

Heft 30 / Sommer 2022
30^e cahier / été 2022

BE



N'ius

Beiträge aus der Berner Justiz
Contributions de la Justice bernoise

Inhaltsübersicht

Table des matières

- 3 Die Ecke der Redaktorin
Le coin de la rédactrice

- 5 Neue Gesichter der Berner Justiz
Nouveaux visages de la Justice bernoise

- 8 Kursprogramm zweite Jahreshälfte 2022
Programme des cours 2022

- 15 Danielle Schwendener / Céline Fuchs
Neues aus dem Bundeshaus
Des nouvelles des autorités fédérales

- 33 Gabriela Mutti
Strafzumessung

- 40 Thomas Hiltpold
Was bleibt am Ende des Tages

- 43 Florian Kunz
Die *inter partes*-Wirkung des erbrechtlichen
Ungültigkeitsurteils

- 50 Publikationen aus unseren Reihen
Publications de nos rangs

- 51 Impressum

Die Ecke der Redaktorin Le coin de la rédactrice

Denise Weingart
Gerichtspräsidentin

Liebe Kolleginnen und Kollegen
Liebe Leserinnen und Leser

Der Mensch ist von Natur aus neugierig. Schon ein Säugling fühlt sich von jedem neuen Geräusch angezogen, jeder bunte Gegenstand muss untersucht und jeder Schrank geöffnet werden. Auch später interessiert es uns, wie Angela Merkel von ihrem Mann genannt wird, wenn er sie ärgern will. Gibt es ein Geheimnis, will man es lüften. Das ist das Natürlichste der Welt. Die Neugier hat zwar einen zweifelhaften Ruf, sie ist aber eine unserer wichtigsten Eigenschaften. Sie gewährleistet, dass wir neue Erkenntnisse gewinnen und uns weiterbilden, sei es im privaten oder im beruflichen Bereich. Sie führt dazu, dass wir ergründen, was auch immer uns interessiert. Ohne Neugier gäbe es keine Entdeckungen, keine Erfindungen und keine Weiterentwicklung. Unsere Kurse fänden vor leeren Rängen statt und das BE N'ius würde ungelesen beiseitegelegt werden. Das wäre doch nun wirklich bedauerlich, zumal die Weiterbildungskommission auch im zweiten Semester 2022 wieder volle Eimer mit nutzbringenden Informationen zur Löschung des Wissensdurstes bereitgestellt hat.

Die ab Sommer 2022 im Angebot stehenden Weiterbildungskurse behandeln die folgenden Themen: Kurs 6 trägt den Titel «Das Strafrecht und die Pandemie». Dabei werden praktische Fragen thematisiert und die Covid-Verordnungen näher betrachtet. Kurs 7 widmet sich den praxisrelevanten Fragen, was unter einem «Querulanten» zu verstehen ist und wie mit solchen Personen im Justizalltag umzugehen ist. Kurs 8 behandelt das Beschwerdeverfahren nach VRPG in zivil- und strafrechtsnahen Verfahren, dies insbesondere anhand von Fallbeispielen und Gruppendiskussionen. In Kurs 9 wird das neue DNA-Gesetz vorgestellt und es werden die Spurenabnahme am Tatort sowie die Analyse von DNA-Spuren näher betrachtet. Kernthema von Kurs 10 bildet schliesslich die forensisch-psychiatrische Begutachtung im Strafverfahren unter Berücksichtigung von verschiedenen praxisrelevanten Einzelthemen. Ein Besuch der Veranstaltungen lohnt sich allemal.

Daneben soll auch mit der Sommerausgabe 2022 von BE N'ius die naturgegebene Wissensbegierde unserer Leserschaft in verschiedenster Hinsicht gestillt werden:

Chères collègues, chers collègues
Chères lectrices, chers lecteurs

De par sa nature, l'être humain est curieux. Un nourrisson est déjà attiré par tous les nouveaux bruits qu'il entend, il veut découvrir chaque nouvel objet qu'il voit et ouvrir toutes les armoires qu'il trouve sur son chemin. A l'âge adulte, nous aimerions bien aussi savoir comment le mari d'Angela Merkel appelle son épouse lorsqu'il est en colère. Chaque secret doit être découvert, c'est la chose la plus naturelle du monde. Certes, la curiosité n'a pas trop bonne presse, mais elle est l'une de nos plus importantes caractéristiques. Elle nous permet d'acquérir de nouvelles expériences et de nous développer, que ce soit sur le plan privé ou professionnel. Elle nous pousse aussi à explorer ce qui nous intéresse. Sans curiosité, il n'y aurait pas de découvertes, pas d'inventions et pas de progrès. Nos cours se dérouleraient devant des chaises vides et le BE N'ius n'aurait pas de lectrices ni de lecteurs. Ce serait tout de même très regrettable, si l'on pense que la Commission de formation continue a concocté pour le second semestre 2022 à nouveau un programme de cours offrant plein de possibilités d'étancher notre soif de savoir:

Les cours de formation continue proposés dès l'été 2022 traitent des sujets suivants: le cours 6 est consacré au droit pénal et à la pandémie; des questions pratiques y seront analysées et les ordonnances Covid expliquées. Le cours 7 se penchera sur la question très discutée de savoir qui est un querulant et comment les contacts avec de telles personnes doivent se dérouler au quotidien dans la justice. Le cours 8 traite de la procédure de recours d'après la LPJA dans des domaines particuliers du droit civil et pénal, en particulier par le biais d'exemples pratiques et de discussions de groupe. Le cours 9 nous présentera la nouvelle loi sur les profils d'ADN, plus particulièrement en ce qui concerne la récolte de traces d'ADN sur les lieux de l'infraction et l'analyse des traces d'ADN. Enfin, le sujet du cours 10 est constitué par les expertises psychiatriques forensiques dans les procédures pénales, en relation avec différentes questions importantes dans la pratique. Il vaut donc sans nul doute la peine de participer à tous ces exposés.

In der Rubrik «neue Gesichter» stellen sich diejenigen Personen vor, die frisch oder in einer neuen Funktion in der Berner Justiz beschäftigt sind. Zwar erfahren wir dabei keine persönlichen Details über Spitznamen, Schuhgrösse und Lieblingsparfum, immerhin erhalten wir aber einen ersten optischen Eindruck sowie einen Einblick in die bisherige berufliche Laufbahn unserer zukünftigen Arbeitskolleginnen- und kollegen. Danielle Schwendener und Céline Fuchs fassen für uns die neusten Entwicklungen aus dem Bundeshaus zusammen. Eine funktions- und praxisbezogene Auseinandersetzung mit dem Thema Strafzumessung liefert der Beitrag von Gabriela Mutti, in welchem sie ihren Vortrag anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung (Kurs 4) zusammengefasst wiedergibt. Thomas Hiltpold blickt in erfrischenden Worten auf seine langjährige Tätigkeit im Dienste der Berner Justiz zurück und lässt uns daran teilhaben, welche der während 33 Jahren gesammelten Schätze ihm am Ende des Tages bleiben werden. Schliesslich schreibt Florian Kunz in seinem juristischen Aufsatz über die Wirkungen eines erbrechtlichen Ungültigkeitsurteils.

Wissenschaftler sollen nachgewiesen haben, dass das Gehirn bei befriedigter Neugier Belohnungsstoffe ausschüttet. Also nichts wie ran an die Sommerausgabe 2022 von BE N'ius!

Herzlichst, Ihre Redaktorin

Au surplus, la soif naturelle de savoir de nos lectrices et de nos lecteurs pourra être éteinte dans différents domaines par l'édition d'été 2022 de BE N'ius:

Dans la rubrique consacrée aux nouvelles têtes, les personnes ayant pris leurs fonctions dans la justice bernoise se présentent. Nous n'y apprendrons certes pas de détails personnels par rapport à leurs surnoms, la taille de leurs chaussures ou leurs parfums préférés, mais pourrons faire connaissance avec elles et leurs carrières professionnelles. Ensuite, Danielle Schwendener et Céline Fuchs résumant pour nous les nouveautés émanant du Palais fédéral. La contribution de Gabriela Mutti, consistant dans un résumé de son exposé tenu dans le cours 4, porte sur la mesure de la peine, sa fonction et sa pratique. Thomas Hiltpold nous présente pour sa part une rétrospective rafraîchissante de ses activités pendant de nombreuses années au sein de la justice bernoise et partage avec nous les perles qui l'ont marqué au cours de ces 33 années passées. Enfin, l'exposé juridique de Florian Kunz nous éclaire sur les effets d'un jugement de nullité.

Des scientifiques auraient prouvé que le cerveau sécrète des substances bénéfiques lorsque sa curiosité est satisfaite. En conséquence, lisons donc sans délai l'édition d'été 2022 de BE N'ius!

Avec mes salutations les meilleures,
Votre rédactrice

Neue Gesichter der Berner Justiz Nouveaux visages de la Justice bernoise



Jasmine Cuccarède
Vizepräsidentin der Steuerrekurskommission des Kantons Bern

Geboren 1977. Bürgerin von Termen (VS). Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Freiburg i.Ue. 2006 Fürsprecherpatent des Kantons Bern. 2015 MAS Taxation, LL.M. 2008–2013 wissenschaftliche Mitarbeiterin im Bereich Recht und Koordination der Steuerverwaltung des Kantons Bern. 2013–2021 Leiterin Bereich Veranlagung unselbständig erwerbstätige Personen Region Bern-Mittelland. Wahl zur Vizepräsidentin der Steuerrekurskommission des Kantons Bern am 8. September 2021.



Yannick Engel
**Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern,
Besondere Aufgaben**

Geboren am 4. Juni 1991. Bürger von Twann-Tüscherz BE. Studien in Bern. 2018 Berner Anwaltspatent. 2018–2022 Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Bern (2. Strafkammer). Seit 2022 Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern (Besondere Aufgaben).



Pascal Flückiger
**Staatsanwalt bei der Regionalen Staatsanwaltschaft
Emmental-Oberaargau**

Geboren am 3. Dezember 1968. Bürger von Rohrbach BE. Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Bern. 1995 Lizentiat. 1995–1996 Rechtspraktikum in Solothurn. 1997–2000 Gerichtsschreiber am Zivilgericht Olten. 2000 Solothurner Patent als Fürsprecher und Notar. 2000 Stellvertreter einer erkrankten/verstorbenen Rechtsanwältin. 2001 Mitarbeiter im Rechtsdienst einer Schweizer Grossbank. 2001–2005 Untersuchungsrichter in Olten. 2005–2018 Leitender Staatsanwalt in Olten. 2018–2022 Staatsanwalt in Solothurn. Seit dem 1. Februar 2022 Staatsanwalt in Burgdorf.



Marc Häusler
Verwaltungsrichter

Geboren am 1. Februar 1977. Bürger von Gondiswil BE. Studium der Rechtswissenschaft in Bern und Paris. 2005 Staatsexamen, bernisches Fürsprecherpatent. 2008 Staatsexamen, bernisches Notariatspatent. 2008–2009 Praktische Tätigkeit als Rechtsanwalt und Notar in einer Wirtschaftskanzlei. 2010–2014 Leiter der Rechtsabteilung und stellvertretender Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Oberaargau. 2014–2021 Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises Oberaargau. Wahl zum Verwaltungsrichter an die verwaltungsrechtliche Abteilung am 8. September 2021.



Annatina Schultz
stellvertretende Generalstaatsanwältin

Geboren am 5. Mai 1977. Bürgerin von Basel (BS) und Thunstetten (BE). Studium der Rechtswissenschaft in Bern, lic. iur. 2003. 2005 bernisches Fürsprecherpatent. 2017–2020 Doktorat an der Universität Zürich zum Thema «Die Strafbarkeit von Menschenhandel in der Schweiz. Analyse und Reformbedarf von Art. 182 StGB». Seit 2021 MAS in Effective Leadership an der Universität Luzern (Abschluss geplant 2022).

2006–2007 Gerichtsschreiberin an der Strafabteilung des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen sowie am Obergericht des Kantons Bern. 2008–2010 Untersuchungsrichterin am Kantonalen Untersuchungsrichteramt, Abteilung Drogenkriminalität. 2011–2021 Staatsanwältin, Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben, mit einem Schwerpunkt auf Verfahren wegen Menschenhandels. Seit 2013 Dozentin am Schweizerischen Polizeiinstitut (SPI) sowie seit 2020 Lehrbeauftragte für Strafrecht an der Universität Luzern. Wahl zur stellvertretenden Generalstaatsanwältin am 1. Dezember 2021, Amtsantritt per 1. Januar 2022.



Danielle Schwendener
Oberrichterin

Geboren am 2. Dezember 1978. Bürgerin von Fraubrunnen/BE und Zürich/ZH. 1996–2000 Violinstudium an der Hochschule der Künste Bern. 2000–2002 Auslandsaufenthalt Frankreich. 2002–2007 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bern. 2007–2009 Anwaltspraktika. 2009–2010 Juristische Sekretärin am Arbeitsgericht und Mietamt der Stadt Bern. 2010 Patentierung zur Rechtsanwältin. 2011–2012 Gerichtsschreiberin am Regionalgericht Emmental-Oberaargau. 2013–2022 ein Jahr a.o. und danach ordentliche Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Berner Jura-Seeland. 2017–2022 nebenamtliche Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Bern. Oberrichterin seit 1. März 2022.



Matthias Zurbrügg
Gerichtspräsident am Regionalgericht Oberland

Geboren am 21. Dezember 1982 in Bern. Bürger von Kandergrund BE. 2004–2008 Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg i.Ue. 2016 Bernisches Anwaltspatent. 2020 CAS «Judikative». 2008–2013 Diplomasistent am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Freiburg i.Ue. 2016–2022 Gerichtsschreiber am Regionalgericht Berner Jura-Seeland; zwei Einsätze während insgesamt zehn Monaten als a.o. Gerichtspräsident. Wahl zum Gerichtspräsidenten am 9. März 2022. Gerichtspräsident am Regionalgericht Oberland (Zivil- und Strafabteilung) ab dem 1. Juni 2022.

Kursanmeldungen 2022

Die Weiterbildungen stehen primär den Mitarbeitenden der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern offen. Bei vorhandenen Kapazitäten sind grundsätzlich auch weitere Mitarbeitende des Kantons Bern und Mitglieder des BAV willkommen. Gleiches gilt für ausserkantonale Personen aus den vorstehend erwähnten Bereichen. Vorbehalten bleiben anderweitige Angaben in den Ausschreibungen der jeweiligen Weiterbildungen. Die Weiterbildungen sind für Mitarbeitende des Kantons Bern kostenlos. In den übrigen Fällen betragen die Kosten pro Weiterbildung und pro Person CHF 100.00.

Anmeldungen für die angebotenen Kurse werden ausschliesslich elektronisch über folgenden Link entgegengenommen:

→ www.be.ch/lernplattform

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

→ weiterbildung.og@justice.be.ch

Anschliessend wird ein Zugang zur Lernplattform erteilt.

Inscription aux cours 2022

Les formations continues sont ouvertes en premier lieu aux collaborateurs des autorités judiciaires et du ministère public du canton de Berne. Si les capacités le permettent, d'autres collaborateurs du canton de Berne et des membres de l'AAB sont en principe également les bienvenus. Il en va de même pour les personnes extérieures au canton issues des domaines susmentionnés. Sous réserve d'indications contraires dans les annonces des formations continues respectives. Les formations continues sont gratuites pour les collaborateurs du canton de Berne. Dans les autres cas, les frais s'élèvent à CHF 100.00 par formation continue et par personne.

Dorénavant, les inscriptions aux cours s'effectueront uniquement de manière électronique à partir du lien suivant:

→ www.be.ch/plateforme-de-formation

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

→ weiterbildung.og@justice.be.ch

Un accès à la plateforme leur sera ensuite communiqué.

Kursprogramm 2022

Programme des cours 2022

Kurs 6

Das Strafrecht und die Pandemie

Wir alle hoffen, dass die Corona-Pandemie unser Leben im kommenden Herbst nicht mehr so prägen wird, wie dies die letzten gut zwei Jahre der Fall war. Unseren Berufsalltag wird das Virus bzw. dessen Folgen aber sicher noch länger beeinflussen. Der Kurs will zum Nachdenken darüber anregen, welche Grundrechtseingriffe Einzelne zum Schutz der Gesundheit vieler zu dulden haben. Er will aber auch praktische Fragen im Umgang mit Maskenverweigerern, Demonstranten, Profiteuren, Kredit-Betrügnern, Konkursiten etc. klären, sowie uns wenig geläufige Verordnungen wie die immer wieder aktualisierten Covid-Verordnungen aufgreifen, und damit von konkretem Nutzen im Berufsalltag sein.

Kursleitung

Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin Wirtschaftsstrafgericht

Referierende

Prof. Daniel Moeckli, Universität Zürich
Christoph Wyttenbach, Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte
Bettina Bochsler, Gerichtspräsidentin Regionalgericht Bern-Mittelland

Dauer

½ Tag, 09.00 bis ca. 12.00 Uhr

Termin

Mittwoch, 7. September 2022

Kursort

Freies Gymnasium Bern, Aula

Anmeldefrist

31. August 2022

Cours 6

Le droit pénal et la pandémie

Nous espérons tous que la pandémie de coronavirus ne marquera pas notre vie à l'automne prochain comme elle l'a fait ces deux dernières années. Mais le virus et ses conséquences continueront certainement d'influencer notre quotidien professionnel. Le cours a pour but d'inciter à la réflexion sur les atteintes aux droits fondamentaux que chacun doit tolérer pour protéger la santé de tous. Mais il veut aussi aborder des questions pratiques comme les rapports avec les personnes qui refusent de porter le masque, les manifestants, les profiteurs, les escrocs au crédit, les faillis, etc. et les ordonnances que nous connaissons peu, comme les ordonnances Covid sans cesse actualisées, et être ainsi d'une utilité concrète dans le quotidien professionnel.

Direction du cours

Barbara Lips-Amsler, présidente du tribunal pénal économique

Conférenciers

Prof. Daniel Moeckli, Université de Zurich
Christoph Wyttenbach, Procureur du Ministère public du canton de Berne, Criminalité économique
Bettina Bochsler, Présidente du tribunal régional Berne-Mittelland

Durée

½ journée, 9.00 jusqu'à env. 12.00 heures

Date

Mercredi, 7 septembre 2022

Lieu

Freies Gymnasium Bern, Aula

Délai d'inscription

31 août 2022

Kurs 7

Umgang mit Querulanten

Was zeichnet einen Querulanten aus? Welche Arten von Querulanten gibt es? Wie soll das Gericht mit diesen umgehen – am Telefon, an der Loge, schriftlich und im Gerichtssaal? Welche Mittel stellen uns die ZPO, die StPO und das VRPG im Umgang mit Querulanten zur Verfügung und wie sinnvoll sind diese? Wer sind unsere Ansprechpartner bei Rückfragen oder Vorkommnissen?

Diese Weiterbildung richtet sich ausdrücklich auch an die Sekretariatsmitarbeitenden.

Kursleitung

Ronnie Bettler, Oberrichter

Referierende

Katrin Streich (Hauptreferentin; Diplom-Psychologin, interim Geschäftsführerin und stellvertretende Leiterin des Instituts Psychologie und Bedrohungsmanagement in Darmstadt, Deutschland)

Roland Knöri (Kantonspolizei Bern, Leiter Fachstelle Bedrohungsmanagement)

Bettina Zosso (Kantonspolizei Bern, Leiterin Fachstelle Opferschutz)

Kim Wingate (Justizleitung des Kantons Bern, Koordinatorin Arbeitsplatzsicherheit und Gesundheitsschutz)

Dauer

½ Tag, 13.00 bis ca. 17.30 Uhr

Termin

Donnerstag, 15. September 2022

Kursort

Kongresszentrum Hotel Kreuz, Zeughausgasse 41, Bern

Anmeldefrist

Donnerstag, 8. September 2022

Cours 7

Comment se comporter avec les querulants

Qu'est-ce qui caractérise un querulant? Quels sont les genres de querulants? Comment le tribunal doit-il procéder avec eux – au téléphone, à la loge, par écrit et dans la salle d'audience? Quels moyens le CPC, le CPP et la LPJA mettent-ils à disposition pour traiter avec eux et ces moyens sont-ils judicieux? Qui sont nos interlocuteurs en cas de questions ou d'incidents ?

