



# N'ius

Neues aus der Berner Justiz  
Nouvelles de la Justice bernoise

Heft 13 – Januar 2014  
13<sup>ème</sup> livraison – janvier 2014

**Herausgeberin:**

Weiterbildungskommission der Berner Justiz

**Edition:**

Commission pour la formation continue  
de la justice bernoise

Annemarie Hubschmid Volz, Oberrichterin, Vorsitz

Franziska Bratschi-Rindlisbacher, Oberrichterin

Christian Josi, Gerichtspräsident

Iris Kämpfen, Gerichtsschreiberin am Obergericht

Peter Kästli, Präsident der Steuerrekurskommission

Peter M. Keller, Verwaltungsrichter

Marlis Koller-Tumler, Vorsitzende Schlichtungsbehörde

Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin

Antonietta Martino Cornel, Leiterin HR, Justizleitung

Marguerite Ndiaye, Gerichtsschreiberin

Thomas Perler, Staatsanwalt

Markus Schmutz, stellvertretender Generalstaatsanwalt

Danièle Wüthrich-Meyer, Oberrichterin

**Sekretariat/secrétariat:**

Sandra Gyger, Obergericht Kanton Bern,

Hochschulstrasse 17, 3001 Bern

(031 635 48 77, [weiterbildung.og@justice.be.ch](mailto:weiterbildung.og@justice.be.ch))

**Redaktion/rédaction BE N'ius:****Redaktor:**

Thomas Perler, Staatsanwalt, Amthaus, 3011 Bern

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

**Redaktionssekretariat:**

Annelise Fink, Regionalgericht Bern-Mittelland,

Effingerstrasse 34, 3008 Bern

([annelise.fink@justice.be.ch](mailto:annelise.fink@justice.be.ch))





# Inhaltsübersicht • Table des matières

- 3** Die Ecke des Redaktors  
Le coin du rédacteur
- 5** Weiterbildung in der bernischen Justiz gestern – heute – morgen
- 7** Kursprogramm 2014  
Programme des cours 2014
- 10** Neues aus dem Bundeshaus  
Des nouvelles des autorités fédérales
- 15** Hans Zwahlen  
Alimentenausstände in der Rechtsöffnung
- 19** Miriam Hans  
Ahnenforschung für den Gwunder?
- 25** Vincenzo Amberg  
Der Strafverteidiger – ein Pinocchio?
- 30** «no risk – no fun» – oder die Qualität der Zeugen
- 31** Thomas Ackermann  
Crash-Kurs Familienzulagen
- 33** youth N'ius  
Robe und Perücke bleiben im Schrank
- 34** Daniel Bähler  
Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Familienrecht
- 36** Publikationen aus unseren Reihen  
Publications émanant de membres de la justice bernoise





# Die Ecke des Redaktors

## Le coin du rédacteur

Liebe Kolleginnen und Kollegen  
Liebe Leserinnen und Leser

Der Jahreswechsel vom 2013 ins 2014 ist längst vollzogen, Festtagsbäuche wollen abtrainiert, Vorschläge umgesetzt, neue Ziele in Angriff genommen werden.

Auch in der Weiterbildungskommission der Justizleitung hat es Abgänge und Zuzüge gegeben. Wechsel zum Jahreswechsel eben, aber nicht alltägliche. So hat Stephan Stucki als schon fast nicht mehr wegzudenkender Präsident der Weiterbildungskommission demissioniert, ebenso wie Myriam Grütter, die der Kommission lange Jahre angehört hat, und auch Raphaël Arn. Und dann ist da auch noch Annelise Fink, welche uns aber immerhin im Redaktionsteam des BE N'ius erhalten bleibt. Ihnen allen gebührt vorab einmal herzlicher Dank für ihr Engagement in der Webiko, ein Ehrenamt, das den Berufsalltag zwar bereichern mag, ihn aber halt auch ab und wann gehörig belastet. Nun ist es aber nicht so, dass wir bloss Abschiedssträusse zu verteilen hätten, es braucht auch Willkommensblumen und die überreichen wir ebenso herzlich Oberrichterin Annemarie Hubschmid Volz, welche als altbewährtes Mitglied der Kommission neu auch den Vorsitz übernimmt, Gerichtspräsidenten Christian Josi, der für das Zivilrecht dazukommt, Gerichtspräsidentin Barbara Lips-Amsler, die das Strafrecht mitbetreuen wird, Gerichtsschreiberin Marguerite Ndiaye, die als Vertreterin der Romands einsteigt, und schliesslich auch Sandra Gyger, die neu das Sekretariat der Weiterbildungskommission führen wird.

Die Winterausgabe des BE N'ius 2013/14 hat sich etwas verzögert; auch hier musste der Jahreswechsel abgewartet werden, um die Etikette nicht lügen zu strafen – bis Ende Jahr konnte von Winter ja keine Rede sein. So ist, was auf den nächsten Seiten als Lektüre folgt, im doppelten Sinne kein Schnee von gestern: der scheidende Kommissionspräsident lässt die Weiterbildung in der Berner Justiz bis in die Gegenwart noch einmal Revue passieren, Gerichtspräsident Hans Zwahlen warnt uns vor den Fallstricken der Rechtsöffnung bei ausstehenden Alimentenforderungen und Staatsanwältin Miriam Hans veranschaulicht an der kantonseigenen Gesetzgebung, dass die Einsichtsgewährung in Akten alles andere ist als eine Entscheidung, die stets leicht fällt. Wer über den Strafverteidiger aufgeklärt sein will, stecke seine Nase ungeachtet ihrer Länge in den Bericht von Fürsprecher Vincenzo Amberg über den Umgang des Anwalts mit der Berufslüge und wer etwas über die Tücken eingeschliffener Zahlenkombinationen erfahren will, amüsiere sich über den Kurz-

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

Le passage de 2013 à 2014 est maintenant derrière nous depuis longtemps; les calories accumulées pendant la période des fêtes de fin d'année doivent être résorbées, les bonnes résolutions appliquées et les nouveaux buts fixés atteints.

La commission pour la formation de la Direction de la magistrature a aussi connu un certain nombre de mutations au début de la nouvelle année. Stephan Stucki, président de la commission pour la formation depuis des temps immémoriaux, a démissionné, de même que Myriam Grütter, qui en faisait partie depuis longtemps, ainsi que Raphaël Arn. Et n'oublions pas Annelise Fink, qui continuera néanmoins de nous rendre de précieux services au sein de l'équipe de rédaction de BE N'ius. A elles et à eux tous, nous leur adressons nos chaleureux remerciements pour leur engagement au sein de la commission; une fonction honorifique qui enrichit certes la vie professionnelle quotidienne, mais dont la charge de travail n'est pas à sous-estimer. Il ne s'agit cependant pas seulement de distribuer des éloges à celles et ceux qui nous quittent, mais aussi d'exprimer nos vœux de bienvenue à celles et ceux qui nous font l'honneur de nous rejoindre et/ou d'embrasser de nouvelles fonctions au sein de la commission! Il s'agit d'Annemarie Hubschmid Volz, juge d'appel, qui, en tant que membre expérimentée de la commission, en assume désormais la présidence, de Christian Josi, président de tribunal, qui nous rejoint en tant que responsable pour le droit civil, de Barbara Lips-Amsler, présidente de tribunal, qui sera coresponsable pour le droit pénal, de Marguerite Ndiaye, greffière, nouvelle représentante des Romands, et enfin de Sandra Gyger, qui dirigera le secrétariat de la commission pour la formation.

L'édition d'hiver 2013/14 de BE N'ius a pris un peu de retard; il fallait assurément attendre la fin de l'année précédente afin de respecter l'étiquette – car au vu de la météo jusqu'à la fin de l'année passée, on ne saurait sérieusement parler d'un hiver digne de ce nom jusqu'alors! Ainsi, les contributions que vous trouverez dans les pages suivantes ne représentent pas uniquement de l'histoire ancienne – ou de la vieille neige, «Schnee von gestern», comme on dit en allemand: l'ancien président de la commission nous présente une rétrospective de la formation continue dans la justice bernoise jusqu'à nos jours, Hans Zwahlen, président de tribunal, nous met en garde contre les pièges de la mainlevée de l'opposition dans les cas de contributions d'entretien impayées, et

bericht eines Direktbetroffenen – nennen wir ihn pz. Nicht dass es in dieser Ausgabe nur um's Geld geht, aber das Thema wird von zwei weiteren Beiträgen abgerundet: Verwaltungsrichter Thomas Ackermann lässt es erneut krachen: im Crash-Kurs zu den Familienzulagen, während Oberrichter Daniel Bähler über das Einkommen der selbstständigen Erwerbstätigkeit im Familienrecht aufklärt. Und dann sind da noch Natalie Stalder und Rafaela Schädeli vom Regionalgericht Oberland. Sie haben sich erfreulicherweise als Erste getraut, unsere neue Rubrik zu starten, die allen Lernenden des Kantons zur Verfügung stehen soll. Und sie tun es fulminant mit einer gelungenen Kurzgeschichte aus dem Leben – für einmal sind Nachahmungstäterinnen und -täter erwünscht.

Auf dass es nun doch noch schneie und kein Weg vom Lesestuhl weg gebahnt sei!

THOMAS PERLER

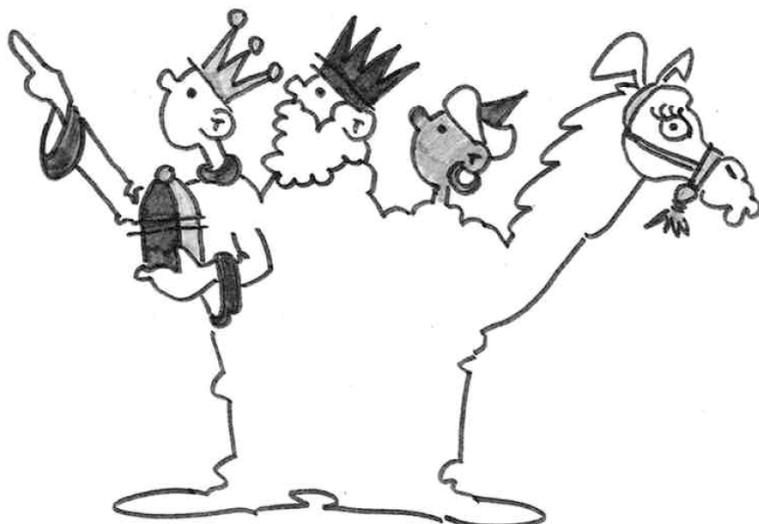
Miriam Hans, procureure, met en lumière, à l'aide de la législation cantonale, que le droit de consulter le contenu des dossiers n'est pas une décision à (p)rendre toujours à la légère.

Celles et ceux qui désirent tout savoir sur le quotidien d'un avocat pénaliste liront avec plaisir l'article de Vincenzo Amberg, avocat, sur le maniement du mensonge professionnel. Quant à celles et ceux qui s'intéressent aux secrets des combinaisons de chiffres gravées, ils s'amuseront à la lecture de la nouvelle d'une personne directement concernée – nous l'appellerons pz. Non pas que l'on ne parle que d'argent dans la présente édition, mais ce sujet sera encore développé dans deux autres contributions: avec Thomas Ackermann, juge administratif, nous saurons tout ce qu'il faut savoir sur les allocations familiales, et Daniel Bähler, juge d'appel, éclairera notre lanterne pour ce qui concerne les revenus d'une activité indépendante dans le cadre du droit de la famille.

Et enfin, vous aurez le plaisir de lire une nouvelle tirée de la vie quotidienne, brillamment rédigée par Natalie Stalder et Rafaela Schädeli, du Tribunal régional de l'Oberland. Elles inaugurent notre nouvelle rubrique à disposition de toutes les apprenantes et de tous les apprenants du canton – que nous invitons à imiter nos deux pionnières.

En espérant que tombe tout de même un peu de neige cet hiver, je vous souhaite une agréable lecture au coin du feu!

THOMAS PERLER



# Weiterbildung in der bernischen Justiz gestern – heute – morgen

## Die Anfänge

Der Brief des Anklagekammerpräsidenten erreichte mich noch vor dem Antritt meines Amtes als Gerichtspräsident: Ich wurde eingeladen, im Frühling 1987 den «UR-Kurs» zu besuchen. Wer als Gerichtspräsident gewählt wurde, begann seine Karriere als Strafverfolger. Der Kurs bestand in einem 14-tägigen Rundgang, in welchem ein amtierender Untersuchungsrichter den Neulingen an einigen Beispielen erläuterte, wie man an einen Fall herangeht. Man besuchte wichtige Dienste der Kriminalpolizei sowie das gerichtsmedizinische Institut. Wir lernten in einer «Schnellbleiche» Erkennungsdienst, Kriminaltechnik, Brandermittlung und anderes kennen und knüpften erste persönliche Kontakte mit unseren künftigen Ansprechpartnern. So gerüstet, wurden wir in den Fronteinsatz geschickt. Das Motto hiess «learning bei doing».

Im Sommer 1993 erschien das erste Heft «Inforterne» der damals neu geschaffenen Weiterbildungskommission. Oberrichter Jürg Sollberger, Vater der Weiterbildung in der bernischen Justiz, beschrieb im Vorwort Idee und Programm: Die Weiterbildung in der Justiz sollte Straf- und Zivilrichtern, den juristischen Mitarbeitern und den Laienrichterinnen und Laienrichtern zugute kommen. Weiterbildung in der Justiz sollte neben Selbststudium, Vorträgen und Referaten auch Seminare und Übungen umfassen. Einvernahmethechnik und -taktik, Verhandlungsführung, Umgang mit Mitrichtern, mit den Medien und der Polizei wurden als Bereiche der Weiterbildung genannt. Früh wurde also erkannt, dass allein mit dem Juristenwissen nicht auszukommen ist. In der Folge kam jedes Jahr ein recht vielfältiges, wenn auch oft etwas strafrechtslastiges Kursprogramm zustande. Als Dozenten wurden zu einem kleineren Teil Aussenstehende (z.B. Hochschullehrer), vorrangig aber eigene Leute aus der bernischen Justiz beigezogen.

## Weiterbildung für Justizangehörige heute

Im Verlaufe des letzten Jahrzehntes hat sich die Weiterbildungslandschaft stark entwickelt und gewandelt. Gesamtschweizerisch wird für forensisch tätige Juristinnen und Juristen eine fast nicht mehr überschaubare Vielfalt von Tagungen und Ausbildungen angeboten. Mit finanzieller Unterstützung des Kantons absolvieren Angehörige der bernischen Justiz Nachdiplomstudien (CAS, MAS) für Strafverfolgung, Jugendstrafverfolgung, Verfolgung von Wirtschaftsdelikten, angeboten vom CCFW in Luzern. Diese «Forensikkurse» und Masterstudien werden ab dem Jahr 2014 von der Uni Luzern und dem Verein CCFW gemeinsam unter dem «Label» Staatsanwaltschaftsakademie angebo-

ten. Zweijährlich bietet die «Richterakademie», ebenfalls von der Unilu, den auf richterliche Tätigkeit ausgelegten Lehrgang «Judikative» an. Auch dieser wird regelmässig von Bernerinnen und Bernern besucht. Von der Universität Neuchâtel werden parallele Studien in französischer Sprache angeboten. Wer heute in der Justiz als Staatsanwalt oder Richter einsteigt, wird somit nicht mehr ins kalte Wasser geworfen. Sie oder er bekommt vorher, systematisch und mit Methode, das für die Praxis nötige Grundwissen vermittelt. Die vereinheitlichten Prozessordnungen (ZPO und StPO) fördern und erleichtern Ausbildungsgänge auf schweizerischer Ebene zusätzlich.

Im Kanton hat die Justizleitung rechtzeitig auf das Inkrafttreten der Justizreform 2 im Januar 2011 ein neues Reglement über die Weiterbildung in Kraft gesetzt. Dieses belässt der Staatsanwaltschaft, der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie der Zivil-, Straf- und Jugendgerichtsbarkeit weitgehende Autonomie in Sachen Weiterbildung. Die Einheiten haben dafür eigene Budgets, Kompetenz und die Verpflichtung, durch finanzielle Unterstützung und eigene Angebote die Weiterbildung ihrer Mitarbeiterinnen zu fördern. Die kantonale Weiterbildungskommission sorgt mit Richtlinien zur finanziellen Unterstützung der Nachdiplomstudien dafür, dass alle Justizangehörigen in gleichem Ausmass von der Hilfe des Kantons profitieren können. Die Kommission bietet selber jedes Jahr rund zehn ganz- oder halbtägige Kurse an, welche heute – gleichmässiger als früher – straf- und zivilrechtliche Themen abdecken. Seit anfangs 2011 ist auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Kommission vertreten und arbeitet am Programm mit. Trotz dem Grossangebot auf schweizerischer Ebene findet das Programm der bernischen «Webiko» guten Zulauf, vorweg von eigenen Justizangehörigen, aber auch von zugewandten Orten wie der Bundesanwaltschaft, der Kantonspolizei sowie der Anwaltschaft. Die inhaltliche Ausrichtung ist nicht «hochwissenschaftlich», denn akademische Veranstaltungen und wissenschaftliche Lehrbücher gibt es genug. «Aus der Praxis für die Praxis» ist vielmehr das Credo, Bodenhaftung ist gefragt. Wenn es geht, sind didaktisch deshalb Übungsfälle und seminarartige Veranstaltungen der Magistralvorlesung vorzuziehen. Wer einen Kurs besucht, soll unmittelbaren praktischen Nutzen davon haben. Der Erfahrungsaustausch ist eine wichtige Zielsetzung: Anklägerin, Verteidiger, urteilende Strafrichter, Parteivertreter aus der Anwaltschaft, Zivilrichterinnen und Schlichter sollen ihre Erfahrungen austauschen und voneinander profitieren.

Ihre Informationsaufgabe erfüllt die Weiterbildungskommission mit dem Heft BE N'ius, das Sie in Händen halten. Es ist seit Winter 2007 etabliert und hat sich inzwischen zu einem eigentlichen Publikationsorgan der bernischen Justiz entwickelt, welches neben dem Kursprogramm und Aufsätzen zu Fachthemen über Aktuelles berichtet.

### Und morgen?

«Wer rastet, der rostet»: Das gilt auch für Strafverfolgungsbehörden und das Personal der Gerichte. Wir haben unser Wissen und Können laufend der gesellschaftlichen, rechtlichen und technischen Entwicklung anzupassen. Das gilt für Juristinnen, aber auch für Nichtjuristen, die alle gefördert werden müssen. Die Halbwertszeit unseres Wissens und Könnens ist gering, Stillstand ist Rückschritt. Angesagt ist die «formation continue», wie es auf Französisch treffend heisst. Ein spezifisch bernisches Programm hat auf dem «Weiterbildungsmarkt» dabei seinen Platz. Es kann flexibel und rasch aktuelle Themen aufgreifen. Neben dem Beackern traditioneller Themen wie der prozessrechtlichen Praxis könnte der Blick vielleicht gar ausgeweitet werden: Welches ist das Rollenverständnis von uns Staatsanwältinnen? Was ist die Aufgabe des Richters, als Scharnierstelle zwischen Gesetz und Gesellschaft? Wie gehen wir mit der Öffentlichkeit um? Spüren Justizangehörige einen Erwartungsdruck, und wenn ja, wie begegnen wir ihm? Und vieles andere, was immer einem in den Sinn kommen mag.

Das bereits erwähnte Reglement über die Weiterbildung soll voraussichtlich von der Justizleitung einer Revision unterzogen werden, um es den neuen Gegebenheiten anzupassen. Die Justizleitung hat auf den 01. Januar 2014 bereits verfügt, dass nicht mehr die Weiterbildungskommission, sondern die Einheiten (Staatsanwaltschaft, Zivil-Straf- und Jugendgerichtsbarkeit, Verwaltungsgerichtsbarkeit), das heisst die Generalstaatsanwaltschaft bzw. die Geschäftsleitungen darüber entscheiden, welche Personen Nachdiplomstudien absolvieren und wie sie vom Kanton finanziell und durch Urlaub unterstützt werden. Die Weiterbildungskommission wird dazu nach wie vor Richtlinien oder Empfehlungen abgeben können. Sie wird als Programmkommission erhalten bleiben und ihre Angebote offen und frei gestalten können. Dasselbe gilt für das Publikationsorgan BE N'ius.

Die Weiterbildung wird in der bernischen Justiz also weiterhin einen hohen Stellenwert haben. Strafverfolgungsbehörden und Justiz können ihre Aufgabe nur erfüllen, wenn sie sich dafür ausbildungsmässig auf dem Laufenden halten. Dafür muss gesorgt sein. Und dafür wünsche ich der Weiterbildungskommission in ihrer neuen Zusammensetzung nur das Beste und – was dazu gehört – viel Spass!

STEPHAN STUCKI  
scheidender Präsident

#### Mitteilung:

Die Justizleitung hat in ihrer Sitzung vom 5. Dezember 2013 auf Antrag der Weiterbildungskommission die Kompetenz zum Entscheid über finanzielle Unterstützung für Nachdiplomstudien sowie ähnlich Ausbildungen je für ihren Bereich, mit Wirkung per 1. Januar 2014 an die Geschäftsleitungen des Ober- und Verwaltungsgerichts sowie an die Generalstaatsanwaltschaft delegiert. Dadurch werden Art. 8 Abs. 1 lit. b und f des aktuellen Weiterbildungsreglements faktisch sistiert; eine formelle Anpassung des Reglements erfolgt später.

