



N'ius

Neues aus der Berner Justiz
Nouvelles de la Justice bernoise

Heft 24 – Juli 2019
24^e livraison – juillet 2019

Herausgeberin:

Weiterbildungskommission der Berner Justiz

Edition:

Commission pour la formation continue
de la justice bernoise

Christoph Hurni, Oberrichter, Vorsitz

Ronnie Bettler, Gerichtspräsident

Manuel Blaser, Gerichtspräsident

Marko Cesarov, Staatsanwalt

Evelyne Halder, Gerichtsschreiberin

Christoph Hurni, Oberrichter

Christian Josi, Oberrichter

Peter M. Keller, Verwaltungsrichter

Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin

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

Marguerite Ndiaye, Gerichtsschreiberin

Daniel Peier, Justizinspektor

Thomas Perler, Staatsanwalt

Christof Scheurer, Stv. Generalstaatsanwalt

Samuel Schmid, Oberrichter

Sekretariat/secrétariat:

Jana Kunz, Obergericht des Kantons Bern,

Hochschulstrasse 17, 3012 Bern

(031 636 76 42, weiterbildung.og@justice.be.ch)

Redaktor/rédacteur BE N'ius:

Thomas Perler, Staatsanwalt, Amthaus, 3011 Bern

(thomas.perler@justice.be.ch)

Inhaltsübersicht • Table des matières

- 3** Die Ecke des Redaktors
Le coin du rédacteur
- 6** Kursprogramm 2019
Programme des cours 2019
- 14** Neues aus dem Bundeshaus
Des nouvelles des autorités fédérales
- 18** Andreas Eicker
Electronic Monitoring im Ersatzmassnahmenrecht und dessen Akzessorietät zum Haftrecht
- 25** Robert Karpf
Elektronische Überwachung im Strafvollzug: machbar – sinnvoll – effizient?
- 27** Manus Widmer
Die Einführung der Figur des «Quasi-Zeugen» und damit verbundene Probleme
- 38** Basrie Sakiri-Murati
«Bleibende Spuren» – Mein Weg vom Kosovo in die Schweiz
- 41** Michel-André Fels
Die Empfehlungen in der Strafrechtspflege: politische Ärgernisse oder notwendige Instrumente der Rechtssicherheit?
- 46** Thomas Ackermann
Crash-Kurs Invalidenversicherung
- 49** Monika Gygax-Böniger
Rede zum Abschied von Obergerichtspräsident Stephan Stucki vor der Justizkommission des Grossen Rates
- 50** Patrizia Aeby
Pilotprojekt Jobrotation für Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sowie Juristische Sekretärinnen und Juristische Sekretäre erfolgreich!
Succès du projet pilote rotation des postes de greffiers et greffières ainsi que de secrétaires juridiques!
- 52** Publikationen aus unseren Reihen
Publications émanant de membres de la justice bernoise



Die Ecke des Redaktors

Le coin du rédacteur

Liebe Kolleginnen und Kollegen
Liebe Leserinnen und Leser

Chères Collègues, chers Collègues
Chères Lectrices, chers Lecteurs,

Ich bin ein schlechter Mensch. Für einige von Ihnen ist das nicht neu, andere werden es sich schon gedacht haben. Und es ist keine Selbsteinsicht, die mir einfach so über Nacht gekommen wäre oder schon längere Zeit in mir geschwärt hätte, nein, die kürzlich mit überschlagenen Beinen im Sonntagmorgensessel zu mir genommene Lektüre des «Magazins» hat mir meine Schlechtigkeit erst so richtig offen gelegt. Diese Schlechtigkeit bezieht sich denn auch nicht auf meine schwarze Seele überhaupt, der die Angst vor dem Höllenfeuer längst zur Gewohnheit geworden ist, nein, es geht hier vorab einmal nur um einen Teil von mir: Um meinen ökologischen Fussabdruck nämlich. Die unter der Aufforderung «Tun Sie was» gehaltene Anleitung von A bis Z zur Rettung der Welt hat mir in aller Deutlichkeit vor Augen geführt, dass ich von A bis Z bei mehreren Kriterien mit meiner Bilanz schlecht, ja sehr schlecht dastehe und es für mich noch viel zu tun gibt, will ich die ökologische Hölle doch noch vermeiden, oder das Risiko für mich doch zumindest in Richtung Fegefeuer optimieren.

Ich erspare Ihnen das ABC meiner ökologischen Unzulänglichkeit in seinem ganzen Umfang und beschränke mich auf ein paar Punkte, die mir doch sehr zu denken gegeben haben. Da ist einmal A wie Autofahren. Wäre bei mir weitgehend unnötig – zugegeben. Gerade die Fahrten fürs Einkaufen und die Wochenendfamilienbesuche im Freiburgischen schenken ein; also ab sofort mehr Fahrrad oder ÖV benutzen! B wie Balkon und Begrünen: So karg an lebendigem Grün wie auf meinem Balkon wird es kaum irgendwo auf einer Terrasse in der Stadt Bern sein; und auch wenn solche Ödnis bei der Abwesenheit jeglichen Grüns in meinen Daumen nur logisch ist: Den Balkon üppig bepflanzen, das hilft den Bienen und anderen Insekten! F wie Fisch: Ich liebe allen Fisch, ob Lachs, Thunfisch, Hering oder Kabeljau (no greater pleasure than fish & chips!) aber: Mehr als zweimal Fisch im Monat pro Kopf geben unsere Gewässer nicht mehr her! H wie Haustiere: Mein Hund entspricht im Jahr ökologisch einer Autofahrt von 4'000 Kilometern: Wem also Stofftiere kein echter Ersatz sind, sollte den Hund in Wäldern und Naturschutzparks zur Schonung des Ökosystems wenigstens an der Leine führen!

«Je suis une mauvaise personne». Pour certaines et certains d'entre vous, cette pensée n'est peut-être pas nouvelle. En ce qui me concerne, il ne s'agit pas là du résultat d'une introspection nocturne ou d'un sentiment pesant de longue date; non, c'est en lisant le «Magazin» un dimanche matin dans mon fauteuil que ce tourment m'est soudainement apparu. Ce sentiment ne se rapporte pas non plus à mon côté obscur, qui me fait craindre depuis longtemps de brûler dans les feux de l'enfer, mais bien plus à mon empreinte écologique. Sous l'égide du titre «Faites quelque chose», le mode d'emploi de A à Z pour sauver le monde qui était décrit dans les colonnes de ce magazine m'a fait me rendre à l'évidence que mon bilan écologique de A à Z était mauvais, voire très mauvais sur certains points, et qu'il me restait encore beaucoup à faire pour éviter quand même l'enfer écologique, ou pour au moins diminuer les risques de manière à me limiter au purgatoire.

Je vous épargnerai l'ABC de toutes mes insuffisances écologiques et me limiterai à certains aspects qui m'ont laissé songeur. Tout d'abord, A comme automobile. Je reconnais que ce véhicule serait pour moi en grande partie superflu. En particulier pour aller faire mes achats ou des visites familiales en fin de semaine dans le canton de Fribourg. Donc, dès à présent, utilisons beaucoup plus le vélo et les transports publics. B comme balcon fleuri: je vous mets au défi de trouver dans tout Berne une terrasse plus aride que mon balcon; honte à moi, car même si je n'ai pas le doigt vert, quelques plantes sur le balcon soutiennent les abeilles et autres insectes! C comme café: la boisson qui a la plus grande empreinte écologique!

Une tasse de café correspond à un trajet en automobile d'un kilomètre. Si l'on considère que mon chien (D comme animal domestique) équivaut écologiquement en une année à un trajet automobile de 4'000 kilomètres, ma ration quotidienne normale de café correspond donc à une journée en compagnie de deux chiens! Conclusions: buvons du thé au lieu de café et, à ceux pour qui des animaux en peluche ne suffisent pas, tenons au moins notre chien en laisse pour protéger l'écosystème lors de nos ballades en forêt et dans les parcs naturels!

K wie Kaffee: Das Getränk mit dem grössten ökologischen Fussabdruck überhaupt. Eine Tasse davon entspricht einer Autofahrt von 1km, meine übliche Tagesration Kaffee entspricht also einem Tag mit zwei Hunden, also: Tea with sugar and milk, please! M wie Männer: Männer in Single-Haushalten verbrauchen 25% mehr Strom als Frauen, sie recyceln weniger und essen wesentlich mehr Fleisch: Was ich an diesem Kriterium ändern soll, weiss ich noch gerade nicht – ich arbeite aber irgendwie dran! W wie Wein: Der ist fast so schlimm wie Kaffee. Die Pilzanfälligkeit der Reben erfordert zu viel Fungizide – die Ökoweine seien da nicht besser, heisst es, weil dort Kupfer eingesetzt werde, ein Schwermetall, das für den Boden jetzt auch nicht gerade ideal ist: Bier passt eh besser zu fish & chips! Z wie Ziele setzen: Die eingangs erwähnte Lektüre deckt also die eigene Schlechtigkeit von A bis Z auf, lässt einen aber am Schluss auch nicht einfach hoffnungslos zurück. Sie konzidiert mir, dass es nicht simpel ist, sein Leben zu ändern und dass man erst mal dort anfangen soll, wo's am wenigsten weh tut. Man setze sich ein Ziel, fleischlos die eine, autofrei die andere Woche, ein Jahr ohne flugtechnisches Abheben und schon tut man etwas gegen die eigene Schlechtigkeit und etwas für unsere Umwelt, überhaupt für unsere Welt.

Auch etwas für unsere Welt – jedenfalls für unsere kleine Welt der Berner Justiz – tun in der Folge auch wieder einige Autorinnen und Autoren, die da sind:

Michel André Fels, unser Generalprokurator. Er setzt sich in einem Artikel, der auch in LeGes 29 (2018) 3 (ISSN 2624-5477) veröffentlicht wurde, mit kritischen, im Resultat aber doch wohlwollenden Gedanken mit den Empfehlungen in der Strafrechtspflege auseinander, die den im Strafrecht Tätigen oft genug durch den Kerngeschäftsalltag helfen. Basrie Sakiri, die für die Staatsanwaltschaften und Gerichte regelmässig als Übersetzerin im Einsatz ist, hat ihre eigene Exodusgeschichte vom Kosovo in die Schweiz in einem Buch mit dem Titel «Bleibende Spuren» aufgearbeitet – eine überaus beeindruckende, spannende und auch erschütternde Geschichte, brandneu erschienen am 30.04.19 im Rotpunktverlag Zürich (ISBN 978-3-85869-823-0 und auch als E-Book erhältlich). Frau Sakiri hat mir freundlicherweise die Kommentare des Verlags über die Autorin und ihr Buch überlassen und uns ein eigenes Nachwort dazu und zu ihrer Arbeit als Übersetzerin verfasst. Manus Widmer, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte, gibt uns Einblick in seinen sehr lesenswerten Text, den er als schriftliche Arbeit im Rahmen des Zertifikatsstudienganges «Judikative» 2017–2018 verfasst hat; er äussert sich darin zur Rolle der Auskunftsperson, die nach Bundesgericht nicht mehr recht eine solche sein will, sondern eher nach Quasizeuge aussieht.

H comme hommes: les hommes célibataires utilisent 25% de plus d'électricité, recyclent moins leurs déchets et mangent notablement plus de viande que les femmes – je me creuse la tête pour savoir comment modifier cette proportion! V comme vin: ce produit est presque aussi néfaste que le café. La sensibilité des vignes aux champignons nécessite trop de fongicides, et il paraît que les vins bios ne sont pas meilleurs, car on utilise du cuivre pour les protéger, un métal lourd qui n'est pas vraiment idéal pour le sol. Et de toute manière, la bière est bien meilleure que le vin pour accompagner le fish and chips! O comme objectifs, qu'il convient de fixer! La lecture de l'article précité a mis en évidence mes déficiences de A à Z, mais m'a tout de même laissé de l'espoir, car son auteur concède qu'il n'est pas facile de changer son mode de vie et qu'il faut commencer par ce qui est le plus simple et où ça fait le moins mal. On se fixera donc comme objectif de manger sans viande pendant une semaine, de se déplacer sans automobile la semaine suivante et de renoncer à prendre l'avion pendant toute une année. Ainsi, on aura déjà contribué à diminuer ses propres carences et à faire quelque chose pour l'environnement et pour un monde meilleur.

Pour le surplus, quelques rédactrices et rédacteurs contribuent aussi dans les pages qui suivent à faire évoluer le monde – à tout le moins le petit monde de la justice bernoise.

Il s'agit tout d'abord de Michel André Fels, notre procureur général. Dans un article publié aussi dans LeGes 29 (2018) 3 (ISSN 2624-5477), il s'exprime de manière critique, mais aussi bienveillante sur les recommandations relatives à la procédure pénale qui guident souvent les spécialistes de ce domaine dans leur travail quotidien. Basrie Sakiri, qui officie régulièrement comme traductrice et interprète auprès du Ministère public et des tribunaux, a publié sa propre expérience de l'exode du Kosovo vers la Suisse dans un livre intitulé «Bleibende Spuren» – une biographie très impressionnante, captivante et bouleversante, qui vient de paraître le 30 avril 2019 aux éditions Rotpunktverlag à Zurich (ISBN 978-3-85869-823-0, aussi disponible comme e-book). Mme Sakiri m'a aimablement mis à disposition les commentaires de l'éditeur sur l'auteure et son livre, ainsi qu'une postface qu'elle a écrite sur ce sujet et sur son travail de traductrice et interprète. Manus Widmer, procureur au Ministère public chargé de la poursuite des infractions économiques, nous offre quant à lui un aperçu du texte éloquent qu'il a rédigé en tant que travail écrit dans le cadre du CAS en magistrature 2017-2018; il décrit la position de la personne appelée à donner des renseignements, que le Tribunal fédéral ne considère plus vraiment comme telle, mais bien plutôt comme un quasi-témoin.

Verwaltungsrichter Thomas Ackermann liefert uns einmal mehr einen seiner wertvollen Crash-Kurse – diesmal in Sachen Invalidenversicherung – mundgerecht parat gemacht gerade für alle die, welche sich die Grundpfeiler der ersten Säule wieder mal vor Augen führen wollen. Dann stellen uns zwei Spezialisten, welche im Rahmen des Weiterbildungskurses «Electronic Monitoring bei Ersatzmassnahmen – Anordnung und Durchführung» vom 10.04.19 bereits entsprechende Referate hielten, ihre spannenden Ausführungen zum Einsatz dieser Technik auch noch in Schriftform zur Nachlese zur Verfügung: Professor Andreas Eicker von der Uni Luzern und Robert Karpf vom BVD. Patrizia Aeby vom HR stellt uns das im 2018 durchgeführte Pilotprojekt Jobrotation für Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sowie Juristische Sekretärinnen und Juristische Sekretäre vor. Und schliesslich hat uns Frau Grossrätin Monika Gygax ihre Abschiedsrede für den im Dezember verabschiedeten Obergerichtspräsidenten Stephan Stucki in der berndeutschen Originalversion überlassen und spricht dabei wahre Worte, denen man sich gerne anschliesst. Ohne eigene hier abgedruckte Abschiedsrede, aber nicht mit minder viel Dank und Bedauern hat unsere Kommission auch schon im Dezember 2018 von unserer Kommissionspräsidentin Abschied genommen: Annemarie Hubschmid Volz, die nun seit Jahresbeginn das Obergericht präsidiert, herzlichen Glückwunsch im Nachhinein!

Bei soviel literarischem Zunder droht nun bei der Lektüre von BE N'ius kein Fegefeuer, aber höllisches Lesevergnügen ...

THOMAS PERLER

Thomas Ackermann, juge administratif, nous propose pour sa part à nouveau un de ses fameux cours fondamentaux, traitant cette fois-ci de l'assurance-invalidité, apprêtée délicieusement pour celles et ceux qui désirent se familiariser avec les bases du premier pilier. Par ailleurs, deux spécialistes qui ont déjà présenté leurs exposés au cours «Surveillance électronique dans le cadre de mesures de substitution – prononcé et exécution» tenu le 10 avril 2019 nous proposent ici leurs textes passionnants concernant l'exploitation de cette technique: Andreas Eicker, professeur à l'université de Lucerne, et Robert Karpf, du Service de probation et d'exécution des sanctions pénales de l'Office de l'exécution judiciaire du canton de Berne. Patrizia Aeby, du service des ressources humaines de la Direction de la magistrature, nous présente le projet-pilote de rotation de postes de travail effectué en 2018 au sein des greffières et greffiers ainsi que des secrétaires-juristes. Et enfin, Monika Gygax, députée, a mis à notre disposition, dans sa version originale en berndeutsch, son discours d'adieux à Stephan Stucki, ancien président de la Cour suprême; elle s'y exprime en des termes chaleureux auxquels on ne peut que se rallier. De son côté, notre Commission pour la formation continue de la justice bernoise a déjà pris congé en décembre 2018 de sa présidente Annemarie Hubschmid Volz en lui adressant également ses chaleureux remerciements; nous la félicitons encore après-coup pour son élection à la présidence de la Cour suprême, fonction qu'elle occupe désormais depuis le début de cette année!

Avec tout ce combustible littéraire, gageons que la lecture de BE N'ius ne conduise pas au purgatoire, mais nous procure un plaisir d'enfer ...

THOMAS PERLER

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



Kursprogramm 2019

Kursanmeldungen 2019

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

Kursanmeldungen für die Kurse des Jahres 2019 werden **ausschliesslich** elektronisch über folgenden Link entgegen genommen:
www.be.ch/lernplattform

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

Anschliessend wird ein Zugang zur Lernplattform erteilt.

Programme des cours 2019

Inscription aux cours 2019

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

Dorénavant, les inscriptions aux cours pour l'année 2019 s'effectueront uniquement de manière électronique à partir du lien suivant www.be.ch/plateforme-de-formation

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

Un accès à la plateforme leur sera ensuite communiqué.

Kurs 9**Die materielle Prozessleitung von Zivilverfahren**

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

Thema der Veranstaltung werden verschiedene Fragen der materiellen Prozessleitung (Behauptungs- und Substantiierungslast, gerichtliche Fragepflicht, Novenrecht, usw.) sein.

Der Fokus wird dabei auf der erstinstanzlichen Prozessleitung liegen.

Kursleitung:

Manuel Blaser, Gerichtspräsident

Referierende:

Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, Rechtsanwalt bei Bratschi AG

PD Dr. Christoph Hurni, Oberrichter

Dr. Christoph Reut, Gerichtsschreiber am Bundesgericht

Danielle Schwendener, Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Berner Jura-Seeland

Dauer:

½ Tag, 13:30 Uhr bis 17:30 Uhr

Termin:

Mittwoch, 4. September 2019

Kursort:

Technische Fachschule Bern, Festsaal (Raum LOH 205), Lorrainestrasse 3, 3013 Bern

Kurskosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

Anmeldefrist:

Mittwoch, 28. August 2019

Cours 9**La conduite matérielle du procès civil**

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

Dans le cadre de ce cours plusieurs questions sur la conduite matérielle du procès (fardeau de l'allégation et de la «substantification», le devoir d'interpellation du juge, les novas etc.) seront prises en compte.

L'accent sera mis sur la conduite du procès de première instance.

Direction du cours:

Manuel Blaser, président du Tribunal regional

Conférenciers:

Prof. Dr. Jürgen Brönnimann, avocat, associé auprès de Bratschi AG

PD Dr. Christoph Hurni, Juge d'appel

Dr. Christoph Reut, greffier au Tribunal fédéral

Danielle Schwendener, présidente du Tribunal régional du Jura bernois-Seeland

Durée:

½ journée, 13.30 – 17.30 heures

Date:

Mercredi, 4 septembre 2019

Lieu:

Technische Fachschule Bern, Festsaal (salle LOH 205), Lorrainestrasse 3, 3013 Bern

Coût:

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

Inscription:

Mercredi, 28 août 2019



Kurs 10**Unterhaltsberechnungen
mit Excel**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz.

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

Kursleitung:

Christoph Hurni, Oberrichter

Referierende:

Daniel Bähler, Oberrichter

Dauer:

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

Termin:

Mittwoch, 25. September 2019

Kursort:

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

Anmeldefrist:

Mittwoch, 18. September 2019

Die Teilnehmerzahl ist auf **36 Personen**
beschränkt (first come, first served).

Cours 10**Calcul des contributions
d'entretien avec Excel**

Ouvert aux membres de la justice bernoise.

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

Direction du cours:

Christoph Hurni, Juge d'appel

Conférenciers:

Daniel Bähler, Juge d'appel

Durée:

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

Date:

Mercredi, 25 septembre 2019

Lieu:

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

Inscription:

Mercredi, 18 septembre 2019

Le nombre de participants est limité à **36 personnes**
(first come, first served).

Neu Kurs 11

Die schwere psychische Störung

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

Die schwere psychische Störung – ein Buch mit sieben Siegeln? Wie wird die schwere psychische Störung aus medizinischer und juristischer Sicht beschrieben, worin bestehen die Unterschiede der beiden Sichtweisen und welche Schlussfolgerungen ziehen wir daraus? Über diese und weitere für die Praxis relevanten Fragen wollen wir anlässlich des Kurses diskutieren, wir bekommen dazu Lösungen aus erster Hand präsentiert und werfen bei der Beurteilung der Qualität forensisch-psychiatrischer Gutachten einen Blick über die Landesgrenze hinaus.

Kursleitung:

Annemarie Hubschmid, Oberrichterin

Referierende:

Prof. Dr. med. Michael Liebrecht, Forensisch-Psychiatrischer Dienst, Institut für Rechtsmedizin, Universität Bern

Prof. Dr. Jonas Weber, Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie, Universität Bern

Prof. Dr. med. Kolja Schiltz, Leiter der Abteilung Forensische Psychiatrie, Universität München

Dauer:

½ Tag, 13:30 Uhr bis 17:00 Uhr

Termin:

Donnerstag, 24. Oktober 2019

Kursort:

Amthaus Bern, Assisensaal

Kurskosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

Anmeldefrist:

Donnerstag, 17. Oktober 2019

Nouveau Cours 11

Le grave trouble mental

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

Le trouble psychique grave – une énigme? Comment est décrit le trouble psychique grave d'un point de vue médical et juridique, quelles sont les différences entre les deux points de vue et quelles conséquences peut-on en tirer? Une discussion sur ces questions pertinentes dans la pratique et d'autres encore aura lieu à l'occasion de ce cours, des solutions de première main nous seront présentées et dans le cadre de l'évaluation de la qualité des expertises en psychiatrie forensique, nous jetterons un coup d'oeil à la pratique au-delà des frontières.

Direction du cours:

Annemarie Hubschmid, juge d'appel

Conférenciers:

Prof. Dr. med. Michael Liebrecht, Institut de médecine légale, Université de Berne

Prof. Dr. Jonas Weber, Prof. ordinaire de droit pénal et criminologie, Université de Berne

Prof. Dr. med. Kolja Schiltz, Directeur de la section de psychiatrie forensique, Université de Munich

Durée:

½ journée, 13.30 – 17.00 heures

Date:

jeudi, 24 octobre 2019

Lieu:

Amthaus Berne, salle des assises

Coût:

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

Inscription:

jeudi, 17 octobre 2019

Kurs 12**«Refresher» Finanzielles Rechnungswesen II**

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz.

In diesem Fortsetzungskurs werden zunächst die im ersten Kurs besprochenen Grundlagen des finanziellen Rechnungswesens repetiert, bevor ein Schwerpunkt auf legale und illegale Gewinnsteuerung (Earnings Management) gelegt wird. Es folgt schliesslich eine Einführung in die Geldflussrechnung sowie eine Darstellung der Situationen, welche die Rechtsfolgen von Art. 725 f. OR auslösen. Zum Schluss wird die Berechnung des Einkommens von Selbstständigerwerbenden im familienrechtlichen Kontext besprochen.

Kursleitung:

Christoph Hurni, Oberrichter

Referierende:

Dr. Peter Barmettler, Lehrbeauftragter für Betriebswirtschaftslehre an der ETH Zürich
Daniel Bähler, Oberrichter

Dauer:

Ganzer Tag

Termin:

Donnerstag, 31. Oktober 2019

Kursort:

Uni Bern, Hallerstrasse 6, Raum 205

Anmeldefrist:

Donnerstag, 24. Oktober 2019

Cours 12**Cours de recyclage II en comptabilité et présentation de comptes**

Ouvert aux membres de la justice bernoise.

Ce cours sera d'abord consacré à la répétition des bases de la comptabilité commerciale abordées lors du premier cours, avant de mettre l'accent sur la gestion légale et illégale des revenus (Earnings Management). Une introduction au tableau des flux de trésorerie ainsi que la présentation de situations déclenchant les conséquences légales des art. 725 ss CO seront traitées par la suite. Pour clore, il sera discuté du calcul du revenu d'un indépendant dans le contexte du droit de famille.

Direction du cours:

Christoph Hurni, Juge d'appel

Conférenciers:

Dr Peter Barmettler, chargé de cours en économie d'entreprise à l'EPFZ Zurich
Daniel Bähler, Juge d'appel

Durée:

Une journée

Date:

Jeudi, 31 octobre 2019

Lieu:

Uni Berne, Hallerstrasse 6, salle 205

Inscription:

Jeudi, 24 octobre 2019

Kurs 13**Unentgeltliche Rechtspflege und Prozesskostenvorschuss**

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

Unentgeltliche Rechtspflege und Prozesskostenvorschuss (provisio ad litem) stehen in einem engen Zusammenhang und werfen in der Praxis immer wieder viele Fragen auf. Der Kurs hat zwei Inhalte: Einerseits werden aktuelle Entwicklungen behandelt, andererseits werden praktische Probleme aufgegriffen und Lösungsansätze aufgezeigt.

Die Teilnehmenden sind ausdrücklich eingeladen, dem Kursleiter Fragen aus der Praxis vorweg zukommen zu lassen
(an: ronnie.bettler@justice.be.ch).

Kursleitung:

Ronnie Bettler, Oberrichter

Referierende:

Prof. Dr. Stephan Hartmann, Oberrichter, Obergericht des Kantons Aargau

Dr. Daniel Wuffli, Rechtsanwalt, Zürich, und Ersatzrichter, Obergericht des Kantons Aargau

Dauer:

½ Tag, 13.30 – 17.00 Uhr

Termin:

Dienstag, 19. November 2019

Kursort:

Technische Fachschule Bern, Festsaal (Raum LOH 205), Lorrainestrasse 3, 3013 Bern

Kurskosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

Anmeldefrist:

Dienstag, 12. November 2019

Cours 13**Assistance judiciaire et la provisio ad litem**

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

L'assistance judiciaire et la provisio ad litem sont étroitement liées et soulèvent dans la pratique de nombreuses questions. Le cours a deux composantes : d'une part, les développements actuels seront traités et, d'autre part, les problèmes pratiques seront abordés et des solutions pour y remédier seront proposées.

Les participants sont expressément invités à faire préalablement parvenir leurs questions issues de leur pratique au responsable du cours (à : ronnie.bettler@justice.be.ch).

Direction du cours:

Ronnie Bettler, juge d'appel

Conférenciers:

Prof. Dr. Stephan Hartmann, juge d'appel, Tribunal cantonal du canton d'Argovie

Dr. Daniel Wuffli, avocat, Zurich, et juge suppléant, Tribunal cantonal du canton d'Argovie

Durée:

½ journée, 13.30 – 17.00 heures

Date:

mardi, 19 novembre 2019

Lieu:

Technische Fachschule Bern, Festsaal (salle LOH 205), Lorrainestrasse 3, 3013 Bern

Coût:

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

Inscription:

mardi, 12 novembre 2019

Kurs 14**Weiterbildung im Zivilrecht**

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

Zum Einstieg befassen wir uns mit den revidierten Verjährungsbestimmungen des Zivilrechts, die am 01.01.2020 in Kraft treten werden. Weiter widmen wir uns den Mängelrechten (u.a. im Lichte der SIA-Normen). Gleich wie bei der Auslegung von Gesetzen können sich bei der Auslegung von vertraglichen Bestimmungen schwierige Auslegungsfragen stellen. Gemeinsam entwickelte Richtlinien sollen uns dabei helfen, diese zu beantworten. Weiter stellen wir uns die Frage, welche Schwierigkeiten bei einer Klagehäufung entstehen können und inwiefern sich pragmatischen Lösungsansätze hierfür bieten. Eine Übersicht über die neuste Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht schliesst das Programm ab.

Kursleitung:

Marguerite Ndiaye, a.o. Gerichtspräsidentin

Referierende:

Dr. iur. François Bohnet, LL.M., Anwalt in der Anwaltskanzlei KGG et Associés, Professor an der Universität Neuenburg

Christophe Müller, Professor für Privatrecht, LL.M. (Columbia), Anwalt, FCI Arb, Clare Hall College (Cambridge, UK)

Simon Fluri, MLaw, Anwalt in der Anwaltskanzlei Wenger Plattner, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Lic. iur. Fiechter Jean-Rodolphe, LL.M., Anwalt in der Anwaltskanzlei Kellerhals Carrard, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Dr. iur. Laurent Grobéty, Lektor an der Universität Freiburg

Dauer:

1 Tag, der Kurs findet auf Französisch statt

Termin:

Dienstag, 19. November 2019

Kursort:

Kongresshaus, Biel

Kurskosten:

CHF 200.– für Mitglieder des BAV

Anmeldefrist:

Dienstag, 12. November 2019

Die Teilnehmenden, die sich über das BEN'ius anmelden, werden gebeten, bei der Anmeldung auch anzugeben, ob sie sich für das Mittagessen einschreiben.

Cours 14**Formation en droit civil**

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

Nous aborderons d'une part la thématique de la prescription en matière civile, suite à l'adoption par le législateur, en juin 2018, de nouvelles règles en la matière, qui entreront en vigueur le 01.01.2020. Nous nous intéresserons en outre à la thématique de la garantie pour les défauts, y compris à la lumière des normes SIA. A l'image de la loi, les contrats suscitent des difficultés d'interprétation et nous tenterons de définir les lignes directrices pour y remédier. Nous serons également présentés les principaux problèmes que l'exercice d'un cumul de prétentions peut engendrer et des solutions pragmatiques à ceux-ci seront proposées. Un tour de la jurisprudence récente en matière de CPC sera enfin au programme.

