

# Inhaltsübersicht • Table des matières

<b>3</b>	Die Ecke des Präsidenten Le Coin du président
<b>5</b>	Christoph Stalder Kurzansprache anlässlich der Vereidigung der Mitglieder von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft
<b>6</b>	Die Stabsstellen der Justiz
<b>10</b>	Kursprogramm 2011 Programme des cours 2011
<b>15</b>	Hinweis auf auswärtige Weiterbildungsveranstaltungen Informations sur les formations continues dispensées à l'extérieur
<b>16</b>	Neues aus dem Bundeshaus
<b>18</b>	Interview mit Prof. Dr. Luzius Mader, Vizedirektor des Bundesamts für Justiz
<b>21</b>	Robert Burkhard, Verwaltungsrichter Administrativhaft im Ausländerrecht
<b>30</b>	Pascal Flotron Et la victime ... qu'est-ce qu'elle devient dans tout cela???
<b>33</b>	Cesar Lopez Anklage und Anklagegrundsatz
<b>48</b>	Publikationen aus unseren Reihen Publications émanant de membres de la justice bernoise

# Die Ecke des Präsidenten

Liebe Kolleginnen und Kollegen  
Liebe Leserinnen und Leser

Erinnern Sie sich an die Stimmung in den letzten Tagen des Jahres 1999? Ein neues Jahrtausend würde anbrechen, und mit ihm ein neues Zeitalter voller Hoffnungen. Man fürchtete sich aber auch vor dem «Millennium-Bug»: Die computergesteuerte Welt könnte verrückt spielen, zusammenbrechen, explodieren ...!? Nichts von alledem geschah. Im Januar 2000 feierte man den Beginn des neuen Jahrtausends. Keiner störte sich daran, dass man ein Jahr zu früh feierte. Alles ging seinen gewohnten Gang.

In wenigen Tagen wird für unsere kleine Welt der Juristinnen und Juristen in der Schweiz die Wende Wirklichkeit: Die eidgenössische Zivil- und Strafprozessordnung treten in Kraft. Wir werden – endlich – sehen, ob sie (und wir) funktionieren, und ob unsere Vorbereitungen dafür genügen. Zumindest rechnerisch liegen wir richtig, der 1. Januar 2011 ist der Anbruch eines neuen Jahrzehnts. Das endende Jahr war geprägt von zunehmender Hektik: Die Justizreform unseres Kantons hat uns alle in Beschlag genommen. Es wurde eingepackt, gezügelt, ausgepackt und eingerichtet, Richterinnen und Richter gewählt und zugeteilt, Anstellungsverträge ausgefertigt, Leistungsvereinbarungen abgeschlossen, Reglemente aller Art geschrieben, Weisungen und Kreisschreiben erlassen, Übergangsregeln formuliert und korrigiert, Tribuna-Vorlagen gebaut. Dazu noch wurde auf allen Stufen Weiterbildung betrieben. Sie alle, liebe Leserinnen und Leser, haben neben dem «Tagesgeschäft» für diese Wende engagiert gearbeitet. Dafür sei allen herzlich gedankt. Wir sind gut gerüstet. Nun müssen wir es einfach einmal werden lassen, hat ein Kollege kürzlich gesagt. Er hatte Recht. Die neue Justiz wird weiter gut, vielleicht gar besser funktionieren. Ein paar Friktionen und Pannen wird's wohl geben, aber sie werden mit Mut und Kreativität zu meistern sein.

Unser Redaktor Markus Schmutz hat für Sie ein spannendes Heft zusammengestellt: Grossrat Christoph Stalder erklärt, weshalb alte und neue treue Diener des Kantons vereidigt werden müssen. Christian Cappis (Justizleitung), Jürg Blösch (Verwaltungsgericht), Frédéric Kohler und Daniel Peier (Obergericht) bekleiden die wichtigen Stabsstellen der neuen Berner Justiz. Jeder von ihnen schreibt über sich und seine beruflichen Aufgaben und wie er seinen Job gestalten will. Rechtsetzungsmethodik, Rechtsetzungsbegleitung, verfassungsrechtliche Prüfung von Bundeserlassen? Betreffen sie auch uns? Prof. Luzius Mader, Vize-Direktor des Bundesamtes für Justiz, wurde von Markus Schmutz zu diesen Mysterien in die Zange

# Le Coin du président

Mesdames et Messieurs  
Chers collègues et chers lecteurs et lectrices

Vous souvenez-vous de l'atmosphère des derniers jours de l'année 1999? Un nouveau millénaire était sur le point de commencer et avec lui un âge nouveau plein d'espérances. On craignait cependant aussi un « bug du millénaire »: le monde dirigé par les ordinateurs allait-il devenir fou, s'effondrer, exploser ... !? Rien de tout cela ne s'est produit. Le début du nouveau millénaire a été fêté en janvier 2000. Cette célébration anticipée d'une année n'a dérangé personne. Tout a continué selon son rythme habituel.

Dans quelques jours, notre petit monde des juristes en Suisse va connaître un tournant: les codes de procédure civile et pénale fédéraux entreront en vigueur. Enfin nous pourrions vérifier si ceux-ci sont utilisables (et par la même occasion si nous savons nous en servir) et déterminer si nos préparatifs ont été suffisants. Mathématiquement du moins, nous tombons juste, le 1er janvier 2011 étant le début d'une nouvelle décennie. L'année finissante a été marquée par une fébrilité grandissante ponctuée par les remplissages de cartons, les déménagements, les déballages, les installations, l'élection de juges et la répartition des postes, la préparation de contrats de travail, de conventions sur les buts, la rédaction de règlements de toutes sortes, la promulgation de directives et de circulaires, la formulation et correction de dispositions transitoires et la mise en forme des modèles « Tribuna ». En plus de cela, des formations continues ont été dispensées à tous les échelons. Vous toutes et tous, chères lectrices et chers lecteurs – en plus de votre pensum quotidien – avez travaillé avec engagement pour permettre ce tournant. Que tous soient cordialement remerciés. Nous sommes bien préparés. Récemment, un collègue a dit qu'il fallait désormais simplement laisser se réaliser les choses. Il avait raison. La nouvelle justice continuera de bien travailler, peut-être même mieux encore. Quelques frictions et pannes sont inévitables, avec du courage et de la créativité il sera possible d'en venir à bout. Notre rédacteur Markus Schmutz a préparé pour vous un nouveau numéro passionnant: Christoph Stalder, membre du Grand conseil, explique pour quelles raisons les anciens et les nouveaux fidèles serviteurs du Canton doivent prêter serment. Christian Cappis (Direction de la justice), Jürg Blösch (Tribunal administratif), Frédéric Kohler et Daniel Peier (Cour suprême) ont été désignés aux places importantes d'état-major de la nouvelle justice bernoise. Chacun d'entre eux se présente, énumère les tâches qui lui sont confiées et évoque la façon dont il compte assumer ses nouvelles

genommen. Verwaltungsrichter Robert Burkhard informiert über die Administrativhaft im Ausländerrecht, und Staatsanwalt Cesar Lopez referiert über Anklage und Anklageprinzip. Staatsanwalt Pascal Flotron schliesslich überrascht mit eigenwillig-provokativen Gedanken zum Opferschutz im Strafprozess. Eine vielfältige Lektüre erwartet Sie! Weihnachten steht bevor. Mögen doch ein paar Schneeflocken fallen! Geniessen wir einige ruhige, besinnliche Tage, sternenklare Nächte und machen dann einen mutigen Gump ins Neue Jahr!

STEPHAN STUCKI

fonctions. Méthode législative, accompagnement de la rédaction de textes légaux, examen des lois fédérales sous l'angle constitutionnel? Sommes-nous aussi concernés? Pour tenter de résoudre ces mystères, Markus Schmutz a soumis à la question le Professeur Luzius Mader, Vice-Directeur de l'Office fédéral de la justice. Le Juge administratif Robert Burkhard consacre un article à la détention administrative selon le droit des étrangers et le Procureur Cesar Lopez présente l'accusation et le principe du même nom. Pour finir, le Procureur Pascal Flotron nous surprend avec quelques réflexions volontairement provocatrices en matière de protection de la victime dans le cadre de la procédure pénale. Une lecture variée vous attend donc !

Noël est à la porte. Puissent quelques flocons supplémentaires l'accompagner ! Profitons encore de quelques journées paisibles et recueillies, de nuits constellées d'étoiles avant de nous lancer courageusement dans l'année nouvelle !

*Traduction:  
Rainier Geiser, Juge d'instruction cantonal*

**Christoph Stalder, Grossrat,  
Präsident der Justizkommission**

## **Kurzansprache anlässlich der Vereidigung der Mitglieder von Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft**

Sehr geehrte Damen und Herren

Ich begrüsse Sie ganz herzlich zum formellen Akt der Vereidigung.

Mehr als einmal bin ich gefragt worden: Warum in aller Welt diese Vereidigung? Warum dieses Theater? Ich bin doch früher einmal schon vereidigt worden. Ich bin doch auch ohne diesen formellen Akt eine treue Dienerin, ein treuer Diener des Kantons Bern.

Ja, habe ich jeweils zur Antwort gegeben, das sind Sie und dafür sind wir Ihnen dankbar. Und trotzdem: Die Vereidigung ist keine leere Floskel, keine überflüssige Formalität, sie hat eine tiefere Bedeutung.

Art. 23 GSOG verlangt ausdrücklich, dass alle Mitglieder der Gerichtsbehörden, die vom Grossen Rat gewählt werden, vor dem Amtsantritt den Eid oder das Gelübde ablegen. Das ist in der Vergangenheit nicht so konsequent gehandhabt worden, diese Lücke wollen und müssen wir schliessen. Ob Sie, meine sehr geehrten Richterinnen und Richter, in der vergangenen Juni-Session neu oder doch eher wieder gewählt worden sind, können wir für den heutigen Anlass als akademische Streitfrage ausser Acht lassen.

Viel hilfreicher ist ein Vergleich mit den anderen Staatsgewalten, dem Grossen Rat und dem Regierungsrat: Ihre Mitglieder werden nach jeder Gesamterneuerung wieder vereidigt, und wer sich weigert, den Eid oder das Gelübde abzulegen, verzichtet auf sein Amt.

Darum ist heute der geeignete Moment, dass Sie, meine sehr geehrten Damen und Herren, Ihren Respekt vor den Rechten und Freiheiten des Volkes, der Verfassung und der Gesetzgebung bekunden.

Künftig werden wir neu gewählte Mitglieder Ihrer Behörden gleich nach der Wahl vor dem Plenum des Grossen Rates vereidigen, und die Justizleitung wird die Vereidigung der übrigen vom Grossen Rat gewählten Richterinnen und Richter regeln.

Ein zweiter und zugleich letzter Gedanke oder Hinweis: Die Justizkommission übt die Oberaufsicht über Obergericht, Verwaltungsgericht und Generalstaatsanwaltschaft aus. Sie können beruhigt sein: Die Justizkommission wird sich auch weiterhin nie, nie in Ihre Strafverfolgung und Rechtsprechung einmischen, das verbietet die Gewaltenteilung. Wir verstehen uns als Partner, als Coaches vielleicht auch, als aussenstehende, interessierte Beobachter und Fragesteller gegenüber Ihren Institutionen. Wir äussern uns zu organisatorischen, zu personellen Fragen, ab jetzt auch vermehrt zu finanziellen, zu Budgetfragen, und unsere Partnerin ist primär die Justizleitung. Aber wir verstehen uns nicht als Aufseher oder Kontrolleure.

Ich freue mich auf die weitere Zusammenarbeit mit Ihnen und schliesse mit dem Dank für Ihre enorm wichtige Tätigkeit und Ihren Einsatz.

## Neues aus dem Bundeshaus

Die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung steht vor der Tür und wird auch Änderungen von ZGB, OR und anderen Gesetzen nach sich ziehen. Es lohnt sich also, per 1.1.2011 aktuelle Gesetzesausgaben zu beschaffen.

Ein paar Beispiele: Art. 138 Ziff. 2 OR wird ergänzt, indem der Schlichtungsversuch in den Katalog der verjährungsunterbrechenden Handlungen aufgenommen wird. Wird die Verjährung durch ein Schlichtungsgesuch unterbrochen, so beginnt die Verjährung von Neuem zu laufen, wenn der Rechtsstreit vor der befassen Instanz abgeschlossen ist (Art. 138 Abs. 1 OR). Im Mietrecht ändern sich die Kompetenzen der Mietämter resp. eben neu der Schlichtungsbehörden. Diese können den Parteien unabhängig vom Streitwert und neu auch bei Miet- und Pachtzinsanfechtung einen Urteilsvorschlag vorlegen; entscheidbefugt sind sie in allen Streitigkeiten mit einem Streitwert von bis zu Fr. 2000.– (Art. 210 ZPO, Änderung/Aufhebung der Art. 273 und 274–274a ZGB).

Im Familienrecht wurden sehr viele Bestimmungen, welche sich bisher im ZGB fanden, in die ZPO übertragen, ohne dass das materielle Recht allzu grosse Änderungen erfahren sollte. So werden Ehegatten im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nach wie vor Unterhalt auch rückwirkend auf ein Jahr verlangen können, selbst wenn dies in Art. 276 ZPO (welcher Art. 137 ZGB ablöst) so nicht mehr ausdrücklich steht. Eine Änderung hingegen ist vom Gesetzgeber gewollt und wird alle mit Familienrecht befassen Gerichtspräsident/inn/en freuen: Ab dem nächsten Jahr haben urteilsfähige Kinder nicht erst bei Scheidung, sondern bereits im Eheschutzverfahren ihrer Eltern Anspruch darauf, vom Gericht (oder durch beauftragte Dritte) persönlich angehört zu werden (Art. 298 ZPO). Wenn das Kind zudem den Antrag auf eine Vertretung stellt, so ist diese ohne Weiteres anzuordnen (Art. 299 Abs. 3 ZPO). Die Verweigerung dieser Rechte ist beschwerdefähig. Es fragt sich allerdings, auf welchem Weg die Kinder von diesen ihren Rechten erfahren sollen – die Gerichte selber werden erfahrungsgemäss mit Informationen eher zurückhaltend umgehen. Vielleicht Stoff für ein neues Schulfach? Erstaunlich bleibt sodann, dass die Entscheide über Kinderbelange den Kindern nur zugestellt werden, wenn diese das 14. Altersjahr vollendet haben (Art. 301 lit. b ZPO). Es möchten doch wohl zumindest alle angehört Kinder – auch wenn sie jünger sind – gern wissen, wie das Verfahren schlussendlich ausgegangen ist.

Hier sei noch darauf hingewiesen, dass die amtliche Ausgabe der Schweizerischen ZPO (und auch die meisten privaten Editionen) bereits veraltet sind. So wurde in der Folge der Revision des Lugano-Übereinkommens etwa Art. 327a ZPO (Vollstreckbarerklärung nach Lugano-Übereinkommen) eingefügt, und weitere Bestimmungen (Art. 270 Abs. 1,

309 Bst. b Ziff. 6, 349 ZPO) erfahren in diesem Zusammenhang Änderungen. Auch die Abschaffung der zweimonatigen Bedenkfrist bei einvernehmlicher Scheidung lässt die ZPO bereits alt aussehen (Art. 287, 288 ZPO). Was oben für ZGB und OR gesagt wurde, gilt also auch für die ZPO selber: Es lohnt sich, eine aktuelle Gesetzesausgabe zu beschaffen – wobei bislang soweit ersichtlich eine einzige auf dem Markt angeboten wird.<sup>1</sup>

Im Bereich des Strafrechts und Strafprozessrechts sind erneut zahlreiche Neuigkeiten zu vermelden:

Die in den letzten beiden Heften thematisierte Harmonisierung der Strafdrohungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, die zugunsten der Revision des Allgemeinen Teils zurückgestellt worden war, ist vom Bundesrat am 8. September 2010 in die Vernehmlassung geschickt worden. Die Strafbestimmungen des Besonderen Teils sind bis heute noch nie in einem umfassenden Quervergleich dahingehend überprüft worden, ob sie der Schwere der Straftaten entsprechen und richtig aufeinander abgestimmt sind. Mit der Vorlage sollen nun im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die notwendigen Korrekturen vorgenommen und damit ein Beitrag zur Stärkung des Strafrechts geleistet werden. Das bedeutet aber nicht, dass die Strafrahmen generell erhöht würden; vielmehr soll die Vorlage zu jeweils angemessenen Strafrahmen führen. Wo kein Strafbedürfnis mehr ausgemacht werden kann, wird die Aufhebung der Strafnorm vorgeschlagen.

Eine Strafverschärfung ist bei Gewaltdelikten vorgesehen. Für fahrlässige Tötung (Art. 117) und fahrlässige schwere Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2) sollen die Höchststrafen von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe angehoben und damit der Mindeststrafe bei vorsätzlicher Tötung angeglichen werden. Damit soll auch die vor allem im Zusammenhang mit Raserunfällen geführte Diskussion um die schwierige Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz entschärft werden. Bei der vorsätzlichen schweren Körperverletzung (Art. 122) soll wegen der gravierenden Folgen für das Opfer die Mindeststrafe von Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen auf Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren angehoben werden. Gefährdung des Lebens (Art. 129) soll mit mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe sanktioniert werden, und beim Raufhandel (Art. 133) soll der Strafrahmen jenem des Angriffs (Art. 134) gleichgesetzt werden. Beim Raub (Art. 140) sollen Ziffer 1 und 2 zusammengeführt werden, unter gleichzeitiger Anhebung der Mindeststrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe. Bei gemeinsam begangenen Sexualdelikten (Art. 200) ist eine obligatorische Straferhöhung bzw. Strafverschärfung vorgesehen.

Bei den Sexualdelikten soll auf eine allgemeine Erhöhung der Strafrahmen verzichtet werden. Insbesondere ist keine Mindeststrafe bei sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187) vorgesehen, weil dieser Straftatbestand eine Vielzahl von sehr unterschiedlichen sexuellen Handlungen erfasst. Es wird

<sup>1</sup> Daniel Schwander, Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung, Wissenschaftlicher Verlag Berlin.

daher befürchtet, dass die Einführung einer Mindeststrafe zur Folge haben könnte, dass die Gerichte den Begriff der sexuellen Handlung neu definieren und nur noch mittlere und schwere Übergriffe sanktionieren würden. Ebenso soll auf die Erhöhung der Maximalstrafe in Art. 187 verzichtet werden, weil bei Übergriffen, die zusätzlich die sexuelle Freiheit des Kindes betreffen, Idealkonkurrenz mit der sexuellen Nötigung, der Vergewaltigung und allenfalls der Schändung bestehe, sodass der Strafrahmen bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe ausgedehnt werde. Eine Erhöhung der Mindeststrafe bei der Vergewaltigung wird ebenfalls als nicht erforderlich erachtet, weil dies das richterliche Ermessen zu sehr einschränken würde, indem es nicht mehr möglich wäre, sämtliche Strafzumessungsfaktoren adäquat zu berücksichtigen. Aus kriminalpolitischen und präventiven Gründen sollen hingegen künftig bei sexuellen Handlungen mit Kindern (Art. 187) und bei weiteren Sexualdelikten (Art. 188, 189, 191, 192 und 195) keine Geldstrafen, sondern nur noch Freiheitsstrafen verhängt werden können.

Neben den genannten Strafverschärfungen schlägt der Vorentwurf aber auch die Aufhebung verschiedener Strafbestimmungen vor, wobei dies nicht zwingend zur Straffreiheit eines bisher strafbaren Verhaltens führt, werden doch in den meisten Fällen andere Strafbestimmungen zum Zug kommen. Nur in wenigen Fällen hat die Aufhebung von Strafbestimmungen gänzliche Straffreiheit zur Folge.

Während das Obergericht und der Verband Bernischer Richterinnen und Richter (VBR) die höheren Mindeststrafen und die Einschränkung des gerichtlichen Ermessens mehrheitlich ablehnen, begrüsst die Staatsanwaltschaft grundsätzlich die Stossrichtung der Vorlage, insbesondere die Anpassungen bei den Mindest- und Höchststrafen, die Abschaffung der zu grossen Unterschiede bei den Strafdrohungen für Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte und die Abänderung von «kann»-Vorschriften in «ist»-Vorschriften bei privilegierten Straftatbeständen. Da der Justizleitung unter diesen Umständen im kantonsinternen Vernehmlassungsverfahren eine konsolidierte Stellungnahme nicht möglich war, hat sie die Differenzen zwischen Obergericht und Generalprokuratur gegenüber der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion offengelegt und auf die Eingaben der beiden Einheiten verwiesen.

Das in den beiden letzten Heften vorgestellte Vorhaben einer erneuten Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches war bis Ende Oktober in der Vernehmlassung. Die Justizleitung weist in ihrer Stellungnahme gegenüber der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion darauf hin, dass dringender Revisionsbedarf vor allem bei der kurzen Freiheitsstrafe und bei der Möglichkeit des bedingten Vollzugs von Geldstrafen und gemeinnütziger Arbeit geortet worden sei. Die Revisionsvorlage gehe aber über diese Bereiche hinaus, was die Justizleitung skeptisch stimme. Gesetzgebung sollte auf Dauer angelegt sein, hektische Änderungen sollten nach Möglichkeit vermieden werden. Es sei daher vorzuziehen, die Revision auf die genannten dringendsten Punkte zu beschränken, während für

weitere Revisionsvorhaben eine fundierte Auswertung der mittelfristigen Auswirkungen des neuen Allgemeinen Teils abgewartet werden sollte. Es bestehe sonst die Gefahr, dass die jetzt vorgesehene Revision den Beginn einer Entwicklung sei, die den Allgemeinen Teil zur dauernden Baustelle mache.

Nachdem sich eine klare Mehrheit der Kantone, Parteien und weiteren interessierten Kreisen im Vernehmlassungsverfahren für eine ausdrückliche Regelung der organisierten Suizidhilfe auf Bundesebene ausgesprochen haben, hat der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement beauftragt, die vorgeschlagenen Sorgfaltspflichten für Mitarbeitende von Suizidhilfeorganisationen im Lichte der Vernehmlassungsergebnisse zu überarbeiten und bis Ende 2010 eine Botschaft auszuarbeiten. Der Bundesrat hält an seiner Absicht fest, die organisierte Suizidhilfe im Strafrecht zu regeln.

Die zur Umsetzung des Römer Statuts notwendigen Änderungen des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes treten am 1. Januar 2011 in Kraft. Es wurde ein neuer Straftatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit geschaffen und eine detaillierte Definition von Kriegsverbrechen vorgenommen. Als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gelten Straftaten wie vorsätzliche Tötung, Ausrottung, Versklavung, Verschwindenlassen von Personen, Folter, Sexualdelikte oder Vertreibung, die im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung begangen werden. Geringfügig angepasst wurde zudem der im Jahr 2000 ins Strafrecht aufgenommene Tatbestand des Völkermords.

Wie üblich ist auch im Strassenverkehrsrecht einiges in Bewegung. Nach einem 10-jährigen Leidensweg gelangt «Via Sicura», das Handlungsprogramm für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, ins Parlament. Mit einem inzwischen abgespeckten, aber nach wie vor umfangreichen Massnahmenpaket sollen die bestehenden Vorschriften besser durchgesetzt und die Prävention verstärkt werden. Für die Strafverfolgung dürften folgende Massnahmen von besonderem Interesse sein: Alkoholverbot für bestimmte Verkehrsteilnehmer (z.B. gewerbmässiger Personen- und Gütertransport, Neulenkende), Ersatz der Blutprobe durch eine angeblich beweissichere Atemalkoholprobe, Einziehung und Verwertung von Motorfahrzeugen bei qualifiziert groben Verkehrsregelverletzungen (z.B. krasse Geschwindigkeitsüberschreitung) und bei ungünstiger Prognose, Fahren ohne Führerausweis gemäss Art. 95 Ziff. 1 SVG als Vergehen, Kompetenz des Bundesrates zum Abschluss von Verträgen mit Nachbarstaaten zur grenzüberschreitenden Strafverfolgung und Halterhaftung für Ordnungsbussen bei unbekannter Täterschaft. Angesichts des von vielen Seiten angekündigten Widerstandes wird es die Vorlage im Parlament schwer haben. Gut möglich, dass die «Via Sicura» zur «Via Dolorosa» wird.

MYRIAM GRÜTTER  
MARKUS SCHMUTZ

**Interviewer: Markus Schmutz**

## **Interview mit Prof. Dr. Luzius Mader, Vizedirektor des Bundesamts für Justiz**



**Prof. Mader, Sie leiten im Bundesamt für Justiz (BJ) den Direktionsbereich Öffentliches Recht. Welche Aufgaben nimmt Ihr Direktionsbereich wahr?**

Der Direktionsbereich Öffentliches Recht umfasst die Fachbereiche Rechtsetzungsprojekte und -methodik, Rechtsetzungsbegleitung I

und II sowie Europarecht und internationaler Menschenrechtsschutz. Zudem behandelt der Direktionsbereich Öffentliches Recht die Beschwerden an den Bundesrat.