#### Information:

Sur requête de la Commission pour la formation continue, la Direction de la magistrature a décidé dans sa séance du 5 décembre 2013 de déléguer, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2014, la compétence décisionnelle relative au soutien financier des formations postgraduées et autres formations similaires aux directoires respectifs de la Cour suprême et du Tribunal administratif, ainsi qu'au Parquet général. De ce fait, l'application de l'art. 8 al. 1 let. b et f du règlement sur la formation continue est suspendue; une adaptation formelle de cette disposition interviendra plus tard.

# Kursprogramm 2014

## Kurs 1

«Noch einmal und ich bringen ihn um ...» –  
Möglichkeiten von Polizei und Staatsanwaltschaft  
im Umgang mit Menschen, die drohen

Offen für Mitglieder der bernischen Justiz und der  
Kantonspolizei Bern

Der Titelsatz ist tausendmal gehört und zum Glück selten umgesetzt. Was aber, wenn alle Zeichen danach stehen, dass es tatsächlich zu einem schweren Delikt kommen könnte? Die Kantonspolizei Bern stellt ihr Projekt «Gefährder» vor und präsentiert zusammen mit fallführenden StaatsanwältInnen einzelne Fälle; die forensische Psychiatrie ergänzt das Thema mit der Vorstellung von Beurteilungsinstrumenten zur Gefährdungseinschätzung und Täterprofilen.

### Kursleitung:

Thomas Perler, Staatsanwalt

### Referierende:

Laura Marinello, lic. iur., LL.M., Chefin Spezialfahndung 2, Kantonspolizei Bern  
Roland Knöri, Leiter der Fachstelle Drohung und Gewalt, Kantonspolizei Bern  
Reto Bachmann, Fachbereichsleiter Jugendkriminalität, Projektleiter-Stv Projekt «Gefährder», Kantonspolizei Bern  
Dr. med. Henning Hachtel, leitender Arzt Erwachsenenforensik, Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel  
*Staatsanwältinnen und Staatsanwälte des Kantons Bern*

### Dauer:

½ Tag, Vormittag

### Termin:

Mittwoch, 2. April 2014

### Kursort:

Amthaus Bern, Assisensaal

# Programme des cours 2014

## Cours 1

«Encore une fois et je le descends! ...» – les  
possibilités de la police et du Ministère public  
de traiter des personnes qui menacent

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

La phrase citée dans le titre a été entendue des milliers de fois, mais fort heureusement, elle n'est que rarement concrétisée. Mais comment réagir en présence de signes avant-coureurs indiquant qu'une infraction grave pourrait effectivement se produire? La police cantonale bernoise présente son projet «Gefährder» et expose les circonstances de certains cas particuliers, en commun avec les procureures et procureurs responsables; le sujet est complété sous l'angle de la psychiatrie légale avec la présentation de méthodes d'évaluation de la dangerosité et de profils d'auteurs d'infractions.

### Direction du cours:

Thomas Perler, procureur

### Conférenciers:

Laura Marinello, lic. iur. LL.M, cheffe brigade spéciale 2, police cantonale bernoise  
Roland Knöri, Responsable du Service spécialisé Menace et Violence police cantonale bernoise  
Reto Bachmann, chef domaine spécialisé délinquance juvénile et Rempl. responsable projet «personne dangereuse», police cantonale bernoise  
Dr. med. Henning Hachtel, médecin responsable de la psychiatrie légale pour adultes, Cliniques psychiatriques universitaires de Bâle  
*Procureures et procureurs du canton de Berne*

### Durée:

½-journée, le matin

### Date:

Mercredi, le 2 avril 2014

### Lieu:

Amthaus, Berne, salle des assises

**Kurs 2****Der Streitgegenstand**

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

Um den Streitgegenstand kommt man nicht herum. Für zahlreiche prozessuale Fragen ist der Streitgegenstand von entscheidender Bedeutung. Grund genug, diesem schillernden Begriff eine Weiterbildung zu widmen.

**Kursleitung:**

Iris Kämpfen, Gerichtsschreiberin, Obergericht Kanton Bern

**Referierende:**

Stephen V. Berti, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, nebenamtlicher Bundesrichter  
Sven Rüetschi, Dr. iur., Rechtsanwalt, Bern  
Alexia Sidiropoulos, Rechtsanwältin, Gerichtsschreiberin am Regionalgericht Bern-Mittelland  
Dirk Wimmer, Rechtsanwalt, Vorsitzender Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau

**Dauer:**

½ Tag, Nachmittag

**Termin:**

Donnerstag, 3. April 2014

**Kursort:**

Bern

**Kosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Cours 2****L'objet du litige**

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

On ne peut pas échapper à l'objet du litige. Pour de nombreuses questions d'ordre procédural, l'objet du litige est d'une importance décisive. De quoi dédier un cours à ce concept à facettes.

**Direction du cours:**

Iris Kämpfen, greffière auprès de la Cour suprême du canton de Berne

**Conférenciers:**

Stephen V. Berti, Prof. Dr. iur., avocat, juge suppléant au Tribunal fédéral  
Sven Rüetschi, Dr. iur., avocat, Berne  
Alexia Sidiropoulos, avocate, greffière auprès du Tribunal régional de Berne-Mittelland  
Dirk Wimmer, avocat, président de l'Autorité régionale de conciliation de l'Emmental-Haute Argovie

**Durée:**

½ journée, l'après-midi

**Date:**

Jeudi, 3 avril 2014

**Lieu:**

Berne

**Coûtes:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Kurs 3****Vom Verhaften, Dealen und Klagen: Oder: ausgewählte Themen zur StPO**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Nach mehr als drei Jahren Praxis mit der Strafprozessordnung hat sich im Berufsalltag vieles eingependelt. Zeit also, sich einigen ausgewählten Themen vertiefter anzunehmen: Beim Thema Haft ist das Bundesgericht höchststrichterlich kreativ, der Kurs soll – in deutscher und französischer Sprache – helfen, einen Überblick über die aktuelle kantonale und bundesgerichtliche Praxis zu be- bzw. erhalten. Und: haben wir uns ans juristische «dealen» gewöhnt? Wie sehen die Erfahrungen von Staatsanwaltschaft und Gerichten mit dem abgekürzten Verfahren aus? Dieser Frage soll im Kurs ebenso nachgegangen werden wie der nach Erfahrungen mit der meist ungeliebten Dritten im Strafverfahren, der Privatklägerschaft.

**Kursleitung:**

Barbara Lips, Gerichtspräsidentin Wirtschaftsstrafgericht

**Referierende:**

Beat Brechbühl, Richter am Kantonalen Zwangsmassnahmengericht  
Charles Haenni, Staatsanwalt  
Hanspeter Kiener, Oberrichter  
Martin Müller, Gerichtspräsident

**Dauer:**

½ Tag, Nachmittag

**Termin:**

Dienstag, 20. Mai 2014, 14.00 – 17.15 Uhr

**Kursort:**

Bern

**Cours 3****Arrestation, procédure simplifiée, accusation: Ou: thèmes choisis de la CPP**

Ouvert aux membres de la justice bernoise

Après trois ans de pratique avec le code de procédure pénale, le quotidien s'est installé. C'est le moment d'approfondir certains thèmes. En ce qui concerne l'arrestation, le tribunal fédéral fait preuve de créativité, le but du cours (qui est donné en langue allemande et en langue française) est de donner un aperçu sur la pratique cantonale et fédérale. Et: Est-ce que nous nous sommes habitués à la procédure simplifiée? Quels sont les expériences du ministère public et des tribunaux? Le cours va examiner cette question, mais également celle de savoir comment traiter une tierce partie, souvent mal aimée, soit la partie plaignante, dans la procédure pénale.

**Direction du cours:**

Barbara Lips, Présidente du Tribunal pénal économique

**Conférenciers:**

Beat Brechbühl, Juge au tribunal cantonal des mesures de contraintes  
Charles Haenni, Procureur  
Hanspeter Kiener, Juge d'appel  
Martin Müller, Président de Tribunal

**Durée:**

½ journée, l'après-midi

**Date:**

Mardi, 20 mai 2014, 14.00 – 17.15 h

**Lieu:**

Berne

# Neues aus dem Bundeshaus

## Des nouvelles des autorités fédérales

### Strafrecht

DR. PETER GOLDSCHMID, Bundesamt für Justiz

SIMONE HUSER, MLAW, Rechtspraktikantin  
bei der Generalstaatsanwaltschaft

Wie in der letzten Ausgabe (Heft 11, 2013) angekündigt, soll das Bundesgericht künftig bei Beschwerden gegen Entscheide des Bundesstrafgerichts die Feststellung des Sachverhalts und die Beweiswürdigung der Vorinstanz **uneingeschränkt überprüfen** können. Der Bundesrat hat am 4. September 2013 die Botschaft zur Änderung des BGG verabschiedet (BBI 2013 7109).

In der Beratung vom 21. Juni 2013 hat das Parlament dem Vorschlag des Bundesrats zugestimmt, die geltende Verjährungsfrist für Vergehen, die in Artikel 97 Absatz 1 Bst. c StGB bzw. in Artikel 55 Absatz 1 Bst. c MStG geregelt ist, von sieben auf zehn Jahre zu erhöhen. Der Anstoss für diese Gesetzesänderung gaben die im Jahr 2008 eingereichten Motionen **«Verjährungsfristen bei Wirtschaftsdelikten»** (08.3806/08.3930). Die beschlossene Erhöhung soll nur für schwerste Vergehen gelten, für die im Gesetz die Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe angedroht ist. Die Referendumsfrist ist am 10. Oktober 2013 unbenutzt abgelaufen, so dass die Änderung voraussichtlich Anfang 2014 in Kraft treten wird.

Am 26. Juni 2013 hat der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Strafrechts für die Umsetzung der **«Ausschaffungsinitiative»** verabschiedet (BBI 2013 5975). Er schlägt eine vermittelnde Lösung vor, die mit gewissen Einschränkungen dem von den Initianten angestrebten Ausweisungsautomatismus sowie dem Verhältnismässigkeitsprinzip und den Menschenrechtsgarantien Rechnung tragen soll. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrats hält hingegen dafür, die von Volk und Ständen angenommene Initiative strikt nach ihrem Wortlaut umzusetzen. Der Grundsatzentscheid der Kommission bedeutet, dass den Gerichten bei der Beurteilung bestimmter Straftatbestände kein Ermessen mehr zukommen soll, ob ein krimineller Ausländer ausgeschafft werden soll oder nicht. Die Verwaltung wurde nun beauftragt, der Kommission bis Ende 2013 neue Vorschläge für die Umsetzung der «Ausschaffungsinitiative» zu unterbreiten. Definitive Anträge wird die Kommission dem Rat im 1. Quartal 2014 stellen.

In den Schlussabstimmungen vom 27. September 2013 hat das Parlament die Genehmigung und Umsetzung der Lanzarote Konvention verabschiedet. Das Übereinkommen des Europarats vom 25. Oktober 2007 zum **Schutz von Kindern vor sexu-**

**eller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch** regelt die verschiedenen Formen sexuellen Kindesmissbrauchs umfassend. Damit die Schweiz den Vorgaben dieser Konvention genügt, sind Änderungen des StGB nötig. Neu ausdrücklich für strafbar erklärt wird die Inanspruchnahme sexueller Dienste Minderjähriger zwischen 16 und 18 Jahren gegen Entgelt (Art. 196 E-StGB) sowie die Förderung der Prostitution Minderjähriger (Art. 195 Bst. a zweiter Halbsatz E-StGB). Im Bereich der Kinderpornografie werden Kinder bis zum vollendeten 18. Lebensjahr vor der Mitwirkung an sexuellen Darstellungen geschützt (Art. 197 Abs. 4 und 5 E-StGB). Ebenfalls strafbar erklärt wird das Anwerben und Veranlassen einer minderjährigen Person zur Mitwirkung an pornografischen Vorführungen (Art. 197 Abs. 3 E-StGB). Zum heiklen Thema des «Groomings» (Anbahnen sexueller Kontakte mit Minderjährigen in Diskussionsforen im Internet) hat die Kommission beschlossen, eine parlamentarische Initiative einzureichen. Die Referendumsfrist läuft am 16. Januar 2014 ab. Mit einer Inkraftsetzung der Änderungen ist frühestens im Laufe des Jahres 2014 zu rechnen.

Wie bereits im Heft 12 (2013) erwähnt, hat der Nationalrat die Volksinitiative **«Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen»** überraschend zur Annahme empfohlen. In der Schlussabstimmung hat der Nationalrat den entsprechenden Bundesbeschluss jedoch (im Gegensatz zum Ständerat) abgelehnt, so dass die Volksinitiative ohne Abstimmungsempfehlung des Parlaments zur Abstimmung kommen wird. Der Bundesrat wird die Abstimmung voraussichtlich im kommenden Jahr ansetzen. Im Parlament stehen unabhängig von der Initiative Verschärfungen für Pädokriminelle zur Diskussion. Dazu gehört auch ein lebenslangliches Tätigkeitsverbot für besonders gefährliche pädophile Straftäter, wie es die Initiative verlangt. Vorgesehen sind zudem Kontakt- und Rayonverbote für verurteilte Straftäter und es soll eine Grundlage für einen speziellen Strafregisterauszug geschaffen werden, mit dem Bewerber für die Arbeit mit Kindern ihre Unbescholtenheit beweisen können (BBI 2012 8819). Der Ständerat hat die Gesetzesänderung bereits gutgeheissen; als nächstes ist der Nationalrat an der Reihe. Es wäre möglich, dass das Parlament die Anpassungen beschliesst, bevor die Initiative zur Abstimmung kommt.

Die anhaltende Kritik am neuen **Sanktionensystem** war bereits in den Ausgaben 9 und 10 (2012) Thema. Nun hat der Nationalrat den Entwurf des Bundesrats zur **Änderung des Sanktionenrechts** in den Allgemeinen Teilen des StGB und des MStG (BBI 2012 4721) beraten und am

25. September 2013 zu Händen des Zweitrates verabschiedet. Dabei ist der Nationalrat dem Entwurf in weiten Teilen gefolgt: So soll die Geldstrafe auf 180 Tagessätze herabgesetzt werden, die kurze Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten soll wieder eingeführt, der Vorrang der Geldstrafe anstelle kurzer Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten soll aufgegeben und die gemeinnützige Arbeit soll zur Vollzugsform werden. Wegen der Reduktion der Geldstrafe auf 180 Tagessätze und des Wegfalls des Vorrangs von Geldstrafen gegenüber Freiheitsstrafen dürften inskünftig wieder vermehrt Freiheitsstrafen zu vollziehen sein. Um diese Auswirkung auf den Vollzug abzufedern, ist der Einsatz elektronischer Fussfesseln für den Strafvollzug nunmehr für die ganze Schweiz vorgesehen. Anders als der Bundesrat will der Nationalrat dagegen die bedingte Geldstrafe nicht ganz abschaffen, die Gewährung des bedingten Vollzugs aber an strengere Voraussetzungen knüpfen als bei der Freiheitsstrafe. Konkret soll eine Geldstrafe nur beim Vorliegen «besonders günstiger Umstände» ausgesprochen werden können. Überdies hat der Nationalrat den Mindesttagessatz für Geldstrafen auf 30 Franken festgelegt und Massnahmen für einen rascheren Vollzug von Geldstrafen beschlossen. Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats ist ohne Gegenstimme auf die Vorlage eingetreten, hat Anhörungen durchgeführt und will an ihren nächsten Sitzungen weitere Anhörungen vornehmen sowie die Vorschläge des Bundesrates und die Konsequenzen eingehend prüfen, welche die vom Nationalrat in der Herbstsession 2013 an der Vorlage vorgenommenen Änderungen haben.

Am 1. November 2013 ist die **Teilrevision des Geldwäschereigesetzes** (GwG) in Kraft getreten. Mit der Vertiefung des Informationsaustausches zwischen der schweizerischen Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) und ihren ausländischen Partnerbehörden soll sich die Analysetätigkeit der Meldestelle verbessern und es soll eine Angleichung an die international anerkannten Standards erzielt werden. Künftig soll die Meldestelle selbständig Verträge über die technische Zusammenarbeit mit ausländischen Geldwäscherei-Meldestellen abschliessen können. Gleichzeitig mit dem Gesetz ist auch die Revision der **Verordnung über die Meldestelle für Geldwäscherei** (MGwV) in Kraft getreten.

Ebenfalls ausgebaut werden die Rechtsgrundlagen zur **Bekämpfung der Korruption**. So soll die Privatbestechung als Offizialdelikt im Strafgesetzbuch geregelt werden und nicht mehr von einer Konkurrenzsituation abhängig sein. Neben den Änderungen im Bereich der Privatbestechung sieht der Vorentwurf des Bundesrats zudem eine Präzisierung bei der Bestechung von Amtsträgern vor. Die Vernehmlassungsfrist ist Anfang September 2013 abgelaufen.

Am 27. Juni 2013 hat der Bundesrat die **Verordnung über die Fachkommission zur Beurteilung lebenslänglich verwahrter Straftäter** verabschiedet. Der Fachkommission soll keine Entscheidungsbefugnis zukommen. Ihre (medizinischen) Gutachten dienen aber als wichtige Entscheidungsgrundlagen für die kantonalen Behörden, die von Amtes wegen oder auf Gesuch hin prüfen, ob neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, die erwarten lassen, dass ein verwahrter Täter so behandelt werden kann, dass er für die Öffentlichkeit keine Gefahr mehr darstellt. Die Kantone können dem Bund zurzeit Vorschläge für geeignete Kandidaten und Kandidatinnen unterbreiten.

Am 3. Juli 2013 hat der Bundesrat die Konvention des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von **Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt** gutgeheissen. Das schweizerische Recht verfügt auf Bundesebene weitgehend über die notwendigen Instrumente zur Umsetzung der Konvention, die verschiedene Formen von Gewalt gegen Frauen strafbar erklärt. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf die neuen Straftatbestände der Zwangsheirat (Art. 181a StGB) und der Verstümmelung weiblicher Genitalien (Art. 124 StGB) verwiesen. In einzelnen Bereichen wird nun noch vertieft geprüft, ob ein zusätzlicher Regelungsbedarf besteht.

Am 3. März 2013 haben Volk und Stände der Volksinitiative **«gegen die Abzockerei»** zugestimmt. Der Vorentwurf der Verordnung hält sich eng an den Wortlaut des Verfassungstextes. Verstösse gegen die zwingenden Vorschriften der Verordnung können strafrechtlich verfolgt und mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft werden. Auf einen direkten Eingriff in das StGB wird aber verzichtet. Die Verordnung soll Ende November 2013 verabschiedet und auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt werden.

Ebenfalls am 1. Januar 2014 soll das zweite Umsetzungspaket des Verkehrssicherheitsprogramms **«Via Sicura»** in Kraft treten. Dazu müssen die darin enthaltenen Massnahmen in verschiedenen Verordnungsbestimmungen konkretisiert werden. Die Änderungen betreffen hauptsächlich die Aktualisierung der medizinischen Mindestanforderungen zum Führen von Motorfahrzeugen, die Qualitätssicherung bei verkehrsmedizinischen und –psychologischen Fahreignungsabklärungen, das Verbot für bestimmte Personengruppen, unter Alkoholeinfluss zu fahren sowie das obligatorische Fahren mit Licht am Tag.

Des Weiteren hat das Parlament die Motion «Definition der Untersuchungshaft. Aufhebung der Voraussetzung eines effektiv erfolgten Rückfalls» (12.4077) angenommen und den Bundesrat beauftragt, die **Voraussetzungen für die Anordnung von Untersuchungshaft und Sicherheitshaft bei Wiederholungsgefahr** in der StPO der bundesge-

richtlichen Rechtsprechung anzupassen. Nach dem Bundesgericht ist Untersuchungshaft (oder Sicherheitshaft) wegen Wiederholungsgefahr selbst beim Fehlen früherer gleichartiger Straftaten rechtmässig, sofern schwere Verbrechen oder Vergehen und eine ernsthafte und konkrete Gefahr für mögliche Opfer vorliegen. Der Wortlaut der StPO stimmt nicht mit dieser Praxis überein und soll nun gelegentlich angepasst werden.

## Zivilrecht

MARLIS KOLLER-TUMLER

Vorsitzende Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland

### Die gemeinsame elterliche Sorge

Am 10. Oktober 2013 ist die Referendumsfrist zur gemeinsamen elterlichen Sorge (Art. 296 ff. revZGB) abgelaufen. Nunmehr gilt die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall, unabhängig davon ob die Kinseltern unverheiratet, verheiratet oder geschieden sind. Voraussetzung bei unverheirateten Eltern ist allerdings, dass der Vater die Vaterschaft anerkannt hat bzw. dass eine Vaterschaftsklage gutgeheissen wurde und dass entweder die Eltern eine gemeinsame Erklärung abgeben oder die Kinderschutzbehörde die gemeinsame elterliche Sorge verfügt (Art. 298 revZGB). Die Neuregelung der elterlichen Sorge geht vom Grundsatz aus, dass alle das Kind betreffenden Entscheidungen von den Eltern gemeinsam gefällt werden sollen. Nur ausnahmsweise – nämlich in dringlichen Angelegenheiten und wenn der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand erreichbar ist – darf der betreuende Elternteil allein entscheiden (Art. 301 revZGB). Ein Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes setzt bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Zustimmung beider Eltern, des Gerichts oder der Kinderschutzbehörde voraus, sofern der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs durch den anderen Elternteil hat (Art. 301a Abs. 2 revZGB).