Direction du cours:

Marguerite Ndiaye, Présidente e.o.

Conférenciers:

François Bohnet, Avocat à l'Etude KGG et Associés, LL.M., Dr en droit, Professeur à l'Université de Neuchâtel

Christophe Müller, Professeur de droit privé, LL.M. (Columbia), avocat, FCI Arb, Clare Hall College (Cambridge, UK)

Simon Fluri, MLaw, Avocat à l'Etude Wenger Plattner, Avocat spécialiste FSA droit de la construction et de l'immobilier

Jean-Rodolphe Fiechter, lic. iur., LL.M., Avocat à l'Etude Kellerhals Carrard, Avocat spécialiste FSA droit de la construction et de l'immobilier

Laurent Grobéty, Dr en droit, Lecteur à l'université de Fribourg

Durée:

1 journée, cette journée se déroulera en français

Date:

mardi, 19 novembre 2019

Lieu:

Palais des Congrès, Bienne

Coût:

CHF 200.– pour les membres de l'AAB

Inscription:

mardi, 12 novembre 2019

Les participant(e)s s'inscrivant par le biais du BEN'ius sont prié(e)s de communiquer s'ils/ si elles participent au repas de midi ou non.

Kurs 15**Update Betrug: Von der Last mit der List, oder: Das Neueste zur Arglist, Opfermitverantwortung und weiteren Teilbereichen von Art. 146 StGB**

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

Betrüger sorgen bei ihren Opfern für Ärger, Wut und Trauer. Sie gehen oft mit Einfallsreichtum und Unverfrorenheit vor und nutzen menschliche Schwächen aus: Gierige Menschen sind besonders gefährdet, aber auch naive, schlecht informierte oder vertrauensselige Personen sind oft Opfer. Aber wo fängt der Betrug an und wo haben sich die Opfer den finanziellen Verlust letztlich selbst zuzuschreiben? Was ist schon arglistig und was «nur» listig? Der Kurs will die Teilnehmenden auf den neuesten Stand zur Arglist und zur Opfermitverantwortung bringen. Anhand von Fällen aus der Praxis geben uns anschliessend ein Staatsanwalt und eine Staatsanwältin Hinweise darauf, was bei den Ermittlungen in Betrugssachen alles zu beachten ist. Und ein Anwalt verrät uns, wie man Klienten, die Opfer eines Betrugsdelikts wurden, vor dem Vorwurf der Opfermitverantwortung schützt.

Kursleitung:

Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin Wirtschaftsstrafgericht

Referierende:

Assistenz-Professor Stefan Maeder, Universität Luzern
Rechtsanwalt Roman Richers, Homburger Rechtsanwälte, Zürich
Christoph Wyttenbach, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte
Miriam Hans Staatsanwältin, Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland

Dauer:

½ Tag, 09.00 Uhr bis ca. 12.00 Uhr

Termin:

Dienstag, 3. Dezember 2019

Kursort:

Technische Fachschule Bern, Festsaal (Raum LOH 205), Lorrainestrasse 3, 3013 Bern

Kurskosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

Anmeldefrist:

Dienstag, 26. November 2019

Cours 15**Actualisation escroquerie – du fardeau de la ruse : des nouvelles concernant l'astuce, la coresponsabilité de la victime et autres domaines de l'art. 146 CP**

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

Les escrocs causent du désagrément, de la colère et de la tristesse chez leurs victimes. Ils agissent souvent avec ingéniosité et insolence, ils exploitent les faiblesses humaines: Sont les plus menacées les personnes cupides; mais aussi les personnes naïves, mal informées ou trop confiantes peuvent être trompées facilement. Mais où l'escroquerie commence-t-elle et où les victimes sont-ils eux-mêmes responsables? Qu'est-ce qui est frauduleux et qu'est-ce «seulement» rusé? Ce cours à l'intention de mettre à jour les connaissances des participants concernant l'astuce et la coresponsabilité de la victime. Basé sur des cas pratiques, deux procureurs nous donneront leur avis sur ce qu'il faut respecter en menant des enquêtes concernant les affaires de fraude. Et un avocat nous révélera comment protéger les clients qui sont devenus victimes d'une escroquerie contre le reproche d'avoir été coresponsable du délit.

Direction du cours:

Barbara Lips-Amsler, présidente du tribunal pénal économique

Conférenciers:

Dr. iur. Stefan Maeder, professeur-adjoint à l'université de Lucerne
Me Roman Richers, Homburger Rechtsanwälte, Zurich
Christoph Wyttenbach, procureur auprès du Ministère public du canton de Berne, Criminalité économique
Miriam Hans, procureure auprès du Ministère public Berne-Mittelland

Durée:

½ journée, 9.00 jusqu'à env. 12.00 heures

Date:

mardi 3 décembre 2019

Lieu:

Technische Fachschule Bern, Festsaal (salle LOH 205), Lorrainestrasse 3, 3013 Bern

Coût:

CHF 100.– pour les membres de l'AAB

Inscription:

mardi, 26 novembre 2019

Neues aus dem Bundeshaus

Des nouvelles des autorités fédérales

Strafrecht

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

Das **Bundesgesetz über Geldspiele** vom 29. September 2017 (Geldspielgesetz; BSG) und die dazugehörigen Verordnungen traten am 1. Januar 2019 in Kraft. Mit diesem Gesetz werden neu Online-Spiele wie Poker oder Roulette zugelassen und der Schutz vor Spielsucht wird gestärkt. Der Zugang zu nicht bewilligten Spielangeboten wird gesperrt. Einzelheiten werden in der Geldspielverordnung geregelt. Die Verordnung legt unter anderem die Rahmenbedingungen für kleine Pokerturniere ausserhalb der Spielbanken so fest, dass die Turniere für die Spielerinnen und Spieler zugleich attraktiv und ungefährlich sind. Konkret bedeutet dies, dass das maximale Startgeld CHF 200.– und die maximale Summe der Startgelder CHF 20'000.– beträgt. Weiter bestimmt die Verordnung die maximalen Summen aller Einsätze für Kleinlotterien und Tombolas (sog. Plansummen). Die Plansumme bei Tombolas ist auf CHF 50'000.– festgelegt. Bei Kleinspielen zur Finanzierung einzelner Anlässe von überregionaler Bedeutung ist die Plansumme auf CHF 500'000.– bestimmt. Für den Fall, dass ein Spiel die Kriterien für eine Tombola erfüllt, die Summe aller Einsätze jedoch CHF 50'000.– übersteigt, kann das Spiel als Kleinlotterie durchgeführt werden. Dazu braucht es eine kantonale Bewilligung. Zum Schutz vor Spielsucht und zur Prävention werden nicht nur Casinos, sondern auch Lotteriegesellschaften verpflichtet, spielsüchtige Personen auszuschliessen. Namentlich für den Online-Bereich gibt es konkrete Massnahmen, um die Spielerinnen und Spieler vor den Gefahren des Geldspiels zu schützen. Alsdann hat das EJPD die revidierte Spielbankenverordnung des EJPD und die neue Geldwäschereiverordnung des EJPD auf den 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt. Diese regeln die technischen Aspekte betreffend die Spielbanken bzw. die Sorgfaltspflichten von Veranstalter von Grossspielen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung.

Am 7. April 2019 ist die Referendumsfrist zum **Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen** unbenützt abgelaufen. Folglich kann bei häuslicher Gewalt das Verfahren in Zukunft nicht mehr einfach sistiert werden, wenn das Opfer oder bei Handlungsunfähigkeit desselben, sein gesetzlicher Vertreter um Sistierung des Verfahrens ersucht. Nunmehr muss die Sistierung auch geeignet er-

scheinen, um die Situation des Opfers zu stabilisieren oder zu verbessern. Neu kann die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die beschuldigte Person für die Zeit der Sistierung dazu verpflichten, ein Lernprogramm gegen Gewalt zu besuchen. In diesem Fall orientiert die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die nach kantonalem Recht für Fälle häuslicher Gewalt zuständige Stelle über die getroffenen Massnahmen. Sodann ist künftig die Sistierung nicht zulässig, wenn die beschuldigte Person wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit oder gegen die sexuelle Integrität vorbestraft ist, gegen sie deshalb eine Strafe verhängt oder eine Massnahme angeordnet wurde und sich die strafbare Handlung gegen ein Opfer nach Art. 55a Abs. 1 Bst. a StGB richtete. Die Sistierung ist weiterhin auf sechs Monate befristet. Neu kommt hinzu, dass das Verfahren nicht nur wieder an die Hand genommen wird, wenn das Opfer oder, falls es nicht handlungsfähig ist, sein gesetzlicher Vertreter dies verlangt, sondern auch wenn sich herausstellt, dass die Sistierung die Situation des Opfers weder stabilisiert noch verbessert. Alsdann kommt neu hinzu, dass die Staatsanwaltschaft vor Ende der Sistierung eine Beurteilung vornimmt. Sie verfügt die Einstellung des Verfahrens, wenn sich die Situation des Opfers stabilisiert oder verbessert hat. Wann der revidierte Art. 55a StGB in Kraft treten wird, bestimmt der Bundesrat.

Am 15. September 2017 ist die **Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot»** mit 105'553 gültigen Stimmen eingereicht worden. Die Initiative verlangt, dass schweizweit im öffentlichen Raum und an allen öffentlich zugänglichen Orten niemand mehr sein Gesicht verhüllen darf. Einzig aus Gründen der Sicherheit, Gesundheit, des Klimas und des einheimischen Brauchtums soll dies noch möglich sein, wobei diese Ausnahmen auf Gesetzesstufe konkretisiert werden sollen. Zudem soll niemand gezwungen werden dürfen, sein Gesicht aufgrund seines Geschlechts zu verhüllen. Der Bundesrat lehnt diese Volksinitiative ab. Die Kantone sollen auch künftig selber über solche Verbote entscheiden können. Um jedoch mit gezielten Massnahmen Probleme zu entschärfen, die Gesichtsverhüllungen mit sich bringen können, stellt der Bundesrat der Volksinitiative einen indirekten Gegenvorschlag gegenüber. Dieser sieht eine Regelung auf Gesetzesstufe vor, die verlangt, dass Personen ihr Gesicht zeigen, wenn dies zu Identifizierungszwecken notwendig ist, namentlich in den Bereichen Migration, Zoll, Sozialversicherungen und Personenbeförderung. Da es gemäss Art. 181 StGB bereits heute strafbar ist, jemanden

zu zwingen, das Gesicht zu verhüllen, hat der Bundesrat davon abgesehen, dazu eine zusätzliche Strafbestimmung einzuführen. Die Missachtung einer wiederholten Aufforderung zur Enthüllung des Gesichts soll mit Busse bestraft werden. Die Ergebnisse der Vernehmlassung zum Gegenvorschlag hat der Bundesrat in seiner Sitzung vom 15. März 2019 zur Kenntnis genommen und die entsprechende Botschaft verabschiedet.

Im Bereich der **Schengener Zusammenarbeit in Strafsachen** setzte der Bundesrat am 1. März 2019 **neue Datenschutzbestimmungen** in Kraft. Dadurch erfüllt er die Verpflichtungen der Schweiz bei der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands und ermöglicht auch weiterhin eine effiziente Bekämpfung der internationalen Kriminalität und des Terrorismus. Die neuen Datenschutzbestimmungen regeln insbesondere die Datenbearbeitungen durch die zuständigen Bundesorgane bei der Schengener Zusammenarbeit. Damit wird der Schutz der natürlichen Personen bei der Bearbeitung ihrer persönlichen Daten auch beim internationalen Datenaustausch gestärkt. Derzeit wird zudem die Totalrevision des DSG vom Parlament beraten. Der Datenschutz soll an das Internet-Zeitalter angepasst werden. Ferner soll die Stellung der Bürgerinnen und Bürger gestärkt werden. Durch eine Anpassung der Gesetzgebung an das europäische Recht soll darüber hinaus sichergestellt werden, dass die grenzüberschreitende Datenübermittlung zwischen der Schweiz und den EU-Staaten ohne zusätzliche Hürden möglich bleibt.

Am 1. Januar 2020 werden **das neue Ordnungsbussengesetz (OBG) und die revidierte Ordnungsbussenverordnung (OBV)** in Kraft treten. Ab diesem Zeitpunkt werden neben einfachen Übertretungen des Strassenverkehrsgesetzes auch geringfügige Verstösse gegen andere Gesetze im Ordnungsbussenverfahren sanktioniert. Die maximale Höhe der Busse beträgt CHF 300.–. Da das neue OBG nicht im Einzelnen regelt, welche Verstösse neu nach dem Ordnungsverfahren geahndet werden können, hat der Bundesrat die einzelnen Tatbestände auf Verordnungsstufe und die jeweiligen Bussen in zwei Bussenlisten festgelegt. Betroffen sind einfache Übertretungen von 16 Bundesgesetzen. Der Bundesrat verzichtet infolge der Rückmeldungen aus der Vernehmlassung auf die Einführung des Ordnungsbussenverfahrens für diejenigen Tatbestände, die neben einer strafrechtlichen Busse noch verwaltungsrechtliche Massnahmen wie beispielsweise einen Eintrag im Register, eine Verwarnung, eine Ersatzvornahme, der Entzug einer Bewilligung etc. zur Folge haben. Darunter fallen Verstösse gegen das Waffengesetz oder der Verkauf von Alkohol an Jugendliche unter 16 bzw. 18 Jahre. Mit der Einführung des anonymen Ordnungsbussenverfahrens in diesen Bereichen würden, die für die Sicherheit oft notwendi-

gen verwaltungsrechtlichen Massnahmen vereitelt werden.

Das **Schengener Informationssystem (SIS)** wird weiterentwickelt. Neu wird die Ausschreibung von Terrorverdächtigen zur verdeckten Fahndung im SIS Pflicht. Folglich werden künftig alle Personen, die als potenzielle terroristische Gefahr eingestuft werden, im SIS sichtbar sein. Weiter werden besonders schutzbedürftige Personen, wie z.B. Kinder, die von einem Elternteil entführt oder Opfer von Zwangsheiraten oder Menschenhandel werden könnten, präventiv ausgeschrieben werden können. Sodann sollte das ausgebaute SIS einen besseren Vollzug der Verfügungen zur Wegweisung von Drittstaatsangehörigen mit irregulärem Aufenthalt im Schengen Raum ermöglichen. Schliesslich soll die präventive Kontrolle der Einreise in den Schengen-Raum verbessert werden. Die Schweiz will künftig auch das Europäische Reiseinformations- und Genehmigungssystem (ETIAS) nutzen können. Das ETIAS ist ein Schengenweites automatisiertes System zur Ermittlung von Risiken im Zusammenhang mit der Einreise von nicht visumpflichtigen Drittstaatsangehörigen in den Schengen-Raum. Mit diesem System soll ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Gewährleistung der Mobilität und der Erhöhung der Sicherheit gefunden werden sowie gleichzeitig die legale Einreise in den Schengen-Raum ohne Visumpflicht durch die Vorabprüfung erleichtert werden. Zu beiden Vorhaben hat der Bundesrat am 13. Februar 2019 je eine Vernehmlassung eröffnet. Zur gleichen Zeit hat er die Botschaft zur Beteiligung der Schweiz an der europäischen Agentur für den Betrieb der Schengen/Dublin-Datenbanken verabschiedet.

Am 13. Februar 2019 hat der Bundesrat weiter die Botschaft zur Genehmigung der Zusatzvereinbarung zur Beteiligung an der Agentur für den Betrieb der Schengen/Dublin-Datenbanken «eu-LISA» verabschiedet. Seit 2012 gewährleistet eu-Lisa den Betrieb des Visa-Informationssystems (VIS), des Schengener Informationssystems (SIS) und der Fingerabdruckdatenbank Eurodac. Für die Einrichtung des Systems zur Erfassung der Ein- und Ausreisedaten von Drittstaatsangehörigen (EES) ist sie seit 2018 und für den Aufbau des ESTIAS seit 2019 verantwortlich. Der Schweiz wird mit der mit der EU abgeschlossenen Vereinbarung ermöglicht, vollumfänglich in der Agentur mitzuwirken, die für den Betrieb der Schengen/Dublin-Datenbanken zuständig ist. Diese Mitwirkungsrechte der Schweiz gehen über die im Schengen-Assoziierungsabkommen vorgesehenen Rechte hinaus. Schweizer Vertreter können in gewissen Fällen auch an der formellen Beschlussfassung teilnehmen (Stimmrechte).

Zivilrecht

Christian Josi,
Oberrichter am Obergericht des Kantons Bern

Gleichstellungsgesetz

Das Parlament hat am 14. Dezember 2018 die Revision des Gleichstellungsgesetzes verabschiedet (SR 151.1). Die Referendumsfrist ist am 7. April 2019 abgelaufen. Das Inkrafttreten steht noch nicht fest.

Das Gesetz führt in Art. 13a GlG eine Pflicht zur Durchführung einer betriebsinternen Lohnvergleichsanalyse durch. Dieser untersteht, wer am Anfang eines Jahres 100 oder mehr Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer beschäftigt, wobei Lernende nicht angerechnet werden (Art. 13a Abs. 1 GlG). Der Analysepflicht unterliegen sowohl private als auch öffentliche Arbeitgeber. Die Analyse wird alle vier Jahre wiederholt. Sofern die Zahl der Arbeitnehmenden in diesem Zeitraum unter 100 fällt, so wird die Analyse erst wieder durchgeführt, wenn die Zahl von 100 erreicht ist (Art. 13a Abs. 2 GlG). Zeigt die Lohnvergleichsanalyse, dass die Lohngleichheit eingehalten ist, so werden die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber von der Analysepflicht befreit (Art. 13a Abs. 3 GlG). Diese Bestimmung war im Entwurf des Bundesrates noch nicht enthalten und ist erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen eingefügt worden. Nach dem Wortlaut ist die Befreiung von der Analysepflicht zeitlich nicht beschränkt. Wer demnach erstmals durch eine Lohnvergleichsanalyse die Einhaltung der Lohngleichheit bestätigt erhält, muss danach nie mehr eine solche durchführen, selbst wenn das Unternehmen übernommen wird oder die Führung wechselt. Den Beratungen im Ständerat nach zu schliessen scheint dies genau die Absicht des Gesetzgebers gewesen zu sein.

Eine Ausnahme von der Analysepflicht besteht auch für Arbeitgeber, die in Zusammenhang mit dem öffentlichen Beschaffungswesen oder der Gewährung von Subventionen bezüglich der Einhaltung der Lohngleichheit kontrolliert werden oder in den letzten vier Jahren kontrolliert wurden. Eine Lohnanalyse muss in diesen Fällen erst wieder durchgeführt werden, wenn der Referenzmonat länger als vier Jahre zurückliegt (Art. 13b GlG). Die Ausnahme gilt auch für Kontrollen kantonaler Verwaltungseinheiten (Botschaft, BBI 2017, S. 5540).

Die Lohnvergleichsanalyse ist nach einer wissenschaftlichen und rechtskonformen Methode durchzuführen, wofür der Bund ein kostenloses Standard-Analyse-Tool zur Verfügung stellt. Sie muss von einer unabhängigen Stelle überprüft werden, wobei Arbeitgeber, die dem OR unterstehen, zwischen einem Revisionsunternehmen, einer gemäss Art. 7 GlG zur Diskriminierungsfeststellungsklage berechnigte Organisation (z.B. Frauen-

organisation oder Gewerkschaft) oder einer Arbeitnehmervertretung gemäss Art. 7 Mitwirkungsgesetz (SR 822.14) wählen können (Art. 13d, 13e und 13f GlG).

Bis spätestens ein Jahr nach Abschluss der Überprüfung sind die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schriftlich über das Ergebnis der Lohnvergleichsanalyse zu informieren (Art. 13g GlG). An der Börse kotierte Unternehmen haben die Ergebnisse zudem im Anhang der Jahresrechnung zu veröffentlichen (Art. 13h GlG). Die Pflicht zur Veröffentlichung gilt auch für öffentlich-rechtliche Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (Art. 13i GlG).

Der Bundesrat legt die Frist zur Durchführung der ersten Lohnvergleichsanalyse fest (Art. 17a Abs. 1 GlG) und evaluiert nach der Durchführung der zweiten Analyse, spätestens aber neun Jahre nach Inkrafttreten deren Wirksamkeit (Art. 17b GlG).

Trans- und Intermenschen

Der Bundesrat will die Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister für Transmenschen und Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung erleichtern. Eine Erklärung gegenüber dem Zivilstandsamt soll genügen, ohne dass vorgängig medizinische Untersuchungen durchgeführt oder andere Voraussetzungen erfüllt werden müssen.

Unter Transmenschen werden Personen verstanden, deren Geschlechtsidentität sich von dem Geschlecht unterscheidet, das ihnen bei der Geburt zugewiesen worden ist (vgl. dazu Erläuternder Bericht zum Vorentwurf über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Änderung des Geschlechts im Personenstandsregister] vom 23. Mai 2018, S. 8). Heute muss jedes Kind nach der Geburt innert drei Tagen mit seinen Familien- und Vornamen, seiner Abstammung und seinem Geschlecht beim Zivilstandsamt angemeldet werden. Bei Menschen mit einer Variante in der Geschlechtsentwicklung handelt es sich um Personen, die biologische Merkmale aufweisen, die nicht eindeutig den medizinisch anerkannten Kategorien «männlich» oder «weiblich» zugeordnet werden können. Sie werden vereinfachend auch als «intersexuell» bzw. «intergeschlechtlich» oder «zwischen-geschlechtlich» bezeichnet (vgl. dazu Erläuternder Bericht, S. 5 f.).

Vorgeschlagen wird ein neuer Art. 30b VE-ZGB. Danach soll jede Person, die innerlich fest davon überzeugt ist, nicht dem im Personenstandsregister eingetragenen Geschlecht anzugehören, gegenüber dem Zivilstandsamt erklären können, dass sie den Eintrag ändern lassen will. Bei Minderjährigen und bei Personen unter umfassender Beistandschaft ist dazu die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (Art. 30b Abs. 4 VE-ZGB).

Ein neues Geschlecht wird damit allerdings nicht geschaffen. Das so genannte binäre Geschlechtsmodell, das allein zwischen «männlich» und «weiblich» unterscheidet, bleibt unangetastet. Dementsprechend ist auch nur ein Wechsel vom einen zum anderen Geschlecht möglich (Erläuternder Bericht, S. 11).

Justizvollzugsgesetz

Am 1. Dezember 2018 ist das neue Justizvollzugsgesetz (JVG; BSG 341.1) in Kraft getreten, welches das bisherige Gesetz über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG, BSG 341.1) ablöst. Es enthält auch einige zivilrechtlich relevante Bestimmungen im Schnittbereich zwischen Strafvollzug und Erwachsenenschutz.

So findet das Justizvollzugsgesetz auch Anwendung auf fürsorgerische Unterbringungen, soweit deren Vollzug in einer Vollzugseinrichtung nach diesem Gesetz erfolgt und keine besonderen Bestimmungen bestehen (Art. 1 Abs. 2 lit. h JVG). Entsprechend können Gefängnisse und Justizvollzugsanstalten ausnahmsweise auch dem Vollzug von fürsorgerischen Unterbringungen dienen (Art. 9 Abs. 2 lit. d, 10 Abs. 2 JVG). Als Justizvollzugsanstalten gelten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit b JVG auch psychiatrische Kliniken, soweit darin Freiheitsstrafen und freiheitsentziehende strafrechtliche Massnahmen vollzogen werden. Die Vollzugsbehörde kann erwachsene Eingewiesene im Straf- und Massnahmenvollzug in eine andere Vollzugseinrichtung verlegen, wenn ihre Behandlung dies erfordert (Art. 18 Abs. 1 lit. b JVG). Die Verlegung in eine psychiatrische Klinik zur Behandlung erfordert somit während des Straf- oder Massnahmenvollzugs keinen Entscheid eines Arztes oder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 426 ZGB.

Hingegen richten sich die Anordnung und das Verfahren bei medizinisch indizierten Zwangsmassnahmen gemäss Art. 38 JVG nach den Bestimmungen des ZGB. Die Behandlung ohne Zustimmung ist daher gestützt auf Art. 434 ZGB unter den dort umschriebenen Voraussetzungen von einer Chefärztin oder einem Chefarzt anzuordnen. Rechtsmittel sind entsprechend gemäss Art. 439 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB i.V.m. Art. 66 lit. b KESG beim Kindes- und Erwachsenenschutzgericht einzulegen. Anderes gilt, wenn die Zwangsmedikation

dazu dient, eine richterlich angeordnete stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 59 StGB zu vollziehen. Dafür bleibt die Vollzugsbehörde zuständig.

Exmissionsverordnung

Am 1. Januar 2019 ist die Exmissionsverordnung (ExmV, BSG 222.100) in Kraft getreten. Sie führt die in Art. 137a–137g EG ZGB enthaltenen Bestimmungen über das Vorgehen bei gerichtlich bewilligten Räumungen von Liegenschaften aus (vgl. dazu BE*Njus Heft 22, S. 18).

Art. 2 Abs. 3 ExmV trägt dem Gericht auf, die ausgewiesene Partei auf die in Art. 137c EG ZGB vorgesehene mögliche Verwertung bzw. Entsorgung des Exmissionsgutes hinzuweisen. Dies ist inskünftig bei der Redaktion der Entscheide in gebührender Weise zu berücksichtigen.

Die Verordnung regelt den Umgang mit verschiedenen Gegenstandskategorien. Gemäss Art. 10 Abs. 1 ExmV werden offensichtlich wertlose oder verderbliche Gegenstände sowie Pflanzen sofort entsorgt. Wertlose, aber allenfalls mit einem affektiven Wert belegte Gegenstände werden nur dann eingelagert, wenn sie nicht beschädigt oder verschmutzt sind und ohne grossen Aufwand eingelagert werden können (Art. 10 Abs. 2 ExmV). Weitere Bestimmungen betreffen Tiere, Waffen, Sprengstoffe, Chemikalien, Betäubungsmittel, Ausweise und Kontrollschilder, Tresore und elektronische Datenträger (Art. 11–19 ExmV). Die Herausgabe erfolgt erst, wenn die bisher entstandenen Kosten bezahlt worden sind (Art. 20 Abs. 3 ExmV). Werden diese nicht bezahlt, kommt es nach Ablauf der dreimonatigen Aufbewahrungsdauer zur Verwertung (Art. 21 Abs. 1 ExmV). Die Verwertung erfolgt durch öffentliche Versteigerung (Art. 21 Abs. 3 ExmV). An deren Stelle tritt der freihändige Verkauf, sofern damit alle Beteiligten einverstanden sind oder dieser in besonderen Fällen nach vorgängiger Androhung angeordnet wird (Art. 22 ExmV). Exmissionsgut, das nicht verkauft werden konnte, wird entsorgt (Art. 24 Abs. 1 ExmV).

In der Schlussverfügung wird festgehalten, welche Kosten die ausgewiesene Partei der ausweisenden Partei und dem Kanton zu ersetzen hat (Art. 25 Abs. 1 ExmV; Art. 137d Abs. 2 EG ZGB).

Electronic Monitoring im Ersatzmassnahmenrecht und dessen Akzessorietät zum Haftrecht

Nachlese Zur Weiterbildungs-tagung der bernischen Justiz vom 10. April 2019

Mit Inkrafttreten der Eidgenössischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 wurde die Möglichkeit des Einsatzes technischer Geräte (auch) für die Überwachung von Ersatzmassnahmen geschaffen. Während zahlreiche Kantone noch nicht die Infrastruktur zur Implementierung der gesetzlichen Vorgaben bereitgestellt haben, kommt dem Kanton Bern beim Electronic Monitoring eine Vorreiterrolle zu. Gleichwohl wird von der Anordnungsmöglichkeit bis dato nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Mit Rücksicht darauf war es Ziel der im Titel angesprochenen Weiterbildungstagung, die Justiz für das Electronic Monitoring zu sensibilisieren. Neben einem Einblick in das bernische Fachkonzept zur Anordnung von Electronic Monitoring haben die Tagungsteilnehmenden eine Einführung in die technischen Möglichkeiten der «Fussfessel» sowie einen anwaltlichen Erfahrungsbericht erhalten. Im Folgenden sind die Anwendungsvoraussetzungen und das «case law», so wie sie an der Tagung präsentiert wurden,¹ Gegenstand der Betrachtung.

A. Einleitung: Das Ersatzmassnahmenrecht in Abhängigkeit vom Haftrecht – und umgekehrt

Nach Art. 237 Abs. 1 StPO ordnet das Zwangsmassnahmengericht *an Stelle* von Untersuchungs- und Sicherheitshaft eine mildere Ersatzmassnahme an, wenn diese den gleichen Zweck erfüllt wie die Haft. Beispielhaft benennt der Gesetzgeber solche Massnahmen in Abs. 2 der vorerwähnten Vorschrift. Neben der Ausweis- und Schriftensperre gehören auch ein Aufenthalts- und Kontaktverbot dazu. Zudem hat der Gesetzgeber in Abs. 3 die Möglichkeit geschaffen, dass die Einhaltung der Ersatzmassnahme mittels Electronic Monitoring überwacht wird. Entscheidend ist, dass der Gesetzgeber sich ausdrücklich dafür entschieden hat, dass die (elektronisch überwachte) Ersatzmassnahme an die Stelle der Haft tritt, also diese ersetzt. Daraus folgt, dass eine Ersatzmassnahme ausweislich des Gesetzes überhaupt nur angeordnet werden darf, wenn die elementaren Voraussetzungen für die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft nach Art. 221 StPO gegeben sind. Dieses Abhängig-

keitsverhältnis zwischen Art. 237 und Art. 221 StPO ergibt sich rechtlich auch dann, wenn das Haftrecht selbst zum Ausgangspunkt der Überlegungen gemacht wird. Wie alle Zwangsmassnahmen kommen Untersuchungs- und Sicherheitshaft nur in Frage, wenn ihre Anordnung als verhältnismässig erscheint. Art. 197 Abs. 1 lit. c. und Art. 212 Abs. 2 lit. c. gebieten die Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Folglich sind Untersuchungs- und Sicherheitshaft mit Rücksicht auf deren Erforderlichkeit überhaupt nur zulässig, wenn es keine mildere, gleich wirksame Massnahme gibt. Damit schliesst sich der Kreis zu Art. 237 StPO, der eben solche milderen Ersatzmassnahmen und vorsieht. Haft ist also nur zulässig, wenn nicht eine mildere Massnahme anzuordnen ist und eine solche Ersatzmassnahme darf nur angeordnet werden, wenn die grundlegenden Haftvoraussetzungen (dringender Tatverdacht sowie ernsthaft anzunehmender Haftgrund) erfüllt sind.

