



# N'ius

Neues aus der Berner Justiz  
Nouvelles de la Justice bernoise

Heft 17 – Dezember 2015  
17<sup>ème</sup> livraison – décembre 2015

**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, Oberrichter

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))

**Redaktor/rédacteur BE N'ius:**

Thomas Perler, Staatsanwalt, Amthaus, 3011 Bern

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

# Inhaltsübersicht • Table des matières

3	Die Ecke des Redaktors Le coin du rédacteur
5	Kursprogramm 2016 Programme des cours 2016
14	Kreuzworträtsel
15	Neues aus dem Bundeshaus Des nouvelles des autorités fédérales
21	Sümeyra Seker Von Migration zur Integration
23	Raphaël Arn Les autorités pénales et les avocats face aux nouvelles technologies: comment suivre le train qui s'emballe
35	Alec von Graffenried Patentierungsfeier Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte 2015
39	Philip Karnusian Master of Advanced Studies (MAS) Forensics
41	Jürgen Brönnimann Zur Zivilklage nach Art. 122 ff. StPO aus der Sicht eines Zivilrechtlers
50	Fatos Ilhan/Rita Krähenbühl Youth N'ius
51	Publikationen aus unseren Reihen Publications émanant de membres de la justice bernoise
52	Kreuzworträtsel Lösungen





# Die Ecke des Redaktors

## Le coin du rédacteur

Liebe Kolleginnen und Kollegen  
Liebe Leserinnen und Leser

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

Wie schnell die Zeit vergeht, musste ich selber in einer Untersuchung feststellen, in welcher ich eine Ärztin am 20. Oktober dazu aufgefordert hatte, mir einen Bericht über einen Patienten zukommen zu lassen. In unverzeihlich schludriger copy-paste-Manier muss ich mich dabei in der Datierung des gewünschten Eingangs ihres Berichts gewaltig vertan haben und wer mag schon auszuschliessen, dass ein Staatsanwalt nebst Fristansetzung zudem nicht auch noch mit Säumnisfolgen gedroht haben könnte ... Die Ärztin jedenfalls antwortete mir am 28. Oktober – bei mir anstandslos eingehend am 30. Oktober – prompt Folgendes: «Ihrem Auftrag vom 20. Oktober betreffend ... und so weiter ... bin ich nach MEZ mit heutigem Datum nachgekommen, da mir die Methode der Zeitraffung unbekannt und die Möglichkeit der Hellsichtigkeit nicht geläufig sind. Ich bitte Sie um Nachsicht, dass der Arztbericht also nun erst heute, am 28. Oktober, erstellt wurde und nicht wie von Ihnen verlangt am 10. Oktober».

Wo sie Recht hat, hat sie Recht und es bleibt eben nichts anderes übrig, als das Rasen der Zeit ernst zu nehmen und ihr Vergehen nicht noch künstlich anzukurbeln. Denn, wenn das, was erst noch sein soll, schon längst war, ist es ein bisschen wie back to the future. Der so heissende Film aus dem Jahre 1985 tändelte schliesslich auch mit der Zeit und versuchte uns auszumalen, wie es am 21. Oktober 2015 aussehen könnte auf der Welt. Seit ein paar Wochen wissen wir es nun schliesslich auch. Ich selber hatte den Film schon wieder ein bisschen vergessen und auch nicht noch einmal gesehen seither, aber immerhin der Tagespresse entnommen, dass Einiges ganz schön nahe an die Zustände von heute herangekommen sein soll.

Blicke zurück, auf Gegenwärtiges, aber auch in die Zukunft bieten Ihnen nun die nächsten Seiten des Hefts 17 BE N'ius. Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Jürgen Brönnimann hat sich anlässlich einer Weiterbildungsveranstaltung vom September 2015 mit der Frage auseinandergesetzt, ob und wenn ja, wie viel ZPO überhaupt in der Adhäsionsklage nach Art. 122 ff. StPO steckt – das Resultat lässt sich auf den folgenden Seiten nachlesen. Dann liefert Staatsanwalt Philip Karnusian in seinem Erfahrungsbericht zum Master of Advanced Studies an der Uni Luzern Einiges an Entscheidungssupport für alle noch Unentschloss-

Dans le cadre d'une procédure d'instruction, j'ai moi-même pu me rendre compte à quelle vitesse le temps passait, lorsque j'ai invité, en date du 20 octobre, une praticienne de la médecine à me faire parvenir un rapport concernant un patient. Usant de manière négligente et inexcusable de la fonction copier-coller, j'ai dû me tromper magistralement dans la date du délai imparti pour la production du rapport ... et au surplus, on ne peut exclure qu'un procureur, outre la fixation d'un délai, ait en outre menacé de sanctions en cas de défaut ou de retard! La praticienne m'a en tout cas rapidement répondu par courrier du 28 octobre – reçu sans problème le 30 octobre – qu'elle avait donné suite à ma demande du 20 octobre en ce jour, d'après l'heure de l'Europe centrale, et que, ne maîtrisant ni l'art de voyager dans le temps, ni celui de la voyance, elle m'implorait d'être clément malgré le fait que son rapport datait du 28 octobre, et non pas du 10 octobre comme je l'avais requis.

Force est de constater qu'elle était dans son bon droit, et que nous sommes bien obligés de prendre au sérieux la vitesse à laquelle le temps passe, sans vouloir l'accélérer encore plus. Car si ce qui doit encore se produire s'est déjà passé il y a longtemps, ça donne un petit air de «Back to the future»! Le film ainsi nommé, sorti sur les écrans en 1985, batifolait avec le temps et tentait de nous raconter de quoi le 21 octobre 2015 aurait l'air sur notre planète. Depuis quelques semaines, nous le savons enfin aussi. Moi-même, j'avais déjà presque oublié ce film et ne l'avait pas revu depuis lors, mais la presse quotidienne m'a montré que certaines choses issues du film ressemblent beaucoup à la réalité d'aujourd'hui!

Les pages suivantes de la 17<sup>e</sup> édition de BE N'ius vous permettront aussi de vous projeter dans le passé et dans l'avenir, mais également de réfléchir sur le présent. Le professeur Jürgen Brönnimann, Dr en droit et avocat, s'est demandé lors d'un séminaire de formation continue du mois de septembre 2015 si l'action civile des art. 122 ss CPP contenait des éléments de CPC, et dans l'affirmative, combien? Vous lirez le résultat dans le texte de son exposé. Ensuite, Philip Karnusian, procureur, nous raconte son expérience vécue avec le Master of Advanced Studies de l'université de Lucerne; tous les indécis qui hésitent à s'inscrire pour la prochaine édition, qui

enen, welche auch schon mit der Anmeldung für die sechste Durchführung, die am 3. März 2016 startet, geliebäugelt haben.

Weiter durfte ich die Rede von Alec von Graffenried an der Patentierungsfeier der frischgebackenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte vom 3. Juli 2015 im Rathaus Bern abdrucken – spannend, was er zum Beruf des Parteivertreters zu sagen hat und wie auch dieses Metier Künftigem verpflichtet ist. Sümeyra Seker von der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland schliesslich stellt Ihnen das spannende Projekt zur Integration von Ausländern vor. Und bevor wieder Zeit für anderes ist, lockt da noch der französische Beitrag von Staatsanwalt Raphaël Arn über den nicht enden wollenden Wettlauf der Strafverfolgungsbehörden mit den technischen Neuerungen, welche mindestens auf den ersten Blick immer bloss den Bösewichten und Tunichtguten in die Hände zu spielen scheinen. Fatos Ilhan und Rita Krähenbühl schliesslich runden die Lektüre der vorliegenden BE N'ius-Ausgabe ab; in unserer Rubrik Youth N'ius beschreiben sie ihre Starterfahrungen und den Alltag im 2. Lehrjahr auf ihrem Weg zur/zum Kauffrau/-mann am Regionalgericht Bern-Mittelland – auch dort scheint die Zeit im Fluge zu vergehen.

So, genug in der Ecke des Redaktors getändelt – viel lieber möchte ich jetzt noch möglichst viel Zeit für Sie alle schinden, damit Sie auch die nötige Musse zum Lesen der folgenden Seiten finden.

THOMAS PERLER

démarre le 3 mars 2016, trouveront dans son récit de quoi forger leur opinion.

Par ailleurs, nous avons l'honneur de publier le discours tenu par Alec von Graffenried à la cérémonie de remise des brevets d'avocate et d'avocat le 3 juillet 2015 au Rathaus de Berne – ses expériences en tant que mandataire professionnel et son regard sur l'avenir de la profession sont passionnants. Ensuite, Sümeyra Seker, de l'Autorité de conciliation de Berne-Mittelland, vous présente un projet prometteur d'intégration des étrangers. Et vous pourrez encore lire la contribution en langue française de Raphaël Arn, procureur, qui nous raconte la course incessante que se livrent les autorités de poursuite pénale et les malfrats, qui semblent à première vue avoir toujours une longueur d'avance lorsqu'il s'agit de mésuser des nouveautés de la technique. Enfin, en guise de point d'orgue de cette édition de BE N'ius, Fatos Ilhan et Rita Krähenbühl nous décrivent dans la rubrique Youth N'ius leurs expériences et le quotidien de la 2<sup>e</sup> année d'apprentissage de commerce au Tribunal régional de Berne-Mittelland – pour eux aussi, le temps semble passer à toute vitesse!

Ainsi se termine aussi ce coin du rédacteur, dans l'espoir de vous avoir alléché pour lire la suite de notre revue!

THOMAS PERLER

Übersetzung:  
PHILIPPE BERBERAT,  
Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht  
Kanton Bern

# Kursprogramm 2016

## Cours 1

### Tour d'horizon en matière pénale

Ouvert aux membres de la justice bernoise ainsi qu'aux membres de l'AAB.

Cette journée sera consacrée à plusieurs aspects du droit pénal qui occupent les acteurs de la justice dans leur travail au quotidien. Nous débiterons cette journée par une présentation sur la manière de calculer le taux de pureté des divers stupéfiants, avant d'aborder la thématique des nouvelles drogues circulant actuellement sur le marché. Un autre thème de la journée portera sur le principe d'accusation, respectivement la problématique de sa violation, argument souvent invoqué par la défense en vue d'obtenir une libération dans le cadre des procès pénaux. Nous nous intéresserons également à l'exécution des peines judiciaires, et plus particulièrement aux tâches dévolues à la Section de l'application des peines et mesures du canton de Berne (SAPEM). Pour clore cette journée, un point sera fait sur la dernière jurisprudence en matière pénale et les nouveautés législatives, en particulier sur la mesure de la peine et le renvoi des criminels étrangers.

### Direction du cours:

Marguerite Ndiaye, Greffière

### Conférenciers:

Wolfgang Weinmann, Prof. Dr. rer. nat., Directeur suppléant, Chef de section Université de Berne, Faculté de médecine, Institut de médecine légale  
Jean-Paul Ros, Procureur auprès du Parquet général du canton de Neuchâtel

Claudine Roth, Responsable de dossier exécution ordinaire de la SAPEM

Raphaël Arn, Procureur Ministère public Jura bernois-Seeland

### Durée:

1 journée

### Date:

Vendredi, 26 février 2016

### Lieu:

Palais des Congrès, Bienne

### Coûts

CHF 200.– pour les membres de l'AAB

# Programme des cours 2016

## Kurs 1

### Übersicht in Strafsachen

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

Dieser Tag wird mehreren Aspekten des Strafrechts gewidmet sein, mit denen sich die Mitarbeitenden der Justiz in ihrer täglichen Arbeit beschäftigen. Der Auftakt erfolgt mit einer Präsentation über die Berechnungsmethoden zur Bestimmung des Reinheitsgrades zu den verschiedenen Betäubungsmitteln, bevor auf das Thema der neuen Drogen, die aktuell auf dem Markt zu finden sind, eingegangen wird. Weitere Themenkreise, die im Verlaufe des Tages behandelt werden, sind der Anklagegrundsatz bzw. die Verletzung desselben, nachdem dieses Argument von der Verteidigung häufig benutzt wird, um einen Freispruch für ihren Klienten zu erzielen. Zudem werden wir einen Einblick in den Strafvollzug erhalten, im Besonderen in die Aufgaben der Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug des Kantons Bern (ASMV). Zum Abschluss des Weiterbildungstages erfolgt eine Übersicht über die neuste Rechtsprechung in Strafsachen und die gesetzlichen Neuigkeiten, im Speziellen zu den Bestimmungen über die Strafzumessung sowie zu den Bestimmungen über die Ausschaffung von ausländischen Straftätern.

### Kursleitung:

Marguerite Ndiaye, Gerichtsschreiberin

### Referierende:

Wolfgang Weinmann, Prof. Dr. rer. nat., stellvertretender Direktor, Abteilungsleiter Universität Bern, Medizinische Fakultät, Institut für Rechtsmedizin  
Jean-Paul Ros, Generalstaatsanwalt des Kantons Neuenburg

Claudine Roth, Verantwortliche Normalvollzug der ASMV

Raphaël Arn, Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland

### Dauer:

1 Tag

### Termin:

Freitag, 26. Februar 2016

### Kursort:

Kongresshaus, Biel

### Kurskosten:

CHF 200.– für Mitglieder des BAV

**Kurs 2****Gemeinschaftliches Eigentum unter Ehegatten**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz.

Herr und Frau Schweizer heiraten und kaufen zusammen ein Einfamilienhaus. Zur Finanzierung ihres Wohneigentums beziehen sie einen Teil ihres Vorsorgeguthabens. Einige Investitionen und 15 Ehejahre später lassen sich die beiden scheiden.

Kein sonderlich exotisches Szenario, welches aber trotzdem eine Vielzahl von Fragen mit sich bringt, wie zum Beispiel: Welche Auswirkungen hat die Wahl von Allein-, Gesamt- oder Miteigentum beim Grundstückerwerb? Wie geht man mit Wertveränderungen der Liegenschaft um? Wie sind die WEF-Vorbezüge güterrechtlich zu behandeln? Welche grundbuchlichen Besonderheiten sind bei der Abwicklung zu beachten? Ein Überblick über die güter-, erb- und sachenrechtlichen Aspekte von gemeinschaftlichem Eigentum unter Ehegatten.

**Kursleitung:**

Iris Kämpfen, Gerichtsschreiberin

**Referierende:**

Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller, Fürsprecherin, Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern  
Prof. Dr. iur. Stephan Wolf, Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht und Notariatsrecht an der Universität Bern

**Dauer:**

½ Tag, Nachmittag

**Termin:**

Mittwoch, 2. März 2016

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Anmeldefrist:**

Mittwoch, 24. Februar 2016

**Cours 2****Propriété conjointe des époux**

Ouvert aux membres de la justice bernoise.

Madame et Monsieur Suisse se marient et achètent ensemble une maison familiale. Pour financer ce bien immobilier, ils retirent une partie de leurs avoirs de prévoyance. Quelques investissements et 15 ans de mariage plus tard, ils divorcent.

Il ne s'agit pas d'un cas particulièrement exotique. Ce dernier implique toutefois une multitude de questions, comme par exemple: quelles répercussions peut avoir le choix de la propriété exclusive, de la propriété commune ou de la copropriété lors de l'acquisition d'un immeuble? Que faire avec des variations de valeur du bien-fonds? Comment traiter les versements anticipés EPL du point de vue du régime matrimonial? A quelles particularités liées au registre foncier faut-il faire attention? L'exposé vise à donner un aperçu des différents aspects de la propriété conjointe des époux en ce qui concerne les régimes matrimoniaux, le droit des successions et les droits réels.

**Direction du cours:**

Iris Kämpfen, greffière

**Conférenciers:**

Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller, avocate, Professeure de droit privé et de droit privé comparé à l'Université de Lucerne  
Prof. Dr. iur. Stephan Wolf, avocat et notaire, Professeur de droit privé et de droit notarial à l'Université de Berne

**Durée:**

½-journée, l'après-midi

**Date:**

Mercredi, 2 mars 2016

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Inscription:**

Mercredi, 24 février 2016

**Kurs 3****Jugendstrafrecht: unbekanntes Sonderrecht?**

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

Dass es Art. 9 Abs. 2 StGB gibt, wissen wir. Dass es deshalb ein Sonderrecht für Straffällige unter 18 Jahren gibt, wissen wir auch. Doch wissen wir auch, weshalb das unbedingt Sinn macht und wo genau die materiell- und prozessrechtlichen Spezialitäten dafür liegen? Referenten und Referentinnen dieses Spezialfachs frischen vor allem für die StrafrechtlerInnen des Erwachsenenrechts auf, was wir darüber einmal wussten, oder geben erstmals klare Einsichten in dieses wichtige Strafrechtsgebiet.

**Kursleitung:**

Thomas Perler, Staatsanwalt

**Referierende:**

Dr. med. Cornelia Bessler, Chefärztin im Zentrum für Kinder- und Jugendforensik der psychiatrischen Universitätsklinik Zürich

Claudia Widmer, Leitende Jugendanwältin des Kantons Bern

Salome Krieger, Gerichtspräsidentin

weitere MitarbeiterInnen der Jugendanwaltschaft des Kantons Bern

**Dauer:**

½ Tag, 08.30 bis ca. 12.00 Uhr

**Termin:**

Mittwoch, 16. März 2016

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Mittwoch, 9. März 2016

**Cours 3****Droit pénal des mineurs: un droit spécial méconnu?**

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

Nous connaissons l'existence de l'art. 9 al. 2 CP, et savons qu'il existe de ce fait un droit particulier s'appliquant aux délinquants âgés de moins de 18 ans. Mais sommes-nous au courant des raisons justifiant cette particularité, et des différences en droit matériel et procédural par rapport au droit pénal des adultes? Les conférenciers, spécialistes de cette branche, rafraîchiront en particulier les connaissances des pénalistes du droit pénal des adultes et clarifieront nos idées dans ce domaine important.

**Direction du cours:**

Thomas Perler, procureur

**Conférenciers:**

Dr. med. Cornelia Bessler, médecin-chef au centre de psychiatrie légale pour enfants et adolescents de la clinique psychiatrique universitaire de Zurich,

Claudia Widmer, cheffe des procureurs des mineurs du canton de Berne,

Salome Krieger, présidente de tribunal d'autres collaborateurs et collaboratrices du Ministère public des mineurs du canton de Berne

**Durée:**

½-journée, 8.30 – env. 12.00 heures

**Date:**

Mercredi, 16 mars 2016

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coûtes:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

Mercredi, 9 mars 2016



#### Kurs 4

##### **Eurojust und Europol – deine Freunde und Helfer**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und die Angehörigen der Kantonspolizei Bern.

Welche Unterstützung können Eurojust und Europol der Staatsanwaltschaft, den Gerichten und der Polizei bei der grenzüberschreitenden Kriminalität bieten?

##### **Kursleitung:**

Markus Schmutz, stv. Generalstaatsanwalt

##### **Referierende:**

Maria Schnebli, Verbindungsstaatsanwältin der Schweiz bei Eurojust

Charles Marchon, Chef des Schweizer Verbindungsbüros bei Europol

##### **Dauer:**

½ Tag, Vormittag

##### **Termin:**

Mittwoch, 1. Juni 2016

##### **Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

##### **Anmeldefrist:**

Mittwoch, 25. Mai 2016

#### Cours 4

##### **Eurojust et Europol – tes amis et tes sauveurs**

Ouvert aux membres de la justice bernoise et de la police cantonale.

Quel est le soutien apporté par Eurojust et Europol au Ministère public, aux tribunaux et à la police en cas de criminalité internationale?

##### **Direction du cours:**

Markus Schmutz, procureur général suppléant

##### **Conférenciers:**

Maria Schnebli, procureure de liaison de la Suisse auprès d'Eurojust

Charles Marchon, chef du bureau suisse de liaison auprès d'Europol

##### **Durée:**

½ jour, le matin

##### **Date:**

Mercredi, 1 juin 2016

##### **Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

##### **Inscription:**

Mercredi, 25 mai 2016

**Kurs 5****Sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Scheidung und Trennung**

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

Sozialversicherungsrechtliche Fragen können bei Scheidung und Trennung von grosser Tragweite sein. In einer Scheidungssituation kann es etwa darum gehen, eine künftige AHV-Rente oder die Auswirkungen einer Scheidung auf eine bestehende IV-Rente abzuschätzen. Bei der Trennung kann die Frage aufkommen, ob ein bisher nicht erwerbstätiger Ehegatte Arbeitslosentaggelder beziehen kann. Damit Konventionsverhandlungen optimal vorbereitet werden können, soll diesen und weiteren Fragen (unter Ausschluss des Vorsorgeausgleichs) unter Bezugnahme auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen anhand von Fallbeispielen nachgegangen werden.

**Kursleitung:**

Christian Josi, Oberrichter

**Referierende:**

Dr. Thomas Ackermann, Verwaltungsrichter, Fürsprecher

Walter Matti, Verwaltungsrichter, Fürsprecher und Notar

**Dauer:**

½ Tag

**Termin:**

Donnerstag, 16. Juni 2016

**Kursort:**

Assisensaal, Amthaus Bern

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Donnerstag, 9. Juni 2016

**Cours 5****Questions d'assurances sociales en cas de divorce et de séparation**

Ouvert aux membres de la justice bernoise ainsi qu'aux membres de l'AAB.

En cas de divorce et de séparation, les questions d'assurances sociales peuvent avoir une portée importante. En présence d'un divorce, il s'agit par exemple d'en mesurer les conséquences sur une rente AVS future ou sur une rente AI existante. Lors d'une séparation, la question du droit du conjoint qui ne travaillait pas jusqu'alors à percevoir des indemnités journalières de chômage peut se poser. Afin de préparer de manière optimale la négociation d'une convention, ces questions, tout comme d'autres (à l'exception de ce qui a trait à la répartition des avoirs de vieillesse), seront examinées à l'aide des dispositions légales applicables et de cas pratiques.

**Direction du cours:**

Christian Josi, juge d'appel

**Conférenciers:**

Dr Thomas Ackermann, juge administratif, avocat

Walter Matti, juge administratif, avocat et notaire

**Durée:**

½ jour

**Date:**

Jeudi, 16 juin 2016

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coûtes:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

Jeudi, 9 juin 2016



## Kurs 6

### Sicherstellung! – Beschlagnahme!! – Einziehung!!!

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

Dem Gedanken, dass sich Verbrechen nicht lohnen sollen, ist nicht nur mit der strafrechtlichen Sanktion Ausdruck zu verleihen, sondern auch mit dem Zurückbehalten von Gegenständen und Vermögenswerten bei der beschuldigten Person. Wo bei diesem wichtigen, aber oft etwas vernachlässigten Vorgehen einerseits Fallstricke verborgen liegen und andererseits Chancen auf die Strafverfolgung warten, erläutern uns Fachleute aus der Praxis.

#### Kursleitung:

Thomas Perler, Staatsanwalt

#### Referierende:

Staatsanwalt Marcel Scholl, Staatsanwaltschaft I Zürich, Abteilung Vermögenseinziehung  
 Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin am Wirtschaftsgericht des Kantons Bern  
 Christa Lüthi, Chefin Dezernat Betrug + Wirtschaftskriminalität der Kantonspolizei Bern

#### Dauer:

½ Tag, 8.00 bis ca. 12.00 Uhr

#### Termin:

Dienstag, 30. August 2016

#### Kursort:

Amthaus Bern, Assisensaal

#### Kurskosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

#### Anmeldefrist:

Dienstag, 23. August 2016

## Cours 6

### Confiscation! – Saisie!! – Séquestre!!!

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

L'idée que le crime ne paie pas doit être concrétisée non seulement par la menace d'une sanction pénale, mais aussi au moyen de la saisie d'objets et de valeurs auprès de la personne prévenue. Des praticiens spécialistes nous montrent les pièges et les avantages de ces instruments dans le cadre de la poursuite pénale.

#### Direction du cours:

Thomas Perler, procureur

#### Conférenciers:

Marcel Scholl, Ministère public du canton de Zurich, section responsable de la saisie des biens  
 Barbara Lips-Amsler, présidente du tribunal pénal économique du canton de Berne  
 Christa Lüthi, chef de la brigade criminalité économique de la police cantonale bernoise

#### Durée:

½-journée, 8.00 – env. 12.00 heures

#### Date:

Mardi, 30 août 2016

#### Lieu:

Amthaus Berne, salle des assises

#### Coûtes:

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

#### Inscription:

Mardi, 23 août 2016

**Kurs 7****Der vorsorgliche Rechtsschutz**

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

Ein Instrumentenkatalog für Ungeduldige, welche mit ihrem behaupteten Vollstreckungsanspruch nicht bis zum Eintritt der Rechtskraft eines Urteils zuwarten möchten? Ein vages Sicherungsinstrumentarium für den Fall der Gefährdung eines behaupteten Anspruches mit unsicherem gerichtlichem Ausgang? Vertretungen aus der Wissenschaft und aus der Praxis beleuchten Fallstricke der vorsorglichen Massnahmen. Sie zeigen auf, wie die Anwaltschaft und die Gerichte damit umgehen.

**Kursleitung:**

Danièle Wüthrich – Meyer, Oberrichterin, Vizepräsidentin des Handelsgerichts der Kantons Bern

**Referierende:**

Alexander Markus, Prof. Dr. iur., Ordinarius für schweizerisches und internationales Zivilverfahrensrecht Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie internationales Privatrecht, Universität Bern  
Dominik Gasser, Bern, Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern und Dozent an der Universität St. Gallen  
Christoph Hurni, Dr. iur. Bundesgerichtsschreiber, Ersatzmitglied Obergericht

**Dauer:**

½ Tag, ab 13.30 Uhr

**Termin:**

Freitag, 23. September 2016

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Freitag, 16. September 2016

**Cours 7****La protection provisoire**

Ouvert aux membres de la justice bernoise ainsi qu'aux membres de l'AAB.

Un catalogue d'instruments pour les impatients qui, en vue de faire exécuter leurs prétendus droits, ne veulent attendre l'entrée en force de chose jugée d'un jugement? Un instrument de garantie vague en cas de mise en péril d'une prétention avec une issue judiciaire incertaine? Les intervenants et représentants de la science juridique et de la pratique étayeront les pièges relatifs aux mesures provisionnelles. Ils démontreront comment le barreau et la justice traitent les différents problèmes liés à la protection provisoire.