Das neue Recht, dessen Inkraftsetzung ursprünglich auf den 1.1.2014 geplant war, das aber nach einer Intervention der Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) erst auf den 1. Juli 2014 in Kraft tritt, enthält eine interessante «Rückwirkungsklausel». Nach Art. 12 Abs. 4 und 5 revSchITZGB kann das gemeinsame Sorgerecht von unverheirateten Eltern (oder einem Elternteil) jederzeit verlangt werden. Bei geschiedenen Eltern kann das gemeinsame Sorgerecht nur dann verlangt werden, wenn die Scheidung weniger als fünf Jahre zurück liegt.

Die Änderung der elterlichen Sorge führt auch zu Anpassungen der Zivilstandsverordnung (ZStV),

der Verordnung über die Gebühren im Zivilstandswesen (ZStGV) sowie der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV).

### Neuregelung des Unterhaltsrechts

Parallel zum Sorgerecht soll auch das Kindsunterhaltsrecht revidiert werden. Die entsprechende Neuregelung zielt auf eine stabile und verlässliche Kindsbetreuung einerseits und auf finanzielle Sicherheit andererseits. Am 29. November 2013 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Zivilgesetzbuches (demnächst im BBl); diese befindet sich zurzeit in der vorberatenden Kommission des Parlaments. Die Revision will den Betreuungsunterhalt als eigenständigen Anspruch des Kindes einführen (Art. 285 Abs. 2 / Art. 289 Abs. 1 E-ZGB). Der Unterhalt für unmündige Kinder soll absolute Priorität gegenüber anderen familienrechtlichen Pflichten haben (Art. 276a E-ZGB). Es wird ein Konzept geschmiedet, das zu einem gerechteren Umgang mit sog. Mankofällen (betrifft Kinder aus Familien in bescheidenen finanziellen Verhältnissen, wo die Trennung der Eltern ein grosses Armutsrisiko beinhaltet) führen soll (Art. 286 E-ZGB). Last but not least strebt man – soweit bundesrechtlich überhaupt möglich – eine Harmonisierung der Inkassohilfe und eine Koordination der Alimentenbevorschussung an (Art. 290 E-ZGB).

### Revision des Adoptionsrechts

Ebenfalls um das Kindeswohl geht es bei der geplanten Revision des Adoptionsrechts. Am 29. November 2013 wurde die diesbezügliche Vernehmlassung eröffnet. Das neue Adoptionsrecht senkt die Voraussetzungen für die Adoptionen (so soll etwa die Mindestaltersgrenze nur noch 28 statt wie heute 35 Jahre betragen). Es will vermehrt von starren Richtlinien abweichen und Beurteilungen zulassen, die dem Einzelfall am besten gerecht werden. Die Stiefkindadoption soll neu auch Paaren in eingetragenen Partnerschaften offenstehen. Als Variante wird vorgeschlagen, die Stiefkindadoption nicht nur eingetragenen Paaren, sondern zusätzlich auch Paaren in faktischen (verschieden- und gleichgeschlechtlichen) Lebensgemeinschaften zu ermöglichen, wobei in allen Fällen eine Mindestdauer des gemeinsamen Zusammenlebens von 3 Jahren vorausgesetzt werden soll.

### Umsetzung der Abzockereiinitiative (Verordnung gegen übermässige Vergütungen)

Am 3. März 2013 haben Volk und Stände die «Volksinitiative gegen die Abzockerei» deutlich angenommen. Gestützt darauf hat der Bundesrat am 20. November 2013 die VegüV (SR 221.331) – ein Gesetzeswerk bestehend aus 13 Abschnitten mit 33 Bestimmungen – erlassen und auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt. Eine detaillierte Vorstellung der Bestimmungen würde den Rahmen dieses Berichts sprengen. Hier nur so viel: Sie tangiert

das Obligationenrecht (Arbeits- und Aktienrecht) nicht nur, sondern geht diesem teilweise sogar vor. Die VegüV gilt bis die entsprechenden formell-gesetzlichen Bestimmungen in Kraft treten. Die nächste Revision des Aktienrechts steht demnach schon wieder vor der Tür.

## Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

### *Neues Sanierungsrecht*

In der Sommersession 2013 wurde das revidierte SchKG verabschiedet, welches der Bundesrat auf den 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt hat. Die Vorlage bringt Neuerungen im Sanierungs- und im Arbeitsrecht. Der Einstieg in ein Sanierungsverfahren soll leichter werden. Ein Schuldner erhält rascher und einfacher als bisher eine provisorische Nachlassstundung bewilligt (Art. 293a-d revSchKG). Nach dem Konzept des Entwurfs hätte der Konkursaufschub zugunsten der provisorischen Nachlassstundung gestrichen werden sollen. Das Parlament hat diesen aber – ganz nach dem Motto «nützt es nichts, so schadet es auch nichts» – beibehalten, womit nun zwei Sanierungsverfahren mit unterschiedlichen Voraussetzungen vorliegen. Das wird noch Probleme bieten.

Das erst vor vier Jahren eingeführte Konkursprivileg für Forderungen der Mehrwertsteuer in der zweiten Klasse (Art. 219 Abs. 4 lit. e aSchKG) wurde – da zu sanierungsfeindlich – wieder aufgehoben.

Diverse Neuerungen gibt es auch bei der paulianischen Anfechtung. Erwähnenswert ist die Umkehr der Beweislast bei der Schenkungs- und der Absichtspauliana zugunsten einer nahestehenden Person (als solche gelten ausdrücklich auch Gesellschaften eines Konzerns, vgl. Art. 286 Abs. 3 bzw. 288 Abs. 2 SchKG). Die Frist zur Geltendmachung des Anfechtungsrechts ist neu als – unterbrechbare – Verjährungs- und nicht mehr als Verwirklichungsfrist konzipiert (vgl. Art. 292 rev.SchKG).

Einschneidende Änderungen ergeben sich auch im Arbeitsrecht mit dem neuen Art. 333b OR. Neu muss der Erwerber eines Betriebs im Sanierungsfall nicht mehr alle bisherigen Arbeitsverträge übernehmen. Er hat vielmehr das Wahlrecht, mit wie vielen und mit welchen ArbeitnehmerInnen er den Betrieb weiterführen will. Auch wurde die Solidarhaftung für offene Lohnforderungen (Art. 333, Abs. 3 OR) für diesen Fall gestrichen. Der Erwerber eines Unternehmens muss demnach nicht mehr für allfällige Forderungen der übernommenen Arbeitnehmenden geradestehen, wenn der bisherige Arbeitgeber mit den Lohnzahlungen im Rückstand ist. Als politischer «Ausgleich» für die Lockerungen in Artikel 333b wurde eine Sozialplanpflicht (Art. 335 h–j OR) eingeführt, wobei gem. Art. 335 k OR die entsprechenden Bestimmungen nicht gelten bei Massenentlassungen, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen, das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen werden.

### *Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle*

Am 20. September 2013 ist die Vernehmlassungsfrist zur Parlamentarischen Initiative Abate abgelaufen. Diese fordert die Einführung der Möglichkeit der «Löschung»/Streichung einzelner Zahlungsbefehle aus dem Betreibungsregisterauszug. Überdies sollen negative Feststellungsklagen wiederum jederzeit zugelassen werden (in Ausbehebung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 85a SchKG, welche solche erst nach einer rechtskräftigen Beseitigung des Rechtsvorschlages zulässt; ständige Rechtsprechung seit BGE 125 III 149 ff.). Das Geschäft ist bei der Rechtskommission des Ständerates, welche über das weitere Vorgehen zu befinden hat, pendent.

### *Vertretung im Betreibungsverfahren*

Ende 2013 ist die Vernehmlassungsfrist zur Motion Rutschmann abgelaufen. Diese verlangt die Streichung der kantonalen Kompetenz zur Regelung der gewerbsmässigen Gläubigervertretung (Art. 27 SchKG) und fordert den freien Zugang für gewerbsmässige Gläubigervertretungen zum gesamtschweizerischen Markt. Derzeit wird die Botschaft vorbereitet. Dabei soll nicht nur das Anliegen der Motion umgesetzt werden, indem die bestehende kantonale Kompetenz, die gewerbsmässige Gläubigervertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren zu regeln, aufgehoben wird, sondern es soll gleich auch die freie Vertretung in den SchKG-Summarverfahren zugelassen werden, da diese Verfahren in einem engen Zusammenhang mit dem eigentlichen Zwangsvollstreckungsverfahren stünden. Damit fällt das Privileg der AnwältInnen sowie der RechtsagentInnen.

## Weitere anstehende Änderungen im Obligationenrecht

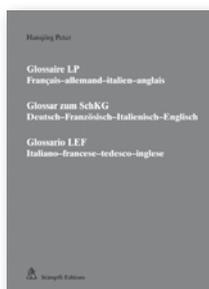
### *Verjährungsrecht*

Nachdem die Vernehmlassung zum Verjährungsrecht bereits 2011 stattgefunden hat, verabschiedete der Bundesrat am 29. November 2013 die Botschaft zur Revision des Verjährungsrechts. Im Zentrum der Gesetzesrevision stehen neue und vereinheitlichte Verjährungsfristen. Neben der Einführung einer absoluten Verjährungsfrist von 30 Jahren bei Personenschäden (Stichwort Asbest) ist die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist für Ansprüche aus Delikts- oder Bereicherungsrecht auf 3 Jahre zu nennen. Ersatzlos gestrichen werden soll Art. 128 OR, der für gewisse Forderungen (namentlich für Miet- und Lohnforderungen) eine fünfjährige Verjährungsfrist vorsieht. Künftig sollen auch diese vertraglichen Forderungen der allgemeinen Verjährungsfrist von zehn Jahren unterliegen. Das Geschäft ist momentan in der vorberatenden Kommission des Ständerates hängig. Über diese Vorlage wird noch weiter zu berichten sein. Ausdehnung des konsumentenrechtlichen Widerrufsrecht (Art. 40a ff. OR)

Schon im Jahre 2006 reichte Ständerat Bonhôte eine parlamentarische Initiative ein, mit welcher er das Haustürwiderrufsrecht auch auf am Telefon abgeschlossene Verträge ausdehnen wollte. In der Folge ergriff die Rechtskommission des Ständerates die Initiative und legte einen Entwurf vor, der ein 14-tägiges Widerrufsrecht für sämtliche Fernabsatzverträge (inkl. per Internet abgeschlossene Verträge) einführen wollte. In der Vernehmlassung, welche im Jahre 2012 durchgeführt wurde, waren

die Meinungen dazu sehr geteilt. Während die einen eine Annäherung an das EU-Recht begrüßten, lehnten andere eine Ausdehnung des Widerrufsrechts auf den gesamten Onlinehandel komplett ab. Der Bericht der Rechtskommission des Ständerates, welche an ihrem Anliegen festhalten will, liegt dem Bundesrat vor. Nun ist der Ball bei ihm.

Ihr verlässliches Hilfsmittel in Sachen SchKG.



## Glossar zum SchKG

Deutsch-französisch-italienisch-englisch

Hansjörg Peter

**März 2014, ca. CHF 58.–**

ca. 250 Seiten, broschiert, 978-3-7272-7994-2

# Stämpfli

Buchhandlung

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

[order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

[www.staempflishop.com](http://www.staempflishop.com)

Ihre Vorteile auf einen Blick:

- Umfassendes Register mit Verweisen auf den Gesetzestext inkl. der wichtigsten Ausdrücke aus Zivilgesetzbuch und OR.
- Schnelles und einfaches Auffinden der gesuchten Begriffe dank übersichtlicher Darstellung.
- Alphabetisches Register pro Landessprache.

Das Glossar zum SchKG bietet ein wertvolles Arbeitsinstrument für Betriebsbeamte und Anwälte in der gesamten Schweiz.

496/14

# Alimentenausstände in der Rechtsöffnung

**Referat gehalten an der Weiterbildungsveranstaltung «Die Arbeit mit der ZPO – Erfahrungen aus den Kantonen» vom 12. Juni 2013**

In letzter Zeit sind mir einige Bundesgerichtsentscheide, publizierte und nicht publizierte, aufgefallen, welche sich zum Thema Alimentenausstände in der Rechtsöffnung geäussert haben. Mir scheint, dass es vor allem für die im Familienrecht tätigen Kolleginnen und Kollegen von Interesse ist, auf Fallstricke aufmerksam gemacht zu werden, welche sich erst im Rahmen der Rechtsöffnung als solche erweisen, aber schon im Rahmen von familienrechtlichen Vereinbarungen oder Urteilen vermieden werden sollten.

Wenn hier von Rechtsöffnung die Rede ist, meine ich damit die definitive Rechtsöffnung. Grossmehrheitlich beruhen Alimentenforderungen auf familienrechtlichen Entscheiden oder gerichtlich genehmigten Vereinbarungen, welche zur definitiven Rechtsöffnung berechtigen.

Aus Sicht des Rechtsöffnungsrichters möchte ich aber gleich meinen ersten Appell loswerden: Art. 80 SchKG verlangt das Vorliegen eines **vollstreckbaren** Urteils, und auch eine gerichtlich genehmigte Vereinbarung muss vollstreckbar sein. Zur Vollstreckbarkeit gehört nicht zuletzt, dass eine Verpflichtung zur Zahlung von Alimenten nicht mit derart vielen Bedingungen gespickt ist, dass sich die Ehegatten jeden Monat wieder in die Haare geraten. Also bitte nicht abmachen, dass der Unterhaltsbeitrag monatlich CHF 800.– beträgt, aber nur sofern nicht der Ehemann die Kinder mehr als 3 Tage pro Woche betreut und das Einkommen der Ehefrau mehr als CHF X beträgt, etc., etc. Es ist zwar unbestritten, dass in Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen massgeschneiderte Lösungen möglich sind, aber je komplizierter, umso schwieriger in der Zwangsvollstreckung. Dies sieht man schon bei den «17% des Einkommens» – Vereinbarungen, wo sich erhebliche Probleme in der Vollstreckung und auch bei der Bevorschussung bieten können (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern 100.2012.337.U vom 29.05.2013).

## **Aussergerichtliche Trennungsvereinbarung (nicht gerichtlich genehmigt)**

Unterschriftlich anerkannte Unterhaltsbeiträge können in Betreuung gesetzt werden und es kann provisorische Rechtsöffnung verlangt werden, das ist klar. Was ist aber, wenn der unterhaltsverpflichtete Ehegatte im Rechtsöffnungsverfahren Einwendungen gegen die Unterhaltsvereinbarung erhebt, und zwar nicht bloss Tilgung behauptet,

sondern geltend macht, er habe die Unterhaltsvereinbarung widerrufen oder gekündigt, weil sich seine finanziellen Verhältnisse verschlechtert hätten?

Das Bundesgericht hat am 24.09.2012 einen interessanten, allerdings nicht publizierten Entscheid dazu gefällt (vgl. BGer 5A\_436/2012). Das Bundesgericht hält vorerst fest, dass der Rechtsöffnungsrichter im summarischen Verfahren einzig das Vorliegen einer Schuldanererkennung und die dagegen erhobenen Einwendungen prüft, wobei der Rechtsöffnungsentscheid nichts über den materiellen Bestand der strittigen Forderung sagt. Dies ist natürlich bei jedem provisorischen Rechtsöffnungsentscheid so. Nach dieser Einleitung durch das Bundesgericht wäre zu erwarten, dass der Rechtsöffnungsrichter zu prüfen hat, ob der Einwand des Verpflichteten, er habe die Trennungsvereinbarung «gekündigt» beziehungsweise die Verhältnisse hätten sich geändert, als glaubhafte Einwendung erscheint, genau gleich wie bei einem Auftrag, wo der belangte Auftraggeber im Rechtsöffnungsverfahren glaubhaft machen kann, er habe den Auftrag widerrufen. Schliesslich gilt eine aussergerichtliche Trennungsvereinbarung nur auf Zusehen hin (vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1999, N. 5b zu Art. 176 ZGB).

Nicht so das Bundesgericht: Die Tragweite einer aussergerichtlichen Vereinbarung über eherechtliche Verpflichtungen und insbesondere deren Bindungswirkung für die Parteien seien letztlich Fragen des Unterhaltsrechts, die vom Sachrichter im konkreten Fall zu beantworten sind. Eine allfällige Anpassung von vereinbarten Unterhaltsbeiträgen sei beim zuständigen Sachrichter zu verlangen, die Prüfung der jeweiligen Voraussetzungen sprengt zudem die Rechtsnatur des Rechtsöffnungsverfahrens.

Der Unterhaltsschuldner in diesem Bundesgerichtsentscheid hatte also das Nachsehen, obwohl er in der Zwischenzeit pensioniert worden war und viel weniger verdiente. Der Bundesgerichtsentscheid zeigt, dass je nach Nachlässigkeit des Unterhaltsschuldners eine Trennungsvereinbarung mehr als nur «auf Zusehen hin» gilt.

Aus der Formulierung des Bundesgerichts, die Anpassung sei beim zuständigen Sachrichter zu verlangen, ergibt sich weiter die Frage, ob eine Aberkennungsklage im Sinne von Art. 83 SchKG möglich ist. Der zuständige Sachrichter ist nach

unserem Empfinden natürlich der Eheschutzrichter, der aber kein Aberkennungsverfahren, welches ja im ordentlichen Verfahren durchgeführt werden muss, durchführen kann. Es würde wohl auch den Rahmen eines Scheidungsverfahrens sprengen, wenn der im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren unterliegende Unterhaltsschuldner innert 20 Tagen nicht nur auf Scheidung, sondern gleichzeitig die Aberkennung der Unterhaltsforderung klagen würde. Die Aberkennungsklage muss somit als nicht familienrechtliches ordentliches Verfahren angestrengt werden, und dieser Richter hat dann die Anpassungsgründe zu prüfen. Dieser Auffassung ist jedenfalls Bräm im Zürcher Kommentar (vgl. Ausgabe 1998, N. 3 zu Art. 176). Somit sind wir wieder bei einem Richter gelandet, der je nachdem auch nicht der Familienrechtsspezialist ist. Da hätte doch auch der Rechtsöffnungsrichter prüfen können, ob Gründe, welche für eine «Kündigung» oder Anpassung der Unterhaltsverpflichtungen sprechen, glaubhaft gemacht wurden. Jedenfalls empfiehlt sich, dass ein Unterhaltsschuldner rechtzeitig den Eheschutzrichter anruft, nicht nur wenn er Abänderungsgründe gegenüber einer gerichtlichen Trennungsvereinbarung, sondern auch wenn er solche gegenüber einer aussergerichtlichen Trennungsvereinbarung geltend machen will.

### Eheschutzentscheid und rückständige Unterhaltsbeiträge

Das Gericht trifft – wenn nötig – auf Begehren eines Ehegatten die vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen (vgl. Art. 172 Abs. 3 ZGB), und es legt auf Begehren eines Ehegatten die Geldbeiträge an den Unterhalt der Familie fest (vgl. Art. 173 Abs. 1 ZGB). Aus diesen Bestimmungen pflegte ich früher zu schliessen – und etliche meiner Kollegen taten es mir gleich –, dass der Eheschutzrichter bloss die Höhe der Unterhaltsbeiträge und den Zeitpunkt des Beginns der Unterhaltspflicht festzulegen hat, nicht aber darüber befindet, ob die Unterhaltspflicht für die Zeit bis zum Entscheid bereits erfüllt wurde oder nicht. Alle Familienrechtler unter uns kennen die überaus mühsamen Diskussionen darüber, ob beispielsweise für den ersten Monat der Trennung kein Unterhaltsbeitrag mehr geschuldet ist, weil der zahlungspflichtige Ehemann doch bereits die Miete beglichen und das Fitnessabo der Frau sowie weitere Rechnungen bezahlt habe. Ein Hinweis auf die fehlende Kognition des Eheschutzrichters kam da gelegen, und der vom Ehemann eingereichte Bundesordner mit Zahlungsquittungen für Reitstunden der Tochter, Eishockeyausrüstung des Sohnes, Reparatur der Waschmaschine in der ehelichen Wohnung etc, konnte beiseite gelegt werden.

Nun ist es aber so, dass dies nicht stimmt und es Aufgabe des Eheschutzrichters ist, festzuhalten, was für die Vergangenheit geschuldet und was für die Zukunft zu bezahlen ist. Wird das nicht gemacht, gibt es das böse Erwachen je nachdem

des Unterhaltsschuldners oder –gläubigers nach Erhalt des Rechtsöffnungsentscheides. Ich schliesse das aus dem Bundesgerichtsentscheid 138 III 583:

In diesem Entscheid hat das Bundesgericht den Unterhaltsschuldner, der behauptete, er habe bereits vor dem Entscheid des Eheschutzgerichts Unterhaltszahlungen in der Höhe der festgesetzten Unterhaltsbeiträge bezahlt gehabt, ins Leere laufen lassen und hat definitive Rechtsöffnung für die Unterhaltsbeiträge erteilt. Dem Eheschutzentscheid sei kein Vorbehalt in dem Sinn zu entnehmen, dass auf die rückständigen Unterhaltsbeiträge geleistete Zahlungen anzurechnen seien, und zudem werde in den Erwägungen des Eheschutzentscheids erwähnt, der Unterhaltsschuldner habe seine angeblichen Zahlungen nicht bewiesen.