Cette formation continue s'adresse expressément également aux collaborateurs et collaboratrices du secrétariat.

Direction du cours

Ronnie Bettler, juge d'appel

Conférenciers

Katrin Streich (conférencière principale; Diplôme en psychologie, directrice ad interim et Cheffe suppléante de l'Institut Psychologie et gestion des menaces à Darmstadt, Allemagne)

Roland Knöri (Police cantonale bernoise, Chef du Service de gestion des menaces)

Bettina Zosso (Police cantonale bernoise, responsable du Service de protection des victimes)

Kim Wingate (Direction de la magistrature du canton de Berne, coordinatrice de la sécurité au travail et de la protection de la santé)

Durée

½ journée, 13.00 jusqu'à env. 17.30 heures

Date

Jeudi, 15 septembre 2022

Lieu

Kongresszentrum Hotel Kreuz, Zeughausgasse 41, Bern

Délai d'inscription

Jeudi, 8 septembre 2022

Kurs 8

Grundzüge des VRPG-Beschwerdeverfahrens

Die Weiterbildung thematisiert das Beschwerdeverfahren gemäss VRPG. Angesprochen werden insbesondere zivil- und strafrechtsnahe Verfahren, die das VRPG für anwendbar erklären (etwa im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht oder im Bereich des Justizvollzugs). Neben Inputreferaten werden auch Fallbeispiele behandelt und Gruppendiskussionen geführt. Die Teilnehmendenzahl ist auf 40 Personen beschränkt.

Kursleitung

Dr. iur. Nils Stohner (Verwaltungsrichter)
Ronnie Bettler (Oberrichter)

Referierende

Dr. iur. Ruth Herzog (Verwaltungsrichterin)
Michel Daum (Verwaltungsrichter)

Dauer

½ Tag, 13.30 bis ca. 17.15 Uhr

Termin

Dienstag, 20. September 2022

Kursort

WKS KV Bildung, Schwarztorstrasse 61, 3007 Bern,
Auditorium 3104

Anmeldefrist

Dienstag, 13. September 2022

Cours 8

Principes de la procédure de recours selon la LPJA

Ce cours est consacré à la procédure de recours selon la LPJA. Il abordera en particulier les procédures en rapport avec le droit civil et le droit pénal pour lesquelles la LPJA est applicable (comme par exemple celles relatives au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte ou encore à l'exécution judiciaire). Outre des exposés théoriques, des cas pratiques seront présentés et des discussions en groupes menées. Le nombre des participants et participantes est limité à 40 personnes.

Direction du cours

Nils Stohner, Dr en droit et juge administratif
Ronnie Bettler, juge

Conférenciers

Ruth Herzog, Dr en droit et juge administrative
Michel Daum, juge administratif

Durée

½ journée, 13.30 jusqu'à env. 17.15 heures

Date

Mardi, 20 septembre 2022

Lieu

WKS KV Bildung, Schwarztorstrasse 61, 3007 Bern,
Auditorium 3104

Délai d'inscription

Mardi, 13 septembre 2022

Kurs 9

DNA: neues Gesetz – neue Möglichkeiten

Bereits vor Corona beschäftigten sich die Strafverfolgungsbehörden öfters mit dem Mikrokosmos. Nicht selten sind es winzige DNA-Spuren, die wichtige Beweismittel darstellen in der Strafverfolgung. Wir wollen daher unseren Fokus auf die Möglichkeiten richten, die das revidierte DNA-Gesetz uns bieten wird. Zuerst werfen wir mit Christian Zingg, Chef Forensik KaPo Bern, einen Blick auf die Spurenabnahme am Tatort und bei verdächtigen Personen. Anschließend erklärt uns Silvia Utz, Leiterin Forensische Molekularbiologie, die Analyse der DNA-Spuren und welche Erkenntnisse daraus gewonnen werden können. Und schliesslich stellt uns Dr. iur. Christian Linsi, Bundesamt für Polizei (fedpol), Direktionsbereich Kriminalprävention und Direktionsstab, Abteilung Recht, das neue DNA-Gesetz vor, das er selber mitverfasst hat.

Kursleitung

Evelyne Halder, leitende Gerichtsschreiberin
Regionalgericht Oberland

Referierende

Dr. sc. forens. Christian Zingg, Chef Forensik,
Kantonspolizei Bern
Dr. phil.-nat. Silvia Utz, Abteilungsleiterin
Forensische Molekularbiologie
Dr. iur. Christian Linsi, wissenschaftlicher Mitarbeiter
Rechtsdienst fedpol

Dauer

08.30 bis ca. 11.30 Uhr

Termin

Mittwoch 19. Oktober 2022

Kursort

Kongresszentrum Kreuz, Zeughausgasse 41, Bern

Anmeldefrist

Mittwoch, 12 Oktober 2022

Cours 9

ADN: nouvelle loi – nouvelles opportunités

Déjà avant la pandémie de coronavirus, les autorités de poursuite pénale s'occupaient souvent du microcosme. Il n'est pas rare que des traces infinitésimales d'ADN représentent un moyen de preuve important dans une poursuite pénale. C'est pourquoi nous consacrerons dans ce cours notre attention aux possibilités offertes par la révision de la loi sur les profils d'ADN. Nous jetterons tout d'abord un coup d'oeil avec Christian Zingg, chef du domaine forensique à la police cantonale, à la récolte des traces sur les lieux de l'infraction et sur les personnes suspectes. Ensuite, Silvia Utz, responsable de la biologie moléculaire forensique, nous expliquera l'analyse des traces d'ADN et quelles sont les constatations que l'on peut en tirer. Enfin, Christian Linsi, Dr en droit, de l'Office fédéral de la police (fedpol), Division de la prévention de la criminalité et état-major de Direction, section droit, nous présentera la nouvelle loi sur les profils d'ADN, qu'il a lui-même contribué à réaliser.

Direction du cours

Evelyne Halder, première greffière, Tribunal régional
de l'Oberland

Conférenciers

Dr. sc. forens. Christian Zingg, chef du domaine foren-
sique, police cantonale bernoise;
Dr. phil.-nat. Silvia Utz, cheffe de section, biologie
moléculaire forensique;
Dr. iur. Christian Linsi, collaborateur scientifique,
service juridique fedpol.

Durée

De 08.30 jusqu'à env. 11.30 heures

Date

Mercredi, 19 octobre 2022

Lieu

Centre de congrès Kreuz, Zeughausgasse 41, Berne

Délai d'inscription

Mercredi, 12 octobre 2022

Kurs 10

Forensisch-psychiatrische Begutachtung im Strafverfahren

Diese Weiterbildungsveranstaltung hält eine Varietät von praxisrelevanten Themen für die Teilnehmenden bereit. Zu Beginn wird Prof. Marc Graf den 2021 überarbeiteten Fragenkatalog der Schweizerischen StaatsanwälteKonferenz (SSK) vorstellen, bevor Prof. Michael Liebreuz praxisrelevante Aspekte der häufig beobachteten neurodevelopmentalen Störung bei beschuldigten Personen erörtern wird. Nach diesem psychiatrischen ersten Teil der Veranstaltung folgt eine Pause mit der Möglichkeit zum Austausch unter Kollegen und Kolleginnen.

Den zweiten Teil des Nachmittags eröffnet Gerichtspräsident Marko Cesarov mit einem Referat zur Schulddogmatik (des Bundesgerichts) und der Frage, wie frei wir überhaupt für Strafe sein können. Den Abschluss macht Rechtsanwalt Stephan Bernard zum Thema über die Herausforderungen und Tücken rund um die psychiatrisch-forensische Begutachtung aus Verteidigersicht.

Kursleitung

Sarah Wildi, Staatsanwältin

Referierende

Prof. Dr. med. Marc Graf, Direktor der Klinik für Forensik der universitären psychiatrischen Klinik (UPK) Basel

Prof. Dr. med. Michael Liebreuz, Abteilungsleiter des forensisch-psychiatrischen Dienstes (FPD) der Universität Bern

Marko Cesarov, MLaw, Rechtsanwalt, Gerichtspräsident am Regionalgericht Bern-Mittelland, Strafabteilung

Stephan Bernard, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Advokatur Aussersihl, Zürich

Dauer

½ Tag, 13.15 bis 17.15 Uhr

Termin

Dienstag, 22. November 2022

Kursort

Kongress-Zentrum Kreuz (Hotel Kreuz), Bern

Anmeldefrist

bis 30.09.2022

Die Teilnehmerzahl ist auf 100 Personen beschränkt (Vorrang von Mitgliedern der Bernischen Justiz)

Cours 10

Les expertises forensiques-psychiatriques dans le procès pénal

Ce cours offre à ces participants une variété de contributions pratiques. Prof Marc Graf commencera par une présentation sur le catalogue de questions pour les expertises psychiatriques pénales, révisé en 2021, de la Conférence des procureurs de Suisse (CPS) suivi d'un exposé du Prof Michael Liebreuz sur les aspects pratiques des troubles neuro-développementaux souvent présents chez les personnes prévenues. Après cette première partie axée sur les questions psychiatriques, les participants auront l'occasion d'échanger entre collègues durant une pause avec collation.

La deuxième partie de l'après-midi sera amorcée par le discours du président du tribunal Marko Cesarov qui présentera ses réflexions (à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral) quant à la doctrine de la faute pénale et notamment la question de savoir de quelle liberté l'homme jouit effectivement pour être punissable. Enfin, le cours sera achevé par une présentation de Me Stephan Bernard du point de vue de la défense, notamment sur les défis et embûches quant au sujet des expertises forensiques-psychiatriques.

Direction du cours

Sarah Wildi, Procureure

Conférenciers

Prof Dr méd. Marc Graf, Directeur de la Clinique forensique de l'Université psychiatrique de Bâle (UPK) Bâle

Prof Dr méd. Michael Liebreuz, Chef de Service du Service forensique et psychiatrique (FPD) de l'Université de Berne

Marko Cesarov, MLaw avocat, Président du tribunal, Tribunal régional de Berne-Mittelland, section pénale

Stephan Bernard, lic. iur., LL.M., avocat, Advokatur Aussersihl, Zurich

Durée

½ journée, de 13.15 à 17.15 heures

Date

Mardi, 22 novembre 2022

Lieu

Kongress-Zentrum Kreuz (Hotel Kreuz), Berne

Délai d'inscription

30.09.2022

Le nombre de participants est limité à 100 personnes (priorité des membres de la Justice Bernoise)

Neues aus dem Bundeshaus Nouveautés du Palais Fédéral

Danielle Schwendener Oberrichterin
Céline Fuchs Staatsanwältin

Danielle Schwendener

Zivilrecht

Neuste Entwicklungen in der laufenden ZPO-Revision

Am 16. Juni 2021 hat der Ständerat der bundesrätlichen Vorlage zur ZPO-Revision («Entwurf») unter Vorbehalt einiger Änderungen und Ergänzungen zugestimmt. Über die Ergebnisse dieser Debatte wurde in der Winterausgabe der BE N'ius berichtet (Heft 29, S. 14 ff.). Am 10. Mai 2022 hat sich nun auch der Nationalrat mit dem Geschäft befasst. Im Folgenden werden die wichtigsten Beschlüsse in vier Kategorien unterteilt erörtert (ohne Berücksichtigung der Schiedsgerichtsbarkeit nach Art. 353 ff. ZPO).

1. Die folgenden Vorschläge des Bundesrats im Entwurf wurden auch vom Nationalrat abgelehnt und entfallen somit endgültig:

- Einführung von Art. 160a E-ZPO, wonach der Ausnahmekatalog für die Mitwirkungspflichten von Parteien und Dritten auf *unternehmensinterne Rechtsdienste* ausgeweitet werden sollte. Der vom Ständerat stattdessen vorgeschlagene neue Art. 167a E-ZPO wurde vom Nationalrat nicht widerspruchlos übernommen (siehe weiter unten).
- Ermächtigung des urteilenden Gerichts, seinem eigenen Entscheid auf Antrag der unterliegenden Partei resp. von Amtes wegen bis zur Eröffnung der Entscheidbegründung resp. bis zum Rechtsmittelentscheid die *aufschiebende Wirkung* erteilen zu können (Streichung der Art. 236 Abs. 4 und Art. 239 Abs. 2^{bis} E-ZPO).
- Formelle Einführung der Anfechtungsmöglichkeit von *Abschreibungsentscheiden* mittels Beschwerde (Streichung von Art. 241 Abs. 3 zweiter Satz E-ZPO).

2. In zahlreichen Punkten ist der Nationalrat den gutheissenden oder modifizierenden Beschlüssen des Ständerats zum Entwurf gefolgt, so dass mit den folgenden Änderungen der ZPO nun konkret zu rechnen ist:

- Für die in Art. 5 Abs. 1 lit. f ZPO erwähnten *Klagen gegen den Bund* ist erst bei einem Streitwert von mehr als CHF 30'000.00 eine einzige kantonale Instanz zuständig. Die Regelung der Verfahrensart soll jener über die sachliche Zuständigkeit vorgehen (Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung], BBl 2020 2697, 2724). Konsequenterweise wird auch die dazugehörige Gerichtsstandbestimmung in Art. 10 Abs. 1 lit. c E-ZPO angepasst. Die örtliche Zuständigkeit (Bern / Wohnsitz der Klägerin) bleibt unverändert, die funktionelle Zuständigkeit (Obergericht des Kantons Bern / oberes Gericht des Kantons) entfällt jedoch.

- *Handelsgerichtliche Zuständigkeit* (Art. 6 E-ZPO): Die Voraussetzungen zur Annahme handelsrechtlicher Streitigkeiten werden präzisiert und ergänzt (geschäftliche Tätigkeit mind. einer der Parteien betroffen, Streitwert über CHF 30'000.00, Eintragung der Parteien als Rechtseinheit im Handelsregister, keine Streitigkeit aus Arbeitsrecht, Gleichstellungsgesetz oder aus dem Miet- und Pachtrecht; Art. 6 Abs. 2 lit. a-d E-ZPO). Sämtliche miet- und pachtrechtlichen Streitigkeiten sind demnach zukünftig unabhängig von der Verfahrensart vor den erstinstanzlichen Gerichten zu verhandeln. Ausserdem soll im Einklang mit der Rechtsprechung auch klar gesetzlich geregelt werden, dass die handelsgerichtliche Zuständigkeit nicht offensteht, wenn diese im Falle einer einfachen Streitgenossenschaft nur für einzelne Klagen oder einzelne Ansprüche gegeben ist. Diesfalls sollen einheitlich die ordentlichen Gerichte zuständig sein (Art. 6 Abs. 6 E-ZPO; vgl. auch Botschaft, BBl 2020 2697, 2731). Weiter ausgebaut wird dafür die Möglichkeit der Kantone, das Handelsgericht für weitere, v.a. auch internationale Handelsstreitigkeiten zuständig erklären zu können (Art. 6 Abs. 4 E-ZPO).
- Das Gericht, welches vermögensrechtliche Streitigkeiten über mind. CHF 100'000.00 nach den Vorgaben von Art. 8 ZPO als einzige kantonale Instanz behandelt, wird auch für die Anordnung *vorsorglicher Massnahmen vor Eintritt der Rechtshängigkeit* von Gesetzes wegen zuständig (Art. 8 Abs. 2 zweiter Satz E-ZPO).
- Bei Entdeckung eines *Ausstandsgrundes* erst nach Abschluss des Verfahrens sind zuerst sämtliche Rechtsmittel auszuschöpfen, bevor nach den Bestimmungen über die Revision vorgegangen werden kann (Art. 51 Abs. 3 E-ZPO). Die Entdeckung des Ausstandsgrundes erst nach Abschluss des Verfahrens wird zudem bei den Rechtsmitteln neu ausdrücklich als Revisionsgrund aufgeführt (Art. 328 Abs. 1 lit. d E-ZPO).
- Die *Streitverkündungsklage* ist nur dann möglich, wenn die Ansprüche in einem sachlichen Zusammenhang mit der Hauptklage stehen, das Gericht dafür sachlich zuständig ist und die Hauptklage und die Ansprüche im ordentlichen Verfahren zu beurteilen sind (Art. 81 Abs. 1 E-ZPO). Weiterhin unzulässig ist die Streitverkündungsklage somit – trotz Aufhebung von Art. 81 Abs. 3 ZPO – im summarischen und im vereinfachten Verfahren. Zudem wird der Streitverkündende seine Rechtsbegehren zukünftig dann nicht mehr beziffern müssen, wenn diese dieselbe Leistung betreffen, zu der er seinerseits im Hauptverfahren verpflichtet wird (Art. 82 Abs. 1 letzter Satz E-ZPO). Damit soll sein Risiko des Unter- oder Überklagens reduziert und die Streitverkündungsklage attraktiver gemacht werden.
- Die *objektive Klagehäufung* ist künftig auch dann zulässig, wenn die unterschiedliche sachliche Zuständigkeit oder Verfahrensart nur auf den unterschiedlichen Streitwerten beruht. Bei unterschiedlichen Verfahrensarten werden alle Ansprüche im ordentlichen Verfahren behandelt (Art. 90 Abs. 2 E-ZPO).

- Mit dem neuen Art. 94a E-ZPO wird die gerichtliche Festsetzung des *Streitwerts bei Verbandsklagen* nach Ermessen, entsprechend dem Interesse der einzelnen Angehörigen der betroffenen Personengruppe und der Bedeutung des Falls eingeführt. Dabei geht es nach der Botschaft eben gerade nicht um das Kollektivinteresse oder das kumulierte Interesse der betroffenen Personen, wie dies in der Praxis zu Art. 91 Abs. 2 ZPO heute der Fall ist. Streitgegenstand ist stets nur der eigene Anspruch der klagenden Organisation auf Unterlassung, Beseitigung oder Feststellung, nicht aber die individuellen Ansprüche der betroffenen Personen, über die im Rahmen einer solchen Verbandsklage gerade nicht entschieden wird (vgl. Botschaft, BBl 2020 2697, 2738 f.).
- Gemäss Art. 98 E-ZPO beträgt der von der klagenden Partei zu verlangende *Vorschuss* künftig nur noch höchstens die Hälfte der erwarteten Gerichtskosten. Der volle Vorschuss kann weiterhin im Schlichtungsverfahren, im Summarverfahren (ohne vorsorgliche Massnahmen und Familienrecht), im Rechtsmittelverfahren und in bestimmten Verfahren vor einziger kantonaler Instanz verlangt werden. Für beantragte Beweiserhebungen ist nach wie vor der volle Vorschuss zu leisten (Art. 102 ZPO unverändert).
- Bei mehreren Prozessbeteiligten als Haupt- oder Nebenpartei bestimmt das Gericht den Anteil an den (definitiven) Prozesskosten nach Massgabe ihrer Beteiligung. Auf *solidarische Haftbarkeit* kann es jedoch nur noch bei notwendiger Streitgenossenschaft erkennen (Art. 106 Abs. 3 E-ZPO).
- Gemäss Art. 111 E-ZPO soll nach Abschluss des Prozesses in der Regel der Kanton das *Inkassorisiko* für die gesamten, bei der nicht vorschusspflichtigen Partei anfallenden Gerichtskosten tragen. Dieses Risiko oblag bisher mehrheitlich dem obsiegenden Vorschusspflichtigen: Er musste vorgeschossene Gerichtskosten im Rahmen seines Rückforderungsrechts bei der kostenpflichtigen Gegenpartei einfordern. Konkret will die Neuerung nun, dass Kostenvorschüsse nur noch in jenem Umfang endgültig eingezogen und mit den effektiven Gerichtskosten verrechnet werden dürfen, in welchem dem Vorschussleistenden eine definitive Kostenpflicht auferlegt wurde. Darüber hinausgehend hat das Gericht geleistete Kostenvorschüsse an den Vorschussleistenden zurückzuerstatten und den Fehlbetrag bei der kostenpflichtigen (Gegen-)Partei einzukassieren. Beide Räte haben diesem Prinzip zugestimmt. Die Ausnahmeklausel des Entwurfs, wonach diese neue Risikoüberwälzung an den Kanton *nicht* gelten solle in den Fällen gemäss Art. 98 E-ZPO (Schlichtungsverfahren, bestimmte Summarverfahren, Rechtsmittelverfahren und bestimmte Verfahren vor einziger kantonaler Instanz), in welchen vom Kläger immer noch ein voller Vorschuss verlangt werden kann, haben beide Räte hingegen verworfen.