**Direction du cours:**

Danièle Wüthrich–Meyer, juge d'appel, vice-présidente du Tribunal de commerce du canton de Berne

**Conférenciers:**

Alexander Markus, docteur en droit, professeur ordinaire en matière de droit de procédure civile suisse et internationale, de la poursuite pour dettes et de la faillite et de droit international privé à l'Université de Berne  
Dominik Gasser, Berne, avocat, chargé de cours aux Universités de Lucerne et de St-Gall  
Christoph Hurni, docteur en droit, greffier au Tribunal fédéral, juge suppléant à la Cour suprême du canton de Berne

**Durée:**

½-journée, 13.30 heures

**Date:**

Vendredi, 23 septembre 2016

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises

**Coûtes:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

Vendredi, 16 septembre 2016



## Kurs 8

### Aktuelle Fragen zur StPO

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

Die Regeln der Strafprozessordnung sorgen auch im sechsten Jahr ihrer Existenz immer wieder für Diskussionsstoff. In bewährter Manier wird anhand von vier konkreten Themen versucht, wichtige Fragen zu klären und strafprozessuale Grundsätze in Erinnerung zu rufen.

#### Kursleitung:

Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin

#### Referierende:

N.N.

#### Dauer:

09.00 bis 12.30 Uhr

#### Termin:

Oktober 2016\*

#### Kursort:

Amthaus Bern, Assisensaal

#### Kurskosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

\* **Anmeldungen für diesen Kurs werden erst mit der nächsten Ausgabe entgegengenommen.**

## Cours 8

### Questions actuelles du CPP

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

Les règles du CPP offrent toujours de la matière à discussion, même dans la sixième année de leur existence. Par des méthodes éprouvées et au moyen de quatre thèmes concrets, nous essaierons de clarifier des questions importantes et de nous rappeler les principes de la procédure pénale.

#### Direction du cours:

Barbara Lips-Amsler, présidente du tribunal pénal économique

#### Conférenciers:

à définir

#### Durée:

9.00 – env. 12.30 heures

#### Date:

Octobre 2016\*

#### Lieu:

Amthaus Berne, salle des assises

#### Coûtes:

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

\* **Les inscriptions y relatives ne sont pas encore recevables. Elles seront possibles dès publication dans la prochaine édition.**

**Kurs 9****Aktuelles aus dem IRM**

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

Wir machen eine tour d'horizon in der Rechtsmedizin, werden aus erster Hand über die neuesten wissenschaftlichen Entwicklungen und Erkenntnisse aus dieser Disziplin aufdatiert, loten anhand praktischer Beispiele die Grenzen des Machbaren in der Rechtsmedizin aus, schärfen den Blick für die Beurteilung und Interpretation von Verletzungen und setzen uns schliesslich kritisch mit der Bestimmung und Interpretation des Atem- und Blutalkohols auseinander.

**Kursleitung:**

Annemarie Hubschmid, Oberrichterin

**Referierende:**

Christian Jackowski, Prof. Dr. med., Direktor Institut für Rechtsmedizin, Universität Bern

Lea Siegenthaler, M. of Science in Physics, Abteilung für Forensische Physik und Ballistik, Institut für Rechtsmedizin, Universität Bern

Wolfgang Weinmann, Prof. Dr. rer. nat., Abteilungsleiter der Abteilung für Forensische Chemie und Toxikologie und Stv. Direktor, Institut für Rechtsmedizin, Universität Bern

**Dauer:**

½ Tag, 13.30 bis ca. 17.00 Uhr

**Termin:**

Dienstag, 15. November 2016

**Kursort:**

Amthaus Bern, Assisensaal

**Kurskosten:**

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

**Anmeldefrist:**

Donnerstag, 8. November 2016

**Cours 9****Actualités de l'Institut de médecine légale**

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

Nous ferons un tour d'horizon de la médecine légale, recevrons des informations de première main sur les développements scientifiques et les découvertes les plus récentes de cette branche, explorerons les frontières du possible au moyen d'exemples pratiques, aiguïserons notre vision et notre sens de l'interprétation des blessures et, enfin, observerons de manière critique la détermination et l'interprétation du taux d'alcoolémie dans l'haleine et dans le sang.

**Direction du cours:**

Annemarie Hubschmid, juge d'appel

**Conférenciers:**

Christian Jackowski, Prof. Dr. med., directeur de l'Institut de médecine légale de l'université de Berne

Lea Siegenthaler, M. of Science in Physics, division de physique et ballistique légale, Institut de médecine légale de l'université de Berne

Wolfgang Weinmann, Prof. Dr. rer. nat., chef de la division de chimie légale et de toxicologie et directeur suppléant de l'Institut de médecine légale de l'université de Berne.

**Durée:**

½-journée, 13.30 jusqu'à env. 17.00 heures

**Date:**

Mardi, 15 novembre 2016

**Lieu:**

Amthaus Berne, salle des assises.

**Coûtes:**

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

**Inscription:**

Jeudi, 8 novembre 2016

**Ausblick 2. Jahreshälfte 2016**

Kurs: Verdeckte Ermittlungen

Datum: Donnerstag, 2. Dezember 2016

Dauer: 13:30 Uhr bis ca. 17:00 Uhr

Ort: Amthaus Bern

Leitung: Annemarie Hubschmid

**Perspective 2<sup>ème</sup> semestre 2016**

Cours: les investigations secrètes

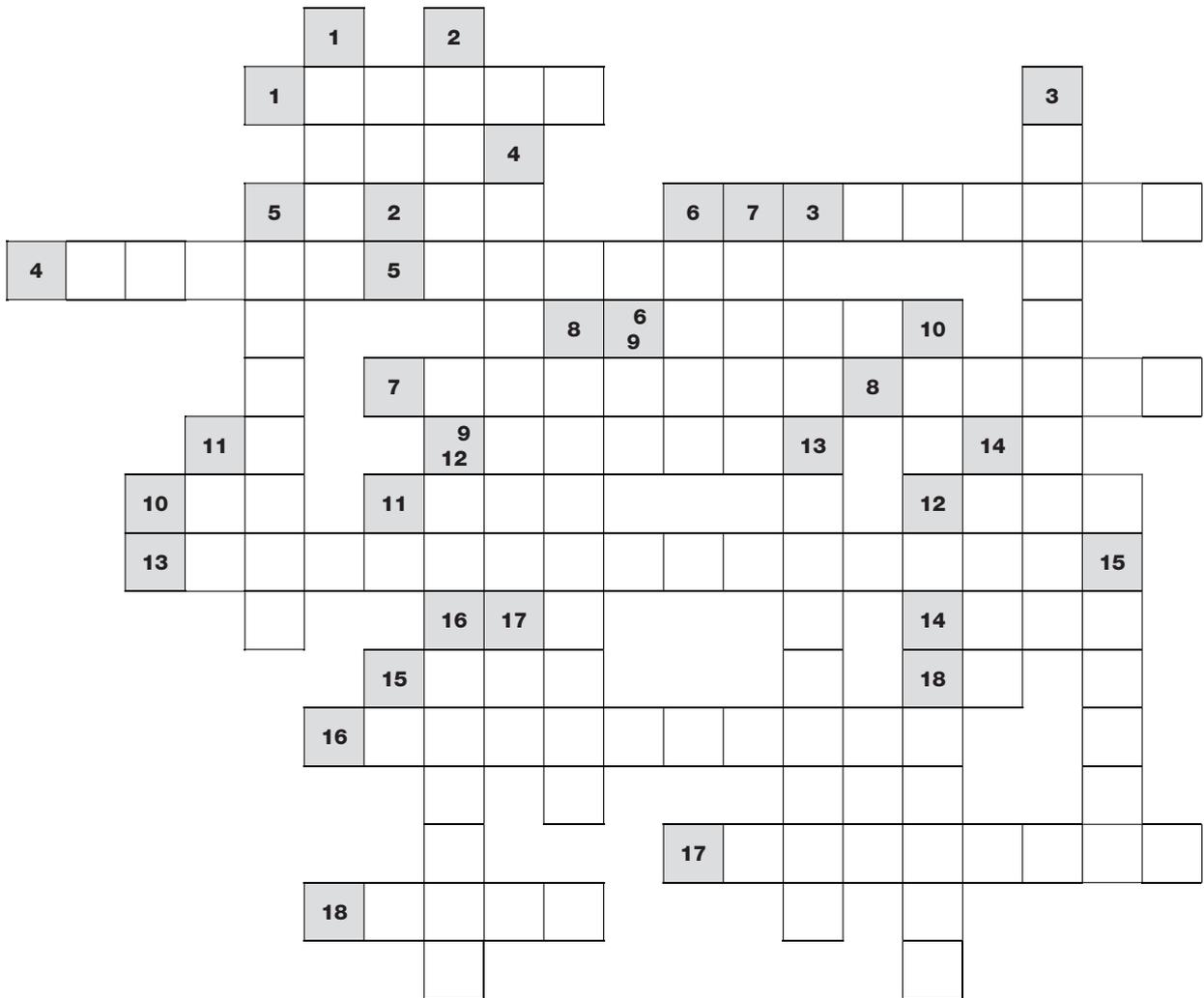
Date: jeudi, 2 décembre 2016

Durée: 13:30 jusqu'à env. 17:00 heures

Lieu: Amthaus Berne

Direction du cours: Annemarie Hubschmid

# Kreuzwörterrätsel



## Senkrecht

- 1 albanisch: Gefängnis
- 2 Kochbuch der Strafrechtler
- 3 auf dessen Aussagen hofft die Staatsanwaltschaft im Prozess
- 4 Arbeitsort der Strafjustiz in Bern
- 5 Büro der Anwaltschaft
- 6 Lauftempo des verspäteten Staatsanwalts zur Hauptverhandlung
- 7 Kurzform für Assistentin
- 8 altes Schreibgerät des Gerichtsschreibers
- 9 Abkürzung eines Wochentags im Kalender der Gerichtskanzlei
- 10 Abkürzung für Einzelrichter
- 11 Abkürzung für das Gesetzbuch der Verträge
- 12 Gegenstück zum AT
- 13 rechtliche Resultate eines Steinwurfs gegen die Amthausfensterscheibe
- 14 rechtliche Sache, Dossier
- 15 Vorname des Anführers einer Räuberbande, die Anfang des 19. Jahrhunderts in Schweizergrenzland ihr Unwesen trieb
- 16 Wo das Verbrechen passiert ist
- 17 Abkürzung des Protokollführers, der zu faul ist, die Frage auszuformulieren
- 18 konsumbereiter Kokainstreifen

## Waagrecht

- 1 Strafart
- 2 Abkürzung für Jahreszins
- 3 typ. Berner Wirtschaftstreffpunkt
- 4 Gesetzbuch der Geldeintreiber
- 5 Schweigegebot der italienischen Mafia
- 6 Abkürzung für Gebietsfürst im Kanton Bern
- 7 Vorname des Präs. der Justizleitung BE
- 8 macht die ZPO kantonskompatibel
- 9 braucht jeder Beschuldigte
- 10 Sportart leitender Staatsanwälte
- 11 Abk. für Bussennumwandlungsinkasso
- 12 Art der Fahruntüchtigkeit im Strassenverkehr
- 13 Rechtsbehelf des armen Mannes
- 14 Gesetz in der Sprache des iudex
- 15 wichtiges Wort in Art. 1 StGB
- 16 Einladung zur U-Haft
- 17 Bewertung von Papier
- 18 Kochbuch der Verwaltungsrechtler

# Neues aus dem Bundeshaus

## Des nouvelles des autorités fédérales

### Strafrecht

CÉLINE SCHENK, Staatsanwältin bei der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland

Aufgrund **wirksamerer Sanktionen gegen Fluggesellschaften** sollen in Zukunft weniger Passagiere ohne gültige Reisedokumente befördert werden. Das Parlament hat bereits am 20. Juni 2014 der Teilrevision des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer (AuG) zugestimmt. Diese Teilrevision sieht eine Beweislastverschiebung vor. Während bisher das Staatssekretariat für Migration (SEM) eine Verletzung der Kontrollpflicht der Fluggesellschaften nachweisen musste, genügt nun der Nachweis, dass ein Unternehmen einen Passagier ohne die notwendigen Dokumente befördert hat. Die entsprechenden Bestimmungen sind am 1. Oktober 2015 in Kraft getreten. Bereits am 1. Juli 2015 ist das **Bundesgesetz über die Ausweitung der Strafbarkeit der Verletzung des Berufsgeheimnisses** in Kraft getreten (vgl. auch Heft 15, 2014). In diesem Zusammenhang sind das Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006, das Bankengesetz vom 8. November 1934 und das Börsengesetz vom 24. März 1995 geändert worden.

Das **Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Kosovo über die polizeiliche Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Kriminalität** ist am 15. Juli 2015 in Kraft getreten. Das Abkommen regelt im Bereich des Informationsaustauschs, der Koordination operativer Einsätze, der Einsetzung von gemeinsamen Arbeitsgruppen sowie der Aus- und Weiterbildung die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den nach jeweiligem Landesrecht zuständigen Polizeibehörden. Das Abkommen ist auf alle Kriminalitätsbereiche anwendbar, soll jedoch vorab der Bekämpfung der Schwerstkriminalität dienen. Bei politischen, militärischen und fiskalischen Delikten ist eine Zusammenarbeit ausdrücklich ausgeschlossen.

Schliesslich ist am 1. September 2015 die **Verordnung vom 24. Juni 2015 über den Einsatz von privaten Sicherheitsunternehmen für Schutzaufgaben durch Bundesbehörden** (Verordnung über den Einsatz von Sicherheitsunternehmen, VES) in Kraft getreten. Die Verordnung gilt gemäss Art. 1 Abs. 1 VES für Bundesbehörden, die ein privates Sicherheitsunternehmen (Unternehmen) zur Wahrnehmung von Schutzaufgaben in der Schweiz oder im Ausland einsetzen (einsetzende Behörden).

Das Parlament hat am 19. Juni 2015 **das neue Sanktionenrecht** (BBl 2015 4899) verabschiedet (vgl. dazu auch die Hefte 9, 2011, 10, 2012 und 13, 2014). Die Referendumsfrist läuft am 8. Oktober 2015 ab. Nachfolgend die wichtigsten Änderungen:

- **Geldstrafe:** Der Strafrahmen für Geldstrafen wird in Art. 34 Abs. 1 nStGB auf 3 bis höchstens 180 Tagessätze festgelegt, wobei ein Tagessatz gemäss Art. 34 Abs. 2 nStGB in der Regel mindestens CHF 30.– und höchstens CHF 3000.– beträgt.
- **Zahlungsfrist:** Die Zahlungsfrist wird von zwölf Monaten auf sechs Monate reduziert (Art. 35 Abs. 1 erster Satz nStGB).
- **Wiedereinführung von kurzen Freiheitsstrafen:** Gemäss Art. 40 Abs. 1 nStGB beträgt die Mindestdauer der Freiheitsstrafe 3 Tage, wobei eine kürzere Freiheitsstrafe anstelle einer nicht bezahlten Geldstrafe oder Busse vorbehalten bleibt. Gemäss Art. 41 nStGB kann das Gericht statt einer Geldstrafe auf eine solche Freiheitsstrafe erkennen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter vor der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten oder wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann. Die Wahl der Freiheitsstrafe muss näher begründet werden.
- **Gesamtstrafe bei Widerruf:** Gemäss Art. 46 Abs. 1 nStGB bildet das Gericht in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe, wenn die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art sind.
- **Landesverweisung:** Wird ein Ausländer zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr verurteilt oder wird gegen ihn eine Massnahme im Sinne von Art. 59–61 oder 64 StGB angeordnet, kann das Gericht ihn gemäss Art. 67f Abs. 1 nStGB für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen. Die Landesverweisung kann gemäss Art. 67f Abs. 3 nStGB auf Lebenszeit ausgesprochen werden, wenn der Verurteilte eine neue Tat begeht, für die das Gericht eine Sanktion im Sinne von Abs. 1 anordnet, und er die neue Tat begeht, solange die für die frühere Tat ausgesprochene Landesverweisung noch wirksam ist.
- **Halbgefängenschaft:** Auf Gesuch des Verurteilten hin kann gemäss Art. 77b Abs. 1 nStGB eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 12 Monaten oder eine nach Anrechnung der Untersuchungshaft verbleibende Reststrafe von nicht mehr als 6 Monaten in Form der Halbgefängenschaft vollzogen werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Verurteilte flieht oder

weitere Straftaten begeht, und der Verurteilte einer geregelten Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung von mindestens 20 Stunden pro Woche nachgeht.

- *Gemeinnützige Arbeit:* Gemeinnützige Arbeit zählt nicht länger zu den möglichen Strafarten. Vielmehr handelt es sich neu um eine Vollzugsform. Gemäss Art. 79a Abs. 1 nStGB kann auf Gesuch des Verurteilten hin, eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als sechs Monaten, eine nach Anrechnung der Untersuchungshaft verbleibende Reststrafe von nicht mehr als sechs Monaten, eine Geldstrafe oder eine Busse in der Form von gemeinnütziger Arbeit vollzogen werden. Für die Ersatzfreiheitsstrafe ist gemeinnützige Arbeit gemäss Art. 79a Abs. 2 nStGB allerdings ausgeschlossen. Vier Stunden gemeinnützige Arbeit entsprechen einem Tag Freiheitsstrafe, einem Tagessatz Geldstrafe oder einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe bei Übertretungen (Art. 79a Abs. 4 nStGB).
- *Electronic Monitoring:* Für den Vollzug einer Freiheitsstrafe von 20 Tagen bis zu 12 Monaten oder anstelle des Arbeitsexternates oder des Arbeits- und Wohnexternates für die Dauer von 3 bis 12 Monate ist gemäss Art. 79b nStGB die elektronische Überwachung des Verurteilten als Vollzugsform auf dessen Gesuch hin möglich. Die elektronische Überwachung kann jedoch nur angeordnet werden, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Verurteilte flieht oder weitere Straftaten begeht. Zudem muss der Verurteilte über eine dauerhafte Unterkunft verfügen und einer geregelten Arbeit, Ausbildung oder Beschäftigung von mindestens 20 Stunden pro Woche nachgehen oder ihm muss eine solche zugewiesen werden können. Weiter müssen die mit dem Verurteilten in der gleichen Wohnung lebenden erwachsenen Personen zustimmen und der Verurteilte muss einem für ihn ausgearbeiteten Vollzugsplan zustimmen. Diese neuen Gesetzesbestimmungen zur elektronischen Überwachung können jedoch erst in Kraft treten, wenn die Kantone ihre Ausführungsgesetze angepasst und die dafür notwendige Infrastruktur eingerichtet haben. Da dies einige Zeit in Anspruch nehmen wird, hat der Bundesrat die bisherigen Bewilligungen für die sieben Kantone, die Electronic Monitoring als Vollzugsform zurzeit versuchsweise einsetzen, bis zum Inkrafttreten der gesamtschweizerischen Regelung verlängert. Da das neue Sanktionenrecht zudem grundsätzlich auch den Einsatz von GPS (satellitengestützten Überwachungselementen) erlaubt, ist der Einsatz von GPS zwecks Sammeln von Erfahrungen und Vorbereitung auf die kommende gesetzliche Regelung bereits mit der neuen Bewilligung ausdrücklich gestattet.

Zur Bekämpfung der Korruption ist am 15. September 2015 im Auftrag der Bundesanwaltschaft (BA) durch das Bundesamt für Polizei (fedpol) die neue **Meldeplattform «www.korruptionsbekämpfung.ch»** in Betrieb genommen worden. Auf dieser Plattform können Personen, die über Informationen zu mutmasslichen Korruptionshandlungen verfügen, anonym eine Meldung an die Polizei machen. Die Plattform erlaubt es den Strafverfolgungsbehörden, mit der meldenden Person in Kontakt zu treten, um allenfalls Zusatzinformationen einzuholen oder über das weitere Vorgehen zu informieren. Ohne Einwilligung der meldenden Person ist es den Strafverfolgungsbehörden allerdings nicht möglich, deren Identität zu ermitteln. Damit steht den Strafverfolgungsbehörden der Schweiz im Kampf gegen die Korruption ein neues Mittel zur Verfügung. Ein zentrales Anliegen der BA ist es, dass die neue Meldeplattform die Bekämpfung der internationalen Korruption wirksam unterstützt.

Zudem ist am 25. September 2015 der Schlussabstimmungstext bezüglich der Änderung des Strafgesetzbuches namentlich betreffend der **Privatbestechung** vom National- und Ständerat angenommen worden (vgl. auch Heft 12, 2013, Heft 13, 2014 und Heft 15, 2014). Neu wird gemäss Art. 322<sup>octies</sup> nStGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wobei in leichten Fällen die Tat nur auf Antrag verfolgt wird. Gemäss Art. 322<sup>novies</sup> nStGB wird ferner mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer als Arbeitnehmer, als Gesellschafter, als Beauftragter oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Auch hier wird die Tat in leichten Fällen nur auf Antrag verfolgt.

Am 25. September 2015 hat das Parlament das **Bundesgesetz über Verbesserungen beim Informationsaustausch zwischen Behörden im Umgang mit Waffen** verabschiedet (vgl. auch Heft 14, 2014). Die Armee soll in Zukunft von den Staatsanwaltschaften und Gerichten über Personen informiert werden, bezüglich welcher Verdacht besteht, dass sie sich selbst oder Dritte mit einer Feuerwaffe gefährden könnten. Ferner sollen die berechtigten Behörden künftig mit einer einzigen Abfrage sowohl sämtliche kantonale Waffen-

register als auch die vom Bundesamt für Polizei geführte Waffeninformationsplattform ARMADA konsultieren können. Bisher sind die kantonalen Waffenregister elektronisch nicht miteinander verbunden, weshalb eine kantonale Behörde im Einzelfall alle anderen kantonalen Behörden anfragen muss, ob eine Person oder eine Feuerwaffe registriert ist. Keine Zustimmung im Parlament hat demgegenüber die Pflicht zur Nachregistrierung von Waffen gefunden.

Der Bundesrat hat am 25. September 2015 vom Ergebnis der Vernehmlassung zum **Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA)** Kenntnis genommen und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF beauftragt, bis Ende Jahr die Botschaft zu erarbeiten. Die Vernehmlassung hat ergeben, dass die Mehrheit der Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Stossrichtung der Vorlage grundsätzlich zustimmt (vgl. dazu die Ausführungen in Heft 16, 2015). Einzig die Finanzierungsregelung ist nicht auf Zustimmung gestossen. Ziel der Revision des BGSA ist es, den kantonalen Kontrollorganen im Kampf gegen die Schwarzarbeit ein verbessertes Instrumentarium zur Verfügung zu stellen. Weiter soll die Aufsicht des Bundes über die Kontrollorgane erweitert werden, um allfällige Fragen beim Vollzug frühzeitig angehen zu können.

Das Parlament hat ihm Rahmen von «Via sicura» die **beweisichere Atemalkoholprobe im Strassenverkehr** beschlossen. Am 1. Juli 2015 hat der Bundesrat die Einführung derselben per 1. Oktober 2016 beschlossen. Eine Blutprobe wird ab diesem Zeitpunkt nur noch bei Verdacht auf Betäubungsmittelkonsum, auf Verlangen der betroffenen Person oder in Ausnahmefällen durchgeführt werden. Bereits heute kann zur Feststellung der Fahrunfähigkeit eine Atemalkoholprobe durchgeführt werden. Das Resultat dieser Probe genügt jedoch nur als Beweis, wenn der Wert unter 0.8 Promille liegt und die betroffene Person den Wert unterschriftlich anerkennt. Liegt der Wert über 0.8 Promille ist für den Nachweis der Ange-trunkenheit eine Blutprobe notwendig.

Das Bundesamt für Strassen (ASTRA) hat im Hinblick auf diverse **Anpassungen im Strassenverkehr** am 16. Juli 2015 die Anhörung zur Anpassung verschiedener Verordnungen eröffnet. Die Anhörung dauert bis am 16. Oktober 2015. Das seit 2014 auf sämtlichen Einsätzen mit schweren Motorfahrzeugen zum Gütertransport geltende Alkoholverbot für Angehörige von Rettungs- und Katastrophenschutzorganisationen soll für das nichtdiensthabende Personal von Rettungs- und Katastrophenschutzorganisationen, das bei unvorhergesehenen Rettungseinsätzen aufgeboden wird, aufgehoben werden und die ordentliche Promillegrenze von 0.5 soll wieder gelten. Zudem sollen vom Alkoholverbot Führerinnen und Führer von Fahrzeugen mit geringen Höchstgeschwin-

digkeiten bis 45 km/h sowie von Lastwagen, die den Arbeitsmotorfahrzeugen gleichgestellt sind, ausgenommen werden. Weiter soll in Anpassung an die EU-Regelung die Leistungsgrenze bei der Motorrad-Kategorie «A beschränkt» von 25 auf 35 kW angehoben werden. Ferner soll eine Ausnahmeregelung dafür sorgen, dass Rundstreckenrennen mit Elektromotorfahrzeugen ermöglicht werden. Schliesslich soll das System der Erhebung von Versicherungsbeiträgen zur Finanzierung des Nationalen Versicherungsbüros (NVB) und des Nationalen Garantiefonds (NGF) flexibler ausgestaltet werden. Neu sollen die Beträge nach anerkannten Regeln der Versicherungstechnik berechnet werden können, anstatt wie bisher in Form von fixen Grundbeträgen. Dabei wird die Finanzaufsicht unverändert gewährleistet bleiben. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates und diejenige des Ständerates haben namentlich den nachfolgenden Initiativen Folge gegeben:

- *Parlamentarische Initiative* von Nationalrätin Natalie Rickli «**Verwahrung von rückfälligen Tätern**» (13.463): Die parlamentarische Initiative verlangt, dass bei einem Täter, der bereits einmal wegen Mordes, vorsätzlicher Tötung, schwerer Körperverletzung oder Vergewaltigung rechtskräftig verurteilt worden ist, das Gericht die Verwahrung anordnen soll.
- *Standesinitiative des Kantons Tessin* «**Artikel 285 und 286 des Strafgesetzbuches. Überprüfung der Angemessenheit der Strafraumen**» (14.301): Die Standesinitiative verlangt die Überprüfung, ob die Strafraumen für Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte gemäss Art. 285 StGB und für Hinderung einer Amtshandlung gemäss Art. 286 StGB angemessen sind.
- *Standesinitiative des Kantons Genf* «**Neudefinition des Rechtsbegriffs der Vergewaltigung in den Artikeln 189 und 190 des Strafgesetzbuches**» (14.311): Die Standesinitiative verlangt die Abänderung der Art. 189 und 190 StGB. Dabei soll der Rechtsbegriff der Vergewaltigung erweitert werden und auch Personen männlichen Geschlechts als Opfer vom Tatbestand erfassen.

