

Inhaltsübersicht • Table des matières

- 3** Die Ecke des Redaktors
Le coin du rédacteur
- 5** Kursprogramm 2012
Programme des cours 2012
- 10** Neues aus dem Bundeshaus
- 13** Jürg Zinglé
Das Zwangsmassnahmengericht – Spielverderber der Staatsanwaltschaft
oder Peiniger der beschuldigten Person?
- 28** Felix Bommer
Ausschluss des Mitbeschuldigten von der Einvernahme der beschuldigten Person?
- 33** Brigitte Rickli
Der Rechtsschutz in klaren Fällen – Ein Novum für die Berner Justiz
- 40** Daniel Bähler
Die familienrechtlichen Verfahren in der Schweizerischen Zivilprozessordnung – Überblick
und erste Entwicklungen
- 49** Publikationen aus unseren Reihen
Publications émanant de membres de la justice bernoise

Die Ecke des Redaktors

Le coin du rédacteur

Liebe Kolleginnen und Kollegen
Liebe Leserinnen und Leser

Der Albtraum einer jeden Ankündigung ist, dass der anzukündigende Anlass schon stattgefunden hat. Genau so geht es mir heute, wenn ich Sie auf die Ausstellung «Mord und Totschlag. Eine Ausstellung über das Leben» im historischen Museum Bern aufmerksam machen will. Sie dauert nur noch bis zum 1. Juli 2012. Bis dahin wird dieses Heft aber kaum schon erschienen sein, Sie werden die Ausstellung also vielleicht verpasst haben, und damit auch gleich unsere Kollegen Maurice Paronitti (Gerichtspräsident in Biel) und César Lopez (Staatsanwalt in Bern) – beides Protagonisten in dem Teil der Ausstellung, welcher den Schritt vom Leben in den Tod im Zusammenhang mit dem Strafrecht zeigt.

Sie werden die Ausstellung also verpasst haben und ich bin wahrscheinlich schuld daran. War ich doch selber da, habe die Ausstellung gesehen und es hat mir gefallen. War es denn vor oder nach dem Redaktionsschluss für die BE N'ius Ausgabe Winter 2011, dass ich von der Ausstellung erfahren habe? Müssig, Solches ermitteln zu wollen, da sich damit auch nicht rückgängig machen liesse, dass Sie die Ausstellung verpasst haben. Besser ist es, nach ein bisschen Ersatz zu suchen und da findet sich ein Redaktor in ihm vertrauten Gefilden, versuche ich Ihnen doch zweimal jährlich Lesenswertes schmackhaft zu machen. Also: mit «Straftat, Schaulust, Spurensuche, Das Buch zu Mord und Totschlag» ist eine Begleitpublikation zur erwähnten Ausstellung im Verlag Neue Zürcher Zeitung erschienen. Und hier noch gleich das Zitat aus der Website des historischen Museums dazu:

«Der Band beleuchtet das Phänomen Gewaltverbrechen aus kulturhistorischer, naturwissenschaftlicher und journalistischer Sicht. Er gibt Denkanstösse, liefert Fakten und stellt Fragen zur Schau- und medialen Mordlust, zur Todesstrafe und Sterbehilfe sowie zur forensischen Spurensuche. Die Autorinnen und Autoren berichten aus Sicht der Justiz, der Natur- und Medienwissenschaft, der Literatur und der Philosophie. Verschiedene Textsorten wie Essays, Interviews, Porträts oder Reportagen machen die Publikation nicht nur thematisch, sondern auch formal abwechslungsreich. Vervollständigt wird das Werk durch visuell bestechende Bilder mit Objekten aus der Ausstellung (Straftat, Schaulust, Spurensuche, Das Buch zu Mord und Totschlag, herausgegeben von Elio Pellin im Auftrag des Bernischen Historischen Museums, 208 Seiten, mit farbigen Abbildungen, CHF 39.–, ISBN 978-3-03823-719-8)».

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

Le fait qu'une manifestation soit terminée avant même d'avoir eu le temps de l'annoncer représente un cauchemar pour toute personne chargée de publier une telle annonce. C'est exactement ce que je ressens aujourd'hui en vous présentant l'exposition «Crimes de sang. Une exposition sur la vie» au Musée d'Histoire de Berne. Elle ne dure en effet plus que jusqu'au 1^{er} juillet 2012. Le présent fascicule risque bien de n'être pas encore sorti de presse à cette date, et vous risquez donc peut-être de ne plus avoir l'occasion de la visiter et d'apprécier les contributions de nos collègues Maurice Paronitti (président de tribunal à Bienne) et César Lopez (procureur à Berne) dans la partie de l'exposition consacrée au passage de la vie à la mort en corrélation avec le droit pénal.

Vous aurez donc vraisemblablement raté cette exposition et c'est sans doute de ma faute. Je l'ai moi-même visitée et elle m'a beaucoup plu. Je ne me rappelle plus exactement si j'en ai entendu parler avant ou après l'échéance du délai rédactionnel du fascicule BE N'ius d'hiver 2011. Il est maintenant vain d'essayer de le savoir, car on ne peut plus revenir en arrière sur le fait de l'avoir manquée. Je préfère donc tenter de trouver un succédané; ce faisant, un rédacteur se meut dans un domaine bien connu, dans la mesure où j'essaie deux fois par année de vous faire apprécier des publications intéressantes. A cet égard, la publication «Straftat, Schaulust, Spurensuche, Das Buch zu Mord und Totschlag» accompagnant l'exposition mentionnée est parue (uniquement en allemand) aux éditions Neue Zürcher Zeitung. Voici la citation traduite du site internet du Musée d'Histoire de Berne qui la présente:

«Cet ouvrage met en lumière le phénomène des crimes de sang d'un point de vue historique et culturel, selon des aspects propres aux sciences naturelles et au journalisme. Il donne des sujets de réflexion, présente des faits et pose des questions quant à la fascination médiatique et populaire que suscitent le crime, la peine de mort et l'euthanasie ainsi que les enquêtes judiciaires. Les auteurs rapportent les points de vue de la justice, des sciences naturelles, des médias, de la littérature et de la philosophie. Divers textes tels que des essais, des interviews, des portraits et des reportages rendent la publication variée non seulement dans ses aspects thématiques, mais aussi en ce qui concerne sa forme. L'ouvrage est complété par des images d'une excellente qualité des objets de l'exposition (Straftat, Schaulust, Spurensuche, Das Buch

zu

Ich hoffe, damit ein wenig Ersatz für die unter Ihnen geboten zu haben, welche die Ausstellung tatsächlich verpasst haben. Und jetzt zu dem, was Sie auf keinen Fall verpassen, wenn Sie nun weiterlesen: Jürg Zinglé, Präsident des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Bern, und Professor Felix Bommer, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und internationales Strafrecht an der Universität Luzern, widmen sich in zwei gehaltenen Beiträgen noch einmal den ersten Erfahrungen mit der neuen Strafprozessordnung. Das tun ihnen Brigitte Rickli, Gerichtspräsidentin in Bern, und Daniel Bähler, Oberrichter des Kantons Bern, in der Sparte Zivilprozessrecht gleich, auch sie je in einem ausgewählten Teilgebiet. Und schliesslich kommt Ladina Manser zu Wort, die über drei Monate Praktikum bei der Staatsanwaltschaft und einen sechswöchigen Einsatz als ao Staatsanwaltsassistentin zu berichten weiss, so richtig aus dem Leben also. Fünfmal lehrreich und spannend – so wie man es von guter Lektüre erwartet, wenn es schon keine Ausstellung dazu gibt.

THOMAS PERLER

Mord und Totschlag, édité par Elio Pellin sur mandat du Musée d'Histoire de Berne, 208 pages illustrées, CHF 39.–, ISBN 978-3-03823-719-8)».

J'espère avoir ainsi pu remplacer dans une moindre mesure la visite de l'exposition pour ceux et celles d'entre vous qui l'auront manquée. Il me reste encore à vous parler de deux sujets que vous ne manquerez pas si vous lisez ces lignes: Jürg Zinglé, président du Tribunal des mesures de contraintes du canton de Berne, et Felix Bommer, professeur ordinaire de droit pénal, de procédure pénale et de droit pénal international à l'université de Lucerne, ont consacré deux contributions intéressantes aux premières expériences résultant de la nouvelle procédure pénale. Brigitte Rickli, présidente de tribunal à Berne, et Daniel Bähler, juge d'appel à la Cour suprême du canton de Berne, ont quant à eux fait de même pour ce qui concerne deux aspects choisis de la procédure civile. Et enfin, Ladina Manser raconte son expérience de stagiaire auprès du Ministère public pendant trois mois et son activité pour une durée de six semaines en tant qu'assistante extraordinaire au Ministère public; c'est donc du vécu!

Cinq publications instructives et passionnantes – tout ce qu'on peut espérer pour un bon moment de lecture, même sans exposition!

THOMAS PERLER

Übersetzung:
Berberat Philippe,
Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht Bern



Kursprogramm 2012

Kurs 4

Prozessleitung im Zivilrecht

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

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

Kursleitung:

Myriam Grütter, Gerichtspräsidentin
Dr.iur. Marlis Koller-Tumler, Vorsitzende Schlichtungsbehörde

Referierende:

Dr.phil. Revital Ludewig, Fachpsychologin für Rechtspsychologie, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP) der Universität St. Gallen.
Dr.iur. Mark Schweizer, LL.M., Rechtsanwalt, Ersatzrichter Bezirksgericht Horgen, nebenamtlicher Richter Bundespatentgericht
Adrian Studiger, Oberrichter

Dauer:

1 Tag

Termin:

Donnerstag, 23. August 2012

Kursort:

Bern, UniS, Schanzeneckstrasse 1

Programme des cours 2012

Cours 4

Conduite de procès en droit civil

Ouvert aux membres de la justice bernoise

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

Direction du cours:

Myriam Grütter, Présidente de Tribunal
Dr.iur. Marlis Koller-Tumler, Présidente de l'autorité de conciliation

Conférenciers:

Dr.phil. Revital Ludewig, psychologue spécialiste en psychologie légale, collaboratrice scientifique à l'institut de droit et de pratique juridique de l'université de Saint-Gall
Dr.iur. Mark Schweizer, LL.M., avocat, juge suppléant au Tribunal du district de Horgen et au Tribunal fédéral des brevets
Adrian Studiger, juge d'appel

Durée:

Une journée

Date:

Jeudi, le 23 août 2012

Lieu:

Berne, UniS, Schanzeneckstrasse 1

Cours 5

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

Ouvert aux membres de la justice bernoise

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

Direction du cours:

Raphaël Arn, Président e.o.

Conférencier:

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

Durée:

Une journée

Date:

Mercredi, 29 août 2012

Lieu:

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

Remarque:

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

Kurs 5

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

Offen für Mitglieder der bernischen Justiz

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

Kursleitung:

Raphaël Arn, a.o. Gerichtspräsident

Referierende:

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

Dauer:

1 Tag

Termin:

Mittwoch, 29. August 2012

Kursort:

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

Hinweis:

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

Kurs 6

Strassenverkehrsstrafrecht

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

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

Kursleitung:

Markus Schmutz, stv. Generalstaatsanwalt

Referierende:

Roland Akeret, Dienstchef technische Verkehrsüberwachung, Kantonspolizei Bern:
«VKS 3.1 und andere Systeme zur Abstands- und Geschwindigkeitsmessung»

Dr. iur. Jürg Boll, Staatsanwalt, Abteilungsleiter Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat: «Geschwindigkeitsüberschreitungen innerorts und Tachodefekte»

Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich:
«Neuste Rechtsprechung zum Strassenverkehrsstrafrecht»

Prof. Dr. iur. Bernhard Rütsche, Universität Luzern:
«Theorie und Praxis des administrativen Führerausweisentzugs und dessen Verhältnis zur Strafe»

Dauer:

½ Tag

Termin:

12. September 2012, 13.45 bis ca. 17.00 Uhr

Kursort:

Bern, Amthaus, Assisensaal

Kosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

Cours 6

Droit pénal en matière de circulation routière

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

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

Direction du cours:

Markus Schmutz, Procureur général adjoint

Conférenciers:

Roland Akeret, chef du service de surveillance technique du trafic, Police cantonale de Berne:
«VKS 3.1 et d'autres systèmes de mesures de distances et de la vitesse» (en allemand).

Jürg Boll, Dr en droit, procureur, chef du service des procureurs Zurich-Limmat:
«Dépassement des limitations de vitesse à l'intérieur des localités et défauts des tachygraphes» (en allemand).

Wolfgang Wohlers, professeur, Dr en droit, université de Zurich:
«La nouvelle jurisprudence en matière de droit pénal de la circulation routière».

Bernhard Rütsche, professeur, Dr en droit, université de Lucerne:
«Théorie et pratique du retrait de permis de conduire administratif et ses relations avec le droit pénal» (en allemand).

Durée:

½ journée

Date:

12 septembre 2012, 13.45 – env. 17.00 h

Lieu:

Amthaus à Berne, salle des assises

Coût:

CHF 100.– pour les membres de l'ABB

Kurs 7

Die Erfahrung mit der StPO im Steigflug – noch bewölkt oder klart der Himmel langsam auf?

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

Schon kurz nach dem Start mit der neuen Strafprozessordnung haben sich in den unterschiedlichsten Höhen Verständnis- und Auslegungsfragen ergeben. Im vergangenen November kamen nach einem Jahr Flugzeit Stimmen des Staffs aus dem Kanton Bern dazu zu Wort. Jetzt, ein Jahr später, verlangt das Bodenpersonal nach Antworten aus höheren Gefilden und wir versuchen sie eben dort erhältlich zu machen.

Kursleitung:

Thomas Perler, Staatsanwalt

Referierende:

Renate Schnell, Oberrichterin, Beschwerdekammer OGER Kt. Bern
Roy Garré, Richter am Bundesstrafgericht in Bellinzona
Niccolo Raselli, Richter am Bundesgericht in Lausanne

Dauer:

½ Tag

Termin:

22. November 2012, 09.00 bis ca. 12.00 Uhr

Kursort:

Bern, Amthaus, Assisensaal

Kosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

Hinweis:

die TeilnehmerInnenzahl ist nicht beschränkt

Cours 7

Les expériences faites avec le CPP s'accumulent – y a-t-il encore des nuages à l'horizon ou le ciel s'éclaircit-il?

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

Peu après l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure pénale, des questions de compréhension et d'interprétation à différents niveaux se sont posées. En novembre dernier, après une année de pratique, l'équipe en charge de ce dossier dans le canton de Berne s'était exprimée à cet égard. Maintenant, une année plus tard, les praticiens demandent des réponses à leurs questions de la part des hautes sphères; nous essaierons ici de les leurs fournir.

Direction du cours:

Thomas Perler, Procureur

Conférenciers:

Renate Schnell, juge d'appel, Chambre de recours pénale, Cour suprême du canton de Berne
Roy Garré, juge au Tribunal pénal fédéral, Bellinzona
Niccolo Raselli, juge au Tribunal fédéral, Lausanne

Durée:

½ journée

Date:

22 novembre 2012, 09.00 – env. 12.00 h

Lieu:

Amthaus à Berne, salle des assises

Coût:

CHF 100.– pour les membres de l'ABB

Remarque:

Le nombre des participants n'est pas limité

Kurs 8

Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und deren Umsetzung im Kanton Bern

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

Am 1. Januar 2013 tritt das revidierte Vormundschaftsrecht in Kraft. Wie sieht die Umsetzung im Kanton Bern aus? Welche Neuerungen ergeben sich für die Gerichtsinstanzen? Wo sind Entlastungen und Mehrbelastungen zu erwarten? Welches sind die Erwartungen an die regionalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB)? Wie wird das kantonale Kindes- und Erwachsenengericht (KESG) arbeiten? Es erwartet Sie ein Strauss an Antworten.

Kursleitung:

Danièle Wüthrich-Meyer, Oberrichterin

Referierende:

Peter Zihlmann, Oberrichter, Mitglied der Rekurskommission FFE
 Adrian Studiger, Oberrichter, Mitglied der Rekurskommission FFE
 Prof. Daniel Rosch, Projektleitung und Dozent am Institut Sozialarbeit und Recht, Hochschule Luzern
 Kurt Affolter, Fürsprecher, Dozent an mehreren Hochschulen und an der Universität Freiburg

Dauer:

½ Tag

Termin:

4. Dezember 2012, 13.00 bis ca. 17.30 Uhr

Kursort:

Bern, Amthaus

Kosten:

CHF 100.– für Mitglieder des BAV

Cours 8

Le nouveau droit de protection des mineurs et des adultes

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

Le nouveau droit de la tutelle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Quel est la mise en œuvre dans le canton de Berne ? Quelles sont les innovations pour les tribunaux ? Où pourra-t-on repérer des décharges et des charges supplémentaires ? Quelles sont les attentes auxquelles devront satisfaire les autorités de protection des mineurs et des adultes (APMA)? Comment le tribunal de protection des mineurs et des adultes (TPMA) accomplira-t-il ses tâches ? Vous allez être confrontés à un bouquet de réponses.

Direction du cours:

Danièle Wüthrich-Meyer, juge d'appel

Conférenciers:

Peter Zihlmann, juge d'appel, membre de la commission de recours PLAFa
 Adrian Studiger, juge d'appel, membre de la commission de recours PLAFa
 Prof. Daniel Rosch, responsable de projet et professeur aide sociale et droit, haute école Lucerne
 Kurt Affolter, lic.iur., avocat, professeur à plusieurs hautes écoles ainsi qu'à l'université de Fribourg

Durée:

½ journée

Date:

4 décembre 2012, 13.00 – env. 17.30 h

Lieu:

Amthaus à Berne

Coût:

CHF 100.– pour les membres de l'ABB

Namens- und Bürgerrecht

Voraussichtlich auf den 1. Januar 2013 in Kraft treten wird die Revision des Namens- und Bürgerrechts vom 30. September 2011. Schwerpunkt der Revision bildet die namensrechtliche Gleichstellung von Mann und Frau. Bisher war gemäss Art. 160 ZGB der Name des Ehemannes zugleich auch der Familienname. Neu behält grundsätzlich jeder Ehegatte seinen eigenen Nachnamen. Die Ehegatten können jedoch gestützt auf Art. 160 Abs. 2 ZGB gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, dass sie den Ledignamen der Braut oder des Bräutigams als *gemeinsamen Familiennamen* tragen wollen. Dieser gemeinsame Familienname ist auch der Name der gemeinsamen Kinder (Art. 270 Abs. 3 ZGB). In übergangsrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die Ehegattin (oder seltener der Ehegatte), die vor dem Inkrafttreten der Gesetzesnovelle ihren Namen geändert hat, jederzeit gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären kann, dass sie wieder ihren Ledignamen tragen will (Art. 8a Schlusstitel). Damit wird die namensrechtliche Ungleichbehandlung nicht nur zukunfts-, sondern auch vergangenheitsbezogen aufgehoben.

Mit der Entkoppelung der Namen der Brautleute geht auch eine Entflechtung des Bürgerrechts einher. Neu behält jeder Ehegatte gemäss Art. 161 ZGB sein Kantons- und Gemeindebürgerrecht (bisher erwarb die Ehefrau mit dem Namen auch zusätzlich das Kantons- und Gemeindebürgerrecht des Ehemannes).

Behält jeder Ehegatte seinen Nachnamen, so haben sie zu bestimmen, welchen ihrer *Ledignamen* die gemeinsamen Kinder tragen sollen. (Nur in begründeten Fällen kann der Zivilstandsbeamte sie von dieser Pflicht/Wahlerklärung befreien.) Die Eltern können jedoch gestützt auf Art. 270 Abs. 2 ZGB binnen Jahresfrist ab der Geburt des Kindes auf ihre Wahl zurückkommen und verlangen, dass das Kind den Ledignamen des anderen Elternteils tragen soll.

Bei nichtverheirateten Eltern erhält das Kind grundsätzlich weiterhin den Ledignamen der Mutter als Nachnamen (Art. 270a Abs. 1 ZGB). Spricht die Vormundschaftsbehörde jedoch beiden Eltern die gemeinsame elterliche Sorge zu oder dem Kindsvater die alleinige elterliche Sorge, so können diese im ersten Fall gemeinsam, im zweiten Fall der Vater binnen Jahresfrist seit der Regelung der elterlichen Sorge gegenüber dem Zivilstandsbeamten erklären, dass das Kind den Ledignamen des Vaters tragen soll (Art. 270a Abs. 2 und 3 ZGB).

Zur Namensänderung gemäss Art. 270 Abs. 2 und Art. 270a Abs. 2 und 3 ZGB ist die Zustimmung des Kindes erforderlich, sofern es das zwölfte Altersjahr vollendet hat (Art. 270b ZGB).

Mit dem Namen ist auch das Bürgerrecht des Kindes verknüpft: wechselt sein Name, so wechselt auch sein Bürgerrecht (Art. 271 ZGB).

Ein weiteres erklärtes Ziel der Gesetzesrevision war die Erleichterung von Namensänderungen im Sinne von Art. 30 ZGB. Neu sieht Art. 30 ZGB vor, dass achtenswerte Gründe für eine Namensänderung genügen (bislang waren wichtige Gründe erforderlich). Im Ergebnis wird damit die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche die Anforderungen an die wichtigen Gründe zunehmend herabgesetzt hat, auf gesetzlicher Ebene verankert.

Bisher hatte derjenige Ehegatte, der anlässlich der Eheschliessung seinen Namen geändert hatte, gestützt auf Art. 119 ZGB resp. Art. 13 ZStV binnen Jahresfrist seit der rechtskräftigen Scheidung oder Trennung der Ehe gegenüber dem Zivilstandsbeamten zu erklären, den angestammten oder vor der Heirat getragenen Familiennamen wieder führen zu wollen. Neu kann diese Erklärung jederzeit und unbefristet abgegeben werden. Gemäss Art. 30a ZGB gilt dies nunmehr auch für den Fall, dass die Ehe durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird.

Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Auf den 1. Januar 2013 wird das komplett revidierte Vormundschaftsrecht (BG vom 19. Dezember 2008, neu Erwachsenenschutz genannt) in Kraft treten. Der vorliegende Beitrag muss sich bereits aus Platzgründen auf ein paar wenige, ausgewählte Aspekte beschränken; für eine umfassende Darstellung der neuen Materie sei auf den Kommentar von Hermann Schmid verwiesen.¹

Die Revision verfolgt vier Ziele: 1. die Flexibilisierung der einzelnen Massnahmen, um auf den Einzelfall optimal zugeschnittene Lösungen zu ermöglichen, 2. die Entlastung des Staates durch Verstärkung des Subsidiaritätsprinzips, indem dem Schutzbedürftigen die eigene Vorsorge mittels sog. Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. ZGB) und Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB) erleichtert und die Vertretung durch Angehörige (Art. 374 ff., Art. 401 ff. und Art. 420 ZGB) in den Vordergrund gerückt wird, 3. die Professionalisierung des Erwachsenenschutzes sowie 4. das Ausfüllen von Regelungslücken, namentlich im Bereich der Zwangsmedikation. Bezüglich der einzelnen vormundschaftlichen Massnahmen unterscheidet das neue Recht nicht mehr zwischen Vormundschaft, Beiratschaft und Beistandschaft, sondern kennt nur noch verschiedene Arten der Beistandschaft, nämlich die *Begleitbeistandschaft* (Art. 393 ZGB), die *Vertretungsbeistandschaft* (Art. 394 ZGB), die *Mitwirkungsbeistandschaft* (Art. 396 ZGB) sowie

¹ HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutzrecht. Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010

die *umfassende Beistandschaft* (Art. 398 ZGB). Mit Ausnahme der umfassenden Beistandschaft, die der heutigen Entmündigung entspricht, können die übrigen Beistandschaften untereinander kombiniert werden (Art. 397 ZGB). Zudem hat auch die fürsorgerische Freiheitsentziehung eine Umbenennung erfahren und heisst nunmehr (wertneutraler) fürsorgerische Unterbringung. Nebst dem materiellen Erwachsenenschutzrecht haben auch Organisation (Art. 440 ff. ZGB) und Verfahren (Art. 443 ff. ZGB) eine neue Regelung erfahren.

Im Hinblick auf die Inkraftsetzung des Erwachsenenschutzrechts hat der Kanton Bern am 1. Februar 2012 das Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG) verabschiedet. Dieses regelt – in den Schranken der bundesrechtlichen Vorgaben (Art. 440 ff. ZGB) – umfassend die Organisation und das Verfahren im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts und sieht in Art. 3 kantonsweit die Schaffung von 11 Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) vor. Es handelt sich hierbei um interdisziplinär zusammengesetzte Fachbehörden mit mindestens 3 hauptberuflichen Mitgliedern (Präsidentin und zwei Vizepräsidentinnen/-präsidenten) und je einem Behördensekretariat (Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 9 KESG). Zusätzlich wird für das ganze Kantonsgebiet eine burgerliche Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde geschaffen, die für die Angehörigen der Burgergemeinden, Gesellschaften und Zünfte zuständig ist (Art. 4 KESG).

Gemäss Art. 55–57 KESG fallen zahlreiche Entscheidungen in die Kompetenz der Präsidentin der KESB, im Übrigen entscheidet die KESB als Kollegialbehörde. Bei Gefahr im Verzug besteht weiterhin eine Kompetenz der in der Schweiz zur Berufsausübung zugelassenen Ärzte, eine fürsorgerische Unterbringung für maximal 6 Wochen anzuordnen (Art. 429 ZGB und Art. 27 KESG). Über die Entlassung entscheidet die Einrichtung, in der die schutzbedürftige Person untergebracht wurde (Art. 429 Abs. 3 ZGB).

Die Kosten im Verfahren vor der KESB werden grundsätzlich der betroffenen Person auferlegt, es sei denn die Umstände rechtfertigten eine andere Kostenverlegung oder das Absehen von der Erhebung von Verfahrenskosten (Art. 63 KESG). Unter Vorbehalt der Ausnahmen gemäss Art. 64 Abs. 2 KESG besteht kein Anspruch auf Parteikostenersatz oder Parteientschädigung.

Entscheide und Verfügungen der KESB sowie Unterbringungsentscheide der Ärzte resp. Entlassungsentscheide der Einrichtung können mittels Beschwerde an das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht der Zivilabteilung des Obergerichts weitergezogen werden (Art. 65 KESG). Im Verfahren vor dem Obergericht richtet sich die Kostenverlegung grundsätzlich nach dem VRPG. Vorbehalten bleiben die speziellen Kostenregelungen gemäss Art. 70 Abs 2 und 3 KESG.

Strafrecht

Im letzten BE N'ius berichteten wir von der anhaltenden Kritik der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte am neuen Sanktionensystem. Am 4. April 2012 hat der Bundesrat nun die Botschaft zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches verabschiedet. Er will die bedingten und teilbedingten Geldstrafen abschaffen und die Geldstrafe auf 180 (statt wie bisher auf 360) Tagessätze begrenzen. Ferner soll die kurze Freiheitsstrafe wieder eingeführt werden, um die abschreckende Wirkung auf Straftäter zu erhöhen und die Freiheitsstrafe wieder stärker zu gewichten. Kurze Freiheitsstrafen sollen ab drei Tagen bedingt oder unbedingt ausgesprochen werden können. Als Folge der daraus resultierenden Verlagerung von der Geld- zur kurzen Freiheitsstrafe ist geplant, die gemeinnützige Arbeit sowie auch das electronic monitoring als Vollzugsform gesetzlich zu verankern. Wieder eingeführt werden soll sodann die fakultative Landesverweisung. Der Fall Lucie ist der Grund dafür, dass gemäss Gesetzesentwurf vor der bedingten Entlassung eines Täters aus dem stationären Massnahmenvollzug zwingend ein Gutachten eingeholt und eine Fachkommission angehört werden muss. Im Jugendstrafrecht ist ebenfalls eine Änderung vorgesehen: Die Altersgrenze für die Beendigung von Massnahmen soll von 22 auf 25 Jahre erhöht werden. Damit soll den Jugendlichen ermöglicht werden, während einer Massnahme eine Berufslehre abschliessen zu können.

Weiter gediehen sind die Arbeiten zur Umsetzung der Unverjährbarkeitsinitiative (Initiative für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern). Die Rechtskommission des Nationalrats stimmte der Vorlage des Bundesrats zu, erweiterte aber – nach ausführlichen Diskussionen – den Katalog der unverjährbaren Straftaten, indem neu sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen oder Beschuldigten (Art. 192 Abs. 1 StGB) und die Ausnützung einer Notlage (Art. 193 Abs. 1 StGB) aufgenommen wurden. Hingegen wurde der Antrag abgelehnt, den Menschenhandel (Art. 182 StGB) in die Liste aufzunehmen.

Ebenfalls um den Schutz von Minderjährigen (sowie von sehr kranken und alten Personen) geht es bei der Einführung eines neuen strafrechtlichen Tätigkeits-, Kontakt- und Rayonverbots von einschlägig vorbestraften Tätern sowie bei der Vorschrift, dass für bestimmte berufliche und ausserberufliche Tätigkeiten obligatorisch ein Strafregisterauszug eingeholt werden muss (vgl. BE N'ius Heft 8 – Juli 2011). Der Bundesrat hat am 18. April 2012 von den Vernehmlassungsergebnissen Kenntnis genommen und das EJPD beauftragt, bis im Herbst 2012 eine Botschaft als indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» auszuarbeiten.

Das von der vereinigten Bundesversammlung in der Wintersession 2011 verabschiedete Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz (Zeugenschutzgesetz) sieht die Einrichtung einer zentralen Zeugenschutzstelle beim Bund vor, die ihren Betrieb am 1. Januar 2013 aufnehmen soll. Die Zeugenschutzstelle wird zuständig sein für die einheitliche Durchführung von Zeugenschutzprogrammen im Rahmen von Strafverfahren des Bundes und der Kantone. Der Verordnungsentwurf regelt Einzelheiten zur Beantragung eines Zeugenschutzprogramms, die Modalitäten zu dessen Beendigung, die Einzelheiten des Informationssystems der Zeugenschutzstelle, die Ausbildung der dort tätigen Mitarbeitenden und die Zusammenarbeit mit dem Ausland. Da der Verordnungsentwurf zudem Bestimmungen über die finanzielle Beteiligung der Kantone am Betrieb der Zeugenschutzstelle sowie zur Tragung der laufenden Kosten für die Zeugenschutzmassnahmen durch die antragstellenden kantonalen Behörden enthält, wurden die Kantone eingeladen, sich bis Ende April 2012 vernehmen zu lassen.

Die Kantone wurden auch in Bezug auf die Neuregelung des internationalen Informationsaustausches zur Verbessering der Geldwäschereibekämpfung zur Vernehmlassung aufgefordert. Der Vorentwurf zur Änderung des GwG sieht in seiner Essenz vor, dass die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) mit ihren ausländischen Partnerbehörden auch solche Finanzinformationen austauschen kann, die bislang unter den Schutz des Bankkundengeheimnisses fallen. Diese Neuerung soll es der MROS ermöglichen, vollumfänglich am Amtshilfeverkehr mit ihren ausländischen Partnern teilzunehmen. Der Bundesrat verspricht sich davon eine Verbesserung in der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung sowie eine Stärkung der Integrität des schweizerischen Finanzplatzes. Die Justizleitung begrüsst die vorgesehene Anpassung des GwG (neu Art. 11a GwG) und sieht sie als Voraussetzung für eine funktionierende gegenseitige Amtshilfe im Sinne einer echten Zusammenarbeit.

Ab dem 1. Januar 2012 gilt ein revidierter Art. 95 SVG (Fahren ohne Berechtigung). Neu wird be-

züglich der Strafandrohung nicht mehr unterschieden, ob sich jemand wegen «Fahren ohne erforderlichen Führerausweis» oder wegen «Fahren trotz entzogenem oder aberkanntem Führerausweis» strafbar macht. Die Strafandrohung ist in beiden Fällen Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

Ebenfalls auf den 1. Januar 2012 ist die revidierte Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF) in Kraft getreten. Dank dieser Revision wurde erreicht, dass auch die neuen Kommunikationsmittel zur Klärung von schweren Straftaten überwacht werden können. Weiter stellte der Bundesrat damit die Weichen für die laufende Revision des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF). Von den diesbezüglichen Vernehmlassungsergebnissen hat er am 23. November 2011 Kenntnis genommen und das EJPD beauftragt, eine Botschaft auszuarbeiten. Damit auch verschlüsselt übermittelte Daten überwacht werden können, soll das revidierte BÜPF u.a. den Einsatz spezieller Software zur Entschlüsselung (z.B. von Skype-Daten) regeln. Online-Durchsuchungen und andere mögliche Anwendungen solcher Programme sollen hingegen nicht zulässig sein.

Auf den 1. Juli 2012 wird sodann eine neue Strafnorm zur Verhinderung und Bekämpfung der Verstümmelung weiblicher Genitalien in Kraft treten (vgl. BE N'ius Heft 6 – Juli 2010). Künftig kann auch dann gegen einen Täter vorgegangen werden, wenn die Tat im Ausland begangen worden ist und dort nicht strafbar ist. Mit dieser neuen Strafnorm soll ein klares Zeichen gegen diese schwere Art der Menschenrechtsverletzung gesetzt werden.

MYRIAM GRÜTTER, Gerichtspräsidentin
 MARKUS SCHMUTZ, stv. Generalstaatsanwalt
 BARBARA HENAUER, juristische Sekretärin bei der
 Generalstaatsanwaltschaft

Jürg Zinglé, Präsident des Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Bern

Das Zwangsmassnahmengericht – Spielverderber der Staatsanwaltschaft oder Peiniger der beschuldigten Person? ***

Einleitung

Das Zwangsmassnahmengericht stellt funktional das systembedingte Gegengewicht zur Machtfülle der Staatsanwaltschaft dar, in deren Hände die neue Strafprozessordnung die durchgehende Verantwortung für die Strafverfolgung von der Eröffnung eines Strafverfahrens bis zur Vertretung der Anklage vor Gericht gelegt hat. Seine Wiege fand das Zwangsmassnahmengericht in einem Entscheid aus dem Jahre 1990, in dem der Europäische Gerichtshof in einem Verfahren gegen die Schweiz festgestellt hatte, dass es mit Art. 5 Ziff. 3 EMRK nicht vereinbar sei, dass ein zürcherischer Bezirksanwalt die Untersuchungshaft verfüge und vierzehn Monate später im selben Fall die Anklageschrift verfasse.

Ich muss gestehen, ich habe den Entscheid gefühlsmässig weiter zurück datiert; dies macht deutlich, wie sehr sich die Europäische Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung dazu seither bereits verinnerlicht haben – eine Rechtsprechung, der damals, gerade auch im Kanton Bern, von den Strafverfolgungsbehörden mit grösster Skepsis begegnet wurde.

Damit könnte ich schon einen ersten Versuch wagen, die im Titel gestellte Frage zu beantworten: Das Zwangsmassnahmengericht hat die der beschuldigten Person von der EMRK zustehenden Rechte zu gewährleisten, ohne dabei die Strafverfolgungsbehörden in der Erfüllung ihrer Aufgabe zu behindern, nämlich den Schuldigen einer gerechten Strafe zuzuführen und den Unschuldigen davor zu bewahren.

Und mit diesem Versuch wäre die Frage eigentlich auch schon beantwortet: mit einem für Jurist/innen nicht untypischen «je nach dem», was mir erlauben würde, meine Ausführungen an dieser Stelle zu beenden. Allerdings möchte ich Sie mit einem solch forschen Ende nicht düpieren und beeile mich, fortzufahren und, den Vorgaben des Veranstaltungsleiters folgend, zu versuchen, aus dem Nähkästchen des Zwangsmassnahmen-

gerichts zu plaudern und Ihnen aus dessen alltäglicher Arbeit zu berichten. Dabei werde ich mich an

die gesetzliche Systematik halten, d.h. ich werde zu den einzelnen, das Zwangsmassnahmengericht betreffenden Artikeln der Strafprozessordnung Anmerkungen anbringen, soweit sich das Zwangsmassnahmengericht damit – auch auf der praktischen Ebene – auseinandersetzen hatte. Vorab erlaube ich mir zwei, drei Hinweise zur Zuständigkeit, zur Organisation und zur Statistik des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts.

Zuständigkeit, Organisation, Statistik

Das Zwangsmassnahmengericht ist für die Anordnung oder Genehmigung aller strafprozessualer Massnahmen zuständig, die mit einer gewissen Intensität in die persönliche Freiheit und Sphäre der beschuldigten oder anderer beteiligter Personen eingreifen. Wie Sie vielleicht wissen, ist das kantonale Zwangsmassnahmengericht nicht nur im Strafrecht für die Anordnung von Untersuchungshaft und die Genehmigung von Überwachungs-massnahmen zuständig, sondern ebenfalls im Ausländerrecht für die Überprüfung der Rechtmässigkeit der von den Migrationsbehörden angeordneten Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft. Diese Fälle machen rund 55% aus. Im Strafrecht stehen die Anordnung und Verlängerung von Untersuchungshaft sowie die Genehmigung von Telefonüberwachungen im Vordergrund; Haftentlassungsgesuche, Postüberwachungen, verdeckte Ermittlungen, Entsigelungen und Zusicherungen der Anonymität bilden dagegen die Seltenheit. Über DNA-Massenuntersuchungen und Überwachungen von Bankbeziehungen hatte das kantonale Zwangsmassnahmengericht bis heute noch nicht zu befinden.

Im Jahre 2011 hat das Zwangsmassnahmengericht 1844 Verfahren bearbeitet und erledigt. Dies bedeutet eine tägliche Erledigungsrate von rund sieben Verfahren. Um diese Arbeit bewältigen zu können, stehen dem Zwangsmassnahmengericht 690 Stellenprozente zur Verfügung. Diese sind aufgeteilt auf einen Kanzleimitarbeitenden, drei Gerichtssekretärinnen und drei Gerichtspräsidenten. Hinzuzurechnen ist ein Rechtspraktikant bzw. eine Rechtspraktikantin; diese wechseln sich im Zweiwochenturnus ab.

Interessant ist, dass die Quote der gutgeheissenen Anträge sich auf 93 Prozent beläuft. Da Vergleiche zu anderen Zwangsmassnahmengerichten fehlen, kann diese Zahl allerdings nicht interpretiert werden.

*** Bei diesem Text handelt es sich um eine überarbeitete Fassung des Vortrages, den ich am 30. November 2011 anlässlich der von der Weiterbildungskommission der Berner Justiz organisierten Weiterbildungsveranstaltung in stark gekürzter Fassung gehalten habe. Für ihre redaktionellen Beiträge und die Durchsicht des Textes möchte ich meinen Kollegen Beat Brechbühl und Hans Ulrich Bühler sowie Frau MLaw Tanja Affolter herzlich danken.

A. Untersuchungs- und Sicherheitshaft

Art. 225 StPO: Haftanordnungsverfahren

1.

Trotz eines Verzichts der beschuldigten Person wird dann eine mündliche Verhandlung durchgeführt, wenn die Tat bzw. der Tatverdacht bestritten wird und das kantonale Zwangsmassnahmengericht sein Urteil aufgrund eines persönlichen Eindrucks von der beschuldigten Person bilden will.

Art. 225 Abs. 1 StPO hält als Grundsatz fest, dass das Zwangsmassnahmengericht im mündlichen Verfahren entscheidet; verzichtet die beschuldigte Person jedoch auf eine Verhandlung, sieht Absatz 5 das schriftliche Verfahren vor, in welchem das Zwangsmassnahmengericht aufgrund des Antrages der Staatsanwaltschaft und der Eingaben der beschuldigten Person entscheidet. Der Wortlaut des Gesetzes legt nahe, dass bei einem Verzicht auf eine mündliche Verhandlung auch dann das schriftliche Verfahren durchzuführen ist, wenn die Anordnung der Haft strittig ist.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass das schriftliche Verfahren in strittigen Fällen angesichts der dem Zwangsmassnahmengericht vorgegebenen Frist problematisch ist. Einerseits gilt es, einen Schriftwechsel durchzuführen in einer Frist, die in Fällen, in denen das Gesuch ausserhalb der Bürozeiten eingeht, wesentlich kürzer als 48 Stunden ausfallen kann. Andererseits kann ein Schriftenwechsel innert so kurzer Zeit nur mit Hilfe des Faxes bewerkstelligt werden, was bedeutet, dass die Übermittlung der Verfügung mit Ansetzung einer Vernehmlassungsfrist mit dem rechtlichen Mangel behaftet ist, dass nach Art. 85 StPO keine förmliche Zustellung der Verfügung mit fristauslösender Wirkung erfolgen kann. Die Problematik verschärft sich insbesondere dann, wenn nicht nur ein einfacher, sondern ein doppelter Schriftenwechsel angezeigt erscheint.