- Die unentgeltliche Rechtspflege kann künftig auch für die *vorsorgliche Beweisführung* gewährt werden (Art. 118 Abs. 2 zweiter Satz E-ZPO). Für die Prüfung der fehlenden Aussichtslosigkeit wird die Praxis zur unentgeltlichen Rechtspflege bei vorsorglichen und superprovisorischen Massnahmen herangezogen werden können (Botschaft, BBI 2020 2697, 2745).
- Der *Einsatz elektronischer Instrumente zur Ton- und Bildübertragung* (Möglichkeit der Verhandlung in Videokonferenzschaltung) wird mit Einführung der Art. 141a und Art. 141b E-ZPO gesetzlich verankert. Demnach kann das Gericht von Amtes wegen oder auf Antrag Verfahrensbeteiligten die Teilnahme an mündlichen Prozesshandlungen mittels elektronischer Instrumente gestatten. Zugehörig sind dabei auch die Art. 133 lit. d (entsprechende Erwähnung dieser Instrumente in der Vorladung), Art. 170a (elektronische Zeugenbefragung), Art. 176a (Protokollierung im Falle der Aufzeichnung; als Ersatz des aktuell noch geltenden Art. 176 Abs. 3 ZPO), Art. 187 Abs. 1 und 2 (elektronische Gutachtenserstattung) und Art. 193 E-ZPO (elektronische Parteibefragung). Nicht zulässig bleibt jedoch die Übertragung von Kindesanhörungen (Art. 298 Abs. 1^{bis} E-ZPO).
- Die Endgültigkeit des *Wiederherstellungsentscheids* wird relativiert. Wie auch schon durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung präzisiert, ist nunmehr mit Art. 149 E-ZPO von Gesetzes wegen Berufung oder Beschwerde gegen verweigerte Wiederherstellungsentscheide möglich, wenn die Verweigerung den definitiven Rechtsverlust zur Folge hat.
- Zukünftig stehen *Privatgutachten* nicht mehr als reine Parteibehauptung da, sondern gelten neu als Urkunde und erhalten dadurch Beweiswert (Art. 177 E-ZPO).
- *Ausnahmen vom Schlichtungsverfahren*: Gemäss Art. 198 lit. b^{bis} E-ZPO ist bei Klagen über Kindesunterhalt und weitere Kinderbelange neu überhaupt kein Schlichtungsversuch mehr erforderlich, so dass direkt Klage bei Gericht erhoben werden kann. Eine Schlichtung vor der KESB bleibt fakultativ weiterhin möglich (vgl. Botschaft, BBI 2020 2697, 2753). Im Weiteren wird kraft Art. 198 lit. h E-ZPO das Schlichtungsverfahren zukünftig auch für alle diejenigen Klagen entfallen, welche in einem sachlichen Zusammenhang mit einer Klage stehen, für welche Prosequierungsfrist angesetzt worden ist, sofern beide Klagen gleichzeitig eingereicht werden (bspw. Klage auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts mit der sachlich zusammenhängenden Leistungsklage aus Werkvertrag). Zudem entfällt die absolute Schlichtungsausnahme u.a. für handelsgerichtliche Streitigkeiten (Art. 198 lit. f E-ZPO) und die Klägerin kann in diesen Streitigkeiten und in denjenigen nach Art. 5 und 8 E-ZPO entscheiden, ob sie zuerst die Schlichtung durchführen oder direkt beim kantonalen Gericht klagen will (Art. 199 Abs. 3 E-ZPO; abgeändert durch den Ständerat mit Zustimmung des Nationalrats).

- Der heute geltende Art. 204 Abs. 1 ZPO wird ergänzt mit einer Klärung der *Anwesenheitspflichten für juristische Personen* bei der Schlichtungsverhandlung («Ist eine juristische Person Partei, muss für sie entweder ein Organ oder eine Person erscheinen, die mit einer kaufmännischen Handlungsvollmacht ausgestattet und zur Prozessführung und zum Abschluss eines Vergleichs befugt ist und die mit dem Streitgegenstand vertraut ist.»).
- Die Schlichtungsbehörde kann *den Entscheidvorschlag* in den übrigen vermögensrechtlichen Streitigkeiten neu bis zu einem Streitwert von CHF 10'000.00 (statt wie bisher CHF 5'000.00) unterbreiten (Art. 210 Abs. 1 lit. c E-ZPO).
- Das Gericht eröffnet seine Entscheid nach ständerätlich ergänztem Art. 239 Abs. 1 ZPO in der Regel künftig ohne *schriftliche Begründung*, wobei bei mündlicher Eröffnung eine nachträgliche Zustellung des schriftlichen Dispositivs neu auch offiziell zeitnah zu erfolgen hat (Art. 239 Abs. 1 lit. b E-ZPO). Kraft Verweis in den vom Ständerat überarbeiteten Art. 318 Abs. 2 (Berufung) und Art. 327 Abs. 5 E-ZPO (Beschwerde) gelten diese Grundsätze auch für die Rechtsmittelentscheide.
- Art. 242 ZPO wird dahingehend redaktionell angepasst, dass das Gericht einen *Abschreibungsentscheid* erlässt, wenn das Verfahren aus anderen Gründen ohne Sachentscheid endet. Damit soll gemäss Botschaft präzisiert werden, dass auch in Fällen der Gegenstandslosigkeit gemäss Art. 242 ZPO erst ein gerichtlicher Entscheid betreffend die Abschreibung zur Beendigung des Verfahrens führt (vgl. Botschaft, BBl 2020 2697, 2763).
- Bei begründet eingereichten Klagen im vereinfachten Verfahren gilt im Falle der *Säumnis an der Hauptverhandlung* Art. 234 ZPO sinngemäss (Art. 245 Abs. 2 E-ZPO), d.h. Fortsetzung des Prozesses trotz Säumnis mit Berücksichtigung des bisher Eingereichten und der Vorbringen der anwesenden Partei, Abschreibung bei Säumnis beider Parteien. Unklar ist mit dieser Formulierung, was Säumnis nach unbegründeter Klagen bewirkt.
- Gerichte stellen den Sachverhalt im vereinfachten Verfahren künftig generell von Amtes wegen fest, wobei redaktionell unklar ist, wie stark die darauffolgend aufgeführte verstärkte Fragepflicht diese *Untersuchungsmaxime* wieder relativieren soll (ständerätlich modifizierter Art. 247 Abs. 1 ZPO). Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel sind in allen Rechtsgebieten bis zur Urteilsberatung zugelassen (Abs. 2).
- Gegen periodisch erscheinende Medien darf das Gericht eine vorsorgliche Massnahme zukünftig nur dann anordnen, wenn u.a. die drohende Rechtsverletzung der Gesuchstellerin einen *schweren Nachteil* verursacht oder verursachen kann (ständerätlich modifizierter Art. 266

lit. a E-ZPO). Die Diskussion der Räte drehte sich um die Frage, ob für die Anordnung einer Massnahme nicht ein besonders schwerer Nachteil vorliegen muss, wie es der Entwurf vorsah.

- Kontradiktorisch geführte *Scheidungsprozesse* werden künftig im vereinfachten Verfahren geführt (Art. 288 Abs. 2 und Art. 291 Abs. 3 E-ZPO). Diese Änderung war im Vorentwurf noch nicht vorgesehen. Mit dem vereinfachten Verfahren soll den Gerichten die Möglichkeit eingeräumt werden, einfache Sachverhalte prozessökonomisch, möglichst im mündlichen Verfahren erledigen zu können. Komplizierte Sachverhalte werden hingegen auch unter dem vereinfachten Verfahren gegebenenfalls weiterhin einen zweiten Schriftenwechsel oder gar eine Instruktionsverhandlung erfordern (vgl. Botschaft BBI 2020 2697, 2765 f.). Obschon im vereinfachten Verfahren eine Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen eigengeführt wird, muss kraft Art. 277 Abs. 1 ZPO für den nahehelichen Unterhalt und das Güterrecht weiterhin die Verhandlungsmaxime zur Anwendung kommen. Was in diesen Fällen mit der Novenschranke geschehen soll, ist nicht klar.
- Nach Art. 295 E-ZPO gilt das *vereinfachte Verfahren für alle selbstständigen Klagen über Kinderbelange* und Kinderunterhalt, unter Einschluss der mündigen Kinder (vgl. Botschaft BBI 2020 2697, 2766 ff.). Der Nationalrat wünschte die sprachliche Präzisierung mittels ausdrücklicher Erwähnung minder- und volljähriger Kinder. Bei Unterhaltsklagen mit Kompetenzattraktion bezüglich elterlicher Sorge und weiterer Kinderbelange erhalten die Kindseltern minderjähriger Kinder zudem neu von Gesetzes wegen prozessuale Parteistellung, sofern das Kindesverhältnis feststeht. Das Gericht kann die Partierollen verteilen (Art. 304 Abs. 2 E-ZPO). Konkret bedeutet dies, dass bspw. die Kindsmutter automatisch zur eigenständigen, zusätzlichen Prozesspartei im Unterhaltsverfahren ihres Kindes gegen den Kindsvater wird, wenn eine Kompetenzattraktion hinsichtlich der übrigen Kinderbelange erfolgt ist. Nicht eigenständige Partei wird sie hingegen im gleichen Unterhaltsprozess, wenn die übrigen Kinderbelange unstreitig sind (vgl. Botschaft BBI 2020 2697, 2770).
- Mit der Streichung von Art. 313 Abs. 2 lit. b ZPO wird ein gesetzgeberisches Versehen korrigiert. Erweist sich eine Berufung als offensichtlich unzulässig oder unbegründet, so wird sie der Gegenpartei gar nicht zur Stellungnahme zugestellt, so dass auch *keine Anschlussberufung* erhoben werden kann (Botschaft, BBI 2020 2697, 2770 f.).
- Die Rechtsmittelinstanz hat bei geltender Untersuchungsmaxime *neue Tatsachen und Beweismittel* explizit bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 317 Abs. 1^{bis} E-ZPO).
- Bei den Revisionsgründen wird redaktionell präzisiert, dass die Unwirksamkeit eines Vergleichs ihre Ursache in *formellen oder materiellen Mängeln* hat (Art. 328 Abs. 1 lit. c E-ZPO).

- Bund und Kantone sollen gemeinsam mit den Gerichten dafür sorgen, dass genügende *statistische Grundlagen* und Geschäftszahlen über die massgeblichen Kennzahlen der praktischen Anwendung der ZPO, insbesondere Anzahl, Art, Materie, Dauer und Kosten der Verfahren vorliegen (Art. 401a E-ZPO). Zudem soll der Bundesrat der Öffentlichkeit Informationen zu den Prozesskosten und den Möglichkeiten der unentgeltlichen Rechtspflege sowie der Prozessfinanzierung zur Verfügung stellen (Art. 400 Abs. 2^{bis} E-ZPO).

3. In den folgenden Punkten sind sich National- und Ständerat uneinig, so dass diesbezüglich das Differenzbereinigungsverfahren durchzuführen sein wird:

- Der Ständerat stimmte dem Entwurf zu, wonach eine der Voraussetzungen für das Vorliegen einer *handelsgerichtlichen Streitigkeit* ein Streitwert von über CHF 30'000.00 ist. Der Nationalrat möchte zusätzlich die nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten eingeschlossen wissen (Art. 6 Abs. 2 lit. b E-ZPO).
- Während der Ständerat das «Strassburger *Replikrecht*» samt EMRK-Frist der Gerichtspraxis neu in Art. 53 Abs. 3 E-ZPO mit 10 Tagen und Säumnisfolgen gesetzlich verankern will («Sie dürfen zu sämtlichen Eingaben der Gegenpartei Stellung nehmen. Das Gericht kann ihnen dazu eine angemessene Frist ansetzen. In den übrigen Fällen müssen sie innert 10 Tagen Stellung nehmen, ansonsten Verzicht angenommen wird.»), möchte der Nationalrat, dass diese Frist zwingend durch das Gericht anzusetzen ist und mindestens 10 Tage beträgt («[...] Das Gericht setzt ihnen dazu eine Frist von mindestens 10 Tagen an. Nach unbenutztem Ablauf der Frist wird Verzicht angenommen.»).
- Betreffend *einfache Streitgenossenschaft* (Art. 71 E-ZPO) besteht Einigkeit zwischen den Räten, dass die Voraussetzung der gleichen sachlichen Zuständigkeit des Gerichts gemäss bisheriger Rechtsprechung ausdrücklich im Gesetz verankert werden soll. Der Nationalrat möchte aber neu auch unterschiedliche Verfahrensarten zulassen, sofern deren Anwendung ausschliesslich auf dem Streitwert beruht.
- Gemäss Ständerat soll den Kantonen mit Art. 96 Abs. 2 E-ZPO die Möglichkeit eingeräumt werden, die Rechte der Anwaltschaft betreffend *Honorar* zu verstärken («Die Kantone können vorsehen, dass die Anwältin oder der Anwalt ein persönliches Alleinrecht auf die Honorare und Auslagen hat, die als Parteientschädigung gewährt werden, dies unter Vorbehalt der Abrechnung mit der Klientin oder dem Klienten.»). Der Nationalrat stimmt dieser Änderung grundsätzlich zu, jedoch ohne Vorbehalt der Abrechnung mit der Klientschaft.
- Der Nationalrat beschloss die Streichung des zweiten Satzteils von Art. 111 Abs. 2 E-ZPO, dies als Konsequenz der von beiden Räten verlangten Aufhebung der Ausnahme vom kantonale Inkassorisiko im Absatz 1: Wenn das Gericht nur noch Vorschüsse bis zur Höhe der Kostenpflicht des Vorschussleistenden verrechnen darf, muss dieser

von der Gegenpartei auch nie mehr für *vorgesichossene Gerichtskosten schadlos gehalten* werden. Der Ständerat hat sich noch nicht zu diesem Vorschlag äussern können.

- Auch die Frage nach der *anderen Landessprache* oder der englischen Sprache vor Gericht geht in die zweite Runde. Nachdem der Ständerat Art. 129 Abs. 2 E-ZPO ersatzlos streichen wollte, möchte der Nationalrat die Verwendung einer anderen Landessprache oder der englischen Sprache auf Antrag sämtlicher Parteien – mit einem neuen Regelungskatalog – in die ZPO einführen.
- Der Nationalrat verwarf den Vorschlag des Ständerats, neu auch für *überlange Eingaben* an das Gericht eine Verbesserungsnachfrist vorzusehen (Art. 132 Abs. 2 E-ZPO).
- Alternativ zum Einverständnis sämtlicher Parteien will der Ständerat auch besondere Umstände des Einzelfalls oder allgemeiner Natur zulassen, die den Einsatz *elektronischer Instrumente* zur Übertragung von Prozesshandlungen erforderlich machen, sofern keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 141a Abs. 1 lit. b E-ZPO).
- Beide Räte stimmten dem Entwurf betreffend *Eingaben bei unzuständigen Gerichten* zu (Art. 143 Abs. 1^{bis} E-ZPO). Die im Vorentwurf noch vorgesehene Prozessüberweisung unter Wahrung der Rechtshängigkeit (Art. 60a VE-ZPO) wurde nach der Vernehmlassung gestrichen. Es soll lediglich noch die Fristwahrung und die Weiterleitung gesetzlich verankert werden, für den Fall, dass die Eingabe zwar rechtzeitig, aber an das offensichtlich unzuständige Gericht erfolgt. Die Weiterleitung findet nur innerhalb der Landesgrenzen statt und muss wohl beförderlich, aber nicht «unverzüglich» erfolgen. Weiterleitung wird somit in Zukunft nicht nur verlangt werden bei rechtzeitiger Berufung oder Beschwerde beim entscheidenden Gericht statt bei der Rechtsmittelinstanz (BGE 140 III 636 E. 2–4), sondern bei allen fristgebundenen Eingaben an ein offensichtlich unzuständiges Gericht. Von der Weiterleitungspflicht betroffen ist auch die Schlichtungsbehörde (vgl. Botschaft, BBI 2020 2697, 2747 f.). Für den Nationalrat genügt es jedoch, dass die Eingabe innert Frist bei einem unzuständigen (und nicht offensichtlich unzuständigen) Gericht eingereicht wurde. Die Weiterleitungspflicht soll gemäss Nationalrat zudem bereits dann bestehen, wenn ein anderes Schweizer Gericht zuständig (und nicht offensichtlich zuständig) ist. Die Einführung dieses Artikels hat Reflexwirkung auf Art. 63 ZPO, welcher entsprechend ergänzt werden soll. Demnach gilt für die Rechtshängigkeit auch bei der Weiterleitung nach Art. 143 Abs. 1^{bis} E-ZPO das Datum der ersten Einreichung.
- Der vom Ständerat anstelle von Art. 160a E-ZPO vorgeschlagene umfangreiche Art. 167a E-ZPO, in welchem die Voraussetzungen der Verweigerung der Mitwirkung und der Herausgabe von Unterlagen durch

den *unternehmensinternen Rechtsdienst* einer Partei inkl. Kosten- und Rechtsmittelregelung detailliert geregelt werden, wurde vom Nationalrat grossflächig korrigiert und in massgeblichen Teilen gestrichen.

