



# N'ius

Neues aus der Berner Justiz  
Nouvelles de la Justice bernoise

Heft 9 – Dezember 2011  
9<sup>ème</sup> livraison – décembre 2011

**Herausgeberin:**

Weiterbildungskommission der Berner Justiz

**Édition:**

Commission pour la formation continue  
de la justice bernoise

Stephan Stucki, Oberrichter, Vorsitz  
Raphaël Arn, Gerichtsschreiber / ao. Gerichtspräsident  
Franziska Bratschi-Rindlisbacher, Oberrichterin  
Myriam Grütter, Gerichtspräsidentin  
Annemarie Hubschmid Volz, Oberrichterin  
Peter Kästli, Präsident der Steuerrekurskommission  
Peter M. Keller, Verwaltungsrichter  
Marlis Koller-Tumler, Vorsitzende Schlichtungsbehörde  
Antonietta Martino Cornel, Leiterin Human Resources,  
Justizleitung des Kantons Bern  
Thomas Perler, Staatsanwalt  
Sven Rüetschi, Gerichtsschreiber am Obergericht  
Markus Schmutz, stellvertretender Generalstaatsanwalt  
Danièle Wüthrich-Meyer, Oberrichterin

**Redaktion/rédaction:**

Thomas Perler, Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland,  
Amthaus, 3011 Bern (thomas.perler@justice.be.ch)

**Sekretariat/secrétariat:**

Annelise Fink, Regionalgericht Bern-Mittelland,  
Zivilabteilung, Effingerstrasse 34, 3008 Bern  
(031 635 46 00, weiterbildung.og@justice.be.ch)

# Inhaltsübersicht • Table des matières

- 3** Die Ecke des Redaktors  
Le coin du rédacteur
- 5** Kursprogramm 2012  
Programme des cours 2012
- 11** Neues aus dem Bundeshaus
- 14** Christina Schmid-Tschirren  
Neuerungen im Sachenrecht
- 22** Roman Manser  
Erbfall Peter  
Gedanken zur Triagefunktion der Schlichtungsstelle (Schlichten – Richten – Mediation)
- 29** Marcel Meier  
Zentrale Instrumente der StPO zur Kollusionsverhinderung und ihre Problemfelder
- 46** Aus der Schlichtungsbehörde – Portrait von Pascal Di Marco
- 49** Publikationen aus unseren Reihen  
Publications émanant de membres de la justice bernoise
- 50** Albtraum des Schalterbeamten Kunz
- 51** Traum der andern Art des Schalterbeamten Kunz



# Die Ecke des Redaktors

## Le coin du rédacteur

Liebe Kolleginnen und Kollegen  
Liebe Leserinnen und Leser

Die Zeit rast: bereits liegt viel Reorganisiertes hinter uns; Mitarbeitende aus den Zivil- und Strafabteilungen der Justiz können bereits auf ein knappes Jahr Erfahrungen mit den neuen Prozessordnungen zurückblicken und resümieren. Etwas dazu wird auch auf den nächsten Seiten zu lesen sein. Wer in diesem hektischen Jahr sonst noch Zeit zum Lesen fand (z.B. auch mal Belletristisches) musste sich selber gut organisieren. Die freie Zeit war kurz und oft genug mit Fachliteratur belegt statt mit «belles lettres». Oder doch nicht? In die Herbstwanderferien mit Hund im wilden bayrischen Wald habe ich doch noch ein passendes Buch mitgenommen (nur gerade 124 Seiten stark). Man erfährt Vieles über das Leben in der Wildnis, über den Wert von Büchern, über die Sprache Shakespeares und über die normale Reaktion eines Hundehalters, dem der geliebte Vierbeiner weggemeuchelt wird. Alles von einem Ich-Erzähler in kurze, süffige Kapitel gepackt, wankend zwischen gerecht und verrückt und die Spannung eines Krimis heraufbeschwörend, ohne aber einer sein zu wollen. Der Roman passt auch zur Jahreszeit: Winter in Maine von Gerard Donovan, erschienen im btb-Verlag.

Soviel zu fremden Blättern, jetzt ehren wir einheimisches Schaffen: So farbig wie die Blätter draussen an den Bäumen sieht auch der Blätterwald der Winterausgabe unseres BE N'ius aus: verschiedene Themen aus Zivil- und Strafrecht in interessante Beiträge gefasst harren auf den nächsten Seiten der Lektüre. Frau Prof. Christina Schmid, Direktorin des schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne und routiniert-versierte Sachenrechtlerin setzt uns auf den neusten Stand betreffend der Neuerungen, die in diesem doch sonst recht veränderungsresistenten Rechtsgebiet ab dem 1.1.2012 zu beachten sein werden. Herr Rechtsanwalt und Mediator Roman Manser legt uns im wörtlichen Sinn exemplarisch die Geheimnisse des Schlichtens offen und gibt damit Anregungen zu Vorgehensweisen, die sowohl in Zivil-, Straf- wie auch Verwaltungsrecht dienen können. Dann setzt sich Staatsanwalt Marcel Meier aus Fraubrunnen einmal mehr mit der Schweizerischen StPO auseinander und bringt uns einzelne – gerade in der Praxis noch höchst umstrittene – Themen näher. Schliesslich folgen zwei Beiträge zur Befindlichkeit in der bernischen Justiz. Während Pascal di Marco, Neuzugang bei der Schlichtungsbehörde in Thun, im Interview erzählt, wie es ihm beim Wechsel von der Privatwirtschaft in die Gefilde der Justiz ergangen ist, nimmt uns Roland Kunz, Kanz-

Chères Collègues, chers Collègues,  
Chères Lectrices, chers Lecteurs,

Le temps file et une grande partie de la réorganisation est déjà derrière nous. Les collaborateurs de la justice civile et pénale peuvent déjà regarder en arrière et résumer presque une année d'expériences relatives aux nouveaux codes de procédure. Certaines contributions à ce sujet pourront être découvertes dans les pages qui suivent. Ceux qui auront encore trouvé le temps de lire durant cette année agitée (et nous parlons bien sûr de littérature) étaient vraiment bien organisés. Le temps libre était limité et plus souvent consacré à la lecture de doctrine qu'à celle des belles lettres, n'est-ce pas? Durant les vacances d'automne, passées avec mon chien dans la sauvage forêt de Bavière, j'ai tout de même emporté un livre de circonstance (124 pages seulement). On y apprend beaucoup sur la vie dans la nature, la valeur des livres, la langue de Shakespeare et la réaction normale d'un détenteur de chien à qui on arrache son cher compagnon à quatre pattes. Tout est raconté par un narrateur à la première personne dans de courts et agréables chapitres, passant de la justice à la folie et offrant le suspense d'un roman policier, sans pour autant vouloir en être un. Le roman est également adapté à la période de l'année: Winter in Maine de Gerard Donovan, paru aux éditions btb.

Assez parlé de livres étrangers, il est temps maintenant d'honorer une œuvre nationale: L'édition hivernale de notre BE N'ius est aussi colorée que les feuilles sur les arbres. De passionnantes contributions sur différents thèmes du droit civil et pénal vous attendent dans les pages qui suivent. La Prof. Christina Schmid, Directrice de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne et spécialiste des droits réels, nous présente les nouveaux développements dont il faudra tenir compte dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012 dans ce domaine du droit pourtant résistant aux changements. Roman Manser, avocat et médiateur, nous dévoile de manière exemplaire au sens littéral du terme les secrets de l'arbitrage et nous fournit des conseils utiles qui peuvent trouver application tant en droit civil que pénal et administratif. Le Procureur Marcel Meier de Fraubrunnen aborde encore une fois le thème du CPP suisse et nous donne un aperçu de certains thèmes actuellement encore très controversés dans la pratique. Finalement suivent deux témoignages relatifs à des situations vécues au sein de la justice bernoise. Alors que Pascal di Marco, nouvelle recrue de l'autorité régionale de conciliation à Thoun, explique dans une interview son passage du secteur privé à l'univers de la jus-

leimitarbeitender der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, mit auf die Achterbahn, die vom Albtraum zum Traum und wieder zurück führt – erneut im Zusammenhang mit den Reorganisationen: Ob Verfahrensrecht oder Schliesssicherheitssysteme, gut Ding will offensichtlich Weile haben.

Zu Lesen gibt es also genug – Gerard Donovan und die nächsten Seiten BE N'ius empfehle ich dabei wärmstens.

THOMAS PERLER

tice, Roland Kunz, collaborateur de la chancellerie du Ministère public région Berne-Mittelland, nous emmène, à nouveau en rapport avec la réorganisation de la justice, dans un voyage sur les montagnes russes qui conduit du cauchemar au rêve puis du rêve au cauchemar. Qu'il s'agisse de droit de procédure ou de systèmes de fermeture sécurisés, Rome ne s'est pas faite en un jour.

Ainsi, nous ne manquerons pas de lecture – je vous recommande chaudement tant Gerard Donovan que les pages de BE N'ius qui suivent.

THOMAS PERLER

# Kursprogramm 2012

## Kurs 1

### Internationale Rechtshilfe in Zivilsachen

Mitglieder der bernischen Justiz

Frau Madarasz ist im Bundesamt für Justiz zuständig für internationale Rechtshilfe in Zivilsachen. Sie weiss, wo die Praxis krankt, und kennt auch die Medizin dazu.

Inhalt: Rechtsgrundlagen und Anwendungsbe-  
reich; Theorie und Praxis internationaler Zustel-  
lungen; Theorie und Praxis internationaler Be-  
weiserhebungen; Angebot BJ im Internet.

#### Kursleitung:

Myriam Grütter, Gerichtspräsidentin

#### Referentin:

lic. iur. Silvia Madarasz, wissenschaftliche Mitar-  
beiterin im Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich  
Privatrecht, Fachbereich Internationales Privatrecht

#### Dauer:

½ Tag

#### Termin:

Donnerstag, 23. Februar 2012, 14.00–17.00 Uhr

#### Kursort:

Bern

#### Hinweis

Die Teilnehmenden werden im Hinblick auf die  
Veranstaltung gebeten, ihre Fragen zu ein- und  
ausgehenden Ersuchen im internationalen Verkehr  
bis Ende Januar 2012 per E-Mail der Kursleitung  
(myriam.gruetter@justice.be.ch) zu melden.

# Programme des cours 2012

## Cours 1

### Entraide judiciaire en matière civile

Ouvert aux membres de la justice bernoise

Mme Madarasz est chargée de l'entraide  
judiciaire internationale en matière civile à  
l'Office fédéral de la justice. Elle connaît toutes  
les failles de la pratique et sait comment y  
remédier.

Contenu: Bases légales et champ d'application;  
notification internationale; obtention de preuve;  
soutien de l'OFJ dans l'internet.

#### Direction du cours:

Myriam Grütter, Présidente de Tribunal

#### Conférenciers:

lic. iur. Silvia Madarasz, collaboratrice scientifique  
à l'Office fédéral de la justice, domaine de direction  
Droit privé, unité de Droit international privé

#### Durée:

½ journée

#### Date:

Jeudi, 23 février 2012, 14.00–17.00 h

#### Lieu:

Berne

#### Remarque

Les participants sont priés d'adresser leurs  
questions per courriel à la direction du cours  
(myriam.gruetter@justice.be.ch) jusqu'à la fin  
janvier 2012.

## Kurs 2

### Recherchieren, beschlagnahmen, einziehen!

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz, sowie der Schweizerischen Bundesanwaltschaft

Der Gesetzgeber hat die selbstständige Einziehung nun im Gesetz festgeschrieben. Ansonsten bringt die StPO diesbezüglich kaum Neues. Warum aber wird die Einziehung in der Praxis zögerlich angewendet? Der Kurs vermittelt Tipps und Tricks zur Fahndung nach Vermögenswerten krimineller Herkunft. Damit wird die (rechtshilfweise) Beschlagnahme erleichtert und die Einziehung ermöglicht.

#### Kursleitung:

Stephan Stucki, Oberrichter

#### Referentinnen:

Dr.iur. Claire A. Daams, Staatsanwältin des Bundes  
Dr.iur. Sara Schödler, Staatsanwältin Region Bern-Mittelland

#### Dauer:

½ Tag, Nachmittag

#### Termin:

Donnerstag, 26. April 2012

#### Kursort:

Amthaus Bern, Assisensaal

#### Teilnahme:

Die TeilnehmerInnenzahl ist nicht beschränkt

## Cours 2

### Recherches, perquisition, confiscation !

Ouvert aux membres de la justice bernoise et du Ministère public de la Confédération

La confiscation indépendante a été introduite dans la loi par le législateur. A part cela, le CPP ne prévoit pratiquement pas de nouveautés en la matière. Mais pourquoi dans la pratique la confiscation est-elle appliquée avec une certaine retenue? Ce cours vous présente des trucs et astuces concernant la recherche de valeurs patrimoniales d'origine criminelle afin de faciliter la perquisition (dans le cadre de l'entraide) et de permettre la confiscation.

#### Direction du cours:

Stephan Stucki, Juge d'appel

#### Conférenciers:

Dr en droit Claire A. Daams, Procureure fédérale  
Dr en droit Sara Schödler, Procureure Agence Berne-Mittelland

#### Durée:

½ journée, l'après-midi

#### Date:

Jeudi, le 26 avril 2012

#### Lieu:

Amthaus à Berne, salle des assises

#### Participation:

Le nombre des participants n'est pas limité

### Cours 3

#### Aspects pratiques et nouveautés en matière de droit des étrangers

Ouvert aux membres de la justice bernoise et – dans la limite des places disponibles – aux membres de l'AAB

Le droit des étrangers couvre tant des aspects civils, pénaux qu'administratifs. Cette journée aura pour but de faire le point en matière de droit des étrangers dans ces trois domaines, en abordant les problèmes pratiques rencontrés par les juges dans l'application de la LEtr et de la LAsile avec des spécialistes en la matière. Les chantiers législatifs dans ces domaines seront également présentés par Madame la Professeure Cesla Amarelle, qui vient d'être nommée conseillère nationale. Le but de cette journée est de permettre aux membres des autorités judiciaires de comprendre les implications des décisions rendues en matière de droit des étrangers.

#### Direction du cours:

Raphaël Arn, Président e.o.  
Alain Villard, Greffier

#### Conférencier:

Françoise Kopf, coordinatrice de IGA SOS racisme  
Cesla Amarelle, Professeure en droit des étrangers à l'UNIL et conseillère nationale  
Urs Arn, Office de la population et des migrations du canton de Berne

#### Durée:

Une journée

#### Date:

Mai 2012

#### Lieu:

Bienne

#### Coût:

CHF 200.– pour les membres de l'AAB

#### Remarque:

Les informations concernant ce cours seront disponibles sur le site internet concernant la formation continue dès qu'ils seront connus. Les personnes intéressées peuvent d'ores et déjà s'annoncer à l'adresse suivante: David.Affolter@justice.be.ch et recevront ainsi directement les informations par courriel

### Kurs 3

#### Praktische Aspekte und Neuheiten im Ausländerrecht

Offen für Mitglieder der bernischen Justiz und – sofern genügend Plätze vorhanden – Mitglieder BAV

Das Ausländerrecht umfasst sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Aspekte. Ziel dieses Kurses ist es, diese drei Bereiche mit Blick auf das Ausländerrecht unter die Lupe zu nehmen. Dazu wird zusammen mit Fachleuten auf die praktischen Probleme eingegangen, mit denen die Gerichte bei der Anwendung des AuG und des AsylG konfrontiert sind. Frau Professorin Cesla Amarelle, die neu in den Nationalrat gewählt worden ist, wird auch auf die Gesetzgebungsbaustellen in diesen Rechtsgebieten eingehen. Dieser Kurs soll den Mitgliedern der Justizbehörden aufzeigen, welche Auswirkungen ausländerrechtliche Entscheide haben.

#### Kursleitung:

Raphaël Arn, a.o. Gerichtspräsident  
Alain Villard, Gerichtsschreiber

#### Referierende:

Françoise Kopf, Koordinatorin der IGA SOS Racisme  
Cesla Amarelle, Professorin für Ausländerrecht an der Universität Lausanne und Nationalrätin  
Urs Arn, Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern

#### Dauer:

1 Tag

#### Termin:

Mai 2012

#### Kursort:

Biel

#### Kosten:

CHF 200.– für Mitglieder des BAV

#### Hinweis:

Die Informationen zu diesem Kurs werden auf der Weiterbildungs-Website aufgeschaltet, sobald sie vorliegen. Interessierte können sich bereits jetzt an folgende Adresse wenden: David.Affolter@justice.be.ch. Sie erhalten die Informationen dann direkt per E-Mail

## Kurs 4

### Prozessleitung im Zivilrecht

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Die Kanzlei legt Ihnen ein neu eröffnetes, noch ganz frisches Dossier auf den Tisch. Es wird Sie eine Weile begleiten. Wie gehen Sie damit um? Wie führen Sie es zur Verhandlungsreife? Und wie gestalten Sie schliesslich den Höhepunkt, die Verhandlung selber, mit Vergleichsverhandlungen und/oder Urteil? Die nötigen Fertigkeiten für eine elegante Prozessführung werden uns bei der Wahl nicht von Amtes wegen mitgeliefert. Deshalb haben wir hier die Möglichkeit, uns Tipps und Tricks von Cracks zu Gemüte zu führen, brenzlige Situationen spielend zu üben und uns untereinander über Vorgehen und Strategien auszutauschen.

#### Kursleitung:

Myriam Grütter, Gerichtspräsidentin  
Marlis Koller-Tumler, Vorsitzende Schlichtungsbehörde

#### Referierende:

N.N.

#### Dauer:

1 Tag (mit Übungen)

#### Termin:

Donnerstag, 23. August 2012

#### Kursort:

Bern

## Cours 4

### Conduite de procès en droit civil

Ouvert aux membres de la justice bernoise

La Chancellerie vous soumet un dossier tout frais qui vient d'être ouvert et qui va vous occuper pendant un bon bout de temps. Comment le gérer? Comment en assurer le suivi jusqu'à l'ouverture de la procédure? Et comment finalement gérer les débats mêmes, avec des audiences de conciliation et/ou jugement? Lors de notre élection, le savoir-faire nécessaire pour pouvoir mener un procès avec élégance ne nous est pas attribué d'office. Ce cours nous donne la possibilité de prendre connaissance de trucs et astuces présentés par des personnes de grande compétence en la matière et de discuter des démarches et des stratégies.

#### Direction du cours:

Myriam Grütter, Présidente de Tribunal  
Marlis Koller-Tumler, Présidente autorité de conciliation

#### Conférenciers:

N.N.

#### Durée:

Une journée (exercices inclus)

#### Date:

Jeudi, le 23 août 2012

#### Lieu:

Berne

## Cours 5

### Ce que la justice fait dire aux moyens de preuve dits scientifiques (et que ceux-ci ne disent pas vraiment)

Ouvert aux membres de la justice bernoise

Joëlle Vuille vient de publier une thèse intitulée: «Ce que la justice fait dire à l'ADN (et que l'ADN ne dit pas vraiment)». Elle se propose de nous ouvrir les portes de la très reconnue Ecole des sciences criminelles à Lausanne pour une journée consacrée aux dangers de l'appréciation par le juge des preuves scientifiques. Celle-ci doit en particulier permettre aux membres des autorités judiciaires d'interpréter correctement les expertises scientifiques dans un dossier. Joëlle Vuille sera accompagnée entre autres, du très connu directeur de l'ESC, le Professeur Pierre Margot. Des conférences et une visite de l'ESC sont prévues. En fin de journée, visite du musée de la photographie à Lausanne pour les personnes qui le désirent (visite payante). Les conférences sont données en français, mais les slides sont traduits en allemand. Par ailleurs, des questions générales peuvent être soumises aux experts de l'ESC, qui répondront dans la langue dans laquelle la question a été posée.

#### Direction du cours:

Raphaël Arn, Président e.o.

#### Conférencier:

Joëlle Vuille, University of California  
Pierre Margot, Directeur de l'ESC, Lausanne

#### Durée:

Une journée

#### Date:

Mercredi, 29 août 2012

#### Lieu:

Ecole des sciences criminelles, Bâtiment de Chimie, Université de Lausanne, 1015 Lausanne

#### Remarque:

Les participants peuvent faire parvenir leurs questions en matière d'expertises scientifiques et d'interprétation de celles-ci jusqu'à fin juin 2012 à l'adresse e-mail suivante:  
Raphael.Arn@justice.be.ch

## Kurs 5

### Was die Justiz aus sogenannten wissenschaftlichen Beweismitteln herausliest (und was diese nicht wirklich aussagen)

Offen für Mitglieder der bernischen Justiz

Joëlle Vuille, die kürzlich eine Dissertation mit dem Titel: «Ce que la justice fait dire à l'ADN (et que l'ADN ne dit pas vraiment)» publiziert hat, nimmt uns mit an die renommierte Schule für Kriminalwissenschaften, die Ecole des sciences criminelles (ESC) in Lausanne, und weist uns auf die Gefahren der Bewertung wissenschaftlicher Beweismittel aus der Sicht der Gerichte hin. Ziel des Kurses ist es, den Mitgliedern der Justizbehörden zu zeigen, wie wissenschaftliche Gutachten richtig zu interpretieren sind. Joëlle Vuille wird dabei unter anderem vom renommierten Direktor der ESC, Professor Pierre Margot unterstützt. Auf dem Programm stehen verschiedene Referate und eine Führung durch die ESC. Wer möchte, kann am Schluss auch noch das Museum für Fotografie in Lausanne besuchen (kostenpflichtig). Die Referate werden in französischer Sprache gehalten, die Slides sind aber auch auf Deutsch übersetzt. Ausserdem können Sie allgemeine Fragen an die Sachverständigen der ESC richten, die diese dann jeweils in der Sprache beantworten, in der die Frage gestellt worden ist.

#### Kursleitung:

Raphaël Arn, a.o. Gerichtspräsident

#### Referierende:

Joëlle Vuille, University of California  
Pierre Margot, Direktor der ESC, Lausanne

#### Dauer:

1 Tag

#### Termin:

Mittwoch, 29. August 2012

#### Kursort:

Ecole des sciences criminelles, Bâtiment de Chimie, Universität Lausanne, 1015 Lausanne

#### Hinweis:

Die Teilnehmenden können ihre Fragen zu wissenschaftlichen Gutachten und deren Interpretation bis Ende Juni 2012 an folgende E-Mail-Adresse senden:  
Raphael.Arn@justice.be.ch

## Kurs 6

### Strassenverkehrsstrafrecht

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

Kaum ein Rechtsgebiet, das unseren Alltag mehr bestimmt und derart häufig Änderungen erfährt, wie das Strassenverkehrsrecht. Es ist daher an der Zeit, uns auf den neusten Stand zu bringen.

#### Kursleitung:

Markus Schmutz, stv. Generalstaatsanwalt

#### Referierende:

Aus Forschung und Lehre, Justiz sowie Polizei

#### Dauer:

½ Tag

#### Termin:

September 2012

#### Kursort:

Noch offen

## Cours 6

### Droit pénal en matière de circulation routière

Ouvert aux membres de la justice bernoise, de la police cantonale et de l'AAB

Il n'y a pas beaucoup d'autres domaines de droit qui ont une influence aussi importante sur notre vie quotidienne et qui sont soumis à des modifications aussi nombreuses que le droit sur la circulation routière. Mettons donc à jour nos connaissances en la matière!

#### Direction du cours:

Markus Schmutz, Procureur général adjoint

#### Conférenciers:

Issus des domaines de la recherche et de l'enseignement, membres de la justice et de la police

#### Durée:

½ journée

#### Date:

Septembre 2012

#### Lieu:

A déterminer

# Neues aus dem Bundeshaus

Bereits steht die erste Änderung der *schweizerischen ZPO* an. Im Zuge der Vereinheitlichung des Umfanges des Anwaltsgeheimnisses soll Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO umformuliert werden. Parteien und Dritte haben demnach im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht Urkunden herauszugeben, «ausgenommen sind Unterlagen aus dem Verkehr einer Partei oder einer Drittperson mit einer Anwältin oder einem Anwalt, die oder der zur berufsmässigen Vertretung berechtigt ist». Die Notwendigkeit dieser Anpassung leuchtet allerdings nicht unmittelbar ein, war doch der bisherige Wortlaut eleganter. Eine Änderung der Bedeutung ist gemäss Botschaft nicht beabsichtigt.

In der letzten Ausgabe von *BE N'ius* wurde an dieser Stelle von der *Revision des UWGs* berichtet. Hier kann nun ergänzt werden, dass die neuen Bestimmungen auf den 1. April 2012 in Kraft gesetzt werden – mit Ausnahme von Art. 8 UWG über die missbräuchlichen Geschäftsbedingungen, welcher erst per 1. Juli 2012 in Kraft treten wird, um den Unternehmen genügend Zeit zur Verfügung zu stellen. Sie müssen ihre AGBs überprüfen und anpassen.

Ende November abgeschlossen wurde die Vernehmlassung zur Erhöhung des gesetzlichen Verzugszinses. Der Bundesrat schlägt vor, den *Verzugszins im kaufmännischen Verkehr* auf 10% festzusetzen. Art. 104 OR soll entsprechend ergänzt werden. Der Verzugszins von 5% ist regelmässig tiefer als der Zins, den der Schuldner bezahlen müsste, wenn er den geschuldeten Geldbetrag auf dem Kapitalmarkt zur Verfügung gestellt haben wollte. Dies schafft für den Schuldner, der auf Liquidität angewiesen ist, einen Anreiz, seine Gläubiger als unfreiwillige Darlehensgeber zu missbrauchen. Die Zahlen aus der Europäischen Union machen gemäss Bundesrat deutlich, dass derartige Zahlungsverzögerungen erhebliche volkswirtschaftliche Auswirkungen haben und insbesondere auch für eine grosse Zahl von Insolvenzen verantwortlich sind. Die Europäische Kommission hatte deshalb mit seiner Richtlinie 2000/35/EG die Mitgliedstaaten zur Einführung folgender Regelung verpflichtet: Sofern zwischen den Parteien vertraglich nichts anderes vereinbart wurde, tritt der Zahlungsverzug ab dem auf den Fälligkeitstermin folgenden Tag automatisch ein. Der Rechnungsbetrag ist nach 30 Tagen ab Rechnungseingang bzw. – falls keine Rechnung vorliegt – ab dem Datum des Wareneingangs bzw. des Bezugs der Dienstleistungen fällig. Nach Ablauf dieser Frist hat der Gläubiger Anspruch auf Zinszahlungen wegen Zahlungsverzugs, ohne dass dafür eine Mahnung erforderlich wäre. Der Verzugszinssatz entspricht dabei dem «Repo-Satz» der Europäischen Zentralbank (EZB), dem sog. Basiszinssatz, zuzüglich mindestens sieben Prozentpunkte. Alle EU-Länder haben mittlerweile die entsprechenden Anpassun-

gen vorgenommen und den Mindestzinssatz auf 7 oder 8 Prozentpunkte über dem Referenzzinssatz der EZB festgesetzt. In Abweichung davon soll in der Schweiz die Definition des Verzuges unverändert bleiben, und es soll darauf verzichtet werden, einen variablen Zinssatz einzuführen, weil dadurch die Zinsberechnungen derart kompliziert würden, dass sie nur noch mit Hilfe von Computerprogrammen durchgeführt werden könnten.

Eine kleine, aber im Alltagsleben wichtige Änderung ergibt sich im Mietrecht: Die Mietzinsgestaltung basiert auf dem mietrechtlichen Referenzzinssatz, welcher seinerseits auf dem Durchschnitt der inländischen Hypothekarforderungen der Banken beruht und vom Bundesamt für Wohnungswesen vierteljährlich bekannt gegeben wird. Bisher wurde der Referenzzinssatz angepasst, sobald sich der Durchschnittssatz gemessen am erstmals erhobenen Wert (von 3.43 Prozent) um 0.25 Prozentpunkte verändert hatte. Seit dem 1. Dezember 2011 nun wird der Durchschnitt der Hypothekarforderungen nach kaufmännischen Rundungsregeln und damit auch für das breite Publikum nachvollziehbar berechnet.

Die Eröffnung der Vernehmlassung zum neuen Unterhalts- und Betreuungsrecht ist für Dezember 2011 geplant. Zur Stärkung der gemeinsamen elterlichen Verantwortung sollen Vater und Mutter losgelöst vom Zivilstand gleich behandelt werden. Die Vorschläge werden mit Spannung erwartet.

Die Volksinitiative «Für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» wurde am 30. November 2008 von Volk und Ständen angenommen. Gleichentags trat Art. 123b BV in Kraft, wonach die Verfolgung und Bestrafung sexueller oder pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät unverjährbar sind. Um diese Regelung auf Gesetzesstufe umzusetzen und zu konkretisieren, verabschiedete der Bundesrat am 22. Juni 2011 eine entsprechende Botschaft. Der Verfassungsartikel ist dem Grundsatz nach zwar direkt anwendbar, doch soll der neue Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB die mit Art. 123b BV verbundenen Auslegungsschwierigkeiten beseitigen und zu einer schweizweit einheitlichen Anwendung führen. Um dem Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden, wurde zunächst der Begriff «Kinder vor der Pubertät» konkretisiert. Da die Pubertät einen unsicheren und nur schwer nachweisbaren Anknüpfungspunkt darstellt, soll auf ein bestimmtes Alter abgestellt werden, wobei sich der Bundesrat, gestützt auf die wissenschaftliche Literatur und Informationen von medizinischen Organisationen, für eine Altersgrenze von 12 Jahren entschieden hat. Sodann ist der Begriff der «sexuellen oder pornografischen Straftaten» genauer zu definieren. Vier Straftaten sollen fortan unverjährbar sein: sexuelle Handlungen mit Kindern, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung und

Schändung. In Bezug auf unmündige Täter will der Bundesrat die geltende Regelung des Jugendstrafgesetzes beibehalten. Nach der Übergangsbestimmung von Art. 101 Abs. 3 StGB gilt die Unverjährbarkeit auch für jene Straftaten, die vor dem 30. November 2008 begangen wurden, zum Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 123b BV jedoch noch nicht verjährt waren.

Trotz mehrjähriger, umfangreicher Vorarbeiten entschied der Bundesrat am 29. Juni 2011, auf eine ausdrückliche Regelung der organisierten Suizidhilfe im Strafrecht zu verzichten. Als Begründung führte Bundesrätin Sommaruga unter anderem an, dass die Suizidhilfeorganisationen durch eine Gesetzesänderung eine staatliche Legitimierung erhalten würden, was einen Anreiz für die Inanspruchnahme derer Dienste schaffen könnte. Ferner würde die Einführung einer Gesetzesbestimmung gerade in Ärztekreisen auf geringe Akzeptanz stossen. Deren Berufsverband hatte sich in der Vernehmlassung gegen die Aufnahme der Suizidhilfe in den Bereich ärztlicher Tätigkeiten ausgesprochen und dafür plädiert, dass die Verschreibung einer letalen Substanz in der persönlichen Verantwortung des Arztes bleibe. Laut Bundesrat lassen sich allfällige Missbräuche, wie etwa die Suizidhilfe bei nicht urteilsfähigen Menschen, mit den vorhandenen gesetzlichen Mitteln wirksam bekämpfen. Die einschlägigen Bestimmungen des Strafrechts böten den Behörden zusammen mit dem Heilmittelgesetz, dem Betäubungsmittelgesetz und den standesrechtlichen Regeln ein geeignetes Instrumentarium, um wirkungsvolle strafrechtliche, administrative oder zivilrechtliche Sanktionen zu verhängen.