Aufgrund dieser Problematik kam das kantonale Zwangsmassnahmengericht zum Schluss, dass das schriftliche Verfahren trotz Verzicht erst dann angezeigt erscheint, wenn die Haftgründe nicht bestritten werden oder wenn bei bestrittener Tat der Tatverdacht so liquide ist, dass auf eine mündliche Anhörung der beschuldigten Person verzichtet werden kann, wie dies beispielsweise häufig bei Betäubungsmitteldelikten der Fall ist.

2.

Die Unmittelbarkeit schafft eine Gegenwart, der sich niemand entziehen kann. Oder: aus Sicht des Zwangsmassnahmengerichts wäre es wünschenswert, wenn die Staatsanwaltschaft in strittigen Fällen von der Möglichkeit zur Teilnahme an der Verhandlung vermehrt Gebrauch machen würde.

Aus Art. 225 Abs. 1 StGB ergibt sich, dass die Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der Haftprü-

fungsverhandlung grundsätzlich fakultativ ist und folglich die Ausnahme darstellt. Dementsprechend scheint sich die Staatsanwaltschaft bei der Redaktion eines Haftantrages gewissermassen einem Automatismus folgend der Copy-Paste-Taste zu bedienen, um dem Zwangsmassnahmengericht mitzuteilen, dass eine Teilnahme an der Verhandlung nicht erwünscht sei. Nun kann es in der Praxis vorkommen, dass die beschuldigte Partei in der Verhandlung Argumente zu ihren Gunsten vorträgt, die einerseits nicht übergangen und andererseits aufgrund der von der Staatsanwaltschaft eingereichten Akten aber auch nicht entkräftet werden können.

Ich möchte dies anhand eines Falles verdeutlichen.

Einer beschuldigten, geistig behinderten Person warf die Staatsanwaltschaft vor, im Wohnheim, in dem sie im Rahmen eines fürsorgerischen Freiheitsentzuges untergebracht war, in der Nacht drei Brände gelegt zu haben, von denen der eine nicht mehr von ihr selbst hätte gelöscht werden können. Die Festnahme der beschuldigten Person erfolgte zehn Tage nach der Brandlegung anlässlich der ersten Einvernahme, der Antrag auf Anordnung der Untersuchungshaft zwei Tage später. Aus den Akten ergab sich zudem, dass es in den letzten sechs Jahren zu insgesamt neun Brandfällen gekommen war, die allesamt der beschuldigten Person anzulasten waren, ohne dass das Wohnheim jedoch Anzeige erstattet hatte. Die Staatsanwaltschaft ging unter diesen Umständen von einer Wiederholungsgefahr aus und beantragte eine unbefristete Untersuchungshaft. Obwohl sich die beschuldigte Person bereits im fürsorgerischen Freiheitsentzug befand, kam für die Staatsanwaltschaft die Anordnung einer Ersatzmassnahme nicht in Betracht.

In der Haftprüfungsverhandlung war die Staatsanwaltschaft nicht anwesend. Die Verteidigung beantragte die Abweisung des Antrages auf Haftanordnung. Sie machte geltend, dass das im Rahmen des fürsorgerischen Freiheitsentzuges rund vier Jahre zuvor erstellte psychiatrische Gutachten bei der beschuldigten Person eine Pyromanie in Kenntnis der bereits erfolgten Brandfälle verneint und dass sich die beschuldigte Person während ihren Aufhalten in einer geschlossenen Abteilung des Psychiatriezentrums Münsingen jeweils unauffällig verhalten habe. Auch wenn ein Rückfallsrisiko nicht zu übersehen war, konnte sich das Zwangsmassnahmengericht der Argumentation der Verteidigung nicht einfach verschliessen und stellte sich die Frage, ob das Rückfallsrisiko mit einer geeigneten Ersatzmassnahme derart reduziert werden kann, dass auf eine Haftanordnung verzichtet werden kann. Ausgehend davon, dass die Aufenthalte im Psychiatriezentrum Münsingen jeweils problemlos verlaufen waren, bejahte es die Frage und ordnete anstelle von Untersuchungshaft als Ersatzmassnahme eine stationäre Behandlung an. Damit dieser Entscheid abgestützt werden

konnte, waren vorgängig mehrere Telefonate mit dem Betreuer und dem Psychiater des Wohnheimes notwendig, was einen Unterbruch der Haftprüfungsverhandlung erforderlich machte. Allerdings konnte dabei der Eintritt in das Psychiatriezentrum Münsingen noch nicht definitiv geregelt werden, so dass der Zeitpunkt der Haftentlassung aufgeschoben wurde. In der Folge arrangierte die Verteidigung den Eintritt in das Psychiatriezentrum Münsingen und die beschuldigte Person konnte vier Tage nach dem Haftprüfungsverfahren in das Psychiatriezentrum Münsingen verlegt werden.

Was will ich mit diesem Beispiel aufzeigen?

Obwohl die Strategie der Staatsanwaltschaft, die beschuldigte Person während der beantragten Untersuchungshaft psychiatrisch begutachten zu lassen, letztendlich nicht in Frage gestellt wurde, entsprach der Entscheid überhaupt nicht dem gestellten Antrag. Nicht zu vergessen ist in diesen Zusammenhang, dass auch das Haftprüfungsverfahren grundsätzlich ein kontradiktorisches Verfahren darstellt. Die Teilnahme der Staatsanwaltschaft an der Haftprüfungsverhandlung hätte es ihr daher erlaubt, auf die Argumente der Verteidigung einzugehen und entweder ihre Position mit Gegenargumenten zu festigen oder aber zu modifizieren. Gerade in Fällen, die zwar selten, aber dennoch vorstellbar sind, in denen die beschuldigte Person im Haftprüfungstermin ein umfassendes und plausibles Geständnis ablegt, könnte sich eine Teilnahme als nützlich erweisen. In solchen Fällen kam es auch schon vor, dass die Staatsanwaltschaft kurzfristig aufgeboten wurde. Im vorliegenden Fall war dies nicht möglich, da die Vertretung der Staatsanwaltschaft bereits in die Ferien abgereist und nicht mehr erreichbar war. Leider bildete dies kein Einzelfall.

3.

Der Entscheid des Bundesgerichts bezüglich Einhaltung bzw. Unterschreitung der Gesamtfrist von 96 Stunden erweist sich als realitätsfremd und weist letztendlich die Gesamtverantwortung für deren Einhaltung dem Zwangsmassnahmengericht zu.

Das Bundesgericht erkannte in einem Entscheid eine Verletzung des Beschleunigungsgebots durch die Staatsanwaltschaft, die in einem Haftanordnungsverfahren die Frist von 48 Stunden nicht eingehalten hatte. Trotzdem wies es die Beschwerde des Inhaftierten ab, da vom Zwangsmassnahmengericht die Maximalfrist von 96 Stunden eingehalten worden war. Hervorzuheben ist, dass das Bundesgericht durchblicken lässt, dass die Maximalfrist nur in Ausnahmefällen ausgeschöpft werden darf (BGer 1B_153/2011).

Abgesehen davon, dass sich weder aus dem Gesetz noch aus der Botschaft ein Hinweis finden lässt, dass nicht auch die Staatsanwaltschaft die Frist von 48 Stunden zwingend einzuhalten hat, scheint das Bundesgericht die realen Produktionsbedingungen im Haftanordnungsverfahren zu ver-

kennen: Zum einen hätte sich das Zwangsmassnahmengericht auch bei Einhaltung der Frist am Abend nach Ende der Arbeitszeit nicht vor folgendem Vormittag nach Beginn der Arbeitszeit, d.h. nicht schon während der Nacht, mit dem Haftdossier befasst, und zum anderen ist nicht zum Vorneherein zu garantieren, dass im schriftlichen Verfahren, das ausnahmsweise bei einem Verzicht auf eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden kann, die Maximalfrist nicht in jedem Fall ausgeschöpft werden muss. Eine Akzentuierung kann die Problematik zudem an Wochenenden erfahren, an denen – jedenfalls im Regionalgefängnis Bern – nur eine eingeschränkte Infrastruktur zur Verfügung steht (keine Vorführungen; fehlende Kompatibilität der Informatik) und zudem Verteidiger/innen und gegebenenfalls Übersetzer/innen nur mit Not einsetzbar sind.

Mit der Gesamtbetrachtungsweise machte das Bundesgericht zudem deutlich, dass die Verantwortung zur Einhaltung der beiden 48-Stunden-Fristen beim Zwangsmassnahmengericht liegt. Der Entscheid kann so gelesen werden, dass das Zwangsmassnahmengericht alles daran setzen muss, die Gesamtfrist nicht zu überschreiten, um nicht die Gutheissung einer Beschwerde zu riskieren – auch wenn ihm vielleicht nur noch wenige Stunden zur Ansetzung und Durchführung der Haftüberprüfungsverhandlung bleiben.

4.

Für den Fall, dass eine Nichtanordnung der Untersuchungshaft nicht ausgeschlossen werden kann, lädt das Zwangsmassnahmengericht die Staatsanwaltschaft zur Verhandlung vor oder bietet sie kurzfristig im Rahmen eines Verhandlungsunterbruchs auf, um ihr entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Gelegenheit zur Ankündigung einer Beschwerde zu geben.

Das Bundesgericht hatte sich mit einem Fall zu befassen, in welchem die beschuldigte Person gestützt auf den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts entlassen wurde, nachdem die Beschwerdeinstanz auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft nicht eingetreten war. Das Bundesgericht stellte fest, dass mit diesem Vorgehen das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft vereitelt worden sei, hiess die Beschwerde gut und versuchte im Übrigen aufzuzeigen, wie vorzugehen sei, wenn das Zwangsmassnahmengericht entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft die Untersuchungshaft nicht anordnet oder nicht verlängert (BGE 1B_232/2011). Namentlich wollte es ein Vorgehen aufzeigen, dass einerseits dem verfassungsmässigen Recht der unverzüglichen Freilassung im Fall einer Nichtanordnung der Haft durch das Zwangsmassnahmengericht und andererseits dem Interesse der Staatsanwaltschaft an einer vorübergehenden Verhinderung der Freilassung für den Fall Rechnung trägt, dass die Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen der Haft durch die

Beschwerdeinstanz überprüfen lassen will.

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Staatsanwaltschaft die Beschwerde unmittelbar nach Kenntnis des Haftentlassungsentscheids einzureichen und zumindest vorläufig, aber rechtsgenügend zu begründen habe. Zudem dürfe sich die Staatsanwaltschaft nicht auf einen Antrag um aufschiebende Wirkung beschränken, sondern müsse vielmehr ausdrücklich die Anordnung der Haft durch die Beschwerdeinstanz beantragen. Diesen habe die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz superprovisorisch, das heisst ohne vorherige Anhörung der beschuldigten Person zu behandeln. In einem weiteren Fall präzisierte das Bundesgericht, dass sich die Haft nach dem Haftentlassungsentscheid bis zum Vorliegen des superprovisorischen Entscheides der Beschwerdeinstanz um wenige Stunden verlängere (BGer 1B_273/2011).

Im neuesten Fall schliesslich zeichnete das Bundesgericht detailliert vor, wie namentlich die Staatsanwaltschaft vorzugehen habe, wenn sie gegen den abweisenden Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts Beschwerde führen will (BGer 1B_442/2011, Erw. 3, 4).

Zusammenfassend hielt das Bundesgericht fest, dass die Staatsanwaltschaft ihre Beschwerde vor dem Zwangsmassnahmengericht unmittelbar nach Kenntnis des Haftentlassungsentscheides ankündigen und im Anschluss daran schriftlich einreichen müsse. In der Beschwerde seien die notwendigen und unaufschiebbaren verfahrensleitenden und vorsorglichen Massnahmen zu beantragen. Aus diesen Erfordernissen ergebe sich, dass die Staatsanwaltschaft in der mündlichen Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht persönlich vertreten sein müsse und sich nicht mit schriftlichen Anträgen begnügen könne. Sei keine mündliche Verhandlung vorgesehen, müsse sie, wenn sie die Freilassung der beschuldigten Person gegebenenfalls auf dem Beschwerdeweg verhindern wolle, einen Antrag auf mündliche Verhandlung stellen, da nur die mündliche Eröffnung des Entscheides die Staatsanwaltschaft – wenn sie anwesend sei – in die Lage versetze, die Beschwerde am Schluss der Verhandlung anzukündigen. Dabei habe die Ankündigung zur Folge, dass die Haft nach dem Haftentlassungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts bis zur Beschwerdeerhebung durch die Staatsanwaltschaft fortbestehe. Spätestens drei Stunden nach der Ankündigung müsse die Staatsanwaltschaft beim Zwangsmassnahmengericht eine wenigstens kurz begründete Beschwerdeschrift einreichen und darin die Aufrechterhaltung der Haft beantragen. Eine von der Staatsanwaltschaft unmittelbar nach Kenntnis des Haftentlassungsentscheids, aber vor der tatsächlichen Freilassung des Beschuldigten eingereichte Beschwerde habe zur Folge, dass die Untersuchungshaft vorläufig weiterbestehe, bis die zuständige Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz (superprovisorisch) über weitere Massnah-

men im Sinne von Art. 388 StPO entscheiden könne. Es handle sich dabei in der Regel um eine Verlängerung der Haft um einige Stunden. Eine längere Fortdauer der Haft könne sich in begründeten Ausnahmefällen wie beispielsweise an Wochenenden ergeben. Um solche Situationen zu vermeiden, empfehle es sich, dass das Zwangsmassnahmengericht Haftentlassungsentscheide an Vortagen von arbeitsfreien Tagen möglichst am Vormittag treffe. Danach könne die Staatsanwaltschaft ihre Beschwerde noch rechtzeitig einreichen, damit die Beschwerdeinstanz am selben Tag gestützt auf ein entsprechendes Gesuch der Staatsanwaltschaft aufgrund der Akten über die Anordnung der Haft superprovisorisch entscheiden könne.

Auf den Punkt gebracht, lässt sich das vom Bundesgericht vorgezeichnete Vorgehen wie folgt zusammenfassen:

- Die Staatsanwaltschaft hat in kritischen Fällen an der mündlichen Verhandlung teilzunehmen oder, um eine Teilnahme in jedem Fall zu ermöglichen, dem Zwangsmassnahmengericht in ihrem Gesuch um Haftanordnung eine mündliche Verhandlung zu beantragen.
- Die Staatsanwaltschaft muss unmittelbar nach der Eröffnung des Haftentlassungsentscheides ihre Beschwerde ankündigen.
- Die Staatsanwaltschaft muss die schriftlich kurz begründete Beschwerde innert drei Stunden nach der Ankündigung beim Zwangsmassnahmengericht einreichen und die Fortsetzung der Haft beantragen.
- Das Zwangsmassnahmengericht hat die Beschwerde an die Beschwerdekammer weiterzuleiten. Der Bundesgerichtsentscheid äussert sich nicht darüber, auf welche Art und innert welcher Frist die Weiterleitung zu erfolgen hat.
- Die Beschwerdeinstanz entscheidet in einem ersten Schritt superprovisorisch, dh. ohne Anhörung der betroffenen Person über die Fortsetzung der Haft. Dabei hat der Entscheid innert weniger Stunden zu ergehen.
- Der Bundesgerichtsentscheid lässt den Schluss zu, dass der Entscheid in begründeten Ausnahmefällen, wie bei Wochenenden, auch später ergehen kann, dh. erst am Montag. Um derartige Ausnahmefälle zu vermeiden, empfiehlt das Bundesgericht dem Zwangsmassnahmengericht, die mündliche Verhandlung an Vortagen von arbeitsfreien Tagen nach Möglichkeit am Vormittag anzusetzen.

Den Bundesgerichtsentscheid konkretisierend, sicherte das kantonale Zwangsmassnahmengericht der regionalen Staatsanwaltschaft zu, sie in kritischen Fällen von Amtes wegen vor oder während der Verhandlung aufzubieten und in diesem Fall die Verhandlung kurz zu unterbrechen. Mit der Beschwerdekammer zu regeln ist noch die Form und den Zeitpunkt der Weiterleitung der Beschwerde an sie; möglicherweise wird die Beschwerdekammer nicht umhin kommen, ein Pikett-

Telefon einzurichten, damit eine umgehende Weiterleitung gewährleistet ist.

Offen gelassen hat das Bundesgericht in seinem Entscheid, wie in Haftverlängerungs- und Haftbeschwerdeverfahren vorzugehen sei.

In Haftbeschwerdeverfahren dürfte bei Gutheissung des Haftentlassungsgesuchs dasselbe Vorgehen wie im Haftanordnungsverfahren einzuschlagen sein, zumal Art. 228 Abs. 4 StPO ausdrücklich Art. 226 Abs. 5 StPO als analog anwendbar erklärt, nach dem die beschuldigte Person bei Nichtanordnung der Untersuchungshaft unverzüglich aus der Haft zu entlassen ist.

In Haftverlängerungsverfahren dagegen könnte die Auslegung von Art. 227 StPO je nach Methode zu unterschiedlichen Ergebnissen führen: Während die wörtliche Auslegung dafür spricht, dass auch der Staatsanwaltschaft die ordentliche Beschwerdefrist von zehn Tagen zusteht, da Art. 227 StPO weder einen Hinweis noch einen Verweis auf eine unverzügliche Freilassung der beschuldigten Person bei Abweisung des Haftverlängerungsgesuchs enthält, legt die teleologische Auslegung das vom Bundesgericht für das Haftanordnungsverfahren vorgegebene Vorgehen nahe, da die Abweisung des Haftentlassungsgesuchs die Feststellung beinhaltet, dass keine Haftgründe mehr bestehen, und mit dieser Feststellung wiederum die Voraussetzungen einer Haftbelassung unmittelbar wegfallen.

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass sich bei der Anordnung von Ersatzmassnahmen anstelle von Untersuchungshaft die Problematik der unverzüglichen Entlassung etwas anders darstellt und nach anderen Lösungen ruft.

Art. 226 StPO: Entscheid

1.

Das Zwangsmassnahmengericht legt sich bei der Befristung der Untersuchungshaft grundsätzlich Zurückhaltung auf. Sind jedoch einzelne Beweismassnahmen erkennbar und geeignet, die Beurteilungsgrundlagen der Haftvoraussetzungen entscheidend zu beeinflussen, befristet das Zwangsmassnahmengericht die Haftdauer und legt die Frist so fest, dass es der Staatsanwaltschaft bzw. der Polizei möglich sein sollte, die Beweismassnahmen durchzuführen und gegebenenfalls rechtzeitig, d.h. vor Ablauf der Haftfrist ein Haftverlängerungsgesuch zu stellen.

Vorab gebe ich zu, dass die Befristung ein heikles Thema ist, dies nicht zuletzt deswegen, weil dem Zwangsmassnahmengericht die realen Produktionsbedingungen der Staatsanwaltschaft und der Polizei oftmals nicht geläufig sind. Nachdem das Zwangsmassnahmengericht nach Aufnahme seiner Tätigkeit doch recht grosszügig von diesem Steuerungsinstrument Gebrauch gemacht hatte, überdachte es – auch nach einer Intervention leitender Staatsanwälte – seine Praxis und kam an-

gesichts der Steuerungsmöglichkeiten, die der beschuldigten Person zustehen, zum Schluss, dass die Haft nur ausnahmsweise unter bestimmten Bedingungen zu befristen sei. Dementsprechend versuchte es diese Bedingungen näher zu umschreiben – Sie finden die Umschreibung im Lead.

Beispielsweise hatte das Zwangsmassnahmengericht die Haft auf rund zwei Wochen befristet in einem Fall, in dem die Staatsanwaltschaft eine unbefristete Haft beantragt hatte. Der Fall betraf ein Paar, das sich getrennt hatte und bei dem es nach der Trennung seitens des Mannes zu Drohungen, Tätlichkeiten und Nachstellungen bzw. nötigen Handlungen, aber auch zu einer Sachbeschädigung gekommen war. Der übergeordnete Kontext kann, mit anderen Worten, als häusliche Gewalt und als Stalking beschrieben werden. Mit Ausnahme der Sachbeschädigung bestritt der Mann die ihm aufgrund der Aussagen der Frau von der Staatsanwaltschaft vorgeworfenen Taten. Im Zentrum stand ein Vorfall, der nicht nur für die Beurteilung der Kollusions-, sondern auch für die Beurteilung der von der Staatsanwaltschaft geltend gemachten Ausführungsgefahr von Bedeutung war. Dem Mann wird vorgeworfen, die Frau zu töten gedroht und dabei eine geladene Pistole auf sie gerichtet zu haben, dies in Anwesenheit einer Drittperson, die dem Mann die Pistole übergeben und ihn auch abzudrücken aufgefordert habe. Obwohl die Polizei vom Vorfall, der sich im Juni 2011 zugetragen haben soll, anfangs September 2011 Kenntnis erhielt, gelang es bislang nicht, die Drittperson zu befragen, da sich diese regelmässig entschuldigte. Anlass, den Mann festzunehmen und die Untersuchungshaft zu beantragen, bildete schliesslich der von ihm bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft zunächst bestrittene, im Haftprüfungstermin jedoch bestätigte Vorfall, sich in die Nähe des Frauenhauses, wo er die Frau vermutete, begeben und sich dort nach dieser erkundigt zu haben.

Das Zwangsmassnahmengericht bejahte zwar die Kollusionsgefahr in Bezug auf die Drittperson, verneinte dagegen eine Ausführungsgefahr mit der Begründung, dass der Vorfall, bei dem der Mann die Frau bedroht haben soll, zu wenig geklärt sei, als dass von diesem auf eine solche Gefahr geschlossen werden könne. In der Meinung, dass die Befragung der Drittperson innert weniger Tage möglich sei, erachtete das Zwangsmassnahmengericht unter den gesamten Umständen eine Befristung als angemessen.

Nur nebenbei sei erwähnt, dass das Zwangsmassnahmengericht ebenfalls eine Wiederholungsgefahr verneinte, da die zwei Vortaten, auf die sich die Staatsanwaltschaft berief, nur im Strafregisterauszug dokumentiert waren, ohne dass deren Hintergründe sichtbar wurden. Zum einen deutete die Verurteilung wegen Vergehen gegen das Waffengesetz zu einer bedingt vollziehbaren Strafe von fünf Tagessätzen zu CHF 30.00 nicht

auf ein schweres Vergehen hin und zum anderen behauptete der Mann in Bezug auf das nach wie vor im Kanton Solothurn hängige Verfahren seine Unschuld, ohne das ihm diese Behauptung im Haftprüfungstermin widerlegt werden konnte.

2.

Der vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeit, bestimmte Untersuchungshandlungen anzuweisen, kommt nur marginale Bedeutung zu.

Während es durchaus vorkam, dass das Zwangsmassnahmengericht bei einer Befristung der Haft die Durchführung bestimmter Beweismassnahmen anregte, blieb es bis heute bei bloss einem Fall, in der es die Staatsanwaltschaft anwies, eine bestimmte Untersuchungshandlung vorzunehmen.

Den Beschuldigten 1, 2 und 3 wurden qualifizierte Widerhandlungen gegen das BetmG vorgeworfen, nachdem in der von ihnen benutzten Wohnung in Reconviiler ein Kilogramm Kokain, ungefähr CHF 18'000.00 und EUR 270.00 sichergestellt worden waren. Anlässlich der Hausdurchsuchung hatte der Beschuldigte 2 einen Fluchtversuch unternommen, während sich der Beschuldigte 3 auf dem Dachboden versteckt hatte. Die Beschuldigten 1, 2 und 3 wurden auf Antrag der Staatsanwaltschaft, Region Berner Jura-Seeland, für drei Monate in Untersuchungshaft versetzt.

Der Beschuldigte 3 machte von Anfang an geltend, er habe mit der Tat nichts zu tun. Der Beschuldigte 2 gab an, die Drogen für den Beschuldigten 1 gelagert zu haben. Der Beschuldigte 1 seinerseits bestritt wie der Beschuldigte 3 jegliche Implikation in die ihm vorgeworfene Tat, erklärte aber, er sei in einen die Niederlande betreffenden Drogenhandel verwickelt. Zudem behauptete er, die Beschuldigten 2 und 3 seien Brüder.

In der Folge wurde das Verfahren durch die Staatsanwaltschaft für Besondere Aufgaben übernommen, die dem kantonalen Zwangsmassnahmengericht nach Ablauf der ursprünglich angeordneten Haftdauer von drei Monaten die Verlängerung der Untersuchungshaft um weitere drei Monate beantragte. Trotz der Widersprüche in den Aussagen der Beschuldigten 1, 2 und 3 war in den ersten drei Monaten keine staatsanwaltschaftliche Konfrontationseinvernahme durchgeführt worden. Weil der Beschuldigte 3 zwar weder vom Beschuldigten 1 noch vom Beschuldigten 2 belastet wurde (sondern sich aufgrund der gesamten Umstände in Untersuchungshaft befand), aber als Bruder des Beschuldigten 2 bezeichnet wurde, vermutete das kantonale Zwangsmassnahmengericht, dass der Beschuldigte 2 den Beschuldigten 3 – seinen mutmasslichen Bruder – schützen und dafür ausschliesslich den Beschuldigten 1 belasten wollte.

Im Verlängerungsentscheid forderte das kantonale Zwangsmassnahmengericht die Staatsanwaltschaft für Besondere Aufgaben daher auf, bis zum Ablauf der verlängerten Haftdauer von 3 Monaten

eine staatsanwaltschaftliche Konfrontationseinvernahme durchzuführen und die Beschuldigten 2 und 3 einem Verwandtschaftstest zu unterziehen. Dieser fiel positiv aus. Der Verdacht gegen den Beschuldigten 3 liess sich auch während der Konfrontationseinvernahme nicht weiter erhärten, so dass er aus der Untersuchungshaft entlassen wurde.

Da die Anweisung nicht nur zeitlich, sondern auch inhaltlich in die Untersuchung eingreift, erscheint dem Zwangsmassnahmengericht bei Anordnungen eine noch grössere Zurückhaltung als bei der Befristung geboten.

3.

Entscheide sind schriftlich zu begründen. Je nach Art des Verfahrens und Komplexität des Falles wählt das kantonale Zwangsmassnahmengericht zwischen zwei Darstellungsformen mit unterschiedlicher Begründungstiefe.

Das kantonale Zwangsmassnahmengericht hat sich beim Aufbau und bei der Darstellung seiner Entscheide für zwei mögliche Formen entschieden: Entscheide im schriftlichen Verfahren oder komplexe Entscheide im mündlichen Verfahren ergehen in einer Form, die sich am Aufbau und der Struktur der bundesgerichtlichen Entscheide anlehnen; alle anderen Entscheide werden mit einer kurzen, in der Regel auf den Antrag der Staatsanwaltschaft verweisenden Begründung im Anschluss an das Dispositiv versehen.

Art. 227 StPO: Haftverlängerung

1.

Eine Verlängerung der Untersuchungshaft um sechs Monate setzt voraus, dass zahlreiche Beweismassnahmen anstehen und dass diese im Gesuch substantiiert werden.

Art. 227 Abs. 7 StPO sieht vor, dass die Verlängerung der Untersuchungshaft jeweils für längstens drei Monate, in Ausnahmefällen für längstens sechs Monate bewilligt wird. Aufgrund der Botschaft, auf die sich auch die kommentierte Textausgabe zur Strafprozessordnung bezieht, ist eine Ausnahmesituation nur bei absehbaren und in einem Umfang anstehenden Beweismassnahmen gegeben, dass deren Durchführung innert drei Monaten nicht möglich ist (BBL 05.092, S. 1233).

Das kantonale Zwangsmassnahmengericht hatte in einem Fall die Verlängerung um sechs Monate abgelehnt, in dem die Staatsanwaltschaft als abschliessende Beweismassnahmen die parteiöffentlichen Befragungen und allenfalls Konfrontationen von zwei beschuldigten und vier, eventuell fünf diese belastenden Personen in Aussicht gestellt hatte. Das Zwangsmassnahmengericht hielt dazu fest, dass sich die anstehenden Beweismassnahmen jedenfalls aus gegenwärtiger Sicht nicht als derart umfangreich erweisen würden, als dass von einer Ausnahmesituation ausgegangen werden könne. Eine Verlängerung der Untersuchungshaft

über die drei Monate hinaus sei daher nicht gerechtfertigt, zumal nicht nachvollziehbar sei, weshalb bei abgeschlossenen polizeilichen Ermittlungen zahlreiche Befragungen erst in zwei Monaten geplant seien.

2.

Verfrüht gestellte Haftverlängerungsgesuche weist das Zwangsmassnahmengericht zwar nicht ab, befristet die Verlängerung der Untersuchungshaft aber ab Zeitpunkt Entscheid und nicht ab Zeitpunkt Ablauf Haftdauer.

Nach Art. 227 Abs. 2 StPO hat die Staatsanwaltschaft das Verlängerungsgesuch spätestens vier Tage vor Ablauf der Haftdauer einzureichen; wann das Gesuch frühestens eingereicht werden kann, sagt das Gesetz nicht. In der Botschaft zur Strafprozessordnung wird dazu erwähnt, dass der Zeitpunkt nicht allzu weit vorverlegt werden dürfe, weil dadurch das Zwangsmassnahmengericht seinen Verlängerungsentscheid auf der Basis von nicht mehr genügend aktuellen Tatsachen fällen müsste. Zwar bleibe es der Staatsanwaltschaft an sich unbenommen, bereits viel früher (im Extremfall Wochen vor Ablauf der Haftdauer) um Verlängerung nachzusuchen, sie laufe aber Gefahr, dass ihr Gesuch abgewiesen werde, weil sie nicht hinreichend nachzuweisen vermöge, dass im Zeitpunkt des Ablaufs der Haftdauer hinreichende Gründe für eine Verlängerung vorliegen werden (BBL 05.092, S. 1232 f.).

Die Staatsanwaltschaft reichte ein Haftverlängerungsgesuch in einem Verfahren ein, in dem bei einem Mitbeschuldigten die Haftdauer in vier Tagen, bei den beiden weiteren Mitbeschuldigten jedoch erst in 26 Tagen ablief. Der Grund war, dass gegen den einen Mitbeschuldigten die Untersuchungshaft zu einem späteren Zeitpunkt angeordnet und nunmehr zu verlängern war, während bei den beiden anderen Mitbeschuldigten die Untersuchungshaft bereits einmal verlängert und daher noch nicht zu überprüfen war. Das Zwangsmassnahmengericht, das vier Tage nach Eingang des Haftverlängerungsgesuchs entschied, erwog, dass die Synchronisierung der Haftdauer bei allen drei Mitbeschuldigten zweckmässig sei und wies daher das Gesuch in Bezug auf die beiden anderen Mitbeschuldigten nicht als verfrüht ab. Da jedoch noch wesentliche Beweismassnahmen anstanden, die sich auf das Beweisergebnis auswirken konnten, verlängerte das Zwangsmassnahmengericht die Untersuchungshaft nicht ab Ende Haftdauer um weitere drei Monate, sondern ab dem Zeitpunkt seines Entscheides. Dieses Vorgehen erlaubte dem Zwangsmassnahmengericht, auf die Verhältnisse im Zeitpunkt seines Entscheides abstellen zu können und nicht die Verhältnisse im Zeitpunkt des Ablaufs der Haftdauer antizipieren und damit den vom Gesetzgeber gewollten Haftprüfrhythmus überdehnen zu müssen. Dementsprechend wird das Zwangsmassnahmengericht auch künftig bei verfrühten Verlängerungs-

gesuchen diese zwar nicht abweisen, indessen auf die aktuellen Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheides abstellen und die Haftverlängerung ab diesem Zeitpunkt befristeten.

Art. 228 StPO: Haftentlassungsgesuch

Die Abweisung eines Haftentlassungsgesuchs führt nicht dazu, dass die dreimonatige Frist gemäss Art. 227 Abs. 3 StPO neu zu laufen beginnt.

In einem altrechtlichen Haftfall hatte das Zwangsmassnahmengericht ein Haftentlassungsgesuch zu beurteilen, das es Mitte Januar 2011 unter gleichzeitiger Anordnung einer Sperrfrist abwies. Kurz vor Mitte April 2011 stellte die Staatsanwaltschaft ein Haftverlängerungsgesuch. Dabei war sich die Staatsanwaltschaft bewusst, dass sie die dreimonatige Frist gemäss Art. 227 Abs. 3 StPO verpasst hatte; als Grund dafür gab sie an, dass sie irrigerweise von der Annahme ausgegangen sei, dass die Haftfrist mit der Abweisung des Haftentlassungsgesuchs bis Mitte April 2011 verlängert worden sei.

Diesen Gedanken aufnehmend, stellte sich das Zwangsmassnahmengericht die Frage, ob ein abweisender Entscheid im Haftbeschwerdeverfahren sich auf die laufende Haftfrist auswirkt und wenn ja, in welcher Form.

Bei der Beantwortung dieser Frage versuchte sich das Zwangsmassnahmengericht zunächst Klarheit über die Ratio Legis zu verschaffen. Angesichts der Intensität des Eingriffes in die persönliche Freiheit – so seine Überlegungen – bestehe die Ratio zunächst einmal darin, die ursprüngliche Haftanordnung periodisch einer richterlichen Überprüfung zugänglich zu machen. Dabei habe der Gesetzgeber eine Grundperiodizität von drei Monaten festgelegt, die allerdings auf Initiative der beschuldigten Person verkürzt oder durch das Zwangsmassnahmengericht in begründeten Ausnahmefällen verlängert bzw. durchbrochen werden könne. Weiter gehöre zur Ratio, dass eine obligatorische Befristung der Haftdauer nur im Haftverlängerungsverfahren vorgesehen sei; fakultativ sei sie dagegen im Haftanordnungs- und im Haftbeschwerdeverfahren, was auf ihren Ausnahmecharakter in diesen Verfahren hinweise. Schliesslich liege die Ratio aber auch darin, die Überprüfung entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in vernünftigen Grenzen zu halten und zu verhindern, dass die Periodizität allzu kurz wird. Gehe man von einer solchen Ratio Legis aus, führe dies zum Schluss, dass jeder Entscheid des Zwangsmassnahmengerichtes unabhängig davon, ob er im Haftanordnungs-, Haftverlängerungs- oder im Haftbeschwerdeverfahren erging, an die Grundperiodizität ausdrücklich oder stillschweigend anknüpft mit der Folge, dass auch bei einem Entscheid im Haftbeschwerdeverfahren, der sich bezüglich Haftdauer nicht festlegt, die gesetzliche Haftfrist von drei Monaten grundsätzlich wieder neu zu laufen beginne, sofern die Voraussetzun-

gen hierzu weiterhin gegeben sind. Andernfalls könnte ein gegen Ende der Haftdauer eingeleitetes Haftbeschwerdeverfahren dazu führen, dass das Zwangsmassnahmengericht im Rahmen des zufolge Ablaufs der Haftdauer einzuleitenden Haftverlängerungsverfahrens innert weniger Tage und möglicherweise innerhalb einer in diesem angeordneten Sperrfrist erneut über die Haftanordnung zu entscheiden hätte – es sei denn, die Staatsanwaltschaft reiche im Haftbeschwerdeverfahren mit ihrer Stellungnahme gleichzeitig ein Haftverlängerungsgesuch ein.

Im Grunde genommen ging das Zwangsmassnahmengericht aufgrund seiner Auslegung von einer gesetzgeberischen Lücke aus, die es ihm erlaubte, das Gesuch – weil rechtzeitig gestellt – als Haftverlängerungsgesuch und nicht als Haftanordnungsgesuch an die Hand zu nehmen.

Auf Beschwerde hin mochte die Beschwerdekammer dieser Auslegung nicht folgen und hielt fest, dass sie sich der Auslegung der Vorinstanz, dass Art. 227 Abs. 1 StPO, also die Dreimonateregeln, auch im Haftbeschwerdeverfahren gelte, nicht anschliessen könne, zumal der Wortlaut und das Legalitätsprinzip dagegen sprechen würden. Vor dem Hintergrund, dass Grundrechtseinschränkungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen würden und die Anforderungen an diese strenger seien, je stärker die Intensität des Grundrechtseingriffes sei, könne in vorliegender Konstellation nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 228 Abs. 4 StPO auch den – nicht ausdrücklich erwähnten – Art. 227 Abs. 1 StPO habe erfassen wollen. Daran ändere nichts, dass in vorgenannter Gesetzesbestimmung auf die Verfahrensbestimmung im Haftanordnungsverfahren hingewiesen werde, zumal aus den Materialien nicht entnommen werden könne, dass der Gesetzgeber einen generellen Verweis auf die Bestimmungen im Haftanordnungsverfahren beabsichtigt habe. Komme hinzu, dass im Zeitpunkt des Verfahrens um Haftentlassung bereits eine maximale Haftdauer bestehe, sei dies, weil der Haftrichter eine solche im Haftanordnungs- oder Verlängerungsverfahren ausdrücklich bestimmt habe, oder sei es, weil im Anschluss an den Haftanordnungsentscheid die Haftdauer gemäss Art. 227 Abs. 1 StPO zu bestimmen sei. Ausserdem sei die Befürchtung der Vorinstanz unbegründet, wonach ohne automatische Verlängerung keine Gewähr mehr dafür bestehe, dass die Überprüfung in vernünftigen Grenzen gehalten werden könne. Sollte ein Haftentlassungsgesuch tatsächlich kurz vor Ende der angeordneten Untersuchungshaft gestellt werden, stehe es der Staatsanwaltschaft offen, ihre Stellungnahme mit einem Haftverlängerungsgesuch zu verbinden. Aufgrund dieser Erwägungen hielt die Beschwerdekammer zusammenfassend fest, dass der beschuldigten Person die Freiheit nach dem 31. März 2011 nicht auf die gesetzliche vorgeschriebene Weise entzogen worden sei und dass damit Art. 5 Ziff. 1 EMRK und Art. 31 Abs. 1 BV verletzt wor-

den seien.

Art. 229 StPO: Entscheid über die Anordnung von Sicherheitshaft

Die gesetzlichen Fristen gemäss Art. 227 Abs. 1 und 7 StPO gelten ebenfalls bei der Sicherheitshaft. Diese muss daher nach drei bzw. sechs Monaten durch das Zwangsmassnahmengericht verlängert werden.

In einem Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Dauer der Sicherheitshaft unabhängig davon, ob eine Untersuchungshaft vorbestanden hat oder nicht, auf drei Monate bzw. sechs Monate befristet werden und verlängert werden müsse (BGer 1B_222/2011 E 3.5). Zu diesem Schluss kam das Bundesgericht aufgrund einer wörtlichen Auslegung von Art. 229 Abs. 3 StPO, der festlegt, dass sich das Verfahren ohne vor bestehender Untersuchungshaft nach den Artikeln 225 und 226, bei vor bestehender Untersuchungshaft nach dem Artikel 227 richte.

Auch wenn der Entscheid des Bundesgerichtes nachvollziehbar ist, stellt sich die Frage, ob dem Bundesgericht die wörtliche Auslegung nicht etwas zu weit geraten ist. Denn das Gesetz spricht ausdrücklich von einer sinngemässen Anwendung nur des Verfahrens vor dem Zwangsmassnahmengericht, nicht aber sämtlicher der in Art. 225 und 226 StPO enthaltenen materiellrechtlichen Regelungen. Mit anderen Worten hätte das Bundesgericht das Gesetz auch so auslegen können, dass ohne vor bestehender Untersuchungshaft das mündliche, bei vor bestehender Untersuchungshaft das schriftliche Verfahren mit den entsprechenden zeitlichen Vorgaben durchzuführen ist.

Art. 237 ff. StPO: Ersatzmassnahmen

1.

Bei Anordnung von Ersatzmassnahmen an Stelle oder unter Aufhebung der Untersuchungshaft ist keine unverzügliche Freilassung zu verfügen, sondern deren Zeitpunkt so festzulegen, dass genügend Zeit zu deren Umsetzung besteht.

