre** stattfinden. Das Kind bestimmt den Zeitpunkt, in welchem das Gespräch auf Grund seiner Erzählungen, der Umstände oder seiner Gefühle eine gedämpfte Note erhält. Es darf dabei auch Tränen geben. Auf jeden Fall vermieden werden sollte aber, das Kind tröstend in den Arm zu nehmen oder sonst wie körperlich zu beruhigen. Kinder verstehen verbale Anteilnahme und Mitgefühl von Erwachsenen in der Regel gut und erwarten nicht die gleiche Reaktion wie von Angehörigen. Fühlt man sich als Richter mit der Situation überfordert, helfen meistens Fragen wie «Was macht Dich jetzt gerade am meisten traurig?» und später «Wem kannst Du Deine Sorgen anvertrauen, wenn Du so traurig wirst?». In der Regel folgen auf solche Gefühlsausbrüche offene und eindrückliche Gespräche. Bevor man sich die erste Notiz macht, sollte man dem Kind noch einmal erklären, weshalb das Gespräch stattfindet, welche Funktion der Richter im Verfahren hat und was es mit dem Protokoll auf sich hat. Es kann darauf hingewiesen werden, dass man vorerst alles notiere, am Schluss dann aber das Kind entscheiden könne, welche Teile des Gesprächs «geheim» seien und nicht im offiziellen Protokoll erscheinen dürfen. Das Kind sollte spüren, dass es sich frei äussern kann und alle seine Aussagen auf Wunsch vertraulich behandelt werden. Es soll auch verstehen, dass von ihm nicht erwartet wird, zwischen Mutter und Vater zu wählen. Es soll die Gewissheit haben, dass die Richterin von seiner grundsätzlich gleichwertigen Zuneigung zu Vater und Mutter überzeugt ist und nicht davon ausgeht, das Kind habe für eine Seite oder die andere Partei ergriffen. Wenn ein Kind von sich aus Partei ergreift, sollte man dies behutsam hinterfragen. Hat ein Kind z.B. tatsächlich grosse Vorbehalte gegenüber einem Elternteil („Ich wünsche mir, mein Vater würde sich in Luft auflösen«), kann man es auf die Gefühle des betroffenen Elternteils sensibilisieren, statt Bestürzung über die Äusserung zu zeigen („Hast du das deinem Vater schon einmal gesagt? Wie würde er sich deiner Meinung nach wohl fühlen, wenn er das jetzt gehört hätte? Was müsste er denn alles ändern, damit du ihn wieder gerne hättest?“). Generell sollte man der Versuchung widerstehen, einzelne Aussagen des Kindes zu werten und ihm konkrete Ratschläge zu geben. Die Anhörung ist keine Therapie.

**Inhaltlich** sollte das Gespräch grob sechs Themenblöcke umfassen:

- Schule, Hobbies und Umfeld
- persönliche Einschätzung der Trennungssituation und allgemeines Wohlbefinden
- gegenwärtige Wohnsituation
- Beziehung zu Vater, Mutter und Geschwistern
- Begleitungen, Therapien, Helfernetze
- Vorstellungen, Wünsche und machbare Lösungen für die Zukunft

Für konkrete, mögliche Fragen wird auf das Merkblatt im Anhang verwiesen. Die Fragen sollten offen gestellt werden und nicht mit einem simplen Ja oder Nein beantwortet werden können. Direkte Fragen wie «Wo möchtest du wohnen, beim Vater oder bei der Mutter?» sollten gerade bei jungen Kindern möglichst vermieden werden. Man kann alternativ verschiedene Gedankenexperimente machen wie z.B. «Wenn Mami nach Italien umziehen würde, würdest du dann mit ihr mitgehen wollen oder lieber bei Papi in Bern bleiben?» oder «Wäre es anders, wenn Papi keine Katzenallergie hätte und du deine Katze zu ihm mitnehmen dürftest?». Dabei ist darauf zu achten, dem Kind altersgerecht zu vermitteln, dass es sich dabei nur um ein Gedankenspiel handelt, nicht um echte Pläne. Mit zunehmendem Alter kann das Kind aber auch direkt gefragt werden, wo es am liebsten wohnen würde; das Bundesgericht erachtet Kinder ab ca. 12 Jahren als urteilsfähig bezüglich der Frage der elterlichen Sorge.<sup>47</sup> Dabei ist aber immer auch zu berücksichtigen, dass die Urteilsfähigkeit älterer Kinder abnimmt, je abstrakter die Fragestellung ist. Die Tragweite von Kinderschutzmassnahmen, elterlicher Obhut oder Sorge ist auch für ein älteres Kind schwerlich überblickbar.<sup>48</sup> Zur Erarbeitung von adäquaten Fragetechniken gibt es zahlreiche Weiterbildungsangebote von Universitäten und Instituten.

Zum **Abschluss** sollte das Gespräch summarisch rekapituliert und mit dem Kind der Umfang der Offenlegung vereinbart werden. Seine Wünsche sind dabei ausnahmslos zu respektieren. An dieser Stelle kann das Kind zudem entscheiden, ob es eine eigene Kopie der Gesprächsnotiz erhalten möchte oder nicht. Wichtig ist auch dem Kind zu vermitteln, dass auf Wunsch ein weiteres Gespräch möglich ist, dass es aber auch anrufen oder schreiben darf, wenn ihm noch etwas Wichtiges in den Sinn kommt. Dabei sollte man nicht vergessen, ihm auch die nötigen Koordinaten mitzugeben. Nach solchen Hinweisen kommt es nicht selten vor, dass Kinder sich spontan ein weiteres Mal bei Gericht melden, um noch etwas loszuwerden. Solche Nachspiele unterstehen den gleichen Regeln wie die ordentliche Kindesanhörung, so dass die Eltern auch darüber mit einer kurzen Aktennotiz in Kenntnis zu setzen sind, sofern das Kind dem zustimmt. Gelegentlich erklärt

<sup>47</sup> BGer 5A\_482/2007 E. 3.1.

<sup>48</sup> BGer 5A\_52/2015 E. 5.2.4.

ein Kind, es habe niemanden, dem es seine alltäglichen Sorgen und Nöte anvertrauen könne. Diese Kinder sollten unbedingt auf die gängigen Beratungsangebote aufmerksam gemacht werden. Erwähnenswert ist dabei der Beratungsdienst 147 der Stiftung Pro Juventute, welcher heute neben seiner kostenlosen 24h Telefonberatung unter der Nummer 147 auch die interaktive Onlineplattform [www.147.ch](http://www.147.ch) mit schriftlichen Beratungsangeboten für Kinder und Jugendliche betreibt. Kinder können dort neben SMS- und Email-Beratung auch mit Gleichaltrigen über ihre Probleme chatten („Peer-Chat“). Viele Kinder interessieren sich zudem für das weitere Geschehen im Verfahren ihrer Eltern. Man sollte sich die Zeit nehmen, ihnen den Ablauf zu erklären und wenn gewünscht auch den Gerichtssaal zusammen zu besichtigen. Das Kind wird anschliessend nach draussen begleitet, verabschiedet und seinen Angehörigen übergeben. Jüngere Kinder schätzen es, von einem Behördenbesuch ein kleines Geschenk nach Hause nehmen zu dürfen. Die Kantonspolizei Bern hat für ihre Schnittstellen mit Kindern den kleinen Plüschpolizisten «Bernie» (Teddybär) beschafft, welcher sich bei den Kindern grosser Beliebtheit erfreut. Die Polizeimitarbeitenden benützen ihn u.a. als Präsent und didaktisches Hilfsmittel im Umgang mit Kindern. Es wäre wünschenswert, kantonsintert auch für die Regionalgerichte ein entsprechendes, standardisiertes Give-away für Kinder zu haben.<sup>49</sup>