Diese Praxis wurde bereits in BGE 135 III 315 vorgespurt, in welchem der umgekehrte Fall zu beurteilen war, nämlich ein Eheschutzentscheid, in welchem die rückwirkenden Unterhaltsbeiträge «unter Anrechnung der bereits geleisteten Zahlungen» festgelegt wurden. Zusammengefasst hält das Bundesgericht in diesem Entscheid fest, dass ein Eheschutzentscheid, in welchem rückwirkend Unterhaltsbeiträge festgelegt wurden, als Leistungsurteil zu verstehen sei, und bereits getilgte Forderungen könnten per se nicht zu einem Leistungsurteil führen. Die rückwirkende Festlegung von Unterhaltsbeiträgen sei immer so zu verstehen, dass sie auch wirklich geschuldet sind. Im Rahmen einer Rechtsöffnung kann also die Einrede, die Unterhaltsbeiträge seien bereits vor Erlass des Eheschutzentscheids getilgt worden, nicht mehr vorgebracht werden. Die Tilgungseinrede im Rechtsöffnungsverfahren wird nur für Tilgung **nach** Erlass des Urteils gehört. Wenn aber der Eheschutzentscheid so lautet, dass auf die rückwirkend festgelegten Unterhaltsbeiträge geleistete Zahlungen anzurechnen sind, fehlt es schlicht an einem definitiven Rechtsöffnungstitel. Im zitierten BGE war es so und es war die unterhaltsberechtigte Ehefrau, die im Rechtsöffnungserfahren in die Sonne schaute. Ich zitiere nochmal aus BGE 135 III 315 (vgl. Erw. 2.3): «Das Rechtsöffnungsgericht hat zu prüfen, ob sich die in Betreuung gesetzte Forderung aus dem vorgelegten gerichtlichen Urteil ergibt. Dabei hat es weder über den materiellen Bestand der Forderung zu befinden, noch sich mit der materiellen Richtigkeit des Urteils zu befassen. Ist dieses unklar oder unvollständig, bleibt es Aufgabe des Sachgerichts, Klarheit zu schaffen» (mit Hinweis auf BGE 113 III 6 und 124 III 501).

Davon musste unlängst auch das Obergericht des Kantons Thurgau Kenntnis nehmen: Seine Ansicht, die Frage, inwieweit der Ehemann seiner Unterhaltspflicht nachgekommen sei, gehöre ins Vollstreckungs- und nicht ins Erkenntnisverfahren, wurde klar abgelehnt (vgl. BGer 5A\_690/2012 und BGer 5A\_694/2012).

Fazit: Es ist am Sachrichter und nicht am Rechtsöffnungsrichter, den Saldo der für die Zeit vor

Erlass des Eheschutzentscheids – dasselbe gilt selbstverständlich auch in Bezug auf Vereinbarungen – geschuldeten Unterhaltsbeiträge festzulegen, und im Rechtsöffnungsverfahren kann der Unterhaltsschuldner nicht vorbringen, er habe rückwirkende Unterhaltsbeiträge getilgt, sogar dann nicht, wenn er dies mit Urkunden beweisen kann (auch der Rechtsöffnungsrichter wird also den Bundesordner mit den Quittungen nicht beachten!). Auf der anderen Seite bietet die rückwirkende Festlegung von Unterhaltsbeiträgen, wo gemäss Entscheid (oder wie erwähnt, der Vereinbarung) erbrachte Leistungen anzurechnen sind, schlicht gar keinen definitiven Rechtsöffnungstitel.

### **Ausstehende Unterhaltsbeiträge und Scheidungsurteil**

Im Scheidungsurteil werden die für die Zukunft, das heisst ab Rechtskraft des Urteils, zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge festgelegt. In aller Regel lauten auch die Scheidungskonventionen so. Nur nebenbei sei vermerkt, dass «ab Rechtskraft» auch seine Tücken hat, wenn zum Beispiel der Scheidungspunkt rechtskräftig wird, das Urteil in Bezug auf den nahehelichen Unterhaltsbeitrag aber weitergezogen wird (vgl. dazu BGE 111 II 308 und zuletzt BGer 5D\_91/2012). Was aber, wenn noch Unterhaltsforderungen aus der Zeit vor Rechtskraft des Scheidungsurteils im Raum stehen, sei dies gestützt auf eine aussergerichtliche Vereinbarung oder gestützt auf einen Eheschutz- oder Massnahmenentscheid? Es kommt vor, dass dieser Punkt in einem Scheidungsurteil bzw. in einer Konvention nicht geregelt wird. Das ist gefährlich und bildet für die unterhaltsberechtigten Person die endgültige Guillotine, und zwar aus folgendem Grund:

Am Anfang jeder güterrechtlichen Auseinandersetzung haben die Ehegatten ihre gegenseitigen Schulden zu regeln (vgl. Art. 205 Abs. 3 ZGB). Dazu gehören auch ausstehende Unterhaltsbeiträge, und es kommt nicht einmal darauf an, ob es sich um Unterhaltsbeiträge für einen Ehegatten oder für die Kinder handelt (bei Letzteren dürfte aber das letzte Wort wohl noch nicht gesprochen sein, der unten wiedergegebene Bundesgerichtsentscheid ist recht pauschal). Wenn sich nun die Ehegatten in einer Scheidungskonvention als im übrigen güterrechtlich auseinandergesetzt erklären oder das Scheidungsgericht feststellt, dass die Ehegatten güterrechtlich auseinandergesetzt sind, umfasst diese Erklärung auch allfällige ausstehende Unterhaltsbeiträge. Dies musste sich eine Ehefrau im Bundesgerichtsentscheid 5A\_803/2010 sagen lassen, worauf sie sich einen Pfändungsverlustschein über CHF 38'175.20 ans Bein streichen konnte, und zwar endgültig, weil dieser Entscheid nicht im Rechtsöffnungsverfahren, sondern im Rahmen einer negativen Feststellungsklage erging. Wenn also ausstehende Unterhaltsbeiträge bei der Scheidung nicht geregelt werden, ist fertig. Für den SchKG-Richter in mir ist diese Rechtslage natürlich

sehr praktisch, als Scheidungsrichter muss ich aber auf diese Fussangel achten. Übrigens hat das Bundesgericht in diesem Entscheid auch festgehalten, ausstehende Unterhaltsbeiträge seien als in die Errungenschaft des Gläubigerehegatten fallende Forderung zu betrachten, und wenn der Schuldnerhegatte dadurch gleichsam zur Hälfte an seiner eigenen Schuld beteiligt werde, sei dies notfalls unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu korrigieren. Ich empfehle Euch diesen Entscheid zur Lektüre.

### **Abgetretene beziehungsweise subrogierte Unterhaltsbeiträge**

Dass wie im vorhin zitierten Bundesgerichtsentscheid die Ehefrau über einen Pfändungsverlustschein gegen den Ehemann verfügt, ist ja sicher weniger häufig, als dass sich derartige Verlustscheine in den Händen des Gemeinwesens befinden, weil Unterhaltsbeiträge bevorschusst oder an das Gemeinwesen zediert worden waren. Hier würde man sagen, dass der Anspruch dem Gemeinwesen zusteht und sicher nicht von einer güterrechtlichen Saldoquittung erfasst werden kann. Der Ehemann schuldet dem Gemeinwesen weiterhin die verfallenen Unterhaltsbeiträge, seitherige Scheidung hin oder her.

Wie ist es aber, wenn sich das Scheidungsurteil, oder auch ein Abänderungsentscheid bzw. –vereinbarung, ausdrücklich zu rückständigen Unterhaltsbeiträgen, die infolge Bevorschussung oder Zession auf das Gemeinwesen übergegangen sind, äussert? Wie ist es, wenn die Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab Einleitung des Verfahrens oder sogar noch weiter zurück herabgesetzt werden, obschon das Gemeinwesen bereits Leistungen in der Höhe der ursprünglichen Unterhaltsbeiträge ausgerichtet hat? Muss der Unterhaltspflichtige trotz Herabsetzung zahlen, weil der Anspruch ja gar nicht mehr der unterhaltsberechtigten Person, sondern dem Gemeinwesen zustand? Muss die unterhaltsberechtigten Person dem Gemeinwesen die zu viel bevorschussten Beiträge zurückzahlen? Trägt sie das Gemeinwesen?

Das Problem hängt meines Erachtens auch mit der Frage zusammen, wer überhaupt legitimiert ist, darüber zu streiten, ob Unterhaltsbeiträge abzuändern seien. Falls in einem Abänderungsentscheid Unterhaltsansprüche ausdrücklich rückwirkend abgeändert werden, stellt sich die Frage, ob dies bei bevorschussten Unterhaltsbeiträgen in einem Verfahren zwischen den Ehegatten überhaupt möglich ist. Da mit jeder Zahlung des Gemeinwesens an die unterhaltsberechtigten Person der Unterhaltsanspruch für den betreffenden Monat an das Gemeinwesen übergeht, müsste insofern eigentlich das Gemeinwesen als passivlegitimierter Unterhaltsgläubiger gelten. Gemäss Summermatter, ist diese Frage höchststrichterlich noch nicht geklärt (vgl. Zur Abänderung von Kinderalimenten, in FamPra.ch 2012, 38 und 40). Mir ist ein Urteil von unserem Gericht bekannt, wo die Passivlegi-

timation des unmündigen Kindes, welches auf Herabsetzung von ans Gemeinwesen zedierten Unterhaltsbeiträgen eingeklagt wurde, verneint wurde. Dieser Entscheid wurde leider nicht weitergezogen. Soweit neben der Aktivlegitimation des Gemeinwesens auch die Passivlegitimation bejaht wird, wurde aber wohl nicht bedacht, dass das Gemeinwesen ja immer, wenn es um die Abänderung von bereits bevorschussten, aber auch zukünftigen Unterhaltsbeiträgen geht, neben der unterhaltsberechtigten Person mit im Gerichtssaal sitzen müsste. Ein solches «Dreiparteienverfahren» wäre an sich logisch, aber wohl kaum praktikabel. Es wird dem Unterhaltsschuldner kaum zu verwehren sein, auch bei laufender Bevorschussung die Herabsetzung von Unterhaltsbeiträgen in einem Verfahren zwischen den Ehegatten zu verlangen, ohne für jeden Monat Verfahrensdauer Gefahr zu laufen, fälschlicherweise den Ehegatten statt des Gemeinwesens eingeklagt zu haben. Immerhin soll der Schuldner durch die Abtretung einer Forderung nicht schlechter gestellt werden und durch die Abtretung keine Nachteile erleiden (vgl. Spirig, in Zürcher Kommentar, 1993, Vorbemerkungen zu OR Art. 167–169, N 1). Das dürfte sicher auch für die Subrogation gelten. Auf der andern Seite erscheint es stossend, wenn die unterhaltsberechtigte Person in einem Abänderungsverfahren bis weit zurück auf Unterhaltsbeiträge, welche sie bereits bevorschusst erhalten hatte, verzichten könnte. Ich neige nicht zuletzt aus Praktikabilitätsgründen zu folgender Ansicht: Sobald ein Gesuch um Herabsetzung von bevorschussten Unterhaltsbeiträgen hängig gemacht ist, ist die unterhaltsberechtigte Person verpflichtet, dies dem Gemeinwesen mitzuteilen, und es liegt am Gemeinwesen, ob es noch weiter bevorschussen will oder nicht. Somit ist eine Herabsetzung der bevorschussten Unterhaltsbeiträge für den Zeitraum ab Einreichung des Abänderungsgesuchs (i.d.R. Abänderung Eheschutz oder vorsorgliche Massnahmen im Rahmen der Scheidung, nicht aber die Scheidungsklage allein) zulässig. Soweit aber im Rahmen eines Verfahrens zwischen Ehegatten rückwirkend über das Datum der Gesuchseinreichung hinaus Unterhaltsbeiträge herabgesetzt werden, sei dies

nun durch Vereinbarung oder Urteil, dürfte aus Sicht des Rechtsöffnungsrichters Nichtigkeit vorliegen, weil das Gemeinwesen als Gläubiger unterlaufen wurde.

Ich bin gespannt auf entsprechende Urteile und auf weitere Diskussionen.

### **Zusammenfassung:**

#### **Aussergerichtliche Trennungsvereinbarung**

Sie gilt als provisorischer Rechtsöffnungstitel nicht bloss auf Zusehen hin, sondern bis zu einer Anpassung durch den Eheschutz- oder Massnahmenrichter (vgl. BGer 5A\_436/2012).

#### **Rückwirkende Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen**

Nur der Höhe nach bestimmt, unter Anrechnung allfällig geleisteter Zahlungen: kein Rechtsöffnungstitel.

Höhe und Dauer festgelegt, ohne Vorbehalt der Anrechnung von allfälligen Zahlungen: definitiver Rechtsöffnungstitel; der Unterhaltsschuldner kann Zahlungen, welche er vor dem Zeitpunkt der Festlegung der Unterhaltsbeiträge erbracht hat, nicht mehr einwenden (vgl. BGE 135 III 315; BGE 138 III 583; BGer 5A\_690/2012).

#### **Ausstehende Unterhaltsbeiträge und Scheidungsurteil**

Werden ausstehende Unterhaltsbeiträge nicht geregelt (Konvention oder Urteil), gelten sie als durch die güterrechtliche Saldoquittung erfasst und sind nicht mehr geschuldet (BGer 5A\_803/2010; 5A\_690/2012).

Ausnahme: Subrogierte Unterhaltsforderungen, da sie dem Gemeinwesen und nicht der Errungenschaft eines Ehegatten zustehen. Subrogierte Unterhaltsforderungen bleiben geschuldet unter dem Vorbehalt der Herabsetzung mit Rückwirkung bis zum Zeitpunkt Hängigkeit Herabsetzungsgesuch (Auffassung Zwahlen; keine Präjudizien vorhanden).

# Ahnenforschung für den Gwunder?

**Auszug aus der Masterarbeit «Praxishandbuch zur Einsicht in Straftaten der kantonalen Strafverfolgungsbehörden» vom 6. Juni 2013, MAS Forensics**

## 1. Einleitung

Sie sitzen als natürlich viel beschäftigte Staatsanwältin bzw. viel beschäftigter Staatsanwalt in ihrem Büro, versuchen Herr bzw. Frau über all die gleichzeitig hängigen Strafverfahren und laufenden Ermittlungen zu werden oder bestenfalls zu sein. Wäre da nicht auch noch das schon länger in Ihrem Posteingangsfach liegen gebliebene Einsichtsgesuch einer Journalistin in die Straftaten des ungeklärt gebliebenen Tötungsdelikts an der Prostituierten G. aus dem Jahre 1955. Das Verfahren gegen unbekannte Täterschaft wurde im Jahr 1977 wegen Eintritt der Strafverfolgungsverjährung (nach altem Recht) aufgehoben. Die Journalistin führt in ihrem Gesuch aus, sie möchte im Rahmen eines Zeitungsartikels darüber berichten. Nebst der rein praktischen Frage, wo bzw. an welchem der zahlreichen Archivstandorten sich die Akten befinden, bleibt auch die zentrale Frage zu klären, welche Grundlagen für die Akteneinsicht bestehen? Gelten unterschiedliche Voraussetzungen bei hängigen und abgeschlossenen Verfahren? Wie ist vorzugehen, wenn verschiedene Personen mit unterschiedlichen Interessen betroffen sind? Was, wenn die Person, über welche Akten bestehen, bereits verstorben ist? Muss ich mich vom Amtsgeheimnis entbinden lassen? Obschon das Recht auf Akteneinsicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs sozusagen «Grundrechtsstatus» genießt, bleiben dieses Thema und die damit verbundenen zahlreichen Fragen im Alltag einer Staatsanwältin bzw. eines Staatsanwalts meist auf einem Nebenschauplatz. Für die Staatsanwältin bzw. den Staatsanwalt ist die Frage der Gewährung der Akteneinsicht ständiger Begleiter, und doch stellt sie neben dem materiellen Kernthema der Strafuntersuchung eher ein notwendiges Übel dar.

## 2. Kurz zum Amtsgeheimnis

Für Staatsanwältinnen und Staatsanwälte des Kantons Bern gilt das Personalgesetz des Kantons Bern (PG-BE). Gemäss Art. 58 PG-BE besteht die Verpflichtung zur Wahrung des Amtsgeheimnisses.<sup>1</sup> Eine Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB begeht, wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder

dienstlichen Stellung wahrgenommen hat. Unterstehen die Behörden einer gesetzlichen Informationspflicht oder verfügen sie über ein Informationsrecht, entfällt die Strafbarkeit in Anwendung von Art. 14 StGB.<sup>2</sup> Eine Entbindung vom Amtsgeheimnis ist demnach bei Bestehen einer gesetzlichen Informationspflicht bzw. eines gesetzlichen Informationsrechts nicht nötig.

Bestehen besondere Geheimhaltungs- oder Schweigepflichten, können diese die Informationsrechte und -pflichten im Einzelfall einschränken.<sup>3</sup>

## 3. Akteneinsicht an Medienschaffende

Medienschaffende bringen bei Akteneinsichtsgesuchen oftmals das Anliegen vor, Antworten auf Verantwortlichkeitsfragen zu erhalten oder die Tätigkeit der Justiz zu kontrollieren. Von einer Ermächtigung der Strafverfolgungsbehörden zur Bekanntgabe der Personendaten zu wissenschaftlichen Zwecken nach Art. 15 KDSG-BE kann in solchen Fällen nicht gesprochen werden.<sup>4</sup>

Das Kantonale Datenschutzgesetz enthält keine spezielle Bestimmung für Einsichtsgesuche von Medienschaffenden. Entsprechend findet auf solche Ersuchen die allgemeine Bestimmung für Einsichtsgesuche von Privatpersonen nach Art. 11 KDSG-BE Anwendung.<sup>5</sup> Nicht erforderlich ist,

<sup>1</sup> Vgl. auch analog für Angestellte der Gemeinden im Kanton Bern, Art. 32 GG-BE.

<sup>2</sup> Vgl. OBERHOLZER NIKLAUS, Kommentar zu Art. 320 StGB, in: Niggli Marcel Alexander, Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II, 2. Aufl., Basel 2007, N 11 zu Art. 320 StGB; BGer 1C\_313/2012, E. 4, mit Hinweis auf die Informationsrechte der mit den Steuergesetzen betrauten Behörden nach Art. 39 Abs. 3 StHG und Art. 112 Abs. 1 DBG; Vgl. auch BGer 1C\_275/2012, E. 4, wonach die Übermittlung eines Urteils an den Rechtsöffnungsrichter nach SchKG dienstlich gerechtfertigt war und keine Amtsgeheimnisverletzung darstellt.

<sup>3</sup> Neben dem Amtsgeheimnis gibt es besondere Geheimhaltungspflichten, namentlich für Steuerbehörden in Art. 153 StG-BE, für Sozialhilfebehörden in Art. 8 SHG-BE und für Sozialversicherungsbehörden in Art. 33 ATSG, sowie das Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 f. StGB, die besondere Schweigepflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 OHG, Art. 14 FINMAG oder das Kindes- und Erwachsenenschutzgeheimnis nach Art. 451 ZGB; Vgl. dazu Rosch Daniel, Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, Amtshilfe: Die Zusammenarbeit mit der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: FamPra, 2012, S. 1028 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 07.03.2012, HG 08 50, E. 11.

<sup>5</sup> Im Umgang mit Einsichtsbegehren von Medienschaffenden bestehen für das Obergericht, die regionalen und das kantonale Zwangsmassnahmengericht, das

dass es sich bei dieser «privaten Person» um einen akkreditierten Medienschaffenden handelt.<sup>6</sup>

#### 4. Bekanntgabe von Personendaten an private Personen

##### 4.1. Grundlagen

Gemäss Art. 11 Abs. 1 und 14 Abs. 1 KDSG-BE werden Personendaten an private Personen bekannt gegeben, wenn:

- die verantwortliche Behörde zur Erfüllung ihrer Aufgabe dazu verpflichtet *oder* ermächtigt ist, *oder*
- die betroffene Person ausdrücklich zugestimmt hat oder es in ihrem Interesse liegt,

und

- der Bekanntgabe keine überwiegenden öffentlichen oder besonders schützenswerten privaten Interessen entgegenstehen.

«Betroffene Person» nach Art. 11 Abs. 1 lit. b KDSG-BE ist jede natürliche oder juristische Person, über die Daten bearbeitet werden.<sup>7</sup> In den Akten eines Strafverfahrens gelten somit als «betroffene Personen» all jene, über welche sich Personendaten in den Akten befinden. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich dabei um den Beschuldigten, Geschädigten, Zeugen oder die Auskunftsperson handelt.

Jeder Person steht das Recht zu, Einsicht in die sie betreffenden Akten zu nehmen.<sup>8</sup> Dies muss unabhängig von der Glaubhaftmachung eines schutzwürdigen Interesses gegeben sein. Schliesslich ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 lit. b KDSG-BE ein Einsichtsrecht bei Zustimmung der betroffenen Person. Diese Zustimmung liegt implizit vor bei einem entsprechenden Gesuch, die eigenen Daten einzusehen.<sup>9</sup> Die Verfahrensleitung trifft darüber hinaus keine gesetzliche **Pflicht** nach Art. 11 Abs. 1 lit. a KDSG-BE (welche i.c. zur Erfüllung einer Aufgabe der Staatsanwaltschaft dient),

den betroffenen Personen Einblick in das Dossier eines erledigten Verfahrens zu geben.<sup>10</sup>

Mittels Interessenabwägung bleibt zu prüfen, dass der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen Interessen des Staates oder berechnete (private) Geheimhaltungsinteressen Dritter entgegenstehen.<sup>11</sup>

Zu prüfen ist, ob eine **Ermächtigung** i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. a KDSG-BE vorliegt. Eine solche Ermächtigung besteht gemäss Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern einzig im Rahmen von Art. 15 KDSG-BE.<sup>12</sup> Ein Rückgriff auf Art. 11 Abs. 1 lit. a KDSG-BE kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Datenbekanntgabe der Erfüllung einer Aufgabe der Staatsanwaltschaft dient.