Am 1. Juli 2011 trat das revidierte Betäubungsmittelgesetz in Kraft. Die Änderungen waren vom Parlament am 20. März 2008 beschlossen und vom Schweizer Volk in einer Referendumsabstimmung mit 68% Ja-Stimmen angenommen worden. Das revidierte Gesetz verankert das bewährte Vier-Säulen-Modell der Schweizerischen Drogenpolitik: Prävention, Therapie, Schadensminderung und Repression. Insbesondere erhält der Bund mehr Gewicht bei der Koordination der Massnahmen mit den Kantonen. Des Weiteren sollen die Prävention und der Gesundheitsschutz mit einem besonderen Fokus auf den Kinder- und Jugendschutz verstärkt werden. Daher sieht Art. 19<sup>bis</sup> BetmG besonders hohe Strafen bei der Abgabe von Betäubungsmitteln an unmündige Kinder und Jugendliche vor. Sowohl der Anbau als auch der Handel mit Hanf bleiben weiterhin grundsätzlich verboten. Zusammen mit dem revidierten Betäubungsmittelgesetz treten drei neue Verordnungen in Kraft. Die bisherigen sechs Verordnungen und zwei Bundesbeschlüsse sind neu in zwei Bundesratsverordnungen (Betäubungsmittelkontrollverordnung [BetmKV], Betäubungsmittelsuchverordnung [BetmSV]) und der Betäubungsmittelverzeichnisverordnung des EDI (BetmVV-EDI) zusammengefasst. Die wichtigste

Änderung im Verordnungsrecht ist die Erhöhung des THC-Grenzwertes von Cannabis von 0.3% auf 1.0%.

Im Juni 2010 hat die Schweiz die Europaratskonvention zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch unterzeichnet. Die Konvention geht allerdings über das geltende Strafrecht hinaus, indem sie den Schutz auf Jugendliche im Alter von 16 bis 18 Jahren ausdehnt. Der Bundesrat hat daher am 18. August 2011 die Vernehmlassung zu einer Anpassung des Strafgesetzbuches eröffnet. Nach geltendem Recht sind einvernehmliche, bezahlte sexuelle Kontakte mit weiblichen und männlichen Unmündigen, die älter als 16 Jahre und damit sexuell mündig sind, nicht strafbar. Ein Freier macht sich nur dann strafbar, wenn die sich prostituierende Person das 16. Lebensjahr noch nicht erreicht hat und der Freier selbst mehr als drei Jahre älter ist. Künftig sollen Freier mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft werden, wenn sie gegen Entgelt die sexuellen Dienste von Unmündigen in Anspruch nehmen; die Unmündigen selber sollen straflos bleiben. Neu soll ferner die Förderung der Prostitution Unmündiger unter Strafe gestellt werden. Im Bereich der Kinderpornografie sollen Kinder und Jugendliche bis zum vollendeten 18. Lebensjahr vor der Mitwirkung bei sexuellen Darstellungen geschützt werden. Die Vernehmlassung dauert bis Ende November 2011.

Mit der Ratifikation der Europaratskonvention über die Cyberkriminalität beteiligt sich die Schweiz an der verstärkten internationalen Bekämpfung der Computer- und Internetkriminalität. Der Bundesrat teilte am 15. September 2011 mit, dass die Konvention für die Schweiz am 1. Januar 2012 in Kraft treten wird. Auf den gleichen Zeitpunkt wird der Bundesrat die erforderlichen Gesetzesanpassungen in Kraft setzen. Im StGB ist beim Straftatbestand des unbefugten Eindringens in eine Datenverarbeitungsanlage die Strafbarkeit vorverlagert worden. Künftig werden bereits das Zugänglichmachen und das Inverkehrbringen von Passwörtern, Programmen und anderen Daten unter Strafe gestellt, wenn der Betreffende weiss oder annehmen muss, dass diese für das illegale Eindringen in ein geschütztes Computersystem verwendet werden sollen.

Der Ständerat hat die Motion «Gewalttäter wieder vor den Richter» am 20. September 2011 abgelehnt. Die Motion war zuvor vom Nationalrat angenommen, von der Kommission für Rechtsfragen jedoch zur Ablehnung empfohlen worden. Die Motion wollte den Bundesrat beauftragen, die Gesetzgebung insofern zu ändern, als bei Fällen, in welchen der beschuldigten Person ein vorsätzlich begangenes Gewaltdelikt, ein schweres Sexualdelikt, eine schwere SVG-Widerhandlung oder ein ähnlicher Angriff auf Leib und Leben zur Last gelegt wird, eine ordentliche Gerichtsverhandlung durchgeführt werden muss. Das Strafbefehrsverfahren nach Art. 352 ff. StPO wäre in solchen Fäl-

len auszuschliessen gewesen. Als Begründung für die Ablehnung wurde unter anderem angeführt, dass noch keine Revision eines erst gerade in Kraft getretenen Gesetzes gewünscht werde.

Seit dem Inkrafttreten der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am 1. Januar 2007 hat die Kritik seitens der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte am neuen Sanktionenrecht nicht nachgelassen. Der Bundesrat hat im vergangenen Jahr reagiert und eine erneute Revision in die Vernehmlassung geschickt (vgl. BE N'ius Heft 6 – Juli 2010). Am 12. Oktober 2011 nahm der Bundesrat nun die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zur Kenntnis und beauftragte das EJPD mit der Ausarbeitung einer Botschaft. Die Änderungsvorschläge wurden im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich befürwortet. Am meisten Zustimmung fanden die geplante Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe und die Abschaffung der gemeinnützigen Arbeit als eigenständige Sanktion sowie deren Weiterführung als reine Vollzugsform. Begrüsst wurden auch die vorgesehenen Änderungen im Zusammenhang mit der Geldstrafe, die Bestimmungen betreffend das Electronic Monitoring und die Halbgefängenschaft sowie die Erhöhung der Altersobergrenze für die Beendigung der Massnahmen im Jugendstrafrecht. Der geplante feste Umwandlungssatz von Bussen in Ersatzfreiheitsstrafen fand fast gleich viele positive wie negative Stimmen. Einige Vernehmlassungsteilnehmer wiesen darauf hin, dass das geltende Recht erst kurze Zeit in Kraft sei, so dass noch keine gesicherte Erkenntnisse über die Auswirkungen der Änderung vorlägen. Der erst kürzlich in den Medien vorgestellte Bericht des Bundesamts für Statistik BFS «Neues Sanktionenrecht und strafrechtlicher Rückfall» scheint den Kritikern Recht zu geben. Laut BFS sollen die Daten, die zur Ermittlung der Rückfallrate innerhalb eines Jahres zur Verfügung stünden, keine statistisch signifikanten Unterschiede ergeben, die darauf schliessen liessen, dass das neue Sanktionenrecht die präventive Wirkung der strafrechtlichen Sanktionen verringere. Die Einführung der Geldstrafe und die Abschaffung der kurzen Freiheitsstrafe schienen kurzfristig keine nennenswerten Auswirkungen auf die Rückfallraten zu haben. Weniger die Art der Sanktion, als vielmehr das Risiko einer erneuten Verurteilung scheinere präventive Wirkung zu erzeugen. Es werde sich allerdings erst in mehreren Jahren zeigen, ob sich die kurzfristigen Trends mit Bezug auf die Sanktionswirkung auch mittelfristig bestätigen.

Am 12. Oktober 2011 schickte der Bundesrat eine Gesetzesrevision in die Vernehmlassung, wonach die Verjährungsfrist bei schwerwiegenden Vergehen von sieben auf zehn Jahre verlängert werden soll. Die Vorlage gründet auf zwei parlamentarischen Motionen, welche längere Verjährungsfristen für Wirtschaftsdelikte fordern, um die Strafverfolgungsbehörden in diesem Bereich zu entlasten.

Diese geraten aufgrund der komplexen Sachverhalte regelmässig unter Zeitdruck. Da es im Strafgesetzbuch keine Definition von «Wirtschaftsdelikten» gibt, will der Bundesrat die allgemeinen Verjährungsfristen in Art. 97 Abs. 1 StGB verlängern und schlägt eine differenzierte Neuerung vor: Die Verjährungsfrist für schwerwiegende Vergehen, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht sind, soll von sieben auf zehn Jahre verlängert werden. Darunter fallen Wirtschaftsdelikte wie Geldwäscherei oder ungetreue Geschäftsbesorgung. Für leichte und mittelschwere Vergehen wie Verletzungen des Urheber- oder Markenrechts soll die Verjährungsfrist hingegen bei sieben Jahren belassen werden. Diese Abstufung trägt nach Meinung des Bundesrats der unterschiedlichen Schwere der Vergehen angemessene Rechnung.

Der Bundesrat will sodann den Umfang des Anwaltsgeheimnisses in den Verfahrensgesetzen des Bundes analog zu den Bestimmungen der Zivil- und Strafprozessordnung regeln. Er hat am 26. Oktober 2011 eine entsprechende Botschaft verabschiedet. Gemäss den geltenden eidgenössischen Prozessordnungen muss die Anwaltskorrespondenz auch dann nicht herausgegeben bzw. darf nicht beschlagnahmt werden, wenn sie sich in den Händen der Klienten oder Dritter befindet. Der Schutz erstreckt sich ferner auf alle Gegenstände und Unterlagen, die im Rahmen der berufsspezifischen Anwaltstätigkeit erstellt worden sind. Die Vorlage sieht eine entsprechende Anpassung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, des Patentgerichtsgesetzes, des Kartellgesetzes, des Bundeszivilprozesses, des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht und des Militärstrafprozesses vor.

Das Parlament hat im vergangenen Herbst beschlossen, die obligatorische Haftpflichtversicherung für Radfahrer abzuschaffen und im Gegenzug die Deckungspflicht des Nationalen Garantiefonds anzupassen. Zu diesem Zweck mussten verschiedene strassenverkehrsrechtliche Verordnungen überarbeitet werden. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 12. Oktober 2011 die entsprechenden Änderungen auf Verordnungsebene beschlossen. Betroffen sind u.a. die Verkehrsversicherungs-, Verkehrszulassungs- und die Ordnungsbussenverordnung. Die Änderungen treten am 1. Januar 2012 in Kraft. Ab diesem Datum benötigen Fahrräder in der Schweiz keine Vignette mehr. Für Schäden, die Radfahrer verursachen, werden künftig ihre privaten Haftpflichtversicherungen oder sie persönlich aufkommen müssen.

MYRIAM GRÜTTER, Gerichtspräsidentin  
MARKUS SCHMUTZ, stv. Generalstaatsanwalt  
KATHERINE BELL, Rechtspraktikantin bei der  
Generalstaatsanwaltschaft

# Neuerungen im Sachenrecht

## 1. Einleitung

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement verkündigte am 21. April 2004 in einer Medienmitteilung: «Schuldbrief in Zukunft auch in papierloser Form». Diese «Zukunft» rückt nun in greifbare Nähe.

Die Immobiliarsachenrechtsrevision geht im Wesentlichen auf fünf ab Ende der Neunzigerjahre des letzten Jahrhunderts eingereichte parlamentarische Vorstösse zurück, welche die Einführung eines wertpapierlosen Schuldbriefs, die Einführung einer neuen Form von Wohneigentum ohne Miteigentum am Gebäude und Grundstück, die Überprüfung des Instituts des Bauhandwerkerpfandrechts, die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für Wiederauszahlungsklauseln bei zKapitalhypotheken und Inhaberobligationen mit Grundpfandverschreibung und das Zurverfügungstellen von geeigneten Instrumenten zur Bereinigung des Grundbuchs verlangten.

Die Themen dieser fünf parlamentarischen Vorstösse sowie verschiedene, von den Fachkreisen seit längerer Zeit vorgetragene Desiderata (betreffend die Verbesserung der Publizität des Grundbuchs, die Qualität und Klarheit der Grundbucheintragungen, Fragen aus dem Bereich des Mit- und Stockwerkeigentumsrechts und der Grunddienstbarkeiten, die Grundbuchaufsicht, die Änderung und Löschung von Grundbucheintragungen, neue Formvorschriften sowie betreffend die Haftung des Grundeigentümers für die bei der Bewirtschaftung eines Grundstücks entstehenden Immissionen) fanden Eingang in die vom Bundesrat am 27. Juni 2007 verabschiedete Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht).

Am 11. Dezember 2009 fand die Schlussabstimmung der eidgenössischen Räte statt, in welcher der definitive Gesetzestext der Immobiliarsachenrechtsrevision beschlossen wurde. Die Referendumsfrist verstrich am 1. April 2010 unbenutzt. Die Vorlage wird am 1. Januar 2012 in Kraft treten.

Zusammenfassend bestehen die Hauptanliegen der Immobiliarsachenrechtsrevision darin, die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im Bereich des Immobiliarsachenrechts zu verbessern, den Bankenverkehr insbesondere mit dem neuen Register-Schuldbrief zu modernisieren, diverse sachenrechtliche Institute der aktuellen Situation anzupassen, die Rechtssicherheit durch neue Formvorschriften zu verstärken und dem Grundbuch erhöhte Transparenz zu verschaffen.

## 2. Hauptinhalt der Immobiliarsachenrechtsrevision

Als ein Hauptthema der Immobiliarsachenrechtsvorlage ist die Revision des Schuldbriefrechts mit dem Kernstück der Einführung des (papierlosen) Register-Schuldbriefs zu nennen. Auch beim Bauhandwerkerpfandrecht werden Änderungen vorgenommen, mit denen der Schutz der Bauhandwerker gegenüber der bis Ende 2011 geltenden Regelung weiter verstärkt wird.

Weiter sieht die Vorlage für verschiedene sachenrechtliche Institute neue Formvorschriften vor, so namentlich für alle rechtsgeschäftlich begründeten Grundpfandrechte (einschliesslich Eigentümerschuldbriefe), für alle Arten von Baurechten und für die Grunddienstbarkeiten.

Sodann werden neue griffige Instrumentarien geschaffen, damit das Grundbuch ein noch besseres, transparenteres und zeitgemässeres Bodeninformationssystem wird. Den Grundbuchämtern wird neu ermöglicht, das Grundbuch von bedeutungslos gewordenen Einträgen zu entlasten und das Weiterübertragen solcher Einträge zu verhindern. Deshalb werden grundbuchliche Einträge mit verlorener rechtlicher Bedeutung inskünftig in einem erleichterten Verfahren gelöscht werden können. Weiter wird die Publizitätsfunktion des Grundbuchs durch die neue Pflicht zur Eintragung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen und von unmittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechten stark verbessert.

Und schliesslich werden weitere kleinere Änderungen an verschiedenen bewährten sachenrechtlichen Instituten eingeführt, so beispielsweise diverse Neuerungen beim Mit- und Stockwerkeigentum, betreffend die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers oder betreffend nachbarrechtliche Bestimmungen.

<sup>1</sup> Die Verfasserin dieses Beitrags war im Rahmen ihrer Tätigkeit als Vorsteherin des Amtes für Grundbuch- und Bodenrecht im Bundesamt für Justiz mit der Projektleitung der Immobiliarsachenrechtsrevision beauftragt. Heute leitet sie das schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) in Lausanne-Dorigny, das als selbständige, rechtsfähige Anstalt des Bundes eine Dokumentations- und Forschungsstätte für Rechtsvergleichung, ausländisches und internationales Recht ist. Das SIR verfasst in diesen Gebieten auch Gutachten zuhanden von Verwaltungen, Gerichten und Privaten.

Die vorliegende Übersicht basiert mit geringfügigen Änderungen (und unter Weglassen der Fussnoten) wörtlich auf bereits publizierten Beiträgen der Verfasserin; vgl. insbesondere: Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, INR 12, Bern 2011, S. 1 ff.; Elektronische öffentliche Beurkundung und Grundpfandrechte: Neuerungen, insbesondere der Register-Schuldbrief, in: ZBGR 2011, S. 1 ff.; Die Botschaft zur Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Bereich des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts, in: ZBGR 2007, S. 389 ff.

### 3. Der neue Register-Schuldbrief

Das Konzept, das dem Register-Schuldbrief zugrunde liegt, besteht darin, alle wesentlichen Elemente beizubehalten, die heute den Schuldbrief gemäss ZGB ausmachen. Der Register-Schuldbrief soll also möglichst nahe an die Ausgestaltung des heutigen Papier-Schuldbriefs herankommen, um so die Finanzierungsbedürfnisse der Grundeigentümer einerseits und die Sicherungsbedürfnisse der Grundpfandgläubiger andererseits weiterhin optimal erfüllen zu können.

Der Register-Schuldbrief wird durch einen öffentlich beurkundeten Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner sowie der Anmeldung an das Grundbuchamt errichtet (nArt. 857 ZGB). Er entsteht also mit der Eintragung in das Grundbuch (nArt. 857 Abs. 1 ZGB). Nebst den übrigen Angaben wie Pfandstelle, Zinssatz usw. ist im Grundbuch der Name des Gläubigers anzugeben, oder – wenn es sich um ein Eigentümerpfandrecht handelt –, der Name des Grundeigentümers (nArt. 857 Abs. 2 ZGB).

Beim Register-Schuldbrief gibt es also nur den Namensschuldbrief oder den Eigentümerschuldbrief. Hingegen ist die Errichtung als Inhaberschuldbrief ausgeschlossen. Es besteht hier ja kein reales Objekt wie der Pfandtitel mehr, aus dessen Besitz die Legitimation als «Inhaber» des Schuldbriefs und damit als Gläubiger des Pfandrechts abgeleitet werden könnte. Die Eintragung des Gläubigers im Grundbuch ist beim Register-Schuldbrief konstitutiv; es muss somit notwendigerweise immer ein Gläubiger in das Grundbuch eingetragen werden. Beim Register-Schuldbrief wird bei der Errichtung – anders als beim Papier-Schuldbrief (nArt. 860 Abs. 1 ZGB) – kein Pfandtitel ausgestellt. Dadurch entfallen die Kosten für dessen sichere Verwahrung, den Transfer zwischen Banken, Notariatsbüros und Grundbuchämtern sowie das Risiko von Titelverlusten, die doch noch recht häufig vorkommen und aufwändige und langwierige Kraftloserklärungsverfahren zur Folge haben. Der Register-Schuldbrief ist somit ein reines Registerpfand. Der Beweis über den Register-Schuldbrief ist deshalb – wie dies auch bei der Grundpfandverschreibung der Fall ist (Art. 825 Abs. 2 ZGB) – mit dem Grundbuchauszug zu führen.

Wie die Entstehung erfolgt auch die Übertragung des Register-Schuldbriefs über das Grundbuch. Der Register-Schuldbrief wird durch konstitutive Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch rechtsgeschäftlich übertragen. Die Eintragung des neuen Gläubigers wird gemäss dem neuen Artikel 858 ZGB aufgrund einer schriftlichen Erklärung des bisherigen Gläubigers vorgenommen. Diese Erklärung bildet einerseits die Grundbuchanmeldung, andererseits die materielle Verfügung über den Register-Schuldbrief. Das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung des Register-Schuldbriefs bedarf gemäss Artikel 11 Absatz 1 OR keiner besonderen Form. Da das Grundbuchamt formlose Vereinba-

rungen nicht überprüfen kann, wird es bei der Übertragung eines Register-Schuldbriefs bloss prüfen müssen, ob ein formgültiges Verfügungsgeschäft vorliegt, ob also eine entsprechende schriftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers beim Grundbuchamt angemeldet worden ist.

Das Gesetz privilegiert den Register-Schuldbrief. Damit soll diesem neuen Rechtsinstitut möglichst rasch zur Verbreitung verholfen werden. Die Privilegierung besteht in einer erleichterten Formvorschrift für die Umwandlung von vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung errichteten Papier-Schuldbriefen in Register-Schuldbriefe in der per 1.1.2012 geltenden übergangsrechtlichen Bestimmung von Artikel 33b SchIT ZGB (vgl. auch nArt. 108 GBV). Die Erleichterung besteht darin, dass die Umwandlung vom Grundeigentümer und von den am Schuldbrief berechtigten Personen (Gläubiger, Faustpfandgläubiger oder Nutzniesser) gemeinsam in einfacher Schriftform verlangt werden kann. Sollen hingegen nach dem Inkrafttreten der vorliegenden Gesetzesänderung errichtete Papier-Schuldbriefe in Register-Schuldbriefe umgewandelt werden, oder geht es um die Umwandlung von Register-Schuldbriefen in Papier-Schuldbriefe, so bedarf dies der öffentlichen Beurkundung.

### 4. Die Neuerungen beim Bauhandwerkerpfandrecht

Die eidgenössischen Räte haben beschlossen, in der neuen Ziffer 3 von Artikel 837 Absatz 1 ZGB nicht nur, wie in der Botschaft vorgesehen, die Abbrucharbeiten, sondern zusätzlich auch noch weitere Arbeiten, nämlich die Arbeit zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherheit oder dergleichen, neu aufzulisten.

Auch Artikel 839 wurde gegenüber der Version gemäss Botschaft noch geändert.

Gemäss dem neuen Absatz 2 hat die Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen.

Die neuen Absätze 4 bis 6 betreffend die Grundstücke im Verwaltungsvermögen. Auf Grundstücken im Verwaltungsvermögen kann bekanntlich kein Bauhandwerkerpfandrecht eingetragen werden, da ein solches Grundstück seiner Zweckbestimmung nicht durch eine Zwangsverwertung entzogen werden darf. Das bis Ende 2011 geltende Recht stellte keinerlei Sicherheit für die Bauhandwerker zur Verfügung. Dies war in der Praxis vor allem dann problematisch, wenn ein Generalunternehmer in Konkurs fiel, der von der öffentlichen Hand bezahlt worden war, die Zahlung aber vor dem Konkurs nicht an den oder die Subunternehmer weitergeleitet hatte. Um solche Probleme inskünftig zu verhindern, haben die eidgenössischen Räte beschlossen, auf Grundstücke im Verwaltungsvermögen die OR-Bestimmungen über die einfache Bürgschaft (Art. 492 ff. OR) für an-

wendbar zu erklären und die neue Regelung von Artikel 839 Absätze 4–6 ZGB eingeführt.

## 5. Neue Formvorschriften

### a. Grundpfandrechte

Das Gesetz sieht vor, dass ein Grundpfandrecht grundsätzlich erst mit der Eintragung in das Grundbuch entsteht (Art. 799 Abs. 1 ZGB). Für die Eintragung ist ein Rechtsgrund, eine Anmeldung und das Verfügungsrecht des Anmeldenden notwendig (Art. 965 ZGB). Als Rechtsgrund steht der Vertrag im Vordergrund (Art. 799 Abs. 2 ZGB).

Im neuen Artikel 799 Absatz 2 ZGB wird der bisherige Begriff «Vertrag» durch «Rechtsgeschäft» ersetzt. Somit bedürfen nicht nur die vertraglichen, sondern alle rechtsgeschäftlich begründeten Grundpfandrechte – auch die neuen Register-Schuldbriefe und die Eigentümerschuldbriefe –, der öffentlichen Beurkundung.

Das ist dogmatisch und sachlich als richtig einzu-stufen. Den allermeisten Grundpfandrechtserrichtungen liegt ein Kreditverhältnis zwischen dem Schuldner (bei dem es sich in der Regel um den Grundeigentümer handelt) und dem Gläubiger zugrunde. Nur in den seltensten Fällen werden Grundpfandrechte auf Vorrat begründet. Mit der neuen Formvorschrift sollen Umgehungen der Beurkundungsform verhindert und Rechtssicherheit geschaffen werden. Nebst dem Argument verbesserter Rechtssicherheit ist auch das Argument der Ernsthaftigkeit und der Tragweite von solchen Geschäften vorzubringen, da die Errichtung von Schuldtiteln kein Alltagsgeschäft darstellt.

### b) Baurechte

Gemäss Artikel 779 Absatz 1 ZGB ist das Baurecht die Dienstbarkeit, welche einer Person das dingliche Recht einräumt, auf oder unter einem fremden Grundstück ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten.

Nach dem bis Ende 2011 geltendem Recht war der Vertrag über die Errichtung eines selbständigen und dauernden Baurechts öffentlich zu beurkunden (altArt. 779a Abs. 1 ZGB). Für die übrigen Baurechte genügte für die vertragliche Begründung die schriftliche Form (altArt. 732 ZGB).

Der neue Artikel 779a Absatz 1 ZGB schreibt vor, dass die Errichtung nicht nur der selbständigen und dauernden Baurechte, sondern diejenige sämtlicher Baurechte (inklusive Eigentümerbaurechte) der öffentlichen Beurkundung bedarf. Die neue Regelung wird damit begründet, dass sich bei allen Baurechtsarten dieselben komplexen Fragen zu Lage, Inhalt und Umfang des Baurechts, Heimfall usw. stellen und zu regeln sind.

Mit Bezug auf die Rechtsnatur der Baurechtszinsforderung besteht in der Lehre Uneinigkeit. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, die Bestimmung über den Baurechtszins unterliege dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung, ein anderer Teil der Doktrin spricht sich gegen den Formzwang aus.

Der neue Absatz 2 von Artikel 779a ZGB beendet diese Kontroverse und regelt, dass der Baurechtszins, wenn er im Grundbuch vorgemerkt werden soll, zu seiner Gültigkeit ebenfalls öffentlich beurkundet werden muss.

### c) Grunddienstbarkeiten

Dienstbarkeiten beinhalten die Pflicht des Eigentümers des belasteten Grundstücks, gewisse Eigentumsrechte nicht auszuüben oder sie gestehen dem Dienstbarkeitsberechtigten ein Nutzungs- oder Gebrauchsrecht am belasteten Grundstück zu. Bei den Grunddienstbarkeiten ist nicht eine bestimmte Person berechtigt, sondern der jeweilige Eigentümer des berechtigten Grundstücks.

Für die rechtsgeschäftliche Errichtung von Grunddienstbarkeiten war bis Ende 2011 ein einfach schriftlich abgeschlossener Vertrag ausreichend (altArt. 732 ZGB). Gemäss Botschaft hätte der geltende Artikel 732 ZGB unverändert bestehen bleiben sollen. In der Botschaft ist deshalb ein anderer Beitrag zu mehr Rechtssicherheit im Bereich der Dienstbarkeiten vorgesehen, nämlich die Planbeilage gemäss Absatz 2 des neuen Artikels 732 ZGB. Bei Dienstbarkeiten, deren Ausübung sich auf einen Teil eines Grundstücks beschränkt, ist inskünftig dem Grundbuchamt ein Plan der örtlichen Lage vorzulegen, ausser die Belastung lasse sich in Worten klar beschreiben.

Im Rahmen der parlamentarischen Beratung wurde dann aber auch Absatz 1 des neuen Artikels 732 ZGB intensiv diskutiert und schliesslich nach langen Diskussionen geändert. Neu wird die öffentliche Beurkundung für alle Rechtsgeschäfte über die Errichtung einer Grunddienstbarkeit vorgeschrieben, und zwar sowohl für die Eigentümerdienstbarkeiten als auch für die vertraglich errichteten Grunddienstbarkeiten. Über den Verweis in Artikel 781 Absatz 3 ZGB gilt die öffentliche Beurkundung ausserdem auch für die Errichtung einer irregulären Personaldienstbarkeit.

Die öffentliche Beurkundung soll – wie die Planbeilage gemäss Absatz 2 – Rechtssicherheit schaffen. Durch die Formulierung des Vertrags durch eine Urkundsperson soll den Vertragsparteien klar gemacht werden, welche Verpflichtungen sie eingehen und sollen damit allfällige Auslegungsprobleme verhindert werden, die sich oftmals erst nach Jahr und Tag ergeben, insbesondere nach einem Wechsel der ursprünglichen Vertragsparteien, denen noch genau bewusst war, was sie gewollt und abgemacht haben.

### d) Elektronische Ausfertigungen und Beglaubigungen

Aus Effizienzgründen haben sowohl Privatpersonen als auch Behörden zunehmend den Wunsch, ihre Geschäfte elektronisch abwickeln. Im Bereich des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts besteht hierfür mit Artikel 949a ZGB betreffend die Führung des Grundbuchs mittels Informatik eine entsprechende gesetzliche Grundlage. Um jedoch

eine Anmeldung bei einem Registeramt vollständig auf elektronischem Weg abzuwickeln zu können, muss es insbesondere zulässig sein, die Rechtsgrundausweise in elektronischer Form einzureichen. Hierfür wird in der Immobiliarsachenrechtsrevision ein neuer Artikel 55a SchIT ZGB geschaffen, welcher die elektronischen Ausfertigungen und die elektronischen Beglaubigungen regelt.

Gestützt auf diesen neuen Artikel können die Kantone die in ihrem Gebiet tätigen Urkundspersonen ermächtigen, elektronische und digital signierte Ausfertigungen der in Papierform errichteten Urschriften und beglaubigte elektronische Kopien von Papierdokumenten zu erstellen sowie Unterschriften auf Papierdokumenten elektronisch zu beglaubigen. Allerdings müssen die Urkundspersonen dabei eine qualifizierte elektronische Signatur verwenden, die sie nicht nur als Person, sondern auch als Träger ihrer beruflichen Funktion identifiziert. Dies setzt voraus, dass digitale Signaturen für Urkundspersonen von oder im Einvernehmen mit der Berufszulassungsbehörde ausgegeben (und allenfalls wieder entzogen) werden.

Seitens der Grundbuchämter besteht die Verpflichtung (und Berechtigung), solche elektronischen Rechtsgrundausweise entgegenzunehmen, allerdings erst nach dem Erlass entsprechender Bestimmungen in der Grundbuchverordnung (vgl. nun nArt. 39 ff. GBV).

Es ist Sache der Kantone, die Urkundspersonen entsprechend zu ermächtigen; der Erlass der notwendigen Ausführungsbestimmungen obliegt dem Bund.

Eine entsprechende Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV) ist von der zuständigen Bundesstelle erarbeitet und vom Bundesrat am 23. September 2011 verabschiedet worden. Sie tritt am 1. Januar 2012 in Kraft.

## 6. Das Anliegen einer erhöhten Transparenz des Grundbuchs

Ein Hauptanliegen der Revision des Immobiliarsachenrechts besteht, wie bereits erwähnt, darin, das Grundbuch weiter zu einem zeitgemässen und transparenten Bodeninformationssystem auszubauen. Das Ziel, dem Grundbuch eine erhöhte Transparenz zu verschaffen, wird insbesondere durch neue Anmerkungstatbestände und durch neue Instrumente zur Bereinigung des Grundbuchs erzielt.

### a) Neue Anmerkungstatbestände

#### aa) Der neue Artikel 962 ZGB

Die Immobiliarsachenrechtsrevision sieht neu eine Anmerkungspflicht für öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB) vor (nArt. 962 ZGB). Die ÖREB werden gestützt auf öffentliches Recht vom Bund, den Kantonen, den Gemeinden oder andern Trägern einer öffentlichen Aufgabe generell-abstrakt beschlossen oder individuell-konkret verfügt. Sie entstehen mit der Rechtskraft bzw.

Veröffentlichung des Beschlusses gemäss anwendbarem öffentlichem Recht oder mit der Rechtskraft der Verfügung.

Die privatrechtlichen dinglichen und realobligatorischen Rechte und Lasten an Grundstücken sind heute zuverlässig und im Prinzip vollständig aus dem Grundbuch ersichtlich. Hingegen gibt das Grundbuch über die ÖREB, die in der Rechtswirklichkeit eine immer zentralere Rolle spielen, bisher keine oder keine genügende Auskunft. Dies soll in der Immobiliarsachenrechtsrevision geändert werden.

Gemäss dem neuen Artikel 962 ZGB sind das Gemeinwesen oder andere Träger einer öffentlichen Aufgabe nach Inkrafttreten der Revision des Immobiliarsachenrechts nicht mehr frei in ihrer Entscheidung, ob und welche ÖREB sie im Grundbuch anmerken wollen, sondern sie werden verpflichtet, für die in Absatz 1 charakterisierten ÖREB eine Anmerkung vorzusehen. Gemäss dieser Bestimmung handelt es sich um ÖREB, welche von den Behörden durch eine Verwaltungsverfügung für ein bestimmtes Grundstück angeordnet werden und die eine dauerhafte Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder eine grundstücksbezogene Pflicht des Grundeigentümers zum Inhalt haben.

Um das Grundbuch zeitgemäss und von überflüssigen Einschreibungen möglichst frei zu halten, bestimmt der neue Artikel 962 ZGB in Absatz 2, dass dahingefallene ÖREB auf Antrag des Gemeinwesens oder des anderen Trägers einer öffentlichen Aufgabe bzw. bei deren Untätigkeit durch das Grundbuchamt von Amtes wegen gelöscht werden.