Der Fachbereich Rechtsetzungsprojekte und -methodik bereitet Erlasse des öffentlichen Rechts vor, für die das EJPD federführend ist und die nicht in den Geschäftsbereich eines anderen Amtes oder eines anderen Direktionsbereiches des BJ fallen. Erwähnt seien etwa die Gesetzgebung in den Bereichen Opferhilfe, Datenschutz sowie Lotterien und Wetten und die Gesetzgebung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung. Der Fachbereich befasst sich sodann mit Fragen der Rechtsetzungsmethodik und der Gesetzesevaluation.

Die Fachbereiche Rechtsetzungsbegleitung I und II wirken mit bei Rechtsetzungsprojekten anderer Ämter und Dienststellen. Alle Entwürfe für Rechtsätze des Bundes (Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen) werden daraufhin geprüft, ob sie über eine genügende Rechtsgrundlage verfügen; dabei geht es insbesondere auch um die Frage, ob der Bund über die notwendige Kompetenz zur Gesetzgebung verfügt. Die beiden Fachbereiche prüfen auch, ob die Erlassentwürfe mit dem internationalen Recht, den Grundrechten und den übrigen Verfassungsgrundsätzen vereinbar sind, und sie äussern sich zur Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht. Sie achten sodann darauf, dass neues Recht in kohärenter Weise in die bestehende Rechtsordnung eingefügt wird. In Zusammenarbeit mit den Sprachdiensten der Bundeskanzlei prüfen sie die Erlassentwürfe zudem unter redaktionellen Aspekten. Neben diesen Aufgaben erstellen die Fachbereiche Rechtsetzungsbegleitung I und II auch Rechtsgutachten zuhanden anderer Ämter, der Departemente, des Bundesrates und parlamentarischer Kommissionen. Dabei geht es vor allem um verfassungs-

rechtliche Grundsatzfragen oder andere Rechtsfragen von grosser Bedeutung. Die beiden Fachbereiche prüfen im Weiteren auch andere Geschäfte, die dem Bundesrat zur Diskussion oder zum Entscheid unterbreitet werden, aus rechtlicher Sicht. Und schliesslich wirken sie in manchen Fällen mit bei der Behandlung von Rechtsetzungsgeschäften anderer Dienststellen der Bundesverwaltung oder von parlamentarischen Initiativen in parlamentarischen Kommissionen.

Der Fachbereich Europarecht und internationaler Menschenrechtsschutz erarbeitet und präsentiert die periodischen Berichte der Schweiz zum UN-Pakt II und unterstützt die Ausarbeitung und Präsentation von Berichten zu anderen internationalen Menschenrechtsabkommen durch die jeweils federführenden Amtsstellen. Der Leiter des Fachbereichs ist gleichzeitig der Vertreter der Schweizer Regierung vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und vor dem UN-Ausschuss zur Verhütung der Folter. Eine weitere Hauptaufgabe des Fachbereichs ist die Bearbeitung juristischer Fragen in Zusammenhang mit der europäischen Integration. Insbesondere wirkt er an der Behandlung von Fragen zur Umsetzung und Weiterentwicklung von Schengen/Dublin mit. Der Fachbereich überprüft Gesetzes- und Verordnungsentwürfe auf ihre Vereinbarkeit mit dem Europarecht, erstellt juristische Gutachten und nimmt an den Gesetzgebungsarbeiten mit europarechtlichem Bezug teil. Im Bereich Schengen/Dublin nimmt er eine Koordinationsaufgabe für die gesamte Bundesverwaltung wahr.

**Sämtliche Bundeserlasse, die wir in der kantonalen Zivil-, Straf- und Verwaltungsjustiz anwenden, haben vor der gesetzestechnischen, redaktionellen und vor der völker- und verfassungsrechtlichen Prüfung durch Ihren Direktionsbereich zu bestehen. Prof. Gunther Arzt soll einmal gesagt haben: «Gott behüte uns vor dem Hühnervogel und den Verfassungsrechtlern! » Dem Vernehmen nach gibt es auch Bundesämter, welche die Stellungnahmen des BJ im Rahmen der Konsultationsverfahren als Feuerprobe fürchten, die es zu bestehen gilt, damit sich die Tore für den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens öffnen. Wird die Dienstleistung der Rechtsetzungsbegleitung geschätzt oder wird sie – nicht zuletzt aufgrund des stetig wachsenden Zeitdrucks in den Gesetzgebungsverfahren – als unbequem und lästig wahrgenommen?**

Es trifft wohl beides zu: die Überprüfung der Erlassentwürfe durch das BJ ist eine wichtige Hürde, ein Hindernis, das es im – ohnehin schon recht langwierigen – Gesetzgebungsprozess zu überwinden gilt. Dies löst nicht nur Freude aus bei den Ämtern, welche die Erlassentwürfe erarbeiten und die in der Tat häufig einem grossen zeitlichen und politischen Druck ausgesetzt sind. Andererseits erleben wir aber auch sehr oft, dass die rechtliche Überprüfung durch unser Amt nicht als lästige Kontrolle, als – bestenfalls – notwendiges Übel, sondern als wertvolle Dienstleistung betrachtet

wird. Um die Befindlichkeit der andern Ämter etwas besser zu kennen, habe ich vor vier Jahren durch einen externen Berater eine Umfrage zur «Kundenzufriedenheit» durchführen lassen. Das Resultat war ausserordentlich ermutigend. Die Arbeit des BJ ist zusammenfassend als «kompetent, hartnäckig, konstruktiv» bezeichnet worden. Entscheidend ist aus meiner Sicht, ob tatsächlich ein Mehrwert geschaffen wird. Mit andern Worten: ob wir in der Lage sind, mit verhältnismässigem Aufwand einen wesentlichen Beitrag zur Qualitätssicherung in der Gesetzgebung des Bundes zu erbringen. Ich bin überzeugt, dass dies der Fall ist. Und ich meine auch, dass die gute Kooperation der andern Ämter zeigt, dass sie die Situation gleich beurteilen.

**Die NZZ hat das BJ in einem kürzlich in Zusammenhang mit den Bundesratswahlen erschienen Artikel lobend erwähnt und dabei festgehalten, das BJ verfasse Rechtsgutachten «mit teilweise beachtlicher politischer Sprengkraft». Wie unabhängig sind Ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei der Erstellung von Gutachten; können sie ihrer Arbeit frei von jeglichem politischen Druck nachgehen?**

Das BJ ist kein Gericht und verfügt bei seiner gutachterlichen Tätigkeit entsprechend auch nicht über die gleiche Unabhängigkeit wie ein Gericht. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, welche Gutachten ausarbeiten, sind eingebunden in die normale hierarchische Struktur der Bundesverwaltung. Die meisten Gutachten und rechtlichen Stellungnahmen werden durch die Leitung des zuständigen Fachbereichs unterzeichnet. Je nach rechtlicher oder politischer Tragweite sind auch die Leitung des Direktionsbereichs oder des Amtes involviert. Dies bedeutet jedoch nicht, dass politischer Druck ausgeübt wird oder dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter politisch motivierte Weisungen erhalten. Wenn unterschiedliche Rechtsauffassungen bestehen, was gelegentlich vorkommt und bei der Beurteilung von Rechtsfragen keineswegs ungewöhnlich ist, werden die Differenzen ausdiskutiert. Politischer Druck oder gar politische Willfährigkeit wäre absolut kontraproduktiv für die Glaubwürdigkeit des BJ als Fachbehörde und Dienstleistungszentrum des Bundes für Rechtsfragen (s. Artikel 6 Absatz 1 der Organisationsverordnung des EJPD, SR 172.213.1). In der Tat ist es für die Aufgabenerfüllung des BJ unerlässlich, dass das Amt Rechtsfragen nicht nur autonom beurteilt, sondern dass die andern Dienststellen der Bundesverwaltung diese Autonomie auch tatsächlich wahrnehmen. Der Umstand, dass (negative oder positive) politische Reaktionen auf Gutachten des BJ mal von der einen Seite des politischen Spektrums und mal von der andern kommen, mag als Zeichen für die Unabhängigkeit des Amtes gesehen werden.

**Im März dieses Jahres ist der Bericht des Bundesrats zur Stärkung der präventiven Rechtskontrolle erschienen. Es werden darin vor allem drei Handlungsoptionen aufgezeigt: Opti-**

**mierung des Status quo, Zentralisierung der Rechtskontrolle und Einsatz einer gerichtlichen Instanz. Welcher Variante geben Sie den Vorzug?**

Der Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 (BBl 2010 2187) spricht sich klar für die Option «Optimierung des Status quo» aus. Ich bin persönlich überzeugt, dass dies die richtige Vorgehensweise ist. Es gibt aus meiner Sicht keine gravierenden Mängel oder Lücken; Optimierungsbedarf und Optimierungsmöglichkeiten bestehen aber sehr wohl. Wir sind daran, diese Option nun umzusetzen. Dabei geht es um Massnahmen unterschiedlicher Art: Anpassung der verwaltungsinternen Abläufe, Ergänzung von Richtlinien, Leitfäden und andern Hilfsinstrumenten der Gesetzgebungsarbeit, Information und Ausbildungstätigkeiten (etwa im Rahmen des vor ein paar Jahren geschaffenen Rechtsetzungsforums der Bundesverwaltung), Thematisierung von unterschiedlichen Rechtsauffassungen in Anträgen an den Bundesrat und in den Botschaften des Bundesrates zu Gesetzesvorlagen, etc. Dies ist ein pragmatischer Ansatz, der ohne erheblichen Zusatzaufwand Verbesserungen bewirken kann. Als besonders bedeutsam erachte ich den besseren Einbezug des BJ in der parlamentarischen Phase, um sicherzustellen, dass Änderungen von Erlassentwürfen, die im Rahmen der Beratung von Rechtsetzungsvorhaben in parlamentarischen Kommissionen erfolgen, den gleichen rechtlichen Kontrollen unterworfen sind wie die Erlassentwürfe, welche von der Bundesverwaltung erarbeitet werden.

**Verwaltungs-, Minarett-, Ausschaffungs- und (zurückgezogene) Todesstrafeinitiative: Die Justiz hat alles Interesse daran, dass verfassungs- und völkerrechtswidrige und daher nicht oder nur schwer umsetzbare Verfassungssinitiativen gar nicht erst zur Abstimmung gelangen. Was halten Sie vom Vorschlag von Alt-Bundesgerichtspräsidenten Giuseppe Nay, der ein dreistufiges Verfahren (Vorprüfung Bundeskanzlei, Entscheid des Parlaments, Beschwerde ans Bundesgericht oder an ein Expertengremium) einführen möchte?**

Über die Gültigkeit einer Volksinitiative sollte m. E. weiterhin die Bundesversammlung nach der Einreichung der Initiative entscheiden. Dies schliesst nicht aus, dass bereits im Rahmen der Vorprüfung von Volksinitiativen der Frage der Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht oder auch mit den Kerngehalten verfassungsrechtlich garantierter Grundrechte mehr Beachtung geschenkt wird. Das BJ und die Völkerrechtsdirektion könnten sich zu dieser Frage äussern, und ihre Stellungnahme könnte in adäquater Form den Initiantinnen und Initianten mitgeteilt werden. Allenfalls könnte sogar ein Vermerk auf dem Unterschriftenbogen angebracht werden, um die interessierten Bürgerinnen und Bürger auf die Stellungnahme des BJ und der Völkerrechtsdirektion hinzuweisen. Dies wäre eine Dienstleistung, die zu einem qualitativ guten demokratischen Entscheidungsprozess beitragen würde.

**Der Fachbereich Rechtsetzungsprojekte und -methodik nimmt die Evaluation von Bundesgesetzen vor. Wann und wie werden die am 1. Januar 2011 in Kraft tretende ZPO, StPO und JStPO evaluiert?**

In der Tat messen wir im BJ der Evaluation der Wirkungen der Gesetzgebung grosses Gewicht bei. Die Analyse und Beurteilung der Wirkungen ist Teil der Folgenverantwortung des Gesetzgebers. Was die ZPO, die StPO und die JStPO anbelangt, gibt es zurzeit noch keine konkreten Pläne für eine Evaluation. Ich kann mir aber gut vorstellen, dass diese wichtigen Erlasse – ähnlich wie die Totalrevision der Bundesrechtspflege, zu der wir eine umfassende und vertiefte Evaluation durchführen – in den nächsten Jahren evaluiert werden.

**Das BJ erhielt Anfang November innerhalb von wenigen Jahren schon wieder eine neue Departementschefin, die möglicherweise nur ein Jahr dem EJPD vorstehen wird. Wie wirken sich die häufigen Wechsel an der Departementsspitze auf ihr Tagesgeschäft aus? Welche Bedeutung hat es für das BJ, dass die neue Departementsvorsteherin nicht Juristin ist?**

Die relativ häufigen Wechsel sind selbstverständlich jeweils mit einem Zusatzaufwand verbunden: die neuen Departementsvorsteherinnen oder Departementsvorsteher sind in die Geschäfte einzuführen, die Verwaltungsabläufe müssen sich wieder neu einspielen, politische Neuausrichtungen erfordern Anpassungen der Geschäfte, etc. Andererseits können neue Sichtweisen auch helfen, Routine und Betriebsblindheit zu durchbrechen sowie gewisse Denkgewohnheiten in Frage zu stellen. Zu häufige Wechsel in einem Departement sind jedoch sicher auch mit der Gefahr verbunden, dass ein Departement im Verhältnis zu den andern, die eine grössere Kontinuität aufweisen, an Gewicht verliert. Dies kann insbesondere für ein Departement mit einer wichtigen Querschnittaufgabe ein Nachteil sein. Dass die neue Departementsvorsteherin nicht Juristin ist, scheint mir unerheblich für die Arbeit des BJ. Bundesrätinnen und Bundesräte üben eine primär politische Funktion aus. Es ist nicht ihre Aufgabe, juristische Argumente aus rechtlicher Sicht zu würdigen. Unsere Aufgabe ist es hingegen, juristische Argumente und Sachverhalte so darzulegen, dass sie auch für Nichtjuristen – sei es in der Verwaltung, in der Regierung oder im Parlament – nachvollziehbar sind.

**Welches waren die grössten Herausforderungen, die Sie im Direktionsbereich Öffentliches Recht in den letzten Jahren zu bewältigen hatten?**

Die schwierigste Herausforderung ist wohl die juristische Alltagsarbeit, das Tagesgeschäft, das ausserordentlich vielfältig und anspruchsvoll ist und häufig in grosser Hektik erledigt werden muss. Dieser Teil der Arbeit macht das Gros der Tätigkeit aus und ist m. E. entscheidend für den Erfolg oder

Misserfolg bzw. für den Beitrag, den namentlich die beiden Fachbereiche für Rechtsetzungsbegleitung zur Qualität der Gesetzgebung in der Schweiz leisten. Daneben gibt es natürlich gewisse Projekte, die besonders aufwändig und anspruchsvoll sind. Persönlich möchte ich in diesem Zusammenhang vor allem die Anpassung des schweizerischen Rechts an das Recht der EU (Projekte Eurolex und Swisslex in der ersten Hälfte der neunziger Jahre), die Verfassungsreform sowie die Einführung und Umsetzung von Schengen/Dublin nennen.

**Es gibt nicht wenige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des BJ, die nebst ihrer Tätigkeit im BJ einen Lehrauftrag innehaben, Mitglieder von kantonalen Parlamenten sind oder für internationale Organisationen tätig sind. Viele Professorinnen und Professoren und neuerdings auch Exekutivpolitiker haben ihre Sporen im BJ abverdient. Wie schafft es das BJ, trotz vergleichsweise bescheidener Salärstrukturen hochqualifizierte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu gewinnen und zu halten?**

In der Tat dürfte der Lohn für viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nicht das entscheidende Kriterium für ein Engagement im BJ sein. Andere Faktoren spielen eine wichtige Rolle: der Umstand, dass in diesem Amt sehr vielfältige und anspruchsvolle juristische Aufgaben erfüllt werden; das anregende, fachlich bereichernde und menschlich angenehme Arbeitsumfeld; die Flexibilität im Bereich der Arbeitszeit und des Beschäftigungsgrades (Teilzeitarbeit); die Möglichkeit, an einer Schnittstelle von Recht und Politik an der Gestaltung der Rechtspolitik aus rechtlicher Perspektive mitzuwirken. Dass viele Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter nach einigen Jahren im BJ den Weg in die Wissenschaft, in internationale Organisationen, in Kaderfunktionen in kantonalen Verwaltungen oder gar in die Politik finden, ist aber zweifellos ein weiteres Element, das uns die Rekrutierung von fachlich bestens ausgewiesenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern erleichtert.

**Haben Sie Wünsche oder Anregungen für die (Berner) Justiz?**

Ich muss gestehen, dass ich die Berner Justiz und ihre Arbeit nicht besonders gut kenne. Ich hoffe, dass sie weiterhin in der Lage ist, dem Anliegen der Rechtsverwirklichung und -durchsetzung Rechnung zu tragen, dabei aber auch die Einzelfallgerechtigkeit und die Bürgernähe nicht aus den Augen verliert.

**BE N'ius dankt Ihnen bestens für das Gespräch.**

Robert Burkhard, Verwaltungsrichter

# Administrativhaft im Ausländerrecht

## Vorbemerkung

Das Referat<sup>1</sup> soll einen Kurzüberblick vermitteln und die Zuhörerinnen und Zuhörer für ein paar wesentliche Aspekte sensibilisieren. Ein Schwerpunkt liegt auf dem Verfahrensrecht. Im aus grundrechtlicher Sicht heiklen Gebiet der Ausländerhaft kommt der «Kontrolle durch Verfahren» eine wichtige Funktion zu.

## Rechtsgrundlagen

- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101)
- Bundesverfassung (BV; SR 101)
- Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20)
- Einführungsgesetz vom 20. Januar 2009 zum Ausländer- und Asylgesetz (EG AuG und AsylG; BSG 122.20)
- Einführungsverordnung vom 14. Oktober 2009 zum Ausländer- und Asylgesetz (EV AuG und AsylG; BSG 122.201)
- Verordnung vom 18. März 2009 über die richterliche Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht (AuZMV; BSG 122.23)
- Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21)

**Art. 5 EMRK** enthält wichtige Vorgaben für das Verständnis der Ausländerhaft. Die Bestimmung hat – soweit hier von Interesse – folgenden Wortlaut:

### *Recht auf Freiheit und Sicherheit*

*(1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:*

*b) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug wegen Nichtbefolgung einer rechtmässigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;*

*f) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.*

Für einen konventionskonformen Freiheitsentzug müssen demnach kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- Der Freiheitsentzug bedarf einer **gesetzlichen Grundlage**.
- Der Freiheitsentzug muss in einem **rechtlich korrekten Verfahren** erfolgen.
- Die Haft muss dem vorgesehenen Zweck dienen: Sicherstellung eines **schwebenden Ausweisungs- und Auslieferungsverfahrens**.
- Der Freiheitsentzug muss notwendig sein, um das erlaubte Ziel zu erreichen (**Verhältnismässigkeit** der Haft).

Im Rahmen dieser Vorgaben sind die einzelnen Haftvoraussetzungen völker- und verfassungsrechtskonform auszulegen. Das bedeutet Folgendes: Die **Haftgründe** sind im AuG abschliessend aufgezählt und mit Blick auf den mit der Haft verbundenen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit **nicht extensiv auszulegen**. Es kann nicht irgendein missliebiges Verhalten der Ausländerin oder des Ausländers geahndet werden. Das Bundesgericht achtet besonders streng auf die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Vorgaben; ihre Missachtung führt in der Regel zur Haftentlassung. **Kontrolle durch Verfahren**: Das Verfahren gilt als neutral. Es dient dem rechtsstaatlichen Vollzug des gesetzten Rechts und sichert die faire Behandlung der Beteiligten. Kernstück des verfahrensrechtlichen Kontrollsystems in der Ausländerhaft bildet die regelmässige Überprüfung der Festhaltung durch eine richterliche Behörde.

## Drei Haftarten

Das AuG kennt drei verschiedene Haftarten: Die Vorbereitungshaft (Art. 75 AuG), die Ausschaffungshaft (Art. 76 AuG) und die Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG).

Die **Vorbereitungshaft sichert ein absehbares Wegweisungsverfahren**: Sie kann gegen ausländische Personen angeordnet werden, die über keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügen und einen der in Art. 75 Abs. 1 AuG genannten Haftgründe erfüllen. Ziel des Gesetzgebers: Grobe Verletzung wesentlicher Mitwirkungspflichten von Asylsuchenden sollen nicht nur asylverfahrensrechtlich sanktioniert werden, sondern der absehbare negative Asylentscheid und die damit verbundene Wegweisung sollen durch die Festhaltung der betroffenen Person sichergestellt werden. Die Vorbereitungshaft ist nur zulässig, wenn einer der in Art. 75 Abs. 1 Bst. a-h AuG abschliessend aufgelisteten Haftgründe vorliegt. Es geht um klare Fälle von Missbrauch bzw. die Verletzung der im Gesetz umschriebenen Mitwirkungspflichten. Als Beispiel sei auf den Haftgrund gemäss Bst. a verwiesen: Die betroffene Person weigert sich ihre Identität offen zu legen, indem sie wiederholt ihre Angaben ändert und diese jeweils dem aktuellen Stand der behördlichen Abklärung

<sup>1</sup> gehalten anlässlich des WBK-Kurses "Strafprozessuale und ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen" vom 18. August 2010

gen anpasst (Verschleierungstaktik; das Fehlen von Ausweispapieren allein genügt aber nicht als Haftgrund). Die Vorbereitungshaft gelangt zur Anwendung, bevor erstinstanzlich über die Aufenthaltbewilligung entschieden ist.

**Die Ausschaffungshaft** sichert den **Vollzug eines bereits vorliegenden erstinstanzlichen Wegweisungs- oder Ausweisungsentscheids**. Es wird **kein rechtskräftiger Entscheid** vorausgesetzt. Beispiel: Das Bundesamt für Migration (BFM) hat das Asylgesuch der Ausländerin oder des Ausländers abgewiesen oder ist auf das Gesuch nicht eingetreten. Die dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesverwaltungsgericht noch hängig.

Die Ausschaffungshaft ist in der Praxis die am meisten angeordnete Haftart. Die einzelnen Haftgründe sind in Art. 75 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1-5 AuG geregelt. Die **Untertauchensgefahr** gemäss Ziff. 3 und 4 ist der häufigste Haftgrund: Die Ausschaffungshaft kann heute (im Unterschied zum Vorgängererlass des AuG) auch bei rein **passivem Verhalten** verfügt werden. Gemäss Art. 90 AuG ist die Ausländerin oder der Ausländer verpflichtet, Ausweispapiere zu beschaffen oder bei Beschaffung gültiger Reisepapiere durch die Behörden mitzuwirken. Wird diese **Mitwirkungspflicht** verletzt, spricht dies von Gesetzes wegen dafür, dass sich die betroffene Person der Ausschaffung entziehen will und bei ihr Untertauchensgefahr besteht (vgl. zur Untertauchensgefahr auch die Beispiele in der Fallgruppe 2 hiernach).

Die **Durchsetzungshaft** soll eine zur Ausreise verpflichtete Person zu einer **Verhaltensänderung** bewegen in jenen Fällen, in denen nach Ablauf der Ausreisefrist der Vollzug der **rechtskräftig angeordneten Weg- oder Ausweisung** – trotz behördlicher Bemühungen – ohne ihre Kooperation nicht möglich ist. Die Durchsetzungshaft soll *das letzte Mittel* sein, wenn und soweit keine andere Massnahme mehr zum Ziel führt. Die Anordnung der Durchsetzungshaft setzt voraus, dass sämtliche den Behörden zumutbaren Abklärungen und Bemühungen, um die Weg- oder Ausweisung vollziehen zu können, am renitenten Verhalten der oder des Betroffenen gescheitert sind. Beispiel: Eine zwangsweise Ausschaffung durch die Behörde ist in das betreffende Herkunftsland nicht möglich. Durch eine Beugehaft soll die ausländische Person dazu angehalten werden, freiwillig auszureisen.

## Haftdauer

Die **Vorbereitungshaft** kann höchstens sechs Monate dauern (Art. 75 Abs. 1 AuG).

Die **Ausschaffungshaft** darf höchstens drei Monate dauern; sie kann mit Zustimmung des Haftgerichts um höchstens 15 Monate verlängert werden (für Minderjährige zwischen 15 und 18 Jahren Verlängerung um höchstens neun Monate). Die Verlängerung ist nur zulässig, wenn dem Vollzug der Weg- oder Ausweisung besondere Hindernisse entgegenstehen, insbesondere bei der Papier-

beschaffung. Der Vollzug muss aber im Bereich des Möglichen liegen (vgl. Art. 76 Abs. 3 AuG).

Die **Durchsetzungshaft** kann für einen Monat angeordnet werden. Mit Zustimmung des Haftgerichts kann sie um jeweils zwei Monate verlängert werden, sofern die betroffene Person weiterhin nicht bereit ist, ihr Verhalten zu ändern. Die maximale Haftdauer beträgt 18 Monate, für Minderjährige zwischen 15 und 18 Jahren höchstens neun Monate (vgl. Art. 78 Abs. 2 AuG).