Gemäss Art. 15 KDSG-BE kann eine verantwortliche Behörde Personendaten zur Bearbeitung nicht personenbezogener Zwecke, namentlich für Forschung, Praxisbildung, Statistik oder Planung, unter den in der Norm genannten Voraussetzungen bekanntgeben.

Bei Strafakten handelt es sich überwiegend um sogenannte «gemischte Dossiers», welche Personendaten von verschiedenen Personen beinhalten. Die Daten sind sorgfältig den einzelnen Personen zuzuordnen. Beinhalten Dokumente «fremde Daten», sind diese nicht zugänglich zu machen oder die betreffenden Teile abzudecken.<sup>13</sup>

Personendaten, welche nicht nur über die um Akteneinsicht ersuchende Person, sondern auch über Dritte etwas aussagen, liegen etwa vor, wenn sich eine Person über die andere äussert. Diese Äusserung beinhaltet Daten beider Personen. Diesfalls sind bei der Frage der Gewährung der Einsicht in diese Akten die Interessen beider Personen sorgfältig abzuwägen.<sup>14</sup>

Eine Bekanntgabe von Daten gegen den Willen der «betroffenen Personen» würde diese in ihrem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV tangieren. Geschützt sind insbesondere die Erhebung, Sammlung, Speicherung und Bearbeitung wie auch die Weiter- und Bekanntgabe von Personendaten.<sup>15</sup>

---

Wirtschaftsstrafgericht, das Jugendgericht, die Regionalgerichte sowie die regionalen Schlichtungsbehörden spezielle Bestimmungen im IR ZSJ-BE, in Kraft getreten per 01.01.2011.

<sup>6</sup> Vgl. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 07.03.2012, HG 08 50, E. 11, wonach mit Verweis auf Art. 20 IR ZSJ-BE nur spezifische Dienstleistungen Akkreditierten vorbehalten sind. Das Akteneinsichtsrecht zählt nicht zu diesen spezifischen Dienstleistungen.

<sup>7</sup> Art. 2 Abs. 1 KDSG-BE.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 113 Ia 257, E. 4a; Die Einsicht in die Daten selbst ist nicht zu verwechseln mit der Einsicht in das Register der Datensammlung nach Art. 20 KDSG-BE oder das weniger weit reichende Auskunftsrecht nach Art. 21 KDSG-BE.

<sup>9</sup> Das Bundesgericht bejahte ein gewichtiges persönliches Interesse der betroffenen Person, sich mit der eigenen Vergangenheit auseinander zu setzen. Ein weiteres schutzwürdiges Interesse wurde bejaht im Hinblick auf und zur Vorbereitung weiterer Verfahren (Revision, Staatshaftung), vgl. BGE 129 I 249, E. 5.2.

<sup>10</sup> Vgl. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 07.03.2012, HG 08 50, E. 11, mit Hinweis auf Marbach Omar, Gerichtsakten bernischer Zivilgerichte und Datenschutz – Bemerkungen zu Art. 134 rev. ZPO, in: ZBJV Sonderband 132<sup>bis</sup>, 1996, S. 141.

<sup>11</sup> Vgl. BGer 6B\_657/2010; BGE 137 I 16, E. 2.3 f.; 134 I 286, E. 6.3 ff.; 129 I 249, E. 3.; Vgl. auch die Interessenabwägung beim Ersuchen um Einsicht in eine Dienstanweisung (verwaltunginterne Akten) des Bundesgerichts im Urteil vom 18.10.2002, 1P.240/2002.

<sup>12</sup> Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 07.03.2012, HG 08 50, E. 11.

<sup>13</sup> RUDIN BEAT, Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich, 2012, S. 131.

<sup>14</sup> RUDIN, Praxiskommentar, a.a.O., S. 132.

<sup>15</sup> Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 07.03.2012, HG 08 50, E. 13.

Das Einsichtsrecht Dritter setzt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allgemein, insbesondere auch bei Einsicht in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen mangels Beweisen oder mangels Strafbarkeit, ein schutzwürdiges Interesse voraus.<sup>16</sup> Nach der Praxis genügt beim schutzwürdigen Informationsinteresse die Glaubhaftmachung eines ernsthaften Interesses an der Kenntnisnahme.<sup>17</sup> Zudem dürfen der Einsichtnahme keine überwiegenden öffentlichen Interessen des Staates oder berechnete (private) Geheimhaltungsinteressen Dritter entgegenstehen.<sup>18</sup>

In der Lehre wird hingegen die Auffassung vertreten, Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft gelten als allgemein zugängliche Quellen, die ohne Interessennachweis zugänglich sind. Berechtigten privaten oder öffentlichen Interessen können im Rahmen der Interessenabwägung Rechnung getragen werden.<sup>19</sup> Bommer<sup>20</sup> will die Berechtigung zur Einsicht in rechtskräftige *Einstellungsverfügungen* auf die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 3 BV stützen, welche keinen Interessennachweis voraussetzt. Möglich bleibt dabei immerhin die Einschränkung der Einsicht wegen überwiegender entgegenstehender öffentlicher oder privater Interessen. Da Einstellungsverfügungen ihr Ende in der nichtöffentlichen Phase des Vorverfahrens (vgl. Art. 69 Abs. 3 lit. a StPO) genommen haben, gewichten die Gründe des Persönlichkeitsschutzes und damit eine allfällige Verweigerung der Einsicht oder eine Anonymisierung stärker als bei Urteilen.<sup>21</sup> Wird hingegen Einsicht in

die *gesamten* Strafakten verlangt, sollte nach Bommer am Erfordernis eines schützenswerten Zugangsinteresses festgehalten werden.

Vgl. auch Art. 11 Abs. 2 KDSG-BE, wonach Personendaten, die in einer allgemein zugänglichen amtlichen oder amtlich bewilligten Veröffentlichung enthalten sind, auf Anfrage in dem Umfang und in der Reihenfolge bekanntgegeben werden dürfen, wie sie veröffentlicht sind. Somit dürfen Medienmitteilungen und andere im Auftrag der Staatsanwaltschaft veröffentlichte Informationen ohne weiteres (erneut) bekannt gegeben werden.

#### 4.2. Personendaten einer verstorbenen Person

Es stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn es sich um Personendaten einer verstorbenen Person handelt und damit keine Zustimmung von der «betroffenen Person» eingeholt werden kann. Das Auskunftsrecht über die eigenen Daten stellt ein relativ höchstpersönliches Recht dar, welches nicht vererblich ist.<sup>22</sup> Höchstpersönliche Rechte sind untrennbar mit ihrem Träger verbunden; sie ruhen im Sein des Menschen.<sup>23</sup> Die Rechtsfähigkeit erlöscht mit dem Tod der betroffenen Person<sup>24</sup>. Die gerichtliche Durchsetzung eines Anspruchs aus dem Persönlichkeitsschutz im Namen des Verstorbenen ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht möglich. Nach ihm gibt es keinen postmortalen zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz.<sup>25</sup> Die Interessen auch bezüglich Personendaten einer verstorbenen Person werden durch seine direkten Erben geschützt, zumal sich Angehörige der verstorbenen Person bei Verletzung ihrer affektiven Persönlichkeit auf ihren eigenen Persönlichkeitsschutz berufen können.<sup>26</sup>

Gemäss Art. 12 DSV-BE kann jedermann Auskunft über Daten von **verstorbenen** Personen erhalten, wobei ein Interesse nachgewiesen werden muss und keine überwiegenden Interessen von Angehörigen der verstorbenen Person oder von Dritten entgegenstehen dürfen. Das Vorliegen eines solchen Interesses wird bei naher Verwandtschaft oder Ehe mit der verstorbenen Person fingiert.<sup>27</sup>

<sup>16</sup> BGE 137 I 16, E. 2.4; BGE 134 I 286, E. 6.3; BGer 6B\_657/2010, E. 3 in fine.

<sup>17</sup> Ausnahme: Informationsfreiheit/Justizöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung (Art. 30 Abs. 3 BV); BGer 1B.68/2012, E. 3.2; BGE 137 I 16; BGE 134 I 286, E. 5.1; BGE 129 I 249, E. 3, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>18</sup> Vgl. BGer 6B\_657/2010, E. 3, mit der Anmerkung, dass der verfassungsmässige Anspruch auf Einsicht in die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens davon abhängig sei, dass der Ersuchende ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen kann; BGE 137 I 16, E. 2.3 f.; 134 I 286, E. 6.3 ff.; 129 I 249, E. 3.

<sup>19</sup> Die StPO enthält keine Regelung für eine öffentliche Verkündung von Einstellungsverfügungen; vgl. das Öffentlichkeitsprinzip in Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 30 Abs. 3 BV und auch Art. 69 StPO sowie die Informationsfreiheit in Art. 16 Abs. 3 BV; BOMMER FELIX, *Einstellungsverfügung und Öffentlichkeit*, in: *forumpoenale* 4/2011, S. 245 ff.; Die in der Lehre aufgeworfene Frage der Zulässigkeit eines Interessennachweises wurde im Urteil des Bundesgerichts vom 03.07.2012, 1B.68/2012, E. 3.4, offen gelassen, da die Vorinstanz zu Recht bereits ein hinreichendes Interesse bejahte.

<sup>20</sup> Vgl. BOMMER, *forumpoenale*, a.a.O., S. 245 ff., vgl. FN 19;

<sup>21</sup> Vgl. Art. 9 IG-BE und Art. 69 Abs. 1 StPO, wonach die Verhandlungen vor dem erstinstanzlichen Gericht und dem Berufungsgericht sowie die mündliche Er-

öffnung von Urteilen und Beschlüssen dieser Gerichte – mit Ausnahme der Beratung – öffentlich sind.

<sup>22</sup> GRAMIGNA RALPH/MAURER-LAMBROU URS, Kommentar zu Art. 8 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz*, 2. Aufl., Basel 2006, N 4 zu Art. 8.

<sup>23</sup> SCHWEIZER MICHAEL, in: ASR Nr. 783, *Recht am Wort – Schutz des eigenen Wortes im System von Art. 28 ZGB*, Hausheer Heinz (Hrsg.), Bern 2012, S. 18, N 28 f., mit weiteren Hinweisen.

<sup>24</sup> Art. 31 Abs. 1 ZGB.

<sup>25</sup> BGE 129 I 302, E. 1.2.1 ff.

<sup>26</sup> Vgl. BGE 127 I 145, E. 5.c/cc, vgl. auch EuGRZ 29 (2002), S. 56 ff.

<sup>27</sup> Vgl. die Kritik zur analogen Bestimmung in Art. 1 Abs. 7 VDSG von GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., N 8 zu Art. 8, wonach systemfremd ein Interessennachweis infolge blosser Wiedergabe des bei Einführung des DSG aktuellen Stands der Recht-

Die Bestimmung behält besondere Geheimhaltungspflichten vor. Inwiefern die Interessen von Angehörigen weiter reichen können als der Andenkensschutz, ist der Regelung nach Rudin<sup>28</sup> nicht zu entnehmen.

Der Begriff der Verwandtschaft wird in Art. 20 ZGB definiert. Demnach sind in gerader Linie zwei Personen miteinander verwandt, wenn die eine von der anderen abstammt, so zum Beispiel zwischen Grossvater und Enkelkind. Eine Verwandtschaft in der Seitenlinie liegt vor, wenn die betreffenden Personen von einer dritten Person abstammen und unter sich nicht in gerader Linie verwandt sind. Eine Verwandtschaft in der Seitenlinie liegt beispielsweise bei (Halb-) Geschwistern (gemeinsamer Elternteil), Cousins (gemeinsamer Grosselternanteil) oder zwischen Onkel und Neffe (gemeinsamer Elternteil des Onkels bzw. Grosselternanteil des Neffen) vor.<sup>29</sup>

Die Nähe der Verwandtschaft zwischen zwei Personen wird in «Graden» ausgedrückt. Im ZGB ist Anknüpfungspunkt für die Gradnähe die Anzahl Geburten.<sup>30</sup> Verwandtschaft ersten Grades besteht demnach zwischen Eltern und Kind, eine solche zweiten Grades zwischen Geschwistern, während zwischen Tante und Neffe eine Verwandtschaft dritten Grades besteht.<sup>31</sup> Ausserhalb des ZGB hat der Begriff der Verwandtschaft teilweise einen anderen Inhalt. Welches Verwandtschaftsverhältnis der konkreten Gesetzesbestimmung zugrunde liegt, d.h. was nahe Verwandtschaft ist, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln.<sup>32</sup>

### 4.3. Abwägung auf dem Spiel stehender Interessen

Um eine Interessenabwägung vornehmen zu können, sind die interessierten sowie betroffenen Personen zu einer Stellungnahme aufzufordern. Folgende Punkte können ein Informationsinteresse von Dritten begründen:<sup>33</sup>

- Transparenz in der Rechtspflege
- Demokratische Kontrolle der Justiztätigkeit durch das Volk
- Absage jeglicher Form von Kabinettsjustiz, gilt auch bei Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen<sup>34</sup>

sprechung zum Akteneinsichtsrecht im öffentlichen Bereich verlangt werde.

<sup>28</sup> RUDIN, Praxiskommentar, a.a.O., S. 135, N 37 f., zur analogen Regelung im Kanton Zürich, vgl. § 19 IDV-ZH.

<sup>29</sup> Art. 20 Abs. 2 ZGB; HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Bern 2012, S. 100.

<sup>30</sup> Art. 20 Abs. 1 ZGB.

<sup>31</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 99.

<sup>32</sup> HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., S. 98.

<sup>33</sup> Vgl. BGE 137 I 16, E. 2.2; 134 I 286, E. 5.1; 127 I 44, E. 2e; 124 IV 234, E. 3c; 133 I 106, E. 8.3.

- keine Spekulationen über eine ungebührliche Benachteiligung oder Privilegierung von Verfahrensbeteiligten
- keine Kritik wegen einseitiger oder rechtstaatlich fragwürdiger Ermittlungstätigkeit oder mangelhafter Verfahrensleitung
- Interesse an Beobachtung der Entwicklung und Konstanz der Rechtsprechung, insbesondere, wenn dem Urteil eine erhöhte präjudizielle Bedeutung zukommt
- Interesse an Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung
- Kontrollfunktion der Medien<sup>35</sup>

Folgende überwiegende private oder öffentliche Interessen können gegen eine Bekanntgabe sprechen:<sup>36</sup>

- Gefährdung der staatlichen Sicherheit<sup>37</sup>, öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit
- Gefährdung von Persönlichkeitsrechten betroffener Personen<sup>38</sup>
- Öffentliches Interesse der Untersuchungsorgane an der Geheimhaltung der Vernehmungstechnik und -taktik
- Interesse der Rechtspflege hinsichtlich Verfahrensökonomie, Verfahrensdauer sowie Ungeeignetheit der Veröffentlichung<sup>39</sup>
- Unverhältnismässiger Aufwand bzw. erhebliche finanzielle Aufwendungen für die Behörde bei der Durchsicht umfangreicher Akten oder der notwendigen Überwachung der Akteneinsicht, insbesondere wenn es nicht um den Zugang zu den eigenen Personendaten, derjenigen der Verwandtschaft oder von beteiligten Personen geht (z.B. Medienschaffende)<sup>40</sup>
- Entscheide, welche auf blosser Parteierklärungen beruhen (z.B. Einstellung nach Vergleich)<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Wenn das Öffentlichkeitsprinzip nach Art. 30 Abs. 3 BV selbst bei Einstellungsverfügungen, bei welchen bei einer gerichtlichen Beurteilung mit grosser Wahrscheinlichkeit ein Freispruch erfolgen würde, Anwendung findet, muss dies erst recht für Einstellungen nach Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) gelten, so BGE 137 I 16, E. 2.3, vgl. auch BGer 1B.68/2012, E. 4.3; Die Behörde entscheidet bei einer Einstellungs- oder Nichtanhandnahmeverfügung im Strafprozess anhand der sich ihr präsentierenden Sach- und Rechtslage, vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern vom 21.02.2011, BK 10 580.

<sup>35</sup> Vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Bern vom 21.02.2011, BK 10 580.

<sup>36</sup> BGer 6B\_61/2008, E. 1; Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 07.03.2012, HG 08 50, E. 13.

<sup>37</sup> Vgl. BGE 129 I 249, E. 5.3.

<sup>38</sup> Vgl. BGE 137 I 16, E. 2.5, wonach sich eine Person des öffentlichen Lebens eher Eingriffe in seine Privatsphäre gefallen lassen muss.

<sup>39</sup> Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 07.03.2012, HG 08 50, E. 13.

<sup>40</sup> Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 31.05.2012, E. II./3.3; Rudin, Praxiskommentar, a.a.O., S. 131, N 24, zu § 25 Abs. 2 IDG-ZH.

<sup>41</sup> Vgl. Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 01.07.2009, Ziff. B.11, Entscheide in Zivilsachen, unter: [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch).

Eine Einstellung nach Vergleich stellt keine eigentliche «Tätigkeit der Justiz» dar und der Kontrollbedarf der Öffentlichkeit ist damit äusserst gering.

Zu prüfen ist, ob im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips den entgegenstehenden Interessen nicht bereits durch Kürzung oder Anonymisierung der Akten oder mit Auferlegung von Auflagen ausreichend Rechnung getragen werden kann.<sup>42</sup>

### 5. Vereinfachte Einsicht der Öffentlichkeit in archivierte Akten nach Archivierungsgesetz

Das ArchG-BE gilt auch für die Archivierung der Unterlagen der Staatsanwaltschaft.<sup>43</sup> Archivwürdig sind u.a. Unterlagen, mit welchen die Nachvollziehbarkeit staatlichen Handelns dauerhaft sichergestellt werden soll.<sup>44</sup> Grundsätzlich steht das Archivgut, d.h. die archivierten Strafakten, nach den Bestimmungen des IG-BE und des KDSG-BE zur Verfügung.<sup>45</sup>

Während der Aufbewahrungsfrist, welche für die Staatsanwaltschaft bis zum Eintritt der Verfolgungs- oder Vollstreckungsverjährung dauert,<sup>46</sup> lagern die Akten abgeschlossener Fälle im Archiv der Staatsanwaltschaft. Nach Ablauf der Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, die Akten dem Staatsarchiv anzubieten.<sup>47</sup> Befinden sich die Akten bei Einreichung des Akteneinsichtsgesuchs im Archiv der Staatsanwaltschaft, ist auch diese zur Behandlung des Gesuchs zuständig. Die Staatsanwaltschaft bleibt aber auch nach Ablieferung der Strafakten an das Staatsarchiv während einer Verwaltungsfrist von 30 Jahren zuständig, wobei diese Frist mit dem Datum des verfahrensabschliessenden Entscheids zu laufen beginnt. Befinden sich die Strafakten im Staatsarchiv und ist die Verwaltungsfrist abgelaufen, ist das Staatsarchiv zur Behandlung der Akteneinsichtsgesuche zuständig.<sup>48</sup> Da es sich bei Akten eines Strafverfahrens um besonders schützenswerte Personendaten handelt, ist davon auszugehen, dass das Staatsarchiv bei der Behandlung von Einsichtsgesuchen vorgängig die mit der Sache befassten Staatsanwaltschaft zur Stellungnahme einladen wird.

Die um Einsicht ersuchende Person hat bei der zuständigen Behörde ein schriftliches Gesuch einzureichen. Darin sind die Akten und die interessierenden Daten, in welche Einsicht verlangt wird,

möglichst genau zu umschreiben. Das Gesuch muss nur begründet werden, wenn es die besondere Gesetzgebung vorsieht.<sup>49</sup>

Bei archivierten Strafakten handelt es sich zumeist um Unterlagen mit Personendaten, weswegen für die Voraussetzungen der Zugänglichkeit auf Art. 18 ff. ArchG-BE abzustellen ist.

Demnach stehen archivierte Unterlagen der Öffentlichkeit zur Verfügung:

- nach Ablauf von 3 Jahren nach dem Tod der betroffenen Person, sofern die jüngste Unterlage im Dossier älter als 30 Jahre ist,

oder

- bei unbekanntem Todesdatum der betroffenen Person, nach deren 110. Altersjahr, sofern die jüngste Unterlage im Dossier älter als 30 Jahre ist,

oder

- sofern das Archivgut älter als 110 Jahre ist (freier Zugang)

und

- der Einsichtnahme keine konservatorischen Gründe entgegen stehen oder diese wegen unverhältnismässigem Aufwand beschränkt werden muss.

Unverhältnismässiger Aufwand nach Art. 21 ArchG-BE bzw. Art. 24 ff. ArchV-BE liegt insbesondere bei Drittanfragen ohne besonderen Bezug zu den beteiligten Personen vor, wenn dafür «Ahnenforschung» bei den Zivilstandsämtern betrieben werden müsste.

Sind die Voraussetzungen für die Einsicht nach Art. 18 ArchG-BE erfüllt, kann der einsichtersuchenden Person vereinfacht, d.h. ohne Interessennachweis bzw. Abwägung allfällig entgegenstehender Interessen, Einsicht gewährt werden.

Vgl. auch der Verweis in Art. 20 ArchG-BE auf Art. 15 KDSG-BE bei Akteneinsicht zu wissenschaftlichen oder nicht personenbezogenen Zwecken.