## Zivilrecht

CHRISTIAN JOSI, Oberrichter

### *Vorsorgeausgleich bei Scheidung*

Die eidgenössischen Räte haben den Entwurf des Bundesrates weitgehend unverändert zum Gesetz erhoben und die Vorlage in der Sommersession verabschiedet. Die Referendumsfrist ist am 8. Oktober 2015 abgelaufen. Neben den materiellen Bestimmungen im ZGB und im FZG sind auch die Artikel 280 bis 284 ZPO angepasst worden. Über das Inkrafttreten hat der Bundesrat noch nicht entschieden. Gemäss einer Auskunft des

Bundesamts für Justiz ist damit frühestens im Laufe des Jahres 2016 zu rechnen, möglicherweise aber erst auf 2017. Dem Vernehmen nach beanspruchen die Pensionskassen noch etwas Zeit für die Umsetzung und der Bundesrat wird noch eine Verordnung erlassen müssen.

Wie an dieser Stelle schon darauf hingewiesen worden ist (vgl. MYRIAM GRÜTTER/NORA SCHEIDEGGER, BE N'ius 12, S. 11), setzt die neue Regelung den **Stichtag** für den Vorsorgeausgleich auf den Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens fest (Art. 122 nZGB). Als Grundregel gilt weiterhin, dass die erworbenen Austrittsleistungen samt Freizügigkeitsguthaben und Vorbezügen für Wohneigentum hälftig geteilt werden (Art. 123 Abs. 1 nZGB). Die **Ausnahmen** davon sind im neuen Recht etwas weiter gefasst. So kann das Gericht allgemein aus «wichtigen Gründen» von der Grundregel abweichen (Art. 124b Abs. 2 nZGB), wobei die güterrechtliche Auseinandersetzung oder die wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung nur noch als Beispiele genannt werden (Art. 124b Abs. 2 Ziff. 1 nZGB). Als wichtiger Grund sind zudem unterschiedliche Vorsorgebedürfnisse, insbesondere unter Berücksichtigung des Altersunterschiedes zwischen den Ehegatten, ausdrücklich anerkannt (Art. 124b Abs. 2 Ziff. 2 nZGB). Schliesslich kann das Gericht dem berechtigten Ehegatten mehr als die Hälfte der Austrittsleistung zusprechen, wenn er nach der Scheidung gemeinsame Kinder betreut und der verpflichtete Ehegatte weiterhin über eine angemessene Alters- und Invalidenvorsorge verfügt (Art. 124b Abs. 3 nZGB).

Die **Folgen des Eintritts des Vorsorgefalls** vor der Scheidung sowie der Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Teilung werden neu in mehreren Bestimmungen geregelt. Das Vorgehen hängt davon ab, ob der Ehegatte bei Einleitung der Scheidung das reglementarische Rentenalter bereits überschritten hat. Bis zum Erreichen des Rentenalters ist es vorsorgerechtlich noch möglich, dass die Rente bei Wegfall der Invalidität aufgehoben wird. Fällt die Rente weg, steht der betroffenen Person stattdessen eine Austrittsleistung zu (Art. 2 Abs. 1<sup>ter</sup> FZG). In der Scheidung wird die Teilung nun so vorgenommen, wie wenn die Rente im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens aufgehoben worden wäre, d.h. geteilt wird die entsprechende (hypothetische) Austrittsleistung (Art. 124 nZGB).

Hat die rentenberechtigte Person hingegen bei Einleitung des Scheidungsverfahrens das Rentenalter bereits erreicht, kann es vorsorgerechtlich nicht mehr zur Aufhebung der Rente kommen, da die Invalidenrente als Altersrente weiterhin ausgerichtet wird. Eine (hypothetische) Austrittsleistung kann dann nicht mehr berechnet werden. Deshalb muss die Rente selbst geteilt werden. Das Gericht entscheidet darüber nach seinem Ermessen, wobei es insbesondere die Dauer der Ehe und die

Vorsorgebedürfnisse der Ehegatten berücksichtigt (Art. 124a Abs. 1 nZGB). Als Leitlinie soll dabei stets der Grundsatz der hälftigen Teilung des während der Ehe erworbenen Vorsorgeguthabens dienen. Je länger die Ehe gedauert hat, desto eher rechtfertigt sich die Teilung der ganzen Rente, während bei einer wenige Jahre vor dem Rentenalter geschlossenen Ehe ein weit geringerer Betrag angemessen sein kann (Botschaft, BBI 2013, S. 4911). Die Botschaft des Bundesrates enthält eine Tabelle zur Schätzung des ehelichen Teils der Rente in Abhängigkeit zum Heirats- und Rentenalter des rentenberechtigten Ehegatten samt Berechnungsbeispiel (BBI 2013, S. 4955f.). In einem letzten Schritt ist die geteilte Rente gemäss den vom Bundesrat noch zu erlassenden Vorschriften in eine lebenslange Rente umzurechnen (Art. 124a Abs. 2 und Abs. 3 nZGB). Dies ist notwendig, weil der berechtigte Ehegatte nicht besser oder schlechter gestellt werden soll als der verpflichtete Ehegatte. Dessen Rente wurde in Abhängigkeit seines Alters und seiner Lebenserwartung festgesetzt. Ist der berechtigte Ehegatte jünger und die Lebenserwartung höher, muss sich somit ein tieferer Rentenbetrag ergeben als der Teilungsbetrag, während umgekehrt bei höherem Alter und tieferer Lebenserwartung eine höhere Rente resultieren kann. Hat der berechtigte Ehegatte das Rentenalter noch nicht erreicht, wird ihm die Rente nicht direkt ausgerichtet, sondern die entsprechenden Mittel werden an seine Vorsorgeeinrichtung überwiesen (Botschaft, BBI 2013, S. 4913).

Gegenseitige Ansprüche der Ehegatten auf Austrittsleistungen bzw. auf Rentenanteile werden verrechnet. Rentenanteile werden zuerst verrechnet und der dem berechtigten Ehegatten zustehende Verrechnungsbetrag wird dann in eine Rente umgewandelt (Art. 124c Abs. 1 nZGB). Austrittsleistungen können mit Rententeilen nur dann verrechnet werden, wenn die Ehegatten und die Vorsorgeeinrichtungen damit einverstanden sind (Art. 124c Abs. 2 nZGB).

Von diesen Regeln kann abgewichen werden, wenn aufgrund einer Abwägung der Vorsorgebedürfnisse beider Ehegatten ein Ausgleich aus Mitteln der beruflichen Vorsorge **nicht zumutbar** ist. In einem solchen Fall schuldet der verpflichtete Ehegatte dem berechtigten Ehegatten eine Kapitalabfindung (Art. 124d), was voraussetzt, dass auf Seiten des verpflichteten Ehegatten genügend Mittel vorhanden sind.

Schliesslich kann der Vorsorgeausgleich **unmöglich** sein, wenn z.B. anstelle einer Rente ein Ruhegehalt ausgerichtet wird oder wenn sich das massgebende Vorsorgeguthaben im Ausland befindet. In diesen Fällen schuldet der verpflichtete Ehegatte dem berechtigten Ehegatten eine angemessene Entschädigung in Form einer Kapitalabfindung oder einer Rente (Art. 124e Abs. 1 nZGB). Wenn Vorsorgeansprüche im Ausland betroffen sind und über deren Ausgleich eine Ent-

scheidung im betreffenden Staat erwirkt werden kann, kann der Vorsorgeausgleich in ein separates Verfahren verwiesen werden, wobei dieses bis zum Vorliegen des ausländischen Entscheides ausgesetzt werden kann (Art. 283 Abs. 3 nZPO).

Das neue Recht findet auf alle Scheidungsprozesse, die beim Inkrafttreten vor einer kantonalen Instanz bereits rechtshängig sind, sofort Anwendung (Art. 7d Abs. 2 SchIT). Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Ehegatte, dem unter bisherigem Recht nach Eintritt eines Vorsorgefalls eine Entschädigung in Form einer Rente zugesprochen worden ist, beim Gericht innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten die Umwandlung in eine lebenslange Rente nach Art. 124a nZGB verlangen (Art. 7e Abs. 1 nZGB).

Wie sich aus dem vorstehenden kurzen Überblick ergibt, ist die Revision für die Praxis von grosser Bedeutung, und es stellen sich zahlreiche Einzelfragen. Die Weiterbildungskommission beabsichtigt daher, im Herbst 2016 einen Einführungskurs anzubieten, sofern das neue Recht bereits auf den 1. Januar 2017 in Kraft gesetzt werden sollte.

#### *Datenschutzgesetz*

Der Bundesrat hat das EJPD beauftragt, einen Vorentwurf für eine Revision des DSG auszuarbeiten. Zweck der Revision ist eine Stärkung des Datenschutzes. Unter anderem geht es um eine Anpassung an die gesellschaftlichen und technologischen Veränderungen. Dabei sollen die Entwicklungen auf europäischer Ebene (EU und Europarat) mit berücksichtigt werden. Mit der Revision sollen auch Rechte betroffener Personen sowie die Rechtsdurchsetzung gestärkt werden. In diesem Zusammenhang sollen die Stärkung der **kollektiven Rechtsdurchsetzung** und die **Konkretisierung des Rechts auf Vergessen** geprüft werden.

#### *Revision des Aktienrechts*

Bereits im Jahr 2007 war im Ständerat eine Revision des Aktienrechts beraten worden. Nach Einreichung der **Volksinitiative «gegen die Abzockerei»** war die Beratung des Entwurfs jedoch sistiert worden. Nachdem Volk und Stände der Initiative am 3. März 2013 deutlich zugestimmt hatten, wiesen National- und Ständerat den Entwurf von 2007 mit Ausnahme der Bestimmungen über die Rechnungslegungsvorschriften an den Bundesrat zurück und beauftragten ihn, die Bestimmungen zur Umsetzung der Initiative in den Entwurf von 2007 einzubauen. In der Zwischenzeit ist am 1. Januar 2014 die zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung erlassene Verordnung in Kraft getreten. Deren Bestimmungen sollen nun im Rahmen der Aktienrechtsreform ins Gesetz überführt werden. Der im November 2014 in die Vernehmlassung geschickte Vorentwurf (abrufbar auf der Website des BJ) enthält zudem Vorschriften zur Verbesserung der Corporate Governance.

Weiter sollen die Gründungs- und Kapitalbestimmungen flexibler ausgestaltet und das Aktienrecht auf das neue Rechnungslegungsrecht abgestimmt werden.

Darüber hinaus greift die Revision weitere aktuelle Themen auf. So enthält der Vorentwurf einen Vorschlag für die Regelung der Transparenz bei wirtschaftlich bedeutenden, in der **Rohstoffförderung** tätigen Unternehmen. Diese sollen verpflichtet werden, ihre Zahlungen an staatliche Stellen ab 120 000 Franken pro Geschäftsjahr in einem Bericht offenzulegen (Art. 964a–964f des Vorentwurfs). Die Regelung erfasst börsenkotierte und grosse Unternehmen, die Mineralien, Erdöl, Erdgas und Holz fördern, wobei der Bundesrat «im Rahmen eines international abgestimmten Vorgehens» den Geltungsbereich auch auf den Rohstoffhandel ausdehnen kann.

Weiter soll wirtschaftlich bedeutenden, börsenkotierten Gesellschaften ein Schwellenwert von je 30 Prozent für die **Vertretung beider Geschlechter** im Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung vorgegeben werden (Art. 734e des Vorentwurfs). Dieses Ziel soll innerhalb von 5 Jahren nach Inkraftsetzung erreicht werden. Wird der Schwellenwert verfehlt, hat der Verwaltungsrat jährlich im Vergütungsbericht die Gründe für das Nichteinhalten sowie die Massnahmen zur Förderung des weniger stark vertretenen Geschlechts anzugeben («Comply-or-explain-Ansatz», vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 28.11.2014, abrufbar auf der Website des BJ).

Neu vorgesehen ist schliesslich eine **Klage auf Leistung an die Gesellschaft auf Kosten der Gesellschaft** (Art. 697k des Vorentwurfs). Aktionäre, die einzeln oder zusammen eine bestimmte Beteiligung halten, können, nachdem die Generalversammlung einen entsprechenden Antrag abgelehnt hat, innert 3 Monaten das Gericht um Zulassung zur Klage auf Kosten der Gesellschaft ersuchen. Das Gericht lässt die Klage nach Anhörung der Gesellschaft im summarischen Verfahren zu, wenn die Gesuchsteller eine Verletzung von Gesetz oder Statuten und einen Schaden oder sonstigen finanziellen Nachteil der Gesellschaft glaubhaft machen, sie ihre Beteiligung vor Kenntnis der Gesetzes- oder Statutenverletzung erworben haben und die Klage dem überwiegenden Interesse der Gesellschaft nicht widerspricht. Nach Gutheissung des Gesuchs muss die Klage innert 6 Monaten eingereicht werden. Die Gesellschaft kann zu Kostenvorschüssen oder Sicherheitsleistungen an die klagende Partei verpflichtet werden und trägt ausser bei Mut- oder Böswilligkeit sämtliche Prozesskosten. Haben die Aktionäre Klage erhoben, obwohl diese nicht auf Kosten der Gesellschaft zugelassen worden ist, kann das Gericht bei Klageabweisung die Prozesskosten trotzdem nach Ermessen auf die Gesellschaft und die klagende Partei verteilen.

Die Vernehmlassungsfrist ist am 15. März 2015 abgelaufen. Dem Vorentwurf ist vor allem von Seiten der Wirtschaftsverbände und auch vieler Parteien heftige Kritik erwachsen. Ob und bis wann mit einem Entwurf und einer Botschaft des Bundesrates zu rechnen ist, ist noch nicht bekannt.

#### *Finanzinfrastrukturgesetz*

Das Parlament hat am 19. Juni 2015 das neue Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Deri-

vatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG; Referendumsvorlage: BBl 2015, S. 4931ff.) verabschiedet. Die Referendumsfrist ist am 8. Oktober 2015 abgelaufen. Damit einher geht auch eine **Änderung der Zivilprozessordnung**: Gemäss der Neufassung von Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO hat das kantonale Recht eine einzige kantonale Instanz für die Beurteilung von Streitigkeiten nach dem Finanzinfrastrukturgesetz zu bezeichnen.

# Von Migration zur Integration

Ein Land mit 8 Millionen Einwohnern, ein Land mit sieben Bundesräten, ein Land mit vier Amtssprachen und ein Land mit knapp 2 Millionen ausländischen Staatsangehörigen. Das ist die Schweiz. Es ist oft von der Migration und Integration zu hören, aktuell sogar fast jeden Tag.

Für einen Migranten ist es nicht immer ganz einfach, seine alten Gewohnheiten abzulegen und an die neue Welt mit anderer Kultur anzupassen und sich zu integrieren. Auf Jahre hinaus kann dies auch zu Schwierigkeiten im Alltag führen.

Um die Integration zu fördern, braucht es entweder die Eigeninitiative oder eine Unterstützung von aussen. Hierfür steht die UETD zur Seite und reicht ihre Hand für die Integration der Ausländer/innen.

Was ist die UETD? Die Organisation «Die Union Europäisch Türkischer Demokraten» wurde in Zürich im Jahr 2012 gegründet. Es gibt fast in jedem Kanton Mitglieder der UETD. Aufgrund des Hauptsitzes stammt die höchste Mitgliederzahl aus Zürich.

Die UETD verfolgt Ihre Ziele «Steigerung und Förderung der sozialen, politischen und kulturellen Weiterentwicklung» der türkischstämmigen Bevölkerung in der Schweiz, unabhängig von der ethnischen Abstammung und dem Glauben.

Die vier Hauptziele der UETD können folgendermassen zusammengefasst werden:

1. «Aufbau und Förderung der internationalen Völkerverständigung und der Toleranz zwischen gesellschaftlichen Gruppen»
2. «Förderung der Integration der Türcinnen und Türcen»
3. «Förderung und Entwicklung des kulturellen Austausches»
4. «Förderung von Bildung und Erziehung der Türcen und türkischstämmigen Schweizerinnen und Schweizer»



Die UETD ist in viele Sektionen wie Sekretariat, Recht, Jugendliche, Frauen, Kommunikation, Forschung und Entwicklung und einige andere Sektionen aufgeteilt.

Die Projekte der einzelnen Sektionen wurden basierend auf diesen Zielen entwickelt und in Veranstaltungen umgesetzt, etwa:

- «Konferenz Medien und Frauen»
- «Familiäre Strukturen und Problemen der Türcen/innen in der Schweiz»
- «Jugend und Politik»
- «UETD Schweiz zu Besuch im Bundesparlament»
- «UETD Schweiz unterstützt Initiative mit Unterschriftenaktion»
- «Konferenz: Drogen- und Alkoholprävention»



- «Podiumsdiskussion in Bern mit Berner Politikern aus fast allen Parteien»
- «Türkeireise mit Schweizer Parlamentariern/innen, Parteivorsitzenden und Wirtschaftsvertretern»

Dazu wurden verschiedene Tagesausflüge ins Ausland und viele andere Anlässe durchgeführt.

Im Jahr 2013 nahm ich bei einer Veranstaltung von UETD teil und lernte diesen Verein näher kennen. Von den Aufgaben und der Organisation des Vereins war ich so sehr begeistert, dass ich mich entschied, ein aktives Mitglied zu werden und mitzuwirken.

Ich war bei der Sektion «Jugendliche» tätig. Das Ziel dieser Sektion ist, den Jugendlichen die Motivation sowie das Interesse für die Politik der Schweiz und von Vereinen zu wecken und die aktive Beteiligung zu fördern. Den Jugendlichen wird auch geraten, ein Mitglied der nahe stehenden Partei in der Schweiz zu werden. Ein weiteres Ziel der UETD ist das Selbstvertrauen der Jugendlichen zu stärken.

Nebst den oben erwähnten Aktivitäten, durfte ich beim Projekt «Wie erreichen wir mehr Jugendliche» eine Sitzung mit den Jugendvertretern aus der Region Bern leiten. Ich durfte die Sitzung dann auch in einem Sitzungszimmer an meinem Arbeitsort durchführen. Unsere Sitzungsthemen

waren, wie wir die Jugendlichen in den anderen Kantonen erreichen, wie motivieren wir diese Jugendlichen für die sozialen Aktivitäten (Vereine, Politik).

Durch diese verschiedenen Engagements habe ich viele Erfahrungen sammeln dürfen. Vom Einstieg als aktives Mitglied bis zum Beginn meiner Abschlussprüfungen im Jahr 2014 habe ich mir durch viel Selbstbewusstsein und Mut eine viel breitere Perspektive und zusätzliche Menschenkenntnisse angeeignet und auch mehr Zusammenarbeit mit verschiedenen Jugendlichen entwickelt.

### Warum ist die Jugend und Integration für mich wichtig?

Die Jugend ist für mich wichtig, weil sie die Zukunft darstellt. Ich wollte während meiner aktiven Zeit die negativen Vorurteile der Jugendlichen gegenüber der Integration beseitigen.

Niemand auf dieser Welt durfte seine Herkunft selber auswählen. Deshalb sind alle Menschen für mich gleichgestellt. Jedoch lernen wir die Kultur dort, wo wir Zuhause sind. Für die Vereinheitlichung mit der Gesellschaft am Wohnort, ist für mich die Integration und die Anpassung des Lebensstandards sehr wichtig.



# Les autorités pénales et les avocats face aux nouvelles technologies: comment suivre le train qui s'emballe

## A. Le constat: je suis un père dépassé (lol ☹️ 😊 :!) <sup>1</sup>

Je me souviens.

Je me souviens de mon premier ordinateur, je devais avoir 7 à 8 ans, un commodore 64... une merveille. Je me souviens aussi du premier téléviseur noir/blanc trois chaînes et de mon premier Natel, il y a 8 ans, sans accès internet, sans appareil photo, complètement dépassé. Comment l'expliquer à mes enfants ? Comment peuvent-ils me comprendre ?

Pourtant c'est à nous qu'est (encore...) confiée la tâche de lutter contre la criminalité, de mener des instructions ou de défendre des clients qui utilisent sans peine ces nouvelles technologies au quotidien. Or, celles-ci posent des défis majeurs non seulement aux autorités pénales, mais également aux avocats confrontés dans les dossiers qu'ils traitent à un nombre croissant de moyens de preuve dont il s'agit, avant de pouvoir les utiliser à charge ou à décharge, de comprendre ce qu'ils signifient et de quelle manière ils ont été obtenus.

Si les nouvelles technologies ne sont pas un sujet nouveau en soi, leur développement rapide pose sans cesse de nouveaux challenges dans le cadre de notre travail, dans la mesure où ils donnent à la fois aux criminels de nouvelles possibilités d'agir, mais aussi aux enquêteurs de nouveaux moyens de les démasquer.

Le but de la présente contribution consiste donc à faire un tour d'horizon des problèmes rencontrés face aux nouvelles technologies en matière de procédure pénale, dans le but de les exploiter au mieux dans le cadre des enquêtes et de limiter le nombre d'infractions commises par leur biais.

<sup>1</sup> Présentation écrite à l'occasion des journées de formation des 12 et 13 novembre 2015 de la Société suisse de droit pénal à Martigny. L'auteur tient à remercier pour leur précieuse collaboration: JOËLLE VUILLE, Privat-docent et collaboratrice scientifique à l'UNINE, STEPHAN WALDER, Procureur zurichois, Ministère public tâches spéciales II, centre de compétence Cybercrime, PIERRE VOISARD, Procureur bernois, SYLVAIN GISCHIG, inspecteur au sein de la police judiciaire genevoise et responsable du Swiss Car Crime Group et MARTIN KNAFL, police cantonale bernoise, DS Traces numériques.

## B. L'utilisation des nouvelles technologies pour la commission d'infractions

Le développement des nouvelles technologies entraîne l'apparition et de nouveaux types de criminalité, à l'image de la cybercriminalité. Ainsi, il est désormais possible de prendre le contrôle d'un ordinateur pour y dérober son contenu ou plus simplement, pour contraindre à distance une personne à adopter certains comportements (versement d'argent notamment), en la menaçant dans le cas contraire de diffuser sur les réseaux sociaux des éléments compromettants sur son compte (par exemple des photographies personnelles susceptibles de ruiner sa réputation). Dans ce domaine, les auteurs utilisent souvent des moyens informatiques susceptibles d'entraver la recherche de leur véritable identité, à l'image de proxys, du Dark Web ou d'autres applications cachées.

L'informatique n'est pas le seul domaine dans lequel la criminalité se développe grâce aux nouvelles technologies. L'utilisation désormais courante de technologies embarquées à bord de véhicules permet au voleur d'y entrer sans même en dérober les clés (sur la question du vol de véhicules et des nouvelles technologies: Arn, Gischtig, Vol de véhicules: quand la technologie se met au service des voleurs, Strassenverkehr/Circulation routière 2/2015, p. 59). En effet, celles-ci diffusent une onde qu'il est possible soit de capter, soit d'intercepter. L'auteur peut ainsi soit utiliser l'onde « volée » pour entrer sans clé dans votre véhicule, soit en neutraliser sa fermeture. L'exemple récent du piratage à distance par des chercheurs américains d'un type de véhicule connecté via son système de divertissement ou encore l'expérience tentée par des chercheurs de créer artificiellement des obstacles devant les véhicules sans conducteur testés par Google montrent à quel point les nouvelles technologies, en particulier dans le domaine électronique, peuvent être utilisées à mauvais escient.

Ces deux types d'exemple présentent des points communs: d'une part les auteurs n'ont pas besoin d'être directement sur les lieux pour commettre leur méfait et d'autre part, ils utilisent des techniques difficilement détectables pour tout un chacun, en particulier pour un procureur ou un policier qui débute une procédure.

En effet, il n'existe pas dans ces cas de traces immédiatement détectables permettant de remonter à l'auteur.

### **C. L'utilisation par les autorités pénales des nouvelles technologies dans le cadre d'une instruction**

#### **C1. Les nouvelles technologies utilisées par les particuliers**

Savoir tirer profit des nouveautés, c'est en premier lieu savoir lors d'une enquête pénale exploiter en particulier les instruments électroniques que l'enquêteur découvre sur les lieux de commission d'une infraction.

Ainsi, il est peu d'endroits publics ou privés désormais à l'écart de caméras de toutes sortes. Nous sommes sans cesse filmés, que ce soit par des radars (si possible pas trop ...), par des caméras de surveillance, de bancomat ou intégrées à des téléphones portables.

Ce développement se poursuit, puisque les caméras se multiplient à des endroits très utiles pour les enquêteurs mais auxquels nous ne pensons pas forcément immédiatement. Ainsi, des minicaméras se trouvent désormais placées dans certains véhicules et sont susceptibles de filmer un accident. Cet été, une marque a développé sa publicité sur le fait que son GPS disposait désormais d'une caméra embarquée filmant notamment en cas d'accident. Enfin, les hôpitaux filment certaines opérations, enregistrements qui présentent un très grand intérêt en cas d'enquête sur la manière dont une intervention chirurgicale s'est déroulée (éventuelle erreur médicale).

Il est d'ailleurs assez étonnant comme enquêteur de se rendre compte à quel point nous laissons des informations compromettantes sur nos téléphones portables. En cas de séquestre et de perquisition, cela peut conduire les enquêteurs à y découvrir des infractions qui n'ont parfois rien à voir avec les éléments recherchés (éventuelles découvertes fortuites, exploitables aux conditions de l'article 243 CPP). Tel est par exemple le cas des exploits filmés par de jeunes adultes en matière de conduite automobile ou, de manière parfois difficilement supportable pour les membres des autorités d'instruction, en matière d'actes d'ordre sexuel.

#### **C2. L'adaptation des autorités pénales aux nouvelles technologies ainsi qu'aux infractions commises par ce biais**

La police s'adapte aux nouveautés technologiques en acquérant du matériel qui permet d'en utiliser les failles. Ainsi, plusieurs corps de police cantonaux ont acquis dernièrement des appareils de diagnostic qui se branchent directement à la prise diagnostic (dite prise OBD) de certains véhicules, ceci afin d'en obtenir les données susceptibles d'être utiles dans le cadre de l'enquête,

notamment en cas d'accident. Ce moyen d'investigation exploite en réalité la même faille que celle utilisée généralement par les voleurs pour s'introduire dans le système central du véhicule. Parmi les autres achats récents de la police, on peut citer les systèmes embarqués de lecture de plaques minéralogiques (système LAPI) ou encore du matériel ou des logiciels d'extraction en matière informatique.