Die **maximale Haftdauer** aller drei Haftarten in Kombination beträgt 24 Monate; bei Minderjährigen zwischen 15 und 18 Jahren beträgt sie zwölf Monate (vgl. Art. 79 AuG).<sup>2</sup>

**Haftentlassungsgesuche:** Die inhaftierte Person kann einen Monat nach der Haftüberprüfung ein Haftentlassungsgesuch stellen. Über das Gesuch hat das Haftgericht innert acht Arbeitstagen aufgrund einer mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Ein erneutes Gesuch kann bei der Vorbereitungshaft nach einem Monat und bei der Ausschaffungshaft nach zwei Monaten gestellt werden (vgl. Art. 80 Abs. 5 AuG). Keine Regel betreffend ein Haftentlassungsgesuch enthält das Gesetz für die Durchsetzungshaft.

## Verfahren

Die **Haftanordnung** obliegt dem Migrationsdienst des Amts für Migration und Personenstand der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern bzw. den zuständigen Migrationsbehörden der Städte Bern, Biel und Thun für ausländische Personen mit Wohnsitz in ihrer Gemeinde (Art. 1 EV AuG und AsylG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 EG AuG und AsylG).

**Richterliche Haftüberprüfung:** Spätestens 96 Stunden nach der Inhaftnahme ist die Haft durch das Haftgericht III Bern-Mittelland auf Grund einer **mündlichen Verhandlung** zu überprüfen (Art. 12 Abs. 1 EG AuG und AsylG). Hinweis: Ab 1. Januar 2011 wird das kantonale Zwangsmassnahmengericht für die Haftüberprüfung zuständig sein (vgl. Art. 12 Abs. 1 EG AuG und AsylG in der Fassung gemäss Art. 99 Ziff. 12 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Die richterliche Überprüfung bezieht sich auf die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Haft (Art. 80 Abs. 2 AuG); die Prüfung ist **umfassend**. Bei der Haftüberprüfung ist namentlich den familiären Verhältnissen der inhaftierten Person und den

<sup>2</sup> Vorgesehen ist die Reduktion der maximalen Haftdauer auf 18 Monate, vgl. Entwurf des Bundesbeschlusses über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft betreffend die Übernahme der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands).

Umständen des Haftvollzugs<sup>3</sup> Rechnung zu tragen (Art. 80 Abs. 4 AuG).

Das Verfahren richtet sich nach dem VRPG. Die mündliche Verhandlung ist zu protokollieren.

Der haftrichterliche Genehmigungsentscheid ist minimal zu **begründen**. Formalisierte Textbausteine genügen nicht. Geboten ist eine eigenständige Subsumtion des zu beurteilenden Falls. Der Haftentscheid hat oft weitreichende Auswirkungen; namentlich bedeutet längere Haft immer einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit der oder des Betroffenen. Die Anforderungen an die Begründungsdichte des Haftentscheids sind dementsprechend hoch anzusetzen (BGE 133 I 283 E. 3.4, 3.5). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich namentlich, dass der inhaftierten Person mit einer kurzen Begründung darzulegen ist, warum ihre Argumente unbehelflich sind (vgl. VGE 2009/97 vom 5.5.2009 in der Fallgruppe 1 hier-nach).

In einem Haftverfahren, das naturgemäss beschleunigt durchgeführt werden muss, kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, im Anschluss an das Verfahren vor der Ausländerbehörde und vor dem Haftrichter seinerseits noch in den Akten nach allfälligen die Haft rechtfertigenden Umständen zu suchen (vgl. BGE 125 II 373 E. 2d).

#### Prüfprogramm:

- Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der entsprechenden Haftart
- Gesetzlicher Haftgrund
- Legitimität des mit der Haft verfolgten Zwecks
- Einhaltung der Haftvollzugsbedingungen
- Respektierung des Beschleunigungsgebots (Einhalten der Fristen; zudem muss die Ausländerbehörde zielstrebig auf den Wegweisungsvollzug hinarbeiten, ansonsten wird ein Verstoss gegen Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK angenommen, weil das Ausweisungsverfahren nicht mehr als schwebend gilt.)
- Angemessenheit und Verhältnismässigkeit der Haft
- Durchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung
- Zeitraum, für den die Haft genehmigt wird

Die Ausschaffungshaft wird beendet, wenn der Haftgrund entfällt oder es sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar ist (Art. 80 Abs. 6 Bst. a AuG). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist massgebend, ob nach pflichtgemäsem Ermessen vorzunehmender **Prognose** die Ausschaffung **mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit möglich** erscheint. Sprechen triftige Gründe dafür, dass die Weg- oder Ausweisung nicht innert vernünftiger Frist vollzogen werden kann, ist die Haft unverhältnismässig und unzulässig (BGE 130 II 56

E. 4.1.3). Die Haft lässt sich diesfalls nicht mehr mit einem hängigen («schwebenden») Ausweisungsverfahren rechtfertigen (vgl. dazu BGer 2C\_538/2010 vom 19.7.2010 betreffend Moratorium für Sonderflüge zur zwangsweisen Ausschaffung nach Nigeria).

**Nicht Gegenstand** des Haftprüfungsverfahrens bildet die Asyl-, Wegweisungs- oder Bewilligungsfrage an sich. Die Ausländerhaft dient der Sicherstellung der Wegweisung.

**Beschwerdeinstanz im Kanton:** Gemäss Art. 12 Abs. 1 EG AuG und AsylG ist der Entscheid des Haftgerichts endgültig; es besteht mithin im Kanton Bern keine Beschwerdeinstanz zur Überprüfung des richterlichen Haftentscheids. Diese Bestimmung ist wie auch Art. 76 Abs. 1 Bst. e VRPG, wonach gegen Verfügungen und Entscheide des Haftgerichts nach der Ausländergesetzgebung die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ausgeschlossen ist, bereits überholt aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Das höchste Gericht hat Anfang Februar 2009 entschieden, dass der Kanton Bern im Bereich der ausländerrechtlichen Administrativhaft die Voraussetzungen von Art. 86 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) wonach die Kantone obere Gerichte als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts einzusetzen haben, nicht erfüllt (BGE 135 II 94). Der Regierungsrat des Kantons Bern hat deshalb gestützt auf die Verfassung des Kantons Bern (Art. 88 Abs. 3 KV; BSG 101.1) mit Beschluss vom 18. März 2009 die AuZMV erlassen und per 1. April 2009 in Kraft gesetzt. Diese Dringlichverordnung regelt bis zum Inkrafttreten des ordentlichen Rechts die Zuständigkeit der unmittelbaren Vorinstanz des Bundesgerichts für die Haftanordnungen. Gemäss Art. 2 AuZMV können Entscheide des Haftgerichts der Untersuchungsregion Bern-Mittelland mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Art. 76 Abs. 1 Bst. e VRPG wie auch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 des neuen EG AuG und AsylG sind demnach überholt und insoweit nicht anwendbar (zum Ganzen VGE 2010/1 vom 22.1.2010 E. 1.1, in BVR 2010 S. 145). Die Überführung ins ordentliche Recht wurde vom Grossen Rat mit Art. 99 Ziff. 6 und 17 des GSOG beschlossen; danach werden Art. 76 Abs. 1 Bst. e VRPG und Art. 12 EG AuG und AsylG aufgehoben bzw. entsprechend geändert. Der Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser neuen Bestimmungen ist auf den 1. Januar 2011 geplant, vom Regierungsrat aber noch nicht formell beschlossen worden.

Gegen Urteile des Verwaltungsgerichts kann innert 30 Tagen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht erhoben werden (Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. BGG).

#### Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Das **Beschwerdeverfahren** vor dem Verwaltungsgericht richtet sich **nach dem VRPG** unter **drei Vorbehalten** (vgl. Art. 3 AuZMV bzw. Art. 12

<sup>3</sup> Betreffend die Haftbedingungen für Frauen im Reginalgefängnis Bern vgl. VGE 2010/279 vom 6. August 2010, E. 6.

Abs. 3 Bst. a-c EG AuG und AsylG in der geänderten, ab 1.1.2011 geltenden Fassung):

- Die Beschwerdefrist beträgt nur zehn Tage.
- Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.
- Kognitionsbeschränkung: Die Feststellung des Sachverhalts kann nur noch unter Einschränkungen gerügt werden, nämlich wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann.

**Verfahrenssprache:** Gemäss Art. 32 VRPG sind Parteieingaben in deutscher oder französischer Sprache einzureichen. Nicht in einer der beiden Amtssprachen verfasste Eingaben werden zur Verbesserung bzw. Übersetzung zurückgewiesen. Bei nicht fristgerechter Einreichung der Übersetzung gilt die Beschwerde als zurückgezogen. Im Licht eines fairen Verfahrens ist zu berücksichtigen, ob es der oder dem Betroffenen überhaupt möglich ist, eine Übersetzerin oder einen Übersetzer zu kontaktieren. Hierzu sind Personen, die sich in ausländerrechtlicher Administrativhaft befinden und nicht verbeiständet sind, regelmässig nicht in der Lage. **Eine strikte Anwendung von Art. 33 Abs. 1 und 2 VRPG würde letztlich dazu führen, dass die betroffene Person ihre Rechte nicht wirksam wahren kann.** Das Verwaltungsgericht hat gestützt auf diese Überlegungen eine **Praxisänderung** vollzogen. Es verzichtet auf die Rückweisung von nicht in Deutsch oder Französisch eingereichten Beschwerden zur Übersetzung und organisiert selber eine Übersetzung.

**Rechtsvertreter:** Im Bereich der ausländerrechtlichen Administrativhaft hat das Bundesgericht erkannt, dass im **Haftverlängerungsverfahren** einem bedürftigen Häftling nach drei Monaten auf dessen Gesuch hin der unentgeltliche Rechtsbeistand in der Regel – unabhängig von den Erfolgsaussichten seiner Begehren – nicht verweigert werden darf (BGE 122 I 49 E. 2c/cc). Nach Art. 31 Abs. 2 Satz 2 BV muss jede Person, welcher die Freiheit entzogen wird, die Möglichkeit haben, ihre Rechte in einer den Umständen angemessenen, wirksamen Weise geltend zu machen, weshalb das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit bei einem Freiheitsentzug von einer gewissen Intensität bzw. Dauer sachgerecht zu relativieren und differenziert zu handhaben ist (BGE 134 I 92 E. 3.2.3). In der Regel droht einer ausländischen Person bei der Haftverlängerung nach drei Monaten eine schwere Freiheitsbeschränkung, die für sie mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, denen sie auf sich selber gestellt selbst in «einfachen» Fällen ohne anwaltliche Hilfe kaum mehr gewachsen erscheint (BGE 134 I 92 E. 3.2.3). Bei der **erstmaligen Haftprüfung** ist eine unentgeltliche Verbeiständung demgegenüber **nicht vorbehaltlos geboten**, sondern nur dann, wenn besondere

Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Natur bestehen, welche eine solche (ausnahmsweise) rechtfertigen, was jeweils aufgrund der Umstände im Einzelfall zu prüfen ist (BGE 134 I 92 E. 3.2.2, 122 I 275 E. b).

Es gehört zu den **Richterpflichten**, das Bestehen eines Vertretungsverhältnisses abzuklären (vgl. VGE 2009/453 vom 22.12.2009 in der Fallgruppe 1 hiernach).

## Fallbeispiele

### Fallgruppe 1:

#### Verletzung von Verfahrensvorschriften

#### VGE 2009/453 vom 22. Dezember 2009

##### Sachverhalt:

Z., Palästinenser mit letztem Wohnsitz im Westjordanland (palästinensisches Autonomiegebiet, Westbank), reiste am 5. Mai 2008 illegal in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch. Das Bundesamt für Migration (BFM) wies das Gesuch ab und ordnete an, Z. habe die Schweiz zu verlassen. Eine hiergegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht am 21. Oktober 2009 ab. Gemäss neu festgesetzter Ausreisefrist hatte Z. die Schweiz bis zum 25. November 2009 zu verlassen. Am 1. Dezember 2009 wurde Z. anlässlich einer Vorsprache beim Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern (MIP) festgenommen und ins Regionalgefängnis Bern überführt. Gleichentags verfügte das MIP die Rückführung in den Heimatstaat und versetzte Z. in Ausschaffungshaft. Die Hafttrichterin Y. des Haftgerichts III Bern-Mittelland hat am 2. Dezember 2009 nach mündlicher Verhandlung dem Antrag des Ausländer- und Bürgerrechtsdiensts (ABD) der Kantonspolizei Bern entsprochen und die Ausschaffungshaft bis zum 28. Februar 2010 bestätigt. Am 18. Dezember 2009 hat Z., vertreten durch RA X., beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben.

##### Aus den Erwägungen:

E. 2.1: Muss das Haftgericht auf die Möglichkeit einer gewillkürten Parteivertretung schliessen, darf es für die mündliche Haftprüfung auch dann nicht ohne weiteres nur die inhaftierte Person vorladen, wenn deren amtliche Vertretung nicht notwendig erscheint. Unerheblich ist, ob die inhaftierte Person von sich aus auf das Mandatsverhältnis hinweist; es gehört zu den **richterlichen Pflichten**, die **Frage des Bestehens eines möglichen Mandatsverhältnisses**, allenfalls mit einem kurzen Telefon, bei der in Frage kommenden Rechtsvertretung abzuklären (VGE 2009/316 vom 9.10.2009, E. 3.2.2; BGer 2C\_756/2009 vom 15. 12.2009, E. 1.2, 2A.607/2003 vom 31.12.2003, E. 1.1). Führt das Haftgericht die mündliche Verhandlung ohne den von der inhaftierten Person mandatierten Rechtsvertreter durch, obschon es vom Vertretungsverhältnis Kenntnis hatte oder hätte haben müssen, **verletzt** es die **Gehörsansprüche** der

inhaftierten Person, selbst wenn diese nicht gegen die Abwesenheit ihrer Rechtsvertretung protestiert. Entscheidend ist, dass die Vorladung zur Verhandlung auch der Rechtsvertretung zugestellt werden muss, welche gegebenenfalls die inhaftierte Person entsprechend beraten würde (vgl. VGE 2009/316 vom 9.10.2009, E. 3.2.2, 2009/277 vom 2.9.2009, S. 4 f., 2009/154 vom 8.6.2009, S. 3; BGer 2C\_334/2008 vom 30.5.2008, E. 4.2 [ebenfalls das Haftgericht III Bern-Mittelland betreffend], 2A.236/2002 vom 27.5.2002, in Pra 2002 S. 769 E. 2.2 u. E. 3).

[Die aufgelisteten VGE zeigen, dass das Verwaltungsgericht in relativ kurzer Zeit bereits mehrfach ähnliche bzw. gleiche Verfahrensmängel festgestellt hat.]

E. 2.3: Aufgrund des vorausgegangenen Asylverfahrens und des Rubrums der Haftanordnung vom 1. Dezember 2009 musste dem Haftgericht bekannt sein, dass Rechtsanwalt X. die Interessen des Beschwerdeführers vertritt oder zumindest die Möglichkeit einer gewillkürten Parteivertretung bestand. [...] Indem die Haftrichterin die Vorladung zur mündlichen Haftverhandlung nicht (auch) dem Rechtsvertreter zugestellt und die Haftverhandlung in der Folge ohne ihn durchgeführt hat, hat sie den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 15 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1, Art. 22 VRPG). [...]

E. 2.4: Da diese Verfahrensmängel im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht geheilt werden können, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und **die Sache zur Durchführung einer neuen mündlichen Verhandlung** an das Haftgericht **zurückzuweisen**. [...]

E. 3.1: Nach der Rechtsprechung führt **nicht jede Verletzung von Verfahrensvorschriften bei der Haftüberprüfung auch zur Haftentlassung**. Vielmehr kommt es jeweils darauf an, welche Bedeutung einerseits den verletzten Vorschriften für die Wahrung der Rechte des Betroffenen und andererseits dem Interesse an einer reibungslosen Durchsetzung der Ausschaffung zukommt (BGer 2C\_356/2009 vom 7.7.2009, E. 5.4). Wenn etwa der Ausländer die öffentliche Sicherheit gefährden könnte, besteht die Sanktion allein in einer Wiederholung der Haftrichterverhandlung unter Beizug des Rechtsvertreters (vgl. BGE 122 II 154 E. 3a mit Hinweisen; BGer 2A.236/2002 vom 27.5.2002, E. 4.1 und 4.2). **Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Haft ist in jedem Fall, dass sich den Akten zumindest gewisse Hinweise auf das Vorliegen eines Haftgrunds entnehmen lassen** (BGE 121 II 110E. 2; BGer 2\_C.334/2008 vom 30.5.2008, E. 4.3; zum Ganzen VGE 2009/277 vom 2.9.2009, S. 5).

E. 3.4: [Das Verwaltungsgericht hält dafür, dass aufgrund der Akten zumindest gewisse Indizien dafür bestanden, dass beim Beschwerdeführer eine **Untertauchungsgefahr** vorliegen könnte: Der Beschwerdeführer hatte verschiedentlich falsche bzw. zweifelhafte Angaben gemacht und insbesondere ein gefälschtes Dokument (Haftbefehl Al Aqsa Märtyrer-Brigaden) vorgelegt; ferner hatte er

auch in Deutschland – unter anderem Namen – ein Asylgesuch gestellt und war noch vor Abschluss dieses Asylverfahrens illegal in die Schweiz eingereist. Daraus ist zu schliessen, dass keine Bereitschaft besteht, in seinen Heimatstaat zurückzukehren.]

### VGE 2010/185 vom 12. Mai 2010

*Aus Sachverhalt und Erwägungen:*

Das Haftgericht hat mit Verfügung vom 21. April 2010 festgelegt, dass die Verhandlung zur Prüfung der Ausschaffungshaft am gleichen Tag um 11.00 Uhr stattfindet. Die Verfügung hat es mit Faxübermittlung um 08.47 Uhr dem Rechtsvertreter des inhaftierten Ausländers übermittelt. Der Anwalt hat das Haftgericht um 10.38 Uhr ebenfalls per Fax davon in Kenntnis gesetzt, dass er an der Haftverhandlung aufgrund eines zwingenden Termins nicht teilnehmen könne und um ihre Verschiebung ersuche. Das Verwaltungsgericht hat erkannt, dass mit Blick auf die im Haftverfahren einzuhaltenden kurzen Fristen **bei der Ansetzung von Verhandlungen auf terminliche Wünsche der Vertretung zwar nur beschränkt Rücksicht genommen werden muss** (BGer 2C\_151/2007 vom 21.5.2007, E. 2.3). Dass aber eine **wirksame Vertretung** unter anderem voraussetzt, dass die Rechtsvertreterin oder der Rechtsvertreter die Möglichkeit erhält, die **Haftverhandlung vorzubereiten** (BGer 2C\_756/2009 vom 15.12.2009, E. 1.2 mit Hinweisen), was nur möglich ist, wenn sie oder er ausreichend früh über diese in Kenntnis gesetzt wird. Eine Haftverhandlung ist demnach wenn möglich so anzusetzen, dass der Rechtsvertretung genügend Zeit bleibt, um die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, sich mit der aktuellen Sachlage vertraut zu machen, insbesondere Einsicht in die relevanten Akten zu nehmen und sich mit der inhaftierten Person zu besprechen. Im Licht dieser Grundsätze ist die Information des Rechtsvertreters **nur gerade zwei Stunden vor Beginn der Haftverhandlung** nicht ausreichend. Dies gilt umso mehr, als vorliegend nach der Inhaftnahme am 20. April 2010 um 08.30 Uhr eine Haftverhandlung noch bis am 24. April 2010 um dieselbe Uhrzeit hätte durchgeführt werden können (vgl. Art. 80 Abs. 2 AuG). Das Verwaltungsgericht hat die Beschwerde ohne Prüfung ihrer materiellen Begründetheit wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des inhaftierten Ausländers gutgeheissen und die Sache zur unverzüglichen Durchführung einer neuen mündlichen Verhandlung an das Haftgericht zurückgewiesen. Dies unter den entsprechenden Kostenfolgen für den Kanton Bern, der verpflichtet wurde, dem Beschwerdeführer die Parteikosten zu ersetzen.

### VGE 2009/456 vom 4. Januar 2010

*Sachverhalt:*

Der Haftrichter Y. des Haftgerichts III Bern-Mittelland erliess am 11. Dezember 2009 die folgende verfahrensleitende Verfügung:

1. Vom Eingang des Gesuchs vom 11.12.2009 des Ausländer- und Bürgerrechtsdiensts der Kantonspolizei Bern (ABD) um Verlängerung der Durchsetzungshaft von X. wird Kenntnis genommen und gegeben.
2. X. wird Gelegenheit gegeben, bis 16.12.2009 eine Vernehmlassung zum Gesuch einzureichen. Wird innert derselben Frist keine mündliche Verhandlung verlangt, ergeht ein schriftlicher Entscheid.

In der Folge wurde diese **Verfügung**, die vom **zuständigen Haftrichter nicht unterzeichnet** wurde, per **Telefax** an das Regionalgefängnis Bern z.H. von X. übermittelt. Am 17. Dezember hiess der Haftrichter den Antrag gut und bestätigte die Durchsetzungshaft bis zum 21. Februar 2010.

*Aus den Erwägungen:*

[Das Verwaltungsgericht führt aus, dass der Entscheid über die Verlängerung der Durchsetzungshaft grundsätzlich in einem schriftlichen Verfahren ergeht. Nur auf Gesuch der oder des Betroffenen muss die Haftverlängerung innerhalb von acht Arbeitstagen im Rahmen einer mündlichen Verhandlung überprüft werden (vgl. Art. 78 Abs. 4 AuG). X. rügt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Er macht insbesondere geltend, ihm sei die verfahrensleitende Verfügung des Haftrichters vom 11. Dezember 2009 nicht eröffnet worden. Damit habe er vor Erlass des die Haft verlängernden Entscheids einerseits keine Möglichkeit erhalten, zum entsprechenden Antrag des ABD Stellung zu nehmen. Andererseits sei ihm keine Gelegenheit eingeräumt worden, eine mündliche Verhandlung zu verlangen.]

E. 2.4: [...] Die **Übermittlung** von Verwaltungsakten **per Telefax** kann lediglich zur vorläufigen Orientierung in dringenden Fällen dienen (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 44 N. 6). Eine rechtswirksame Eröffnung ist deshalb von vornherein nicht erfolgt. [...] Dazu kommt, dass die per Telefax übermittelte Verfügung an einem Formmangel leidet, da sie vom zuständigen Haftrichter nicht unterzeichnet wurde (vgl. Art. 52 Abs. 1 Bst. g VRPG). [...] Die **Beweislast** für die Zustellung einer (unterzeichneten) Verfügung trägt das Haftgericht (Merkli/Aeschlimann /Herzog, a.a.O., Art. 41 N. 3 und 4 sowie Art. 44 N. 4). Gelingt der Beweis für die ordnungsgemässe Zustellung – wie vorliegend – nicht, hat das Haftgericht die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Demnach ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer die prozessleitende Verfügung vom 11. Dezember 2009 nicht zugegangen ist. Folglich hat er vom Antrag des ABD auf Verlängerung der Durchsetzungshaft sowie von seinem Recht, bis am 16. Dezember 2009 eine Vernehmlassung einzureichen und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu verlangen, keine Kenntnis erhalten. Der Haftrichter hat somit den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise verletzt.

E. 2.5: Aufgrund **der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör** ist die Beschwerde gegen einen an einem solchen Mangel leidenden Entscheid grundsätzlich gutzuheissen und dieser unabhängig von den Erfolgsaussichten in der Sache selber aufzuheben. **Eine Heilung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kommt** – mit Blick auf den mit der Haft verbundenen Eingriff in die persönliche Freiheit – **zum vornherein nicht in Betracht, wenn das gesetzlich vorgesehene Verfahren überhaupt nicht durchgeführt worden ist** (BGE 122 II 154 E. 2d; VGE 2009/453 vom 22.12.2009, E. 2.4, 2009/277 vom 2.9.2009, S. 5).

[Das Verwaltungsgericht hiess die Beschwerde dahin gut, dass es den angefochtenen Entscheid aufhob und die Sache zur unverzüglichen Durchführung einer mündlichen Verhandlung an das Haftgericht zurückwies. Den Kanton Bern verurteilte das Verwaltungsgericht zum Ersatz der Parteikosten. X. wurde vorläufig in der Durchsetzungshaft belassen, da aufgrund der Akten konkrete Hinweise bestanden, dass er weiterhin nicht zur Kooperation bereit war.]

#### **VGE 2009/97 vom 5. Mai 2009**

Y. macht mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht in formeller Hinsicht geltend, das Haftgericht habe unter **Verletzung der Begründungspflicht** die bevorstehende Eheschliessung und den Umstand, dass er suizidal sei, nicht gewürdigt.

*Aus den Erwägungen:*

E. 2.1: Es trifft zu, dass sich das Haftgericht mit den Vorbringen des Beschwerdeführers nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat. Es hat im angefochtenen Entscheid lediglich ausgeführt, die familiären Verhältnisse des Auszuschaffenden stünden einer Haftanordnung nicht entgegen. Ferner müsse bei der richterlichen Überprüfung generell untersucht werden, ob die Haftanordnung verhältnismässig sei, was im vorliegenden Fall bejaht werden könne. **Macht der Beschwerdeführer indes konkrete Umstände geltend, die im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu würdigen sind, genügt eine derartige pauschale Begründung nicht.** Der Haftentscheid hat weitreichende Auswirkungen; namentlich bedeutet Haft einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit der betroffenen Person. Die Anforderungen an die Begründungsdichte des Haftentscheids sind entsprechend hoch (vgl. BGE 125 II 369 E. 2c mit Hinweisen). **Das Haftgericht hätte mithin kurz begründen müssen, weshalb die Vorbringen des Beschwerdeführers unbehelflich sind.** Insoweit hat das Haftgericht die ihm obliegende Begründungspflicht und damit den Gehörsanspruch des Beschwerdeführers verletzt.