Gemäss dem neuen Artikel 962 Absatz 3 ZGB ist in der Grundbuchverordnung aufzulisten, aus welchen kantonalen Rechtsgebieten ÖREB im Grundbuch als Anmerkung eingeschrieben werden müssen (vgl. dazu nArt. 129 GBV, wo die wichtigsten, namentlich für die Bautätigkeit relevanten ÖREB aufgelistet werden, die inskünftig im Grundbuch anzumerken sind). Weiter sieht dieser neue Absatz vor, dass die Kantone die Anmerkung weiterer ÖREB aus dem kantonalen oder kommunalen Recht vorsehen können, sie diesfalls aber dem Bund eine Liste der zusätzlichen Anmerkungstatbestände einzureichen haben.

Gesetzgeberisch wurde eine Abstimmung zwischen dem neuen Artikel 962 ZGB und dem Geoinformationsgesetz vom 5. Oktober 2007 (SR 510.62), welches in Artikel 16 ff. einen Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster) vorsieht, vorgenommen. Artikel 16 Absatz 1 GeolG regelt, dass Gegenstand des Katasters nur diejenigen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, «die nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches nicht im Grundbuch angemerkt werden». Mithin sind im ÖREB-Kataster diejenigen ÖREB zu publizieren, die für ein bestimmtes Gebiet (Perimeter) Geltung haben.

### bb) Der neue Artikel 962a ZGB

Die Revision des Immobiliarsachenrechts führt sodann verschiedene weitere neue Anmerkungsstatbestände ein, die insbesondere im neuen Artikel 962a ZGB aufgelistet sind.

Zur Verbesserung der Transparenz und des Informationsgehalts des Grundbuchs können neu insbesondere die gesetzlichen Stellvertretungsverhältnisse des Eigentümers oder von dinglich Berechtigten angemerkt werden.

Als Folge dieser Anmerkung ist das Grundbuchamt befugt, Mitteilungen rechtsgültig der Vertretung zukommen zu lassen. Die Anmeldung der Anmerkung beim zuständigen Grundbuchamt kann durch den Eigentümer, den Vertreter, die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht vorgenommen werden.

## 7. Neue Instrumente zur Bereinigung des Grundbuchs

### a) Die Grundbuchbereinigung

Zur Verbesserung der Transparenz des Grundbuchs und dessen Ausbau zu einem stets noch besseren, zeitgemässen Bodeninformationssystem sieht die Revision des Immobiliarsachenrechts nebst den eben beschriebenen neuen Anmerkungsstatbeständen insbesondere auch neue Instrumente zur Bereinigung des Grundbuchs vor.

In erster Linie betreffend diese neuen Instrumente die Grundbuchbereinigung i.e.S. Der Begriff «Dienstbarkeitsbereinigung» meint die Zuordnung der im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeiten bei einer Parzellierung oder bei einer Vereinigung von Grundstücken.

Zum einen wird in der Revision des Immobiliarsachenrechts das Parzellierungsverfahren im neuen Artikel 743 ZGB neu geregelt und insbesondere neu zwingend vorgeschrieben, dass die Dienstbarkeiten bei einer Grundstücksteilung bereinigt werden müssen; der Eigentümer des zu teilenden Grundstücks muss also dem Grundbuchamt konkret beantragen, welche Dienstbarkeiten zu löschen und welche auf die Teilstücke zu übertragen sind. Zum anderen fasst die Vorlage die Auswirkungen einer körperlichen Teilung des berechtigten oder des belasteten Grundstücks auf Dienstbarkeiten zugunsten oder zulasten dieses Grundstücks (bisherige Art. 743 und 744 ZGB) in einem einzigen Artikel, eben dem neuen Artikel 743 ZGB, zusammen; der bis Ende 2011 geltende Artikel 744 ZGB wird gestrichen.

Als verfahrensrechtliche Ergänzung zum neuen Artikel 743 ZGB statuiert der neue Artikel 974a ZGB eine allgemeine Bereinigungspflicht für Dienstbarkeiten, Vormerkungen und Anmerkungen.

Im Gegensatz zur Teilung eines Grundstücks war die Vereinigung von (aneinander grenzenden) Grundstücken im bis Ende 2011 geltenden Recht nicht im Gesetz, sondern nur auf Verordnungsstufe, in altArtikel 91 GBV, geregelt. Da für diese Un-

gleichstellung der beiden Tatbestände keine sachlichen Gründe existieren, sind nun die wesentlichen Grundsätze der Grundstücksvereinigung in das ZGB aufgenommen worden, nämlich in den neuen Artikel 974b ZGB.

Zum Thema neue Instrumente zur Bereinigung des Grundbuchs sind sodann speziell das neue öffentliche Bereinigungsverfahren (nArt. 976c ZGB) und das Lösungsverfahren für rechtlich bedeutungslos gewordene Grundbucheinträge (nArt. 976 ff. ZGB) zu erwähnen.

In der Praxis besteht nicht selten die Situation, dass in einem Gebiet auf einer Mehrzahl von Grundstücken materiell bedeutungslose Dienstbarkeiten, Vormerkungen oder Anmerkungen ruhen. Bleiben solche Rechte und Lasten, die nicht mehr mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmen, im Grundbuch eingetragen, so verliert dieses mit der Zeit seine Bedeutung als Teil eines modernen Bodeninformationssystems. Nach bis Ende 2011 geltender Rechtslage konnten derartige Verhältnisse nur bezogen auf ein einzelnes Grundstück bereinigt werden (Art. 743 f. ZGB, in der bis Ende 2011 geltenden Fassung). Dies stellte ein sehr umständliches Verfahren dar, das zudem oftmals scheiterte, weil einzelne berechnigte Personen aus Prinzip keine Zustimmung zu einer Löschung erteilen wollten. Aus diesen Gründen schafft der Gesetzgeber in der Revision des Immobiliarsachenrechts zur Bereinigung der Einträge ein effizienteres Verfahren, das dennoch Gewähr für die Einhaltung der verfassungsmässigen Garantien bietet. Es ist im neuen Artikel 976c ZGB vorgesehen, wonach die Kantone für bestimmte Gebiete ein öffentliches Bereinigungsverfahren anordnen können.

Weiter werden in der Immobiliarsachenrechtsrevision die Voraussetzungen für die Löschung von Einträgen im Grundbuch neu ausführlich geregelt und Verfahrensvorschriften dazu erlassen, um so materiell bedeutungslos gewordenen Einträge aus dem Grundbuch effizient entfernen zu können.

Der neue Artikel 976 ZGB regelt Fälle, in welchen die Bedeutungslosigkeit eines Eintrags zweifelsfrei feststeht, so dass die Löschung direkt, d.h. ohne vorgängige Mitteilung an die berechnigte Person, vorgenommen werden kann. Die Löschung kann hier entweder von Amtes wegen vorgenommen werden, wenn der Grundbuchverwalter auf einen entsprechenden Eintrag stösst, oder auf Antrag einer belasteten Person, die gestützt auf einen der in den Ziffern 1–4 abschliessend aufgezählten Gründe die Löschung beantragt. Für den (wohl praktisch äusserst seltenen) Fall, dass das Grundbuchamt eine solche Löschung zu Unrecht vorgenommen haben sollte, steht der berechnigten Person die unbefristete Wiedereintragungsklage nach Artikel 975 ZGB offen.

In den neuen Artikeln 976a und 976b ZGB wird die Löschung in denjenigen Fällen geregelt, in denen ein Eintrag zwar nicht völlig zweifelsfrei, aber doch höchst wahrscheinlich keine materielle Bedeutung

(mehr) aufweist. Eine Klage auf Wiedereintragung (Art. 975 ZGB) bleibt auch hier möglich.

#### **b) Die Eintragung von unmittelbaren gesetzlichen Pfandrechten (nArt. 836 ZGB)**

Der bis Ende 2011 geltende Artikel 836 ZGB hielt fest, dass gesetzliche Pfandrechte zur Sicherung von Forderungen aus kantonalem öffentlichem oder privatem Recht unmittelbar von Gesetzes wegen, d.h. ohne Eintragung im Grundbuch, entstehen, wenn das kantonale Recht dies nicht anders regelt.

Der neue Artikel 836 ZGB löst nun namentlich das Problem der bisher aus dem Grundbuch nicht ersichtlichen gesetzlichen Steuerpfandrechte.

Absatz 1 regelt den Grundsatz, dass die kantonalen gesetzlichen Pfandrechte erst mit der Eintragung ins Grundbuch entstehen, wenn das Gesetz dem Gläubiger bloss einen Anspruch auf das Pfandrecht zugesteht (konstitutive Eintragung).

Absatz 2 regelt neu für gesetzliche Pfandrechte mit Pfandbeträgen über 1000 Franken je Pfandrecht, die nach kantonalem Recht ohne Eintragung im Grundbuch entstehen, dass sie einem gutgläubigen Dritten nicht mehr entgegengehalten werden können, wenn sie nicht innert vier Monaten seit ihrer Fälligkeit, spätestens jedoch innert zwei Jahren seit der Entstehung der Forderung, im Grundbuch eingetragen werden. Solche Pfandrechte entstehen nach kantonalem Recht zwar ausserbuchlich und können dem Grundeigentümer und bösgläubigen Dritterwerbenden auch ohne Grundbucheintrag entgegengehalten werden. Hingegen können sie, und darin besteht die Neuerung, einem gutgläubigen Dritten nicht mehr entgegengehalten werden, falls sie nicht innert Frist ins Grundbuch eingetragen worden sind.

Die Kantone können gemäss Absatz 3 einschränkendere Regelungen vorsehen, also z.B. die Frist verkürzen oder den Grenzbetrag reduzieren. Die Regelung des Rangs solcher Pfandrechte und allenfalls die Erhebung von Gebühren für die Eintragung der Pfandrechte sind ebenfalls kantonale Angelegenheit.

Die gleichen Überlegungen wie beim neuen Artikel 836 ZGB gelten neu auch für die bundesrechtlichen unmittelbaren gesetzlichen Pfandrechte des ZGB; nArtikel 808 Absätze 3 und 4, nArtikel 810 Absätze 2 und 3 sowie nArtikel 819 ZGB wurden in der Revision des Immobiliarsachenrechts nach dem gleichen Schema formuliert.

### **8. Die Neuerungen beim Miet- und Stockwerkeigentum**

Die Gesetzesänderungen im Mit- und Stockwerkeigentumsrecht betreffen namentlich die Nutzungs- und Verwaltungsordnung (nArt. 647 Abs. 1 ZGB), die ausschliesslichen Nutzungsrechte (beim Miteigentum und beim Stockwerkeigentum; vgl. nArt. 647 Absatz 1<sup>bis</sup> ZGB u. nArt. 712g Absatz 4 ZGB), die Dauer des Ausschlusses der Aufhebung

des Miteigentums (nArt. 650 Abs. 2 ZGB), die Wertquotenstückelung (nArt. 712e Abs. 1 ZGB) und die Untergangsgründe beim Stockwerkeigentum (nArt. 712 f. Abs. 3 u. 4 ZGB).

Es handelt sich hier um ein paar ausgewählte Bedürfnisse der Praxis, denen in der vorliegenden ZGB-Teilrevision entsprochen wurde. Eine systematische Sichtung aller Problemfelder und sämtlicher in der Literatur geäusserten Anliegen im Bereich des Mit- und Stockwerkeigentumsrechts wurde im Gesetzgebungsprozess nicht vorgenommen und weder im Vernehmlassungsverfahren noch während der parlamentarischen Debatte gefordert.

### **9. Das unselbstständige Eigentum (nArt. 655a ZGB, nArt. 95 GBV)**

Für die sog. Anmerkungsgrundstücke – als Anmerkungsgrundstück wird das Grundstück bezeichnet, das dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks, des sog. Hauptgrundstücks, zusteht – ist im ZGB in der bis Ende 2011 geltenden Fassung keine Regelung über deren rechtliche Ausgestaltung und Rechtswirkungen enthalten. Die Anmerkungsgrundstücke waren bis Ende 2011 rein grundbuchtechnisch geregelt, und zwar in altArtikel 32 GBV.

Diese Lücke hat nun der Gesetzgeber mit dem neuen Artikel 655a ZGB geschlossen.

Absatz 1 des neuen Artikels 655a ZGB besagt, dass ein Grundstück – gemeint sind Grundstücke im Sinne von Artikel 655 Absatz 2 ZGB, also namentlich Liegenschaften und Mit- oder Stockwerkeigentumsanteile –, das mit einem Hauptgrundstück sog. subjektiv-dinglich verknüpft wird, zu einem unselbständigen Grundstück wird. Durch diese Verknüpfung umfassen Verfügungen (Veräusserungen, Verpfändungen, Belastungen) über das Hauptgrundstück auch das unselbständige Grundstück, das sog. Anmerkungsgrundstück (das «dazugehörnde Grundstück»). Dieses kann nicht losgelöst vom Hauptgrundstück veräussert, verpfändet oder belastet werden. Mit Bezug auf Belastungen ist jedoch eine Präzisierung des Gesetzestextes erforderlich. So kann ein Anmerkungsgrundstück gesondert mit einer örtlich lokalisierbaren Grunddienstbarkeit, z.B. mit einem Wegrecht, belastet werden.

Im neuen Artikel 655a Absatz 2 ZGB werden die rechtlichen Konsequenzen bei einer Verknüpfung zu einem dauernden Zweck geregelt, wenn das Anmerkungsgrundstück ein Miteigentumsanteil ist. Diesfalls können das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer (Art. 682 Abs. 1 ZGB) und der Aufhebungsanspruch (Art. 650 Abs. 1 ZGB) nicht beansprucht werden.

In der totalrevidierten Grundbuchverordnung wird das unselbstständige Grundeigentum in Artikel 95 GBV geregelt.

## 10. Verantwortlichkeit des Grundeigentümers und Immissionen

### a) Der neue Artikel 679 Absatz 2 ZGB

Wird das Eigentumsrecht über ein Grundstück überschritten, so löst dies die in Artikel 679 ZGB geregelte strenge Verantwortlichkeit des Grundeigentümers aus. Von einer Überschreitung des Eigentumsrechts wird ausgegangen, wenn durch eine Grundstücksnutzung, namentlich durch das Verursachen von übermässigen Immissionen (Art. 684 ZGB), die das Eigentum beschränkenden Vorschriften des Nachbarrechts verletzt werden.

Artikel 679 ZGB (in der bis Ende 2011 geltenden Version) sieht für den geschädigten oder mit Schaden bedrohten Nachbarn als konkrete, verschuldensunabhängige Rechtsbehelfe zum einen eine Klage auf Beseitigung der Schädigung (Beseitigungsklage), zum andern eine Klage auf Schutz gegen drohenden Schaden (Unterlassungs- und Präventivklage) und schliesslich eine Klage auf Schadenersatz (Schadenersatzklage) vor.

Diese Rechtsbehelfe sind im Prinzip auf alle Arten von übermässigen Einwirkungen im Sinne von Artikel 684 Absatz 2 ZGB anwendbar. Allerdings schreibt nun der neue Artikel 679 Absatz 2 ZGB vor, dass diese Ansprüche bei einer Baute oder Einrichtung (worunter z.B. Verkehrswege fallen), die einem Nachbargrundstück bestimmte Eigenschaften wie insbesondere Sonne oder Tageslicht entziehen, nur geltend gemacht werden können, wenn bei der Erstellung der Baute oder Einrichtung die öffentlich-rechtlichen Normen missachtet worden sind.

### b) Der neue Artikel 679a ZGB

Bei den Bauimmissionen handelt es sich um Einwirkungen, die während der Erstellung von Bauten auf dem Nachbargrundstück verursacht werden, wie z.B. Lärm, Staub oder Abhalten von Geschäftskundschaft.

Nach der Praxis des Bundesgerichts (z.B. BGer Urteil 5C.117/2005, E. 2.1.; BGE 114 II 230 ff.; 91 II 100 ff.) berechtigen die mit einer Bautätigkeit verbundenen Immissionen den betroffenen Nachbarn nicht zur Klage nach Artikel 679 ZGB, und zwar selbst dann nicht, wenn derartige Einwirkungen als übermässig zu qualifizieren sind. Das höchste Gericht bejaht jedoch lückenfüllend eine Entschädigungspflicht des bauenden Grundeigentümers, wenn die Einwirkung aus der Bautätigkeit als übermässig und die Schädigung des Nachbarn als beträchtlich anzusehen ist.

Diese lückenfüllende bundesgerichtliche Praxis zu den Bauimmissionen hat in den neuen Artikel 679a ZGB Eingang gefunden: Entstehen einem Nachbarn aus unvermeidlichen Einwirkungen aus Bautätigkeit auf dem Nachbargrundstücke vorübergehend übermässige und unvermeidliche Nachteile und erleidet er dadurch einen Schaden, so kann er hierfür vom Grundeigentümer lediglich Schadenersatz geltend machen. Dagegen kann er die übrigen

Rechtsbehelfe des Artikels 679 ZGB nicht in Anspruch nehmen.

### c) Der neue Artikel 684 Absatz 2 ZGB

Als Immissionen werden die in Artikel 684 ZGB geregelten mittelbaren bzw. indirekten Einwirkungen auf ein Grundstück bezeichnet, mit denen im Unterschied zu den direkten Einwirkungen nicht unmittelbar in die Substanz des Nachbargrundstücks eingegriffen wird, sondern die durch die Bewirtschaftung und Benutzung eines Grundstücks auf einem Nachbargrundstück entstehen.

In der Lehre werden folgende Immissionsarten unterschieden:

- Unter positiven Immissionen sind Einwirkungen zu verstehen, die darin bestehen, dass durch die Benutzung oder Bewirtschaftung eines Ausgangsgrundstücks feste, flüssige oder gasförmige Stoffe auf ein Nachbargrundstück geführt werden wie z.B. Rauch, Russ, lästige Dünste, Lärm, Erschütterung.
- Als ideelle Immissionen werden Einwirkungen durch Zustände oder Handlungen auf einem Ausgangsgrundstück bezeichnet, die beim Nachbarn unangenehme psychische Empfindungen wie Ekel, Abscheu oder Angst hervorrufen oder sein seelisches Wohlbefinden auf sonstige Art beeinträchtigen wie z.B. ein Schlachthof oder ein Erotik-Etablissement in der Nachbarschaft.
- Negative Immissionen liegen vor, wenn durch Erstellen von Bauten und Wachsenlassen von Pflanzen entweder die Zufuhr von Stoffen oder Energien wie Licht, Sinne, Luft, Wind, Wasser oder Radio- und Fernsehempfang zum Nachbargrundstück be- oder verhindert wird, wenn der Nachbar den Entzug der Aussicht hinnehmen muss oder wenn Personen, namentlich Geschäftskundschaft, vom Nachbargrundstück ferngehalten werden.

Das Bundesgericht musste sich in den letzten Jahren namentlich mit den negativen Immissionen beschäftigen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. BGer Urteil 5A\_415/2008 vom 12.3.2009; BGE 126 III 452 ff.) kommt bei Schattenwurf und Lichtentzug durch Pflanzen dem bundesrechtlichen Immissionsschutz nach Artikel 684 (i.V.m. Art. 679) ZGB die Bedeutung einer übergeordneten bundesrechtlichen Minimalgarantie zu, die ergänzend zu den gestützt auf Artikel 688 ZGB erlassenen kantonalrechtlichen Pflanzenvorschriften beansprucht werden kann.

Um dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den negativen Immissionen Rechnung zu tragen und um die bisherige exemplarische Auflistung rein positiver Immissionen im Gesetz aktueller abzufassen, wird Artikel 684 Absatz 2 ZGB neu insbesondere um Einwirkungen durch Strahlungen und durch Entzug von Besonnung oder Tageslicht ergänzt.

## 11. Inkrafttreten und neue Verordnungen

Nach über zehnjähriger Gesetzgebungsarbeit tritt die mit rund hundert revidierten Artikeln grösste Teilrevision des Immobiliarsachen- und Grundbuchrechts seit Inkrafttreten des ZGB per 1. Januar 1912 nun genau hundert Jahre später, am 1. Januar 2012, in Kraft.

Die Teilrevision des ZGB wurde zum Anlass genommen, eine Totalrevision der fast hundertjährigen Grundbuchverordnung vorzunehmen.

In diese Totalrevision werden die Ausführungsbestimmungen zu denjenigen Änderungen und Neuerungen der Revision des Immobiliarsachenrechts integriert, welche das Grundbuch betreffen oder die sich mittelbar oder unmittelbar auf das Grundbuch und dessen Führung auswirken (wie z.B. die Einführung des papierlosen Schuldbriefs, der mit der Eintragung in das Grundbuch entsteht). Inhaltlich geht die totalrevidierte Grundbuchverordnung

von einer Grundbuchführung mittels Informatik aus, sie enthält aber auch noch einige für die Papiergrundbuchführung relevante Normen, da das Grundbuch noch nicht gesamtschweizerisch mittels Informatik geführt wird. Systematisch lehnt sich die neue Grundbuchverordnung an die Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411) an. Sie sieht neu Sachüberschriften zu allen Artikeln vor, um so die thematische Übersicht zu erleichtern.

Das Inkrafttreten der totalrevidierten Grundbuchverordnung, dem «Kochbuch» für die Grundbuch-Praktiker, erfolgt zusammen mit den Änderungen des ZGB auf den 1. Januar 2012.

Als Ausführungsverordnung zum neuen Artikel 55a SchIT ZGB wird, wie bereits erwähnt, zudem eine neue bundesrechtliche Verordnung erlassen, nämlich die Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV).

Auch diese Verordnung tritt am 1. Januar 2012 in Kraft.

# Erbfall Peter

## Gedanken zur Triagefunktion der Schlichtungsstelle (Schlichten – Richten – Mediation)

Referat vom 20. Juni 2011

### I. Aufgabenstellung

Im Rahmen der Einführung der Schlichtungsstellen geht es darum, Schnittstellen zwischen den Aufgaben der Schlichtungsstellen und der Mediation herauszuarbeiten.

Im vorliegenden Referat versuche ich, Ihnen anhand eines Falles aus dem Erbrecht die Arbeitsmethode und das Verfahren der Mediation näherzubringen (II). Der Erbfall Peter ist ein Beispiel aus meiner Mediationspraxis. Ich habe den Fall stark vereinfacht, anonymisiert und in den Geltungsbereich der neuen Zivilprozessordnung (ZPO) überführt, so dass ich hoffe, dass er nicht wiederzuerkennen ist. Falls dies doch der Fall sein sollte, ersuche ich höflich um vertrauliche Behandlung. Der Erbfall Peter enthält Elemente, die typischerweise in vielen erbrechtlichen Auseinandersetzungen vorkommen.

Im Anschluss daran versuche ich, eine Definition dafür zu geben, wann eine Situation für die Betroffenen als so problematisch empfunden wird, dass sie eine Änderung anstreben.

Diese Änderung der Situation kann unter Zuhilfenahme des Mediationsverfahrens und der strategisch-lösungsorientierten Fragetechnik (Neunfelder-Modell) bewirkt werden (III).

Nach einer kurzen Zusammenfassung, was die Mediation zu leisten vermag (IV), folgt eine nicht abschliessende Checkliste zur Triagefunktion der Schlichtungsstelle (V).

### II. Falldarstellung

#### 1. Sachverhalt Erbfall Peter

Herr Peter stirbt und hinterlässt zwei Nachkommen, Guido und Willi.

Zuletzt lebte Herr Peter in einem Altersheim. Nach Abzug der Todesfallkosten besteht ein Sparvermögen von CHF 10 000.00.

Kurz vor dem Heimeintritt hat er seinem Sohn Guido seine Liegenschaft auf Anrechnung zukünftiger Erbschaft abgetreten mit dem amtlichen Wert von CHF 160 000.00 als Anrechnungswert. Er hat zudem ein Testament verfasst, wonach die Ausgleichspflicht für alle Schenkungen und Zuwendungen, die er Guido zeitlebens gegeben hat, wegbedungen werden und wonach sein Sohn Willi zugunsten von Guido auf den Pflichtteil gesetzt wird.

Vor zwanzig Jahren hat der Vater dem Sohn Guido ein Stück Bauland zum amtlichen Wert abgetreten. Die bisherigen Altersheimkosten belaufen sich auf CHF 50 000.00 und sind von Guido bezahlt worden.

Willi erhebt gegen das Testament Einsprache. Nachdem die Söhne vergeblich versucht haben, die Erbteilung allein durchzuführen, ziehen sie einen Mediator bei und hoffen, dass sie die Erbteilung mittels einer Mediation erledigen können. Sie unterzeichnen eine Mediationsvereinbarung.

#### Verlauf der Mediation

1. Erste Sitzung  
(Positionen klären, Probleme ansprechen)

##### *Willi berichtet:*

Guido habe dem Vater die elterliche Liegenschaft abgeschwätzt und den Vater quasi gezwungen, den Abtretungsvertrag und das Testament zu unterzeichnen. Guido habe dem Vater gedroht, dass er ihn nicht mehr besuchen werde, wenn er die Verträge nicht unterzeichne. Guido habe dem Vater versprochen, dass er ihn pflegen werde.

Vor 20 Jahren habe der Vater seinem Sohn Guido bereits ein Grundstück abgetreten, zum amtlichen Wert und auch ohne seine Mitwirkung.

Da im Zeitpunkt des bevorstehenden Heimeintrittes des Vaters nur noch geringe Geldmittel vorhanden gewesen seien, sollte die väterliche Liegenschaft zum Zweck der Finanzierung des Altersheims verkauft werden.

##### *Guido berichtet:*

Er sei immer gegen den Verkauf der väterlichen Liegenschaft gewesen. Er habe nach einem Weg gesucht, dass die Altersheimkosten gedeckt werden können, und dass die Liegenschaft trotzdem in der Familie bleiben könne. Er habe sich deshalb die väterliche Liegenschaft überschreiben lassen und versprochen, die Altersheimkosten zu bezahlen und den Vater bis zum Altersheimeintritt zu pflegen und zu besuchen.

##### *Willi berichtet:*

Guido habe den Vater nie gepflegt. Das habe stattdessen er übernommen. Der Vater habe ihm dafür eine Entschädigung von CHF 5000.00 versprochen, die er aber nie erhalten habe.

Er verlangt, dass die Teilung der Liegenschaften zu den heutigen Verkehrswerten erfolge, und dass ihm eine Entschädigung für die Pflege von CHF 5000.00 ausbezahlt wird.

*Guido berichtet:*

Er beharre auf der Durchsetzung des Testamentes (keine Ausgleichung des geschenkten Baulandes und Pflichtteilsetzung von Willi). Der Wert der väterlichen Liegenschaft sei der vertraglich vereinbarten Anrechnungswertes von CHF 160 000.00 und für den Wert der vor 20 Jahren erhaltenen Liegen-

schaft sei der dannzumalige Verkehrswert einzusetzen.

Es stimme, dass Willi den Vater vor dem Altersheim eintritt gepflegt habe und er sei bereit, dafür die vom Vater versprochene Entschädigung von CHF 5000.00 zu bezahlen.

In Zahlen sieht die Erbteilung wie folgt aus:

| <b>Erbteilung Peter</b>                    |                           |                           |
|--|---------------------------|---------------------------|
|  | <i>Ansicht von Willi:</i> | <i>Ansicht von Guido:</i> |
| Anrechnungswert Liegenschaft               | CHF 250 000.00            | CHF 160 000.00            |
| bereits bezahlt an Vater                   | CHF 50 000.00             | CHF 50 000.00             |
| somit noch                                 | CHF 200 000.00            | CHF 110 000.00            |
| Wert Bauland (CHF 250.00/m <sup>2</sup> )  | CHF 166 000.00            |                           |
| Wert Bauland vor 20 Jahren                 |                           | CHF 108 000.00            |
| Sparvermögen                               | CHF 10 000.00             | CHF 10 000.00             |
| <b>Total zu teilen:</b>                    | <b>CHF 376 000.00</b>     | <b>CHF 228 000.00</b>     |
| Gesetzlicher Anteil (je die Hälfte)        | CHF 188 000.00            |                           |
| Anteil (je die Hälfte)                     |                           | CHF 114 000.00            |
| Pflichtteil davon $\frac{3}{4}$            | CHF 141 000.00            | CHF 85 500.00             |
| Herausschuld von Guido an Willi            | CHF 141 000.00            | CHF 85 000.00             |
| zuzüglich der Pflegeentschädigung an Willi | CHF 5 000.00              | – CHF 5 000.00            |
| Teilungsanspruch                           | CHF 146 000.00            | CHF 80 000.00             |

In der ersten Sitzung geht es um die Erläuterung der Probleme und um die Klärung der Positionen. Der Differenz beträgt CHF 66 000.00 (Willi fordert CHF 146 000.00, Guido ist bereit zu zahlen CHF 80 000.00).

*Durch das gründliche Fragen nach dem Problem erleben die Medianden die gesamte Bedeutung des Problems und die damit verbundenen Affekte intensiver.*

*Folgende Frageformen sind hilfreich:*

*Frageformen:*

*Was genau ist das Problem?*

*Wie genau erleben Sie momentan das Problem?*

*Was erleben Sie als besonders problematisch?*

## 2. Zweite Sitzung

(Bedürfnisse und Interessen hinterfragen)

*Guido berichtet:*

Nur dank seinem Einsatz sei die väterliche Liegenschaft vor dem Verkauf gerettet worden, womit es nur dank seinem Einsatz etwas zu teilen gebe. Das müsse belohnt werden. Weil sein Bruder das nicht einsehen wolle, habe er sich die Belohnung vertraglich und testamentarisch absichern lassen. Schlauheit müsse belohnt werden.

Deswegen wolle er nur den amtlichen Wert in der Teilung gelten lassen (CHF 160 000.00) und nicht den Verkehrswert von CHF 250 000.00.

Das Grundstück, welches er vor zwanzig Jahren erhalten habe, müsse zum damaligen Verkehrswert bewertet werden.

*Willi berichtet:*

Guido sei schon immer rücksichtslos gewesen und es gehe ihm nur ums Geld.

Er, Willi, habe den Vater gepflegt und ihn dann im Altersheim regelmässig besucht. Guido habe den Vater weder gepflegt noch besucht. Dafür müsse er, Willi, wertgeschätzt werden und er wolle die versprochene Pflegeentschädigung von CHF 5000.00.

Er verlange, dass die Liegenschaften zu den heutigen Verkehrswerten bewertet werden. Er habe sich erkundigt, das sei gesetzlich so.

Er sei schon immer zu kurz gekommen und wolle jetzt Gerechtigkeit.

*In der zweiten Sitzung geht es um Lösungen aus der Sicht der einzelnen Medianden. Den Lösungen liegen die Bedürfnisse und Interessen der Medianden zugrunde.*

*Folgende Fragen sind hilfreich:*

*Frageformen:*

*Was ist wichtig und warum gerade das?*

*Was sollte Ihrer Meinung nach anders sein?*

*Was ist Ihr Wunsch bezüglich der weiteren Entwicklung?*

*Was wollen Sie genau erreichen?*

*Was für eine Lösung sehen Sie?*

*Die Fokussierung auf die Interessen und Bedürfnisse wird mit einer klaren Reaktion der Medianden beantwortet. Die Stimme wird meistens klarer, die Körperhaltung wirkt gespannter. Je länger sich die Medianden durch die Fragen bei den Interessen aufhalten, umso grösser wird die Energie für Veränderung und für die Entwicklung von Lösungsoptionen.*

### 3. Dritte Sitzung (nach Optionen und Lösungsvorschlägen suchen)

Die Parteien werden aufgefordert unter Berücksichtigung ihrer Interessen Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Die Suche nach Lösungen wird in einem Brainstorming Verfahren durchgeführt. Es hat auch Platz für unkonventionelle Vorschläge. Die Vorschläge werden an dem Flipchart festgehalten.