Le 16 mars 2015, le nouveau système de surveillance ISS (Interception System Schweiz) est entré en fonction. Ce système présente une plus grande complexité par rapport à l'ancien (LIS, Lawful Interception System). S'il a connu quelques bugs de jeunesse, il fait l'objet d'améliorations constantes. Ses avantages et son fonctionnement demeurent cependant largement méconnus des autorités pénales ainsi que des avocats, quand bien même les écoutes sont désormais pratiquées par ce biais. Quant aux policiers spécialisés dans ce domaine, ils ont dû investir un temps conséquent en formation et doivent sans cesse se tenir au courant des nouveautés du système.

Les modifications toujours plus rapides des techniques en matière de télécommunication (la «5G» est déjà évoquée) nécessitent dans ce domaine des coûts très importants pour adapter continuellement le système ISS, les fournisseurs de service par internet (ISP, Internet Service Providers) ne facilitant pas toujours la tâche des autorités.

Malgré ces difficultés, ISS apporte de très importantes améliorations. Ainsi, il permet de pratiquer l'ensemble des types de surveillance avec un seul système. En outre, il comprend de nombreux outils d'analyse et d'évaluation qui permettent une utilisation plus efficace des données recueillies. Enfin, l'utilisation est simplifiée par une interface qui est orientée vers les produits Microsoft, ce qui n'était pas le cas du système LIS.

Les autorités pénales s'adaptent non seulement au niveau de leur équipement, mais également au niveau de leur organisation. Ainsi, le Ministère public zurichois dispose d'un centre de compétences en matière de cybercriminalité, dirigé par un procureur, actuellement le procureur Stephan Walder. Cette adaptation permet, à travers le développement de compétences particulières au sein des Ministères publics ou de la police, non seulement de traiter de manière plus efficace les affaires touchant aux nouveaux types de criminalité, mais également de dégager parfois des solutions innovatrices pour lutter contre la criminalité dans ces domaines.

Ainsi, le Ministère public zurichois tente de développer des moyens de procéder à des interceptions d'écoutes (en anglais *wiretapping*), qui permettent de contourner les problèmes rencontrés par les méthodes traditionnelles, tout en respectant les dispositions légales en matière d'écoutes téléphoniques. C'est dire que ces différents moyens obtiennent l'aval du Tribunal des mesures

de contrainte et les éléments récoltés sont utilisés dans le cadre de l'instruction.

## D. Les difficultés rencontrées par les autorités pénales face aux nouvelles technologies

### D1. Connaître les nouvelles méthodes d'administration des preuves et savoir les utiliser

Avant de pouvoir exploiter de nouveaux moyens d'investigation, encore faut-il savoir qu'ils existent. Ainsi, deux défis majeurs se posent aux enquêteurs: en premier lieu, celui de connaître les nouvelles méthodes à disposition et en second lieu, d'apprendre à les utiliser correctement.

Ainsi, les corps de police s'équipent parfois de matériel sans nécessairement communiquer ces informations aux procureurs puis utilisent ces nouveaux moyens sans en avertir préalablement le ministère public compétent, sans nécessairement tenir compte des éventuels problèmes procéduraux que pose cette manière d'agir. Le risque ici est double: d'une part, le procureur peut omettre d'exploiter des moyens d'investigation modernes à disposition de la police dans une enquête qui aurait abouti si elles avaient été mises en œuvre, et d'autre part que la police viole des règles de procédure en exploitant sans autre une nouvelle technologie dans le cadre de son enquête (par exemple en omettant de demander au ministère public l'établissement d'une ordonnance de perquisition lors de l'extraction de données informatiques).

Si les nouvelles techniques d'investigation sont connues, encore faut-il que chaque membre des autorités pénales dispose des connaissances nécessaires pour pouvoir concrètement les utiliser. Ainsi, il est désormais possible de déterminer «l'ADN du purin» en cas de contamination de l'eau potable. Par ce biais, on peut différencier les purins provenant de différentes fermes et donc, le cas échéant, identifier le responsable d'une violation de l'article 234 CP. Reste qu'il est impératif dans ce domaine d'intervenir très rapidement et de congeler immédiatement les prélèvements d'eau qui ont été effectués, dès lors que le purin connaît une transformation rapide. Ne pas le savoir conduit à l'impossibilité de procéder à l'analyse et donc de clarifier les éventuelles responsabilités pénales.

### D2. La fiabilité sous l'angle de l'article 139 CPP

En vertu de l'article 139 alinéa 1 CPP, les autorités pénales mettent en œuvre les moyens de preuve licites qui, selon l'état des connaissances scientifiques et l'expérience, sont propres à établir la vérité.

Ainsi, les nouveaux moyens de preuve ayant un fondement scientifique doivent être reconnus par les milieux scientifiques, en particulier par des associations professionnelles représentatives

dans le domaine concerné (PIQUEREZ, MACALUSO, Procédure pénale suisse, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, § 970).

Il appartient à l'autorité pénale de déterminer si cette condition est réalisée lorsqu'il est fait recours à des moyens techniques prétendument modernes pour découvrir l'auteur d'un délit.

Un exemple dans la jurisprudence suisse est donné par l'arrêt dit «des traces d'oreille» (6B\_123/2013, commenté par Joëlle Vuille, Traces d'oreille et preuve à charge: le Tribunal fédéral n'est pas sourd aux droits de la défense, *forum-poenale* 2014, pp. 347 ss). Cette méthode consistant à comparer les empreintes d'oreille du prévenu avec les traces d'oreille retrouvées sur un lieu de commission d'une infraction a été utilisée dans une affaire, alors même que sur le plan de sa validité scientifique, cette méthode n'a pas (encore) fait ses preuves lorsqu'il s'agit d'établir l'identité d'une personne source. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a annulé le jugement de la Cour de justice genevoise en lui enjoignant dans le cadre du nouvel examen de l'affaire: «(...) d'examiner avec attention la problématique de la méthode utilisée et de la validité scientifique de celle-ci dans le cas concret, au besoin, en ayant recours à une expertise».

D'autres méthodes sont utilisées sans que leur fiabilité ait pu être démontrée. Tel est par exemple le cas des expertises en matière de reconnaissance de voix ou encore de l'utilisation de chiens pour pouvoir identifier un auteur à son odeur. La première, qui peut sembler *a priori* une bonne idée, consiste à comparer la voix du prévenu avec celle du suspect dont la voix a été préalablement interceptée dans le cadre de l'instruction (à ce sujet, voir la thèse de Meuwly, Reconnaissance de locuteurs en sciences forensiques: l'apport d'une approche automatique, Lausanne, 2001, sur internet: <http://www.unil.ch/files/live/sites/esc/files/shared/These.Meuwly.pdf>).

Quant à la seconde, elle vise à présenter à un chien l'odeur retrouvée sur les lieux du crime et à la comparer avec différentes autres odeurs, dont celle du suspect, dans le but de voir si celui-ci est identifié par le chien (à ce sujet: Vuille, BIEDERMANN, TARONI, Comme une odeur de déjà vu, *Plädoyer* 4/2014, p. 9).

Pour éviter l'utilisation d'un moyen de preuve pseudo-scientifique, les autorités pénales doivent se montrer critiques face à une nouvelle méthode appliquée dans leur dossier. Elles doivent s'enquérir, pour respecter les principes posés par l'article 139 alinéa 1 CPP, auprès de l'expert du fondement scientifique de son expertise et examiner si la méthode a été approuvée par ses pairs, en particulier par le biais d'une publication dans une revue à comité de lecture.

Toutefois, dans de nombreux domaines, les recherches scientifiques ont apporté des avancées considérables et reconnues, à l'image des progrès

réalisés en matière de médecine légale ou d'identité judiciaire grâce aux nouvelles technologies (par exemple examen en 3D des semelles de chaussures lors de coups de pieds reçus au visage ou examen odontologique pour identifier une personne; à ce sujet: BOBAY, RUDER, Anwendung der Computertomographie bei der odontologischen Leichenidentifikation aus medizinischer und juristischer Sicht, forumpoenale 2015, p. 27).

### D3. Les obstacles techniques

Les avancées technologiques des fabricants créent de nouveaux obstacles techniques à l'utilisation de certains moyens de preuve. Tel est en particulier le cas en matière de cybercriminalité ainsi que dans le domaine de la surveillance du trafic des conversations échangées entre des personnes soupçonnées de la commission d'infractions.

Ainsi, les entreprises développent des nouvelles technologies ayant pour but de lutter contre le piratage, qui permettent toutefois aux criminels de ne plus être écoutés. On peut penser également à certaines applications telles «WhatsApp», «LINE» ou «Swisscom IO», qui sont cryptées par des moyens de codage toujours plus complexes (combinaison de chiffres, mais également de lettres ou de signes), ce qui conduit à l'impossibilité pour les autorités pénales de suivre les conversations qui se dérouleraient par ce moyen, y compris par le biais du système ISS, ou à l'impossibilité matérielle de le faire au vu du temps que prendrait le travail de décryptage des données. Tel est en particulier le cas du système de messagerie sécurisée «Threema» (les données de cette App sont cryptées dès l'appareil de l'expéditeur et ne sont décryptées qu'une fois arrivées sur le téléphone portable du destinataire), actuellement impossible à décoder en raison d'un système de protection mis en place (la publicité relevant d'ailleurs cette mise à l'abri contre les écoutes de «Gouvernements»).

De plus, les méthodes de communication entre membres d'une bande, par exemple en matière de stupéfiants, évoluent au point que les moyens à disposition de la police ne permettent plus de suivre le réseau. Ainsi, la police remarque parfois dans certaines affaires que des trafiquants s'échangent par SMS leur nom d'utilisateur respectif sur «LINE» par exemple, puis conviennent d'utiliser cet application. Dès lors que cette App est codée, les communications ne peuvent plus être interceptées par le biais d'ISS.

Si le législateur tente de mettre à disposition les outils nécessaires, il apparaît impossible de suivre l'évolution des nouveaux moyens de communication sans avoir un temps de retard, quels que soient les outils mis à disposition. Les différentes techniques antipiratages utilisées par les Apps font l'objet d'améliorations continues, ce qui complique encore considérablement les mesures

de surveillance, voire les rendent impossibles sans l'utilisation de programmes de type cheval de Troie (Govsoftwares).

Ainsi, les données obtenues lors de recherches sont nécessairement lacunaires, dès lors que certains types de messages font défaut, comme par exemple les échanges via les applications «WhatsApp», «Viber», «Voxer», «Facebook-chat», «Skype-chat» ou encore les messages envoyés avec l'iPhone par le biais de la fonction iMessage (qui apparaissent en bleu sur cet appareil). On a donc parfois l'impression en cours d'enquête que certains messages sont la réponse à une conversation qui nous échappe.

Certains avocats se sont engouffrés dans cette brèche, en plaçant par exemple suite à des perquisitions de Natel et à des écoutes sur des téléphones portables qu'il y avait manifestement des lacunes dans les échanges entre les parties et que cette situation devait être prise en compte en faveur du prévenu lors de l'appréciation des preuves au dossier.

Cette manière de voir n'est de notre point de vue pas convaincante. Elle ne tient pas compte du fait qu'en réalité, la situation n'est pas très différente de celle d'une écoute classique, dès lors que des personnes préparant la commission d'une infraction peuvent dans tous les cas avoir des contacts l'une avec l'autre par d'autres biais, par exemple par contacts directs ou par le biais d'autres téléphones que ceux qui ont été séquestrés ou surveillés.

Ainsi, le raisonnement correct de ce point de vue nous paraît être le suivant:

- avoir conscience de la limite de la mesure de surveillance pratiquée, qui ne permet pas d'exclure l'existence d'autres rapports entre personnes qui en ont fait l'objet;
- dans l'appréciation des preuves, les mesures de surveillance téléphoniques ou internet constituent un moyen de preuve comme un autre, qui doivent dans tous les cas être recoupées avec d'autres éléments au dossier pour pouvoir établir un état de fait.

Ainsi résumée, les nouvelles informations tirées des mesures de surveillance constituent un élément supplémentaire dans un dossier dans le cadre de l'appréciation des preuves et non un élément susceptible d'apporter systématiquement un doute du fait de leur caractère nécessairement incomplet.

### D4. La difficulté à obtenir les informations des fabricants/constructeurs ou les programmes ou clés de décryptage

Autre défi de taille pour les autorités pénales face à un moyen exploitant de nouvelles technologies: celui d'obtenir les informations nécessaires sur le plan technique pour pouvoir l'exploiter.

En effet, les fabricants et importateurs, par exemple d'un véhicule, sont très peu enclins à

fournir des informations concernant par exemple les technologies embarquées, notamment les systèmes de protection de leurs voitures ainsi que la manière éventuelle de les contourner. Si l'on peut comprendre ces réticences, elles posent un problème important pour analyser par exemple les circonstances d'une disparition d'un véhicule si celui-ci est retrouvé sans trace d'infractions. Dès lors, que faire? Si certaines mesures de contrainte, comme des mandats de perquisition ou des ordres de dépôt peuvent palier partiellement à ce manque de collaboration, il existe par la suite le risque de voir figurer dans un dossier des éléments pouvant être utilisés par les prévenus pour commettre de nouvelles infractions. Il s'agit donc pour l'autorité pénale de trouver dans chaque cas d'espèce la meilleure manière d'obtenir l'information qui lui est nécessaire.

Mais les problèmes dans ce domaine peuvent être encore plus importants. Ainsi, s'il est (en principe ...) simple de retrouver un *crash recorder* dans un véhicule, la police ne pourra en utiliser les données que si elle dispose du programme nécessaire à cet effet. Or, il n'est généralement pas question pour les assureurs de mettre ce programme à disposition des autorités pénales, du moins pour le moment. C'est dire que l'autorité pénale doit faire appel aux spécialistes de cette assurance pour vider le contenu de l'appareil. Se posent en relation avec cette manière de faire plusieurs questions:

- a. Comment contrôler que l'extraction des données comprenne bien l'ensemble des éléments contenus dans le *crash recorder*? En effet, l'assurance qui récupère les données pourrait être tentée, en cas de résultats trop défavorables à son client, de manipuler ces données. A ce sujet, il semble cependant possible d'enjoindre l'assurance, en cas de mandat pour vider le contenu du *crash recorder* et soumettre un rapport, de respecter ses obligations, cas échéant sous la menace d'une entrave à l'action pénale ou d'une violation de l'article 292 CP. L'accompagnement par un policier de la personne de l'assurance qui extrait les données pendant ces opérations semble aussi une voie envisageable.
- b. Qui paie l'extraction des données? Ici, deux hypothèses peuvent se présenter: soit l'assurance a déjà extrait les données, qui doivent être utilisées dans le cadre de leur propre analyse de l'accident, soit c'est l'autorité pénale qui ordonne à l'assurance de le faire. Dans la première hypothèse, il paraît clair qu'il incombe à l'assurance d'assumer les coûts de cette extraction, même si elle doit ensuite mettre le résultat à disposition des autorités pénales. Dans la seconde hypothèse en revanche, la situation apparaît plus délicate. De notre point de vue, il est possible de soutenir qu'il appartient à l'assurance de les supporter, dès lors qu'elle

refuse de mettre à disposition son logiciel, situation qui apparaît similaire aux coûts nécessaires pour une banque à extraire des données d'un compte suite à l'émission d'un ordre de dépôt. La situation actuelle va toutefois plutôt dans le sens d'une prise en charge pour le moins partielle dans un premier temps par l'autorité pénale des coûts engendrés par cette extraction, respectivement son analyse.

- c. Quelle est la valeur du rapport fourni par l'assurance sur la base de l'extraction des données? Lorsque les informations sont extraites, l'assurance rend un rapport avec les graphiques ressortant de l'analyse effectuée, mais aussi leur interprétation par un spécialiste lié à cette assurance. Or, ce rapport ne peut constituer une expertise au sens strict, dès lors qu'elle émane d'une personne travaillant pour une assurance qui est en relation d'affaire avec le détenteur du véhicule. C'est dire qu'en procédure, l'interprétation par l'expert de l'assurance sur la base des données du *crash recorder* ne peut à notre avis que constituer un élément de preuve à apprécier avec une certaine retenue, et qui doit être soumis soit aux policiers spécialisés pour analyse (par exemple ceux du groupe accident dans le canton de Berne; sur ce sujet ainsi que la question des expertises privées, voir l'arrêt 6B\_619/2014), soit à un expert en matière d'accident (par exemple du DTC à Vauffelin) si celui-ci a été nommé. En effet, les données du *crash recorder* constitueront un élément important pour comprendre le déroulement de l'accident, l'expert pouvant être amené à expliquer le contenu du rapport de l'assurance et à en confirmer ou infirmer les conclusions dans le cadre de son expertise.
- d. Comment comprendre et vérifier le travail de la personne qui a vidé le *crash recorder*? Le résultat livré par la personne de l'assurance consiste essentiellement dans un schéma présentant une série de courbes qui donnent des indications concernant la réaction du véhicule au moment d'un accident. Or, il est pour la presque totalité des membres des autorités pénales et des avocats impossible d'interpréter ces schémas ainsi que de vérifier le raisonnement tenu par l'expert de l'assurance. C'est dire que les autorités d'instruction devront se montrer critiques dès lors qu'elles ne comprennent pas les conclusions posées ou que celles-ci semblent contredire d'autres éléments au dossier. Quant aux mandataires, ils devront demander des éclaircissements si aucun complément au rapport n'est requis d'office.
- e. Comment les parties peuvent-elles exercer leur droit d'être entendues? S'il paraît difficile pratiquement qu'elles assistent à l'opération consistant à vider le contenu du *crash recorder*, les parties doivent pouvoir faire valoir leur droit

d'être entendues sur le contenu du rapport de l'assurance. Pour ce faire, une éventuelle demande d'audition comme témoin de la personne ayant extrait les données, respectivement les ayant interprétées, peut apparaître nécessaire. Une interpellation écrite est aussi possible, mais nécessite de se demander à quel titre cette interpellation doit être faite et avec quelles indications, notamment concernant une éventuelle obligation de répondre et les conséquences d'une absence de prise de position.

#### **D5. La nécessité toujours plus fréquente d'avoir recours à un expert**

L'administration des preuves ordonnées par les autorités pénales doit conduire en principe à obtenir un moyen de preuve directement exploitable au dossier. Or, il n'en va pas ainsi avec certains moyens de preuve modernes, à l'image des données enregistrées par les instruments de mesure se trouvant dans un véhicule lors d'un accident. Il est donc toujours plus nécessaire de recourir à des expertises pour pouvoir avancer dans une instruction.

Or, ce recours à un expert est problématique pour plusieurs raisons:

- a. Le coût de l'expertise: la question de la proportionnalité par rapport à l'administration d'un moyen de preuve peut potentiellement se poser dans passablement d'affaires. En effet, les coûts d'une expertise peuvent très rapidement dépasser les coûts raisonnables par rapport à l'importance de la procédure à résoudre. On peut ici penser à la présence de *crash recorder* lors d'accidents mineurs, qui pourraient être expliqués par l'analyse des données de cet appareil, cette extraction apparaissant cependant disproportionnée dès lors que l'on se trouverait face à une simple contravention de l'ordre de CHF 300.-, comme le recommande les directives en matière de perte de maîtrise du véhicule ne tombant pas sous l'article 90 alinéa 2 LCR. Reste que cette question de proportionnalité entre parfois en conflit avec le fait que ces moyens de preuve sont potentiellement à décharge et qu'il paraît délicat d'en refuser leur analyse, du moins quand elle est requise.
- b. Le temps nécessaire pour l'établissement d'une expertise: la rédaction d'une expertise dans le respect des règles de procédure fixées par le CPP et la jurisprudence prend nécessairement du temps et retarde parfois considérablement le déroulement de la procédure. En effet, une expertise est souvent décisive pour l'autorité pénale afin de décider de l'orientation de son enquête et il lui est donc nécessaire d'en attendre les résultats avant d'administrer d'autres preuves.
- c. Le pouvoir parfois disproportionné accordé à l'expert dans le cadre d'une procédure: tant les

autorités pénales que les parties ne sont souvent pas en mesure de mettre en doute les conclusions de l'expert faute de connaissances suffisantes. La seule manière de pallier ce problème consiste pour ces personnes à poser des questions complémentaires en relation par exemple avec les autres pièces du dossier et à demander des éclaircissements systématiques par rapport aux points qu'ils ne comprennent pas. Le rôle de l'avocat est dans ce domaine primordial. En effet, comme le rappelle Joëlle Vuille dans plusieurs de ses articles (pour le dernier en date: A s'arracher les cheveux, Des indices scientifiques peu fiables au procès pénal, *Revue de l'avocat* 2015, p. 345, l'auteure présentant aux avocats les questions à se poser pour déterminer la fiabilité d'une preuve dite scientifique), il peut exister des erreurs à différents stades de la récolte, de l'analyse et de l'interprétation des résultats obtenus. Quoi qu'il en soit, la vérification préalable des compétences de l'expert apparaît indispensable, notamment en termes de formation, d'expérience et d'indépendance, le Tribunal Fédéral posant des exigences toujours plus importantes dans ce domaine.

Se greffe à ce problème celui des fausses conclusions que les autorités pénales ou l'avocat peuvent tirer sur la base de leur mauvaise interprétation des conclusions d'une expertise. Un exemple vécu permet d'illustrer ce point: dans une affaire pour trafic de stupéfiants, le Service d'identité judiciaire avait indiqué que sur les 15 cylindres contenant de la drogue séquestrés, l'ADN du prévenu avait pu être retrouvé. Au stade des plaidoiries, le procureur en charge du dossier a plaidé en indiquant que sur chacun des 15 cylindres, les traces d'ADN du prévenu avaient été retrouvées, ce qui était un élément de preuve à ses yeux décisif pour établir que le prévenu était bien à l'origine du trafic. La défense a quant à elle retenu qu'une seule trace du prévenu avait été retrouvée en analysant les 15 cylindres, ce qui mettait en doute l'implication réelle du prévenu dans le trafic. Or, une analyse du rapport rendu n'a pas permis au Tribunal de trancher clairement cette question. De telles situations ne devraient pas se produire, car elles sont sources d'erreurs judiciaires.

Le fait de retenir l'une ou l'autre des hypothèses, voire une troisième non développée par les parties, peut avoir d'importantes conséquences sur le plan de l'établissement de l'état de fait et, par conséquent, sur les infractions retenues ainsi que sur la peine à prononcer. Il appartient donc aux différents membres de l'autorité pénale d'assumer le rôle de veilleurs dans ce domaine et de ne pas laisser un pan du dossier, du fait de l'utilisation de nouvelles technologies, sans explication claire.

## D6. Le timing

### D6.1. L'administration du moyen de preuve au bon moment

Le respect du timing est déterminant en matière de nouvelles technologies. En effet, les données enregistrées (que ce soit sur un support vidéo, informatique ou technique – par exemple un *crash recorder* lors d'un accident) le sont généralement pour un temps limité, qui peut se compter en heures.

Tel est par exemple le cas des enregistrements vidéos. Actuellement, les caméras se trouvent partout (en particulier bancomats, magasins, tunnels, radars, trains, etc.). La plupart de ces systèmes vidéos, s'ils enregistrent en continu, effacent les images après quelques heures (généralement 24 heures) si elles n'ont pas été sauvegardées dans ce délai.

Pire: les mauvaises manipulations peuvent purement et simplement faire disparaître des données extrêmement précieuses. Tel est le cas d'un *crash recorder* qui serait manipulé de telle sorte qu'il subisse un nouveau choc après l'accident, du fait par exemple du dépôt du véhicule accidenté sur le camion du garagiste. Dans une telle hypothèse, il est susceptible d'enregistrer le nouveau choc en effaçant les données précédemment récoltées.

L'influence du policier et du procureur de piquet apparaît dès lors déterminante pour la suite de la procédure: si la récolte de ces nouveaux moyens techniques qui peuvent s'avérer décisifs n'est pas faite immédiatement, l'enquête perdra de précieuses données pour déterminer les responsabilités pénales dans un cas d'espèce.

### D6.2. Timing et difficultés d'effectuer les recherches et d'obtenir les informations

Les autorités pénales sont de plus en plus confrontées en lien avec les nouvelles technologies, notamment en matière de cybercriminalité, avec des procédures aux ramifications internationales. Si le lésé peut se trouver en Suisse, il n'est pas rare que le serveur utilisé soit aux Etats-Unis, alors que l'auteur se trouve encore dans un autre pays. Dès lors, remonter jusqu'à l'auteur apparaît particulièrement délicat dès lors que le législateur ne tient pas compte de l'extrême difficulté à obtenir les bonnes informations dans les délais fixés par le législateur.

Ainsi, pour pouvoir remonter vers un éventuel prévenu qui enverrait un message ayant un contenu pénalement répréhensible, il faut en premier lieu déterminer quel était son fournisseur (Provider), pour pouvoir lui demander les adresses IP<sup>2</sup> à partir desquelles le fournisseur de l'acompte mail ainsi que le rédacteur du courriel comportant un

<sup>2</sup> A savoir les numéros d'identification attribués de façon permanente ou provisoire à chaque appareil connecté lui permettant de communiquer dans un réseau, un peu à l'image d'un numéro de téléphone.

contenu punissable se sont logués. En cas de réception des données dans les 6 mois et si ces adresses peuvent être attribuées à un fournisseur en Suisse, les coordonnées de la connexion peuvent être demandées par le biais du CCIS (Call Center Information System). Une fois obtenues, il faudra encore déterminer si le détenteur de la connexion est bien la personne qui a agi ou si sa connexion a été utilisée frauduleusement, en particulier en l'absence de protection de son réseau. C'est dire que si le principe est en soi le même que pour un numéro de téléphone dont il faudrait retrouver le détenteur, les recherches à effectuer sont nettement plus longues et complexes.

Du point de vue du timing, les commissions rogatoires prennent du temps, alors même que les opérateurs disposent d'une obligation de conservation limitée, comme les informations des journaux (*log files*) conservées en principe 6 mois ou le délai de 14 jours de conservation d'une adresse IP utilisée par les téléphones portables.