- Der Ständerat stimmte dem Entwurf des Bundesrates betreffend *Säumnisfolgen vor der Schlichtungsbehörde* zu. Demnach soll eine säumige Partei mit einer Ordnungsbusse bis zu CHF 1'000.00 bestraft werden können (Art. 206 Abs. 4 E-ZPO). Demgegenüber soll nach dem Willen des Ständerates bei klägerseitiger Schlichtungssäumnis der notorisch schwächeren Parteien in vereinfachten Arbeits- und Mietrechtsverfahren vor der definitiven Verfahrensabschreibung noch eine zweite Chance eingeräumt werden, indem die Schlichtungsbehörde innert 30 Tagen noch ein letztes Mal zur Schlichtungsverhandlung vorlädt, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Säumnisfolgen (Art. 206 Abs. 1^{bis} E-ZPO). Der Nationalrat hat die ersatzlose Streichung beider Neuerungen beschlossen.
- Der Entwurf will bei den Ausnahmen von der dreimonatigen Standardklagefrist unter Art. 209 Abs. 4 ZPO die besonderen *gerichtlichen Klagefristen* streichen, weil gemäss Art. 198 lit. h ZPO bei gerichtlichen Klagefristen sowieso kein Schlichtungsversuch stattfindet. Die Botschaft betont jedoch, dass die nach geltendem Recht vorbehaltenen, besondere *gesetzliche Klagefrist* (bspw. Arrestprosequierungsklage nach Art. 279 SchKG) von der Änderung unberührt bleibt und der Dreimonatsfrist weiterhin vorgehen soll (vgl. Botschaft BBI 2020 2697, 2757 f.). Der Ständerat hat dem Entwurf in dieser Fassung zugestimmt. Der Nationalrat hingegen beschloss auch die Streichung des Vorbehaltes der besonderen *gesetzlichen Klagefristen*. Einzige Ausnahme von der dreimonatigen Klagefrist wäre nach seinem Willen somit noch die 30-tägige Klagefrist bei Miete und Pacht.
- Künftig soll nach Entwurf des Bundesrates und mit dem Segen beider Räte eine *Widerklage*, welche nur auf Grund des Streitwerts im vereinfachten Verfahren zu behandeln wäre, zusammen mit der Hauptklage im ordentlichen Verfahren behandelt werden können, weil dem Widerkläger in dieser Konstellation die Wahl gelassen wird, seinen Anspruch – statt widerklageweise – separat im vereinfachten Verfahren durchzusetzen (Art. 224 Abs. 1^{bis} lit. a E-ZPO). Der zweite Teil der geplanten Neuerung sieht vor, dass eine Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des *gesamten* Anspruchs im ordentlichen Verfahren als Reaktion auf eine Teilklage im vereinfachten Verfahren zulässig sein soll, wobei der Prozess insgesamt im ordentlichen Verfahren durchzuführen ist (Art. 224 Abs. 1^{bis} lit. b E-ZPO). Während der Ständerat sich auch damit einverstanden erklärt hat, beschloss der Nationalrat mit Verweis auf BGE 147 III 172 den Vorbehalt eines widerklägerseitigen schutzwürdigen Interesses, welches «klar die Interessen der beklagten Partei» überwiege. Die Widerklägerin ist in der Regel identisch mit der beklagten Partei. Ein Blick in die parlamentarischen Beratungen vom 10. Mai 2022 (provisorischer Text, Stand 25. Mai 2022) zeigt, dass es sich hierbei wohl um einen

Schreibfehler handelt und richtigerweise die Interessen der *Hauptklägerin* gemeint sein müssen (Votum NR Christian Lüscher, RL GE: «Toutefois, la commission a voulu limiter cette faculté au cas où l'intérêt du demandeur reconventionnel «l'emporte nettement» sur celui du demandeur principal.»)

- Der Ständerat wünschte, dass in der Begründung gegebenenfalls die *Entscheidgründe tatsächlicher und rechtlicher* Art aufgeführt werden sollen (Art. 238 lit. g E-ZPO). Der Nationalrat hat diesen Vorschlag verworfen und will beim geltenden Recht bleiben («Ein Entscheid enthält: [...] gegebenenfalls die Entscheidgründe»).
- Nach dem Willen des Ständerats soll bei Klagen ohne Begründung im Falle der *Säumnis* einer Partei an der Hauptverhandlung ein zweites Mal vorgeladen werden müssen (Art. 245 Abs. 1 E-ZPO). Diese Neufassung von Art. 245 ZPO ist bereits redaktionell verunglückt. Mit der gewählten Formulierung wird durch die Ungleichbehandlung der beiden Absätze Unklarheit darüber geschaffen, was im erstgenannten Fall bei erneuter Säumnis am zweiten HV-Termin geschehen soll. Diese Diskussion wird vorerst obsolet, nachdem der Nationalrat die ständerätliche Ergänzung verworfen hat und am geltenden Recht festhalten will.
- Gemäss Entwurf soll die bisher geltende Fristansetzung zur Nachreichung einer schriftlichen *Klagebegründung* im Scheidungsklageverfahren gestrichen werden (Art. 291 Abs. 3 E-ZPO). Der Nationalrat will die Fristansetzung wie bisher beibehalten, ist aber mit der Streichung der Säumnisfolgen bei verpasster Frist (Abschreibung als gegenstandslos) einverstanden.
- Der Ständerat folgte dem bundesrätlichen Entwurf hinsichtlich der Änderungen bei der *Anschlussberufung*. So soll im summarischen Verfahren die Anschlussberufung neu zulässig sein bei familienrechtlichen Streitigkeiten nach den Art. 271, 276, 302 und 305 ZPO (Art. 314 Abs. 2 E-ZPO). Der Nationalrat will die Anschlussberufung in diesen Fällen nicht zulassen, dafür aber die Berufungs- und Berufungswortfrist auf 30 Tage erhöhen.
- Mit Modifikationen zugestimmt hat der Ständerat sodann dem bundesrätlich vorgeschlagenen Art. 315 E-ZPO. Keine *aufschiebende Wirkung* soll die Berufung auch bei Entscheiden über Anweisungen an den Schuldner und Sicherstellungen von Unterhalt haben. Eine ausnahmsweise Aufschiebung der Vollstreckbarkeit ist aber auch dort möglich. Berufungen gegen Gestaltungsentscheide kommt weiterhin aufschiebende Wirkung zu. Droht einer Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, kann sie bei der Rechtsmittelinstanz die vorzeitige Vollstreckbarkeit beantragen. Dabei kann die Rechtsmittelinstanz bereits vor ihrer Befassung mit dem Rechtsmittel über die Gewährung eines Aufschubs resp. über die vorzeitige Vollstreckbarkeit entscheiden. Die Anordnung der Rechtsmittelinstanz

fällt ohne Weiteres dahin, wenn keine Begründung des erstinstanzlichen Entscheids verlangt wird oder die Rechtsmittelfrist unbenutzt abläuft (Art. 315 Abs. 5 E-ZPO). Mit Art. 325 Abs. 2 E-ZPO schlägt der Ständerat auch für das Beschwerdeverfahren die entsprechende Anpassung vor. Vollstreckbarkeit eines Entscheids tritt u.U. bereits vor Eröffnung seiner schriftlichen Begründung ein (Art. 336 Abs. 3 E-ZPO; durch den Ständerat modifiziert). Der Nationalrat verwirft betreffend die drei Artikel sowohl den Entwurf des Bundesrates als auch die Änderungen und Ergänzungen des Ständerates. Nach ihm soll das geltende Recht nicht verändert werden.

4. Der Nationalrat hat am 10. Mai 2022 zudem gänzlich neue Änderungen und Ergänzungen am geltenden Recht beschlossen, so dass auch diesbezüglich das Differenzbereinigungsverfahren durchzuführen sein wird:

- Der Nationalrat will einen *neuen Verfahrensgrundsatz* in die ZPO einführen. So schlägt er unter Art. 52a E-ZPO folgendes vor «¹ Die Gerichte legen die Verfahrensregeln unter Berücksichtigung des Zugangs der Parteien zur Justiz aus. ²Falsche Rechtsmittel- und Fristbelehrungen in einem Entscheid oder einer prozessleitenden Verfügung nach diesem Gesetz sind gegenüber allen Gerichten wirksam.». Bei Annahme von Absatz 1 dieser Bestimmung wäre zunächst zu klären, wie der «Zugang der Parteien zur Justiz» definiert werden soll und inwiefern dieser messbar ist. Aus der Nationalratsdebatte geht hervor, dass man mit dieser Bestimmung den gerichtlich überspitzten Formalismus unterbinden will (vgl. Votum NR Christian Lüscher, RL GE: «Les tribunaux ne doivent par exemple pas faire de formalisme excessif sur la présentation des allégués, la formulation des offres de preuve, la qualité de l'argumentation pour donner suite à une demande.»). Die Einführung insbesondere von Absatz 2 in der vorgeschlagenen Fassung hätte u.a. zur Folge, dass die erstinstanzlichen Gerichte den Parteien und oberen Instanzen irrtümlich (oder auch willkürlich) gesetzeswidrige Rechtsmittelwege und -fristen aufdiktieren könnten. Dass zudem auch versehentlich zu kurz verfügte Rechtsmittelfristen zum Nachteil einer appellierenden Partei verbindlich wären, wurde bei der Beratung explizit berücksichtigt und gewollt (vgl. Votum NR Christian Lüscher, RL GE: «Comme relevé en commission, il ne s'agit pas d'appliquer cette règle dans un cas particulier en faveur d'une partie à l'encontre d'une autre. Au contraire, il s'agit de fixer des règles qui s'appliquent à l'ensemble des justiciables et qui leur profitent à tous. Cette disposition vise à apporter une réelle plus-value au CPC, afin de rendre la justice plus accessible.»).
- Der Nationalrat beschloss, Art. 85 Abs. 2 ZPO dahingehend zu ändern, als dass die unbezifferte Forderungsklage neu «bis zu den Schlussplädoyers» beziffert werden darf. Gemeint ist wohl, dass die Bezifferung spätestens in den Schlussplädoyers zu erfolgen hat (vgl. dazu Votum NR Philipp Matthias Bregy, M-E VS: «Mit der Ihnen nun beantragten Version ist klar: Die Rechtsbegehren müssen spätestens – spätestens! – im Schlussplädoyer präzisiert werden.»), obwohl der Wortlaut auch eine andere Interpretation zulässt.

- Weiter will der Nationalrat in Bezug auf den *Beginn des Fristenlaufs* eine Ausnahme bei Zustellung durch gewöhnliche Post einführen. Ein neuer Art. 142 Abs. 1^{bis} E-ZPO lautet wie folgt: «Erfolgt die Zustellung an einem Samstag, Sonntag oder einem am Gerichtsort vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag durch gewöhnliche Post (Art. 138 Abs. 4), so gilt die Mitteilung gemäss Absatz 1 am darauffolgenden Werktag als erfolgt.». Einerseits wird die «gewöhnliche Post» an Sonn- und Feiertagen gar nicht zugestellt. Andererseits sind fristauslösende Mitteilungen durch das Gericht sowieso mittels Einschreiben oder Empfangsbestätigung zu eröffnen (Art. 138 Abs. 1 ZPO; A+ reicht nicht aus, vgl. bspw. BGer 1C_40/2021 E. 4). Art. 142 ZPO betrifft ausschliesslich zivilprozessuale Fristen und Art. 138 Abs. 4 ZPO ausschliesslich gerichtliche Mitteilungen. Die geplante Neuerung wäre somit für Zustellungen zwischen Privaten bedeutungslos (bspw. bei mietrechtlichen Kündigungsschreiben, Korrespondenz eines gegnerischen Rechtsanwalts etc.). Es stellt sich somit die Frage nach dem Sinn und Zweck dieser neuen Bestimmung. Der Debatte kann hierzu nichts Näheres entnommen werden: «Bei Artikel 142 Absatz 1^{bis} geht es um die Berechnung der Fristen. Sie wissen alle, wir haben neu A-Post-plus-Sendungen. Diese wurden beispielsweise am Samstag zugestellt, und dann hatte das zur Konsequenz, dass die Frist am Sonntag zu laufen begann. Das wollte man verhindern. Nun ist klar: Eine A-Post-plus-Sendung, die man am Samstag im Briefkasten hat, gilt am Montag als zugestellt, und die Frist beginnt am Dienstag zu laufen. Hier hat man eine klare Präzisierung aufgrund der neuen postalischen Regeln gemacht.» (NR Philipp Matthias Bregy, M-E VS).
- Weiter will der Nationalrat, dass der *Fristenstillstand* gemäss ZPO auch auf alle SchKG-Klagen, die vor einem Gericht einzureichen sind, anwendbar ist, nicht jedoch auf die Beschwerde vor der Aufsichtsbehörde (Art. 145 Abs. 4 E-ZPO).
- Nach dem Willen des Nationalrats sollen weitere klagende oder beklagte Parteien neu dann nicht *persönlich zur Schlichtungsverhandlung* erscheinen müssen, wenn eine Partei anwesend und befugt ist, die weiteren klagenden oder beklagten Parteien zu vertreten und einen Vergleich in deren Namen abzuschliessen (Art. 204 Abs. 3 lit. d E-ZPO).
- Der Nationalrat will neben der Erhöhung der *Streitwertgrenze* für den Urteilsvorschlag auch die Kompetenzschwelle der Schlichtungsbehörde zum Entscheid von CHF 2'000.00 auf CHF 5'000.00 erhöhen (Art. 212 Abs. 1 E-ZPO). Im gleichen Zug soll auch die Pflicht zur Festlegung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung im Entscheidfall explizit ins Gesetz aufgenommen werden (Art. 212 Abs. 3 E-ZPO). Nicht erwähnt ist die Pflicht zur Verteilung dieser Kosten. Allenfalls wäre es sinnvoll, an dieser Stelle generell auf die allgemeinen Grundsätze der Art. 95 ff. ZPO zu verweisen.

- Mit einem neuen, vorgelagerten Absatz 1^o in Art. 229 ZPO unter gleichzeitiger Aufhebung von Absatz 2 desselben Artikels will der Nationalrat die *Novenschranke* komplett reformieren. Dies erfolgte als Reaktion auf die neuste bundesgerichtliche Rechtsprechung (Votum NR Philipp Matthias Bregy, M-E VS: «An diesem Beispiel zeigt sich genau, wie das Bundesgericht die Arbeit, die wir hier im Parlament machen, eigentlich torpediert hat.» sowie NR Christian Lüscher, RL GE: «La jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, et notamment l'ATF 147 III 475, était particulièrement sévère et compliquée au détriment des justiciables, interdisant même des faits nouveaux au cours de l'audience de débats d'instruction et d'ouverture des débats principaux s'ils n'étaient pas allégués dans le bon ordre.»). Zukünftig sollen neue Tatsachen und Beweismittel nur noch bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung berücksichtigt werden dürfen. Dafür entfällt die Spezialregelung der Noven bei erfolgtem zweitem Schriftenwechsel oder durchgeführter Instruktionsverhandlung. Damit wäre auch das bisherige zweimalige Äusserungsrecht jeder Partei passé (vgl. Votum Bregy: «Kurzum heisst das, dass vor Beginn der Hauptverhandlung neue Tatsachen und Beweismittel frei eingereicht werden können, ohne dass man sich an gewisse Regeln halten müsste.» und BR Karin Keller-Sutter: «Eine Mehrheit Ihrer Kommission will, dass neue Tatsachen und Beweismittel neu bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung uneingeschränkt vorgebracht werden können, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich die Parteien bereits zweimal äussern konnten. Bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung wäre also irrelevant, ob bereits ein zweiter Schriftenwechsel oder eine Instruktionsverhandlung stattgefunden hat. Nur für die in der Hauptverhandlung vorgebrachten Noven würden die entsprechenden Schranken noch gelten.»). Als weitere Neuerung werden neue Tatsachen und Beweismittel i.S.v. Art. 229 Abs. 2 lit. a und b ZPO in der Hauptverhandlung dann noch berücksichtigt, *wenn sie spätestens in der nächsten Verhandlung vorgebracht werden* (Art. 229 Abs. 1 E-ZPO). Nach geltendem Recht sind solche Noven ohne Verzug vorzubringen. Auf das vereinfachte Verfahren hat die nationalrätlich beschlossene Novenreformation keinen Einfluss, da dort neue Tatsachen und Beweismittel in Zukunft sowieso generell bis zur Urteilsberatung zugelassen werden (Art. 247 Abs. 2 E-ZPO). Dies gilt neu auch für das Scheidungsverfahren (Art. 288 Abs. 2 und Art. 291 Abs. 3 E-ZPO); der Vorbehalt von Art. 277 Abs. 1 ZPO für das Güterrecht und den nahehelichen Unterhalt betrifft die Verhandlungsmaxime, nicht aber die Novenschranke.
- Der Nationalrat hat weiter beschlossen, dass das Gericht nach gescheiterter Einigungsverhandlung zur Durchführung des kontradiktorisch geführten Scheidungsverfahrens in *geänderter Zusammensetzung* tagt (Art. 291 Abs. 4 E-ZPO). Das bedeutet, dass der Einigungsrichter nicht auch das spätere Klageverfahren durchführen darf. Begründet wird die gewünschte Anpassung wie folgt: «Ainsi, sans nullement retarder la procédure, on permet d'augmenter les chances de succès d'un accord [...] en permettant à une partie de faire des concessions

devant un juge dont la seule mission est de concilier, alors qu'elle ne le ferait pas si le même juge devait statuer sur le fond. De plus, le juge conciliateur se livrera davantage que le juge du fond à une appréciation du litige sans crainte d'être récusé, ce qui augmente les chances d'accord. Ce changement de juge ne créera aucun retard car, en cas d'échec de la conciliation, le juge conciliateur fixera un délai pour compléter la motivation de la demande et c'est un nouveau juge qui reprendra ensuite la procédure. Ce nouvel autre juge sera désigné conformément aux règles organisationnelles propres à chaque canton, voire à chaque tribunal.» (Votum NR Christian Lüscher, RL GE). Weshalb nicht auch Art. 288 ZPO entsprechend angepasst worden ist, bleibt offen. Selbst bei sinngemässer Anwendung des Klageverfahrens wäre nämlich nicht klar, ob im Annexverfahren gemäss Art. 288 Abs. 2 ZPO noch der ursprüngliche oder bereits der neue Richter die Parteirollen verteilen muss.

- Bei den Rechtsmitteln beschloss der Nationalrat, dass die *10-tägige Beschwerdefrist* nicht nur nach summarisch ergangenen Entscheiden und prozessleitenden Verfügungen gilt, sondern neu auch nach «anderen erstinstanzlichen Entscheiden» (Art. 321 Abs. 2 E-ZPO). Damit wird eine Harmonisierung mit Art. 219 lit. b ZPO angestrebt und die bisher offene Frage nach der Rechtsmittelfrist geklärt. Andere erstinstanzliche Entscheide sind bspw. Entscheide über Ausstandsgesuche (BGE 145 III 469 E 3.2).
- Bei den *Revisionsgründen* beschloss der Nationalrat eine Präzisierung der Voraussetzungen dahingehend, dass der Revisionskläger nachträglich erfahrene Tatsachen oder gefundene Beweismittel im früheren Verfahren trotz *gehöriger Sorgfalt* nicht hatte beibringen können (Art. 228 Abs. 1 lit. a ZPO).

Céline Fuchs

Strafrecht

Bereits am 17. Juni 2016 verabschiedete das Parlament das neue Bundesgesetz über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA. Dabei handelt es sich um eine Totalrevision mit dem Ziel, durch einen massvoll erweiterten Zugang die Sicherheit zu verbessern, eine datenschutzkonforme Regelung auf Gesetzesesebene zu schaffen und eine effizientere Datenbearbeitung zu ermöglichen. Die Totalrevision ist mit einem umfassenden Neubau der Datenbank VOSTRA verbunden. Vom 17. November 2021 bis am 8. März 2022 dauerte nun die Vernehmlassung zu einer *Verordnung über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA*. Die Verordnung basiert auf den Spezifikationen der künftigen neuen Datenbank für das Strafregister und enthält die notwendigen Ausführungsbestimmungen zum Strafregisterrecht. Sie regelt einerseits, wie die Daten in der neuen VOSTRA-Datenbank in Zukunft genau zu bearbeiten sind. Andererseits regelt sie im Detail, welche Meldungen an Behörden durch das System automatisch ausgelöst werden. Aufgrund der neuen Schnittstellen werden

weiter Daten auf effiziente und verlässliche Weise an weitere Datenbanken, so insbesondere an das zentrale Migrationsinformationssystem oder die Personalinformationssysteme von Armee und Zivilschutz, übermittelt. Auch werden die Gebühren für Privat- und Sonderprivatauszüge neu berechnet, sodass diese in Zukunft nicht mehr CHF 20.00, sondern nur noch CHF 17.00 kosten sollen. Es ist geplant, dass das neue Strafrecht Anfang 2023 in Kraft tritt. Ebenso soll zu diesem Zeitpunkt die neue Datenbank in Betrieb genommen werden. Den definitiven Inkraftsetzungstermin wird der Bundesrat noch festlegen.