Mögliche Vorschläge:

- Das Testament wird nicht berücksichtigt
- Die Grundstücke werden zum amtlichen Wert berücksichtigt
- Die Grundstücke werden zum heutigen Verkehrswert berücksichtigt
- Es wird ein Gutachter für die Bewertung der Grundstücke bestellt
- Die Schlaueheit von Guido ist CHF 10 000.00 wert
- Die Betreuung des Vaters ist CHF 10 000.00 wert
- Wir machen zusammen einen Spaziergang und bewerten die Grundstücke selber nach unserem Bauchgefühl
- Wir wollen zukünftig mindestens zweimal pro Jahr zusammen Essen gehen
- ....

*Anhand der Erbteilungsabrechnung diskutieren die Medianden gerechte und faire Lösungsoptionen.*

*Folgende Fragen sind hilfreich:*

*Frageformen:*

*Mit welchen Vorschlägen sind Sie einverstanden?*

*Was muss sichergestellt sein, dass Sie dem Vorschlag X zustimmen können?*

*Was müsste Ihrer Meinung nach passieren, damit Ihre Interessen berücksichtigen sind – und was können Sie dafür tun?*

*Was genau brauchen Sie, um die Lösung zu erreichen – was sind Sie bereit dafür zu tun?*

### 4. Vierte Sitzung (gemeinsame Vorschläge als Beschlüsse festhalten)

Es werden die Vorschläge, die beide Erben annehmen können, zu gemeinsamen Beschlüssen erklärt und in einem Abschlussmemorandum festgehalten. Dieses Memorandum wird von beiden Erben unterschrieben.

Im vorliegenden Fall einigen sich die Parteien auf einen Auszahlungsbetrag von CHF 125 000.00 an Willi unter Berücksichtigung seiner Pflegeleistungen und der Wertschätzung der Bemühungen von Guido für den Erhalt der Grundstücke. Sie betrachten diesen Betrag als fairen Teilungswert.

### 5. Die Mediation umfasst vier Sitzungen in einem Zeitraum von etwa 15 Monate.

Zur Fristwahrung bezüglich Anfechtung des Testamentes ist ein Schlichtungsgesuch gestellt worden und das Verfahren wurde während der Dauer der Mediation sistiert.

### 6. Die Parteien unterzeichnen danach einen Erbteilungsvertrag mit einer erbrechtlichen Saldoerklärung. Dafür ist ein neuer Auftrag notwendig.

## 2. Kommentierung

Im neuen Recht kann durch das Schlichtungsgesuch die Rechtshängigkeit der Testamentsanfechtung bereits in einem früheren Verfahren, sinnvollerweise mit Unterzeichnung der Mediationsvereinbarung, herbeigeführt werden.

Die Einigung der Parteien wurde möglich, weil auch juristisch schwer fassbare Leistungen wie die Pflegeleistung durch Willi und die schliesslich erfolgreiche Verteidigung des Grundeigentums dank der Übernahme der Liegenschaft durch Guido gebührend wertgeschätzt wurden.

## III. Einführung in die Mediation

### 1. Was macht ein Problem zum Problem?<sup>1,2</sup>

Im vorliegenden Fall fühlte sich Willi benachteiligt und hintergegangen, weil Guido Grundstücke zu Lebzeiten des Vaters erhalten hat, die dieser nicht zum Verkehrswert ausgleichen muss. Zudem hat Willi den Vater gepflegt und wünscht sich dafür eine Entschädigung.

Guido hingegen glaubt, die väterliche Liegenschaft vor dem Verkauf gerettet zu haben und dadurch überhaupt dazu beigetragen zu haben, dass es Einiges zu teilen gibt. Mit Hilfe des Testamentes soll er dafür belohnt werden.

<sup>1</sup> Bernd Kuhlmann/Joseph Rieforth, das Neun-Felder-Modell, ZKM – Zeitschrift für Konfliktmanagement 2/2004, S. 52 ff.

<sup>2</sup> Leo Montada, Elisabeth Kals, Mediation, Lehrbuch für Psychologen und Juristen, Psychologie Verlags Union, Verlagsgruppe Beltz, Weinheim 2001, ISBN 3-621-27492-8, Seite 69 ff.

Eine Situation wird als problematisch erlebt, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind:

- a. mindestens eine Person erlebt eine Situation subjektiv als Problem
- b. der Wunsch oder das Bedürfnis der Person nach Veränderung der Situation
- c. die momentane Unmöglichkeit für die Person, eine Lösung für die Situation zu gestalten.

Das erlebte Problem und die mögliche Lösung sind miteinander verbunden und der vermeintliche Wunsch bedingt das Problem. Die Person, die das Problem für sich erlebt, kennt seinen Lösungswunsch und damit die Lösung für die Situation. Die Person, die das Problem hat, ist somit der Experte für die Lösung.

Für den Weg zur Lösung, nicht für die Lösung selbst, braucht es den Mediator.

## 2. Das Mediationsverfahren

Dem Mediator kommt die Rolle eines Prozessbegleiters zu, der den Medianden beim Entwickeln des Lösungsprozesses behilflich ist. Im Rahmen des Mediationsverfahrens gilt es, die vorhandenen Problemlösungsfertigkeiten der Medianden, ihre Ressourcen zu aktivieren und um neue Handlungsmöglichkeiten zu erweitern.

Der Mediator hat die Aufgabe, zu den Medianden ein vertrauensvolles Verhältnis aufzubauen, den Mediationsprozess zu lenken und den Inhalt der Lösungen zu organisieren.

Das Handwerkszeug des Mediators zur Erkennung der verborgenen Lösungswünsche der Medianden ist:

- die Fragetechnik (Ziffer 3 a und b)
- die Einhaltung des Mediationsverfahrens (Ziffer 4 a bis d)

Zuerst wird die Fragetechnik, dann das Mediationsverfahren erläutert.

## 3. Strategische – lösungsorientierte Fragetechnik: das Neun-Felder-Modell

### a) Juristische Verfahrenstechnik

Einer Studie über Prozessrisikoanalyse zufolge formulieren die Streitparteien ihre Risikoeinschätzung meist diffus, weil sie die tatsächliche und juristische Komplexität eines Sachverhalts nicht geordnet erfassen und bewerten können. Die menschliche Psyche spielt den in einem Konflikt behafteten Menschen bei der Beurteilung risikobehafteter Situationen gleich zweimal einen Streich: Sie hat Schwierigkeiten, Risiken richtig einzuschätzen und sie hat Mühe, sich entsprechend dem Risiko richtig zu verhalten<sup>3</sup>. Die Menschen reduzieren das Problem, anstatt es zu organisieren. Sie reden sich den Fall schön. Sie glauben die aussenstehende RichterIn werde ihre Position glaubwürdiger finden.

<sup>3</sup> Baker & McKenzie, Prozessrisikoanalyse – ein Tool für Wirtschaftsmediatoren, [www.bakermckenzie.com/joergrisse](http://www.bakermckenzie.com/joergrisse)

Als Juristinnen und Juristen versuchen wir einen gerichtlichen *Vergleich mit der juristischen Verfahrenstechnik* unter den Parteien zu erreichen<sup>4</sup> mit folgenden Mittel:

- a. eine Einigung wird auf der Basis bestehender Rechtsgrundlagen und bestehender Rechtspraxis gesucht;
- b. die Konfliktparteien werden ausführlich über ihre Rechten und Pflichten aufgeklärt;
- c. Anliegen und Motive der Parteien werden nicht umfassend erfasst und geklärt,
- d. rechtlichen Anspruchsgrundlagen wird Priorität gegeben und
- e. objektive Sachlichkeit wird gefordert.

### b) Lösungsorientierter Ansatz und Empathie

Carl Rogers<sup>5</sup> und Steve de Shazer<sup>6</sup>, zwei amerikanische Psychologen, haben verschiedene Fragetechniken entwickelt, die zu der psychologischen Grundlage der Mediation zählen.

Bei Carl Rogers geht es um die nicht-direktive Gesprächsführung mit der Entwicklung von Empathie für die Gesprächsteilnehmer: «versuchen in den Schuhen des andern 10 Meilen zu laufen».

Bei Steve de Shazer geht es um lösungsbezogene Gespräche. Er sagt, dass wir nicht in der Lage sind, gleichzeitig an das Problem und an die Lösung zu denken. Neuere bildgebende Aufzeichnungen des Gehirns zeigen, dass unterschiedliche Areale im Gehirn angesprochen werden, je nachdem, ob wir Fragen nach dem Problem oder Fragen nach den Wünschen oder Lösungen stellen.

Adressieren wir Fragen auf die Ebene des *Problems*, erhalten wir eine differenzierte Rückmeldung zum Erleben des Problems.

Adressieren wir Fragen auf die Ebene der *Lösungen*, erhalten wir Rückmeldungen zum verborgenen Wunsch im Sinne von Bedürfnissen und Interessen.

Adressieren wir Fragen auf die Ebene der *Ressourcen*, erhalten wir Informationen über die Fähigkeiten und Möglichkeiten der Medianden, wie sie die Situation selbst aus eigener Initiative verändern können.

Vereinfacht ausgedrückt kann festgehalten werden, dass mit der juristischen Verfahrenstechnik das Problemerkennen der Parteien zu kurz kommt.

<sup>4</sup> Leo Montada, Elisabeth Kals, Mediation, Lehrbuch für Psychologen und Juristen, Psychologie Verlags Union, Verlagsgruppe Beltz, Weinheim 2001, ISBN 3-621-27492-8, Seite 31

<sup>5</sup> Nondirektive Gesprächsführung: Grundhaltungen 1. die Echtheit des Interessens an den Gesprächspartnern, 2. das einführende Verstehen oder Empathie und 2. die Wertschätzung bzw. Akzeptanz der Gesprächspartner

<sup>6</sup> Steve de Shazer, der Dreh, Carl-Auer Verlag, 10. Auflage, 2008, ISBN 978-89670-549-5, Seite 24, die Wunderfrage: Angenommen, es würde eines Nachts, während Sie schlafen, ein Wunder geschehen und Ihr Problem wäre gelöst. Wie würden Sie das merken? Was wäre anders? Wie wird Ihr Ehemann davon erfahren, ohne dass Sie ein Wort darüber zu ihm sagen?

Erlauben Sie mir, diese Aussage anhand unseres Erbfalles zu erklären:

Guido und Willi wurden gefragt:

- *Fragen zur Problemebene* (Verständnis für das Problemerkennen)

**Was erleben Sie als problematisch?**

*Antwort Guido:* Willi hat kein Verständnis für die Erhaltung der Liegenschaft für die Familie.

*Antwort Willi:* Guido hat immer gemacht, was er wollte, und alle entsprechend manipuliert. Ich habe mich erkundigt. Mir steht die Hälfte des heutigen Verkehrswertes der Liegenschaften zu.

- *Fragen zur Lösungsebene* (Wünsche, Bedürfnisse, Interessen hinter dem Problem)

**Was genau wollen Sie erreichen? Um was geht es? Was ist wichtig und warum?**

*Antwort Guido:* Willi bekommt das, was ihm zusteht, aber nicht mehr. Vor allem nicht die Hälfte des heutigen Verkehrswertes der väterlichen Liegenschaft, weil es diese Liegenschaft ohne mich gar nicht mehr geben würde.

*Antwort Willi:* Ich will Gerechtigkeit. Gerecht ist für mich, dass ich die Hälfte der Verkehrswerte erhalte.

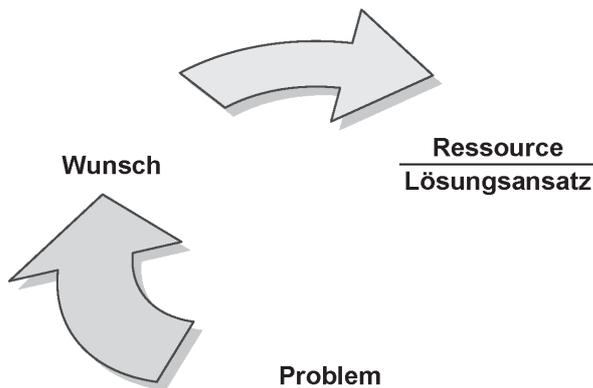
- *Fragen zur Ressourcenebene* (was kann ich selbst dafür tun)

**Was sind Sie bereit selbst zu tun, um eine Lösung zu erreichen?**

*Antwort Guido:* Ich bezahle Willi die Hälfte des Verkehrswertes der Liegenschaft, will davon aber einen Abzug machen für meinen Einsatz zum Erhalt der Liegenschaft.

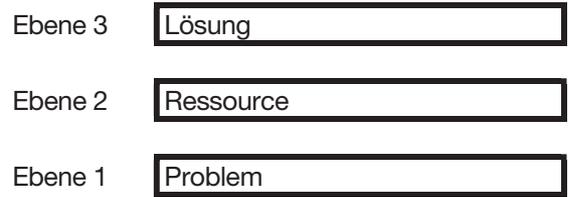
*Antwort Willi:* Wir können uns über den Teilungswert einigen, der auch meine Pflegearbeit umfasst.

Die strategische Fragetechnik sieht damit folgendermassen aus:



- *Strategische Fragen auf den Ebenen des Neun-Felder-Modells*

Diese strategische Form des Fragens bildet sich im Neun-Felder-Modell ab. Die Auswahl der Fragen orientiert sich an folgenden Ebenen



Das Verständnis dieser drei Ebenen erlaubt dem Mediator eine strategische Gesprächsführung im Rahmen des gesamten Mediationsprozesses. Es gibt dem Mediator und den Medianden Orientierung.

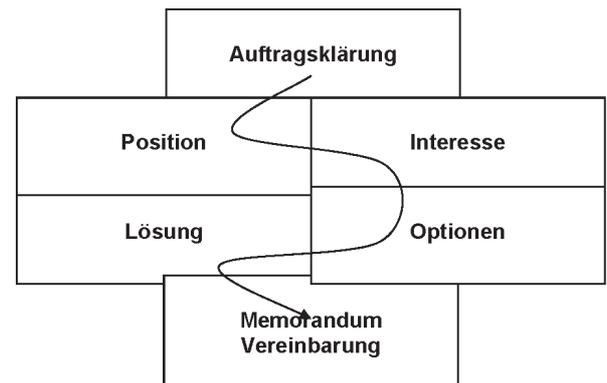
- *Die Erweiterung des Modells um die Zeitdimension*

Durch die Erweiterung um die drei Zeitebenen «Vergangenheit – Gegenwart – Zukunft» wird ein Fragenfeld erreicht, der alle möglichen Problemsituationen abdeckt.

|                            |  |   |   |
|----------------------------|--|---|---|
| <b>Lösung</b><br>(Ebene 3) | Was genau war hilfreich für die Problemlösung?                                 | Was sollte aus Ihrer Sicht anders sein? (Bedürfnisse)             | Wie wünschen Sie sich die weitere Entwicklung?                              |
|                            | Wie sind Sie bisher mit einem solchen Problem umgegangen, was haben Sie getan? | Was wäre für Sie jetzt hilfreich? Was wollen Sie jetzt dafür tun? | Wie wollen Sie das in Zukunft sicherstellen? Und was wollen Sie dafür tun?  |
|                            | Welche Erfahrungen haben Sie mit diesem Problem?                               | Was genau erleben Sie momentan als Problem?                       | Wie, glauben Sie, wird sich das Problem aus Ihrer heutigen Sicht verändern? |
|                            | <b>Vergangenheit</b><br>(Ebene 4)  | <b>Gegenwart</b><br>(Ebene 5)                                     | <b>Zukunft</b><br>(Ebene 6)   |

4. Die Bedeutung des Neun-Felder-Modell in den einzelnen Phasen des Mediationsprozesses

- a) Mediationsprozess im Überblick



- b) Die Ebene des Problems und die Bedeutung für die Themensammlung

Zu Beginn halten sich die Medianden überwiegend in der Problemebene auf (Positionsebene). Im aktivierte Problemerleben begleitet sie der Mediator und die Medianden fühlen sich in ihrem Erleben des Problems verstanden. Das gibt den Medianden Sicherheit und Vertrauen, die sie benötigen, um in der Konfliktsituation mit dem Mediator zusammenzuarbeiten. Ohne Vertrauen zum Mediator, ohne Beziehung zu ihm ist keine Zusammenarbeit möglich.

Die Medianden erleben wieder Verständnis für ihr Erleben der Situation und zwar in allen drei Zeitdimensionen. Es ermöglicht dem Mediator, die Erstarrung der Problemsituation aufzuweichen. Die Visualisierung der Konflikt- und Problembereiche an den Flipchart weckt die Hoffnung auf Klärung der Situation.

- c) Die Ebene der Lösung im Modell und die Bedeutung für die Konfliktbearbeitungsphase

In der Konfliktbearbeitungsphase geht es darum, den verborgenen Wunsch, die Bedürfnisse zu erarbeiten. Die Medianden werden eingeladen, sich darüber klar zu werden, welche Bedürfnisse sie im Rahmen des Konfliktklärungsprozesses gesichert sehen möchten. Die Kunst ist es, die Medianden möglichst lange in dieser Phase zu halten (Interessensebene). Das Abrutschen zur Problemebene ist häufig, was den Konflikt eskalieren lassen kann.

- d) Die Ebene der Ressourcen im Modell und die Bedeutung für die Lösungsphase

Die Betrachtung der Veränderung (Optionenebene): Was kann der einzelne an Vorschlägen anbieten, um die Situation zu verändern? Die Medianden werden sich ihrer Potenziale bewusst. Die Medianden fassen gemeinsame Beschlüsse.

#### IV. Was vermag die Mediation zu leisten?

- a. Durch den geschickten Einsatz von klientenzentrierten Fragetechniken lassen sich in der professionalisierten Mediation anspruchsvollere und weiter gesteckte Ziel verfolgen als die kompromissartige Beilegung eines aktuellen Konfliktes.
- b. Eine Leistungen, die die Parteien selbst nicht erbringen können, ist das Schaffen neuen Vertrauens durch<sup>7</sup>:
- Die klare Artikulation von Positionen, Anliegen, Emotionen;
  - Die Strukturierung von emotionalisiertem Chaos sich überlagernder Konflikte;

- Die Formulierung von Zielen;
- Die Idee von Gewinner-Gewinner-Lösungen;
- Die Aufdeckung von Tiefenstrukturen von Konflikten;
- Die Aufdeckung von verdeckten Zielen der Teilnehmer;
- Die Perspektive, dass in der Konfliktbearbeitung Entwicklungschancen liegen.

#### V. Triagefunktion der Schlichtungsstelle: In welchen Fällen ist eine Mediation möglich?

Eine Mediation als mögliche Alternative für das Schlichtungsverfahren/Gerichtsverfahren ist möglich, wenn folgende Fragen mit **ja** beantwortet werden können:

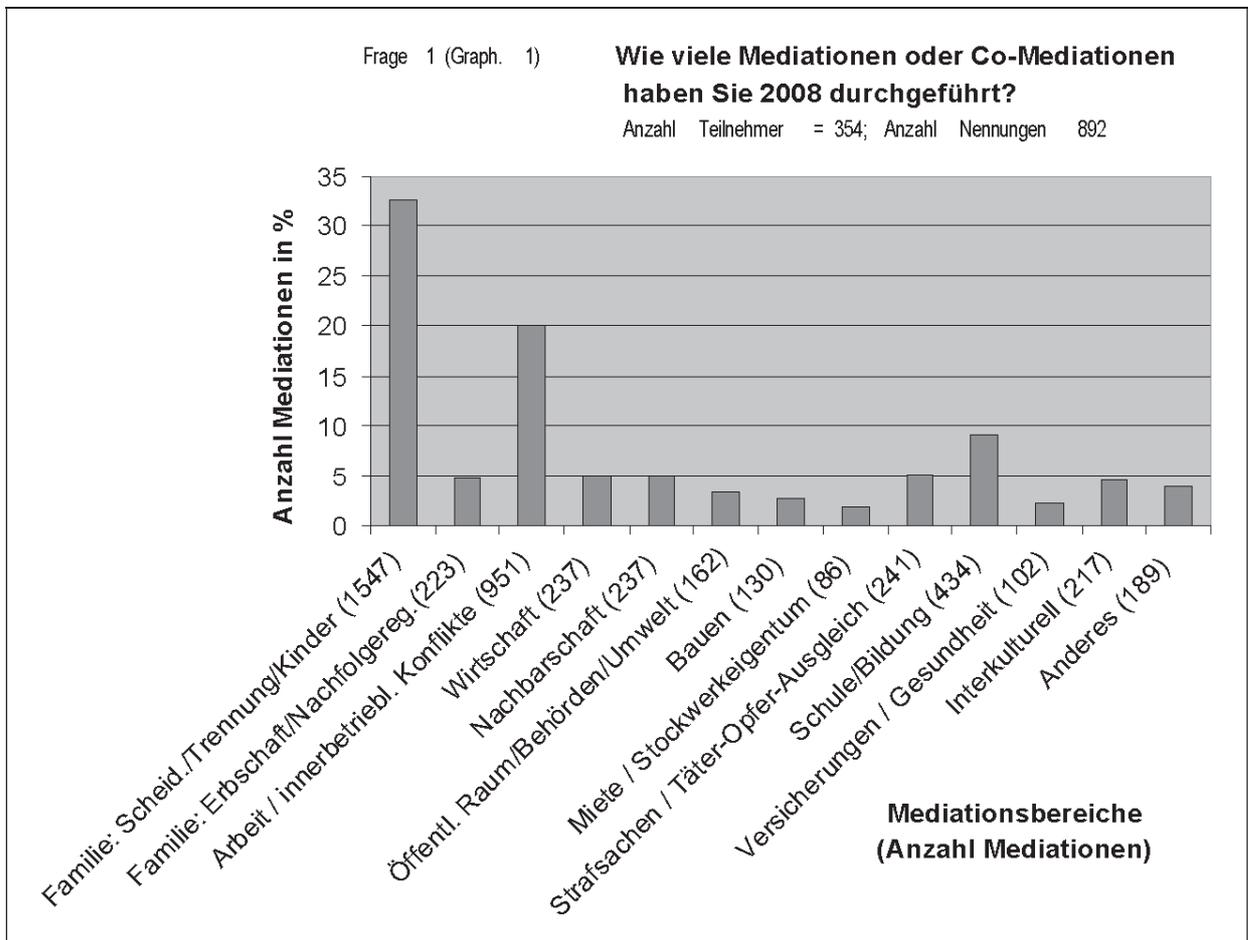
(vorläufige und nicht abschliessende Aufzählung)

1. Können die Parteien über ihre Ansprüche frei verfügen, frei darüber disponieren?
2. Können die Parteien ihren Standpunkt genügend vertreten, sind sie in der Lage, ihre Ansprüche zu formulieren oder brauchen sie Schutz (zum Beispiel: wenn Kinder im Spiel sind, bei Krankheit und Schmerzen)?
3. Ist der Streitwert grösser als CHF 2000.00 und kleiner als CHF 100 000.00?  
(Sonst Entscheid nach Art. 212 ZPO)
4. Ist der Streitwert grösser als CHF 5000.00 und kleiner als CHF 100 000.00?  
(Sonst Urteilstvorschlag nach Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO)
5. Wenn der Streitwert höher als CHF 100 000.00 ist, unterziehen sich die Parteien freiwillig dem Schlichtungsverfahren?
6. Sind die Verjährungs- beziehungsweise Verwirkungsfristen gehemmt?
7. Liegt ein Mediationsantrag vor?
8. Liegt eine vertragliche Mediationsklausel vor?
9. Geht es um Gerechtigkeitsfragen?
10. Sind die Parteien verhandlungsbereit und brauchen Sie mehr Zeit für die Verhandlungen, als im Schlichtungsverfahren zur Verfügung steht?
11. Geht es um juristisch schwer fassbare Situationen?
12. ....

Der Mediation sind grundsätzlich sehr vielen Konflikten zugänglich. Ich verweise auf die Tabelle auf Seite 28 aus der Umfrage des Schweizerischen Dachverbandes SDM über die Mediationstätigkeit 2008 in der Schweiz ([www.infomediation.ch](http://www.infomediation.ch))<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Montada, Kals, aaO. Seite 241

<sup>8</sup> <http://www.infomediation.ch/cms/index.php?id=145>



Einige Links zu Mediationsorganisationen:

[www.mediationschweiz.ch](http://www.mediationschweiz.ch) (Koordination Mediation Schweiz)

[www.medation-be.ch](http://www.medation-be.ch) (Koordination Mediation Kanton Bern)

[www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com) (Schweizerischer Anwaltsverband, SAV/FSA)

[www.skwm.ch](http://www.skwm.ch) (Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation, SKWM)

[www.gemme.ch](http://www.gemme.ch) (Schweizerische Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung)

[www.cci.ch](http://www.cci.ch) (Schweizerische Handelskammer)

# Zentrale Instrumente der StPO zur Kollisionsverhinderung und ihre Problemfelder

Auszug aus der gleichnamigen Masterarbeit 2011

## Einleitung

Die Schweizerische Strafprozessordnung kennt keine systematische Auflistung kollisionsverhindernder Instrumente. Eine solche Aufstellung wäre auch nicht sinnvoll, denn mit Ausnahme der Kollisionshaft<sup>1</sup> enthält die Prozessordnung keine Normen, die ausschliesslich die Kollisionsvereitelung zum Zweck haben.

Im Wissen um die Vielfalt an möglichen Kollisionshandlungen in einer Strafuntersuchung und um die gravierenden Auswirkungen, welche sie haben können, werden im Idealfall die Strafverfolgungsbehörden darum bemüht sein, jede prozessuale Handlung zur Beweiserhebung frei von kollusiven Beeinträchtigungen durchzuführen. Nachfolgend werden die wichtigsten Instrumente der Schweizerischen Strafprozessordnung und die damit verbundenen Problemfelder einer näheren Betrachtung unterzogen. Verfahrenstaktische Elemente spielen bei den Erörterungen eine untergeordnete Rolle, zentral ist die Frage nach den rechtlich zulässigen Methoden, der Kollusion einen Riegel zu schieben.

## 1. Die Untersuchungshaft

Die Untersuchungshaft ist die am detailliertesten geregelte Massnahme zur Verhinderung von Kollusion. Immerhin stellt sie im Rahmen einer Strafuntersuchung den grössten Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen dar. In der Praxis wird sie sehr häufig verwendet, um zumeist nicht geständige Tatverdächtige an Verdunkelungshandlungen zu hindern, sicherlich auch deswegen, weil es kaum eine probatere Massnahme zur Kollisionsverhinderung von Verdächtigen gibt.<sup>2</sup> Die Kollisionshaft ist vor allem am Anfang einer Untersuchung von grosser Bedeutung. Je fortgeschrittener der Verfahrensstand, desto schwieriger wird das Fortbestehen der Kollisionsgefahr zu begründen sein. Mit zunehmender Haftdauer stellt sich auch die Frage der Verhältnismässigkeit des Frei-

heitsentzugs und der Beachtung des Beschleunigungsgebots.

### 1.1 Voraussetzungen der Kollisionshaft

Damit ein Tatverdächtiger in Untersuchungshaft genommen werden kann, muss vorab ein dringender Tatverdacht für ein Verbrechen oder Vergehen gegeben sein. An dieser Stelle soll auf die Anforderung der Dringlichkeit des Tatverdachts nicht weiter eingegangen werden.<sup>3</sup>

Für die vorliegenden Betrachtungen von Interesse ist die Voraussetzung der Kollisionsgefahr. Eine Person kann nach Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO in Untersuchungshaft versetzt werden, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass sie Personen beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen. Die meisten früheren kantonalen Prozessordnungen kannten ähnliche Formulierungen für die Voraussetzungen der Kollisionshaft. Der Bundesgesetzgeber hat sich dazu keine grossen Gedanken gemacht, der Botschaft ist einzig zu entnehmen, dass lit. a und b von Art. 120 des StPO-Entwurfs die klassischen Haftgründe der Flucht- und Kollisions- oder Verdunkelungsgefahr nennen würden, welche in allen schweizerischen Strafprozessordnungen enthalten seien.<sup>4</sup>

Die Untersuchungshaft stellt einen massiven Eingriff in das Freiheitsrecht des Betroffenen dar und muss daher den allgemeinen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe genügen. Zudem steht sie in einem Spannungsfeld mit der in Art. 6 Ziff. 2 EMRK statuierten Unschuldsvermutung, da sie Personen trifft, welche noch nicht verurteilt sind. Die Lehre begründet die grundsätzliche Zulässigkeit der Untersuchungshaft damit, dass «der Tatverdacht eine dem Angeschuldigten zurechenbare Störung der Rechtsordnung»<sup>5</sup> begründet. «Die Störung dauert an, solange der Verdacht nicht entkräftet ist oder auf die begangene Tat eine staatliche Reaktion folgt.»<sup>6</sup> Zentral ist aber auch das Interesse des Staates an der Wahrheitsfindung und der Sanktionierung begangener Straftaten und somit an der

<sup>1</sup> Geregelt in Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO.

<sup>2</sup> Äusserst kritisch zur grundsätzlichen Rechtfertigung der Untersuchungshaft: ALBRECHT (2002), der insbesondere auf die Gefahr des pönalen Charakters der Untersuchungshaft hinweist. Allerdings ist dieser Aufsatz an vielen Stellen geprägt von einem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber der Staatsgewalt (vgl. z.B. S. 357, 362 f., 365 f.) und gesellschaftspolitischer Kritik (vgl. S. 363–365).

<sup>3</sup> Dazu äussern sich bspw. eingehend KELLER (2000), S. 937, mit weiteren Hinweisen, oder aus der kriminalistischen Perspektive WALDER/HANSJAKOB (2009), S. 95–109.

<sup>4</sup> Vgl. Botschaft (2006), S. 1228 f.

<sup>5</sup> ALBRECHT (1999), S. 3. Vgl. LANGNER (2003), S. 160 f.

<sup>6</sup> ALBRECHT (1999), ebenda.

Aufrechterhaltung der Rechtsordnung.<sup>7</sup> Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass durch Kollusionshandlungen Dritte in ihren Rechten erheblich beeinträchtigt werden können, sei es durch Beeinflussungshandlungen wie Drohungen, sei es, dass aufgrund von Kollusionshandlungen Unschuldige verdächtigt oder gar verurteilt werden. Die betroffenen Rechtsgüter gilt es im Einzelfall gegeneinander abzuwägen.

Natürlich ist bei der Kollusionshaft das Verhältnismässigkeitsprinzip<sup>8</sup> zu beachten. Das bedeutet einmal, dass der Freiheitsentzug überhaupt notwendig und geeignet sein muss, den angestrebten Untersuchungszweck zu erreichen (Verhältnismässigkeit im weiteren Sinne). Unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit ist zu prüfen, ob nicht andere, mildere Mittel ebenso erfolgreich zur Kollusionsverhinderung eingesetzt werden können. Weiter muss auch abgewogen werden, ob die Auswirkungen des Freiheitsentzugs auf den Betroffenen in einem vernünftigen Verhältnis zum Haftzweck stehen<sup>9</sup> (Zweck-Mittel-Relation: Verhältnismässigkeit im engeren Sinne). Die Untersuchungshaft muss somit hinsichtlich der Haftdauer, der Deliktsschwere und der Verfahrensführung (Beachtung des Beschleunigungsgebots der Untersuchungsbehörde) verhältnismässig sein.<sup>10</sup>

Grundsätzlich spielt es keine Rolle, ob die beschuldigte Person selber oder mittels einer Drittperson kolludieren will, jedoch muss der Beschuldigte selber aktiv tätig werden, denn sein fundamentales Recht auf Aussage- und Mitwirkungsverweigerung würden eine Kollusionshaft wegen Unterlassungen verbieten (s. dazu auch Ziff. 1.3.3 weiter unten).

Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass sich die mit gewisser Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Verdunkelungshandlungen auf Personen bzw. Beweisgegenstände beziehen müssen, die als Beweismittel in Frage kommen,<sup>11</sup> was sich eigentlich von selbst versteht, da die Haft ja andernfalls gar keinen Zweck erfüllen würde.