E. 2.2: Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und seine Verletzung führt grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Nach der Rechtsprechung kann eine **Gehörsverletzung** allerdings unter der Voraussetzung geheilt werden, dass der Rechtsmittelinstanz

dieselbe Kognition zusteht wie der Vorinstanz und der beschwerdeführenden Person durch die **Heilung** kein Nachteil entsteht, d.h. sie ihre Rechte im Beschwerdeverfahren voll wahrnehmen konnte (statt vieler BGE 126 I 68 E. 2; BVR 2008 S. 97 E. 2.2.3, 2007 S. 395 E. 5.3.1). Ausnahmsweise geheilt werden kann eine Gehörsverletzung auch dadurch, dass die Rechtsmittelinstanz nicht bloss die ihr aufgegebene Rechtskontrolle vornimmt, sondern die Angelegenheit auch unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit prüft (BGer 1A.62/1998 vom 15.12.1998, in ZBI 2000 S. 323 E. 2e; [...] VGE 22867 vom 20.11.2007, E. 2.2.2). Nach der Rechtsprechung ist die Heilung bei schwerwiegenden Gehörsverletzungen ausgeschlossen (statt vieler BGE 126 I 68 E. 2; BVR 2008 S. 97 E. 2.2.3).

[Das Verwaltungsgericht hat die Gehörsverletzung im vorliegenden Fall geheilt, da es sich nicht um eine schwerwiegende Gehörsverletzung handelte. Der Beschwerdeführer hatte sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu allen entscheidungswesentlichen Punkten äussern können und auch Gelegenheit erhalten, eine abschliessende Stellungnahme einzureichen. Dabei dehnte das Verwaltungsgericht seine auf Rechtskontrolle beschränkte Überprüfungsbefugnis auf Angemessenheitsfragen aus. Dies vor allem aus der Überlegung, dass die Rückweisung der Sache einem **formalistischen Leerlauf** gleichkäme, zu einer unnötigen Verfahrensverlängerung führen würde und letztlich nicht im Interesse des Beschwerdeführers läge, der gestützt auf Art. 31 Abs. 4 BV und Art. 5 Ziff. 4 EMRK Anspruch auf eine rasche Klärung der Rechtmässigkeit der Haft hat.]

## Fallgruppe 2: Untertauchensgefahr

### **VGE 2009/268 vom 2. September 2009, BVR 2009 S. 531**

#### *Sachverhalt:*

Z., aus Nepal, reiste am 8. April 2004 in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch. Das Bundesamt für Migration (BFM) wies das Gesuch ab und hielt Z. an, die Schweiz zu verlassen. Eine hiergegen geführte Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 2. November 2007 ab, verbunden mit der Anweisung, Z. habe bis spätestens am 9. Januar 2008 die Schweiz zu verlassen. Am 18. Juni 2009 wurde Z. im Zug von Olten nach Bern durch Mitarbeiter des Grenzwachtkorps kontrolliert, festgenommen und ins Regionalgefängnis Bern überführt. Das MIP verfügte am 19. Juni 2009 die Ausschaffungshaft. Diese wurde auf Antrag des ABD mit Entscheid des Haftrichters Y. des Haftgerichts III Bern-Mittelland vom 22. Juni 2009 überprüft und bis 17. September 2009 bestätigt. Z. führt Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Streitig ist das Vorliegen eines Haftgrunds nach Art. 76 Abs. 1 AuG.

#### *Aus den Erwägungen:*

E. 3.5.1: Der Beschwerdeführer hat die ihm angesetzte Frist zur Ausreise bis 9. Januar 2008 missachtet und hält sich seither illegal in der Schweiz auf. Mit Schreiben des MIDI vom 12. September 2008 wurde er von der Sozialhilfe ausgeschlossen und in Anwendung von Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 5. Mai 2004 über die Gewährung der Nothilfe bei Ausschluss aus der Asylfürsorge (Nothilfeverordnung, NHV; BSG 866.13) aufgefordert, seine Unterkunft bis am 30. September 2008 zu verlassen. Gleichzeitig wurde er darauf hingewiesen, dass er sich, sollte er wider Erwarten seiner Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz nicht nachkommen und in eine Notlage geraten, beim MIDI melden könne. Der Beschwerdeführer hat die bisherige Unterkunft am 30. September 2008 verlassen und in der Folge nach eigenen Angaben bei verschiedenen Freunden in Basel, Genf und Bern gewohnt, deren Adressen er anlässlich der haftrichterlichen Befragung jedoch nicht nennen wollte. [...]

3.7.1: [Die Behörden dürfen davon ausgehen, die ausländische Person sei pflichtgemäss ausgereist, wenn sie sich nach Verlassen der Unterkunft nicht mehr bei ihnen meldet. Verbleibt die ausländische Person wider Erwarten dennoch in der Schweiz, so muss sie diesen Umstand umgehend und von sich aus mitteilen sowie dafür sorgen, dass die Behörden sie jederzeit und auch kurzfristig erreichen können. Ohne entsprechende Mitteilung entzieht sich die ausländische Person der behördlichen Kontrolle, was einem Untertauchen gleichzustellen ist und zudem eine Verletzung der Mitwirkungspflichten nach Art. 8 Abs. 4 des AsylG darstellt. Denn die ausländische Person ist] verpflichtet, nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheids bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken. Diese Mitwirkungspflicht umfasst auch – und sogar in erster Linie – die Pflicht der ausländischen Person, von sich aus die Behörden über den Umstand zu informieren, dass sie sich trotz Ausreisepflicht nach wie vor in der Schweiz aufhält und gegebenenfalls die Hilfe der Behörden bei der Papierbeschaffung benötigt. Dabei müssen die Behörden selbstverständlich auch jederzeit Kenntnis davon haben, wo sich die ausländische Person aufhält, denn elementare Voraussetzung der Mitwirkung nach Art. 8 Abs. 4 AsylG ist die – auch kurzfristige – Erreichbarkeit der betroffenen Person. [Sie setzt damit einen Haftgrund nach Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 und 4 AuG.]

### **VGE 2010/50 vom 19.2.2010**

#### *Aus den Erwägungen:*

E. 3.2.1: Gemäss Art. 90 AuG sowie Art. 8 AsylG hat die ausländische Person insbesondere Ausweis- bzw. Reisepapiere zu beschaffen oder bei deren Beschaffung durch die Behörden mitzuwirken. Verfügen ausländische Personen über keine

gültigen Ausweispapiere, sind sie deshalb verpflichtet bei den heimatlichen Behörden solche zu erwirken. Ist ihnen dies nicht möglich, müssen sie die (schweizerischen Behörden) darüber informieren, dass sie Hilfe bei der Papierbeschaffung benötigen (BVR 2009 S. 531 E. 3.7.1). Wird eine dieser Mitwirkungspflichten verletzt, spricht dies von Gesetzes wegen dafür, dass sich die ausländische Person der Ausschaffung entziehen will und bei ihr eine Untertauchensgefahr besteht. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist hierbei insbesondere auch **ein bloss passives Verhalten** der betroffenen Person ausreichend, so dass keine Rolle spielt, ob diese aktiv versucht hat, den Wegweisungsvollzug – beispielsweise durch physisches Untertauchen – zu verhindern. [Zur Annahme einer Mitwirkungsverletzung ist ein aktives Verweigerungsverhalten von Seiten der verpflichteten Person nicht erforderlich.]

### VG 2010/232 vom 6. Juli 2010

#### *Aus Sachverhalt und Erwägungen:*

Das Haftgericht hat bei Z., einem Staatsangehörigen des Kosovo, Untertauchensgefahr angenommen, da aufgrund dessen bisherigen Verhaltens eine freiwillige Rückkehr nicht zu erwarten sei. An der mündlichen Verhandlung hatte Z. gegenüber dem Haftrichter Folgendes ausgesagt: «Für mich ist es ein grosses Problem, wenn ich zurück in den Kosovo muss. Ich habe dort nichts und weiss nicht, was ich dort machen kann.»

Untertauchensgefahr liegt vor, wenn **konkrete** Anzeichen befürchten lassen, dass sich die Ausländerin oder der Ausländer der Ausschaffung entziehen will, insbesondere weil das bisherige Verhalten darauf schliessen lässt, sie oder er werde sich behördlichen Anordnungen widersetzen. Dies ist nach der Praxis regelmässig der Fall, wenn die Ausländerin oder der Ausländer bereits einmal untergetaucht ist, durch erkennbar unglaubwürdige und widersprüchliche Angaben die Vollziehungsbemühungen zu erschweren versucht oder **sonst klar zu erkennen gibt, dass sie oder er nicht in den Heimatstaat zurückzukehren bereit ist** (BGE 130 II 370 E. 3.3.3, 130 II 56 E. 3.1).

Die Ausländerbehörde des Kantons Genf hatte Z. die Aufenthaltsbewilligung nicht mehr erneuert und ihm eine Ausreisefrist bis 31. Juli 2009 gesetzt. Die Durchsicht der Akten zeigte, dass Z. seit dem 20. August 2009 bei der Einwohnerkontrolle der Gemeinde B. im Kanton Solothurn gemeldet war (entsprechend der Bestätigung der Gemeinde), schliesslich zu seinem Bruder in C. zog, wo er per 1. März 2010 im Einwohnerregister der Gemeinde eingetragen war. Zudem hatte er seit Juli 2008 eine Anstellung im Gasthof Linde in A. Es spricht gegen eine Untertauchensgefahr, wenn sich der Ausländer während längerer Zeit ununterbrochen an einem festen Ort aufhält und bei der Fremdenkontrolle gemeldet ist.

### Fallgruppe 3:

#### **Unverhältnismässigkeit der Ausschaffungshaft mangels Vollziehbarkeit der Wegweisung innert absehbarer Zeit**

### VG 2009/97 vom 5. Mai 2009

#### *Aus den Erwägungen:*

E. 4.2.1: Die [Ausschaffungshaft] wird beendet, wenn der Haftgrund entfällt oder sich erweist, dass der Vollzug der Weg- oder Ausweisung **aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbar** ist (Art. 80 Abs. 6 Bst. a AuG). Im Licht dieser Bestimmung ist die Haft unzulässig, wenn für die Undurchführbarkeit des Vollzugs triftige Gründe vorliegen oder praktisch feststeht, dass er sich innert vernünftiger Frist kaum wird realisieren lassen (BGE 130 II 56 E. 4.1.3, 127 II 168 E. 2c, 122 II 148 E. 3). Dies gilt deshalb, weil die Ausschaffungshaft die Sicherstellung des Vollzugs der geplanten Weg- oder Ausweisung bezweckt, was nicht mehr zutrifft, wenn die Entfernungsmassnahme ungeachtet der behördlichen Bemühungen nicht in absehbarer Zeit vollzogen werden kann. Auch lässt sie sich **diesfalls nicht mehr mit einem hängigen Ausweisungsverfahren rechtfertigen** und verstösst gegen **Art. 5 Ziff. 1 Bst. f EMRK** (BGE 130 II 56 E. 4.1.1 mit weiteren Hinweisen). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist massgebend, ob nach pflichtgemäsem Ermessen vorzunehmender **Prognose die Ausschaffung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit innert absehbarer Zeit möglich erscheint** oder nicht. Sprechen triftige Gründe dafür, dass die Weg- oder Ausweisung nicht innert vernünftiger Frist vollzogen werden kann, ist die Haft unverhältnismässig und unzulässig (BGE 130 II 56 E. 4.1.3). In diesem Sinn hat das Bundesgericht die **Verhältnismässigkeit** der Ausschaffungshaft eines mit einer Schweizerin verheirateten Ausländers aufgrund eines hängigen Beschwerdeverfahrens betreffend Aufenthaltsberechtigung **verneint**. E. 4.2.2: Der Beschwerdeführer hat am 25. Januar 2007 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen den negativen Asylentscheid des BFM erhoben. Hierauf hat der Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 8. Februar 2007 gestattet, den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abzuwarten. Die Wegweisung des Beschwerdeführers kann demnach – solange das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig ist – nicht vollzogen werden. **Gemäss Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts ist das seit mehr als zwei Jahren hängige Beschwerdeverfahren «nicht spruchreif» mit der Folge, dass zum voraussichtlichen Zeitpunkt des Entscheids «keine verlässlichen Angaben gemacht werden können».** [...] Mit Blick auf den Stand des Beschwerdeverfahrens lässt sich der Vollzug der Wegweisung voraussichtlich nicht innert der angeordneten dreimonatigen Haftdauer realisieren, die unter den gegebenen Voraussetzungen zwar um 15 Monate verlängert werden

könnte (vgl. Art. 76 Abs. 3 AuG). Demzufolge ist zurzeit nicht damit zu rechnen, dass die einstanzlich verfügte Wegweisung innert nützlicher Frist tatsächlich vollzogen werden kann. [...]

[Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und hebt den angefochtenen Haftbestätigungsentscheid auf.]

#### **Fallgruppe 4:**

#### **Versetzung in den Strafvollzug**

#### **VGE 2009.231 vom 3. August 2009**

Das Amt für Freiheitsentzug und Betreuung, Abteilung Straf- und Massnahmenvollzug (ASMV), der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern hat während der Ausschaffungshaft den Vollzug der von X. bis anhin noch nicht angetretenen hunderttägigen Freiheitsstrafe angeordnet. X. ist demnach in den Strafvollzug versetzt worden, was die Ausschaffungshaft beendet hat. **Ausschaffungshaft und Strafvollzug schliessen sich aus.**

#### **Bibliografie und Entscheide**

- THOMAS HUGI YAR, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in Uebersax et al. [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis Band VIII, 2. Aufl. 2009, S. 417 ff.
- ANDREAS ZÜND, in Spescha et al. [Hrsg.], Migrationsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 173 ff.
- CARONI/GÄCHTER/THURNHERR [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), erscheint im September 2010
- Bundesgerichtsentscheide [www.bger.ch](http://www.bger.ch)
- BVR 2010 S. 145, 2009 S. 531

**Pascal Flotron, Staatsanwalt**

## **Et la victime ... qu'est-ce qu'elle devient dans tout cela???**

**Quelques réflexions – un petit vagabondage parfois en termes non diplomatiques et non juridiques – sur l'évolution de sa position<sup>1</sup> pour terminer avec une proposition d'approche multisectorielle.**

**Bien évidemment destinées à provoquer la critique, la discussion, la réflexion**

Longtemps «belle arlésienne», devenue – depuis la LAVI en tous cas – actrice voire même vedette de la procédure pénale, la victime<sup>2</sup> ne devient-elle pas désormais l'héroïne-cible à abattre?

Un regard sur les médias nous le montre, la victime est partout, et tous sont des victimes potentielles; victime des défaillances des transports publics, des accidents graves, moins graves, domestiques, des instituteurs trop sévères, trop laxistes, du stress, du chômage, etc. Un avocat a dernièrement demandé une prolongation de délai car il était «victime» d'une surcharge de travail.

Cette propension à placer toute personne rencontrant une contrariété dans la position de victime ne conduit-elle pas à affaiblir la considération qu'on lui doit?<sup>3</sup>

A trop vouloir la prendre en commisération, on l'étouffe et on étouffe ce pourquoi elle est victime ... le résultat dépasse, recouvre la cause.

Dans un article<sup>4</sup>, NILS-ROBERT et LANGUIN présentent cette évolution avec moult références. Ils notent que souvent les attentes de la victime dépassent généralement les résultats concrets obtenus, dans la mesure où il y a eu résultats de l'intervention judiciaire<sup>5</sup>. Ces auteurs mettent en avant les sentiments de découragement, de déception, d'impuissance ou d'échec qui ponctuent le procès. Alors que les victimes semblent avoir 2 attentes principales:

la reconnaissance de leur statut, une décision de justice, qui, partant de cette reconnaissance, atteint l'auteur par le biais d'une sanction.

Bref, et pour conclure, ils font leurs la constatation «trop de pénal tue le pénal» qui peut aussi s'exprimer ainsi: la justice pénale est «parasitée» par l'incursion de la victime, notamment par les victimes «auto-proclamées»<sup>6</sup>.

Les attentes des victimes semblent donc être toujours plus grandes face à la justice, à fortiori la justice pénale. A cela s'ajoute la grande tendance de l'imprescriptibilité. Inutile de gloser sur la marche, que dis-je, la course dans ce domaine. Du 1er octobre 1992 à ce jour, en 12 ans donc, on a passé de 5 ans<sup>7</sup> à 10 ans, puis à un autre système marqué par à une période échéant aux 25 ans, et finalement n'échéant jamais ...<sup>8</sup> or étendre le temps de dénonciation pour les victimes est porteur d'espoirs, de faux messages quant aux possibilités de la justice pénale.

Plus précisément, la future imprescriptibilité porte en elle les germes de frustration chez les victimes. Il ne faut pas se bercer d'illusion, les enquêtes pénales sur des faits révélés 30 ou 40 ans après leur éventuelle réalisation conduiront rarement à des procès, à fortiori à des jugements. Même si on admet jugement après 30 ou 40 ans, quelle pourra être la portée d'une telle sentence<sup>9</sup>? Les aspects de réparation et de protection de la société paraissent ténus et seul l'aspect «punition» – voire «vengeance» – demeure<sup>10</sup>.

Or la victime veut-elle cela, ne veut-elle que cela? Ne veut-elle pas plutôt une reconnaissance de son statut et une réparation, en tous cas symbolique? Peut-on contrecarrer cela? Plus précisément, peut-on concilier les attentes de la victime et les impératifs de la justice? de la Justice?

Je le pense, mais il faut alors changer notre approche et penser globalement.

Le procès pénal – au sens large – se caractérise par des normes et ces normes sont rigides. Les acteurs du procès doivent s'y insérer. On me permettra une métaphore vestimentaire: l'habit sur mesure n'existe pas.

La victime cependant n'est pas que et uniquement une victime au sens pénal du terme. Elle est aussi une victime sous l'aspect médical, sous l'aspect psychologique, sous l'aspect matériel. Pour faire simple: nul n'est préparé à être confronté à un événement qui va choquer, interpeller, faire peur, mal. Événement qui ne va pas forcément entrer ou rester dans le moule pénal.

<sup>1</sup> Basé sur l'expérience, certains textes et aussi une appréciation empirique issue de diverses conversations et autres rencontres.

<sup>2</sup> Dans tous l'article, victime doit être compris comme personne disant avoir été victime d'un acte, nous ne nous appesantirons pas.

<sup>3</sup> On trouve des articles «de grande consommation» sur Internet dans ce sens, par ex. «Blaming the Victim or Hearing Humanity» dans American Chronicle, [www.americanchronicle.com/articles](http://www.americanchronicle.com/articles).

<sup>4</sup> Plaidoyer 3/08, p. 56 ss

<sup>5</sup> Article cité, p. 59

<sup>6</sup> Ceci sans parler de la problématique aux USA où l'on va encore plus loin: cf. par ex. article de Zur Institute for Psychologists: «*We have become a nation of victims, where everyone is leapfrogging over each other, publicly competing for the status of victim ...*», [www.zurinstitute.com/victimhood.html](http://www.zurinstitute.com/victimhood.html)

<sup>7</sup> Art. 187, 5<sup>ème</sup> al. CPS dans la version du 1.10.92

<sup>8</sup> Cf. le résultat de la votation du 30 novembre 2008

<sup>9</sup> Je laisse ici de côté les problèmes de mesure de peine, cf. par ex. l'article 48, litt. e CPS ... à partir de quand le temps pour punir réduit-il l'intérêt à sévir face à l'imprescriptibilité?

<sup>10</sup> L'affaire POLANSKI en est le reflet exacerbé.

Etre victime, cela implique une réaction, des réactions qui seront différentes de personne à personne. Ici les psychologues sont d'accord<sup>11</sup>. Par voie de conséquence, la victime doit aussi entrer dans le moule médical, dans le moule psychologique, dans le moule des contingences matérielles. Tous aspects qui sont régis par leurs propres règles et systèmes de pensée.

*Entrée en scène du chœur:  
« Pauvre pauvre victime »*

Pauvre pauvre victime qui doit faire face à de nombreux intervenants qui vont la choyer, ou la regarder de haut, ou l'accompagner ... chacun pour soi, chacun selon ses règles, habitudes dans son propre système.

*Echo du chœur:  
« là est l'écueil ! »*

Tous les praticiens s'accordent sur un fait: les intervenants sont souvent à la fois prêt à aider, mais aussi paralysés, ou en tous cas ralentis, par le carcan des règles, habitudes de leur propres systèmes. Restons dans la métaphore vestimentaire: chaque fois la victime doit changer d'habits pour prendre celui que lui propose l'intervenant du moment.

*Echo du chœur:  
« mais où veut-il en venir? »*

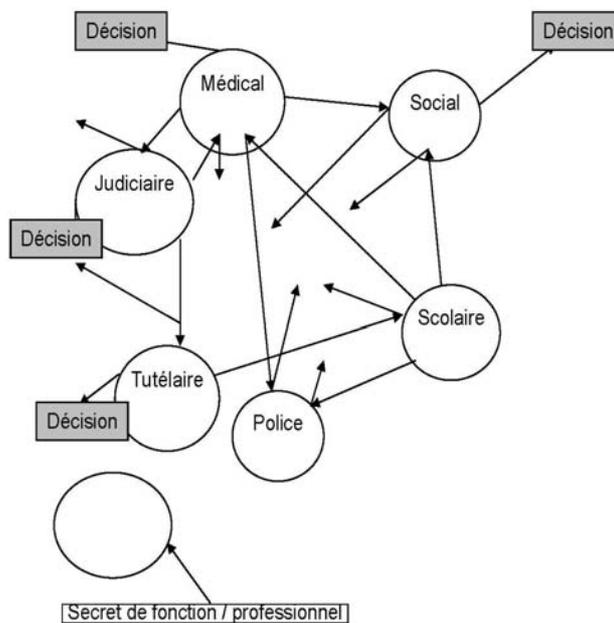
Je veux que la victime ne doive pas changer d'habits, mais qu'elle puisse être prise en charge telle qu'elle est, sans obstacles. En d'autres termes, que la victime soit considérée comme un tout, à charge pour l'ensemble des intervenants de discuter pour, ensemble, couper les habits utiles à cette victime. Donc passer au «sur mesure».

Actuellement, il n'existe pas de prise en charge globale d'une victime. Chaque intervenant agit de son côté et il est difficile d'avoir une vue d'ensemble, à fortiori de coordonner les informations, les avis, les interventions même. Cassons ces cloisonnements, envisageons des prises en charge globales.

Boum ! Entrée en fanfare du contradictoire: « Impossible, ! Et le secret professionnel? Et le secret de l'instruction? Et la protection des données? »

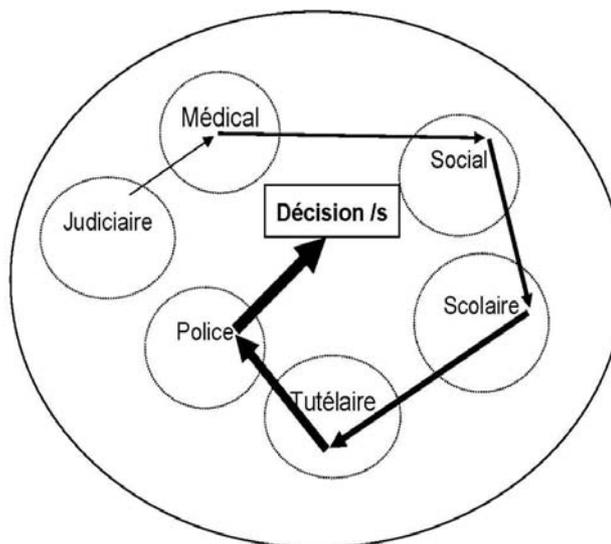
Ah la protection des données ! Ah les secrets multiples ! Les voici donc qui sortent du bois.

Les demandes et infos «rebondissent» sur les carapaces des secrets de fonction et ou professionnels. De nombreuses informations ne sont pas évaluées ensemble.



Je propose de faire le pas et de faire sauter ces carapaces, pour les remplacer par une carapace extérieure, selon le schéma suivant:

Les infos circulent et s'alimentent au fur et à mesure. Une décision tient compte de l'ensemble des données.



NB. Le sens de rotation est purement arbitraire.



<sup>11</sup> Voir par exemple : The impact of Victimization, texte du Canadian Resource Center for Victims of Crime, sur [www.crcvc.ca/doc/victimization](http://www.crcvc.ca/doc/victimization) ou Trauma of Victimization, texte de The national center for Victims of Crime, sur [www.nvc.org](http://www.nvc.org)

*Intervention du contradicteur:  
« Mais ça ne s'est jamais fait ! »*

Mais si mais si ! Au niveau étatique, l'espace Schengen, ce n'est rien d'autre que cela. Les frontières intérieures sont des passoires, la frontière extérieure est hermétique.