Gerade bei den Haftgründen der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr stellt sich die Frage, ob bei der Anordnung von Ersatzmassnahmen anstelle von Haft Art. 226 Abs. 5 StPO anwendbar und die beschuldigte Person unverzüglich freizulassen sei. Diese Frage ist zu verneinen. Denn nicht schon die Anordnung der Ersatzmassnahmen durch das Zwangsmassnahmengericht, sondern erst deren Umsetzung mit den involvierten Institutionen führt zu einer Bannung der Gefahr, die eine Freilassung rechtfertigt. Wird beispielsweise die beschuldigte Person der Bewährungshilfe unterstellt, kommt die Massnahme erst zum tragen, wenn die Bewährungshilfe von ihrem Auftrag Kenntnis hat, die beschuldigte Person kennt und mit ihrer Arbeit beginnen kann; wird als Massnahme eine Therapie angeordnet, ist dies erst der Fall, wenn der

Therapeut sein Arbeit aufgenommen hat. Mit anderen Worten braucht es eine gewisse Zeit, bis die Massnahmen umgesetzt sind und die gewünschte präventive Wirkung entfalten können. Es wäre daher nicht nur nicht zweckmässig, sondern geradezu verantwortungslos, eine unverzügliche Freilassung zu verfügen. Zwei Möglichkeiten stehen offen, den Zeitpunkt der Freilassung zu regeln: Entweder das Zwangsmassnahmengericht ordnet die Untersuchungshaft an oder verlängert diese und verschiebt die Anordnung der Ersatzmassnahmen auf einen späteren Zeitpunkt, oder es ordnet die Ersatzmassnahmen sogleich an und verfügt die Freilassung auf den Zeitpunkt der Umsetzung.

Aus psychologischer Sicht und auch aus prozessökonomischen Überlegungen erscheint die zweite Möglichkeit als die bessere. Dementsprechend hat das Zwangsmassnahmengericht bereits mehrmals Ersatzmassnahmen angeordnet und die Freilassung auf den Zeitpunkt der Umsetzung, beispielsweise des Eintrittes in eine psychiatrische Klinik, festgelegt.

2.

Der Einsatz eines Electronic Monitoring in Form von GPS als Ersatzmassnahme zur Einschränkung des Bewegungsparameters einer beschuldigten Person ist im Kanton Bern bis auf weiteres nicht möglich und auch nicht geplant.

In einem Entscheid im Januar dieses Jahres hatte das Zwangsmassnahmengericht das Haftentlassungsgesuch einer beschuldigten Person zu beurteilen, die sich seit etwas mehr als drei Jahren in Untersuchungshaft bzw. im vorzeitigen Strafantritt befand. Bereits im Vorjahr hatte das erstinstanzliche Gericht die beschuldigte Person der Brandstiftung in 34 Fällen schuldig erklärt, hatte dann aber ein Schuldinterlokut beschlossen, ein weiteres psychiatrisches Gutachten angeordnet und die Fortsetzungsverhandlung auf Mai dieses Jahres angesetzt. Das erstinstanzliche Gericht widersetzte sich dem Haftentlassungsgesuch nicht, regte aber die Anordnung von Ersatzmassnahmen, unter anderen den Einsatz eines GPS-Gerätes an. Dementsprechend ordnete das Zwangsmassnahmengericht neben weiteren Ersatzmassnahmen einen solchen Einsatz an, allerdings unter Vorbehalt, dass im Kanton Bern GPS-Geräte bereits im Einsatz sind. Dazu hielt das Zwangsmassnahmengericht fest, dass der Einsatz eines solchen Gerätes die beschuldigte Person davon abhalten werde, weitere gleichartige Taten zu begehen, da mit der dadurch ermöglichten Nachvollziehbarkeit seines jeweiligen Aufenthaltsortes eine Überführung wegen einer weiteren Tat ohne weiteres möglich werde.

Zum Glück hatte das Zwangsmassnahmengericht einen Vorbehalt angebracht, denn wenige Tage nach Eröffnung des Entscheides meldete sich die Bewährungshilfe und teilte mit, dass der Kanton

Bern noch über kein Electronic Monitoring mittels GPS-Geräten verfüge.

Erlauben Sie mir einen kleinen Exkurs zum Electronic Monitoring:

Art. 237 Abs. 3 StPO sieht zur Überwachung von Ersatzmassnahmen den Einsatz technischer Geräte und deren feste Verbindung mit der zu überwachenden Person vor. Während das klassische Electronic Monitoring der Anwesenheitskontrolle dient und im Kanton Bern seit 2006 regelmässig als Form und Ersatz des Strafvollzugs und ausnahmsweise im Zusammenhang mit Auslieferungshaft (Roman Polanski) zum Einsatz gelangt, dient das Electronic Monitoring mittels GPS der Aufenthaltskontrolle und steht schweizweit noch nicht zur Verfügung.

Beim klassischen Electronic Monitoring wird die Einhaltung des Aufenthaltes an einem bestimmten Ort während vorgegebenen Zeiten überwacht (voller oder teilzeitlicher Hausarrest).

Das Electronic Monitoring mittels GPS dagegen bietet die Möglichkeit, den Aufenthaltsort einer Person rund um die Uhr zu überwachen. Die Position der betreffenden Person wird mittels Satellitenlokalisierung laufend ermittelt und via Mobiltelefonnetz an die EM-Zentrale übermittelt. Dabei können erlaubte Zonen (z.B. Wohn- oder Arbeitsort) oder Sperrzonen (z.B. Wohnregion des Partners, Drogenumschlagplätze, Fussballstadien etc.) definiert und mit einem Zeitplan koordiniert werden (örtliche und zeitliche Ein- bzw. Ausgrenzung). Wird in der EM-Zentrale ein Verstoß festgestellt, leitet diese die im Rahmen der Anordnung des EM GPS definierte Intervention ein. Denkbar und sinnvoll ist der Einsatz dieses Systems bei der Anordnung von Rayon- oder Kontaktverboten im Zusammenhang mit Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, aber auch Fluchtgefahr.

Damit beende ich den Exkurs.

Da Recherchen im Basler Kommentar ergaben, dass nach Auffassung des Kommentators die Kantone gestützt auf Art. 237 Abs. 3 StPO verpflichtet sind, die elektronische Überwachung von Ersatzmassnahmen auch tatsächlich zu ermöglichen bzw. anzubieten (BK StPO – Jonas Weber, Art. 27 N 44), erschien es angezeigt, ein Projekt mit dem Auftrag zu initiieren, die Einführung von Electronic Monitoring mittels GPS zu evaluieren und vorzubereiten. In der Projektgruppe waren eine regionale Staatsanwaltschaft, ein Regionalgericht, das Amt für Freiheitsentzug und Bewährungshilfe sowie das kantonale Zwangsmassnahmengericht vertreten. Um es kurz zu machen: Nachdem eine Umfrage bei der Staatsanwaltschaft im Juni dieses Jahres ergeben hatte, dass aus ihrer Sicht kein Bedarf für ein Electronic Monitoring mittels GPS besteht, wurde das Projekt nicht zuletzt auch aus Kostengründen bis auf weiteres eingestellt.

In einem weiteren Entscheid hatte das Zwangsmassnahmengericht den Antrag der beschuldigten Person auf Einsatz eines GPS-Gerätes indirekt

abgewiesen, indem es die Voraussetzungen nicht als gegeben erachtete, anstelle von Untersuchungshaft Ersatzmassnahmen anzuordnen. Da das Bundesgericht schliesslich den Entscheid schützte, blieb die Frage ungeklärt, inwieweit die Strafbehörden bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen eine Verpflichtung zur Einrichtung des Electronic Monitoring mittels GPS trifft.

3.

Das Gesetz regelt das Verfahren bei einem Widerruf von Ersatzmassnahmen nicht. Je nach Schwere des Verstosses gegen die Auflagen wendet das Zwangsmassnahmengericht entweder das schriftliche oder das mündliche Verfahren an.

Nach Art. 237 Abs. 5 StPO kann das Zwangsmassnahmengericht jederzeit die Ersatzmassnahmen widerrufen oder die Untersuchungs- oder Sicherheitshaft anordnen, wenn neue Umstände dies erfordern oder die beschuldigte Person die ihr gemachten Auflagen nicht erfüllt. Wie das Zwangsmassnahmengericht dabei konkret vorgehen soll, sagt das Gesetz nicht und auch die Kommentare schweigen sich darüber aus. Einzig Niklaus Schmid empfiehlt in seinem Praxiskommentar ohne nähere Begründung die sinngemässe Anwendung von Art. 228 Abs. 4 StPO, der im Haftbeschwerdeverfahren das mündliche Verfahren vorsieht (N 21 zu Art. 238 StPO). Da dieses jedoch nicht in jedem Fall zwingend erscheint, stellt sich die Frage, wann welches Verfahren mit welchen Beweisanforderungen durchgeführt werden soll.

Fest steht, dass dem Zwangsmassnahmengericht beim Entscheid über einen Widerruf der Ersatzmassnahmen und der Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft ein Ermessensspielraum zusteht; demnach muss nicht jede Verletzung der Auflagen zu einem Widerruf oder einer Änderung der Massnahmen führen. Das Zwangsmassnahmengericht kann es beispielsweise bei einem Verweis belassen.

Von den Voraussetzungen her steht ein Widerruf nur bei Massnahmen zur Diskussion, die die beschuldigte Person zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen verpflichten. Kommt die beschuldigte Person der Verpflichtung nicht nach, ist davon auszugehen, dass das Zwangsmassnahmengericht davon Kenntnis erhält, sei es, dass eine involvierte Institution Meldung erstattet, namentlich dann, wenn ihr vom Zwangsmassnahmengericht bei der Anordnung der Massnahme die entsprechende Verpflichtung auferlegt wurde, sei es, dass Personen, die durch die Massnahme geschützt werden, die Verletzung melden. Denkbar ist aber auch, dass die Meldung seitens der Staatsanwaltschaft erfolgt.

Nach Eingang der Meldung gibt das Zwangsmassnahmengericht der beschuldigten Partei und der Staatsanwaltschaft Gelegenheit, zur gemeldeten Verletzung der Auflagen Stellung zu nehmen.

Danach stehen dem Zwangsmassnahmengericht im Prinzip zwei Möglichkeiten offen: Entweder erlässt es einen Entscheid oder es lädt zur mündlichen Verhandlung vor und entscheidet in dieser. Steht ein Widerruf zur Diskussion, erscheint dem Zwangsmassnahmengericht das mündliche Verfahren zwingend; kann es bei einem Verweis bleiben, ist das mündliche Verfahren zwar nicht ausgeschlossen, kann aber dazu beitragen, dem Verweis mehr Nachdruck zu verleihen.

Dieses Vorgehen ist angezeigt bei Verletzung von Auflagen, die einer Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr begegnen sollen. Wie aber ist vorzugehen, wenn eine Auflage im Zusammenhang mit einer Fluchtgefahr verletzt wurde? In einem solchen Fall kann es durchaus geboten sein, rasch zu handeln und die beschuldigte Person umgehend im Rahmen des mündlichen Verfahrens vorführen zu lassen.

Vorgekommen ist aber auch schon ein kombiniertes Verfahren mit mehreren Eskalationsstufen: Nachdem die beschuldigte Person der Arbeit ferngeblieben, die ambulante Behandlung abgebrochen, sich der Bewährungshilfe entzogen und damit die ihr bei der Haftentlassung auferlegten Auflagen verletzt hatte, wurde sie nach Eingang der Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung schriftlich verwarnt; nachdem ihr die Verwarnung mit Gerichtsurkunde nicht direkt zugestellt werden konnte, leitete das Zwangsmassnahmengericht das mündliche Verfahren ein, in dem es die beschuldigte Person vorführen liess und die Ersatzmassnahmen unter Anordnung erneuter Untersuchungshaft widerrief.

Zu den Beweisanforderungen schliesslich ist festzuhalten, dass die Meldung einer involvierten Institution in der Regel genügend umfassend und objektiv ist, um auf deren Grundlage zu entscheiden. Ging die Meldung von einer privaten, von der Massnahme geschützten Person aus, ist aufgrund der speziellen Interessenlage gegebenenfalls polizeilich eine Objektivierung vornehmen zu lassen oder die Person direkt als Zeuge oder Auskunftsperson zu befragen.

4.

Unbefristet angeordnete Ersatzmassnahmen unterliegen nicht dem Verlängerungsregime gemäss Art. 227 Abs. 1 StPO.

Art. 237 Abs. 4 StPO bestimmt, dass sich die Anordnung und die Anfechtung von Ersatzmassnahmen nach den Vorschriften über die Untersuchungs- und die Sicherheitshaft richten. Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Ersatzmassnahmen dem Regime von Art. 227 StPO unterstellt sind, der in Absatz 1 festhält, dass die Staatsanwaltschaft nach Ablauf der vom Zwangsmassnahmengericht festgesetzten Dauer der Haft oder bei nicht beschränkter Haftdauer nach Ablauf von drei Monaten ein Haftverlängerungsgesuch zu stellen hat. Soweit überblickbar, wird diese Frage von den Kommentatoren nicht oder bloss indirekt

beantwortet (nach sinngemässer Anwendung von Art. 222 StPO könne der Beschuldigte Entscheide über die Anordnung oder Verlängerung einer Ersatzmassnahme bei der Beschwerdeinstanz anfechten; BSK StPO – MATTHIAS HÄRRI, Art. 237 N 48); bei den Zwangsmassnahmengerichten scheinen die Meinungen auseinanderzugehen. Von vorneherein klar ist, dass die Frage nur in Bezug auf Ersatzmassnahmen offen ist, die vom Zwangsmassnahmengericht nicht befristet wurden. Je nach Anknüpfungspunkt ist die Frage unterschiedlich zu beantworten: Liegt er bei den Voraussetzungen der Ersatzmassnahmen, ist die Frage zu bejahen, da kein Grund ersichtlich ist, die Ersatzmassnahmen anders als die Haft zu behandeln und deren Voraussetzungen nicht periodisch durch das Zwangsmassnahmengericht überprüfen zu lassen. Liegt er dagegen bei der Massnahme selber, ist die Frage eher zu verneinen, da Ersatzmassnahmen zwar erhebliche Einschränkungen der Bewegungsfreiheit bedeuten können, indessen nie die Intensität eines totalen Freiheitsentzugs erreichen.

Bislang bejaht hat diese Frage das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Thurgau aus der Überlegung, dass Ersatzmassnahmen auch als mildere Massnahmen gleich wie Untersuchungs- und Sicherheitshaft zu behandeln seien, da auch sie nur angeordnet und aufrecht erhalten werden dürfen, wenn die allgemeinen Haftvoraussetzungen gegeben sind. Das kantonale Zwangsmassnahmengericht dagegen neigt dazu, die Frage zu verneinen, ohne dass es sie bislang zu entscheiden gehabt hätte. Dabei stellt es bei seinen Überlegungen nicht nur auf die Intensität der Massnahme ab, die eine unterschiedliche Behandlung nahe legt, sondern ebenfalls auf den Wortlaut des Gesetzes, das nur von Anordnung und Anfechtung, nicht aber von der Verlängerung von Ersatzmassnahmen spricht. Hinzu kommt, dass bei einer auf längere Dauer angelegten Massnahme – wie beispielsweise einer psychotherapeutischen Behandlung – eine periodische Überprüfung wenig sinnvoll wäre und dass die beschuldigte und mit Ersatzmassnahmen beschwerte Person jederzeit überprüfen lassen kann, ob deren Voraussetzungen noch gegeben sind.

B. Durchsuchungen und Untersuchungen

Art. 248 StPO: Siegelung/Entsiegelung

Dem Siegelungsverfahren kommt im Rechtshilfefollzugsverfahren eine selbständige Bedeutung zu.

Die Bundesanwaltschaft ist zuständig zum Vollzug eines Rechtshilfeersuchens der Staatsanwaltschaft Mailand, die eine Untersuchung gegen einen italienischen Staatsangehörigen führt, der der Korruption verdächtigt wird und der eine Tessiner Treuhandgesellschaft mit der Abwicklung gewisser Geschäfte beauftragt hatte. Nachdem die Bundesanwaltschaft in den Räumlichkeiten der Treuhand-

gesellschaft ein Haussuchung veranlasst und dabei die Bundeskriminalpolizei zahlreiche Dokumente physisch und elektronisch sowie den Backupserver mit den gesamten Geschäftsdaten der letzten zehn Jahre sichergestellt hatte, verlangte die Treuhandgesellschaft die Siegelung des sichergestellten Materials und berief sich dabei darauf, dass dieses Geschäftsgeheimnisse enthalte, die zu schützen seien. Namentlich machte die Treuhandgesellschaft geltend, dass auf dem beschlagnahmten Server sämtliche Arbeiten seit dem Jahre 2000 für ca. 500 Kunden, das Kundenverzeichnis, das Auftragsverzeichnis mit Tarifen und Honoraren, Fakturierung, Geschäftsorganisation usw. enthalten seien.

An dieser Stelle erscheint es nützlich, sich kurz zu fragen, welche Geheimnisse von der Siegelung erfasst und geschützt werden. Vorab sind es sicher die Berufs- und Amtsgeheimnisse, die ein Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht begründen, auf die das Gesetz explizit Bezug nimmt; da die Siegelung ebenfalls dem Schutz der Geheim- und Privatsphäre vor ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen dienen soll (BSK StPO – Thormann/Brechbühl, Art. 248 StPO N 2), kommen aber auch Geschäfts- und Privatgeheimnisse in Frage, die unter die vom Gesetz erwähnten anderen Gründe zu subsumieren sind. Geschäftswie schützenswerte Privatgeheimnisse stehen jedoch einer Durchsuchung nicht absolut entgegen. Es ist dann eine Interessenabwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen und den Interessen der Strafverfolgung, d.h. eine Triage des sichergestellten Materials vorzunehmen. Somit sind Kundendaten der Treuhandgesellschaft ohne Relevanz für das italienische Strafverfahren unter den Begriff der Geschäftsgeheimnisse zu subsumieren.

Die Bundesanwaltschaft leitete das Entsiegelungsverfahren mit dem Antrag ein, es sei auf das Entsiegelungsgesuch nicht einzutreten und festzustellen, dass im vorliegenden Zusammenhang keine Siegelung hätte erfolgen sollen. Eventualiter stellte die Bundesanwaltschaft den Antrag, es seien die bei der Treuhandgesellschaft sichergestellten Unterlagen und elektronischen Daten zu entsiegeln und ihre Durchsuchung zu bewilligen.

Da die Bundesanwaltschaft das Rechtshilfefollzugsverfahren in Bern und nicht in ihre Filiale Lugano führt, war nach Art. 65 Abs. 2 StBOG nicht das Zwangsmassnahmengericht des Kantons Tessin, sondern das kantonale Zwangsmassnahmengericht in Bern für das Entsiegelungsverfahren zuständig.

Ihren Hauptantrag begründete die Bundesanwaltschaft im Wesentlichen damit, dass Art. 9 IRSG zwar auf die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Durchsuchung von Aufzeichnungen und Siegelung verweise, dass das Vorgehen nach diesen Vorschriften indessen zu einer Doppelspurigkeit führe, die der vom Gesetzgeber bei der Revision des IRSG beabsichtigen Beschleunigung des Ver-

fahrens widersprechen würde. Die Überlegung, dass sowohl im Entsiegelungs- als auch im Rechtshilfeverfahren die Verfahrensrelevanz zu prüfen und der Schutz der betroffenen Person im Rechtshilfeverfahren durch die Anfechtungsmöglichkeit der Schlussverfügung und die Verschwiegenheitsverpflichtung der Rechtshilfenvollzugsbehörde gewährleistet sei, führte die Bundesanwaltschaft zum Ergebnis, dass das Zwangsmassnahmengericht zur Aussonderung der verfahrensrelevanten Akten nicht erforderlich sei. Dabei stützte sich die Bundesanwaltschaft in ihrer Argumentation auf einen Entscheid des Bundesgerichts, in dem dieses die Vornahme der Triage durch die Rechtshilfenvollzugsbehörde geschützt und eine Rückweisung an die zuständige richterliche Behörde aus der Überlegung verworfen hatte, dass das Rechtshilfeverfahren der betroffenen Person genügend Schutz biete, um zu gewährleisten, dass nur relevante Unterlagen an die ausländischen Strafverfolgungsbehörden weiter geleitet würden.

Das kantonale Zwangsmassnahmengericht vertrat demgegenüber die Auffassung, dass die Bundesanwaltschaft zu weit gehe, wenn sie aus dem Entscheid des Bundesgerichts eine grundsätzliche Zuständigkeit der Rechtshilfenvollzugsbehörde zur Triage des sichergestellten und bereits versiegelten Materials ableite, sofern keine Berufsgeheimnisse geltend gemacht würden. Denn erstens beziehe sich der erwähnte Entscheid des Bundesgerichts nicht auf eine Siegelungsverfügung der Rechtshilfenvollzugsbehörde, sondern auf den aus seiner Sicht fehlerhaften Entscheid auf vollständige Entsiegelung der zuständigen richterlichen Behörde, und zweitens halte das Bundesgericht in seinem Entscheid ausdrücklich fest, dass die richterliche Behörde die Ausscheidung derjenigen Daten, die dem Anwaltsgeheimnis unterliegen, wenn nötig unter Beizug eines Sachverständigen, richtigerweise selbst hätte vornehmen müssen. Denn an die mit der Rechtshilfe betrauten Untersuchungsbehörden sollen nur diejenigen Informationen übermittelt werden, welche gemäss Rechtshilfeersuchen relevant und nicht durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sind (E. 5e.aa S. 502). Da keine Differenzierungsgründe ersichtlich sind, gilt dies nach Auffassung des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts selbstverständlich auch für Geschäftsgeheimnisse.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Triage des im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens sichergestellten Materials in jedem Fall durch die richterliche Behörde und nicht durch die Rechtshilfenvollzugsbehörde vorzunehmen ist. Zum gleichen Schluss kommt im Übrigen auch Andreas Keller, der in seinem Kommentar festhält, dass die Entsiegelung durch das für das Strafverfahren des Bundes zuständige Zwangsmassnahmengericht zu erfolgen habe (ANDREAS KELLER, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, N 10 zu Art. 246

StPO).

Dementsprechend trat das kantonale Zwangsmassnahmengericht auf das Entsiegelungsgesuch ein und sieht sich nun vor die Aufgabe gestellt, rund 80'000 Dokumente unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit auf ihre Relevanz hin überprüfen und triagieren zu müssen.

Dafür sieht das kantonale Zwangsmassnahmengericht ein mehrstufiges Verfahren vor. Zunächst werden unter Einbezug der Parteien und auf der Grundlage der von ihnen abgeschlossenen Vereinbarung die Such- und Ausscheidungsparameter definiert. Nach durchgeführter Suche wird das ausgeschiedene Material von der Treuhandgesellschaft triagiert und das von ihr bezeichnete Material der Bundesanwaltschaft übergeben. Das verbleibende Material wird durch das kantonale Zwangsmassnahmengericht allenfalls unter Beizug eines Sachverständigen ein weiteres Mal triagiert und das von ihm bezeichnete Material der Bundesanwaltschaft übergeben. Allfällig verbleibendes Material schliesslich wird an die Treuhandgesellschaft herausgegeben.

C. Geheime Überwachungsmaßnahmen

Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr

Allgemein

Die Geheimhaltung geheim angeordneter Überwachungsmaßnahmen ist zu gewährleisten; nicht nur ist davon abzusehen, sie während ihrer Dauer aktenkundig zu machen, es ist auch dafür zu sorgen, dass der Kreis derjenigen, die von ihnen Kenntnis haben, klein bleibt.

Ich erinnere mich noch gut, wie das Bundesgericht, als auf Bundesebene noch die Anklagekammer zur Genehmigung der Überwachungsmaßnahmen zuständig war, für die Bearbeitung eine Kammer im dritten Untergeschoss des mächtigen Bundesgerichtsgebäudes vorsah, die für das betreffende Kammermitglied nur mit einem geheimen Zutrittscode und nach dessen Eingabe nur während eines Zeitfensters von einer halben Minute zugänglich war, ansonsten Alarm ausgelöst wurde: In dieser Kammer nun prüfte das Kammermitglied dann das Gesuch und erteilte handschriftlich mit knapper Begründung die Genehmigung oder verweigerte sie, was allerdings die Ausnahme war.

Das Bundesstrafgericht ging in der Folge mit den Sicherheitsvorkehrungen weit weniger weit; immerhin bearbeiteten die Mitglieder der Beschwerdekammer die Gesuche in einem separaten Büroraum, der nicht allen Mitarbeitenden des Bundesstrafgerichtes zugänglich war.

Wie geht das kantonale Zwangsmassnahmengericht mit der Geheimhaltung der Überwachungsmaßnahmen um? Es übernahm die Praxis der vormals zuständigen Anklagekammer des Kantons Bern und bearbeitet die Dossiers wie die übrigen, lässt sie indessen nicht auf dem Pult herumliegen,

bewahrt sie während des Bearbeitungsprozesses im Schrank auf und archiviert die Dossiers nach Abschluss des Verfahrens gesondert in einem abschliessbaren Metallschrank im Archiv.

Art. 270 StPO: Gegenstand der Überwachung

Drittanschlüsse dürfen nur überwacht werden, wenn sie von der beschuldigten Person benutzt werden.

Art. 270 Bst. b Ziff. 1 StPO bestimmt, dass Drittanschlüsse nur überwacht werden dürfen, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die beschuldigte Person diese benutzt.

Das kantonale Zwangsmassnahmengericht hatte ein Gesuch zu beurteilen, mit dem die Staatsanwaltschaft die rückwirkende Erhebung der Randdaten der Telefonanschlüsse zweier Bootsführer beantragte, die mit ihren Motorschiffen kollidiert waren und von denen der eine als Folge der Kollision verstorben war. Während sich die Überwachung des Anschlusses des überlebenden Bootsführers als unproblematisch erwies, da die Staatsanwaltschaft gegen ihn eine Untersuchung wegen fahrlässiger Tötung eröffnet hatte, stellte sich bei der Überwachung des Anschlusses des verstorbenen Bootsführers die Frage, welches der Anknüpfungspunkt sein könnte. Auf die Vorgabe des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts darzutun, dass ein Mitverschulden des verstorbenen Bootsführers zumindest hypothetisch vorhanden sei, liess sich die Staatsanwaltschaft nicht ein und stellte sich auf den Standpunkt, dass eine rückwirkende Randdatenerhebung einen weit weniger schwer wiegenden Grundrechtseingriff darstelle, als dies bei einer aktiven Fernmeldeüberwachung der Fall wäre, und dass aufgrund der Tatsache, dass der Träger des betroffenen Fernmeldegeheimnisses verstorben sei, das diesbezügliche Rechtsschutzinteresse dahin gefallen sei. Dem konnte sich das kantonale Zwangsmassnahmengericht indessen nicht anschliessen, auch wenn es für das Interesse der Staatsanwaltschaft an der Abklärung eines allfälligen Mitverschuldens des verstorbenen Bootsführers durchaus Verständnis hatte; für ihn zählte schliesslich die klare gesetzliche Regelung, die mit derjenigen des früheren BÜPF übereinstimmt und die Thomas Hansjakob wie folgt kommentierte: «Der klare Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 BÜPF lässt nur die Überwachung von Anschlüssen zu, die der Angeschuldigte im erwähnten Sinn [Verdächtiger benützt den Anschluss, respektive lässt den Anschluss benützen; Zusammenfassung durch den Autor], benützt. Ist dies nicht der Fall, ist die Überwachung von Drittanschlüssen (auch in Form von Randdatenerhebungen) nicht zulässig. Auch wenn z.B. zu erwarten wäre, dass die Überwachung des Anschlusses eines Zeugen oder des Opfers beweisrelevante Ergebnisse liefern würde, ist diese Überwachung nicht zulässig, wenn nicht behauptet werden kann, der Angeschuldigte werde den Zeugen ebenfalls anrufen» (Thomas Hansjakob, Büp/

Vüp/), Kommentar zum Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, Art. 4 N 10).

Immerhin gab das kantonale Zwangsmassnahmengericht auch eine Antwort auf die von der Staatsanwaltschaft aufgeworfene rhetorische Frage, wie in einem Fall vorzugehen sein werde, in dem der zu überwachende Anschluss dem Opfer eines vorsätzlichen Tötungsdeliktes gehört. Da sich, so die Ausführungen des Gerichts, ein solcher Sachverhalt vom vorliegenden unter anderem dadurch unterscheidet, dass das Opfer respektive dessen Hinterbliebene keine möglichen zivilrechtlichen Konsequenzen zu gewärtigen hätten, könnten sie von Seiten der Strafverfolgungsbehörden mit begründeter Erfolgserwartung ersucht werden, in Anwendung von Art. 45 Fernmeldegesetz (SR 784.10) beim zuständigen Provider die entsprechenden Auskünfte einzuholen oder hierzu ihr Einverständnis zu geben.

Art. 273 StPO: Verkehrs- und Rechnungsdaten, Teilnehmeridentifikation

Wird eine rückwirkende Randdatenerhebung für die gesamte Dauer von sechs Monaten beantragt, ist aufzuzeigen, inwiefern ein Verdacht auf Begehung strafbarer Handlungen während dieser Zeit besteht.

Rückwirkende Randdatenerhebungen werden von der Staatsanwaltschaft häufig im Bereich der Betäubungsmittel-, aber auch im Bereich der Serienkriminalität etwa bei bandenmässigen Einbruchdiebstählen beantragt. Nicht zuletzt aus Kostengründen bezieht sich der Antrag auf die maximal mögliche Dauer von sechs Monaten. Während bei der Betäubungsmittelkriminalität notorisch von Aktivitäten ausgegangen werden kann, die im Zeitpunkt des Antrages bereits länger angehalten hatten, erweisen sich bei Serienkriminalität die Aktivitäten oftmals örtlich und zeitlich als begrenzt. Dementsprechend hatte das Zwangsmassnahmengericht auch schon die Dauer begrenzt in Fällen, in denen die in flagranti gestellte Täterschaft zwar für weitere Taten in Frage kam, diese aber bloss wenige Wochen zurücklagen. Das Zwangsmassnahmengericht ist der Ansicht, dass in solchen Fällen die Genehmigung für die maximale Dauer auf eine Fishing Expedition hinauslaufen würde, die aufgrund des nunmehr erkennbaren Bewegungsrasters durchaus zu weiteren Treffern führen könnte, für die allerdings kein Anfangsverdacht bestanden hätte. Umgekehrt setzt das Zwangsmassnahmengericht die Latte nicht zu hoch an; es genügt der Hinweis auf weitere zurückliegende Taten, bei denen beispielsweise aufgrund des Modus operandi eine Täterschaft nicht ausgeschlossen werden kann.

Art. 278 StPO: Zufallsfunde

Im Zweifelsfall ist ein Gesuch um Genehmigung eines Zufallsfundes zu stellen.

Oftmals laufen Überwachungsmassnahmen paral-

lel mit der Folge, dass die Herkunft der Erkenntnisse nicht mehr klar erkennbar ist. Wird eine beschuldigte Person observiert und wird gleichzeitig eine weitere beschuldigte Person telefonisch überwacht und führen diese Überwachungsmaßnahmen zu einer Festnahme dieser Personen bei einer Drogenübergabe und zu einer Haussuchung in der Wohnung der observierten Person, ist es ratsam, für diese Person um die Genehmigung der Verwertung der Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung zu ersuchen.

Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten

Art. 280 StPO: Zweck des Einsatzes

Mit der Genehmigung einer aktiven Telefonüberwachung erteilt das Zwangsmassnahmengericht auf entsprechendes Gesuch gleichzeitig eine Genehmigung zur Verwertung der Raum- und Hintergrundgespräche.

Das Zwangsmassnahmengericht übernahm damit die Praxis der Anklagekammer, obwohl in der Literatur die Notwendigkeit dazu nicht durchwegs bejaht und betont wird, dass die Verwendbarkeit der Raum- und Hintergrundgespräche eine Genehmigung eines Zufallsfundes erfordere unabhängig davon, ob der von der überwachten Person unbeabsichtigte Einsatz des Telefongerätes als technisches Überwachungsgerät im Sinne von Art. 280 Bst. a StPO genehmigt wurde.

Art. 281 StPO: Voraussetzung und Durchführung

Bei der Standortermittlung mittels GPS ist das von der Zielperson benutzte Fahrzeug möglichst genau zu bezeichnen.

Das Zwangsmassnahmengericht hatte sich mit Gesuchen der Staatsanwaltschaft zu befassen, mit denen die Überwachung aller Fahrzeuge mittels GPS beantragt wurde, die von der Zielperson benutzt werden. Dabei handelte es sich teils um Mietfahrzeuge. Auch wenn dem Zwangsmassnahmengericht bewusst ist, dass es mitunter schwer oder gar unmöglich ist, die betreffenden Fahrzeuge zum Voraus zu bezeichnen, geht ihm diese Formulierung zu weit, da sie im Prinzip die Überwachung unbestimmt vieler Personen einschliesst, die das überwachte Fahrzeug ebenfalls benutzen. Zwar kann die Überwachung mit Auflagen versehen werden, diese verhindern den Eingriff in die persönliche Freiheit jedoch nicht. Das Zwangsmassnahmengericht erwartet daher in solchen Fällen, dass zumindest die Hinweise genannt werden, die für die Benutzung eines bestimmten Fahrzeuges durch die Zielperson sprechen, oder mit anderen Worten ausgedrückt, dass aus dem Gesuch hervorgeht, aufgrund welche Hinweise und Kriterien die Polizei veranlassen, ein Fahrzeug mit einem GPS-Gerät zu versehen.

Art. 286 ff. StPO: Verdeckte Ermittlung

Hier sei nur angemerkt, dass das Zwangsmassnahmengericht in vier Fällen eine verdeckte Ermittlung oder deren Verlängerung genehmigte. Um keine Rückschlüsse auf aktuelle Verfahren zuzulassen, wird auf weitere Ausführungen verzichtet.

D. Zeugenschutz

Art. 149 f. StPO: Zusicherung der Anonymität

Die Anforderungen an die Genehmigung variieren je nach dem, welcher Beweiswert den Aussagen der im Prozess zu anonymisierenden Person zukommt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach Art. 150 Abs. 2 und 4 der Genehmigungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichtes grundsätzlich endgültig und für alle am Prozess beteiligten Strafbehörden bindend ist.

Nach Art. 149 Abs. 1 StPO trifft die Verfahrensleitung auf Gesuch hin oder von Amtes wegen die geeigneten Schutzmassnahmen für Personen, für die aufgrund ihrer Beteiligung an einem Prozess eine erhebliche Gefahr an Leib und Leben besteht. Als einzige der in Art. 149 Abs. 2 StPO aufgezählten Massnahmen bedarf die Zusicherung der Anonymität der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht und ist in Art. 150 StPO detailliert geregelt. Als Zeugenschutz konzipiert (vgl. BSK StPO – STEFAN WEHRENBURG, Vor Art. 149–156 StPO N 7, Art. 149 StPO N 1), können die Massnahmen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte führen; dies bedeutet, dass die in einem Spannungsfeld stehenden Interessen von Zeugen und Beschuldigten, aber auch diejenigen an der Wahrheitsfindung und Strafverfolgung gegeneinander abgewogen und Beschränkungen möglichst ausgeglichen werden müssen (STEFAN WEHRENBURG, a.a.O., Art. 149 StPO N 6). Je wichtiger ein bestimmter Zeuge oder eine bestimmte Auskunftsperson für den Nachweis einer Straftat ist, umso grösser ist deren Schutzbedürfnis einerseits, umso grösser ist aber auch der Kompensationsbedarf für die beeinträchtigten Verteidigungsrechte andererseits (STEFAN WEHRENBURG, a.a.O., N 2 i.V.m. N 6). Daraus folgt umgekehrt, dass dann kaum eine oder keine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte gegeben ist, wenn die Person, der Schutz gewährt wird, für den Nachweis einer Straftat nur von geringer oder überhaupt keiner Bedeutung ist.

Dies trifft namentlich für die in Art. 149 Abs. 1 StPO erwähnten Übersetzerinnen und Übersetzer zu, denen im Verfahren bloss eine auf der Sprachebene vermittelnde, bei der Wahrheitsfindung jedoch überhaupt keine Rolle zukommt und die daher auch nicht als eigentliche Beweismittel gelten. Auch wenn die Zusicherung der Anonymität für Übersetzerinnen und Übersetzer in der Regel im Hypothetischen bleiben dürfte (STEFAN WEHRENBURG, a.a.O., N 1), führen die voran stehenden Überlegungen dazu, dass für deren Genehmigung die Anforderungen namentlich bei der Prüfung der

Gefährdung und der Eignung nicht allzu hoch anzusetzen sind. Dementsprechend hat das kantonale Zwangsmassnahmengericht entsprechende Zusicherungen ohne weiteres bewilligt. Aus ähnlichen Überlegungen genehmigte das kantonale Zwangsmassnahmengericht die Zusicherung der Anonymität in einem Fall, in dem diese einen polizeilichen Informanten betraf. Wörtlich hielt das kantonale Zwangsmassnahmengericht in seinem Entscheid fest: «Da die Aussagen der Person ‹Z1› lediglich dazu dienen, einen ersten konkreten Ermittlungsansatz zu ermöglichen, der anschliessend durch weitere Untersuchungshandlungen fortgeführt werden soll (so eine rückwirkende Teilnehmeridentifikation bezüglich des Mobil-Anschlusses der namentlich bekannten beschuldigten Person sowie eine Hausdurchsuchung), sind deren Verfahrensrechte, wie auch diejenigen allenfalls weiterer zu eruiender Tatbeteiligter lediglich in einem Ausmass beeinträchtigt, das durch die weiteren Untersuchungshandlungen, welche der Erhärtung des Tatverdachts dienen, kompensiert werden kann».

In einem weiteren Fall schliesslich erteilte das kantonale Zwangsmassnahmengericht die Genehmigung der Zusicherung an einen Polizeibeamten, der Beschuldigte in einer Untersuchung war. Aus diesem Grunde galt es lediglich abzuwägen, ob die Rechte des Privatklägers dadurch übermässig eingeschränkt werden, während die Verteidigungsrechte klarerweise nicht tangiert waren. Das kantonale Zwangsmassnahmengericht verneinte eine übermässige Einschränkung, und hielt fest, dass die Interessen der Strafverfolgung weiterhin als gewahrt eingestuft werden könnten,

heitsfindung nicht zusätzlich zu erschweren. In Berücksichtigung des Gesagten erschienen auch die Parteirechte des Privatklägers durch die Zusicherung der Anonymität kaum eingeschränkt, respektive könnten diese Einschränkungen gegebenenfalls durch entsprechende Anordnungen namentlich gegenüber der Kantonspolizei Bern als Arbeitgeber der beschuldigten Person kompensiert werden. Demgegenüber ist ein Schutzbedürfnis der beschuldigten Person im Sinne von Art. 149 Abs. 1 StPO als gegeben zu erachten. In Berücksichtigung der Tatsache, dass die beschuldigte Person weiterhin in der Sondereinheit «Enzian» der Kantonspolizei Bern tätig sei, ergäbe sich durch die Bekanntgabe ihrer Identität nicht nur eine entsprechende Gefährdung aufgrund der zu beurteilenden Vorkommnisse, sondern wäre eine solche auch im Hinblick auf künftige Einsätze nicht auszuschliessen.

E. Schluss

Ich komme zum Schluss und knüpfe gerne an den Veranstaltungstitel an. Ich sehne mich – als ehemaliger eidgenössischer Untersuchungsrichter – nicht nach dem alten Bundesstrafprozess zurück, auch wenn ich ihm einen gewissen Charme nicht abspreche. Er war, in einem gewissen Sinn, wie der Mantel von Inspektor Colombo – zerschlagen, mit Flickern gestopft, aber immer auch mit Löchern durchsetzt. Der neue Mantel trägt sich zweifellos besser und ist auch modischer – ob er aber besser den Zweck erfüllt, darüber sollen andere urteilen.

da einerseits die Identität der beschuldigten Person der Kantonspolizei Bern – selber ein Organ der Strafverfolgung – als deren Arbeitgeber und auch Auftraggeber bezüglich des in Frage stehenden Sachverhalts bekannt sei und somit Untersuchungshandlungen hinsichtlich der beschuldigten Person nicht erschwert oder gar verhindert würden. So könnten etwa Führungszeugnisse oder Auskünfte über ihr bisheriges dienstliches Verhalten weiterhin ohne zusätzliche Aufwände erhältlich gemacht werden. Andererseits sei darauf hinzuweisen, dass die beschuldigte Person gemäss Art. 113 StPO namentlich das Recht habe, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Das zusätzliche Verdecken ihrer Identität vermöge vor diesem Hintergrund die Wahr-

Ausschluss des Mitbeschuldigten von der Einvernahme der beschuldigten Person?