Die Kollusionsgefahr muss in objektiver (Möglichkeit zur Kollusion) und subjektiver (Bereitschaft zur Kollusion) Hinsicht gegeben sein. Eine bloss theoretische Möglichkeit, dass die beschuldigte Person kolludieren könnte, wäre sie in Freiheit, genügt nicht. Es braucht konkrete Anhaltspunkte, welche auf das Vorhandensein der Kollusionsgefahr hin-

weisen.<sup>12</sup> Umstritten ist, inwieweit von den äusseren Umständen (wie z.B. die Art des Delikts oder der Verkehr des Beschuldigten im Milieu) auf die Kollusionsbereitschaft des Beschuldigten geschlossen werden darf.<sup>13</sup> Bei Mittätern liegt die Vermutung nahe, dass sie in Freiheit ihre Aussagen absprechen werden, ganz unabhängig vom Leumund, der Täterpersönlichkeit etc., denn in solchen Fällen ergibt sich die Kollusionsgefahr in aller Regel bereits aus den Divergenzen in den einzelnen Aussagen.<sup>14</sup> In BGE 132 I 21 hält das Bundesgericht fest: «Konkrete Anhaltspunkte für Kollusionsgefahr können sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes namentlich ergeben aus dem bisherigen Verhalten des Angeschuldigten im Strafprozess, aus seinen persönlichen Merkmalen, aus seiner Stellung und seinen Tatbeiträgen im Rahmen des untersuchten Sachverhaltes sowie aus den persönlichen Beziehungen zwischen ihm und den ihn belastenden Personen. Bei der Frage, ob im konkreten Fall eine massgebliche Beeinträchtigung des Strafverfahrens wegen Verdunkelung droht, ist auch der Art und Bedeutung der von Beeinflussung bedrohten Aussagen bzw. Beweismittel, der Schwere der untersuchten Straftaten sowie dem Stand des Verfahrens Rechnung zu tragen.» Ein bloss allgemeiner Hinweis im Haftantrag oder Entscheid des Haftgerichts, dass die beschuldigte Person in Freiheit die Möglichkeit zur Kollusion hätte, genügt somit nicht.<sup>15</sup> In BGE 1B\_44/2008 hatte das Bundesgericht einen Haftentscheid zu beurteilen, in dem das Bestehen der Kollusionsgefahr damit begründet wurde, dass der Angeschuldigte die Vorwürfe abstreite und deshalb die Kollusionsgefahr gegeben sei, und zwar mindestens für so lange, als die beiden Strafanzeigerinnen noch nicht formell als Zeuginnen einvernommen worden seien. Das Bundesgericht meinte dazu, der blosser Umstand, dass die Aussagen der Anzeigerinnen von denjenigen des Beschwerdeführers teilweise abwichen, begründe noch keine Verdunkelungsgefahr im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis.<sup>16</sup> An die Anforderungen der Konkretisierung der drohenden Kollusionsgefahr dürfen auf der anderen Seite keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. In der Praxis ist es oft schwierig, konkrete Beweise für den Kollusionswillen einer beschuldigten Person beizubringen. Wird sie bei Verdunkelungshandlungen ertappt, ist es oft schon

<sup>7</sup> Vgl. dazu HÄRRI (2006), S. 1218, mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>8</sup> Gemäss HÄRRI (2006), S. 1218, stehen Unschuldsvermutung und Verhältnismässigkeit bei der Untersuchungshaft in engem Zusammenhang: «Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich der Eingriff gegen einen vermutungsweise Unschuldigen richtet».

<sup>9</sup> Vgl. ALBRECHT (1999), S. 15, mit Hinweis auf BGE 116 Ia 423.

<sup>10</sup> Vgl. KELLER (2000), S. 941.

<sup>11</sup> Vgl. SCHMID (2009), N 7 zu Art. 221.

<sup>12</sup> Dies bringt auch Art. 221 Abs. 1 StPO zum Ausdruck, indem der Gesetzgeber als Haftvoraussetzung festschreibt, dass **ernsthaft** zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person Kollusionshandlungen vornimmt.

<sup>13</sup> Vgl. KELLER (2000), S. 938 (mit Hinweisen auf die St. Galler Rechtsprechung), der solche Rückschlüsse zumindest zu Beginn der Untersuchung zulassen will. Die Rechtsprechung bejaht die Zulässigkeit solcher Rückschlüsse in der Regel (vgl. z.B. BGE 1P.441/2004, 1P.544/2006). A.M. ALBRECHT (1999), S. 10, mit weiteren Hinweisen. Teilweise zustimmend: FISCHER (1995), S. 104 f.

<sup>14</sup> Vgl. HUG, M., in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (2010), N 23 zu Art. 221 mit Hinweis.

<sup>15</sup> So auch BGE 117 Ia 261, 123 I 35, 1B\_230/2009.

<sup>16</sup> Vgl. BGE 1B\_44/2008 E. 5.4.1.

zu spät, und die wenigsten Tatverdächtigen lassen ihre Absicht zu kolludieren offen erkennen. Weniger Probleme bietet dies, wenn die beschuldigte Person bereits früher kolludiert oder dies zumindest versucht oder angedroht hat. Häufig dürfte dieser Nachweis – insbesondere bei Ersttätern – aber kaum zu erbringen sein. In solchen Fällen würden zu strenge Anforderungen an die Konkretisierung der Kollusionsgefahr dazu führen, dass eine Person nur dann in Untersuchungshaft versetzt werden könnte, wenn sich die Kollusionsgefahr bereits verwirklicht hat, was unter Umständen paradoxerweise wiederum dazu führte, dass die Kollusionsgefahr dann gerade nicht mehr bestünde (wenn nicht noch weitere Kollusionsmöglichkeiten vorliegen). Eine allzu hohe Anforderung an die Konkretisierung der Kollusionsgefahr würde somit den Sinn und Zweck der Kollusionshaft vereiteln. Im materiellen Strafrecht schliessen die Gerichte, wenn die Beweislage es erlaubt, häufig von den äusseren Umständen auf den subjektiven Tatbestand, weil sich der Täterwille (insbesondere beim nicht geständigen Täter) anders oft nicht beweisen lässt. Es gibt keinen ersichtlichen Grund, weshalb dies nicht auch beim Nachweis des Kollusionswillens zulässig sein sollte, zumal die Auswirkungen auf die Rechte der betroffenen Person in diesem Fall regelmässig wesentlich geringer sein dürften.

## 1.2 Dauer der Kollusionshaft

BV und EMRK schreiben keine absolute Höchstgrenze vor für die Dauer der Untersuchungshaft. Gemäss Art. 212 Abs. 3 StPO dürfen Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht länger dauern, als die zu erwartende Freiheitsstrafe. Dies entspricht der schon vorher gängigen Praxis des Bundesgerichts und der Strassburger Organe.<sup>17</sup> Das Gesetz lässt dabei eine in Aussicht stehende bedingte Freiheitsstrafe und die bedingte Entlassung unberücksichtigt, auch liefert es keine Antwort auf die Frage, wie lange die Haft bei einer voraussichtlichen Geldstrafe dauern kann. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip ist indessen auch hier Rechnung zu tragen,<sup>18</sup> und die zumutbare Haftdauer ist im Einzelfall gestützt auf die gegebenen Umstände festzulegen. Wird sie erreicht bzw. überschritten, muss die beschuldigte Person aus der Haft entlassen werden, selbst wenn ein oder mehrere Haftgründe noch fortbestehen. Die Bestimmung von Art. 212 Abs. 3 StPO bezieht sich auf die Maximaldauer der Haft. Selbstverständlich ist bei einem vorherigen Wegfall der Haftvoraussetzungen die Untersuchungshaft aufzuheben. Mit Blick auf die Kollusionsgefahr bedeutet dies, dass die beschuldigte Person aus der Haft zu entlassen ist, wenn sie nicht mehr kolludieren kann, insbesondere also wenn die wesentlichen Beweise erhoben sind oder keine weiteren konkreten Möglichkeiten mehr zur Beweiserhebung in

Aussicht stehen.<sup>19</sup> Wie wesentlich oder wichtig ein Beweis für das Verfahren ist, muss im Einzelfall anhand aller konkreten Umstände und der bereits vorhandenen Beweislage abgewogen werden. Wesentlich sind sicherlich vorab alle Beweise, welche für die Klärung des tatbestandsrelevanten Sachverhalts unverzichtbar sind. Auch darunter dürften Beweise fallen, die wichtige Schlüsse über Rechtswidrigkeit der Tat sowie über Motiv und Verschulden des Täters liefern. Naturgemäss ist die Kollusionsgefahr zu Beginn der Untersuchung am grössten, wenn die Sicherung und Erhebung der notwendigen Beweismittel noch nicht erfolgt oder noch im Gange ist. Mit zunehmendem Fortgang des Verfahrens verringern sich die Verdunkelungsmöglichkeiten für die beschuldigte Person. Es ist im Einzelfall zu prüfen, in welchem Stadium des Verfahrens die Kollusionsgefahr konkret noch besteht. Da die Schweizerische Strafprozessordnung auf dem Prinzip der beschränkten Unmittelbarkeit beruht und somit das urteilende Gericht die wichtigsten (z.B. die Einvernahme der Hauptbelastungszeugen), neue und im Vorverfahren unvollständig oder nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise (nochmals) erheben muss,<sup>20</sup> kann die Fortführung der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft auch nach Beendigung der Untersuchung noch gerechtfertigt sein,<sup>21</sup> wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person Einfluss auf die an der Hauptverhandlung voraussichtlich erhobenen Beweismassnahmen nehmen wird.<sup>22</sup> Eine Haftentlassung hat trotz bestehender Haftgründe auch dann zu erfolgen, wenn das Beschleunigungsgebot verletzt wurde. «Dies entscheidet sich vor allem aufgrund einer Gesamtwürdigung der geleisteten Arbeit; Zeiten, in denen das Verfahren stillsteht, sind unumgänglich, und solange keine einzelne solche Zeitspanne stossend wirkt, greift die Gesamtbetrachtung.»<sup>23</sup> Wenn die Verfahrensverzögerung auf das Verhalten der beschuldigten Person zurückzuführen ist und sich dieses Verhalten nicht bloss auf die Wahrung der ihr zustehenden Beschuldigtenrechte (namentlich dem Recht auf Verweigerung der Aussage und Mitwirkung) beschränkt, so liegt freilich keine Verletzung des Beschleunigungsgebots vor.

## 1.3 Einzelfragen zur Kollusionshaft

Bei der Kollusionshaft ergeben sich einige interessante Einzelfragen, denen an dieser Stelle besondere Beachtung geschenkt werden soll.

<sup>19</sup> Vgl. AESCHLIMANN (1997), N 1111: «Bestreitet ein Angeeschuldigter die ihm vorgeworfene Tat, besteht in der Regel mindestens bis zum Abschluss der wesentlichen Beweismassnahmen (Sicherung von Spuren und weiteren Beweismitteln, Beschlagnahme von Gegenständen, Einvernahme der wichtigsten Zeugen) Kollusionsgefahr.»

<sup>20</sup> Vgl. Art. 343 StPO.

<sup>21</sup> BGE 117 Ia 257 E. 4.

<sup>22</sup> In der Praxis dürfte vor allem die Gefahr der Einschüchterung und Beeinflussung von wichtigen Belastungszeugen Grund zur Aufrechterhaltung der Haft sein.

<sup>23</sup> KELLER (2000), S. 943. Vgl. auch BGE 124 I 139.

<sup>17</sup> BGE 124 I 208, 116 Ia 143 und 107 Ia 256.

<sup>18</sup> Vgl. SCHMID (2009), N 3 zu Art. 221. Anders noch BGE 124 I 208 E. 6.

### 1.3.1 Zusammenhang zwischen Kollusionsgefahr und dringendem Tatverdacht

«Da der dringende Tatverdacht den Legitimationsrahmen jeder Untersuchungshaft bildet, müssen sich die Verdunkelungshandlungen auf die Ermittlungen derjenigen Delikte beziehen, die dem Haftbefehl zugrunde liegen.»<sup>24</sup> Der unter Umständen bloss vage Verdacht, die verhaftete Person könnte weitere Delikte begangen haben und diesbezüglich kolludieren, vermag die Untersuchungshaft nicht zu rechtfertigen.<sup>25</sup> In der Praxis kommt es häufig vor, dass z.B. ein Serieneinbrecher wegen Kollusionsgefahr in Haft behalten wird, um abzuklären, ob ihm weitere Einbruchsdelikte nachgewiesen werden können. Dies ist sicherlich solange ohne weiteres zulässig, wie bezüglich derjenigen Delikte, bei denen der dringende Tatverdacht nachgewiesen werden kann, noch ein Haftgrund besteht. Fällt dieser weg, muss die beschuldigte Person aus der Haft entlassen werden, wenn sich nicht zwischenzeitlich ein neuer, dringender Tatverdacht ergibt.

### 1.3.2 Rechtswidrigkeit der Kollusionshandlungen

Darf jede Verhaltensweise, welche sich kollusiv auswirken könnte, mittels strafprozessualer Zwangsmassnahmen, insbesondere auch Kollusionshaft, unterbunden werden? Oder gibt es auch «erlaubte» Kollusionshandlungen? Folgt man dem Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO, ist die Kollusionshaft bei jeglicher Einwirkung auf Beweismittel, welche die Wahrheitsfindung beeinträchtigen kann, zulässig. Das Gesetz macht grundsätzlich nirgends einen Unterschied zwischen erlaubten und unerlaubten Beeinträchtigungen. Allerdings liegt die Grenze des Verbotenen dort, wo die der betroffenen Person zustehenden Verfahrensrechte einsetzen und diese nicht missbraucht werden. Verboten ist jegliche beeinflussende Einwirkung auf Beweismittel, die entweder mit unlauteren Mitteln erfolgt<sup>26</sup> oder der ein unlauteres Ziel<sup>27</sup> zugrunde liegt, sofern sie die Wahrheitsfindung zu erschweren oder zu vereiteln droht.<sup>28</sup> Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Handlung ist demnach darauf abzustellen, ob sie von der Prozessordnung gebilligt wird oder ob sie unlauter und somit prozessordnungswidrig ist.<sup>29</sup> Ersteres ist dann der Fall, wenn sich die kolludierende Person im Rahmen der ihr zustehenden Prozessrechte bewegt und diese nicht miss-

braucht. So darf z.B. die beschuldigte Person im Rahmen ihrer Mitwirkungs- und Verteidigungsrechte auch Zeugen kontaktieren und diese nach ihrem Wissen befragen oder sie auf ihre Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam machen.<sup>30</sup> In der Praxis dürfte es allerdings regelmässig äusserst schwierig sein zu erkennen, ob eine Kontaktaufnahme zwischen Verfahrensbeteiligten überhaupt stattgefunden hat, und wenn ja, ob dabei unlautere Beeinflussungshandlungen im Spiel waren oder nicht, zumal die Grenzen hier fliessend sind. Beeinflussungen können sehr unterschwellig sein, insbesondere wenn die Betroffenen in einem engen Verhältnis oder gar in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Im Interesse der Wahrheitsfindung muss es demnach zulässig sein, solche Kontaktaufnahmen, insbesondere zwischen der beschuldigten Person und weiteren (potentiellen) Verfahrensbeteiligten zu unterbinden,<sup>31</sup> zumal die beschuldigte Person im Rahmen ihrer Verteidigungsrechte jederzeit das Recht hat, Beweisanträge zu stellen<sup>32</sup> und Personen durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht einvernehmen zu lassen. Es ist zu berücksichtigen, dass die konkrete Gefahr einer unrechtmässigen Beeinflussung für die Anordnung der Kollusionshaft grundsätzlich genügt und ihr nicht einfach mit dem blossen Argument begegnet werden kann, man beschränke sich auf rechtmässige, zulässige Handlungen.<sup>33</sup> Liegen Anzeichen für eine Beeinflussbarkeit der betroffenen Personen vor, die in ihrer Persönlichkeit, Verfahrensstellung oder in ihrer Beziehung zur beschuldigten Person liegen, kann dies auch für eine Kollusionsgefahr sprechen.<sup>34</sup>

### 1.3.3 Kollusionshaft wegen mangelnder Kooperationsbereitschaft?

Dass eine Person wegen des Prinzips «nemo tenetur se ipsum accusare» grundsätzlich nicht wegen mangelnder Kooperationsbereitschaft in Untersuchungshaft genommen werden darf, leuchtet ein. Allerdings muss diesbezüglich differenziert werden. Unzulässig ist die sogenannte Beugehaft, d.h. jemand wird inhaftiert, um ihn zu einem Geständnis oder zur Mitwirkung zu bewegen. Allerdings können umgekehrt das Leugnen der Tat oder gar die blosser Aussageverweigerung sehr wohl haftbegründend oder haftverlängernd wirken; dann nämlich, wenn die Strafverfolgungsbehörde die

<sup>24</sup> ALBRECHT (1999), S.5. Vgl. auch FISCHER (1995), S. 91.

<sup>25</sup> Dies käme einer unzulässigen «fishing expeditions» gleich (vgl. dazu ALBRECHT (1999), S. 5). Ebenso: FISCHER (1995), S. 91.

<sup>26</sup> Z.B. Einschüchterung oder Täuschung von Zeugen, Vernichtung oder Fälschung von Beweismitteln.

<sup>27</sup> Z.B. Herbeiführung einer Falschaussage.

<sup>28</sup> Vgl. LANGNER (2003), S. 164–166, mit weiteren Hinweisen. Gemäss LANGNER (2003), S. 162, sind taugliche Verdunkelungsobjekte sogar solche Beweismittel, welche einem Beschlagnahmeverbot unterliegen, sofern sie freiwillig herausgegeben werden. Dazu ausführlich auch FISCHER (1995), S. 91–95.

<sup>29</sup> Vgl. LANGNER (2003), S. 165; FISCHER (1995), S. 90.

<sup>30</sup> Vgl. ALBRECHT (1999), S. 7. So auch FISCHER (1995), S. 90 und S. 95.

<sup>31</sup> Vgl. FÄSSLER (1992), S. 35.

<sup>32</sup> Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO.

<sup>33</sup> So mag es grundsätzlich zulässig sein, dass der Beschuldigte den Strafantragsteller bittet, seinen Strafantrag zurückzuziehen. Allerdings muss je nach den Umständen (Verhältnis des Beschuldigten zum Antragsteller, sein Auftreten dem Antragsteller gegenüber etc.) auf die Gefahr einer unzulässigen Beeinträchtigung geschlossen werden, was eine (vorläufige) Unterbindung der Kontaktaufnahme rechtfertigt.

<sup>34</sup> Gleicher Meinung offensichtlich auch FISCHER (1995), S. 93, mit weiteren Hinweisen.

Beweise anderweitig beschaffen muss und bei der beschuldigten Person Kollusionsgefahr besteht. In derartigen Fällen tut die Staatsanwaltschaft gut daran, ihren Haftantrag sorgfältig zu begründen (und die konkrete Kollusionsgefahr aufzuzeigen). Denn keineswegs darf leichthin von der mangelnden Kooperationsbereitschaft auf den Kollusionswillen des Tatverdächtigen geschlossen werden, obwohl dies oftmals naheliegt. Sie mag sicherlich als Indiz dazu dienen, genügt aber für sich allein nicht, um die Verdunkelungsgefahr zu bejahen. Fehlt es an der Mitwirkung oder am Geständnis, ist die Kollusionshaft dann legitim, wenn die Strafverfolgungsbehörde konkrete Möglichkeiten hat, die nötigen Tatbeweise auf andere Weise zu erbringen (und bei der beschuldigten Person Kollusionsgefahr besteht). Wenn die beschuldigte Person gar durch unwahre Behauptungen und Einwendungen die Behörde dazu nötigt, weitere Untersuchungshandlungen durchzuführen, so rechtfertigt dies auch die Verlängerung der Untersuchungshaft,<sup>35</sup> solange auf der anderen Seite das Beschleunigungsgebot gewahrt bleibt und die Untersuchungsbehörde die Abklärungen mit der gebotenen Zügigkeit vorantreibt.<sup>36</sup> Etwas differenziert muss daher die Aussage in BGE 1P.219/2006 E. 3.5.1 betrachtet werden: «Das blosses Verweigern der Aussage, aber auch das Leugnen der Tat und das wahrheitswidrige Bestreiten von Indizien, stellen nach allgemeiner Auffassung keine Kollusionshandlungen dar und können keine Kollusionsgefahr begründen [...]».<sup>37</sup> Diese Feststellung mag zwar im Kern zutreffen, allerdings kann nach der hier vertretenen Auffassung eine Kollusionshaft durchaus gerechtfertigt sein, wenn ein solches Verhalten offensichtlich darauf abzielt, die Untersuchung zu verzögern oder zu erschweren und gleichzeitig die Gefahr besteht, die beschuldigte Person werde dies zur Kollusion nutzen, wenn sie sich in Freiheit befindet.

#### 1.3.4 Kollusionshandlungen in bezug auf das Verfahren gegen Dritte

Die Lehre ist sich einig, dass sich das kolludierende Verhalten des Beschuldigten immer auf das eigene Verfahren beziehen muss. Präziser ausgedrückt: Der Beschuldigte muss die Ermittlung der Wahrheit in dem gegen ihn geführten Verfahren, hinsichtlich seines eigenen Tatbeitrags, erschweren.<sup>38</sup> Es reicht somit nicht aus, dass die beschuldigte Person, wäre sie in Freiheit, Mittäter warnen könnte. Dies leuchtet ein, denn wäre die beschuldigte Person ein unbeteiligter Dritter, könnte sie auch nicht wegen drohender Begünstigungshandlungen in Untersuchungshaft versetzt werden. Das bedeutet nun aber nicht, dass eine Kollusionshaft

generell unzulässig wäre, wenn die inhaftierte Person (einzig) deshalb festgehalten wird, weil sie sich mit Mittätern in Bezug auf deren Tatbeteiligung absprechen könnte. Sobald nämlich mit derartigen Absprachen auch die Frage des eigenen Tatbeitrags und der eigenen Rolle im zu ermittelnden Sachverhalt tangiert ist (und zwar bezogen auf alle wesentlichen sachverhalts- und strafzumessungsbezogenen Punkte), ist die Untersuchungshaft durchaus gerechtfertigt. Die oft gehörte Argumentation, man dürfe eine Kollusionshaft nicht damit begründen, dass flüchtige oder noch nicht bekannte Mittäter bislang nicht einvernommen werden konnten, greift daher zu kurz. Zutreffend ist, dass sich die ungeklärten Fragen auf das Verfahren gegen den Inhaftierten beziehen müssen und dieser die Ermittlung der Wahrheit im gegen ihn geführten Verfahren erschweren oder vereiteln will. Geht es dem Beschuldigten ausschliesslich darum, seine Mittäter vor der Strafverfolgung zu schützen, liegt darin allein keine Verdunkelungshandlung, die seine Inhaftierung rechtfertigt. Geht es ihm aber (auch) darum – und das dürfte in der Praxis meist der Fall sein –, die Wahrheitsfindung in seinem eigenen Verfahren zu erschweren (z.B. wenn der Beschuldigte durch seine Warnung erreicht, dass die Mittäter untertauchen und so nicht mehr als Belastungspersonen gegen ihn auftreten können), so ist die Kollusionshaft durchaus legitim.<sup>39</sup>

#### 1.3.5 Verhaftung mehrerer Mitbeschuldigter

Sind bei mehreren Tatbeteiligten alle oder nur einzelne Beschuldigte zu verhaften? Die Frage kann sich vor allem dann stellen, wenn einzelne Beschuldigte (scheinbar) kooperationsbereit sind oder gar ein Geständnis ablegen. Falsch wäre sicherlich die Auffassung, in solchen Fällen dürften immer nur die kooperationsunwilligen oder vermeintlich lügenden Beschuldigten in Haft genommen werden. Vielmehr ist bei jedem einzelnen Mitbeschuldigten zu prüfen, ob konkret in bezug auf seine Person eine Kollusionsgefahr noch gegeben ist. So kann selbst der geständige oder kooperationsbereite Tatverdächtige in Freiheit noch Zeugen und Auskunftspersonen zu seinen Gunsten beeinflussen oder Absprachen mit noch nicht gefassten Mittätern treffen.<sup>40</sup> Und sicherlich müssen die Angaben des Betroffenen gehörig überprüft werden, denn ein Geständnis kann falsch, Kooperationsbereitschaft bloss eine scheinbare sein.

<sup>35</sup> Vgl. BGE 103 IV 8, E. 3.

<sup>36</sup> Vgl. KELLER (2000), S. 939.

<sup>37</sup> Mit Hinweis auf BGE 90 IV 66 E. 1; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN (2005), § 68 Rz. 13 S. 330, sowie auf weitere Quellen.

<sup>38</sup> Vgl. LANGNER (2003), S. 170; FÄSSLER (1992), S. 34; FISCHER (1995), S. 91.

<sup>39</sup> Vgl. LANGNER (2003), S. 170 f. Weitere Beispiele: Der Drogenhändler, der seinen Lieferanten schützen will und damit auch verhindert, dass dieser Angaben über seine Lieferungen an die beschuldigte Person machen kann; der Räuber, welcher seine Mittäter nicht preisgibt und dadurch verhindert, dass diese Aussagen über seinen Tatbeitrag oder seine Rolle als treibende Kraft machen. Vgl. dazu auch BGE BK\_H 104/04.

<sup>40</sup> BGE 1P.219/2006. Dort ging es um einen kooperationsbereiten Drogenhändler, bei dem zu befürchten war, er würde in Freiheit mit seinem (noch nicht identifizierten) Lieferanten wie auch den Abnehmern Kontakt aufnehmen.

**1.3.6 Vorgängige Kollusion von Mitbeschuldigten**  
Ist der Haftgrund der Kollusionsgefahr zu verneinen, wenn mehrere Mitbeschuldigte vor ihrer Anhaltung bereits ausreichend Gelegenheit hatten, sich abzusprechen? Dies dürfte mitnichten der Fall sein, denn auch wenn die betroffenen Personen bereits Gelegenheit zur Absprache hatten, so sind solche auch und insbesondere nach den Befragungen durch die Strafverfolgungsbehörde möglich.<sup>41</sup> In der Praxis kommt es nämlich häufig vor, dass sich die beschuldigten Personen im Laufe des Strafverfahrens in Widersprüche verstricken. Besonders dann, wenn ihnen anlässlich von Einvernahmen Aussagen oder Beweismittel vorgehalten werden, die mit ihren bisherigen Aussagen in Widerspruch stehen. Befänden sich die betreffenden Personen auf freiem Fuss, dann könnten sie neue Absprachen treffen oder ihre bisherigen ändern und ihr künftiges Aussageverhalten auf die neuen Erkenntnisse abstimmen. Die Wahrheitsfindung würde dadurch erheblich beeinträchtigt, und es bestünde zudem die Gefahr, dass einzelne Personen über ihren eigentlichen Tatbeitrag hinaus zu streng bestraft würden (siehe dazu das Beispiel in Fn. 42). Hinzu kommt, dass damit auch die Effizienz der Untersuchung geschmälert würde, was wiederum dem Beschleunigungsgebot zuwiderliefe. Denn die Untersuchungsbehörde wäre in solchen Fällen gezwungen, die aufgrund der späteren Absprachen entstandenen Widersprüche und Aussageänderungen wieder und wieder zu prüfen und den Mitbeschuldigten vorzuhalten. Auf diese Weise könnte ein Verfahren erheblich in die Länge gezogen werden.<sup>42</sup>

**1.3.7 Ersatzmassnahme in Form des Verbots, mit bestimmten Personen Kontakt aufzunehmen**

Im Rahmen von Ersatzmassnahmen anstelle von Untersuchungshaft<sup>43</sup> kann das Zwangsmassnahmengericht der beschuldigten Person das Verbot

auflegen, mit bestimmten Personen Kontakte zu pflegen. Diese Massnahme dient einerseits dem Schutze von Opfern oder der beschuldigten Person selbst<sup>44</sup>, andererseits kann sie jedoch auch zur Minderung einer Kollusionsgefahr eingesetzt werden.<sup>45</sup> Die Wirksamkeit einer solchen Ersatzmassnahme darf zu recht in Frage gestellt werden. Zwar droht dem Beschuldigten im Widerhandlungsfalle die Rückversetzung in Untersuchungshaft, doch kann eine derartige Kontaktsperre in der Praxis nicht kontrolliert und durchgesetzt werden. Gerade bei Absprachen oder bei Beeinflussung von Tatbeteiligten, aber auch bei erfolgreicher Beeinflussung von Zeugen oder Auskunftspersonen, darf häufig nicht damit gerechnet werden, dass die beeinflussten Personen die Strafverfolgungsbehörden über die Kontaktaufnahme in Kenntnis setzen.

**1.3.8 Besondere Probleme beim vorzeitigen Straf- und Massnahmeantritt**

Gemäss Art. 236 Abs. 1 StPO kann die Verfahrensleitung den vorzeitigen Strafantritt bewilligen, «sofern der Stand des Verfahrens es erlaubt». Unter anderem kann auch fortbestehende Kollusionsgefahr ein Grund dafür sein, den vorzeitigen Straf- und Massnahmeantritt nicht zu bewilligen. Sowohl im offenen als auch im geschlossenen Vollzugsregime kann der Kollusionsgefahr weniger gut begegnet werden als in der Untersuchungshaft,<sup>46</sup> da das Haftregime dort weniger streng ist und die Kontaktaufnahme der beschuldigten Person mit beliebigen Dritten in der Praxis nicht oder nur mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand verhindert werden kann. Abs. 4 der nämlichen Bestimmung will es ermöglichen, den besonderen Umständen der Untersuchungshaftgründe beim vorzeitigen Straf- und Massnahmeantritt Rechnung zu tragen. Unter anderem dürfen der beschuldigten Person so auch innerhalb des Vollzugsregimes Einschränkungen auferlegt werden, welche sie an Kollusionshandlungen hindern sollen.<sup>47</sup> Da solche Einzelfallregelungen aber die Vollzugsbehörden vor schier unlösbare Probleme stellen,<sup>48</sup> kommt der vorzeitige Strafantritt bei herrschender Kollusionsgefahr kaum je zur Anwendung.

**2. Einschränkungen des rechtlichen Gehörs**

Art. 108 Abs. 1 StPO gibt den Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit, das rechtliche Gehör einzuschränken, wenn «der begründete Verdacht

<sup>41</sup> Vgl. DONATSCH/SCHMID (1996–2007), N 42 zu § 58.

<sup>42</sup> Als praktisches Beispiel diene ein von mehreren Tätern begangener Raubüberfall. In einem solchen Fall kommt es oft vor, dass die einzelnen Tatbeteiligten ihre eigene Rolle bei der Planung und Ausführung der Tat hinunterzuspielen versuchen und die Hauptverantwortung anderen Tatbeteiligten zuschieben. Auch wenn anfänglich schon vor der Anhaltung Absprachen zwischen den Tatbeteiligten bestanden, zeigen sich diese Verhaltensweise und die sich daraus ergebenden Widersprüche meist erst nach der Verhaftung. Will man dem Tatgeschehen und der Rolle der Beteiligten auf den Grund gehen können, so müssen weitere Absprachen nach den ersten Einvernahmen unbedingt vermieden werden, ansonsten können entstandene Widersprüche kaum mehr aufgedeckt werden. Dies ist besonders dann von grosser Bedeutung, wenn nicht alle Tatbeteiligten gefasst werden konnten. Hier kommt es nicht selten vor, dass einzelne oder mehrere Mittatbeteiligte alle Verantwortung auf die abwesende Person abschieben. Müsste man die Tatbeteiligten auf freien Fuss setzen, bevor die Widersprüche abgeklärt werden konnten, träfen die Beteiligten nach ihrer Freilassung höchstwahrscheinlich neue Absprachen.

<sup>43</sup> Art. 237 Abs. 2 lit. g StPO.

<sup>44</sup> Indem sie z.B. daran gehindert werden soll, im Milieu zu verkehren und aufgrund ihrer Kontakte in alte kriminelle Verhaltensweisen zurückzuverfallen.

<sup>45</sup> Vgl. SCHMID (2009), N. 14 zu Art. 237.

<sup>46</sup> Vgl. Botschaft (2006), S. 1235 zu Art. 235.

<sup>47</sup> Vgl. HÄRRI, M., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 26 zu Art. 236.