### 3. Wichtige Gründe als Kontraindikator

Das Gesetz erwähnt in Art. 298 Abs. 1 ZPO ausdrücklich das **Kindesalter** als Kontraindikator für Kindesanhörungen, ohne dabei aber eine konkrete Altersschwelle oder sonstige Hinweise zu nennen. In BGE 131 III 553 geht das Bundesgericht nach sorgfältiger Abwägung im Sinne einer Richtlinie davon aus, dass die Kindesanhörung ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist.<sup>50</sup> Die Meinungen über diese in Lehre und Rechtsprechung viel diskutierte Frage der Altersgrenze gehen im erstinstanzlichen Gerichtsalltag trotzdem immer noch weit auseinander. Während die KESB im Kanton Bern die Kinder ab 6 Jahren anhört, führen die Regionalgerichte im Kanton Bern die Anhörungen grundsätzlich ab 10 resp. 12 Jahren durch, wobei die effektiv durchgeführten Anhörungen letztendlich in einer Minderheit der Scheidungsverfahren („sehr selten“ bis «klar unter 50%“) erfolgen.<sup>51</sup> Diese Praxis dürfte mit der bun-

desgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr in Einklang zu bringen sein.<sup>52</sup> Eine kürzlich erfolgte informelle Erhebung durch den kantonsinternen Zivilrechtsausschuss der bernischen Richterschaft ergab, dass die Kindesanhörung an den Regionalgerichten auch im Jahr 2019 noch sehr uneinheitlich gehandhabt wird. Die Altersgrenzen liegen wahlweise bei 8, 10 oder 12 Jahren, teilweise existieren sogar unterschiedliche Praxen innerhalb eines Regionalgerichts.<sup>53</sup> Auch werden Kinder in Eheschutzverfahren teilweise anders behandelt als jenen im Scheidungsverfahren. Es kann dadurch zu bizarren Konstellationen kommen. So liess ein 9 jähriges Mädchen in einem Scheidungsverfahren nach Art. 111 ZGB am Regionalgericht Berner Jura-Seeland via seine Eltern ausrichten, es verstehe nicht, weshalb es im Eheschutzverfahren zusammen mit seinem 12 jährigen Bruder zum Richter habe gehen dürfen, dann aber für das wenig spätere Scheidungsverfahren nur noch sein älterer Bruder eingeladen worden sei. Solche Finessen mögen aus gerichtlicher Sicht vernachlässigbar sein, den Kindern fällt dies aber auf. Die Zivilabteilung des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland, Standort Biel, hat am 18.02.2019 beschlossen, Kinder in allen familienrechtlichen Verfahren ab 8 Jahren standardmässig zur Anhörung einzuladen, also auch in Verfahren nach Art. 111 ZGB. Vorbehalten bleiben Sonderfälle. Diese Praxis hat sich bisher bewährt.

Art. 298 Abs. 1 ZPO nennt neben dem Kindesalter pauschal auch «andere wichtige Gründe», welche gegen eine Anhörung des Kindes sprechen können. Diese Gründe werden in der Folge jedoch nicht näher definiert. Mit diesem Pauschalverweis legt das Gesetz die Beurteilung in das gerechte und billige Ermessen des Gerichts im Sinne von Art. 4 ZGB.<sup>54</sup> In der Lehre ist unbestritten, dass der wichtige Grund immer in der Person des Kindes liegen muss.<sup>55</sup>

Wie bereits erwähnt, kann die **Ablehnung des Kindes** selber einen wichtigen Grund darstellen.<sup>56</sup> Dabei muss jedoch darauf geachtet werden, dass die Verweigerung dem tatsächlichen Kindeswillen entspricht und nicht der Beeinflussung eines Elternteils zu verdanken ist.<sup>57</sup> Die Verweigerung kann auch auf falschen Vorstellungen über die Anhörung basieren. Es ist deshalb umso wichti-

fahren im Kanton Bern“, Stand 27.04.2017, S. 12 Ziff. 3.2.4 und 3.2.5.

<sup>52</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 30 zu Art. 298.

<sup>53</sup> Protokoll zur Sitzung vom 03.06.2019 des Zivilrechtsausschusses des Verbandes Bernischer Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (ZRA VBRS), Ziff. 7.

<sup>54</sup> Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1582.

<sup>55</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 31 zu Art. 298.

<sup>56</sup> Einzig genanntes Beispiel für „wichtige Gründe“ in der Botschaft Änderung ZGB, BBl 1996 S. 144.

<sup>57</sup> BGE 131 III 553 E. 1.3.1.

<sup>49</sup> Z.B. SQUEEZIES® Richter/in-Figur oder Quietsche-Ente Richter/in, 1000 Stk. à ca. CHF 3.50 pro Stück, mit Kantons-Logo bedruckbar.

<sup>50</sup> Vgl. auch ZPO DIKE-Pfänder Baumann, a.a.O., N 10 zu Art. 298 und BGer 5A\_557/2013 E. 2. In Rückführungsverfahren nach Haager Übereinkommen dagegen ist das Kind in der Regel erst ab elf bis zwölf Jahren anzuhören: BGE 133 III 146 E. 2.6.

<sup>51</sup> Bericht des Kantonalen Jugendamtes Bern „Praxis der Kindesanhörung in Kinderschutz- und Scheidungsver-

ger, bei der Einladung und Information sorgfältig vorzugehen. Einer Untersuchung in Deutschland aus dem Jahre 2010 zufolge ist die zu beobachtende Anspannung eines Kindes vor einer gerichtlichen Anhörung vergleichbar mit der Angst vor einer Prüfung oder einem Zahnarzttermin. In der Regel entlaste die Anhörung die Kinder eher, wenn sie dabei die Erfahrung machen, dass sie nicht zwischen Vater und Mutter entscheiden müssen, weil dies der Richter tut.<sup>58</sup> Vor diesem Hintergrund darf von den Eltern erwartet werden, gerade jüngere Kinder mit gleichem Nachdruck zur Kindesanhörung zu bewegen, wie sie dies auch bei einem notwendigen Zahnarztbesuch oder einem unumgänglichen Impftermin tun würden. Eine nachhaltige, authentische Weigerung des Kindes ist aber letztendlich zu respektieren;<sup>59</sup> das Recht auf Anhörung ist ein höchstpersönliches Recht, so dass das urteilsfähige Kind auch selber darauf verzichten darf.<sup>60</sup>

Bei einem **dauernden Auslandsaufenthalt** des Kindes, bei dem eine Anhörung für die Eltern mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden wäre, kann ebenfalls von der Kindesanhörung abgesehen werden.<sup>61</sup> Ein weiterer Kontraindikator kann die Beeinträchtigung der **psychischen Gesundheit** des Kindes durch (weitere) Anhörungen sein. Dafür müssen inessen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, wie z.B. eine Bestätigung des behandelnden Kinderpsychologen oder Hinweise aus einem Gutachten in einem anderen Verfahren. Es ist keinesfalls zulässig, unter dem nicht belegten Vorwand einer starken seelischen Belastung für das Kind von dessen Anhörung abzusehen.<sup>62</sup> Im Weiteren kann die besondere **Dringlichkeit** einer Kindesschutzmassnahme die vorgängige Anhörung des Kindes vereiteln.<sup>63</sup> In diesen Fällen sollte aber dafür gesorgt werden, dass die Anhörung nachgeholt werden kann, indem man das Kind gleichzeitig mit der Anordnung der provisorischen Massnahme zum Gespräch einlädt. Die Anhörungspflicht besteht grundsätzlich **nur einmal** im ganzen Verfahren, eingeschlossen den Instanzenzug.<sup>64</sup> So darf im Scheidungsverfahren auf die Anhörung verzichtet werden, wenn das Kind erst wenige Monate zuvor bereits durch die Eheschutzrichterin angehört wurde, aus dem Anhörungsprotokoll ein genügend klares Bild über die entscheiderelevanten Punkte hervorgeht und sich die Umstände seither nicht wesentlich verän-

dert haben. Falls mehrere Anhörungen im gleichen Verfahren nötig werden, ist abzuwägen zwischen dem neuen Erkenntnisgewinn resp. dem Gewinn für das Kindeswohl und der Belastung des Kindes durch mehrmaliges Befragen.<sup>65</sup> Eine mehrmalige Anhörung kann jedenfalls dort unterbleiben, wo sie einzig um der Anhörung willen stattfände, namentlich wenn sie für das Kind eine unnötige Belastung bedeuten würde, wie etwa bei akuten Loyalitätskonflikten, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären.<sup>66</sup>