Selbst wenn die Schutzfristen nach Art. 18 ff. ArchG-BE abgelaufen ist, bedeutet dies nicht, dass die Einsicht ersuchende Person frei zu Lasten der betroffenen Person über die Daten verfügen darf. Auch hier greift nach wie vor der Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB. Dem Archivbenützer kommt die Verantwortung zu, die gewonnene Information nicht durch Bekanntmachung, Aufmachung oder Publikation in einer Art zu verwenden, die die betroffene Person in ihrer Persönlichkeit verletzen könnte.<sup>50</sup>

### 6. ... und nun?

Für den eingangs geschilderten konkreten Fall heisst das nun Folgendes:

<sup>42</sup> BGE 137 I 16, E. 2.3; 133 I 106, E. 8.3; BGer 1B.68/2012, E. 3.2, mit weiteren Hinweisen.

<sup>43</sup> Art. 3 Abs. 4 EG ZSJ-BE; Art. 4 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 4 lit. a ArchG-BE.

<sup>44</sup> Art. 2 lit. a und Art. 3 Abs. 2 ArchG-BE; Art. 3 Abs. 1 ArchR StAw-BE.

<sup>45</sup> Art. 16 Abs. 1 ArchG-BE.

<sup>46</sup> Art. 6 lit. a ArchR StAw-BE.

<sup>47</sup> Art. 10 Abs. 1 lit. a ArchR StAw-BE.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 8 IV-BE.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 9 IV-BE; Vgl. zum Ganzen BGE 127 I 145, so in EuGRZ 29 (2002), S. 56 ff.

<sup>50</sup> BGE 127 I 145, E. 4.c/aa, vgl. auch EuGRZ 29 (2002), S. 56 ff.

Die Akten des Tötungsdelikts an der Prostituierten G. befanden sich im Archiv der Staatsanwaltschaft, womit die diese zur Prüfung des Gesuchs zuständig ist.

Die Staatsanwaltschaft wird die Gesuchstellerin auffordern, diejenigen Akten genauer zu bezeichnen, in welche sie Einsicht ersucht. Vorab wird der Journalistin Einsicht in die damals durch die Strafverfolgungsbehörden veröffentlichten Medienmitteilungen gegeben. Zudem wird ihr in Bezug auf diejenigen Akten volle Einsicht gewährt, als diese (lediglich) Personendaten des in den 50er Jahren getöteten Opfers enthalten (der Tod des Opfers ist mehr als 3 Jahre her und die jüngste Unterlage im Dossier stammt aus dem Jahr 1977 und ist damit 30 Jahre alt, vgl. Art. 18 ArchG-BE; vorbehaltlich

Art. 22 Abs. 2 ArchV-BE). Ein Interessennachweis bzw. eine Abwägung der Interessen allfälliger Angehöriger des Opfers nach KDSG ist dabei nicht nötig. Bei den Dokumenten, die Daten von weiteren Personen enthalten, sind ebenfalls je die Voraussetzungen von Art. 18 ArchG-BE zu prüfen. Sind diese nicht gegeben, ist nach Art. 11 und Art. 14 KDSG-BE zu verfahren.

Aufgrund des fehlenden Bezugs der Journalistin zum Strafverfahren bzw. zu den damals beteiligten Personen ist bei der Triage der Akten, der «Ahnenforschung» bzw. der Einholung allfälliger Zustimmungen die Verhältnismässigkeit des Aufwandes besonders zu berücksichtigen und die Einsicht kann entsprechend beschränkt werden.

## Die Kommentierung auf aktuellem Stand.



### Schweizerisches Strafbuch – Handkommentar

Günter Stratenwerth, Wolfgang Wohlers

**Februar 2013, CHF 198.–**

3. Auflage, 820 Seiten, gebunden,  
978-3-7272-8856-2

Die Neuauflage des vorliegenden Kommentars zu einem Zeitpunkt, in dem das seit 2007 geltende System der strafrechtlichen Sanktionen erneut revidiert werden soll, erfolgt in der Erwartung, dass die parlamentarische Beratung der vorgeschlagenen Änderungen und die Frist bis zu ihrer Inkraftsetzung noch Jahre beanspruchen werden. Auf Delikte, die in dieser Zeit begangen werden, ist selbstverständlich die heutige Gesetzesfassung anzuwenden, und dies, im Blick auf das Rückwirkungsverbot, prinzipiell auch dann, wenn sie erst später beurteilt werden sollten.

497/14

# Stämpfli

Buchhandlung

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempflishop.com

# Der Strafverteidiger – ein Pinocchio?

## PROLOG

Piero Calamandrei, der in den 50er-Jahren des letzten Jahrhunderts eines der besten mir bekannten Bücher für Anwälte (und Richter!) mit dem Titel «Lob der Richter, gesungen von einem Advokaten»<sup>2</sup> verfasst hat, stellt zu Beginn des Kapitels «Über die Beziehung zwischen den Anwälten und der Wahrheit oder Von der Pflicht des Verteidigers zur Parteilichkeit» fest, dass der Streit zwischen den Anwälten und der Wahrheit so alt sei wie der Zwist zwischen dem Teufel und dem Weihwasser, und fährt dann wie folgt fort:

*«In jedem Prozess treten zwei Anwälte auf, einer der weiss, und einer der schwarz sagt; beide zugleich können sie nicht der Wahrheit die Ehre geben, wenn sie so gegensätzliche Thesen vertreten: also vertritt einer von ihnen die Unwahrheit. Das würde zur Annahme berechtigen, dass fünfzig Prozent der Anwälte Lügner seien; da aber der gleiche Anwalt, der in einem Prozess recht hat, im andern unrecht hat, muss man zu dem Schluss kommen, dass ... bald der eine, bald der andere, Lügner sind.»*

Ausgehend von diesem Zitat stellt sich die Frage, ob Anwälte bzw. Verteidiger<sup>3</sup> im Prozess lügen dürfen.

Der nachfolgende Versuch, dieses Thema unter teilweisem Einbezug biblischer und philosophischer Sichtweisen rechtlich zu beleuchten und die damit im Zusammenhang stehende Qualifizierung der Arbeit des Strafverteidigers<sup>4</sup> vorzunehmen, bedingt, dass zunächst die Stellung des Anwalts im Prozess und – in erweiterter Form – im Rechtswesen überhaupt definiert wird. Von dieser Definition hängen nämlich zum grossen Teil die Kriterien ab, die angewandt werden müssen, um die Frage beantworten zu können, ob eine «lügenhafte» Verteidigung zulässig oder verwerflich ist.

## DIE STELLUNG DES VERTEIDIGERS IM STRAFPROZESS UND IM GESAMTEN RECHTSWESEN

### Blick in die Vergangenheit

Ein kurzer Blick in die Bernische Rechtsgeschichte macht sofort deutlich, dass sich die Stellung des Verteidigers in den vergangenen Jahrhunderten wesentlich verändert hat, weil sie in den verschiedenen sich folgenden Phasen des materiellen und formellen Rechts unterschiedlich interpretiert wurde.

Ab 1398<sup>5</sup>, nachdem Bern von allen fremden Gerichten gänzlich befreit worden war, war der damalige Prolocutor (Fürsprecher) noch ein Gerichtssasse, also ein Angehöriger des Gerichts. In dieser Zeit wurde dem Angeklagten vor dem Prozessbeginn aus den Mitgliedern des Gerichts ein Fürsprecher zugeordnet.<sup>6</sup> Dieser bereitete sich dann zusammen mit seinem Mandanten abseits des Gerichts auf die Verhandlung vor, vertrat diesen während des Prozesses und kehrte dann zur Urteilsberatung ins Richtergremium zurück. Der Prolocutor war mithin kein Interessensvertreter, denn seine Aufgabe bestand nicht darin, für seine Partei einen möglichst guten Ausgang des Verfahrens herbeizuführen; seine Pflicht war es vielmehr, den Sachverhalt aus objektiver Sicht vorzutragen und damit einen Beitrag zu einem möglichst gerechten Urteil zu leisten.

Erst Ende des 17. Jahrhunderts, mit der Ordnung für die Fürsprecher vor Rät und Burger aus dem Jahre 1697, erfolgte die Trennung der Fürsprecher- von der Richtertätigkeit, mit anderen Worten: Erst seit diesem Zeitpunkt kann im Kanton Bern überhaupt vom Bestehen einer selbständigen Anwaltschaft gesprochen werden.

Hinzu kommt Folgendes: Ganz allgemein wurde die Stellung des Verteidigers im Strafprozess im Vergleich zu derjenigen des Anwalts im Zivilprozess bis in die Neuzeit als bedeutend geringer eingestuft, da die Überzeugung vorherrschte, dass die Verteidigung in der Regel nur wenig Einfluss auf den Ausgang eines Strafverfahrens haben könne, weil der Staat bzw. das Gericht sich im Strafprozess – im Gegensatz zum Zweiparteienverfahren im Zivilprozess – immer eine bestimmende Rolle vorbehielt. Dies wurde früher vor dem Obergericht übrigens auch optisch sichtbar, indem der Generalprokurator (als Vertreter des Staates) seinen Platz lange Zeit nicht auf der gleichen Höhe wie der Verteidiger einnahm, sondern

<sup>1</sup> Leicht abgeänderter Vortrag, welcher am 30. Oktober 2013 anlässlich einer strafrechtlichen Weiterbildungstagung in Bern gehalten wurde.

<sup>2</sup> CALAMANDREI PIERO: Lob der Richter, gesungen von einem Advokaten, Piper & Co Verlag, München 1956, S. 73.

<sup>3</sup> Die Damen und Kolleginnen werden es mir hoffentlich nicht verargen, wenn ich in meinen Ausführungen der Einfachheit halber nur die männliche Form verwende, was sich mit Bezug auf das etwas heikle Thema wohl für einmal vertreten lässt.

<sup>4</sup> Bzw. der Vertretung einer Partei vor Gericht durch einen Anwalt in anderen Rechtsgebieten wie zum Beispiel im Zivilprozess.

<sup>5</sup> Privileg Kaiser Wenzels vom 12. Juli 1398.

<sup>6</sup> DÜBI ANITA, Die Geschichte der bernischen Anwaltschaft, Diss. Bern 1955, S. 13 und 16ff.

an einem separaten Pult, das sich näher am Gerichtstisch befand als das des Verteidigers, so dass er dem Gericht (auch) optisch näher stand als der Verteidiger.

Rückblickend betrachtet kann demnach festgehalten werden, dass sich der Verteidiger im Verlauf der Zeit vom Prolocutor als Mitglied des Gerichts zum von diesem unabhängigen Interessensvertreter gewandelt hat, der mit dem Staat wegen dessen unzähligen Vorschriften, die seine Tätigkeiten begrenzten, zunächst jedoch eng verbunden blieb, was nicht zuletzt in der Vereidigung zum Ausdruck kam, welche erst mit dem heute geltenden kantonalen Anwaltsgesetz vom 28. März 2006 abgeschafft wurde.

### Die gegenwärtige Stellung des Verteidigers im Strafprozess und im gesamten Rechtswesen

Die Stellung des Verteidigers (und die des Angeeschuldigten) hat sich in den letzten Jahrzehnten, insbesondere mit der seit dem 1. Januar 2011 geltenden Schweizerischen Strafprozessordnung, in verschiedener Hinsicht klar verbessert.

Eine Bindung an den Rechtsstaat besteht in Bezug auf die Verteidigungsarbeit und Stellung des Verteidigers im Prozess immer noch, sie ist im Vergleich zu früher aber deutlich weniger eng.

### Was bedeutet dies konkret?

Unbestritten ist heute, dass der Anwalt in erster Linie einseitig die Interessen seines Mandanten zu vertreten hat. Dies bedeutet für den Verteidiger, dass ihm die Aufgabe zukommt *«dem staatlichen Strafanspruch entgegenzutreten und auf ein freizusprechendes oder möglichst mildes Urteil hinzuwirken»*, wie sich das Bundesgericht im Entscheid 106 Ia 100 ff. (E 6b)<sup>7</sup> ausgedrückt hat. In der Urteilsbegründung wird zudem festgehalten, dass die Art und Weise, wie der Verteidiger seine Aufgabe wahrnimmt, abgesehen von zwei Einschränkungen, ihm überlassen bleibt; diese beiden Einschränkungen beinhalten Folgendes:

- Bei der Interessensvertretung dürfen keine widerrechtlichen Mittel angewendet werden und
- die Verteidigungsarbeit darf nicht in Untätigkeit bestehen.

Diesen Verpflichtungen stehen als Korrelat die dem Verteidiger vom Staat zugestandenen Rechte gegenüber wie zum Beispiel das Recht auf Anwesenheit bei der Befragung der beschuldigten Person oder das Recht auf Herausgabe der Gerichtsakten etc.

Diese Bindung oder – anders ausgedrückt – das spezielle Verhältnis zwischen dem Rechtsstaat und dem Verteidiger und die sich daraus ergebenden gegenseitigen Rechte und Pflichten bilden

<sup>7</sup> In diesem Grundsatzentscheid nahm das Bundesgericht die Gelegenheit wahr, einige grundlegende Gedanken über die Anwaltstätigkeit anzustellen.

eine nicht unwesentliche Voraussetzung dafür, dass ein Strafprozess in einem rechtsstaatlichen Rahmen abgewickelt werden kann.

Die Zu- bzw. Unzulässigkeit der Anwaltslüge vor Gericht hängt demnach davon ab, ob sie aus rechtlicher Sicht als ein widerrechtliches Mittel qualifiziert wird oder nicht. Bevor wir uns der konkreten Beantwortung dieser Frage aus rechtlicher Sicht zuwenden, soll uns die Lüge als solche beschäftigen.

## 1. GRUNDSÄTZLICHES ZUR LÜGE

### 1.1 Definition

Allgemein<sup>8</sup> versteht man unter Lüge eine Aussage, deren Verbreiter weiss (oder zumindest vermutet), dass sie unwahr ist, wobei diese Aussage mit dem Ziel gemacht wird, dass der Adressat sie fälschlicherweise als wahr annimmt und dem Verbreiter damit in der Regel einen Vorteil verschafft.

Oder, wie Augustinus<sup>9</sup> die Lüge kurz und prägnant definiert<sup>10</sup>: *«... Mendatium est enuntiatio cum voluntate falsum enuntiandi ...»*, also: Die Lüge ist eine Aussage mit dem Willen, Falsches zu sagen.

Dem gilt es lediglich noch beizufügen, dass uns die Lüge – wie wir alle wissen – als unliebsame Weggefährtin während des ganzen Lebens begleitet<sup>11</sup>.

### 1.2 Die Lüge aus biblischer Sicht

In der Bibel begegnen wir der Lüge an verschiedenen Orten.

Bekanntlich lautet in Exodus (2. Buch Moses) 20,16<sup>12</sup> eines der zehn Gebote: *«Du sollst gegen deinen Nächsten kein falsches Zeugnis abgeben.»* Auffallend ist die Tatsache, dass sich dieses Verbot textlich «nur» auf Gerichtsverfahren bezieht, seit Menschengedenken jedoch als generelles Lügenverbot ausgelegt wurde bzw. wird.

Allerdings ist weder das Alte noch das Neue Testament frei von ungeahndeten Lügen, was das Lügenverbot zu relativieren scheint. Zwei willkürlich ausgewählte Beispiele mögen dies verdeutlichen:

In Genesis (1. Buch Moses) 12, 12 bis 19<sup>13</sup> soll Abraham im Wissen darum, dass der Pharao ein Auge auf seine schöne Frau Sarah geworfen hatte, weshalb er – Abraham – um sein Leben fürchtete, sie überredet haben, dem Pharao gegenüber zu

<sup>8</sup> Siehe dazu auch: [de.wikipedia.org/wiki/Lüge](http://de.wikipedia.org/wiki/Lüge).

<sup>9</sup> Augustinus von Hippo (354–430), Kirchenlehrer.

<sup>10</sup> [http://individual.utoronto.ca/pking/resources/augustine/De\\_mendacio.txt](http://individual.utoronto.ca/pking/resources/augustine/De_mendacio.txt), 4.4.

<sup>11</sup> Universität Regensburg, Institut für experimentelle Psychologie, SS 2003 ([http://www-app.uni-regensburg.de/Fakultaeten/PPS/Psychologie/Lukesch/downloads/forschung/Berichte/ss03\\_32067\\_LuegenImAlltag.pdf](http://www-app.uni-regensburg.de/Fakultaeten/PPS/Psychologie/Lukesch/downloads/forschung/Berichte/ss03_32067_LuegenImAlltag.pdf)): Die Häufigkeit von Lügen im Alltag.

<sup>12</sup> Die Heilige Schrift des Alten und Neuen Testaments, Pattloch Verlag 1988.

<sup>13</sup> ebenda.

behaupten, sie sei nicht seine Ehefrau, sondern seine Schwester, was sie tat, woraufhin der Pharao sich Sarah fatalerweise tatsächlich zu seiner Frau genommen haben soll. Immerhin soll der Pharao, als die Lüge offenbar wurde, die Grösse gehabt haben, Sarah dem Abraham gleichsam wieder zurückzugeben, ohne dass seine Lüge nachteilige Folgen für ihn gehabt hätte.

Die ungestrafte Lüge findet sich auch im Neuen Testament. Lukas (Lukas, 22, 56–62) schildert uns, wie Petrus nach seiner Gefangennahme von einer Magd, die ihn im Feuerschein sitzen sah, mit der Tatsache konfrontiert wurde, dass auch er bei Jesus gewesen sei. Die Antwort von Petrus lautete kurz und bündig gelogen: «*Frau, ich kenne ihn nicht.*» Innerhalb einer weiteren Stunde wurde Petrus von zwei weiteren Personen gefragt, ob er denn nicht ein Gefolgsmann von Jesus sei, er selber sei doch auch ein Galiläer. Wiederum log Petrus, indem er alles abstrikt, wonach dann – wie prophezeit und uns allen bekannt – der Hahn zu krähen begann. Diese drei Lügen hatten, wie uns überliefert wird, für Petrus keine weiteren Folgen.

### 1.3 Die Lüge aus philosophischer Sicht

Die Lüge war verschiedentlich auch Thema in der Philosophie.

So befasste sich bereits Augustinus mit dem Problem der Wahrheit und ihrem Gegenstück, der Lüge. Er stellte fest, dass die Lüge, will sie ihr Ziel erreichen, das Vertrauen in die Wahrhaftigkeit der menschlichen Rede voraussetzt; und genau dieses Vertrauen werde in der Folge von der Lüge zerstört. Die Wahrhaftigkeit ist seiner Ansicht nach ein absolut gültiges ethisches Prinzip, das keine Ausnahme zulässt.<sup>14</sup>

Im Endergebnis ähnlich argumentiert auch Kant<sup>15</sup>. Gestützt auf den von ihm propagierten sog. kategorischen Imperativ: «*Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde*». statuiert er für jeden Menschen die Pflicht zur Wahrhaftigkeit in seinen Aussagen, und zwar ausnahmslos, auch wenn dies möglicherweise mit Nachteilen verbunden ist. Diese Maxime beruht gemäss Kant darauf, dass jede Lüge letztlich ein nicht akzeptierbares Unrecht an der Menschheit darstellt und demzufolge mit dem kategorischen Imperativ unvereinbar ist.

In diesem Zusammenhang hat uns Kant 1797 sogar eine kleine Schrift mit dem Titel «*Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*» hinterlassen. Das Problem, an dem sich die damaligen philosophischen Gemüter erhitzen, basiert auf einem fiktiven Sachverhalt, mit dem sich bereits Augustinus auseinandergesetzt hat. Die Geschichte geht wahrscheinlich auf eine biblische

Begebenheit im Alten Testament<sup>16</sup> zurück (nach der die Dirne Rahab israelitische Spione bei sich aufgenommen und versteckt haben, den sie verfolgenden Häschern jedoch gesagt soll, jene seien nicht mehr bei ihr, sie seien weggezogen, was aber nicht stimmte). Der Sachverhalt kann kurz so zusammengefasst werden:

A kommt an die Tür von B, welcher seinen Freund C bei sich zu Hause untergebracht hat, und fragt B, ob C, den er töten wolle, sich bei ihm in der Wohnung aufhalte.

Damit stellt sich die Frage, ob B dem A gegenüber die Wahrheit sagen muss (und damit das Leben von C zumindest gefährdet), oder ob er das Recht, ja sogar die Pflicht hat, zu lügen (um das Leben von C zu retten).

Für Kant ist klar, dass B die Wahrheit sagen muss, weil das Lügenverbot seiner Ansicht nach eben keine Ausnahme kennt. Sein philosophischer Widersacher, Benjamin Constant<sup>17</sup>, argumentiert dagegen mit einem Syllogismus<sup>18</sup> wie folgt:

Obersatz: Eine Rechtspflicht zur Wahrhaftigkeit hat der Mensch nur gegenüber demjenigen Andern, der darauf ein Recht hat.

Untersatz: A hat, weil er das Leben von C auslöschen will, dieses Recht nicht.

Schlussatz: Daraus folgt, dass B gegenüber A nicht zur Wahrheit verpflichtet ist.

Dieser zugegebenermassen oberflächliche und eklektische Exkurs über die Lüge aus zwei verschiedenen Blickwinkeln zeigt auf, dass sie verpönt ist; ob Ausnahmen von der Wahrheitspflicht respektive vom Lügenverbot zulässig sind oder zumindest geduldet werden, soll und muss hier offengelassen bleiben.