En d'autres termes, je préconise la prise en charge des victimes selon le processus suivant:

Lorsqu'une victime est annoncée, tous les intervenants se réunissent en un groupe. Ce groupe, dont les membres doivent bien évidemment être alors clairement définis dans un document, sorte de «contrat», est alors soumis in globo aux secrets professionnels et de fonction.

Et – argument à prendre en compte depuis le 30 novembre 2008 – cette prise en charge serait déjà à considérer comme le premier acte de la poursuite pénale. L'impératif de «réaction étatique» qui découle de l'initiative sur l'imprescriptibilité est admis et le second impératif «entendre la victime et sa souffrance» l'est aussi.

A l'intérieur du groupe, nul ne peut se réfugier derrière un secret, donc toutes les informations sont montrées, rendues accessibles.

C'est le groupe qui discute et qui, en fonction du cas, actionne l'aspect médical, ou tutélaire, ou psychiatrique. Actions qui peuvent ensuite être modulées.

*Intervention du contradicteur:  
« Mais c'est fou ! Et la victime, elle devient un objet d'expérimentation du groupe? »*

Non, car il faut éventuellement un garde-fou: L'accord de la victime à cette prise en charge globale. Il faut aussi que les étapes, les diverses interventions, soient clairement expliquées à la victime. Ainsi, la victime n'est plus simple objet, mais actrice (peut-être passive, d'accord).

Mais surtout – c'est là l'important – le groupe peut, en pleine connaissance de cause, orienter l'intervention là où elle sera utile à la victime et, fort logiquement, éviter les interventions inutiles. Inutiles et souvent contre-productive pour la victime. Victime qui, de par sa prise en charge par le groupe, voit néanmoins son statut reconnu et qui est informée des résultats qu'elle peut raisonnablement attendre.

*Intervention du contradicteur:  
« M'ouais... suis un peu dans le bleu »*

*Echo du chœur: « on dynamite l'écueil »*

Et vous, chères lectrices, chers lecteur?

#### **Note finale**

Ces quelques points m'avaient été inspirés par la problématique de la victime et les expériences aussi au sein du Fil Rouge.

Or tout dernièrement, un autre domaine d'application des-dites réflexions m'est apparu: celui de la prise en charge des gens à problèmes. L'affaire dite du «forcené de Bienne<sup>12</sup>» montre combien utile – que di-je, nécessaire – est la communication entre les divers intervenants et mes pensées et digressions peuvent s'y adapter.

<sup>12</sup> Affaire de Monsieur Kneubühl

**Cesar Lopez, Prokurator 2,  
Staatsanwaltschaft III Bern–Mittelland**

# Anklage und Anklagegrundsatz<sup>1</sup>

**Vom Bernischen Strafverfahren (StrV)  
zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)**

**Eine Übersicht über die wichtigsten,  
praxisrelevanten Neuerungen**

## I. Einleitende Bemerkungen zur Anklage und zum Anklagegrundsatz

Der Anklagegrundsatz – auch Akkusationsprinzip genannt – stellt im allgemeinen Strafprozessrecht eine ausserordentlich wichtige Prozessmaxime dar. Als Ausfluss des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. a und b EMRK kommt ihm sogar Verfassungsrang, beziehungsweise Grundrechtscharakter zu. Das Schweizerische Bundesgericht hat sich bis heute sehr oft mit dem Anklagegrundsatz befassen müssen, und daran wird sich auch in Zukunft kaum etwas ändern, handelt es sich bei dieser Maxime bekanntlich um eine der beliebtesten Waffen der Strafverteidigung bei ihren Kämpfen auf den strafprozessualen Schlachtfeldern. Dies ist nicht ganz zufällig, beziehungsweise ist ohne weiteres nachvollziehbar: Wenn es gelingt, die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft im richtigen Zeitpunkt mit formellen Argumenten «abzuschliessen», bleibt auch vom materiellen Anklagefundament in aller Regel nur noch ein Trümmerhaufen übrig. Oder anders gesagt: Das ganze Strafverfahren war dann – jedenfalls aus der Sicht der frustrierten Strafverfolgungsbehörden – «für die Katz». Die zahlreichen Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts der letzten Jahre und Jahrzehnte zum Anklagegrundsatz haben denn auch jeweils nicht nur zu einer konkreten Einzelfalllösung geführt, sondern gleichzeitig auch eine fundamentale gesamtschweizerische Vereinheitlichung der strafprozessualen Rechtsanwendung der kantonalen Justizbehörden in diesem Bereich bewirkt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Anklagegrundsatz wird mit gewissen Anpassungen auch nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 mit Sicherheit unseren strafprozessualen Alltag massgeblich prägen.

So wichtig der Anklagegrundsatz als Prozessmaxime auch ist: Eine entsprechende, ausdrückliche Gesetzesbestimmung hiezu suchen wir in unserem heute noch geltenden Bernischen Strafverfahren vergeblich. Wir stossen zwar immer wieder auf verschiedene Regelungen, die Ausfluss des Anklagegrundsatzes sind, eine klare Grundsatznorm fehlt indessen. Anders in der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung: In Art. 9 StPO entdecken wir aus Berner Sicht erstmals eine ausdrückliche Kodifizierung dieses Verfahrensgrundsatzes. Nach dieser Bestimmung kann eine Straftat nur dann gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat (Art. 9 Abs. 1 StPO). Vorbehalten bleiben das Strafbefehls- und Übertretungsstrafverfahren (Art. 9 Abs. 2 StPO), wobei bereits an dieser Stelle anzumerken ist, dass der Kanton Bern keine besonderen Übertretungsstrafbehörden kennt, beziehungsweise einführen wird. Die Verfolgung und Beurteilung von Übertretungen obliegt grundsätzlich den ordentlichen Strafbehörden. Als Ausnahme ist allenfalls die Verfolgung von kommunalen Strafsachen durch die Gemeindeorgane zu erwähnen. Die kurze und prägnante Gesetzesbestimmung von Art. 9 StPO bedarf hinsichtlich ihrer prozessualen Bedeutung und insbesondere ihren konkreten praktischen Auswirkungen indessen einiger Erläuterungen, welche erst unter Berücksichtigung der dogmatischen Grundlagen im Detail nachvollziehbar werden: Der Anklagegrundsatz in seinem ursprünglichen historischen Sinn bezweckt in erster Linie die in unserer modernen Rechtskultur nach der Überwindung des Inquisitionsprozesses selbstverständliche personelle Trennung zwischen der Anklagebehörde einerseits und einer von dieser unabhängigen urteilenden Gerichtsbehörde andererseits. Eine eigentliche Personalunion kennen wir im Kanton Bern heute nur noch im Strafmandatsverfahren der Untersuchungsbehörde, beziehungsweise im künftigen Strafbefehlsverfahren der Staatsanwaltschaft. Bei dieser «Gewaltenteilung» im weiteren prozessualen Sinn geht es letztlich auch – oder sogar insbesondere – um den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit: Das Gericht soll nicht von sich aus ermitteln, untersuchen und dann urteilen, sondern sich ausschliesslich auf letztere Aufgabe beschränken. «Nemo iudex sine actore» – «wo kein Kläger, da kein Richter». Die Anklage soll eine andere Behörde erheben und vertreten. In der modernen Strafprozessrechtsdogmatik, die uns heute interessiert, hat der Anklagegrundsatz allerdings noch weitere Funktionen und beinhaltet damit verschiedene weitere verfahrensrechtliche Garantien, welche sich insbesondere am Grundsatz des fairen Verfahrens («fair trial») orientieren:

### a) Die Individualisierungs- und Umgrenzungsfunktion

Es geht hierbei um die Fixierung des Prozessthemas: Gegenstand des Hauptverfahrens vor Gericht kann nur sein, was der beschuldigten Person

<sup>1</sup> Erweiterte Fassung des Referats vom 16. September 2010 in Bern anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung des Center for Conflict Resolution (CCR) der Universität Luzern und des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen (IRP)

in einer *Anklageschrift* zur Last gelegt wird, und damit verbunden ausschliesslich diejenigen *Lebenssachverhalte*, die darin unverwechselbar umschrieben sind. Man spricht in diesem Zusammenhang von der so genannten Individualisierungs- und Umgrenzungsfunktion des Anklagegrundsatzes. Gemäss Bundesgericht hat die Anklage der angeklagten Person die ihr zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe «*im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert*» sind (vgl. BGE 133 IV 245, 120 IV 354 f., Nr. 6B.459/2007 vom 18. Januar 2008; vgl. hierzu auch die Botschaft zur StPO, BBl 2006, S. 1276). Was dies im Einzelnen genau bedeutet, das heisst welche Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Umschreibung des jeweiligen Lebenssachverhalts bestehen, hängt allerdings vom konkreten Einzelfall ab. Daran wird sich – auch wenn es allgemeingültige Grundsätze gibt, die in jeder Anklageschrift berücksichtigt werden müssen – auch in Zukunft nicht sehr viel ändern. Dass dabei die Messlatte sehr unterschiedlich hoch angesetzt werden kann, lässt sich exemplarisch anhand eines neueren Falles aus dem Kanton Zürich aufzeigen, welcher in DIE PRAXIS 6/2010, Nr. 66, publiziert worden ist. Im konkreten Fall machte die Verteidigung über sämtliche Instanzen hinweg geltend, die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft verletze in verschiedener Hinsicht den Anklagegrundsatz. Das Bezirksgericht hielt in erster Instanz diesbezüglich fest, dass die angefochtene Anklageschrift zwar mangelhaft, aber noch knapp genügend sei. Das Obergericht des Kantons Zürich ging als zweite Instanz einen Schritt weiter und kam zum Schluss, die angefochtene Anklageschrift genüge den gesetzlichen Anforderungen klarerweise nicht. Die Staatsanwaltschaft zog den Fall an das Bundesgericht weiter und dieses – Sie wissen oder erahnen es sicher schon – brachte die dritte mögliche Version ins Spiel: Es erklärte, dass die beanstandete Anklageschrift den gesetzlichen Anforderungen ohne weiteres genüge, diese schildere den für die Beurteilung notwendigen Lebenssachverhalt sogar in umfassender Weise. Wie heisst es im Volksmund: «*Zwei Juristen, drei Meinungen*» ... Soweit zur Individualisierungs- und Umgrenzungsfunktion des Anklagegrundsatzes.

#### b) Die Informationsfunktion

Die Anklageschrift soll neben der Fixierung des Prozessthemas über die Individualisierungs- und Umgrenzungsfunktion hinaus die beschuldigte Person auch konkret und genau über die ihr gemachten Vorwürfe orientieren. Der Anklagegrundsatz hat insofern auch eine Informationsfunktion. Diese ist Ausfluss des Grundrechts auf rechtliches Gehör und dient letztlich der Verwirklichung und Gewährleistung der Verteidigungsrechte (vgl. BGE 133 IV 245, m.w.H.). Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung zum Anklagegrundsatz sein Augenmerk oftmals hauptsächlich auf diesen Aspekt gerichtet.

#### c) Das Immutabilitätsprinzip

Eng verbunden mit den Funktionen des Anklagegrundsatzes ist mit Blick auf eine Gewährleistung der entsprechenden Verteidigungsrechte der verfahrensrechtliche Grundsatz der Unabänderlichkeit der Anklage (Immutabilitätsprinzip) zu erwähnen. Dieser besagt, dass der Sachverhalt, der Grundlage der gerichtlichen Beurteilung bildet, ein für allemal fixiert ist und weder durch die Staatsanwaltschaft noch durch das Gericht nachträglich abgeändert werden kann. Anders gesagt: Die Anklageschrift darf nachträglich nicht auf weitere Personen oder auf andere Lebenssachverhalte, die die angeklagte Person betreffen, ausgedehnt werden.

#### d) Das Prinzip der Tatidentität

Mit dem formellen Immutabilitätsprinzip eng verknüpft ist das Prinzip der Tatidentität, der Grundsatz der *materiellen* Bindung, wonach das Gericht seinem Urteil keinen anderen historischen Lebenssachverhalt zugrunde legen darf als den in der Anklageschrift umschriebenen. Dieses Prinzip spielt insbesondere mit Blick auf den Grundsatz «*ne bis in idem*» eine besondere Rolle: Es soll wegen einer bereits beurteilten Tat nicht noch einmal ein Strafverfahren gegen dieselbe Person durchgeführt werden dürfen. Demgegenüber ist die in der Anklageschrift verwendete rechtliche Bezeichnung der Tat für das Gericht nicht verbindlich, dies selbstverständlich unter Vorbehalt der Wahrung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs. Das Gericht qualifiziert nach dem Grundsatz *iura novit curia* die Tat unabhängig davon, dasselbe gilt natürlich auch für die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen (Sanktionen).

#### e) Das Prinzip der Unwiderruflichkeit der Anklage

Aus dem Anklageprinzip wird weiter auch der Grundsatz der Unwiderruflichkeit der Anklage abgeleitet, das heisst die Anklageschrift, einmal eingereicht, kann nicht mehr zurückgezogen werden. Die beschuldigte Person soll das Recht haben, dass ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit klar mit Ja oder Nein beantwortet wird.

Soweit zu den dogmatischen Grundlagen des Anklagegrundsatzes. Wie sieht es nun mit der konkreten, praktischen Ausgestaltung dieser Prozessmaxime im Bernischen Strafverfahren und vor allem in der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung aus? Wo sind die Gemeinsamkeiten, wo sind die Unterschiede? Insbesondere: Welche Neuerungen kommen auf uns zu? Ich werde versuchen, Ihnen auf diese Fragen Antworten zu geben. Soviel schon im Voraus: Aus Zweckmässigkeits- und prozessökonomischen Gründen ist der Anklagegrundsatz weder im Bernischen Strafverfahren noch in der Schweizerischen Strafprozessordnung ausnahmslos, das heisst in Reinkultur verwirklicht worden, und es gibt mit Blick auf den 1. Januar 2011 einige wichtige Neuerungen, die Sie unbedingt kennen müssen.

## II. Die praxisrelevanten Neuerungen mit Blick auf die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO)

### 1. Von der Untersuchungsbehörde und der Staatsanwaltschaft als gemeinsame Überweisungsbehörde zur Staatsanwaltschaft als selbständige Anklagebehörde – vom Überweisungsbeschluss zur Anklageschrift

Wie Sie sicher wissen, gilt heute in der Gerichtsorganisation des Kantons Bern für die Strafverfolgung das so genannte Untersuchungsrichtermodell II. Dieses basiert auf dem so genannten «Vier-Augen-Prinzip», sieht also eine Zusammenarbeit, beziehungsweise ein Zusammenwirken der Untersuchungsbehörde und der weisungsberechtigten Staatsanwaltschaft im Vorverfahren, namentlich bei der Anklageerhebung, im Rahmen des so genannten Überweisungsverfahrens, vor: Nach Abschluss der Untersuchung legt die Untersuchungsbehörde gestützt auf Art. 250 Abs. 1 StrV der Staatsanwaltschaft die Akten mit einem schriftlichen Antrag vor. Stimmt die Staatsanwaltschaft zu, wird der Antrag zum Beschluss erhoben (Art. 251 Abs. 1 StrV). Stimmt die Staatsanwaltschaft nicht zu, stellt sie einen Gegenantrag. Kommt es zu keiner Einigung mit der Untersuchungsbehörde, übermittelt die Staatsanwaltschaft die Akten im Rahmen des nachfolgenden Divergenzverfahrens der Anklagekammer zum Entscheid (Art. 251 Abs. 2 StrV). Nach erfolgter Anklageerhebung im Überweisungsverfahren kommt es zu einem Handwechsel zwischen der Untersuchungsbehörde und der Staatsanwaltschaft. Das heute im Kanton Bern geltende Recht sieht somit einen *gemeinsamen Verfahrensabschluss* und eine *gemeinsame Anklageerhebung* von Untersuchungsbehörde und Staatsanwaltschaft vor.

Dieses «Vier-Augen-Prinzip» wird nun im Kanton Bern auf den 1. Januar 2011 abgeschafft. An Stelle des Untersuchungsrichtermodells II tritt das so genannte Staatsanwaltschaftsmodell II. Das gesamte Vorverfahren wird neu durch die Staatsanwaltschaft geleitet. Sie klagt auch an und vertritt die Anklage vor Gericht. Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter wird es künftig nicht mehr geben, diese sind im neuen Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG), welches gestaffelt auf den 1. Januar 2011 in Kraft tritt, nicht mehr vorgesehen. Für die Strafjustiz des Kantons Bern dürfte mit Blick auf die vielen Neuerungen im nächsten Jahr vor allem dieser gerichtsorganisatorische Systemwechsel die grösste Herausforderung darstellen. Wie Sie sicher wissen, sind die Wahlen in die neue Einheitsstaatsanwaltschaft des Kantons Bern im Juni dieses Jahres erfolgt. Zwar würde das neue Bundesrecht die Beibehaltung eines Handwechsels weiterhin erlauben. Dieser könnte innerhalb der neuen Staatsanwaltschaft dadurch erfolgen, dass ein Staatsanwalt oder eine Staatsanwältin die Untersuchung führt und ein Kollege oder eine Kollegin

die Anklage erhebt und vertritt. Es ist jedoch offensichtlich, dass die beabsichtigte Effizienzsteigerung des neuen Systems nur dann vollumfänglich zum Tragen kommt, wenn auf einen solchen Handwechsel verzichtet wird und bei der Anklageerhebung auch keine weiteren Instanzen involviert sind. Der Kanton Bern hat sich demzufolge grundsätzlich für die letztgenannte Lösung entschieden. Konsequenterweise ist auch auf eine Genehmigungspflicht für Anklagen durch die Leitenden Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, welche als Ersatz für das «Vier-Augen-Prinzip» diskutiert wurde, verzichtet worden. Art. 58 Abs. 1 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ) bestimmt, dass in der Regel derselbe Staatsanwalt oder dieselbe Staatsanwältin die Anklage vertreten soll, der, beziehungsweise die auch die Untersuchung geführt hat. Im Einzelfall kann die Leitung der betreffenden Staatsanwaltschaft allerdings eine Ausnahme gestatten und das Verfahren einer anderen Staatsanwältin oder einem anderen Staatsanwalt übertragen, damit mehrere Staatsanwältinnen oder Staatsanwälte betrauen oder die Vertretung selbst übernehmen (Art. 58 Abs. 2 EG ZSJ). Solche Handwechsel werden allerdings die Ausnahme bleiben und allenfalls dort zur Anwendung gelangen, wo sich Staatsanwaltschaft, angeklagte Person und Verteidigung auf der persönlichen Ebene in einem aussergewöhnlichen Mass ineinander «verkeilt» haben.

In einem begrenzten Bereich wird das «Vier-Augen-Prinzip» indessen beibehalten, beziehungsweise sogar ausgebaut: Gestützt auf Art. 54 Abs. 1 und 2 EG ZSJ i.V. mit Art. 310 Abs. 2, Art. 314 Abs. 5 und Art. 322 Abs. 1 StPO bedürfen Einstellungs-, Nichtanhandnahme- und Sistierungsverfügungen der erstinstanzlichen Staatsanwältinnen und Staatsanwälte – abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen – grundsätzlich der Genehmigung durch die Leitung der zuständigen Staatsanwaltschaft, bei schweren Straftaten zusätzlich sogar der Genehmigung durch die Generalstaatsanwaltschaft. Was als «schwere Straftat» zu gelten hat, wird in einer generellen Weisung der Generalstaatsanwaltschaft zu regeln sein. Diese liegt zurzeit im Entwurf vor. Bei der Erarbeitung der kantonalen Ausführungsgesetzgebung wurde in diesem Bereich der staatsanwaltschaftlichen Verfahrenserledigungen auf den Einbau von Kontrollmechanismen Wert gelegt, denn mit diesen Verfügungen verzichtet der Staat gänzlich, respektive temporär auf weitere Schritte, währenddem bei den anderen Erledigungsformen sichergestellt ist, dass entweder ein Gericht auf Anklage hin entscheidet oder wenigstens durch einen Strafbefehl eine Strafe ausgesprochen wird. Damit soll sichergestellt werden, dass nicht eine Einzelperson entscheidet und sich damit möglicherweise dem Verdacht aussetzt, sie habe aus Beuемlichkeit oder aus anderen sachfremden Gründen so entschieden. Die Genehmigung durch die Leitung der Staatsanwaltschaft oder zusätzlich durch die Generalstaatsanwaltschaft gibt auch der Einstellung des Verfahrens gegenüber der Privatklägerschaft, dem

Opfer und allenfalls der Öffentlichkeit zumindest den Anschein einer gewissen Ernsthaftigkeit. Durch den Systemwechsel wird bei der Anklageerhebung folglich auch der altbekannte, gemeinsame Überweisungsbeschluss der Untersuchungsbehörde und der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 257 StrV der Vergangenheit angehören und neu durch die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 325 StPO ersetzt werden. Was den genauen, vorgeschriebenen Inhalt des Überweisungsbeschlusses, beziehungsweise der Anklageschrift betrifft, findet man in den beiden erwähnten Bestimmungen je eine detaillierte Aufzählung, beziehungsweise eine eigentliche «Checkliste». Schon ein kurzer Blick darauf genügt um zu erkennen, dass die Schweizerische Strafprozessordnung sehr viele Einzelheiten, beziehungsweise Formulierungen der heutigen bernischen Regelung übernommen hat. Welches die verfahrensrelevanten, inhaltlichen Unterschiede zwischen dem Überweisungsbeschluss einerseits und der Anklageschrift gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung andererseits sind, welche Sie kennen müssen, werde ich im Folgenden aufzeigen.

#### Fazit:

Wir haben somit zusammenfassend ab dem 1. Januar 2011 im Kanton Bern

- einen Wechsel vom Untersuchungsrichtermodell II mit UntersuchungsrichterInnen und StaatsanwältInnen hin zum Staatsanwaltschaftsmodell II mit ausschliesslich StaatsanwältInnen,
- bei der Anklageerhebung einen Wechsel vom heutigen gemeinsamen *Überweisungsbeschluss* der Untersuchungsbehörde und Staatsanwaltschaft (eventuell nach Entscheid der Anklagekammer) hin zur selbständigen *Anklageschrift* der Staatsanwaltschaft,
- nach der Anklageerhebung – unter Vorbehalt begründeter Ausnahmefälle – grundsätzlich *keinen Handwechsel* mehr,
- weiterhin grundsätzlich das «Vier-Augen-Prinzip» im Rahmen der prozessualen Verfahrenserledigungen im Vorverfahren (Pflicht zur Genehmigung durch die Leitung der Staatsanwaltschaft und in bestimmten Fällen zusätzlich durch die Generalstaatsanwaltschaft).

## 2. Der Schluss des Vorverfahrens (Voruntersuchung / Untersuchung)

Gemäss Art. 249 Abs. 2 StrV können sich die Parteien nach Schluss der Voruntersuchung innert einer ihnen durch die Untersuchungsbehörde angesetzten Frist schriftlich zum Ergebnis der Untersuchung äussern, bestimmte weitere Untersuchungshandlungen oder Ergänzungsfragen beantragen und Anträge zum Ausgang des Verfahrens stellen. Die so genannte «Frist 249» ist für die Parteien eine der wichtigsten Bestimmungen des Bernischen Strafverfahrens. Die Schweizerische Strafprozessordnung sieht in diesem Verfahrensab-

schnitt, nach Abschluss der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung, nur noch das Recht vor, Beweisanträge zu stellen (Art. 318 Abs. 1 StPO). Es ist allerdings davon auszugehen, dass zumindest die bernischen Anwältinnen und Anwälte es sich kaum nehmen lassen werden, sich – wie dies heute namentlich in bestrittenen Fällen üblich ist – nach wie vor in der vom Gesetz gebotenen Kürze zum Ausgang des Verfahrens zu äussern. Sie müssen allerdings damit rechnen, dass solche Eingaben – insbesondere wenn weitere Parteien involviert sind – nicht zu den Akten genommen werden. Immerhin: Die Staatsanwaltschaft wird solche Stellungnahmen nach wie vor sehr gerne zur Kenntnis nehmen, legen sie doch die zu erwartende Strategie der Verteidigung vor Gericht offen.