Besteht der Verdacht, dass das Kind wegen seiner Aussagen bei Gericht von seinen Eltern **Repressalien** zu befürchten hat, ist dies nicht per se ein Grund zum Verzicht. Die Eröffnung des Anhörungsprotokolls kann in diesen Fällen mit einer Weisung/Ermahnung gemäss Art. 315a Abs. 1 i.V.m. Art. 307 Abs. 3 ZGB an die Eltern verbunden werden, das Kind nicht mit dem Ergebnis der Anhörung zu konfrontieren, es nicht über das Gespräch mit der Richterin auszufragen und sämtliche Einwirkungen auf das Kind zu unterlassen, welche seinen Loyalitätskonflikt verstärken könnten. Da das Kind in der Regel von Vater oder Mutter zur Anhörung begleitet wird, ist es wichtig, dem anwesenden Elternteil diese Weisung/Ermahnung unmittelbar nach der Anhörung vorab mündlich zu erteilen und mit der Ausfertigung des Protokolls und der schriftlichen Weisung nicht tagelang zuzuwarten. Scheint eine solche Ermahnung im konkreten Fall von vorn herein fruchtlos, sollte das parteiöffentliche Anhörungsprotokoll zum Schutze des Kindes stark abgeschwächt oder gar auf die gerichtliche Feststellung beschränkt werden, dass sich das Kind offensichtlich in einem starken Loyalitätskonflikt befinde. Dabei sollte man dem Kind erklären, dass es seinen Eltern gegenüber auch auf deren Fragen hin nichts vom vertraulichen Inhalt der Anhörung zu erzählen braucht, wenn es dies nicht möchte. Alleine auf Grund eines bestehenden Loyalitätskonflikts generell auf eine Anhörung zu verzichten ist aber nicht zulässig.<sup>67</sup> Ebenfalls unzulässig ist es, einen Antrag auf Kindesanhörung auf Grund **antizipierter Beweisminderung** abzuweisen.<sup>68</sup>

Das Bundesgericht hat in BGE 131 III 553 E. 1.3.1 festgehalten, es mache keinen Sinn, ein Kind anzuhören, das **geistig behindert** oder in seiner Entwicklung in einer Weise retardiert sei, dass seinen Ausführungen kein Aussagewert beigegeben werden könnte. Bei geistig behinderten Kindern gibt es wie bei gesunden Kindern eine altersabhängige, stufenlose Skala von Möglichkeiten, die eigene Meinung, die eigenen Vorlieben und Abneigungen kundzutun. Zudem haben behinderte Kinder die gleichen höchstpersönlichen Mitwirkungsrechte im Prozess wie gesunde Kin-

<sup>58</sup> Liselotte Staub, Das Wohl des Kindes bei Trennung und Scheidung, Bern 2018, S. 196 Kap. 16.4, mit Hinweis auf Karle et al. 2010, Zur Praxis der Kindesanhörung in Deutschland, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe, 12, 432-434.

<sup>59</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 31 zu Art. 298.

<sup>60</sup> BGer 5C.319/2001 E. 4.

<sup>61</sup> BGE 131 III 553 E. 1.3.1.

<sup>62</sup> Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1582; BGE 131 III 553 E. 1.3.1.

<sup>63</sup> BGE 131 III 553 E. 1.3.1.

<sup>64</sup> BGer 5A\_724/2015 E. 4.3.

<sup>65</sup> BGer 5A\_821/2013 E. 4.

<sup>66</sup> BGer 5A\_821/2013 E. 4.

<sup>67</sup> BGer 5A\_171/2007 E. 2.3.

<sup>68</sup> BGer 5A\_215/2017 E. 4.5.

der. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass im Sterilisationsverfahren sogar dauernd urteilsunfähige Kinder (ab 16 Jahren) vor dem Entscheid über eine Sterilisation persönlich angehört werden müssen.<sup>69</sup> Ein genereller Verzicht auf eine Anhörung behinderter Kinder im familienrechtlichen Verfahren wäre folglich fragwürdig. Sie sollten wie gesunde Kinder – entsprechend ihrem Alter – zum Gespräch eingeladen werden, mit dem Unterschied, dass dabei und bei der Würdigung ihrer Aussagen auf das Entwicklungsalter und nicht auf das chronologische Alter abgestellt wird. Je nach Schwere der Einschränkung und Vertrauen des Richters in seine eigenen Fähigkeiten kann auch eine Delegation der Anhörung an eine Fachperson sinnvoll sein.<sup>70</sup>

Verzichtet das Gericht auf die Anhörung des Kindes, sind in der Urteilsbegründung konkrete Angaben und Ausführungen zu den Verzichtsründen zu machen.<sup>71</sup>

#### 4. Protokoll und Offenlegung

Art. 298 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass ein Protokoll der Anhörung ausgefertigt werden soll, darin aber nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festhalten werden. Daraus folgt, dass kein Wortprotokoll geführt werden muss, sondern u.U. auch eine kurze Aktennotiz genügt.<sup>72</sup> Die dem Kind im Rahmen der Anhörung garantierte Vertraulichkeit hat oberste Priorität. Das Kind muss sich darauf verlassen können, dass seine Aussagen keinerlei Einfluss auf seine künftige Beziehung zu den Eltern hat und es keinerlei Repressionen befürchten muss. Andernfalls wird die freie Meinungsäusserung des Kindes beeinträchtigt resp. sein Vertrauen in die Behörden erschüttert.<sup>73</sup> Dieser Anspruch des Kindes auf Vertraulichkeit kollidiert regelmässig mit der Verfahrensgarantie der Eltern auf rechtliches Gehör. Das Bundesgericht hat mehrfach klargestellt, dass dem rechtlichen Gehör mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Punkte des Gesprächs Genüge getan ist.<sup>74</sup> Wünscht das Kind, dass ein Teil seiner Aussagen vertraulich behandelt wird, ist es darüber aufzuklären, welche Konsequenzen die Nichtprotokollierung für das Verfahren hat – auf solches «Geheimwissen» darf der