Sodann hat der Bundesrat in seiner Sitzung vom 17. November 2021 die *Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes (SVG)* zuhanden des Parlaments verabschiedet. Neben der Reduktion der Emissionen von Treibhausgasen und des Ermöglichens des automatisierten Fahrens steht die Erhöhung der Verkehrssicherheit im Zentrum. Insbesondere soll den Vollzugsbehörden und Gerichten bei Raserdelikten mehr Ermessensspielraum zukommen, damit die Umstände des Delikts besser beurteilt und unnötige Härten vermieden werden können. In diesem Zusammenhang soll auf die Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr verzichtet und die Mindestdauer des Führerausweises von zwei Jahren auf ein Jahr gesenkt werden. Weiter soll der Bundesrat die Kompetenz erhalten, für Kinder und Jugendliche im Alter von 12 bis 16 Jahren eine Velohelmtragepflicht einzuführen. Diese und weitere Anpassungen des SVG werden nun vom Parlament behandelt. Die Änderungen sollen ab 2023 gestaffelt in Kraft gesetzt werden.

Gestützt auf die Ergebnisse einer externen Studie will der Bundesrat *mittels elektronischer Hilfsmittel Opfer von häuslicher Gewalt* besser schützen. Anlässlich seiner Sitzung vom 3. Dezember 2021 hat er einen entsprechenden Bericht verabschiedet. Gemäss Bundesrat würden elektronische Hilfsmittel bei richtiger Einsetzung dem Opfer mehr Sicherheit bieten und die Lebensqualität erhöhen können. Die Studie beziehe sich insbesondere auf Erfahrungen in Spanien. Sie zeige, dass eine aktive Überwachung der gewaltausübenden Person, kombiniert mit einem Notfallknopf und einem Tracker für das Opfer, zu einem effektiveren Schutz des Opfers beitragen könne. Weiter würden solche Massnahmen Wiederholungstaten verhindern und eine Verbesserung der Lebensqualität der Opfer erzielen können. Darüber hinaus teilt der Bundesrat auch die Empfehlung der externen Studie, wonach die Schweiz im Bereich der technischen Hilfsmittel für den Opferschutz ihr Wissen vertiefen und Erfahrungen sammeln muss. Infolgedessen begrüsst der Bundesrat die in den Kantonen geplanten Pilotprojekte, anlässlich welcher dem Opfer auf dessen Wunsch hin ein Notfallknopf zur Verfügung gestellt wird. Am Beispiel Spanien zeige sich, dass die Massnahmen wirksamer sind, wenn sie dem Einzelfall angepasst und mit Begleitmassnahmen verbunden seien. Der Bundesrat hält deshalb in seinem Bericht fest, dass der Einsatz von Technik immer Teil einer Gesamtstrategie sein müsse. Er ermutigt die Kantone, ihre Arbeiten und Bemühungen fortzusetzen. In diesem Zusammenhang gibt er die Empfehlung ab, die Ergebnisse der externen Studie und die Schlussfolgerungen seines Berichts in die weiteren Überlegungen einzubeziehen.

Die für eine elektronische Überwachung notwendigen Rechtsgrundlagen traten mit den entsprechenden Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen auf Bundesebene am 1. Januar 2022 in Kraft. Die Umsetzung obliegt den Kantonen.

Schliesslich hat der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt, in Zusammenarbeit mit der Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) die laufenden Arbeiten zur Bekämpfung häuslicher Gewalt weiterhin zu verfolgen und ihn bis Ende 2023 über die Fortschritte dieser Arbeiten zu informieren.

Seit dem 1. April 2022 müssen alle *E-Bikes* in der Schweiz auf allen öffentlichen Verkehrsflächen auch am Tag mit Licht fahren. Dadurch soll die Sichtbarkeit und damit die Sicherheit der *E-Bike*-Fahrenden erhöht werden. Es genügt, wenn das Licht tagsüber nur vorne eingeschaltet ist, wobei das Bundesamt für Strassen ASTRA empfiehlt, immer Vorder- und Rücklicht einzuschalten. Die Lichter müssen fest am Velo angebracht sein. Diese Vorschrift ist auch erfüllt, wenn es sich um ein Anstecklicht handelt. Bei schnellen *E-Bikes* muss die Beleuchtung typengenehmigt sein. Spezielle Tagfahrleuchten sind erlaubt, aber nicht vorgeschrieben. Gebüsst werden fehlbare *E-Bike*-Fahrende mit einer Ordnungsbusse in der Höhe von CHF 20.00.

Ab dem 1. April 2024 wird die Inverkehrsetzung neuer schneller *E-Bikes* nur noch zulässig sein, wenn das Velo über einen Geschwindigkeitsmesser verfügt. Wer dann ein *E-Bike* ohne Tacho fährt, kann mit einer Ordnungsbusse von CHF 20.00 bestraft werden. Hier geht es darum, dass namentlich in Tempo 20- und Tempo 30-Zonen die Höchstgeschwindigkeiten eingehalten werden. Eine Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit wird mit einer Ordnungsbusse in der Höhe von CHF 30.00 gebüsst werden können.

In der Wintersession hat der Nationalrat das Postulat von Marco Romano (Mitte/TI), das vom Bundesrat einen *Bericht zur Bekämpfung der Mafia und mafia-ähnlichen Strukturen* verlangt, stillschweigend angenommen. Der Bundesrat wird folglich zur Erstellung eines Berichts beauftragt, in dem er die verfügbaren Instrumente zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität analysiert und eine allfällige Anpassung der Gesetzgebung prüft. Ziel ist eine verstärkte Prävention sowie eine zeitnahe Erkennung von Aktivitäten krimineller Banden.

Die *Verjährungsfrist* von dreissig Jahren für mit lebenslangen Strafen bedrohte schwerste Straftaten soll fallen. Der Ständerat hat in der Wintersession einer Standesinitiative des Kantons St. Gallen im zweiten Anlauf mit 21 zu 20 Stimmen Folge gegeben, nachdem der Nationalrat zuvor ebenfalls sehr knapp zugestimmt hatte. Der Kanton St. Gallen begründete den Vorstoss damit, dass infolge der Entwicklung von DNA-Analysen technische Möglichkeiten bestehen würden, mit welchen auch lange Zeit nach der Straftat noch Beweise hervorgebracht werden könnten.

Weiter haben die eidgenössischen Räte in der Schlussabstimmung vom 17. Dezember 2021 der *Änderung des DNA-Profil-Gesetzes* zugestimmt. So sollen aus DNA-Spuren eines mutmasslichen Täters neben dem Geschlecht weitere äusserlich sichtbare Merkmale einer Person wie beispielsweise Haar- und Augenfarbe untersucht werden können. Diese sog. Phänotypisierungsmethode wird jedoch nur bei bestimmten Delikten zur Anwendung gelangen.

Der Bundesrat hat in seiner Sitzung vom 10. Dezember 2021 Beschlüsse gefasst, um den *Kampf gegen Doping im Sport* zu verstärken. Er hat das VBS beauftragt, die Strafbarkeit des Selbstdopings im Wettkampfsport im Rahmen des Sportförderungsgesetzes vertieft zu prüfen und bis Ende 2023 einen Antrag über das weitere Vorgehen auszuarbeiten. Der Beschluss geht auf den Postulationsbericht «Strafbarkeit des Selbstdopings im Sport» zurück, den der Bundesrat gutgeheissen hat. Weiter wird der Bundesbeitrag für die Stiftung Antidoping erhöht.

In der Frühjahrssession hat der Ständerat entschieden, vom Bundesrat einen Bericht darüber zu verlangen, wie oft *aussergewöhnliche Todesfälle* wie Unfälle, Suizide oder Tötungsdelikte übersehen werden. Er hat ein entsprechendes Postulat überwiesen – mit 35 zu 3 Stimmen bei 2 Enthaltungen. Eine Studie in Deutschland hat unlängst festgestellt, dass eine erschreckend hohe Zahl von aussergewöhnlichen Todesfällen nicht erkannt wird. Auch in der Schweiz vermuten Rechtsmediziner, dass die Dunkelziffer von nicht natürlichen Todesfällen relativ hoch sein könnte. Der Ständerat möchte diese Frage nun untersuchen lassen.

Der Ständerat ist in der Frühjahrssession zum Schluss gekommen, dass Staatsanwaltschaften Kriminelle auch künftig nicht mittels eines Strafbefehls des Landes verweisen können sollen. Eine Motion der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (SPK-N) wurde durch die kleine Kammer in diesem Punkt abgelehnt. Einverstanden war der Ständerat jedoch damit, dass der Bundesrat den Katalog der Straftaten, die automatisch einen Landesverweis nach sich ziehen, anpassen muss. Dadurch sollen geringfügige Verstösse wie Diebstahl von der obligatorischen Landesverweisung ausgenommen werden, vor allem wenn sie von jungen Ausländern begangen wurden, die in der Schweiz aufgewachsen sind.

Sodann sind sich die Räte im Zusammenhang mit der Revision der Strafprozessordnung (StPO) weiterhin nicht einig, *ob beschuldigte Personen an Einvernahmen anderer beschuldigter Personen teilnehmen dürfen*. Nach geltendem Recht dürfen sämtliche Parteien im Verfahren bei allen Beweiserhebungen dabei sein. Sowohl der Bundesrat als auch der Ständerat möchten das Teilnahmerecht von beschuldigten Personen an Einvernahmen einschränken, beispielsweise von Zeugen oder Personen, die im selben Verfahren beschuldigt sind. Demgegenüber will der Nationalrat zwecks Garantie eines fairen Verfahrens bei der heutigen Regelung bleiben. Das Konzept der restaurativen Gerechtigkeit hat der Nationalrat aus der Vorlage gestrichen. Er überwies jedoch eine Motion für eine separate Vorlage.

Neu soll *Arbeitsausbeutung* ein Straftatbestand werden. Ein entsprechender Vorstoss von Marianne Streiff-Feller (EVP/BE) wurde in der Frühjahrsession im Nationalrat mit 101 zu 80 Stimmen bei 8 Enthaltungen gutgeheissen. Nun wird der Ständerat darüber befinden.

Seit dem 1. März 2022 gelten für den *illegalen Handel mit international geschützten Tier- und Pflanzenarten* verschärfte strafrechtliche Sanktionen. Neu gelten schwere Fälle von illegalem Handel als Verbrechen und können mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren bestraft werden. Als schwere Fälle gelten insbesondere der illegale gewerbs- und/oder bandenmässige Handel mit international geschützten Tier- und Pflanzenarten. Auch liegt ein schwerer Fall vor, wenn der illegale Handel eine grosse Anzahl geschützter Exemplare betrifft. Weiter werden sog. einfache Widerhandlungen gegen das Bundesgesetz über den Verkehr mit freilebenden Tieren und Pflanzen geschützter Arten (BGCITES) härter bestraft. So ist der Grundtatbestand neu als Vergehen ausgestaltet, das mit einer Geldstrafe oder mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr bestraft werden kann. Zudem besteht neu eine Informationspflicht für Personen, die geschützte Tiere und Pflanzen legal öffentlich anbieten. Diese dürfen nicht mehr anonym bleiben und müssen Informationen zu den angebotenen Exemplaren angeben. Darüber hinaus besteht neu ein Einfuhrverbot für Tier- und Pflanzenarten, die durch die Gesetzgebung eines anderen Landes streng geschützt sind, vom internationalen Handel betroffen und nachweislich stark gefährdet sind. Schliesslich müssen Züchterinnen und Züchter die legale Herkunft der Pflanzen oder Elterntiere nachweisen sowie den gesamten Bestand dokumentieren, wenn sie damit handeln.

Strafzumessung aus Sicht der Staatsanwaltschaft

Gabriela Mutti

Staatsanwältin bei der Generalstaatsanwaltschaft

I. Einleitung

Im Rahmen der Weiterbildungsveranstaltung vom 13. Mai 2022 ging es darum, die Strafzumessung aus Sicht der jeweiligen Funktion, welche die Referentinnen und Referenten innehaben, zu beleuchten: Strafzumessung aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, aus Verteidigersicht, aus Sicht des urteilenden Obergerichts und aus Sicht des Bundesgerichts. Ich als Staatsanwältin habe die «Glaskugel der Strafzumessung» aus meiner funktionsbezogenen Optik betrachtet und den Zuhörerinnen und Zuhörern die Schwerpunkte der Strafzumessung aus staatsanwaltschaftlicher Sicht dargelegt.¹

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

2 ANDREAS J. KELLER, in: DONATSCH/LIEBER/SUMMERS/WOHLERS (Hrsg.), Zürcher Kommentar StPO, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 16 N 2.

Der Ausgangspunkt ist Art. 16 Abs. 1 StPO. Demnach ist die Staatsanwaltschaft für die gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs verantwortlich. Sie hat den Einzelfall in eine Reihe gleich gelagerter oder ähnlicher Fälle einzuordnen und darauf hinzuwirken, dass überall Vergleichbares vergleichbar behandelt wird.² Die Strafzumessung ist aber keine exakte Wissenschaft, darum liegt die angemessene Strafe jeweils in einer gewissen Bandbreite. Die Staatsanwaltschaft beantragt tendenziell eine Strafe im oberen Bereich dieser Bandbreite.

Anhand zweier Fälle möchte ich Ihnen nun aufzeigen, wie das aussehen kann.

II. Konkret schwerstes Delikt wiegt schwerer als abstrakt schwerstes Delikt – wie ist zu asperieren?

3 Urteil des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau vom 15.01.2015 (PEN 14 185)

4 Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 15.12.2015 (SK 15 142).

Der Beschuldigte wurde erstinstanzlich wegen falscher Anschuldigung, gewerbsmässigen Betrugs und weiterer Delikte (hier nicht relevant) schuldig erklärt. Er wurde von der Vorinstanz zu einer Freiheitsstrafe von 6¾ Jahren verurteilt.³ Die 2. Strafkammer bestätigte die Schuldsprüche. Der Beschuldigte wurde aber nur zu einer Freiheitsstrafe von 4½ Jahren verurteilt.⁴ Es war unbestritten, dass die Freiheitsstrafe die einzige zweckmässige Sanktion war.

Als ich das oberinstanzliche Dispositiv bekam, fragte ich mich, wo und warum bei der Strafe 2¼ Jahre verloren gegangen sind. Ca. 1 Jahr ging verloren, weil die Vorstrafen viel weniger gewichtet wurden und noch durch kleinere andere Gewichtungen bei den anderen Delikten. Das interessiert uns hier aber nicht und damit hätte ich auch leben können. Der Rest, etwas mehr als 1 Jahr, ging verloren, weil die 2. Strafkammer daran festhielt, dass immer vom abstrakt schwersten Delikt auszugehen ist und praxisgemäss mit ⅔ asperiert wird. Und diesen Punkt möchte ich mit Ihnen ansehen:

Die falsche Anschuldigung wurde nämlich nur mit 70 Strafeinheiten bestraft. Für den gewerbsmässigen Betrug sah die 2. Strafkammer eine

Strafe von 42 Monaten als angemessen an. Praxisgemäss asperiert mit $\frac{2}{3}$ kamen aber nur noch 28 Monate dazu. D.h. der Beschuldigte bekam, weil er neben dem gewerbsmässigen Betrug noch eine falsche Anschuldigung beging, gut 1 Jahr weniger Strafe, als wenn er nur den gewerbsmässigen Betrug alleine begangen hätte. Meiner Ansicht nach darf das nicht sein, dass ein Beschuldigter durch die praxismässige Asperation massiv begünstigt wird.

Das hat auch das Bundesgericht grundsätzlich anerkannt und ausgeführt, dass das nicht sein könne, da ansonsten der Täter aufgrund der mehrfachen Tatbegehung eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Strafminde- rung erfahren würde.⁵ Wie man aber vorzugehen hat, damit das nicht passiert, bzw. wie in diesen Fällen zu asperieren ist, hat das Bundesge- richt bis anhin offen gelassen.

5 BGE 6B_829/2014 vom 30.06.2016 E. 2.4.5.

Hans Mathys gibt uns in seinem Leitfaden zur Strafzumessung eine Anleitung wie gerechnet werden darf. Er führt aus: Ist die Einsatzstrafe wesentlich geringer als die zweite Strafe, muss ein Grossteil der Erhö- hungsstrafe angerechnet werden. Es lasse sich entsprechend der Strafhöhe hypothetisch (und systemwidrig) auch umgekehrt rechnen, indem von der höheren Strafe ausgegangen werde und diese Strafe um die Hälfte der geringeren Strafe erhöht werde.⁶

6 HANS MATHYS, Leitfaden Strafzu- messung, 2. Auflage, Basel 2019, S. 655 f., Rn 507 f.

D.h. für unseren Fall: Ausgangspunkt ist die Strafe des gewerbsmäs- sigen Betrugs mit 42 Monaten (1260 Strafeinheiten). Dazu kommt die Hälfte der Strafe der falschen Anschuldigung, plus 35 Strafeinheiten. Dies ergibt 1295 Strafeinheiten, abgerundet eine Freiheitsstrafe von 43 Monaten. Davon sind die 70 Strafeinheiten, welche auf die falsche Anschuldigung entfallen, abzuziehen. So verbleiben für den gewerbsmässigen Betrug 1225 Strafeinheiten, abgerundet 40 Monate. Damit wird die Erhöhungs- strafe weitgehend angerechnet, nämlich um Umfang von rund 95%. So hat es auch die 2. Strafkammer im zweiten Umgang gemacht.⁷

7 Urteil der 2. Strafkammer des Oberge- richts des Kantons Bern vom 06.11.2017 (SK 17 245).

Ich sehe es ab und zu in Plädoyers oder Urteilen, dass einfach strikt mit $\frac{2}{3}$ asperiert wird. Meistens wirkt es sich nicht in einem solchen Um- fang aus wie bei dem Beschuldigten. In den meisten anderen Fällen, die ich bisher gesehen habe, war es in der Grössenordnung von 4 bis 8 Mona- ten. Aber meiner Meinung nach ist auch ein solcher Bonus bereits zu viel, denn damit belohnt man die Unverfrorenheit der beschuldigten Person und das darf nicht sein. Ich hoffe, Sie haben in Zukunft auch ein Auge darauf und asperieren nicht einfach blind mit $\frac{2}{3}$, wenn die Einsatzstrafe wesentlich geringer ist als die zweite Strafe oder Sie machen einmal die Neunerprobe und rechnen zuerst wie immer und dann einmal (system- widrig) umgekehrt. So sehen Sie, ob Sie den Rabatt noch als angemessen erachten oder nicht.

III. Tatkomplexe zusammennemen oder jedes Delikt einzeln bewerten?

Die zweite Problematik, die ich mit Ihnen heute kurz beleuchten möchte, ist die Frage wie vorzugehen ist, wenn viele gleiche bzw. gleichartige Vorfälle zu beurteilen sind. Gerade bei Sexualdelikten kommt es oft zu

zahlreichen gleichen bzw. ähnlichen Vorfällen. Es stellt sich dann jeweils Frage, mache ich für alle Vorfälle eine Strafe, bilde ich Tatgruppen oder nehme ich die Vorfälle, soweit das möglich ist, auseinander.

In diesem Fall war der Beschuldigte zum Tatzeitpunkt 44-jährig und die Privatklägerin 15-jährig. Sie waren Nachbarn. Sie war in ihn verliebt und er nutzte diese Verliebtheit aus. Sie hatten eine Affäre und es kam zu diversen sexuellen Handlungen.

Die Vorrichterin bildete aus den 7 Treffen zwei Tatgruppen: einerseits für die Vorwürfe des Beischlafs und der beischlafsähnlichen Handlungen (15 Monaten) und andererseits für die manuelle Befriedigung, die Berührungen und die Zungenküsse (5 Monate / + 3 Monate). Sie kam so auf eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten. Die Begründung für die Tatgruppen war, dass zwischen den verschiedenen sexuellen Handlungen ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang bestehe, sie derselben Motivation entsprungen seien und ein ähnliches Verhaltensmuster zeigten.⁸

8 Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 08.05.2019 (PEN 2018 909).