Wenn man die Eltern eines Kleinkindes nach dessen Alter fragt, so können sie das jeweils ziemlich genau angeben. Bei neuen Gesetzen ist das nicht anders, zumal dann, wenn es sich um ein so bedeutendes wie eine Strafprozessordnung handelt. Sie hat in ihrem kurzen Dasein schon einiges erlebt und über verschiedene dieser Erlebnisse wollte ich Ihnen heute berichten. Wollte ich – doch da hat mich einer der ersten Stolperer des Kleinkindes so sehr in den Bann gezogen, dass ich mich ihm näher zugewendet habe. Es geht um die Frage, ob die Anwesenheit einer Drittperson bei der Einvernahme der beschuldigten Person eingeschränkt werden kann, konkret: ob es unter Umständen zulässig ist, einen Mitbeschuldigten von der Einvernahme seines mutmasslichen Kompagnons auszuschliessen.

I. Ausgangslage

Die starke Stellung der Staatsanwaltschaft soll in der StPO u.a. mit ausgebauten Rechten der beschuldigten Person ausbalanciert werden. Dazu gehören u.a. der Anwalt der ersten Stunde (Art. 159 StPO) sowie das rechtliche Gehör als Ausgangspunkt aller Parteirechte (Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO). Eine Ausprägung des rechtlichen Gehörs ist das Recht auf Teilnahme an Verfahrenshandlungen (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO), und dieses Recht wiederum findet sich konkretisiert in Art. 147 StPO:

¹ *Die Parteien haben das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Die Anwesenheit der Verteidigung bei polizeilichen Einvernahmen richtet sich nach Artikel 159.*

Nach Abs. 1 sind Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren parteiöffentlich, d.h., dass die beschuldigte Person anwesend sein kann, wenn die Staatsanwaltschaft Beweise erhebt, und dass sie ein Fragerecht hat. Es heisst aber ebenso, dass sie auch bei der Einvernahme einer *mitbeschuldigten* Person anwesend sein kann. Genau an dieser Konstellation hat sich eine für die Praxis höchst bedeutsame Streitfrage entzündet, deren gesetzliche Behandlung indessen unsicher ist. Es ging um folgendes:

Die Zürcher Strafverfolgungsbehörden führten gegen M und 3 weitere Beschuldigte (A, B, C) eine Strafuntersuchung wegen sog. Skimming: Es bestand der Verdacht, dass sie über mehrere Monate hinweg heimlich Kameras und Kartenlesegeräte an

Bancomaten angebracht hatten, um auf diese Weise an die Daten der benutzten Bankkarten zu kommen (Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage, Art. 147 StGB). Als einer der Mitbeschuldigten das erste Mal einvernommen werden sollte, beantragte der Verteidiger des M, bei dieser Einvernahme anwesend zu sein. Die Staatsanwaltschaft lehnte diesen Antrag ab, das Zürcher Obergericht schützte die Ablehnung (OGer Zürich, III. Strafkammer, Beschluss vom 11.5.2011 i.S. Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland – UH110023, auszugsweise abgedruckt in fp 2011, 207 f. sowie in ZR 110 [2011] Nr. 39). Das Bundesgericht ist aus prozessualen Gründen auf eine dagegen gerichtete Beschwerde in Strafsachen nicht eingetreten (BGer, Urteil vom 15.7.2011, 1B_291/2011).

Uns soll hier die Begründung des obergerichtlichen Urteils interessieren. Sie stützt sich zur Hauptsache auf Art. 146 StPO: Nach dessen Abs. 1 werden einzuvernehmende Personen *getrennt* einvernommen. Der Grundsatz der getrennten Einvernahme hat nach Auffassung des Obergerichts zwei Zwecke. Einerseits soll dadurch die Unbefangenheit *der einzuvernehmenden Person* gewährleistet werden. Sie soll sich möglichst unverfälscht und unbeeinflusst äussern können. Andererseits will die Bestimmung kollusives Aussageverhalten erschweren: Die später einzuvernehmende mitbeschuldigte Person soll ihre Einlassungen nicht auf diejenigen des vor ihm einvernommenen Kompagnon abstimmen können. All dies diene dem unumstrittenen Interesse an der Ermittlung der materiellen Wahrheit, und deshalb bestehe kein Anspruch des Mitbeschuldigten, an der Einvernahme der beschuldigten Person anwesend zu sein. Die Einvernahme eines Beschuldigten in Abwesenheit eines anderen Mitbeschuldigten ist nach dieser Auffassung zulässig. Über die *Verwertbarkeit* entsprechender Aussagen ist damit allerdings noch nicht entschieden. Das Obergericht behält nämlich Art. 147 StPO vor, d.h.: Verwertet werden dürfen entsprechende Aussagen nur, wenn bei einer Einvernahme der Mitbeschuldigte Gelegenheit hatte, dem einvernommenen Beschuldigten Fragen zu stellen. Das ist allerdings keine hohe Hürde, weil nach Auffassung des Obergerichts Zürich das Fragerecht auch erst nachträglich eingeräumt werden könne.

Kurz: Die *Zulässigkeit* des Ausschlusses eines Mitbeschuldigten von der Einvernahme eines an-

dem Beschuldigten richtet sich nach Art. 146 StPO, die *Verwertbarkeit* entsprechender Aussagen nach Art. 147 StPO.

II. Art. 146 StPO als Einschränkung des Teilnahmerechts?

Die Marginalie von Art. 146 StPO lautet: Einvernahme *mehrerer Personen* (und Gegenüberstellungen, auf die es hier nicht ankommt), und der Abs. 1: «Die *einzuvernehmenden Personen*» werden getrennt *einvernommen*. Art. 146 StPO hat damit eine andere Situation im Auge hat als diejenige, die uns umtreibt. Es geht in unserem kritischen Fall nicht um die Einvernahme *mehrerer* Personen. Es geht um die Einvernahme *einer* Person, des Beschuldigten nämlich. Die andere Person, d.h. der Mitbeschuldigte, will gar nicht einvernommen werden; er bzw. sein Verteidiger will nur zuhören und allenfalls Ergänzungsfragen stellen. Getrennte Einvernahme im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StPO bedeutet, dass bei mehreren Beschuldigten diese im Regelfall *nicht gleichzeitig* einvernommen werden. Die Staatsanwaltschaft stellt nicht Fragen an den A und dann an den B, wieder an den A und auch noch an den C, nach Möglichkeit noch unterbrochen mit Einwendungen derjenigen, an die sich die jeweilige Frage nicht richtet. So lässt sich eine Einvernahme nicht geordnet durchführen.

Dazu kommt, dass die Tragweite von Art. 146 Abs. 1 StPO nicht auf Mitbeschuldigte beschränkt ist. Die Bestimmung erfasst auch Zeugen, Auskunftspersonen, Sachverständige etc. Auch sie sind selbstverständlich nacheinander einzuvernehmen, sonst fällt der Zeuge dem Sachverständigen ins Wort und die Auskunftsperson dem Zeugen. Aber hier zeigt sich noch viel deutlicher, dass die obergerichtliche Deutung von Art. 146 Abs. 1 StPO nicht richtig sein kann: *Wäre* sie richtig, so wäre der StPO der Satz eingeschrieben: Zeugen, auch Belastungszeugen, werden in der Regel ohne die beschuldigte Person einvernommen, um deren Belastung es geht. Darin läge nicht nur ein Widerspruch zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, das wäre ein Rückfall in finstere Zeiten inquisitorischer Befragung auf einem Schutzniveau, dem bereits die kantonalen Verfahrensordnungen ganz überwiegend weit entwachsen waren. Nochmals: Die Auffassung des Zürcher Obergerichts führt dazu, dass die beschuldigte Person *in der Regel* von der (ersten?) Einvernahme des Zeugen auszuschliessen ist, und wenn man die Zeugenaussage doch noch verwerten wollte, so wäre die beschuldigte Person im Nachhinein damit zu konfrontieren. Dass dies der Wille des Gesetzgebers am Anfang des 21. Jahrhunderts gewesen sein könnte, das wird sich schwerlich plausibel machen lassen.

Auf Art. 146 StPO lässt sich also der Ausschluss eines Mitbeschuldigten und/oder seines Verteidigers von der Einvernahme eines anderen Beschuldigten nicht stützen. Deshalb ist nach anderen Gesetzesbestimmungen zu suchen, die als Ein-

schränkung von Art. 147 StPO gelesen werden können.

III. Andere gesetzliche Grundlagen für eine Einschränkung des Teilnahmerechts?

1. Einschränkung des rechtlichen Gehörs? (Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO)

Art. 147 StPO selber ist ohne Schranken formuliert; eine Bestimmung, wonach das in Abs. 1 eingeräumte Recht auf Teilnahme an den Beweiserhebungen eingeschränkt werden könnten, enthält er nicht. Deshalb müssen wir (wie auch bei der Beschränkung der Akteneinsicht) auf die *allgemeine* Regelung des rechtlichen Gehörs zurückzugreifen, denn das Recht auf Teilnahme an den Beweiserhebungen stellt *einen* der Teilgehalte des rechtlichen Gehörs dar (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO). Art. 108 StPO regelt die Einschränkungen des rechtlichen Gehörs:

¹ Die Strafbehörden können das rechtliche Gehör einschränken, wenn:

- a. der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht;
- b. dies für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist.

² Einschränkungen gegenüber Rechtsbeiständen sind nur zulässig, wenn der Rechtsbeistand selbst Anlass für die Beschränkung gibt.

Ein Ausschluss des Mitbeschuldigten wäre demnach denkbar, wenn man sagen könnte, dass für den Fall seiner Teilnahme der begründete Verdacht bestehe, dass er seine Rechte missbrauche. Hier stellt sich zunächst einmal die Frage, um welche Rechte (das Gesetz spricht von ihnen im Plural) es denn gehen könnte: Welche könnte er missbrauchen, wenn er teilnähme?

Zum vornherein ausser Betracht fällt das Recht auf Teilnahme an der Einvernahme selber. Es wird nicht missbraucht dadurch, dass der Mitbeschuldigte an der Einvernahme teilnimmt. Es fällt schwer, ein anderes Recht der mitbeschuldigten Person zu orten, das sie missbrauchen könnte. Den Missbrauch müsste man ja darin sehen, dass sie *bei ihrer eigenen* Einvernahme ihre Einlassungen auf diejenigen des Ersteinvernommenen abstimmt und dadurch sich selber einen Vorteil verschafft, sich selber begünstigt. Die Selbstbegünstigung ihrerseits ist zwar straflos, aber nicht rechtmässig. Von einem «Recht» auf Selbstbegünstigung, wie Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO es voraussetzen würde, kann deshalb keine Rede sein. Und wenn man trotzdem davon ausgehen wollte, dass die Selbstbegünstigung ein «Recht» darstellt, dann ist nicht zu sehen, wie die *vollzogene* Selbstbegünstigung dann doch einen Missbrauch und nicht nur einen Gebrauch eben dieses Rechts darstellen sollte. Wie man es auch dreht und wendet: Die Missbrauchsklausel passt nicht auf unseren Fall.

2. Vorübergehender Ausschluss von der Verhandlung? (Art. 146 Abs. 4 StPO)

Ein zweiter Ansatzpunkt für einen Ausschluss des Mitbeschuldigten von der Einvernahme des Erstbeschuldigten könnte darin liegen, dass eine Interessenkollision vorliegt. Abs. 4 von Art. 146 StPO erlaubt es der Verfahrensleitung in diesem Fall, eine Person vorübergehend von der Verhandlung auszuschliessen. Doch stellen sich auch diesem Vorgehen hohe Hürden in den Weg.

Lit. a nennt als ersten Grund für den Verhandlungsausschluss die «Interessenkollision». *Wessen Interessen wie zu kollidieren haben*, sagt die Vorschrift nicht; die sachliche und die persönliche Reichweite des Ausschlusses sind denkbar unbestimmt. Setzt man bei letzterer an, so fällt auf, dass lit. b ebenfalls einen Fall der Interessenkollision regelt (in Gestalt von Kollusionsgefahr), nun aber mit Blick auf bestimmte Personen: Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständige, deren Einvernahme noch bevorsteht. Damit wird deutlich, dass die Fälle möglicher Interessenkollisionen auf Seiten der nicht-einvernommenen Person auf die dort genannten beschränkt ist. Lit. b will die Unbefangenheit von Zeugen, Auskunftspersonen oder Sachverständigen für künftige Einvernahmen erhalten, und *nur* von ihnen. Also bleiben für die Interessenkollision, die lit. a im Auge hat, die Fälle, wo es um Interessen *der einvernommenen* Person geht. Auch für unsere Belange gibt die Bestimmung etwas her: Das Zürcher Obergericht hat *einen* der beiden Zwecke der getrennten Einvernahme darin gesehen, dass sie die Unbefangenheit *der einzuvernehmenden* Person erhalten solle. Dies leistet lit. a in der Tat, und das gilt nun auch für Mitbeschuldigte: Wenn die Sachlage so liegt, dass zu befürchten ist, die einzuvernehmende beschuldigte Person werde in Anwesenheit des Mitbeschuldigten «verbogen oder verkümmert», d.h. wahrheitswidrig oder unvollständig, aussagen, dann kann dieser vorübergehend ausgeschlossen werden. Insofern schränkt Art. 146 Abs. 4 lit. a StPO das dem Wortlaut nach unbegrenzte Anwesenheitsrecht von Art. 147 Abs. 1 StPO tatsächlich ein. Nur ist dies nicht die Konstellation, welche die Strafverfolgung in unserem Ausgangsfall umtreibt. Sie möchte den Mitbeschuldigten nicht deshalb ausschliessen, weil die einzuvernehmende beschuldigte Person bei seiner Anwesenheit in einen Interessenkonflikt geraten würde, sondern damit jener seine Aussagen mit Blick auf seine eigene Einvernahme nicht auf die Einlassungen der beschuldigten Person abstimmen kann. Dafür aber kommt nun nur noch lit. b von Art. 146 Abs. 4 StPO in Frage, und bei dieser Bestimmung haben wir bereits gesehen, dass sie auf Mitbeschuldigte nicht anwendbar ist, sondern nur auf Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständige. Hier mitbeschuldigte Personen einzubeziehen, wäre eine Auslegung gegen den Wortlaut, für die sich keine Stütze finden lässt.

3. Zwischenergebnis

So bleibt dieser Streifzug durch mögliche Grundlagen für eine Einschränkung des Teilnamerechts des Mitbeschuldigten ohne zählbares Ergebnis. Ist es tatsächlich so, dass die StPO keine Handhabe bietet, um einem Mitbeschuldigten die Teilnahme an der Einvernahme eines mutmasslichen Komplizen zu verwehren, selbst wenn der Wille zur Kollusion unzählbar und mit Händen zu greifen ist? Dass es solche Fälle schon gibt oder sonst jedenfalls noch geben wird, ist nicht ernsthaft zu bezweifeln. Deshalb stellt sich die Frage, ob dem Regelwerk nicht eine etwas differenziertere Lösung zu entnehmen ist.

IV. Akteneinsicht und Teilnahme an Beweiserhebungen

Hier ist zunächst ein Blick auf das Verhältnis zwischen dem Akteneinsichtsrecht (Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO) und dem Teilnamerecht an Verfahrenshandlungen, v.a. Beweiserhebungen (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO), nötig. Das Teilnamerecht nach Art. 147 StPO scheint mit Blick auf Mitbeschuldigte uneingeschränkt. Das Akteneinsichtsrecht hingegen unterliegt weitgreifenden Einschränkungen: Art. 101 StPO erlaubt es der Staatsanwaltschaft, Akteneinsicht erst zu gewähren, wenn die beschuldigte Person einvernommen ist und die übrigen wichtigsten Beweise erhoben sind.

Wir haben diese Regelung nun auf unsere Sachlage zu übertragen: Angenommen, der Mitbeschuldigte M ist flüchtig und des Beschuldigten A ist man habhaft geworden. In dieser Situation ist natürlich die Einvernahme des A zulässig, obwohl der flüchtige M daran nicht teilnehmen kann. Nehmen wir weiter an, der M hat eine Verteidigerin. Diese wird nach der Einvernahme des A ein Gesuch um Akteneinsicht stellen. Die Staatsanwaltschaft wird ihr diese Einsicht verwehren mit dem Hinweis auf Art. 101 Abs. 1 StPO. Die Akteneinsicht ihrerseits stellt sich dar als eine *mediatisierte Teilnahme* an der Einvernahme: Die Lektüre des Protokolls ist eine schwächere Form der Teilhabe an den Aussagen des B als deren unmittelbare Kenntnisaufnahme in der Einvernahme selber. Diese schwächere Form des Informiert-Werdens über die Aussagen des B würde aber, wenn die These von dem unbeschränkten Teilnamerecht an der Einvernahme zutrifft, den stärkeren Restriktionen unterliegen. Kollusionsgefahr könnte also dort, wo sie in schwächerem Ausmass besteht, gebannt werden, wo sie sich akzentuiert aber nicht. Das erscheint ungeeignet.

V. Untersuchungshaft und Teilnahme an Beweiserhebungen

Diese Ungereimtheiten verstärken sich angesichts der Situation, die dem vom Zürcher Obergericht beurteilten Fall zugrunde gelegen hat. Dort waren sämtliche 4 Beschuldigte in Untersuchungshaft. Das Gesetz erlaubt in dieser Situation also die

gegenseitige physische Abschirmung der beschuldigten Personen, z.B. deshalb, damit sie sich nicht über ihre jeweiligen Aussagen absprechen können. Nähme man Art. 147 Abs. 1 StPO beim Wort, so würde dies just in *der* Situation nicht mehr gelten, dass einer der Beschuldigten eben solche Aussagen macht. Die Einvernahmesituation wäre als eine Art «Exklave» der Untersuchungshaft zu begreifen. Darin liegt ein Wertungswiderspruch, der sich noch dadurch potenziert, dass Untersuchungshaft als schwerster prozessualer Eingriff zur Verhinderung von Kollusion als zulässig gelten würde, der Ausschluss von einer Einvernahme als schwächerer Eingriff aber nicht.

VI. Harmonisierung des Umfangs des Ausschlusses?

1. Auslegung von Art. 147 Abs. 1 StPO gegen den Wortlaut?

Unser Problem lässt sich also auf die Frage zuspitzen, ob Abs. 1 von Art. 147 StPO so ausgelegt werden darf, dass er zwar (weiterhin) die Parteien erfasst, davon aber der Fall von Mitbeschuldigten ausgenommen werden kann, *sofern* zu befürchten ist, dass diese ihre Aussagen an diejenige der beschuldigten Person anpassen würden. Methodisch gesehen geht es darum, ob wir den Fall einer unechten Lücke vor uns haben: Der Wortsinn des Gesetzes ist zu weit geraten, er entspricht nicht dem Rechtssinn. Unter dieser Voraussetzung gilt es als zulässig, den Anwendungsbereich einer Norm teleologisch zu reduzieren und einen Sachverhalt nicht unter eine Norm zu subsumieren, obwohl deren Wortlaut die Subsumtion zuliesse.

VII. Historische Auslegung

Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist vom Sinn des Wortlautes «abzuweichen, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass der Gesetzgeber diesen nicht gewollt haben kann» (BGE 136 I 297, 299 E. 4.1). Die Gründe ihrerseits hat man in der Entstehungsgeschichte, dem Zweck oder in dem Zusammenhang der Norm mit anderen Vorschriften zu suchen. Insofern ist vorweg auf das Argument einzugehen, der Gesetzgeber habe die Folgen der Anwesenheit des Mitbeschuldigten bei der Einvernahme der beschuldigten Person sehenden Auges auf sich genommen. Das erscheint zumindest zweifelhaft: Der Ständerat hatte Art. 144 E-StPO integral ohne Diskussion angenommen, und fast dasselbe geschah im Nationalrat, wo allein die Formulierung von Abs. 4 strittig war. Mehr ergibt sich aus den Materialien nicht.

Das historische Auslegungselement stützt sich im vorliegenden Zusammenhang u.a. auf das Argument, dass die Bestimmung, die einen Ausschluss zulässt, Art. 146 Abs. 4 StPO, den Beschuldigten und Mitbeschuldigten nicht erwähnt. Für sich genommen trifft der Hinweis zu. Fraglich bleibt aber, ob darin eine bewusst getroffene Wertentscheidung des Gesetzgebers gesehen werden kann.

VIII. Begründung und Reichweite des Ausschlusses

Einen Mitbeschuldigten von der Einvernahme des Erstbeschuldigten auszuschliessen gründet auf dem Bestreben, möglichst «unverfälschte» Aussagen dieses Mitbeschuldigten zu erhalten. «Unverfälscht» meint in diesem Zusammenhang «unabgesprochen». Das Gesetz schützt dieses Bestreben: Wenn die sekundäre Form der Teilhabe an Verfahrenshandlungen Einschränkungen unterliegt, dann kann die primäre Form nicht weiter gehen: Die Einschränkungsmöglichkeiten beim Akteneinsichtsrecht müssen eine Querwirkung entfalten mit Blick auf Einschränkungsmöglichkeiten bei der Teilnahme an Beweiserhebungen. Und wenn das Gesetz die Bannung von Kollusionsgefahr durch Untersuchungshaft zulässt, dann kann es nicht die Verwirklichung dieser Gefahr während andauernder Untersuchungshaft in der Einvernahmesituation trotzdem guteissen. Das bedeutet, dass es – entgegen dem Wortlaut von Art. 147 Abs. 1 StPO – möglich sein muss, die Teilnahme des Mitbeschuldigten unter bestimmten Umständen zu beschränken. Diese Umstände ihrerseits gründen im Bestreben nach unbeeinflussten Äusserungen, nicht generell im «gefährdeten Verfahrensinteresse», m.a.W.: Wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass die mitbeschuldigte Person ihre Aussagen an diejenige des einvernommenen Beschuldigten anpassen würde.

Aber damit ist das Problem noch nicht gelöst. *Dass* die Teilnahme beschränkbar ist, das scheint mir nicht ernsthaft diskutabel. Die viel schwierigere Frage ist aber, *wie weit* sich die Ausschlussmöglichkeit erstreckt, und zwar in sachlicher wie persönlicher Hinsicht. Darin liegt nach meiner Auffassung die eigentliche Crux, wenn man sich von der Radikallösung des Wortlautes von Art. 147 Abs. 1 StPO verabschiedet. Ich kann das hier nur noch andeuten.

In sachlicher Hinsicht kommt am ehesten eine Anlehnung an Art. 101 StPO zur Akteneinsicht in Frage. Damit hätte die Verweigerung der Teilhabe an Einvernahmen den gleichen Umfang wie die momentane Verweigerung der Akteneinsicht. Was passiert aber, wenn der A in der ersten Einvernahme schweigt? Könnten dann B und C ausgesperrt werden, bis er redet? Das dürfte zu weit gehen. Eine *einlässliche* Einvernahme ist bei Art. 101 StPO nicht vorausgesetzt, und sie kann es auch nicht sein bei der Einschränkung des Teilnahmerechts an der Erstvernehmung des Erstbeschuldigten.

Aber es muss eine weitere Grenze der Aussperrung geben, und die würde ich parallel zu Art. 101 StPO dort ziehen, wo die Beschuldigten je ein erstes Mal einvernommen worden *und*, wie eben bei der Akteneinsicht, die übrigen wichtigsten Beweise erhoben worden sind.

IX. Bilanz

Die Regelung der Teilnahmerechte stellt für jede Strafprozessordnung wohl eine der schwierigsten Materien dar, weil hier Strafverfolgungs- und Verteidigungsinteressen ungefiltert aufeinander prallen. Die gesetzgeberische Absicht ist im Fall der Teilnahme von Mitbeschuldigten an der Einvernahme der beschuldigten Person schwer zu eruieren. Der Vergleich mit dem Umfang des Akteneinsichtsrechts und mit dem Haftgrund der Kollusionsgefahr zeigt immerhin, dass der Wortlaut von

Art. 147 Abs. 1 StPO wohl zu weit ausgefallen ist und eingeschränkt werden muss. Er sollte weiterhin als Regel gelten, ausnahmsweise aber muss es zulässig sein, den Erstbeschuldigten ohne Anwesenheit von Mitbeschuldigten einzuvernehmen.

Post scriptum: Mit Beschluss vom 13. April 2012 (BK 12 35 BED) hat das OGer Bern diese Sicht der Dinge weitgehend geteilt und *im konkreten Fall* eine Beschwerde betr. Ausschluss des Verteidigers gutgeheissen.

NEUERSCHEINUNG AUS DEM STÄMPFLI VERLAG

Marcel Alexander Niggli, Manon Jendly

Strafsystem und Öffentlichkeit: Zwischen Kuscheljustiz und Scharfrichter
Système pénal et discours publics: entre justice c line et justice r pressive

257 Seiten, broschiert, CHF 62.–,
 ISBN 978-3-7272-8974-3, 1/2012

Das Strafsystem, seine Ausgestaltung und sein Zweck sind ständig Objekt von Diskussionen. Gelobt und verschrien oszilliert es zwischen Prävention und Repression, Wiedereingliederung und Bestrafung, Wiedergutmachung und Ausschluss, Kontrolle und Freiheit. Die Beiträge dieses Bandes wiedergeben die Vorträge der Tagung 2011 der Schweizerischen Arbeitsgruppe für Kriminologie. Die hier vertretenen Perspektiven sind praktisch und theoretisch und entstammen verschiedensten Bereichen, der Kriminologie, dem Recht, der Wirtschaft, aber auch der Geschichte, Soziologie, Politologie, Forensik und der Kommunikation.

Le système pénal, ses contours et ses finalités sont en perpétuel débat. Tour à tour loué ou décrié, il oscille entre prévention et répression, réinsertion et punition, réparation et exclusion, contrôles et libertés. Cet ouvrage collectif rassemble les Actes du Congrès 2011 du Groupe suisse de criminologie. La perspective ici privilégiée est à la fois pratique et théorique et s'inscrit au carrefour de plusieurs disciplines, de la criminologie au droit et à l'économie, en passant par l'histoire, la sociologie, les sciences politiques, forensiques et de la communication.

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Adresse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____

Bestellungen mit diesem Inserat werden portofrei geliefert. 12/0210



Stämpfli

Stämpfli
 Verlag AG
 Wflflstrasse 1
 Postfach 5662
 3001 Bern
 Tel. +41 (0)31 300 66 77
 Fax +41 (0)31 300 66 88
 order@staempfli.com
 www.staempfliverlag.com

Der Rechtsschutz in klaren Fällen – Ein Novum für die Berner Justiz

1. Einleitung

Am 1.1.2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Der prozessualen Rechtszersplitterung wurde damit ein Ende gesetzt. Doch ist dies erst der Anfang einer Entwicklung, denn eine einheitliche Prozessordnung bedeutet nicht sogleich eine einheitliche Anwendung derselben. Der Gesetzgeber war zwar bemüht, den «neuen Zivilprozess» möglichst eng an der kantonalen Tradition anzuknüpfen – Sprache und Terminologie sowie Systematik sind vertraut. Dennoch sieht sich die Praxis mit neuen Spielregeln konfrontiert, die oft der Auslegung bedürfen. Sodann sind auch Neuerungen in die ZPO eingeflossen; zu denken ist etwa an den Einbau der Mediation (Art. 213 ff. ZPO), den Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde (Art. 210 f. ZPO), die Schutzschrift (Art. 270 ZPO) oder die vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO).

Ein weiteres Novum – zumindest für die Berner Justiz – ist der Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO). Dieses Instrument ist der bundesrechtliche Nachfolger des sog. Befehlsverfahrens, das in einem weiten Teil der übrigen Deutschschweiz verbreitet war. Es ist ein besonderer Typus des summarischen Verfahrens (Art. 248 ff. ZPO). Subsidiär sind die Normen des ordentlichen Verfahrens anzuwenden, sofern sie nicht mit der Natur des Summarverfahrens in Widerspruch stehen (Art. 219 ZPO). Wann dies zutrifft, ist nicht immer einfach zu entscheiden. Folgender Beitrag soll daher einerseits das für die Berner Anwaltschaft und Gerichte neue Institut näher beleuchten, andererseits auch offene Fragen betreffend das summarische Verfahren allgemein klären.

2. Rechtsnatur und Zweck

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist sprichwörtlich der «kurze Prozess»¹, mithin ein schneller Rechtsschutz: Die gesuchstellende Partei kann bei klarer Rechts- und Sachlage ohne vorgängigen Schlichtungsversuch und ohne die Einlässigkeit des ordentlichen oder des vereinfachten Verfahrens einen rechtskräftigen und vollstreckbaren Entscheid erwirken. Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist demnach ein Erkenntnisverfahren – wenn auch ein verkürztes –, und nicht etwa ein Vollstreckungsverfahren. Er ist auch nicht zu verwechseln mit den vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO). Denn die gesuchstellende Partei muss ihren

Anspruch beweisen, glaubhaft machen genügt nicht; zudem erwächst der Sachentscheid in materielle Rechtskraft.

Funktionsgemäss ist der Rechtsschutz in klaren Fällen ein Instrument des Gläubigerschutzes, das den Gläubiger in liquiden Fällen schnell und kostengünstig zu seinem Ziel bringt². Er ist für die gesuchstellende Partei eine prozessökonomische Alternative³, kann aber auch mit einem gewissen zeitlichen und finanziellen Risiko verbunden sein (vgl. dazu Ziff. 6. b).

3. Voraussetzungen

a) Liquidität des Sachverhalts

Der Sachverhalt muss liquid, d.h. die Sachvorbringen müssen unbestritten oder sofort beweisbar sein (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO).

- Unbestritten ist der Sachverhalt, wenn die Gegenpartei die Tatsachenbehauptungen des Gesuchstellers nicht bestreitet. Insofern nimmt das Gericht über diese Tatsachen auch keinen Beweis ab (Art. 150 Abs. 1 ZPO). Ausgenommen sind unbestrittene Tatsachenbehauptungen, an deren Richtigkeit das Gericht erhebliche Zweifel hat (Art. 153 Abs. 2 ZPO). Können die Zweifel nicht sofort beseitigt werden, ist der gesuchstellenden Partei der schnelle Rechtsschutz verwehrt. Dennoch bedeutet Nichtbestreiten des Sachverhalts nicht automatisch auch Klageanerkennung; denn auch die Subsumtion des Sachverhalts unter eine Rechtsnorm kann unstritten sein⁴.
- Sofort beweisbar ist der Sachverhalt, wenn sich die bestrittenen Tatsachen durch die sofort verfügbaren Beweismittel ohne weiteres beweisen lassen. Anders als im einlässlichen Prozess müssen sich ein sorgfältiges Abwägen der Beweismittel und eine anspruchsvolle Beweiswürdigung erübrigen (vgl. dazu Ziff. 4). Nicht sofort bewiesen ist der Sachverhalt indes, wenn erhebliche Einreden oder Einwendungen geltend gemacht werden, die umfangreiche Abklärungen

² Vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006, S. 7221 ff., S. 7352.

³ MICHAEL LAZOPOULOS, in: MYRIAM A. GEHRI/MICHAEL KRAMER (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010, Art. 257 N 2.

⁴ Vgl. etwa TARKAN GÖKSU, in: ALEXANDER BRUNNER/DOMINIK GASSER/IVO SCHWANDER (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 257 N 7; FRANO KOSLAR, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, Art. 257 N 6 f.

¹ DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 257 N 2.

gen erfordern. In der Lehre ist umstritten, ob die Einreden und Einwendungen glaubhaft gemacht werden müssen⁵ oder lediglich substantiiert zu behaupten sind⁶. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat diese Frage bis jetzt offengelassen, zumindest aber festgehalten, dass auf jeden Fall offenkundig haltlose Behauptungen – sog. Schutzbehauptungen – den schnellen Rechtsschutz nicht aufzuhalten vermögen⁷. Nach dem Obergericht des Kantons Bern ist der «kurze Prozess» dann zu versagen, wenn die Einreden und Einwendungen nicht haltlos sind und mit den eingeschränkten Beweismitteln nicht entkräftet werden können⁸.

b) Klares Recht

Neben dem liquiden Sachverhalt muss auch die Rechtslage klar sein (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies ist dann der Fall, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung bewährter Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt⁹. Nicht liquid ist die Rechtslage indes, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert, wie dies etwa bei der Beurteilung von Treu und Glauben zutrifft¹⁰. Die Rechtslage muss sodann nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht klar sein. Sind Prozessvoraussetzungen strittig, z.B. wegen heikler sachlicher Zuständigkeitsfragen, ist der schnelle Rechtsschutz ebenfalls zu versagen. In der Praxis ist es nicht einfach, klares Recht von nicht klarem Recht abzugrenzen. Sodann muss sich der Richter materiell mit einem Fall befassen, bevor er beurteilen kann, ob klares Recht vorliegt¹¹.

⁵ FRANO KOSLAR, (Fn. 4), Art. 257 N 13; THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, in: THOMAS SUTTER-SOMM/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 257 N 7; Entscheid des OG Luzern vom 11.11.2011 (1B 11 44).

⁶ So z.B. TARKAN GÖKSU, (Fn. 4), Art. 257 N 8 und Fn. 14; DIETER HOFMANN, in: KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 257 N 10.

⁷ Vgl. BGE 5A_645/2011 m.w.H.

⁸ Vgl. Entscheid des OG Bern vom 2.5.2011 (ZK 11 207).

⁹ Vgl. Botschaft ZPO, (Fn. 2), S. 7352; BGE 4A_443/2011; BGE 4A_601/2011, zur Publikation vorgesehen.

¹⁰ Vgl. BGE 4A_601/2011 m.w.H., zur Publikation vorgesehen.

¹¹ Zur Kritik dieser Voraussetzung: THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 12 f. m.w.H.

4. Beweismittel und Beweismass

Aus der Voraussetzung des «sofort beweisbaren» Sachverhalts (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO) ergibt sich, dass der Rechtsschutz in klaren Fällen einer ausgeprägten Beweismittelbeschränkung unterliegt. Das Gericht hat sich grundsätzlich auf Urkunden zu beschränken, die sofort verfügbar sind. Zuzulassen ist auch ein Augenschein am mitgebrachten Objekt in einer mündlichen Verhandlung, nicht dagegen eine Aktenedition im Ausland oder das Einholen einer Expertise. Ob daneben auch Zeugen- und Parteibefragungen in Betracht fallen, ist umstritten¹². M.E. sind diese Beweismittel dann zuzulassen, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern (Art. 254 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Bundesgericht hat die Frage zwar offengelassen, ob der Zeugenbeweis in einem konkreten Verfahren zulässig ist¹³. Allgemein hat es jedoch festgehalten, dass der Beweis i.d.R. durch Urkunden zu erbringen ist, andere sofort greifbare Beweismittel aber nicht ausgeschlossen sind¹⁴.

In Bezug auf die Beweisstrenge ist vom Regelbeweismass der vollen richterlichen Überzeugung auszugehen. Mit blossem Glaubhaftmachen eines Anspruchs und eingeschränkten Beweismitteln darf sich das Gericht nur bei Urteilen begnügen, welche die materielle Rechtslage nicht endgültig festlegen¹⁵, z.B. im vorsorglichen Rechtsschutz.

5. Verfahrensablauf

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein summarisches Verfahren (Art. 248 lit. b und 257 Abs. 1 Einleitungssatz ZPO). Das Verfahren bestimmt sich somit nach Artikel 252 ff. ZPO und subsidiär nach den Vorschriften über das ordentliche Verfahren (Art. 219 ff. ZPO).

a) Gesuch mit Verfahrensantrag

Der Rechtsschutz in klaren Fällen beginnt direkt vor dem erkennenden Gericht, d.h. ein Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. a ZPO). Das Verfahren wird durch Gesuch und nicht durch Klage eingeleitet (Art. 252 Abs. 1 ZPO). Die Form richtet sich nach Artikel 130 ZPO; in einfachen oder dringenden Fällen ist auch eine mündliche Gesuchseinreichung möglich (Art. 252 Abs. 2 ZPO). Die mündliche Form wird in der Gerichtspraxis allerdings restriktiv gehandhabt. Für die inhaltlichen Anforderungen ist die Bestimmung

¹² Zustimmend: TARKAN GÖKSU, (Fn. 4), Art. 257 N 8; MICHAEL LAZOPOULOS, (Fn. 3), Art. 257 N 11; ADRIAN STAHELIN/DANIEL STAHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2008, § 21 Rz. 54; ablehnend: FRANO KOSLAR, (Fn. 4), Art. 257 N 12; THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 5.

¹³ Vgl. BGE 4A_601/2011, zur Publikation vorgesehen.

¹⁴ Vgl. BGE 4A_447/2011.

¹⁵ Vgl. BGE 117 II 554.

über die ordentliche Klage massgeblich, insb. hat das Gesuch die wesentliche Tatsachenbegründung zu enthalten (vgl. Art. 219 i.V.m. 221 ZPO). Der schnelle Rechtsschutz ist eine Option der gesuchstellenden Partei; sie kann stattdessen auch den normalen Prozessweg, d.h. das ordentliche oder das vereinfachte Verfahren, wählen. Folglich hat das Rechtsbegehren einen Verfahrens Antrag auf Zuweisung in das summarische Verfahren zu enthalten. Unklarheiten können zudem bei der Abgrenzung zu den Begehren um vorsorgliche Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) entstehen, die ebenfalls im summarischen Verfahren zu beurteilen sind (Art. 248 lit. d ZPO). Stellt die gesuchstellende Partei keinen Verfahrens Antrag und ergibt sich auch nicht aus der Eingabe, welche Art Rechtsschutz sie verlangt, hat das Gericht in Anwendung seiner Fragepflicht (Art. 56 ZPO) Präzisierungen einzuholen.

b) Anhörung der Gegenpartei

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist ein kontradiktorisches Verfahren, die Gegenpartei ist somit vorgängig anzuhören (Art. 253 ZPO). Nur wenn das Gesuch offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, darf von einer Stellungnahme der Gegenpartei abgesehen werden; es obliegt dem Gericht, eine schriftliche oder mündliche Stellungnahme einzuholen (vgl. Art. 253 ZPO). Entscheidet sich das Gericht für die schriftliche Variante, setzt es der gesuchsgegnerischen Partei Frist zur Stellungnahme. Bei Säumnis der Gegenpartei (Art. 147 Abs. 1 ZPO) wird das Verfahren ohne die versäumte Handlung weitergeführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO). Auf diese Folge muss das Gericht bei der Fristansetzung hinweisen (Art. 147 Abs. 3 ZPO). Eine Nachfristansetzung (vgl. aber Art. 219 i.V.m. 223 Abs. 1 ZPO) verträgt sich mit dem Grundsatz der Raschheit des Summarverfahrens nicht¹⁶.

Das Gericht kann auch unmittelbar zur Verhandlung vorladen. Bei Säumnis einer Partei entscheidet es aufgrund der vorhandenen Akten und der Vorbringen der anwesenden Partei (Art. 219 i.V.m. 234 Abs. 1 ZPO). Bei Säumnis beider Parteien wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen (Art. 219 i.V.m. 234 Abs. 2 ZPO)¹⁷.

¹⁶ Ebenso etwa MARTIN KAUFMANN, in: ALEXANDER BRUNNER/DOMINIK GASSER/IVO SCHWANDER (Hrsg.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 253 N 18 ff.; a.M. STEPHAN MAZAN in: KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 253 N 16.