Richter seinen Entscheid nach der Lehre nicht abstützen.<sup>75</sup>

Dem ist aus Sicht der erstinstanzlichen Gerichtspraxis nur beschränkt zuzustimmen. Nicht selten kommt es vor, dass ein Kind in seiner Anhörung unter dem Mantel der Vertraulichkeit verstörende familien- und strafrechtlich relevante Vorfälle oder Umstände schildert, welche den Behörden bisher nicht bekannt waren. Praxisbeispiele dafür sind die vom Kind geschilderte Beobachtung regelmässiger Vergewaltigung der Mutter durch den Vater, erlebte sexuelle Übergriffe eines Elternteils auf das Kind selber, Beobachtungen massiver Gewaltanwendung durch ein Elternteil gegen jüngere Geschwister, kürzlich miterlebter Suizidversuch der Kindsmutter, entdeckter Waffen- und Drogenbesitz des Kindesvaters etc. Der Umgang mit solchen Offenbarungen in der Kindesanhörung ist schwierig und delikat. Es ist im Lichte des Kindeswohls undenkbar, solch schwerwiegende Vorwürfe ohne weitere Abklärungen zu ignorieren und bei der Urteilsfindung unbeachtet zu lassen, besonders wenn sie das Entscheidungsergebnis massgeblich beeinflussen würden und ohne ihre Berücksichtigung das Kindeswohl gefährdet wäre. Immerhin trifft den Richter in diesen Fällen gestützt auf Art. 314d ZGB auch eine Meldepflicht, wenn konkrete Hinweise dafür bestehen, dass die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet ist und der Richter der Gefährdung nicht im Rahmen seiner Tätigkeit selber Abhilfe schaffen kann. Das Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB wird von dieser Norm kraft Art. 14 StGB ausgehebelt. Den Richter im Kanton Bern trifft zudem gestützt auf Art. 302 Abs. 2 StPO i.V.m. Art. 48 EG ZSJ für in amtlicher Tätigkeit bekannt gewordenen Verbrechensverdacht eine Anzeigepflicht. Wie steht es nun aber um den Schutz der Vertraulichkeit? Kann das Kind nicht dazu bewegt werden, seine Aussagen parteiöffentlich zu machen, muss die Vertraulichkeit nach hier vertretener Auffassung nach besten Mitteln weiterhin gewahrt werden.<sup>76,77</sup> Wägt man die Interessen gegeneinander ab, ist es für das Kind immer noch besser, wenn seine dunkelsten Geheimnisse den Weg an ein beschränktes Tageslicht finden, als wenn diese auf Grund befürchteter Konsequenzen für immer verborgen blieben. Wichtig ist aber, das Kind noch in der Anhörung darauf vorzubereiten, dass das Thema allenfalls

<sup>69</sup> Art. 7 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 lit. a Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1.

<sup>70</sup> Vgl. zum Ganzen: Sabine Kofmel Ehrenzeller, Das behinderte Kind im Verfahrensrecht, in: Sprecher / Suter [Hrsg.], Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, 2006, S. 223-227.

<sup>71</sup> BGer 5A\_821/2013 E. 4.

<sup>72</sup> FamKomm-Schweighauser, 3. Aufl. 2017, N 32 zu Art. 298 ZPO.

<sup>73</sup> RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 1586.

<sup>74</sup> FamKomm-Schweighauser, 3. Aufl. 2017, N 32 zu Art. 298 ZPO, mit Hinweisen auf BGE 122 I 55 ff., BGer 5A\_88/2015 E. 3.3, BGer 5A\_361/2010 E. 3.3 und BGer 5A\_860/2009 E. 2.2.

<sup>75</sup> FamKomm-Schweighauser, 3. Aufl. 2017, N 32 zu Art. 298 ZPO; ZPO DIKE-Pfänder Baumann, a.a.O., N 12 zu Art. 298; Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1587.

<sup>76</sup> A.M.: Gisela Kilde, Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren, in: Eitel / Zeiter [Hrsg.], Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, 2014, S. 218.

<sup>77</sup> Vorbehalten bleiben dürften schwere und akute Fälle einer Kindeswohlgefährdung, bei denen das behördliche Eingreifen keinen zeitlichen Aufschub duldet, und Fälle, in denen das Kind selber Aggressor (Fremdgefährder) ist.

anderweitig aufkommen werde und die Möglichkeit bestehe, dass es von anderen Fachleuten zu den Vorfällen befragt werde. Dies bedeute aber noch nicht, dass die Eltern dann wüssten, woher die Vorwürfe stammen würden. Der Vertraulichkeitsschutz umfasst nach hier vertretener Auffassung in solchen Fällen vor allem das Kind als Quelle der neuen Information, nicht unbedingt aber die neugewonnene Erkenntnis selber. So muss es unter der Ägide der Untersuchungs- und Officialmaxime für die Zivilrichterin zulässig sein, einem schwerwiegenden, Kindeswohlgefährdenden Anfangsverdacht von Amtes wegen nachzugehen und gestützt darauf umfassende Abklärungen in Auftrag zu geben, ohne dabei die Informationsquelle preisgeben zu müssen. Denkbar ist die Entgegennahme der Information als anonyme Gefährdungsmeldung i.S.v. Art. 314c ZGB, wobei darauf zu achten ist, dass sich die Identität des meldenden Kindes nicht aus der zeitlichen Nähe zur Kindesanhörung und der Art und Weise der Schilderung ergibt. Ein sinnvoller Ansatz kann weiter die Einforderung eines umfassenden Sozialberichts über die Familie sein, allenfalls unter Angabe des Anfangsverdachts, so dass bei der Erhebung von der Fachperson besonderes Augenmerk auf das betreffende Thema gerichtet werden kann. Sind die Verdachtsmomente durch die gerichtlichen Nachforschungen genügend erhärtet, können die Kindseltern damit konfrontiert werden, ohne dass dabei das Kind ins Kreuzfeuer gebracht und die Vertraulichkeitsgarantie verletzt werden muss.

Solche Fälle können für Richter im Alltag sehr belastend sein. Fühlt man sich mit einer solchen Ausgangslage überfordert oder braucht man neue Denkanstösse, steht im Kanton Bern die kostenlose Beratungsstelle «Fil rouge» zur Verfügung. Fil rouge ist kein Notfalldienst, sondern ein interdisziplinäres, kostenloses Beratungsangebot für Fachleute. In einer multidisziplinären Fallberatung werden komplexe, nicht akute Fälle in einer umfassenden Weise anonym besprochen und beurteilt.<sup>78</sup> Bei akuten Fällen empfiehlt es sich, ein Behördenmitglied der KESB, eine Mitarbeiterin der Erziehungsberatung oder eine andere Fachperson aus dem Kinderschutz informell zu Rate zu ziehen, um nach dem Vieraugenprinzip eine fallangemessene und Kindeswohlgerechte Vorgehensweise zu erarbeiten. Dabei ist der Fall pauschalisiert und anonym zu besprechen, ohne die Identität der Familie zu offenbaren. Ansonsten müsste der erfolgte Behördenkontakt auch gegenüber den Parteien offengelegt werden. Zu beachten ist dabei, dass informell beigezogene Fachpersonen später als Gutachter, Therapeuten etc. im betreffenden Fall nicht mehr in Frage kommen, weil sie –

trotz gewahrter Anonymität – wegen ihrer abstrakten Fallkenntnis als vorbefasst gelten müssen.

Gemäss Art. 298 Abs. 2 ZPO sind die Kindeseltern und die Beistandsperson über die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse der Kindesanhörung zu informieren. Dies muss nicht zwingend schriftlich geschehen,<sup>79</sup> in der Regel wird ihnen aber aus Praktikabilitäts- und Transparenzgründen die schriftliche Aktennotiz oder das Protokoll eröffnet werden. Sie müssen Gelegenheit erhalten, vor dem Entscheid zu den Ergebnissen der Anhörung Stellung nehmen zu können.<sup>80</sup> Dabei muss die Wiedergabe der Anhörungsergebnisse genügend konkret sein, dass eine substantiierte Stellungnahme möglich ist.<sup>81</sup>

## 5. Berücksichtigung des Kindeswillens im Entscheid

Art. 298 Abs. 2 ZPO spricht etwas vage von Protokollierung der «für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse» der Kindesanhörung. Art. 12 UN-KRK umreisst das Thema schärfer, indem es den Vertragsstaaten aufträgt, die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung des Kindeswillens bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht an die Meinung des Kindes gebunden ist.<sup>82</sup> Dem Kind kommt bereits von Gesetzes wegen nicht die Entscheidung über seine Zuteilung zu. Vielmehr stellen seine Wünsche einen Umstand unter mehreren sachlich relevanten Faktoren dar. Dabei sind die Aussagen des Kindes seinem Alter entsprechend zu würdigen und zu gewichten.<sup>83</sup> Aussagen des Kindes, die eine klare Meinung ausdrücken und mit dem Kindeswohl übereinstimmen, sind als vollwertiges Votum neben denjenigen der beteiligten Erwachsenen in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Weicht der Richter in seiner Entscheid vom klar geäusserten Willen eines urteilsfähigen Kindes ab, muss er dies speziell begründen.<sup>84</sup>

Setzt sich die Richterin mit den Aussagen des Kindes auseinander, hat sie zwischen *rationalen* und *emotionalen* Seiten des Kindeswillens zu unterscheiden. Auf der rationalen Seite des Kindeswillens kommt den Aussagen des Kindes eine umso autonomere und stabilere Bedeutung zu, je ausgeprägter seine Fähigkeit der Willensbildung gestützt auf Alter, Vernunft, Selbstverantwortung und Gesamtumstände einzustufen ist. Auf der emotionalen Seite des Kindeswillens ist nicht so sehr nach einer rationalen Begründung für die geäusserten Gefühle und Wünsche zu suchen. Aussagen mit emotionalem Gehalt sind Ausdruck

<sup>78</sup> [https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/kindes\\_erwachsenenschutz/kinder\\_jugendhilfe/fil\\_rouge.html](https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/kindes_erwachsenenschutz/kinder_jugendhilfe/fil_rouge.html) (zuletzt abgerufen: 13.11.2019).