Eine besondere Neuigkeit stellt Abs. 3 von Art. 318 StPO dar: Anders als im geltenden Recht sind Entscheide über abgewiesene Beweisanträge in diesem Verfahrensabschnitt nicht anfechtbar (zum grundsätzlich generellen Ausschluss der Beschwerde gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren vgl. auch Art. 394 lit. b StPO). Der so genannte «Beweisrekurs» nach heutigem Recht (Art. 248 StrV) ist im Interesse der Verfahrensökonomie abgeschafft worden, und zwar mit der Begründung, dass solche Anträge auch noch im Hauptverfahren gestellt werden können (Art. 318 Abs. 2, 3. Satz StPO; vgl. Botschaft zur StPO, BBl 2006, S. 1271). Es stellt sich indessen die Frage, ob dieser Ausschluss der Anfechtbarkeit wirklich dermassen uneingeschränkt gilt, zumal die allgemeine Bestimmung von Art. 394 lit. b StPO die Beschwerde gegen ablehnende Entscheide der Staatsanwaltschaft über Beweisanträge nur in Fällen generell ausschliesst, in denen der entsprechende Antrag *ohne Rechtsnachteil* vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann. Was nun, wenn dies nicht der Fall ist? Streng nach dem Wortlaut von Art. 318 Abs. 3 StPO bleibt eine Beschwerde ausgeschlossen. Dies dürfte aber wohl kaum den Intentionen des Gesetzgebers entsprechen, denn der so genannte «Beweisrekurs» wurde ja nur deswegen abgeschafft, weil man – wie bereits erwähnt – davon ausging, dass ein entsprechender Antrag ohne weiteres wieder vor Gericht gestellt werden kann. Die allgemeine Bestimmung von Art. 394 lit. b StPO dürfte hier mit Blick auf die Verteidigungsrechte den Vorrang geniessen (so wohl auch Bänziger/Burkhard/Haenni, Der Strafprozess im Kanton Bern, N. 772). Diese Frage ist offen, die neue Beschwerdekammer des Obergerichts des Kantons Bern wird sie beantworten müssen. Es ist allerdings zu vermuten, dass sie sich nicht nur aufgrund der in diesem Punkt problematischen Beschränkung der Verteidigungsrechte, sondern auch im Interesse des konkreten Verfahrens unabhängig vom Verfahrensstadium der strafrechtlichen Untersuchung von der allgemeinen Regelung von Art. 394 lit. b StPO leiten lassen wird und in *jedem* Fall – also auch in jenen gemäss Art. 318 StPO – den behaupteten, beziehungsweise von der Beschwerde führenden Partei gegebenenfalls zu behauptenden Rechtsnachteil bei der Eintretensfrage prüfen wird.

**Fazit:**

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird der Abschluss des Vorverfahrens, beziehungsweise der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung gegenüber dem geltenden Recht zu einer Beschränkung der Parteirechte führen, dies namentlich in folgenden Punkten:

- keine explizite Möglichkeit, sich zum Ausgang des Verfahrens zu äussern
- grundsätzlicher Wegfall des heutigen «Beweisrekurses»

### 3. Die Bezeichnung des zuständigen Gerichts bei der Überweisung / in der Anklageschrift – der Übergang zu einer neuen Gerichtsorganisation

Gemäss Art. 257 Abs. 1 Ziff. 5 StrV hat der Überweisungsbeschluss das Gericht zu bezeichnen, an welches überwiesen wird. Eine entsprechende Regelung in Bezug auf die Anklageschrift nach neuem Recht findet sich in Art. 325 Abs. 1 lit. c StPO.

Bis anhin werden die Straffälle je nach der Strafe und der Strafhöhe, die im konkreten Fall in Aussicht steht, entweder an das Einzelgericht (Busse, Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr) oder an das Kreisgericht (Freiheitsstrafe ab einem Jahr oder Verwahrung nach Art. 64 StGB) des zuständigen Gerichtskreises überwiesen (Art. 258 Abs. 1 i.V. mit Art. 29 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 StrV). An das Wirtschaftsstrafgericht wird dagegen überwiesen, wenn es hauptsächlich um strafbare Handlungen gegen das Vermögen oder Urkundenfälschungen geht und (kumulativ) besondere wirtschaftliche Kenntnisse nötig sind oder eine Vielzahl von schriftlichen Beweismitteln zu würdigen sind (Art. 258 Abs. 2 StrV). Einzelheiten zur Überweisung an die urteilenden Gerichte werden in den Weisungen der Generalprokuratur vom Dezember 2007 geregelt (Art. 258 Abs. 3 StrV).

Nach der gestaffelt auf den 1. Januar 2011 in Kraft tretenden neuen Gerichtsorganisation wird die Anklage an eines der vier Regionalgerichte (Berner Jura/Seeland, Emmental-Oberaargau, Bern-Mittelland oder Oberland), die an die Stelle der 13 Gerichtskreise treten werden, einzureichen sein (Art. 80 ff. GSOG). Dabei ist in der Anklageschrift auch der Spruchkörper zu bezeichnen (Art. 325 Abs. 1 lit. c StPO). Dieser richtet sich gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO und Art. 56 Abs. 2 EG ZSJ nicht mehr nach der konkret in Aussicht stehenden Strafe im betreffenden Fall, sondern nach der Höhe der von der Staatsanwaltschaft beantragten Strafe. Bei beantragten Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren urteilt ein Einzelgericht, bei solchen zwischen zwei und fünf Jahren sowie bei einer stationären therapeutischen Behandlung nach Art. 59 Abs. 3 StGB ein Dreierkollegium mit zwei Laienrichtern, und bei beantragten Strafen von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe oder einer Verwahrung im Sinn von Art. 64 StGB ein Fünferkollegium mit vier Laienrichtern. Auch beim Wirtschaftsstrafgericht wird bei geforderten Strafen von nicht mehr als zwei Jahren Freiheitsstrafe ein Einzelrichter entscheiden, in allen

anderen Fällen ein Dreierkollegium (Art. 55 Abs. 2 EG ZSJ i.V. mit Art. 19 Abs. 2 StPO).

Für die Anklageerhebung beim Wirtschaftsstrafgericht (und in entsprechenden Fällen auch beim Einzelgericht) wird wie bis anhin die Zustimmung der Generalprokuratur, beziehungsweise der Generalstaatsanwaltschaft notwendig sein (vgl. Weisungen 9 und 10 der Generalprokuratur vom Dezember 2007, beziehungsweise neu Art. 55 Abs. 3 EG ZSJ).

**Fazit:**

- Bei der Anklageerhebung sind die neuen Vorschriften über die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Gerichte im Kanton Bern zu beachten (Regionalgerichte, Strafkompetenz, verschiedene Besetzung des Kollegialgerichts, usw.).
- Die sachliche Zuständigkeit richtet sich neu nicht nach der im konkreten Fall in Aussicht stehenden Strafe, sondern grundsätzlich nach den Anträgen der Staatsanwaltschaft. Die Prüfung der sachlichen Zuständigkeit durch das Gericht bleibt selbstverständlich vorbehalten (Art. 334 StPO, Art. 57 Abs. 2 EG ZSJ).

### 4. Die Umschreibung der strafbaren Handlung gemäss Überweisungsbeschluss / gemäss Anklageschrift

Die Umschreibung der vorgeworfenen strafbaren Handlung, beziehungsweise des entsprechenden Lebenssachverhalts stellt zweifellos das Herzstück einer jeden Anklage dar. Die hierfür massgebenden Bestimmungen finden wir im geltenden Recht in Art. 257 Abs. 1 Ziff. 3 StrV, beziehungsweise in Art. 325 Abs. 1 lit. f der künftigen Schweizerischen Strafprozessordnung. In diesem Kernbereich der Anklage gelangen die Funktionen und Prinzipien des Anklagegrundsatzes vollumfänglich zur Anwendung und setzen – je nach gesetzlicher Ausgestaltung – die verbindlichen Leitlinien fest.

Unter dem Blickwinkel der *verfahrensfunktionellen* Ausprägung des Akkusationsprinzips (Trennung der Anklagebehörde vom urteilenden Gericht) muss die Anklageschrift so verfasst sein, dass sie das Gericht grundsätzlich auf seine reine Beurteilungsrolle – dies im Gegensatz zur Untersuchungs- und Anklagefunktion – festlegt, wobei Beweiserhebungshandlungen, die mit Blick auf die Vervollständigung der Akten getroffen werden, an sich unbedenklich sind (vgl. Urteil des EGMR vom 24. Februar 1993 i.S. Fey vs. Austria, sowie Art. 308 Abs. 3 StPO, wonach die Staatsanwaltschaft dem Gericht lediglich die für die Beurteilung von Schuld und Strafe *wesentlichen* Grundlagen zu liefern hat; in diesem Sinne ist auch Art. 343 StPO, der die Beweisabnahme vor Gericht regelt, auszulegen).

Die Umschreibung des vorgeworfenen Lebenssachverhalts als Kernstück der Anklage erweist sich in aller Regel als Gratwanderung zwischen verschiedenen Interessen und gibt deshalb – wie wir alle wissen – im konkreten Einzelfall nicht selten zu rechtlichen Diskussionen Anlass. Oder anders ge-

sagt: Hier befinden wir uns auf einem der beliebtesten prozessualen Schlachtfeldern der Strafverteidigung, beziehungsweise haben wir – um im militärischen Fachjargon zu bleiben – das «Schlüsselgelände» vor uns. Auf der einen Seite fordern die Verteidigungsrechte der beschuldigten Person eine möglichst konkrete und detaillierte Darstellung des vorgeworfenen Sachverhalts – Stichwort Informationsfunktion des Anklagegrundsatzes –, auf der anderen ist die Staatsanwaltschaft aufgrund des Immutabilitätsprinzips grundsätzlich gut beraten, möglichst offene Formulierungen zu wählen, um nicht einen Freispruch zu riskieren, wenn nach dem Beweisverfahren in der Hauptverhandlung plötzlich ein anderer Sachverhalt resultiert. In diesem Fall könnte die Verteidigung nun aber je nach dem eine Verletzung des Anklagegrundsatzes, beziehungsweise des rechtlichen Gehörs rügen, indem sie den Einwand erhebt, der Vorwurf in der Anklageschrift sei zu wenig präzise und eine effiziente Verteidigung demzufolge nicht möglich. Fällt die Schilderung demgegenüber zu detailliert aus, besteht allerdings erneut die Gefahr, dass die Verteidigung opponiert, indem sie diesmal geltend macht, es liege ein schriftliches «Vorausplädoyer» der Staatsanwaltschaft vor, was das Gebot der Waffengleichheit verletze. Sie sehen: Man kann es drehen wie man will, die Verteidigung wird stets in der komfortablen Lage sein, eine Karte – manchmal eine bessere, manchmal eine schlechtere – spielen zu können. Für die Staatsanwaltschaft gilt es somit, bei der Umschreibung des vorgeworfenen Lebenssachverhalts in der Anklage unter Berücksichtigung der strafprozessualen Leitplanken «die goldene Mitte» zu finden.

Bis heute herrscht schweizweit zur Frage, was denn nun konkret in die Sachverhaltsumschreibung eines Überweisungsbeschlusses, einer Anklageschrift oder eines arrêt de renvoi gehört, aufgrund der teilweise sehr unterschiedlichen kantonalen Strafprozessordnungen eine grosse Vielfalt. Diese Vielfalt hat das Bundesgericht im Rahmen seiner Rechtsprechung grundsätzlich geschützt, aber immerhin von Verfassungen wegen bestimmte Mindestgrundsätze vorgeschrieben. Mit der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung ändert sich deshalb im Grundsätzlichen nicht mehr allzu viel. Bei den Details ist dies je nach der bisherigen kantonalen Regelung unterschiedlich. Im Kanton Bern wird man in der Praxis – wie Sie sehen werden – nicht viele, aber doch einzelne punktuelle Anpassungen vornehmen müssen.

Zur Kernfrage: Wie ist nun der vorgeworfene Lebenssachverhalt richtigerweise zu umschreiben?

In diesem Zusammenhang stellen sich namentlich folgende zwei Fragen, die erste hat quantitativen, die zweite qualitativen Charakter:

1. Welche Elemente gehören bei der Umschreibung des Sachverhalts in den Überweisungsbeschluss, beziehungsweise neu in die Anklageschrift?
2. Welche Anforderungen bestehen bezüglich der Dichte der Sachverhaltsumschreibung?

Was die erste, *quantitative* Frage betrifft, so ist festzuhalten, dass das Bernische Strafverfahren im Überweisungsbeschluss die Bezeichnung der zur Last gelegten Tat unter möglichst genauer Angabe der Geschädigten, von Ort, Zeit und *soweit nötig* – folglich nicht unbedingt zwingend – der Art der Ausführung verlangt (vgl. Art. 257 Abs. 1 Ziff. 3 StrV). Die Schweizerische Strafprozessordnung fordert – genau so wie das Bernische Strafverfahren – eine Bezeichnung der vorgeworfenen Tat und eine Beschreibung von Ort und Zeit. Darüber hinaus müssen aber stets, das heisst *zwingend* auch die Art sowie darüber hinaus die Folgen der Tatausführung umschrieben werden. In der bernischen Praxis werden die Folgen der Tatausführung – so beispielsweise bei Vermögensdelikten der Deliktsbetrag – in den Überweisungsbeschlüssen regelmässig aufgeführt, die Schweizerische Strafprozessordnung schreibt diese für die Anklageschriften aber nun verbindlich vor.

#### Zwischenfazit:

Die Schweizerische Strafprozessordnung wird der Anklagebehörde im Kanton Bern eine inhaltlich umfassendere Schilderung des vorgeworfenen Sachverhalts vorschreiben, als dies heute nach dem Wortlaut des geltenden Bernischen Strafverfahrens der Fall ist. Dies gilt namentlich in Bezug auf die Umschreibung der Art und der Folgen der Tatausführung.

Was die zweite, *qualitative* Frage betrifft, das heisst die Frage nach der Dichte der Sachverhaltsumschreibung, so ist nach geltendem Recht die Art der Ausführung, die diesbezüglich im Vordergrund steht, wie bereits erwähnt, nur *soweit nötig* und deshalb auch nicht in allen Einzelheiten darzustellen. Umschreibungen wie beispielsweise «Der Angeeschuldigte Peter Müller sei an das Kreisgericht zu überweisen wegen Raubes, unter Offenbarung besonderer Gefährlichkeit begangen gemeinsam mit Markus Schneider und Fritz Meier am 16. August 2010 in Bern z.N. des Juweliergeschäfts Goldschatz an Schmuck im Gesamtbetrag von 1,2 Millionen Franken» halten nach heutiger einschlägiger Gerichtspraxis einer rechtlichen Überprüfung stand (vgl. zur ganzen Problematik: Christian Josi, Kurz und klar, träf und wahr – die Ausgestaltung des Anklageprinzips in der Schweizerischen Strafprozessordnung, ZStR 2009, S. 74 ff.).

Nach der Schweizerischen Strafprozessordnung muss die Sachverhaltsumschreibung gemäss Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO «möglichst kurz, aber genau» sein, oder mit anderen Worten: prägnant (vgl. Botschaft, BBl 2006, S. 1276). Die gesetzlich vorgeschriebene Kürze bei der Schilderung des vorgeworfenen Sachverhalts – diese soll nicht nur kurz, sondern nach dem Wortlaut des Gesetzes sogar *möglichst* kurz sein – soll ein unzulässiges «Vorausplädoyer» der Staatsanwaltschaft verhindern und dem Beschleunigungsgebot und somit auch der Prozessökonomie dienen. Schliesslich soll die Sachverhaltsumschreibung aber auch gleichzeitig – dies als Folge der Informationsfunktion des

Anklagegrundsatzes – möglichst *genau* sein. Allgemeine Begriffe sind in der Anklageschrift zu vermeiden. Damit ist aber auch klar, dass Formulierungen wie im vorgenannten Beispiel in Zukunft strafprozessual nicht mehr genügen werden. Einzelne Tatsachen und Umstände, welche beispielsweise die besondere Gefährlichkeit begründen, müssen genau dargelegt werden. Die blosser Nennung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale reicht nicht aus. So wird man im erwähnten Fall bei der Anklageerhebung wegen Raubes genauer ausführen müssen: *«Der Angeklagte Peter Müller betrat nach vorgängiger gemeinsamer Planung der Tat mit Markus Schneider und Fritz Meier am 16. August 2010 zusammen mit diesen das Juweliergeschäft Goldschatz in Bern und zwang die Verkäuferin Anna Keller mit vorgehaltener, geladener und gesicherter Pistole zur Herausgabe von 35 goldenen Halsketten, 27 Uhren und 18 Diamanten im Wert von insgesamt 1,2 Million Franken»*. Nicht erforderlich ist, dass sämtliche Umstände erwähnt werden, die zum gesetzlichen Straftatbestand gehören, so wie dies beispielsweise die aktuelle Strafprozessordnung des Kantons Zürich fordert. Nach dieser ist zu *allen* einzelnen objektiven und subjektiven Tatbestandselementen der vorgeworfenen Tat Stellung zu nehmen ist. Diese «Zürcher Praxis» dürfte in Zukunft das Gebot der Kürze der Schweizerischen Strafprozessordnung und damit das Waffengleichheitsgebot verletzen. Denn indem der historische Sachverhalt derart zerteilt wird, dass jeder einzelne Teil ohne weiteres einem Tatbestandsmerkmal zugeordnet werden kann, wird das Gericht beeinflusst, indem ihm sozusagen ein pfannenfertiges «Beurteilungs- und Subsumtionsprogramm» vorgelegt wird (vgl. hierzu Josi, a.a.O., S. 81). Vor diesem Hintergrund, beziehungsweise mit Blick auf die Bestimmung von Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO wird im Übrigen auch die bisherige Praxis des Bundesgerichts, wonach zur Ergänzung der Anklageschrift auf die Akten zurückgegriffen werden kann, kaum Bestand haben. Das Bundesgericht hat es nämlich bisher in Einzelfällen genügen lassen, dass seitens des Gerichts auf Sachverhalte abgestellt wurde, die nicht in der Anklageschrift aufgeführt wurden, von denen aber in einer untersuchungsrichterlichen Einvernahme und/oder in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung die Rede war (vgl. 6P.27/2003 vom 3. August 2003).

Es ist offensichtlich, dass zwischen den Geboten einerseits der Kürze und andererseits der Genauigkeit stets ein Spannungsfeld bestehen wird. Es wird Sache der Praxis, ja vor allem der Staatsanwaltschaft sein, hier das richtige Mass, beziehungsweise die «goldene Mitte» zu finden. Dabei wird man sich stets die Grundfunktion der Anklageschrift vor Augen halten müssen: Aus der Anklageschrift müssen sich alle Sachverhaltselemente ergeben, die notwendig sind, um den Sachverhalt unter den als anwendbar erachteten Straftatbestand – je nach konkretem Fall auch in den entsprechenden zur Diskussion stehenden rechtlichen Variationen bezüglich der Schuldform, der Teilnah-

meform, des Versuchs, der Qualifikation, der Privilegierung, usw. – zu subsumieren. Die beschuldigte Person muss klar erkennen können, was ihr vorgeworfen wird, ohne dass die Umschreibung in der Anklage zu einem Vorausplädoyer der Staatsanwaltschaft mit Beweiswürdigung und rechtlicher Subsumtion wird. Die Sachverhaltselemente können sich dabei aus der Anklageschrift ergeben, indem sie entweder *explizit genannt* werden oder aber *zwanglos abgeleitet* werden können. Das heisst: Es kommt nicht allein auf den Wortlaut, sondern vielmehr auf den erkennbaren Sinn der Anklageschrift an. Dies bedeutet, dass die Tatsachen, aus denen sich beispielsweise der Vorsatz ergibt, nicht umschrieben werden müssen, wenn es um ein Delikt geht, dass nur vorsätzlich begangen werden kann, wie zum Beispiel ein Diebstahl. Aber auch in Bezug auf die objektiven Tatbestandsmerkmale reicht es aus, wenn sich die relevanten Umstände zwanglos aus der Anklageschrift ableiten lassen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Begriff gleichzeitig einen juristischen Tatbestand und nach dem alltäglichen Sprachgebrauch auch einen klar definierten Lebensvorgang umschreibt. Der bereits erwähnte Diebstahl ist das beste Beispiel hierfür: Es genügt zu schreiben: *«Peter Müller wird angeklagt des Diebstahls an einer Lederjacke, begangen am 5. September 2010 im Warenhaus Ryfflihof in Bern»*. Mit der Verwendung des Wortes «Diebstahl» weiss der Beschuldigte, dass ihm der Bruch fremden und die Begründung eigenen Gewahrsams mit der Absicht der Aneignung und der unrechtmässigen Bereicherung vorgeworfen wird. Es ist nicht nötig, jeden einzelnen tatsächlichen Vorgang zu umschreiben, der diesen Tatbestandselementen zugeordnet werden kann. Daher muss nicht jedes kleine Detail beschrieben werden. Es genügt, wenn sich die rechtlich relevanten Umstände zwanglos ableiten lassen.

Eine besondere Herausforderung stellen in der Praxis bekanntlich die Fahrlässigkeitsdelikte dar. Bei diesen muss ein besonderer Schwerpunkt auf die Beschreibung der Umstände gelegt werden, welche die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens und die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des Erfolges begründen. Dies gilt allerdings schon heute, wenn die Staatsanwaltschaft mit diesen vielfach heiklen Fällen vor Gericht nicht Schiffbruch erleiden will. Die Schweizerische Strafprozessordnung bringt mit ihrer erhöhten Umschreibungspflicht auf diesem Gebiet insofern keine Neuerung.

Ähnliche Schwierigkeiten gibt es bei den Unterlassungsdelikten. Hier muss die Handlung, welche geboten gewesen wäre, aber nicht vorgenommen wurde, aus der Anklageschrift hervorgehen. Wenn dies nicht der Fall ist, ist eine Verurteilung wegen Unterlassung in aller Regel nicht möglich. Bei unechten Unterlassungsdelikten müssen die Tatsachen, aus denen sich die Garantenstellung ergibt, klar und konkret umschrieben sein. Dies ist bereits heute unter geltendem Recht erforderlich, wenn der Überweisungsbeschluss hieb- und stichfest sein soll.

**Gesamtfazit:**

Die Schweizerische Strafprozessordnung wird bezüglich der Umschreibung des vorgeworfenen Lebenssachverhalts höhere Massstäbe setzen, als dies heute nach geltendem Recht der Fall ist. Dies gilt namentlich für die *Art und die Folgen der Tatausführung* und bis zu einem gewissen Grad auch für die *inhaltliche Dichte* der Sachverhalts-schilderung. Sie wird in der bernischen Praxis aber nicht zu völlig grundlegenden Neuerungen führen.

**5. Die Angabe von Fundstellen im Überweisungsbeschluss / in der Anklageschrift?**

Obschon im Bernischen Strafverfahren nicht ausdrücklich geregelt, ist es im Kanton Bern zumindest in umfangmässig mittleren und grösseren Verfahren üblich, bei den jeweiligen Überweisungspunkten kurz die wichtigsten Fundstellen in den Akten anzugeben, sei dies in einer Klammerbemerkung oder in einer Fussnote.

Die Frage, ob dies rechtens ist, wird mit Blick auf das neue Recht allerdings kontrovers diskutiert. Die Gegner solcher Hinweise sind der Auffassung, das Gericht werde durch diese beeinflusst, beziehungsweise in eine bestimmte Richtung «geführt», auch wenn diese an sich per se keine Beweiswürdigung beinhalten. Sie berufen sich hierbei unter anderem auch auf die Botschaft zur Schweizerischen Strafprozessordnung, wonach in eine Anklageschrift keine Hinweise auf Beweismittel oder Ausführungen gehören, «*die die Anklagebehauptungen in sachverhaltsmässiger Hinsicht oder bezüglich der Schuld- oder Rechtsfragen stützen*» (vgl. BBl 2006, S. 1276). Die Befürworter machen demgegenüber verfahrensökonomische Bedürfnisse der Gerichte und notabene auch der Parteien geltend. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern das urteilende Gericht durch solche Hinweise in der Anklageschrift unzulässigerweise beeinflusst werde oder Verteidigungsrechte verletzt würden. Im Gegenteil: Für das Gericht seien solche Hinweise für die Vorbereitung des Prozesses nützlich und für die Verteidigung seien sie zur Wahrung ihrer Rechte in der Regel sogar erwünscht. Auch könne nicht behauptet werden, solche Fundstellen würden zu einem «Vorausplädoyer» führen. Mit solchen Hinweisen, beziehungsweise Angaben von Fundstellen würden das Gericht und die Parteien für die Vorbereitung der Hauptverhandlung ohne lange Suche in den möglicherweise sehr umfangreichen Akten ins Bild gesetzt (vgl. hierzu insbesondere Martin Schubarth, Praktische Probleme der Konkretisierung des Akkusationsprinzips, ZStR 2010, S. 178 f.). Dem ist zuzustimmen. Die Unbedenklichkeit solcher Hinweise ergibt sich auch mit Blick auf die die Anklageschrift ergänzende Liste gemäss Art. 326 StPO, beziehungsweise aufgrund der Rechtsnatur der entsprechenden Angaben: Diese sind – mit Ausnahme der Anträge – im Wesentlichen nichts anderes als zusätzliche Informationen an das Gericht und die Parteien über die wesentlichen Vorgänge des Vorverfahrens. Als solche stellen sie lediglich Ordnungsvorschriften dar und unterliegen deshalb auch nicht dem Anklageprinzip (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 326, N. 2).

**Fazit:**

Die Angabe von Fundstellen in der Anklageschrift ist nach der hier vertretenen Rechtsauffassung zulässig. Selbstverständlich müssen diese frei jeglicher Beweiswürdigung sein und sich auf Hinweise beschränken, die eine (raschere) Auffindung der in der Anklageschrift gemäss Art. 325 f. StPO aufgeführten Umstände ermöglichen.

**6 Haftfälle / Anordnung von Sicherheitshaft: Von der Überweisung mit Haftbelassungsverfügung zur Anklageerhebung mit Haftüberprüfungsverfahren**

Nach geltendem Recht hat die Untersuchungsbehörde in ihrem Überweisungsantrag an die Staatsanwaltschaft eine Verfügung darüber zu treffen, ob eine verhaftete Person in Haft zu belassen oder freizulassen ist (Art. 257 Abs. 2 StrV). Eine Haftprüfung vor Haftgericht findet nicht statt.