¹⁷ A.M. STEPHAN MAZAN, (Fn. 16), Art. 253 N 19, der auch in diesem Fall Art. 234 Abs. 1 ZPO analog anwendet.

c) Zweiter Schriftenwechsel

Replik und Duplik sind im Summarverfahren grundsätzlich ausgeschlossen. Dem Gesuchsteller ist jedoch unter Wahrung des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit zu geben, zu allfälligen entscheidungsrelevanten neuen Beweismitteln oder Behauptungen des Gesuchsgegners Stellung zu nehmen. Dabei genügt die blosser Zustellung der Stellungnahme ohne förmliche Aufforderung zur Replik¹⁸. Das gleiche gilt für den Gesuchsgegner, soweit der Gesuchsteller in seiner Replik entscheidungsrelevante neue Beweismittel oder Behauptungen einbringt. Das Gericht hat daher nach Zustellung der Eingabe an die Gegenseite eine kurze Reaktionszeit verstreichen zu lassen, bevor es seinen Entscheid fällt. Der Grundsatz, dass das Gericht nicht aufgrund von Parteivorbringen entscheiden darf, zu denen sich die Gegenseite nicht äussern konnte, gilt auch im summarischen Verfahren¹⁹.

d) Widerklage

Der Vorentwurf zur ZPO schloss die Möglichkeit einer Widerklage im summarischen Verfahren und damit auch im Rechtsschutz in klaren Fällen ausdrücklich aus (Art. 263 VE-ZPO). Diese Bestimmung ist in der Vernehmlassung kritisiert worden und hat in die ZPO keinen Eingang gefunden. Daraus kann geschlossen werden, dass eine Widerklage – d.h. im Grunde genommen ein eigenständiges «Widergesuch» – im Rechtsschutz in klaren Fällen zuzulassen ist. Neben den allgemeinen Voraussetzungen der Widerklage (Art. 224 ZPO) muss der widerklageweise geltend gemachte Anspruch zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht genügend klar sein. Wird das Verfahren durch die Widerklage wesentlich verzögert, ist die Widerklage in ein separates Verfahren zu verweisen (Art. 125 lit. d ZPO)²⁰. Nach ROTH soll auf die Widerklage kein weiterer Schriftenwechsel stattfinden, sondern zu einer mündlichen Verhandlung vorgeladen werden²¹. Aufgrund der Waffengleichheit ist aber auch der gesuchstellenden (widergesuchsgegnerischen) Partei Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben²².

¹⁸ Vgl. BGE 132 I 42; BGE 5A_42/2011.

¹⁹ Vgl. MARCO CHEVALIER, in: THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 253 N 12.

²⁰ Ebenso etwa MARTIN KAUFMANN, (Fn. 16), Art. 253 N 22; nach THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 17, ist die nicht wesentliche Verzögerung Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Widerklage.

²¹ Vgl. MARKUS ROTH, Das summarische Verfahren in der Zivilprozessordnung des Kantons Aargau vom 18. Dezember 1984, Diss. Bern 1992, Aarau 1993, S. 69.

²² Ebenso THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 17.

e) **Novenrecht**

Im summarischen Verfahren besteht keine besondere Bestimmung zur Eventualmaxime. Es gelten damit grundsätzlich die Regeln des ordentlichen Verfahrens (Art. 219 ZPO). Das System von Artikel 229 ZPO kann aber nicht unbesehen für das summarische Verfahren übernommen werden. In rein schriftlichen Verfahren hätte dies nämlich zur Folge, dass sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel im Gesuch bzw. in der Stellungnahme vorgebracht werden müssten – wie gesehen entfällt grundsätzlich ein zweiter Schriftenwechsel (vgl. Ziff. 5. c). In mündlichen Verfahren dagegen könnten die Parteien ihre Standpunkte und Beweismittel zu Beginn der Hauptverhandlung noch einmal unbeschränkt vorlegen. Das Novenrecht würde somit von Zufälligkeiten abhängen. Problematisch ist zudem, dass die Parteien nicht im Voraus wissen, ob in ihrem Verfahren eine Hauptverhandlung stattfinden wird oder nicht. Sie können also nicht wissen, bis wann sie ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel anführen müssen. Sodann kann das Zulassen der unbeschränkten Möglichkeit zum Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel den Abschluss des Summarverfahrens – entgegen dessen Zielsetzung – erheblich verzögern. Aber auch ein vollständiger Ausschluss von Noven ist aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zulässig, zumal ein Entscheid mit voller Rechtskraftwirkung ergehen kann²³.

Als Grundsatz muss daher gelten, dass die Parteien dem Gericht den Sachverhalt im Gesuch bzw. in der Stellungnahme beizubringen haben. Echte und entschuld bare unechte Noven (vgl. Art. 229 Abs. 1 ZPO) sind später noch zu berücksichtigen, sofern sie sofort vorgebracht werden. In rein schriftlichen Verfahren muss daher eine separate Noveneingabe zulässig sein, sofern es sich um echte oder entschuld bare unechte Noven handelt. Findet nach dem Schriftenwechsel eine Hauptverhandlung statt, sind echte und entschuld bare unechte Noven in dieser ebenfalls zu beachten²⁴.

f) **Klageänderung**

Die Zulässigkeit der Klageänderung (Art. 227 und 230 ZPO) hängt eng mit der Frage des Novenrechts zusammen. Im summarischen Verfahren sollte daher – in Anlehnung an das zum Novenrecht Ausgeführte – eine Klageänderung nur noch dann zulässig sein, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist, mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht und zudem auf

neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 219 i.V.m. 230 ZPO).

g) **Zulässigkeit des reinen Aktenprozesses**

Wenn die Anhörung der Gegenpartei schriftlich stattgefunden hat, stellt sich die Frage, ob gestützt auf die schriftlichen Eingaben entschieden werden kann oder ob eine mündliche Verhandlung durchzuführen ist. Nach Artikel 256 Absatz 1 ZPO kann das Gericht auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die ZPO sieht für den Rechtsschutz in klaren Fällen keine entsprechende gesetzliche Verpflichtung zur Durchführung einer Verhandlung vor – demgegenüber verlangt etwa Artikel 273 ZPO in summarischen Familiensachen grundsätzlich eine mündliche Verhandlung. Nach Artikel 6 Ziffer 1 EMRK haben die Parteien aber grundsätzlich Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung, wenn über zivilrechtliche Streitigkeiten entschieden wird. Dieser Anspruch unterliegt jedoch gewissen Einschränkungen. So soll von der Durchführung einer Verhandlung u.a. dann abgesehen werden können, wenn der Sachverhalt unbestritten ist und keine besonders komplexen Rechtsfragen zu beantworten sind. Auch können die Parteien auf diesen Anspruch ausdrücklich oder stillschweigend verzichten, wobei der Verzicht schon dann angenommen werden darf, wenn kein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung gestellt wird, obwohl das Gericht i.d.R. keine öffentliche Verhandlung durchführt. Insofern dürfte im Rechtsschutz in klaren Fällen ein reiner Aktenprozess zulässig sein²⁵.

h) **Entscheid und Rechtsmittel**

Für den Inhalt des Entscheids, dessen Begründung und Eröffnung sind die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens anwendbar (Art. 219 i.V.m. 238 f. ZPO). Auch die Rechtsmittel gegen den Ent-

²³ Vgl. dazu ausführlich THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 18 ff.

²⁴ Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 20 ff.; a.M. INGRID JENT-SØRENSEN, in: PAUL OBERHAMMER (Hrsg.), Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, Art. 252 N 7.

²⁵ Vgl. dazu BERNHARD RUBIN, in: BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Stämpfli Handkommentar, Bern 2010, Art. 253 N 7 m.w.H.; nach MARTIN KAUFMANN, (Fn. 16), Art. 256 N 15, ist Art. 6 EMRK in Verfahren, in denen nur die Eintretensfrage strittig ist, nicht anwendbar. Folglich brauche nicht mündlich verhandelt zu werden, wenn die Frage strittig sei, ob überhaupt ein klarer Fall vorliege; MICHAEL LEUPOLD, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: MICHAEL LEUPOLD/DAVID RÜETSCHI/DEMIAN STAUBER/MEINRAD VETTER (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 72, hält dafür, es dürfe sich in aller Regel verbieten, Rechtsschutz in klaren Fällen zu gewähren, ohne eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Nur eine Verhandlung stelle sicher, dass der Richter gegebenenfalls seiner Fragepflicht nachkomme und die klägerische Partei ihre Ausführungen auf die Stellungnahme der Gegenpartei hin ergänzen oder präzisieren könne.

scheid richten sich nach den allgemeinen Regeln (Art. 219 i.V.m. 308 ff. ZPO). Sowohl die Berufungs- wie auch die Beschwerdefrist betragen 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 und 321 Abs. 2 ZPO). Auslegungsschwierigkeiten dürften sich diesbezüglich keine ergeben.

6. Verfahrensabschluss

a) Gutheissung

Sind die Voraussetzungen erfüllt, kann der Rechtsschutz in klaren Fällen gewährt werden. Der Entscheid erwächst – obwohl im summarischen Verfahren beurteilt – in volle materielle Rechtskraft. Einer identischen späteren Klage im ordentlichen bzw. vereinfachten Verfahren steht die *res iudicata* entgegen. Anders als etwa bei der provisorischen Rechtsöffnung, bei welcher dem unterlegenen Schuldner die Aberkennungsklage offensteht (Art. 83 Abs. 2 SchKG), kann hier die unterlegene gegnerische Partei die Angelegenheit nicht in das ordentliche Verfahren weiterziehen. Ihr steht nur das entsprechende Rechtsmittel zur Verfügung. Daher berechtigt der vollstreckbare Entscheid im summarischen Verfahren zur definitiven Rechtsöffnung (Art. 80 SchKG); zudem kann mit dem Rechtsschutz in klaren Fällen der Rechtsvorschlag im Sinne einer Anerkennungsklage nach Artikel 79 SchKG beseitigt werden. Richtet sich der Entscheid auf eine Nicht-Geldleistung, bestimmt sich die Vollstreckung nach Artikel 335 ff. ZPO. Das Gericht trifft die erforderlichen Vollstreckungsmassnahmen jedoch nicht von Amtes wegen – wie beim vorsorglichen Rechtsschutz (Art. 267 ZPO) –, sondern lediglich auf Antrag der obsiegenden Partei (Art. 236 Abs. 3 ZPO).

b) Nichteintreten

Ist die Sach- oder Rechtslage illiquid, tritt das Gericht auf das Gesuch nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der Nichteintretensentscheid entfaltet keine *res iudicata*-Wirkung. Die unterlegene Gesuchstellerin kann vielmehr ihren Anspruch nun im zutreffenden einlässlichen Verfahren, mit umfassendem Beweisverfahren und umfassender gerichtlicher Kognition, geltend machen. Auch ein Verfahren im schnellen Rechtsschutz sollte später noch zulässig sein²⁶. Rückblickend stellt das Verfahren im Rechtsschutz in klaren Fällen somit im Fall des Unterliegens einen Zeitverlust dar. Sodann hat die gesuchstellende Partei die Kosten des schnellen Rechtsschutzes zu tragen; dies selbst dann, wenn sie im späteren einlässlichen Prozess obsiegt. Es gilt die gleiche Regelung wie bei der Aberkennungsklage. Dort werden die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens von der Gutheissung der

²⁶ Ebenso MICHAEL LAZOPOULOS, (Fn. 3), Art. 257 N 16; DIETER HOFMANN, (Fn. 6), Art. 257 N 26; a.M. ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, (Fn. 12), § 21 Rz. 58; FRANO KOSLAR, (Fn. 4), Art. 257 N 17; INGRID JENT-SØRENSEN, (Fn. 24), Art. 257 N 14; TARKAN GÖKSU, (Fn. 4), Art. 257 N 22.

Aberkennungsklage ebenfalls nicht berührt²⁷. Der Rechtsschutz in klaren Fällen birgt also auch ein gewisses Kostenrisiko.

Der herrschenden Lehre entsprechend bleibt die Rechtshängigkeit mit allen Wirkungen erhalten, wenn die unterlegene Partei innert Monatsfrist den einlässlichen Prozess anhebt (vgl. Art. 63 ZPO)²⁸. Nach SUTTER-SOMM/LÖTSCHER dagegen greift diese Regel nicht, da der Nichteintretensentscheid nicht aufgrund der falschen Verfahrensart, sondern wegen Fehlens der qualifizierten Voraussetzung ergehe. Ein sorgfältiger Kläger müsse daher, wenn er eine Verwirkungsfrist zu wahren hat, mit Einreichung des Gesuchs gleichzeitig einen ordentlichen Prozess einleiten, der dann zu sistieren sei²⁹. Diese Meinung ist aus prozessökonomischer Sicht abzulehnen und Artikel 63 Absatz 2 ZPO zumindest analog anzuwenden.

c) Abweisung

Die Frage, ob auch eine materielle Abweisung des Gesuchs möglich ist, hat schon vor Inkrafttreten der ZPO zu Unklarheiten in der Lehre geführt³⁰. Während der Vorentwurf diesbezüglich klarer war, indem er festhielt, dass «ein Sachentscheid» – und damit ein Sachentscheid für und gegen den Gesuchsteller – die gleiche Wirkung haben soll wie ein Entscheid im ordentlichen Verfahren (Art. 267 Abs. 3 VE-ZPO), fehlt ein solcher Anhaltspunkt in der ZPO. M.E. soll das Gericht – entgegen dem Wortlaut des Gesetzes – ein Gesuch materiell abweisen können, wenn die gesuchsgegnerische Partei das Nichtbestehen des Anspruchs liquid nachweist, z.B. durch Vorlage einer Quittung. Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist eine freie Option des Klägers, seine Wahl soll daher auch in seinen Risikobereich fallen. Andernfalls würde die gesuchsgegnerische Partei dadurch bestraft, dass sie sich in einem einlässlichen Prozess erneut zum gleichen Streitgegenstand zur Wehr setzen müsste, was nicht sachgerecht sein kann³¹.

²⁷ Vgl. BGE 123 III 220.

²⁸ Vgl. etwa TARKAN GÖKSU, (Fn. 4), Art. 257 N 23; INGRID JENT-SØRENSEN, (Fn. 24), Art. 257 N 15; FRANO KOSLAR, (Fn. 4), Art. 257 N 19; DIETER HOFMANN, (Fn. 6), Art. 257 N 28; MICHAEL LAZOPOULOS, (Fn. 3), Art. 257 N 17.

²⁹ Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 32.

³⁰ Vgl. THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 28.

³¹ Ebenso THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 25 ff.; FRANO KOSLAR, (Fn. 4), Art. 257 N 18; TARKAN GÖKSU, (Fn. 4), Art. 257 N 24; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, (Fn. 1), Art. 257 N 8; a.M. Botschaft ZPO, (Fn. 2), S. 7352; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, (Fn. 12), § 21 Rz. 58; DIETER HOFMANN, (Fn. 6), Art. 257 N 26 f.; MICHAEL LEUPOLD, (Fn. 25), S. 70.

7. Anwendungsbereich

a) Im Allgemeinen

Ausgeschlossen ist der Rechtsschutz in klaren Fällen einzig in Angelegenheiten, die der Officialmaxime unterstehen (Art. 257 Abs. 2 ZPO), insb. also in Kinderbelangen (vgl. Art. 58 Abs. 2 und 296 Abs. 3 ZPO). Aber auch mit der Ehescheidung verträgt sich der Rechtsschutz in klaren Fällen nicht³². Zugelassen ist er dagegen in Streitsachen, die der «beschränkten» Untersuchungsmaxime unterliegen, z.B. in Materien des sozialen Privatrechts nach Artikel 247 Absatz 2 ZPO. Allerdings spielt im Rechtsschutz in klaren Fällen auch in diesen Materien die Verhandlungsmaxime³³.

Sodann ermöglicht das Gesetz die Anwendung dieses Verfahrens unabhängig davon, ob es sich um eine Leistungs-, Feststellungs- oder Gestaltungs-klage handelt. Ebenfalls nicht relevant sind die Natur der Streitsache oder der Streitwert bei vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist somit auch bei Geldforderungen anwendbar – dies im Gegensatz zum bisherigen kantonalen Recht. Damit hat der Gläubiger mit einer Schuldanerkennung in der Hand zur Beseitigung des Rechtsvorschlags folgende Möglichkeiten: provisorische Rechtsöffnung, Anerkennungsklage im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren oder Anerkennungsklage im Rahmen des schnellen Rechtsschutzes. Die Gewährung des schnellen Rechtsschutzes hat die definitive Beseitigung des Rechtsvorschlags zur Folge. Muss dieser Rechtsschutz versagt werden, stehen immer noch die beiden andern Wege offen. Allerdings dürfte fraglich sein, ob ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung Aussicht auf Erfolg hat, wenn der schnelle Rechtsschutz wegen erhobener Einreden verweigert worden ist – sofern glaubhaft müssten diese auch im Rechtsöffnungsverfahren berücksichtigt werden³⁴.

Der schnelle Rechtsschutz ist schliesslich auch in Streitigkeiten betreffend Nichtgeldschulden denkbar, so z.B. für die Herausgabe beweglicher Sachen, bei Akteneditions- und Einsichtsbegehren sowie im Besitzrecht (Art. 927 f. ZGB).

b) Die Exmission im Besonderen

In der Gerichtspraxis jedenfalls des Kantons Bern kommt der Rechtsschutz in klaren Fällen am häufigsten bei der Mietausweisung vor – so insb. nach einer ausserordentlichen Kündigungen wegen Zahlungsrückstands (Art. 257d OR), Konkurses (Art. 266h OR) oder schwerer Pflichtverletzung des Mieters (Art. 257f OR). In diesen Fällen ist die Sachlage oft liquid und die Mieterstreckung – deren Gewährung im Ermessen des

Richters steht und daher kein klares Recht vorliegt (vgl. Ziff. 3. b) – von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Ficht der Mieter die Kündigung bei der Schlichtungsbehörde an, kann der Vermieter entweder bei der Schlichtungsbehörde Widerklage (Art. 224 ZPO) auf Ausweisung erheben oder beim zuständigen Ausweisungsgericht ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen stellen. Die Litispendenzregel steht dem nicht entgegen, denn der Streitgegenstand vor der Schlichtungsbehörde und dem Summarrichter ist nicht identisch. Das bereits hängige normale Mietverfahren vor der Schlichtungsbehörde soll alsdann sistiert werden, bis das summarische Verfahren entschieden ist (Art. 126 ZPO); und es wird gegenstandslos, wenn die Ausweisung verfügt ist (Art. 242 ZPO)³⁵. Eine Überweisung findet nicht mehr statt; die Kompetenzattraktion (aArt. 274g OR) wurde aufgehoben. Der Summarrichter entscheidet in diesem Fall vorfrageweise über die Gültigkeit der Kündigung – wenn auch mit eingeschränkter Kognition – und fällt ein Leistungsurteil, in dem er den Mieter aus der Wohnung weist³⁶. Lässt sich die Gültigkeit der Kündigung dagegen mit den Mitteln des Rechtsschutzes in klaren Fällen nicht klären, ergeht ein Nichteintretensentscheid³⁷.

Denkbar ist der schnelle Rechtsschutz aber auch bei einer nicht angefochtenen ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigung. Der Mieter darf in diesem Summarverfahren nicht mehr geltend machen, die Kündigung sei missbräuchlich im Sinne von Artikel 271 ff. OR; diese Rüge ist nach Ablauf der Anfechtungsfrist verwirkt. Er kann nur noch einwenden, die Kündigung sei nichtig, z.B. wegen Formmangels, oder der Kündigungsgrund liege gar nicht vor. Sind diese Einreden haltlos, ordnet der Ausweisungsrichter die Ausweisung an. Ist die Sach- und Rechtslage nicht liquid, so tritt der Ausweisungsrichter auf das Ausweisungsgesuch nicht ein (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Der Vermieter muss alsdann an die Schlichtungsbehörde gelangen und ein normales Mietverfahren durchführen, wenn er den Mieter ausweisen will. Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren, welches sich durch Formerleichterungen und vorherrschende Mündlichkeit auszeichnet (Art. 243 ff. ZPO).

³² Vgl. Botschaft ZPO, (Fn. 2), S. 7351.

³³ Vgl. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 14.12.2011 (BE.2011.43).

³⁴ Vgl. zur Abgrenzung zum SchKG: THOMAS SUTTER-SOMM/CORDULA LÖTSCHER, (Fn. 5), Art. 257 N 43 ff.

³⁵ Ebenso DOMINIK INFANGER, Schwierigkeiten beim neuen Schlichtungsverfahren in Mietsachen, in: ANNETTE DOLGE (Hrsg.), Die neue ZPO, Erfahrungen – Unstimmigkeiten – Schwachstellen – Lösungen, Zürich 2012, S. 21 ff.; a.M. TARKAN GÖKSU, (Fn. 4), Art. 257 Fn. 27; ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, (Fn. 12), § 21 Rz. 56, gehen weiter von einer Überweisung aus.

³⁶ Dies im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung, wonach das Ausweisungsgericht die Gültigkeit sowohl in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht umfassend zu prüfen hatte (vgl. BGE 119 II 141).

³⁷ Vgl. eingehend Entscheid des OG Zürich vom 1.7.2011, in: ZR 110/2011, S. 166.

8. Fazit

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist für die geschickte Partei eine prozessökonomische Option, die ihr zudem in einem ausserordentlich weiten Anwendungsfeld zur Verfügung steht. Dennoch hat sich dieser «kurze Prozess» – zumindest im Kanton Bern – noch nicht zu etablieren vermocht. Denn abgesehen von der Ausweisung von Mietern und Pächtern spielt er im Gerichtsalltag nur eine bescheidene Rolle. Dies mag einerseits daran liegen, dass er für die Berner Praxis eine Neuheit darstellt, andererseits zugleich mit einem

gewissen zeitlichen und finanziellen Risiko einhergeht. Schliesslich sind noch viele prozessrechtliche Fragen offen, wobei der Diskurs häufig bei der grundsätzlichen Frage endet, wieweit die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens auch in diesem speziellen Summarverfahren Anwendung finden. Diesbezüglich wird uns das Bundesgericht in den nächsten Jahren wohl punktuell den Weg weisen. Bis dahin ist die Berner Justiz aufgerufen, die Herausforderung anzunehmen und an der Vereinheitlichung des Prozessrechts engagiert mitzuwirken.

NEUERSCHEINUNG AUS DEM STÄMPFLI VERLAG

Christoph Häfeli
Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht

Stämpfli juristische Lehrbücher SJL
ca. 500 Seiten, ca. CHF 130.–,
ISBN 978-3-7272-8677-3, 10/2012

Nach fast 20-jährigen Vorbereitungsarbeiten tritt am 1. Januar 2013 das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht in Kraft. Das Werk enthält eine umfassende Darstellung des neuen Erwachsenenschutzrechts unter Berücksichtigung der Materialien und der bisher erschienenen Fachliteratur zu den Pfeilern des neuen Erwachsenenschutzrechts: Die Darstellung folgt der Systematik des Gesetzes und gibt auch den Stand der Umsetzung in den Kantonen wieder. Das Buch richtet sich an die neuen Fachbehörden, die Berufsbeistände und Berufsbeiständinnen, aber namentlich auch an Studierende der Rechtswissenschaft und der Sozialarbeit.

Der Verfasser war als Jurist und Sozialarbeiter als Fachhochschulprofessor und Praktiker an den gesamten Vorarbeiten und in mehreren Kantonen an der Umsetzung als Berater und Referent sowie an der Schulung von Behörden und Mandatsträgerinnen und Mandatsträgern beteiligt. Er ist Mitherausgeber und Mitverfasser des FamKomm Erwachsenenschutzrecht, der ebenfalls noch im laufenden Jahr erscheint.



Stämpfli

Stämpfli
Verlag AG
Wölflistrasse 1
Postfach 5662
3001 Bern
Tel. +41 (0)31 300 66 77
Fax +41 (0)31 300 66 88
order@staempfli.com
www.staempfliverlag.com

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Adresse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____

Bestellungen mit diesem Inserat werden portofrei geliefert. 12/0211

Die familienrechtlichen Verfahren in der Schweizerischen Zivilprozessordnung – Überblick und erste Entwicklungen

1. Einleitung

1.1 Systematische Einordnung

Den familienrechtlichen Verfahren sind in den besonderen Bestimmungen (2. Teil) der ZPO drei Titel gewidmet:

- 6. Titel: Besondere eherechtliche Verfahren (Art. 271 bis 294 ZPO)
- 7. Titel: Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 295 bis 304 ZPO)
- 8. Titel: Verfahren bei eingetragener Partnerschaft (Art. 305 bis 307 ZPO)

Im 6. Titel sind in je einem Kapitel die summarischen eherechtlichen Verfahren und das Scheidungsverfahren geregelt. Der 7. Titel umfasst einerseits Bestimmungen, die in allen Verfahren gelten, bei denen Kinder betroffen sind, und regelt andererseits die spezifisch kindesrechtlichen Verfahren. Der 8. Titel ist ein Spiegelbild des 6. Titels für die eingetragene Partnerschaft und enthält dieselben Regelungen wie für die eherechtlichen Verfahren. Auf die eingetragene Partnerschaft braucht deshalb im Folgenden nicht näher eingegangen zu werden.

1.2 Weitere anwendbare Bestimmungen

1.2.1 Grundsätzliches

Das Familienrecht steht in der ZPO nicht isoliert da, sondern ist in die übrigen Bestimmungen eingebettet. Die allgemeinen Bestimmungen (1. Teil) gelten direkt auch für die familienrechtlichen Verfahren. Gleiches gilt für die Bestimmungen im 2. Teil über die Mediation (2. Titel) und die Rechtsmittel (9. Titel). Für die Vollstreckung von nicht auf Geldzahlungen lautenden Entscheiden kommen die Regeln des 10. Titels zur Anwendung. In summarischen Verfahren (geregelt im 5. Titel) sind die dafür geltenden allgemeinen Bestimmungen sowie die passenden Regeln über die vorsorglichen Massnahmen anwendbar. In kindesrechtlichen Verfahren gelten die Vorschriften über das vereinfachte Verfahren (4. Titel). Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren (3. Titel) gelten direkt in gewissen Verfahren und Verfahrensteilen und sind im Übrigen generell sinngemäss anwendbar (Art. 219 ZPO).

1.2.2 Allgemeine Bestimmungen

Von den allgemeinen Bestimmungen sind für die familienrechtlichen Verfahren insbesondere die folgenden von Bedeutung:

- **Örtliche Zuständigkeit:** Für das Familienrecht gelten die Art. 23 bis 27 ZPO. Grundsätzlich ist das Gericht am Wohnsitz einer Partei zwingend zuständig.
- **Verfahrensgrundsätze** (Art. 52 ff. ZPO): Speziell hält Art. 54 Abs. 4 ZPO fest, dass die familienrechtlichen Verfahren nicht öffentlich sind. Art. 55 ZPO bestimmt, dass für die Sachverhaltsermittlung grundsätzlich der Verhandlungsgrundsatz gilt, soweit keine Sonderregeln, welche den Untersuchungsgrundsatz vorschreiben, bestehen. Im Familienrecht sind solche Sonderregeln häufig. In Kinderbelangen gilt der verstärkte Untersuchungsgrundsatz (Erforschung statt bloss Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen, Art. 296 Abs. 1 ZPO). Im Bereich des Verhandlungsgrundsatzes ist die richterliche Fragepflicht bei unklaren, widersprüchlichen, unbestimmten oder offensichtlich unvollständigen Vorbringen (Art. 56 ZPO) von Bedeutung. Gemäss Art. 58 ZPO ist für den Umfang des Streitgegenstands der Dispositionsgrundsatz anwendbar. In Kinderbelangen ist das Gericht allerdings nicht an die Parteianträge gebunden (Offizialgrundsatz, Art. 296 Abs. 3 ZPO). Ebenfalls dem Offizialgrundsatz unterliegen der Scheidungspunkt (Art. 111 Abs. 2 ZGB, Art. 291 Abs. 1 ZPO) und die berufliche Vorsorge (Art. 280 Abs. 1 lit. c ZPO). Vom Dispositionsgrundsatz kann auch dann abgewichen werden, wenn der Verzicht auf ausgewiesene Forderungen zu einer offensichtlich unangemessenen Regelung führen würde (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO für die Genehmigung von Scheidungsvereinbarungen), namentlich wenn die verzichtende Partei Unterstützung aus öffentlichen Mitteln beanspruchen müsste.
- **Rechtshängigkeit und Folgen des Klagerückzugs** (Art. 62 ff. ZPO): Da im Familienrecht oft nicht über abgeschlossene Sachverhalte, sondern über Regelungen für die Zukunft befunden wird, kann jedoch ein neues Verfahren eingeleitet werden, wenn sich die Grundlagen verändert haben.
- **Bezifferung der Rechtsbegehren** (Art. 84 f. ZPO): Geldforderungen sind zu beziffern, so-

- bald dies möglich ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Dies gilt auch für familienrechtliche Unterhalts- und Güterrechtsforderungen. Rechtsbegehren auf Zusprechung eines «richterlich zu bestimmenden» Geldbetrags sind nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunfterteilung durch die Gegenpartei nicht mehr zulässig. Die Pflicht zur Bezifferung gilt ungeachtet des Offizialgrundsatzes auch für Forderungen auf Kindesunterhalt. Ergibt sich die Höhe der verlangten Beträge weder aus den Anträgen noch aus deren Begründung, wird auf die Rechtsvorkehr nicht eingetreten, ohne dass zuvor eine Nachfrist zur Verbesserung gesetzt wird (BGE 137 III 617). Vorbehalten dürften auch hier offensichtlich unangemessene Ergebnisse sein.
- **Prozesskosten** (Art. 95 ff. ZPO): Die klagende Partei ist für die Gerichtskosten vorschusspflichtig (Art. 98 ZPO). Für Beweismassnahmen hat die beantragende Partei die Kosten vorzuschliessen, ansonsten die Beweiserhebung unterbleibt. Vorbehalten bleiben allerdings Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat, was in Kinderbelangen gilt (Art. 102, 296 Abs. 3 ZPO). Bei der Kostenverteilung kann das Gericht in familienrechtlichen Verfahren vom Unterliegerprinzip abweichen und die Kosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).
 - **Unentgeltliche Rechtspflege** (Art. 117 ff. ZPO): Eine Rechtsbeistandin oder ein Rechtsbeistand kann bereits zur Vorbereitung des Prozesses bestellt werden, so zwecks Erstellung einer Scheidungsvereinbarung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Eine rückwirkende Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ist ausnahmsweise möglich (Art. 119 Abs. 4 ZPO). Gemäss Praxisfestlegung der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 8. Juli 2011 ist diese Bestimmung restriktiv auszulegen. Zwar ist es möglich, das uR-Gesuch erst nach Erarbeitung der Scheidungsvereinbarung zusammen mit dem gemeinsamen Scheidungsbegehren einzureichen und im Scheidungsverfahren die Entschädigung für die Erarbeitung der Scheidungsvereinbarung geltend zu machen, doch ist hierfür ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Erarbeitung der Scheidungsvereinbarung und Einreichung des Scheidungsbegehrens erforderlich. Grundsätzlich ist jedoch die unentgeltliche Rechtspflege vorgängig der Aufnahme von Konventionsverhandlungen zu beantragen.
 - **Prozessleitung** (Art. 124 ff. ZPO): Von besonderer Bedeutung im Familienrecht ist die Bestimmung, wonach das Gericht jederzeit versuchen kann, eine Einigung zwischen den Parteien herbeizuführen (Art. 124 Abs. 3 ZPO).
 - **Parteieingaben** (Art. 130 ff. ZPO): Sie sind dem Gericht in Papierform in der nötigen Anzahl für das Gericht und die Gegenseite oder elektronisch zu übermitteln.
 - **Gerichtliche Zustellung** (Art. 136 ff. ZPO): Probleme entstehen insbesondere, wenn Parteien im Ausland wohnen oder unbekannt abwesend sind. Personen mit Wohnsitz im Ausland können angewiesen werden, ein Zustellungsdomizil in der Schweiz zu bezeichnen (Art. 140 ZPO). Bei unbekanntem Aufenthaltsort, ausserordentlichen Umtrieben bei einer Zustellung oder Missachten der Weisung, ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen, kann die Zustellung durch amtliche Publikation erfolgen (Art. 141 ZPO). Es besteht dann allerdings das Risiko, dass ein Entscheid im Ausland nicht anerkannt wird.
 - **Fristen** (Art. 142 ff. ZPO): Insbesondere für das Rechtsmittelverfahren ist von Bedeutung, dass gesetzliche Fristen nicht erstreckt werden können (Art. 144 Abs. 1 ZPO). Grundsätzlich gilt der Fristenstillstand gemäss Art. 145 ZPO, nicht jedoch im summarischen Verfahren, wobei auf diese Ausnahme aufmerksam gemacht werden muss (Art. 145 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 ZPO).
 - **Beweis** (Art. 150 ff. ZPO): Dort, wo der Untersuchungsgrundsatz gilt, erhebt das Gericht von Amtes wegen Beweis, wobei die Parteien zur Mitwirkung verpflichtet sind (Art. 153 Abs. 1, 160 ZPO). Im Bereich des Verhandlungsgrundsatzes (Güterrecht, naheheleicher Unterhalt) obliegt die Beweisführung den Parteien. Das Gericht kann jedoch Urkunden nachverlangen (Art. 277 Abs. 2 ZPO). Da Gegenstand des Beweises rechtserhebliche, strittige Tatsachen sind (Art. 150 Abs. 1 ZPO), müssen die Parteien substantiierte Tatsachenbehauptungen aufstellen, aus denen sie für den Fall, dass sie sich als wahr erweisen, Rechte ableiten. Im Bereich des Güterrechts wird dieser Vorgabe nicht immer nachgelebt. Hilfreich zur Strukturierung des Prozesses ist eine detaillierte Beweisverfügung, wie sie Art. 154 ZPO vorsieht. Als Beweismittel sind grundsätzlich nur die in Art. 168 Abs. 1 ZPO aufgeführten zulässig (numerus clausus). Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten besteht jedoch eine Ausnahme, indem aufgrund der verstärkten Untersuchungsmaxime der sogenannte «Freibeweis» gilt (Art. 168 Abs. 2 ZPO). Die allgemeinen Verfahrensgrundsätze sind aber auch in diesem Zusammenhang einzuhalten. Parteibefragungen sind nach der Vorschrift von Art. 176 ZPO zu protokollieren, wenn sie als förmliches Beweismittel erhoben werden (Art. 191 ZPO). Daneben sind aber auch informelle Anhörungen ohne Beweismittelcharakter möglich, die

dem wesentlichen Inhalt nach protokolliert wer-

den (Art. 235 Abs. 2 ZPO). Soweit Vertraulichkeit von Bedeutung ist, namentlich bei getrennten Anhörungen und Vergleichsverhandlungen, sollte analog Art. 205 Abs. 1 ZPO auf eine inhaltliche Protokollierung verzichtet werden. Begutachtungen in Kinderbelangen können im Rahmen des Freibeweises auch zur Lösungsfindung eingesetzt werden (interventionsorientierte Gutachten). Dabei kann es sinnvoll sein, die sachverständige Person zur Verhandlung beizuziehen (Art. 187 Abs. 1 ZPO). Schriftliche Auskünfte können anstelle eines Gutachtens oder einer Zeugenbefragung insbesondere von Amtsstellen eingeholt werden (Art. 190 ZPO).

- **Formulare** (Art. 400 Abs. 2 ZPO): Das Bundesamt für Justiz stellt im Auftrag des Bundesrates Formulare für Parteieingaben zur Verfügung. Im Bereich des Familienrechts betrifft dies das Gesuch um Eheschutzmassnahmen, das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren und das gemeinsame Scheidungsbegehren (ohne Vereinbarung). Weiter bestehen Formulare für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und das Schlichtungsgesuch. Sie sind im Internet abrufbar unter www.bj.admin.ch > Themen > Staat & Bürger > Zivilprozessrecht > Formulare für Parteieingaben.

1.2.3 Mediation

Die ZPO widmet der Mediation einen eigenen Titel (Art. 213 bis 218 ZPO). Das Gericht kann den Parteien in allen Verfahren jederzeit eine Mediation empfehlen (Art. 214 Abs. 1 ZPO). In Kinderbelangen kann das Gericht die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern, was einen Schritt weiter geht (Art. 297 Abs. 2 ZPO). Ob das Gericht gestützt auf diese Bestimmung eine Mediation verpflichtend anordnen und bei Verweigerung Zwangsmassnahmen (Art. 343 ZPO) vorsehen kann und wie weit eine solche Verpflichtung ginge, ist in der Literatur umstritten. In der parlamentarischen Beratung der ZPO wurde von allen Seiten die Freiwilligkeit der Mediation betont. In BGer 5A_457/2009 schützte das Bundesgericht ohne Bezugnahme auf die ZPO und deren Materialien die Anordnung einer Pflichtmediation in einem Kindesschutzverfahren gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB. Im Frühling 2011 wurde im Nationalrat eine parlamentarische Initiative (Hugues Hiltpold, Geschäft 11.437, www.parlament.ch) eingereicht. Danach sollen die Gerichte verpflichtet werden, bei Uneinigkeit der Eltern eine (für die ersten fünf Sitzungen unentgeltliche) Mediation anzuordnen, unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB. Nach heutiger Rechtslage steht die Verpflichtung zu einer Mediation in einem von der ZPO geregelten Verfahren jedoch auf wackligen Füßen, wenn nicht eine Gefährdung vorliegt, welche die Anwendung der Kindesschutzbestimmungen des ZGB rechtfertigt. Gesetzlich vorgesehen ist die gerichtliche Anordnung einer Mediation in

internationalen Kindesentführungsfällen (Art. 8 Abs. 1 BG-KKE).

Die Kosten der Mediation tragen die Parteien. In kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Art besteht jedoch ein Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation, wenn die Parteien mittellos sind und das Gericht eine Mediation empfiehlt (Art. 218 ZPO).

1.2.4 Ordentliches Verfahren

Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des Titels über das ordentliche Verfahren sinngemäss für sämtliche andere Verfahren, soweit das Gesetz es nicht anders bestimmt. Die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen über das ordentliche Verfahren betrifft im Familienrecht vorab, aber nicht nur, das Scheidungsverfahren und insbesondere dessen streitigen Verfahrensteil (Art. 288 Abs. 2 und 3, 291 Abs. 3, 292 Abs. 2 ZPO). Es sind namentlich folgende Bestimmungen von Bedeutung:

- **Klage und Klageantwort** (Art. 221 ff. ZPO): Die Bestimmung von Art. 223 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht der beklagten Partei bei versäumter Antwort eine kurze Nachfrist setzt, gilt gemäss Praxisfestlegung der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 20. April 2011 auch für die Stellungnahme gemäss Art. 253 ZPO in summarischen Verfahren des Familienrechts (nicht aber in anderen Summarverfahren).
- **Zweiter Schriftenwechsel** (Art. 225 ZPO) und **Instruktionsverhandlung** (Art. 226 ZPO): An die Stelle der letzteren dürfte jedoch in der Regel die Anhörung gemäss Art. 287 ZPO bzw. die Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO treten. Da im Kanton Bern im Familienrecht ausschliesslich Einzelgerichte tätig sind, wird im streitigen Verfahrensteil besser gleich zur Hauptverhandlung vorgeladen, um das Verfahren zu straffen.
- **Klageänderung und Novenrecht** (Art. 227, 229 und 230 ZPO). Die Voraussetzung für geänderte Begehren, dass sie mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang stehen müssen (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO), dürfte regelmässig gegeben sein, zumal im Scheidungsverfahren der Grundsatz der Einheit des Entscheids (Art. 283 ZPO) gilt und Gegenstand des Verfahrens somit die Scheidung mit ihren sämtlichen Folgen bildet. Die Vorschrift, wonach neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt nur bis zum Abschluss des (zweiten) Schriftenwechsels, zur letzten Instruktionsverhandlung oder zum Beginn der Hauptverhandlung vorgebracht werden dürfen (Art. 229 Abs. 1 und 2 ZPO), was sich auch auf die Möglichkeit der Klageänderung auswirkt (Art. 230 Abs. 2 lit. b ZPO), betrifft die dem Verhandlungsgrundsatz unterliegenden Materialien. Im Bereich der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen werden neue Tatsachen, Be-

weismittel und darauf beruhende Klageänderungen bis zur Urteilsberatung berücksichtigt (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

- **Ablauf der Hauptverhandlung** (Art. 228, 231, 232 ZPO): Der Ablauf der Verhandlung im summarischen Verfahren (Art. 273 ZPO) ist analog. Gemäss Art. 232 Abs. 2 ZPO können die Parteien gemeinsam auf die mündlichen Schlussvorträge verzichten und beantragen, schriftliche Parteivorträge einzureichen. Dies kann sinnvoll sein, wenn es gilt, in Fragen des Unterhalts oder Güterrechts umfangreiche Zahlenmengen zu verarbeiten.
- **Protokoll** (Art. 235 ZPO): Die im Gesetz direkt umschriebenen wesentlichen Vorgänge des Verfahrens sind protokollarisch festzuhalten. Im Hinblick auf allfällige Abänderungen von Eheschutz- oder Scheidungsregelungen sollten insbesondere in den Schriftsätzen nicht enthaltene Angaben über die finanziellen Verhältnisse im Protokoll erscheinen.
- **Inhalt, Eröffnung und Mitteilung des Entscheids** (Art. 238 ff. ZPO). Ein Verzicht auf eine schriftliche Begründung und damit auf die Anfechtung ist in familienrechtlichen Verfahren möglich, sobald das Dispositiv ausgehändigt wurde, nicht aber vorgängig des Entscheids oder bereits nach dessen mündlicher Bekanntgabe (Entscheid Obergericht Bern, 21.07.2011, ZK 11 406, www.justice.be.ch). Bei den Entscheidungsmittlungen gemäss Art. 240 ZPO ist zu beachten, dass aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes ein Auszug über diejenigen Punkte, die die empfangende Stelle benötigt, ausgefertigt und nicht der gesamte Entscheid zugestellt wird.