<sup>79</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 35 zu Art. 298.

<sup>80</sup> BGE 122 I 53, 55 f.

<sup>81</sup> Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1587.

<sup>82</sup> Kilde, a.a.O., S. 214.

<sup>83</sup> Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1587.

<sup>84</sup> Kilde, a.a.O., S. 214.

der Beziehungswelt des Kindes und lassen wertvolle Rückschlüsse auf seine (authentischen) Neigungen und Abneigungen im Familiengefüge zu. Emotional begründete Aussagen sind ebenfalls in die Entscheidungsfindung einzubeziehen, ohne dabei eine Abwertung erfahren zu müssen.<sup>85</sup>

Am Beispiel des Kontaktrechts hat das Bundesgericht kürzlich erwogen, der Wille des Kindes sei zwar zu berücksichtigen, dennoch stehe es nicht im freien Belieben des Kindes, ob persönliche Kontakte stattfinden oder nicht. Lehne das Kind den nicht betreuenden Elternteil ab, sei im Einzelfall zu prüfen, worin diese Haltung begründet liege und ob die Ausübung des Besuchsrechts den Interessen des Kindes tatsächlich widerspreche. Nur wo das urteilsfähige Kind den Umgang mit einem Elternteil aufgrund seiner Erfahrungen kategorisch verweigere, sei dieser Umgang aus Gründen des Kindeswohls auszuschliessen.<sup>86</sup>

## 6. Rechtsmittel

Gemäss Art. 298 Abs. 3 ZPO kann das urteilsfähige Kind die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten. Der entsprechende Entscheid muss dem urteilsfähigen Kind also begründet eröffnet werden (sofern es nicht selber auf die Anhörung verzichtet hat), auch wenn es selber keinen Antrag auf Anhörung gestellt hat.<sup>87</sup> Die Urteilsfähigkeit ist individuell in Bezug auf die Ausübung des jeweils konkreten Beschwerderechts zu prüfen. Eine analoge Anwendung der pauschalen Altersgrenze von 14 Jahren gemäss Art. 301 lit. b ZPO ist ausgeschlossen.<sup>88</sup> Es fällt auf, dass das Kind nur die Verweigerung, nicht aber die Anordnung einer Anhörung anfechten kann. Dies wird in der Praxis wohl dadurch abgeschwächt, dass die nachhaltige Verweigerung der Anhörung zu respektieren ist, das Kind also letztendlich nicht vor die Schranken des Gerichts gezerrt wird und es deswegen auch keine Konsequenzen zu befürchten hat. In Bezug auf das Kind verstösst die Unterlassung der Anhörung, die nicht durch einen Ausnahmetatbestand gerechtfertigt war, auf Grund ihrer Ausgestaltung als gesetzliche Pflicht gleichzeitig auch gegen die Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Zum Ganzen: Kilde, a.a.O., S. 212 f. Weiter Aufschlussreich: Thomas Schütt, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des psychologischen Aspekts, ZStV Band/Nr. 133, 2002, Kapitel 9.4. Ausdrucksformen des Kindes und Erforschung seines wirklichen Willens, S. 229-258.

<sup>86</sup> BGer 5A\_111/2019, kommentiert von Nicole Zimmermann in: ius.focus 2019 Nr. 217.

<sup>87</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 37 zu Art. 298.

<sup>88</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 38 zu Art. 298.

<sup>89</sup> FamKomm-Schweighauser, 3. Aufl. 2017, N 8 zu Art. 298 ZPO.

Im Weiteren fällt auf, dass den Eltern an dieser Stelle kein ausdrückliches, eigenständiges Rechtsmittel gegen eine verweigerte Kindesanhörung eingeräumt wird. Sie können aber – soweit sie die Anhörung des Kindes vergeblich beantragt haben – die prozessleitende Verfügung der Abweisung gestützt auf Art. 319 Abs. 1 lit. b ZPO mit Beschwerde anfechten und Nichtanhörung rügen, sofern es ihnen gelingt, einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zu beweisen.<sup>90</sup> Ebenfalls können sie und eine allfällige Kindesvertretung Beschwerde erheben, wenn in Verkennung von Ausnahmegründen die Anhörung eines urteilsunfähigen Kindes angeordnet wurde.<sup>91</sup>

Bei Gutheissung der Beschwerde kommt es zur Rückweisung zwecks Durchführung der Kindesanhörung durch die Vorinstanz.<sup>92</sup> In einem bereits hängigen Berufungsverfahren kann die Verfahrensverletzung aber durch Anhörung vor oberer Instanz geheilt werden.<sup>93</sup>

## VI. Würdigung

Die Durchführung von Kindesanhörungen in familienrechtlichen Verfahren ist eine gesetzliche Pflicht. In der Praxis wird diese Pflicht leider nach wie vor systematisch vernachlässigt. Dies bedeutet einerseits einen massiven Eingriff in die verfassungsmässigen Rechte des Kindes durch Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Andererseits kann eine solche Haltung direkte (negative) Auswirkungen auf ein Kinderleben haben, bspw. indem sich das Kind durch einen Vergleich seiner Eltern oder durch ein Gerichtsurteil vor vollendete Tatsachen gestellt sieht und sich dadurch überumpelt fühlt oder indem auf Grund fehlender persönlicher Eindrücke des Gerichts nichtpraktikable Lösungen vorgeschlagen oder gefördert werden. Ob das Kind etwas Wichtiges zu sagen hat oder nicht, ob der persönliche Eindruck ausschlaggebend sein wird oder nicht, kann kaum antizipiert werden. Das Argument, es sei ja betreffend Kinderbelange sowieso alles klar, so dass auf eine Kindesanhörung verzichtet werden könne, greift deshalb nicht. Wären nicht minderjährige Kinder sondern erwachsene Personen in der gleichen Situation, stünde kaum ernsthaft zur Diskussion, deren gesetzlich garantiertes rechtliches Gehör nach Belieben zu beschneiden, zu gross wäre nicht zuletzt auch der Respekt vor einer Beschwerdeflut. Nur weil die Kinder das schwächste Glied in unserer Gesellschaft sind und sich kaum selber zur Wehr setzen, soll das richterliche Verhalten kein anderes sein.

<sup>90</sup> ZPO SCHULTHESS-Schweighauser, a.a.O., N 39 zu Art. 298.

<sup>91</sup> FamKomm-Schweighauser, 3. Aufl. 2017, N 41 zu Art. 298 ZPO.

<sup>92</sup> FamKomm-Schweighauser, 3. Aufl. 2017, N 38 zu Art. 298 ZPO.

<sup>93</sup> BGer 5A\_2/2016 E. 2.3.