Dieses in der StPO so normierte Konzept wird auch – soweit ersichtlich – von der h.M. in der Literatur geteilt. Stellvertretend sei hier auf den Praxisleitfaden für die Untersuchungshaft von Diego Gfeller, Adrian Bigler und Duri Bonin verwiesen, worin es heisst: «Liegen keine Haftgründe vor, dann dürfen auch keine Ersatzmassnahmen angeordnet werden».² Grundsätzlich wird diese Position auch vom Bundesgericht z.B. in BGE 140 IV 19 geteilt: «Die Voraussetzungen für Ersatzmassnahmen sind die gleichen wie für Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Fehlt es an einem besonderen Haftgrund, so sind auch Ersatzmassnahmen unzulässig».³ Wenn jedoch die Rechtsprechung des Bundesgerichts genauer untersucht wird, dann fällt auf, dass sich das höchste Schweizer Gericht oft nicht an diese gesetzlich vorgesehene Konzeption hält.

¹ Der Vortragsstil wurde im Wesentlichen beibehalten, deshalb wurden die Nachweise auf das Nötigste beschränkt.

² Diego R. Gfeller/Adrian Bigler/Duri Bonin, Untersuchungshaft, Ein Leitfaden für die Praxis, Zürich 2017, Rn. 681.

³ BGE 140 IV 19 E. 2.1.2.

Zwei Thesen gilt es daher im Folgenden nachzugehen:

1. Wenn kein Haftgrund i.S.v. Art. 221 StPO vorliegt, wird das Ersatzmassnahmenrecht selbstständig bzw. vom Haftrecht gelöst und *extensiv* interpretiert.
2. Wenn ein Haftgrund i.S.v. Art. 221 StPO vorliegt, wird das Ersatzmassnahmenrecht *restriktiv* interpretiert.

In jedem Fall ist zudem festzustellen, dass gegenüber der elektronischen Überwachung von Ersatzmassnahmen Skepsis vorherrscht.⁴ Das, was hier insoweit thesenhaft behauptet wird, gilt es im Folgenden mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts geordnet nach den einzelnen Haftgründen nachzuvollziehen.

B. Haftgrund «Fluchtgefahr» und elektronisch überwachte Ersatzmassnahmen

Dem Urteil, welches das Bundesgericht im Entscheid 1B_632/2011 vom 2. Dezember 2011 gefällt hat, liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die schon ältere und gesundheitlich angeschlagene Beschuldigte X wurde unter anderem wegen mehrfachen Mordes, qualifizierten Raubes und wegen strafbarer Vorbereitungshandlungen angeklagt und in Untersuchungshaft bzw. vorzeitigen Strafvollzug genommen. Sie hat die Tatvorwürfe nicht bestritten. X ist Schweizerin, hat hier aber keine familiären Bindungen, ist jedoch in der Schweiz sozial gut verwurzelt und hat hier langjährige Freunde. Sie bezieht eine IV-Rente und hat nur lose Kontakte in «Reiterkreise» nach Deutschland, die sie in den letzten Jahren nicht mehr gepflegt hat. Ausserdem hängt sie sehr an ihren in der Schweiz lebenden Tieren. X begehrte unter Anordnung einer Ersatzmassnahme aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen zu werden.

Gemäss Art. 237 Abs. 1 StPO kommt eine Ersatzmassnahme, z.B. eine Ausweis- und Schriftensperre, nur «an Stelle» von Haft in Frage und unterliegt damit den strengen in Art. 221 StPO normierten Haftvoraussetzungen. Das heisst, auch für die Anordnung einer Ersatzmassnahme muss ein dringender Tatverdacht gegeben sein und das Vorliegen eines Haftgrundes muss «ernsthaft» anzunehmen sein.⁵ Da X die Tatvorwürfe nicht bestritt, war der dringende Tatverdacht unproblematisch. Befürchtungen, dass X erneut durch Verbrechen oder schwere Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährden könnte, (Wiederholungsgefahr) bestanden aufgrund ihres Alters und ihrer Invalidität nicht. Auch gab es keine Hinweise

darauf, dass X auf Beweismittel einwirken würde. Wiederholungs- (Art. 221 Abs. 1 lit. c. StPO) und Kollusionsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. b. StPO) schieden mithin als mögliche Haft- bzw. Ersatzmassnahmengründe aus. Für Fluchtgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. a. StPO) sprach zwar die angesichts der Tatvorwürfe zu erwartende lange Haftstrafe, doch darf nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts dieser Umstand nur als Indiz gewertet werden, reicht für sich allein aber nicht aus, um Fluchtgefahr zu begründen.⁶ Die nach Deutschland bestehenden Kontakte hatte X nicht mehr gepflegt. So sprachen das Schweizer Bürgerrecht, die langjährigen Freundschaften in der Schweiz, das Alter und die Invalidität der Beschuldigten sowie der hiesige Rentenbezug und die in der Schweiz lebenden Tiere gegen die «ernsthafte» Befürchtung, dass sich die Beschuldigte ins Ausland absetzen oder im Inland untertauchen könnte. Dem entsprechend folgte auch das Bundesgericht zu Recht, dass die «Wahrscheinlichkeit einer Flucht [...] nach dem Gesagten nicht gross genug» sei, um die Fortsetzung des vorzeitigen Strafvollzugs zu rechtfertigen.⁷

Flucht war mithin nicht «ernsthaft zu befürchten», wie es das Gesetz in Art. 221 Abs. 1 StPO für die Anordnung von Haft und mithin auch für eine diese ersetzende mildere Massnahme verlangt. Damit war mangels Fluchtgefahr auch nach Auffassung des Bundesgerichts kein Haftgrund gegeben, der die Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft bzw. vorzeitigem Strafvollzug hätte rechtfertigen können. Gesetzessystematisch folgerichtig hätte mithin an sich auch keine die Haft ersetzende Massnahme «an [die] Stelle» der Haft treten können. Dennoch entschied das Bundesgericht, «die in Frage kommenden Ersatzmassnahmen» (hier: Ausweis- und Schriftensperre) seien geeignet, «vorliegend der nicht zu vernachlässigenden *Fluchtneigung* vor[zu]beugen.»⁸ Das Bundesgericht nimmt hier also eine vom Gesetz(-geber) nicht vorgesehene Differenzierung zwischen *Fluchtgefahr* (dann: Haft) und blosser *Fluchtneigung* (dann: Ersatzmassnahme) vor.⁹ Damit werden die Voraussetzungen für eine Ersatzmassnahme, die nach dem Gesetz eigentlich an jene für die Untersuchungs- und Sicherheitshaft gekoppelt sind, herabgesetzt bzw. das Ersatzmassnahmenrecht *extensiv* interpretiert. Diese Lockerung der Anwendungsvoraussetzungen wird vom Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit damit begründet, dass im Vergleich zur

⁴ Vgl. insoweit auch Diego R. Gfeller/Adrian Bigler/Duri Bonin, a.a.O., Rn. 773.

⁵ Andreas Donatsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, S. 205.

⁶ Andreas Donatsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, a.a.O., S. 191 m.H. auf die Rspr.

⁷ BGer 1B_632/2011 E. 5.4.

⁸ BGer 1B_632/2011 E. 5.4 (Hervorhebung durch den Verfasser dieses Beitrags).

⁹ Vgl. zu dieser Differenzierung auch BGer 1B_237/2011 sowie 1B_181/2013.

Inhaftierung die Ersatzmassnahme das mildere Zwangsmittel sei.¹⁰

In diesem Sinne entschied das Bundesgericht auch im Entscheid 1B_251/2015 vom 12. August 2015: «Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist bei blossen Ersatzmassnahmen für Haft grundsätzlich ein weniger strenger Massstab an die erforderliche Intensität des besonderen Haftgrunds der Fluchtgefahr anzulegen als bei strafprozessualen Freiheitsentzug, denn dieser stellt eine deutlich schärfere Zwangsmassnahme dar als blossen Ersatzmassnahmen (...).» Es «können mildere Ersatzmassnahmen für Haft geeignet sein, einer gewissen (niederschweligen) Fluchtneigung ausreichend Rechnung zu tragen. Bei ausgeprägter Fluchtgefahr erweisen sie sich nach der einschlägigen Praxis des Bundesgerichtes jedoch regelmässig als nicht ausreichend».¹¹

Demnach kommt, so das Bundesgericht, bei blosser Fluchtneigung eine Ersatzmassnahme und damit auch deren elektronische Überwachung in Betracht; bei Vorliegen von echter Fluchtgefahr im Regelfall jedoch nicht. Dies zeigen auch die folgenden vom Bundesgericht entschiedenen Fälle.

Dem Entscheid 1B_172/2013 vom 13. Juni 2013 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beschuldigte X wird in der Schweiz festgenommen. Gegen ihn wird ein Strafverfahren wegen gemeinschaftlich begangenen Raubes geführt und er wird in Untersuchungshaft genommen. X war zuvor aus Deutschland zurückgekehrt, wo ihm eine Stelle als Friseur angeboten worden ist. Nahe Angehörige leben in Deutschland; seine Mutter und sein Bruder wohnen allerdings in der Schweiz. Bei den Behörden in der Schweiz ist X nicht gemeldet. X hat ein Gesuch um Haftentlassung gestellt, welches vom Zwangsmassnahmengericht abgelehnt wurde. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Obergericht abgewiesen. X führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und ihn auf freien Fuss zu setzen.

Die ernsthafte Befürchtung, dass sich X eventuell nach Deutschland absetzen würde, war hier aufgrund seiner intensiven Beziehungen ins Nachbarland unproblematisch. Fraglich war aber, ob nicht eine Ausweis- und Schriftensperre und eine Meldepflicht mit elektronischer Überwachung des Beschuldigten als mildere Ersatzmassnahme ausreichend sein könnte. Dies verneinte das Bundesgericht mit dem Hinweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach ein Electronic Monitoring «in Grenznähe» nicht in Betracht komme: «Mit einer Schriftensperre oder einer Meldepflicht könne einer Flucht nicht wirksam begegnet werden». Ein

«Electronic Monitoring in Grenznähe [könne] eine Flucht schon aus zeitlichen Gründen nicht verhindern».¹² Wenn dies zum Massstab genommen wird, kommt bei Vorliegen von Fluchtgefahr aber im Grunde nie eine elektronisch überwachte Ersatzmassnahme als mildere Massnahme in Betracht, weil «Grenznähe» in der Schweiz eigentlich stets gegeben ist. Dies betont so auch das Bundesstrafgericht in einem die Auslieferungshaft betreffenden Entscheid, vgl. RR.2011.88 vom 15. April 2011: «Vergleichbar der Meldepflicht und der Abnahme der Ausweispapiere vermag das Electronic Monitoring für sich allein eine Fluchtgefahr nicht zu beseitigen», «da der Beschwerdeführer das Land von praktisch jedem Ort in der Schweiz innerhalb von wenigen Stunden verlassen kann.»¹³

Der Gedanke des Bundesgerichtes, dass die elektronische Überwachung der dem Beschuldigten auferlegten Ersatzmassnahme dessen Flucht nicht tatsächlich verhindern könne und deshalb als mildere Massnahme ungeeignet sei, kommt auch in nachfolgend aufgeführten Entscheiden zum Ausdruck:

BGer 1B_191/2013 vom 12. Juni 2013: Der Beschuldigte X, der sog. «Heiler von Bern», wurde vom Regionalgericht Bern-Mittelland wegen mehrfacher schwerer Körperverletzung, Verbreiten menschlicher Krankheiten usw. zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Zudem wurde er in Sicherheitshaft versetzt. X meldete Berufung gegen die Verurteilung an und erhob Beschwerde gegen die Anordnung der Sicherheitshaft vor dem Obergericht Bern. Die Beschwerde gegen die Anordnung der Sicherheitshaft wurde abgewiesen. Mit Beschwerde in Strafsachen beantragte X den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und ihn gegen geeignete Ersatzmassnahmen aus der Sicherheitshaft zu entlassen. Das Bundesgericht entschied, die «elektronische Fussfessel» könnte «den Beschwerdeführer nicht daran hindern, sich ins Ausland abzusetzen. Die Flucht würde bloss früher entdeckt als ohne Fessel».¹⁴

BGer 1B_715/2012 vom 18. Dezember 2012: Der Beschuldigte X wurde von der Staatsanwaltschaft Zürich vorgeworfen, ihre beiden Kinder getötet zu haben. Sie wurde in Untersuchungshaft genommen und der vorzeitige Übertritt in den Strafvollzug bewilligt. Ihr Begehren, aus dem vorzeitigen Strafvollzug wieder entlassen zu werden, wies das Obergericht ab. Mit Beschwerde in Strafsachen beehrte X schliesslich, unter Anordnung von Ersatzmassnahmen aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen zu werden. Das Bundesgericht urteilte, in «Anwendung von Art. 221 Abs. 1 StPO [sei] der vorzeitige Strafvollzug wie Untersu-

¹⁰ BGer 1B_632/2011 E. 5.1. m.w.H. auf die Rspr.; vgl. dazu auch Andreas Donatsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, a.a.O., S. 205.

¹¹ BGer 1B_251/2015 E. 3.2.

¹² BGer 1B_172/2013 E. 3.

¹³ BStGer RR.2011.88 E. 7.4.

¹⁴ BGer 1B_191/2013 E. 3.3.

chungs- und Sicherheitshaft nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig und ernsthaft zu befürchten [sei], dass sie sich durch Flucht dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion entzieh[e] [...].»¹⁵ Das Bundesgericht folgte im Ergebnis den vorinstanzlichen Erwägungen, wonach die «persönliche Situation der Beschwerdeführerin [...] ebenfalls für das Vorliegen von Fluchtgefahr [spreche]. Sie verfüg[e] über kein ausgeprägtes Beziehungsnetz in der Schweiz, pfleg[e] hingegen mit ihren Eltern in Österreich regelmässigen Kontakt.» «Ausweis- und Schriftensperre vermöchte eine Flucht auf dem Landweg ins benachbarte Ausland nicht effektiv zu verhindern [...]. Auch Weisungen bezüglich des Aufenthaltsorts, allenfalls verbunden mit einem «Electronic Monitoring», oder Meldepflichten seien nicht geeignet, eine Flucht oder ein Untertauchen der Beschwerdeführerin zu verhindern, sondern erlaubten einzig die rasche Einleitung einer Fahndung im Falle einer Flucht.»¹⁶

Weitere Entscheide weisen zudem darauf hin, dass «gegenüber Ausländern» im Falle von Fluchtgefahr eine Ersatzmassnahme mit elektronischer Überwachung der beschuldigten Person «in der Regel ausser Betracht» falle, vgl. den Entscheid des Obergerichts Schaffhausen 51/2012/17 sowie denjenigen des Bundesgerichts 1B_348/2018 E 6.2.5.

Abgesehen vom insoweit angesprochenen Einwand, dass eine elektronisch überwachte Ersatzmassnahme Flucht nicht tatsächlich zu verhindern vermag, hat das Bundesgericht mehrfach auf die in den Kantonen fehlende Infrastruktur für das Electronic Monitoring hingewiesen. In einem Fall (vgl. BGer 1B_126/2012 vom 28. März 2012), in dem X vorgeworfen wurde, sich als Krankenpfleger mehrfach an Patientinnen sexuell vergangen zu haben, entschied das Bundesgericht, eine «Meldepflicht [könne] ebenso wenig als ausreichend angesehen werden, da damit die Flucht nicht verhindert, sondern lediglich frühzeitig festgestellt werden könnte. Dasselbe [gelte] für ein Electronic Monitoring, für das [...] die Infrastruktur im Kanton Zürich im Übrigen noch nicht [im Jahr 2012] vorhanden» sei.¹⁷ Auch im Jahr 2016 heisst es seitens des Bundesgerichts in Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen noch, vgl. BGer 1B_373/2016 vom 23. November 2016: «Die Ausweitung der Überwachung auf Ersatzmassnahmen im Sinne von Art. 237 StPO sei [im Kanton Zürich] erst für Mitte 2017 geplant. Für die Überwachung eines Hausarrestes an Stelle von Untersuchungshaft stehe Electronic Monitoring deshalb zur Zeit noch nicht zur Verfügung. Für das Bundesgericht besteht kein Anlass, diese Ausführungen der Vo-

rinstantz in Frage zu stellen.»¹⁸ Der Kanton Zürich stellt diesbezüglich aber keinen Einzelfall dar. Auch für den Kanton Luzern stellte das Bundesgericht fest, vgl. BGer 1B_12/2017 vom 3. Februar 2017: «Mildere Ersatzmassnahmen, die den Beschwerdeführer wirksam an einer Flucht hindern könnten, sind nicht ersichtlich. Eine Schriftensperre reicht dazu nicht aus, da nach den Abklärungen des Kantonsgerichts nicht auszuschliessen ist, dass er sich bei der libanesischen Botschaft in der Schweiz einen neuen libanesischen Flüchtlingspass für Palästinenser besorgen könnte. Die vom Beschwerdeführer angeregte Möglichkeit, ihn mittels eines «Electronic Monitorings» zu überwachen, fällt ausser Betracht, da der Kanton Luzern dafür (noch) nicht eingerichtet ist.»¹⁹ Anders hingegen die Situation im Kanton Basel-Landschaft, für den das Bundesgericht schon im Jahr 2009 auf die bestehende Infrastruktur hinwies, vgl. BGer 1C_381/2009 vom 13. Oktober 2009: «Dieser praktiziert – wie dargelegt – das «Electronic Monitoring» seit 10 Jahren im Rahmen der Versuche im Bereich des Strafvollzugs. Ausserdem sieht er das «Electronic Monitoring» als Ersatzmassnahme für Untersuchungshaft in seiner Strafprozessordnung ebenfalls seit 10 Jahren vor. Die notwendigen technischen Einrichtungen und das entsprechende Fachwissen sind dort also vorhanden.»²⁰ Zu Ende gedacht bedeutet die vom Bundesgericht beschriebene Situation, dass es für die beschuldigte Person trotz einer seit 2011 schweizweit einheitlich geltenden Strafprozessordnung immer noch darauf ankommt, wo sie strafrechtlich verfolgt wird. Denn je nach dem verfolgendem Kanton kann sie von der Möglichkeit einer elektronisch überwachten Ersatzmassnahme statt Freiheitsentzugs profitieren (oder eben nicht). Auch noch Jahre nach Inkrafttreten der StPO sind die meisten Kantone offenbar also noch nicht in der Lage, eine dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechende Anwendung des Haftrechts zu gewährleisten. Das ist mit Rücksicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 8 Abs. 1 BV) und die Grundsätze des zulässigen Freiheitsentzugs (Art. 31 BV) sowie das Prinzip der Verfahrensfairness (Art. 3 Abs. 2 lit. c. StPO) nicht unbedenklich.

In der Literatur lässt sich, soweit ersichtlich, eine solche – für das Bundesgericht feststellbare – Zurückhaltung oder gar Skepsis im Hinblick auf die elektronische Überwachung von Ersatzmassnahmen im Falle von Fluchtgefahr nicht feststellen. Ganz im Gegenteil, sofern das Electronic Monitoring als sog. Aufenthaltskontrolle ausgestaltet ist, wird es als «wirksame Alternative zur Haft im Falle von Fluchtgefahr» angesehen.²¹

¹⁵ BGer 1B_715/2012 E. 2.

¹⁶ BGer 1B_715/2012 E. 3.4.2.

¹⁷ BGer 1B_126/2012 E. 4.

¹⁸ BGer 1B_373/2016 E. 4.3.

¹⁹ BGer 1B_12/2017 E. 2.4.

²⁰ BGer 1C_381/2009 E. 3.5.

²¹ Diego R. Gfeller/Adrian Bigler/Duri Bonin, Untersuchungshaft, Ein Leitfaden für die Praxis, Zürich 2017,

C. Haftgrund «Kollusionsgefahr» und elektronisch überwachte Ersatzmassnahmen

Die mit Blick auf den Haftgrund Fluchtgefahr sichtbar gewordene Bereitschaft des Bundesgerichts, im Ersatzmassnahmenrecht die gesetzliche Konzeption – also die strenge Akzessorietät zwischen Ersatzmassnahmen- und Haftrecht – aufzuweichen bzw. diese zu lockern, zeigt sich gleichermaßen auch für den Haftgrund Kollusionsgefahr. Im Entscheid 1B_705/2012 vom 10. Dezember 2012 wurde dem Beschuldigten X unter anderem vorgeworfen, diverse Autos zerkratzt und mit Farbe besprüht sowie Autoreifen zerstoichen zu haben. Er wurde festgenommen und wegen Kollusionsgefahr in Untersuchungshaft versetzt. Die Gefahr des Einwirkens auf Beweismittel und Zeugen wurde von der Vorinstanz damit begründet, es sei «dringend zu befürchten», dass X «versuchen könnte, sich mit einer oder mehreren Personen [...] in Kontakt zu setzen, um sie zur Aussageabsprache zu motivieren». Es sei aber «naturgemäss nicht möglich, dass präzise im Detail angegeben werden kann, wer mit wem, wann und wie kolludieren könnte».²² X bestritt den dringenden Tatverdacht nicht, wandte sich aber gegen das Vorliegen des Haftgrundes Kollusions- bzw. Verdunkelungsgefahr. Verdunkelung bedeutet, so das Bundesgericht, «dass sich der Beschuldigte mit Zeugen, Auskunftspersonen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten ins Einvernehmen setzt oder sie zu wahrheitswidrigen Aussagen veranlasst, oder dass er Spuren und Beweismittel beseitigt». Das Bundesgericht entschied weiter, «die theoretische Möglichkeit, dass der Beschuldigte kolludieren könnte, genügt indessen nicht [...]». «Es müssen vielmehr konkrete Indizien für die Annahme von Verdunkelungsgefahr sprechen.»²³ Denn «der Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. b. StPO verlangt [...] *ernsthafte*²⁴ Anhaltspunkte für die Befürchtung, dass der Beschuldigte Personen beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen.» Das Bundesgericht setzt mithin «konkrete Verdachtsgründe für Verdunkelungshandlungen» voraus; «ein eher strenger Massstab» sei anzulegen.²⁵ Solche konkreten Hinweise erkannte das Bundesgericht im hier angesprochenen Fall nicht, «der besondere Haftgrund der Verdunkelungsgefahr [sei] nicht ausreichend erstellt»,²⁶ da von der Vorinstanz keine konkreten Anhaltspunkte für Verdunkelungsgefahr genannt worden seien, sondern lediglich eine abstrakte Begründung.²⁷ Wegen Fehlens eines Haftgrundes

wäre damit eigentlich auch klar gewesen, dass keine die Haft ersetzende Massnahme in Frage kommen kann, da gemäss Gesetz die in Art. 237 StPO benannten milderen Massnahmen (z.B. ein Kontaktverbot, vgl. lit. g.) *statt* Haft anzuordnen sind bzw. *an* deren *Stelle* treten. Sie dürfen mithin nur bei Vorliegen der Haftvoraussetzungen angewendet werden. Das Bundesgericht weist allerdings darauf hin, dass seitens der Vorinstanz nicht dargelegt sei, weshalb «zur Eindämmung von gewissen allgemeinen Verdunkelungsrisiken» Ersatzmassnahmen nicht ausreichen könnten.²⁸ Das Bundesgericht differenziert mithin ohne gesetzliche Grundlage zwischen *Verdunkelungsgefahr* in Form konkreter Anhaltspunkte (dann: Haft) und einem bloss *generellen Verdunkelungsrisiko* (dann: Ersatzmassnahme). Dies ist vergleichbar mit der vom Bundesgericht angenommenen und von der gesetzlichen Konzeption abweichenden Unterscheidung zwischen Fluchtgefahr (dann: Haft) und blosser Fluchtneigung (dann: Ersatzmassnahme).

Im Entscheid BGer 1B_406/2016 vom 22. November 2016 äusserte sich das Bundesgericht neben dem Haftgrund der Kollusionsgefahr auch zur Möglichkeit der elektronischen Überwachung einer Ersatzmassnahme: Gegen den Beschuldigten X wurde ein Strafverfahren wegen Körperverletzung, Drohung und Verstössen gegen das BetmG geführt. Er wurde zunächst in Untersuchungshaft und später, während des Prozesses, in Sicherheitshaft versetzt. Dies wegen Kollusionsgefahr (Einwirkung auf Privatklägerin). Die dagegen gerichtete Beschwerde wurde vom Obergericht abgewiesen. Mit Beschwerde in Strafsachen begehrte X seine «sofortige Haftentlassung». Der dringende Tatverdacht und das Vorliegen von Kollusionsgefahr waren hier unproblematisch. «Die Vorinstanz durfte daher willkürfrei von einer ausgeprägten Bereitschaft und Neigung des Beschwerdeführers ausgehen, aggressiv auf die Geschädigte einzuwirken, um damit ihr Verhalten auf eine ihm genehme Art und Weise zu beeinflussen.»²⁹ Im genannten Entscheid werden sodann ein Rayon- und Kontaktverbot und die elektronische Überwachung der Einhaltung desselben in Erwägung gezogen, allerdings im konkreten Fall für «nicht zielführend» befunden.³⁰ Eine grundsätzliche Skepsis gegenüber elektronisch überwachten Ersatzmassnahmen im Falle von Kollusionsgefahr ist – im Gegensatz zum Haftgrund der Fluchtgefahr – nicht festzustellen. Dies entspricht auch der im Schrifttum überwiegend vertretenen Position, wonach der Kollusion mittels elektronischer Aufenthaltskontrolle begegnet werden könne.³¹

Rn. 733; Jonas Weber, Basler Kommentar StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 237 N 40 ff.; Fabio Manfrin, Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. Luzern 2014, S. 278 f.

²² BGer 1B_705/2012 E. 2.2.

²³ BGer 1B_705/2012 E. 2.1.

²⁴ Hervorhebung durch den Verfasser.

²⁵ BGer 1B_705/2012 E. 2.5.

²⁶ BGer 1B_705/2012 E. 2.10.

²⁷ BGer 1B_705/2012 E. 2.6.

²⁸ BGer 1B_705/2012 E. 2.6.

²⁹ BGer 1B_406/2016 E. 2.6.

³⁰ BGer 1B_406/2016 E. 2.8.

³¹ Vgl. z.B. Matthias Härrli, Basler Kommentar StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 237 N 26; Fabio Manfrin, a.a.O., S. 280

D. Haftgrund «Wiederholungsgefahr» und elektronisch überwachte Ersatzmassnahmen

Die insoweit erkennbare Tendenz, die Anwendungsvoraussetzungen für Ersatzmassnahmen zu relativieren und damit das akzessorische Verhältnis zwischen dem Ersatzmassnahmenrecht und dem Haftrecht zu lockern, zeigt sich auch mit Blick auf den Haftgrund Wiederholungsgefahr im Entscheid des Bundesgerichts 1B_88/2015 vom 7. April 2015: Der Beschuldigte X wurde im Oktober 2014 wegen des Vorwurfs festgenommen, im Hallenbad Knaben auffällig lüstern beobachtet und vor zwei von ihnen an seinem Geschlechtsteil manipuliert zu haben sowie Jungen in der Umkleidekabine aufgefordert zu haben, die Badehosen auszuziehen (Oktober 2014). Ausserdem wurde ihm vorgeworfen einem siebenjährigen Jungen zweimal die Badehose heruntergezogen und ihn im Genitalbereich angefasst zu haben (Oktober 2012). In Deutschland war der Beschuldigte bereits wegen zweier ähnlicher Vorfälle verurteilt worden. Die gegen X verhängte Untersuchungshaft wurde wegen Wiederholungsgefahr verlängert.³² X beehrte, aus der Untersuchungshaft entlassen zu werden.³³ Das Bundesgericht kommt in seiner Erwägungen «zusammenfassend» zum Schluss, dass ausweislich der erfolgten Begutachtung des Beschuldigten «nicht von einer sehr ungünstigen Rückfallprognose ausgegangen werden» könne und sich der Tatvorwurf «zudem nicht auf besonders schwere Straftaten» beziehe.³⁴ Deshalb bestehe nur eine «gewisse Wiederholungsgefahr», die aber zu gering sei, um die Fortsetzung der Haft zu rechtfertigen.³⁵ Damit kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass im erwähnten Fall keine «ernsthaft zu befürchtende» Wiederholungsgefahr gegeben war. Folglich lagen die in Art. 221 Abs. 1 StPO erwähnten Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft nicht vor, so dass auch jede denkbare mildere Massnahme als unzulässig hätte bewertet werden müssen. Dies deshalb, weil gemäss Art. 237 Abs. 1 StPO eine die Haft ersetzende mildere Massnahme nur «an [die] Stelle» einer an sich zulässigen Haft treten kann, so dass gesetzssystematisch jede Ersatzmassnahme an das Vorliegen der Haftvoraussetzungen gekoppelt ist. Gleichwohl hat das Bundesgericht ausgeführt, dass darüber nachzudenken sei, ob bzw. wie die festgestellte «gewisse Wiederholungsgefahr» durch geeignete Auflagen im Sinne von Art. 237 StPO weiter zu senken sei.³⁶ Damit lässt das Bundesgericht also für die Anordnung einer Ersatzmassnahme das Vorliegen einer bloss «gewissen Wiederholungsgefahr» im Sinne einer nicht beson-

ders ungünstigen Rückfallprognose genügen,³⁷ während es für die Haftanordnung gerade eine solche sehr ungünstige Rückfallprognose verlangt. Insoweit bleibt das Bundesgericht aber seiner vorab schon beschriebenen Linie treu, die Anordnungsvoraussetzungen für Ersatzmassnahmen gegenüber jenen der Haftvoraussetzungen zu senken.³⁸ Eine mögliche Begründung für diese Rechtsprechung mag man, wie bereits oben erwähnt, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit in dem insgesamt milderen Charakter des Ersatzmassnahmenrechts erblicken, auch wenn damit das Ersatzmassnahmenrecht faktisch eine (vom Gesetzgeber so nicht vorgesehene) Eigenständigkeit erlangt.