Daneben gibt es im Familienrecht vereinzelt Prozesse, in denen die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren direkt und ausschliesslich gelten, nämlich dann, wenn es sich weder um Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 271 ZPO noch um Scheidungs- und analoge Verfahren gemäss Art. 274 ff., 284 Abs. 3 und 294 ZPO noch um kindesrechtliche Verfahren nach Art. 295 und 302 ff. ZPO handelt. Darunter fallen die Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach Eintritt der Gütertrennung gemäss Art. 185 ff. ZGB und die Festlegung einer Entschädigung für einen ausserordentlichen Beitrag gemäss Art. 165 ZGB ausserhalb eines Scheidungsverfahrens (ELISABETH SCHÖNBUCHER ADJANI, Ausgleich ausserordentlicher Leistungen zwischen den Eheleuten, AJP 2012 S. 320). Übersteigt in diesen Fällen der Streitwert 30'000 Franken nicht, so kommt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) zur Anwendung. Vorgängig ist ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, da keine Ausnahme gemäss Art. 198 ZPO vorliegt.

2. Eherechtliche Summarverfahren (Art. 271 bis 273 ZPO)

2.1 Anwendungsbereich

Gemäss Art. 271 ZPO ist das summarische Verfahren anwendbar für «Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft», welche in einem nicht abschliessenden Katalog aufgezählt sind. Dieser geht insofern über Eheschutzmassnahmen hinaus, als darin auch die nachehelichen Schuldneranweisungen (Art. 132 ZGB) enthalten sind. Die gleichen Verfahrensbestimmungen gelten aufgrund des Verweises in Art. 276 Abs. 1 ZPO auch für vorsorgliche Massnahmen in denjenigen Verfahren, die den Regeln über das Scheidungsverfahren unterstehen. Der Geltungsbereich für eingetragene Partnerschaften ist in Art. 305 ZPO geregelt.

2.2 Massgebende Bestimmungen

Für die eherechtlichen Summarverfahren gelten grundsätzlich die gleichen Bestimmungen wie für alle summarischen Verfahren (Art. 252 ff. ZPO). Sie werden jedoch durch Art. 272 und 273 ZPO ergänzt und teilweise überlagert. Anwendbar sind ebenfalls die Regeln über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO), soweit sie auch auf eherechtliche Verfahren zugeschnitten sind. Dies gilt namentlich für Art. 265 ZPO, der bei besonderer Dringlichkeit superprovisorische Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei ermöglicht. Solche können insbesondere zum Schutz der Persönlichkeit gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen (Art. 28b, 172 Abs. 3 ZGB) oder bei dringend zu regelnden Kinderbelangen angezeigt sein. Es ist auch möglich, im Rahmen des laufenden summarischen Verfahrens vorsorglich Unterhaltsbeiträge festzulegen, damit der unterhaltsberechtigte Ehegatte nicht bis zur Verhandlung ohne Geldmittel da steht und Sozialhilfeleistungen beziehen muss, für welche dann später beim unterhaltspflichtigen Ehegatten die Mittel zur Nachzahlung fehlen (anders Obergericht Zürich, 02.02.2012, LE110061, www.gerichte.zh.ch). Allerdings muss diesfalls in der Regel das rechtliche Gehör gewahrt werden. Für Kinderbelange sind auch in den eherechtlichen Summarverfahren die Bestimmungen von Art. 296 bis 301 ZPO zu beachten.

2.3 Verfahrensablauf

Die Einleitung des Verfahrens erfolgt durch ein **Gesuch**, welches grundsätzlich schriftlich zu stellen ist. In einfachen oder dringenden Fällen kann es auch mündlich beim Gericht zu Protokoll gegeben werden (Art. 252 ZPO). Die gesuchstellende Partei hat die Gerichtskosten vorzuschüssen (Art. 98 ZPO). Ist sie dazu nicht in der Lage und stellt ein Gesuch um Prozesskostenvorschuss oder unentgeltliche Rechtspflege, ist abzuwägen, ob die zügige Verfahrensabwicklung oder die Sicherstellung der Prozessfinanzierung den Vorrang verdient.

Je nachdem ist über ein solches Gesuch an der Verhandlung oder im Anschluss daran oder bereits vorgängig zu entscheiden. Eine Aufschiebung des Entscheids über die Prozessfinanzierung bis zum Verfahrensabschluss ist bei einem länger dauernden Verfahren nicht zulässig. Einer Rechtsvertretung ist nicht zuzumuten, umfangreiche Arbeiten zu leisten, ohne durch Vorschüsse oder die unentgeltliche Rechtspflege abgedeckt zu sein.

Die Gegenpartei erhält Gelegenheit zur **Stellungnahme** (Art. 253 ZPO). Diese kann mündlich an der Verhandlung erfolgen. Zur Wahrung der Waffengleichheit und im Interesse einer seriösen Vorbereitung der Verhandlung empfiehlt es sich jedoch, eine schriftliche Stellungnahme einzuholen. Dies hindert nicht, zwecks Straffung des Verfahrens gleichzeitig den Verhandlungstermin anzusetzen (vgl. zur ähnlichen Problematik im Verfahren der Klage auf Scheidung BGer 5A_871/2011 E. 3.2.2, wobei allerdings Art. 291 ZPO im Unterschied zu Art. 253 ZPO keine gesetzliche Grundlage für die Aufforderung an eine Partei, eine Stellungnahme einzureichen, enthält).

Die Durchführung einer **Verhandlung** ist im Gegensatz zu den übrigen Summarverfahren obligatorisch. Es kann darauf nur verzichtet werden, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist (Art. 273 Abs. 1 ZPO). Davon kann ausgegangen werden, wenn es darum geht, eine aussergerichtlich abgeschlossene Trennungsvereinbarung zu genehmigen, oder bei abgegrenzten Sachverhalten, wie beispielsweise bei Schuldneranweisungen. Liegt eine Trennungsvereinbarung vor, für welche zwecks Absicherung der finanziellen Regelungen eine gerichtliche Genehmigung beantragt wird, und erscheinen die Kinderbelange unbestritten, so dürfte es vertretbar sein, auf eine persönliche Anhörung der Eltern und der Kinder (Art. 297 f. ZPO) zu verzichten. Die finanziellen Regelungen sind vom Gericht analog einer Scheidungsvereinbarung inhaltlich zu prüfen (vgl. Kantonsgericht Waadt, JdT 2011 III p. 183).

Sind gemäss Art. 298 ZPO Kinder anzuhören, sollte dies vorgängig der Verhandlung erfolgen, damit das Verfahren nicht verzögert wird. Ebenso ist eine allfällige Kindesvertretung (Art. 299 ZPO) rechtzeitig vor der Verhandlung zu bestellen.

An der Verhandlung haben die Ehegatten unter Vorbehalt wichtiger Dispensationsgründe persönlich zu erscheinen. Das Gesetz trägt dem Gericht auf zu versuchen, eine Einigung herbeizuführen (Art. 273 Abs. 2 und 3 ZPO). Bei Säumnis einer Partei wird das Verfahren weiter geführt (Art. 147 Abs. 2 ZPO).

Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Es gilt somit bezüglich der **gegenseitigen Belange der Ehegatten der abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz**. In **Kinderbelangen** kommt der **uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz** zum Tragen (Art. 296 Abs. 1 ZPO).

Im Gegensatz zu den gewöhnlichen Summarverfahren (Art. 254 Abs. 1 ZPO) sind die **Beweismittel** nicht auf Urkunden (und Parteibefragungen an der Verhandlung) beschränkt (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO). Es ist jedoch dem summarischen Charakter des Verfahrens Rechnung zu tragen, und weitläufige Beweismassnahmen sollten unterbleiben. Bei streitigen Kinderbelangen kann es sich allerdings rechtfertigen, bereits im Eheschutzverfahren ein Gutachten einzuholen, damit die Weichen frühzeitig richtig gestellt werden (STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 273 N 6). Als Beweismass genügt in der Regel Glaubhaftmachen, da es um rasche, abänderbare Regelungen geht (vgl. Art. 261 ZPO). Höhere Anforderungen werden bei abschliessenden Massnahmen, so der Ermächtigung zur Verfügung über die Familienwohnung (Art. 169 Abs. 2 ZPO), gestellt.

Kommt es zu einem Entscheid, ist dieser nach den sinngemäss anwendbaren Regeln des ordentlichen Verfahrens (Art. 238 ff. ZPO) zu eröffnen. Für die Eröffnung betreffend Kinderbelange gilt Art. 301 ZPO. Dauert das Verfahren länger, können Teilbereiche durch Entscheid geregelt werden, beispielsweise die Unterhaltspflicht, wenn ein Gutachten zu den Kinderbelangen eingeholt wird.

3. Scheidungsverfahren (Art. 274 bis 294 ZPO)

3.1 Anwendungsbereich

Die Bestimmungen über das Scheidungsverfahren, welches eine eigenständige Verfahrensart der ZPO darstellt, kommen für Scheidungen auf gemeinsames Begehren (Art. 285 ff. ZPO), Scheidungsklagen (Art. 290 ff. ZPO), Klagen auf Änderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen (Art. 284 Abs. 3 ZPO), Klagen auf Ergänzung von Scheidungsurteilen (im Gesetz nicht geregelt), Eheungültigkeits- und Ehetrennungsklagen (Art. 294 ZPO) sowie bei den analogen Verfahren betreffend eingetragene Partnerschaften (Art. 307 ZPO) zur Anwendung. Die allgemeinen Bestimmungen gelten für alle diese Verfahren.

3.2 Allgemeine Bestimmungen (Art. 274 bis 284 ZPO)

3.2.1 Einleitung des Verfahrens (Art. 274 ZPO)

Das Scheidungsverfahren wird durch Einreichung eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens oder einer Scheidungsklage eingereicht. Ein Schlichtungsverfahren findet nicht statt (Art. 198 lit. c ZPO). Mit der Einleitung des Verfahrens wird die Rechtshängigkeit begründet (Art. 62 ZPO), womit insbesondere der Gerichtsstand fixiert (Art. 64 Abs. 1 ZPO) und der Stichtag für die Auflösung des Güterstandes (Art. 204 Abs. 2 ZGB) festgelegt wird. Da die Scheidungsklage ohne Begründung eingereicht werden kann (Art. 290 Abs. 1 ZPO), ergeben sich durch den Wegfall des Schlichtungsverfahrens im internationalen «forum run-

ning» für Personen in der Schweiz keine Nachteile. Die Aufgabe der Schlichtungsbehörde übernimmt das Scheidungsgericht im Rahmen der Anhörung gemäss Art. 287 ZPO bzw. der Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO. Das Gericht kann im Einigungsfall gleich die Scheidung aussprechen.

3.2.2 Vorsorgliche Massnahmen (Art. 276 ZPO)

Vorsorgliche Massnahmen sind in allen Arten von Verfahren, welche den Vorschriften über das Scheidungsverfahren unterliegen, möglich. Voraussetzung ist, dass ein entsprechendes Verfahren rechtshängig ist. Im Abänderungsverfahren ist allerdings grosse Zurückhaltung geboten, da nicht mit einem Massnahmeentscheid, in dem der bestehende Rechtstitel bereits geändert wird, der Endentscheid vorweggenommen werden sollte.

Wenn eine Scheidungsklage im Ausland hängig ist, kann ein schweizerisches Gericht vorsorgliche Massnahmen treffen, wenn sonst eine Rechtsschutzlücke droht (BGE 134 III 326).

Die Bestimmungen über die Eheschutzmassnahmen sind sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO), wobei jedoch im Gegensatz zum Eheschutzverfahren (Art. 172 Abs. 3 ZGB) für die möglichen Massnahmen kein *numerus clausus* besteht. Die Berechtigung zum Getrenntleben nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung ist ausdrücklich im Gesetz festgehalten (Art. 275 ZPO). Aufgrund des Verweises auf das Eheschutzverfahren gilt bei der Sachverhaltsermittlung auch für den Unterhalt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO), dies im Gegensatz zum nahehelichen Unterhalt, der dem Verhandlungsgrundsatz unterliegt (Art. 277 Abs. 1 ZPO).

Unterhaltsbeiträge können für die Zukunft und das Jahr vor Einreichung des Begehrens gefordert werden (Verweis auf Art. 172 Abs. 3 ZGB), auch wenn dies in Art. 276 ZPO im Unterschied zu Art. 137 Abs. 2 aZGB nicht ausdrücklich steht. Die Rückwirkung kann auch einen Zeitraum vor Rechtshängigkeit der Scheidung umfassen, steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass kein Eheschutzverfahren durchgeführt worden oder hängig ist (BGE 129 III 60 E. 3).

Die **Abgrenzung der Zuständigkeiten des Eheschutz- und des Scheidungsgerichts als Massnahmengericht** bietet immer wieder Schwierigkeiten. Gemäss Art. 276 Abs. 2 ZPO dauern Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, weiter. Für die Aufhebung oder die Änderung ist das Scheidungsgericht zuständig. Eine Änderung von Eheschutzmassnahmen durch das Scheidungsgericht setzt voraus, dass sich die Verhältnisse seit dem Eheschutzentscheid geändert haben (Art. 179 Abs. 1 ZGB; BGer 5A_883/2011 E. 2.4, mit Hinweisen). Konsequenterweise sollte dabei auch der Grundsatz gelten, dass Änderungen nur für die Zukunft verlangt und frühestens ab Einreichung des Gesuchs wirksam werden können (ANNETTE SPYCHER/ HEINZ HAUSHEER,

Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 09.97 ff; MARCEL LEUENBERGER, FamKomm Scheidung, Art. 276 ZPO, N 10; FELIX KOBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 276 ZPO N 38). In BGE 129 III 60 E. 3 wird für den Fall, dass ein Eheschutzverfahren durchgeführt worden oder hängig ist, allerdings nur die Rückwirkung für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung ausgeschlossen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb die Bezugnahme auf Art. 179 Abs. 1 ZGB bloss für den Grundsatz, nicht aber für die zeitliche Wirkung gelten sollte.

Wird die Änderung einer aussergerichtlichen Trennungsregelung beantragt, so handelt es sich nicht um ein Änderungsverfahren im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB. Das Gericht kann die Regelung ohne Rücksicht auf die Vereinbarung neu treffen. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung sollte jedoch auch hier gelten, wenn die Vereinbarung nicht gerade offensichtlich unangemessen war (ANNETTE DOLGE, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 276 N 16).

Nicht selten kommt es vor, dass das Scheidungsverfahren eingeleitet wird, während das Eheschutzverfahren noch hängig ist. Grundsätzlich entfällt damit die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts zum Erlass von Massnahmen. Es bleibt aber zuständig für die Unterhaltsfrage und die Regelung weiterer finanzieller Belange, soweit es um die Zeit vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens geht. Gemäss BGE 129 III 60 E. 4.2 muss es, «um diese Fragen beantworten zu können», auch über eine strittige Obhutszuteilung und als Folge davon über die Besuchsrechtsregelung sowie die Benützung der ehelichen Wohnung und des Hausrats entscheiden. Das Eheschutzgericht sei dabei zwar nur für die Zeit bis zur Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zuständig, doch wirke sein Entscheid darüber hinaus, bis das Scheidungsgericht etwas anderes verfügt habe. In einem gewissen Widerspruch dazu wird in BGer 5A_139/2010 (unter Bezugnahme auf BGE 129 III 60 E. 2 und 3, nicht aber 4.2) ausgeführt, ein nach Einleitung der Scheidung ausgefallter Entscheid des Eheschutzgerichts wirke nicht für die Zeit der Hängigkeit der Scheidung. In der Folge wird die Auffassung verworfen, das Begehren beim Eheschutzgericht müsse zurückgezogen und beim Massnahmengericht neu eingereicht werden. Für die Zeit bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens sei das Eheschutzgericht und für die Zeit danach das Scheidungsgericht zuständig, und so gingen die Zuständigkeiten nahtlos ineinander über. Wird dem nachträglichen Eheschutzentscheid allerdings die Wirkung für die Zeit der Hängigkeit der Scheidung abgesprochen, bleibt zur Wahrung der Ansprüche nichts anderes übrig, als zusätzlich ein Massnahmengesuch einzureichen, auch wenn keine veränderten Verhältnisse vorliegen. Dies erscheint unter dem Aspekt der Prozessökonomie wenig sinnvoll und dürfte gerne vergessen gehen.

Aus der Abgrenzung der Zuständigkeiten ergibt sich, dass das Eheschutzgericht sich nicht mit

Sachverhalten befassen kann, welche sich nach Einleitung der Scheidung zugetragen haben, sondern seinem Entscheid die bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Gegebenheiten zugrunde legen muss. Macht eine Partei für die Zeit danach veränderte Verhältnisse geltend, muss sie ein Massnahmengesuch einreichen, mit dem die Zuständigkeit des Scheidungsgerichts begründet wird. Allerdings sollte dieses nur für die Zukunft entscheiden können, da kein sachlicher Grund besteht, allein aufgrund des Umstandes, dass ein Scheidungsverfahren eingeleitet wurde, vom Grundsatz der Nichtrückwirkung von Änderungsbegehren abzuweichen. Solange vor dem Scheidungsgericht kein Begehren gestellt wird, sollte auch ein nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung ausgefallter Entscheid des Eheschutzgerichts Bestand haben (vgl. ROLF VETTERLI, Fam-Komm Scheidung, Vorbem. zu Art. 175–179, N 20, der einem hängigen Eheschutzgesuch Sperrwirkung für vorsorgliche Massnahmen zuerkennt). Unsicherheiten über die Abgrenzung der Zuständigkeiten bestehen insbesondere bei den Kinderbelangen (Obhut, persönlicher Verkehr), die nur für die Zukunft geregelt werden können. Die Aussage in BGE 129 III 60 E. 4.2, wonach das Eheschutzgericht um Zusammenhang mit der Unterhaltspflicht für die Zeit vor der Scheidung auch darüber entscheiden müsse, schießt möglicherweise etwas über das Ziel hinaus. Zum genannten Zweck genügt es, auf die damaligen faktischen Gegebenheiten abzustellen. JANN SIX, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, N 1.65, ist der Auffassung, dass das Eheschutzgericht über die Obhut zuteilung nicht mehr entscheiden solle. Ist das Eheschutzverfahren schon weit fortgeschritten, kann es jedoch das Kindesinteresse gebieten, das Verfahren mit einem Entscheid abzuschliessen und so Verzögerungen durch einen Neubeginn vor dem Scheidungsgericht zu vermeiden. Bei der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen durch das nachträglich entscheidende Eheschutzgericht ist es nicht ausgeschlossen, dass diese auf Zeitpunkte während der Hängigkeit des Scheidungsverfahrens abgestuft oder befristet werden. Es wäre paradox, wenn der Wegfall der Zuständigkeit des Eheschutzgerichts die Wirkung hätte, dass die von ihm nachträglich getroffene Regelung auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung eingefroren und perpetuiert würde, wenn sie schon aus damaliger Sicht nicht von Dauer gewesen wäre.

3.2.3 Feststellung des Sachverhalts (Art. 277 ZPO)

Für die **güterrechtliche Auseinandersetzung** und den **nachehelichen Unterhalt** gilt der **Verhandlungsgrundsatz** (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Es ist also Sache der Parteien, den Prozessstoff vorzulegen. Es trifft sie auch die Behauptungslast. Eine Erleichterung bringt Art. 277 Abs. 2 ZPO, wonach das Gericht die Parteien auffordert, Unter-

lagen, welche für die Beurteilung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen notwendig sind, nachzureichen. Zudem gilt die allgemeine richterliche Fragepflicht gemäss Art. 56 ZPO, und das Gericht muss sich vergewissern, dass nicht eine offensichtlich unangemessene Lösung Eingang in den Entscheid findet (Art. 279 Abs. 2 ZPO).

Für **Kinderbelange** ist wie überall der **uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz** anzuwenden (Art. 296 Abs. 1 ZPO).

Für die **übrigen Bereiche** gilt der **abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz** (Art. 277 Abs. 3 ZPO). Dies betrifft den Scheidungspunkt, die Benützung der Familienwohnung (Art. 121 ZGB) und die berufliche Vorsorge.

Als Beweismittel sind diejenigen des Katalogs von Art. 168 Abs. 1 ZPO zulässig. Für Kinderbelange gilt der Freibeweis (Art. 168 Abs. 2 ZPO).

Beweismass ist das Regelbeweismass der richterlichen Überzeugung (Art. 157 ZPO). Wo es um die Beurteilung von Sachverhalten in der Zukunft geht, was namentlich bei Unterhaltsansprüchen erforderlich ist, muss allerdings die überwiegende Wahrscheinlichkeit genügen.

Im Unterschied zum früheren Recht (Art. 138 Abs. 1 aZGB) bestehen für neue Tatsachen, Beweismittel und Rechtsbegehren im Scheidungsverfahren keine Sondervorschriften. Es sind vielmehr die allgemeinen Regeln (Art. 227, 229 und 230 ZPO) anwendbar. Im Bereich des Verhandlungsgrundsatzes ist deshalb sorgfältige Prozessführung nötig. Art. 277 Abs. 2 ZPO schafft keinen Anspruch auf Nachreichung von Belegen.

3.2.4 Persönliches Erscheinen (Art. 278 ZPO)

Die Parteien haben zu den Verhandlungen persönlich zu erscheinen und können nur aus wichtigen Gründen dispensiert werden. Neben den im Gesetzestext erwähnten Gründen «Krankheit» und «Alter» dürfte darunter auch ein entfernter Wohnort im Ausland fallen. Diesfalls muss sichergestellt werden, dass der Wille der entsprechenden Partei in das Verfahren einfließt, beispielsweise durch rechtshilfweise Anhörung oder in einfachen Fällen durch Abgabe einer Erklärung vor einer Urkundsperson. Telefonische Anhörungen sind wegen Identifikationsproblemen und Eingriff in die Souveränität eines fremden Staates durch Vornahme einer Amtshandlung problematisch. Ist eine Partei verhandlungsfähig, wäre aber eine Konfrontation mit der Gegenseite für sie unzumutbar, kann auf eine gemeinsame Anhörung verzichtet werden. Ist eine Partei längere Zeit nicht in der Lage, einer Verhandlung beizuwohnen, muss eine Interessenabwägung stattfinden. Die Pflicht zum persönlichen Erscheinen darf nicht dazu führen, dass das Verfahren zu Lasten der Gegenpartei übermässig verzögert wird.

3.2.5 Genehmigung der Vereinbarung (Art. 279 ZPO)

Das Gericht genehmigt eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, wenn sie auf **freiem Willen** und **reiflicher Überlegung** beruht und **klar, vollständig** und **nicht offensichtlich unangemessen** ist. Zudem darf sie nicht zwingendem Recht widersprechen, so den Regeln über den Vorsorgeausgleich (Art. 279 Abs. 1 ZPO). In streitigen Fällen sollte die Dispositionsmaxime in gleichem Sinn ausgelegt werden. Es ist kaum vorstellbar, dass das Gericht aus prozessualen Gründen einen Entscheid mit einem Inhalt erlassen muss, den es nicht genehmigen könnte, wenn er ihm in einer Vereinbarung vorgelegt würde (vgl. MATTHIAS STEIN-WIGGER, FamKomm Scheidung, Anh. ZPO, Art. 279 N 5). Das Prozessrecht mit seiner dienenden Funktion hat hier gegenüber den inhaltlichen Aspekten zurückzutreten.

Die Vereinbarung ist in das Dispositiv des Entscheids aufzunehmen (Art. 279 Abs. 2 ZPO). Dies kann auch durch Anheften der Vereinbarung an den Entscheid geschehen. Wird auf diese Weise vorgegangen, ist bei der Aktenführung darauf zu achten, dass unzweideutig dokumentiert wird, welches die genehmigte Vereinbarung ist. Das geschieht am Besten dadurch, dass jede Seite mit einem Stempel des Gerichts versehen wird.

3.2.6 Berufliche Vorsorge (Art. 280 f. ZPO)

Eine Vereinbarung über die Teilung der Austrittsleistungen wird vom Gericht von Amtes wegen darauf geprüft, ob sie dem Gesetz entspricht (Art. 280 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 ZPO). Mit der Vereinbarung sind Durchführbarkeitsbestätigungen der beteiligten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge vorzulegen (Art. 281 Abs. 1 lit. b ZPO). Diese sind erforderlich, damit der Entscheid des Scheidungsgerichts auch für die Vorsorgeeinrichtungen verbindlich wird (Art. 280 Abs. 2 ZPO).

Kommt keine Vereinbarung zustande, kann das Scheidungsgericht den zu überweisenden Betrag festlegen, wenn die massgeblichen Austrittsleistungen feststehen und Durchführbarkeitsbestätigungen vorliegen (Art. 281 Abs. 1 ZPO). Letzteres wird am Besten in der Weise bewerkstelligt, dass vor der Verhandlung Durchführbarkeitsbestätigungen über den maximal in Betracht fallenden Überweisungsbetrag eingeholt werden.

In den übrigen Fällen legt das Scheidungsgericht das Teilungsverhältnis fest und überweist die Sache nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheids über das Teilungsverhältnis gemäss Art. 281 Abs. 3 ZPO mit gewissen Angaben zur Bestimmung des zu überweisenden Betrags an das Berufsvorsorgegericht (im Kanton Bern an die sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts). Zu beachten ist, dass die Anfechtung anderer Scheidungsfolgen den Eintritt der Rechtskraft nicht hindert (Art. 315 Abs. 1 ZPO) und deshalb die Überweisung an das Verwal-

tungsgericht unter Umständen erfolgen muss, bevor das Verfahren in allen Teilen erledigt ist. Entschädigungen gemäss Art. 124 ZGB werden immer vom Scheidungsgericht festgesetzt. Tritt während des Verfahrens vor dem Berufsvorsorgegericht ein Vorsorgefall ein, so muss das Berufsvorsorgegericht die Sache von Amtes wegen an das wiederum zuständige Scheidungsgericht überweisen, damit dieses nachträglich eine Entschädigung festsetzt (BGE 136 V 225).

3.2.7 Unterhaltsbeiträge (Art. 282 ZPO)

Im Hinblick auf eine mögliche spätere Änderung ist bei der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen in einer Vereinbarung oder einem Entscheid festzuhalten, von welchem **massgebenden Einkommen und Vermögen** jedes Ehegatten ausgegangen wurde (Art. 282 Abs. 1 lit. a ZPO). Dieser Bestimmung wird in der Praxis leider nicht immer nachgelebt, was in Änderungsverfahren zu Schwierigkeiten führen kann. Wichtig ist, dass bei Abstufungen der Unterhaltsbeiträge aufgrund von erwarteten Einkommenserhöhungen für jede Stufe das massgebende Einkommen angegeben wird, damit die unterhaltsberechtigte Person in diesem Umfang gegen Änderungsbegehren wegen verbesserter wirtschaftlicher Verhältnisse geschützt ist. Die aktuellen Einkommens- und Vermögensverhältnisse sollten in den Akten mit Kopien der entsprechenden Beilagen dokumentiert bleiben.

Dass die Unterhaltsbeiträge für den Ehegatten und jedes Kind ausgeschieden werden müssen (Art. 282 Abs. 1 lit. b ZPO), sollte eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein. Familienzulagen gemäss FamZG sind stets zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Art. 8 FamZG geht Art. 285 Abs. 2 ZGB vor (BGer 8C_123/2011).

Wird die nachträgliche Erhöhung oder Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages vorbehalten (Art. 129 Abs. 3 ZGB), muss der **Betrag der Unterdeckung** festgehalten werden (Art. 282 Abs. 1 lit. c ZPO). Dies empfiehlt sich auch ohne einen solchen Vorbehalt, um voreiligen Herabsetzungsbegehren der unterhaltspflichtigen Person wegen Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse der unterhaltsberechtigten Person vorzubeugen.

Schliesslich muss die Vereinbarung oder der Entscheid eine Angabe über die **Indexierung** enthalten, auch wenn auf eine solche verzichtet wird (Art. 282 Abs. 1 lit. d ZPO).

3.2.8 Entscheid (Art. 283 ZPO)

Der Grundsatz der **Einheit des Entscheids** über die Scheidung und ihre Folgen wurde von der Rechtsprechung ins Gesetz überführt. Einzig die güterrechtliche Auseinandersetzung kann aus wichtigen Gründen in ein separates Verfahren verwiesen werden, damit die Auflösung der Ehe nicht durch die vermögensrechtliche Auseinandersetzung über Gebühr verzögert wird. Diesfalls wird über die Scheidung und die übrigen Folgen in einem Teilentscheid befunden. Nicht möglich ist

die Abtrennung, wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung Einfluss auf die Berechnung der Unterhaltsbeiträge hat (BGE 130 III 537 E. 4).

Ein separates Nachverfahren ergibt sich auch, wenn die Durchführung des Vorsorgeausgleichs dem Berufsvorsorgegericht übertragen wird.

Der Grundsatz der Einheit des Scheidungsentscheids gilt nur für die erste Instanz. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des Entscheids bloss im Rahmen der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO), so dass sich bei einer Teilanfechtung die schliesslich massgebende Scheidungsregelung aus verschiedenen Entscheiden zusammensetzt (siehe unten, Abschnitt 5.4).

3.2.9 Änderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen (Art. 284 ZPO)

Art. 284 Abs. 1 ZPO verweist für die Voraussetzungen und die sachliche Zuständigkeit auf Art. 129 und 134 ZGB.

Nicht streitige Änderungen, welche nicht Kinderbelange betreffen, können die Parteien in einfacher Schriftlichkeit vereinbaren (Art. 284 Abs. 2 ZPO). Wird in einem streitigen Verfahren eine Vereinbarung abgeschlossen, so können die Parteien diese durch das Gericht genehmigen lassen. Dies empfiehlt sich insbesondere zum Nachweis gegenüber Sozialbehörden, dass nicht auf Ansprüche verzichtet wurde. In solchen Fällen ist es auch denkbar, analog dem Eheschutzverfahren dem Gericht eine Vereinbarung zur Genehmigung einzureichen. Das Gericht braucht keinen Scheinprozess mit allen Förmlichkeiten durchzuführen, muss sich aber vor der Genehmigung vergewissern, dass die Vereinbarung den Grundsätzen des Scheidungsrechts entspricht und dies auch aktenkundig machen.

Vereinbarungen über die elterliche Sorge und den Unterhalt minderjähriger Kinder sind von der Kindesschutzbehörde zu genehmigen (Art. 134 Abs. 3 ZGB).

Für streitige Änderungsverfahren gelten die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Auch das Änderungsverfahren wird ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren eingeleitet (Art. 198 lit. c ZPO).

Eine Neuregelung der elterlichen Sorge kann auch das Kind oder die Kindesschutzbehörde beantragen (Art. 134 Abs. 1 ZGB). Bei Streitigkeiten über den persönlichen Verkehr ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens über elterliche Sorge oder Unterhalt entscheidet die Kindesschutzbehörde (Art. 134 Abs. 4 ZGB).

Nicht unter die Bestimmungen betreffend Änderung von Scheidungsfolgen fallen Klagen von oder gegen volljährig gewordene Kinder auf Neufestsetzung des im Scheidungsentscheid festgesetzten Unterhalts. In diesen Fällen ist das vereinfachte Verfahren (Art. 295 ZPO) mit vorgängigem Schlichtungsverfahren (Art. 197 ZPO) anwendbar (revidierte Praxisfestlegung der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 21. Oktober 2011).

3.2.10 Ergänzung von Scheidungsentscheiden

Die Ergänzung lückenhafter Scheidungsentscheide ist in der ZPO nicht geregelt. Es geht in der Regel um ausländische Urteile, welche Kinderbelange oder den Vorsorgeausgleich nicht regeln (vgl. BGE 131 III 289). Die Voraussetzungen für die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte sind in Art. 64 Abs. 1 IPRG umschrieben. Für das Verfahren gelten die Vorschriften über das Scheidungsverfahren (gemeinsames Begehren oder Scheidungsklage) sinngemäss. Eine allfällige Vereinbarung ist gemäss Art. 279 f. ZPO vom Gericht zu genehmigen. Einfache Schriftlichkeit genügt nicht, da es sich nicht um ein Änderungsverfahren handelt. Die Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde analog Art. 134 ZGB bleibt vorbehalten.

3.3 Scheidung auf gemeinsames Begehren (Art. 285 bis 289 ZPO)

3.3.1 Anwendungsbereich

Die Verfahrensart der Scheidung auf gemeinsames Begehren umfasst Fälle, in denen die Ehegatten ein Scheidungsbegehren samt einer vollständigen Vereinbarung über die Scheidungsfolgen einreichen (**umfassende Einigung**), und andererseits solche, bei denen sich die Einigkeit auf den Scheidungspunkt und allenfalls einzelne Scheidungsfolgen beschränkt (**Teileinigung**). Der Charakter der Verfahren und die Rolle des Gerichts sind dabei sehr unterschiedlich. Bei einer umfassenden Einigung beschränkt sich die Aufgabe des Gerichts darauf, die von den Ehegatten getroffenen Regelungen zu überprüfen. Im Verfahren der Teileinigung wird ein grosser Teil der Kampfscheidungen abgewickelt. Hier muss das Gericht vermittelnd tätig werden (Art. 124 Abs. 3 ZPO) und gegebenenfalls über die streitig gebliebenen Scheidungsfolgen entscheiden.

3.3.2 Umfassende Einigung

Art. 285 ZPO umschreibt die Voraussetzungen für die gemeinsame Eingabe. Neben dem gemeinsamen Scheidungsbegehren, der vollständigen Vereinbarung über die Scheidungsfolgen und den gemeinsamen Anträgen hinsichtlich der Kinder (die Kinderbelange können nicht durch die Eltern in einer Vereinbarung verbindlich geregelt werden) sind auch die erforderlichen Belege einzureichen. Eine Auflistung der üblicherweise einzureichenden Belege findet sich auf dem Formular «Gemeinsames Scheidungsbegehren» des Bundesamtes für Justiz (Fundstelle im Internet siehe oben, Abschnitt 1.2.2 am Ende).

Die Ehegatten haben gemeinsam einen Gerichtskostenvorschuss zu leisten (Art. 98 ZPO). Dessen Höhe bemisst sich im Kanton Bern in der Praxis nach den Richtlinien des Verbandes bernischer

Richterinnen, Richter, Staatsanwältinnen und -anwälte (Richtlinien VBRS; www.justice.be.ch >

Zivilverfahren > Formulare/Merkblätter). Enthält die Vereinbarung eine Kostenregelung, ist es sinnvoll, die Vorschüsse gemäss dieser Regelung einholen (Art. 109 ZPO analog). Für den Zeitpunkt der Einholung des Vorschusses enthält die ZPO keine Vorgaben. Der Vorschuss kann vor oder mit der Vorladung zur Anhörung verfügt werden. In der Regel sind die Ehegatten an einem zügigen Verfahrensablauf interessiert und leisten die Vorschüsse, so dass es genügt, sie mit der Vorladung einzuverlangen. Gegebenenfalls kann immer noch der Anhörungstermin abgesetzt werden. Leistet der eine Ehegatte auch innert Nachfrist den von ihm verlangten Vorschuss nicht, ist zunächst dem anderen Gelegenheit zu geben, diesen einzubezahlen. Erst wenn dies nicht erfolgt, kann gemäss Art. 101 Abs. 3 ZPO auf das gemeinsame Begehren nicht eingetreten werden. Wenn einem Ehegatten das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege erteilt wurde, ist es jedoch nicht zulässig, wegen Vorschuss säumnis des anderen Ehegatten auf das gemeinsame Begehren nicht einzutreten, da diesfalls der Anspruch des prozessarmen Ehegatten auf Durchführung der Scheidung auf gemeinsames Begehren vereitelt würde. Wird mit dem Scheidungsbegehren um unentgeltliche Rechtspflege oder Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den anderen Ehegatten ersucht, ist es in der Regel prozessökonomisch, eine allfällige Gesuchsverhandlung mit der Anhörung im Scheidungsverfahren zu verbinden. Sollte die Finanzierung des Verfahrens dannzumal nicht gesichert werden, kann immer noch mit dem Entscheid zugewartet werden, bis der Vorschuss vorliegt.

Ist die Eingabe vollständig (und gegebenenfalls der Gerichtskostenvorschuss geleistet), so lädt das Gericht die Ehegatten zur Anhörung vor (Art. 287 ZPO). Wenn die Eingabe mangelhaft ist, muss beim Vorgehen differenziert werden:

- Bei formellen Mängeln wie fehlende Unterschrift ist eine Nachfrist zur Verbesserung, anzusetzen. Wenn diese nicht benutzt wird, gilt die Eingabe als nicht erfolgt (Art. 132 Abs. 1 ZPO).
- Ist die Vereinbarung unvollständig, sollten die Ehegatten gemäss Art. 56 ZPO aufgefordert werden, sie nachzubessern. Bei geringfügigen Mängeln kann jedoch die Vorladung zur Anhörung erlassen werden, unter Hinweis darauf, dass die Bereinigung dort erfolgt. Nichteintreten auf das Begehren ist erst dann gerechtfertigt, wenn trotz Aufforderung keine vollständige Vereinbarung und auch kein Antrag zur gerichtlichen Regelung der fehlenden Punkte eingereicht wird (Art. 59 Abs. 1, 60 ZPO). Bei einem Nichteintretensentscheid gehen die Kosten je zur Hälfte zu Lasten beider Ehegatten. Es wird keine Frist für die Einreichung einer Scheidungsklage entsprechend Art. 288 Abs. 3 ZPO gesetzt, da das Verfahren der Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht aus inhaltlichen,

sondern aus prozessualen Gründen nicht weiter geführt werden kann. Die Ehegatten können jederzeit ein verbessertes Begehren einreichen.

- Fehlen Belege, so sollte dennoch (mit einer entsprechenden Aufforderung) zur Anhörung vorgeladen werden, wenn die Nachreichung bis zum Termin möglich erscheint. Andernfalls oder wenn überhaupt keine Belege vorgelegt werden, ist den Parteien Frist zur Einreichung anzusetzen. Erst wenn notwendige Belege auch nach Aufforderung fehlen, kann das Gericht das Verfahren durch Nichteintretensentscheid erledigen.
- Der Vorsorgeausgleich kann erst korrekt berechnet werden, wenn der Anhörungstermin bekannt ist, da nach geltendem Recht für die Berechnung der Zeitpunkt der Scheidung massgebend ist. Die Vereinbarung über die betragsmässige Teilung der Austrittsleistungen und die entsprechenden Durchführbarkeitsbestätigungen können deshalb bis zur Anhörung (bzw. einige Tage davor, damit das Gericht Zeit hat, sie zu überprüfen) nachgereicht werden.

Im Hinblick auf die Anhörung ist die Anhörung der Kinder (Art. 298 ZPO) zu regeln und im Normalfall auch durchzuführen, damit im Termin die Scheidung ausgesprochen werden kann.

Am Termin werden die Parteien getrennt und zusammen zum Scheidungspunkt und zur Regelung der Scheidungsfolgen angehört (qualifizierte Anhörung; Art. 111 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 287 ZPO).

Sind die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren erfüllt, so spricht das Gericht die Scheidung aus und genehmigt die Vereinbarung (Art. 288 Abs. 1 ZPO, Art. 111 Abs. 2 ZGB). Der Entscheid wird gemäss Art. 238 f. ZPO eröffnet (oben, Abschnitt 1.2.4). In Kinderbelangen ist Art. 301 ZPO betreffend Eröffnung an über 14-jährige Kinder zu beachten (unten, Abschnitt 4.2.4).