## D7. Savoir interpréter correctement un moyen de preuve au dossier

Dans toute enquête, les autorités pénales ainsi que les parties doivent, pour pouvoir exploiter le moyen de preuve au dossier, interpréter correctement la portée du moyen de preuve mis à leur disposition par les nouvelles technologies.

L'établissement de profils d'ADN et l'avancée des connaissances dans ce domaine constituent un bon exemple de cette problématique.

Le fait qu'une trace d'ADN d'un individu soit retrouvée sur l'écharpe que l'agresseur a perdu lors d'un brigandage ne permet pas de conclure que celui-ci en est bien l'auteur. En effet, en l'état des recherches, il n'est en particulier pas (encore ?) possible de déterminer à quel moment cette trace a été laissée. De plus, le fait qu'il y ait eu contact entre la personne dont l'ADN a été identifié et l'écharpe ne signifie pas encore que c'est lui qui la portait au moment des faits.

Des progrès importants ont été réalisés ces derniers temps dans ce domaine, permettant en particulier d'obtenir des profils sur la base d'une quantité toujours plus faible d'ADN. Or, paradoxalement, ces avancées technologiques posent de nouveaux problèmes d'interprétation. Ainsi, une étude de chercheurs de l'Université de Lausanne vient de démontrer qu'il était possible, notamment lorsque l'on retrouve sur le lieu du crime une faible quantité d'ADN, qu'il y ait eu transmission d'ADN d'un support à un autre.

Le test qui a été réalisé est le suivant: une personne a serré la main d'une autre. Elle a ensuite pris le volant d'un véhicule. Or, les chercheurs ont remarqué que l'ADN de la personne à laquelle le conducteur avait serré la main se retrouvait en petite quantité sur le volant, alors même qu'elle ne l'avait en réalité jamais touché. Ainsi, dans l'hypothèse du vol de ce véhicule, la personne qui a

serré la main du conducteur pourra se voir accusée de cette infraction par le simple fait d'avoir serré la main de son auteur (recherche non encore publiée; pour un point de la situation en 2013 sur cette question de transferts: MEAKIN, JAMIESON, DNA transfer: Review and implications for case-work, *Forensic Science International: Genetics* 7 (2013), p. 434).

Cet exemple illustre à quel point il est important pour l'ensemble des participants à la procédure de ne pas tenir certains moyens de preuve considérés faussement comme objectifs comme des moyens qui emportent à eux-seuls la conviction. En effet, le principe en matière de détermination de l'état de fait consiste à confronter les différents moyens de preuve entre eux pour pouvoir parvenir à une intime conviction. Cette confrontation peut le cas échéant amener à avoir un doute sur une preuve qui paraît de prime abord incontestable.

#### D8. Les coûts matériels et humains

Les mesures de surveillance modernes, notamment dans le domaine de la cybercriminalité, ont un coût important tant sur le plan matériel qu'humain. Ainsi, les outils de pointe nécessaires à traquer les criminels, associés au besoin d'engager dans la police des spécialistes dans certains domaines, notamment dans celui de la cybercriminalité, impliquent que les autorités pénales fassent des choix dans les enquêtes qu'elles conduisent.

Les meilleurs exemples résident certainement dans les enquêtes en matière de stupéfiants. Face à des informations concernant un éventuel trafic de drogue, le procureur doit effectuer un choix entre une intervention rapide avec peu d'informations, ou alors l'engagement de mesures d'investigation secrètes (surveillance active/rétroactive, observations ou agents infiltrés notamment). Mais parfois également, le procureur devra constater qu'il ne dispose pas dans l'immédiat de moyens pour intervenir, et il devra alors laisser le trafic se dérouler jusqu'à disposer des enquêteurs nécessaires pour mener ses investigations.

Ainsi, il ne suffit pas que le législateur mette à disposition des moyens d'intervention sur le plan légal ou encore désire un renforcement des sanctions dans certains domaines, encore faut-il que les autorités politiques dotent les autorités de poursuite pénale des moyens financiers et humains nécessaires pour appliquer cette politique.

Un bon exemple réside dans le projet d'article 269<sup>ter</sup> CPP en matière d'utilisation de programmes informatiques spéciaux de surveillance de la correspondance par télécommunication. En soi, tout le monde peut s'entendre sur la nécessité de cette modification et être d'accord avec l'introduction dans le CPP, à des conditions assez strictes, de la possibilité d'utiliser des *GovWares*.

Toutefois, la mise en application de cette disposition en l'état, qui plus est avec les exigences posées à l'article 269<sup>quater</sup> adopté le 17 juin 2015 par le Conseil National, pourrait entraîner des coûts considérables de développement des programmes (voir art. 269<sup>quater</sup> al. 4 du projet CPP), d'achat de matériel ainsi que de personnel apte à installer et à suivre ces surveillances. Ceci limitera nécessairement de manière drastique l'utilisation de ces *GovWare*, sans même parler des conditions matérielles et formelles d'application. On peut même penser que certains cantons ne pourront tout simplement pas mener des instructions en utilisant ces systèmes, faute de disposer de spécialistes, respectivement de moyens policiers pour les mettre concrètement en œuvre.

Par ailleurs, les programmes de type cheval de Troie sont difficiles à maîtriser et à installer. L'appareil à espionner doit ainsi être la plupart du temps à disposition pour installer le programme. Un spécialiste doit au préalable avoir programmé le logiciel pour l'adapter à l'App concernée par la surveillance et les coûts de programmation sont très élevés. Enfin, il existe le risque qu'en cas de mise à jour de l'application, le programme espion ne permette plus de surveiller la cible.

Fort heureusement, il existe souvent entre membres des autorités pénales de nos différents cantons une réelle volonté de collaborer, qui permet parfois de s'entraider, voire même de mettre à disposition des moyens dont l'autre canton ne dispose pas pour des enquêtes spécifiques.

#### D9. La lenteur des politiciens suisse pour adapter les normes aux nouvelles technologies

Autre décalage entre le politique et le terrain, celui de l'adaptation des normes légales aux nouvelles technologies. Le processus législatif en suisse est en effet très lent et s'accorde peu avec la nécessaire adaptation au développement toujours plus rapide dans ce domaine. Par ailleurs, le sujet est d'une grande complexité pour les parlementaires. Le défi se situe dans ce domaine non seulement sur le plan procédural, mais également sur le plan du droit de fond.

- Sous l'angle procédural, il s'agit de fixer un cadre légal suffisamment large pour qu'il ne nécessite pas d'adaptations fréquentes et qu'ainsi, les autorités pénales puissent adapter leur méthode en utilisant des nouvelles technologies de manière efficace.
- Sous l'angle du droit de fond, la répression de certains actes commis par des moyens électroniques par exemple se heurte au principe *nulla poeniam sine lege*. Ainsi, il apparaît difficile actuellement de couvrir avec les dispositions pénales existantes le captage de données par des moyens informatiques. On peut également penser à ce qui se produit avec le développement des nouveaux véhicules sans conducteur. D'ores et déjà, certains informaticiens ont

réussi à entrer par captage des ondes dans le système de ces véhicules sans pilote et ont pu créer des obstacles fictifs devant ces véhicules. On perçoit assez facilement que cette manière de faire peut être d'une extrême dangerosité. Cependant, est-ce que le simple fait de pirater un tel système constitue une infraction et, dans l'affirmative, laquelle?

Un autre point constitue un obstacle important à l'adaptation du droit aux nouvelles technologies: les actes d'enquête dans ce domaine portent très souvent atteinte à la sphère privée de l'individu, ce qui explique certaines réticences de certains politiques à accepter ces nouvelles dispositions.

#### **D10. Répression versus protection de la sphère privée**

Il existe un décalage assez intéressant entre l'utilisation au quotidien par une partie importante de la population de cartes qui permettent notamment à des commerçants de connaître leurs habitudes de consommation et la difficulté d'accepter le fait que l'Etat prenne connaissance, pour des questions de sécurité publique, de données les concernant par le biais de moyens techniques modernes.

Pour donner une illustration, il est possible à des privés, par exemple à des commerçants, d'utiliser dans leur parking des systèmes de reconnaissance de plaque (système LAPI).

En revanche, l'utilisation par une autorité pénale d'un système LAPI, actuellement introduit au sein d'un nombre croissant de corps de police, pose question s'agissant de la manière dont ce système peut être utilisé. En effet, il peut être exploité de deux façons différentes:

1. Pour retrouver des personnes précises, par exemple celles qui commettent des infractions (personnes circulant alors que les plaques auraient été retirées ou circulant sans permis). Dans le même contexte, il est possible d'engager, à titre d'observation, un système LAPI dans le cadre d'une enquête par exemple pour repérer l'arrivée d'un livreur de drogue dont on connaîtrait l'immatriculation du véhicule. Dans ce cas, seules les données des véhicules soupçonnés de la commission d'une infraction sont enregistrées et conservées en mémoire, celles concernant les autres véhicules analysés par le système ne faisant l'objet d'aucun enregistrement.
2. Pour des recherches générales, par exemple en enregistrant par le biais du système LAPI toutes les données et en les conservant pendant une certaine durée, ce qui permet ensuite de pouvoir procéder à des recoupements en cas d'infractions, en examinant l'ensemble des numéros de véhicules que le système a enregistré.

A titre d'exemple, il existe une base légale claire pour l'administration des douanes pour la conservation pendant 30 jours des données qui sont enregistrées par le système LAPI à l'article 7 de l'ordonnance régissant l'utilisation d'appareils de prises de vue, de relevé et d'autres appareils de surveillance par l'Administration fédérale des douanes (RS 631.053).

Dans ce domaine, il existe un risque important d'atteinte à la vie privée ainsi qu'en matière de protection des données. S'il paraît sans autre possible d'utiliser en instruction une observation faite par le biais du système LAPI, il semble plus délicat d'utiliser des enregistrements qui ont été réalisés de manière générale, alors même qu'il n'existait aucun soupçon de commission d'infraction contre la personne dont les données de son véhicule ont été enregistrées.

#### **D11. Le respect des règles de procédure, en particulier en matière de mesures de contrainte et les conséquences d'une violation de ces règles**

Lorsqu'un nouveau moyen de preuve est utilisé, le procureur doit systématiquement se demander si ce moyen de preuve respecte les principes généraux posés aux articles 139 à 141 CPP, mais également quelles sont les conditions matérielles et formelles pour permettre de les exploiter dans le cadre de sa procédure pénale, sans risquer l'écartement par la suite de la preuve du dossier. En effet, un nombre important des moyens de preuve utilisant les nouvelles technologies portent une atteinte aux droits fondamentaux de la personne visée par la mesure et que dès lors, il s'agit de la fonder sur une base légale.

Ainsi, vider le contenu du système central d'un véhicule par le biais d'un appareil se branchant sur la prise OBD correspond à notre avis à une perquisition, de même que l'extraction des données d'un GPS ou d'un *crash recorder*.

#### **D12. Le droit des parties d'intervenir, en proposant des moyens de preuve et de disposer des éléments qui figurent au dossier pour pouvoir les contester**

Reste encore à savoir de quelle manière le résultat des recherches doit être mis à disposition des parties. En effet, le droit des parties de consulter le dossier implique que dans celui-ci figure l'ensemble des éléments relatifs à la procédure, ceci afin qu'elles puissent le cas échéant remettre en question d'une part son caractère scientifique, et d'autre part la manière dont celle-ci a été concrètement réalisée.

L'arrêt 6B\_123/2013 en matière d'analyse de traces d'oreille est fondamental sur ce point. Le TF a admis dans celui-ci que les parties devaient pouvoir avoir accès aux traces qui constituaient la

base d'un rapport de police incriminant le prévenu, pour lui permettre d'en vérifier le caractère scientifique et de remettre le cas échéant en question le raisonnement de l'expert ainsi que les conclusions qu'il en a tiré.

Cet arrêt pose toutefois un problème pratique relativement important. Il s'agit de déterminer de quelle manière les contenus doivent pouvoir être mis à disposition des parties et dans quelles circonstances (à la demande ou systématiquement). Le problème est d'autant plus important que l'on se heurte souvent actuellement, notamment dans le domaine informatique ou en matière de mesures de surveillance secrètes, à une incapacité de certains membres des autorités pénales, mais aussi des avocats, d'interpréter le contenu des documents mis au dossier (et parfois même d'en ouvrir simplement le programme lorsqu'il s'agit de documents se trouvant sur informatique).

Autre problème, celui de la transmission de ces documents, qui se trouvent en particulier sous la forme de DVDs. En effet, le droit d'être entendu des parties implique, selon le TF, de pouvoir disposer des données qui se trouvent au dossier pour que les parties puissent préparer leur défense (pour le cas d'un DVD contenant l'audition d'une victime: 1B\_445/2012, consid. 3.2). Or, au vu de la masse de données récoltées par le biais d'écoutes notamment, il apparaît nécessaire de pouvoir mettre à disposition des copies pour les parties, cas échéant contre versement d'un émolument (art. 102 al. 3 CPP). L'une des solutions trouvées consiste à demander en particulier à l'avocat de fournir lui-même le matériel informatique sur lequel il sera possible de lui copier les données.

Enfin, le dernier problème en relation avec la mise à disposition des avocats, respectivement des parties, de l'ensemble des éléments informatiques réside dans le temps que l'avocat doit consacrer pour les analyser, notamment au regard des dispositions en matière d'indemnisation de l'avocat d'office. Il est en effet toujours plus difficile d'estimer le temps nécessaire à l'examen d'un dossier.

C'est dire que le droit d'être entendu des parties pose toujours plus de problèmes au fil de l'évolution et du développement des nouvelles technologies.

L'évolution actuelle nécessite un gros effort de formation continue tant pour les membres des autorités pénales que pour les avocats qui veulent exercer dans ce domaine. Ce suivi est nécessairement continu, dès lors que les évolutions deviennent toujours plus rapides. Par ailleurs, la lecture des revues ne suffit pas, seules les formations présentant un aperçu des documents concrets et les manipulations informatiques utilisées par les criminels, respectivement les moyens utilisés par les enquêteurs pour les retrouver, permettent d'acquérir une réelle expertise.

En résumé, les développements technologiques n'ont certainement jamais posé des problèmes aussi complexes dans le cadre d'instructions pénales, ceci pour plusieurs raisons, qui sont essentiellement les suivantes:

- a. La vitesse à laquelle les nouveautés apparaissent et se développent: on constate une accélération des innovations que le législateur, les autorités pénales et les avocats ont peine à suivre;
- b. Les nouvelles technologies permettent la commission d'infractions à distance, sans traces d'infractions. Cela rend plus complexes les investigations et nécessite que tant les autorités pénales que la défense pensent aux hypothèses d'infractions sans effraction ;
- c. Les moyens de preuve sont toujours plus difficiles à obtenir, nécessitant l'intervention d'enquêteurs spécialisés ainsi que d'experts, mais également la mise en œuvre de moyens d'investigation très onéreux en temps et en hommes. Par ailleurs, il est parfois difficile de déterminer à quelles conditions formelles ou matérielles ces moyens de preuve peuvent être utilisés dans le cadre d'un dossier pénal, avec le risque de trouver au dossier des moyens de preuve récoltés illégalement ;
- d. L'interprétation des moyens de preuve obtenus est rendue complexe en raison du contenu des données obtenues, ce qui rend également difficile le travail de l'avocat ;
- e. Le caractère international et transfrontalier de cette nouvelle criminalité.

Dès lors, comment réagir au mieux pour lutter efficacement contre ces nouveaux types de criminalité?

## **E. Ebauche de solutions pour améliorer la lutte dans le domaine des nouvelles technologies**

### **E1. Une formation régulière et standard pour les avocats et membres des autorités pénales sur les évolutions récentes en matière d'administration de preuves**

En premier lieu, la formation doit constituer une priorité absolue dans ces domaines. Si désormais, une formation de base est organisée au niveau des procureurs et juges, mais aussi au sein de la police, il apparaît indispensable que des mises à jour soient organisées et qu'elles aient un caractère obligatoire pour les membres des autorités pénales.

Serait certainement utile dans ce cadre une organisation commune, cas échéant impliquant les avocats, qui, tous les deux ans par exemple, reprendrait sur une ou deux journées les différentes évolutions en matière de commission d'infractions et d'outils à disposition des enquêteurs. Cette formation, qui comporterait systématiquement les

mêmes domaines, permettrait une comparaison et un suivi logique.

## **E2. Un renforcement de la spécialisation dans certains domaines entre procureurs et entre policiers**

Au sein des autorités pénales, il existe sous des formes différentes selon les cantons des spécialisations dans certains domaines de membres des ministères publics. Assez naturellement, les différents procureurs cantonaux membres d'une commission de la Conférence latine des procureurs apparaissent comme des spécialistes dans les domaines qu'ils traitent au sein de ces commissions.

Toutefois, pour assurer une meilleure efficacité, il s'agit de développer ces spécialisations, avec la possibilité parfois de transmettre une instruction au spécialiste si celle-ci apparaît par trop complexe à un procureur qui ne traite que peu de procédures dans le domaine concerné. C'est par exemple ce qui se produit dans le canton de Berne avec les affaires en matière d'erreurs médicales, où il existe désormais un procureur de référence, susceptible de reprendre des procédures ouvertes par un autre procureur, du moins en allemand.

Le canton de Zurich, en créant un domaine au sein de son Ministère public lié à la cybercriminalité, montre l'exemple, les cas dans ce domaine étant dans le canton de Berne également traités par les tâches spéciales. L'expérience zurichoise actuelle montre que la collaboration étroite entre des procureurs, des spécialistes et des techniciens fonctionne bien. Cependant, limiter une telle collaboration à un seul canton constitue un non-sens au regard du caractère international de la cybercriminalité. Dès lors, tout comme le procureur Stephan Walder, nous plaidons en faveur de la création d'un centre de compétence au niveau national ou intercantonal, composé de spécialistes non seulement de la poursuite, mais également dans les domaines policier et technique, qui puisse disposer de véritables compétences en matière de poursuite pénale, pour le moins dans les cas complexes. Ce centre devrait par ailleurs disposer des moyens nécessaires pour pouvoir mener des enquêtes dans ce domaine.

La collaboration intercantonale apparaît en effet primordiale, en particulier dans ce domaine, y compris en matière de transmission de matériel. En effet, ce n'est que par ce moyen que l'on pourra juguler les coûts très importants engendrés par

l'acquisition nécessaire de matériel. Mais la collaboration intercantonale sur ce point doit encore être développée, tant elle repose parfois sur la plus ou moins bonne entente entre procureurs concernés.

Au niveau de la collaboration internationale, un développement des spocs devrait constituer un objectif majeur. Par spoc, on entend une autorité ou une personne désignées compétentes pour un pays pour traiter des demandes d'entraide dans des domaines spécifiques. Tel est le cas actuellement par exemple avec la France pour les demandes en matière d'ADN et la Conférence latine des procureurs essaie à notre avis à raison de soutenir la création de spocs dans d'autres domaines. En effet, ces services permettent une intervention très rapide et auprès d'une autorité qui sait immédiatement comment réagir. En matière de cybercriminalité, où la trace des auteurs peut être perdue très rapidement, la création de réseaux au niveau international qui permettraient d'agir très rapidement semble nécessaire pour lutter efficacement.

## **E3. Faire preuve d'originalité, en exploitant le principe de la liberté de la preuve**

Si les criminels font actuellement preuve de beaucoup d'originalité lors de l'utilisation des nouvelles technologies à des fins criminelles, il appartient à l'autorité pénale de rechercher des moyens de preuve originaux susceptibles d'établir les faits. Un bon exemple a été donné dans le domaine informatique par l'utilisation de techniques permettant d'intercepter des écoutes par le Ministère public et la police zurichois, ceci dans le but de contourner partiellement les problèmes de codage des informations transmises notamment par le biais de « WhatsApp ».

Cette solution, concernant les données des fermes de serveurs non soumises à la surveillance de la correspondance par télécommunication découlant de la Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, RS 780.1), a l'avantage non seulement de l'ingéniosité, mais elle apparaît en outre plus économique que des écoutes classiques. Elle nécessite cependant la mise en place d'un cadre procédural clair pour administrer la preuve, qui respecte les dispositions du CPP.

Ce n'est qu'à ce prix que la lutte contre les criminels exploitant les nouvelles technologies pourra être efficace.

Wer wagt, gewinnt.



## Geschafft: So wirst auch du selbständig

Tobias Gläser, Yves Demuth

**CHF 29.–**

104 Seiten, gebunden, 978-3-7272-1444-8

# Stämpfli

Buchhandlung

Anhand seiner frischen Erfahrungen erzählt Tobias Gläser, was er bei der Gründung und dem Aufbau seiner Firma richtig gemacht hat und was falsch. Er zeigt anhand konkreter Beispiele, wie er kritische Situationen und schwierige Momente gemeistert hat. Und er sagt, wie er als Nobody erste Aufträge gewonnen hat. Die Tipps, die in dieser Anleitung für Macherinnen und Firmengründer versammelt sind, sind pointiert und praxistauglich.

Mit 29 Jahren hatte Tobias Gläser trotz hervorragender Perspektiven genug vom Angestellten sein. Er suchte sich einen neuen Teilzeitjob und startete von seinem Wohnzimmer aus sein eigenes Unternehmen. Heute zählt seine fünfjährige GmbH neun Angestellte. Er hat es geschafft und im umkämpften Markt der Werbe- und Kommunikationsagenturen Fuss gefasst. Keine Selbstverständlichkeit: Nur knapp 50 Prozent der neu gegründeten Dienstleistungsunternehmen existieren nach fünf Jahren noch immer, zeigen die Zahlen des Bundesamts für Statistik.

Das Handbuch hat Tobias Gläser zusammen mit dem Journalisten Yves Demuth geschrieben. Rund zehn Jahre gingen die beiden Autoren zusammen zur Schule. Ihre offenen, persönlichen und kritischen Gespräche über Unternehmertum, Selbstverwirklichung und Persönlichkeit bilden die Grundlage dieses Buchs.

Jetzt  
bestellen

Ich bestelle \_\_\_\_ Ex.

Name, Vorname \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

Strasse/PLZ, Ort \_\_\_\_\_

E-Mail \_\_\_\_\_

Ich abonniere den Newsletter \_\_\_\_\_

Datum, Unterschrift \_\_\_\_\_

1288-158/15

Senden Sie uns den Bestellschein per Post, Fax oder Mail. Oder bestellen Sie online.



# Patentierungsfeier Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte 2015

Rathaus Bern – 3. Juli 2015 – Ansprache von Alec von Graffenried

Liebe Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

Herzlichen Dank für die Einladung zu Ihrer Patentierungsfeier und herzliche Gratulation zu Ihren frisch erworbenen Patenten. Jetzt sind Sie also Anwältin und Anwalt.

Dann kennen Sie jetzt auch den Unterschied zwischen einem Anwalt und einer Stechmücke?

Das eine ist ein blutsaugender Parasit, das andere ist einfach ein Insekt.

Heute ist Euer Tag! Heute erhaltet Ihr Euer Patent, dieser Tag ist einmalig. Es gibt unvergessliche Momente, zum Beispiel der erste Schultag, der Tag des ersten Kusses, der Hochzeitstag, die Geburt von eigenen Kindern. Heute erlebt Ihr für Euch einen so besonderen Tag, das Ende Eurer Ausbildung, die Patentierung. Sie ist Schnittstelle und Start in einen neuen Lebensabschnitt, egal, was Ihr jetzt macht, heute ändert sich Euer Leben. Vergesst diesen Tag nicht, lebt ihn bewusst, damit Ihr Euch in Zukunft an diesen Tag und dieses Gefühl erinnern könnt, genau dieses Gefühl jetzt. Geniesst diesen Tag oder diesen Abend in all seinen Facetten, heute ist anders als gestern und anders als morgen!

Heute wisst Ihr so viel aus so vielen Rechtsgebieten wie später vielleicht nie mehr.

Ich selber wurde genau vor 25 Jahren hier im Grossratsaal im Rathaus patentiert, und ich kann Ihnen sagen, heute ist vieles anders als damals, in den 80er Jahren, als ich studierte und 1990 dann das Anwaltsexamen machte.

Ich möchte einen Gedanken zu einem wichtigen Aspekt mit Ihnen teilen, wie sich das Umfeld im Beruf eines Rechtsanwalts in den letzten Jahren verändert hat.

## Die Globalisierung

In den 80er Jahren hatten wir noch keine Europarechtsvorlesungen, wir hatten aber auch überhaupt keine Vorlesungen in internationalem Recht, mit einer Ausnahme.

Die Vorlesungen im internationalen Recht beschränkten sich auf eine einzige Völkerrechtsvorlesung über zwei Semester, zu der man eine Prüfung ablegen konnte. Diese Vorlesung hielt damals zum ersten Mal Prof. Walter Kälin, der gerade frisch habilitiert hatte und neu Professor an der Universität Bern geworden war, im kommenden Jahr wird er emeritieren.

In dieser Völkerrechtsvorlesung wurden das gesamte Völkerrecht, eingeschlossen das Recht der UNO und des Europarats mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, wie auch die Grund-

lagen der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft EWG abgehandelt. Die EWG umfasste erst 12 Staaten, ohne die Nord- und Osterweiterung, die Süderweiterung mit Spanien und Portugal war gerade erfolgt. Die Mauer in Berlin fiel nach dem 1. Teil unseres Staatsexamens im Herbst 1989, Deutschland war noch nicht wieder vereinigt. Die hoffnungsvolle Befreiung von Osteuropa war in den Nachrichten von 1990 etwa so präsent wie heute die Griechenlandkrise.

Das Zivil- und das Strafprozessrecht waren noch kantonal geregelt, daher lernten wir viel mehr kantonales Recht als internationales Recht. Auf die damals anlaufende Globalisierung waren wir daher fachlich kaum vorbereitet. Im Ausland studierte sowieso keiner von uns, da es kein Erasmus gab, oder erst in kleinen Ansätzen. Wer über den Gartenzaun blicken wollte und sich beispielsweise in internationalem Wirtschaftsrecht bilden wollte, machte dies erst nach dem Studienabschluss in den USA. Wir waren bernische FürsprecherInnen und kannten den Leuch auswendig, das war der Kommentar zur Bernischen ZPO, der aber vergriffen war und den man nur im Antiquariat kaufen konnte. Wir kannten die 26 Amtsbezirke und Richterämter im Kanton Bern, wir hatten aber keine Ahnung von der WTO und der EU, logisch, da es diese beiden ja auch noch gar nicht gab.