Das unumstössliche Prinzip, vor Erlass von Kinderschutzmassnahmen die Eltern persönlich anzuhören, hat sich über Jahre hinweg im juristischen Bewusstsein verankert und gilt heute als selbstverständlich. Mit dem bevorstehenden zwanzigsten Geburtstag des bundesrechtlichen Instituts der Kindesanhörung in der Schweiz ist es an der Zeit, ein ähnliches Selbstverständnis auch für das rechtliche Gehör der Kinder zu etablieren und ihnen unkomplizierte und kindsgerechte Wege zu öffnen, sich vermehrt in den Prozess einbringen zu können.

Auf kantonaler Ebene sind diverse Massnahmen denkbar und wünschenswert, um die Umsetzbarkeit einer möglichst flächendeckenden Kindesanhörung in familienrechtlichen Gerichtsverfahren zu fördern und gleichzeitig die Professionalität zu steigern:

- Das Argument der Richterschaft, es fehle an den nötigen Ressourcen, um praktisch jedes Kind persönlich anzuhören, ist politisch ernst zu nehmen. Tatsächlich geht mit einer Verbesserung der kantonalernischen Kindesanhörungspraxis auch ein erhöhter Zeitaufwand einher.
- Es sollten Anreize geschaffen werden, damit sich alle im Familienrecht tätigen Richterinnen und Richter regelmässig zum Thema Kinderschutz und Kindesanhörung weiterbilden.
- Die regionalen Netzwerke und runden Tische mit Playern aus dem Kinderschutz sollten gestärkt und institutionalisiert werden, um eine einfachere und effizientere Zusammenarbeit zwischen den befassen Behörden zu ermöglichen und Doppelspurigkeit zu vermeiden. Nur so kann das Fehlen eines spezialisierten Familiengerichts im Kanton wettgemacht werden.
- Es sollte eine übersichtliche und ansprechende kantonale Internetplattform geschaffen werden, damit sich Kinder und Jugendliche einfach, anonym und umfassend über ihre Rolle und Rechte im familienrechtlichen Verfahren sowie über Sinn und Zweck der Kindesanhörung informieren können. Diese Plattform sollte von der Justiz und nicht von privaten Organisationen betrieben werden.
- Es wäre wünschenswert, den Familienrichtern ein standardisiertes Give-away für Kinder zur Verfügung zu stellen.

## VII. Anhang

Nachstehende Textvorschläge verstehen sich als Anregung für den Gerichtsalltag, nicht als Muster-

vorlage. Die Texte sind dem entsprechenden Kindesalter anzupassen.

### 1. Brief Einladung/Anordnung Kindesanhörung

Liebe Sina

Wie du vielleicht weisst, wird an unserem Gericht das Trennungsverfahren deiner Eltern durchgeführt. Es werden dort viele Dinge besprochen, die auch dich betreffen. Zum Beispiel wo du in Zukunft wohnen wirst und wie sich deine Eltern die Kinderbetreuung aufteilen. Deine Meinung ist sehr wichtig! Ich möchte dich deshalb persönlich kennenlernen und hören, wie es dir geht, was du dir wünschst, mit was du zufrieden bist und ob dir vielleicht etwas Sorgen macht. Gerne lade ich dich zu einem Gespräch bei mir im Büro ein. Beim Gespräch sind wir nur zu zweit und es dauert etwa 20-30 Minuten. In der beiliegenden Broschüre findest du weitere Informationen dazu. Ich habe folgende Terminvorschläge für dich:

Mittwoch, 06.03.2019, 14:00 Uhr;  
Mittwoch, 13.03.2019, 16:00 Uhr,  
Mittwoch, 20.03.2019, 15:00 Uhr.

Bitte teile mir bis am 27.02.2019 per Email (xxx), Telefon (xxx) oder Post (xxx) mit, welcher Termin dir am besten passt. Vielleicht ist dir das alles zu viel? Dann darfst du dich natürlich auch für das Gespräch abmelden. Ich würde mich sehr freuen, dich zu treffen. Freundliche Grüsse

### 2. Brief Einladung erneute Kindesanhörung

Liebe Sina

Wie Du vielleicht weisst, wird an unserem Gericht nun das Ehescheidungsverfahren deiner Eltern durchgeführt. Am 20.03.2019 warst du bereits zu einem Gespräch im Eheschutzverfahren deiner Eltern bei mir. Da das Gespräch noch nicht so lange her ist, braucht es nicht unbedingt ein weiteres Gespräch. Vielleicht hat sich in der Zwischenzeit aber etwas verändert oder es sind Dinge passiert, die du gerne besprechen möchtest. Wenn dies der Fall ist, darfst du gerne zu einem weiteren Gespräch zu mir kommen. Bitte teile mir doch mit beigelegtem Formular und Antwortcouvert mit, was du am liebsten möchtest. Du darfst auch gerne anrufen. Besten Dank im Voraus für deine Mitwirkung. Freundliche Grüsse

### 3. Brief Zustellung Anhörungsprotokoll

Liebe Sina

Vielen Dank für das nette und offene Gespräch. Wie abgemacht schicke ich dir hier eine Kopie der Gesprächsnotiz. Falls du Fragen hast oder noch etwas erzählen möchtest, kannst du mich jederzeit anrufen (xxx) oder mir einen Brief schreiben (xxx). Freundliche Grüsse

## Kindesanhörung nach Art. 298 ZPO – Ablauf

- briefliche Einladung/Afrage oder gerichtliche Anordnung
  - ev. Info-Broschüre beilegen (UNICEF Schweiz oder Uni FR)
  - Kind pünktlich und persönlich im Wartebereich abholen
- A) Grundsätzliches
- Anhörung und Abklärung der Verhältnisse (Gericht hört Eltern und Kind an, erforscht SV von Amtes wegen)
  - in Abwesenheit von Eltern, Beistand, Kindsvertretung, Geschwistern (Interessenkollision; auf ausdrücklichen Wunsch zuzulassen, ist jedoch entsprechend zu würdigen, mit Geschwister eher möglich als Übersetzer, zum „Angstnehmen“)
  - Ergebnis in einer dem Kindesinteresse entsprechenden Weise in Protokoll oder Gesprächsnotiz summarisch festhalten.
  - Kind zu Beginn über die zu erstellende Notiz z.H. der Eltern informieren.
  - Kind ist nicht verpflichtet, auf alle Fragen zu antworten.
  - Kind über Grund seiner Anwesenheit / über Verfahren aufklären
  - Allgemeinen Eindruck vom Kind zu Beginn verbalisieren (z.B. „X macht einen wachen, offenen Eindruck“)
  - Kind soll mit den Fragen nicht in einen Loyalitätskonflikt gebracht werden (ungünstige Fragen; wen hast Du lieber, Mami oder Papi? Besser; Wenn das Gericht entschieden würde, dass Du neu zu Papi umziehst, wie wäre das für Dich/Wie würdest Du reagieren?)
  - Während Anhörung spezielle Vorwissenisse, spezielles Verhalten des Kindes verbalisieren (z.B. X beginnt zu weinen, X scheint über diese Frage verunsichert/überfordert).
  - Kind fragen, was vom Gespräch alles in Notiz erwähnt werden darf (Kind soll ermutigt werden, offen sprechen zu können, Am Schluss kann es immer noch entscheiden, was in die Notiz kommt und was nicht. Wichtig: was nicht in der Notiz steht, ist auch nicht offiziell im Prozess, „Sonderwissen“ des GP ist kein Beweismittel. Vertrauensschutz des Kindes geht vor. Ziel der Kindesanhörung ist nicht das Sammeln von Beweismitteln oder das Ausfragen über die Eltern, sondern lediglich seine Interessen und seine Meinung zu erfahren; oder auch nur Eindruck)
  - Kind fragen, ob es eine eigene Kopie der Notiz erhalten möchte.
  - Zustellung der Notiz an Eltern, auch an evtl. Kind und gegebenenfalls Beistand/Kindsvertreter
  - diese sind berechtigt, zum Ergebnis der Anhörung schriftlich oder auch mündlich Stellung zu nehmen; keine Ergänzungsfragen erlaubt.