Zur Frage der elektronischen Überwachung von Ersatzmassnahmen im Falle von Wiederholungsgefahr äussert sich das Bundesgericht im Entscheid 1B_126/2011 vom 6. April 2011: Gegen den Beschuldigten X wurde ein Strafverfahren wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz geführt. Da aufgrund seiner einschlägigen deliktischen Vergangenheit zu befürchten war, er werde weiter delinquieren, wurde er in Untersuchungshaft genommen. Die dagegen gerichtete Beschwerde wies das Kantonsgericht Basel-Landschaft ab. Mit Beschwerde in Strafsachen beehrte X den Entscheid des Kantonsgerichts aufzuheben und ihn sofort aus der Haft zu entlassen. Da X die Tatvorwürfe nicht bestritt, war der dringende Tatverdacht unproblematisch. Er hatte früher auch bereits «gleichartige Straftaten» begangen und sich von entsprechenden Verurteilungen zwischen den Jahren 1999 und 2009 nicht von weiterer einschlägiger Delinquenz abhalten lassen, so dass Wiederholungsgefahr «ernsthaft» zu befürchten war. Allerdings kam das Bundesgericht zum Schluss, dass letzterer nicht mit der Anordnung von Ersatzmassnahmen begegnet werden könne: Mit «dem Einsatz von Electronic Monitoring, der Anordnung einer Meldepflicht oder dem Verbot, sich an bestimmten Orten aufzuhalten bzw. einen bestimmten Bezirk zu verlassen, [können] das Begehen von [weiteren] Straftaten nicht wirksam verhindert werden [...]».³⁹ Dies ist deshalb erstaunlich, weil das Bundesgericht im Falle einer bestehenden Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO) für das Rechtsgut Leben nicht eine solche restriktive Haltung wie bei der hier betroffenen Wiederholungsgefahr für Betäubungsmitteldelinquenz eingenommen hat, vgl. dazu im Folgenden. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass mit dem Verbot, sich ausserhalb des eigenen Wohnbereichs aufzuhalten und der elektronischen

³² BGer 1B_88/2015 lit. A.

³³ BGer 1B_88/2015 lit. B.

³⁴ BGer 1B_88/2015 E. 2.2.3.

³⁵ BGer 1B_88/2015 E. 2.3.

³⁶ BGer 1B_88/2015 E. 2.3.

³⁷ BGer 1B_88/2015 E. 2.2.3 und 2.3.

³⁸ Fluchtneigung versus Fluchtgefahr; allgemeine Kollisionsrisiken versus (echter) Kollisionsgefahr; gewisse Wiederholungsgefahr versus (echter) Wiederholungsgefahr.

³⁹ 1B_126/2011 E. 4.1 unter Hinweis auf BGer 1B_356/2010 E. 7 vom 23. November 2010.

Überwachung dieses Verbots (Anwesenheitskontrolle) der Wiederholungsgefahr wirksam begegnet werden könne.⁴⁰

E. Haftgrund «Ausführungsgefahr» und elektronisch überwachte Ersatzmassnahmen

Mit der Frage der elektronischen Überwachung einer Ersatzmassnahme im Falle von bestehender Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO) hat sich das Bundesgericht in BGE 140 IV 19 befasst. Dem Beschuldigten X wurde im Wesentlichen vorgeworfen, seine Lebenspartnerin körperlich angegangen und bedroht zu haben. Er habe ihr auch sinngemäss gesagt, dass er sie am liebsten umbringen würde. Auf seinem iPhone waren entsprechende – aber nicht verschickte – Textpassagen wie «bring sie um» zu lesen. X wurde wegen Ausführungsgefahr in Untersuchungshaft genommen. Seine dagegen gerichtete Beschwerde wies das Obergericht ab. Mit Beschwerde in Strafsachen begehrte X den Entscheid des Obergerichts aufzuheben und ihn gegen Auflagen bzw. Ersatzmassnahmen aus der Haft zu entlassen. Vor dem Hintergrund dieses Sachverhalts war hier eine (Ausführungs-)Gefahr für fremdes Leben als selbständiger Haftgrund «ernsthaft» zu befürchten. Unter Verhältnismässigkeitserwägungen stellte sich allerdings die Frage, ob dieser durch eine mildere – und ggf. elektronisch überwachte – Ersatzmassnahme wirksam begegnet werden könnte. Das Bundesgericht entschied dazu Folgendes: «Bei dieser Ausgangslage ist die Fortführung der Untersuchungshaft nicht erforderlich, da auch mit einem Rayon- und Kontaktverbot eine Fortsetzung bzw. Wiederaufnahme der Beziehung und ein räumliches Zusammenleben mit aufkommenden Krisensituationen verhindert werden kann.» «Allenfalls könnte deren Einhaltung in Anwendung von Art. 237 Abs. 3 StPO mittels Electronic Monitoring überwacht werden.»⁴¹ Mit Rücksicht darauf, dass sich das Bundesgericht im vorerwähnten Fall (Betäubungsmitteldelinquenz) sehr viel zurückhaltender zur Frage der elektronischen Überwachung von Ersatzmassnahmen geäussert hat, erstaunt es auf den ersten Blick, dass das Gericht im hier betroffenen Fall, in dem es um eine potentielle Lebensgefährdung geht, die elektronisch überwachte Ersatzmassnahme für ausreichend hält. Vor dem Hintergrund dessen, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr allerdings ohnehin schon systemfremd in der Strafprozessordnung ist, weil es an sich um reine Gefahrenabwehr und damit um Polizeirecht geht, ist eine besonders strenge Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Freiheitsentzuges sicher geboten.

⁴⁰ Vgl. z.B. Jonas Weber, a.a.O., N 43; Fabio Manfrin, a.a.O., S. 281.

⁴¹ BGE 140 IV 19 E. 2.6.

F. Fazit

Ein exemplarischer Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat gezeigt, dass dieses dazu neigt, das gesetzlich normierte akzessorische Verhältnis zwischen dem Ersatzmassnahmenrecht und dem Haftrecht zu lockern. Dies in dem Sinne, dass es für die Anordnung von Ersatzmassnahmen gewisse Abstriche von den an sich streng zu beachtenden Haftvoraussetzungen (Art. 221 StPO) macht. So sollen für die Anordnung einer Ersatzmassnahme eine «Fluchtneigung» statt einer Fluchtgefahr und ein «allgemeines Kollisionsrisiko» statt einer ernsthaften Kollisionsgefahr sowie eine «gewisse Wiederholungsgefahr» statt einer ernsthaften Wiederholungsgefahr genügen. Das Ersatzmassnahmenrecht wird insoweit extensiv interpretiert (vgl. oben These 1). Bei Vorliegen von Fluchtneigung bzw. Fluchtgefahr schliesst das Bundesgericht die Anordnung einer Ersatzmassnahme und auch deren elektronische Überwachung regelmässig aus. Dies insbesondere «in Grenznähe». Insoweit wird das Ersatzmassnahmenrecht mithin restriktiv gehandhabt (vgl. oben These 2). Neben dem Argument, dass Flucht durch eine elektronisch überwachte Ersatzmassnahme nicht wirklich zu verhindern sei, sondern bloss früher entdeckt würde, weist das Bundesgericht auf die (immer noch) fehlende Infrastruktur in den Kantonen hin. Mit Rücksicht darauf war die Weiterbildungstagung der bernischen Justiz ein wichtiges Signal, weil sie ins Bewusstsein gerufen hat, was technisch möglich, rechtlich zulässig und bisher noch zu wenig genutzt wird. Eine über diese Veranstaltung hinausgehende Sensibilisierung für das Thema «elektronisch überwachte Ersatzmassnahmen» erscheint geboten, um eine dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechende Anwendung des Haft- und Ersatzmassnahmenrechts zu gewährleisten.⁴²



⁴² Vgl. zum Thema auch: Andreas Eicker, Das Ersatzmassnahmenrecht wird aus den Angeln gehoben, Zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts in Haftsaachen, in: Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 345 ff.; ders., Zur bundesgerichtlichen Interpretation des Haftrechts contra legem, in: André Kuhn et. al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Zürich 2013, S. 977 ff.

Elektronische Überwachung im Strafvollzug: machbar – sinnvoll – effizient?

Eine kurze Zusammenfassung der wichtigsten Grundlagen und technischen Möglichkeiten

Obschon gemäss Art. 237 StPO das Gericht zur Überwachung von Ersatzmassnahmen den Einsatz technischer Geräte und deren feste Verbindung mit der zu überwachenden Person bereits seit Januar 2011 anordnen kann, wird dieser Gesetzesartikel nur sehr zögerlich angewendet. Diverse Gründe werden ins Feld geführt. Um das Argument der Unkenntnis der technischen und praktischen Umsetzung zu entkräften, wurde an der Weiterbildungsveranstaltung der Justizbehörden vom 10. April 19 das Thema Electronic Monitoring (EM) gewählt. Vier verschiedene Referenten erzählten aus ihrer Perspektive die Erfahrungen mit EM. Gerne komme ich als verantwortlicher Leiter der Vollzugsstelle EM und als stellvertretender Leiter der Bewährungs- und Vollzugsdienste und als einer der Referenten der Anfrage nach, eine Zusammenfassung des Vortrages hier zu präsentieren. EM kann in verschiedenen Formen angewendet werden:

- EM **Frontdoor** bei kurzen Freiheitsstrafen gemäss Art. 79b Abs. 1 lit. a StGB
- EM **Backdoor** als Vollzugsstufe gemäss Art. 79b Abs. 1 lit. b StGB
- EM bei **Kontakt- und Rayonverbot** i.S. v. Art. 67b Abs. 3 StGB
- EM im Rahmen von **Vollzugslockerungen** gemäss Art. 23 Abs. 2 lit. e JVG
- EM bei **Jugendlichen** gemäss Art. 16a JStGB
- **Und eben: Art. 237 Abs. 3 StPO.**

Während das Gesetz nicht weiter erläutert, welche Ersatzmassnahmen mit elektronischen Mitteln überwacht werden können, liegt es in der Sache, dass nicht jede Ersatzmassnahme zur elektronischen Überwachung möglich oder sinnvoll ist. Wie nachfolgende Tabelle aufzeigt, eignet sich die elektronische Überwachung in erster Linie beim **Rayonarrest, Rayonverbot** und beim **Hausarrest**.

Ersatzmassnahme gemäss Art. 237 Abs. 2 StPO		EM möglich	EM sinnvoll	EM-Technik	EM-Überwachungsart
a	die Sicherheitsleistung	nein	nein	-	-
b	die Ausweis- und Schriftensperre	nein	nein	-	-
c	die Auflage, sich nur oder sich nicht an einem bestimmten Ort oder einem bestimmten Haus aufzuhalten				
	Rayonarrest	ja	ja	GPS	passiv oder aktiv
	Rayonverbot	ja	ja	GPS	passiv oder aktiv
	Hausarrest	ja	ja	RF/GPS	passiv oder aktiv
d	die Auflage, sich regelmässig bei einer Arbeitsstelle zu melden	ja	nein	RF/GPS	passiv oder aktiv
e	die Auflage, einer geregelten Arbeit nachzugehen	ja	ja ^{*)}	RF/GPS	passiv oder aktiv
f	die Auflage, sich einer ärztlichen Behandlung oder einer Kontrolle zu unterziehen	ja	nein ^{*)}	RF/GPS	passiv oder aktiv
g	das Verbot, mit bestimmten Personen Kontakte zu pflegen (hier kann nur das physische Kontaktverbot überwacht werden)	ja	ja	GPS	passiv oder aktiv

^{*)} kann nützlich sein, um schneller auf das Fernbleiben reagieren zu können. Arbeitsstelle oder Arzt kann oder will möglicherweise nicht sofort reagieren.



Technische Funktionsweise

Der zu überwachenden Person wird ein Band (=Sender) am Fuss befestigt, welches in regelmässigen Abständen ein Signal an ein Empfängergerät sendet.



Dieses Signal wird vom Empfängergerät an eine Zentrale weitergeleitet. Sobald der Sender eine bestimmte Reichweite vom Empfänger entfernt ist, wird eine Alarmmeldung weitergeleitet.



Das Empfangsgerät wird in der Wohnung der zu überwachenden Person installiert und übermittelt seine Daten entweder über eine mobile Telefonnummer oder übers Festnetz. Hiermit kann überwacht werden, ob sich eine Person in der Wohnung aufhält oder nicht.



Für die Überwachung ausserhalb des Hauses kommt ein weiteres Gerät zur Anwendung, welches mitgetragen werden muss. Dieses Gerät übermittelt die Daten via Satellitenempfang und kann somit den Aufenthaltspunkt jederzeit festhalten. Somit können folgende Auflagen überprüft werden:

Aufenthalt zu Hause zu vordefinierten Zeiten (=Hausarrest), eine vordefinierte Zone ausserhalb der Wohnung, die nicht verlassen werden darf (=Rayonarrest) oder eine vordefinierte Zone aus-

serhalb des Hauses, die nicht betreten werden darf (=Rayonverbot).

Wird beispielsweise eine verbotene Zone betreten, werden die Alarme unmittelbar an die EM-Überwachungszentrale übermittelt und können mit genauen Zeitangaben und Kartenmaterial festgehalten werden:



Die rotmarkierten Pfeile zeigen die Aufenthaltspunkte in der verbotenen Zone an, die Zeitangabe im Beispiel bezieht sich auf das Verlassen der verbotenen Zone.

Der Technik sind aber Grenzen gesetzt

Eine zuvor definierte Zone muss ausgetestet werden, je nach Topographie kann die Genauigkeit der Daten von einigen Metern bis zu 1 Kilometer betragen. Je nach Zweck des Rayonverbotes muss das Rayon daher genügend gross definiert werden.

Für weitere Details der Technik verweise ich gerne auf das Fachkonzept «Electronic Monitoring» der Bewährungs- und Vollzugsdienste des Kantons Bern vom 01.09.2018, welches den Justizbehörden zur Verfügung steht. Für die technische Installation sowie die entsprechenden Abklärungen ist im Kanton Bern die Vollzugsstelle EM zuständig. Ihr Sitz befindet sich an der Südbahnhofstrasse 14d in Bern und ist erreichbar entweder unter der Nummer 031 633 54 56 oder via E-Mail bvd-em@pom.be.ch.

Falls von Seite Zwangsmassnahmengericht oder von Seite Staatsanwaltschaft eine elektronische Überwachung erwägt wird, ist eine vorgängige Kontaktaufnahme mit der Vollzugsstelle EM unumgänglich, damit die Verfügbarkeit der Geräte sowie die geplante Umsetzung besprochen werden kann.

Für weiterführende Fragen stehe ich gerne zur Verfügung:

Robert Karpf,
stv. Leiter Bewährungs- und Vollzugsdienste,
031 633 54 76,
robert.karpf@pom.be.ch

Die Einführung der Figur des «Quasi-Zeugen» und damit verbundene Probleme

Inhaltsübersicht

1.	Einleitung	28
2.	Parteien, Einvernahmearten sowie Rechte und Pflichten	28
2.1.	Die Parteien und die weiteren Verfahrensbeteiligten	28
2.2.	Die verschiedenen Einvernahmearten	28
2.3.	Die Auskunftsperson gemäss Art. 179 StPO	29
2.4.	Rechte und Pflichten der ein- vernommenen Personen	30
2.5.	Einführung von «Quasi-Zeugen» durch das Bundesgericht	30
2.6.	Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts naher Angehöriger	31
2.7.	Zweck des Aussageverweigerungsrechts der Auskunftsperson	32
2.8.	Problematik des bundes-gerichtlichen Urteils	33
2.8.1.	Umfang der Aussageverweigerungsrechte	33
2.8.2.	Ungleichbehandlung von Mit-beschuldigten	33
2.8.3.	Mögliche zukünftige Rolle als Massstab?	34
2.8.4.	Widerspruch zu Gesetzessystematik und Schutzzweck der Norm	34
2.8.5.	Mögliche Druckversuche durch die beschuldigte Person	35
2.8.6.	Kein vorwerfbares Verhalten der Polizei	35
3.	Praktische Folgen des bundesgerichtlichen Urteils	36
4.	Schluss	37

Literatur- und Materialienverzeichnis

Literatur:

BSK StPO-AUTOR, in: Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger/Marianne Heer (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014 [zit. BSK StPO-AUTOR]

CR StPO-AUTOR, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret (Hrsg.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, 2011 [zit. CR StPO-AUTOR]

HAUSER ROBERT, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974 [zit. HAUSER, Zeugenbeweis]

HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005 [zit. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht]

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2. Aufl. 2018 [zit. JEANNERET/KUHN, Précis]

MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE, Petit Commentaire Code de procédure pénale, 2. Aufl. 2016 [zit. MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit Commentaire]

MOSER NICOLA/EL-HAKIM ADAM, Verwertbarkeit von Einvernahmen eines Zeugen oder einer Auskunftsperson bei einem Rollenwechsel, in: forum poenale 4/2018, S. 300 ff. [zit. MOSER/EL-HAKIM, Verwertbarkeit]

NIEDERMANN URSULA, Die polizeiliche Auskunftsperson, Diss. Zürich 2018 [zit. NIEDERMANN, Auskunftsperson]

OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2012 [zit. OBERHOLZER, Grundzüge]

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017 [zit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch]

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxis-kommentar, 3. Aufl. 2017 [zit. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar]

PERLER THOMAS, Auskunftspersonen mit Zeugenpflichten? Die prozessuale Stellung der Privatklägerschaft in der Einvernahmesituation gemäss der schweizerischen Strafprozessordnung [zit. PERLER, Auskunftspersonen]

RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, 2011 [zit. RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht]

ZK StPO-AUTOR, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl. 2014 [zit. ZK StPO-AUTOR]

Materialien:

Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, 2001 [zit. Begleitbericht]

Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085 ff. [zit. Botschaft]

Abkürzungen:

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
bzw.	beziehungsweise
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BSK	Basler Kommentar
f./ff.	folgende/fortfolgende
E.	Erwägung
E-StPO	Entwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung vom 21.12.2005
gl.M.	gleicher Meinung
Hrsg.	Herausgeber
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
lit.	litera
m.H.	mit Hinweis(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note (Fussnote)
S.	Seite
sog.	sogenannte
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung
VE-StPO	Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZK	Zürcher Kommentar



1. Einleitung

Am 24. Oktober 2017 fällte das Bundesgericht anlässlich einer öffentlichen Beratung ein Grundsatzzurteil¹ zur Frage der Hinweispflicht bei Einvernahmen von Auskunftspersonen bzw. Zeugen². Konkret entschieden wurde über die Frage der Ausgestaltung der Rechtsbelehrung zu Beginn der polizeilichen Einvernahme sowie über die Folgen, wenn diese Belehrung nicht oder nicht korrekt erfolgt. Dem Urteil lag folgende Konstellation zugrunde: Der Beschuldigte gelangte ans Bundesgericht, nachdem er durch das Regionalgericht Berner Jura-Seeland aufgrund der Herstellung kinderpornografischer Fotos wegen Pornografie verurteilt worden war und die dagegen erhobene Berufung vor dem Obergericht des Kantons Bern erfolglos geblieben ist³. Vor der höchsten Instanz rügte der Beschuldigte, seine Verurteilung basiere im Wesentlichen auf den Aussagen seiner polizeilich als Auskunftsperson befragten Ehefrau. Deren damalige Aussagen seien jedoch nicht verwertbar, da sie nicht auf das ihr aufgrund der engen persönlichen Beziehung zustehende Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen worden sei. Das Berner Obergericht als Berufungsinstanz vertrat die Auffassung, die Ehefrau sei von der Polizei zu Recht als Auskunftsperson im Sinne von Art. 178 lit. d StPO befragt worden, da ihre Rolle bei der inkriminierten Tat zum damaligen Zeitpunkt unklar gewesen sei. Da sie über das ihr nach Art. 180 Abs. 1 StPO zustehende umfassende Aussageverweigerungsrecht korrekt belehrt worden sei, habe die Ehefrau des Beschuldigten nicht zusätzlich auf die Zeugnisverweigerungsrechte nach Art. 168 ff. StPO hingewiesen werden müssen. Hierüber müsse nur die einer Aussagepflicht unterliegende Privatklägerschaft gemäss Art. 178 lit. a StPO belehrt werden⁴. Das Bundesgericht kam demgegenüber zum Schluss, dass eine von der Polizei einvernommene Auskunftsperson zu Beginn der Befragung sowohl auf die Rechte und Pflichten einer Auskunftsperson als auch auf jene eines Zeugen aufmerksam zu machen ist, wenn feststeht, dass sie später im Verfahren als Zeuge einzuvernehmen sein wird. Unterbleibt eine entsprechende umfassende Belehrung, sind die gemachten Aussagen unverwertbar⁵.

Das Urteil wurde in der Praxis kontrovers diskutiert und sorgte für einige Unsicherheit mit Blick auf die Verwertbarkeit von bereits erfolgten und zukünftig durchzuführenden Einvernahmen von

Auskunftspersonen durch die Polizei. Im Folgenden werden die dem Urteil zugrunde liegende Thematik aufgegriffen, andere Lösungsansätze der Streitfrage präsentiert sowie die praktischen Folgen aufgezeigt.

2. Parteien, Einvernahmearten sowie Rechte und Pflichten

2.1. Die Parteien und die weiteren Verfahrensbeteiligten

In einem Strafverfahren gibt es verschiedene Beteiligte. Neben den Strafverfolgungsbehörden und den Gerichten (vgl. Art. 12 ff. StPO), die vorliegend nicht weiter interessieren, sind dies zunächst einmal die beschuldigte Person als Hauptperson des Verfahrens und die Privatklägerschaft, denen gemäss Art. 104 StPO jeweils Parteistellung zukommt (im Haupt- und Rechtsmittelverfahren darüber hinaus zusätzlich auch der Staatsanwaltschaft). Gemäss Art. 104 Abs. 2 StPO können Bund und Kantone zudem gewissen weiteren Behörden Parteirechte einräumen; darauf ist vorliegend nicht weiter einzugehen. Daneben gibt es andere Verfahrensbeteiligte, welche in Art. 105 Abs. 1 StPO aufgeführt sind. Es sind dies die geschädigte Person (lit. a), die Person, die Anzeige erstattet (lit. b), der Zeuge (lit. c), die Auskunftsperson (lit. d), der Sachverständige (lit. e) und der durch die Verfahrenshandlungen beschwerte Dritte (lit. f).

2.2. Die verschiedenen Einvernahmearten

Der Personalbeweis in Form einer Einvernahme stellt im Strafverfahren eines der wichtigsten Beweismittel dar⁶. Die Bestimmungen zur Einvernahme nehmen dementsprechend im Gesetz relativ viel Raum ein (vgl. Art. 142 ff. StPO). Die Strafprozessordnung kennt drei unterschiedliche Einvernahmearten: jene als beschuldigte Person (vgl. Art. 157 ff. StPO), jene als Zeuge (vgl. Art. 162 ff. StPO) und jene als Auskunftsperson (vgl. Art. 178 ff. StPO). Jede Befragung hat zwingend in Form einer dieser Varianten zu erfolgen, wobei das Gesetz auch vorgibt, in Bezug auf welche Personen welche Variante einzuhalten ist⁷.

Als beschuldigte Person gilt die Person, die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtig, beschuldigt oder angeklagt wird (Art. 111 Abs. 1 StPO). Zeuge ist eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist (Art. 162 StPO). Die Auskunftsperson schliesslich nimmt eine Mittelstellung zwischen beschuldigter

¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1025/2016 vom 24. Oktober 2017 (= BGE 144 IV 28).

² Zwecks einfacherer Lesbarkeit wird auf geschlechtsneutrale Formulierungen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermassen für beiderlei Geschlecht.

³ BGE 144 IV 28 lit. A und B, S. 28 f.

⁴ BGE 144 IV 28 E. 1-1.1 S. 29.

⁵ BGE 144 IV 28 E. 1.3-1.4 S. 31 ff.

⁶ Vgl. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 803; OBERHOLZER, Grundzüge, N. 717.

⁷ BGE 144 IV 97 E. 2.1.1; vgl. auch Art. 142 Abs. 2 StPO.

Person und Zeuge ein⁸. Unter diesem Titel werden Personen einvernommen, die weder als Zeugen einvernommen werden können noch als Beschuldigte in Frage kommen⁹. Eine Legaldefinition der Auskunftsperson findet sich in der Strafprozessordnung nicht¹⁰. Das Gesetz listet lediglich die Personen auf, welche als Auskunftspersonen einvernommen werden. Gemäss Art. 178 StPO wird als Auskunftsperson einvernommen, wer: sich als Privatklägerschaft konstituiert hat (lit. a), zur Zeit der Einvernahme das 15. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat (lit. b), wegen eingeschränkter Urteilsfähigkeit nicht in der Lage ist, den Gegenstand der Einvernahme zu erfassen (lit. c), ohne selber beschuldigt zu sein, als Täter oder Teilnehmer der abzuklärenden Straftat oder einer anderen damit zusammenhängenden Straftat nicht ausgeschlossen werden kann (lit. d), als mitbeschuldigte Person zu einer ihr nicht selber zur Last gelegten Straftat zu befragen ist (lit. e), in einem andern Verfahren wegen einer Tat, die mit der abzuklärenden Straftat in Zusammenhang steht, beschuldigt ist (lit. f) oder in einem gegen ein Unternehmen gerichteten Strafverfahren als Vertreter des Unternehmens bezeichnet worden ist oder bezeichnet werden könnte, sowie seine Mitarbeiter (lit. g). Diese Liste ist abschliessend¹¹.

In welcher Eigenschaft eine Person in einem Strafverfahren einvernommen wird, bestimmt sich primär nach dem gegen sie bestehenden Tatverdacht: Besteht ein Verdacht, ist die Person als beschuldigte Person zu behandeln und einzuvernehmen; steht sie ausserhalb jeden Verdachts, so ist sie als Zeuge zu befragen¹². Besteht gegen eine einzuvernehmende Person zwar kein hinreichender Tatverdacht, um sie als beschuldigte Person erscheinen zu lassen, kann aber gleichzeitig eine Tatbeteiligung nicht gänzlich ausgeschlossen werden, ist sie als Auskunftsperson zu befragen¹³. Eine spezielle Regelung gilt indes für die von der Polizei originär – d.h. ohne Auftrag der Staatsanwaltschaft – durchgeführten Befragungen¹⁴.

Ob jemand als Beschuldigter, Zeuge oder Auskunftsperson befragt wird, entscheidet der Einvernehmende bzw. die zuständige Strafbehörde. Dabei steht es weder im Ermessen der zuständigen Strafbehörde, in welcher Rolle eine Person einzuvernehmen ist, noch hat die zu befragende Person diesbezüglich ein Wahlrecht oder einen Anspruch. Ist von einer Konstellation gemäss

Art. 111, Art. 162 oder Art. 178 StPO (beziehungsweise Art. 179 oder Art. 187 Abs. 2 StPO) auszugehen, ist die zu befragende Person zwingend als Beschuldigter, Zeuge bzw. Auskunftsperson zu befragen. Der Entscheid über die Eigenschaft, in welcher eine Person befragt wird, ist aufgrund der im Zeitpunkt der Befragung bestehenden Sach- und Rechtslage zu treffen. Dementsprechend ist es denkbar, dass ein einmal getroffener Entscheid betreffend die prozessuale Rolle der zu befragenden Person nicht mehr Bestand haben kann, wenn sich die für diesen Entscheid massgebenden, bekannten Verhältnisse geändert haben¹⁵.

2.3 Die Auskunftsperson gemäss Art. 179 StPO

Gemäss Art. 179 Abs. 1 StPO befragt die Polizei eine Person, die nicht als beschuldigte Person in Betracht kommt, als Auskunftsperson. Gestützt auf die Regelung von Art. 142 Abs. 2 StPO ist die Polizei grundsätzlich auf die Einvernahme von beschuldigten Personen und von Auskunftspersonen beschränkt und kann keine Befragung unter strafbewehrter Wahrheits- und Aussagepflicht durchführen¹⁶. Eine Zeugeneinvernahme kommt nur in Betracht, wenn diese von der Staatsanwaltschaft gestützt auf eine spezifische Regelung in Auftrag gegeben wird (vgl. Art. 142 Abs. 2 StPO). Die Aufteilung in grundsätzlich bloss zwei Kategorien von zu befragenden Personen durch die Polizei erfolgte mit Blick darauf, dass zu Beginn eines Strafverfahrens häufig nicht klar ist, wer überhaupt als beschuldigte Person infrage kommt¹⁷. Weiter sollte der Polizei damit erspart werden, die mitunter schwierige Bestimmung von Zeugen und den damit verbundenen Rechten und Pflichten vornehmen zu müssen¹⁸. Mit der Regelung von Art. 179 Abs. 1 StPO wird der Polizei die Befugnis eingeräumt, Personen zu befragen, die sie nach Massgabe der allgemeinen Zuständigkeitsordnung gar nicht einvernehmen dürfte. Umgekehrt werden diese Personen – namentlich solche, die später im Verfahren als Zeugen gelten – als Auskunftspersonen einvernommen und unterstehen damit weder der Aussage- noch der Wahrheitspflicht¹⁹. Da die Auskunftsperson von Art. 179 StPO nicht identisch ist mit derjenigen gemäss Art. 178 StPO, wird die Auskunftsperson bei poli-

⁸ BGE 144 IV 97 E. 2.1.1.

⁹ Begleitbericht, S. 137; vgl. auch Botschaft, BBI 2006 1208 Ziff. 2.4.4.

¹⁰ Vgl. ZK StPO-ANDREAS DONATSCH, N. 1 zu Art. 178 StPO.

¹¹ Botschaft, BBI 2006 1208 Ziff. 2.4.4.

¹² Botschaft, BBI 2006 1208 Ziff. 2.4.4.

¹³ BGE 144 IV 97 E. 2.1.1 m.H.

¹⁴ Vgl. dazu unten Ziff. 2.3.

¹⁵ Vgl. BGE 144 IV 97 E. 2.1.3 S. 101.

¹⁶ Botschaft, BBI 2006 1185 Ziff. 2.4.1.2.