<sup>48</sup> Die Vollzugsanstalten sind für die notwendige Abschirmung meist nicht eingerichtet, aufgrund der Ungleichbehandlungen kann es zu Unstimmigkeiten unter den Gefangenen kommen etc.

besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht» (lit. a) oder «dies für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist» (lit. b). Soweit ein Rechtsbeistand selbst Anlass für die Beschränkung gibt, sind diesem gegenüber auch Einschränkungen zulässig (Art. 108 Abs. 2 StPO). Die Absätze 3 bis 5 der nämlichen Bestimmung enthalten weitere Voraussetzungen und Bedingungen für die Einschränkung des rechtlichen Gehörs. Die genannte Bestimmung hat zum Zweck, Missbräuche des rechtlichen Gehörs durch die Parteien zu verhindern. Wann liegt überhaupt ein Missbrauch der Parteirechte vor? Gesetzgeber und Lehre geben darauf keine eindeutige Antwort. In der Botschaft (2006) heisst es auf S. 1164, dass das in vielen geltenden Verfahrensgesetzen erwähnte, wenig fassbare «gefährdete Verfahrensinteresse» allein nicht mehr genüge, das rechtliche Gehör vor allem in der Anfangsphase einzuschränken. «Im Mittelpunkt steht die Sicherstellung des geordneten Ablaufs des Verfahrens. Es bedarf konkreter Anhaltspunkte für einen derartigen Missbrauch, während eine blosser Gefährdung von Verfahrensinteressen (z.B. mangelnde Kooperationsbereitschaft, Kollusionsgefahr) nicht genügt.»<sup>49</sup> Demgegenüber bezeichnen die einschlägigen Kommentare schwerwiegende Verfahrensverstösse, die zu einer Verschleppung oder Instrumentalisierung des Verfahrens führen, als solche Missbrauchstatbestände. Insbesondere aus Polizei- und Strafverfolgerkreisen wird geltend gemacht, dass es zumindest in einem frühen Verfahrensstadium nach wie vor zulässig sein müsse, der Gefahr der Beseitigung von Beweismitteln oder der Beeinflussung Dritter zu begegnen, indem das rechtliche Gehör eingeschränkt werde.<sup>50</sup> Diesem Anliegen ist im Grundsatz zuzustimmen, allerdings muss in Zukunft die Gerichtspraxis zeigen, inwieweit Art. 108 StPO zum Zwecke der Kollisionsverhinderung angewendet werden kann.

### 3. Der Verteidiger (der ersten Stunde)

Die neue Strafprozessordnung garantiert das Recht auf einen Anwalt der ersten Stunde.<sup>51</sup> Das bedeutet allgemein gesagt, dass eine verdächtige oder beschuldigte Person ab Beginn der Ermittlungen durch Polizei oder Staatsanwaltschaft das Recht hat, einen Anwalt beizuziehen und mit diesem frei zu verkehren. Weiter gehört dazu das grundsätzliche Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht, Teilnahme an den Verfahrenshandlungen (insbesondere das Recht auf Teilnahme an den

Befragungen – auch den polizeilichen) und ausreichende Vorbereitung der Verteidigung.<sup>52</sup> Im Zusammenhang mit der Kollusionsgefahr bietet ein derart früher Beizug eines Verteidigers grundsätzlich keine Probleme, solange der Anwalt nicht durch Akteneinsichtnahme oder Teilnahme an Verfahrenshandlungen mit anderen Verfahrensbeteiligten wie Zeugen oder Mittatverdächtigen mehr Kenntnisse über das bisherige Beweisergebnis hat, als die beschuldigte Person selber. Wenn dem aber so ist, dann kann es dem Verteidiger nicht verwehrt werden, diese Informationen an seinen Klienten weiterzugeben,<sup>53</sup> der dann auf diese Weise wieder seine Aussagen entsprechend anpassen oder Kollusionshandlungen mit Dritten vornehmen kann, wenn er sich auf freiem Fuss befindet.

### 4. Beschränkung der Akteneinsicht während der Untersuchung

Nach Art. 101 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO können die Parteien spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft<sup>54</sup> die Akten des Strafverfahrens einsehen, wobei Art. 108 StPO vorbehalten bleibt. Das Gesetz kennt, anders als viele frühere kantonale Strafprozessordnungen, keine explizite Verweigerung der Akteneinsicht wegen Kollusionsgefahr mehr. Ebenso wurde der Begriff der Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht ins Gesetz eingefügt, obgleich wohl genau dies das Ziel des Gesetzgebers war.<sup>55</sup> Gemäss SCHMID dürfte sich aus dem Sinn der genannten Bestimmung ergeben, dass unter Erhebung der wichtigsten Beweise je nach Konstellation des Einzelfalles auch verstanden werden kann, dass die erhobenen Beweise der beschuldigten Person vorgehalten wurden.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> LIEBER, V., in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (2010), N 4 zu Art. 108.

<sup>50</sup> Vgl. LIEBER, V., in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (2010), N. 5 zu Art. 108 mit weiteren Hinweisen.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 129 StPO. Speziell für polizeiliche Einvernahmen: Art. 159 StPO. Für die notwendige Verteidigung: Art. 131 Abs. 1 und 2 StPO; diese muss spätestens nach der ersten Einvernahme, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung sichergestellt werden.

<sup>52</sup> Nur vereinzelt gab es vorher Kantone, welche eine ähnliche Regelung kannten, allerdings z.T. mit Einschränkungen. So z.B. der Kanton Solothurn (§ 7 der alten Solothurner StPO vom 7. Juni 1970) oder der Kanton Aargau (§ 57 der alten Aargauer StPO vom 11. November 1958). Andere garantierten das Recht erst ab einem bestimmten Zeitpunkt (z.B. nach der erste Einvernahme des Angeschuldigten: Art. 50 Abs. 3 des alten bernischen StrV vom 15. März 1995) oder gaben der Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit, insbesondere bei Kollusionsgefahr die Teilnahme der Verteidigung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt einzuschränken (z.B. Art. 121 Abs. 2 des alten St. Galler Strafprozessgesetzes vom 1. Juli 1999).

<sup>53</sup> Nach Art. 108 Abs. 2 StPO ist eine Einschränkung der Verteidigungsrechte nur dann möglich, wenn der Verteidiger selber die Parteirechte zu missbrauchen droht. Eine vollumfängliche Weitergabe seines Wissens an seinen Klienten ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kein Missbrauch. Wenn es der Verteidigung nützt, ist die Information des Klienten durch den Anwalt gar geboten.

<sup>54</sup> Im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren besteht grundsätzlich kein Akteneinsichtsrecht.

<sup>55</sup> Vgl. BRÜSCHWEILER, D., in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (2010), N 6 zu Art. 101; SCHMUTZ, M., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 16 zu Art. 101.

<sup>56</sup> Vgl. SCHMID (2009), N 4 zu Art. 101.

Was unter dem Begriff der «wichtigsten Beweise» zu verstehen ist, wird anhand des Einzelfalls zu entscheiden sein. Die Botschaft (2006) führt auf S. 1161 dazu das Beispiel an, dass bei einer Vergewaltigung Akteneinsicht zu gewähren sei, nachdem der Beschuldigte und das Opfer von der Staatsanwaltschaft einvernommen worden sind. Weiter dürften dazu die Erhebung weiterer Beweise gehören (kriminaltechnische Untersuchungen, Edition und Beschlagnahme von Urkunden und Unterlagen etc.), die für die Klärung des rechtserheblichen Sachverhalts, allenfalls auch allfälliger Rechtfertigungsgründe und wesentlicher Verschuldensfragen, erheblich sind. Da auch bei der Frage nach dem Umfang des Akteneinsichtsrechts das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren ist, versteht es sich von selbst, dass die Verweigerung der Akteneinsicht auf jene Teile zu beschränken ist, bei denen diese Massnahme im Interesse der Wahrheitsfindung geboten ist.<sup>57</sup>

Art. 101 Abs. 1 StPO verweist zudem auf den bereits erwähnten Art. 108 StPO (siehe oben Ziff. 2) als weiteren Grund für die Verweigerung der Akteneinsicht. Es gilt diesbezüglich das bereits Festgestellte. Erwähnenswert ist an dieser Stelle allerdings noch der Hinweis auf gewisse Lehrmeinungen, wonach in Anwendung von Art. 108 StPO das Akteneinsichtsrecht auch dann verweigert werden kann, wenn die Gefahr besteht, dass dieses dazu missbraucht wird, um Beteiligten aus parallelen Straf- oder Zivilverfahren Mitteilungen zu machen.<sup>58</sup> Faktisch bietet die Bestimmung von Art. 101 Abs. 1 StPO in der Praxis wohl hinreichend Handhabe, um der Kollusion des Tatverdächtigen und weiterer Verfahrensbeteiligter aufgrund zu früher Aktenkenntnis erfolgreich vorzubeugen. Kritische Stimmen aus der Lehre weisen indessen darauf hin, dass mit einer Verweigerung der Akteneinsicht zu Beginn des Verfahrens dem Verteidiger eine effektive Verteidigung verunmöglicht wird und so das Prinzip des rechtlichen Gehörs und der hinreichenden Vorbereitung und Wahrnehmung der Verteidigung unterlaufen werde.<sup>59</sup> Dem ist andererseits der Umstand entgegenzuhalten, dass weder die BV noch die EMRK einen grundrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht im Vorverfahren garantieren.<sup>60</sup> Die Interessen der Verteidigung können genügend gewahrt werden, indem die Akteneinsicht rechtzeitig vor der (nochmaligen) Einvernahme von wichtigen Zeugen oder anderen Prozessbeteiligten gewährt wird, damit die Verteidigung

gehörig vom Recht auf Ergänzungsfragen Gebrauch machen kann.

## 5. Das Recht auf Teilnahme an Verfahrenshandlungen

### 5.1 Allgemeines

Die neue Schweizerische Strafprozessordnung gewährt den Parteien ein umfassendes Teilnahmerecht (nicht aber eine Teilnahmepflicht) bei Beweiserhebungen ab Eröffnung der Untersuchung,<sup>61</sup> das auf den ersten Blick weit über die Mindestgarantien der EMRK und der BV hinausgeht.<sup>62</sup> Das Teilnahmerecht ist Ausfluss des rechtlichen Gehörs, der Parteiöffentlichkeit, der Verteidigungsrechte und des Prinzips der Waffengleichheit zwischen Anklage bzw. untersuchender Behörde und Verteidigung. Es gilt grundsätzlich für alle Parteien nach Art. 104 StPO, soweit ihnen bei der entsprechenden Verfahrenshandlung Parteistellung zukommt.<sup>63</sup> An den Verfahrenshandlungen teilnehmen können sowohl die Parteien selbst wie auch deren Rechtsvertreter. Einschränkungen sind gemäss Botschaft zur Strafprozessordnung gestützt auf Art. 108 StPO und Art. 149 ff. StPO möglich.<sup>64</sup> Eine spezielle Form des Teilnahmerechts ist das Konfrontationsrecht, das der beschuldigten Person bereits von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK zugesichert wird. Auch hier können sich in bezug auf die Kollisionsgefahr problematische Situationen ergeben, wenn Beschuldigte und Mittäter oder Belastungszeugen miteinander konfrontiert werden. Insbesondere die unmittelbare Anwesenheit des Beschuldigten kann dazu geeignet sein, die Aussage der Mittäter und Zeugen zu beeinflussen. Andererseits verlangt das Prinzip des fairen Verfahrens, dass die beschuldigte Person selbst oder zumindest deren Verteidigung Gelegenheit erhält, die Aussagen einer Belastungsperson auf den Prüfstand zu stellen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage stellen zu können.<sup>65</sup> Aus der EMRK lässt sich allerdings nicht ableiten, dass die Konfrontation in einem bestimmten Stadium des Verfahrens erfolgen oder dass der beschuldigten Person mehrmals Gelegenheit gegeben werden muss, dass Zeugen in ihrer Gegenwart oder ein zweites Mal ergänzend befragt werden.<sup>66</sup> Art. 146 Abs. 1 StPO hält zudem

<sup>57</sup> So können der beschuldigten Person wohl meist ohne weiteres die Akten über jene Beweise gezeigt werden, die ihr schon vorgehalten worden sind.

<sup>58</sup> Vgl. VEST, H./HORBER, S., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 5 zu Art. 108 mit Literaturhinweis. Ebenso BRÜSCHWEILER, D., in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (2010), N 12 zu Art. 101 mit Literaturhinweis. A.M. BOMMER (2010), S. 207.

<sup>59</sup> Vgl. Schmutz, M., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 13 zu Art. 101; SCHMID (2009), N 2 zu Art. 101.

<sup>60</sup> Vgl. SCHMUTZ, M., in NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 13 zu Art. 101.

<sup>61</sup> Art. 147 StPO. Für das selbständige polizeiliche Ermittlungsverfahren nach Art. 306 f. StPO gilt dieses Teilnahmerecht nicht. Vorbehalten bleibt allerdings Art. 159 Abs. 1 StPO, so dass die Verteidigung auch bei polizeilichen Einvernahmen anwesend sein und Fragen stellen kann (Anwalt der ersten Stunde).

<sup>62</sup> Sehr ausführlich dazu: CHRISTEN (2010), S. 21–67.

<sup>63</sup> So soll z.B. der Privatklägerschaft im Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht keine Parteistellung zukommen, weshalb sie dort auch nicht teilnahmeberechtigt ist (Botschaft (2006), S. 1187 zu Art. 144).

<sup>64</sup> Vgl. Botschaft (2006), S. 1187 zu Art. 144.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 131 I 476, 133 I 33.

<sup>66</sup> Vgl. SCHLEIMINGER, D., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 4 zu Art. 147 StPO, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

fest, dass die einzuvernehmenden Personen getrennt einvernommen werden, und Abs. 2 derselben Bestimmung formuliert die (direkte) Gegenüberstellung in einer Kann-Vorschrift.<sup>67</sup>

Nur am Rande erwähnt seien die Schutzmassnahmen gemäss Art. 149 ff. StPO, welche unter gewissen Voraussetzungen die Beschränkungen der Teilnahmerechte zulassen. Diese sind für die Verhinderung von Kollusionshandlungen ausserhalb der schweren Kriminalität in der Praxis wohl eher von untergeordneter Bedeutung, da einerseits die Hürden für deren Anwendungen eher hoch angesetzt sind,<sup>68</sup> und andererseits gewisse Schutzmassnahmen nur auf bestimmte Personengruppen<sup>69</sup> angewendet werden können.

## 5.2 Spannungsfeld zwischen Kollisionsverhinderung und Teilnahmerechten

Art. 147 StPO entpuppt sich als die problematischste Bestimmung der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung für eine erfolgreiche Kollisionsverhinderung. Das Teilnahmerecht kann vor allem am Anfang der Untersuchung den Interessen der Strafverfolgungsbehörde an der Verhinderung von Verdunkelungshandlungen entgegenstehen. Im Gegensatz zur Regelung der Akteneinsicht enthält Art. 147 StPO keinen konkreten Zusatz, wonach vor der ersten Einvernahme und der Erhebung der wichtigsten Beweise Parteien von Beweiserhebungen ausgeschlossen werden können. Zwar ist der Ausschluss von der Teilnahme auch hier gestützt auf Art. 108 StPO möglich. Wie weiter oben aber bereits dargelegt (vgl. Ziff. 2), ist die Anwendung von Art. 108 StPO zum Zwecke der Kollisionsverhinderung umstritten und in der Regel beschränkt auf die Prozesspartei selbst.

Wie löst man nun aber das Problem, wenn man eine Befragung oder eine andere Beweiserhebung aus verfahrenstaktischen Gründen ohne Teilnahme der beschuldigten Person durchführen will, sei es, weil man eine Beeinflussung der zu befragenden Person durch die Anwesenheit des Beschuldigten vermeiden will, sei es, weil man der von der Teilnahme ausgeschlossenen Partei die Erkenntnisse aus dieser Beweismassnahme aus verfahrenstaktischen Gründen vorläufig noch vorenthalten will, bspw. um sie später anlässlich einer Einvernahme damit zu konfrontieren?

Die Meinungen zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Teilnahmebeschränkungen und deren Rechts-

folgen gehen in der Lehre weit auseinander, je nachdem, wie die Parteirechte (insbesondere jene der beschuldigten Person) und das Interesse an einer durch die Verfahrensbeteiligten ungestörten Wahrheitsfindung zueinander gewichtet werden. Bejaht man die Zulässigkeit von verfahrenstaktischen Elementen wie Fangfragen, Belegen der Unglaubhaftigkeit von Aussagen durch Entlarvung von Lügengebäuden oder Beobachten und Ausnützen von Überraschungsmomenten, so ist es für deren Einsatz unabdingbar, dass Parteien, und insbesondere auch die beschuldigte Person, von gewissen Verfahrenshandlungen ausgeschlossen werden können. Verfechter einer konsequenten Waffengleichheit werden einwenden, dass mit der Übernahme des Staatsanwaltsmodells und der damit verbundenen Machtfülle des Staatsanwalts derartige inquisitorische Untersuchungen durch die Strafverfolgungsbehörde nicht mehr zulässig seien. Dem kann aber wiederum entgegengehalten werden, dass die Strafverfolgung in der Praxis auf diese Art der Beweisführung angewiesen ist, weil sie ein wichtiges Instrument zur Informationsbeschaffung und zur Überführung von Delinquenten darstellt.<sup>70</sup> Der EGMR duldet in seiner Rechtsprechung die Beschränkung der Teilnahmerechte,<sup>71</sup> solange das Konfrontations- und das Fragerecht im Verlaufe des Verfahrens gehörig gewahrt werden. Dem in diesem Zusammenhang vielgehörten Argument der Waffengleichheit kann entgegengehalten werden, dass diese in der Schweizerischen Strafprozessordnung in verschiedener Hinsicht ohnehin eingeschränkt ist, und dies zum Teil in Bereichen viel schwererer Eingriffe in die Rechte der Betroffenen (so z.B. bei geheimen Überwachungsmaßnahmen), so dass das Prinzip der Verhältnismässigkeit es geradezu gebietet, den geringeren Eingriff, nämlich eine vorübergehende Beschränkung des Teilnahmerechts, anzuwenden, wenn damit dasselbe Ziel wie mit einer schwereren Grundrechtsbeschneidung (z.B. eine Versetzung in Untersuchungshaft oder die Durchführung von geheimen Überwachungsmaßnahmen) erreicht werden kann.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Vgl. MIESCHER (2008), S. 129 f. Vgl. insbesondere die nachfolgende Ziff. 5.2.1

<sup>71</sup> Vgl. SCHLEIMINGER, D., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 4 zu Art. 147 mit weiteren Hinweisen.

<sup>72</sup> Beispiel: Der Lieferant eines Drogendealers bestreitet anlässlich einer Einvernahme, diesen jemals gesehen oder getroffen zu haben. Diese Aussage würde er kaum machen, wenn ihm die Angaben des Dealers aus der vorangehenden Einvernahme bekannt wären und daraus objektiv nachweisbar hervorgeht (z.B. durch Preisgabe von Spezialwissen über den Lieferanten), dass die beiden sich gut kennen müssen. Er würde wohl eher auf die Taktik ausweichen, dass der Dealer ihn aus bestimmten Gründen zu unrecht belastet oder ihn verwechselt. Auf diese Weise kann dem Lieferanten ohne weiteres nachgewiesen werden, dass er lügt. Muss ihm zwingend ein Teilnahmerecht an der (ersten) Einvernahme des Dealers eingeräumt werden, kann der Nachweis, dass sie sich gut kennen, möglicherweise nur mit einer Fernmeldeüberwachung erbracht werden – oder eben gar nicht.

<sup>67</sup> Ausführlich zum Konfrontationsrecht und der Auslegung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK: GODENZI, G., in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (2010), N 7 ff. zu Art. 146 und N 12 ff. zu Art. 147; HÄRING, D., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 3 ff. zu Art. 146; und SCHLEIMINGER, D., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 29 ff. zu Art. 147.

<sup>68</sup> Gemäss Art. 149 Abs. 1 StPO muss Grund zur Annahme bestehen, dass sich die schutzbedürftige oder eine ihr nahestehende Person durch die Verfahrensmithilfe einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schweren Nachteil aussetzt.

<sup>69</sup> So z.B. Massnahmen zum Schutz verdeckter Ermittler (Art. 151 StPO) oder Opfer (Art. 152 ff. StPO).

Weiter lässt sich kein stichhaltiges verfahrensrechtliches Argument dagegen finden, dass die Strafverfolgungsbehörde in einem gewissen Verfahrensabschnitt gegenüber dem Täter ein Spezialwissen oder ein Wissensvorsprung verfügen darf. Zum einen wird dies bereits von der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung selbst durch die fehlenden Teilnahmerechte im polizeilichen Ermittlungsverfahren explizit legitimiert, zum anderen wäre in der Praxis eine Informationsbeschaffung zur Klärung des Sachverhalts vielfach gar nicht möglich, wenn der Beschuldigte laufend Kenntnis über den Informationsstand der Strafverfolgungsbehörde hat. Hinzu kommt, dass auch der Täter seinerseits über einen Wissensvorsprung verfügt, denn niemand, auch nicht die Staatsanwaltschaft, hat ein solch grosses Wissen bezüglich des eigenen tatbestandsrelevanten Handelns wie der Täter selbst.<sup>73</sup>

Wie wenig durchdacht die Bestimmung von Art. 147 StPO ist, erkennt man anhand der vielen praktischen und theoretischen Probleme und Widersprüche, welche sie aufwirft. Da ist einmal das Spannungsverhältnis zu Art. 146 StPO. Nach Abs. 1 dieses Artikels werden einzuvernehmende Personen getrennt einvernommen. Gemäss SCHMID soll diese Regelung das Bedürfnis erfüllen, Beschuldigte, Zeugen, Mitbeschuldigte etc. getrennt von den anderen und auch in ihrer Abwesenheit einzuvernehmen.<sup>74</sup> «Die Tatsache, dass die beschuldigte Person ein Recht auf Konfrontation mit ihren Mitangeschuldigten besitzt, deren Aussagen sie belasten, bedeutet nicht a priori ein Anwesenheitsrecht bei entsprechenden Einvernahmen, da das Konfrontationsrecht nachträglich eingeräumt werden kann.»<sup>75</sup> Und GODENZI bestätigt diese Auffassung mit der Feststellung, dass Abs. 1 von Art. 146 StPO zusammen mit Abs. 4 für alle Verfahrensabschnitte den Grundsatz der getrennten Einvernahme statuiere, der im Interesse der Wahrheitsfindung die Unbefangenheit der einzuvernehmenden Personen gewährleisten und ein kollusives Aussageverhalten erschweren solle.<sup>76</sup> Die Gegenmeinung geht freilich davon aus, dass Art. 147 StPO immer vorgehe und die Bestimmung von Art. 146 Abs. 1 StPO nur bedeute, dass die Befragung als solche getrennt zu erfolgen habe,

die Parteien aber immer ein Anwesenheitsrecht hätten.<sup>77</sup> Auf dasselbe Problem stösst man in Abs. 4 von Art. 146 StPO, wonach eine Person von der Teilnahme ausgeschlossen werden kann, wenn eine Interessenkollision besteht oder diese Person im Verfahren noch als Zeuge, Auskunftsperson oder Sachverständige einzuvernehmen ist. Auch hier besteht Uneinigkeit darüber, in welchem Verhältnis diese Norm zu Art. 147 StPO steht. Gemäss SCHMID (2009), N 12–16 zu Art. 147, können alle Verfahrensbeteiligte von diesem Ausschluss betroffen sein (also auch die beschuldigte Person), und es spielt grundsätzlich keine Rolle, ob dies Verfahrensbeteiligte im selben oder solche in einem anderen Verfahren betrifft. Mit der Bestimmung soll wie in Abs. 1 von Art. 146 StPO eine Kollusion vermieden werden.<sup>78</sup> Nach der gegenläufigen Ansicht kann Art. 146 Abs. 4 generell nicht zur Beschränkung von Beschuldigtenrechten herangezogen werden, da Art. 147 StPO vorgehe.<sup>79</sup> Bejaht man die Ausschlussmöglichkeit von Parteien, insbesondere jene der beschuldigten Person, so bleibt die Frage, ob denn die Parteivertretung, insbesondere die Verteidigung, auch ausgeschlossen werden kann, oder ob dies nur für die Partei selber gilt. Auch auf diese Frage gibt es die unterschiedlichsten Antworten. Die Materialien liefern keine Antwort auf die Frage, wie mit diesen Widersprüchen umzugehen ist. Nur die Gerichtspraxis wird hier Klarheit schaffen können.

Bei der Privatklägerschaft dürfte die Teilnahmebeschränkung im Praxisalltag weniger Probleme bieten, denn hier wird ein Ausschluss des Privatklägers aus Gründen der Kollisionsgefahr selten notwendig sein oder dann aber kaum verfahrensentscheidende Folgen haben, da nach der Bestimmung von Art. 147 Abs. 4 StPO das Verwertungsverbot nur zulasten, nicht aber zugunsten der abwesenden Partei gilt. Falls indessen problematische Konstellationen auftreten,<sup>80</sup> geben sie dem Rechtsanwender neue Rätsel auf. Er wird sich dann unter anderem mit der Frage konfrontiert sehen, inwieweit eine Aussage, die direkt oder indirekt zum Freispruch des Beschuldigten führt, als «zulasten» des Privatklägers erfolgt zu gelten hat, und ob gegebenenfalls ein solcher Beweis dem Verwertungsverbot unterliegt, selbst wenn er für seinen Freispruch ausschlaggebend wäre.

<sup>73</sup> Vgl. MIESCHER (2008), S. 122.

<sup>74</sup> Vgl. SCHMID (2009), N 1 zu Art. 146.

<sup>75</sup> SCHMID (2009), N 3 zu Art. 146. Und weiter: «Sollen Aussagen von Beschuldigten im gleichen oder abgetrennten [...] Verfahren gegen Mitbeschuldigte verwendet werden, so ist diesen die Teilnahme zu ermöglichen [...] oder aber es ist nachträglich eine Konfrontation durchzuführen.» (SCHMID (2009), N. 5 zu Art. 147). Noch weiter geht ILL: Er sieht in Art. 146 Abs. 1 StPO gar eine Ausnahme von Art. 147 Abs. 1 StPO. Art. 146 Abs. 1 StPO gebe den Strafbehörden die Möglichkeit, «sich ohne zusätzliche Einwirkung durch die Anwesenheit weiterer verfahrensbeteiligter Personen ein Bild über Person und Inhalte der einzuvernehmenden Person zu machen.» (ILL, C., in: GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER (2008), S. 133).

<sup>76</sup> Vgl. GODENZI, G., in: DONATSCH/SCHMID (1996–2007), N 1 zu Art. 146 mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>77</sup> Vgl. CHRISTEN (2010), S. 200 ff.

<sup>78</sup> Vgl. SCHMID (2009), N 15 zu Art. 146; HÄRING, D., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 23 f. zu Art. 146; Bottschaft, S. 1186 f.

<sup>79</sup> So z.B. GODENZI, G., in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (2010), N 25 und 26 zu Art. 146, allerdings dort ohne Begründung.

<sup>80</sup> Eine beweisrelevante Aussage zulasten des abwesenden Privatklägers mit verfahrensrelevanten Auswirkungen zugunsten des Beschuldigten ist in der Praxis eine seltene Konstellation, aber nicht unmöglich. So z.B. wenn die Aussage des Opfers und gleichzeitig Privatklägers das einzig belastende Beweismittel darstellt, und ein Zeuge diese Opferaussagen anlässlich einer Einvernahme, bei der das Opfer nicht anwesend ist, widerlegt.

### 5.2.1 Insbesondere bei Einvernahmen von Beschuldigten

Obwohl aufgrund der grossen wissenschaftlichen und technischen Fortschritte der forensischen Fachgebiete der Sachbeweis in den vergangenen Jahrzehnten immer mehr an Bedeutung gewonnen hat, sind und bleiben die Aussagen der Verfahrensbeteiligten und insbesondere jene der beschuldigten Person nach wie vor von grosser Wichtigkeit bei der Beweisführung, denn oft sind sie die einzigen Beweismittel, welche Rückschlüsse auf die inneren Tatsachen zulassen. Der Kollisionsverhinderung ist hier speziell Beachtung zu schenken, da sich erfolgte Beeinflussungen oft ebenso schwer nachweisen lassen wie daraus resultierende Falschaussagen. Sachbeweise für innere Tatsachen gibt es selten.

In Anlehnung an die schweizerische Strafprozessrechtstradition bleibt die Einvernahme – auch diejenige der beschuldigten Person – nach der Konzeption der Schweizerischen Strafprozessordnung ein Mittel zur Wahrheitsfindung und Informationsbeschaffung. Der Strafverfolgungsbehörde muss es demnach auch möglich sein, mittels geschickter Einvernahmetaktik an relevante Informationen zu gelangen.<sup>81</sup> Gewährt man dem nicht geständigen sowie dem nicht oder nur scheinbar kooperationswilligen Beschuldigten ab Beginn der Untersuchung ein uneingeschränktes Teilnahmerecht, so kann er mittels kollusivem Verhalten durch Anpassen seiner eigenen Aussage das Befragungsergebnis derart manipulieren, dass der Einvernahme kein Beweiswert mehr zukommt. Geschieht dies bereits in einem frühen Stadium der Untersuchung, in welchem der Täter gegenüber der Strafverfolgungsbehörde unter Umständen einen massiven Wissensvorsprung hat, kann dies zudem die Ermittlungen erheblich beeinträchtigen: Das Erkennen von falschen Angaben wird mangels Überprüfbarkeit erschwert, die Strafverfolgungsbehörde kann leichter in die Irre geführt werden, die Überprüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen ist nicht möglich, da dem Beschuldigten aufgrund der Offenlegung der laufenden Ermittlungsergebnisse praktisch keine Fang- oder Kontrollfragen mehr gestellt werden können.

Dass dies kaum im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein kann, lässt sich nebst der Konzeption der Einvernahme als Instrument zur Informationsgewinnung auch daran erkennen, dass im polizeilichen Ermittlungsverfahren mit Ausnahme des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei Einvernahmen des eigenen Klienten keine Teilnahmerechte eingeräumt werden. Während bei schweren Delikten die Polizei den Verdacht sofort der Staatsanwaltschaft melden und diese unverzüglich eine Untersuchung eröffnen muss, kann sie bei weniger schweren Delikten vorab ein selbständiges Ermittlungsverfahren führen.<sup>82</sup> Kann nun das Teilnahme-

recht bei der Untersuchung nicht wegen Kollisionsgefahr eingeschränkt werden, ergibt sich die paradoxe Situation, dass die Wahrheitsfindung bei schweren Delikten viel massiver durch Kollisionshandlungen gefährdet ist als bei weniger schweren.

Das Nemo-tenetur-Prinzip steht dem Gesagten keineswegs entgegen. Es schützt nämlich den Beschuldigten lediglich davor, seinen Willen in eine bestimmte Richtung betätigen zu müssen,<sup>83</sup> er darf weder durch das Gesetz noch durch informelle Zwangsmittel (z.B. Drohung oder Gewalt) zur Selbstbelastung genötigt werden. Ebenso verboten sind Versprechungen und klare Täuschungshandlungen nach Art. 140 StPO. Daneben bleibt der Strafverfolgungsbehörde allerdings noch genügend Raum (insbesondere bei der Fragetechnik), um kriminalistische List anzuwenden.<sup>84</sup> Gestützt auf die Selbstbelastungsfreiheit ist es der beschuldigten Person im Gegensatz zur Strafverfolgungsbehörde erlaubt, zu lügen und zu täuschen, was die Waffengleichheit beeinträchtigt und der beschuldigten Person erhebliche Vorteile gegenüber der Strafverfolgungsbehörde verschafft.<sup>85</sup> Eine zeitlich verzögerte Information bzw. deren Preisgabe durch Vorhalte anlässlich der Beschuldigteneinvernahme vermag dieses Ungleichgewicht wieder etwas ausgleichen. Dies ist aber einzig mittels Beschränkung der Teilnahmerechte möglich. Umgekehrt darf die Zulässigkeit der Selbstbegünstigung auch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Strafverfolgungsbehörde der beschuldigten Person in jedem Verfahrensstadium die Mittel dazu in die Hand geben muss. Eine derartige Transparenz kann der Gesetzgeber unmöglich gewollt haben, denn so wären bspw. auch keine verdeckten Zwangsmassnahmen mehr möglich.