Anders die Regelung nach der Schweizerischen Strafprozessordnung: Will die Staatsanwaltschaft die Untersuchungshaft in Form der Sicherheitshaft fortsetzen lassen, hat sie gleichzeitig mit der Zustellung der Anklageschrift an die Parteien auch ein Doppel mit einem Gesuch um Anordnung der Sicherheitshaft an das Zwangsmassnahmengericht zwecks Entscheid zuzustellen (Art. 220 Abs. 2, Art. 229 Abs. 1, Art. 326 Abs. 1 lit. e und Art. 327 Abs. 2 StPO).

**Fazit:**

Die Schweizerische Strafprozessordnung führt im Zeitpunkt der Anklageerhebung eine für das bernische Recht bisher unbekannte, obligatorische Haftüberprüfung ein.

**7. Die Anträge der Staatsanwaltschaft an das Gericht nach der Überweisung / bei oder nach der Anklageerhebung: Vom Recht zur Pflicht**

Nach geltendem Recht hat die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, in Fällen, in welchen sie die Anklage nicht persönlich vertritt, gestützt auf Art. 280 Abs. 5 StrV schriftliche Anträge zu stellen. Inwieweit diese begründet werden dürfen, ist aufgrund des engen Wortlauts dieser Bestimmung umstritten. Die Stellung von schriftlichen Anträgen ist in solchen Fällen jedenfalls fakultativ. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern hat soweit ersichtlich von dieser Möglichkeit bisher eher selten Gebrauch gemacht.

Nach der Schweizerischen Strafprozessordnung hat die Staatsanwaltschaft demgegenüber in allen Fällen, in welchen sie nicht persönlich auftritt, gemäss Art. 326 Abs. 1 lit. f StPO *zwingend* – aber ohne weitere Ausführungen, das heisst ohne Begründung – Anträge zu den Sanktionen zu stellen. Ob solche Anträge sinnvoll sind, braucht an dieser Stelle nicht weiter diskutiert zu werden, die Schweizerische Strafprozessordnung will dies so. Dabei geht es bei der Frage nach dem Sinn (oder Unsinn) einer solchen Verpflichtung nicht in erster Linie um die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft ihre Anträge

nicht begründen darf. Sie hat in solchen Fällen nämlich die Möglichkeit, gestützt auf Art. 326 Abs. 2 StPO einen Schlussbericht mit Ausführungen zur Beweiswürdigung und zur Strafzumessung einzureichen (vgl. hiezu weiter unten). Vielmehr stellt sich die Frage, in wie weit in Fällen, die beweisermässig nicht «liquid» sind, überhaupt fundierte Anträge gestellt werden können, ohne das Ergebnis der Hauptverhandlung zu kennen.

Falls die Staatsanwaltschaft vor Gericht auftritt, kann sie ihre Anträge gemäss Art. 326 Abs. 1 lit. f StPO auch erst in der Hauptverhandlung stellen. Letzteres ist aus den bereits genannten Gründen ohnehin zu empfehlen. Der Vorentwurf der generellen Weisungen der Generalstaatsanwaltschaft, welche in absehbarer Zeit gestützt auf Art. 90 Abs. 3 GSOG erlassen werden, schreibt sogar vor, dass die Staatsanwaltschaft in Fällen, in welchen sie die Anklage persönlich vor Gericht vertreten wird, auf die Einreichung von schriftlichen Anträgen gemäss Art. 326 Abs. 1 lit. f StPO verzichtet.

Nach dem engen Wortlaut von Art. 326 Abs. 1 lit. f StPO ist das Antragsrecht, beziehungsweise die Antragspflicht der Staatsanwaltschaft auf den Sanktionenpunkt beschränkt. Dies macht keinen Sinn. Das Gericht muss – insbesondere bei Eventual- und Alternativanklagen – wissen, von welchen Schuldprüchen die Staatsanwaltschaft ausgeht. Demzufolge wird man in der Praxis auch schriftliche Anträge der Staatsanwaltschaft im Schuldpunkt als zulässig erachten müssen.

#### *Fazit:*

Die Staatsanwaltschaft wird in Zukunft in Fällen, in denen sie nicht persönlich vor Gericht auftritt, neuerdings zwingend schriftliche Anträge (zumindest) im Sanktionenpunkt stellen müssen.

### **8. Die Unanfechtbarkeit des Überweisungsbeschlusses / der Anklageschrift**

Nach geltendem Recht kann ein Überweisungsbeschluss nicht mit Rekurs gemäss Art. 322 StrV angefochten werden, und auch die Möglichkeit einer Beschwerde gemäss Art. 327 StrV entfällt (vgl. Maurer, Das Bernische Strafverfahren, 2. Auflage, S. 498, unter Hinweis auf den Entscheid der Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Bern Nr. 153/97 vom 18. April 1997).

Auch nach neuem Recht wird die Anklageerhebung unanfechtbar bleiben (Art. 324 Abs. 2 StPO). Massgebend für diese «anklagefreundliche» Regelung ist das Interesse an einer Verfahrensbeschleunigung, zumal nach Eingang der Anklageschrift beim Gericht ohnehin eine Vorprüfung stattfinden muss (vgl. Botschaft, BBl 2006, S. 1275; zur Vorprüfung vgl. weiter unten). Ausgeschlossen ist auch die Strafrechtsbeschwerde ans Bundesgericht (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 324, N. 6).

#### *Fazit:*

Die Anklageerhebung ist und bleibt unanfechtbar.

### **9. Der Schlussbericht nach altem und neuem Recht**

Art. 259 des noch geltenden Bernischen Strafverfahrens sieht vor, dass die Untersuchungsbehörde in umfangreichen Fällen zur Darstellung komplexer Sachverhalte unabhängig vom Überweisungsantrag, beziehungsweise vom Überweisungsbeschluss, einen erläuternden Schlussbericht erstellen kann. Eine Beweiswürdigung ist dabei zu unterlassen. Diese grundsätzlich fakultative Möglichkeit kann von der Staatsanwaltschaft im Einzelfall zur Pflicht gemacht werden, indem sie von der Untersuchungsbehörde die Erstellung eines solchen Schlussberichts verlangt (Art. 243 Ziff. 5 StrV).

Auch die neue Schweizerische Strafprozessordnung kennt die fakultative Möglichkeit eines Schlussberichts als selbständiges Element neben der Anklageschrift (Art. 326 Abs. 2 StPO). Dieser muss auch nicht zwingend zeitgleich mit der Anklageschrift eingereicht werden. Anders als im Bernischen Strafverfahren sind Ausführungen zur Beweiswürdigung aber ohne weiteres möglich, nach dem Wortlaut des Gesetzes sogar erwünscht. Auch Ausführungen zur Strafzumessung sind erlaubt (vgl. Schmid, Handbuch StPO, N. 1272). Ein Schlussbericht ist allerdings nur dann zulässig, wenn die Staatsanwaltschaft die Anklage nicht persönlich vor Gericht vertritt, das heisst wenn sie im konkreten Fall eine Strafe von weniger als einem Jahr Freiheitsstrafe, beziehungsweise eine Geldstrafe beantragt. Tritt die Staatsanwaltschaft vor Gericht auf, ist ein Schlussbericht ausgeschlossen. In diesem Fall würde er eine Art «Vorausplädoyer» darstellen und somit eine Verletzung der Waffengleichheit darstellen (vgl. Botschaft, BBl 2006, S. 1277). Angesichts der bedeutenden Strafbefehlskompetenz der Staatsanwaltschaft (Freiheitsstrafe bis 6 Monate, Geldstrafe bis 180 Tagessätze und Gemeinnützige Arbeit bis 720 Stunden, Art. 352 Abs. 1 StPO), dürfte der Schlussbericht nach neuem Recht aufgrund seiner sehr beschränkten Anwendungsmöglichkeit keine grosse praktische Bedeutung erlangen.

Die Beschränkung des Schlussberichts auf diejenigen Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft die Anklage nicht persönlich vor Gericht vertritt, ist an sich nachvollziehbar, dürfte aber namentlich im Bereich der Wirtschaftskriminalität, wo solche Schlussberichte relativ häufig erstellt werden (nach geltendem Recht natürlich ohne Würdigung der Beweise), gewisse Probleme bereiten. Eine Kompensation oder ein Ersatz könnte unter Umständen ganz generell eine geschickte, gut strukturierte Schlusseinnahme der Staatsanwaltschaft nach Abschluss der Untersuchung gemäss Art. 317 StPO bieten. Diese müsste in den ausformulierten Vorhalten an die beschuldigte Person die genauen Fundstellen und die Ergebnisse der Untersuchung detailliert widerspiegeln.

#### *Fazit:*

Aufgrund der sehr beschränkten Anwendungsmöglichkeit ist anzunehmen, dass der Schlussbericht mehr oder weniger aus der bernischen Praxis verschwinden wird.

## 10. Die persönliche Vertretung der Anklage vor Gericht durch die Staatsanwaltschaft

Nach geltendem bernischen Strafprozessrecht ist die Staatsanwaltschaft zu einem persönlichen Auftritt vor Gericht verpflichtet, wenn die in Frage stehende strafbare Handlung abstrakt betrachtet mit einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren bedroht ist; in Fällen vor dem Wirtschaftsstrafgericht ist deren Anwesenheit in jedem Fall obligatorisch (Art. 280 Abs. 1 StrV). Die Verpflichtung zur persönlichen Anklagevertretung entfällt aber in Kreisgerichtsfällen, wenn im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe von weniger als drei Jahren in Frage steht (Art. 280 Abs. 2 StrV). Die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern hat diese Regelung seit dem 1. Januar 1997 allerdings stets so ausgelegt, dass sie in sämtlichen Fällen persönlich auftritt, sobald – unabhängig von der abstrakten Strafdrohung – im *konkreten* Fall eine Freiheitsstrafe von *über drei Jahren* zur Diskussion steht.

Darüber hinaus kann die Staatsanwaltschaft vom Gericht heute auch in anderen, beispielsweise sehr komplexen Fällen zu einer persönlichen Anklagevertretung *eingeladen* werden (Art. 280 Abs. 4 StrV). Eine eigentliche *Pflicht* zum Erscheinen ergibt sich hieraus aber nicht.

Unter der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung werden die Auftritte der Staatsanwaltschaft deutlich zunehmen. Sie ist nämlich bereits dann zur persönlichen Anklagevertretung verpflichtet, wenn sie im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe von *mehr als einem Jahr* oder eine *freiheitsentziehende Massnahme* fordert. Diese Regelung gilt sowohl für die Regionalgerichte als auch für das Wirtschaftsstrafgericht (Art. 337 Abs. 3 StPO), womit bei letzterem die bisherige Auftrittspflicht der Staatsanwaltschaft rein theoretisch reduziert wird. Zudem kann das Gericht die Staatsanwaltschaft auch in anderen Fällen zum Auftritt *verpflichten* (Art. 337 Abs. 4 StPO), also nicht mehr nur wie unter bernischem Recht *einladen* (Art. 280 Abs. 4 StrV). Weiter hat die Staatsanwaltschaft im Rechtsmittelverfahren auch persönlich aufzutreten, wenn sie selbst eine Berufung oder eine Anschlussberufung erklärt hat (Art. 405 Abs. 3 lit. b StPO). Damit soll die Schwelle für rein taktische Rechtsmitteleinlegungen, namentlich was die Anschlussberufung betrifft, erhöht werden.

### Fazit:

Die Schweizerische Strafprozessordnung verlangt, beziehungsweise führt zu einer höheren Präsenz der Staatsanwaltschaft vor Gericht. Mit der neuen Regelung wird im Kanton Bern die Staatsanwaltschaft aufgrund der neuen Spruchkompetenzen auch oft vor dem Einzelgericht die Anklage persönlich vertreten, was heute eher selten ist. Berechnungen im Rahmen des Umsetzungsprojektes zufolge ist davon auszugehen, dass die Staatsanwaltschaft unter dem neuen Recht ungefähr vier- bis fünfmal häufiger vor Gericht auftreten wird als bisher.

## 11. Die Prüfung der Anklageschrift durch die Verfahrensleitung des Gerichts

Nach der Überweisung des Falles an das Gericht wird der Überweisungsbeschluss nach geltendem bernischen Recht nicht weiter überprüft. Die Schweizerische Strafprozessordnung führt demgegenüber unmittelbar nach Eingang der Anklageschrift beim Gericht eine Prüfung der Anklage ein. Dies ist in dieser Form für den Kanton Bern neu, auch wenn wir in einem Bereich etwas Ähnliches schon kennen, nämlich bei der Aufhebung des Verfahrens durch das Einzelgericht gemäss Art. 272 StrV: Gelangt das Einzelgericht nach Eingang eines seiner Beurteilung unterstehenden Falls oder nach einer ersten Einvernahme zur Auffassung, dass die Voraussetzungen der Strafverfolgung nicht vorliegen, die Belastungstatsachen ungenügend sind oder es sich um einen Fall gemäss Art. 4 StrV (Opportunitätsprinzip) handelt, kann es das Verfahren aufheben, wenn sich keine der Parteien, die Staatsanwaltschaft selbstverständlich mit eingeschlossen, der Aufhebung widersetzt.

Nach neuem Recht prüft die Verfahrensleitung des angerufenen Gerichts, ob die Anklageschrift *ordnungsgemäss erstellt* worden ist (Art. 329 Abs. 1 lit. a StPO). Hierbei ist Folgendes klarzustellen: Es handelt sich hierbei nicht etwa um ein eigentliches *Anklagezulassungsverfahren*, sondern nur um eine vorläufige, summarische Prüfung durch die Verfahrensleitung, die verhindern soll, dass Anklagen, die formell oder materiell in klarer Weise ungenügend sind, zu einer aufwändigen Hauptverhandlung führen. Aus der Berner Optik übernimmt die Verfahrensleitung des Gerichts damit ganz im Sinn des altbekannten «Vier-Augen-Prinzips» teilweise die Aufgaben der heutigen Staatsanwaltschaft im Überweisungsverfahren, was nicht ganz unproblematisch ist. Weiter prüft die Verfahrensleitung, ob die *Prozessvoraussetzungen* erfüllt sind und ob *Verfahrenshindernisse* bestehen (Art. 329 Abs. 1 lit. b und c StPO). Als möglicher Anwendungsfall von gewisser praktischer Bedeutung ist hierbei der unter dem neuen Recht grundsätzliche Anspruch der beschuldigten Person auf Erlass eines Strafbefehls zu erwähnen. Die Staatsanwaltschaft muss gestützt auf Art. 324 Abs. 1 StPO zwingend einen Strafbefehl erlassen und darf nicht Anklage erheben, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 352 Abs. 1 StPO erfüllt sind (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 324, N. 1). Eine Verletzung dieses Anspruchs stellt grundsätzlich ein Verfahrenshindernis gemäss Art. 329 Abs. 1 lit. c StPO dar. Man kann allerdings auch argumentieren, dass die sachliche Zuständigkeit des Gerichts, und somit eine Prozessvoraussetzung fehlt (Art. 329 Abs. 1 lit. b StPO).

Nicht zu prüfen hat die Verfahrensleitung, ob die Beweislage für eine Verurteilung ausreicht. Trotzdem: Dass diese Vorprüfung gemäss Art. 329 StPO – wie bereits angetönt – problematisch ist, braucht an dieser Stelle nicht weiter begründet zu werden. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen das Gericht, beziehungsweise die Verfahrensleitung, eine andere als die in der Anklageschrift ent-

haltene Variante als gegeben, oder zumindest als möglich ansieht. Bei allem Verständnis für die verfahrensökonomischen Aspekte einer Vorprüfung der Anklageschrift: Man muss sich fragen, ob das Gericht, beziehungsweise dessen Verfahrensleitung, wenn es auf solche materielle «Mängel» hinweist und die Anklageschrift zurückweist – in der Phase der Vorprüfung gemäss Art. 329 StPO notabene ohne Einflussmöglichkeit der beschuldigten Person und der Verteidigung, nicht die Funktion einer «Oberstaatsanwaltschaft» einnimmt. Dass damit die Gefahr besteht, dass der Anklagegrundsatz in seiner verfahrensfunktionellen Ausprägung mit der Trennung der anklagenden von der urteilenden Behörde verletzt wird, liegt auf der Hand. Ich lasse diese Fragen letztlich offen, erlaube mir aber mit Blick auf das Problem der Befangenheit immerhin einen Verweis auf BGE 114 Ia 50 E. 5b/bb und die dort angeführten grundsätzlichen Überlegungen des Bundesgerichts zu der im betreffenden Fall gerügten Aufgabekumulation im Zusammenhang mit dem Entscheid über die Anklagezulassung und die Mitwirkung am Sachentscheid gemäss der Strafprozessordnung des Kantons Zürich.

Die Schweizerische Strafprozessordnung sieht für diese Vorprüfung kein formelles Verfahren vor. Deshalb ist den Parteien auch nicht ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Diesen bleibt aber selbstverständlich unbenommen, sich auch unaufgefordert zu den zu prüfenden Punkten zu äussern. Das Ergebnis der Vorprüfung wird wohl üblicherweise als Aktennotiz oder allenfalls als Verfügung (mögliche Formulierung: «Eintretensverfügung gemäss Art. 330 Abs. 1 StPO») festgehalten werden. Ein solcher Entscheid der Verfahrensleitung ist aufgrund seiner Rechtsnatur als verfahrensleitende Anordnung weder mit Beschwerde (Art. 65 Abs. 1, Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO) noch mit der Beschwerde in Strafsachen an das Schweizerische Bundesgericht anfechtbar (Art. 93 BGG).

Die Prüfung der Anklageschrift nach den Kriterien gemäss Art. 329 Abs. 1 lit. a bis c StPO ist allerdings nicht auf die Phase unmittelbar nach dem Eingang beim Gericht beschränkt: Sie ist auch zu Beginn der Hauptverhandlung im Rahmen der Vorfragen, später als Zwischenfrage und über Art. 379 StPO sogar noch im Berufungsverfahren möglich, sei es auf Antrag der Parteien, sei es durch das Gericht von Amtes wegen (Art. 339 Abs. 2 lit. a StPO; Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 329, N. 10; bezüglich der Prüfung im Berufungsverfahren dürfte die Lehrmeinung von Prof. Dr. Niklaus Schmid kaum unbestritten bleiben; vgl. hierzu weiter unten die heutige Praxis des Obergerichts des Kantons Bern zur Ausdehnung des Verfahrens, nachfolgend unter Ziff. 14.3).

Ist die Anklageschrift ungenügend, sistiert das Gericht das Verfahren und weist diese – falls erforderlich – zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück (Art. 329 Abs. 2 StPO). Der Rückweisungsentscheid ergeht nicht durch die Verfahrensleitung, sondern durch das Gericht, was bei einer Kollegialbehörde in der Regel mit einem Zirkularentscheid erfolgen dürfte (vgl. hierzu Botschaft, BBI 2006, S. 1278 f., unter Hinweis darauf,

dass das Gesetz diesbezüglich keine öffentliche oder parteiöffentliche Verhandlung verlangt). Die Einhaltung des Anklagegrundsatzes ist eine Prozessvoraussetzung, deshalb führt eine ungenügende, nicht verbesserte Anklageschrift zu einer Einstellung des Verfahrens gemäss Art. 329 Abs. 4 StPO und nicht zu einem Freispruch.

*Fazit:*

Die Schweizerische Strafprozessordnung führt eine für den Kanton Bern völlig neue, und unter dem Gesichtspunkt des Anklagegrundsatzes je nach konkreter «Prüfungsdichte» nicht unproblematische informelle Vorprüfung (und allenfalls Zwischenprüfung) der Anklageschrift ein.

## 12. Das Verlesen des Überweisungsbeschlusses / die Bekanntgabe der Anklageschrift in der Hauptverhandlung

Nach der Eröffnung der Hauptverhandlung sieht im geltendem Recht Art. 295 Abs. 1 StrV vor, dass der Überweisungsbeschluss verlesen wird, es sei denn, die Parteien verzichten darauf. Letzteres ist in der Praxis der Regelfall. Die entsprechende Bestimmung in der Schweizerischen Strafprozessordnung spricht nur noch von der Bekanntgabe der Anträge der Staatsanwaltschaft (Art. 340 Abs. 2 StPO). Damit ist nach Meinung der Kommentatoren und gestützt auf Materialien, wonach das ursprüngliche «Verlesen» der Anklageschrift durch die aktuelle Formulierung ersetzt wurde, eine *zusammenfassende* Bekanntgabe der Anklage gemäss Art. 325 StPO gemeint (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 340, N. 7 f.). Ein vollständiges Verlesen wird damit nicht mehr zwingend notwendig sein, dies für den Fall, dass eine Partei dies wünschen sollte. Dadurch soll verhindert werden, dass die beschuldigte Person bei einer sehr umfangreichen, ihr notabene bekannten Anklageschrift mit der Forderung, diese ganz zu verlesen, den Fortgang der Hauptverhandlung unnötig verzögern kann. Im Gegenzug empfiehlt die Botschaft zur Schweizerischen Strafprozessordnung auch bei einem Verzicht durch die Parteien eine kurze Zusammenfassung durch die Verfahrensleitung, wenn in der Hauptverhandlung die Öffentlichkeit vertreten sein sollte (BBI 2006, S. 1283).

*Fazit:*

Die neue Schweizerische Strafprozessordnung verzichtet auf eine reine «Verleseübung» der Anklageschrift, was nach geltendem bernischen Recht beim Überweisungsbeschluss rein rechtlich betrachtet an sich möglich wäre.

## 13. Die Eventual- und Alternativüberweisungen / die Eventual- und Alternativanklagen

Nach geltender bernischer Praxis sind sowohl Eventual- als auch Alternativüberweisungen zulässig, auch wenn sie vom Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen sind.

Eventualüberweisungen sind in jenen Fällen angebracht, in welchen gestützt auf den vorgeworfenen Lebenssachverhalt die rechtliche Subsumtion nicht

eindeutig ist, beziehungsweise diese vom konkreten Beweisergebnis in bestimmten, zur Anklage gebrachten Punkten abhängt. So kann beispielsweise in einem Fall, in welchem der Täter das Opfer unter Drohungen zur Herausgabe von Geld veranlasst hat, ein Raub (Art. 140 StGB), eine Erpressung (Art. 156 StGB), oder – wenn der Täter einen Anspruch auf den erstrebten Vermögensvorteil zu haben glaubt und dadurch die Frage der Unrechtmässigkeit der Bereicherungsabsicht strittig ist – eine Nötigung (Art. 181 StGB) vorliegen. In solchen Konstellationen überweist man heute den Fall wegen «Raubes, evtl. Erpressung, evtl. Nötigung» an das urteilende Gericht. Es handelt sich hierbei quasi um einen vorweggenommenen Würdigungsvorbehalt des Gerichts gemäss Art. 302 StrV. Die überwiesene Tat rechtlich zu qualifizieren ist letztlich Sache des urteilenden Gerichts.

Wenn hingegen der Ablauf des historischen Sachverhalts, beziehungsweise der Tathergang nach der Voruntersuchung noch nicht vollständig geklärt ist, kommt eine Alternativüberweisung in Frage. Wenn zum Beispiel unklar ist, ob die Täterschaft einen Brand selber gelegt hat oder aber einen Dritten dazu angestiftet hat, ist eine alternative Überweisung wegen «Brandstiftung oder Anstiftung zur Brandstiftung» möglich. Diese Vorgehensweise verstösst gemäss Bundesgericht nicht gegen den Anklagegrundsatz (vgl. hierzu Maurer, a.a.O., S. 408, unter Hinweis auf Praxis 2003, Nr. 82). Oder wenn nicht klar ist, ob die Täterschaft den Gegenstand selber gestohlen oder vom Dieb entgegengenommen hat, kann alternativ wegen «Diebstahls oder Hehlerei» überwiesen werden. Ein weiterer denkbarer Anwendungsfall einer Alternativüberweisung findet sich dort, wo bei einem Fahrlässigkeitsdelikt verschiedene Sorgfaltpflichtverletzungen zur Diskussion stehen, welche nicht kumulativ zur Anwendung kommen können, bei denen es mit anderen Worten ein «entweder/oder» gibt.

Die Schweizerische Strafprozessordnung lässt sowohl Eventual- als auch Alternativanklagen ausdrücklich zu (Art. 325 Abs. 2 StPO). Dies stellt für einige Kantone Neuland dar, nicht so – wie soeben ausgeführt – für den Kanton Bern.

*Fazit:*

Die Möglichkeit von Eventual- und Alternativanklagen gemäss Art. 325 Abs. 2 StPO ist für den Kanton Bern nicht neu. In diesem Punkt bleibt alles beim Alten.

#### **14. Der Rückzug, die Abänderung und die Erweiterung des Überweisungsbeschlusses / der Anklageschrift**

Nebst der Frage, welchen genauen Inhalt ein Überweisungsbeschluss oder eine Anklageschrift aufweisen muss, ist auch wichtig zu wissen, ob, beziehungsweise bis zu welchem Zeitpunkt ein *Rückzug* der Anklage möglich ist und in welchem Umfang *Änderungen* und *Erweiterungen* erlaubt sind. Alle diese Möglichkeiten stellen Ausnahmen des Immutabilitätsprinzips dar, zumal eine grund-

sätzliche Bindung an den im Überweisungsbeschluss, beziehungsweise in der Anklageschrift umschriebenen Sachverhalt besteht (Art. 308 Abs. 1 StrV, Art. 350 Abs. 1 StPO).