¹⁷ Vgl. PERLER, Auskunftspersonen, S. 7; MOSER/EL-HAKIM, Verwertbarkeit, S. 301; Urteil des Bundesgerichts 6B_205/2015 vom 24. August 2015 E. 1.4.

¹⁸ Vgl. BSK StPO-ROLAND KERNER, N. 1 f. zu Art. 179 StPO.

¹⁹ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, Strafprozessrecht, N. 1299.

zeilichen Einvernahmen gelegentlich auch als «Auskunftsperson sui generis» bezeichnet²⁰.

2.4. Rechte und Pflichten der einvernommenen Personen

Zu Beginn der Einvernahme ist die zu befragende Person in einer ihr verständlichen Sprache u.a. über den Gegenstand des Strafverfahrens und die Eigenschaft, in der sie einvernommen wird, zu informieren (vgl. Art. 143 Abs. 1 StPO). Die in Art. 143 StPO festgehaltenen allgemeinen Hinweis- und Belehrungspflichten gelten grundsätzlich unabhängig davon, ob jemand als beschuldigte Person, Zeuge oder Auskunftsperson einvernommen wird. Darüber hinaus sind selbstverständlich die spezifischen zusätzlichen Hinweis- und Belehrungspflichten – je nach Eigenschaft, in der die Person einvernommen wird – zu beachten. Diese Hinweis- und Belehrungspflichten dienen einem fairen Verfahren und dem Schutz der Rechtsposition der zu befragenden Person, indem diese überhaupt erst in die Lage versetzt wird, den Gegenstand der Einvernahme zu erfassen und entsprechend ihrer Rolle im Strafverfahren die ihr zustehenden Rechte und Pflichten wahrnehmen zu können²¹.

Die Wahl der Einvernahmeart zeitigt unmittelbare Folgen für die zu befragende Person, deren Rechte und Pflichten je nach ihrer Stellung im Verfahren differieren. Mit Blick auf die vorliegend interessierende Frage des Rechts, die Aussage zu verweigern, gilt für die vorstehend dargestellten Einvernahmearten das Folgende: Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern (Art. 113 Abs. 1 StPO). Die beschuldigte Person unterliegt auch keiner Wahrheitspflicht, wenn sie Aussagen macht²².

Gleiches gilt – mit Ausnahme der Privatklägerschaft (vgl. Art. 180 Abs. 2 i.V.m. Art. 178 lit. a StPO) – auch für Auskunftspersonen; für sie gelten sinngemäss die Bestimmungen über die Einvernahme der beschuldigten Person (vgl. Art. 180 Abs. 1 i.V.m. Art. 181 Abs. 1 und Art. 157 ff. StPO). Für die vor der Staatsanwaltschaft, vor den Gerichten sowie vor der Polizei, die sie im Auftrag der Staatsanwaltschaft einvernimmt, zur Aussage verpflichtete Privatklägerschaft sind demgegenüber «im Übrigen» und mit einer Ausnahme die Bestimmungen über die Zeugen sinngemäss anwend-

bar (vgl. Art. 180 Abs. 2 StPO). Keine solche Differenzierung findet statt für von der Polizei ohne Delegation der Staatsanwaltschaft einvernommene Auskunftspersonen: diese sind ausnahmslos berechtigt, die Aussage zu verweigern – also z.B. auch die geschädigte Person, die sich bereits zu diesem Zeitpunkt als Privatklägerschaft konstituiert hat²³. In allen Konstellationen trifft die Auskunftsperson nie eine Wahrheitspflicht²⁴. Auskunftspersonen, die zur Aussage verpflichtet sind oder sich bereit erklären auszusagen, sind auf die möglichen Straffolgen einer falschen Anschuldigung, einer Irreführung der Rechtspflege und einer Begünstigung hinzuweisen (vgl. Art. 181 Abs. 2 StPO).

Zeugen hingegen sind grundsätzlich verpflichtet, Aussagen zu machen, und können dafür bestraft werden, wenn sie unberechtigterweise die Aussage verweigern (vgl. Art. 163 Abs. 2 sowie Art. 176 StPO). Das Gesetz sieht indes in Art. 168 ff. StPO eine ganze Reihe von Zeugnisverweigerungsrechten vor, die den Zeugen im Einzelfall erlauben, keine Aussage zu machen. Gemäss Art. 177 Abs. 1 StPO macht die einvernehmende Behörde den Zeugen zu Beginn jeder Einvernahme auf die Zeugnis- und die Wahrheitspflichten und auf die Strafbarkeit eines falschen Zeugnisses nach Artikel 307 StGB aufmerksam. Unterbleibt die Belehrung, so ist die Einvernahme ungültig. Die einvernehmende Behörde hat den Zeugen gemäss Art. 177 Abs. 3 StPO weiter auf seine Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam zu machen, sobald sie aufgrund der Befragung und der Akten solche Rechte erkennt. Unterbleibt der Hinweis und beruft sich der Zeuge nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht, so ist die Einvernahme nicht verwertbar.

2.5. Einführung von «Quasi-Zeugen» durch das Bundesgericht

Im Rahmen der eingangs erwähnten öffentlichen Beratung vom 24. Oktober 2017 führte das Bundesgericht mit Verweis auf die gesetzliche Konzeption aus, bei der Befragung von Auskunftspersonen gemäss Art. 178 StPO gehe es um Konstellationen, in denen eine Mitwirkung an der Straftat nicht ausgeschlossen werden könne, in denen wegen der Konstituierung als Privatklägerschaft ein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens naheliegen könnte oder in denen Zweifel an der Aussagefähigkeit der zu befragenden Person bestünden. Abgesehen von Konstellationen vermindert urteilsfähiger Personen gemäss Art. 178 lit. b und c StPO sollten Auskunftspersonen wegen ihrer tatsächlichen oder möglichen Involvierung in die abzuklärende Straftat nicht

²⁰ Vgl. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, N. 1 zu Art. 179 StPO; ZK StPO-ANDREAS DONATSCH, N. 1 zu Art. 179 StPO.

²¹ Vgl. BSK StPO-DANIEL HÄRING, N. 7 und N. 10 ff. zu Art. 143 StPO; NIEDERMANN, Auskunftsperson, N. 155 ff.

²² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_157/2016 vom 8. August 2016 E. 2.4.2.

²³ Art. 180 Abs. 2 Satz 1 StPO e contrario. Vgl. auch Begleitbericht, S. 140, sowie Botschaft, BBI 2006 1185 Ziff. 2.4.1.2.

²⁴ Vgl. BGE 144 IV 28 E. 1.3.1 S. 32; Botschaft, BBI 2006 1211 Ziff. 2.4.4.

dem Druck ausgesetzt werden, sich selbst belasten zu müssen, falls sie als Täter oder Teilnehmer nicht ausgeschlossen werden können. Ebenso wenig sollten sie durch die Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage ihren Interessen im Strafverfahren schaden müssen, wenn sie sich als Privatklägerschaft konstituiert haben. Zur wahrheitsgemässen Aussage sei daher allein der Zeuge verpflichtet, der definitionsgemäss an der abzuklärenden Straftat nicht beteiligt sei und deshalb im Hinblick auf den Gang des Strafverfahrens keine eigenen Interessen verfolge. Daraus erhellte zugleich, dass das spezifisch geregelte, nur unter bestimmten Bedingungen zur Anwendung gelangende Aussageverweigerungsrecht des Zeugen nicht einfach als Ausfluss des allgemeinen Aussageverweigerungsrechts der Auskunftsperson verstanden werden könne. Die unterschiedlichen Mitwirkungsverweigerungsrechte der Auskunftsperson einerseits und des Zeugen andererseits beruhen vielmehr auf anderen Prämissen und verfolgten andere Ziele. Während das Aussageverweigerungsrecht der Auskunftsperson deren eigene Interessen im Verfahren schütze, betreffe das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen nicht den Schutz der befragten, sondern den Schutz der beschuldigten Person. Dem Beschuldigten nahestehende Personen sollten aus Rücksichtnahme auf besonders enge persönliche Beziehungen zu ihm vor dem Interessenkonflikt bewahrt werden, entweder wahrheitsgemäss auszusagen und damit die persönliche Beziehung zu ihm aufs Spiel zu setzen oder eine Verurteilung wegen falschen Zeugnisses in Kauf zu nehmen. Angesichts der unterschiedlichen Zielsetzungen des allgemeinen Aussageverweigerungsrechts der Auskunftsperson und des spezifischen Aussageverweigerungsrechts des Zeugen erscheine es unerlässlich, die zu befragende Person über beide Arten der Mitwirkungsverweigerungsrechte zu belehren, wenn ihr als Auskunftsperson zusätzlich zum allgemeinen Aussageverweigerungsrecht ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht, z.B. als naher Angehöriger zukomme. Denn mit dem Hinweis auf das allgemeine Aussageverweigerungsrecht werde der zu befragenden Person lediglich signalisiert, dass sie nicht zu Auskünften verpflichtet sei, welche ihr möglicherweise schaden könnten. Gehe es aber darum, dass sie auch nicht verpflichtet sei, zum Nachteil eines Dritten auszusagen, bedürfe dies eines spezifischen Hinweises²⁵.

2.6 Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts naher Angehöriger

Mit Blick auf die vom Bundesgericht angeführten unterschiedlichen Zielsetzungen des Zeugnisverweigerungsrechts des Zeugen vom allgemeinen Aussageverweigerungsrecht der Auskunftsperson

drängt es sich auf, diese genauer zu betrachten. Vorliegend interessiert einzig das Recht zur Zeugnisverweigerung betreffend Fragen zu nahen Angehörigen. Das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund persönlicher Beziehungen gemäss Art. 168 StPO bezweckt zweierlei: einerseits soll damit dem grundsätzlich zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichteten Zeugen ein Loyalitätskonflikt erspart werden, indem ihm in gewissen Konstellationen das Recht eingeräumt wird, zu schweigen. Die persönliche Beziehung und der Familienfriede sollen nicht durch eine entsprechende Aussage- und Wahrheitspflicht des Zeugen aufs Spiel gesetzt werden²⁶. Der Zeuge soll also nicht in die Situation gebracht werden, entweder wahrheitsgemäss auszusagen und damit die persönliche Beziehung zur beschuldigten Person aufs Spiel zu setzen oder eine Verurteilung wegen falschen Zeugnisses in Kauf zu nehmen²⁷. Das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund persönlicher Beziehungen bezweckt insbesondere den Schutz des Familienlebens, des Vertrauensverhältnisses unter den Angehörigen sowie des familiären Privat- und Geheimbereichs²⁸. Auf der anderen Seite dient das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund persönlicher Beziehungen der Wahrheitsermittlung. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass Parteilichkeit – wie sie familiäre Bindungen mit sich bringen – nicht nur zu bewusst falschen Aussagen zugunsten der beschuldigten Person, sondern auch zu einer dem Zeugen gar nicht bewussten einseitigen Färbung der Aussagen führen können. Das dem Zeugen aufgrund persönlicher Beziehungen zur beschuldigten Person eingeräumte Recht zur Aussageverweigerung soll also auch der Gefahr von unrichtigen Aussagen und einer Irreführung der Rechtspflege entgegenwirken²⁹.

Laut dem Bundesgericht betrifft das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen demgegenüber den Schutz der beschuldigten Person und nicht denjenigen der befragten Person³⁰. Mittelbar trifft dies zwar (auch) zu, indem das Familienleben der beschuldigten Person und des einvernommenen nahen Angehörigen geschützt werden soll. Allerdings steht das Zeugnisverweigerungsrecht eben dem Zeugen als höchstpersönliches Recht³¹ zu und nicht der beschuldigten Person. Würde das Zeugnisverweigerungsrecht tatsächlich primär bzw. gar ausschliesslich den Schutz der beschuldigten Person bezwecken, müsste sich diese konsequenterweise auch darauf berufen können. Dazu ist sie jedoch auch gemäss der bundesge-

²⁵ BGE 144 IV 28 E. 1.3.1 S. 31 ff.

²⁶ Vgl. Botschaft, BBl 2006 1198 Ziff. 2.4.3.2.

²⁷ BGE 144 IV 28 E. 1.3.1 S. 32.

²⁸ Vgl. BSK StPO-VEST/HORBER, N. 1 zu Art. 168 StPO m.w.H.

²⁹ HAUSER, Zeugenbeweis, S. 176 ff.; vgl. auch BGE 122 I 182 E. 6a/bb, S. 199.

³⁰ BGE 144 IV 28 E. 1.3.1 S. 32.

³¹ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 903.

richtlichen Rechtsprechung nicht legitimiert³². Das Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund persönlicher Beziehungen dient insbesondere auch nicht dazu, die Überführung eines nahen Verwandten zu verhindern³³. Die Strafprozessordnung sieht sodann auch für Aufzeichnungen und Unterlagen, die von Zeugnis- und Aussageverweigerungsberechtigten im Sinne von Art. 168 f. StPO stammen, kein Beschlagnahme- oder Entsigelungshindernis vor (vgl. Art. 264 StPO)³⁴. Würde das Zeugnisverweigerungsrecht aber tatsächlich nicht den Schutz des Zeugen, sondern denjenigen der beschuldigten Person betreffen, müsste sich Letztere z.B. auch gegen derartige Beschlagnahmen und Entsigelungen wehren können, was jedoch nicht der Fall ist. Insofern überzeugt der vom Bundesgericht im Leitentscheid vom 24. Oktober 2017 angerufene Schutzzweck des Zeugnisverweigerungsrechts – notabene ohne eine Quellenangabe – nicht.

2.7 Zweck des Aussageverweigerungsrechts der Auskunftsperson

Das allgemeine Aussageverweigerungsrecht der Auskunftsperson geht weiter als das Zeugnisverweigerungsrecht³⁵. Es erlaubt den Auskunftspersonen gemäss Art. 178 lit. b–g StPO bzw. allen Auskunftspersonen im Rahmen polizeilicher Einvernahmen generell und ohne Angabe von Gründen³⁶, die Aussage zu verweigern. Es handelt sich auch dabei um ein höchstpersönliches Recht³⁷. Das Aussageverweigerungsrecht von Auskunftspersonen gemäss Art. 178 lit. d–f StPO, die näher bei der Rolle eines Beschuldigten denn eines Zeugen stehen³⁸, dient primär bzw. ausschliesslich dem Schutz vor Selbstbelastung³⁹. Folgerichtig hat die Privatklägerschaft, die gemäss Art. 178 lit. a StPO ebenfalls als Auskunftsperson einvernommen wird, aber näher bei der Rolle des Zeugen denn eines Beschuldigten steht⁴⁰, kein solches allgemeines Aussageverweigerungsrecht. Vielmehr trifft sie eine Aussagepflicht, wobei im Übrigen mit Ausnahme von Art. 176 StPO die Bestimmungen über die Zeugen anwendbar sind (vgl. Art. 180 Abs. 2 StPO)⁴¹. Das allgemeine Aussageverweigerungsrecht von Auskunftspersonen

gemäss Art. 178 lit. b–c StPO schliesslich soll verhindern, dass diese beschränkt urteilsfähigen Personen als Zeugen unter Wahrheitspflicht aussagen müssen⁴².

Das generelle Aussageverweigerungsrecht (aller Arten) von Auskunftspersonen bei polizeilichen Einvernahmen ergibt sich aus Art. 180 Abs. 1 und 2 StPO. Dieses erfüllt einen doppelten Zweck, nämlich den Schutz vor Selbstbelastung und den Schutz allfälliger Aussageverweigerungsrechte von Zeugen. Damit sollte der Polizei bei den von ihr originär durchgeführten Einvernahmen erspart werden, sich mit den komplexen Bestimmungen der Zeugenbelehrung und Zeugnisverweigerungsrechte auseinandersetzen zu müssen⁴³. In Art. 187 des Vorentwurfs zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001 war noch vorgesehen, dass die Polizei Personen, die im Verfahren die Stellung eines Zeugen haben, unter Vorbehalt von Artikel 151 Absatz 3 Satz 2 VE-StPO als Auskunftspersonen befragt und sie auf allfällige Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam macht⁴⁴. Im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf wurde als alternative Lösung zu Art. 187 VE-StPO für polizeiliche Einvernahmen von Auskunftspersonen ein generelles Aussageverweigerungsrecht vorgeschlagen⁴⁵. Dieses generelle Aussageverweigerungsrecht wurde in der Folge im definitiven Entwurf aufgenommen (Art. 176 E-StPO), allerdings ohne diesbezügliche Ausführungen in der Botschaft⁴⁶. In den parlamentarischen Beratungen gab die Bestimmung von Art. 176 E-StPO, welche dem heutigen Art. 179 StPO entspricht, ebenfalls keinen Anlass mehr zu Diskussionen. Aus der Entstehungsgeschichte und der Anpassung der ursprünglich in Art. 187 VE-StPO vorgesehenen Regelung wird jedoch klar, dass die zunächst vorgesehene explizite Hinweispflicht der Polizei auf allfällige Zeugnisverweigerungsrechte durch das allgemeine Aussageverweigerungsrecht von polizeilich als Auskunftspersonen einvernommene Personen abgelöst werden sollte. In der Lehre wird die Hinweispflicht der Polizei auf allfällige Zeugnisverweigerungsrechte dennoch unterschiedlich betrachtet⁴⁷.

³² Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 1B_347/2015 vom 29. März 2016 E. 4.3.

³³ HAUSER, Zeugenbeweis, S. 179.

³⁴ Vgl. BGE 142 IV 207 E. 9.6 S. 226 f.; Urteil des Bundesgerichts 1B_347/2015 vom 29. März 2016 E. 4.3; ZK StPO-ANDREAS J. KELLER, N. 20 zu Art. 248 StPO.

³⁵ Vgl. auch NIEDERMANN, Auskunftsperson, N. 90.

³⁶ ZK StPO-ANDREAS DONATSCH, N. 21 zu Art. 180 StPO.

³⁷ ZK StPO-ANDREAS DONATSCH, N. 20 zu Art. 180 StPO.

³⁸ Vgl. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, N. 4 zu Art. 180 StPO.

³⁹ Vgl. in Bezug auf die Auskunftsperson gemäss Art. 178 lit. f StPO auch BGE 144 IV 97 E. 3.2.2. S. 108.

⁴⁰ Vgl. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 923.

⁴¹ Vgl. bereits oben Ziff. 2.4.

⁴² Vgl. Botschaft, BBI 2006 1208 f. Ziff. 2.4.4.

⁴³ Vgl. bereits oben Ziff. 2.3 sowie BSK StPO-ROLAND KERNER, N. 1 f. zu Art. 179 StPO.

⁴⁴ Vgl. auch Begleitbericht, S. 139 f.

⁴⁵ Vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren vom Bundesamt für Justiz vom Februar 2003, S. 48.

⁴⁶ Vgl. Botschaft, BBI 2006 1208 ff. Ziff. 2.4.4.

⁴⁷ Für ein Entfallen der Belehrung über Zeugnisverweigerungsrechte durch die Polizei: BSK StPO-ROLAND KERNER, N. 2 zu Art. 179 StPO; tendenziell wohl ebenfalls NIEDERMANN, Auskunftsperson, N. 303 ff., die sich allerdings etwas widersprüchlich äussert (vgl. etwa

2.8 Problematik des bundesgerichtlichen Urteils

Der Leitentscheid des Bundesgerichts vom 24. Oktober 2017 (BGE 144 IV 28) ist aus verschiedenen Gründen problematisch:

2.8.1. Umfang der Aussageverweigerungsrechte

Zunächst ergibt sich dadurch ein logisches Problem. Das allgemeine Aussageverweigerungsrecht der Auskunftsperson geht wie dargelegt weiter als die spezifischen Zeugnisverweigerungsrechte des Zeugen. Man kann einer Person mit Blick auf deren Aussagepflicht kein weitergehendes Recht einräumen als jenes, generell und ohne Begründung zu allen Fragen die Aussage zu verweigern. Es erschiene daher nichts als logisch, wenn das allgemeine Aussageverweigerungsrecht ein allfälliges zusätzlich bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht mitumfassen würde⁴⁸. Den Standpunkt, dass man einer Person nicht mehr sagen kann, als dass sie nichts sagen muss, vertreten denn auch von zwei der fünf Bundesrichter anlässlich der öffentlichen Verhandlung vom 24. Oktober 2017, darunter der schliesslich überstimmte Referent⁴⁹. Die von der Mehrheit des Spruchkörpers angeführte Begründung der unterschiedlichen Schutzzwecke der beiden Aussageverweigerungsrechte mutet doch reichlich theoretisch an. Für die von der Polizei befragte Auskunftsperson dürfte die theoretische Herleitung ihres Rechts zu schweigen egal sein. Zudem vermag das Bundesgericht die in seiner Urteilsbegründung angeführten unterschiedlichen Schutzzwecke auch nicht durch entsprechende Quellenangaben zu stützen⁵⁰.

Dem in der Rolle als polizeiliche Auskunftsperson befragten Zeugen entsteht dadurch insbesondere auch kein wesentlicher Nachteil: er verfügt über ein allgemeines Aussageverweigerungsrecht, hat keine Wahrheitspflicht und muss auch keine Bestrafung wegen falschen Zeugnisses befürchten⁵¹. Es besteht in dieser Situation gerade keine Gefahr eines Interessenskonfliktes, entweder wahrheits-

gemäss auszusagen und damit die persönliche Beziehung zur beschuldigten Person aufs Spiel zu setzen oder eine Verurteilung wegen falschen Zeugnisses in Kauf zu nehmen, wie er für einen Zeugen entstehen kann⁵². Eine Person, die über ein generelles Aussageverweigerungsrecht verfügt, bedarf keines zusätzlichen Schutzes durch ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht⁵³. Es besteht aufgrund der später im Verfahren (allenfalls) entstehenden grundsätzlichen Aussagepflicht als Zeuge höchstens die Gefahr, dass sich eine Person in Widerspruch zu ihren Aussagen als polizeiliche Auskunftsperson setzt⁵⁴.

Es erscheint daher unnötig und übertrieben, eine Aussage als unverwertbar aus den Akten zu weisen, wenn eine polizeiliche Auskunftsperson zwar auf ihr allgemeines Aussageverweigerungsrecht, nicht aber auf ein zusätzlich bestehendes bzw. eventuell gar erst zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren entstehendes Zeugnisverweigerungsrecht hingewiesen worden ist, und sich die Person nachträglich darauf beruft. Aus diesem Grund spricht sich ein beachtlicher Teil der Literatur für die Verwertbarkeit von Aussagen aus, die eine Person in der Rolle als Auskunftsperson gemacht hat, obwohl sie als Zeuge hätte einvernommen werden müssen⁵⁵. Auch das Bundesgericht erachtete mit dieser Begründung in einem früheren Entscheid die Befragung der Ehefrau des Beschuldigten als verwertbar, die in einer Konfrontations-Einvernahme mit ihrem Ehemann als Auskunftsperson einvernommen worden ist, ohne dass sie über ihre Zeugnisverweigerungsrechte aufgeklärt worden wäre. Allerdings machte damals offenbar nur der Beschuldigte geltend, die Einvernahme sei mangels korrekter Rechtsbelehrung nicht verwertbar und die Ehefrau berief sich nicht auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht⁵⁶.

2.8.2. Ungleichbehandlung von Mitbeschuldigten

Mit Blick auf die vom Bundesgericht vertretene Auffassung ergeben sich sodann weitere Fragen, insbesondere in Fällen von Mittäterschaft. Nicht selten bestehen etwa im Bereich des Betäubungsmittelrechts Konstellationen, wo z.B. ein Brüderpaar oder sonstige nahe Angehörige gleich-

N. 168 f.); sowie wohl auch SCHMID/JOSITSCH, Praxis-Kommentar, N. 3 zu Art. 179 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 919. Für die Pflicht zur zusätzlichen Belehrung über Zeugnisverweigerungsrechte durch die Polizei: ZK StPO-ANDREAS DONATSCH, N. 4 zu Art. 179 StPO; ZK StPO-GUNHILD GODENZI, N. 6 zu Art. 143 StPO; OBERHOLZER, Grundzüge, N 752; und bereits zum früheren Recht HAUSER, Zeugenbeweis, S. 136; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, S. 294 N. 12.

⁴⁸ Vgl. oben Ziff. 2.7.

⁴⁹ Vgl. auch den Artikel »Neue Pflicht für Polizisten - Bundesgericht verweigert Verwertung von Aussagen der Ehefrau«, in: NZZ Nr. 248 vom 25.10.2017, S. 16.

⁵⁰ Vgl. oben Ziff. 2.6.

⁵¹ Vgl. Botschaft, BBl 2006 1211 Ziff. 2.4.4; NIEDERMANN, Auskunftsperson, N 181.

⁵² Vgl. oben Ziff. 2.6.

⁵³ Vgl. auch PERLER, Auskunftspersonen, S. 36.

⁵⁴ Vgl. NIEDERMANN, Auskunftsperson, N 304.

⁵⁵ Vgl. MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Petit Commentaire, N. 5 zu Art. 178 StPO; JEANNERET/KUHN, Précis, N. 12015; CR-StPO CAMILLE PERRIER, N. 33 zu Art. 178 StPO; NIEDERMANN, Auskunftsperson, N. 90 und 305 ff. sowie bereits oben Ziff. 2.7.

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_567/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 1. vgl. weiter auch die Urteile des Bundesgerichts 6B_208/2015 vom 24. August 2015 E. 7.4 und 6B_98/2016 vom 9. September 2016 E. 2.4.2, denen vergleichbare Konstellationen zugrunde liegen.

zeitig für dieselben Delikte beschuldigt sind. Diese werden gemäss der Regelung in der Strafprozessordnung jeweils als beschuldigte Personen einvernommen, da sie weder an der Straftat unbeteiligte Zeugen im Sinn von Art. 162 StPO noch Auskunftspersonen im Sinn von Art. 178 (insb. lit. e und f) StPO sind⁵⁷. Dementsprechend werden solche Mitbeschuldigte auch «nur» über das ihnen zustehende umfassende Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht hingewiesen⁵⁸. Belastet in der Folge beispielsweise der eine Bruder den andern, wurden solche Aussagen von den Gerichten bis anhin soweit ersichtlich noch nie als unverwertbar taxiert. Die Problematik des engen persönlichen Verhältnisses ist hier jedoch im Grunde genau dieselbe wie beim Zeugen, aber man geht davon aus, dass der Schutzzweck der Zeugnisverweigerungsrechte durch das allgemeine Aussageverweigerungsrecht des Mitbeschuldigten mit abgedeckt ist. Folgerichtig sind solche Aussagen auch verwertbar, wenn die Beschuldigteneigenschaft der aussagenden Person im weiteren Verlauf des Verfahrens wegfällt und diese nunmehr als Zeuge gilt⁵⁹. Warum für einen als polizeiliche Auskunftsperson einvernommenen «Quasi-Zeugen» eine andere Regelung gelten sollte, ist nicht einzusehen.

2.8.3. Mögliche zukünftige Rolle als Massstab?

Ein weiteres Problem dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung entsteht auf der zeitlichen Ebene: In der Literatur besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, dass sich die Eigenschaft, in welcher eine Person zu befragen ist, aufgrund der Gegebenheiten zum Zeitpunkt der Einvernahme zu beurteilen hat⁶⁰. Auch das Bundesgericht vertritt diese Auffassung⁶¹. Durch die bundesgerichtliche Einführung der in der Strafprozessordnung nicht enthaltenen Figur des «Quasi-Zeugen» wird der zu Beginn einer Strafuntersuchung nicht selten unter grossem Druck (v.a. in zeitlicher, aber auch anderer Hinsicht) stehenden Polizei aufgetragen, sich Gedanken über die mögliche zukünftige Stellung der von ihr zu befragenden Person zu machen und sie auch über ihr allfällig später im Verfahren zustehende Rechte zu belehren. Dazu hat je nach dem noch eine Belehrung über allfällige besondere Rechte von Opfern zu erfolgen (vgl. Art. 152 ff.

StPO). Damit wird die in Art. 179 StPO vorgesehene Regelung, wonach die Polizei im Rahmen nicht durch die Staatsanwaltschaft delegierter Einvernahmen alle Personen, die nicht als Beschuldigte in Betracht kommen, als Auskunftspersonen befragt, ihres Sinnes beraubt. Denn damit sollte der Polizei die mitunter auch für Juristen schwierige Beantwortung der Frage der Zeugenqualität einer einzuvernehmenden Person und der damit einhergehenden Zeugnisverweigerungsrechte gerade erspart werden⁶². Dafür sieht das Gesetz als Korrektiv vor, dass von der Polizei als Auskunftsperson gemäss Art. 179 StPO befragte Personen keiner Aussage- und Wahrheitspflicht unterstehen⁶³. Insbesondere bei Auskunftspersonen im Sinne von Art. 178 lit. d StPO müsste gemäss der bundesgerichtlichen Sichtweise durch die Polizei konsequenterweise eine dreifache Belehrung erfolgen, denn diese können im Verlauf des Verfahrens weiterhin Auskunftspersonen bleiben (sich aber allenfalls als Privatklägerschaft konstituieren), sie können aber auch zu beschuldigten Personen oder zu Zeugen werden. Eine solche alle zukünftigen Eventualitäten abdeckende Belehrung ist jedoch weder praktikabel noch verständlich. Es gilt vielmehr, sich an den Grundsatz zu halten, wonach die Gegebenheiten zum Zeitpunkt der Einvernahme entscheidend sind.

2.8.4. Widerspruch zu Gesetzessystematik und Schutzzweck der Norm

Die vom Bundesgericht geforderte Belehrung einer Auskunftsperson im Sinne von Art. 179 StPO über ihr möglicherweise später im Verfahren zustehende Zeugnisverweigerungsrechte widerspricht weiter der Systematik des Gesetzes. Polizeilichen Auskunftspersonen werden wie dargelegt sehr weitgehende Rechte zugestanden, welche umfassender sind als diejenigen eines Zeugen. Es widerspricht daher der vom Gesetzgeber vorgesehenen Konzeption und auch dem Schutzzweck der Norm⁶⁴ von Art. 177 Abs. 3 StPO, wenn eine über ihr allgemeines Aussageverweigerungsrecht belehrte Auskunftsperson zusätzlich auf ein allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht hinzuweisen sein und sich im Unterlassungsfall auf die Unverwertbarkeit dieser Aussagen berufen können soll. Art. 177 Abs. 3 StPO sieht zu Recht die Unverwertbarkeit von Zeugenaussagen vor, die ohne Hinweis auf bestehende Zeugnisverweigerungsrechte unter der Verpflichtung zum wahrheitsgemässen Zeugnis gemacht worden sind. Die keiner Wahrheitspflicht unterstehende und über ein generelles Aussageverweigerungsrecht verfügende polizeiliche Auskunftsperson bedarf demgegenüber keines zusätzlichen Schutzes, wenn sie sich

⁵⁷ Vgl. auch SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 660.