Es bestand zwar – wie die Vorrichterin zutreffend ausführte – ein enger sachlicher und zeitlicher Zusammenhang, aber die einzelnen Vorfälle waren unterschiedlich schwer und voneinander unabhängig begangen worden. Es lag gerade nicht eine einzige Tathandlung vor. Es kam sieben Mal zu einem Treffen zwischen dem Beschuldigten und der Privatklägerin und bei jedem Treffen kam es zu unterschiedlichen sexuellen Handlungen. Es lagen damit sieben klar umgrenzte Vorfälle vor, womit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für jeden Vorfall eine Strafe festzulegen ist. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürfen nämlich grundsätzlich keine Tatbestandsgruppen gebildet werden, ausser die Taten lassen sich nicht mehr sinnvoll auftrennen oder eine Auftrennung ist unmöglich.⁹

9 Vgl. z.B. BGE 144 IV 217, Urteile des Bundesgerichts 6B_681/2013 vom 26.05.2014, 6B_1011/2014 vom 16.03.2015, 6B_241/2018 vom 04.10.2018 oder 6B_432/2020 vom 30.09.2021.

Damit war für jedes der 7 Treffen eine Einzelstrafe festzulegen und dann die Frage zu klären ob gleichartige Strafen vorliegen und wie zu asperieren ist.

Die 2. Strafkammer ging von einer Einsatzstrafe von 14 Monaten für den schwersten Vorfall aus, bei dem es zu zweimaligem Geschlechtsverkehr ohne Kondom und Leeren von Champagner in die Vagina kam. Dazu kamen dreimal 10 Monate bzw. dreimal plus 5 Monate für zwei Treffen, bei denen es je einmal zu Geschlechtsverkehr kam sowie ein Treffen mit Einführen des Penis und manueller Befriedigung; 8 Monate bzw. plus 4 Monate für ein Treffen, bei dem es zu oraler Befriedigung und Zungenküssen kam; 70 Strafeinheiten für ein Treffen mit Ausziehen, Zungenküssen und Berührungen am ganzen Körper und schliesslich noch 20 Strafeinheiten für ein Treffen mit Berührungen am Oberschenkel, zu sich ziehen, wobei das Glied spürbar erregt war.¹⁰

10 Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 15.05.2020 (SK 19 276).

Durch die Einzelbeurteilung kam die 2. Strafkammer auf eine viel höhere Strafe. Die 2. Strafkammer machte alsdann noch, anders als die Vorrichterin, wegen des Zeitablaufs und dem Wohlverhalten des Beschuldigten einen Abzug von rund $\frac{1}{3}$ und kam immer noch auf eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten und eine Geldstrafe von 60 Tagessätzen.

Hätte man nicht einzeln gerechnet, sondern so wie die Vorrichterin, hätte man wegen Art. 48 lit. e StGB von der 18-monatigen Freiheitsstrafe noch rund 6 Monate abziehen müssen und es wäre noch eine Freiheitsstrafe von rund 12 Monaten verblieben.

Ich hatte damals eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten beantragt. Aber die 2. Strafkammer hat streng der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folgend für die zwei letzten Vorfälle eine Geldstrafe ausgefällt und festgehalten, die Ausfällung einer Einheitsstrafe im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller zu beurteilenden Delikte sei nicht zulässig. Es dürfe nicht mehr mit dem sachlich, zeitlich und örtlich engen Zusammenhang argumentiert werden. Ich gebe zu, das entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und war bzw. ist wohl richtig.

Aber das scheint nicht in Stein gemeisselt. Die 1. Strafkammer hat ein Jahr später in einem Fall mit sexuellen Handlungen mit einer Abhängigen festgehalten, dass für die Ausnützung der Notlage zum Nachteil der Privatklägerin einzig eine Freiheitsstrafe zweckmässig sei. Der Beschuldigte habe von November 2013 bis März 2014 dasselbe Abhängigkeitsverhältnis ausgenutzt. Die Straftaten, es waren auch hier klar umgrenzte Fälle (einmal Geschlechtsverkehr, zweimal Oralverkehr und 10 Fälle von Küssen und Berührungen an den Brüsten und im Intimbereich), seien zeitlich und sachlich derart eng miteinander verknüpft und eine Geldstrafe sei deshalb nicht geeignet, präventiv auf den Beschuldigten einzuwirken.¹¹

11 Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 02.02.2021 (SK 20 118).

Da besteht beim Obergericht offensichtlich ein gewisser Spielraum. Wer also lieber eine Gesamtfreiheitsstrafe beantragt, kann das auch weiterhin versuchen, weil die Fälle sind sich doch sehr ähnlich: In beiden Fällen lagen die Tatzeitpunkte schon einige Zeit zurück, beide Beschuldigten waren nicht vorbestraft und hatten sich seither wohlverhalten. Beide hatten sie Arbeit und Familie. Beide waren sie deutlich älter als das Opfer und haben die sexuellen Handlungen innert 7 bzw. 5 Monaten vorgenommen. Auch beim ersten Fall könnte man ja genau gleich argumentieren und sagen, der Beschuldigte habe jedes Mal dieselbe Verliebtheit und Unreife ausgenutzt. Man muss sich einfach bewusst sein, dass man damit über die Hintertüre den zeitlichen und sachlichen Zusammenhang wiedereinführt und ich zweifle etwas daran, dass einzig der Zusatz «und deshalb ist eine Geldstrafe nicht geeignet, präventiv auf den Beschuldigten einzuwirken», genügt, um den Entscheid bundesrechtskonform zu machen, wenn sonst alle Punkte gleich sind.

Sicher ist aber, dass soweit möglich Einzelstrafen festzulegen sind und dann ist – soweit es gleichartige Strafen sind – angemessen zu asperieren. Sie haben aber bei dieser Vorgehensweise bei einer grossen Anzahl von sexuellen Handlungen ab einem bestimmten Zeitpunkt das Problem, dass durch das Asperieren der Einzelstrafen eine zu hohe, nicht mehr schuldangemessene Strafe herauskommt. Ich sehe dann oft, dass für die einzelnen sexuellen Handlungen Einzelstrafen von ein paar wenigen Monaten festgelegt werden und dann noch asperiert wird. Ich finde das falsch. Denn diesem Umstand dürfen Sie nicht im Rahmen des Tatverschuldens Rechnung tragen. Art. 47 StGB sieht nämlich kein entsprechendes Strafzumessungskriterium vor. Eine hohe Anzahl gleichgelagerter Delikte ist bei der Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 StGB bzw. bei der Höhe des Asperationsfaktors zu berücksichtigen. Das Gesetz räumt uns hier ein weites Ermessen ein, was unter angemessener Erhöhung zu verstehen ist. Namentlich darf das Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihr Zusammenhang, ihre grössere oder geringere Selbständigkeit sowie die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehensweisen

- 12 BGE 144 IV 217 E. 3.5.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.4.
- 13 Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 06.03.2020 (SK 19 57).

berücksichtigt werden. Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts wird dabei geringer zu veranschlagen sein, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen.¹² Ist daher eine ausserordentlich hohe Anzahl von gleichgelagerten Taten zur Einsatzstrafe zu asperieren, kann es gerechtfertigt sein, auch einen Asperationsfaktor im niedrigen bis einstelligen Prozentbereich zu wählen.¹³

IV. Ausgewählte Tatbestände aus den VBRS-Richtlinien

4.1 Vorbemerkung

Das bringt mich zu den ausgewählten Tatbeständen aus den VBRS-Richtlinien. Ich habe hier drei Tatbestände herausgesucht, die mir in den letzten Jahren ein paar Mal im Zusammenhang mit «unserem Credo» aufgefallen sind, dass wir, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Strafen im oberen Bereich der Bandbreite beantragen. Bei diesen drei Tatbeständen sind in meinen Augen die VBRS-Richtlinien eher tief.

4.2 Einfache Körperverletzung mit gefährlichem Gegenstand

Das gilt einmal für die einfache Körperverletzung mit gefährlichem Gegenstand. Sie kennen alle den Referenzsachverhalt. Die VBRS-Richtlinien sehen 120 Strafeinheiten vor für einen Beschuldigten, der bei einem verbalen Streit die Beherrschung verliert und dem Opfer ein Bierglas gegen den Kopf wirft. Das Opfer erleidet leichte Verletzungen.

Demgegenüber hatte ich einen Fall mit einem Flaschenwurf: der Beschuldigte behändigte nach einer tätlichen Auseinandersetzung mit dem Privatkläger eine zerbrochene Glasflasche und warf diese aus einer Distanz von ca. drei bis vier Metern an dessen Hinterkopf, wodurch dieser eine klaffende und blutende Wunde erlitt. Der Beschuldigte nahm gemäss allen Instanzen in Kauf, den Privatkläger schwer zu verletzen. Er wurde wegen versuchter schwerer Körperverletzung schuldig erklärt und zu einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten verurteilt.¹⁴ Der Fall ist in meinen Augen praktisch gleich gelagert wie der aus den VBRS-Richtlinien. Einfach die Strafen liegen weit auseinander, worauf ich gleich zurückkomme. Ich möchte Ihnen aber zuerst noch einen anderen Fall zeigen.

Ich hatte nämlich zwei Jahre später den Bierglasfall: dort trat der Beschuldigte dem telefonierenden Privatkläger unvermittelt ins linke Bein, wodurch dieser in die Knie sank. Danach schlug er ihm von seitwärts hinten ein Bierglas auf den Hinterkopf. Der Privatkläger erlitt eine Rissquetschwunde am Hinterkopf, eine Prellung und eine oberflächliche Schnittverletzung am Hals linksseitig und eine Schnittverletzung hinter dem rechten Ohrfläppchen. Ich plädierte auch in dem Fall auf eine versuchte schwere Körperverletzung. Die 2. Strafkammer sah es dieses Mal anders und verurteilte den Beschuldigten wegen einfacher Körperverletzung mit gefährlichem Gegenstand. Sie erhöhte aber immerhin die Strafe. Die Vorinstanz kam noch auf 120 Strafeinheiten, die 2. Strafkammer kam dann auf 185 Strafeinheiten.¹⁵

- 14 Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 18.06.2018 (SK 18 22).

- 15 Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 12.08.2020 (SK 19 472).

Man könnte diese Liste fast beliebig verlängern und mich stört dabei auch nicht grundsätzlich, dass jede Staatsanwältin / jeder Staatsanwalt und jede Richterin / jeder Richter es bei der rechtlichen Würdigung ein bisschen anders sieht und (etwas salopp gesagt) die Münze einmal auf die Seite versuchte schwere Körperverletzung und einmal auf die Seite einfache Körperverletzung mit gefährlichem Gegenstand fällt. Aber störend finde ich, dass die Strafen dermassen auseinandergehen für Fälle, die alle an der «gleichen Grenzlinie» verlaufen. Die in den VBRS-Richtlinien festgehaltenen 120 Strafeinheiten sind in vielen Fällen der untere Rahmen und sicher nicht die obere Bandbreite, die wir von der Staatsanwaltschaft anstreben.

4.3 Raufhandel

Das Gleiche gilt in meinen Augen für den Raufhandel. Auch hier kennen Sie den Referenzsachverhalt. Die VBRS-Richtlinien sehen 30 Strafeinheiten vor für eine gegenseitige Schlägerei mit 3–4 Teilnehmern ohne Waffen oder gefährliche Gegenstände, wobei der Beschuldigte die Schlägerei nicht auslöste, sich nicht auffallend gross beteiligte, und es nur wenige und nur leichte Verletzungen gab.

In meinem Fall waren in Abweichung vom Referenzsachverhalt 7 Personen beteiligt und es wurden 2 Holzstöcke eingesetzt, einer durch den Beschuldigten. Es kam in zwei Fällen zu nicht mehr leichten Verletzungen (tiefe Rissquetschwunde an Stirn rechts über Auge und Rissquetschwunde am Kopf). Die Vorinstanz hat ausgehend vom Referenzsachverhalt die 30 Strafeinheiten um 50% auf 45 Strafeinheiten erhöht. Die 2. Strafkammer fand das viel zu tief und ging von 120 Strafeinheiten aus.¹⁶

Die vorgesehenen 30 Strafeinheiten sind in aller Regel am unteren Rahmen und vor allem ist daran zu denken, dass bei Abweichungen die Referenzstrafe nicht nur um 50% zu erhöhen ist, sondern schnell einmal zu verdreifachen / zu vervierfachen ist, weil sonst die ausgefallten Strafen zu tief sind.

4.4 Angriff

Das gilt auch für den Angriff. Hier sehen die VBRS-Richtlinien 90 Strafeinheiten vor für einen nächtlichen Überfall ohne Einsatz von gefährlichen Gegenständen und / oder Waffen von bis zu drei Tätern auf zwei vom Ausgang heimkehrende Personen mit dem Ziel, einfach dreinzuschlagen. Die eine Person erleidet eine einfache Körperverletzung, die andere nur Tötlichkeiten.

Ich hatte, so finde ich, den gleichen Sachverhalt: der Beschuldigte beteiligte sich mit D. daran, B. und T. zusammenzuschlagen. Er schlug spontan mit den Fäusten auf die Beiden ein. Er handelte direktvorsätzlich und aus nichtigem Grund. B. erlitt eine Rissquetschwunde an der Oberlippe, eine Lockerung der Schneidezähne sowie Hämatome und Schürfungen, während sich T. einen Bluterguss am rechten Auge sowie Prellungen an Handgelenk und Oberschenkel zuzog.

Die Vorinstanz fand das auch und gab dafür 90 Strafeinheiten. Die 1. Strafkammer erachtete demgegenüber eine Strafe von 6 Monaten als angemessen.¹⁷ Also auch bei dem Tatbestand erachte ich die Strafe in den VBRS-Richtlinien in aller Regel nicht als die obere Bandbreite, die wir von der Staatsanwaltschaft anstreben.

16 Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 03.06.2020 (SK 2020 300+301).

17 Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 02.03.2015 (SK 14 201 + 204).

V. Schlussbemerkung

Ich habe heute immer wieder erwähnt, dass wir Staatsanwältinnen und Staatsanwälte Strafen im oberen Bereich der Bandbreite beantragen sollen. Die Mehrfacherwähnung dieses «Credos» hat ihren Grund einerseits darin, dass ich es «rollenadäquat» finde, und andererseits in einem Ende letzten Jahres ergangenen Bundesgerichtsentscheid. Das Bundesgericht hat uns dort die Legitimation zu einer Anschlussberufung aberkannt. Begründet wurde es damit, dass unsere Anträge über diejenigen des Regionalen Staatsanwalts hinausgingen, obwohl die erste Instanz diesen vollumfänglich gefolgt sei. Die Anschlussberufung dürfe nicht einzig zum Ziel haben, Druck auf den Beschuldigten auszuüben. Das widerspreche Treu und Glauben. Die Generalstaatsanwaltschaft dürfe deshalb vor zweiter Instanz keine höhere Strafe verlangen, wenn vor erster Instanz den Anträgen der Staatsanwaltschaft entsprochen worden sei. Das Bundesgericht liess insofern einen Spielraum offen, als dass es dennoch unter Umständen möglich sein soll, vor zweiter Instanz mehr zu beantragen. Und zwar, wenn dies entsprechend begründet werde und neue Umstände vorliegen.¹⁸

18 BGE 6B_1498/2020 vom 29.11.2021.

Ich habe das jetzt in einem Fall versucht. Die Regionale Staatsanwältin hatte eine Freiheitsstrafe von 8 Jahren beantragt und genau das hat der Beschuldigte auch bekommen. Sie selbst hat mir eine Anschlussberufung empfohlen, weil sie bei der Durchsicht des Motivs der Meinung war, die Strafe hätte höher ausfallen müssen. Ich habe die Anschlussberufung noch vor diesem Bundesgerichtsentscheid gemacht und musste sie nach diesem Entscheid begründen. Ich habe geltend gemacht, dass bei der Asperation Fehler passiert seien und auch die Einsatzstrafen für die zwei Vergewaltigungen zu tief seien. Nova lagen indessen keine vor. Der Verteidiger erwiderte, Fehleinschätzungen der Regionalen Staatsanwaltschaft und/oder der Vorinstanz könne das Bundesgericht nicht gemeint haben. Dies legitimiere die Generalstaatsanwaltschaft nicht zur Anschlussberufung. Der Beschluss der 1. Strafkammer wurde mir nun am 17. Mai 2022 zugestellt. Die 1. Strafkammer trat – infolge Vorliegens von sachlichen Gründen – auf die Anschlussberufung der Generalstaatsanwaltschaft ein.¹⁹ Demgegenüber hat «La 2^{ème} Chambre pénale, Section francophone» in ihrem Urteil vom 13. April 2022 der Generalstaatsanwaltschaft die Legitimation zu einer Anschlussberufung mangels Nova abgesprochen.²⁰

19 Beschluss der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. Mai 2022 (SK 21 393).

20 Urteil der 2. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. April 2022 (SK 21 449).

Ich bin Ihnen deshalb dankbar, wenn Sie Strafen in der oberen, verschuldensangemessenen Bandbreite beantragen. Sie lassen damit der Generalstaatsanwaltschaft die Möglichkeit einer Anschlussberufung sicher offen.

Damit bin ich am Ende meines Referats und ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

Was bleibt am Ende des Tages?

Thomas Hiltbold

Gerichtspräsident am Regionalgericht Oberland

Diese Mutter aller Fragen stellt sich eigentlich am Ende eines jeden Tages. Nur, wer stellt sie sich schon täglich? Wer will sich immer wieder selbst in Frage stellen? Gründe gibt es ja viele, sich nicht allzu eindringlich und häufig zu hinterfragen. Am Ende der beruflichen Tätigkeit klopft sie dann aber definitiv an die Türe. So nun auch bei mir nach 33-jährigem Wirken in der ersten Gerichtsinstanz des Kantons Bern. Davon zuerst 2 Jahre im Schloss Wangen als Gerichtsschreiber und Untersuchungsrichter, dann 31 Jahre als Strafrichter, Untersuchungsrichter, Zivilrichter und seit 25 Jahren zusätzlich als Geschäftsleiter am Regionalgericht Oberland bzw. früher am Gerichtskreis X Thun bzw. Richteramt Thun.

Dieses von mir mit 62½ Jahren selbst bestimmte Berufsende wird mich in 14 Tagen Ende Mai nunmehr unausweichlich ereilen. Wie wird es mich treffen – ich kann es erst erahnen. Das Grundgefühl ist jedenfalls positiv. Ich verspüre so etwas wie freudvolle Aufbruchstimmung und gleichzeitig ein einsetzendes Gefühl der Entlastung und Entspannung. Ende Mai wird mein digitaler Account, meine Justice.be.ch-Identität, und alle meine x-Tausend Mails, sorgfältig in einem selbst für mich nicht mehr durchdringbaren Dschungel von Ober-, Unter- und Zwischenordnern abgelegt, gelöscht werden. Einfach so – vermutlich mit einer einzigen Tastenkombination! Den Schlüssel mit integriertem Badge samt Kopierknopf werde ich physisch beim Empfang abgeben. Unwillkürlich stellt sich dabei bei mir die bekannte Filmszene in meinem Geist ein, bei der der Haftentlassene nach der Rückgabe seiner Kleider und Bettwäsche in einer Schachtel seine wenigen Habseligkeiten, die er beim Strafantritt abgeben musste, zurückerhält.