Die UNO interessierte sowieso weniger, da die Schweiz ja kurz zuvor 1986 den UNO Beitritt wuchtig abgelehnt hatte und als einziges Land neben Afghanistan und dem Vatikan nicht Mitglied der UNO war. Wir lebten in einem kleinen, begrenzten Rechtsraum, der viel weniger internationale Bezüge aufwies, als dies heute der Fall ist. Wir lebten in einer Welt, wie Sie sie heute nur noch in den Geschichtsbüchern oder Politikerreden vorfinden können.

Die Globalisierung der letzten 25 Jahre ist beeindruckend und kann sicher auch beängstigend wirken. Die Internationalisierung hatte eine gewaltige Beschleunigung und Vernetzung zur Folge, es ist schwieriger geworden, den Überblick zu behalten. Diese Beschleunigung wurde durch den technologischen Wandel mit der Digitalisierung natürlich noch verstärkt. Heute ist die Welt vernetzt und die Kommunikation global.

## Blick über den Gartenhag

Nur in Klammern: Wir hatten allerdings kein Brett vor dem Kopf, wenn Sie das meinen. Die geistige Haltung in der Schweiz meiner Jugend kam mir

weltöffener vor als heute. Die tendenziell noch etwas mehr abgeschlossene Schweiz meiner Jugend hatte den Blick viel mehr nach aussen gerichtet. Die heutige Schweiz ist viel weltläufiger, offener und international vernetzter. Aber die Gesellschaft blickt viel mehr nach innen, der Fokus ist nach innen gekehrt, oft denke ich, wir haben den Blick nach aussen etwas verloren. Wir haben vor allem eine Aussensicht auf die Schweiz verloren, oder sagen wir: der Perspektivenwechsel gelingt uns immer weniger gut. Roger Federer ist ein erfolgreicher Tennisspieler, weil er das Spiel seiner Gegner lesen und deren Spielzüge antizipieren kann. Im Geschäftsleben wie in der Politik ist besonders erfolgreich, wer die Bedürfnisse seiner Partner und Kunden kennt und frühzeitig darauf eingehen kann. Dafür muss man auch die Sicht der anderen einnehmen können, die Perspektive wechseln. Was mich heute stark beunruhigt, ist, dass wir uns in der Schweiz mehr auf uns selber konzentrieren und weniger nach aussen blicken.

### Die USP der Schweiz

Gleich geblieben ist der wirtschaftliche Erfolg der Schweiz. Damals wie heute konnte sich die Schweiz wirtschaftlich in der Spitzengruppe behaupten, der Wohlstand in der Schweiz konnte weitgehend bewahrt, teilweise auch ausgebaut werden, der schweizerische Ertragsbilanzüberschuss wurde in den letzten Jahren sogar erheblich ausgebaut. Die Gründe dafür sind vielfältig. Aber eine Eigenschaft der Schweiz wird immer genannt und wird in den Ratings immer als besonders wichtig geschätzt. Nun denn:

Was ist die wichtigste Standortqualität der Schweiz?

Was ist die schweizerische USP, die Unique Selling Proposition?

Welche Eigenschaft macht unser Land attraktiv als Wohnort, als Arbeitsort, als Wirtschaftsstandort, für schweizerische Investitionen und internationale Investitionen?

Weshalb investieren so viele Personen aus dem Ausland in der Schweiz, warum haben wir eine so hohe Zuwanderung? Welche politisch beeinflussbare Qualität ist die meistgenannte und geschätzte Qualität der Schweiz?

Es ist die Stabilität unseres Landes, es ist die Sicherheit, es ist die Rechtssicherheit. Sie können dem sagen, wie sie wollen, ich sage dem Rechtsstaat, die Rechtsstaatlichkeit. Wir haben zwar viele Regeln, wir haben aber grösstenteils klare Regeln, und wir wenden diese Regeln auch an. Sie gelten für alle und für alle gleich, sie sind ein wichtiger Pfeiler unseres demokratischen Rechtsstaats. Der Rechtsstaat und die Rechtssicherheit sind unsere USP.

### Wer garantiert die Rechtssicherheit?

Natürlich wir alle, die gesamte Gesellschaft. Wir sind der Rechtsstaat. Die Juristinnen und Juristen in ihrer Gesamtheit spielen aber schon eine besondere Rolle, eine Schlüsselrolle, wir kennen das Recht, wir kennen die Zusammenhänge und wir können Bezüge schaffen. Die Justiz insgesamt hat natürlich den Rechtsstaat zu sichern und die Rechtsstaatlichkeit durchzusetzen.

Es ist aber klar, dass alle drei Staatsgewalten ihren Anteil zur Gewährleistung der Rechtssicherheit leisten müssen. Das leuchtet ohne weiteres ein für die Regierung und die Verwaltung, sie sind an das Legalitätsprinzip gebunden.

Aber auch die Legislative kann durch unklare, schwache, zu häufige Gesetzgebung die in Jahrzehnten seriöser Arbeit aufgebaute Stabilität und Rechtssicherheit in der Schweiz untergraben.

Ich weiss nicht, ob wir im Parlament in den letzten Jahren unseren Auftrag zur Stärkung der Rechtssicherheit in der Schweiz in guter Weise wahrgenommen haben. Ehrlich gesagt plagen mich hier eher gewisse Zweifel. Das politische Geschäft ist kurzatmiger geworden und kurzlebiger, wir suchen den raschen Erfolg und verlieren die langfristige Perspektive aus den Augen, das ist natürlich unter anderem auch eine Folge der Globalisierung. Das Bundesamt für Justiz verfügt über Statistiken zur Kadenz der Gesetzgebung. Daraus ist ersichtlich, dass der Takt der Gesetzgebung seit anfangs der 90er Jahre erheblich zugenommen hat, die statistische Kurve steigt seit 1990 bedrohlich an. Wenn aber das Rechtsetzungskarussell immer schneller dreht, bleibt die Rechtssicherheit notgedrungen auf der Strecke.

Sie kennen das ja alle bestens, z.B. vom Strafbuch her, oder auch vom Aktienrecht, vom Familienrecht. Ich kann mir vorstellen, dass der rasante Revisionsrhythmus Sie beim Lernen und beim ständigen Aktualisieren der gültigen Rechtsgrundlagen ebenso ins Schwitzen brachte, wie aktuell die Sommerhitze.

Mit dieser Art und Weise der Rechtsetzung schadet das Parlament aber vor allem der Rechtssicherheit und der Stabilität, da gebe ich Ihnen Recht. Wir müssen vermehrt Sorge tragen zu unserem Gesetzeswerk. Es gibt aber zu wenige, die Partei ergreifen für die Rechtssicherheit, für den Rechtsstaat.

Lieber erzählt man sich Witze über Anwälte, wie den da, kennen Sie den?

Welches ist die netteste, freundlichste und zuvor-kommendste Personengruppe an einer Anwaltpatentierung? Das Servierpersonal.

Ich bin der festen Überzeugung, dass die ständigen Reformen und Revisionen die Praxis der Rechtsanwendung stark belasten und keinen Bei-

trag leisten für eine Verbesserung der Rechtsanwendung. Vielleicht teilen Sie ja diese Überzeugung. Wenn das so ist, dann müssen Sie sich aber in die Debatte einschalten. Es geht um die Rechtspolitik, hier sind zahlreiche Baustellen offen. Ich habe in den letzten Jahren mit vielen Richterinnen und Richtern, Anwältinnen und Anwälten und Professorinnen und Professoren gesprochen und sagte ihnen, sie müssten sich rechtspolitisch mehr engagieren. Viele Richter und Richterinnen antworten dann, nein, das können wir nicht, das verbietet uns die richterliche Unabhängigkeit.

Wir müssen unabhängig bleiben, wir müssen uns neutral verhalten, wir dürfen keine Politik machen auch keine Rechtspolitik.

Sie sind aber in diesen Fragen nicht neutral! Wenn es um die Verteidigung des Rechtsstaats geht, dann müssen Sie Partei ergreifen! Sie sind der Rechtsstaat! Ergreifen Sie Partei für den Rechtsstaat, bevor Sie sich vorwerfen müssen, zu lange passiv gewesen zu sein.

Meine Damen und Herren, ich gestehe Ihnen ein, ich mache mir Sorgen um den Rechtsstaat in der Schweiz. Die Schweiz ist eine offene Gesellschaft und zusammen mit Luxembourg wurde die Schweiz in den letzten Jahren zu der am stärksten international ausgerichteten Volkswirtschaft Europas. Rechtssicherheit und Stabilität können wir heute nicht nur im Binnenverhältnis sicherstellen, es ist klar, in der globalisierten Welt muss die Rechtsstaatlichkeit auch international gewährleistet sein. Sie können jedes Rechtsgebiet wählen, das Sie wollen. Familienrecht, Strafrecht, Umweltrecht, Steuerrecht, alles ist international geworden, das Handelsrecht ist es schon per definitionem. Heute reicht es nicht, die Stabilität, Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit nur innerhalb unserer Landesgrenzen zu sichern, in der globalisierten Welt müssen wir die Rechtssicherheit auch im internationalen Verhältnis gewährleisten. Die Rechtssicherheit muss via völkerrechtliche Regeln auch international abgesichert werden. Die Schweiz als Rechtsstaat ist auch in ihren internationalen Bezügen auf stabile Rahmenbedingungen angewiesen. Grosse Staaten diktieren die Regeln, ein Kleinstaat muss auf das Recht vertrauen können und darauf, dass sich die anderen auch an das Recht halten. Ein starkes Völkerrecht ist schicksalhaft für die Schweiz.

Wir können es uns nicht leisten, international in hängenden Rechten zu verharren, wir brauchen klar geregelte Rechtsbeziehungen, zu unseren europäischen Nachbarn und darüber hinaus.

Erst recht können wir es uns nicht leisten, die Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention in Frage zu stellen. Es geht nicht darum, dass die Menschenrechtssituation in der Schweiz prekär wäre, da mache ich mir weniger Sorgen. Gerichtsentscheide zum Grundrechtsschutz in der Schweiz betreffen heute in aller Regel den Fein-

schliff, es geht nicht mehr um grobe Menschenrechtsverletzungen.

Aber die Menschenrechte sind die Grundlage nicht nur unseres Rechtsstaates, sondern der europäischen Rechts- und Wertegemeinschaft. Und wir wollen diese Werte, die letztlich die bürgerlichen Grundwerte der Aufklärung sind, weltweit durchsetzen, auch gegen Unrechtsregimes in Nordkorea oder auch gegen den IS. Die Menschenrechte und der Gerichtshof in Strassbourg sind der Anker und der Hoffnungsschimmer für viele Menschen z.B. in der Türkei oder in Moldawien, auf der ganzen Welt. Die Menschenrechte sind die Grundlage unseres friedlichen Zusammenlebens in Europa. Stellen Sie sich vor, wenn die Schweiz die Konvention kündigen sollte und aus dem Europarat austritt. Welch ein Signal für die Menschenrechtssituation in Russland oder in Kasachstan. Die Schweiz als offene Gesellschaft mit ihrer offenen Wirtschaft kann es sich heute nicht leisten, ihre internationalen Pflichten nicht zu respektieren. Damit untergraben wir unser wichtigstes Gut, unsere stärkste Qualität, den Rechtsstaat.

Sehr geehrte Damen und Herren, ich bin daher froh, dass Sie in Ihrer Ausbildung nicht nur das kantonale Recht gelernt haben, sondern auch zu Expertinnen und Experten im Internationalen Recht geworden sind und diesbezüglich besser ausgebildet sind, als wir es vor 25 Jahren waren.

Sie sind Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Ihnen steht der Weg offen in die Advokatur, in die Beratung, aber auch in die Justiz. Seit einigen Jahren wurde ein neuer Kampfbegriff in die schweizerische Debatte eingeführt, ich spreche von den fremden Richtern. In scheinbarer Anlehnung auf eine schweizerische Tradition werden sogenannte fremde Richter angeprangert. Wir wollen keine fremden Richter. Ich frage Sie nun aber: Wer soll mein Richter sein? Nur mein Cousin oder mein Jasskollege? Wir wollen nur noch Schweizer Schiedsrichter an den Länderspielen! Monsieur Platini, wir weigern uns, an der Euro nächstes Jahr mit fremden Schiedsrichtern zu spielen, s'il vous plaît!

Auch darüber gibt es Witze: Ein guter Anwalt kennt das Recht, der bessere Anwalt kennt den Richter!

Geschätzte Anwältinnen und Anwälte, Sie wissen, nur ein fremder Richter ist ein guter Richter, denn er ist unabhängig und unvoreingenommen! Es ist unglaublich, wie viel Erfolg so bodenlos dumme Forderungen wie das Mantra von den «fremden Richtern» heute haben können. Erheben Sie Einspruch, wehren Sie sich dagegen, wenn der Rechtsstaat aus Dummheit oder aus Verantwortungslosigkeit in Zweifel oder in den Schmutz gezogen wird.



### Engagieren Sie sich!

Sie übernehmen mit ihrem neuen Berufsabschluss auch die besondere Verantwortung für das Einstehen für unseren Rechtsstaats, in der Schweiz und international. Ich fordere Sie auf, stehen Sie für unseren Rechtsstaat ein, wehren Sie sich für unsere Institutionen! Ich danke Ihnen für Ihre Unterstützung!

Ich möchte Ihnen zum Schluss gratulieren mit einem Lieblingsgedicht von mir für solche Gelegenheiten, es wurde just im Jahr 1990 geschrieben, vom Amerikaner Dr. Seuss.

*Congratulations! Today is your day.*

*You're off to Great Places! You're off and away!  
You have brains in your head. You have feet in  
your shoes.*

*You can steer yourself any direction you choose.  
You're on your own. And you know what you  
know.*

*And YOU are the guy who'll decide where to go.*

*Kid, you'll move mountains! Today is your day!*

*Your mountain is waiting. So...get on your way!*

# Master of Advanced Studies (MAS) Forensics

## Ein Erfahrungsbericht

«Wieder mal eine Weiterbildung?», fragte ich mich vor knapp zwei Jahren. Nach gut sieben Jahren als Untersuchungsrichter bzw. Staatsanwalt im Dienste der Berner Justiz sah ich die Zeit dafür gekommen. In Frage kam nur eine Weiterbildung, die mich in der Kernmaterie meines täglichen Handelns als Staatsanwalt weiterbringen würde. Daher bot sich der MAS-Kurs in Forensics an, der nach vier Ausgaben bei der Hochschule Luzern erstmals im Gefäss der Staatsanwaltsakademie der Universität Luzern durchgeführt werden sollte. Zweifel liess mich, ob der beträchtliche Mehraufwand neben meiner 80 Prozent-Anstellung und der Familie überhaupt zu bewältigen sein würde. Dennoch schrieb ich mich für den fünften Lehrgang dieses Masterkurses ein, im Wissen darum, dass die rund 10 bisherigen Teilnehmer aus der Berner Justiz gute Erfahrungen gemacht hatten.

Der Lehrgang begann im März 2014 und fand seinen Abschluss mit der Diplomierung Ende Oktober 2015. Er beinhaltete zirka 60 Schulungstage à acht Lektionen. Die Kurse fanden mehrheitlich freitags und samstags an der hervorragend disponierten Uni Luzern statt, aber auch in St. Gallen, Zürich, Basel oder auf dem Gurten bei Bern. Aus den 20 Teilnehmenden (aus Staatsanwaltschaften verschiedener Kantone, aus der Militärjustiz, von Kantons- und Bundespolizei und von Swissmedic) wuchs durch die regelmässigen Kontakte eine verschworene Gemeinschaft zusammen, die sich häufig über fachliche Fragen hinaus auszutauschen begann. So manch lustiger Abend liess die Studierenden am nächsten Morgen leiden... Zurück zum Fachlichen: Das Spektrum des Gebotenen war breit. Es reichte im materiell-rechtlichen Teil von Grundsätzlichem («Erläutern Sie uns das Aufbauschema des fahrlässigen Unterlassungsdelikts.») über Betäubungsmittel- und Strassenverkehrsrecht bis hin zu Spezialfragen im Bereich des Tierschutzrechts, des Steuerstrafrechts oder des Umweltrechts. Wir vertieften uns in die Aussagepsychologie, besprachen rechtsmedizinische oder psychiatrische Fragestellungen («Wie definiert man eine Persönlichkeitsstörung?») oder unternahmen einen Trinkversuch (mit Nachwirkungen am darauffolgenden Schulungstag). Wir übten uns in der Medienarbeit in Krisensituationen, begaben uns auf kriminaltechnische Spurensuche oder mach-

ten Schiessübungen im polizeilichen Schiesskeller. Ein breites Feld also, wobei ich von den prozessrechtlichen Modulen am meisten profitieren konnte.

Weil neu organisiert, litt der Lehrgang unter Kinderkrankheiten. Grossmehrheitlich waren die Referate und Übungen von sehr guter Qualität, aber nicht alle Referenten waren der Aufgabe in gleichem Masse gewachsen, zumal sich das Publikum als äusserst kritisch erwies. Auch in organisatorischer Hinsicht hat die Studienleitung noch «Luft nach oben». Sie hat aber zugesichert, den Kritiken im Hinblick auf den nächsten Lehrgang Rechnung zu tragen.

An wen richtet sich die Weiterbildung? Schwergewichtig für Staatsanwälte konzipiert, steht sie auch anderen Personen im Tätigkeitsbereich der Strafjustiz offen. Voraussetzung ist der Abschluss des CAS Forensics, des CAS WISTRA oder einer vergleichbaren Weiterbildung. Empfehlenswert ist eine Kernberufserfahrung von zwei bis sechs Jahren. Aus meiner Erfahrung erscheint eine Reduktion des Arbeitspensums auf 80 Prozent sinnvoll, ist der Mehraufwand über eine längere Zeitdauer hin doch beträchtlich. Nebst den Absenzen vom Arbeitsplatz während der Schulung fordern die Vorbereitungen der beiden Semesterprüfungen und die nicht zu unterschätzende Masterarbeit viel Zeit und Engagement!

«Hat dir denn der Kurs etwas gebracht?», werde ich oft kritisch gefragt, wenn ich jeweils erklärt habe, dass ich eine Weiterbildung exakt in meinem heutigen Tätigkeitsgebiet absolviert habe. «Ja, sehr viel!», lautet meine dezidierte Antwort. Es macht Spass, seine tägliche Arbeit mit vertieftem Fachwissen und somit mehr Sicherheit und zielgerichteter angehen zu können. Es beruhigt zu erfahren, dass in anderen Kantonen mit ähnlichen Problemen gekämpft wird, oder dass zu etlichen juristischen Fragen auch die Gelehrten keine schlüssigen Antworten haben. Schliesslich schärft der Lehrgang das Bewusstsein für unsere Rolle und die Verantwortung, die wir als Strafverfolger in der Gesellschaft wahrnehmen. Das kann kaum jemandem schaden! Der MAS Forensics 6 beginnt im März 2016.

Mehr Infos unter:

<https://www.unilu.ch/weiterbildung/rt/mas-forensics/>

Umfassend und praxisnah.



## Bundesgerichtsgesetz (BGG)

Bundesgesetz über das Bundesgericht

Hansjörg Seiler, Nicolas von Werdt, Andreas Güngerich,  
Niklaus Oberholzer

**Dezember 2015, ca. CHF 189.–**

Stämpflis Handkommentar SHK, 2. Auflage, ca. 740 Seiten,  
gebunden, 978-3-7272-2574-1

# 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.staempfliishop.com

Wie führe ich Beschwerde beim Bundesgericht? Das Bundesgerichtsgesetz (BGG), das am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, hat das frühere komplexe Rechtsmittelsystem weitgehend vereinheitlicht durch drei Einheitsbeschwerden, ergänzt um eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde gegen kantonale Entscheide, gegen welche die ordentliche Beschwerde unzulässig ist. Auch in weiteren Punkten hat das Bundesgerichtsgesetz Neuerungen gebracht, in anderen aber die frühere Regelung weitergeführt.

Der Kommentar will den Praktizierenden die aktuelle Bundesrechtspflege näher bringen. Er ist praxisbezogen und verzichtet auf theoretische Diskussionen. Der Kommentar stellt die gesetzliche Regelung dar, weist auf die mit dem Bundesgerichtsgesetz eingetretenen Änderungen hin und berücksichtigt die seit dessen Inkrafttreten ergangene Rechtsprechung.

Jetzt  
vorbestellen

**Ich bestelle \_\_\_\_ Ex.**

Name, Vorname \_\_\_\_\_

Firma \_\_\_\_\_

Strasse/PLZ, Ort \_\_\_\_\_

E-Mail \_\_\_\_\_

Ich abonniere den Newsletter \_\_\_\_\_

Datum, Unterschrift \_\_\_\_\_

1288-159/15

Senden Sie uns den Bestellschein per Post, Fax oder Mail. Oder bestellen Sie online.



# Zur Zivilklage nach Art. 122 ff. StPO aus der Sicht eines Zivilrechtlers\*

## A. Sinn und Zweck der Adhäsionsklage

Vom zu beurteilenden Lebenssachverhalt her besteht ein Sachzusammenhang zwischen der strafrechtlichen Aufarbeitung einer Tat und deren zivilrechtlichen Seite, den aus der Tat abgeleiteten Zivilansprüchen. Aus diesem Grund ermöglicht das Gesetz es der geschädigten Person, im Rahmen eines Strafverfahrens zugleich auch noch ihre Zivilansprüche einzuklagen. Dieses adhäsionsweise Geltendmachen einer Zivilklage im Rahmen eines Strafprozesses erlaubt es somit, neben dem Strafpunkt auch die zivilrechtlichen Ansprüche aus der Straftat in einem *einzigem Verfahren* zu beurteilen.

Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO)<sup>1</sup> enthält zwar diverse Regeln zum Adhäsionsprozess, sagt jedoch wenig bis nichts, was die allfällige Anwendung zivilprozessualer Normen im Adhäsionsprozess anbelangt. Deshalb wollen wir hier besonders dieser Frage nachgehen<sup>2</sup>.

Bei der Adhäsionsklage geht es um *Prozessökonomie*, d.h. um *Effizienz und Aufwand- und Kostenersparnis*, wenn das ohnehin mit der Sache befasste Gericht das im Strafprozess gewonnene Wissen zur Beurteilung des Zivilanspruchs nutzen kann – letztlich praktische Aspekte. Ein spezifischer Ausfluss dieser Überlegung ist die Regelung, wonach das Gericht *Ansprüche von geringer Höhe* nach Möglichkeit selbst beurteilt<sup>3</sup>, hat doch die Prozessökonomie in solchen Fällen einen besonders hohen Stellenwert.

Nicht zuletzt wird auch der Gefahr *widersprüchlicher Urteile* entgegengewirkt, wenn ein und dasselbe Gericht den Strafpunkt und den Zivilpunkt beurteilt. Dies ist ein berechtigtes Anliegen, auch wenn nach Art. 53 OR das Gericht, das die Zivilansprüche aus unerlaubter Handlung beurteilt, nicht an die Beurteilung bzw. die Erkenntnisse des Strafgerichts punkto Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit sowie Bestimmung des Schadens gebunden ist.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die Beurteilung der Zivilklage im Rahmen eines Strafprozesses auch eine *Belastung* für das Strafgericht und andere Beteiligte sein kann, durch Zusatzaufwand und zeitliche Verzögerungen. Die Adhäsionsklage steht also in einem gewissen Widerspruch zum strafprozessualen Beschleunigungsgebot<sup>4</sup>.

Bei einer *Gesamtbetrachtung* sollte jedoch durch das Behandeln von Straf- und Zivilpunkt in einem einzigen Verfahren *in der Summe eine Beschleunigung und eine Aufwandsparnis* resultieren, verglichen mit der Führung zweier separater Prozesse. Dies entspricht im Ergebnis dem Beschleunigungsgebot gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV, das sowohl für das Strafverfahren als auch für den Zivilprozess gilt.

Beide Aspekte – Prozessökonomie einerseits, Belastung des Gerichts bzw. des Strafverfahrens andererseits – sind bei Anwendung der Normen, welche die Adhäsionsklage regeln, zu berücksichtigen. Bei der Auslegung fällt aus zivilrechtlicher und zivilprozessualer Sicht überdies ins Gewicht, dass das Verfolgen der Zivilansprüche *im eigenen Interesse der geschädigten Person* – und nicht im öffentlichen Interesse – geschieht, mit der entsprechenden Eigenverantwortung des Adhäsionsklägers.

Auch wenn für deren Beurteilung die Strafgerichte zuständig sind, bleiben Adhäsionsklagen grundsätzlich *zivilrechtlicher* Natur<sup>5</sup>.

Rufen wir somit vorab kurz die Normen in Erinnerung, welche sich zu dieser Zivilklage im Strafverfahren äussern bzw. dort Anwendung finden.

\* Das Referat wurde anlässlich der WBK-Veranstaltung vom 15. September 2015 zum Thema „Aktuelle Fragen zur StPO“ gehalten. Der Referatsstil wurde beibehalten, der Text mit Hinweisen in Fussnoten ergänzt.

<sup>1</sup> Schweizerische Strafprozessordnung von 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0).

<sup>2</sup> Weiterführende Literatur zur Adhäsionsklage (neben den notorischen StPO-Kommentaren): KREN KOSTKIEWICZ/MARKUS/RODRIGUEZ (Hrsg.), Schnittstellen zwischen Zivilprozess und Strafverfahren, Bern 2014, namentlich die dortigen Aufsätze inkl. Literaturangaben von NIKLAUS RUCKSTUHL, Adhäsionsprozess – was leistet das Strafverfahren? sowie von KRAUSKOPF/BITTEL, Der Adhäsionsprozess aus der Sicht des Haftpflichtrechts – Grundlagen und Gedanken zu Strategie und Taktik; LORENZ DROESE, Die Zivilklage nach der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Fellmann/Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Zürich/Basel/Genf 2011, 37–79.

<sup>3</sup> Art. 126 Abs. 3 StPO.

<sup>4</sup> Art. 5 StPO.

<sup>5</sup> Vgl. BSK-ZPO, 2. A. 2013, Art. 1 N 4.