Weiter könnten Kritiker anbringen, dass die beschuldigte Person jederzeit gänzlich die Aussage verweigern kann und dadurch die Einvernahme auch nicht zur Informationsgewinnung verwendet werden kann. Dem ist entgegenzuhalten, dass die gänzliche Aussageverweigerung dem Untersuchungszweck zwar nichts nützt, ihm aber im Gegensatz zum kollusiven Verhalten auch nicht schadet. Während die Aussageverweigerung die Suche nach der materiellen Wahrheit lediglich nicht weiterbringt, ist kollusives Verhalten in hohem Masse dazu geeignet, dem Untersuchungszweck massiv

<sup>83</sup> Vgl. SCHLAURI (2003), S. 115.

<sup>84</sup> Vgl. dazu ausführlich SCHLAURI (2003), S. 284–288.

<sup>85</sup> Wenn als Vorbild für die Waffengleichheit regelmässig auf das angloamerikanische Recht verwiesen wird, so geht dabei gerne vergessen, dass die Polizei dort viel umfangreichere Kompetenzen bei der Abklärung von strafbaren Handlungen hat und der Grundsatz des «fair trial» auf dieser Stufe nur beschränkt gilt. In den USA sind der Polizei gar klare Täuschungshandlungen, Lügen und bis zu einem gewissen Grad auch Drohungen und Einschüchterungen nicht verboten (z.B. in bezug auf die Beweislage) und unter diesen Einflüssen zustandegekommene Geständnisse meist verwertbar. Ausführlich damit befasst hat sich SCHLAURI (2003), S. 265 ff.

<sup>81</sup> Vgl. dazu ausführlich BRODBECK (2009), S. 19–21.

<sup>82</sup> Art. 307 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO sowie Art. 306 StPO.

zu schaden. Abgestimmtes Aussageverhalten kann nämlich im Gegensatz zum Schweigen das Verfahren durch erhöhten Abklärungsaufwand erheblich in die Länge ziehen, ein falsches Beweisergebnis liefern, den Verdacht auf Dritte lenken, dem Beschuldigten durch Ausnutzen des Wissensvorsprung weitere Kollusion erst ermöglichen etc. Da, wie bereits im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft erläutert, solches Verhalten oder dessen Zielrichtung häufig rechtsmissbräuchlich und prozessordnungswidrig ist, kann es auch nicht mit dem Argument der Aussage- und Selbstbelastungsfreiheit gerechtfertigt werden.

#### 5.2.2 *Insbesondere bei Einvernahmen von mehreren Tatbeteiligten*

Wenn im selben oder einem anderen Verfahren weitere Personen als Tatbeteiligte einvernommen werden, ist die Kollisionsgefahr bei Gewährung der Teilnahmerechte erheblich, speziell zu Beginn des Verfahrens, wenn der Wissensvorsprung der Täter gegenüber der Strafverfolgungsbehörde besonders ausgeprägt ist. Wird der beschuldigten Person oder ihrem Rechtsvertreter ein vollumfängliches Teilnahmerecht eingeräumt, kennt sie die Aussagen und das preisgegebene Wissen der übrigen einvernommenen Personen, und sämtliche Beschuldigte können von Anfang an ihr Aussageverhalten gegenseitig aufeinander abstimmen und entlarvende Widersprüche von vornherein vermeiden. Hinzu kommt, dass gerade in der Anfangsphase eines Verfahrens, wenn die Strafverfolgungsbehörde in vielerlei Hinsicht oft noch im Dunkeln tappt, nicht immer klar ist, wer in welcher Form tatbeteiligt ist. So kann es durchaus sein, dass jemand als Auskunftsperson oder Zeuge befragt wird, der sich später als Tatbeteiligter entpuppt. Bei solchen Unklarheiten sollten Teilnahmebeschränkungen (auch für die beschuldigte Person) zulässig sein, ansonsten eine Kollisionsverhinderung praktisch nicht mehr möglich ist.

#### 5.2.3 *Insbesondere bei Einvernahmen von Opfern, Zeugen und Auskunftspersonen*

Ähnliches gilt für das Teilnahmerecht der beschuldigten Person bei den Einvernahmen von Opfern, Zeugen und Auskunftspersonen. Gewährt man dem Beschuldigten jederzeit ein uneingeschränktes Teilnahmerecht, so kann eine Beeinflussung der einvernommenen Person kaum verhindert werden. Ebenso wenig kann verhindert werden, dass die beschuldigte Person ihr Aussageverhalten auf jenes der einvernommenen Personen abstimmt.

### 5.3 **Rechtsfolge bei ausbleibender Teilnahme**

In der Lehre ebenso umstritten sind die Folgen der Verletzung von Teilnahmerechten. BOMMER<sup>86</sup> und CHRISTEN<sup>87</sup> sind der Ansicht, es handle sich bei

Art. 147 Abs. 4 StPO um ein abgewandeltes, absolutes Verwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 StPO, GODENZI<sup>88</sup> ist der Ansicht, Abs. 5 sei eine einfache Gültigkeitsvorschrift nach Art. 141 Abs. 2 StPO. SCHMID lässt die Frage offen und ILL sowie weitere Autoren gehen davon aus, dass die Unverwertbarkeit nach Art. 147 Abs. 4 StPO nur dann greift, wenn es sich beim fraglichen Beweismittel um den einzigen bzw. überwiegend ausschlaggebenden Beweis handelt oder dem Antrag auf Wiederholung ungerechtfertigterweise nicht entsprochen und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht in anderer Weise Rechnung getragen wurde.<sup>89</sup> Der Unterschied ist äusserst relevant, denn im Fall der Anwendbarkeit von Abs. 1 des Art. 141 StPO hätte dies ein absolutes Verwertungsverbot zur Folge, das sich auch auf die Sekundärbeweise ausdehnt (Art. 141 Abs. 4 StPO e contrario). Käme Abs. 2 zum Tragen, wären die Sekundärbeweise hingegen verwertbar (Art. 141 Abs. 4 StPO), und auch der Primärbeweis wäre verwertbar, wenn es um die Aufklärung einer schweren Straftat geht (Art. 141 Abs. 2 StPO, letzter Nebensatz). Und folgt man der Ansicht ILLS et al., dann sind die in Verletzung der Teilnahmerechte erlangten Beweise grundsätzlich verwertbar, wenn die Betroffenen nicht intervenieren und dem rechtlichen Gehör nicht in anderer Weise Genüge getan wird (z.B. durch spätere, nochmalige Einvernahme eines Zeugen mit Teilnahme- und Fragerecht der beschuldigten Person). Angesichts der Tragweite von Art. 147 StPO und der gravierenden Folgen, welche dies für ein Verfahren haben kann, wäre eine möglichst rasche Klärung der Situation durch das oberste Gericht oder noch besser den Gesetzgeber äusserst wünschenswert.

### 5.4 **Praktische Beispiele zur Veranschaulichung der Problematik**

Anhand der nachfolgenden, keineswegs praxisfremden Beispiele lässt sich die Problematik der Teilnahmebeschränkungen und der daraus resultierenden Verwertungsfolgen erkennen. Ebenso zeigen sie auf, wie sich je nach Auslegung von

<sup>88</sup> Vgl. GODENZI, G., in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (2010), N 11 zu Art. 146. Die Autorin relativiert ihre Feststellung gleich darauf allerdings wieder und hält fest, dass die Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO trotzdem immer zu gewähren seien (GODENZI, a.a.O. N 2 zu Art. 146), und hinterlässt so mehr Fragen als sie Antworten auf den Widerspruch liefert.

<sup>89</sup> Vgl. ILL, C., in: GOLDSCHMID/MAURER/SOLLBERGER (2008), S. 138. Demnach wären nach der Ansicht ILLS wohl Beweise, die in Verletzung von Art. 147 Abs. 1 StPO erlangt worden sind, verwertbar, wenn keine Wiederholung beantragt wird bzw. den Betroffenen nachträglich ein Konfrontations- bzw. Fragerecht eingeräumt worden ist. Ähnlich argumentiert auch SCHLEIMINGER, D., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N 26 zu Art. 147, wonach die Unverwertbarkeit nur dann gegeben ist, wenn die betroffene Partei eine Wiederholung beantragt hat, welche zu unrecht abgelehnt wurde, und die Beschränkung nicht durch Ersatzmassnahmen kompensiert werden kann. Und ebenso JOSITSCH (2009), N 297. Für diese Auslegung spricht auch der Wortlaut der Botschaft (2006), S. 1188 oben, letzter Satz zu Art. 144.

<sup>86</sup> Vgl. BOMMER (2010), S. 210 f.

<sup>87</sup> Vgl. CHRISTEN (2010), S. 164–169.

Art. 147 StPO der Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung auf die Teilnahmerechte und damit die Möglichkeit der Kollisionsverhinderung auswirkt.

*Beispiel 1:*

*Drogenkonsument K gerät in eine Routinekontrolle der Polizei. Er trägt fünf Gramm Kokaingemisch auf sich. Er wird auf den Polizeiposten verbracht und dort polizeilich befragt. K sagt aus, er habe das Kokain kurz vor der Kontrolle vom stadtbekanntem Dealer T gekauft. T wird in den Folgetagen angehalten und vom Staatsanwalt wegen Kollisionsgefahr in Untersuchungshaft versetzt, da mittlerweile etliche Belastungen wegen Drogenhandels gegen ihn vorliegen. Konsument K will seine Aussage später nicht mehr wiederholen, weil er Repressionen von T befürchtet. Fünf andere Konsumenten sagen anlässlich der Untersuchung aus, T hätte ihnen und auch ihrem Kollegen K ab und zu Kokain verkauft. Wieviel K von ihm gekauft habe, wüssten sie aber nicht.*

Gemäss Art. 306 f. StPO i.V.m. Art. 147 Abs. 1 StPO und Art. 159 StPO ist die Aussage von K und damit die Belastung gegen T mit fünf Gramm Kokaingemisch problemlos verwertbar, da sie anlässlich eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens ohne Teilnahmerechte erfolgte. Bei der Belastung von K handelt es sich überdies nicht um das einzige, ausschlaggebende Beweismittel für den Verkauf von Kokain durch T an K, denn die anderen Konsumenten sagten unabhängig von K aus, T habe diesem auch Kokain verkauft (wobei allerdings Mengenangaben fehlen). Wie stünde es um die Verwertbarkeit von Ks Aussage, wenn in derselben Situation der Staatsanwalt vor der Befragung Ks eine Untersuchung eröffnet hätte und K selbst einvernommen hätte, ohne dass T hätte teilnehmen können? Will der Gesetzgeber hier tatsächlich ein anderes Ergebnis?

*Beispiel 2:*

*Zwei Zivilpolizisten beobachten auf einem Rundgang durchs Drogenmilieu, wie T dem K etwas übergibt. Sie intervenieren augenblicklich und wollen die beiden kontrollieren. T und K ergreifen in entgegengesetzter Richtung die Flucht, T kann aber von den Polizisten nach kurzer Verfolgungsjagd gestellt werden, während K entkommt. T wird auf den Polizeiposten verbracht. Da die Polizei aufgrund mehrerer Hinweise aus dem Milieu T schon lange wegen Drogenhandels im Verdacht hat, wird die Staatsanwaltschaft orientiert. Der Staatsanwalt eröffnet eine Untersuchung und versetzt T in Untersuchungshaft. T verlangt sofort einen Verteidiger und verweigert die Aussage. Unterdessen wurde auch K angehalten und auf den Polizeiposten verbracht. Der Staatsanwalt beauftragt die Polizei, K zu befragen. Dies geschieht aus verfahrenstaktischen Gründen ohne Teilnahme von T. K gibt zu, dass T ihm fünf Gramm Kokain verkauft habe, als die Polizei sie überrascht habe. Später will K seine Aussage nicht mehr wiederholen, weil er Repressionen von T befürchtet.*

Folgt man der strengen Auffassung, dass die beschuldigte Person ab Eröffnung der Untersuchung immer teilnahmeberechtigt ist und eine Verletzung dieses Rechts Unverwertbarkeit zur Folge hat, ist die Einvernahme von K hier nicht verwertbar, obwohl die deliktischen Handlungen der Tatbeteiligten nur unwesentlich vom ersten Beispiel abweichen. Man muss sich zu recht die Frage stellen, ob es rein vom Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung und damit letztlich auch von den konkreten Umständen, wie und wann die Strafverfolgungsbehörde in Kenntnis des Sachverhalts gelangt, abhängen darf, ob die Verwertbarkeit einer Aussage gegeben ist oder nicht. Gerade in einem derart frühen Stadium der Ermittlungen sind schier unendlich viele Möglichkeiten denkbar, in welchem Zeitpunkt und unter welchen Umständen Polizei und Staatsanwaltschaft konkrete Kenntnisse über den Sachverhalt erhalten. Oft stellt sich eine Tatsache auch erst im nachhinein als relevant heraus. Ein absolutes Verwertungsverbot bei Nichtgewähren der Teilnahmerechte würde zu stossenden Ergebnissen führen. Würde T anlässlich der Befragung von K die Teilnahme gestattet, hätte dieser möglicherweise von Anfang an keine belastende Aussage gemacht, oder aber T hätte in der Folge seine Aussage aufgrund der ihm vorliegenden Informationen anpassen können. Letztgenannte Möglichkeit wäre ihm von vornherein verwehrt, wäre K im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens befragt worden. Darf es vom Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung abhängen, ob kollisionsverhindernde Massnahmen durch Teilnahmebeschränkungen möglich sind oder nicht? Noch mehr Fragen wirft die Untersuchung gegen unbekannte Täterschaft auf:

*Beispiel 3:*

*O wird anlässlich einer Party von einem Unbekannten verprügelt, hat aber auf den ersten Blick keine gravierenden Verletzungen. Hinweise auf die Identität des Täters fehlen vorerst. Einige Auskunftspersonen machen vor Ort gegenüber der Polizei Angaben zum Tatablauf, die protokolliert werden. Tags darauf verstirbt O überraschend an inneren Blutungen als Folge der Schläge. Die Staatsanwaltschaft eröffnet eine Untersuchung gegen unbekannte Täterschaft. Mehrere Partybesucher werden als Zeugen einvernommen, geben eine Beschreibung des Täters ab und machen detaillierte Angaben zum Tatablauf. Einige Zeit später wird der Täter zwar von einem Zeugen identifiziert, er ist aber flüchtig. Danach melden sich weitere Zeugen, die Angaben zum Tatablauf machen. Schliesslich wird der Täter gefasst. Er streitet alles ab.*

Wie steht es nun um die Verwertbarkeit der bisherigen Befragungen? Hat unbekannte Täterschaft (z.B. via einzusetzenden Verteidiger) ein Teilnahmerecht an Untersuchungshandlungen? Was ist mit dem identifizierten, aber flüchtigen Tatverdächtigen? Welche Rolle kann es für die Verwertbarkeit der ersten Aussagen vor Ort spielen, ob eine Untersuchung eröffnet worden ist oder nicht? Darf es

weiter für die Verwertbarkeit dieser Aussagen eine Rolle spielen, ob O wie im Beispiel am nächsten Tag stirbt (dann wären die Aussagen auch bei von vornherein identifiziertem, flüchtigen Täter ohne weiteres verwertbar, weil in einem polizeilichen Ermittlungsverfahren<sup>90</sup> ohne Teilnahmerechte erhoben) oder ob er sofort tot ist, der Täter bekannt und flüchtig, die Staatsanwaltschaft informiert und die ersten Zeugeneinvernahmen (staatsanwaltlich delegiert) vor Ort durchgeführt werden (hier befindet man sich bereits wieder in der Verwertungsproblematik, wenn später eine Wiederholung aus welchen Gründen auch immer nicht stattfindet)? Will man generell den Unterschied hinnehmen, dass Opferersterbefragungen bei schweren Delikten nach Art. 307 Abs. 1 StPO bei noch nicht identifizierter Täterschaft immer ohne Teilnahmerechte durchgeführt werden können, während bei bekannter Täterschaft dieser zwingend das Teilnahmerecht eingeräumt werden muss? Wendet man die zuvor aufgezeigten, verschiedenen Lehrmeinungen auf die obigen Beispiele an und beantwortet die gestellten Fragen, wird man zu unterschiedlichen Ergebnissen betreffend die Verwertbarkeit kommen.

### 5.5 Fazit und Lösungsvorschläge

Die Beweisfunktion der Einvernahme verliert im Falle einer uneingeschränkten Teilnahmerechtigung durch die Parteien ab Beginn der Untersuchung in Kombination mit einem strengen Beweisverwertungsverbot erheblich an Stellenwert. Auch die Kollusionshaft zur Verhinderung von Absprachen unter Mitbeschuldigten würde so weitgehend obsolet. Dem erstbefragten Beschuldigten erwüchse daraus überdies ein gravierender Nachteil, da die nach ihm einvernommenen Mitbeschuldigten in Kenntnis von dessen Aussagen ihr eigenes Verhalten anpassen könnten. Mit Fug und Recht darf man sich die Frage stellen, ob der Gesetzgeber eine derartige Aushebelung der wahrheitsermittelnden Instrumentarien tatsächlich gewollt hat. Immerhin gibt es zahlreiche Hinweise darauf, dass dem nicht so ist. So wird zum Beispiel am Prinzip festgehalten, dass die Beschuldigteneinvernahme ein Mittel der Wahrheitsfindung und nicht bloss der rechtlichen Gehörs ist.<sup>91</sup> Ein ganz klares Indiz ist weiter die Tatsache, dass beim polizeilichen Ermittlungsverfahren (ausser dem Recht auf Beizug eines Verteidigers) keine Teilnahmerechte gewährt werden, ebensowenig bei forensischen Beweiserhebungen durch die Polizei. Auch der Versuch, mit Art. 146 StPO kollisionsverhindernde Massnahmen zu schaffen, deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber bei den Einvernahmen Absprachen und weitere Kollusionshandlungen verhindern wollte.

<sup>90</sup> Vgl. Art. 307 Abs. 1 StPO: Keine sofortige Informationspflicht, wenn nicht eine schwere Straftat oder ein schwerwiegendes Ereignis vorliegt.

<sup>91</sup> Das geht z.B. aus der Botschaft (2006), S. 1186 f., hervor, aber auch aus der Konzeption von Art. 142 ff. StPO.

Nachfolgend wird in fünf Lösungsvorschlägen kurz skizziert, wie aus Sicht des Verfassers eine sachgerechtere Beschränkung der Teilnahmerechte realisiert werden könnte. Dabei wird auch versucht, rechtliche Grenzen und Nachteile aufzuzeigen.

#### *Lösungsvorschlag 1: Anwendung von Art. 108 StPO auf Kollusionshandlungen*

Legte man Art. 108 StPO weiter aus, als die herrschende Lehre dies bis dato zulassen will, und subsumierte man die Fremd- und Selbstkollusion (Abstimmung des eigenen Verhaltens) auch unter den Begriff des Missbrauchs der Parteirechte (Art. 108 Abs. 1 StPO), dann löste dies zumindest einen Teil der Kollusionsproblematik, indem die beschuldigte Person von Einvernahmen jeglicher Verfahrensbeteiligter ausgeschlossen werden könnte, solange Kollusionsgefahr herrscht. Eine solche Auslegung würde entgegen anderslautenden Meinungen auch der Wortlaut der Botschaft durchaus zulassen. Wenn dort steht, dass das in vielen Verfahrensgesetzen erwähnte, wenig fassbare «gefährdete Verfahrensinteresse» allein nicht mehr genüge, um das rechtliche Gehör vor allem in der Anfangsphase des Vorverfahrens einzuschränken,<sup>92</sup> deutet schon das Adverb «allein» darauf hin, dass beim Vorliegen zusätzlicher, konkreter Gefährdungselemente (eben u.a. der konkreten Gefahr der rechtsmissbräuchlichen Kollusion) der Ausschluss eben möglich ist. Kann einer Partei nachgewiesen werden, dass von ihr eine konkrete Kollusionsgefahr ausgeht (was aus naheliegenden Gründen wohl anhand derselben Kriterien wie bei der Untersuchungshaft beurteilt werden sollte), könnte sie somit ohne weiteres von der Teilnahme ausgeschlossen werden.

Indessen kann die Parteivertretung nach Art. 108 Abs. 2 StPO nur dann ausgeschlossen werden, wenn die Rechtsmissbrauchsgefahr von ihr selbst ausgeht. Dies dürfte bei Kollusionsgefahr regelmässig nicht möglich sein, da der Parteivertretung, insbesondere der Verteidigung, nach heute gängiger Auffassung nicht verboten werden kann, alle erlangten Informationen an ihren Klienten weiterzugeben. Vor allem aus diesem Grund ist Art. 108 StPO nur beschränkt geeignet, Verdunkelungshandlungen, insbesondere das Abstimmen des eigenen Verhaltens, zu verhindern.

#### *Lösungsvorschlag 2: Einschränkung des Verwertungsverbots und Vorrang von Art. 146 StPO gegenüber den Teilnahmerechten*

Weitgehend zielführend aus der Sicht der Kollisionsverhinderung wäre eine Auslegung der Art. 146 und 147 StPO im Sinne ILLS und teilweise auch SCHMIDS, JOSITSCHS et al. im Hinblick auf Art. 147 Abs. 4 StPO, wie sie weiter oben (vgl. Ziff. 5.2 und 5.3) bereits skizziert wurde. Der Teilnahmeausschluss einer Partei könnte demnach mit Art. 146 StPO begründet und mit einer beantragten Wiederholung der Einvernahme, oder allgemeiner

<sup>92</sup> Vgl. Botschaft (2006), S. 1164.

ausgedrückt, mit einer nachträglichen Gewährung des rechtlichen Gehörs, «geheilt» werden. Diese Lösung wäre aus Sicht der Strafverfolgung äusserst geeignet, vor allem in der Anfangsphase der Untersuchung Kollusionshandlungen wirkungsvoll zu verhindern, und sie hätte zudem den Vorteil, dass der Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung nicht in unangemessener Weise ausschlaggebend für die Verwertbarkeit von Beweiserhebungen wäre. Erste kantonale Entscheide, welche diesen Lösungsweg gegangen sind, liegen vor.<sup>93</sup>

Wie oben unter Ziff. 5.2 und 5.3 bereits erwähnt, gibt es auch Lehrmeinungen, die eine solche Auslegung der Artikel 146 und 147 StPO nicht zulassen wollen. Solange die Rechtsprechung diesbezüglich keine Klarheit schafft, birgt diese Lösung das Risiko, dass ein ganzes Verfahren an der Unverwertbarkeit von Beweisen scheitert, die unter Ausschluss der Teilnahmerechte vorgenommen wurden.

*Lösungsvorschlag 3: Ausdehnung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, Befragungen vor der Untersuchungseröffnung*

In Anlehnung an die Überlegungen in Lösungsvorschlag 2 könnte durch eine zeitliche und sachliche Ausdehnung des polizeilichen Ermittlungs- bzw. Vorverfahrens eine Einschränkung der Teilnahmerechte erreicht werden. Hier lässt das Gesetz durchaus einen gewissen Auslegungsspielraum offen. So kann z.B. der Begriff «unverzüglich» im Rahmen der kantonalen Weisungen von Art. 307 Abs. 1 StPO sehr extensiv ausgelegt werden, so dass im Zeitpunkt der Information der Staatsanwaltschaft (und somit vor Untersuchungseröffnung) bereits die ersten Befragungen durch die Polizei (ohne Teilnahmerechte) erfolgt sind. Wie weit solche kantonalen Weisungen nach Art. 307 Abs. 1 StPO indessen gehen dürfen, ist eine heikle und umstrittene Frage.

Zulässig ist sicherlich die polizeiliche Erstbefragung von Geschädigten und Opfern (ohne Teilnahmerechte) bei Anzeigeerstattung durch diese Personen. Denn hier muss die Polizei ja quasi über die Befragung erst einen konkreten und hinreichenden Tatverdacht begründen, bevor weitere Ermittlungsmassnahmen eingeleitet werden können. In Anwendung von Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO und von Art. 219 Abs. 2 StPO können dazu verdächtige Personen, aber auch Opfer und Geschädigte, in der Anfangsphase polizeilich befragt werden. Dem steht auch die Bestimmung von Art. 307 Abs. 1 StPO nicht entgegen, wonach die Staatsanwaltschaft die ersten wesentlichen Einvernahmen nach Möglichkeit selber durchführt. Dies gilt nur für den Fall, dass der Anfangsverdacht für die strafbare Handlung bereits hinreichend verdichtet

ist, denn nach Art. 309 Abs. 2 StPO kann sie die Polizei jederzeit mit ergänzenden polizeilichen Ermittlungen – was auch polizeiliche Befragungen beinhaltet<sup>94</sup> – beauftragen, wenn der Tatverdacht nicht deutlich genug aus den vorhandenen Informationsquellen hervorgeht.

Auch diese Lösung dürfte zu heiklen Verwertbarkeitsfragen führen, wenn die Verteidigung geltend macht, die Untersuchung hätte in einem früheren Zeitpunkt eröffnet werden müssen. Für die Strafverfolgungsbehörden ist dieses Vorgehen somit mit hohen Risiken verbunden, zumindest solange sich die Gerichte nicht konkret zu diesen Fragen geäußert haben. Gegen diesen Vorschlag spricht auch die Konzeption der Schweizerischen Strafprozessordnung, nach welcher die Staatsanwaltschaft in einem möglichst frühen Stadium Herrin des Verfahrens sein soll.

*Lösungsvorschlag 4: Trennung bzw. spätere Vereinigung der Verfahren*

Der Kollusion unter Mitbeschuldigten könnte allenfalls auch mittels Führung von separaten Verfahren gegen die einzelnen Beschuldigten entgegengewirkt werden. Art. 30 StPO erlaubt eine getrennte Verfahrensführung aus sachlichen Gründen. Nebst verfahrensökonomischen könnten durchaus auch verfahrenstaktische Überlegungen sachliche Gründe für eine getrennte Verfahrensführung sein. Den einzelnen Beschuldigten werden bei dieser Vorgehensweise die Teilnahmerechte jeweils nur in ihrem eigenen Verfahren gewährt. Damit kann kollusivem Verhalten im Untersuchungsverfahren entgegengetreten werden. Dieses Vorgehen wurde bspw. im Kanton Bern vor der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung oft angewendet. Die Untersuchungen werden in der Anfangsphase getrennt geführt und erst dann vereinigt, wenn die einzelnen Beschuldigten miteinander konfrontiert werden oder den Parteien das Fragerecht bei den Einvernahmen der Mitbeschuldigten gewährt werden soll. Dem rechtlichen Gehör kann somit im Sinne der EMRK-Rechtsprechung Genüge getan werden, indem die Mitbeschuldigten wenigstens einmal im Vorverfahren mit allen Aussagen der Mitbeschuldigten konfrontiert werden und danach anlässlich von Einvernahmen auch Gelegenheit erhalten, sich zu den Vorwürfen zu äussern und den anderen Beschuldigten Fragen zu stellen.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich nichts entnehmen, das einem derartigen Vorgehen entgegenstehen würde. Der Vorentwurf der Schweizerischen Strafprozessordnung sah in Art. 159 Abs. 3 ausdrücklich vor, dass der beschuldigten Person ein Teilnahmerecht eingeräumt werden muss, wenn Aussagen von Mitbeschuldigten im selben oder abgetrennten Verfahren gegen sie verwendet

<sup>93</sup> Entscheid UH110023-O/U/mp des Obergerichts des Kantons Zürich; Entscheid SBK.2011.91/eb/DH des Obergerichts des Kantons Aargau, Entscheide ACPR/94/2011 und ACPR/108/2011 des Obergerichts des Kantons Genf. Anders indessen entschied das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in seinem Urteil BE.2011.21.

<sup>94</sup> Solche ergänzenden polizeilichen Ermittlungen und Befragungen unterliegen nicht den Bestimmungen von Art. 312 StPO (vgl. SCHMID (2009), N 8 zu Art. 309).

werden sollen.<sup>95</sup> Dieser Passus wurde allerdings nicht in die Endfassung übernommen. Gemäss SCHMID dürfte eine nachträgliche Konfrontation ausreichen, um dem rechtlichen Gehör Genüge zu tun.<sup>96</sup> Schon der Begleitbericht (2001), S. 115, hielt fest: «Sollen Aussagen von Beschuldigten als Beweismittel gegen Mitbeschuldigte verwendet werden, verlangt Art. 6 Ziff. 3 EMRK, dass dem Mitbeschuldigten und seinem Verteidiger wie bei Zeugen, mindestens einmal während des Verfahrens Gelegenheit gegeben werden muss, mit dem Beschuldigten konfrontiert zu werden [...]»

#### Lösungsvorschlag 5: Präzisierung im Gesetz

Wie bereits ausführlich dargelegt wurde, werfen die Auslegung von Art. 147 StPO sowie sein Verhältnis zu Art. 146 StPO einerseits und zum polizeilichen Ermittlungsverfahren andererseits viele offenen Fragen auf. Dies zeigt sich auch deutlich an den unterschiedlichen Lehrmeinungen. Selbst wenn die Rechtsprechung in naher Zukunft zahlreiche Einzelfragen beantwortete, dürften die Widersprüche und Abgrenzungsprobleme wohl nie restlos befriedigend zu klären sein. Hinzu kommt, dass die Fragen der Verwertbarkeit und des Ausmasses der Teilnahmerechte derart zentral sind und die möglichen Folgen eines Verwertungsverbots derart gravierend, dass es wünschenswert wäre, wenn der Gesetzgeber mit einer deutlichen Regelung Klarheit schaffen würde. Mit Blick auf die Interessen an der Wahrheitsfindung wäre eine Präzisierung dahingehend wünschenswert, dass die Teilnahmerechte zumindest in der Anfangsphase einer Untersuchung aus Gründen der Kollisionsgefahr oder der Gefährdung des Untersuchungszwecks eingeschränkt werden könnten.<sup>97</sup> Durch ein nachträgliches Konfrontations- und Fragerecht können die Mindestgarantien der EMRK ohne weiteres eingehalten werden.

## 6. Schlussbemerkung

Die neue Schweizerische Strafprozessordnung hat die in den meisten Kantonen geläufigen und bewährten prozessualen Instrumente zur Kollisionsverhinderung (wie z.B. die Kollisionshaft, Beschränkung des Akteneinsichtsrechts, offene und geheime Zwangsmassnahmen) weitgehend übernommen und damit grundsätzlich eine gute Grundlage geschaffen, um Verdunkelungshandlungen effektiv entgegenzuwirken. Allerdings wurde im Bereich der Teilnahmerechte mit Art. 147 StPO eine problematische Bestimmung geschaffen, welche aufgrund ihrer unglücklichen Formulie-

rung und Systematik Widersprüche generiert und zahlreiche Auslegungsfragen offenlässt. Eine zu restriktive Handhabe der Teilnahmebeschränkungen oder gar der gänzliche Ausschluss von Teilnahmebeschränkungen wegen Kollisionsgefahr, wie ihn ein Teil der Lehre fordert, erschwert die Kollisionsverhinderung bei Einvernahmen massiv und schwächt die Beschuldigteneinvernahme in ihrer Funktion als Mittel der Informationsgewinnung und Wahrheitsfindung. Den Strafverfolgungsbehörden wird so nichts anderes übrig bleiben, als immer mehr auf verdeckte Beweiserhebungsmassnahmen zurückzugreifen, um die Täter zu überführen. Mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot mag man sich fragen, ob derartige Massnahmen nicht viel einschneidender sind, als eine vorübergehende Teilnahmebeschränkung mit nachträglicher Gewährung des rechtlichen Gehörs. Bei der Befragung von Auskunftspersonen und Zeugen wird die Verhinderung von Beeinflussungen mit einem uneingeschränkten Teilnahmerecht ebenfalls erschwert, die Vermeidung der Abstimmung des eigenen Aussageverhaltens der teilnahmeberechtigten Parteien verunmöglicht. Angesichts der gravierenden Folgen, welche Beweisverwertungsverbote für ein Strafverfahren haben können, wäre eine präzisierende Klärung durch das Bundesgericht oder gar den Gesetzgeber wünschenswert.