Natürlich hinkt der Vergleich bei näherer Betrachtung: Ich hätte immer und jederzeit gehen können und die Schachtel, die ich jetzt mitnehme, war am ersten Tag, als ich kam, noch leer. Diese eine Schachtel will ich mir nun selbst zusammenstellen und ja, es soll und darf nur eine sein. Handverlesene Karten, Notizzettel – mitunter vergilbt bis unleserlich, Mails, Fotos, persönliche Gedanken in Form von Reden aller Art, Zeitungsartikel und viel sonstiges Geschreibe. Diese Papiere lagern unsortiert in einer bauchigen Hängemappe, die so prall angewachsen ist, dass sich die Schublade nicht mehr ganz schliessen lässt. Das sind meine gesammelten Schätze der letzten 33 Jahre. Meine persönlichen Meilensteine – nicht zu vergleichen mit denjenigen aus dem folgsam besuchten Projektmanagement-Kurs I. Mit meinen Weiterbildungsunterlagen, meinen Mustern, meinen Tausenden Seiten von Fachartikeln, Urteilsbesprechungen und Kommentarstellen werde ich ungnädig verfahren. Sie sind – unter uns gesagt – jetzt schon Geschichte. Sie verlassen mich in Bälde im Datarec-Container und werden ihren letzten Dienst im besten Fall in Form von Fernwärme an Dritte leisten. Immerhin!

Je regrette rien! Keine Sekunde bereue ich es, zeitlebens in der ersten Instanz tätig gewesen zu sein. Da entstehen die Fälle erst und – besonders im Zivilrecht – entwickeln sich genau so oder eben auch ganz anders. Sie haben noch Leben in sich und pulsieren spürbar in den Händen

der Prozessleitung. Sie lassen sich noch formen, gestalten und im günstigsten Fall einer konsensualen Lösung zuführen. Manchmal – davon wurde auch ich nicht verschont – können sie einem mit mehr oder weniger eigenem Verschulden in den Händen zerbrechen. Und wehe, es hat sich von allem Anfang an ein Wurm in den Fall hineingefressen. Den wird man meistens – so klischeehaft es tönt – kaum mehr los. In den letzten 33 Jahren ist mir einiges gelungen und geglückt – bei weitem nicht nur aus eigenem Verdienst. Man muss kaum sichtbar ausgestreckte Hände erkennen können und zusammenführen, Brücken errichten, wo noch Aussicht auf eine tragfähige Verbindung besteht, und gegen das Zufügen neuer Verletzungen und das Aufreissen von behutsam aufgefüllten Gräben rechtzeitig einschreiten.

In der Gerichtsverhandlung sind die Rollen nach Prozessrecht verteilt und bestimmt. Jeden Fall erlebe ich wie ein noch ungeschriebenes Theaterstück aus dem realen Leben. Manchmal ist nicht einmal das Genre bekannt: Realsatire, Komödie, Tragödie, Trauerspiel, Improvisation, Politposse, episches Melodrama oder öfters eine Mischung von allem. Bloss Märchen und Opern wurden bei mir nie aufgeführt. In dieser offenen Ausgangslage zeigt sich die herausfordernde Einzigartigkeit des Berufs des Richtens und Vermittelns. Offen bleiben für Überraschendes, Unvorbereitetes und gleichzeitig das Verdichten und Zusammenführen des Prozess- und Beweisthemas voranbringen. Dabei gilt es achtsam zu bleiben, Fallen zu erkennen, ihnen rechtzeitig auszuweichen und gleichzeitig Chancen zur Lösungsfindung am Schopf zu packen, solange sie sich noch realisieren lassen. Was es braucht, ist ein wacher Geist, sehr gute Aktenkenntnisse, ein solides und auf das Erkennen von Zusammenhängen geschultes Fachwissen, Empathie und den Instinkt, das Richtige im richtigen Moment zu entscheiden oder vorzuschlagen. Und bei all dem sollte man den Humor nie ganz aus den Augen verlieren. Ein Wortwitz, eine überraschende Redewendung kann Schmunzeln oder gar ein spontanes Lachen bewirken. Es hilft die Verkrampfung zu lösen und kann neue Türen öffnen.

Kein Applaus für Podmanitzki! Genauso wie es Ephraim Kishon's Hauptfigur widerfuhr, die als Schauspieler nie über ein mickriges Mittelmass hinauskam, applaudiert niemand den Richterinnen und Richtern am Ende der Gerichtsverhandlung. Bei gutem Prozessverlauf gibt es schon mal einen festen Händedruck, einen langen tiefen Blick in die Augen beim Abschied, ein anerkennendes Nicken oder ein gemurmertes Dankeschön. Viel mehr an Wertschätzung gibt es selten. Im Nachgang gehen ganz selten noch Briefe oder Karten ein. In der Regel gehören sie dann eher in die Kategorie Verriss und weniger zu den Lobgesängen. Immerhin äusserte sich einmal ein Anwalt dahingehend, ich sei ihm bislang in unseren wenigen gemeinsamen Fällen kaum aufgefallen. Im vorliegenden Fall hingegen, welcher mit einem Vergleich abgeschlossen werden konnte, sei ich – es fand gerade eine WM-Fussballrunde statt – zu geradezu (fussball-) weltmeisterlicher Form aufgelaufen! Wenn ich bloss wüsste, was ich anders als sonst gemacht habe? Vielleicht oder hoffentlich gar nichts! Ein anderes Mal führte ein Bürger aus dem Amtsbezirk eine Beschwerde gegen meine Wiederwahl durch den Grossen Rat. Er rügte meine extreme leninistische-trotzkistische Grundhaltung. Der Beschwerdeführer hatte mich masslos überschätzt: Bezüglich Wladimir Iljitsch Lenin und Leo Trotzki

weise ich eine geradezu klaffende Bildungslücke auf. Das sah die Beschwerdeinstanz in ihrem Nichteintretensentscheid ebenso.

Letztendlich ist gute Justizarbeit aber kein Individualsport, sondern eine Teamangelegenheit. Einzelne Akteure mögen vielleicht etwas mehr auf- oder abfallen, die Qualität der Justizarbeit hängt aber nicht von ihnen ab. Die Fälle werden den Richterinnen und Richtern zufällig nach einer Ampelsteuerung zugewiesen. Und so ist es die Leistung der gesamten Justizeinheit, die deren Qualität insgesamt ausmacht. Dazu tragen nicht nur Richterinnen und Richter bei, sondern ebenso Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber, Sekretärinnen und Sekretäre. Gute Arbeit braucht es von A bis Z: Am Empfang, beim Verarbeiten der Post, beim Erfassen der Fälle, am Telefon, bei der Rechtsauskunft, der genauen Sachbearbeitung, beim Vorbereiten der Verhandlungen, beim Protokollieren, beim Verhandeln, bei der Urteilsfindung, beim Redigieren der Urteilsbegründungen, beim korrekten Zustellen von Entscheiden und dem ebenso präzisen und schimmelpilzsicheren Archivieren. Erst wenn all diese Rädchen sach- und zeitgerecht ineinandergreifen, entsteht qualitativ gute Justizarbeit. So gesehen verliert der Einzelne an Bedeutung, auch wenn es ihn zum Erreichen des Erfolgs benötigt wie alle andern. Diese Erkenntnis erleichtert mir das Loslassen enorm. Meine Lücke, die ich hinterlasse, wird sich so schnell schliessen, wie sie entstanden ist. Das positive Gefühl, Teil eines gut funktionierenden Justizteams gewesen zu sein, dominiert das Ende meiner Berufstage. Dafür bin ich dankbar.

Wenn John Denver, dessen Lieder ich in den 70-er Jahren zumindest unter der Dusche sang, in seinem Hit-Lied «Leaving on a Jet Plane» meint: «My bags are packed, I'm ready to go», so trifft genau das auf mich noch nicht zu. Meine Erinnerungsschachtel ist noch nicht gefüllt. Ich freue mich darauf, es bald tun zu dürfen.

Thun, 16. Mai 2022

Thomas Hiltbold

Die inter partes-Wirkung des erbrechtlichen Ungültigkeitsurteils¹

Florian Kunz

Mlaw, Anwaltspraktikant am Regionalgericht Oberland

- 1 Beim vorliegenden Text handelt es sich um einen überarbeiteten Auszug aus der Masterarbeit des Autors, welche in ihrer Gesamtheit wie folgt publiziert wurde: KUNZ FLORIAN, Die inter partes-Wirkung erbrechtlicher Herabsetzungs- und Ungültigkeitsurteile – Ursprung, Gestalt und Praxisrelevanz, Editions Weblaw 2022, ISBN 978-3-03916-123-2.
- 2 BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl., Bern 2018, Kap. 6 N 31; statt vieler vgl. zur Diskussion ausführlich SOGO MIGUEL, Gestaltungs- und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren, Diss. Zürich 2007 (= ZStV 152), S. 217, 225 u. 233, welcher die ablehnende Mindermeinung vertritt.
- 3 WOLF STEPHAN/GENNA GIAN S ANDRO, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht, 1. Teilband, Basel 2012, S. 440. u. 505; ALEXANDER MARKUS, Art. 87 N 19, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012; SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, N 555.
- 4 BREITSCHMID PETER/EITEL PAUL/FANKHAUSER ROLAND/GEISER THOMAS/JUNGO ALEXANDRA, Erbrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Kap. 3 N 19.
- 5 WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Schweizerisches Erbrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 942.
- 6 ABT DANIEL, Die Ungültigkeitsklage im schweizerischen Erbrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Zuwendungen an Vertrauenspersonen, Diss. Basel 2002, S. 7; WOLF/GENNA, a.a.O. S. 405.
- 7 ABT, Diss., S. 168.
- 8 ROLANDO FORNI/GIORGIO PIATTI, in: Geiser Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht: Zivilgesetzbuch II – Art. 457–977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 519/520 N 29; WOLF/GENNA, a.a.O., S. 431.
- 9 WOLF/GENNA, a.a.O. S. 432
- 10 ABT, Diss., S. 172.

Die Schweizer Lehre ist sich grösstenteils einig, dass Gestaltungsurteile, wie bspw. Scheidungsurteile oder Urteile über die Zusprechung von Grundeigentum, grundsätzlich gegenüber allen, d.h. *erga omnes*, wirken.² Gleich zwei Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich im Erbrecht: Sowohl das Herabsetzungs- als auch das Ungültigkeitsurteil wirken nur gegenüber den am Prozess beteiligten Parteien, d.h. *inter partes*.³ Nachfolgend werden einige der Besonderheiten bei Ungültigkeitsurteilen dargestellt, welche diese Abweichung vom Grundsatz mit sich bringt.

I. Die Ungültigkeitsklage

Das ZGB stellt verschiedene Anforderungen an die Errichtung und den Inhalt einer Verfügung von Todes wegen.⁴ Sind diese nicht erfüllt, ist die Verfügung jedoch weder per se nichtig, noch ist eine allfällige Ungültigkeit von Amtes wegen zu beachten.⁵ Vielmehr sieht Art. 519 Abs. 1 ZGB vor, dass eine Verfügung von Todes wegen nur «auf erhobene Klage» hin für ungültig erklärt werden kann, also lediglich anfechtbar ist.⁶ Gemäss Art. 519 Abs. 2 ZGB (i.V.m. Art. 520 Abs. 3 ZGB) kann die Ungültigkeitsklage «von jedermann erhoben werden, der als Erbe oder Bedachter ein Interesse daran hat, dass die Verfügung für ungültig erklärt werde».

II. Umfang der rechtsgestaltenden Urteilswirkung in sachlicher Hinsicht

Mit Eintritt der formellen Rechtskraft des Ungültigkeitsurteils wird «...einer mangelhaften, aber dennoch rechtsgültigen Verfügung von Todes wegen die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen».⁷ Die vom Gericht ausgesprochene Ungültigkeit kann die gesamte Verfügung von Todes wegen (vollständige Ungültigkeit) oder nur einzelne Anordnungen oder einzelne Bestimmungen (partielle Ungültigkeit) erfassen.⁸ Besonders dort, wo ein Mangel wie bspw. Rechtswidrigkeit nur einen Teil der Verfügung beschlägt, kann diese nur im Umfang des vom Mangel erfassten Teiles für ungültig erklärt werden.⁹ Die Teilungültigkeit stellt eine Beschränkung in sachlicher Hinsicht dar, welche von der sogleich darzustellenden möglichen Beschränkung des Urteils in personeller Hinsicht aufgrund seiner *inter partes*-Wirkung abzugrenzen ist.¹⁰ In den nachfolgenden Beispielen wird immer von einer vollständigen Ungültigkeit in sachlicher Hinsicht ausgegangen.

III. Die Wirkung inter partes

a. Ursprung und Fallkonstellationen

Weder dem ZGB noch den dazugehörigen Gesetzgebungsmaterialien kann explizit entnommen werden, dass einem erbrechtlichen Ungültigkeitsurteil eine beschränkte *inter partes*-Wirkung zukommen soll.¹¹ Diese Eigenschaft wurde dem Ungültigkeitsurteil durch das Bundesgericht in einer über hundertjährigen Rechtsprechung zugesprochen, an welcher seither festgehalten wird.¹²

- 11 SEILER, Die erbrechtliche Ungültigkeit unter besonderer Berücksichtigung der Wirkungen in personeller Hinsicht, Habil. Basel 2016, Zürich 2017, N 131.
- 12 BGE 40 II 190 E. 1; BGE 44 II 107 E. 2; BGE 57 II 150 E. 2; BGE 78 II 181 E. b; BGE 81 II 33 E. 3; BGE 141 III 1 E. 4.2.3.
- 13 SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Die inter partes-Wirkung der erbrechtlichen Ungültigkeitsklage – Ausgewählte Probleme, *successio* 3/2014, S. 198–211, S. 205, bezeichnen dies als den «klassischen Fall» für die Diskussion der inter partes-Wirkung. Zu diesen Fällen hat die Lehre denn auch am ausführlichsten Stellung bezogen.
- 14 SEILER, Ungültigkeitsklage – prozessuale Aspekte, *successio* 4/2020, S. 329–344, S. 342, wonach die Wirkung derjenigen der Nichtigkeit entspricht.
- 15 SEILER, Ungültigkeit, N 265.

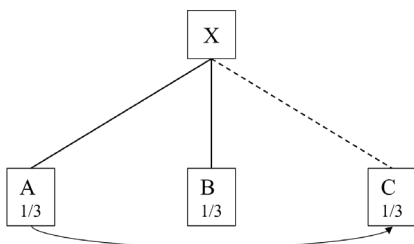


Abb. 1

- 16 Zumindest WOLF/GENNA, a.a.O. S. 440, scheinen vom Eintrittsprinzip auszugehen. SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S. 206, sowie SEILER, Ungültigkeit, N 265, diskutieren die möglichen Auswirkungen auf die Fallkonstellation und nennen dabei jeweils ABT, Diss., S. 170 als Postulanten des Eintrittsprinzips. Jener formuliert dieses jedoch im Zusammenhang mit der Fallkonstellation, dass der einzige Aktivlegitimierte nur einen von mehreren Passivlegitimierten ins Recht fasst. In der FN 805 auf gleicher Seite stellt er vielmehr auch auf das Anwachsungsprinzip ab für den Fall, dass von mehreren Aktivlegitimierten nur einer klagt.
- 17 MEYER ALFRED, Das Wiederaufleben aufgehobener letztwilliger Verfügungen, Diss. Zürich 1972, S. 99 FN 24; ABT, Diss., S. 99 FN 805; JUNGO ALEXANDRA, Tafeln und Fälle zum Erbrecht, 4. Aufl., Zürich 2017, S. 108; SEILER, Erbrechtsprozess, S. 206 f.; SEILER, Ungültigkeit, N 263; SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S. 206.

Doch was bedeutet es, wenn die Ungültigkeit einer Verfügung von Todes wegen durch das Gericht nur *inter partes* ausgesprochen wird? Dies wird nachfolgend anhand verschiedener Konstellationen dargestellt. Es wird dabei jeweils von einer Quotenerbeneinsetzung als angefochtene Verfügung von Todes wegen ausgegangen.¹³ Einige der dargestellten Verfügungen sind pflichtteilsverletzend, worauf jedoch vorliegend nicht eingegangen wird. Gleich vorweg genommen werden kann die Situation, in welcher alle aktiv- und passivlegitimierten Parteien am Verfahren beteiligt sind: Bei Durchdringen der Klage hat die Verfügung von Todes wegen diesfalls von Beginn weg gegenüber allen Beteiligten keine Wirkung.¹⁴

(1) Einige Aktivlegitimierte erheben Klage gegen sämtliche Passivlegitimierten

Eine solche Konstellation liegt beispielsweise vor, wenn der Erblasser X die Nachkommen A und B als gesetzliche Erben sowie den eingesetzten Erben C hinterlässt, wobei er C zu einem Drittel einsetzt und A und B (pflichtteilsverletzend) je auf einen Drittel herabsetzt. Nur A erhebt die Ungültigkeitsklage gegen C und dringt damit durch.

Abb. 1

In dieser Fallkonstellation gibt es mehrere mögliche Lösungsansätze. Zunächst ist ein «Eintrittsprinzip» denkbar. Demnach ersetzt der Kläger den Beklagten bei Durchdringen der Klage in seiner Rechtsstellung, er erhält also dessen gesamten Erbanspruch.¹⁵ Im dargestellten Fall würde dies bedeuten, dass A nun zu 2/3, B zu 1/3 am Nachlass berechtigt ist. Das Eintrittsprinzip wird für Fallkonstellationen wie der dargestellten in der Lehre zwar bisweilen diskutiert, jedoch kaum als Lösungsansatz vertreten.¹⁶

Vielmehr hat sich die Anwendung eines «Anwachungsprinzips» als von der Lehre proklamierter Lösungsansatz durchgesetzt.¹⁷ Dabei wird die Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen nur in jenem Umfange verfügt, in welchem der Erbanspruch der klagenden Partei durch die ungültige Verfügung geschmälert wird. Die Ungültigkeit wird im Endeffekt auch in sachlicher Hinsicht beschränkt. Im Ausgangsbeispiel behält C seine Erbenstellung und einen Erbanspruch von 1/6. A vergrößert seine Quote auf 1/2 (1/6 + 1/3) und damit den gesetzlichen Anspruch (Art. 457 Abs. 2 ZGB), während B bei 1/3 bleibt.

Ein in solcher Weise beschränktes Urteil präjudiziert das Verhältnis zwischen dem Passivlegitimierten und dem nicht klagenden Aktivlegitimierten nicht: Im aufgeführten Beispiel könnte B nach wie vor gegen C klagen und sich bei ihm noch die übriggebliebene Erbquote von 1/6 erstreiten.¹⁸

In der Diskussion um die Praktikabilität des zuerst angesprochenen «Eintrittsprinzips» wird zudem angemerkt, dass sich für die damit einhergehende Übervorteilung der klagenden Partei im Gesetz keine Grundlage findet.¹⁹ Im Eingangsbeispiel würde A nach dem «Eintrittsprinzip» wie dargestellt 2/3 erhalten, sein gesetzlicher Erbanspruch aus Art. 457 Abs. 2 ZGB (bei vollständigem Wegfall der Verfügung) beträgt jedoch nur 1/2. Auch wäre der Rechtsweg für B, möchte er doch noch seinen gesetzlichen

- 18 ABT, Diss., S. 170 FN 805; SEILER, Ungültigkeit, N 269.
- 19 SUTTER-SOMM/SEILER, S. 206; SEILER, Der Erbrechtsprozess unter der neuen ZPO – ausgewählte Aspekte, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 5/2014, S. 197–209, S. 207. WOLF/GENNA, S. 440, erachten diese Besserstellung gegenüber dem gesetzlichen Erbrecht als sachgerecht, nehme der Kläger doch die Prozessrisiken auf sich.
- 20 SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S. 206.
- 21 SEILER, Ungültigkeit, N 282 ff. nennt als Beispiel vier Nachkommen, wovon einer übergegangen wird, während die anderen zu je 1/3 eingesetzt werden. Das Eintrittsprinzip würde nun dazu führen, dass der Kläger 1/3, der Beklagte jedoch nichts erhalte. Beide haben einen gesetzlichen Anspruch von 1/4 und einen Pflichtteil von 3/16. Gleiches Beispiel auch bei SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S. 209.
- 22 BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012, N 70; HRUBESCHMILLAUER STEPHANIE, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxis-Kommentar Erbrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Vorbem. zu Art. 522 ff. N 8a.
- 23 SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S. 208; SEILER, Ungültigkeit, N 275 f.