## B. Rechtsquellen im Adhäsionsprozess

### I. Verfassung

Für die Ausgestaltung der Adhäsionsklage im Vergleich zum selbständigen Zivilprozess ergeben sich von Verfassungs wegen unmittelbar keine Besonderheiten. Zu beachten sind in Straf- wie in Zivilprozessen die *Verfahrensgarantien* von Art. 29 und Art. 30 BV, namentlich gleiche und gerechte Behandlung, Beurteilung innert angemessener Frist, Anspruch auf rechtliches Gehör, unentgeltliche Rechtspflege, auf ein verfassungsmässiges, d.h. gesetzliches, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht, Öffentlichkeit von Verhandlung und Urteilsverkündung. Diese Garantien sind in der einen oder andern Form auch Elemente des von Art. 6 EMRK geforderten «fair trial».

### II. Strafprozessordnung

Auf die einschlägigen Regeln in der StPO kommen wir nachfolgend noch im Detail zu sprechen.

### III. Zivilrechtliche Normen

Die Zivilansprüche werden nach dem anwendbaren materiellen Zivilrecht beurteilt. Es wird sich regelmässig um Normen über unerlaubte Handlungen handeln<sup>6</sup>, einschliesslich Verletzung der Persönlichkeit<sup>7</sup>. In der Sache geht es hauptsächlich um Forderungen auf *Schadenersatz* und *Genugtuung*. Weitere zivilrechtliche Normen können je nach Fall zur Anwendung kommen, z.B. jene zur Verjährung bzw. Unterbrechung der Verjährung durch Prozesshandlungen<sup>8</sup>.

Ob auch Forderungen aus Vertragsverletzung, ungerechtfertigter Bereicherung oder aus dinglichen Rechten (Rückgabe von Sachen) in den Anwendungsbereich der Adhäsionsklage fallen, lässt sich mangels publizierter Entscheide nicht mit Sicherheit sagen. Bleibt man im Rahmen der Vorgabe von Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO («privatrechtliche Ansprüche [...], die aus der Straftat abgeleitet werden») und von Art. 122 Abs. 1 StPO («zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat»), d.h. bei der entsprechenden Konnexität, spricht vom Grundsatz her nichts dagegen.

Was den Schadenersatz anbelangt, wird hinsichtlich der *Höhe des Schadens* regelmässig die Bestimmung von *Art. 42 Abs. 2 OR* von erheblicher Bedeutung sein, die *richterliche Schadensschätzung*. Diese Norm ist ebenfalls ausserhalb von Art. 41 ff. OR anwendbar. Trotz der Möglichkeit

richterlicher Schadensschätzung darf die Zivilklägerschaft nicht untätig bleiben, sondern hat auch im Anwendungsbereich dieser Norm das Zumutbare vorzukehren, um dem Gericht die Beurteilungsgrundlagen zu liefern und die Schadensschätzung zu erleichtern; die zumutbare Substanziierung wird der Klägerschaft nicht abgenommen. Das Bundesgericht hat zudem festgehalten, es gehe nicht an, der richterlichen Schadensschätzung auszuweichen und nur auf Feststellung der grundsätzlichen Haftung zu klagen, bloss weil die Schadensschätzung schwierig sei. Zur Begründung hat das Bundesgericht neben Art. 42 Abs. 2 OR auch auf Art. 46 Abs. 2 OR hingewiesen. Diese Bestimmung gibt dem Gericht die Möglichkeit, das Urteil mit einem Rektifikationsvorbehalt zu versehen, für eine Anpassung innert zweier Jahre ab Urteilstag. Wegen dieses Spielraumes, welchen Art. 42 Abs. 2 OR und Art. 46 Abs. 2 OR bieten, hat das Bundesgericht die Möglichkeit einer *Leistungsklage* trotz noch nicht abschliessend bestimmbareren Schadens bejaht – und mit dieser Begründung die *Feststellungsklage*, mit welcher der Kläger vorerst bloss den Grundsatz der Haftung festgehalten haben wollte, als unzulässig zurückgewiesen<sup>9</sup>; denn bekanntlich fehlt das Interesse an einem Feststellungsbegehren, wenn eine Leistungsklage möglich ist. Ob diese Rechtsprechung auch für die Adhäsionsklage gilt, wird noch näher zu betrachten sein.

### IV. Hinweis zum Opferhilfegesetz: Bestimmungen zur Adhäsionsklage aufgehoben

Die Bestimmungen über die Adhäsionsklage, die im totalrevidierten *Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten* vom 23. März 2007<sup>10</sup> enthalten waren, sind mit Inkrafttreten der Schweizerischen StPO aufgehoben worden.

Das Anliegen des OHG, den *Opfern* von Straftaten gegen Leib und Leben die Verfolgung ihrer Zivilansprüche so leicht wie möglich zu machen, hat sich allerdings in der StPO niedergeschlagen: Mit Rücksicht auf das Interesse der Opfer an einem Entscheid im Zivilpunkt, ohne einen zweiten Prozess anstrengen zu müssen, sieht die StPO in Fällen, in denen Opfer beteiligt sind, anschliessend an die Beurteilung des Schuld- und Strafpunktes vor, dass die *Verfahrensleitung als Einzelgericht* nach einer weiteren Parteiverhandlung die Zivilklage ungeachtet des Streitwerts beurteilt<sup>11</sup>.

### V. Gerichtsstand der Adhäsionsklage

Die *örtliche Zuständigkeit in Zivilsachen bei Binnenverhältnissen* bestimmt sich nach der ZPO<sup>12</sup>. In Art. 39 ZPO ist ausdrücklich die Zuständigkeit

<sup>6</sup> Art. 41 ff. OR; aber auch an Art. 9 UWG oder an Art. 58 ff. SVG ist zu denken.

<sup>7</sup> Art. 28 ff. ZGB, insbesondere Art. 28a Abs. 3 ZGB, Art. Art. 49 OR.

<sup>8</sup> Vgl. hierzu BGE 111 II 59, neue Verjährungsfrist ab Mitteilung Einstellungsverfügung; oder: Die Konstituierung als Partei im Strafprozess unterbricht auch die Verjährung für die Zivilforderung, BGE 124 IV 49; 100 II 339 E. 3; 101 II 77.

<sup>9</sup> Vgl. BGE 125 II 160; 119 II 368 E.2a; 114 II 253.

<sup>10</sup> Opferhilfegesetz, OHG; SR 312.5.

<sup>11</sup> Art. 126 Abs. 4 StPO.

<sup>12</sup> Art. 9 ff. ZPO.

der Strafgerichte «für die Beurteilung adhäsionsweise geltend gemachter Zivilansprüche» vorbehalten.

Adhäsionsweise können nur Zivilansprüche beurteilt werden, die auf dem gleichen Tatbestand beruhen wie die strafrechtliche Verfolgung. Ein verurteilendes Straferkenntnis ist jedoch nicht unbedingt vorausgesetzt, nämlich dann nicht, wenn der Sachverhalt spruchreif ist<sup>13</sup>. Das bedeutet, dass sich die beschuldigte Person im Fall eines Freispruchs den (nach zivilprozessualen Aspekten) «falschen» Gerichtsstand gefallen lassen muss, was aus zivilprozessualer Sicht etwas irritieren mag. Ist allerdings zugleich ein Gerichtsstand nach ZPO, z.B. der Gerichtsstand der zivilrechtlichen unerlaubten Handlung gegeben<sup>14</sup>, ist selbstverständlich nichts einzuwenden, wenn das Strafgericht die Zivilansprüche trotz strafrechtlichen Freispruchs beurteilt.

Im IPRG<sup>15</sup> wird die Adhäsionsklage nicht erwähnt<sup>16</sup>.

Das *Lugano-Übereinkommen*<sup>17</sup> ist auch auf zivilrechtliche Ansprüche anzuwenden, die vor einem Strafgericht geltend gemacht werden; Art. 5 Ziff. 4 LugÜ nennt unter dem Titel «Besondere Zuständigkeiten» ausdrücklich u.a. die Klage auf Schadenersatz aus strafbedrohter Handlung: Hier ist das Strafgericht zuständig, soweit es nach seinem Recht über zivilrechtliche Ansprüche erkennen kann, es gilt also die *lex fori*<sup>18</sup>, somit die StPO mit ihren Bestimmungen zur Adhäsionsklage.

### C. Die Strafprozessordnung als Grundlage des Adhäsionsprozesses

Die Schweizerische Strafprozessordnung enthält im 3. Titel («Parteien und andere Verfahrensbeteiligte», Art. 104 ff. StPO) einerseits spezifische Regeln zur *Privatklägerschaft* (3. Abschnitt: Privatklägerschaft, Art. 118 ff. StPO) und andererseits zur *Zivilklage* (4. Abschnitt: Zivilklage, Art. 122 ff. StPO).

Art. 122 Abs. 1 StPO umschreibt die *Adhäsionsklage* als das Geltendmachen von zivilrechtlichen Ansprüchen «aus der Straftat» im Strafverfahren, während Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO von zivilrechtlichen Ansprüchen, «die aus der Straftat abgeleitet werden (Zivilklage)», spricht.

Als *Privatkläger* legitimiert sind die geschädigte Person und, soweit sie gegenüber der beschuldigten Person eigene Zivilansprüche geltend machen, die Angehörigen des Opfers<sup>19</sup>. Die Konstituierung als Privatklägerschaft kann auch *bloss im Zivilpunkt* erfolgen, spricht doch Art. 119 Abs. 2 StPO

von «kumulativ oder alternativ». Erforderlich ist nach Art. 118 Abs. 1 StPO die ausdrückliche Erklärung der geschädigten Person, sich am Strafverfahren als Zivilklägerin zu beteiligen, wobei der Strafantrag dieser Erklärung gleichgestellt ist.

Die Zivilklage wird mit dieser Erklärung *rechtshängig*<sup>20</sup>. Zieht die Privatklägerschaft ihre Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurück, so kann sie sie gemäss Art. 122 Abs. 4 StPO auf dem Zivilweg erneut geltend machen. Der genannte Abschluss der Hauptverhandlung erfolgt mit den Parteivorträgen nach Abschluss des Beweisverfahrens<sup>21</sup>. Es besteht demnach bis zum Zeitpunkt dieser Parteivorträge *keine Fortführungs- oder Fortsetzungslast* für die Zivilklage.

Immerhin trägt die Privatklägerschaft ein *Kostenrisiko*<sup>22</sup>: Der Privatklägerschaft können die *Verfahrenskosten*, die durch ihre Anträge zum Zivilpunkt verursacht worden sind, auferlegt werden, wenn (a) das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen wird, (b) die Privatklägerschaft die Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurückzieht oder (c) die Zivilklage abgewiesen oder auf den Zivilweg verwiesen wird<sup>23</sup>. Zudem riskiert die Privatklägerschaft einen *Entschädigungsanspruch* der beschuldigten Person<sup>24</sup>.

Nach Art. 123 StPO («Bezifferung und Begründung») ist die in der Zivilklage geltend gemachte Forderung nach Möglichkeit in der Erklärung nach Art. 119 StPO zu *bezeichnen* und, unter Angabe der angerufenen Beweismittel, kurz schriftlich zu *begründen*<sup>25</sup>. Bezifferung und Begründung haben spätestens im Parteivortrag zu erfolgen<sup>26</sup>; mit dem Parteivortrag ist das Stellen und Begründen der Anträge durch die Parteien nach Abschluss des Beweisverfahrens angesprochen<sup>27</sup>.

Der *Entscheid über die Zivilklage* erfolgt gemäss Art. 126 Abs. 1 StPO («Entscheid») nur, wenn das Gericht die beschuldigte Person (a) schuldig spricht, oder aber (b) freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist.

Die Zivilklage wird demgegenüber *auf den Zivilweg verwiesen*, wenn (a) das Strafverfahren eingestellt oder im Strafbefehlsverfahren erledigt wird; (b) die Privatklägerschaft ihre Klage nicht hinreichend begründet oder beziffert hat; (c) (...); (d) die beschuldigte Person freigesprochen wird, der Sachverhalt aber nicht spruchreif ist<sup>28</sup>.

<sup>13</sup> Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO.

<sup>14</sup> Art. 36 ZPO.

<sup>15</sup> SR 291.

<sup>16</sup> Vgl. Art. 129 ff. IRPG.

<sup>17</sup> LugÜ; SR 0.275.11.

<sup>18</sup> Vgl. GERHARD WALTER, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. A., Bern et al. 2012, S. 240.

<sup>19</sup> Art. 122 StPO.

<sup>20</sup> Art. 122 Abs. 3 StPO i.V. mit Art. 118 StPO und Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO.

<sup>21</sup> Siehe Art. 346 u. 347 StPO.

<sup>22</sup> Siehe Art. 416 ff. StPO: Verfahrenskosten, Entschädigung und Genugtuung.

<sup>23</sup> Art. 427 Abs. 1 StPO (Verfahrenskosten).

<sup>24</sup> Art. 432 StPO.

<sup>25</sup> Art. 123 Abs. 1 StPO.

<sup>26</sup> Art. 123 Abs. 2 StPO.

<sup>27</sup> Art. 346 StPO.

<sup>28</sup> Art. 126 Abs. 2 StPO.

Wäre die *vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig*, so kann das Gericht gemäss Art. 126 Abs. 3 StPO die Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen; *Ansprüche von geringer Höhe* beurteilt das Gericht nach Möglichkeit selbst<sup>29</sup>.

In Fällen, in denen *Opfer* beteiligt sind, kann das Gericht vorerst nur den Schuld- und Strafpunkt beurteilen; anschliessend *beurteilt die Verfahrensleitung als Einzelgericht* nach einer weiteren Parteiverhandlung die Zivilklage, ungeachtet des Streitwerts<sup>30</sup>.

Nach Art. 313 StPO («Beweiserhebung im Zusammenhang mit Zivilklagen») *erhebt die Staatsanwaltschaft* die zur Beurteilung der Zivilklage erforderlichen *Beweise*, sofern das Verfahren dadurch nicht wesentlich erweitert oder verzögert wird<sup>31</sup>; sie kann die Erhebung von Beweisen, die in erster Linie der Durchsetzung der Zivilklage dienen, von der Leistung eines *Kostenvorschusses* der Privatklägerschaft abhängig machen<sup>32</sup>.

Nachfolgend soll, ausgehend von den relativ wenigen einschlägigen Bestimmungen der StPO, ohne Anspruch auf Vollständigkeit der Frage nachgegangen werden, ob und welche zivilprozessualen Normen im Adhäsionsprozess zur Anwendung kommen. Findet im Strafprozess ein Zivilprozess nach zivilprozessualen Regeln statt? Kommen im Rahmen der Adhäsionsklage gewisse zivilprozessuale Regeln zumindest analog zur Anwendung?

Hinsichtlich der zivilprozessualen Normen stützen wir uns dabei auf die ebenfalls per 1. Januar 2011 in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung<sup>33</sup>. Diese behält in Art. 39 ZPO bei den Gerichtsständen für Klagen aus unerlaubter Handlung die *Zuständigkeit der Strafgerichte zur Beurteilung adhäsionsweise geltend gemachter Zivilansprüche* ausdrücklich vor. Ansonsten finden sich in der ZPO keine Bestimmungen über die Adhäsionsklage.

#### D. Verhältnis der Strafprozessordnung zur Zivilprozessordnung

Nachdem sowohl die StPO als auch die ZPO Bundesrecht sind<sup>34</sup>, stellen sich bezüglich Regelungskompetenz und Normenhierarchie keine grundsätzlichen Probleme.

Da die Adhäsionsklage im Rahmen eines Strafprozesses beurteilt wird, ist für die Adhäsionsklage in verfahrensrechtlicher Hinsicht *grundsätzlich die Schweizerische Strafprozessordnung massgebend*, mit den vorne im Überblick dargestellten Regeln zur Adhäsionsklage.

<sup>29</sup> Art. 126 Abs. 3 Satz 2 StPO.

<sup>30</sup> Art. 126 Abs. 4 StPO.

<sup>31</sup> Art. 313 Abs. 1 StPO.

<sup>32</sup> Art. 313 Abs. 2 StPO.

<sup>33</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

<sup>34</sup> Siehe Art. 122 Abs. 1 BV für das Zivilprozessrecht, Art. 123 Abs. 1 BV für das Strafprozessrecht.

*bed*, mit den vorne im Überblick dargestellten Regeln zur Adhäsionsklage.

Die StPO verweist nur ganz vereinzelt auf die ZPO, nämlich beim Rechtsmittelrecht<sup>35</sup> und bei der Vollstreckung<sup>36</sup>. Es finden sich in der StPO keine Normen, welche ganz allgemein oder im Einzelfall konkrete Bestimmungen der ZPO als auf die Adhäsionsklage anwendbar erklären würden. Daraus ist wohl zu schliessen, dass sich das Verfahren für die Behandlung und Beurteilung der Adhäsionsklage *grundsätzlich nach strafprozessualen Regeln* richtet<sup>37</sup>.

Sicher ist es grundsätzlich sachgerecht, zivilprozessuale Lösungen zumindest sinngemäss beizuziehen, wenn und soweit das Strafprozessrecht auf Fragen betreffend die Adhäsionsklage keine Antwort gibt. Denn das adhäsionsweise Geltendmachen der Zivilansprüche dient in erster Linie *den Interessen der geschädigten Person*, weshalb diese ihre Interessen, entsprechend den zivilrechtlichen und zivilprozessualen Grundsätzen, primär selber wahrzunehmen hat. An welche zivilprozessualen Grundsätze ist nun hauptsächlich zu denken?

#### E. Zivilprozessuale Regeln

##### I. Dispositionsmaxime

Im Adhäsionsprozess gilt unbestritten der zivilprozessuale Verfügungsgrundsatz, die *Dispositionsmaxime*<sup>38</sup>. Für den Zivilprozess ist diese Maxime in Art. 58 Abs. 1 ZPO statuiert.

Die Dispositionsmaxime gilt aber auch für den Adhäsionsprozess. Solange sich die geschädigte Person am Strafverfahren nicht durch das Geltendmachen einer Zivilforderung beteiligt, liegt keine Zivilklage vor<sup>39</sup>. Nötig ist das Manifestieren des Willens, im Rahmen des Strafprozesses Zivilklage zu erheben. Das Gericht, auch das Strafgericht, macht die Zivilansprüche nicht von Amtes wegen zum Prozessgegenstand, sondern dies ist Sache der geschädigten Person<sup>40</sup>, die auch über einen allfälligen *Verzicht* auf diese Ansprüche entscheidet. Es gilt also der Grundsatz «ne eat iudex

<sup>35</sup> Beschränken sich die Rechtsmittel der Berufung und der Revision auf den Zivilpunkt bzw. auf Zivilansprüche, wird das erstinstanzliche Urteil nur so weit überprüft, als es das Zivilprozessrecht vorsehen würde (Art. 398 Abs. 5 StPO betr. Berufung), bzw. ist die Revision nur zulässig, wenn das Zivilprozessrecht diese gestattet (Art. 410 Abs. 4 StPO).

<sup>36</sup> Vollstreckung nach Massgabe des Zivilprozessrechts und des SchKG, soweit das Urteil Zivilansprüche betrifft (Art. 443 StPO).

<sup>37</sup> So bereits HANS MATTI, Die Zivilklage aus strafbarer Handlungen im erstinstanzlichen Strafverfahren des Kantons Bern, Diss. BE, ASR 69, Bern 1916, S. 97, 98.

<sup>38</sup> THOMAS MAURER, Das bernische Strafverfahren, 2. A., Bern 2003, S. 40, S. 201, S. 465; MATTI, a.a.O., S. 97.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 124 IV 49.

<sup>40</sup> FELIX BOMMER, Offensive Verletztenrechte im Strafprozess, Bern 2006, S. 47.

ultra petita partium»<sup>41</sup>. Damit darf das Gericht auch nicht weniger zusprechen, als die Gegenpartei *anerkannt* hat<sup>42</sup>.

Wie bereits erwähnt, erfolgt die *Konstituierung im Zivilpunkt* gemäss Art. 118 Abs. 1 StPO durch ausdrückliche Erklärung der geschädigten Person, sich am Strafverfahren als Zivilklägerin zu beteiligen. Das Formulieren von *Rechtsbegehren* ist somit in diesem Stadium entbehrlich, ebenso eine explizite *Begründung*, dürfte die Begründung der Zivilansprüche bzw. deren Grundlage in der strafbaren Handlung doch offensichtlich sein.

Ein *Antrag* mit einer rudimentären *Begründung* erscheint aus zivilrechtlicher Sicht allerdings erforderlich, um die *Verjährung* zu unterbrechen; denn hierfür muss der Streitgegenstand bestimmbar sein. Aus zivilprozessualer Sicht ist eine Umschreibung des Streitgegenstandes überdies erwünscht, um die Frage des Eintritts der *Rechtshängigkeit* verlässlich zu beantworten, ist doch ein zweites Verfahren mit dem gleichen *Streitgegenstand* unzulässig<sup>43</sup>.

Folgt man dem Verfügungsgrundsatz, ist auch eine *Teilklage* nach Art. 86 ZPO, vorsorglich mit entsprechendem *Nachklagevorbehalt*, zulässig. Ein Nachklagevorbehalt weist darauf hin, dass der Streitgegenstand im Rahmen des Adhäsionsprozesses begrenzt ist, entbindet aber die Klägerschaft nicht von der Umschreibung des Streitgegenstandes, um den Rahmen der Rechtshängigkeit zu ziehen und später den Umfang der materiellen Rechtskraft zu bestimmen.

## II. Verhandlungsmaxime, Substanziierung der Zivilansprüche

Die ZPO steht auf dem Boden der *Verhandlungsmaxime*<sup>44</sup>, gemildert durch die *gerichtliche Fragepflicht*<sup>45</sup>, und in gewissen Materien – z.T. mit Streitwertgrenze – durchbrochen durch die *Untersuchungsmaxime*<sup>46</sup>, welche Behauptungslast und Bestreitungslast dem Grundsatz nach aufhebt.

Aus der Verhandlungsmaxime ergibt sich, dass grundsätzlich die Klägerschaft die *subjektive Beweislast* oder *Beweisführungslast* trägt. Es ist an ihr, den Nachweis ihrer Ansprüche zu erbringen. Denn nach Art. 8 ZGB hat das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, wer aus ihr Rechte ableitet.

Da die Beurteilung der Adhäsionsklage Teil des Strafprozesses ist, andererseits die Adhäsionsklage als Zivilklage im Interesse der geschädigten

Person liegt, ist unklar, von welchen Grundsätzen der Stoffsammlung im Adhäsionsprozess auszugehen ist.

Unter dem vormaligen kantonalen Recht war weitgehend unbestritten, dass für die adhäsionsweise geltend gemachten Zivilansprüche die *Verhandlungsmaxime* gilt<sup>47</sup>.

Vorab kann schon mal festgehalten werden, dass die Privatkülerschaft als Trittbrettfahrerin hinsichtlich einzelner Tatbestandselemente selbstverständlich von den strafprozessualen Abklärungen profitiert, denn die durch die Strafuntersuchung bzw. den Strafprozess getroffenen tatbestandlichen Feststellungen, welche für den Zivilanspruch relevant sind, sind zur Beurteilung des Zivilanspruchs ohne Weiteres heranzuziehen. Insofern ist die Verhandlungsmaxime jedenfalls durchbrochen. Jedoch dürfte dies hinsichtlich des *Schadens* und insbesondere dessen *Höhe*, und wohl auch betreffend *Kausalität*, nur beschränkt der Fall sein, so dass diese Punkte von der Privatkülerschaft aktive Bemühungen verlangen – einfacher ist es selbstverständlich dann, wenn der Schaden einem klar bestimmbareren Deliktsbetrag entspricht.

Ferner erhebt die *Staatsanwaltschaft* nach Art. 313 StPO («Beweiserhebung im Zusammenhang mit Zivilklagen») die zur Beurteilung der Zivilklage erforderlichen Beweise, sofern das Verfahren dadurch nicht wesentlich erweitert oder verzögert wird<sup>48</sup>. Unter dieser Voraussetzung hat sich die Strafuntersuchung also *von Amtes wegen auf Tatbestandselemente zu erstrecken, welche nur für den Zivilpunkt von Bedeutung* sind. Die Verhandlungsmaxime wird somit auch insoweit durchbrochen; die entsprechenden Lasten der Klägerschaft, also v.a. die Behauptungs- und Beweisführungslast, sind gemildert.

Was die für einen Zuspruch der Zivilklage erforderliche *Schlüssigkeit* und *Begründungsdichte* (Substanziierung) anbelangt, kann ein Abweichen von den Regeln, die sich aus dem materiellen Recht ergeben, nicht gerechtfertigt sein.

Ob, wie es der Verhandlungsmaxime entsprechen würde, auf *Zuständnisse* der beschuldigten Person *hinsichtlich Sachverhalt* unbesehen abgestellt werden kann, ist fraglich. Im Interesse der Konsistenz des Entscheides in strafrechtlicher und in zivilrechtlicher Hinsicht wird vorab die Aktenlage massgebend sein müssen; denn auch dem Zivilgericht ist es trotz Verhandlungsgrundsatz nicht untersagt, von Amtes wegen Beweise zu unstrittigen Tatsachen zu erheben<sup>49</sup>. Umso weniger sollten im Adhäsionsprozess Zugeständnisse einfach zum Nennwert genommen werden.

<sup>41</sup> Vgl. MATTI, a.a.O., S. 97; STAUB, Kommentar, N 5 zu Art. 3 aStrV.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO.

<sup>43</sup> Verbot der doppelten Litispendenz, ne bis in idem; s. Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO.

<sup>44</sup> Art. 55 Abs. 1 ZPO.

<sup>45</sup> Art. 56 ZPO, für das Vereinfachte Verfahren noch speziell Art. 247 Abs. 1 ZPO.

<sup>46</sup> Art. 247 Abs. 2 ZPO, u.a. Mietrecht, Arbeitsvertragsrecht, etc.

<sup>47</sup> Vgl. MAURER, a.a.O., S. 201, S. 465; BOMMER, a.a.O., S. 49; MATTI, a.a.O., S. 98; STAUB, a.a.O., N 9 zu Art. 3 aStrV.

<sup>48</sup> Art. 313 Abs. 1 StPO.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 229 ZPO.

### III. *Eventualmaxime*

*Zeitbestimmungen und Befristungen* zählen zu den unentbehrlichen prozessualen Formen. Unter anderem setzen die Prozessordnungen im Interesse der Konzentration des Verfahrens auch den Parteivorbringen (Tatsachen, Beweismittel) durch die *Eventualmaxime* zeitliche Grenzen<sup>50</sup>.