Wenn untergeordnete Punkte vorerst offen bleiben, so kann nach deren Regelung der Entscheid schriftlich eröffnet werden, ohne dass eine weitere Sitzung stattfinden muss.

Erscheinen nicht beide Ehegatten zur Anhörung, sollte nochmals ein Termin angesetzt werden. Kann die Anhörung beider Ehegatten auch dann nicht durchgeführt werden, sind die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt. Das Gericht geht gleich vor, wie wenn der Scheidungswille in der Anhörung nicht bestätigt wird (Art. 288 Abs. 3 ZPO, siehe unten). Dies gilt auch bei Abwesenheit beider Ehegatten. Das Verfahren kann diesfalls nicht analog Art. 234 Abs. 2 ZPO abgeschrieben werden.

Falls an der ersten Sitzung der Anhörung nicht beide Ehegatten den Scheidungswillen und die Vereinbarung bestätigen, können zur Klärung und allfälligen Anpassung der Vereinbarung weitere Sitzungen anberaumt werden (Art. 111 Abs. 1 ZGB). Die Vereinbarung ist nach herrschender Lehre für die Ehegatten bis zum Abschluss der

Anhörungsphase nicht bindend und kann frei widerrufen werden.

Bleibt es dabei, dass der Scheidungswille oder die Vereinbarung in der Anhörungsphase nicht von beiden Ehegatten bestätigt werden, kommt es darauf an, ob der fehlende Wille sich auf die Scheidung als solche oder bloss auf die Scheidungsfolgen bezieht. Ist der Scheidungswille nicht mehr da, weist das Gericht das gemeinsame Scheidungsbegehren ab und setzt gleichzeitig jedem Ehegatten eine Frist zur Einreichung einer Scheidungsklage, wobei die Rechtshängigkeit bestehen bleibt (Art. 288 Abs. 3 ZPO). Wird bloss die Regelung der Scheidungsfolgen nicht bestätigt, muss abgeklärt werden, in welchem Umfang die Vereinbarung nicht mehr gelten soll. Für die streitig gewordenen Folgen wird das kontradiktorische Annexverfahren eingeleitet (Art. 288 Abs. 2 ZPO). Das Annexverfahren wird ebenfalls eingeleitet, wenn das Gericht in seiner ersten Prüfung die Vereinbarung nicht als genehmigungsfähig erachtet, die Ehegatten jedoch darauf beharren. Diesfalls verläuft das Verfahren nicht kontradiktorisch, sondern beide Ehegatten werden versuchen, das Gericht davon zu überzeugen, dass die Vereinbarung den gesetzlichen Vorschriften entspricht.

3.3.3 Teileinigung

Die Eingabe bei einer Teileinigung muss den gleichen Erfordernissen entsprechen wie diejenige bei einer umfassenden Einigung (Art. 286 Abs. 3 ZPO). Bei den Scheidungsfolgen, über welche sich die Ehegatten nicht einig sind, tritt an die Stelle der Vereinbarung der Antrag an das Gericht, diese zu beurteilen (Art. 286 Abs. 1 ZPO, Art. 112 Abs. 1 ZGB).

Jeder Ehegatte kann bereits in der Eingabe begründete Anträge zu den streitigen Scheidungsfolgen stellen (Art. 286 Abs. 2 ZPO). Dies erleichtert dem Gericht die Vorbereitung der Anhörung. Dem anderen Ehegatten sollte Gelegenheit gegeben werden, zu solchen Ausführungen vorgängig Stellung zu nehmen.

Der erste Gerichtskostenvorschuss umfasst gemäss den Richtlinien VBRS den Aufwand bis und mit dem ersten Anhörungstermin vor Gericht.

Gleichzeitig mit der Eingabe können auch vorsorgliche Massnahmen, die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den anderen Ehegatten (provisio ad litem) oder die unentgeltliche Rechtspflege beantragt werden.

Die Einreichung vollständiger Belege zu den streitigen Scheidungsfolgen kann nicht erzwungen werden, da die Beweisaufnahme erst im Annexverfahren (Art. 288 Abs. 2 ZPO) erfolgt. Das Gericht kann aber die Ehegatten im Hinblick auf Konventionsverhandlungen an der Anhörung anhalten, Belege einzureichen. Ebenso ist es möglich, die Ehegatten aufzufordern, zwecks Strukturierung der Verhandlungen vor der Anhörung eine Skizze der güterrechtlichen Auseinandersetzung aus ihrer Sicht einzureichen. Da in der Regel beide Ehegat-

ten an einer gütlichen Regelung unter Mithilfe des Gerichts interessiert sind, werden solche Aufforderungen meist befolgt. Werden Belege erst im späteren Verfahren eingereicht und entsteht durch die Verzögerung unnötiger Aufwand, können dem dafür verantwortlichen Ehegatten allenfalls gemäss Art. 108 ZPO Kosten auferlegt werden.

Am ersten Termin werden die Ehegatten wie bei der umfassenden Einigung zum Scheidungsbegehren, zu den Scheidungsfolgen, über die sie sich geeinigt haben, sowie zur Erklärung, dass die übrigen Folgen gerichtlich zu beurteilen sind, angehört (Art. 112 Abs. 2 ZGB). Im Wesentlichen geht es an diesem Termin aber darum, eine einvernehmliche Lösung der streitigen Scheidungsfolgen herbeizuführen, was bedingt, dass genügend Zeit (Richtlinie ein halber Tag) reserviert wird. Sind Gesuche um vorsorgliche Massnahmen, Leistung eines Prozesskostenvorschusses oder unentgeltliche Prozessführung eingereicht worden, ist es sinnvoll, die Gesuchsverhandlung mit der Anhörung zu verbinden. Meist geht es sowohl in der Hauptsache als auch bei den Gesuchen um die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehegatten.

Analog der Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO) ist es möglich, an der Anhörung Beweise abzunehmen, d.h. förmliche Parteibefragungen (Art. 191 ZPO) durchzuführen. Dies kann dann angezeigt sein, wenn es darum geht, gewisse Sachverhalte bereits für das weitere Verfahren zu klären, ebenso wenn über Gesuche entschieden werden muss. In der Regel sollten die Verhandlungen jedoch formlos geführt und die Äusserungen der Ehegatten analog Art. 205 Abs. 1 ZPO nicht protokolliert werden.

In der Phase der Anhörung oder auch schon vorher können Berichte und Gutachten eingeholt werden, jedenfalls wenn die Ehegatten einverstanden sind (z.B. Ermittlung des Verkehrswertes von Vermögensgegenständen oder in Kinderbelangen).

Wenn an der Anhörung eine Vereinbarung abgeschlossen wird, ist sie sofort bindend. Zum Schutz vor Übereilung ist es jedoch möglich, einen Bestätigungs- oder Widerrufsvorbehalt zu vereinbaren.

Sind alle Voraussetzungen erfüllt, wurden namentlich die Kinderanhörungen durchgeführt und liegen die Durchführbarkeitsbestätigungen der Vorsorgeeinrichtungen vor, so kann im Termin die Scheidung ausgesprochen werden (Art. 288 Abs. 1 ZPO).

Nicht selten bildet die gerichtliche Anhörung die Grundlage für weitere, aussergerichtliche Verhandlungen oder eine Mediation (Art. 214, 297 Abs. 2 ZPO). Das Verfahren kann (Art. 126 Abs. 1 ZPO) bzw. muss (Art. 214 Abs. 3 ZPO) dann sistiert werden. Wenn es zum Abschluss einer Vereinbarung kommt, ist es vertretbar, auf eine Anhörung dazu zu verzichten, wenn die Regelungen in der am Termin erörterten Bandbreite liegen, und den Entscheid schriftlich auszufällen.

Es können auch weitere Sitzungen im Rahmen der Anhörungsphase durchgeführt werden (Art. 111 Abs. 1 ZGB). Allerdings dürfte es in der Regel sinnvoller sein, das Annexverfahren einzuleiten und in dessen Rahmen weitere Verhandlungen zu führen, damit das Verfahren zügig vorangebracht werden kann, falls eine Einigung nicht gelingen sollte.

Zum **Annexverfahren** (Art. 288 Abs. 2 ZPO) kommt es, wenn bei weiter bestehendem Scheidungswillen Scheidungsfolgen streitig geblieben sind oder das Gericht beabsichtigt, die Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zu genehmigen. Fehlt es am beidseitigen Scheidungswillen, weist das Gericht das gemeinsame Scheidungsbegehren ab und setzt jedem Ehegatten eine Frist zur Einreichung einer Scheidungsklage (Art. 288 Abs. 3 ZPO, dazu oben, Abschnitt 3.3.2).

Das Annexverfahren wird mit einer prozessleitenden Verfügung des Gerichts eingeleitet. Falls ursprünglich eine umfassende Einigung vorlag, dann aber Teilpunkte streitig wurden, ist vorgängig abzuklären, welche Punkte ungeachtet des Streits aufrecht erhalten bleiben.

Das Gericht kann für das Annexverfahren Parteienrollen verteilen. Dies ist sinnvoll, wenn hauptsächlich die eine Partei Forderungen stellt und die andere sich auf deren Abwehr beschränkt. So können der Schriftenwechsel und das weitere Verfahren strukturiert werden.

Durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt ist die Frage, ob die Kostenvorschusspflicht entsprechend Art. 98 ZPO stets nur derjenigen Partei auferlegt werden kann, welche die Klägerrolle innehat oder ob nach Massgabe der gestellten Begehren von beiden Ehegatten Vorschüsse verlangt werden können. Im Scheidungsverfahren kann auch die beklagte Partei Forderungen stellen (actio duplex). Die beidseitige Vorschusspflicht erscheint sachgerecht (vgl. DOMINIK GASSER/RAHEL MÜLLER/TAMARA PIETSCH-KOJAN, Ein Jahr Schweizerische ZPO – ein Erfahrungsbericht, Anwaltsrevue 1/2012, S. 10).

Bei Vorschuss säumnis kann die säumige Partei im Bereich des Dispositionsgrundsatzes keine Leistungen verlangen, aber Abweisung der Begehren der Gegenseite beantragen, was sich aus Art. 98 ZPO ergibt. Haben beide Parteien den für das Annexverfahren verlangten Vorschuss nicht bezahlt, sollte das Gericht prüfen, ob die Vorschüsse aus dem nicht streitigen Verfahrensteil ausreichen, um das Verfahren mit einem minimalen Aufwand zum Abschluss zu bringen, wobei Forderungen im Bereich des Dispositionsgrundsatzes nicht oder nur beschränkt behandelt werden. Diesfalls ist das Verfahren weiterzuführen, andernfalls erfolgt ein Nichteintretensentscheid. Sind minderjährige Kinder vorhanden, muss geprüft werden, ob nicht deren Interessen einen definitiven Abschluss des Scheidungsverfahrens unter ihren weiterhin scheidungswilligen Eltern gebieten.

Das weitere Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen über das ordentliche Verfahren (Art. 220 bis 242 ZPO). Es wird mindestens ein Schriftenwechsel (Art. 221 f. ZPO) und eine Hauptverhandlung (Art. 228 ff. ZPO) durchgeführt. Haben beide Ehegatten vor der Anhörung begründete Anträge zu den streitigen Scheidungsfolgen gestellt (Art. 286 Abs. 2 ZPO), ist es allerdings vertretbar, in nicht allzu komplexen Fällen im gegenseitigen Einvernehmen aus prozessökonomischen Gründen auf den Schriftenwechsel zu verzichten und gleich zur Hauptverhandlung vorzuladen. Umgekehrt kann gemäss Art. 233 ZPO auf die Hauptverhandlung verzichtet werden, wenn sich die Ehegatten einig sind, aber das Gericht beabsichtigt, die Vereinbarung nicht zu genehmigen. Auch wenn beiden Ehegatten für die Einreichung ihrer Schriftsätze die gleiche Frist angesetzt wird, ist es nicht erforderlich, einen zweiten Schriftenwechsel (Art. 225 ZPO) anzuordnen. Die Replik auf die Eingabe der Gegenpartei kann auch mündlich im ersten Parteivortrag in der Hauptverhandlung erfolgen (Art. 228 ZPO).

Im Entscheid ist über die Scheidung und deren Folgen zu befinden (Art. 283 ZPO). Da bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren das streitige Verfahren nur einen Annex darstellt, ist ein Zwischenentscheid (Art. 237 ZPO) über Scheidungsfolgen nicht denkbar. Die obere Instanz könnte mit einem abweichenden Entscheid das Grundverfahren nicht erledigen.

Das Gericht kann im Entscheid vom Dispositionsgrundsatz abweichen, wenn eine offensichtlich unangemessene Regelung resultieren würde (oben, Abschnitt 3.2.5). Bei Nichtgenehmigung einer Vereinbarung ersetzt es die von den Ehegatten getroffene Regelung durch eine eigene. In Kinderbelangen gilt in jedem Fall der Offizialgrundsatz (Art. 296 Abs. 3 ZPO).

Nicht selten wird im Verlauf des Annexverfahrens mit oder ohne Mithilfe des Gerichts eine Vereinbarung abgeschlossen. Eine solche ist sofort bindend. Nach einer aussergerichtlichen Einigung ist eine Anhörung der Ehegatten dazu durch das Gericht nicht zwingend; der Entscheid kann auch schriftlich ergehen (kritisch ROLAND FANKHAUSER, FamKomm Scheidung, Anh. ZPO, Art. 288 N 15).

3.4 Scheidungsklage (Art. 290 bis 294 ZPO)

3.4.1 Anwendungsbereich

Die Vorschriften über die Scheidungsklage gelten bei **einseitigen Scheidungsbegehren** (Art. 114, 115 ZGB) einschliesslich solchen nach nachträglichem Wegfall des Scheidungswillens (Art. 288 Abs. 3 ZPO) sowie sinngemäss für **Eheungültigkeits- und Ehetrennungsklagen** (Art. 294 ZPO) und für streitige Verfahren auf **Änderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen** (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Letzteres dürfte einen wesentlichen Teil der nach diesen Vorschriften abzuwickelnden Verfahren ausma-

chen. Bei den Scheidungsbegehren stehen die Fälle im Vordergrund, wo die zweijährige Trennungszeit (Art. 114 ZGB) abgelaufen ist, aber ein Ehegatte sich weigert, zu einem gemeinsamen Scheidungsbegehren Hand zu bieten oder nicht erreichbar ist. Scheidungsklagen wegen Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) sind eher selten, da der scheidungswillige Ehegatte es doch vorziehen dürfte, die Trennungszeit abzuwarten statt sich auf einen aufwendigen Prozess mit unsicherem Ausgang einzulassen.

3.4.2 Verfahrensablauf

Die Scheidungsklage wird ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren direkt beim Scheidungsgericht eingereicht (Art. 198 lit. c ZPO). Sie hat gemäss Art. 290 ZPO nebst den Angaben über die Ehegatten das Rechtsbegehren, die Ehe sei zu scheiden sowie die Bezeichnung des Scheidungsgrundes (Art. 114 oder 115 ZGB), die Rechtsbegehren hinsichtlich der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen und der Kinder sowie die erforderlichen Belege zu enthalten. Die Rechtsbegehren zu den Scheidungsfolgen haben jedoch rein informativen Charakter, und Unvollständigkeit der Belege schadet nicht, da Änderungs- und Novenschranken erst im tatsächlich streitigen Verfahren, welches nach Scheitern der Einigungsverhandlung eingeleitet wird (Art. 291 Abs. 3 ZPO), zum Tragen kommen (dazu oben, Abschnitt 1.2.4). Die Scheidungsklage kann ohne schriftliche Begründung eingereicht werden. Eine allfällige Begründung muss nicht den Erfordernissen von Art. 221 Abs. 1 ZPO entsprechen. Die Klage kann auch lediglich summarisch oder teilweise begründet werden (BGer 5A_871/2011 E. 3.2). Dies ist sinnvoll, wenn die klagende Partei eine gütliche Lösung in der Einigungsverhandlung anstrebt und nicht unnötig «Geschirr zerschlagen», aber doch dem Gericht Hinweise für die Vorbereitung der Verhandlung geben will.

Nach Eingang der Klage hat die klagende Partei einen Gerichtskostenvorschuss zu leisten (Art. 98 ZPO), welcher gemäss den Richtlinien VBRS den Aufwand bis zur Einigungsverhandlung abdeckt. Wird mit der Klage ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege oder Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den beklagten Ehegatten eingereicht, ist in der Regel die Kombination der Gesuchsverhandlung mit der Einigungsverhandlung prozessökonomisch.

Für das weitere Vorgehen sieht das Gesetz lediglich vor, dass das Gericht die Ehegatten zu einer **Einigungsverhandlung** vorlädt (Art. 291 Abs. 1 ZPO), sagt aber nichts zu allfälligen vorbereitenden Schritten. Dies führte in der Praxis zu Unsicherheiten, welche das Bundesgericht im Entscheid 5A_871/2011 E. 3 weitgehend klärte. Danach ist grundsätzlich immer eine Einigungsverhandlung durchzuführen. Vorgängig findet kein Schriftenwechsel statt, und zwar auch dann nicht, wenn die Klage entsprechend Art. 221 Abs. 1 ZPO

einlässlich begründet war. Dem Gericht ist es verwehrt, Frist zur Einreichung einer Klageantwort oder Stellungnahme anzusetzen. Das Bundesgericht anerkannte jedoch, dass es für das Gericht zur Vorbereitung der Einigungsverhandlung nützlich ist, den Standpunkt der beklagten Partei zu kennen, und dass auch die beklagte Partei ein Interesse daran haben kann, dass das Gericht bereits in dieser Phase ihre Auffassung kennt und in der Vorbereitung berücksichtigen kann. Der beklagten Partei steht es deshalb frei, vor der Einigungsverhandlung durch eine schriftliche Eingabe von sich aus zur Klage Stellung zu nehmen, eigene Unterlagen einzureichen und Anträge zu stellen. Das Gericht kann auch bei der Zustellung der Klage und Vorladung zur Einigungsverhandlung auf diese Möglichkeit hinweisen. Dies scheint aus Gründen der Verfahrensfairness angezeigt zu sein, und es dürfte wohl auch zulässig sein, der beklagten Partei mitzuteilen, bis wann die Stellungnahme vorliegen sollte und welche Unterlagen das Gericht benötigt, damit es die Verhandlung optimal vorbereiten kann. Auch bei einer nicht begründeten Klage ist es nützlich, den grundsätzlichen Standpunkt der beklagten Partei zu kennen und über Unterlagen von ihrer Seite zu verfügen. Wenn der Scheidungsanspruch gemäss Art. 114 ZGB feststeht, wird der beklagte Ehegatte nach Einreichung der Scheidungsklage nicht selten seinen Widerstand gegen die Scheidung aufgeben und zu einer gütlichen Regelung Hand bieten.

Im zitierten Entscheid liess das Bundesgericht die Frage offen, ob und unter welchen Umständen allenfalls Ausnahmen vom zwingenden Charakter der Einigungsverhandlung zuzulassen sind. Dieser bedeutet sicher, dass die Einigungsverhandlung im Regelfall nicht gegen den Willen der beklagten Partei unterbleiben darf (DANIEL STECK, Bemerkungen zu Urteil 5A_233/2011 = BGE 137 III 380, FamPra.ch 2011 S. 990 ff.). Wenn die Durchführung einer Einigungsverhandlung nicht möglich erscheint, namentlich weil die beklagte Partei nachrichtenlos abwesend ist oder im fernen Ausland weilt und nicht vertreten ist, würde die Vorladung zu einer Einigungsverhandlung einen Leerlauf darstellen. Diesfalls sollte es möglich sein, diesen Verfahrensschritt zu überspringen und gleich Frist zur Klagebegründung (Art. 291 Abs. 3 ZPO) anzusetzen. Liegt bereits eine solche vor, sollte die klagende Partei angefragt werden, ob sie aufgrund des Wegfalls der Einigungsverhandlung die Klage ergänzen will. Wenn nein, kommt es sogleich zur Ansetzung einer Frist für die Klageantwort. Ergibt sich aus den Unterlagen und allenfalls einer Nachfrage bei der beklagten Partei, dass diese den geltend gemachten Scheidungsgrund bestreitet und die Klage bekämpfen will, macht die Durchführung einer Einigungsverhandlung wenig Sinn, und es sollte das gleiche Vorgehen zulässig sein. Bei Änderungsklagen ist kein Scheidungsgrund abzuklären, sondern über die unter Umständen vielschichtige Frage der Verän-

derung der Verhältnisse zu befinden. Hier dürfte ein Schriftenwechsel mit anschliessender Hauptverhandlung, wo über eine Vereinbarung verhandelt, aber gegebenenfalls auch ein Entscheid ausgefällt werden kann, oft das ökonomischere Vorgehen sein als der Weg über die Einigungsverhandlung ohne vorgängigen Schriftenwechsel (DANIEL SUMMERMATTER, Zur Abänderung von Kinderalimenten, FamPra.ch 2011 S. 38 ff., insbes. S. 43). Jedenfalls im Einverständnis der Parteien sollte dem nichts im Weg stehen, zumal es dem Gesetzgeber beim Erlass der ZPO ein Anliegen war, gerade im Familienrecht die Verfahren bürgernah, einfach und kostengünstig auszugestalten (Botschaft ZPO, S. 7237).

Schliessen die Ehegatten vor der Einigungsverhandlung eine Vereinbarung ab, muss dennoch eine Verhandlung stattfinden, damit sich das Gericht vergewissern kann, dass die Voraussetzungen für die Genehmigung gemäss Art. 279 ZPO gegeben sind.

An der Einigungsverhandlung klärt das Gericht zunächst ab, ob der Scheidungsgrund gegeben ist (Art. 291 Abs. 1 ZPO). Dies ist praktisch nur in Fällen von Art. 114 ZGB möglich, bei denen nicht streitig ist, dass bei Klageeinreichung die zweijährige Trennungsfrist abgelaufen war. Kann der Scheidungsgrund nicht als erstellt gelten und erklärt sich der beklagte Ehegatte auch nicht unter Offenlassung dieser Frage mit der Scheidung einverstanden, muss das streitige Verfahren eingeleitet werden (Art. 291 Abs. 3 ZPO).

In einem Grossteil der Fälle wird der Scheidungsgrund jedoch geklärt werden können oder ist der beklagte Ehegatte ungeachtet eines allenfalls fehlenden Scheidungsgrundes mit der Scheidung einverstanden. Dann versucht das Gericht, zwischen den Ehegatten eine Einigung über die Scheidungsfolgen herbeizuführen (Art. 291 Abs. 2 ZPO). Das Vorgehen entspricht demjenigen in der Anhörung bei Teileinigung (oben, Abschnitt 3.3.3). Eine an der Einigungsverhandlung abgeschlossene Vereinbarung ist bindend. Sind alle Voraussetzungen erfüllt, so kann sogleich die Scheidung ausgesprochen werden, wobei bei einer Trennungszeit von weniger als zwei Jahren im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit vorgängig eine qualifizierte Anhörung (getrennt und gemeinsam) durchgeführt werden muss, damit formell ein Scheidungsgrund vorliegt (Art. 292 Abs. 1 ZPO, Art. 111 Abs. 1 ZGB). Steht der geltend gemachte Scheidungsgrund fest, so findet kein Wechsel zur Scheidung auf gemeinsames Begehren statt (Art. 292 Abs. 2 ZPO). Diese Bestimmung ist bezüglich einer in der Einigungsverhandlung erzielten umfassenden Einigung ein Relikt aus der Zeit vor Abschaffung der Bedenkzeit, indem diese den schon länger getrennten Ehepaaren erspart werden sollte. Bei der heutigen Rechtslage hat sie nur noch die Bedeutung, dass keine qualifizierte Anhörung durchgeführt werden muss.

Kommt es nicht zu einer Einigung, sind die Ehegatten jedoch mit der Scheidung einverstanden

und haben sie bei Eintritt der Rechtshängigkeit weniger als zwei Jahre getrennt gelebt, wird das Verfahren nach den Vorschriften über die Scheidung auf gemeinsames Begehren fortgesetzt (Art. 292 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass eine qualifizierte Anhörung durchgeführt und anschliessend das Annexverfahren (Art. 288 Abs. 2 ZPO) eingeleitet wird (a.M. ROLAND FANKHAUSER, FamKomm Scheidung, Anh. ZPO, Art. 292 N 7, der sich bei streitigen Scheidungsfolgen für die Fortsetzung des Verfahrens gemäss Art. 291 Abs. 3 ZPO ausspricht). Der wesentliche Unterschied zur Fortsetzung des Klageverfahrens besteht darin, dass beim Annexverfahren die Parteipollen wegfallen oder neu verteilt werden können.

Führt die Einigungsverhandlung nicht zum Ziel und findet kein Verfahrenswechsel statt, setzt das Gericht der klagenden Partei Frist, eine schriftliche Klagebegründung nachzureichen (Art. 291 Abs. 3 ZPO). Dies gilt auch dann, wenn bereits eine solche vorliegt, denn es kann sein, dass die klagende Partei diese als nicht abschliessend verstanden hat und sie – gerade auch im Lichte des in der Einigungsverhandlung Diskutierten – ergänzen möchte (BGer 5A_871/2011 E. 3.2.2).

Bei Nichteinhalten der Frist wird die Klage als gegenstandslos abgeschrieben (Art. 291 Abs. 3 ZPO). Die Abschreibung des Verfahrens hat keine Sperrwirkung für eine neue Scheidungsklage.

Nach Vorliegen der Klagebegründung richtet sich die Fortsetzung des Prozesses nach den Bestimmungen über das ordentliche Verfahren (oben, Abschnitt 1.2.4). Im Scheidungsverfahren kann der beklagte Ehegatte auch ohne Widerklage Forderungen zu den Scheidungsfolgen stellen (actio duplex). In dem auszufällenden Entscheid muss beim Aussprechen der Scheidung auch über deren Folgen befunden werden (Art. 283 Abs. 1 ZPO), und die Widersetzung gegen den Scheidungsanspruch darf nicht zu Nachteilen bei der Regelung der Scheidungsfolgen führen. Gegebenenfalls sollte der beklagte Ehegatte aber auch einen Kostenvorschuss leisten müssen (oben, Abschnitt 3.3.3). Im Änderungsverfahren, in dem sich der Gegenstand des Entscheids nicht durch das Gesetz, sondern durch das Rechtsbegehren der klagenden Partei bestimmt, muss die beklagte Partei hingegen Widerklage erheben (Art. 224 ZPO), wenn sie die Scheidungsfolgen in eine andere Richtung als die klagende Partei ändern lassen will.

4. Kinderbelange (Art. 295 bis 302 ZPO)

4.1 Allgemeine Bestimmungen (Art. 295 und 296 ZPO)

4.1.1 Selbstständige Klagen (Art. 295 ZPO)

Für selbstständige Kindesrechtliche Klagen gilt gemäss Art. 295 ZPO unabhängig vom Streitwert das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO). Dies betrifft einerseits Statusklagen (Vaterschaftsklagen sowie Anfechtungsklagen betreffend Vaterschaft des Ehemannes, Anerkennung und Adoption) und

andererseits Unterhaltsklagen ausserhalb eines eherechtlichen Verfahrens, einschliesslich Klagen auf Änderung von Scheidungsentscheiden betreffend den Unterhalt volljährig gewordener Kinder (ANNETTE SPYCHER/HEINZ HAUSHEER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz 09.34; revidierte Praxisfestlegung der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 21. Oktober 2011) und Klagen aus Verwandtenunterstützung (Art. 329 Abs. 3 ZGB). Bei Statusklagen (Klagen über den Personenstand) geht dem gerichtlichen Verfahren kein Schlichtungsverfahren voraus (Art. 198 lit. b ZPO). Für Unterhaltsklagen besteht hingegen keine anwendbare Ausnahmebestimmung, weshalb gemäss dem Grundsatz von Art. 197 ZPO vor Einleitung des gerichtlichen Verfahrens ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden muss. Wird die Unterhaltsklage mit der Vaterschaftsklage verbunden, ist massgebend, dass die Unterhaltspflicht vom Bestehen des Kindesverhältnisses abhängig ist und es sich somit in erster Linie um eine Klage über den Personenstand handelt. Es greift deshalb die Ausnahme vom Schlichtungsverfahren. Nicht ganz passend trägt das 4. Kapitel des 7. Titels die Überschrift «Unterhalts- und Vaterschaftsklage». Es werden dort nur die vorsorglichen Massnahmen behandelt (unten, Abschnitt 4.3.2).

Im vereinfachten Verfahren kann die Klage ohne Begründung eingereicht werden (Art. 244 Abs. 2 ZPO). Die Streitsache sollte möglichst am ersten Termin erledigt werden, was bedingt, dass Beweismassnahmen wie DNA-Gutachten vorgängig durchzuführen sind (Art. 246 Abs. 1 ZPO; STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 295 N 7).

Die Vorschusspflicht für die Gerichtskosten richtet sich nach Art. 98 ZPO. Es kann somit von der klagenden Partei ein Gerichtskostenvorschuss eingefordert werden, was jedoch nicht obligatorisch ist. Das Regionalgericht Bern-Mittelland verlangt in Anlehnung an Art. 57 Abs. 3 ZPO-BE bei Abstammungsklagen vom Kind keinen Gerichtskostenvorschuss (DANIEL SUMMMERMATTER, Zur Abänderung von Kinderalimenten, FamPra.ch 2011, S. 38 ff., S. 53, Fn. 86).

Vaterschaftsklagen können durch Anerkennung des Kindesverhältnisses vor Gericht (Art. 260 Abs. 3 ZGB) ohne Entscheid erledigt werden, ebenso Unterhaltsklagen durch Abschluss eines vom Gericht zu genehmigenden Unterhaltsvertrags (Art. 287 Abs. 3 ZGB). Die Schlichtungsbehörde ist in diesem Sinne als Gericht anzusehen. Über den Gegenstand von Anfechtungsklagen können die Parteien nicht verfügen. Die entsprechenden Verfahren sind somit ausser im Fall des Klagerückzugs immer durch einen Entscheid des Gerichts abzuschliessen.

Beim Abschluss eines Unterhaltsprozesses sollten analog Art. 282 Abs. 1 ZPO die Grundlagen der getroffenen Regelung im Entscheid oder in der Vereinbarung festgehalten werden.

4.1.2 Prozessgrundsätze (Art. 296 ZPO)

Art. 296 ZPO ist eine zentrale Bestimmung, die für sämtliche Verfahren, welche Kinderbelange betreffen, zur Anwendung kommt und somit auch in eherechtlichen Verfahren von grosser Bedeutung ist. Nicht ganz geklärt ist die Frage, ob der Untersuchungs- und der Officialgrundsatz auch für den Unterhalt volljähriger Kinder gelten. Das Gesetz enthält diesbezüglich keine Einschränkung, vgl. aber für das bisherige Recht BGE 118 II 93. Die Lehre geht überwiegend von einer umfassenden Anwendung von Art. 296 ZPO aus (Übersicht bei DANIEL SUMMMERMATTER, Zur Abänderung von Kinderalimenten, FamPra.ch 2011, S. 38 ff., S. 46, Fn. 50).

Gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO «erforscht» das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen. Es gilt somit für die Sachverhaltsermittlung der **uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz**, im Unterschied zum abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz, wo das Gericht den Sachverhalt bloss von Amtes wegen «feststellt» und den Parteien weitergehende Mitwirkungspflichten obliegen. Auch beim uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz sind die Parteien jedoch gehalten, Grundlagen zur Ermittlung des Sachverhalts zu liefern. Das Gericht muss diese überprüfen und kann auch von sich aus Beweismassnahmen treffen. Dabei ist es nicht an den *numerus clausus* der Beweismittel gebunden. Es gilt der «Freibeweis» (Art. 168 Abs. 2 ZPO). Die Durchführung der nötigen Beweismassnahmen darf nicht von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden (Art. 102 Abs. 3 ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz gilt auch zu Gunsten der unterhaltspflichtigen Person (BGE 128 III 411).

Art. 296 Abs. 2 ZPO verpflichtet die Parteien und Dritte, zur Aufklärung der Abstammung an Untersuchungen mitzuwirken, ohne dass sie die üblichen Verweigerungsrechte geltend machen können. Das Gesetz gewichtet hier das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung (Art. 7 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention) höher als die persönlichen Interessen der Mitbeteiligten.

Während im Zivilprozess sonst fast durchwegs der Dispositionsgrundsatz gilt und das Gericht nicht mehr zusprechen kann als die obsiegende Partei verlangt und nicht weniger als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO), entscheidet das Gericht in Kinderbelangen nach dem **Officialgrundsatz** ohne Bindung an die Parteienanträge. Es kann auch Entscheide ohne entsprechende Anträge treffen. Die Einleitung des Verfahrens und der Rückzug einer Rechtsvorkehr stehen jedoch im Belieben der Parteien. Auch unter dem Officialgrundsatz kann die unterhaltspflichtige Person ein Rechtsmittel nur unter der Voraussetzung der Beschwer, d.h. einer Abweichung des Entscheids von den Anträgen, einreichen (Obergericht Zürich, ZR 2003 Nr. 48) und besteht jedenfalls im Rechtsmittelverfahren eine Pflicht zur Bezifferung der Anträge (BGE 137 III 617 E. 4.5).

4.2 Eherechtliche Verfahren (Art. 297 bis 301 ZPO)

4.2.1 Allgemeines

Die Bestimmungen von Art. 297 bis 301 ZPO kommen in allen eherechtlichen Verfahren zum Tragen, in denen über Kinderbelange zu entscheiden ist. Dies betrifft namentlich Eheschutzverfahren, Scheidungsverfahren einschliesslich vorsorglicher Massnahmen und Verfahren auf Änderung von Scheidungsfolgen. Das Gericht im eherechtlichen Verfahren kann auch Kindesschutzmassnahmen anordnen (Art. 315a ZGB).

4.2.2 Anhörung (Art. 297 f. ZPO)

Sind Anordnungen über ein Kind zu treffen, so hört das Gericht die **Eltern** persönlich an (Art. 297 Abs. 1 ZPO). Der Grundsatz der persönlichen Anhörung gilt auch schon gemäss Art. 273 Abs. 2 ZPO im Eheschutzverfahren und Art. 278 ZPO im Scheidungsverfahren. Art. 297 Abs. 1 ZPO sieht im Gegensatz zu diesen Bestimmungen keine Ausnahmen vor. Beim Bestehen wichtiger Gründe, was restriktiv auszulegen ist, müssen jedoch auch unter Art. 297 Abs. 1 ZPO Dispensationen möglich sein. Von der Anhörung der Eltern (und der Kinder) sollte abgesehen werden können, wenn die Eltern nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts eine umfassende Vereinbarung über die Regelung ihrer Verhältnisse abgeschlossen haben, die sie dem Gericht zur Genehmigung unterbreiten, um die Angemessenheit der finanziellen Punkte gegenüber den Sozialbehörden nachweisen zu können, und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Regelung der Kinderbelange problematisch wäre (oben, Abschnitt 2.3).

Gemäss Art. 297 Abs. 2 ZPO kann das Gericht die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern (siehe oben, Abschnitt 1.2.3).

Kinder, für die Regelungen zu treffen sind, werden in den entsprechenden Verfahren persönlich angehört, sofern das Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen (Art. 298 Abs. 1 ZPO).

Die Anhörung ist Ausfluss der Persönlichkeit des Kindes und somit ein höchstpersönliches Recht, auf das die Eltern nicht in Vertretung des Kindes verzichten können. Daneben dient die Anhörung der Ermittlung des Sachverhalts und ist in diesem Sinne ein Beweismittel. Zum Ausschlussgrund des Alters hat das Bundesgericht mit Bezug auf die Kinderzuteilung festgehalten, dass die Anhörung im Sinn einer Richtlinie ab dem vollendeten sechsten Altersjahr in Frage kommt, soweit sie als Beweismittel beantragt ist (BGer 5A_397/2011 E. 2.2 f., unter Hinweis auf BGE 131 III 553 E. 1.2.3 f.). Diese Rechtsprechung bedeutet soweit ersichtlich nicht, dass Kinder ab dem vollendeten sechsten Altersjahr flächendeckend anzuhören wären. Das Bundesgericht verweist auch auf die kinderpsychologische Literatur, wonach formallogische Denkopoperationen erst ab ungefähr elf bis

dreizehn Jahren möglich sind und auch die sprachliche Differenzierungs- und Abstraktionsfähigkeit erst ab ungefähr diesem Alter entwickelt ist. Wird die Anhörung eines Kindes ab dem sechsten Altersjahr beantragt, so darf dieser Antrag jedoch nicht allein unter Hinweis auf das Alter abgewiesen werden, und wenn das Gericht die Aussagen eines solchen Kindes als für die Sachverhaltsermittlung wesentlich ansieht, hat es die Anhörung von sich aus in die Wege zu leiten.

Die Anhörung kann durch das Gericht selbst oder eine beauftragte Drittperson vorgenommen werden, wobei als Drittpersonen nur solche mit ausgewiesenen Fachkenntnissen in Frage kommen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung soll das Gericht die Anhörung in der Regel selbst vornehmen und sie jedenfalls nicht systematisch an Dritte delegieren, ebenso wenig sollen aber die vom Gesetz gewährten Spielräume unnötig beschränkt werden. Es ist im Einzelfall darauf zu achten, ob die Unmittelbarkeit oder die spezifischen Fachkenntnisse im Vordergrund stehen. Von wiederholten Anhörungen ist abzusehen, wo dies für das Kind eine unzumutbare Belastung bedeuten würde. Die Anhörung durch eine Drittperson kann auch im Rahmen einer Begutachtung erfolgen (zum Ganzen BGer 5A_397/2011 E. 2.4). Ein interessanter Ansatz besteht darin, dass in streitigen Fällen das Gericht eine Fachperson für die Kindesanhörung und die Verhandlung beizieht, was zum Teil in Basel praktiziert wird. Diese Fachperson kann aufgrund der persönlichen Bekanntschaft mit dem Kind und ihrer Erfahrungen an der Verhandlung fachlich fundierte Lösungen vorschlagen, was möglicherweise ein aufwendiges Gutachten vermeiden lässt.

Über die Anhörung wird nur ein beschränktes Protokoll über die wesentlichen Ergebnisse geführt. Die Eltern und eine allfällige Beistandsperson werden darüber informiert (Art. 298 Abs. 2 ZPO).

Sollte es vorkommen, dass ein Gericht einem urteilsfähigen Kind die Anhörung verweigert, kann dieses dagegen Beschwerde erheben (Art. 298 Abs. 3, 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).

4.2.3 Kindesvertretung (Art. 299 f. ZPO)

Das Gericht ordnet «wenn nötig» die Vertretung des Kindes durch eine Beistandsperson an (Art. 299 Abs. 1 ZPO). Als Gründe dafür zählt das Gesetz in Art. 299 Abs. 2 ZPO beispielhaft auf: Unterschiedliche Anträge der Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs, Antrag der Kindesschutzbehörde oder eines Elternteils, erhebliche Zweifel des Gerichts an der Angemessenheit der Anträge der Eltern in Kinderbelangen, möglicher Erlass von Kindesschutzmassnahmen. Stellt das urteilsfähige Kind einen Antrag auf eine Vertretung, so ist diese zwingend anzuordnen. Die Parteien sind vor dem Entscheid über die Kindesvertretung anzuhören.

Das Kind kann die Nichtanordnung der Vertretung mit Beschwerde anfechten (Art. 299 Abs. 3 ZPO). Die Befugnis des Kindes, eine Vertretung zu verlangen, setzt voraus, dass es über dieses Institut in Kenntnis gesetzt wird. Für das Beschwerderecht der Eltern besteht keine Sonderregelung. Es gilt die allgemeine Bestimmung, wonach prozessleitende Verfügungen dann mit Beschwerde angefochten werden können, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO; dazu unten, Abschnitt 5.2.2), was kaum der Fall sein dürfte.

Die Beistandsperson wird durch das Gericht bezeichnet und muss in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahren sein (Art. 299 Abs. 1 ZPO). Sie vertritt im Verfahren die Interessen des Kindes und ist in dieser Funktion unabhängig vom Gericht, den Prozessparteien, aber auch der Kindeschutzbehörde und von begutachtenden oder die Kindesanhörung durchführenden Personen. Die Übertragung der Prozessvertretung an eine gemäss Art. 308 ZGB eingesetzte Beistandsperson wird in der Lehre kritisch betrachtet (vgl. STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 299 N 9). Es fragt sich jedoch, ob dem Kind nicht besser gedient ist, wenn das Helfersystem überschaubar bleibt, als wenn ihm mehrere Personen mit unterschiedlichen, aber doch in die gleiche Richtung zielenden Funktionen zur Seite gestellt werden. Für mehrere Geschwister kann die gleiche Beistandsperson bestellt werden, wenn zwischen ihnen keine Interessenkonflikte bestehen.