⁵⁸ Vgl. bereits HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, S. 302 N. 32b.

⁵⁹ Gl.M. ZK StPO-GUNHILD GODENZI, N. 41 zu Art. 158 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 906 und wohl auch BSK StPO-NIKLAUS RUCKSTUHL, N. 3 zu Art. 158 StPO.

⁶⁰ Vgl. ZK StPO-ANDREAS DONATSCH, N. 10 zu Art. 178 StPO; ZK StPO-GUNHILD GODENZI, N. 25 zu Art. 143 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N. 920.

⁶¹ BGE 144 IV 97 E. 2.1.3 S. 101; vgl. bereits oben Ziff. 2.3.

⁶² Vgl. zu den Schwierigkeiten mit Blick auf die Privatklägerschaft auch PERLER, Auskunftspersonen, S. 10 und 14.

⁶³ Vgl. oben Ziff. 2.4.

⁶⁴ Vgl. dazu auch NIEDERMANN, Auskunftsperson, N. 247.

entschliesst, Aussagen zu machen⁶⁵. Die vom Bundesgericht geforderte zusätzliche Belehrung von polizeilich als Auskunftspersonen einzuvernehmende «Quasi-Zeugen» lässt sich dem Gesetz denn auch nicht entnehmen. Der Gesetzgeber verweist in Art. 180 Abs. 2 StPO lediglich für die Privatklägerschaft auf die (sinngemäss anwendbaren) Bestimmungen über die Zeugen. Dies korrespondiert mit der nur für diese Kategorie von Auskunftspersonen bestehenden grundsätzlichen Aussagepflicht vor der Staatsanwaltschaft, vor den Gerichten sowie vor der Polizei, die sie im Auftrag der Staatsanwaltschaft einvernimmt. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass zusätzlich alle polizeilich als Auskunftspersonen einvernommenen Personen, die im späteren Verfahren die Stellung eines Zeugen haben, über ihre Zeugnisverweigerungsrechte aufzuklären sind, hätte er einfach die in Art. 187 Abs. 1 VE-StPO vorgesehene Regelung beibehalten und in Art. 179 StPO aufnehmen können⁶⁶. Erst recht nicht auf die schliesslich Gesetz gewordenen Bestimmungen abstützen lässt sich die durch das Bundesgericht der Polizei aufgetragene Pflicht, Personen auf bloss eventuell später im Verfahren bestehende Zeugnisverweigerungsrechte hinzuweisen.

2.8.5. Mögliche Druckversuche durch die beschuldigte Person

Problematisch ist die Keule der Unverwertbarkeit von Aussagen polizeilicher Auskunftspersonen, die später im Verfahren eventuell als Zeugen zu behandeln sind und von der Polizei nicht über die Zeugnisverweigerungsrechte belehrt worden sind, auch mit Blick darauf, dass solche Konstellationen gehäuft bei Delikten im sozialen Nahraum vorkommen. Ist beispielsweise eine Ehefrau sexueller Gewalt durch ihren Ehemann ausgesetzt und entschliesst sich, diesen Umstand der Polizei anzuzeigen, besteht regelmässig die Gefahr, dass sie in der Folge unter Druck gesetzt wird, keine Aussagen mehr zu machen bzw. ihre Aussagen zurückzuziehen. Ist die Ehefrau von der Polizei bei ihren Erstaussagen nicht auf die Zeugnisverweigerungsrechte hingewiesen worden, wären diese gemäss dem bundesgerichtlichen Leitentscheid vom 24.10.2017 grundsätzlich unverwertbar, wenn sie sich nachträglich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Damit dürften aber gerade besonders schutzbedürftige Opfer verstärkten Druckversuchen durch beschuldigte Personen aus ihrem nächsten Umfeld ausgesetzt sein. Ob der Belehrung über die Zeugnisverweigerungsrechte in Konstellationen, wo das Opfer durch das Stellen eines Strafantrags bzw. das Einreichen einer Strafanzeige die Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten herbeiführt, aber überhaupt eine bzw. die gleiche praktische Bedeutung zukommt,

erscheint fraglich⁶⁷. Es würde daher übertrieben anmuten, Aussagen eines solchen Opfers, welches von der Polizei als Auskunftsperson einvernommen worden und nicht auf die Zeugnisverweigerungsrechte hingewiesen worden ist, als unverwertbar zu taxieren, wenn es sich nachträglich – aus welchen Gründen auch immer – auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht auch nach dem Leitentscheid vom 24. Oktober 2017 dies so beurteilen wird. Problematisch dürften aber auch andere Konstellationen sein, so bspw. Verdachtsfälle von Kindsmisshandlungen durch einen Vater, die der Polizei von der Schule oder der KESB gemeldet werden. In solchen Fällen wird zu Beginn des Verfahrens regelmässig auch die Mutter als Mitbeteiligte nicht ausgeschlossen werden können. Wird diese durch die Polizei als Auskunftsperson (im Sinne von Art. 178 lit. d StPO) und ohne Hinweis auf eventuelle Zeugnisverweigerungsrechte befragt, und mutiert sie später im Verfahren zur blossen Zeugin, dürften ihre Erstaussagen bei der Polizei nach dem Leitentscheid des Bundesgerichts unverwertbar sein, wenn sie sich nachträglich auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht beruft⁶⁸.

2.8.6. Kein vorwerfbares Verhalten der Polizei

Schliesslich erscheint es insbesondere auch mit Blick auf den dem bundesgerichtlichen Leitentscheid zugrunde liegenden Sachverhalt stossend, wenn der fehlende Hinweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht bei der polizeilichen Befragung als Auskunftsperson zur Unverwertbarkeit der Aussage führen soll. Wie sich den zusammengefassten Erwägungen der Vorinstanz entnehmen lässt, war die Ehefrau des Beschuldigten von der Polizei als Auskunftsperson im Sinne von Art. 178 lit. d StPO eingestuft worden, da ihre Rolle bei der inkriminierten Tat zum damaligen Zeitpunkt unklar gewesen war⁶⁹. Mit anderen Worten konnte sie damals – ohne selber beschuldigt zu sein – als Täterin oder Teilnehmerin der abzuklärenden Straftat nicht ausgeschlossen werden. Mit Blick auf den Vorwurf der Pornografie gegenüber dem Beschuldigten, begangen durch Herstellung von kinderpornografischen Fotos der Tochter, war eine Beteiligung der Ehefrau an den verpönten Handlungen denn auch keineswegs lebensfremd. In solchen Konstellationen stellt sich regelmässig die Frage, ob der nicht aktiv an den Übergriffen beteiligte Partner davon wusste, diese duldete und so den Täter psychisch bestärkte und sich gegebenenfalls der Gehilfenschaft (durch Unterlassen) schuldig gemacht haben könnte. Dass die

⁶⁵ Vgl. bereits oben Ziff. 2.8.1.

⁶⁶ Vgl. bereits oben Ziff. 2.7.

⁶⁷ Vgl. mit Blick auf den unterbliebenen Hinweis auf das generelle Aussageverweigerungsrecht einer Person, die Strafanzeige und Strafantrag stellte, auch BGE 141 IV 20 E. 1.2.4 S. 27.

⁶⁸ Vgl. auch nachfolgend Ziff. 2.8.6.

⁶⁹ BGE 144 IV 28 E. 1.1 S. 29.

Ehefrau im vorliegenden Fall später im Verfahren als blosser Zeugin zu behandeln sein würde, war zum Zeitpunkt ihrer polizeilichen Einvernahme dementsprechend weder klar noch absehbar. Vielmehr war es offenbar naheliegender, dass die Ehefrau allenfalls selbst auch noch in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden geraten könnte. Der Wechsel von der Auskunftsperson zur Zeugin war daher im vorliegenden Fall ein sog. echter Rollenwechsel⁷⁰. Während die von einigen Autoren vertretene Auffassung⁷¹, wonach die polizeiliche Auskunftsperson über ihr erkennbar zustehende Zeugnisverweigerungsrechte hinzuweisen sei, im Grundsatz noch nachvollzogen werden kann, mutet die Belehrungspflicht über eventuell erst später im Verfahren entstehende Zeugnisverweigerungsrechte, die zum Zeitpunkt der Einvernahme nicht absehbar waren, übertrieben an. Der Polizei kann in einer solchen Konstellation schlicht kein (Unterlassungs-) Vorwurf gemacht werden⁷². Auch die Staatsanwaltschaft hätte die Ehefrau in einer solchen Konstellation als Auskunftsperson (im Sinne von Art. 178 lit. d StPO) und nicht als Zeugin einvernommen, da sie zum damaligen Zeitpunkt offenbar näher bei der Rolle einer beschuldigten Person denn einer Zeugin war. Wieso das Bundesgericht im von ihm zu beurteilenden Fall zum Schluss kommt, die Befragung sei allein deshalb als Auskunftsperson erfolgt, weil es die organisationsrechtlichen Einvernahmebestimmungen der Polizei grundsätzlich verwehrt, formelle Zeugeneinvernahmen durchzuführen, ergibt sich aus dem Entscheid nicht⁷³. In der Begründung wird der Fall der eventuellen späteren Zeugeneigenschaft mit demjenigen gleichgestellt bzw. vermischt, wo die Zeugenstellung von Anfang an klar ist⁷⁴. Das erscheint problematisch⁷⁵. Entgegen der bundesgerichtlichen Regeste («Wird eine Person von der Polizei einvernommen und steht fest, dass sie später im Verfahren als Zeuge oder Zeugin einzuvernehmen sein wird, muss die Polizei sie sowohl auf die Rechte und Pflichten einer Auskunftsperson als auch auf jene eines Zeugen oder einer Zeugin aufmerksam machen.») lag dem zu beurteilenden Sachverhalt gerade kein klarer Fall einer Zeugeneinvernahme durch die Polizei zugrunde.

3. Praktische Folgen des bundesgerichtlichen Urteils

Um das Risiko zu vermeiden, dass Aussagen polizeilicher Auskunftspersonen als unverwertbar eingestuft werden, empfiehlt es sich, wenn die

Polizei künftig und bis zu einer allfälligen Präzisierung der bundesgerichtlichen Praxis die einzuvernehmende Person jeweils doppelt belehrt, also auf das allgemeine Aussageverweigerungsrecht als Auskunftsperson und auf allfällige Zeugnisverweigerungsrechte hinweist. Erste Rückmeldungen aus der Praxis im Kanton Bern, wo die Belehrungen nach dem Bundesgerichtsentscheid bereits angepasst worden sind, lassen allerdings darauf schliessen, dass eine solche doppelte Belehrung die Personen mehr zu verwirren scheint anstatt ihnen zu dienen. Es ist offenbar für einen juristischen Laien nicht unbedingt verständlich, wenn man ihn zunächst auf das allgemeine Aussageverweigerungsrecht hinweist und dann auch noch auf allfällige spezifische Zeugnisverweigerungsrechte. Der Umstand, dass die Belehrung über Rechte und Pflichten so zu erfolgen hat, dass die zu befragende Person die Bedeutung und Tragweite ihres Inhalts zumindest im Kern sprachlich und intellektuell versteht⁷⁶, stellt eine zusätzliche Herausforderung dar. Es empfiehlt sich daher, diese so knapp wie möglich zu halten und die polizeiliche Auskunftsperson nicht auf alle möglichen Zeugnisverweigerungsrechte hinzuweisen, sondern nur auf dasjenige von nahen Angehörigen, da diese Kategorie von allenfalls zeugnisverweigerungsberechtigten Personen mit Abstand am häufigsten ist. Die Belehrung hat dabei so einfach wie möglich zu erfolgen. Es muss daher ausreichen, wenn der zu befragenden polizeilichen Auskunftsperson mitgeteilt wird, dass sie allgemein nicht zur Aussage verpflichtet ist und die Aussage insbesondere verweigern kann, wenn sie in einer nahen persönlichen Beziehung zum Beschuldigten steht.

Was die Verwertbarkeit von bereits früher erfolgten Einvernahmen von Auskunftspersonen durch die Polizei anbelangt kann festgehalten werden, dass diese jedenfalls dann verwertbar bleiben, wenn sich die einvernommene und später im Verfahren zum Zeugen mutierte Person nachträglich nicht auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht beruft (vgl. Art. 177 Abs. 3 StPO)⁷⁷. Ob das bundesgerichtliche Urteil vom 24. Oktober 2017 dazu führen wird, dass vermehrt Personen sich nachträglich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen – sei es aus freien Stücken oder aufgrund von Druckausübung durch die beschuldigte Person – wird sich zeigen.

⁷⁰ Vgl. dazu MOSER/EL-HAKIM, Verwertbarkeit, S. 302 ff., allerdings bezogen auf die Rollenwechsel hin zum Beschuldigten.

⁷¹ Vgl. oben Ziff. 2.7.

⁷² Gl.M. NIEDERMANN, Auskunftsperson, N. 306.

⁷³ Vgl. BGE 144 IV 28 E. 1.3.2 S. 34.

⁷⁴ Vgl. BGE 144 IV 28 E. 1.3.2 S. 34 f.

⁷⁵ Vgl. dazu oben Ziff. 2.7, 2.8.1 und 2.8.3.

⁷⁶ Vgl. den Beschluss der Beschwerdekammer des Berner Obergerichts vom 29. November 2012 (BK 2012 202) E. 3.1 sowie in Bezug auf die Belehrung von beschuldigten Personen auch das Urteil des Bundesgerichts 6B_500/2012 vom 4. April 2013 E. 1.2.1.

⁷⁷ Vgl. bereits oben Ziff. 2.7 und 2.8.1.

4. Schluss

Der bundesgerichtliche Leitentscheid vom 24. Oktober 2017 ist wie dargelegt in mehrfacher Hinsicht problematisch. Eine Mehrheit von drei zu zwei Bundesrichtern sprach sich dafür aus, dass ein polizeilich als Auskunftsperson einvernommener «Quasi-Zeuge» zusätzlich zum allgemeinen Aussageverweigerungsrecht auch auf ein allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht hinzuweisen ist – obwohl dies vom Gesetzgeber so gerade nicht vorgesehen wurde. Darüber hinaus soll dies nicht nur für klar erkennbare Zeugen gelten, sondern auch für solche Personen, bei denen nicht klar ist, ob sie später durch die Staatsanwaltschaft als Auskunftsperson oder als Zeuge zu befragen sein werden. Durch diese sehr formelle Sichtweise wird die Durchsetzung des materiellen Rechts unnötig erschwert. Hauptsächliches Ziel des Strafverfahrens ist es jedoch gerade, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen⁷⁸. Der Strafprozess sollte nicht zum Selbstzweck werden und mit übertriebenem Formalismus die Anwendung des materiellen Rechts erschweren oder gar verunmöglichen⁷⁹. Es ist daher zu bedauern, dass das Bundesgericht der Polizei, welche seit der Inkraftsetzung der eidgenössischen Strafprozessord-

nung ohnehin schon eine ganze Fülle neuer Vorschriften zu beachten hat, weitere Pflichten auferlegt. Die angeführten unterschiedlichen Zielsetzungen des allgemeinen Aussageverweigerungsrechts der polizeilichen Auskunftsperson und der spezifischen Zeugnisverweigerungsrechte eines Zeugen halten einer näheren Prüfung weder in theoretischer noch in praktischer Hinsicht stand. Eine polizeilich als Auskunftsperson einvernommene Person mit allgemeinem Aussageverweigerungsrecht bedarf schlicht keines zusätzlichen Schutzes. Besonders störend ist überdies, dass im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall die Rollenverteilung zu Beginn des Verfahrens eben gerade nicht klar war und in der Urteilsbegründung nicht dargelegt wird, weshalb die Ehefrau des Beschuldigten zum Zeitpunkt ihrer Erstbefragung zu Unrecht als Auskunftsperson im Sinne von Art. 178 lit. d StPO eingestuft worden sein soll. Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass mit der zusätzlichen Belehrungspflicht letztlich nichts gewonnen, sondern bloss eine weitere Fehlerquelle geschaffen wird. Das ist bedauerlich. Es bleibt daher zu hoffen, dass das Bundesgericht diese Rechtsprechung bei nächster Gelegenheit wenn nicht ändert so doch zumindest präzisiert.

⁷⁸ PERLER, Auskunftspersonen, S. 31 mit Verweis auf HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, S. 5 N. 3 ff.

⁷⁹ Vgl. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht, S. 5 N. 4.



Basrie Sakiri-Murati

«Bleibende Spuren» – Mein Weg vom Kosovo in die Schweiz

Über die Autorin:

Basrie Sakiri-Murati wurde 1971 im Kosovo geboren. Im Juni 1989 emigrierte sie aufgrund politischer Aktivitäten in die Schweiz. Heute ist sie als akkreditierte Übersetzerin für Justizbehörden sowie für verschiedene soziale Institutionen tätig und arbeitet als medizinische Praxisassistentin. Basrie Sakiri-Murati lebt mit ihren beiden Kindern in Bern.

Über das Buch:

Basrie Sakiri-Murati wurde früh politisiert. Als Gymnasiastin engagierte sie sich Ende der 1980er-Jahre für eine «Republik Kosovo». Es waren unruhige Zeiten, immer wieder kam es zu Protesten gegen die serbische Regierung, die mit Gewalt bekämpft wurden. Politische Aktivistinnen und Aktivisten waren der Verfolgung ausgesetzt, es drohten Gefängnis und Folter. Auch die Autorin musste untertauchen, versteckte sich mit anderen «Illegalen» wochenlang bei Verbündeten oder im Wald. Als die Situation schließlich zu bedrohlich wurde, musste sie fliehen: in die Schweiz – weit weg von ihrer Heimat, ihrer Familie und all ihren Freunden.

Ein Jahr nach ihrer Ankunft in der Schweiz, im Sommer 1990, begann die Autorin über die aufwühlende Zeit von politischem Aufbegehren und Flucht zu schreiben. Entstanden ist ein sehr persönlicher, berührender, zuweilen auch wütender Bericht einer Neunzehnjährigen, die im Exil versucht, das Erlebte schreibend zu begreifen, zu verarbeiten. 2016 sind die Aufzeichnungen im Kosovo unter dem Titel *Gjurmë të pashlyshme* erschienen. Für *Bleibende Spuren* hat die Autorin sie ins Deutsche übersetzt, gekürzt und überarbeitet.

Den zweiten Teil verfasste Basrie Sakiri-Murati 2018 auf Deutsch. Darin schildert sie ihr Leben in der Schweiz, in der kosovarischen Diaspora; ein Leben zwischen zwei Welten, zwei Kulturen. Sie erzählt von ihrer Ankunft und dem Alleinsein, aber auch von neuen Perspektiven und herzlichen Begegnungen. Von Erfolg und Enttäuschung, persönlichem Glück und dem großen Leid, das ihre Familie während des Kosovokriegs erfahren musste – während sie in der Ferne hilflos zuschaute.

Ein Nachwort der Autorin:

Wie für die meisten Menschen, die ihre Heimat verlassen, war es auch für mich schwierig, Anschluss zu finden im Exil. Als junge, alleinstehende Frau war es nicht einfach, sich in einem völlig fremden Land zu bewegen. Zudem stand ich quasi vor dem Nichts. Nicht selten reagierten die Einheimischen abweisend. Ich fühlte mich unerwünscht, was mich verletzte. Ohnehin kam ich mir oft vor wie ein angeschossenes Rehkitz; verwundet und in ständiger Angst. Mit der Zeit lernte ich jedoch damit umzugehen, komische Reaktionen versuchte ich nicht persönlich zu nehmen. Vielmehr versuchte ich zu verstehen – oder mir einzureden –, dass es wohl auch für die Einheimischen nicht immer leicht war mit mir; auch wegen der Sprache.

Sprachprobleme erschwerten mir anfänglich die Arbeitssuche. Doch mit der Zeit wendeten sich viele Dinge zum Guten. Irgendwann fand ich sogar meine Lebensfreude wieder und begann mich wohl zu fühlen. Und ja, ich war froh, den unstabilen Verhältnissen im Kosovo entkommen zu sein... Und doch könnte ich die zurückgelassene Heimat niemals vergessen oder gar aus meinem Herzen verdrängen. Ich bin in der Schweiz angekommen, fühle mich hier zuhause, aber die starke emotionale Bindung an mein Vaterland wird immer bleiben. Ich fühle mich hier sicher, geborgen und geschätzt und doch zieht mich mein Herz auch nach dreißig Jahren in den Kosovo zurück.

Manchmal frage ich mich, ob mein Herz sich zweigeteilt hat, oder ob inzwischen gar noch ein zweites in meiner Brust gewachsen ist?

Wenn ich heute in den Kosovo reise, wage ich kaum zu erzählen, wie gut es mir in der Schweiz ergeht und was für ein privilegiertes Leben ich dort führen kann. Die aussichtslose Situation vieler Menschen stimmt mich traurig, und ich fühle mich hilflos. Viele Junge betrachten ihre Zukunft im Kosovo als beispiellos schlecht. Ihnen fehlt jegliche Perspektive, denn es gibt kaum Hoffnung, nach der Ausbildung eine Arbeit zu finden. Entsprechend mangelt es auch an Sinn für die Politik und dem Willen, die Zukunft des Landes aktiv mitzugestalten. Selbst Ärzte, Ökonomen oder Lehrer haben oft schlechte Aussichten auf eine Stelle. Oder sie arbeiten weit unter ihrer Qualifikation als Servicefachkraft oder Schreiner. Dabei wären doch gerade hoch qualifizierte Kräfte wichtig für das Land. Stattdessen schauen sich viele im Ausland um, in der Hoffnung auf ein besseres Leben.

Mittlerweile umfasst die kosovarische Diaspora in den westlichen Ländern, insbesondere in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, knapp eine halbe Million Menschen. Allein in der Schweiz leben rund 110'000 Kosovo-Albaner. Dabei hörte die Gemeinschaft der Diaspora nie auf, dem Heimatstaat zu dienen. Bereits vor Kriegsbeginn flossen Geld und Waren in den Kosovo, die nicht nur dabei halfen, die Armut zu bekämpfen, sondern auch politische und militärische Bewegungen aufzubauen.

Nach dem Krieg kehrten die Unternehmer mit großen Hoffnungen in den Kosovo zurück. Ihr Ziel war es, die Infrastruktur im Land wiederaufzubauen und weiterzuentwickeln. Doch Korruption und Misswirtschaft, verdrängten sie bald wieder und viele der bereits getätigten Investitionen gingen verloren.

Ungeachtet dessen unterstützten immer noch viele Menschen in der Diaspora ihre Verwandten und Angehörigen zuhause. Neunzig Prozent von ihnen verbringen ihre Ferien im Kosovo.

Unsere Wege durch das Leben sind vielfältig. Es gibt Regionen mit vorzüglichen Lebensbedingungen, Regionen die glücklicherweise kaum von Kriegen betroffen sind. In anderen Weltgegenden hingegen fristen Tausende Menschen ein menschenunwürdiges Dasein, da kaum mehr ein Stein auf dem anderen steht. Wenn wir heute die Weltpolitik verfolgen, sehen wir immer neue Flüchtlingsströme aus dem Nahen Osten und Afrika in die Länder Europas ziehen. Die Gründe dafür sind Krieg, Verfolgung und Armut. Hunderttausende, ja sogar Millionen müssen deswegen ihre Heimat verlassen. Die Schlepperei ist zu einem einträglichen und rücksichtslosen Geschäft geworden. Die Mittelmeerländer sind nur teilweise bereit, Flüchtlinge aufzunehmen; Flüchtlinge zu retten, die auf überladenen Schiffen über das Mittelmeer fahren und dabei ihr Leben riskieren. Immer wieder hört man von Schiffsbesatzungen, die die Überfahrt nicht heil überstehen. Tausende Flüchtlinge schaffen es nicht lebend über das Meer.

Flüchtende Menschen sind oft während Monaten, ja sogar Jahren, unterwegs. Viele sind traumatisiert und krank. Immer öfter sind auch unbegleitete Minderjährige anzutreffen, die sich, vor lauter Angst nicht angenommen zu werden, älter machen als sie sind.

Auch nach fast dreißig Jahren kommt es mir so vor, als wäre meine Flucht erst gestern zu Ende gegangen. Ich könnte jedes Mal losheulen und aus der Haut fahren, wenn ich sehe, wie schwer den Flüchtenden der ohnehin schon sehr steinige Weg gemacht wird. Besonders die Bilder von Kindern und Jugendlichen, die sich ohne ihre Eltern aufgemacht haben und nun ums nackte Überleben kämpfen, erinnern mich an meine eigene Flucht und die einsamen Wochen und Monate danach.

Im Vergleich zu diesen jungen Menschen befand ich mich recht bald in Sicherheit. Ich hatte keine Wüste zu durchqueren und kein Meer zu überwinden. Ich war auch keinen geldgierigen Schleppern ausgeliefert. Und doch war vor allem die lange Zeit im Untergrund mit vielen Risiken verbunden, und es tat weh, sich völlig unerwartet von einer ganzen Vergangenheit, ja auch von einer Gegenwart, und einer Zukunft trennen zu müssen.

Zu Beginn meines Aufenthalts in der Schweiz klammerte ich mein persönliches Schicksal komplett aus und dachte nur an meine Familie, meine Verwandtschaft und meine Freunde. Ich selber war ja grundsätzlich davon überzeugt, dass mein Leben in der Schweiz nur vorübergehend sein würde. Ich weiß nicht, wie ich mich verhalten hätte, wenn man mir im Kosovo vorausgesagt hätte, dass ich mich auf eine Reise ohne Rückkehr vorbereiten müsse.

Als mir allmählich bewusst wurde, dass mein Aufenthalt hier in der Schweiz doch etwas länger dauern könnte, beschloss ich, mein Schicksal selber in die Hand zu nehmen und nicht länger zuzulassen, dass andere über mich bestimmten. Ich wollte möglichst bald selbständig werden und mich aus einer Art Finsternis ans Tageslicht hochkämpfen.

Inzwischen habe ich mich damit abgefunden, dass mein kühnster Traum, einmal Kinderärztin zu werden, niemals zustande kommen wird. Diese Erkenntnis hat mich lange genug gedemütigt und mich viel Energie gekostet ... Ich war immer wissbegierig und so bin ich auch heute noch überzeugt, dass sich mein Traum erfüllt hätte, wenn dieser sinnlose Krieg nicht dazwischengekommen wäre.

Doch als ich hierher kam, reichten meine Fähigkeiten offenbar nicht einmal zum Kartoffelschälen und Tellerwaschen. Umso wichtiger war es für mich, mich stets selber über Wasser halten zu können und mich immer weiter nach Ausbildungsmöglichkeiten umzuschauen. Schließlich wollte ich zeigen, dass auch Flüchtlinge zu guten Leistungen fähig sind. Das will ich noch heute.

Menschen wie die Familie Bohren, das Ehepaar Hubler oder Frau Müller, aber auch viele meiner Freunde, Arbeitskolleginnen und Nachbarn haben mich auf diesem Weg unterstützt und mir sogar ein wenig Familiengefühl geschenkt. Dank ihnen vergaß ich oft, an mein schwieriges Schicksal zu denken. Sie verliehen mir Mut und Lebensfreude, und ich war froh, von ihnen nicht bloß mitleidvoll angeschaut zu werden, als ein «Schicksalskind».

Aufgrund der täglichen Bilder und Berichte aus Kriegsländern, wo die tragischen Schicksale und das Elend kein Ende nehmen, hatte ich mich im Jahr 2016 entschieden, meine Geschichte, die ich ein Vierteljahrhundert zuvor durchgestanden und teils in einem Tagebuch festgehalten hatte, all

jenen Flüchtlingen zu widmen. Später entschied ich mich, meine Erinnerungen bis heute fortzuschreiben. Es soll aber nicht einfach ein Lebensbericht sein, vielmehr möchte ich mit dem Buch auch einen Teil unserer Geschichte vermitteln, der Geschichte des Kosovo. Damit nicht vergessen geht, was geschehen ist und woher wir kommen. Denn Geschichte wird nicht nur von Politikern geschrieben, sondern von den vielen Menschen, die schlechte Politik erleiden müssen.

Die albanische Volksgruppe hat, historisch gesehen, immer wieder Schweres durchgemacht. Verteilt auf fünf Länder, auf Albanien, Mazedonien, Montenegro und Südserbien und den Kosovo, verbindet uns eine gemeinsame Sprache, das Albanische. Die letzten Jahre des 20. Jahrhunderts werden als die größte Völkervertreibung auf dem Balkan in Erinnerung bleiben, als Folge des blutrünstigen Aufruhrs, worunter hauptsächlich Bosnier und Albaner zu leiden hatten. Die Vertreibungen, Massaker und Vergewaltigungen zwangen viele Menschen dazu, die jahrhundertealte Heimat zu verlassen.

Gleichzeitig kann man diese Jahre als auch eine große Zeit des Humanismus betrachten. Als eine Zeit, in der Flüchtlinge fast überall in Europa mit offenen Armen empfangen und aufgenommen wurden. Ihnen wurde eine würdevolle Unterkunft geboten, inklusive Sozialfürsorge, Gesundheitsvorsorge sowie Bildung von Kindern und Jugendlichen.

Etwas über meine Tätigkeit als Übersetzerin:

Jeder Übersetzungsauftrag, den ich bekomme, ist für mich eine neue Herausforderung. Ich erfahre oft erst vor Ort, was mich erwartet und mit wem ich es zu tun habe. Meistens sitze ich zwischen zwei Gegenparteien, muss mich in ihre Probleme hineinversetzen und dabei immer sachlich bleiben. Äußerungen meinerseits sind nicht erlaubt. Erklärungen nur dann, wenn es darum geht, irgendwelche Missverständnisse abzubauen. Dabei darf ich mir weder Freude noch Traurigkeit, Mitleid oder Wut anmerken lassen; ich muss wie ein Roboter darsitzen, die Gespräche übersetzen und keinerlei Emotionen zeigen. Doch das ist nicht immer leicht. Es ist nicht einfach, Täter und Opfer immer gleichwertig zu betrachten.