## 2. ANWALTSLÜGE AUS RECHTLICHER SICHT

### 2.1 Allgemeines

Kehren wir zurück zur eingangs gestellten Frage, ob die Anwalts- bzw. die Verteidigerlüge gestattet ist oder nicht – konkreter ausgedrückt: Ob sie ein widerrechtliches Verteidigungsmittel darstellt oder nicht. Zur Beantwortung dieser Frage aus rechtlicher Sicht sind naheliegenderweise das Anwaltsrecht, welches aus dem Berufs- und Standesrecht besteht, sowie das Prozessrecht heranzuziehen.

### 2.2 Berufsrecht

Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) enthält keine explizite Bestimmung, wonach die

<sup>14</sup> [http://individual.utoronto.ca/pking/resources/augustine/De\\_mendacio.txt](http://individual.utoronto.ca/pking/resources/augustine/De_mendacio.txt).

<sup>15</sup> Immanuel Kant (1724–1804), deutscher Philosoph.

<sup>16</sup> Josua 2, 1–6, Die Heilige Schrift des Alten und Neuen Testaments, Pattloch Verlag 1988.

<sup>17</sup> Benjamin Constant de Rebecque (1767–1830), Schriftsteller und Staatstheoretiker schweizerischer Herkunft.

<sup>18</sup> Geismann Georg, Versuch über Kants rechtliches Verbot der Lüge in Hariolf Oberer/Gerhard Seel (eds), Kant. Analysen – Probleme – Kritik. Würzburg 1988, S. 302.

Anwälte zu wahrheitsgemässen Aussagen verpflichtet sind. In den in diesem Gesetz aufgelisteten Berufsregeln (Art. 12 lit. a BGFA) wird vom Anwalt allerdings verlangt, dass er seinen Beruf «sorgfältig und gewissenhaft» ausübt.

Diese Vorschrift gilt anerkanntermassen nicht nur im Verhältnis zwischen dem Verteidiger und seinem Klienten, sondern ebenso in der Beziehung zwischen Verteidiger und Behörden, aber auch gegenüber der Gegenpartei.<sup>19</sup>

Zudem sei hier – ohne in Einzelheiten gehen zu wollen<sup>20</sup> – darauf hingewiesen, dass unter diesen Grundsatz nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung auch das Lügenverbot für die Anwälte subsumiert wird.

Die Anwaltslüge vor Gericht steht in der Tat in unvereinbarem Gegensatz zu einer gewissenhaften Berufsausübung; zudem ist sie auch mit der Achtung und der Vertrauenswürdigkeit, auf die der Anwalt seitens des Gerichts und der Gegenpartei Anspruch hat, in keiner Art und Weise in Einklang zu bringen.

Und schliesslich gilt es generell zu beachten, dass die forensische Anwaltstätigkeit – würde das Lügenverbot nicht gelten – letztlich insofern verunmöglicht würde, als ein Prozessieren unter anderen Prämissen als den bestehenden, d.h. ohne Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie des Lügenverbots, gar nicht möglich wäre.

### 2.3 Standesrecht

In den Schweizerischen Standesregeln aus dem Jahre 2005 liest man, offensichtlich in Übereinstimmung mit dem eben erwähnten Art. 12 lit. a BGFA, dass die Anwälte ihren Beruf im Einklang mit der Rechtsordnung sorgfältig und gewissenhaft ausüben. Im Art. 8 Abs. 2 steht zudem: «Sie (die Anwälte) ergreifen alle rechtmässigen Mittel, die zur Wahrung der Interessen ihrer Mandanten erforderlich sind.»

Ein spezifisches Lügenverbot enthalten die Schweizerischen Standesregeln indessen nicht, doch ist darauf hinzuweisen, dass der Schweizerische Anwaltsverband mit dem CCBE (Conseil des barreaux européens, Rat der europäischen Anwaltschaften) eine Vereinbarung betreffend Anerkennung der europäischen Standesregeln abgeschlossen hat. Dieser Vereinbarung sind 1991 alle kantonalen Anwaltsverbände beigetreten.

In der *Charta der Grundprinzipien der europäischen Rechtsanwälte und Berufsregeln der europäischen Rechtsanwälte*, wie der etwas umständliche Titel für die europäischen Standesregeln lautet, steht unter dem Kapitel «Das Verhalten gegenüber den Gerichten» bei der Ziffer 4.4 der

apodiktische Satz: «Der Rechtsanwalt darf dem Gericht niemals unwahre oder irreführende Angaben machen.»<sup>21</sup>

Auf europäischer Ebene besteht also ausdrücklich ein – absolutes – Lügenverbot für Anwälte.

### 2.4 Strafprozessrecht

Es fällt auf, dass sich in der Schweizerischen Strafprozessordnung keine Bestimmung findet, welche den Verteidiger zu wahrheitsgetreuen Äusserungen verpflichtet, wie der Gesetzgeber dies für die sogenannten anderen Verfahrensbeteiligten wie die Zeugen,<sup>22</sup> die Auskunftspersonen<sup>23</sup> und die Sachverständigen,<sup>24</sup> festgelegt hat.

### 2.5 Zusammenfassende Betrachtung

Im Sinne einer vorläufigen Zusammenfassung kann demnach festgehalten werden, dass der Anwalt aufgrund verschiedener Vorschriften im Berufsrecht und Standesrecht im Prozess nicht bewusst die Unwahrheit sagen darf. Dies betrifft alle objektiv feststellbaren, mit dem Prozess in Zusammenhang stehenden Tatsachen, welche der Anwalt persönlich festgestellt hat, oder von denen er überzeugt ist, dass sie zutreffen.<sup>25</sup>

Das Lügenverbot einzuhalten, ist für den Verteidiger nicht immer einfach. Zu denken ist beispielsweise an eine beschuldigte Person, welche ihrem Verteidiger gegenüber die Tat, der sie bezichtigt wird, zugibt, von ihm aber verlangt, dass er in ihrem Namen vor Gericht ihre Unschuld beteuern und auf Freispruch plädieren müsse. Unabhängig davon, ob eine solche Taktik nach der jeweiligen Beweislage zielführend und klug ist, bringt der Mandant seinen Verteidiger mit einem solchen Verhalten in den meisten Fällen in eine schwierige Situation. Einerseits ist der Verteidiger seinem Mandanten verpflichtet und setzt sich, erfüllt er diese seine Hauptaufgabe der Interessensvertretung nicht, dem Vorwurf des Parteiverrats aus; andererseits ist er eben auch an das Wahrheitsgebot gebunden. Darüber hinaus dürfte in solchen Fällen regelmässig auch das persönliche Engagement des Verteidigers – eine meines Erachtens unabdingbare Voraussetzung für eine gute Verteidigungsarbeit – beeinträchtigt werden. Und deshalb ist es in der Praxis oft besser, dass man als Anwalt nicht alles weiss (bzw. nicht alles wissen muss). In solchen Fällen ist es besonders wichtig, dass der Verteidiger eine gewisse Distanz zu seinem Klienten wahrt.

Sollte das Beweisergebnis tatsächlich unklar sein, muss der Verteidiger dies zu Gunsten seines Mandanten vorbringen, d.h. darlegen, dass die

<sup>19</sup> FELLMANN in: Fellmann/Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2011, Art. 12 N 36.

<sup>20</sup> Dazu eingehender NÄGELI GEORG, Darf man im Prozess lügen? In Anwaltsrevue 6 – 7/2010, S 292ff.

<sup>21</sup> [www.ccbe.eu/index.php.?d=32&L=3](http://www.ccbe.eu/index.php.?d=32&L=3).

<sup>22</sup> StPO Art 163 Abs. 2.

<sup>23</sup> StPO Art 181 Abs. 2.

<sup>24</sup> StPO Art 184 Abs. 2 lit. f.

<sup>25</sup> BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, S. 272f.

Beweise für eine Verurteilung nicht ausreichend seien, weshalb nur ein Freispruch zur Debatte stehen könne.

Nicht zulässig – und im Übrigen auch gar nicht notwendig – sind in solchen Konstellationen hingegen Aussagen des Verteidigers, dass er selber felsenfest von der Unschuld seinen Mandanten überzeugt sei usw.

In diesem Zusammenhang ist präzisierend festzuhalten, dass das vom Verteidiger zu beachtende Wahrheitsgebot insofern nicht absolut gilt, als er natürlich berechtigt ist, für den Mandanten nachteilige Tatsachen im Prozess nicht zu erwähnen, und Sachverhalte je nach Interessenslage einseitig darzustellen, indem er sie aufbauscht oder marginalisiert, um dann möglichst überzeugend die entsprechenden Schlüsse ziehen und die sich daraus ergebenden Anträge stellen zu können: Dies gehört unbestrittenermassen zu einer guten Verteidigungsarbeit. Dabei soll nicht unerwähnt bleiben, dass der Staatsanwaltschaft die gleichen Mittel zur Verfügung stehen wie der Verteidigung, und dass sie von ihr – zur Recht – auch nicht gerade sparsam eingesetzt werden.

Auch das Bestreiten von Tatsachen, von denen der Verteidiger weiss, dass sie zutreffen, aber schwerlich oder gar nicht beweisbar sind, ist durchaus legitim (selbst wenn dies in der Lehre<sup>26</sup> zuweilen kontrovers diskutiert wird). Es würde nämlich eindeutig zu weit führen, vom Verteidiger bzw. seinem Mandanten zu verlangen, der beweisbelasteten Gegenpartei bei der Beweiserhebung direkt oder indirekt behilflich sein zu müssen.

## 2.6 Fragenbeantwortung

Aus all diesen Erörterungen ergibt sich auf die Frage nach der Zulässigkeit der Verteidigungslüge – jedenfalls aus rechtlicher Sicht – eine klare Antwort in dem Sinn, dass es dem Verteidiger nicht gestattet ist, im Prozess vorsätzlich Unwahres vorzubringen, also zu lügen. Dieses Wahrheitsgebot soll ihn jedoch nicht daran hindern, nicht die ganze Wahrheit offenzulegen, Tatsachen aus der Sicht und nach der Interessenlage des Klienten einseitig darzustellen und/oder von der Gegenpartei vorgebrachte Tatsachen zu bestreiten.

Hält sich der Verteidiger an diese Vorgaben, ist er alles andere als ein Pinocchio (dessen Nase bekanntlich mit jeder Lüge länger wurde); vielmehr ist er dann ein vertrauenswürdiger Prozessbeteiligter, der seinen Mandanten im Rahmen der diesem und ihm selber zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten bestmöglich vertritt, kurz, er ist ein einwandfreier Interessensvertreter und damit ein guter Anwalt.

## EPILOG

Schliessen möchte ich diese kurzen Ausführungen mit einem weiteren Zitat<sup>27</sup> von Piero Calamandrei, welches den wesentlichen Inhalt obiger Überlegungen kurz und treffend zusammenfasst:

*«Der Anwalt verfährt mit der Wirklichkeit wie der Geschichtsschreiber, welcher die Fakten nach einem vorher festgelegten Auswahlprinzip sammelt, und dabei diejenigen vernachlässigt, die ihm im Licht dieses Prinzips als unerheblich erscheinen. Auch der Anwalt würde, wie der Geschichtsschreiber, sein Amt verraten, wenn er die Wahrheit durch erfundene Fakten verfälschte: er verrät sie nicht, solange er sich darauf beschränkt, aus der unbearbeiteten Wirklichkeit nur diejenigen Aspekte herauszugreifen und zu koordinieren, die seiner These nützen.»*

<sup>26</sup> NÄGELI GEORG, Darf man im Prozess lügen? In Anwaltsrevue 6–7/2010, S 294f.

<sup>27</sup> CALAMANDREI PIERO, a.a.O., S.77f.

pz, Name der Redaktion bekannt

## «no risk – no fun» – oder die Qualität der Zeugen

Es ist kurz nach Mittag. 13.13 Uhr – das stimmt zwar nicht genau, ist aber dramaturgisch befriedigend. Das Telefon klingelt. Auch das ist ungenau, denn die heutigen Telefone klingeln längst nicht mehr; sie ...? Schier unmöglich, dieses synthetische Gedudel in Worte zu fassen. Also, das Telefon dudelt, und zwar zu einer Zeit, zu der mich gelegentlich meine Frau im Büro anruft, weil es etwas zu fragen, zu besprechen, abzumachen, zu erinnern ... gibt. Nicht, dass ich kontrolliert würde – denke ich mal; es gibt immer einen einleuchtenden Grund, mich ins Büro anzurufen. Und dann der immer gleiche Spruch: «Oh Schatz, habe ich Dich eben geweckt ...?» Spass muss sein!? Ein Blick auf das Display bestätigt meine Annahme: «... .. 37 37» (genaue Tf.-Nr. der Redaktion bekannt). Dieses Mal komme ich ihr zuvor. Ich nehme den Hörer ab und schnarche langgezogen und in exzessiver Lautstärke ins Mikrophon ... Keine Reaktion. – Nochmals, aber dieses Mal noch etwas kraftvoller: «Chchchchch ... zzzzzz». Verunsichert oder zumindest hörbar irritiert meldet sich

eine Männerstimme mit: «Ehm – hier Rechtsanwalt XY ...!?» (Name der Redaktion bekannt). Endzahl «37 37»!!! Die Situation ist ja wirklich komisch; und weil nicht ohne jede Peinlichkeit ergreife ich die Flucht nach vorn und lache schallend los; ein Muster, das sich schon mehrfach bewährt hat! Und dann ist mein Verhalten natürlich auch erklärungsbedürftig. Und so erkläre ich, dass meine Frau ... meist gerade um diese Zeit ... mit der gleichen Endzahl etc. etc. Und nun findet's auch der Herr Rechtsanwalt lustig – glaube ich wenigstens. Hätte ja viel schlimmer enden können, mit einem Grossrat am andern Ende zum Beispiel oder einem Journalisten! Und noch etwas: Ich hätte als Zeuge vor Gericht geschworen, dass mich meine Frau anzurufen versucht hat – mit der Endzahl «37 37»!!!

### Eine Ode an den Anwaltsberuf.



#### Es kommt darauf an!

Bemerkungen zu Anwaltsunternehmen und zu dem, was Anwälte so alles unternehmen.

Hans Bollmann

**Oktober 2013, CHF 88.–**

608 Seiten, gebunden, 978-3-7272-7993-5

«Es kommt darauf an» ist die erste Antwort der Anwältinnen und Anwälte auf fast jede Frage. Auch bei Anwaltsunternehmen und dem, was die einzelnen Anwälte so alles unternehmen, kommt es darauf an, wie Hans Bollmann auf unterhaltsame Art darlegt. Das mit vielen Zitaten und Hinweisen sowie Cartoons von Magi Wechsler versehene Buch ist letztlich eine Ode an den Anwaltsberuf, zur Erbauung der jüngeren und Ergötzung der erfahreneren Anwältinnen und Anwälte.

498/14

## Stämpfli

Buchhandlung

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach 5662

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com

www.staempflihop.com

# Crash-Kurs Familienzulagen

Familienzulagen beschäftigen uns immer wieder, sei es persönlich, sei es beruflich: Auf der Lohnabrechnung, im Zusammenhang mit der Einkommensfeststellung im Rahmen unentgeltlicher Rechtspflege, familienrechtlicher Unterhaltsberechnungen oder der Berechnung des Tagessatzes bei Geldstrafen. Hier die Grundlagen zu dieser sozialversicherungsrechtlichen Leistung.

## Was sind Familienzulagen?

Familienzulagen sind Geldleistungen, die ausgerichtet werden, um die finanzielle Belastung durch Kinder teilweise auszugleichen<sup>1</sup>. Es gibt sie in Form von Kinder- und Ausbildungszulagen: Erstere werden ab dem Geburtsmonat bis zum Ende des Monats ausgerichtet, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet<sup>2</sup>, Letztere ab dem Ende des Monats, in dem das Kind das 16. Altersjahr vollendet, bis zum Abschluss der Ausbildung (längstens aber bis zum Ende des Monats, in dem es das 25. Altersjahr vollendet)<sup>3</sup>. Die im FamZG weiter erwähnten Geburts- und Adoptionszulagen sind im Kanton Bern nicht obligatorisch<sup>4</sup>, können aber von den Familienausgleichskassen als freiwillige Leistung erbracht werden.

## Welcher Kanton ist massgebend?

Die Leistungen richten sich in der Regel nach der Familienzulagenordnung des Kantons, in dem der Arbeitgeber (resp. das Unternehmen des Selbstständigerwerbenden) seinen Sitz hat; Zweigniederlassungen unterstehen der Familienzulagenordnung des Kantons, in dem sie sich befinden<sup>5</sup>.

## Wie hängen die Familienzulagen mit dem Lohn zusammen?

Der Anspruch entsteht und erlischt mit dem Lohnanspruch<sup>6</sup>. Der Lohn muss jedoch mindestens dem halben jährlichen Betrag der minimalen vollen Altersrente der AHV entsprechen<sup>7</sup>, d.h. im Jahr 2013 CHF 585.– pro Monat resp. CHF 7020.– pro

Jahr<sup>8</sup>. Bei Arbeitslosigkeit erhält der Versicherte einen Zuschlag zum Taggeld, der den auf den Tag umgerechneten gesetzlichen Kinder- und Ausbildungszulagen entspricht, auf die er Anspruch hätte, wenn er in einem Arbeitsverhältnis stände<sup>9</sup>; massgebend ist die Familienzulagenordnung des Wohnsitzkantons<sup>10</sup>.

Bei Verhinderung des Arbeitnehmers gemäss Art. 324a Abs. 1 und 3 OR (also in Fällen wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes, Schwangerschaft) werden die Familienzulagen nach Eintritt der Arbeitsverhinderung während des laufenden Monats und der drei darauf folgenden Monate ausgerichtet, auch wenn der gesetzliche Lohnanspruch erloschen ist<sup>11</sup>. Wird ein unbezahlter Urlaub bezogen, erfolgt die Leistungsausrichtung während des laufenden Monats und der drei darauf folgenden Monate<sup>12</sup>. Schliesslich bleibt der Anspruch auch ohne gesetzlichen Lohnanspruch bestehen während eines Mutterschaftsurlaubs von höchstens 16 Wochen sowie während eines Jugendurlaubs gemäss Art. 329e Abs. 1 OR<sup>13</sup>.

## Wie hoch sind die Familienzulagen?

Gemäss bundesrechtlicher Regelung betragen die Kinderzulagen mindestens CHF 200.– und die Ausbildungszulagen mindestens CHF 250.– pro Monat<sup>14</sup>. Der Kanton Bern erklärt 115% dieser Beiträge als obligatorisch<sup>15</sup>, d.h. CHF 230.– resp. CHF 290.–. Diese gelten auch bei Teilerwerbstätigkeit, denn es werden nur ganze Zulagen ausgerichtet<sup>16</sup>.

<sup>1</sup> Art. 2 des Bundesgesetzes über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (Familienzulagengesetz, FamZG; SR 836.2).  
<sup>2</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a FamZG; ist das Kind erwerbsunfähig, wird die Zulage gemäss dieser Norm bis zum vollendeten 20. Altersjahr ausgerichtet.  
<sup>3</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. b FamZG.  
<sup>4</sup> Art. 3 Abs. 2 f. FamZG; Art. 1 f. des kantonal-bernerischen Gesetzes über die Familienzulagen vom 11. Juni 2008 (KFamZG; BSG 832.71).  
<sup>5</sup> Art. 13 Abs. 1 FamZG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 FamZG.  
<sup>6</sup> Art. 13 Abs. 1 Satz 3 FamZG.  
<sup>7</sup> Art. 13 Abs. 3 Satz 2 FamZG.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 34 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10).  
<sup>9</sup> Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0); gemäss dieser Bestimmung darf jedoch nicht ein anderweitiger Anspruch für das gleiche Kind bestehen.  
<sup>10</sup> Art. 34 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 31. August 1983 (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02).  
<sup>11</sup> Art. 10 Abs. 1 der Verordnung über die Familienzulagen vom 31. Oktober 2007 (Familienzulagenverordnung, FamZV; SR 836.21).  
<sup>12</sup> Art. 10 Abs. 1<sup>bis</sup> FamZV.  
<sup>13</sup> Art. 10 Abs. 2 FamZV.  
<sup>14</sup> Art. 5 Abs. 1 und 2 FamZG.  
<sup>15</sup> Art. 1 Abs. 2 KFamZG, wobei eine Aufrundung auf Fünffrankenbeträge erfolgt.  
<sup>16</sup> Art. 13 Abs. 3 Satz 1 FamZG.

## Wer ist für welche Kinder anspruchsberechtigt?

Anspruch haben in der AHV versicherte (nicht-landwirtschaftliche<sup>17</sup>) Arbeitnehmer<sup>18</sup> und Selbstständigerwerbende<sup>19</sup> sowie gewisse Nichterwerbstätige<sup>20</sup>. Zum Anspruch berechtigen eigene Kinder, Stiefkinder, Pflegekinder sowie Geschwister und Enkelkinder des Anspruchsberechtigten, sofern dieser für den Unterhalt Letzterer in überwiegendem Ausmass aufkommt<sup>21</sup>.

## Was ist, wenn mehrere Personen Anspruch haben?

Für ein Kind wird nur eine Zulage ausgerichtet (sog. Verbot des Doppelbezugs)<sup>22</sup>. Haben mehrere Personen Anspruch für das gleiche Kind, regelt Art. 7 Abs. 1 FamZG die Anspruchskonkurrenz, indem der Anspruch in nachstehender Reihenfolge zusteht:

1. der erwerbstätigen Person;
2. der Person, welche die elterliche Sorge hat oder bis zur Mündigkeit des Kindes hatte;
3. der Person, bei der das Kind überwiegend lebt oder bis zu seiner Mündigkeit lebte;
4. der Person, auf welche die Familienzulagenordnung im Wohnsitzkanton des Kindes anwendbar ist;
5. der Person mit dem höheren AHV-pflichtigen Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit;
6. der Person mit dem höheren AHV-pflichtigen Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit.