Die StPO ist hier sehr grosszügig und zieht den zeitlichen Rahmen weit. Sie erlaubt, die Bezifferung und *Begründung* erst und spätestens im *Parteivortrag*, d.h. beim Stellen und Begründen der Anträge durch die Parteien *nach Abschluss des Beweisverfahrens*<sup>51</sup> vorzunehmen.

Die StPO enthält keine Bestimmung wie den seinerzeitigen Art. 107 Abs. 2 StrV-BE: Diese Bestimmung hatte verlangt, dass wer eine Zivilklage einreicht, dem Richter *möglichst frühzeitig die Angaben zu deren Begründung macht und seine Beweismittel nennt*; Ähnliches schrieb Art. 281 Abs. 2 StrV-BE betreffend Beweisanträge und Belege vor.

Indem die StPO die Bezifferung und Begründung spätestens im *Parteivortrag*, d.h. beim Stellen und Begründen der Anträge durch die Parteien *nach Abschluss des Beweisverfahrens* erlaubt, geht die StPO offenbar von der Idealvorstellung aus, es sei nur noch ein Resumée des einschlägigen Sachverhalts zu machen und dieser sei in eine Bezifferung und Begründung zu giessen. Aus praktischer Sicht dürfte deshalb der letzte Moment für ergänzende Sachvorbringen und Beweisanträge im Zivilpunkt zeitlich vorher, d.h. *vor dem Abschluss des Beweisverfahrens*, liegen. Auch die Zivilklägerschaft muss doch ein Interesse an einem möglichst raschen positiven Entscheid haben und dafür besorgt sein, dass die Beweislage bereits bei Abschluss des Beweisverfahrens entsprechend geklärt ist. Somit wird es im besagten Parteivortrag effektiv nur noch darum gehen können, die Sach- und Rechtslage im Sinne eines Schlussplädoyers zusammenfassend darzulegen. Erachtet das Gericht in der Folge die Begründung der Zivilklage als ungenügend für einen zusprechenden Entscheid, wird es die Zivilklage auf den Zivilweg verweisen oder allenfalls bloss einen Grundsatzentscheid fällen<sup>52</sup>.

### IV. *Formulierung der Rechtsbegehren, insbesondere Bezifferung*

Die vorstehenden Ausführungen zur Zeitachse zeigen, dass die Privatkülerschaft der StPO zufolge erst ganz in der Schlussphase des Prozesses *Anträge zur Sache* zu stellen, also *Rechtsbegehren* zu formulieren hat.

Was die *Bezifferung von Forderungen im Rechtsbegehren* anbelangt, hat die ZPO die frühere bernische Praxis zur ZPO-BE, die eher grosszügig

war, verschärft. Die Angabe des Streitwertes im Rechtsbegehren ist grundsätzlich obligatorisch<sup>53</sup>; ausnahmsweise darf das Ergebnis des Beweisverfahrens oder die Auskunftserteilung durch die beklagte Partei abgewartet werden<sup>54</sup>.

Wie bereits bei der *Eventualmaxime* ausgeführt, ist die StPO hinsichtlich *Bezifferung und Begründung* sehr grosszügig, indem diese vorerst bloss «nach Möglichkeit» zu erfolgen haben<sup>55</sup> und noch im Parteivortrag vorgenommen werden dürfen<sup>56</sup>, d.h. beim Stellen und Begründen der Anträge durch die Parteien nach Abschluss des Beweisverfahrens<sup>57</sup>.

Immerhin entfällt im Strafverfahren das Argument, die Angabe des *Streitwertes* sei zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit nötig; der Streitwert bleibt jedoch relevant für die Höhe der Prozesskosten. Bei gerichtlicher Schadensschätzung gemäss Art. 42 Abs. 2 OR kann die (spätere) Bezifferung des Rechtsbegehrens von Bundesrechts wegen bei gegebenen Voraussetzungen sogar ganz entfallen. Es ist aber auch hier angebracht, die eigene Schadensberechnung dem Gericht spätestens anlässlich des Schlussplädoyers vorzutragen.

Die Frage, ob es zulässig ist, im Zivilpunkt bloss ein *Feststellungsbegehren* zu stellen, wird vom Zivilprozessrecht wie folgt beantwortet: Einer Feststellungsklage<sup>58</sup> fehlt das Interesse, wenn auf Leistung geklagt werden kann<sup>59</sup>. Ändert sich nun daran etwas, weil das Strafprozessrecht in Art. 126 Abs. 3 StPO die Möglichkeit vorsieht, den Zivilpunkt bloss dem Grundsatz nach zu beurteilen? Es erscheint logisch: Wenn das Gericht bloss den Grundsatz beurteilen darf, dann muss insofern auch ein auf den Grundsatz beschränkter Feststellungsantrag zulässig sein. Zwingend ist dieser Schluss jedoch keineswegs, kann doch bei der Formulierung des Feststellungsantrags u.U. noch gar nicht mit hinreichender Sicherheit bekannt sein, ob bei vollständiger Beurteilung, wie vom Gesetz vorausgesetzt, unverhältnismässiger Aufwand<sup>60</sup> entstehen würde; dies entscheidet sich vielleicht erst später. Deshalb kann es je nach Situation angebracht sein, ein entsprechendes Feststellungsbegehren zumindest eventualiter zu stellen.

<sup>53</sup> Art. 84 Abs. 2 ZPO.

<sup>54</sup> Art. 85 ZPO.

<sup>55</sup> Art. 123 Abs. 1 StPO.

<sup>56</sup> Art. 123 Abs. 2 StPO.

<sup>57</sup> Art. 346 StPO.

<sup>58</sup> Art. 88 ZPO.

<sup>59</sup> Urteil BGer 4A\_280/2015 E.6.2.2; BGE 135 III 378 E.2.2.

<sup>60</sup> Art. 126 Abs. 3 StPO setzt hierfür voraus, dass die «vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig» wäre.

<sup>50</sup> Art. 153 Abs. 2 ZPO.

<sup>51</sup> Art. 346 StPO.

<sup>52</sup> Art. 126 StPO.

## V. Wahrung des rechtlichen Gehörs, Schriftenwechsel

Neue Vorbringen der Adhäsionsklägerschaft, auch in einem späten Prozessstadium, rufen nach einer Gelegenheit für die Gegenpartei, das rechtliche Gehör wahrzunehmen<sup>61</sup>. Dieses kann mündlich oder schriftlich wahrgenommen werden, wobei die Parteien gleich lange Spiesse haben müssen. Angesichts der Abläufe im Strafprozess erscheint es zwar nicht als grundsätzlich ausgeschlossen, dürfte aber eher unpraktikabel sein, im Zivilpunkt einen (oder gar zwei) förmliche Schriftenwechsel durchzuführen, analog zum Zivilprozess<sup>62</sup>.

Somit ist vom Regelfall der mündlichen Stellungnahme auszugehen, insbesondere wenn die Privatklage erst im Parteivortrag beziffert und mit neuen Vorbringen begründet wird. Allerdings wird es der beschuldigten Person, je nach Umfang der neuen Vorbringen seitens der Klägerschaft, möglicherweise nicht zumutbar sein, ihr rechtliches Gehör quasi aus dem Stand gehörig wahrzunehmen. Diesfalls wäre eine Fristansetzung zur schriftlichen Stellungnahme wohl unumgänglich, mit entsprechenden zeitlichen Konsequenzen für den Verfahrensabschluss.

Allenfalls kann das Dilemma mit einer vorausschauenden Verfahrensleitung, unter Ansetzung von (nicht peremptorischen) Fristen für neue Vorbringen, mit Blick auf die Hauptverhandlung<sup>63</sup>, entschärft werden.

## VI. Beweisführung

Für die *Beweisführung* besteht hinsichtlich der Beweismittel keine Besonderheit, da die StPO grundsätzlich die gleichen Beweismittel kennt wie die ZPO<sup>64</sup>.

Die Adhäsionsklägerschaft wird als Auskunftsperson *einvernommen*<sup>65</sup>.

## F. Rückzug der Zivilklage

Zieht die Privatklägerschaft ihre Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung *zurück*, so kann sie sie auf dem Zivilweg erneut geltend machen<sup>66</sup>. Selbst der *bedingungslose Rückzug* vor Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens hat demnach *keine Abstandsfolge*.

Diese Regelung darf in der Tat *kritisiert* werden, wenn auch nicht primär aus dogmatischen Gründen – oder weil sie der Regelung im Zivilprozessrecht widerspricht, wo der Rückzug in der Regel Abstandsfolge hat<sup>67</sup> –, sondern weil diese Lösung

der Sache (effiziente Erledigung, die letztlich im Interesse beider Parteien und der Gerichtsbarkeit liegt) nicht dient.

## G. Verweisung der Zivilklage ad separatum

Der *Entscheid* über die Zivilklage erfolgt gemäss Art. 126 Abs. 1 StPO («Entscheid») nur, wenn das Gericht die beschuldigte Person (a) *schuldig spricht* oder (b) *freispricht und der Sachverhalt spruchreif* ist.

Die Zivilklage wird demgegenüber gemäss Art. 126 Abs. 2 StPO auf den Zivilweg verwiesen, wenn (a) das Strafverfahren *eingestellt* oder im *Strafbefehlsverfahren* erledigt wird; (b) die Privatklägerschaft ihre Klage *nicht hinreichend begründet oder beziffert* hat; (c) (...); (d) die beschuldigte Person *freigesprochen wird, der Sachverhalt aber nicht spruchreif* ist.

Die vollumfängliche *Verweisung der Zivilklage auf den Zivilweg* ist somit in Art. 126 Abs. 2 StPO namentlich vorgesehen, wenn Ansprüche nicht hinreichend begründet oder beziffert sind (lit. b); bei Freispruch, wenn der Sachverhalt nicht spruchreif ist (lit. d), oder mit andern Worten, wenn das Strafgericht die Klage *mangels hinreichender Grundlagen* nicht beurteilen kann. *Unzureichende Substanziierung* der Adhäsionsklage hat somit zur Folge, dass das Strafgericht den Zivilanspruch vollumfänglich auf den Zivilweg verweist.

Diese Verweisung ad separatum muss auch im Falle (bloss) *unzureichender Substanziierung des Quantitativs* greifen, wo ansich eine Beurteilung dem Grundsatz nach von der Sache her an sich möglich wäre. Denn Art. 126 Abs. 3 StPO setzt für eine solche beschränkte Beurteilung voraus, dass die «vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig» wäre; von einer *unzureichenden Substanziierung des Quantitativs* ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht die Rede. Ob es sinnvoll ist, eine vollumfängliche Verweisung ad separatum zu machen, statt zumindest eine von der Sache her mögliche Beurteilung dem Grundsatz nach vorzunehmen, sei dahingestellt.

Ein solches Vorgehen – Verweisung ad separatum nach Art. 126 Abs. 2 StPO – bei *unzureichender Substanziierung (auch bloss des Quantitativs)* ist jedenfalls nach zivilprozessualen Grundsätzen so oder so nicht angebracht: Grundsätzlich sollte ein vollständiger, abweisender Entscheid über die Zivilklage auch dann erfolgen können, wenn die Privatklägerschaft ihre Ansprüche nicht rechtzeitig und nicht hinreichend substantiiert. D.h. Lücken in der Begründung oder im Nachweis müssten zur *Abweisung der Zivilklage* führen. Denn gemäss zivilprozessualen Regeln gelten auch Sachverhalte als spruchreif, wenn das Verfahren *mangels hinreichender Begründung* auf eine *Klageabweisung* hinausläuft.

Wird diese zivilprozessuale Sichtweise angewandt, wäre im Falle einer *Abweisung der Adhäsionsklage*, auch wenn dies «bloss» wegen man-

<sup>61</sup> Vgl. Art. 29 Abs. 1 u. Abs. 2 BV; Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO; Art. 53 Abs. 1 ZPO.

<sup>62</sup> Vgl. Art. 222 Abs. 1 ZPO, Art. 225 ZPO.

<sup>63</sup> Vgl. Art. 331 StPO.

<sup>64</sup> Vgl. Art. 139 ff. StPO; vgl. Art. 168 ff. ZPO.

<sup>65</sup> Art. 178 lit. a StPO.

<sup>66</sup> Art. 122 Abs. 4 StPO.

<sup>67</sup> Art. 65 ZPO, s. Art. 208 ZPO.

gelder Substanziierung geschieht, eine spätere erneute separate zivilgerichtliche Beurteilung auf nachgebesselter Grundlage nicht mehr zulässig, als Folge der Sperrwirkung der *materiellen Rechtskraft* (res iudicata, ne bis in idem).

Aus zivilprozessualer Sicht wäre es aber auch durchaus denkbar, dass das Strafgericht *vorerst im Strafpunkt urteilt*, und erst *in einer zweiten Etappe*, nach weiteren Beweismassnahmen und Verhandlungen, noch den *Zivilpunkt* – und zwar abschliessend, d.h. auch der Höhe nach – beurteilt, so wie nach Art. 126 Abs. 4 StPO in den Fällen, «in denen Opfer beteiligt sind».

Aus zivilprozessualer Sicht ist schliesslich, bei entsprechendem Parteienantrag, auch die Aufteilung der Zivilforderung im Sinne einer *Teilklage*<sup>68</sup> denkbar, indem das Strafgericht einerseits eine Grundsatzbeurteilung vornehmen und andererseits zugleich den liquiden Teilanspruch sofort abschliessend beurteilen würde.

Die in Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO getroffene Lösung, bei *ungenügender Begründung oder Bezifferung* den Kläger auf den *Zivilweg* zu verweisen, erscheint im Lichte der vorstehenden Überlegungen jedenfalls nicht zielgerichtet. Denn die Justiz wird durch eine abschliessende Beurteilung auch der Zivilansprüche in einem einzigen prozessualen Durchgang – oder zumindest vor dem gleichen Gericht – entlastet, statt dass der Ball bloss an das Zivilgericht weitergegeben und so ein weiterer Prozess nötig wird. Die abschliessende Beurteilung der Zivilansprüche sollte idealerweise die Regel bilden.

## H. Entscheid über den Zivilpunkt dem Grundsatz nach

Vorne wurde bereits auf die Regelung von Art. 126 Abs. 3 StPO hingewiesen, wonach das Gericht die *Zivilklage nur dem Grundsatz nach entscheiden* und sie im Übrigen auf den Zivilweg verweisen kann, wenn die vollständige Beurteilung des Zivilanspruchs unverhältnismässig aufwendig wäre; *Ansprüche von geringer Höhe* beurteilt das Gericht jedoch nach Möglichkeit selbst<sup>69</sup>. Zu beachten ist vorab der Wortlaut, wonach bloss ein *unverhältnismässiger* Aufwand für die Beurteilung dazu führen soll, das Quantitative ad separatum zu verweisen – und nicht bereits der Umstand, dass gewisse weitere Abklärungen nötig wären.

## I. Der anschliessende Zivilprozess

### I. Verfahrenseinleitung

Die Einleitung des Zivilprozesses über das Quantitative vor Zivilgericht erfolgt an sich ganz normal nach den zivilprozessualen Regeln. Selbst wenn die ZPO keine Bestimmung enthält, wonach in

Fällen eines vorangegangenen Adhäsionsprozesses ein zivilprozessuales *Schlichtungsverfahren* entbehrlich wäre<sup>70</sup>, dürfte sich ein solches doch erübrigen, falls bereits im Strafverfahren eine Schlichtung versucht worden war. Ein Zurückgehen auf Feld Eins würde in solchen Fällen wenig Sinn machen.

### II. Gerichtsstand

Auch bei strafrechtlicher Verurteilung wird am Ort der Strafgerichtsbarkeit *nicht per se ein Gerichtsstand für den anschliessenden separaten Zivilprozess* begründet. Mit dem Abschluss des Strafverfahrens, wenn die Zivilklage gänzlich ad separatum verwiesen oder die zivilrechtliche Haftung dem Grundsatz nach festgestellt wurde, ist das akzessorische Verhältnis der Zivilklage zum Strafverfahren beendet, und der Grund für eine Ausnahme gegenüber dem regulären Gerichtsstand ist weggefallen. Auch wenn der nachfolgende Zivilprozess durch das Urteil des Strafgerichts teilweise präjudiziert sein kann, so wird doch ein neuer, selbständiger Zivilprozess eröffnet, in welchem die anwendbaren Gerichtsstandbestimmungen (ZPO, IPRG, LugÜ) zu beachten sind<sup>71</sup>.

### III. Bindung des Zivilgerichts an die strafgerichtliche Beurteilung der Zivilansprüche dem Grundsatz nach

Gemäss Art. 53 OR besteht explizit *keine Bindung des Zivilgerichts* an die Erkenntnisse des (verurteilenden) Strafgerichts punkto Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit, Beurteilung der Schuld und Bestimmung des Schadens; die Freisprechung durch das Strafgericht ist für das Zivilgericht ebenso wenig bindend. Hat das Strafgericht allerdings die Zivilansprüche dem Grundsatz nach beurteilt, dann ist selbstverständlich *das Zivilgericht, das nun noch über das Quantitative zu entscheiden hat, an den strafgerichtlichen Grundsatzentscheid gebunden*. Dies hat nichts zu tun mit Art. 53 Abs. 1 OR, sondern ergibt sich aus den Grundsätzen der materiellen Rechtskraft (res iudicata), ist also Ausfluss der Rechtskraftwirkung («positive Wirkung» oder «Vorfragewirkung» der materiellen Rechtskraft) des strafgerichtlichen Entscheides in diesem konkreten Punkt. Denn das Strafgericht hat eine zivilrechtliche Frage – eben die grundsätzliche Haftung – abschliessend und verbindlich entschieden<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Art. 86 ZPO.

<sup>69</sup> Art. 126 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

<sup>70</sup> Siehe Art. 198 f. ZPO. Gemäss Urteil BGer 5a\_8/2/2014 E.2.1., mit Hinweis auf BGer 4A\_413/2012 ist Art. 198 ZPO abschliessend.

<sup>71</sup> Vgl. BGE 101 Ia 141 ff. zu Art. 59 aBV.

<sup>72</sup> BGE 125 IV 153, 158 E.b.aa; vgl. auch BGE 120 Ia 101, 108.

## J. Schlussfolgerung und Würdigung

Dem zugestandenermassen etwas voreingenommenen Betrachter bietet sich das Bild, dass die StPO dem Anliegen, in einem einzigen Verfahren auch die Zivilansprüche aus der Straftat zu erledigen, sehr wenig Nachdruck verleiht. Die Zivilklägerschaft hat es sogar in der Hand, im letzten Moment durch einen Klagerückzug ohne Abstandsfolge einen negativen Entscheid zu vermeiden.

Immerhin kann das Gericht nach Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO auch bei Freispruch über die Zivilklage entscheiden, was angesichts des akzessorischen Charakters der Adhäsionsklage nicht selbstverständlich ist.

### *Fazit:*

Eine Zivilklägerschaft muss schon fast fahrlässig handeln, um ihre Zivilansprüche vor Strafgericht definitiv zu verlieren. Immerhin trägt sie ein *Kostenrisiko*, das ein Korrektiv gegen unsorgfältiges Prozessieren darstellt.

Auch wenn im Rahmen des Strafprozesses adhäsionsweise Zivilansprüche verfolgt werden können, wäre es doch gewagt zu behaupten, im Strafprozess finde ein Zivilprozess statt: Im Adhäsionsprozess kommen kaum zivilprozessuale Regeln zur Anwendung. Dabei könnte gerade deren (analoge) Anwendung zur effizienten Erledigung der Zivilansprüche beitragen. Aber die StPO will es offensichtlich anders.



## Youth N'ius

Wir, Fatos Ilhan (17) und Rita Krähenbühl (16), sind zwei Lernende des Regionalgerichts Bern-Mittelland und absolvieren hier unsere 3-jährige Lehre als Kauffrau/Kaufmann. Momentan befinden wir uns beide im 2. Lehrjahr. Insgesamt sind wir in der Kanzlei neun Lernende.

Als wir erfuhren, dass wir die Lehrstelle bekommen, waren wir sehr glücklich, da das Regionalgericht Bern-Mittelland ein guter und abwechslungsreicher Lehrbetrieb ist.

Am ersten Tag waren alle Lernenden sehr aus dem Häuschen, da alles ganz neu und fremd war. Doch je öfters man täglich arbeitet, desto besser lernt man die Mitarbeitenden und die anderen Lernenden kennen, wodurch man sich von Tag zu Tag wohler fühlt. Ganz zu Beginn sass man vor dem Computer und dachte sich: «Wie soll ich das alles nur können?». Aber dank einiger Kurse, die wir besuchten, lernten wir schnell.

Unsere Kanzlei ist in drei verschiedene Teams aufgeteilt:

Die familienrechtlichen Verfahren (FamRe), ordentliche und summarische Verfahren (OV & SV) sowie Verfahren über das Schuldbetreibung- und Konkursgesetz (SchKG). Jedes Jahr wechseln die Lernenden in ein anderes Team. Wir finden es Klasse, dass wir so viel Abwechslung haben und uns dadurch viel Wissen aneignen können. Unser Lehrbetrieb arbeitet mit vielen verschiedenen Ämtern zusammen, wie zum Beispiel dem Konkursamt, dem Grundbuchamt oder mit anderen Ämtern und Gerichten. Auch dies schätzen wir.

Zu unseren täglichen Arbeiten gehören z.B. Dossiers erfassen, Briefe schreiben und verschicken und vieles mehr. Natürlich gibt es Arbeiten, die wir lieber machen und solche, die uns weniger Freude bereiten.

Einmal in der Woche dürfen wir Lernenden am Empfang arbeiten. Das gefällt uns sehr, weil es eine gute Abwechslung ist, da wir persönlich mit den Kunden Kontakt haben. Auch wenn dies nicht immer ganz einfach ist. Hier ist es besonders wichtig, dass man auf den Datenschutz achtet und dass man höflich ist.

Es ist immer ein High-Light, wenn man von der Praxisbildnerin ein Kompliment für erledigte Arbeit bekommt. Denn dies motiviert uns sehr. Die verschiedenen Anlässe, die wir im Sommer und im Winter durchführen, finden wir auch ganz toll. Beispielsweise das Winteressen, Skifahren und im Sommer eine schöne Wanderung mit anschließendem Essen. Jedes Jahr wird etwas anderes geplant. Es ist sehr toll, da man die Leute auch mal ausserhalb des Büros sieht und man sie dadurch noch besser kennen lernt.

Tiefpunkte gibt es natürlich auch. An manchen Tagen ist man nicht konzentriert und es passieren dumme Fehler, die man vermeiden könnte. Aber das gehört natürlich auch zur Lehre dazu. Fehler darf ja jeder machen.

Im Grossen und Ganzen gefällt es uns hier sehr und wir würden unseren Lehrbetrieb nur weiterempfehlen.

# Publikationen aus unseren Reihen

## Publications émanant de membres de la justice bernoise

Lesenswerte Fachliteratur wurde und wird von unseren Kolleginnen und Kollegen auch seit Jahresbeginn wieder in allen drei Sparten, Straf-, Verwaltungs- und Zivilrecht, geboten. Hier die konkreten Hinweise darauf:

### Aus dem Strafrecht:

RAPHAËL ARN, Staatsanwalt bei der regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura – Seeland, veröffentlichte just im Oktober 2015 zusammen mit Sylvain Gischiq von der Kantonspolizei Genf im Rechtsteil der interdisziplinären Zeitschrift Strassenverkehr / Circulation routière einen spannenden Artikel zum Thema «Vol de véhicules: quand la technologie se met au service des voleurs»<sup>1</sup>.

IRMA JAGGI, Staatsanwältin bei der regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, hat sich mit einem Urteil der zweiten Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zu der Frage, ob die Anklageschrift im abgekürzten Verfahren noch abgeändert werden kann und inwieweit sich eine falsche Belehrung des Gerichts auf die Berufungsmöglichkeit der beschuldigten Person auswirkt, auseinandergesetzt. Ihre aufschlussreichen Bemerkungen dazu lassen sich in der Zeitschrift *forumpoenale* nachlesen<sup>2</sup>.

MARKO CESAROV, Staatsanwalt bei der regionalen Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland, wird demnächst auch in der Zeitschrift *forumpoenale* publizieren – dies im neuen Jahr und zwar in einem Aufsatz mit dem Titel «Zur Gesamtstrafenbildung nach der konkreten Methode»<sup>3</sup>.

### Aus dem Verwaltungsrecht:

THOMAS ACKERMANN, Richter an der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, hat einen instruktiven Beitrag für die BVR vorgelegt; er trägt den Titel «Abriss über den Sozialversicherungsprozess im Kanton Bern»<sup>4</sup>.

### Aus dem Zivilrecht:

MANUELA MOSIMANN, Gerichtsschreiberin an der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern, hat ihre lesenswerte Abschlussarbeit im Lehrgang CAS Judikative zum Thema «Richter als Gutachter? Die Offenlegung des gerichtseigenen Fachwissens nach Art. 183 Abs. 3 ZPO» geschrieben und bereits schon im Jusletter vom 19.01.2015 publizieren lassen – die entsprechende Erwähnung ging im Heft 16 vom Frühjahr leider vergessen, wofür ich mich in aller Form bei der Autorin und der Leserschaft entschuldige<sup>5</sup>.

THOMAS PERLER

<sup>1</sup> RAPHAËL ARN, Vol de véhicules: quand la technologie se met au service des voleurs, in: Zeitschrift Strassenverkehr / Circulation routière 2/2015, S. 59 ff.

<sup>2</sup> IRMA JAGGI, Besprechung des Urteils des Obergerichts Zürich, II. Strafkammer, vom 23.01.15, i.S. A. gegen StA Zürich-Sihl – SA140001, in: *forumpoenale*, 4/2015, S. 219 ff.

<sup>3</sup> MARKO CESAROV, Zur Gesamtstrafenbildung nach der konkreten Methode, in: *forumpoenale*, 2/2016.

<sup>4</sup> THOMAS ACKERMANN, Abriss über den Sozialversicherungsprozess im Kanton Bern, in: BVR 2015, S. 363 ff.

<sup>5</sup> MANUELA MOSIMANN, Richter als Gutachter? Die Offenlegung des gerichtseigenen Fachwissens nach Art. 183 Abs. 3 ZPO, in: Jusletter vom 19. Januar 2015.



# Lösung Kreuzworträtsel