## B) Mögliche Fragen an Kind

- a) Schule / Umfeld
- in welche Klasse gehst Du
  - gehst Du gerne zur Schule; warum ja, warum nein
  - was machst Du gerne, was weniger gerne
  - wie läuft es in der Schule; Schwierigkeiten, wenn ja, welche; Noten
  - brauchst Du Hilfe bei den Hausaufgaben – wer hilft Dir dabei
  - hast Du Gspännli – was unternimmst Du mit ihnen
  - was machst Du in Deiner Freizeit (Hobbys)
  - wie kommst Du mit Deinen Geschwistern aus
  - was machst Du besonders gerne mit ihnen, was weniger
  - was möchtest Du einmal werden; warum
  - sprichst Du mit Deinen Eltern über diese Pläne
- b) persönliche Einschätzung der Trennungssituation / allgemeines Wohlbefinden
- wie geht es Dir (körperliche Beschwerden etc.)
  - hat Dir etwas Kummer/Angst gemacht, als sich Deine Eltern getrennt haben; macht Dir seither etwas Kummer/Angst
  - haben Deine Eltern mit Dir darüber gesprochen, was los ist, wie es weitergehen soll
  - hast Du offene Fragen an Deine Eltern
- Hinweis, dass viele Kinder in der gleichen Situation sind
- c) gegenwärtige Wohnsituation
- Du wohnst bei Mutter / Vater; war das bisher gut; warum ja/nein
  - hast Du umziehen müssen; hat Dir der Umzug etwas ausgemacht
  - hast Du bei Vater und Mutter je ein eigenes Zimmer
  - was gefällt Dir an der jetzigen Wohnsituation, was weniger
  - hast Du einmal darüber nachgedacht, wie es wäre bei Vater / Mutter zu wohnen
  - wenn Mutter / Vater arbeitet, wer schaut zu Dir
  - sofern Elternteil arbeitet, wo isst Du Zmittag
  - hast Du auch noch mit anderen Personen engen Kontakt (Grosseltern, Tante/Onkel, Nachbarn, LehrerIn, TrainerIn, Freunde etc.)
- d) Beziehung zu Mutter und Vater
- wer ist Deine erste Ansprechperson (Mutter, Vater oder andere)
  - Kontakt zu Vater / Mutter – wie oft
  - wie sieht Vater / Mutter einem Besuch beim andern Elternteil gegenüber
  - was machst Du mit ihm / ihr (gemeinsame Hobbys o.ä.)
  - wann zu Besuch bei Vater / Mutter
  - möchtest Du lieber mehr oder weniger hin gehen
  - Ferien
  - hat Mutter / Vater einen neuen Partner/eine neue Partnerin; wie kommst Du mit ihm/ihr aus
  - wenn kein Kontakt:
  - gar kein Kontakt oder zumindest telefonisch, per Brief, Mail oder SMS
  - warum kein Kontakt
  - wie war Verhältnis zu Vater / Mutter, als er/sie noch zuhause wohnte
  - kannst Du Dir vorstellen, wieder Kontakt zu haben
  - was kannst Du dazu beitragen, um Kontakt wieder aufzunehmen
  - was kann Vater / Mutter dazu beitragen, um Kontakt wieder aufzunehmen
  - wie könnte dieser Kontakt aussehen
- e) Begleitung / Therapie etc.
- wie hast Du bisher Therapie, Scheidungsgruppe etc. erlebt
  - was hat Dir dabei gut getan, was weniger
  - möchtest Du gerne damit weiterfahren; warum ja/nein
  - hast Du neutrale ausstehende Bezugsperson; wenn ja: wer; wenn nein: wünschst Du eine
- f) Vorstellungen / Wünsche / machbare Lösungen für Zukunft
- in Bezug auf Häufigkeit der Besuche
  - Gestaltung der Besuche
  - Ferien
  - Deine Mitsprache
  - Du weisst zwar, dass nicht alle Wünsche in Erfüllung gehen; trotzdem, wenn Du einen Wunsch frei hättest, welcher wäre das? Wünsche Dir ganz schnell etwas
  - Fragen/Ergänzungen
  - Erwartungen in Gespräch erfüllt
- gemeinsame Durchsicht der besprochenen Themen für Erstellung der Notiz; Vorbehalte?
- dem Kind die nächsten Verfahrensschritte erklären, ev. Gerichtssaal zeigen
- dem Kind Wertschätzung zeigen für seinen Besuch und seine Mitwirkung
- dem Kind anbieten, dass es jederzeit anrufen oder schreiben darf, wenn ihm noch etwas einfällt oder in nächster Zeit etwas passiert
- für kleinere Kinder: ev. ein kleines „Geschenk“ auswählen lassen (Radlergummi, Bleistift, Autölö etc.)

# Vom dynamisch routinierten Senior in der Strafbefehlsabteilung

Mein Biologie-Professor lehrte uns, dass Lebewesen zum Aussterben verdammt sind, weil sie mit dem Alter die zur Überwindung todbringender Widrigkeiten benötigte Flexibilität verlieren. Diese These stützte er auch auf Erfahrungen, die er anlässlich seiner eigenen fortschreitenden Reifung gemacht hat. Unser verschrobener Professor stellte sich zu gern als eigenwilliger und sturer Senior dar.

Nun – ich bin keine Biologin geworden. Dafür Senior. Leider hat mir der einjährige Exkurs in die Biologie laufbahntechnisch keine Vorteile eingebracht, denn was ich dort über Senioren gelernt habe, kann ich heute als Sachbearbeiterin Senior in der Strafbefehls-Abteilung der Staatsanwaltschaft in Biel nicht anwenden. Es bleibt mir schleierhaft, wieso diese Stelle eine solche Bezeichnung verdient hat.

Die Strafbefehlsabteilung leidet unter dem Image der klebrigen Routine, der Abteilung, die aufgrund fehlender Brisanz im schwarzen Loch des öffentlichen Desinteressens verschwindet. Nur selten schafft es ein Fall in den «Blick». Es sei denn, ein (über?-)engagierter Mitbürger erhält aus seiner Sicht ungerechtfertigt eine Busse (übrigens oft ein/e verknöcherte/r Senior/in) und wendet sich daraufhin faustschwingend sowie nach Gerechtigkeit lechzend an die aufgrund temporärer Langlebigkeit nach solchen banalen Skandalen geifernde Öffentlichkeit. Es ist das Männergrippe-Phänomen. Man lacht so lange über den armen Irren, der wegen 40 Franken ein Fass aufmacht, bis man selbst ruft «o'zapft is!».

Viele konnten meine Entscheidung nicht verstehen. Warum von den Untersuchungen in die Strafbefehlsabteilung wechseln? Vielleicht scheint es auf den ersten Blick wirklich wie ein Perspektivenwechsel im Sinne James Bond vs. Miss Moneypenny. Aber ich möchte hiermit eine Lanze für uns brechen: Nur weil man die Dramen der Strafbefehlsabteilung nicht auf Titelseiten lesen kann, heisst das nicht, dass sie nicht existieren, gar existenziell sind. Es geht dabei nicht um Leben und Tod, es geht auch nicht um 20 Franken Busse oder zu hohe Gebühren. Für viele geht es ums Prinzip. Das Gesetz als solches wird kritisiert, es wird aufgebeht, für sich und seine Rechte eingestanden. In einer Schweiz, in der alles reguliert ist, wird rebelliert. In einer Schweiz, in der gesetzlich bestimmt ist, dass ein Fahrzeug nicht auf einem Stück Gras am Waldesrand abgestellt werden darf, da dieses nicht klar als Parkfläche ausgewiesen ist. In einer Schweiz, in der ein Fahrradfahrer

angezeigt wird, weil er selbstverschuldet gegen einen Bordstein gefahren ist, dabei eine an sich schon peinliche Pirouette hingelegt und sich dann noch blöderweise beide Arme gebrochen hat – ohne dabei einen Dritten in irgendeiner Art zu schädigen. In einer Schweiz, in der die Polizei Drogenabhängige vor der eigens für sie eingerichteten Anlaufstelle kontrolliert und anschliessend wegen Drogenbesitzes zur Anzeige bringt. In einer Schweiz, in der wirklich hin und wieder diese berühmten «Düpfli» ausgeschieden werden, kann ich das sogar ein Stück weit verstehen.