Die Kosten der Kindesvertretung sind Teil der Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 3 lit. e ZPO).

Die Vertretung des Kindes kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs und Kindeschutzmassnahmen geht (Art. 300 ZPO). Hingegen gehört der Unterhalt nicht zu den Aufgabenbereichen der Kindesvertretung. Im Umfang ihrer Aufgaben stehen der Kindesvertretung im Verfahren alle Parteirechte (Akteneinsicht, Beweisantragsrecht, Recht zur Stellungnahme, Teilnahme an Verhandlungen etc.) zu.

Aus Art. 300 ZPO ergibt sich, dass nur die Kindesvertretung, nicht aber das Kind selbst zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen den Endentscheid befugt ist.

4.2.4 Eröffnung des Entscheids (Art. 301 ZPO)

Entscheide, die Kinderbelange regeln, werden den Eltern, dem Kind, welches das 14. Altersjahr vollendet hat, und der Beistandsperson eröffnet, letzterer beschränkt auf die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs und Kindeschutzmassnahmen (Art. 301 ZPO), wobei in der Praxis kaum zwischen wichtigen und weniger wichtigen Fragen des persönlichen Verkehrs unterschieden werden

dürfte. Da das Gesetz die Beschränkung nur bei der Beistandsperson aufführt, ist dem Kind auch der Entscheid über seinen Unterhalt zu eröffnen. So ist es nach Eintritt der Volljährigkeit über den Unterhaltsanspruch dokumentiert.

Dem Kind ist der Entscheid so zu eröffnen, dass es ihn versteht, also nicht bloss durch Zustellung eines Auszugs aus dem Dispositiv, sondern zumindest mit einem erläuternden Begleitbrief in verständlicher Sprache und mit dem Hinweis, wo es weitere Auskünfte erhalten kann.

Ist das Kind mit dem Entscheid nicht einverstanden, kann es ihn nicht direkt anfechten, sondern muss die Einsetzung einer Kindesvertretung verlangen, der dann der Entscheid formell eröffnet wird, so dass sie Rechtsmittel einlegen kann (JONAS SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, Anh. ZPO, Art. 301 N 22). Aus Gründen der Rechtssicherheit für die Eltern und die Behörden sollte diese Befugnis aber dem Kind nur dann zuerkannt werden, wenn es im laufenden Verfahren keine Prozessvertretung beantragen konnte, weil es über diese Möglichkeit nicht informiert wurde. Andernfalls ist im Verzicht auf eine Prozessvertretung auch ein solcher auf ein Rechtsmittel zu erblicken.

4.3 Kindesrechtliche Summarverfahren und vorsorgliche Massnahmen

4.3.1 Summarische Verfahren (Art. 302 ZPO)

Art. 302 ZPO zählt drei ganz unterschiedliche Fälle auf, in denen Kinderbelange im summarischen Verfahren geregelt werden:

- Internationale Kindesentführungen: Dazu finden sich spezielle Verfahrensbestimmungen im Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE, SR 211.222.32). Zuständig ist in erster Instanz das obere Gericht des Kantons, in dem sich das Kind im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs aufhält (Art. 7 Abs. 1 BG-KKE), in zweiter Instanz das Bundesgericht.
- Leistung eines besonderen Beitrags bei nicht vorgesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes (Art. 286 Abs. 3 ZGB).
- Schuldneranweisungen (Art. 291 ZGB) und Sicherstellung von Unterhaltsbeiträgen (Art. 292 ZGB) ausserhalb eines Unterhaltsprozesses.

4.3.2 Vorsorgliche Massnahmen (Art. 303 f. ZPO)

Art. 303 ZPO regelt inhaltlich die vorsorglichen Massnahmen für den Kindesunterhalt ausserhalb eherechtlicher Verfahren. Es gilt dafür gemäss Art. 248 lit. d ZPO das summarische Verfahren. Im Weiteren sind die allgemeinen Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen anwendbar (Art. 261 ff. ZPO). Die gesuchstellende Partei muss glaubhaft machen, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist; und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (Art. 261 ZPO). Ge-

setzgeberisch etwas verunglückt ist die ersatzlose Streichung von Art. 281 Abs. 1 aZGB, welcher ausdrücklich vorsah, dass die Einreichung der Klage Voraussetzung für vorsorgliche Massnahmen bezüglich des Kindesunterhalts ist. Gemäss Art. 263 ZPO können vorsorgliche Massnahmen vor Rechtshängigkeit erlassen werden. Der Umstand, dass mit der Neuformulierung der Bestimmungen das bisherige Recht nicht geändert werden sollte (Botschaft ZPO S. 7368) und der Kontext von Art. 303 und 304 ZPO sowie die verwendete Terminologie sprechen aber dafür, dass die Möglichkeit vorsorglicher Massnahmen im Unterhaltsbereich weiterhin an die Rechtshängigkeit der Klage geknüpft ist (STEFANIE PFÄNDER BAUMANN, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 303 N 3; anders Obergericht Bern, 07.07.2011, ZK 11 206 E. IV/3, www.justice.be.ch, betreffend Prozesskostenvorschussgesuch). Bei reinen Unterhaltsklagen tritt diese mit der Einreichung des Schlichtungsge- suchs ein (Art. 62 Abs. 1 ZPO).

Steht das Kindesverhältnis fest, geht es bei der Klage also nur um den Unterhalt, so kann die be- klagte Partei verpflichtet werden, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen (Art. 303 Abs. 1 ZPO). Zur unterschiedlichen Rechtsnatur der vorläufigen Zahlungen für minderjährige und volljährige Kinder siehe BGE 137 III 586. Ist die Unterhaltsklage zusammen mit der Vaterschaftsklage eingereicht worden, so kann eine vorläufige Zahlung nur erwirkt werden, wenn die Vaterschaft zu vermuten ist (Art. 262 Abs. 1 und 2 ZGB) und die Vermutung durch die sofort verfügbaren Beweismittel nicht umgestossen wird (Art. 303 Abs. 2 lit. b ZPO; BGer 5A_841/2011). Die Hinterlegung ist an die Voraussetzung geknüpft, dass die Vaterschaft glaubhaft gemacht ist (Art. 303 Abs. 2 lit. a ZPO). Unter die vorsorglichen Massnahmen fällt auch der Anspruch einer unterhaltsberechtigten gegenüber einer unterhaltspflichtigen Person auf einen Prozesskostenvorschuss (BGer 5P.184/2005 E. 1.3). Über die vorsorglichen Massnahmen und deren Abwicklung entscheidet das für die Beurteilung der Klage zuständige Gericht (Art. 304 ZPO). Das Gericht ist auch dann zuständig, wenn die Hauptsache bei der Schlichtungsbehörde hängig ist. Daran ändert nichts, wenn es um einen Prozesskostenvorschuss geht und bei der Schlichtungsbehörde ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Schlichtungsverfahren eingereicht wurde. Das Gericht kann in diesem Zusammenhang ein subsidiär gestelltes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das gesamte Schlichtungs- und Gerichtsverfahren gutheissen (Obergericht Bern, 07.07.2011, ZK 11 206 E. IV, www.justice.be.ch).

4.4 Vollstreckungsverfahren

Während Unterhaltsleistungen auf dem Weg der Betreuung vollstreckt werden, erfolgt die Vollstreckung nicht vermögensrechtlicher Entscheide über Kinderbelange durch das Vollstreckungsgericht

und allenfalls die von ihm beigezogenen Organe gemäss den Bestimmungen von Art. 335 ff. ZPO. Vollstreckungsverfahren bezüglich Obhut und persönlichem Verkehr kommen ab und zu vor. Dabei ist das Vollstreckungsgericht zwar an den zu vollziehenden Entscheid gebunden, es kann jedoch die Vollstreckung vorübergehend (ganz oder teilweise) verweigern, wenn das Kindeswohl ernstlich gefährdet würde. Für eine dauerhafte Änderung der nicht vollstreckten Regelung ist dann aber wiederum das Sachgericht zuständig (BGer 5A_627/2007). Diese Konstellation kann insbesondere dann eintreffen, wenn seit dem Erlass des zu vollziehenden Entscheids längere Zeit vergangen ist und sich die Verhältnisse geändert haben, ohne dass aber der Entscheid angepasst wurde.

5. Rechtsmittel

5.1 Rechtsmittelarten

Die ZPO sieht als Rechtsmittel die Berufung (Art. 308 ff. ZPO), die Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) und die Revision (Art. 328 ff. ZPO) vor. End- und Zwischenentscheide sowie Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind in erster Linie mit Berufung, prozessleitende Verfügungen ausschliesslich mit Beschwerde anfechtbar. Für das Familienrecht bestehen diesbezüglich keine Besonderheiten. Bei der Revision kommt namentlich der Tatbestand von Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO in Frage, wonach diese u.a. dann verlangt werden kann, wenn geltend gemacht wird, dass ein gerichtlicher Vergleich unwirksam ist.

Mit der Berufung und mit der Beschwerde kann unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht werden, mit der Berufung zudem unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Bei der Beschwerde kann hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung nur offensichtliche Unrichtigkeit gerügt werden (Art. 310, 320 ZPO). In der Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung ist auch jene der Unangemessenheit enthalten, wobei sich die Rechtsmittelinstanz bei der Angemessenheitskontrolle Zurückhaltung auferlegt (DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Kurzkomentar ZPO, Art. 319 N 3). In Eheschutzverfahren und Massnahmeverfahren gemäss Art. 276 ZPO, welche nach einer raschen Klärung der Verhältnisse rufen, hält sich das Obergericht Bern an die «Ohne-Not-Praxis», wonach nicht ohne Not von den Erkenntnissen der Vorinstanz abgewichen wird. Ein Eingreifen in oberer Instanz rechtfertigt sich nur dann, wenn die vom erstinstanzlichen Gericht getroffene Lösung offensichtlich unsachlich oder unangemessen ist, namentlich wenn massgebliche Umstände überhaupt nicht berücksichtigt wurden. Ein vertretbarer Ermessensentscheid soll jedoch nicht durch einen anderen ersetzt werden (vgl. Obergericht Bern, FamPra 2/2012 Nr. 24, E. II/8).

5.2 Anfechtbarkeit

5.2.1 Entscheide

Praktisch alle Entscheide in familienrechtlichen Verfahren unterliegen der Berufung. Die Berufung ist ausgeschlossen und die Beschwerde das einzig mögliche Rechtsmittel, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Begehren nicht mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gemäss BGE 116 II 493 hängt bei Anfechtung ausschliesslich vermögensrechtlicher Streitpunkte die Zulässigkeit des Rechtsmittels auch dann vom Streitwert ab, wenn die Vorinstanz zusätzlich über nicht vermögensrechtliche Fragen zu befinden hatte.

Schuldneranweisungen gemäss Art. 132, 177, 276 und 291 ZGB sind (privilegierte) Zwangsvollstreckungsmassnahmen und die entsprechenden Verfahren im Sinne des Lugano-Übereinkommens Vollstreckungsverfahren (BGE 138 III 11, siehe auch BGE 137 III 193). Gegen Entscheide «des Vollstreckungsgerichts» ist gemäss Art. 309 lit. a ZPO die Berufung unzulässig. Ob bei Schuldneranweisungen diese Ausnahme greift (so die Auffassung des Regionalgerichts Bern-Mittelland), ist kontrovers. Das Obergericht Bern lässt wie auch andere kantonale Obergerichte Berufungen zu (Praxisfestlegung vom 20. April 2011). Dahinter steckt die Überlegung, dass Schuldneranweisungen nicht gemäss den Bestimmungen über das Vollstreckungsverfahren (Art. 335 ff ZPO) durch das dort erwähnte Vollstreckungsgericht, sondern im gleichen Verfahren wie andere familienrechtliche Massnahmen, namentlich Eheschutz, erlassen werden (Art. 271 ZPO, dort insbesondere lit. i; Art. 302 Abs. 1 lit. c ZPO), und auch vorsorgliche Massnahmen darstellen können. Zudem muss materiell geprüft werden, ob die zum Unterhalt verpflichtete Person nach Erlass des Grundentscheids ihre Pflicht vernachlässigt hat, womit subjektive Komponenten einfließen, was in einem gewöhnlichen Vollstreckungsverfahren nicht der Fall ist. Schliesslich sind Ausnahmebestimmungen, namentlich solche, die den Rechtsschutz einschränken, restriktiv auszulegen.

Kein Rechtsmittel besteht gegen Entscheide über superprovisorische Massnahmen (Art. 265 ZPO). Dies gilt auch dann, wenn ein Antrag auf ein Superprovisorium abgelehnt wurde (BGE 137 III 417 E. 1.3).

Bei Scheidungen auf gemeinsames Begehren kann der Scheidungspunkt nur wegen Willensmängeln mit Berufung angefochten werden (Art. 289 ZPO).

Bei der Anfechtung einverständlich geregelter Scheidungsfolgen steht ebenfalls die Anfechtung wegen Willensmängeln im Vordergrund. Zudem kann geltend gemacht werden, die Vereinbarung verstosse gegen zwingendes Recht oder sie sei offensichtlich unangemessen (Art. 279 Abs. 1 ZPO). Alle diese Rügen können nach Eintritt der Rechtskraft auch durch Revision erhoben werden

(Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO). Gemäss einem Entscheid des Kantonsgerichts Waadt (JdT 2011 III p. 183) gilt hinsichtlich gerichtlich genehmigter Vereinbarungen im Eheschutzverfahren dieselbe Rechtsmittelordnung.

Die gerichtlich geregelten Scheidungsfolgen können umfassend angefochten werden. Dies gilt auch für alle Kinderbelange, da diese nicht einverständlich geregelt werden können. Bezüglich Unterhaltsbeiträgen ist zur Anfechtung durch die unterhaltspflichtige Person allerdings eine Beschwer erforderlich (Obergericht Zürich, ZR 2003 Nr. 48). Kostenentscheide können zusammen mit der Hauptsache mit dem zutreffenden Rechtsmittel angefochten werden. Eine selbstständige Anfechtung ist hingegen nur mit Beschwerde möglich (Art. 110 ZPO).

Entscheide über die Ablehnung oder den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege können nur mit Beschwerde angefochten werden (Art. 121 ZPO).

Zu den Rechtsmitteln gegen Verfahrensabschreibungen gemäss Art. 241 Abs. 3 ZPO siehe den Entscheid des Obergerichts Zürich in ZR 2011 Nr. 34.

Gegen Entscheide des Vollstreckungsgerichts ist die Berufung ausgeschlossen (Art. 309 lit. a ZPO), die Beschwerde hingegen zulässig (Art. 319 lit. a ZPO).

5.2.2 Prozessleitende Verfügungen

Prozessleitende Verfügungen können gemäss Art. 319 lit. b ZPO mit Beschwerde angefochten werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt wird (qualifizierte Verfügungen, Ziff. 1) oder wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Ziff. 2).

Von den qualifizierten Verfügungen sind für das Familienrecht besonders zu erwähnen: Kostenvorschuss (Art. 103 ZPO), Sistierung (Art. 126 Abs. 2 ZPO), Verweigerung der Kindesanhörung (Art. 298 Abs. 3 ZPO), Nichtanordnung einer Kindesvertretung (Art. 299 Abs. 3 ZPO).

Beim nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil als Voraussetzung für die Anfechtung gewöhnlicher prozessleitender Verfügungen ist durch die Rechtsprechung noch nicht geklärt, ob dieser rechtlicher Natur sein muss (so die Praxis des Bundesgerichts zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, vgl. BGE 137 III 380 E. 1.2.1 betreffend Nichtdurchführung einer Einigungsverhandlung gemäss Art. 291 ZPO, BGer 5A_841/2011 E. 1.3.1) oder ob ein tatsächlicher Nachteil genügt (so z.B. DIETER FREIBURGHANUS/SUSANNE AFHELDT, Schulthess-Kommentar ZPO, Art. 319 N 15; KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Kommentar ZPO, Art. 319 N 39; Kantons-

gericht Basel-Landschaft, BJM 2012 S. 111). Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ist weniger strikt formuliert als die entsprechende Bestimmung im BGG und verlangt nicht, dass der Nachteil überhaupt nicht wiedergutmacht werden kann. Es dürfte somit

ein schwer wiegender tatsächlicher Nachteil wie eine erhebliche Verfahrensverlängerung und -verteuerung genügen. Eine unrichtige Beweisverfügung oder die Ablehnung eines Antrags auf Befragung einer Zeugin oder eines Zeugen sind jedoch nicht ausreichend. Hier muss mit der Anfechtung bis zum Endentscheid zugewartet werden (Botschaft ZPO, S. 7377). Die Prozessleitung ist Sache des befassen Gerichts, und die obere Instanz soll nicht leichthin darin eingreifen.

Mit Beschwerde kann auch Rechtsverzögerung gerügt werden (Art. 319 lit.c ZPO; siehe dazu BGer 5A_191/2011).

5.3 Modalitäten der Rechtsmitteleinlegung

Für das Familienrecht bestehen bezüglich Einreichung der Rechtsmittel keine Besonderheiten. Die Rechtsmittelfrist sowohl für die Berufung als auch für die Beschwerde gegen Entscheide beträgt im ordentlichen Verfahren 30 Tage (Art. 311 Abs. 1, 321 Abs. 1 ZPO) und im summarischen Verfahren 10 Tage (Art. 314 Abs. 1, 321 Abs. 2 ZPO). Die Zehntagesfrist gilt generell für Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Die Fristen stehen gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO während bestimmten Zeiten still, was aber für das summarische Verfahren nicht gilt (Art. 145 Abs. 2 ZPO). Für die Anfechtung von Kostenentscheiden, einschliesslich der Festlegung der Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsvertretung, gilt dieselbe Rechtsmittelfrist wie für die Hauptsache (Praxisfestlegung der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 23. Februar 2012). Im ordentlichen Verfahren kann die Gegenpartei mit der innert der gesetzlichen Frist von 30 Tagen nach Zustellung der Berufung (Art. 312 Abs. 2 ZPO) einzureichenden Berufungsantwort Anschlussberufung erheben (Art. 313 ZPO). Diese ist im Bestand von der Berufung abhängig, kann aber auch Punkte umfassen, die nicht Gegenstand der Berufung sind.

Die Rechtsmittelschrift muss Anträge und eine Begründung enthalten. Die Anträge müssen so formuliert sein, dass sie unverändert zum Entscheid erhoben werden können. Aus der Begründung muss hervorgehen, weshalb der Entscheid angefochten wird. Im Fall von Geldforderungen sind die Anträge zu beziffern, was auch für die dem Officialgrundsatz unterliegenden Kinderunterhaltsbeiträge gilt. Ergeben sich die verlangten Beträge auch nicht aus der Begründung, tritt die obere Instanz nicht auf das Rechtsmittel ein, ohne dass eine Nachfrist zur Ergänzung der Begründung gewährt wird. (zum Ganzen BGE 137 III 617).

Im Beschwerdeverfahren muss bezüglich der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz dargelegt werden, weshalb die beanstandete Fehlerhaftigkeit offensichtlich ist. Es besteht eine Rügepflicht (DIETER FREIBURGHANUS/SUSANNE AFHELDT, Schulthess-Kommentar ZPO, Art. 321 N 15).

Die unentgeltliche Rechtspflege ist für das Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO).

5.4 Wirkungen des Rechtsmittels

Gemäss Art. 315 Abs. 1 ZPO hemmt die **Berufung** die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Rahmen der Anträge. In diesem Umfang hat die Berufung somit **aufschiebende Wirkung**. Was weder mit Berufung noch allenfalls mit Anschlussberufung angefochten wurde, wird rechtskräftig (**Teilrechtskraft**). Im Scheidungsverfahren ist es also möglich und kommt nicht selten vor, dass der Scheidungspunkt und möglicherweise einzelne Scheidungsfolgen rechtskräftig werden, der Streit über andere Scheidungsfolgen jedoch weiter geht. Betreffend Zeitpunkt der Rechtskraft siehe das Kreisschreiben Nr. 5 der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern (www.justice.be.ch > Zivilverfahren > Kreisschreiben). Zur Ausstellung einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung, wofür das Gericht zuständig ist, das den Entscheid getroffen hat (Art. 336 Abs. 2 ZPO), muss die erste Instanz von der Rechtsmittelinstanz über den Umfang des Rechtsmittels in Kenntnis gesetzt werden, da dieses direkt bei der oberen Instanz eingereicht wird (vgl. Praxisfestlegung der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 23. Februar 2012). Bezüglich des Vollzugs des Vorsorgeausgleichs sind gegebenenfalls durch die zuständige Instanz Vorkehrungen zu treffen, damit nicht eine nun nicht mehr verheiratete Person ohne Zustimmung des bisherigen Ehegatten eine Barauszahlung erwirkt, bevor der Vorsorgeausgleich durchgeführt wurde. Ist der Scheidungspunkt nicht rechtskräftig, können es auch die Scheidungsfolgen nicht sein. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Teilrechtskraft findet sich in Art. 282 Abs. 2 ZPO. Wird der Unterhaltsbeitrag für den Ehegatten angefochten, so kann die Rechtsmittelinstanz auch die nicht angefochtenen Unterhaltsbeiträge für die Kinder neu beurteilen. Diese sind jedoch bis zum Entscheid der Rechtsmittelinstanz vollstreckbar (DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Kurzkomentar ZPO, Art. 283 N 6).

Keine aufschiebende Wirkung hat die Berufung gegen Entscheide über **vorsorgliche Massnahmen** (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO). Darunter fallen auch Entscheide im Eheschutzverfahren (BGE 137 III 475). Die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen kann ausnahmsweise aufgeschoben werden, wenn der betroffenen Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 315 Abs. 5 ZPO). Dies ist nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Der Umstand, dass eine Berufung eingereicht wurde und Unterhaltszahlungen möglicherweise zurückerstattet werden müssen, genügt auf jeden Fall für sich allein nicht für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Wertungsentscheidung des Gesetzgebers zugunsten derjenigen

Partei, die in erster Instanz obsiegt hat, ist zu respektieren, solange die konkreten Umstände nicht etwas anderes gebieten.

Bei abweisenden Entscheiden ist eine aufschiebende Wirkung begrifflich nicht möglich. Es müssen gegebenenfalls bei der Rechtsmittelinstanz vorsorgliche Massnahmen beantragt werden.

Soweit die Berufung aufschiebende Wirkung hat, kann die Rechtsmittelinstanz die vorzeitige Vollstreckung bewilligen (Art. 315 Abs. 2 ZPO). Richtet sich die Berufung gegen einen Gestaltungsentscheid, so kann die aufschiebende Wirkung nicht entzogen werden. Gestaltungsentscheide sind solche, die Rechtsverhältnisse verändern, wie zum Beispiel Scheidung, Herstellung eines Kindesverhältnisses oder dessen Beseitigung (KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 6. Kapitel, N 30 ff.). Summarentscheidungen haben in diesem Sinn keine gestaltende Wirkung.

Die **Beschwerde** hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids nicht (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz kann die Vollstreckung aufschieben (Art. 325 Abs. 2 ZPO). Das Gesetz nennt hier die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht. Es wäre jedoch systemwidrig, bei der Beschwerde als Rechtsmittel mit höheren Hürden für eine Gutheissung den Aufschub der Vollstreckbarkeit an geringere Voraussetzungen zu knüpfen als bei der Berufung.

Die Bindung an die Anträge und der Dispositionsgrundsatz bewirken, dass ein Entscheid nicht zu Ungunsten der allein ein Rechtsmittel einlegenden Partei abgeändert werden kann (Verbot der *reformatio in peius*). Dies gilt nicht in Kinderbelangen, wo der Offizialgrundsatz anwendbar ist (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Wird eine *reformatio in peius* ins Auge gefasst, muss der betroffenen Partei jedoch Gelegenheit gegeben werden, ihr Rechtsmittel zurückzuziehen. Ob eine Verschlechterung vorliegt, misst sich an einem Vergleich der Rechtsbehelfen mit dem Dispositiv. Es ist deshalb möglich, in einer Unterhaltsberechnung bei der Beurteilung einzelner Posten zu Ungunsten der das Rechtsmittel einlegenden Partei von der Vorinstanz abzuweichen, solange im Ergebnis keine Schlechter-

stellung erfolgt. Die Elemente einer Unterhaltsberechnung sind bloss Teil der Begründung, und an diese ist die obere Instanz nicht gebunden.

5.5 Novenrecht

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Diese Regelung gilt im Unterschied zum früheren Recht auch für das Scheidungsverfahren, soweit der Verhandlungsgrundsatz anwendbar ist (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Im Bereich der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen sollten im Berufungsverfahren Noven unbeschränkt zugelassen werden. Das Fehlen einer Art. 229 Abs. 3 ZPO entsprechenden Bestimmung ist nicht auf gesetzgeberischen Willen, sondern auf eine unvollständige Abstimmung des in der parlamentarischen Beratung neu konzipierten Novenrechts für das erstinstanzliche und das oberinstanzliche Verfahren zurückzuführen (Obergericht Zürich, II. Zivilkammer, ZR 2011 Nr. 112; anders Obergericht Zürich, I. Zivilkammer, ZR 2012 Nr. 35).

Im Beschwerdeverfahren sind gemäss Art. 326 ZPO neue Anträge, Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ausgeschlossen. Dieses strikte Novenverbot gilt auch für Verfahren, die dem Untersuchungsgrundsatz unterliegen. Ausgenommen sind jedoch die Kinderbelange, wo das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Hier sind neue Tatsachen und Beweismittel (echte und unechte Noven) bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (DANIEL STECK, Basler Kommentar ZPO, Art. 296 N 41). Dies gilt namentlich für Vollstreckungsverfahren bezüglich Obhut und persönlichem Verkehr, wo auch das Vollstreckungsgericht Umstände einbeziehen muss, die seit dem Erlass des zu vollziehenden Entscheids eingetreten sind und das Kindeswohl gefährden (oben, Abschnitt 4.4). Es kann nicht sein, dass Gerichte aus prozessualen Gründen Entscheide fällen müssen, die erkennbar zu einer Kindesgefährdung führen.

Aus dem Alltag einer Rechtspraktikantin

Ich erinnere mich zurück an meinen ersten Praktikumstag: Da stand ich nun vor dem imposanten Amthaus in Bern und schaute die majestätisch anmutenden Stufen zum Eingang empor und dachte, dass ich hier also die nächsten sechs Monate ein Praktikum bei der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland absolvieren würde. Ich war etwas nervös vor dem, was mich erwartete. Ich stieg die Treppen hoch. Ein Mann warf mir beim Vorbeigehen einen mitleidigen Blick zu. Wahrscheinlich dachte er, dass ich zu einem Gerichtstermin oder zu einer Einvernahme erscheinen muss.

Ich meldete mich bei der Loge an und erhielt sogleich einen Schlüssel. Mit dem Lift fuhr ich ins Untergeschoss, in welchem sich das Zwangsmassnahmengericht sowie mehrere Sitzungszimmer befinden. Ich folgte dem Gang, welcher mich in das Sitzungszimmer führte, in welchem an diesem Morgen die Einführungsveranstaltung für die neuen Praktikanten und Praktikantinnen aller Staatsanwaltschaften des Kantons Bern stattfinden würde.

Nach der Einführungsveranstaltung musste ich mich mit meinem Mitpraktikanten um 14.00 Uhr im zweiten Stock einfinden. Pünktlich kam eine sympathische junge Frau daher, welche uns zuerst ein wenig unsicher musterte und schliesslich fragte, ob wir auf jemanden warten würden. Als wir ihr antworteten, dass wir die neuen Praktikanten seien, lachte sie und sagte, dass sie sich nicht sicher gewesen sei, ob wir tatsächlich Praktikanten seien, da wir in unseren Hosenanzügen schon wie richtige Anwälte aussehen würden. In diesem Sinne erleichtert, dass ich wenigstens äusserlich schon einen richtig professionellen Eindruck machte, betrat ich das Praktikantenzimmer und staunte nicht schlecht. Anstatt einer kleinen Kammer, in welche die Praktikanten verdonnert werden und über ihren Rechtsabklärungen brüten müssen, stand ich in einem riesigen, hellen Zimmer, in welchem in der Mitte drei aneinander gefügte Bürotische standen. Darin lässt es sich die nächsten sechs Monate gut arbeiten, dachte ich mir.

Im Anschluss folgte sogleich die Begrüssungsrunde, welche es in sich hatte. Schon nach wenigen Begrüssungen hatte ich den Überblick komplett verloren und hatte absolut keine Ahnung, wen ich siezen oder duzen darf. Ganz schwierig zu beurteilen war es, wenn sich die Staatsanwälte und Staatsanwältinnen mit Vor- und Nachnamen vorstellten. Hinzu kam das Problem mit dem Merken der Namen, denn es dauerte so seine Zeit, bis ich die Namen von über 60 Mitarbeitenden kannte. Ich war mir zum Beispiel sicher, dass eine Assistentin Manuela heisst. Ich habe Sie auch immer mit

«Hallo, Manuela» gegrüsst. Und eine Staatsanwältin habe ich jeweils mit Frau Moser angesprochen. Erst im Nachhinein habe ich erfahren, dass bei der Staatsanwaltschaft Bern weder eine Manuela noch eine Staatsanwältin Moser arbeitet.

Mit der Zeit hatte ich mich aber eingelebt und ein erstes Highlight meines Praktikums stellte das Protokollieren einer Einvernahme dar. Ich war sehr aufgeregt und war schon eine halbe Stunde vorher im Einvernahmezimmer, damit mir auch kein nicht funktionierender Drucker einen Strich durch die Rechnung machen konnte. Auch während der Einvernahme liess meine Nervosität nicht nach und meine Finger zitterten unentwegt. Dies obwohl die Einvernahme an sich nicht sehr anspruchsvoll war. Der Befragte verweigerte nämlich die Aussage auf sämtliche Fragen. Aber aufgrund meiner Nervosität konnte ich selbst «Verweigert die Aussage» nicht immer korrekt schreiben.

Ein weiteres Highlight stellte das sogenannte «Shadowing» dar. Bei diesem durfte ich einen ganzen Nachmittag der Pikettstaatsanwältin wie ein Schatten (Shadow) folgen und ihr bei ihrer äusserst interessanten Arbeit zuschauen. Ich hatte das «Glück», dass es pikettmässig ein sehr stressiger Nachmittag war und ich so erleben durfte, wie viele Telefonate und Meldungen ein Pikett-nachmittag beinhalten kann. Als Höhepunkt kam dann eine Meldung betreffend einen aussergewöhnlichen Todesfall, zu welchem ich mit ausrücken durfte. Ich packte die Gelegenheit dann gleich beim Schopf und fragte, ob ich denn auch an der Obduktion, welche am Montagmorgen durchgeführt würde, teilnehmen dürfe.

Gesagt getan, befand ich mich also am Montagmorgen an der Loge im Institut für Rechtsmedizin. Kurz darauf wurde ich hereingebeten und ich durfte, nachdem ich mir einen Schutzkittel übergezogen hatte, den Obduktionssaal betreten. In diesem Moment fragte ich mich ernsthaft, warum ich um alles in der Welt am Montagmorgen einer Obduktion hatte beiwohnen wollen. Aber da ich nun schon mal da war, nahm ich mich zusammen und stellte mich neben den Obduktionstisch. Der Rechtsmediziner war sehr nett und hat mir alle Handlungen sehr genau erklärt und so fiel es mir leichter, das Ganze etwas «technischer» zu betrachten. Im Nachhinein kann ich sagen, dass diese Obduktion eine wirklich interessante, wenn auch gewöhnungsbedürftige Erfahrung war.

Nach drei Monaten Praktikum wurde ich dann angefragt, ob ich eine Staatsanwaltschaftsassistentin vertreten wolle, welche während ein paar Wochen abwesend war. Da ich diese Aufgabe gerne übernahm, zog ich also vom Praktikanten-

zimmer in das Assistentinnenzimmer und erhielt in den nächsten sechs Wochen einen Eindruck von der Leistung, welche die AssistentInnen der Staatsanwaltschaft tagtäglich leisten. Mir wurde klar, dass sie eine grosse Verantwortung z.B. hinsichtlich der Kontrolle der Geschäftsliste, der Erstellung der Haftrapporte sowie der Einhaltung der Fristen tragen, während dem sie gleichzeitig am Telefon Leute beraten, beruhigen, über das Verfahren aufklären und dabei die komplizierte Juristensprache für Laien verständlich machen. Sie tragen wesentlich dazu bei, dass der Betrieb der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland reibungslos abläuft.

Nun sitze ich hier. Es ist mein zweitletzter Arbeitstag und ich blicke zurück, auf ein abwechslungsreiches und interessantes Praktikum mit vielen neuen Eindrücken, spannenden Einvernahmen, interessanten Rechtsabklärungen, einem Plädoyer, verschiedenen Verfügungen und nicht zuletzt auf die sympathischen und lustigen Pausengespräche.

29.03.2012, LADINA MANSER, Rechtspraktikantin bei der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland vom 01.10.2011 bis 31.03.2012


NEUERSCHEINUNG AUS DEM STÄMPFLI VERLAG

Regina E. Aebi-Müller, Pio Caroni, Susan Emmenegger, Heinz Hausheer, Sibylle Hofer, Stephanie Hrubesch-Millauer, Thomas Koller, Christina Schmid-Tschirren, Felix Schöbi, Axel Tschentscher, Hans Peter Walter, Stephan Wolf
Einleitung, Art. 1-9 ZGB. Band I, 1. Abt.

Berner Kommentar BK
 1360 Seiten, CHF 425.–,
 ISBN 978-3-7272-3367-8, 6/2012

Zum 50-jährigen Bestehen des ZGB ist 1962 im Berner Kommentar ein Band zu den Einleitungsartikeln erschienen. Er hat nicht nur in der Schweiz ausserordentliche Beachtung gefunden und Wissenschaft wie Rechtsprechung zu den behandelten Materien entscheidend geprägt. Zur Hundertjahrfeier der Gesetzesgeltung haben, aufbauend auf der unverändert wgleitenden Vorlage, amtierende und ehemalige Angehörige der Berner Rechtswissenschaftlichen Fakultät die nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung verbliebenen neun Artikel der Einleitung neu kommentiert und aktualisiert, in der Sache aber weiterhin ihrem Vorgänger auf dem privatrechtlichen Lehrstuhl der Universität und Schöpfer des Gesetzes, Eugen Huber, verpflichtet.



Stämpfli

Stämpfli
 Verlag AG
 Wölflistrasse 1
 Postfach 5662
 3001 Bern
 Tel. +41 (0)31 300 66 77
 Fax +41 (0)31 300 66 88
 order@staempfli.com
 www.staempfliverlag.com

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Adresse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____

Bestellungen mit diesem Inserat werden portofrei geliefert. 12/0212

Publikationen aus unseren Reihen

Publications émanant de membres de la justice bernoise

Einige Mitglieder aus der Berner Justiz waren auch in den letzten Monaten publikationsfreudig. So wurden mehrere Aufsätze verfasst und sogar zwei Dissertationen erarbeitet:

SARA SCHÖDLER, StV leitende Staatsanwältin, Region Bern-Mittelland, hat die Würde einer Doktorin erlangt durch Ihre Dissertation «Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren».¹ Die Dissertation wird ca. im Sommer 2012 erscheinen. DANIEL SUMMERMATTER, Gerichtspräsident, Regionalgericht Bern-Mittelland, hat erneut einen Aufsatz im Bereich des Familienrechts verfasst und zwar «Zur Abänderung von Kinderalimenten».² Bereits in der Ausgabe vom 3/2011 (FamPra.ch) ist der Aufsatz «Zur Berechnung des Vorsorgeunterhalts»³ erschienen.

MYRIAM GRÜTTER, Gerichtspräsidentin, Regionalgericht Bern-Mittelland, hat im Jusletter vom 14.11.2011 einen Aufsatz publiziert über «Das vereinfachte Verfahren in seiner mündlichen Variante».

Auch SVEN RÜETSCHI, ehem. Gerichtsschreiber am Obergericht des Kt. Bern, hat die Würde eines Doktors erlangt mit seiner Dissertation über «Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess».⁴

Publications émanant de membres de la justice bernoise

Malgré une dotation en nombre moins forte, nos collègues francophones sont de forts rédacteurs.

Ainsi, Dr. iur. RAPHAËL ARN, Président du tribunal, tribunal régional de Moutier, et BAPTISTE ALLIMANN, avocat-stagiaire au tribunal régional de Moutier, ont publié un long article sur les «Premières expériences pratiques en matière de recours et d'appel selon le CPP»⁵ dans la revue de jurisprudence jurassienne. Une version abrégée de cet article paraîtra dans la revue de l'association des avocats bernois *In Dubio* 3/2012.⁶

SARAH WILDI, Staatsanwältin

¹ SCHÖDLER SARA, Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren, Diss. Luzern 2012; wird publiziert *in*: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 61, Zürich 2012.

² SUMMERMATTER DANIEL, Zur Abänderung von Kinderalimenten, *in*: FamPra.ch 1/2012, S. 38 ff.

³ SUMMERMATTER DANIEL, Zur Berechnung des Vorsorgeunterhaltes, *in*: Fampra.ch 3/2011, S. 665 ff.

⁴ RÜETSCHI SVEN, Vorfragen im schweizerischen Zivilprozess, Diss. Basel 2010; publiziert *in*: Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 12, St. Gallen/Zürich 2011.

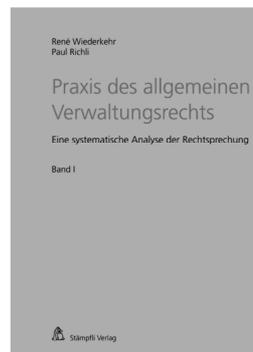
⁵ ARN RAPHAËL/ALLIMANN BAPTISTE, Premières expériences pratiques en matière de recours et d'appel selon le CPP, *in*: Revue jurassienne de jurisprudence 2011, p. 13 (la revue de 2011 paraît en 2012).

⁶ Édition 3/2012 du 28 juin 2012.

René Wiederkehr, Paul Richli
Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts
 Eine systematische Analyse der Rechtsprechung

ca. 1000 Seiten, ca. CHF 198.–,
 ISBN 978-3-7272-8804-3, 9/2012

Das allgemeine Verwaltungsrecht wurde weitgehend durch die Verwaltungs- und Gerichtspraxis entwickelt. Ein erstes Mal ist dieser Tatsache durch die auf die Rechtsprechung bezogene Publikation von IMBODEN/RHINOW in besonderer Weise Rechnung getragen worden. Seit dem Erscheinen des Ergänzungsbandes (RHINOW/KRÄHENMANN, 1990) hat sich die Rechtsprechung stark weiterentwickelt und ist deutlich verfeinert, ausgebaut sowie vereinzelt berichtigt worden. Etliche Grundsatzfragen werden heute anders als noch vor 20 Jahren beurteilt. Bisher fehlt eine aktuelle, umfassende Sichtung und Auswertung sowie eine daran anschliessende, weiter differenzierende und vertiefende Darstellung der Entscheidungspraxis. Das vorliegende Werk will diese bedeutsame Lücke schliessen. Es zielt darauf ab, die Rechtsprechung in Bund und Kantonen systematisch zu erfassen. Darüber hinaus zeigt das Werk unter Einbezug der Praxis die Leitlinien und Entwicklungstendenzen sowie die Zusammenhänge und Unterschiede zwischen den verschiedenen Teilen des allgemeinen Verwaltungsrechts auf. Es richtet sich an Juristinnen und Juristen, die in der Praxis tätig sind, aber auch an Forschende, die für ihre Studien die Rechtsprechung einbeziehen.



Stämpfli

Stämpfli
 Verlag AG
 Wölflistrasse 1
 Postfach 5662
 3001 Bern
 Tel. +41 (0)31 300 66 77
 Fax +41 (0)31 300 66 88
 order@staempfli.com
 www.staempfliverlag.com

Ich bestelle _____ Ex.

Name _____

Adresse/PLZ, Ort _____

Datum/Unterschrift _____

Bestellungen mit diesem Inserat werden portofrei geliefert. 12/0213