Doch genau das wird von mir erwartet, meine Rolle verlangt vollkommene Neutralität. Die allermeisten Fälle lasse ich nicht auf mich einwirken, obwohl ich manchmal gegen die Tränen oder das Lachen ankämpfen muss. Ich übersetze in die konsekutive Form und möglichst exakt; nicht wortwörtlich, aber inhaltlich muss jede Kleinigkeit

stimmen. Die Aussagen an den Einvernahmen ergeben nicht immer Sinn. Es kommt sogar vor, dass der Befragte eine Antwort gibt, die überhaupt nicht zur gestellten Frage passt. Trotzdem übersetze ich sie und es kann sein, dass mich der Verfahrensleiter dann komisch anschaut. Doch spätestens wenn er die Frage noch einmal wiederholt und nochmal die genau gleiche Antwort erhält, versteht er, dass dies kein sprachliches sondern ein sachliches Problem ist. Dass der Befragte der Wahrheit ausweicht. Manchmal ist ein einziges Wort entscheidend, um eine Sache richtig beurteilen zu können.

Ich bin immer wieder beeindruckt, wie professionell und korrekt die meisten Verfahrensleiter sind, wie einfühlsam. Wenn es sein muss, sei es wegen Verständigungsproblemen oder mangels Kooperation, wiederholen sie ihre Fragen höflich und mit viel Geduld, solange bis Klarheit herrscht. Und auch wenn sie merken, dass Beschuldigte offensichtlich nicht die Wahrheit erzählt, reagieren sie diskret, tun so, als ob sie die Lüge nicht bemerken hätten, und fahren mit der weiteren Einvernahme fort. Natürlich tun sie das oft auch aus taktischen Gründen.

Obwohl ich meistens mit Straftätern zu tun habe, wurde ich noch nie beleidigt oder misstrauisch angeschaut. Ich habe das Gefühl, dass meine Tätigkeit von allen Seiten gewürdigt wird und ich den richtigen Platz gefunden habe. Abgesehen von den Strapazen und den oftmals schwierigen Gesprächen... Am Ende werden alle an der Einvernahme beteiligten Personen freundlich und respektvoll verabschiedet. Zurück bleiben meistens ein Gefühl der Zufriedenheit und die Einsicht, die Arbeit richtig gemacht zu haben.

Die Empfehlungen in der Strafrechtspflege: politische Ärgernisse oder notwendige Instrumente der Rechtssicherheit?

Die heutige Normendichte ist beeindruckend, die Gesetzgebung aber nicht überall harmonisch. Ermessensspielräume sind bewusst vom Gesetzgeber gewollt, indes ist die Entscheidungsfindung keine exakte Wissenschaft. Die Unterschiede zwischen den Strafjustizorganisationen, die sich in Bereichen wie der obersten Aufsicht, ihrer Organisation oder der reichen Ausgestaltung von Abläufen dann auch in der Rechtsanwendung bemerkbar machen, erweisen sich in der Praxis bisweilen als nachteilig. Ist es somit zulässig und gar erwünscht, wenn die föderalistische Vielfalt zugunsten der Ziele der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und der Effizienz ausserhalb der Rechtskontrolle durch Soft Law etwas gemindert wird?

Inhaltsübersicht:

1. Einleitung	41
2. Wozu Empfehlungen?	42
3. Gesetzgeberischer Auftrag und Führungsinstrumente	42
4. Die Minderung föderalistischer Vielfalt	43
5. Der Wirkungsgrad der Empfehlungen der Schweizerischen Staatsanwältkonferenz	44
6. Fazit	45

1. Einleitung

Der folgende Beitrag gibt den Inhalt des anlässlich der wissenschaftlichen Tagung 2018 der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung gehaltenen Referates zum Thema «Grauzonen der Rechtsetzung» wieder. Es galt, namentlich die Empfehlungen der Schweizerischen Staatsanwältkonferenz (SSK) oder jene anderer Gremien in der schweizerischen Strafrechtspflege aus der Warte des Anwenders der Gesetzgebung an der Front zu beleuchten und zu bewerten.

Dass es zum Thema «Empfehlungen» Diskussionen geben kann und eigentlich auch muss, liegt auf der Hand: Schon die Tagungsausschreibung unter dem Titel «Grauzonen der Rechtsetzung» lässt es erahnen: Mit Empfehlungen und Weisungen ist man offenbar unwohl und hat Befürchtungen: So soll die Behördenpraxis eine Fülle von normativen Zweideutigkeiten bewirtschaften, als würde man diese Zweideutigkeiten sprichwörtlich beackern, bearbeiten, bebauen, beforsten oder wie ein Feld bestellen, auf das es zünftig wachse. An sich wie Unkraut, da solches autoritär und invasiv auftritt, dabei die guten Pflanzen der Rechtsnormenzucht verdrängend, ohne das Recht zu haben, eine solch gute Pflanze sein zu dürfen.

Nicht ohne Grund war es daher notwendig, nicht minder provokativ einen Referatstitel zu wählen, damit dieses Spannungsfeld zwischen Notwendigkeit bis vielleicht sogar hin zum politischen Ärgernis ausgeleuchtet werden kann, hier natürlich auf die Strafrechtspflege beschränkt.

Die SSK ist wegen einer ihrer Empfehlungen wohl etwas zum Ärgernis geworden: Gestützt auf vermeintlich exakte Statistikzahlen aus Neuenburg glaubte man sich der Wahrheit des hässlichen und unfähigen Staatsanwaltes nahe, weil dieser den Volkswillen untergrabe, dies eben gestützt auf eine sogenannte «invasive, autoritative Empfehlung». So ist dem Amtlichen Bulletin des Ständerates aus seiner neunten Sitzung der Frühjahrs-session 2018 zum Thema «konsequenter Vollzug der Landesverweisung» (Ip Müller 17.4201) folgendes zu entnehmen (Votum SR Müller AB 2018 S. 220): «Wenn nun vonseiten der Schweizerischen Staatsanwältkonferenz am 24. November 2016 Empfehlungen betreffend Ausschaffung abgegeben wurden, zur Frage, unter welchen Bedingungen man den Landesverweis nicht vornehmen solle, dann muss ich schon sagen: Wenn ich diese Liste der Empfehlungen der Schweizerischen Staatsanwältkonferenz, sprich der Ausnahmen, lese, dann habe ich meine Bedenken, ob die Staatsanwältkonferenz wirklich gewillt ist, den gesetzgeberischen Willen umzusetzen.»

Dass auf den Kanton Bern bezogen bei 258 Anklagen mit obligatorischer und fakultativer Landesverweisung und lediglich 8 Anwendungen der Härtefallklausel im Strafbefehlsverfahren das kolportierte Verhältnis von 52 zu 48 – oder mit anderen Worten: Von 100 Fällen solle bei 48 keine Landesverweisung ausgesprochen werden – nicht zutreffen kann und dass damit der Vorwurf der direkt vorsätzlichen Unterwanderung eines Gesetzes sehr hinkt, ist mittlerweile klar geworden. Aber ist es nun so, dass diese Empfehlungen, wie auch im Ständerat moniert, eine solche autoritative Wirkung haben? Oder was ist damit gemeint? Zweifel, Unsicherheiten oder gar die Polemik verschwinden indes rasch, wenn man sich einige nach wie vor gültige Grundsätze vor Augen hält, die bei korrektem staatlichen Handeln – kombiniert mit dem eingepägten Verständnis für die jeweiligen institutionellen Rollen und mit der Akzeptanz der fachlichen Rollen – nach wie vor Gültigkeit haben. Nur dergestalt kann eine Versachlichung stattfinden, welche die absolut notwendige



Diskussion der wirklich dogmatisch interessanten Fragen ermöglicht.

2. Wozu Empfehlungen?

Eine Empfehlung ist eine unverbindliche, in der Regel verbale Unterstützung. Sie ist daher der Gegenpol zur Pflicht, der Gesetzmässigkeit oder der autoritativen Vorgabe. Der Blick auf die erwähnten allgemeingültigen Rechtsgrundsätze lohnt sich daher sehr: Unbestrittenermassen untersteht das staatliche Handeln dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit, welchem Verfassungsrang zukommt. Mit anderen Worten gilt das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Aus diesem Gesetzesvorrang resultiert die nach der Rangordnung der gesetzgebenden Behörden abgestützte Geltungskraft der Rechtssätze. Das heisst nichts anderes, als dass ein rangniedriger Rechtssatz einer ranghöheren Vorschrift nicht widersprechen darf. Das gilt einerseits für die bundesstaatliche Normenhierarchie, wonach Bundesrecht kantonales Recht bricht, oder auf kantonaler Ebene, wo kantonales Recht ihm widersprechendes Gemeinderecht bricht. Die Geltungskraft der Rechtssätze findet sich denn auch in der Nomenklatur wieder: So finden wir hier die uns heute interessierende Reihenfolge des Gesetzes vor der Gesetzesverordnung, das Dekret vor dem Reglement, der Weisung oder dem Rundschreiben. Letztere sind Verwaltungsverordnungen (eben auch Weisungen, Richtlinien, Merkblätter etc. genannt). Sie stellen generelle Anweisungen einer vorgesetzten Behörde an ihre unterstellten Behörden dar. Solche Verwaltungsverordnungen, die sich auch in der Justiz finden, wie etwa das «Reglement des Bernischen Obergerichtes über die Aufgaben und Kompetenzen der als Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber tätigen Personen der Zivil-, Straf- und Jugendgerichtsbehörden», können die interne Organisation oder den Vollzug betreffen.

3. Gesetzgeberischer Auftrag und Führungsinstrumente

Selbstverständlich muss als Ausfluss der Gesetzmässigkeit die Norm, auf die sich eine solche Verwaltungsverordnung bezieht, diesen Handlungsspielraum einräumen, damit kodifiziert werden darf. Dies kann sich – selbstverständlich auch in der Strafrechtspflege – etwa auf die Konkretisierung von Gesetzesbestimmungen in einer Verordnung beziehen, wo es dann im Sinne der Delegationsnorm heisst «Der Regierungsrat regelt die Einzelheiten» – oder bezogen auf die Bernische Staatsanwaltschaft im Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) vom 11. Juni 2009 in Artikel 90 Absätze 2 und 3: «Die Generalstaatsanwältin oder der Generalstaatsanwalt leitet die Staatsanwaltschaft. Sie oder er ist für die fachgerechte und effiziente Strafverfolgung verantwortlich. Sie oder er kann im Bereiche der Staatsanwaltschaft Weisungen erteilen.»

Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern – wie auch diejenigen der anderen 26 Kantone – verfügt selbstverständlich über den genannten Grundsätzen entsprechende Bestimmungen generell-abstrakten Inhalts, mit denen sie ihre Praxis für sich selbst oder für unterstellte Dritte zu formen trachtet. Es ist ein Regelwerk, in dem einerseits die sich aus dem Strafrecht, dem Nebenstrafrecht und dem Strafprozess zu ergebenden Handlungsfelder oder Gesetzaufträge mit dem normenhierarchisch korrekten Instrument abgedeckt werden, damit, wie es das GSOG mit den auszufüllenden Worten oder gar Werten «fachgerecht und effizient» und die eidgenössische Strafprozessordnung mit den Bestimmungen ihrer beiden ersten Titel festhalten, rechtstaatlich einwandfrei und unabhängig gearbeitet werden kann.

Einerseits sind dies Vorgaben, die ganz klar den einheitlichen Vollzug und damit die Rechtssicherheit zum Ziel haben; sie sind Ausfluss der allgemeinen Vollzugskompetenz und des Hierarchieprinzips. Diese Vorgaben sind somit als Rechtssätze verpflichtend und damit oberste Leitschnur in der Staatsanwaltschaft. So wird in diesem Bereich beispielsweise festgelegt, welche Straftaten die Polizei der Staatsanwaltschaft zu melden hat. Die Grundlage dafür findet sich im Artikel 307 Absatz 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO; SR 312.0): «Die Polizei informiert die Staatsanwaltschaft unverzüglich über schwere Straftaten sowie über andere schwer wiegende Ereignisse. Die Staatsanwaltschaften von Bund und Kantonen können über diese Informationspflicht nähere Weisungen erlassen». Es ist unschwer zu erkennen, dass diese Gesetzesnorm von Konkretisierungsbedarf nur so strotzt und der Erlass «näherer Weisungen» sehr (oder gar zu?) einfach tönt. Was sind «schwere Straftaten»? Was sind «schwerwiegende Ereignisse»? Was heisst «unverzüglich»? Diese Aufgabe hat die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern mit der Weisung über die Information der Staatsanwaltschaft durch die Kantonspolizei geregelt, die sicherstellt, dass einheitlich genau das gemeldet wird, was von Belang ist, und dass im Kanton keine Unsicherheiten an der Polizeifront und in der Praxis entstehen.

Als weiteres Beispiel der Justizverwaltung kann die Weisung über Aktenführung und Aktenordnung im Einvernehmen mit der Strafabteilung des Obergerichtes des Kantons Bern angeführt werden, die bezweckt, dass die Staatsanwaltschaften und die Gerichte des Kantons Bern mit einheitlich aufgebauten Akten arbeiten, die einen schnellen Zugriff und Vollständigkeit und damit hochqualifizierte, effiziente Arbeit ermöglichen. Andererseits sind diese Verwaltungsverordnungen natürlich auch Führungsinstrumente, das andere zentrale Element, welches sich aus dem gesetzlichen Auftrag der Staatsanwaltschaften ergibt. Die Staatsanwaltschaften sind so zu organisieren, dass sie

ihren Gesetzauftrag nicht nur rechtsgleich und institutionell unabhängig, sondern auch organisiert und effizient erfüllen, um letztlich auch dem Beschleunigungsgebot Rechnung zu tragen. So finden sich in der Bernischen Gesetzessammlung das publizierte Organisationsreglement über die Staatsanwaltschaft, daneben die Organisationsreglemente der einzelnen Abteilungen, dies von der Wirtschaftsabteilung bis hin zur davon völlig unterschiedlichen Jugendanwaltschaft, soweit auch hier nicht Themen bereits durch das GSOG geregelt werden.

Über dreihundert Köpfe wollen geführt sein: Der persönliche Kontakt und die Transparenz stehen für die Führungspersönlichkeiten im Vordergrund. Der Mensch steht im Mittelpunkt, und daher ist es selbstverständlich, dass vieles zu regeln ist: Klarerweise und unabdingbar wird mit Soft law wie Leitbild, Code of conduct und Handlungsgrundsätzen bis hin zu Merkblättern in den Human Resources oder im Finanzbereich oder der Informatik gearbeitet. Führung lebt und hat modern zu sein, sie findet wie alles ihre Grenzen in Verfassung, Gesetz und Personalverordnungen. Empfohlen wird hier einiges, angewiesen und reglementiert, «gemerkblattet» auch. Diese völlig transparente und rechtsstaatlich einwandfrei geregelte und gelebte Zone gilt es an dieser Stelle von den angesprochenen vermeintlichen Grauzonen abzugrenzen. Aber der Einschub sei erlaubt: Würde man vermehrt differenziert den Titel eines Papiers lesen oder beachten, wie das Umfeld oder die Problemstellung oder ein Handlungsbedarf aussieht, käme man sehr oft zum unaufgeregten Schluss, dass der Inhalt so unheimlich grau oder verwerflich nicht sein kann: Wie so oft kommt es auf den Inhalt an, und nicht auf die Form.

4. Die Minderung föderalistischer Vielfalt

Die heutige Normendichte ist beeindruckend, und die Gesetzgebung ist nicht überall harmonisch, die entsprechenden gesetzgeberischen Arbeiten sind per se anspruchsvoll und oft notwendig. Indes: Schlag auf Schlag werden neue Gesetze geschaffen, der Gesetzgeber ist höchst aktiv, namentlich im Strafrecht: Aber ist es denn wirklich richtig, dass das Strafrecht das einzige Mittel ist, um gesellschaftspolitische Probleme zu lösen, und dass – fatal genug – neue Gesetze mit mangelnder Einbettung in das bestehende Regelwerk eingefügt werden und so eine Disharmonie beispielsweise im Sanktionenrecht entsteht?

Ermessensspielräume sind vom Gesetzgeber bewusst gewollt. Als Paradebeispiel einer bewussten Ermessensgesetzgebung sei die Strafzumessung genannt, die hehrere Aufgabe der Gerichte, die neben dem komplexen Fall im Massengeschäft im Strafbefehlsverfahren oder im höchst anspruchsvollen Gebiet der selbstständigen nachträglichen Entscheide auch dem Staatsanwalt anvertraut ist. Sie wartet auf mit Begriffen

wie «Einsatzstrafe», «Verschulden» oder «Täterkomponente», wo sich ohne Not die hohen Erwartungen des Gesetzgebers an die Strafjustiz ablesen lassen, wo sich aber auch das Potenzial für ungleiche Resultate bei gleichen Ausgangslagen auftut.

Die Schweiz ist ein komplexes Gebilde. Sie hat Bundesgesetze, das Strafgesetzbuch, das Bundesgesetz über den Strassenverkehr, dasjenige über die Betäubungsmittel, das Opferhilfegesetz, das Geldwäschereigesetz, und die Schweiz hat endlich eine eidgenössische Strafprozessordnung, die nun leider revidiert werden soll, dies obwohl sie noch sehr jung ist und sich als durchaus praxistauglich herausstellt, entgegen allen Vorstößen, die oft auf Partikularinteressen in der politischen Philosophie oder Arbeit zurückzuführen sind. Indessen hat die Schweiz keine einheitliche Justizorganisation, zu der ich als Vertreter des Kantons Bern im Lichte seiner Justizverfassung die Staatsanwaltschaft dazuzählen darf. In der fehlenden schweizerischen Justizorganisation liegt die Crux: Unser Land lebt nicht mehr in der heilen Welt der einzelnen Kantone, die ihre «cuisine interne» ohne einen Blick über die Kantonsgrenze pflegen können. Kriminalität ist mobil, grenzüberschreitend, erfinderisch und schnell. Hier erweisen sich trotz einheitlicher Schweizerischer Strafprozessordnung die Unterschiede zwischen den verschiedenen kantonalen Justizorganisationen, die sich in Bereichen wie der obersten Aufsicht, der Unterstellung der Gerichtsbehörden oder der mannigfaltigen Ausgestaltung von Zuständigkeiten und Abläufen bemerkbar machen, bisweilen als nachteilig und als der Rechtssicherheit der Bürgerin und des Bürgers abträglich. Dort ist somit der Grund zu finden, dass in den letzten Jahrzehnten Verbindungen, Konferenzen und Gesellschaften gegründet worden sind, welche die föderalistische Vielfalt zugunsten des Ziels der Effizienz und der Rechtsgleichheit- und Rechtssicherheit in der Schweiz als Gesamtgemeinschaft und als Zusatz zur Rechtskontrolle durch die Gerichtsinstanzen etwas mindern sollen. Ausfluss des Versuchs, einerseits Sicherheit und Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung bestmöglich zu erreichen, sind einerseits ganz konkret Strafzumessungsempfehlungen auf kantonaler und eidgenössischer Ebene, aber auch Empfehlungen, die in der Verfahrensabwicklung helfen sollen, Inkompatibilitäten und damit eben wieder Unsicherheit zu vermeiden. Es kann ja nicht sein, dass ein Automobilist in Genf für die exakt gleiche Geschwindigkeitsübertretung anders bestraft wird als im Kanton Aargau, wenn er seine Verwandten dort besuchen geht. Bestraft ja, aber gleich! Oder dass die Edition von Kontounterlagen im Kanton Basel-Stadt anders abläuft als im Kanton Graubünden. Oder dass diese von Bank zu Bank unterschiedlich gehandhabt wird. Oder dass die Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft in Fällen von organisierter Kriminalität und Wirtschaftskriminalität wegen der komplexen Ge-

setzesmaterie unterschiedlich angegangen wird und es zu langwierigen Gerichtsstandskonflikten kommt, welche die Fälle im schlechtesten Fall in die Verjährung gleiten lassen. Oder eben dass – um das Einleitungsthema zu bemühen – die Landesverweisung völlig divergent gehandhabt wird. In diesem Sinn haben sich beispielweise der Verband der Berner Richterinnen und Richter und Staatsanwältinnen und Staatsanwälte (VBRS) schon vor Jahrzehnten gemeinsam entschlossen, für das Massengeschäft, also im Kanton Bern etwa 93000 Strafbefehle, von denen ein Teil durch Einsprache an die Gerichte weitergezogen wird, Strafzumessungsempfehlungen zu erlassen. Bei diesen Empfehlungen handelt es sich um Ansätze für die objektive Tatschwere eines Normalfalls ohne besonders erschwerende oder besonders erleichternde Umstände. Dieser Normalfall wird bei besonders häufig zu beurteilenden Delikten über einen «Referenzsachverhalt» definiert, mit dem der konkret zu beurteilende Sachverhalt verglichen werden kann. Diese Ansätze berücksichtigen damit u.a. allfällige Einschränkungen der Schuldfähigkeit, Vorstrafen, besonders umfangreiche Geständnisse oder Strafempfindlichkeit nicht, und im Einzelfall sind die Ansätze deshalb gegebenenfalls anzupassen. Deutlicher kann das Ziel der blossen Empfehlung, die weder einen verpflichtenden Rechtssatz darstellt, noch Anfechtungsobjekt sein kann, nicht umschrieben werden: häufige, vergleichbare Fälle möglichst gleich behandeln (Rechtsgleichheit), aber dem Einzelfall stets Rechnung tragen und damit garantieren, dass auch im Massengeschäft das Ergebnis der Beweisaufnahme gewürdigt und das Urteil nach der freien, aus der Verhandlung und den Akten gewonnenen Überzeugung gefällt wird. Dieses richtige und gerechte, aus Dispositiv und Begründung bestehende Urteil ist der individuell-konkrete Anfechtungsgegenstand.

5. Der Wirkungsgrad der Empfehlungen der Schweizerischen Staatsanwältekonferenz

Andere, bereits sehr alte, aber sehr taugliche Empfehlungen finden sich weiter bei der Konferenz der Justiz- und Polizeidirektorenkonferenz der Schweiz (KKJPD), die zwischenzeitlich von der Schweizerischen Staatsanwältekonferenz (SSK) zu übernehmen waren. Grundlage dieser Empfehlungen war, dass die damalige Kommission «Organisierte Kriminalität und Wirtschaftskriminalität» (OK/WK) der KKJPD vor über 20 Jahren festgestellt hat, dass bei der Verfolgung von hochkomplexen Wirtschaftskriminalitätsfällen fachspezifische Vorgehensweisen definiert werden mussten, da die unterschiedlichsten Praxen der damaligen Untersuchungsrichter namentlich bei Finanzermittlungen zu erheblichem Unmut führten. So entstanden etwa die Empfehlungen über die Standardfristen bei Bankeditionen oder das Dreistufenmodell, das im Lichte des Beschleunigungsge-

botes die Bedürfnisse der Strafverfolgung und die machbare Abwicklung von umfangreichen Kontounterlageneditionen verband, die Empfehlung betreffend zentrale Zustellung von Editionsverfügungen an die Muttergesellschaft oder die Empfehlung für die Anlage gesperrter Vermögenswerte zur Vermeidung wirtschaftlicher Schäden.

Und so entstand eben letztlich auch die in den Fokus der medialen Aufmerksamkeit geratene Empfehlung der SSK, die sich zum Ziel gesetzt hat, «die Rechtsstaatlichkeit und die Rechtssicherheit gesamtschweizerisch zu fördern und auf eine einheitliche Rechtsanwendung hinzuwirken, weiter namentlich die Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden der Kantone und des Bundes bzw. den Meinungs austausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Kantone untereinander und mit denjenigen des Bundes sowie die Koordination und Durchsetzung gemeinsamer Interessen zu fördern.» (<https://www.ssk-cps.ch/>). Dieser Zielsetzung ist zu entnehmen, dass hier keine Grauzone beackert wird und in keiner Art und Weise autoritär Vorgaben gemacht werden, wodurch allenfalls sogar vorsätzlich oder eventualvorsätzlich eine gesetzesähnliche Bindungswirkung entstehen sollte.

Einer Konferenz, einem Verein oder einer Interessengemeinschaft kommen klarerweise keine gesetzgeberischen Funktionen zu. Die hingegen den obersten Vertreterinnen und Vertretern der schweizerischen Staatsanwaltschaften zukommenden Kompetenzen, Verwaltungsverordnungen zu erlassen, erschöpfen sich in der StPO, in deren jeweiligen kantonalen Delegationsnormen und den daraus fliessenden Befugnissen. Diese fachliche und organisatorische Tätigkeit findet an der Kantongrenze indessen ihr Ende und läuft Gefahr, dass im Lichte der komplexen, eigentlich eidgenössisch geregelten Rechtsanwendung kantonale Praxen Platz greifen, die – und dort liegt das Problem – mit Blick auf die übergeordneten Ziele des Gesetzgebers nachteilig sind, was es zu verhindern gilt.

Der fachliche, praxisbezogene und interkantonale Auftrag, die sich aus der organisatorischen Diversität unseres Landes und aus den unterschiedlichen Mentalitäten ergebenden Unterschiede in der Rechtsanwendung zu mindern, ist zwingend notwendig, und dessen Erfüllung optimiert letztlich die Qualität der Strafverfolgung in unserem Land und macht sie glaubwürdig. Es geht um die Anwendung des Strafrechts in der Praxis, die Umsetzung durch den Staat an die Rechtsbetroffenen, seien diese Täter, Opfer, Zeugen, Auskunftspersonen, Sachverständige oder Zuschauer. Es war daher vor rund 25 Jahren eine wegleitende Idee, die SSK – damals noch die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) – zu gründen. Wenngleich ihre Mittel beschränkt sind, ihre Werkzeuge nur der gute Rat sein können bzw. sein dürfen, somit die Konferenz keinerlei

Weisungsbefugnis besitzt, spielen ihre durch Mehrheitsbeschluss verabschiedeten Empfehlungen heute eine wichtige und richtige Rolle. Es wird ihnen grossmehrheitlich auch nachgelebt, was als Gewinn angesehen werden darf.

Es ist jedem Kanton und jedem Staatsanwalt, jeder Staatsanwältin bewusst, dass es sich dabei um nicht mehr als eine sogar ausdrücklich so in den Ingressen betitelte Arbeitshilfe handelt, die einerseits seine oder ihre tägliche Arbeit erleichtert und andererseits der möglichst einheitlichen Rechtsanwendung zudient. Die Wirklichkeit ist – neben vereinzelt hochbrisanten politischen Themen – ziemlich unspektakulär und irgendwo «schrecklich unbestritten».

Es ist gut, wenn ein mit Fachexpertinnen und -experten erarbeiteter Fragenkatalog für die Erstellung psychiatrischer Gutachten zur Verfügung gestellt wird, Strafzumessungsempfehlungen für Massendelikte vorhanden sind, das Gerichtsstandswesen als Dauerkonfliktthema durch klare Lösungsskizzen entschärft wird, wenn empfohlen wird, wie das komplexe Thema der Einsichtnahme in Strafbefehle und Einstellungsverfügungen bestmöglich gehandhabt wird, oder wenn aufgezeigt wird, wie die elektronische Edition von Bankunterlagen in nationalen oder internationalen Verfahren effizient angegangen werden kann. Es sind weder Gefahren im grau en Nebel oder gar ein Ärgernis, das sogar politisch heikel sein könnte, auszumachen. Vielmehr bleibt einzig der einfache, praktische und unbestrittene Nutzen im Sinne der eingangs erwähnten allgemeinen Rechtsgrundsätze und der Anforderungen an die moderne, anspruchsvolle Strafverfolgung übrig.

Die rechtlichen Anwendungsschwierigkeiten der gesetzlichen Umsetzung von Artikel 121 Absätze 3–6 der Bundesverfassung (SR 101) über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer (Art. 66a^{bis} des Strafgesetzbuchs; SR 311.0) sind gerichtsnotorisch. Dass hier Empfehlungsbedarf besteht, dürfte unbestritten sein, weil es um höchst komplexe Sachverhalte mit einer im Strafrecht immer wieder aufscheinenden grossen menschlichen Tragweite unter Berücksichtigung des individuellen Charakters eines jeden Verfahrens geht. Strafrecht dreht sich um Menschen. Unschwer ist nachvollziehbar, dass es einer SSK schlecht anstünde, unwillig zu sein, einen gesetzgeberischen Willen nicht umzusetzen. Wie erörtert, könnte sie das institutionell schon gar nicht. Es geht vielmehr darum sicherzustellen, dass ein gesetzgeberischer Wille – ungeachtet ob man dies gut findet oder nicht, da ein Werturteil über eine Norm oder eine Verweigerung ihrer Anwendung dem Strafverfolger schlicht nicht zusteht – bestmöglich, was eben einheitlich und juristisch korrekt heisst, umgesetzt wird.

6. Fazit

Die bestehenden Empfehlungen in der Strafrechtspflege, die im Kanton Bern sogar ein Gemeinschaftsprodukt der Richter- und der Staatsanwaltschaft sind, sind alles andere als unzulässig oder gar ein Ärgernis. Unlautere oder nur schon gräuliche Absichten sind keine auszumachen. Diese Empfehlungen sind – wie interkantonale Vereinigungen und Konferenzen – absolut notwendig; sie schlagen Brücken und helfen mit Rat und Tat, einen der sehr raren Nachteile unseres föderalistischen Systems zu beseitigen, ohne im Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung zu stehen. Dogmatische Diskussionen und Verbesserungen dürfen und müssen immer erlaubt sein: Wenn das Beispiel Landesverweisung weiter bemüht wird, kann mit Fug die interessante Frage diskutiert werden, ob neben dem unzutreffenden Ansatz «Staatsanwalt statt Gericht» eine Härtefallklauselprüfung im Strafbefehlsverfahren Platz finden kann oder ob die grammatikalische Auslegung der Norm genügen kann, um dies zu verneinen.