##### **14.1 Der Rückzug des Überweisungsbeschlusses / der Anklageschrift**

Nach geltendem Recht kann der Überweisungsbeschluss, nachdem dieser beim Gericht eingereicht worden ist, nicht mehr zurückgezogen werden. Mit der Einreichung wird die Rechtshängigkeit begründet und bezüglich der Verfahrensleitung ein grundsätzlich unwiderruflicher Wechsel vollzogen. Einmal eingereicht, ist überspitzt gesagt «der Zug abgefahren».

Das neue Recht ist diesbezüglich grosszügiger: Ein Rückzug der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft ist bis zur Behandlung der Vorfragen in der Hauptverhandlung ohne weiteres möglich (Art. 340 Abs. 1 lit. b StPO).

*Fazit:*

Die Schweizerische Strafprozessordnung ermöglicht den Rückzug der Anklage nach deren Einreichung, wenn auch zeitlich beschränkt bis zur Behandlung der Vorfragen vor Gericht. Dies ist für den Kanton Bern – mit Blick auf den heutigen Überweisungsbeschluss – neu.

##### **14.2 Die Änderung der Anklage**

Nach geltendem Recht ist nach der Einreichung des Überweisungsbeschlusses beim Gericht nicht nur dessen Rückzug, sondern auch eine Modifikation desselben nicht mehr möglich (eine andere rechtliche Würdigung gemäss Art. 302 StrV bleibt selbstverständlich vorbehalten). Wenn der Überweisungsbeschluss den Anforderungen des Anklagegrundsatzes nicht genügt, führt dies zu einem Freispruch, Punkt. Der Immutabilitätsgrundsatz gilt diesbezüglich in uneingeschränkter Form.

Die Schweizerische Strafprozessordnung ist in dieser Hinsicht wesentlich «anklagefreundlicher»: Sie lässt – sofern die Parteirechte, insbesondere das rechtliche Gehör, gewahrt werden – grundsätzlich zwei Arten von nachträglichen Abänderungen der Anklageschrift und somit Ausnahmen vom Immutabilitätsprinzip zu: Einerseits die «Nachbesserung» der Anklage gemäss Art. 329 Abs. 2 StPO und andererseits die Änderung der Anklage gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO.

- Die «Nachbesserung» der Anklage gemäss Art. 329 Abs. 2 StPO

Nach neuem Recht wird die Anklageschrift wie bereits erwähnt vor der Hauptverhandlung durch die Verfahrensleitung einer summarischen Prüfung unterzogen. Wenn dabei festgestellt wird, dass sie den Anforderungen von Art. 325 f. StPO nicht genügt, also beispielsweise der Ort der deliktischen Handlung nicht genannt wird, oder – was praxisrelevanter sein dürfte – der Sachverhalt zu wenig genau umschrieben ist, kann das Gericht das Verfahren sistieren und die Anklageschrift zur Korrektur an die Staatsanwaltschaft zurückweisen. Genügt die neu einge-

reichte Anklageschrift dem Anklagegrundsatz immer noch nicht, erfolgt nach neuem Recht kein Freispruch mehr, sondern die Einstellung des Verfahrens (Art. 329 Abs. 4 StPO).

- Die Änderung der Anklage gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO  
Eine Änderung der Anklage gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO kommt dann in Frage, wenn der darin umschriebene Sachverhalt zwar allen Anforderungen des Akkusationsprinzips genügt und deshalb kein Anwendungsfall von Art. 329 Abs. 2 StPO (s.o.) vorliegt, dieser aber einen anderen Straftatbestand erfüllt als die Staatsanwaltschaft anklagt, und deshalb *historische, sachverhaltsmässige Vorgänge nicht genannt werden, die für die Subsumtion unter diesen Straftatbestand notwendig sind*. Wenn beispielsweise die Anklage auf Veruntreuung lautet, das Gericht aber findet, der Sachverhalt könnte als Betrug qualifiziert werden, kann eine Verurteilung natürlich nur ergehen, wenn die Anklageschrift die Umstände der arglistigen Täuschung umschreibt. In solchen Fällen *muss* das Gericht der Staatsanwaltschaft die Gelegenheit geben, die Anklage zu ändern. Dies ist auch noch im Berufungsverfahren möglich (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 333 N. 4, unter Hinweis auf Art. 379 StPO; diese Lehrmeinung von Prof. Dr. Niklaus Schmid dürfte indessen kaum unbestritten bleiben; vgl. hierzu weiter unten die heutige Praxis des Obergerichts des Kantons Bern zur Ausdehnung des Verfahrens, nachfolgend unter Ziff. 14.3).

#### Fazit:

Die Schweizerische Strafprozessordnung führt zwei Möglichkeiten einer nachträglichen Modifikation der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft ein, welche im Bernischen Strafverfahren mit Blick auf den Überweisungsbeschluss nicht bekannt sind. Es sind dies die «Nachbesserung» gemäss Art. 329 Abs. 2 StPO – nach einer Rückweisung durch das Gericht nach erfolgter Vorprüfung durch die Verfahrensleitung (oder auch später im Verfahren) – und die Änderung der Anklage gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO – nach obligatorischer Ermächtigung durch das Gericht.

### 14.3 Die Erweiterung der Anklage

Im Unterschied zur Änderung der Anklage gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO (s.o.) geht es bei deren Erweiterung gemäss Abs. 2 um einen *anderen Lebenssachverhalt*, das heisst es werden Vorgänge hinzugefügt, die bisher nicht Gegenstand der Anklage waren.

Nach geltendem Recht bestehen zwei Möglichkeiten, den Prozessgegenstand nach Einreichung des Überweisungsbeschlusses noch zu erweitern: Erstens mit einer *Zusatzüberweisung*, wenn nach der Einreichung des Überweisungsbeschlusses, aber noch vor Beginn der Hauptverhandlung, weitere strafbare Handlungen der beschuldigten Person zum Vorschein kommen. Des Weiteren ist nach Beginn der Hauptverhandlung eine *Ausdehnung*

*der Strafverfolgung* durch das Gericht (ohne Änderung des Überweisungsbeschlusses) möglich, wenn subjektive Konnexität besteht, das heisst wenn weitere Straftaten derselben beschuldigten Person zu Tage treten. Vor Kreisgericht und Wirtschaftsstrafgericht braucht es hierfür die Zustimmung der beschuldigten Person, vor Einzelgericht dagegen nicht (Art. 300 Abs. 1 StrV). Eine entsprechende Ausdehnung in oberer Instanz ist nach der ständigen Praxis der Strafkammern des Obergerichts des Kantons Bern indessen ausgeschlossen (vgl. hierzu auch Jürg Aeschlimann, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern 1997, N. 1866 f). Die Ausdehnung auf Mittäter oder Teilnehmer (objektive Konnexität) ist nie möglich (Art. 300 Abs. 2 StrV).

Die Schweizerische Strafprozessordnung kennt eine der bernischen Zusatzüberweisung verwandte «Zusatzanklage» nicht, hingegen ist eine Erweiterung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft bei Fällen subjektiver Konnexität ebenfalls möglich, sofern das Gericht der Staatsanwaltschaft diese Möglichkeit einräumt, was allerdings – anders als bei einer Änderung der Anklage gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO – in seinem Ermessen liegt. Für eine entsprechende Erweiterung ist die Zustimmung der angeklagten Person nicht nötig. Die Voraussetzungen sind, dass das weitere Verfahren nicht über Gebühr erschwert wird, dass weiterhin das gleiche Gericht zuständig bleibt und dass kein Verdacht auf Mittäterschaft oder Teilnahme besteht (Art. 333 Abs. 3 StPO). Eine Erschwerung über Gebühr dürfte beispielsweise dann gegeben sein, wenn zahlreiche weitere Zeugen oder Geschädigte zu eruiieren und zu befragen sind. Eine entsprechende Erweiterung der Anklage in zweiter Instanz ist nach Auffassung des Kommentators Niklaus Schmid mit Zustimmung der beschuldigten Person möglich (vgl. StPO Praxiskommentar, Art. 333, N. 6). Aufgrund der bisherigen Praxis der Strafkammern des Obergerichts des Kantons Bern, welche nach geltendem Recht die Möglichkeit einer Ausdehnung des Verfahrens in oberer Instanz klar verneinen, darf man gespannt sein, ob sich diese Lehrmeinung durchsetzen wird oder ob ein Entscheid des Bundesgerichts Klärung bringen muss. Es geht letztlich um die umstrittene Grundsatzfrage, ob jemand auf das erstinstanzliche Verfahren rechtsgültig verzichten kann oder nicht, beziehungsweise darüber hinaus, ob ein oberinstanzliches Verfahren überhaupt «erweitert» werden kann. Eine Erweiterung auf bisher nicht angeklagte Personen (objektive Konnexität) ist nach der Schweizerischen Strafprozessordnung nicht möglich. In diesem Punkt bleibt die Rechtslage im Vergleich zum heutigen Recht gleich.

#### Fazit:

Wie heute nach Bernischem Strafverfahren wird auch unter der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung nach erfolgter Anklageerhebung eine «Ausdehnung» des Verfahrens auf weitere strafbare Handlungen derselben angeklagten Person möglich sein, dies allerdings nicht wie heute mit einem entsprechenden Beschluss des Gerichts (unter

Berücksichtigung gewisser Formalitäten), sondern über eine Erweiterung der Anklageschrift durch die Staatsanwaltschaft. Letzteres wird allerdings nur dann aktuell werden, wenn das Gericht der Staatsanwaltschaft – sobald die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind – diese Möglichkeit überhaupt einräumt. In erster Instanz kann diese Erweiterung der Anklage auch ohne Zustimmung der beschuldigten Person erfolgen.

### 15. Die andere rechtliche Würdigung

Nach geltendem bernischen Recht ist das Gericht an die rechtliche Bezeichnung der Tat im Überweisungsbeschluss oder – wo kein solcher vorliegt – der Anzeige grundsätzlich nicht gebunden (Art. 308 Abs. 2 StrV). Gelangt es zur Auffassung, dass eine abweichende rechtliche Würdigung des vorgeworfenen Sachverhalts in Frage steht, hat es die Parteien gestützt auf Art. 302 StrV darauf hinzuweisen und ihnen mit Blick auf das rechtliche Gehör Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diese können sich nicht widersetzen. In der Praxis spricht man in diesem Zusammenhang von einem so genannten *Würdigungsvorbehalt*. Über Art. 343 StrV besteht diese Möglichkeit auch in zweiter Instanz.

Auch die Schweizerische Strafprozessordnung kennt in Art. 344 und Art. 350 Abs. 1 StPO (und über Art. 379 StPO auch im Berufungsverfahren) eine entsprechende Regelung.

Im übrigen ist auch die Staatsanwaltschaft sowohl nach geltendem Recht – bezüglich des Überweisungsbeschlusses – als auch mit Blick auf die künftige Schweizerische Strafprozessordnung – bezüglich der Anklageschrift – vor Gericht weder an die in der Anklage gestellten Anträge, noch an die darin vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden (Art. 337 Abs. 2 StPO), dies selbstverständlich unter Vorbehalt allfälliger vorgängig erfolgter prozessualer Modifikationen und nach Wahrung der Parteirechte (rechtliches Gehör).

#### Fazit:

Was die Voraussetzungen und die Möglichkeiten einer anderen rechtlichen Würdigung des überwiesenen Sachverhalts durch das Gericht betrifft, bleibt alles beim Alten. Nach Wahrung der Parteirechte (rechtliches Gehör) bleibt dies weiterhin möglich.

### 16. Die Anträge der Staatsanwaltschaft vor Gericht und die Verpflichtung zur Objektivität

Nach geltendem Recht ist die Staatsanwaltschaft gesetzlich zur Objektivität verpflichtet (Art. 80 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden, GOG). Demzufolge hat sie nach durchgeführtem Beweisverfahren im Rahmen ihres mündlichen Parteivortrags vor Gericht frei diejenigen Anträge zu stellen, von denen sie persönlich überzeugt ist, und sie hat demzufolge auch einen Freispruch zu beantragen, wenn die Belastungen nach dem Grundsatz in dubio pro reo – im Zweifel für die angeklagte Person – als ungenügend erscheinen.

Was die rechtliche Würdigung betrifft, so kann sie den ihrer Ansicht nach erwiesenen Sachverhalt im Rahmen ihrer Anträge auch unter einen anderen Straftatbestand als den im Überweisungsbeschluss aufgeführten subsumieren, selbstverständlich unter der Voraussetzung eines vorgängigen richterlichen Würdigungsvorbehalts.

Daran wird sich auch unter der eidgenössischen Strafprozessordnung nichts ändern. Die Staatsanwaltschaft ist nach wie vor der Objektivität verpflichtet und in der Rechtsanwendung – unter Berücksichtigung der prozessualen Formalitäten – frei (vgl. Art. 6 Abs. 2, Art. 16 Abs. 1 und Art. 337 Abs. 2 StPO).

#### Fazit:

Die Staatsanwaltschaft bleibt auch unter dem neuen Recht zur Objektivität verpflichtet, getreu ihrer angestammten Funktion als so genannte «unparteiische Partei».

### 17. Sonderfälle

#### 17.1 Die Direktüberweisungen (Art. 233 Ziff. 3 StrV) ohne Voruntersuchung und ohne Überweisungsbeschluss – eine übergangsrechtliche Problematik

Nach geltendem Recht hat die Untersuchungsbehörde die Möglichkeit, nach Eröffnung der Strafverfolgung bestimmte Fälle – je nachdem mit oder ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft – direkt und in aller Regel ohne ausformulierten Überweisungsbeschluss an das Strafeinzelgericht zu überweisen (Art. 233 Ziff. 3 StrV). In der Praxis spricht man diesbezüglich von den so genannten «Stempelüberweisungen» (Stempel der Untersuchungsbehörde: «*Es wird die Überweisung an das Strafeinzelgericht beantragt*», und Stempel der Staatsanwaltschaft: «*Stimme bei*»). Diese Überweisungen genügen dem Anklagegrundsatz klarerweise nicht mehr, es wird sie nach neuem Recht nicht mehr geben. In Zukunft wird in solchen Fällen – sofern die erweiterte Strafbefehlskompetenz nicht ausreicht – gemäss Art. 309 StPO zwingend eine Untersuchung zu eröffnen sein und wird eine Anklageerhebung nach den üblichen Regeln erfolgen müssen.

Damit ergeben sich übergangsrechtlich gewisse Probleme: Was ist nun zu tun, wenn am 1. Januar 2011 bei den Strafeinzelgerichten solche Fälle hängig sind, die nach neuem Recht keine rechtsgenügende Anklageschrift aufweisen? Diese Frage wird zurzeit kontrovers diskutiert. Eine Rückweisung von Direktüberweisungen an die Staatsanwaltschaft zur Berichtigung über den Weg von Art. 329 StPO wird jedenfalls von der Strafabteilung des Obergerichts des Kantons Bern und der Generalstaatsanwaltschaft als nicht zulässig erachtet. Dies wird unter Hinweis auf Art. 448 Abs. 2 StPO begründet. Demnach behalten Verfahrenshandlungen, die vor dem Inkrafttreten der StPO angeordnet oder durchgeführt worden sind, ihre Gültigkeit (vgl. hierzu auch Bänziger/Burkhard/Haenni, a.a.O., Art. 448 StPO, N. 1071).

**Fazit:**

Nach der hier (ebenfalls) vertretenen Rechtsauffassung sind so genannte «Direktüberweisungen» oder «Stempelüberweisungen», die am 1. Januar 2011 vor den Gerichten hängig sind, rechtsgültig und von diesen – auch wenn sie den Anforderungen an den Anklagegrundsatz gemäss Art. 325 StPO nicht genügen – entsprechend zu beurteilen.

**17.2 Die Anklageschrift nach der Einsprache gegen einen Strafbefehl**

Wird gegen ein Strafmandat einer Untersuchungsrichterin oder eines Untersuchungsrichters nach geltendem Bernischen Strafverfahren seitens der beschuldigten Person oder der Staatsanwaltschaft Einspruch erhoben, überweist die Untersuchungsbehörde die Akten an das zuständige Einzelgericht (Art. 270 StrV). Die nachträgliche Ausarbeitung eines Überweisungsbeschlusses ist in diesen Fällen nicht vorgesehen.

Nach der Schweizerischen Strafprozessordnung überprüft die Staatsanwaltschaft nach einer Einsprache den von ihr erlassenen Strafbefehl. Entschliesst sie sich, am Strafbefehl festzuhalten, so überweist sie die Akten unverzüglich an das erstinstanzliche Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens. Hierbei gilt der Strafbefehl gemäss StPO als Anklageschrift (Art. 356 Abs. 1 StPO). Auch wenn die Schweizerische Strafprozessordnung bezüglich der Sachverhaltsbeschreibung beim Strafbefehl lediglich festhält, dass dieser «*den Sachverhalt, welcher der beschuldigten Person zur Last gelegt wird*» zu enthalten habe (Art. 353 Abs. 1 lit. c StPO), ist klar, dass sich der Umfang, beziehungsweise die Dichte der Sachverhaltsbeschreibung an Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO orientieren muss, um im Falle einer Einsprache den Anforderungen an den Anklagegrundsatz zu genügen. Demzufolge wird in Zukunft beim Erlass der Strafbefehle von Anfang an eine umfassendere Sachverhaltsbeschreibung erforderlich sein als dies bei den heutigen Strafmandaten der Fall ist. Auch hier wird die Devise gelten müssen: «*Möglichst kurz, aber genau*». Gemäss Art. 355 Abs. 3 lit. d StPO kann die Staatsanwaltschaft nach einer Einsprache zwar eine förmliche Anklage beim erstinstanzlichen Gericht anheben. Diese Möglichkeit ist aber nur für Fälle gedacht, in welchen die Staatsanwaltschaft angesichts einer geänderten Sach- und Rechtslage am ursprünglichen Strafbefehl nicht mehr festhalten kann, so wenn namentlich erschwerende Umstände oder neue Straftaten ans Tageslicht gelangen, die die Strafbefehlskompetenz nachträglich ausschliessen (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 356, N. 12, und Handbuch StPO, N. 1369). Erachtet sie nämlich den Strafbefehl für richtig und angemessen, muss sie diesen zusammen mit den Akten an das Gericht überweisen (vgl. Art. 356 Abs. 1 StPO). Es wäre jedenfalls stossend, wenn die Staatsanwaltschaft nur deshalb von ihrem ursprünglichen Entscheid abweichen würde, weil der erlassene Strafbefehl dem Anklagegrundsatz nicht genügt. Im Interesse einer möglichst hohen Akzeptanz der Strafbefehle sollte die Justiz mit dem Ein-

satz ihrer Ressourcen in diesem Bereich ohnehin nicht zurückhaltend sein und zum vornherein »anklageaugliche« Strafbefehle verfassen.

**Fazit:**

Dass im Falle einer Einsprache der Strafbefehl (heute Strafmandat) vor dem Gericht als formelle Anklageschrift gilt, ist in dieser Form neu. Die Sachverhaltsbeschreibung sollte sich deshalb konsequent an Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO orientieren.

**17.3 Die Anklageschrift im abgekürzten Verfahren**

Die Schweizerische Strafprozessordnung sieht in Art. 358 ff. die Möglichkeit eines abgekürzten Verfahrens vor für Fälle, in welchen die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren zu fordern gedenkt. Es handelt sich hierbei um Absprachen zwischen den Parteien im Sinn einer vereinfachten und beschleunigten Verfahrenserledigung. Im Rahmen einer Hauptverhandlung befindet das Gericht ohne Beweisverfahren über diese Vereinbarung, welche sich formell in der von den Parteien im Rahmen der Verhandlungen akzeptierten Anklageschrift der Staatsanwaltschaft widerspiegelt (Art. 360 und Art. 361 StPO). Diese Anklageschrift weist einen gegenüber dem ordentlichen Verfahren wesentlich erweiterten Inhalt auf, bedingt dadurch, dass sie als Urteilsgrundlage zu fungieren hat, das heisst, die Anklageschrift wird – wenn sie vom Gericht akzeptiert wird – zum Urteil erhoben (Botschaft, BBl 2006, S. 1297; Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar StPO, Art. 362, N. 6). So sind neben sämtlichen Angaben gemäss Art. 325 und Art. 326 StPO auch das Strafmass, allfällige Massnahmen und Weisungen wie bei einem Urteilsdispositiv des Gerichts – folglich nicht als Anträge – entsprechend schriftlich auszuformulieren (Art. 360 StPO).

Die Praxis wird zeigen, ob sich das abgekürzte Verfahren trotz seiner Schwerfälligkeit durchsetzen wird. Für den Kanton Bern ist dieses Instrument jedenfalls völlig neu.

**Fazit:**

Die Schweizerische Strafprozessordnung hat der Berner Staatsanwaltschaft mit dem abgekürzten Verfahren einen lange gehegten Wunschtraum erfüllt. Nein, nicht wegen der möglicherweise rascheren Verfahrenserledigung, sondern weil ihre Anklageschrift, als Urteilsdispositiv ausformuliert, nach «Genehmigung» durch das Gericht, auf direktem Weg eins zu eins zum *Urteil* erhoben wird. Die Staatsanwaltschaft – Anklagegrundsatz hin oder her – letztlich als RichterIn? Was gibt es Schöneres?!

## Publikationen aus unseren Reihen

Aus Anlass seines hundertjährigen Bestehens führte das Verwaltungsgericht am 6. November 2009 ein Symposium durch. In einem Sammelband, herausgegeben von RUTH HERZOG UND RETO FELLER, finden sich die am Symposium gehaltenen Referate und weitere Beiträge, die Stellung und Wirken des Verwaltungsgerichts im Wandel der Zeit dokumentieren und aktuelle Fragen rund um die Verwaltungs- und Sozialversicherungsgerichtsbarkeit behandeln.<sup>18</sup> Folgende Beiträge stammen von Angehörigen des Verwaltungsgerichts:

- CHRISTOPH BÜRKI, Kammerschreiber  
«... aus prozessökonomischen Gründen ... » – Leerformel oder Leitlinie?
- MICHEL DAUM, Kammerschreiber  
Die bernische Verwaltungsrechtspflege im Jahr 2009 – ein Rück- und Ausblick
- NATHALIE MEWES-KUNZ, Kammerschreiberin  
Das bernische Schiedsgericht in Sozialversicherungsstreitigkeiten
- THOMAS MÜLLER-GRAF, Verwaltungsrichter / ANDREA SCHNYDER, Kammerschreiberin  
«Das Verwaltungsgericht hat den Akten entnommen und erkannt.» Ein Streiflicht auf 100 Jahre Rechtsprechung
- BERNARD ROLLI, Verwaltungsrichter  
Le Tribunal administratif et la minorité francophone du canton de Berne

Der Vorsorgeausgleich ist bei MYRIAM GRÜTTER ein Dauerbrenner. Nachdem bereits im letzten Heft über eine ihrer Publikationen zum Thema berichtet wurde, hat sie im Anschluss an die 5. Familienrechtstage vom Januar 2010 einen Artikel verfasst mit dem Titel «Beispiele zum Vorsorgeausgleich gemäss Vorentwurf Dezember 2009».<sup>19</sup>

## Publications émanant de membres de la justice bernoise

RAPHAËL ARN, Président de tribunal e.o. à Moutier ainsi que chargé de cours pour la procédure pénale à l'Université de Berne, est coauteur des articles 1 et 2 du commentaire romand du CPP.<sup>20</sup>

Derselbe und NICOLE SAURER, a.o. Gerichtspräsidentin in Biel, sind Mitherausgeber und Autoren eines im nächsten Frühjahr erscheinenden Werks, das die Zusammensetzung, die Zuständigkeit sowie die Organisation der kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden beschreibt und auf die jeweiligen verfahrensrechtlichen Besonderheiten hinweist.<sup>21</sup>

RAPHAËL ARN pour sa part continue à publier chaque semaine sur internet en libre accès ses cours à l'Université de Berne, qui constituent un commentaire du CPP et des lois d'application bernoises: [www.abenas.ch](http://www.abenas.ch) sous «Cours», «Procédure pénale», «Support de cours».

MARKUS SCHMUTZ

*Ihre Hinweise auf Lücken und Neuigkeiten richten Sie bitte an unsere Redaktion oder unser Sekretariat!*

*Veillez s'il vous plaît adresser à notre rédaction ou notre secrétariat vos remarques relatives à d'éventuels oublis ou nouveautés.*

<sup>18</sup> Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart, La justice administrative bernoise, histoire et actualité, RUTH HERZOG/RETO FELLER (Hrsg.), Verlag Geiger AG Bern, 2010

<sup>19</sup> Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Schwenger/Büchler (Hrsg.), Bern 2010, S. 203 ff.

<sup>20</sup> Commentaire romand CPP, ANDRÉ KUHN/YVAN JEANNERET (éd.), Helbling Lichtenhahn, 2010

<sup>21</sup> Organisation der kantonalen und eidgenössischen Strafbehörden, Organisation des autorités pénales cantonales et fédérales, Organizzazione delle autorità penali cantonali e federali, RAPHAËL ARN/NICOLE SAURER/ANDRÉ KUHN (Hrsg., ed.), 2011