## Literatur- und Gesetzesverzeichnis

- AESCHLIMANN, J. (1997). Einführung in das Strafprozessrecht. Die neuen bernischen Gesetze. Bern, Stuttgart, Wien: Verlag Haupt.
- ALBRECHT, P. (1999). Die Kollisionsgefahr als Haftgrund (unter besonderer Berücksichtigung von § 69 lit. b der revidierten baselstädtischen Strafprozessordnung). Basler juristische Mitteilungen (BJM) 1999, S. 1–19.
- ALBRECHT, P. (2002). Die Untersuchungshaft – eine Strafe ohne Schuldspruch (DONATSCH, A./FORSTER, M./SCHWARZENEGGER, C., Hrsg.). Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, S. 355–372.
- BÄNZIGER, F./BURKHARD, C./HAENNI, C. (2010). Der Strafprozess im Kanton Bern, 1519 Anmerkungen zum Übergang vom bernischen Recht zu StPO und JStPO. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- BOMMER, F. (2010). Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung. Zeitschrift recht 2010, S. 196–220.
- CHRISTEN, S. (2010). Anwesenheitsrecht im schweizerischen Strafprozessrecht mit einem Exkurs zur Vorladung. Diss. Zürich.
- CLAGES, H. (Herausgeber). (2004). Der rote Faden, Grundsätze der Kriminalpraxis (11. Auflage). Heidelberg: Kriminalistik Verlag.
- DEMKO, D. (2007). Das «(Un-)Gerechte» am Fair-Trial-Grundsatz nach Art. 6 Abs.1 EMRK im Strafverfahren (NIGGLI, M./HURTADO POZO, J./QUELOZ, N., Hrsg.). Festschrift für Franz Riklin, S. 351–364.
- DONATSCH, A./HANSJAKOB, T./LIEBER, V. (Herausgeber). (2010). Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung. Zürich: Schulthess Verlag Zürich.
- DONATSCH, A./SCHMID, N. (1996–2007). Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich. Zürich: Schulthess Verlag Zürich.
- FÄSSLER, B. (1992). Die Anordnung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich. Diss. Zürich.

<sup>95</sup> Vgl. SCHMID (2009), N. 5 zu Art. 147; SCHLEIMINGER, D., in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER (2010), N. 5 zu Art. 147.

<sup>96</sup> Vgl. SCHMID (2009), N. 5 zu Art. 147.

<sup>97</sup> Z.B. mittels einer Formulierung, wie sie Art. 245 Abs. 1 des alten bernischen Strafverfahrens vom 15. März 1995 enthielt, wonach Parteien und ihre Vertreter unter anderem dann von der Teilnahme an Untersuchungshandlungen ausgeschlossen werden konnten, wenn Kollisionsgefahr bestand.

- FISCHER, F. (1995). Die materiellen Voraussetzungen der ordentlichen Untersuchungshaft im rechtsstaatlichen Strafprozess. Eine Darstellung auf der Grundlage des aargauischen Rechts. Diss. Zürich.
- GOLDSCHMID, P./MAURER, T./SOLLBERGER, J. (Herausgeber). (2008). Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung. Bern: Stämpfli Verlag AG.
- HÄRRI, M. (2006). Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf das Recht der Untersuchungshaft. Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2006, S. 1217–1226.
- HAUSER, R./SCHWERI, E./HARTMANN, K. (2005). Schweizerisches Strafprozessrecht (6., vollständig überarbeitete Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- JOSITSCH, D. (2009). Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG.
- KELLER, A. J. (2000). Untersuchungshaft im Kanton St. Gallen – vom alten zum neuen Strafprozessgesetz. Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2000, S. 936–952.
- LANGNER, S. (2003). Untersuchungshaftanordnung bei Flucht- und Verdunkelungsgefahr. Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger (Bd. 24). Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- MIESCHER, M. (2008). Die List in der Strafverfolgung (HAUSHEER, H., Hrsg.). Bern: Stämpfli Verlag AG.
- NIGGLI, M. A./HEER, M./WIPRÄCHTIGER, H. (Herausgeber). (2010). Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- SCHLAURI, R. (2003). Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren. Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung. Diss. Zürich.
- SCHMID, N. (2009). Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar Zürich/St. Gallen: Dike Verlag AG.
- TRECHSEL, S. (2000). Gerechtigkeit im Fehlurteil. Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStr) 2000, S. 1–18.
- WAIBLINGER, M. (1937). Das Strafverfahren des Kantons Bern. Langenthal: Merkur A.-G. Langenthal.
- Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung (Bundesamt für Justiz), Bern 2001; zit. Begleitbericht (2001).
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts; BBl 2006, 05.092; zit. Botschaft (2006).

## Aus der Schlichtungsbehörde – Portrait von Pascal Di Marco

Pascal Di Marco arbeitet seit dem 1. Januar 2011 bei der Schlichtungsbehörde Oberland in Thun als Gerichtsschreiber. Sein Anstellungsbeginn fiel zeitgleich auf die Geburtsstunde der Schlichtungsbehörde bzw. deren Arbeitsaufnahme. Pascal Di Marco, der zuvor über 10 Jahre in der Privatwirtschaft tätig war, erzählt im Nachfolgenden u.a., wie er jene Geburtsstunde miterlebt hat und was beim Staat anders gehandhabt wird.

*Pascal, Du hast 10 Jahre in der Privatwirtschaft als Advokat in einem grösseren Versicherungs-Unternehmen gearbeitet. Welche Unterschiede siehst Du zwischen Deinen Arbeitgebern, Privatunternehmen einerseits und öffentlicher Hand andererseits?*

Abgesehen vom Arbeitsinhalt – früher arbeitete ich mehrheitlich als Parteivertreter – änderte sich Einiges. Der Kanton Bern als Arbeitgeber ist ungleich grösser als mein damaliger Arbeitgeber. Bedingt durch diese Grösse kenne ich meine Arbeitskolleginnen und -kollegen nicht mehr alle. Zudem ist das Arbeitsverständnis ein anderes. Heute habe ich das Gefühl, einer Gesamtheit zu dienen. Wenn ich gute Arbeit mache und Menschen einer Eini-gung zuführe, so entlaste ich den Staat, und das kommt Allen zu gute. Früher waren meine Taten eher einzelbezogen. Interessanterweise denke ich heute stärker ans Sparen; oft sehe ich vor meinem geistigen Auge den Sparfinger aufschneiden, der mich ermahnt, behutsam mit den Steuergeldern umzugehen. Wichtig zu erwähnen bleibt, dass beim Staat, insbesondere bei der Gerichtsbehörde, ein anderes Kundenverständnis, soweit ich dem überhaupt so sagen darf, herrscht. Früher wurde ich regelrecht zum Dienstleister getrimmt, zwar nicht im Sinne von «der Kunde ist König» (der dürfte nämlich machen, was er wollte, auch jenseits von anständigem Benehmen), doch immerhin gemäss dem Grundsatz «der Kunde ist Gast Deines Hauses». Letzteres gefiel mir sehr und prägt mich heute.

*Was ist Deiner Meinung nach besser oder schlechter in der Privatwirtschaft und der öffentlichen Hand?*

Ich mag mich gut erinnern, dass ich bei den Anfangsarbeiten der Schlichtungsbehörde hie und da vorpreschte mit Organisationsvorschlägen. Ich wollte einbringen, was ich kannte. Unverständlich war mir zum Beispiel, dass die Email-Abwesenheitsmeldung darauf zu lauten hatte, der Angeschiedene sei nicht da und die Email würde nicht weitergeleitet. Das wurde im früheren Betrieb anders geregelt. Heute wurde dieser Punkt behördenintern angepasst. Sofort ins Auge stach mir



auch der softwaremässige Standard. Dort hatte ich stets die brandaktuellste Version, das Office 10 war reine Selbstverständlichkeit. Ich war ohne eigenes Streben «up to date», einfach beiläufig. Das war super. Dass ich dort auch sog. care-Möbel hatte, also Stühle und Bürotische, die die menschliche Anatomie bestmöglichst unterstützen, war wohl auch in der Privatwirtschaft eher die Ausnahme. Jedenfalls habe ich mich heute ans alte Word gewöhnt. Mein Büro gefällt mir und auch unser Passiv-Haus, das behördenintern viel zu Reden gab. In Bezug auf die eigentliche Arbeit kann ich mich besser darauf konzentrieren. Früher hatte ich fast wöchentlich Weiterbildungen und Workshops abzuhalten. Es war äusserst schwierig, die Arbeit – oft unter Zeitdruck – zu beenden und gleichzeitig den dargebotenen Stoff zu verinnerlichen. Den eigentlichen Arbeitsalltag erlebe ich hier als angenehmer, obwohl er hektisch sein kann. Zudem muss ich nicht immer erreichbar sein. Es ist nach wie vor möglich, das Privat- vom Geschäftsleben zu trennen. Toll ist – das empfinde ich bei den persönlichen Rechtsberatungen –, dass die Dankbarkeit der Kunden weit grösser ist. Früher stellte unsere Dienstleistung eine bezahlte Selbstverständlichkeit dar. Das empfindet der Ratsuchende bei uns nicht so.

*Wie reagierte Dein Umfeld, als Du zum «Kanton» gewechselt hast?*

Dazu fällt mir als erstes ein, dass ich mit faulen Sprüchen bombardiert wurde. Das Vorurteil, wonach Staatsangestellte träge seien bzw. ein geruh-sames Arbeitsleben führen würden, ist nach wie vor existent. Da kamen Aussagen daher, dass ich sicher ein «Schoggi-Leben» führen wolle und nur deshalb «gewechselt» hätte. Das ist Mumpitz. Gerade in der klassischen Justiz wird viel gefordert. Heute «begreift» mein Umfeld, worum's geht und es denkt anders. Ich stelle fest, dass ich jetzt nicht mehr lange zu erklären habe, wenn ich gefragt werde, wo und was ich arbeite. Alles scheint von der ersten Sekunde weg klar. Die Marke «Staat» als Arbeitgeber ist halt schon was.

*Wie erlebst Du Deine heutige Stelle?*

Ich finde es sehr spannend, es «fägt» richtig. Das liegt mitunter daran, dass ich vom Geltungsbeginn der Eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO) mit dabei bin. Zumal die ZPO Interpretationsspielraum bietet, kann ich meinen Teil dazu beitragen, eine Praxis mitzugestalten. Zusammen in einem Team von vier Vorsitzenden, vier Gerichtsschreiberinnen und -schreibern und fünf Gerichtssekretärinnen bewältigen wir eine Vielzahl von Verfahren.

*Wie begegnen Euch die Parteien in den Verfahren, wer kommt zu Euch?*

Da sehr viele gerichtliche Verfahren zuerst vor der Schlichtungsbehörde anhängig gemacht werden müssen, werden wir mit allerlei Rechtsgebieten konfrontiert. Das bringt mit sich, dass die Parteien aus allen Bevölkerungsschichten stammen. Von jung und alt, arm und reich, Schweizer und Ausländer, alles ist vertreten. Interessant ist, dass ich gewisse Parteien schon öfter in verschiedenen Verfahren antreffen konnte. Es scheint, als gäbe es Menschen, die Auseinandersetzungen regelrecht anziehen; sie als Stammkunden zu bezeichnen, wäre allerdings übertrieben. Innerhalb der Verhandlungen gab es bis jetzt noch nie nennenswerte Probleme. Es mag zwar vorkommen, dass rote Köpfe entstehen und Aggressionen aufkeimen; dies konnte bislang immer gezügelt werden. Es zeigt sich auch bei uns, dass die juristische Fragestellung ab und zu in den Hintergrund rückt und nicht das eigentliche Problem ist. Letzteres liegt vielmehr im Ur-Problem, etwa einer enttäuschten Beziehung unter den Parteien. Es kam schon vor, dass eine Partei es als viel schlimmer ansah, dass ihm sein Nachbar den Morgengruss konstant verweigert hatte. Das mündete in einem gerichtlichen Verfahren mit «vorgeschobener» Forderungsstreitigkeit.

*Der Kanton Bern hat bei der Umsetzung der Eidgenössischen ZPO eine Luxusvariante der Schlichtungsbehörde gewählt. Worin besteht denn der Luxus? Zahlt sich das nach heutiger Einschätzung aus?*

Die Bernischen Schlichtungsbehörden stellen ein Luxusmodell dar. Damit will ich mich keineswegs brüsten, sondern nur zum Ausdruck bringen, dass an uns höhere berufliche Anforderungen gestellt werden, als sonst wo üblich. Die ZPO schreibt als neue Justizeinheit eine Schlichtungsbehörde vor, belässt es aber in der Kompetenz der Kantone, wie sie diese ausgestalten. Es gibt nach wie vor kantonale Formen, in denen die «Schlichter» Laien sein dürfen, wo z.B. der Dorfbäcker über Rechtsstreitende befindet. Im Kanton Bern müssen die Vorsitzenden die gleichen Anforderungen erfüllen wie die Gerichtspräsidenten. Die Gerichtsschreiber müssen ebenfalls Juristen sein. Kurzum, die Bernische Schlichtungsbehörde ist auf hohem Niveau «professionalisiert». Dadurch erhofft sich der Kanton Bern eine Entlastung der Regionalgerichte.

Wie die unlängst erstellte Statistik zeigt, erfüllen wir die Erwartungen, übertreffen sie sogar. Vereinfacht ausgedrückt, können wir um die 80–90% der bei uns anhängig gemachten Zivilverfahren endgültig erledigen.

*Was macht Dir besonders Freude an Deiner Arbeit bzw. wie sieht Dein Alltag aus?*

Wie bereits gesagt, finde ich es sehr spannend, die neue ZPO von der ersten Sekunde weg in ihrer praktischen Auswirkung mitzuerleben. Besonders Freude macht mir der persönliche Umgang mit all den Ratsuchenden. Von Gesetzes wegen ist die Bernische Schlichtungsbehörde verpflichtet, zu arbeitsrechtlichen, gleichstellungsrechtlichen und mietrechtlichen Fragestellungen Beratungen anzubieten. Im Gegensatz zu vielen anderen Kantonen hat Bern das Beratungsangebot auf die arbeitsrechtlichen Fragen ausgeweitet, geht somit weiter als es die ZPO vorschreibt (ein weiterer Teil des angesprochenen Luxus). Freude bereitet mir auch, Teil einer kontinuierlich aus sich heraus wachsenden, neuen Staatseinrichtung zu sein und Ideen einzubringen. Und nicht zuletzt verbleibt da die ganze juristische Arbeit in den laufenden Verfahren. Innerhalb der Verhandlungen finde ich es spannend, die nur durch die Akten bekannten Parteien plötzlich zu Gesicht zu bekommen und mit ihnen zusammen, unter der Leitung unserer Vorsitzenden, eine Lösung ihres Problems zu erarbeiten. So bekomme ich Einiges an Non-Verbalem mit.

*Wie bringst Du Arbeit und Privatleben in Einklang?*

Trotz zeitweiser, starker Beanspruchung, lässt mein Job Freizeit zu. Unsere Verhandlungen können zwar lange über den normalen Feierabend hinaus dauern, auch freitags; das stört mich nicht. Mir macht die Schlichtertätigkeit schliesslich Spass. Wenn ich zu Hause bin, dann bin ich wirklich daheim, und nehme das Geschäft nicht mit. Ich kann abschalten. Das liegt auch daran, dass ich nicht in Thun wohne. Ich bin ein Pendler, wie er im Bilderbuche steht. Tagtäglich pendle ich zwischen meinem Wohnort Zofingen und Thun. Dazu

verwende ich gerade mal eine Stunde für einen Weg. Das erstaunt die Meisten, denn es scheint viel weiter weg. Thun ist für mich mehr als nur Arbeitsort. Hier war ich viel als Kind. Das hängt damit zusammen, dass ich zur Hälfte ein Simmentaler bin und sich ein Teil meiner Verwandtschaft im Berner Oberland befindet. Bislang konnte ich mich nicht dazu durchringen, nach Thun zu ziehen. Denn privat bin ich oft mit Musikmachen unterwegs. Ich bin ein begeisterter Ländlermusikant und spiele das Schwyzerörgeli und Akkordeon. Mein Einzugsgebiet befindet sich grösstenteils in der Innerschweiz, und so kommt es, dass Zofingen halt günstiger liegt. Zudem bin ich verbunden mit Zofingen. Meine Partnerin wohnt dort, wie auch nahe Freunde unsererseits, die gleichzeitig unsere Vermieter sind und ein Restaurant betreiben, in

dem ich hie und da zum Tanz aufspiele. Ebenso habe ich einen kürzeren Weg zu meinen Eltern und anderen Freunden in Basel und Umgebung. Neben der Musik bin ich ein passionierter Weinliebhaber. Als körperlichen Ausgleich treibe ich Sport und gehe gerne Wandern. Ich kann behaupten, dass mir meine Anstellung genügend Freiraum und vor allem Erholung lässt, mich in der Freizeit zu entfalten.

*Quintessenz:* Ich habe einen super Job; er bereitet mir Freude und bietet viel Abwechslung. Und, das möchte ich betonen, wir sind ein super Team.

*BE N'ius dankt Dir für das interessante Gespräch, Pascal!*

# Publikationen aus unseren Reihen

## Publications émanant de membres de la justice bernoise

Nachdem in der letzten Ausgabe schwergewichtig auf Publikationen aus dem Straf(prozess)recht aufmerksam gemacht wurde, stehen in dieser Ausgabe verwaltungsrechtliche und zivilrechtliche Aufsätze im Vordergrund:

Dr. iur. PETER M. KELLER, Verwaltungsrichter, hat einen Aufsatz über die «Elemente eines wirksamen Vollzugs des Umweltrechts»<sup>1</sup> publiziert. Er hat bisher bereits zahlreiche Aufsätze im Bereich des Staats- und Verwaltungsrechts sowie des Umweltrechts publiziert. Ebenfalls hat er bereits mehrmals Gerichtsurteile in Aufsätzen besprochen.<sup>2</sup>

DANIEL SUMMERMATTER, Gerichtspräsident Bern-Mittelland, hat anlässlich des Entscheids des Bundesgerichts 5A\_310/2010 vom 19. November 2010 einen 20-seitigen Aufsatz verfasst «Zur Berechnung des Vorsorgeunterhalts».<sup>3</sup> Gegenstand des Bundesgerichtsurteils war ein Scheidungsurteil, mitunter der nacheheliche Unterhalt.

Dr. iur. RAPHAËL ARN, juge régional au tribunal régional du Jura bernois-Seeland, agence de Moutier, et chargé de cours pour la procédure pénale à l'université de Berne, est coéditeur de l'œuvre «Organisation des autorités pénales cantonales et fédérales»<sup>4</sup> dont la publication a été annoncée dans le dernier numéro de BE N'ius.

Entre temps, cette œuvre a paru chez Helbing Lichtenhahn et donne une synthèse sur les règles de la procédure pénale, cantonale et fédérale, après l'entrée en vigueur du code de procédure pénale suisse. Les dispositions concernées sont expliquées dans leurs langues respectives, donc en allemand, en français ou en italien. D'une manière, ceci reflète la diversité des langues en Suisse et facilite, d'une autre manière, le travail des praticiens.

SARAH WILDI

<sup>1</sup> KELLER PETER M., Elemente eines wirksamen Vollzugs des Umweltrechts, *in*: Umweltrecht in der Praxis (URP), 2011, S. 397–416.

<sup>2</sup> Eine detaillierte Publikationsliste (Stand per Sept. 2011) ist auf der Homepage der Universität Bern publiziert unter folgendem [Link:  
> \[http://www.oefre.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/oefre/content/e700/e1361/e8449/e9330/Publikationen\\\_P\\\_M\\\_Keller\\\_1109\\\_ger.pdf\]\(http://www.oefre.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/oefre/content/e700/e1361/e8449/e9330/Publikationen\_P\_M\_Keller\_1109\_ger.pdf\) < \(besucht am 14.11.2011\).](http://www.oefre.unibe.ch/unibe/rechtswissenschaft/oefre/content/e700/e1361/e8449/e9330/Publikationen_P_M_Keller_1109_ger.pdf)

<sup>3</sup> SUMMERMATTER DANIEL, Zur Berechnung des Vorsorgeunterhalts, *in*: FamPra.ch 3/2011, S. 665 ff.

<sup>4</sup> ARN RAPHAËL/SAURER NICOLE/KUHN ANDRE (ED.), Organisation des autorités pénales cantonales et fédérales et dispositions d'application en matière pénale, Bâle 2011.

# Albtraum des Schalterbeamten Kunz

Es ist Samstagmorgen. Kunz, wer könnte es ihm verdenken, hatte in der Nacht von Freitag auf Samstag folgenden Albtraum.

Irgendein Freitagnachmittag im Jahr 2011. Es ist 16.00 Uhr und gleich Feierabend. Kunz freut sich nach einer strengen Woche aufs Wochenende. Neue StPO läuft einigermassen. Selbst ans neue Türen-, Schliessungs- und Sicherheitslabyrinth hat sich Kunz irgendwie angepasst. Sein urtierischer Instinkt bringt ihn jeden Abend irgendwie ins Freie. Nur diesen Freitag nicht!

Kurz nach 16.00 Uhr kommen die ersten aufgeregten Mitarbeiter via Treppe wieder hoch und rufen Kunz aus dem Treppengang zu, das Schliesssystem sei ausgestiegen. Sie kämen unten nicht mehr raus und oben nicht mehr rein. Kunz versucht telefonisch den Hauswart zu erreichen. Telefonzentrale ausgestiegen. Kunz bittet einen Mitarbeiter, der noch diesseits der Sicherheitstüre zum Treppenhaus ist, um sein Handy. Kunz ruft den Hauswart an. Hauswart teilt ihm mit, dass die Elektronik fürs ganze Haus ausgestiegen sei. Aber es könne sich nur um Minuten handeln, bis alles wieder funktioniert. Rufe aus dem steckengebliebenen Lift werden laut. Aus dem fünften Stock rufen irgendwelche Staatsanwälte und Assistentinnen «dr Kafiotomat geit ou nümme u vom Selectaautomat wei mir gar nid redä, Gopferdami».

Aus dem Büro nebenan wo eine Einvernahme läuft, kommen unruhige Mitarbeiter zu Kunz und fragen, «du, was isch mitem V3? I cha nümme protokolliere!» Andere Kanzleimitarbeiter versammeln sich im Gang und rufen entsetzt; «geit öie PC ou nümme»? Kunz erwidert leicht gereizt, «nei äs geit gar rein nümme!» Kunz erklärt ihnen, der PC sei im Moment das kleinste Problem, sie seien nämlich hier zurzeit eingesperrt. Nicht alle Mitarbeiter sind begeistert. Aber der Hauswart habe ihm versichert, es sei nur eine Frage von Minuten...

Freitagabend, 17.00 Uhr. Aus ein paar Minuten ist mittlerweile eine Stunde geworden. Alle sind auf ihrem Stockwerk eingeschlossen. Eine Mischung aus Wut und Angst macht sich breit. Kunz ruft den Hauswart erneut an. Auf Nachfrage, wie lange das Ganze noch dauere, bekommt Kunz zur Antwort,

sie könnten im Moment nicht eruieren, wo das Problem sei. Aber es ginge höchstens noch ein paar Minuten bis sie das Problem im Griff hätten. Kunz bekommt's auch langsam mit der Angst zu tun und muss aufs WC.

Freitagabend, 19.00 Uhr. Verschiedene Mitarbeiter telefonieren (natürlich übers Handy) mit ihren Liebsten und äussern erste Befürchtungen, ob man einander je wieder sieht! Das Gefluhe aus den verschiedenen Büros und Etagen hat einer gewissen Ernüchterung ja sogar Resignation Platz gemacht. Selbst der Abwart spricht jetzt nicht mehr von Minuten, sondern von Stunden, ja vielleicht sogar Tagen, bis wir das Amthaus verlassen könnten.

Kunz denkt an die Kumpel in Chile, welche 69 Tage untertags waren. 69 Tage im Amthaus?

Wie wollen wir uns ernähren! Die Reste (Nüssli und Chips) vom letzten Kanzleifest reichen höchstens für 3 Tage. Kunz beginnt ernsthaft zu schwitzen!

Freitagabend, 21.00 Uhr. Über dem Amthaus hat sich eine unheimliche Stille breit gemacht. Leute, welche zur EV erschienen sind, schluchzen. Sie haben ja damit gerechnet irgendwann bestraft zu werden! Aber gleich so? Einige Mitarbeiter sind eingeschlafen. Andere weinen oder telefonieren noch immer mit ihren Liebsten.

Freitagabend, 22.00 Uhr. Über Lautsprecher aus dem Innenhof werden wir aufgefordert auf die Balkone zu treten. Unten wartet die Feuerwehr mit Sprungtüchern! Allgemeine Euphorie macht sich breit. Vor allem bei denen im 1. und 2. Stockwerk. Bei den Menschen weiter oben wäre von Euphorie zu sprechen übertrieben. Kunz hat zwar auch nicht gerade Freude bei der Vorstellung hier aus dem vierten Stock springen zu müssen. Aber der Gedanke 69 Tage hier eingesperrt zu sein, lässt ihn springen...

Kunz erwacht und ist in seinem Bett! Es ist Samstagmorgen! Kunz ist schweissnass!

Er geht in die Küche, lässt sich einen Kaffee raus. Die Kaffeemaschine funktioniert!

Kunz denkt sich, hoffentlich wird dieser Traum nie wahr!



## Traum der andern Art des Schalterbeamten Kunz

Das Positive vorweg. Entgegen allen Erwartungen atmet Kunz noch, beantwortet weiter Telefone und gibt fachkundige Auskünfte am Schalter. Die Aktenberge haben die Herrschaft noch nicht über ihn erlangt. Der Tinitus hat sich nicht als solcher erwiesen, es sind doch nur die Türen, die ständig piepsen. Eingesperrte Mitarbeiter oder Besucher musste er noch nicht befreien. Zwischendurch hilft er einem verirrten Polizisten oder einem anderen Besucher, den Weg ins Freie zu finden. Die Feuerwehr musste aber bisher nicht bemüht werden. Die Toiletten haben im Januar vorbildlich funktioniert und die Kaffeemaschinen scheinen vor weiteren Schlägen Respekt zu haben. Trotz Vorwarnung ist kein Notvorrat an Speisen zugelegt worden. Im Gegenteil: Die Nüssli und Chips sind verzehrt oder wegen dem Verfalldatum entsorgt. Feng-shuimässig liegt zwar noch einiges im Argen. Aber die Energie fliesst ja bereits durch die Schliessungsanlagen und das muss genügen bei diesen Strompreisen...

Diese Umstände hindern Kunz jedoch nicht zwischendurch zu träumen! Neulich träumte es ihm, er marschiere frühmorgens Richtung Amthaus.

Bei der Aussentüre angekommen macht sich Kunz daran den Schlüssel hervorzukramen als sich die Türe von selbst öffnet....! Kunz betritt das Haus und starrt an hellblaue und rosarote Wände. Der wohlthuend Duft von ätherischen Ölen dringt in sein Riechorgan. Kunz ziemlich erstaunt, ist aber noch schläfrig und achtet sich deswegen nicht weiter. Er will den Liftknopf drücken als sich auch diese Türe vor ihm öffnet, ohne einen Handgriff getan zu haben. Weiter will er den Knopf drücken, auf dem 4. Stock angeschrieben steht. Daneben sticht ihm die Aufschrift «die Loge unseres esoterischen Wellnesshauses befindet sich im 4. Stock» ins Auge. Kunz noch ein bisschen irritierter, begibt sich auf den Weg. Oben angekommen, staunt er nicht schlecht! Dort wo sich normalerweise sein Arbeitsplatz befindet, gibt es keine Schleusen und Panzerglasfenster mehr, sondern einen offenen

Empfangsbereich, wo man Frottierhandtücher und Samthauschuhe ausgehändigt bekommt. Der erste Mensch dem Kunz begegnet spricht ihn mit den Worten «guten Tag mein Liebster» an. Kunz mittlerweile ein wenig orientierungslos, sucht sein Büro, um die Arbeit aufzunehmen. Nach kurzer, intensiver Suche findet er den Raum. Er setzt sich nieder und versucht diese ersten Eindrücke zu verarbeiten. Weitere Mitarbeiter treffen im 4. Stock ein. Alle sind sie weiss gekleidet. Sie strahlen Frieden und Glückseligkeit aus und sind voller Liebe und Sanftmut! Sie halten sich zum Teil an den Händen oder umarmen sich. Kunz versteht die Welt nicht mehr und begibt sich in die 5. Etage um sich einen Kaffee und eine Zigarette zu genehmigen. Kaffeeautomaten gibt es keine mehr. An deren Stelle stehen Krüge mit verschiedenen warmen Teesorten. Gute Laune-, Beruhigungs-, Räucherstäbchen- Ayurvedatee etc. etc. etc.! Kunz das Gewohnheitstier möchte aber Kaffee!! Kaffee ist aber nirgends erhältlich. So begibt er sich, halt ohne Kaffee aber mit Zigaretten ausgerüstet auf den Balkon. Er zündet sich eine Zigarette an, zieht genüsslich daran, als sich hinter ihm die Terrassentüre öffnet. Eine Mitarbeiterin in weissem Gewand spricht mit sanfter Stimme zu ihm, «Du, liebster Roland, tue das deinem Körper nicht an». Kunz sonst mit einer gewissen Spitzzüngigkeit ausgestattet und der Dreistigkeit nie ganz abgewandt, ist gänzlich überfordert. Er drückt die Zigarette aus und begibt sich ohne Worte zu verlieren an seinen Arbeitsplatz. Immer wieder fragt er sich, ob er wirklich im Amthaus ist. Hat ihm der Geruch von Lavendel und ätherischen Ölen vielleicht den Verstand vernebelt? Als das Telefon in diesem Moment klingelt weiss er, jetzt werde ich endlich

wieder in meiner alten Welt sein. Irgendein liebenswerter Mensch wird sich mit rauer Stimme melden und ihn anfauchen, anfluchen oder ihm sonst alles Schlechte dieser Welt wünschen. Kunz nimmt den Hörer in froher Erwartung einer ihn treffenden Bösartigkeit ab. Am andern Ende meldet sich eine zarte, sanftmütige und weiche Stimme und begrüsst ihn mit den Worten: «Hallo lieber Mitmensch, ich habe von euch einen wunderbaren eingeschriebenen Brief erhalten in dem steht, dass ich CHF 140.00 an den herzensguten Staat bezahlen darf. Bitte lieber Freund sage mir, wann ich den Einzahlungsschein erhalte damit ich dich glücklich machen kann». Kunz, der seine innere Mitte längst verlassen hat, versteht gar nichts mehr. «Wenn ihr wollt, könnt ihr mir auch einen Einzahlungsschein in der Höhe von CHF 200.00 senden», fährt die Stimme fort. «Ich liebe euch doch alle und möchte, dass es euch an nichts fehlt». Kunz weiss, und das ist das Schlimmste an der ganzen Sache, diese Stimme meint es ernst. Just in diesem Moment klingelt der Wecker!

Kunz erwacht und schwitzt schon wieder. Im Wissen, dass dies nur ein Traum ist, senkt sich seine Körpertemperatur wieder. Er sitzt auf dem Betttrand und freut sich göttlich beim Gedanken, heute am Arbeitsplatz gestresste, genervte und doch liebenswerte Mitarbeiter anzutreffen und beim ersten Telefon vielleicht schon Ausdrücke der untersten Schublade zu hören. Er wird sich dann irgendwann im Verlauf des Morgens auf den Balkon begeben und mit andern Menschen, die das ihrem Körper antun wollen, genüsslich einen Kaffee schlürfen und eine Zigi rauchen.

Es lebe das Amthaus wie es ist!