Strafrecht ist lebendig, die funktionierende, qualitativ hochstehende Justiz eine Säule unseres Staates, so wie der Respekt vor den Institutionen es auch ist. Die tägliche Arbeit ist anspruchsvoll und packend, Langeweile gibt es nicht. Tragen wir aber mit Blick auf das Ausland Sorge zu dem, was wir in unserem Land selbstverständlich als guten Standard anerkennen und fordern, und auf den wir uns in aller Rechtssicherheit verlassen dürfen.

Crash-Kurs Invalidenversicherung

Was ist die Invalidenversicherung?

Die Invalidenversicherung als Zweig der Sozialversicherung versichert das Risiko Invalidität¹. Sie bildet zusammen mit der AHV die erste Säule²; Versicherungs- und Beitragspflicht in der IV und AHV sind denn auch deckungsgleich³. Es handelt sich um sog. Volksversicherungen, da im Wesentlichen alle natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz sowie alle natürlichen Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben, versichert sind⁴.

Welches sind die gesetzlichen Grundlagen der Invalidenversicherung?

Verfassungsmässige Grundlage sind die Art. 111 f. BV. Umgesetzt werden die Vorgaben im IVG, in der IVV⁵ sowie in diversen Kreisschreiben⁶, welche oft Antworten auf Fragen enthalten, die sich in der Praxis stellen.

Welches sind die Ziele der Invalidenversicherung?

Die Invalidenversicherung ist primär eine Eingliederungsversicherung nach dem Grundsatz «Eingliederung vor Rente». Wenn dies nicht – oder nicht vollständig – gelingt, will sie die ökonomischen Folgen der Invalidität ausgleichen und zu einer eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Lebensführung der Betroffenen beitragen⁷.

Was ist Invalidität?

Es ist in dieser Hinsicht nicht allein die Arbeitsunfähigkeit (medizinisches Element) entscheidend, sondern auch, wie ein Versicherter seine verbleibende Arbeitsfähigkeit in Geld umsetzen kann (wirtschaftliches Element); massgebend ist dabei

der hypothetische ausgeglichene Arbeitsmarkt⁸ – dies in Abgrenzung zur Arbeitslosigkeit. Invalidität wird in Art. 8 Abs. 1 ATSG denn auch definiert als die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Die Erwerbsunfähigkeit ihrerseits wird in Art. 7 Abs. 1 ATSG beschrieben als der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.

Wie wird die Invalidität bemessen?

Der Invaliditätsgrad darf nicht etwa mit der Arbeitsunfähigkeit gleichgesetzt werden (wie oft zu Unrecht angenommen wird), sondern ist Ausdruck der Invalidität in einer Zahlengrösse. Er umfasst ein medizinisches Element (die Arbeitsunfähigkeit) und ein wirtschaftliches Element (die Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auf dem ausgeglichenen hypothetischen Arbeitsmarkt). Bei Vollerwerbstätigen wird die Invalidität wie folgt bemessen⁹:

$$\frac{(\text{Valideneinkommen} - \text{Invalideneinkommen}) \times 100}{\text{Valideneinkommen}} = \text{Invaliditätsgrad in \%}$$

Bei Teil- und Nichterwerbstätigen gibt es spezielle Methoden (gemischte Methode resp. Betätigungsvergleich)¹⁰.

Welche Leistungen¹¹ gibt es?

- Massnahmen der Frühintervention im Rahmen der Früherfassung¹².
- Medizinische Massnahmen für Versicherte bis zum vollendeten 20. Altersjahr (v.a. bei Geburtsgebrechen)¹³.

¹ Vgl. Art. 1a des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20).

² Vgl. Art. 111 f. BV.

³ Art. 1b und 2 IVG.

⁴ Vgl. zum Ganzen: Art. 1b IVG i.V.m. Art. 1a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10). Für gewisse Personenkategorien besteht die Möglichkeit, sich freiwillig zu versichern (Art. 1b IVG i.V.m. Art. 2 AHVG).

⁵ Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV; SR 831.201).

⁶ <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/f/5661> (letztmals besucht am 7. Mai 2019). Weiter gibt es Rundschreiben des BSV: <https://sozialversicherungen.admin.ch/de/f/5662> (letztmals besucht am 7. Mai 2019).

⁷ Zum Ganzen: Art. 1a IVG.

⁸ Art. 16 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).

⁹ Art. 16 ATSG; sog. Einkommensvergleich.

¹⁰ Art. 28a Abs. 3 IVG resp. Art. 28a Abs. 2 IVG; zum Ganzen: THOMAS ACKERMANN, Crash-Kurs Invaliditätsbemessung, BE N'ius 2013, Heft 12 (Juli 2013), 19 f. (im Rahmen der gemischten Methode bei Teilerwerbstätigen hat sich seither eine Änderung ergeben; dazu: Art. 27^{bis} IVV).

¹¹ Vgl. die Merkblätter der IV-Stelle: <https://www.ivbe.ch/de/service/merkblaetter> (letztmals besucht am 7. Mai 2019).

¹² Art. 7d IVG; vgl. dazu hinten «Was ist die Früherfassung?»

¹³ Art. 12 ff. IVG.

- Integrationsmassnahmen zur Vorbereitung auf die berufliche Eingliederung, d.h. Massnahmen zur sozialberuflichen Rehabilitation und Beschäftigungsmassnahmen¹⁴.
- Massnahmen beruflicher Art: Berufsberatung, erstmalige berufliche Ausbildung, Umschulung, Arbeitsvermittlung, Arbeitsversuch, Einarbeitungszuschuss, Entschädigungen für Beitragserhöhungen und Kapitalhilfe¹⁵.
- Hilfsmittel¹⁶; es gibt eine recht umfassende Liste möglicher Hilfsmittel¹⁷, die nicht nur nahe liegende Hilfsmittel wie Rollstühle u.ä. umfasst, sondern z.B. auch bauliche Änderungen der Wohnung und des Arbeitsplatzes¹⁸.
- Geldleistungen.

Welche Geldleistungen erbringt die Invalidenversicherung?

- Taggelder während der Durchführung von Eingliederungsmassnahmen¹⁹.
- Hilflosenentschädigungen²⁰.
- Assistenzbeiträge²¹; damit kann ein Behinderter mit einer natürlichen Person einen Arbeitsvertrag abschliessen und sich in diesem Rahmen Hilfeleistungen erbringen lassen.
- Renten²². Bei einem Invaliditätsgrad von mindestens 40% besteht Anspruch auf eine Viertelsrente, bei einem Invaliditätsgrad zwischen 50% und 59% Anspruch auf eine halbe Rente, zwischen 60% und 69% auf eine Dreiviertelsrente und ab 70% auf eine ganze Rente²³.

Was sind Kinderrenten?

Für jedes Kind, das im Fall des Todes des Rentenbezügers Anspruch auf eine Waisenrente der AHV hat, wird ein Zuschlag zur Invalidenrente gewährt²⁴. Die Kinderrente steht also dem Rentner, nicht dem Kind, zu; sie soll dem Elternteil ermöglichen, der Unterhaltungspflicht nachzukommen. Die Kinderrente beträgt grundsätzlich 40% der Invalidenrente²⁵; deren Höhe ist zurzeit Gegenstand der parlamentarischen Debatte²⁶.

Was ist eine Rentenrevision?

Die Gewährung einer Rente führt zu einem Dauerverhältnis. Ändert sich nach der Rentenzusprache der Invaliditätsgrad erheblich, wird die Rente erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben²⁷. Notwendig ist jedoch ein Revisionsgrund. Dies kann einerseits eine Veränderung des Gesundheitszustandes sein, also eine Verbesserung oder Verschlechterung des Leidens. Kein Revisionsgrund ist dagegen eine unterschiedliche Beurteilung eines im Wesentlichen gleich gebliebenen Sachverhaltes²⁸, z.B. indem der neue Gutachter zwar keine Veränderung der Befunde feststellt, jedoch die Arbeitsfähigkeit anders als der Vorgutachter einschätzt. Andererseits kann – bei gleichem Gesundheitszustand – eine Änderung im erwerblichen Bereich Revisionsgrund sein, z.B. indem der Rentenbezüger seine Stelle und damit auch sein Einkommen verliert, welches als eines der Vergleichseinkommen der Invaliditätsbemessung diene²⁹.

Die Herabsetzung oder Aufhebung erfolgt grundsätzlich nicht rückwirkend, sondern mit Wirkung ex nunc et pro futuro³⁰. Hat der Versicherte jedoch die Leistung unrechtmässig erwirkt oder die Meldepflicht verletzt, erfolgt eine rückwirkende Rentenherabsetzung ab Eintritt der für den Anspruch erheblichen Änderung³¹. Eine Rentenerhöhung erfolgt schliesslich rückwirkend³².

Wie ist das Verfahren ausgestaltet?

Für die Einleitung des Verfahrens ist eine Anmeldung nötig³³; diese umfasst automatisch alle in Betracht fallenden Ansprüche. Wichtig ist eine frühzeitige Anmeldung: Einerseits kann die Invalidenversicherung dabei helfen, dass der Versicherte am angestammten Arbeitsplatz bleibt oder rasch wieder eine Tagesstruktur hat. Andererseits entsteht der Rentenanspruch frühestens sechs Monate nach der Anmeldung³⁴, weshalb bei einer verspäteten Anmeldung Rentenbezugszeiten verloren gehen können.

Nachdem die IV-Stelle ihre Abklärungen getätigt hat, teilt sie dem Versicherten in einem sog. Vorbescheid mit, wie sie das Verfahren zu erledigen gedenkt³⁵; dazu kann der Versicherte mit einem Einwand Stellung nehmen. Abgeschlossen wird

¹⁴ Art. 14a IVG.

¹⁵ Art. 15 ff. IVG.

¹⁶ Art. 21 ff. IVG.

¹⁷ Verordnung des EDI vom 29. November 1976 über die Abgabe von Hilfsmitteln durch die Invalidenversicherung (HVI; SR 831.232.51).

¹⁸ Dazu: Ziff. 13 f. HVI-Anhang.

¹⁹ Art. 22 ff. IVG.

²⁰ Art. 42 ff. IVG.

²¹ Art. 42^{quater} ff. IVG.

²² Art. 28 ff. IVG.

²³ Art. 28 Abs. 2 IVG.

²⁴ Art. 35 Abs. 1 IVG.

²⁵ Art. 38 f. IVG.

²⁶ Vgl. Curia Vista Nr. 17.022 «IVG. Änderung (Weiterentwicklung der IV)»; Stand Anfang Mai 2019.

²⁷ Art. 17 Abs. 1 ATSG.

²⁸ BGE 141 V 9 E. 2.3 S. 11.

²⁹ Vgl. dazu vorne «Wie wird die Invalidität bemessen?».

³⁰ Art. 88^{bis} Abs. 2 lit. a IVV.

³¹ Art. 88^{bis} Abs. 2 lit. b IVV.

³² Art. 88^{bis} Abs. 1 IVV.

³³ Die IV-Stelle stellt dafür Formulare zur Verfügung: <http://www.ivbe.ch/de/service/formulare> (letztmals besucht am 7. Mai 2019).

³⁴ Art. 29 Abs. 1 IVG.

³⁵ Art. 57a IVG.

das Verwaltungsverfahren durch den Erlass einer Verfügung, ein Einspracheverfahren ist nicht vorgesehen³⁶. Die Verfügung kann beim kantonalen Versicherungsgericht – im Kanton Bern ist das das Verwaltungsgericht – angefochten werden³⁷. Dessen Urteil kann vor das Bundesgericht gezogen werden.

Was ist die Früherfassung?³⁸

Von der Anmeldung zu Leistungsbezug zu unterscheiden ist die Anmeldung zur Früherfassung, welche den Eintritt der Invalidität verhindern soll³⁹. Die IV-Stelle klärt den Sachverhalt ab und prüft, ob Massnahmen der Frühintervention angezeigt sind⁴⁰; dabei geht um mögliche Anpassungen des Arbeitsplatzes, Ausbildungskurse, Arbeitsvermittlung, Berufsberatung, sozial-berufliche Rehabilitation oder Beschäftigungsmassnahmen⁴¹. Auf diese Massnahmen besteht kein Rechtsanspruch⁴².

Wirken sich Entscheide der Invalidenversicherung auf die berufliche Vorsorge aus?

Die Vorsorgeeinrichtungen der zweiten Säule sind an die Entscheide der Invalidenversicherung gebunden, wenn

- die Vorsorgeeinrichtung vom gleichen Invaliditätsbegriff wie die Invalidenversicherung aus geht, d.h. sie die Invalidität nicht anders definiert, indem z.B. bereits Leistungen bei Berufsunfähigkeit vorgesehen sind (z.B. wenn ein Pilot seinen Beruf nicht mehr ausüben kann, ihm je doch andere Tätigkeiten möglich wären),
- die IV-Stelle die Vorsorgeeinrichtung spätestens im Vorbescheidverfahren in das Verfahren einbezogen hat⁴³ oder die Vorsorgeeinrichtung sich auf die IV-Verfügung abstützt (auch wenn sie nicht in das Verfahren einbezogen worden ist)⁴⁴,
- die konkrete Fragestellung für die Beurteilung des Rentenanspruchs in der Invalidenversicherung entscheidend war⁴⁵ (und nicht etwa offen gelassen worden ist),
- die Invaliditätsbemessung der Invalidenversicherung nicht offensichtlich unhaltbar ist⁴⁶.

Wirken sich Entscheide der Invalidenversicherung auf die Unfallversicherung aus?

Entscheide der Invalidenversicherung binden die Unfallversicherung nicht⁴⁷ wie umgekehrt Entscheide der Unfallversicherung die Invalidenversicherung nicht binden⁴⁸.

Wie ist die Invalidenversicherung organisiert?

Durchgeführt wird die Versicherung von den kantonalen IV-Stellen⁴⁹. Zuständig ist die IV-Stelle desjenigen Kantons, in dem der Versicherte zur Zeit der Anmeldung Wohnsitz hat⁵⁰. Die IV-Stelle nimmt jedoch nicht alle Aufgaben wahr, sondern arbeitet mit den Ausgleichskassen der AHV zusammen⁵¹; die Ausgleichskassen berechnen insbesondere die Renten und zahlen diese aus⁵².

Wie wird die Invalidenversicherung finanziert?

Finanzquellen sind Beiträge der Arbeitnehmer und -geber, Beiträge des Bundes, Vermögenserträge des Ausgleichsfonds sowie Einnahmen aus dem Rückgriff auf haftpflichtige Dritte⁵³. Die Finanzierung über einen Teil der Mehrwertsteuer – welche positive Ergebnisse ermöglichte – ist Ende 2017 ausgelaufen; Ende 2018 hatte die Invalidenversicherung bei der AHV Schulden von über CHF 10 Mrd.⁵⁴

³⁶ Vgl. Art. 69 Abs. 1 IVG in Abweichung zu Art. 52 ATSG.

³⁷ Art. 69 Abs. 1 IVG.

³⁸ Art. 3a ff. IVG.

³⁹ Art. 3a Abs. 1 IVG.

⁴⁰ Art. 3c Abs. 2 IVG.

⁴¹ Art. 7d Abs. 2 IVG.

⁴² Art. 7d Abs. 3 IVG.

⁴³ BGE 138 V 125 E. 3.3 S. 130.

⁴⁴ BGE 130 V 270 E. 3.1 S. 274.

⁴⁵ BGE 143 V 434 E. 2.2 S. 437.

⁴⁶ BGE 138 V 125 E. 3.3 S. 130.

⁴⁷ BGE 131 V 362 E. 2.2 S. 366 f.

⁴⁸ BGE 133 V 549 E. 6.4 S. 555 f.

⁴⁹ Vgl. Art. 53 Abs. 1 IVG i.V.m. Art. 54 IVG; zudem gibt es die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (Art. 56 IVG).

⁵⁰ Art. 55 Abs. 1 IVG.

⁵¹ Art. 53 Abs. 1 IVG.

⁵² Art. 60 IVG.

⁵³ Art. 77 Abs. 1 IVG.

⁵⁴ Medienmitteilung Compenswiss vom 15. April 2019.

Rede zum Abschied von Obergerichts- präsident Stephan Stucki vor der Justiz- kommission des Grossen Rates

Gschetzte Stephan

Ig weiss, dass ig dir und dire persönliche Richterlaufbahn i däm Momänt vom Adiö säge – du geisch churzum i d Pension und bisch drum als Mitglied vor Justizleitig es letschts Mau unger üs – nie und nimmer cha grächt wärde. Ig beschränke mi drum uf die Zit, wo mir üs – du als Justizleitigsmittglied und ig als Presidäntin vor Justizkommission – im Zämehang mit dr Ufsichtsfunkzion vor JuKo si begänet.

Im Jahr 2014 bisch du vom bärnische Parlamänt zum Presidänt vom Obergericht gewählt worde.

Als Obergerichtspräsident bisch du Teil worde vo dr Justizleitig und denn hei sich üser Wäge gchrützt. Mir wüsse's natürlich, dass dini richterliche Loufbahn scho viu viu früecher het agfange. Du hesch dank dim breite und töife juristische Wüsse, dim grosse Inträsse ar Rächtsprächig und dire Persönlichkeit di bärnische Justiz über all di vile Jahr prägt. Als Obergerichtspräsident bisch du aber ou eis vo üsne bekannte Ushängeschilder, wenn vo de oberste Grichtsbehördene gred wird.

Wi bereits gseit: I dere churze Zyt vom 2014 bis itze hei mir üs ufemne churze Läbenswägabschnitt lehre kenne und schetze.

Als Richter und Vertreter vom Rächt heit dir üs Politiker d Justiz i ihrer grosse Viufaut necher bracht. Immer wider bi Sitzige, bi de järeliche Ufsichtsbsüech, aber ou bi Referat während de Witerbildigsverastautige für Grossrätinne u Grossrät, hei mir bi dir e grossi Lideschaft u e Begeistrig füre Bruef use gespürt.

Aber ou es Häresta fürne Staat und fürne Gsellshaft, wo Rächt und Grächtigkeit es wichtigs Guet darsteut, wo d Unabhängigkeit vo de Richterinne und Richter, vo de Staatsanwältinne und Staatsanwält Garant drfür isch, dass jedi Bürgerin und jede Bürger, wo mit dr Justiz z tüe überchunnt, d Gwüssheit darf ha, dass är ärnscht gno wird und ds Rächt und d Grächtigkeit nid lääri Wort si.

Während all dene Jahr und de vile verschidene Sitzige hei mir, so ha ig's wenigstens empfunge, e gägesitegi Achtig und e grossi Wärtschetzig gespürt. E Achtig und e Wärtschetzig im Wüsse, dass mir, d.h. d Justizleitig und d Justizkommission, unterschiedlechi Rolle hei i däm Staatswäse und i üsere Zämearbeit. Ds Verständnis für ds Gägeüber u d Erkenntnis, dass trotz unterschiedliche Posizione, verschidene Usgangslage, angere Inträsse und Ufgabe gueti Lösige chöi gsuecht und chöi gfunge wärde, isch us mire Sicht, e wichtegi Vorussetzig fürne konstruktivi Zämearbeit.

Liebe Stephan, ig säge dir persönlich und im Name vor Justizkommission mit dene zwe Fläsche JuKo-Wy ganz härzlech danke für di usnamslos gueti, erlechi, konstruktivi, offni u immer agnämi Zämearbeit. Mir wünsche dir und dine Liebe füre nächst Läbensabschnitt nume Schöns u Erfröilechs. Mög d Zuekunft all diner Wünsch no erfülle, wo du dir für di Zit nachem Richtersi hesch ufspart.

Häb Sorg u gäng aues Guete!



Pilotprojekt Jobrotation für Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sowie Juristische Sekretärinnen und Juristische Sekretäre erfolgreich!

Succès du projet pilote rotation des postes de greffiers et greffières ainsi que de secrétaires juridiques!

Im Rahmen des Projekts «Personalerhaltung und -entwicklung von Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern» entschied die Justizleitung im März 2016, mit der Personalentwicklungsmassnahme Jobrotation für Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sowie Juristische Sekretärinnen und Juristische Sekretäre in Form eines Pilots Erfahrungen zu sammeln.

Unter Jobrotation wird ein befristeter, in der Regel gegenseitiger Stellenwechsel von zwei Mitarbeiterinnen und/oder Mitarbeitern verstanden. Nach Ablauf der Rotationsdauer kehrt die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter an den angestammten Arbeitsplatz zurück. Jobrotationen können produktgruppenintern oder auch produktgruppenübergreifend stattfinden. Ziel der Jobrotation ist es, die Vernetzung innerhalb der Justiz zu fördern, sowie dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter neue Kompetenzen erwerben und neue Erfahrungen, auch im Sinne einer Horizonterweiterung, sammeln können. Dadurch wird die fachliche und persönliche Weiterentwicklung gefördert.

Der Pilot dauerte vom 1. September 2017 bis 31. Mai 2018 (produktgruppenintern sowie -übergreifende Jobrotationen). Am Pilotprojekt nahmen insgesamt sechs Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber aus zwei Produktgruppen teil, davon zwei an einer produktgruppenübergreifenden Jobrotation zwischen der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Erfahrungsberichte der teilnehmenden Produktgruppen, basierend auf Befragungen der teilnehmenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie deren Vorgesetzten und Teams, zeigten eine wohlwollende Haltung auf. Auch die Stellungnahme des Gerichtsschreiberverbandes zeigte ein positives Bild.

Dans le cadre du projet «Maintien et développement du personnel au sein de la fondation de greffier et greffière ainsi que de celle de secrétaire juridique», la Direction de la magistrature avait décidé en mars 2016 d'accumuler des expériences sous la forme d'un projet pilote avec la mesure de développement du personnel rotation des postes de greffiers et greffières ainsi que de secrétaires juridiques.

La rotation des postes consiste en un échange de postes de durée déterminée et en règle générale réciproque entre deux collaborateurs et/ou collaboratrices. A l'issue de la rotation, le collaborateur ou la collaboratrice reprend son poste de travail d'origine. La rotations des postes peut se faire aussi bien à l'interne qu'entre différents groupes de produits. Le but de la rotation des postes est de promouvoir la mise en réseau au sein de la justice, ainsi que de permettre aux collaborateurs et collaboratrices d'acquérir de nouvelles compétences et expériences, notamment pour élargir leur horizon. Le développement individuel et professionnel est ainsi favorisé.

Le projet pilote a duré du 1er septembre 2017 au 31 mai 2018 (rotations des postes internes et entre groupes de produit). Au total, six greffiers et greffières de deux groupes de produit ont participé au projet, dont deux à une rotation entre groupes de produit, à savoir entre les juridictions civile et pénale et la juridiction administrative.

Les rapports de suivi des groupes de produit concernés, qui se basent sur des questionnaires auxquels ont répondu les collaborateurs et collaboratrices participants ainsi que leurs supérieurs et équipes, se sont révélés favorables. La prise de position de l'association des greffiers a également été positive.

Die beiden Produktgruppen wie auch der Gerichtsschreiberverband begrüßten eine definitive Einführung bzw. Weiterführung von Jobrotation für Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sowie Juristische Sekretärinnen und Juristische Sekretäre. Als positive Erfahrungen gaben die teilnehmenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Horizonterweiterung, der befristete Einblick in neue Rechtsgebiete und Abläufe ohne kündigen zu müssen, sowie die Vernetzung innerhalb der Justiz an. Vorgesetzte und Teams nannten die Attraktivitätssteigerung der Funktion, die hohe Leistungs- und Lernbereitschaft der Teilnehmenden, die Bereicherung durch neue Inputs und die Verbesserung des gegenseitigen Verständnisses und der gegenseitigen Wertschätzung als positive Erkenntnisse.

Die Justizleitung entschied deshalb an ihrer Sitzung vom 4. April 2019, Jobrotation für Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern sowie Juristischen Sekretärinnen und Juristischen Sekretären weiterzuführen. Unter Einbezug der Geschäftsleitungen der Produktgruppen wurden die Vorgaben in der Weisung für Jobrotation präzisiert. Die Weisung sowie weiterführende Informationen und Hilfsmittel zur Jobrotation finden Sie im Intranet JUS unter Human Resources, Personalentwicklung, Jobrotation für Gerichtsschreiberinnen / Gerichtsschreiber und Juristische Sekretärinnen und Juristische Sekretäre.

Eine mögliche Ausweitung von Jobrotation auf weitere Funktionen wird die Justizleitung nach einer erneuten Evaluation nach mindestens zwei weiteren Erfahrungsjahren prüfen und entscheiden.

Der Bereich Human Resources Management der Stabsstelle für Ressourcen würde es begrüßen, wenn das Weiterbildungsangebot rege genutzt wird.

Les deux groupes de produit ainsi que l'association des greffiers ont salué une introduction définitive ou la poursuite de la rotation des postes de greffiers et greffières ainsi que de secrétaires juridiques. Les collaborateurs et collaboratrices participants ont mentionné à titre d'expérience positive l'élargissement de leur horizon, le fait d'obtenir un aperçu sur de nouveaux domaines et processus juridiques pour une durée déterminée et sans devoir résilier leur contrat de travail, ainsi que la mise en réseau au sein de la justice. Les supérieurs et les équipes ont constaté des effets positifs, à savoir l'attrait renforcé de la fonction, la bonne volonté et la capacité à apprendre des participants, l'enrichissement grâce aux nouveaux inputs et l'amélioration de la compréhension et du respect mutuels.

Lors de sa séance du 4 avril 2019, la Direction de la magistrature a donc décidé de poursuivre la rotation des postes de greffiers et greffières ainsi que de secrétaires juridiques. Avec la collaboration des directeurs des groupes de produit, les conditions ont été précisées dans la directive sur la rotation des postes. Cette directive ainsi que des informations complémentaires et des documents sur la rotation des postes se trouvent dans l'Intranet JUS sous Ressources humaines, Développement personnel, Rotation des postes de greffiers / greffières ainsi que de secrétaires juridiques.

Suite à une nouvelle évaluation qui aura lieu après deux années supplémentaires, la Direction de la magistrature examinera la possibilité d'étendre la rotation des postes à d'autres fonctions et statuera à ce sujet.

Le domaine Gestion des ressources humaines de l'état-major des ressources conseille de profiter de l'offre de formation continue.



Publikationen aus unseren Reihen

Publications émanant de membres de la justice bernoise

Erneut waren auch die eigenen Reihen fleissig und unsere Kolleginnen und Kollegen legen aus den Sparten Straf- und Verwaltungsrecht Lesenswertes vor. Das sind die entsprechenden Beiträge:

Aus dem Strafrecht:

SIMONE STEFFEN, Staatsanwältin für Wirtschaftsdelikte, hat zusammen mit dem ehemaligen Leitenden Staatsanwalt dieser Abteilung, Beat Schnell, ein 500 Seiten starkes Buch mit Theorie, Rechtsprechung und Originaldokumenten zum Schweizerischen Strafprozessrecht geschrieben – eine geniale, praxisorientierte Lektüre für angehende Anwältinnen und Anwälte¹.

MATTHIAS ZURBRÜGG, Gerichtsschreiber am Regionalgericht Berner Jura-Seeland, hat in der vierten Auflage des Basler Kommentars Strafrecht mehrere StGB-Artikel kommentiert – einerseits die Bestimmungen zur Verjährung (Art. 97 bis 101 StGB) und zur Zeitbestimmung (Art. 110 Abs. 6 StGB) und andererseits gemeinsam mit Dr. Constantin Hruschka diejenigen zur Landesverweisung (Art. 66a bis 66d StGB)².

DENISE WEINGART, Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Berner Jura-Seeland, hat in Co-Autorenschaft mit Rodriquez Rodrigo ebenfalls kommentiert und zwar bereits auf Ende letzten Jahres die Art. 11–11c IPRG, inklusive der Vorbemerkungen dazu³.

Aus dem Verwaltungsrecht:

ERIK FURRER, Verwaltungsrichter an der sozialversicherungsrechtlichen Abteilung, hat im Gebiet der Invalidenversicherung einen interessanten Beitrag über die Fragen geschrieben, die sich im Rahmen der gerichtlichen Anordnung eines Gutachtens im IV-Verfahren stellen können⁴.

MICHEL DAUM, Verwaltungsrichter, und PETER BIERI, Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht, haben sich in der zweiten Auflage des Kommentars zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren den Artikeln 7–9 VwVG angenommen, in welchen es um die Zuständigkeit, Überweisung und Meinungsaustausch, sowie die Kompetenzkonflikte geht⁵.

PETER KELLER, Verwaltungsrichter, hat als Mitherausgeber der zweiten Auflage des Kommentars zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, welches um Erläuterungen zum JSG und BGF ergänzt wurde, für das Gesamtkonzept verantwortlich gezeichnet und als Autor die Bestimmungen über das Beschwerderecht der Organisationen und Behörden (Art. 12–12g NHG), über den Moor- und Moorlandschaftsschutz (Art. 23a–23d NHG) und die Information (Art. 25a NHG) sowie die Schlussbestimmungen (Art. 25b und 26 NHG) kommentiert⁶.

¹ SIMONE STEFFEN / BEAT SCHNELL, das Schweizerische Strafprozessrecht in der Praxis, Stämpfli Verlag, Bern 2019.

² MATTHIAS ZURBRÜGG, Kommentar zu Art. 66a bis 66d, 97 bis 101 und 110 Abs. 6 StGB, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I + II, Helbing Lichtenhahn Verlag, 4. Auflage, Zürich 2019.

³ DENISE WEINGART, Kommentar zu Art. 11–11c IPRG, in: Müller-Chen Markus/Widmer-Lüchinger Corinne (Hrsg.) Zürcher Kommentar zum IPRG, Schulthess Verlag, 3. Auflage, Zürich 2018.

⁴ ERIK FURRER, rechtliche und praktische Aspekte auf dem Weg zum Gerichtgutachten in der Invalidenversicherung, in: SZS 2019, S. 1 ff.

⁵ MICHEL DAUM/PETER BIERI, Kommentar zu Art. 7–9 VwVG, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Dike Verlag, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019.

⁶ PETER KELLER, Kommentar zu Art. 12–12g, 23a–23d, sowie 25b und 26 NHG, in: Keller Peter/Zufferey Jean-Baptiste/Karl Ludwig Fahrländer (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, Schulthess Verlag, 2. Auflage, Zürich 2019.