Diese Kaskadenregelung gilt nicht erst ab Einreichung des Gesuchs der zweiten Person, welche für dasselbe Kind eine Zulage beansprucht, sondern bereits ab dem Zeitpunkt des Entstehens des Lohnanspruchs. Damit müssen Nachzahlungen an die Personen, welche gemäss Art. 7 Abs. 1 FamZG Anspruch haben, erbracht werden, während die Person, welche die Leistung zu Unrecht bezogen hat, zur Rückerstattung verpflichtet ist<sup>23</sup>. Richten sich die Familienzulagenansprüche der erst- und der zweitanspruchsberechtigten Person nach den Familienzulagenordnungen zweier verschiedener Kantone, so hat die zweitanspruchsberechtigte Person Anspruch auf den Betrag, um den der gesetzliche Mindestansatz in ihrem Kanton höher ist als im anderen<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> Der Anspruch landwirtschaftlicher Arbeitnehmer richtet sich nach dem Bundesgesetz über die Familienzulagen in der Landwirtschaft vom 20. Juni 1952 (FLG; SR 836.1); vgl. Art. 18 FamZG.

<sup>18</sup> Art. 13 Abs. 1 und 2 FamZG.

<sup>19</sup> Art. 13 Abs. 2<sup>bis</sup> FamZG.

<sup>20</sup> Art. 19 FamZG, Art. 16 FamZV.

<sup>21</sup> Art. 4 Abs. 1 FamZG.

<sup>22</sup> Art. 6 FamZG.

<sup>23</sup> BGE 139 V 429.

<sup>24</sup> Art. 7 Abs. 2 FamZG.

Damit ein Doppelbezug vermieden werden kann, wird ein Familienzulagenregister geführt<sup>25</sup>. Die Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichte können Daten im Rahmen der öffentlichen Zugänglichkeit über das Internet abrufen; sie brauchen dazu das Geburtsdatum sowie die AHV-Nummer des Kindes<sup>26</sup>.

## Wie ist das Verhältnis der Familienzulagen zu den Unterhaltszahlungen?

Anspruchsberechtigte Personen, die auf Grund eines Gerichtsurteils oder einer Vereinbarung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder verpflichtet sind, müssen die Familienzulagen zusätzlich zu den Unterhaltsbeiträgen entrichten<sup>27</sup>.

## Wie werden Familienzulagen ausbezahlt?

In der Regel erfolgt die Auszahlung durch den Arbeitgeber<sup>28</sup>, d.h. gemeinsam mit dem Lohn. Werden die Familienzulagen nicht für die Bedürfnisse einer Person verwendet, für die sie bestimmt sind, so kann diese Person oder ihr gesetzlicher Vertreter verlangen, dass direkt an sie bezahlt wird; auf begründetes Gesuch hin kann auch direkt an das mündige Kind ausgerichtet werden<sup>29</sup>.

## Was ist mit im Ausland wohnhaften Kindern?

Für Kinder mit Wohnsitz im Ausland werden die Familienzulagen grundsätzlich<sup>30</sup> nur ausgerichtet, sofern zwischenstaatliche Vereinbarungen das vorschreiben<sup>31</sup>, z.B. in die Staaten der EU<sup>32</sup>.

<sup>25</sup> Art. 21a FamZG; vgl. dazu Art. 18a FamZV.

<sup>26</sup> <http://www.infofam.zas.admin.ch/AlfainfoWeb/> (zuletzt besucht am 3. Dezember 2013).

<sup>27</sup> Art. 8 FamZG.

<sup>28</sup> Art. 15 Abs. 2 FamZG.

<sup>29</sup> Art. 9 FamZG.

<sup>30</sup> Ausnahmen z.B. Art. 7 Abs. 2 FamZV oder wenn ein Anspruch gestützt auf multilaterale Staatsverträge besteht, z.B. aufgrund der Flüchtlingskonvention (dazu: BGE 135 V 94).

<sup>31</sup> Art. 4 Abs. 3 FamZG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 FamZG. Die in Art. 4 Abs. 3 Satz 2 FamZG vorgesehene Berücksichtigung der Kaufkraft im Wohnsitzstaat gilt nicht, wenn ein Anspruch gemäss Staatsvertrag besteht (Ziff. 313 f. der Wegleitung zum Bundesgesetz über die Familienzulagen FamZG [FamZWL; Fassung ab Januar 2014]; auf dem Internet abrufbar).

<sup>32</sup> Vgl. dazu Art. 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in der Fassung von Anhang II zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA; SR 0.142.112.681).

## Können Familienzulagen gepfändet werden?

Die Leistungen sind der Zwangsvollstreckung entzogen<sup>33</sup>.

### Und wer bezahlt das alles?

Im Kanton Bern werden die Familienzulagen durch Beiträge der Arbeitgeber, der Selbstständigerwerbenden sowie der Arbeitnehmer nicht AHV-pflichtiger Arbeitgeber finanziert<sup>34</sup>. Richten Familienausgleichskassen freiwillige, d.h. über das Obligatorium hinausreichende, Leistungen aus (z.B. Geburtszulagen), können zusätzlich Beiträge von allen Arbeitnehmern erhoben werden<sup>35</sup>. Es handelt sich also um Lohnkosten resp. Lohnnebenkosten

<sup>33</sup> Art. 10 FamZG.

<sup>34</sup> Art. 14 KFamZG.

<sup>35</sup> Art. 16 Abs. 3 KFamZG.

# youth N'ius

## Robe und Perücke bleiben im Schrank

Schwarze Robe, Richterhammer, lautes Gebrüll und viele Zuschauer – eine typische Sendung von Richter Alexander Hold. Doch entspricht dies auch der Realität? Diese Frage beantworten wir mit einer kurzen Geschichte.

Alles begann an einem Samstagabend im Ausgang. Hans wollte gemütlich mit seiner Freundin und ein paar Freunden seinen Lehrabschluss feiern. Alle waren gut gelaunt und die Stimmung war ausgelassen. Als er sich ein weiteres Bier holte, bemerkte er, dass ein anderer Typ seine Freundin belästigte. Freundlich aber bestimmt ging er auf den Typen zu und bat ihn, seine Freundin in Ruhe zu lassen. Hans merkte sofort, dass der Typ stark betrunken war und nicht mit sich reden liess. Als er dann seine Freundin anfasste, brannten dem sonst so netten Hans die Sicherungen durch. Er schlug auf ihn ein bis er am Boden lag und sich nicht mehr wehren konnte. Als Hans sich umdrehte und gehen wollte, stand schon die Polizei mit Handschellen hinter ihm. Hans wollte schon immer mal in einem Polizeiauto mitfahren, aber er hätte nie gedacht, dass dies auf dem Rücksitz sein wird. Sie führten ihn ab und nahmen ihn mit auf den Posten. Dort angekommen, wurde Hans untersucht und anschliessend zum Vorfall befragt. Er schilderte der Polizei was vorgefallen war und bedauerte sein Verhalten. Hans wollte wissen, wie es nun weiter geht und die Polizei klärte ihn über das weitere Vorgehen auf.

### 2 Monate später ...

Nachdem das Verfahren von der Polizei an die Staatsanwaltschaft weitergegeben wurde, gelangte es schlussendlich an das Regionalgericht. Der Fall wurde erfasst und Hans wurde zur Verhandlung vorgeladen. Neben Hans werden auch seine Freundin, das Opfer und die vielen Zeugen vor Gericht erscheinen. Am Tag der Verhandlung war Hans nicht so aufgeregt, denn er hatte sich gut auf die Verhandlung vorbereitet, indem er

zwischenzeitlich Gerichtssendungen anschaute und sich so sicher für die Verhandlung fühlte. Als Hans den Gerichtssaal betrat, war er ein wenig empört, da keine Zuschauer und Journalisten anwesend waren. Der Anwalt des Opfers fragte ihn spöttisch, ob er denn glaube, er sei so wichtig, dass der Gerichtssaal gefüllt sein werde. «Ja, aber bim Alexander Hold isch doch dr Saal oh geng gfüllt», meinte Hans mit voller Überzeugung. Der Gerichtspräsident bat die Beiden um Ruhe damit die Verhandlung beginnen konnte. Zuerst gab er die Zusammensetzung des Gerichts bekannt und anschliessend wurde Hans befragt. Er schilderte die ganze Geschichte nochmals und entschuldigte sich für seine Tat. Nach Hans' Aussage folgten die weiteren Befragungen des Opfers und der Zeugen. Vor dem Urteil erhielt Hans die Möglichkeit ein letztes Wort abzugeben und da sprudelte es nur so aus ihm heraus: «Wieso hocket dir so lässig ufem Stueu? Wo isch öies schwarze Gwand und öie Hammer? Warum stöh kehni Polizischte vor dr Tür? Wieso het dr Anwalt am Schluss so lang und kompliziert gred?» Solch ein letztes Wort hatte auch der Gerichtspräsident noch nie erlebt und musste ein wenig schmunzeln, weil Hans wirklich geglaubt hatte, dass die Fernsehsendung Realität sei.

Sein Verhalten muss Hans nicht peinlich sein, denn viele Leute denken wie er. Auch wir Beide dachten es wäre so, doch uns wurde bei Lehrbeginn schnell bewusst, dass dies nicht der Wahrheit entspricht. Mit dieser Kurzgeschichte wollten wir Ihnen zeigen, dass Fernsehsendungen nicht der Realität entsprechen und den Leuten falsche Vorstellungen vermitteln.

RAFAELA SCHÄDELI

2. Lehrjahr Regionalgericht Oberland

NATALIE STALDER

1. Lehrjahr Regionalgericht Oberland

# Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Familienrecht

**Am 13. November 2013 hat ein Kurs der Weiterbildungskommission zum Umgang mit Buchhaltungsunterlagen statt gefunden. Nachfolgend finden Sie die Präsentation zum Referat von Oberrichter Daniel Bähler, welches die Ermittlung des Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Familienrecht zum Thema hatte. Sie bietet zahlreiche Hinweise auf die einschlägige Rechtsprechung in den Bereichen Ermittlung des Reingewinns einschliesslich massgebender Zeitraum, Aufrechnung von Privatbezügen, Abstellen auf Privatverbrauch und hypothetisches Einkommen**

## Grundsatz: Bestimmung aufgrund des Reingewinns

Gewinn = Derjenige Betrag, welcher der Unternehmung höchstens entzogen werden darf, wenn ihre Ertrags- und Leistungsfähigkeit für den Eigentümer (sowie allfällige Arbeitnehmer der Unternehmung) weiterhin erhalten werden sollen. Muss betriebs-wirtschaftlich korrekt ermittelt werden.

*Aldo C. Schellenberg, Finanzbuchhaltung [Einführung für Juristen], Zürich 1992, zitiert bei Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 163 ZGB, N 75*

## Ermittlung des Reingewinns

*BGer 5D\_167/2008*

- entweder Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres)
- oder in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesener Gewinn

## Ermittlung aufgrund der Bilanz

Endbestand des Eigenkapitals

- Anfangsbestand des Eigenkapitals

= Veränderung des Eigenkapitals

+ Privatbezüge (inkl. verdeckte Privatbezüge)

- allfällige Einlagen

= Einkommen (aus dem Unternehmen)

*Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 163 ZGB, N 75*

## Privatbezüge

- = vom Inhaber während des Geschäftsjahrs aus der Unternehmung bezogene Leistungen
- stellen einen «Gewinnvorbezug» während des Geschäftsjahres dar → in Bilanz, nicht in ER
- ergeben sich aus dem Bedarf für den Lebensunterhalt des Geschäftsinhabers und aus einer Schätzung des zu erwartenden Jahresgewinns
- wenn = Gewinn → Substanzerhaltung
- wenn < Gewinn → Selbstfinanzierung
- wenn > Gewinn → Substanzverzehr

*Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 163 ZGB, N 75*

## Ermittlung aufgrund der Erfolgsrechnung

Ertrag

- Aufwand

+ überhöhte Positionen zwecks Bildung stiller Reserven

+ verdeckte Privatbezüge (als Geschäftsaufwand verbuchter Privataufwand)

= Gewinn

= Einkommen (aus dem Unternehmen)

*Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 163 ZGB, N 75*

## Aufrechnungen

*BGer 5A\_687/2011, 5D\_167/2008, 5P.342/2001:*

- ausserordentliche Abschreibungen
- unbegründete Rückstellungen
- (verdeckte) Privatbezüge (achats privés; als Aufwand verbucht, aber in Wahrheit Gewinnverwendung; vgl. BGer 5A\_259/2012 E. 4.4.1)

Aufrechnung nach Massgabe der für die Existenzsicherung der Restfamilie erforderlichen Mittel: *Gerichtskreis X Thun, FamPra.ch 2005, S. 603* (Gebäudeunterhalt und Abschreibungen bei auslaufendem Landwirtschaftsbetrieb)

## Spesen

*BGer 5D\_167/2008:*

- Gehören nur dann nicht zum Einkommen, wenn damit Auslagen ersetzt werden, die bei der Berufsausübung tatsächlich entstehen.
- Tatsächliche Auslagen müssen bewiesen werden.
- In angespannten finanziellen Verhältnissen sind die Spesen auf ein Minimum zu beschränken (z.B. bei Fahrlehrer Besprechungen mit Fahrschülern im Auto statt im Restaurant, Festlichkeiten nach Prüfungs-erfolgen nur auf Einladung, Abwarten von Leerzeiten im Fahrzeug).

## Eigenmiete in Unterhaltsberechnung

### Wohnräume in Geschäftsliegenschaft:

- Ertragsposition in Erfolgsrechnung (erhöht Gewinn)

- in Unterhaltsberechnung Ausgleich beim Bedarf (Wohnkosten)
- beidseits weglassen nur statthaft, wenn keine Berechnung des Kindesunterhalts nach Prozentmethode

#### Geschäftsräume in Wohnliegenschaft:

- Aufwandposition in Erfolgsrechnung (mindert Gewinn)
- Aufrechnung in Unterhaltsberechnung beim Einkommen
- wenn Berechnung des Kindesunterhalts nach Prozentmethode → Einkommen nur im Umfang des Netto-ertrags, im Bedarf nur Kosten des Wohnteils (Aufteilung)

#### Einpersonengesellschaften

Leistungsfähigkeit des wirtschaftlichen Inhabers der Gesellschaft kann so bestimmt werden, wie wenn er Selbstständigerwerbender wäre, d.h. durch Addition des Gewinns der Gesellschaft zum ausgewiesenen Lohn (*BGer 5P.342/2001; Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 163 ZGB, N 78*).

#### Massgebende Periode

- In der Regel Durchschnitt der letzten drei Jahre (*BGer 5D\_167/2008*).
- Je grösser die Schwankungen und je unzuverlässiger die Unterlagen, desto länger die Periode (*BGer 5A\_246/2009*).
- Besonders gute oder besonders schlechte Geschäftsjahre («Ausreisser») bleiben ausser Betracht (*BGer 5A\_708/2008, 5A\_790/2008*).
- Bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen kann der Gewinn des letzten Jahres allein als massgebendes Einkommen betrachtet werden (*BGer 5A\_684/2011*) oder es ist eine Prognose zu erstellen (*OGer ZH, 15.10.2012, LE120019*).
- Bei steigenden Erträgen keine Rückwirkung auf frühere Perioden (*BGer 5A\_684/2011*).

#### Abstellen auf Privatverbrauch

- Bei begründeten Zweifeln an der Verlässlichkeit der Buchführung (*BGer 5A\_246/2009, 5A\_589/2009*).
- In Summarverfahren, wenn Beschaffung und Analyse der Unterlagen längere Zeit beanspruchen würde (*Verena Bräm, Zürcher Kommentar, 1998, Art. 163 ZGB, N 76*).
- Abstellen auf Privatverbrauch in «Cash Business» (Coiffeursaloon): *BGer 5A\_259/2012*.
- Schätzung nach der Lebenshaltung: *BGer 5A\_776/2012*.
- Ermittlung des Einkommens entweder nach dem Reingewinn oder nach dem Privatverbrauch, aber keine Kombination (*BGer 5A\_259/2012*).
- Nicht hypothetisches, sondern Schätzung des realen Einkommens → Abänderungsmöglichkeit bei Verminderung des realen Einkommens.

#### Hypothetisches Einkommen

- «Anspannungspflicht» (*BGE 126 IV 131*): Das Recht auf freie berufliche Tätigkeit wird beschränkt durch die Pflicht des Unterhaltspflichtigen, für seine Familie aufzukommen. Wechsel in eine unselbstständige Erwerbstätigkeit kann verlangt werden → hypothetisches statt reales Einkommen.
- Erzielung eines Einkommens in der angenommenen Höhe muss aber zumutbar und tatsächlich möglich sein.
- Verlangte Erwerbstätigkeit muss umschrieben werden und angenommener Lohn muss plausibel sein (*BGE 137 III 118, BGer 5A\_687/2011*).

Rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist in der Regel unzulässig (*BGer 5P.255/2003, 5P.79/2004*).

# Publikationen aus unseren Reihen Publications émanant de membres de la justice bernoise

Auch in der zweiten Hälfte dieses Jahres waren die Mitglieder der Bernischen Justiz fleissig und haben die folgenden Texte und Werke publiziert:

Dr. iur. Ivo Schwegler und Dr. iur. Peter M. Keller haben die Kapitel Polizeirecht (S. 265–324, Schwegler), Informations- und Datenschutzrecht (S. 325–372, Schwegler) sowie Umwelt- und Energierecht (S. 593–632, Keller) verfasst im Gesamtwerk von Markus Müller/Reto Feller (Hrsg.), *Bernisches Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Bern 2013. Dieses Werk stellt die wichtigsten Gebiete des *bernischen* Verwaltungsrechts zweckmässig und übersichtlich dar.

Daniel Summermatter, Gerichtspräsident, und Alexia Sidiropoulos, Gerichtsschreiberin, beide am Regionalgericht Bern-Mittelland tätig, haben in der Zeitschrift «Haftpflicht und Versicherung» (HAVE) einen Aufsatz zum Thema «Rechtskraft und Rechtsschutzinteresse bei Teilklage und negativer Feststellungswiderklage» publiziert.<sup>1</sup>

Weiter hat Daniel Bähler, Oberrichter, in der 2. Auflage des Basler Kommentars zur Zivilprozessordnung als Co-Autor die Artikel 271 bis 294 von Prof. Kurt Siehr überarbeitet.<sup>2</sup> Um den Rahmen des Gewöhnlichen etwas zu dehnen, hat er überdies einen Aufsatz in der englischen Zeitschrift «International Family Law» zu Ehren von Lord Justice Mathew Thorpe verfasst und zwar zum Thema «The Swiss Introduction Law to the 1980 Hague Convention – trying to do the splits» (Das schweizerische Einführungsgesetz zum Haager Übereinkommen 1980 – der Versuch eines Spagats). Der Aufsatz wurde auf Deutsch publiziert, aber mit einer englischen Zusammenfassung versehen.<sup>3</sup>

Manuela Mosimann, Gerichtsschreiberin am Obergericht, und Simone Huser, Generalstaatsanwaltschaft, haben in der ZBJV einen Beitrag zur «Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Bern im Jahr 2013» publiziert.<sup>4</sup>

Peter Kästli, hauptamtlicher Richter bei der Steuerrekurskommission, stellt den neuen Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz Art. 1 bis 125 in

Aussicht. Dieses Werk wird voraussichtlich im ersten Quartal 2014 erscheinen.<sup>5</sup>

## Publications émanant de membres de la justice bernoise

Yannick Montavon, Procureur au Ministère public chargé de la poursuite des infractions économiques, a publié son travail de mémoire rédigé dans le cadre du CAS en magistrature 2011/12. Ce travail qui s'intitule «La procédure simplifiée selon le Code de procédure pénale suisse : tour d'horizon des différentes problématiques et exposé succinct de quelques expériences vécues par divers ministères publics en matière de criminalité économique après un peu moins de deux ans d'application» a été publié dans le Magister de Weblaw.<sup>6</sup> Il traite quelques aspects pratiques intéressants recueillis par Yannick Montavon à l'occasion de nombreuses interviews avec des collègues procureur(e)s du canton de Berne ainsi que d'autres cantons.

SARAH WILDI

<sup>1</sup> HAVE 3/2013, 221 ff.

<sup>2</sup> SIEHR/BÄHLER, Art. 271–294 in: BSK ZPO, 2. Auflage, Basel 2013.

<sup>3</sup> Vgl. < <http://www.jordanpublishing.co.uk/publications/family-law/international-family-law#special-contents> > (zuletzt besucht am 20.12.2013).

<sup>4</sup> MANUELA MOSIMANN/SIMONE HUSER, Aus der Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Bern im Jahr 2013, in: ZBJV 149/2013, S. 754–771.

<sup>5</sup> LEUCH/KÄSTLI/LANGENEGGER, Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz Artikel 1 bis 125, 2014 (Cosmos Verlag).

<sup>6</sup> Téléchargeable sur < [http://epub.weblaw.ch/index.php?method=info&categorie=&info\\_id=115&s\\_word](http://epub.weblaw.ch/index.php?method=info&categorie=&info_id=115&s_word) > (dernière visite : 20.12.2013).