Das soll nun keinesfalls als Kritik an unserem Rechtssystem verstanden werden. Oder anders gesagt: nicht als Kritik am Rechtssystem im Ganzen. Mehr im Einzelnen, dazu stehe ich. Umso mehr benötigen wir bei der Strafbefehlsabteilung Leute, die flexibel sind, die keinen Tunnelblick haben, die mit Leidenschaft auch an den auf den ersten Blick kleinen Dingen dranbleiben. Wer weiss, wie viele Tragödien hier den Anfang nahmen, mit diesem Mitmenschen, der sich ungerecht behandelt fühlte wegen einer Busse aufgrund falsch entsorgten Abfalls. Wo haben diese Geschichten ihr Ende gefunden? Wie viele landeten schlussendlich doch noch in den Schlagzeilen, weil sie in einer grausamen Tat gipfelten?

Es ist eine Tatsache, dass ein Satz, der von zwei Menschen gelesen wird, auf mindestens zwei Arten ausgelegt werden kann. Nur weil wir alle mehr oder weniger die gleiche Sprache sprechen, muss das nicht bedeuten, dass wir von der gleichen Sache reden. Ich lese auf Deutsch, dass ein Beschuldigter in Ungarn eine Auszeichnung für jahrzehntelanges unfallfreies Fahren erhalten hat, verstehe aber trotzdem nicht, wieso ihn das nun vor einer Bestrafung bewahren soll. Der Ungare wiederum begreift die Härte unserer Entscheidung nicht, auch wenn sie ihm in seine Sprache übersetzt wurde. Manchmal reichen nicht einmal 100 Liter oranger Farbe, aufgetragen auf privatem Grundstück, versehen mit den Lettern «Privat», um jemandem unmissverständlich klarzumachen, dass auf dieser Fläche NICHT parkiert werden darf. Dazu kommen noch die Leute, die von Unverhältnismässigkeit sprechen und damit den Aufwand für ein paar Franken Busse meinen: x involvierte Personen von verschiedensten Amtsstellen, seitenweise Korrespondenz, Telefonate, Abklärungen, verschwendete Steuergelder und so weiter. Dabei sind es genau diese Leute, die den Aufwand überhaupt generiert haben, nur um ihren Standpunkt kund zu tun. Obwohl sie wissen, dass

sie einem Gesetz zuwidergehandelt haben. Sie üben Kritik an einem als überreguliert empfundenen System.

Es ist gewiss nicht unsere Aufgabe, jede Meinung, jede Geschichte und jede Handlung zu verstehen. Aber es ist unsere Aufgabe, den Menschen hinter der Routine nicht zu vergessen und sein Schicksal nicht im Vergleich mit anderen zu relativieren. Auch ist es gefährlich, jede ungeheuerlich anmutende Geschichte sogleich in das Reich der Märchen zu verbannen. Vielleicht klingt es nach Fiktion, wenn ein Beschuldigter ein Minigrip mit Marihuana im Bus gefunden haben will. Dennoch ist genau das einer Kollegin passiert, halt mit dem feinen Unterschied, dass sie die Drogen nicht an sich genommen hat und anschliessend durch die Polizei kontrolliert wurde. Die Geschichte über die Autobahnvignette, die sich aufgrund der hohen Sonneneinstrahlung von der Frontscheibe des Fahrzeuges gelöst haben soll, mag den Mitarbeiter der Kantonspolizei nicht überzeugt haben. Dennoch bestätigte die Zollverwaltung ohne zu zögern diesen bereits seit Jahren bekannten und

nicht behebbaren Produktionsfehler. Die Wahrheit hat oft viele Facetten und ist leider teilweise ein scheues Wesen, das selbst dem aufmerksamen Beobachter verborgen bleibt. Genau aus diesem Grund sind wir verpflichtet, auch den tausendsten Ladendiebstahl aufmerksam zu studieren und alle Fakten zu prüfen. Es scheint ein Widerspruch in sich, aber ich bin klar der Meinung, dass wir nur durch Berücksichtigung der subjektiven Sichtweisen der Betroffenen flexibel genug bleiben, um unsere Arbeit objektiv und somit korrekt auszuführen.

Mein erklärtes Ziel für meine zukünftige Arbeit in der Strafbefehlsabteilung ist es daher, die These meines Biologieprofessors zu widerlegen und zu beweisen, dass ein Senior durchaus flexibel sein kann und nicht bei der ersten Hürde auf den einfachen Weg hinab kollabiert. Und da ich einsehe, dass Routine durchaus auch eine bereichernde Seite hat, hoffe ich, dass ich mich im Rahmen meiner kommenden Reifung nicht zu sehr auf dieses Ziel versteife.

# Publikationen aus unseren Reihen

## Publications émanant de membres de la justice bernoise

Aus den Rechtsgebieten Straf-, Zivil- und Verwaltungsrecht sind auch im vergangenen Jahr von Kolleginnen und Kollegen Beiträge veröffentlicht worden:

### Droit pénal:

DAVID LONGO, procureur des mineurs à Bienne. Partant d'un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'homme relatif au manque d'indépendance du parquet français, la contribution traite du statut des procureurs en Suisse, qui n'est pas clairement et uniformément défini à l'heure actuelle. L'auteur examine les caractéristiques de la fonction et des rapports de travail des membres du ministère public et les compare avec celles des juges, d'une part, et des fonctionnaires, d'autre part, en se fondant sur la législation fédérale et sur celle de plusieurs cantons<sup>1</sup>.

### Zivilrecht:

DENISE WEINGART, Gerichtspräsidentin in Biel, hat die Kommentierung der Artikel 11–11c des IRPG für den Zürcher Kommentar beigesteuert<sup>2</sup>.

### Verwaltungsrecht:

Zwei unserer Verwaltungsrichter – IVO SCHWEGLER<sup>3</sup> und THOMAS ACKERMANN<sup>4</sup>. – haben im Kommentar zum Unfallversicherungsgesetz mehrere Gesetzesartikel kommentiert.

### Augenzwinkern:

Zwei Anwälte sitzen im Restaurant und essen selbst mitgebrachte Brote.

Kommt ein Kellner und sagt: «es ist verboten hier sein eigenes Essen zu essen.»

Die Anwälte seufzen und tauschen die Brote.

<sup>1</sup> DAVID LONGO, Le procureur: véritable magistrat ou «simple» fonctionnaire?, in : Justice – Justiz – Giustizia, 2019/3.

<sup>2</sup> DENISE WEINGART, (in Co-Autorenschaft mit Rodriguez Rodrigo), Kommentar zu Art. 11–11c IPRG (inkl. Vorbemerkungen), in: Müller-Chen Markus/Widmer Lüchinger Corinne [Hrsg.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Auflage, Zürich 2018.

<sup>3</sup> IVO SCHWEGLER, Kommentar zu Art. 105–105a, 109 und 111 UVG, in: Frésard-Fellay/Leuzinger/Pärli (Hrsg.), Basler Kommentar zum Unfallversicherungsgesetz, Basel 2019.

<sup>4</sup> THOMAS ACKERMANN, Kommentar zu Art. 28–33 UVG, in: Frésard-Fellay/Leuzinger/Pärli (Hrsg.), Basler Kommentar zum Unfallversicherungsgesetz, Basel 2019.