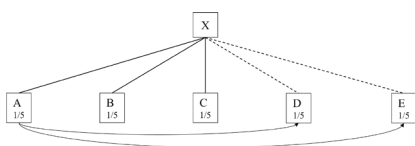


Abb. 2

Erbanspruch erstreiten, unklar: Weder A noch C ziehen nach dem Urteil noch Vorteile aus der Gültigkeit der Verfügung, weshalb die Ungültigkeitsklage ausser Betracht fällt.²⁰

Zu ganz und gar unpraktischen Ergebnissen würde das «Eintrittsprinzip» führen, wo nur gesetzliche Erben beteiligt sind, da hier aus dem Eintritt des Klägers in die Stellung des Beklagten dessen Pflichtteil verletzt werden könnte.²¹

Zuletzt verweist die Lehre auch auf die Bestimmungen zur Herabsetzungsreihenfolge, welche die Folgen der *inter partes*-Wirkung bei der Herabsetzungsklage regeln. Dabei erwächst dem Beklagten aus dem Umstand, dass der Kläger nicht alle Passivlegitimierten einklagt, kein Nachteil, da sein Anspruch nur im Verhältnis zu jenen der anderen herabgesetzt wird (Art. 525 Abs. 1 ZGB). Gleichfalls gereicht es einem von mehreren Aktivlegitimierten nicht zum Vorteil, wenn nur er klagt, da er höchstens seinen Pflichtteil erstreiten kann (Art. 522 Abs. 1 ZGB).²² Eine analoge Anwendung dieser Grundsätze rechtfertigt sich nach dieser Lehrmeinung auch bei der Ungültigkeitsklage, was letztlich zum «Anwachsungsprinzip» führt.²³

Die Anwendung des «Anwachsungsprinzips» soll an einem erweiterten Beispiel dargestellt werden: Die Nachkommen A, B und C sind gesetzliche Erben. Der Erblasser setzt zudem D und E zu je 1/5 als Erben ein. Alle Erben sind damit gemäss Erblasserwillen zu 1/5 am Nachlass berechtigt (womit erneut die Pflichtteile der gesetzlichen Erben von 1/4 i.S.v. Art. 471 Ziff. 1 ZGB verletzt werden). A erhebt Ungültigkeitsklage gegen D und E und dringt damit durch.

Abb. 2

Von den Erbquoten von D und E wächst nun je ein Drittel, d.h. 1/15, bei derjenigen des A an. Dessen Erbteil beträgt nun 1/3 (5/15) und entspricht der Quote nach gesetzlichem Erbrecht (Art. 457 Abs. 2 ZGB). D und E bleiben zu je 2/15 in ihrer Erbenstellung bestehen. An den Quoten von B und C verändert sich nichts.

Die Lösung des «Anwachsungsprinzips» führt, so praktikabel und nachvollziehbar sie ist, doch auch zu kuriosen Folgen: So behalten alle – selbst die unterlegenen – Passivlegitimierten ihre Erbenstellung. Sie stützen diese auf eine Verfügung von Todes wegen, welche ein Gericht für ungültig erklärt hat. Dies ist indes eine logische Konsequenz der *inter partes*-Wirkung, gemäss welcher die Ungültigkeit gerade nur zwischen den Prozessparteien wirken soll. Einzig der Umstand, dass die beklagten Passivlegitimierten Teil der Erbengemeinschaft bleiben, ist nach Ansicht des Autors zumindest aus dogmatischer Sicht zu hinterfragen. Dies bedeutet nämlich, dass in dieser Hinsicht die Beziehung zwischen den klagenden Aktivlegitimierten und den Passivlegitimierten im Endeffekt gar keiner Wirkung unterworfen wird, und nicht lediglich einer beschränkten.

(2) Sämtliche Aktivlegitimierte erheben Klage gegen einige Passivlegitimierte

Als Beispiel für diese Konstellation soll folgender Sachverhalt dienen: In einer letztwilligen Verfügung setzt der Erblasser B und C zu je 1/3 ein. Dem Nachkommen A als einzigem gesetzlichen Erben wird (pflichtteilsverletzend)

- 24 STEINER JOHANN, Das Erfordernis des richterlichen Urteils für die Ungültigerklärung oder Herabsetzung von Verfügungen von Todes wegen, Diss. Freiburg 1938, S. 137; GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 382 f. FN 80b; PIOTET PAUL, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1: Erbrecht, 1. Halbband, 1978 Basel, S. 274 f. («Kurzum, das Urteil hebt allen gegenüber die bisherige Erbeneigenschaft des [...] auf, ...»); s. auch PIOTET anschliessend STEINAUER PAUL-HENRI, Le droit des successions, 2. Aufl., Bern 2015, N 777a FN 36; pointiert ABT, Diss., S. 171; SEILER, Ungültigkeit, N 256 f.

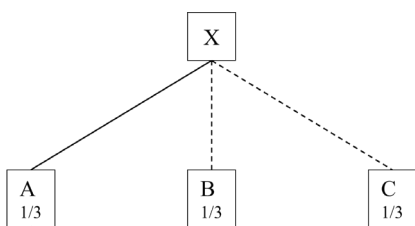


Abb. 3

- 25 PIOTET, a.a.O. S. 274 f.; SEILER, Ungültigkeit, N 257; AMMANN DARIO/SUTTER-SOMM THOMAS, Die Passivlegitimation bei der Ungültigkeitsklage betreffend den Willensvollstrecker und grundsätzliche Überlegungen zur sog. inter partes-Wirkung, *successio* 1/2021, S. 46–53, S. 48 ff.
- 26 ABT, Diss., S. 171. Auch PIOTET DENIS, *Commentaire Romand, Code civil II – art. 457–977 cc, Art. 1–61 Tit. fin. CC*, Basel 2016, Art. 519/520 N 42, spricht von «effets absolus de la chose jugée secondaires».
- 27 BGE 146 III 1 E. 4.2.3.
- 28 SEILER, Ungültigkeit, N 257; ders. Aspekte, S. 336 f.
- 29 Es gibt niemanden mehr, dem gegenüber B eine Erbenstellung geltend machen könnte: Partes und omnes fallen zusammen.
- 30 SEILER, Ungültigkeit, N 266.
- 31 SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S. 210; SEILER, Ungültigkeit, N 287.

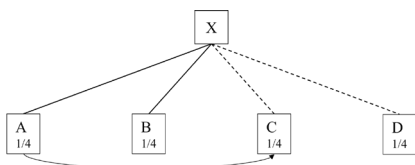


Abb. 4

der übrige Drittel belassen. A fasst nur B ins Recht und dringt mit der Klage auf Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung durch.

Abb. 3

In Fällen, wo sämtliche Aktivlegitimierte gegen einen Passivlegitimierten klagen, stellt sich die Frage nach dem Umfang der *inter partes*-Wirkung. Die Lehre ist sich einig, dass nicht von einer «reinen» *inter partes*-Wirkung des Ungültigkeitsurteils auszugehen ist.²⁴ Die vollständige Ungültigerklärung der Verfügung von Todes wegen gegenüber einem Passivlegitimierten, d.h. der Verlust seiner Erbenqualität, welche aus der Klage aller Aktivlegitimierten resultiert, ist auch von Dritten zu beachten.²⁵ ABT geht deshalb davon aus, dass dem Gestaltungsurteil in diesem Umfang «eine gewisse – erga omnes geltende – Gestaltungswirkung zukommen soll».²⁶ Die Möglichkeit solcher Drittwirkungen wurde kürzlich vom Bundesgericht bestätigt.²⁷ Im vorliegenden Beispiel bedeutet dies, dass B, auch wenn der Prozess nur zwischen ihm und A stattgefunden hat, auch gegenüber C und anderen Dritten (wie bspw. Erbschaftsgläubigern oder einem allfälligen Willensvollstrecker) keine Erbenqualität mehr zukommt.²⁸ Im Ergebnis entfällt die Erbenstellung des B damit vollständig.²⁹

Da, wo alle Aktivlegitimierten von ihrem Gestaltungsklagerecht Gebrauch machen, stellt sich die Frage nach Eintritts- und Anwachsungsprinzip schlussendlich nicht. Beide Theorien führen rechnerisch zum gleichen Resultat.³⁰ Ob A nun in die Rechtsstellung des B eintritt oder dessen Erbquote der seinen anwächst, spielt keine Rolle.

Auch hier tritt sozusagen als Nebenerscheinung die Kuriosität der «Rechtsstellung» der nicht-eingeklagten Passivlegitimierten zutage. Das Urteil ist für sie durchaus auch von Bedeutung, jedoch schlägt seine Gestaltungswirkung nicht auf sie durch: Sie bleiben trotz Ungültigerklärung der Verfügung von Todes wegen gestützt auf diese Erben. Ähnlich dem zivilprozessrechtlichen Verhandlungsgrundsatz *quod non est in actis, non est in mundo* haben es die Kläger in der Hand, eine von der materiellen Wahrheit offensichtlich und für alle erkennbare abweichende formelle Wahrheit entstehen zu lassen.

(3) Einige Aktivlegitimierte erheben Klage gegen einige Passivlegitimierte

Die Lehre, soweit sie sich explizit dazu äussert, spricht sich auch bei der titelgebenden Konstellation für die Anwendung des Anwachsungsprinzips aus.³¹ Folgendes Beispiel soll dies illustrieren: Der Erblasser setzt neben seinen beiden gesetzlichen Erben A und B noch C und D (die Pflichtteile der ersten beiden dadurch verletzend) zu je 1/4 ein. Nun klagt A auf Ungültigkeit gegen C und dringt durch.

Abb. 4

1/8 der Erbquote von C wächst nun bei A an, womit dessen Erbquote auf 3/8 steigt. Möchte dieser seine gesetzliche Erbquote von 1/2, so müsste er auch D ins Recht fassen. C bleibt seine Erbenstellung bei einer Quote von 1/8 erhalten.

- 32 BGE 97 II 201 E. 3. In der Lehre wurde darauf hingewiesen, dass es sich dabei strenggenommen um eine «prozessrechtlich notwendige Streitgenossenschaft» handle (SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S. 197 f.).
- 33 So wird der Verweis in BGE 97 II 201 E. 3 auf BGE 89 II 429 E. B verstanden, vgl. SEILER, Ungültigkeit, N 240.
- 34 ABT DANIEL, in: Abt Daniel/Weibel Thomas (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 519 N 66a f.; BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O. N 15; FORNI/PIATTI, a.a.O. Art. 519/520 N 28; SEILER, Ungültigkeit, N 242.
- 35 ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 66d; BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O. N 324; KÜNZLE HANS RAINER, Aktuelle Praxis zur Willensvollstreckung (2017–2018), *successio* 1/2019, S. 27–48, S. 37; SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S 205; a.A. SEILER, Ungültigkeit, N 320 ff.
- 36 BGE 146 III 1 E. 4.5, in E. 4.3 Bezug nehmend auf die Meinung SEILERS, Ungültigkeit, N 320ff.
- 37 BGE 146 III 1 E. 4.4.5; vgl. auch die Urteilsbesprechungen bei WOLF STEPHAN/HUFSCHEID SELINA, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2020 – Erbrecht, ZBJV 157/2021, S. 214–226, sowie ABT DANIEL, Willensvollstrecker-Absetzung durch Klage, dRSK, publiziert am 31. März 2020.
- 38 SUTTER-SOMM/SEILER, S. 200 u. 205.
- 39 ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 66b; SEILER, Ungültigkeit, N 356 ff., insbesondere N 358; SUTTER-SOMM/SEILER, a.a.O. S. 205.
- 40 GÖKSU TARKAN, Informationsrechte der Erben, AJP 7/2012, S. 953–965, S. 953 f.
- 41 ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 85f.; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT/KOCHER, S. 10.

Hier zeigen sich die von der Lehre aus den Grundsätzen der Herabsetzungsreihenfolge abgeleiteten Prinzipien vollends verwirklicht: C ist nicht benachteiligt, wenn A nur ihn einklagt. A wiederum erlangt keinen Vorteil daraus, dass er alleine klagt, egal ob er nur gegen C oder gegen C und D vorgeht. Das Ungültigkeitsurteil wirkt vollständig *inter partes*, da die Rechtsstellungen von B und D in keiner Weise berührt werden.

IV. Die erga omnes-Wirkung bei Klagen betreffend eine «unteilbare Einheit»

In BGE 97 II 201 entschied das Bundesgericht, dass, wo immer eine «unteilbare Einheit» («*unité indivisible*») Gegenstand der Ungültigkeitsklage sei, sämtliche nicht klagenden und nicht Prozessabstand nehmenden Erben eine passive notwendige Streitgenossenschaft bildeten und entsprechend eingeklagt werden müssten.³² Eine solche unteilbare Einheit liegt demgemäss immer dann vor, wenn auch bei Rechtsgeschäften unter Lebenden eine unteilbare Einheit anzunehmen wäre.³³ Diese Rechtsprechung wurde, soweit ersichtlich, von der Lehre nicht kritisiert.³⁴ Interessanterweise ging die h.L. davon aus, dass eine unteilbare Einheit insbesondere bei der Ungültigkeitsklage gegen die Einsetzung eines Willensvollstreckers anzunehmen sei.³⁵ Dem widersprach das Bundesgericht jedoch in einem neuen Entscheid insofern, als es für diesen Fall die notwendige passive Streitgenossenschaft verneinte.³⁶ Insbesondere fällt jedoch auf, dass das Bundesgericht selbst nicht wirklich zu wissen scheint, was es mit seiner Kreation anfangen soll:

«Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob der Grundsatz der sog. unteilbaren Einheit auf den vorliegenden Sachverhalt überhaupt zugeschnitten ist und was damit genau gemeint ist [...]»³⁷

Jedenfalls dort, wo noch von einer unteilbaren Einheit auszugehen ist, wirkt das Ungültigkeitsurteil im Endeffekt *erga omnes*, da alle aktiv- und passivlegitimierte Parteien (und damit alle materiell am Rechtsverhältnis beteiligten Parteien) in den Prozess einbezogen werden müssen.³⁸ Davon wird in der Lehre z.B. bei der Anfechtung von Teilungsvorschriften ausgegangen.³⁹

V. Implikationen für die Praxis

Wie dargestellt muss die aktivlegitimierte Seite, will sie mit dem Ungültigkeitsprozess die vollständigen gesetzlichen Erbquoten erstreiten, alle passivlegitimierte Parteien einklagen (sofern vom Anwachsungsprinzip ausgegangen wird). Mit anderen Worten bestimmt der Umfang der am Prozess Beteiligten auch das Ausmass der Ungültigkeit mit. Daraus ergibt sich zunächst, dass der vorprozessualen Informationsbeschaffung besonderer Stellenwert beigemessen werden muss.⁴⁰ Auch wird der klagenden Partei bisweilen empfohlen, sicherheitshalber sämtliche Passivlegitimierte ins Recht zu fassen.⁴¹ Jedenfalls ist die Mandantschaft von ihrer Rechtsvertretung darauf hinzuweisen, dass sie den vollen gesetzlichen Erbenspruch u.U. nur auf diesem Wege erstreiten kann.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die vergleichsweise neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Möglichkeit einer vorprozessualen

- 42 BGer 5A_702/2016 (28.03.2017), E. 2.2, 2.4 u. 4.4. Kritisch zu dieser Rechtsprechung ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 52c ff.; FLÜCKIGER ANDREAS, Ungültigkeit oder Nichtigkeit von Verfügungen von Todes wegen, dRSK 10.7.2017; SEILER, Aspekte, S. 330 f.
- 43 ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 52 ff.; DRUEY JEAN NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, Kap. 12 N 42 u. 57; SEILER, Ungültigkeit, N 104.
- 44 ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 52c f.
- 45 WEIBEL/BRÜCKNER, a.a.O. N 9; HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/BOSSHARDT MARTINA/KOCHER MORITZ B., Rechtsbegehren im Erbrecht, successio 1/2018, S. 4–30, S. 11.
- 46 BGE 113 II 270 E. 3.
- 47 Je nach Ungültigkeitsgrund hat der Kläger u.U. Beweisschwierigkeiten, vgl. ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 47 ff.
- 48 BRÜCKNER/WEIBEL, a.a.O. N 10.
- 49 ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 69; HRUBESCH/BOSSHARDT/KOCHER, a.a.O. S. 13.
- 50 HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT/KOCHER, a.a.O. S. 12.
- 51 WOLF/GENNA, a.a.O. S. 431f.
- 52 WOLF/GENNA, a.a.O. S. 432 u. 441, vgl. dazu auch das Beispiel bei ABT, Praxiskommentar, Art. 519 N 72.
- 53 SEILER, Ungültigkeit, N 271.

Anerkennung der Ungültigkeit. Das Bundesgericht entschied, dass, da nur ein Gerichtsurteil die Gestaltungswirkung der Ungültigkeitserklärung enthalten könne, die Anerkennung eines Ungültigkeitsgrundes den Ungültigkeitsprozess nicht gegenstandslos werden lasse⁴² und entschied damit entgegen der bisherigen pragmatischen Lehre.⁴³ Eine Abstandserklärung dürfte deshalb nur noch möglich sein, wo sie ohne jegliche Rechtsbegehren und damit vollständig vorbehaltlos erklärt wird.⁴⁴

Will die klagende Partei im Ungültigkeitsverfahren eine beklagte Partei zur Herausgabe von Teilen des Nachlasses verpflichten lassen, so ist zusätzlich eine Erbschafts- oder Teilungsklage zu erheben, je nachdem ob der Passivlegitimierte selbst Erbe ist.⁴⁵ Das Bundesgericht hat zudem entschieden, dass die Erkennung der Ungültigkeit der Verfügung von Todes wegen nicht zwangsläufig in einem Gestaltungsurteil erfolgen müsse, sondern auch in einem Leistungsurteil ergehen könne:

«Bundesrechtlich genügt, dass der Kläger sich in prozessualer Weise auf die Ungültigkeit beruft, die Anfechtung sich wenigstens aus dem Inhalt der Klage oder einer andern Rechtsschrift ergibt, der kantonale Richter sich mit dem Einwand der Ungültigkeit materiell auseinandersetzt und, falls er ihn bejaht, auf Ungültigkeit der Verfügung erkennt. Das heisst nicht, dass dies in einem Gestaltungs- oder Feststellungsurteil geschehen müsse.»⁴⁶

In mehreren der vorangehend dargestellten Beispiele ist die mangelhafte Verfügung von Todes wegen pflichtteilsverletzend. In solchen Fällen kann der Erbe eventualiter zusätzlich eine Herabsetzungsklage für den Fall erheben, dass das Gericht die Verfügung für gültig befindet.⁴⁷ Beschränkt sich der Mangel der Verfügung von Todes wegen auf die Pflichtteilsverletzung, so kann nur die Herabsetzung verlangt werden.⁴⁸ Ist zu befürchten, dass der Beklagte die sich aus der Ungültigkeitserklärung ergebenden Folgen bestreiten könnte, kann zusätzlich ein Feststellungsbegehren angebracht werden.⁴⁹

Die Dispositionsmaxime gibt dem Kläger zuletzt die Möglichkeit, seine Rechtsbegehren auch in sachlicher Hinsicht zu beschränken und lediglich auf Teilungsgültigkeit zu klagen.⁵⁰ Umgekehrt kann das Gericht auch lediglich auf Teilungsgültigkeit erkennen, wo die Ungültigkeit der gesamten Verfügung von Todes wegen beantragt wird.⁵¹ Da grundsätzlich vom hypothetischen Erblasserwillen auszugehen ist und die Verfügung wenn möglich zu Teilen erhalten werden soll, empfiehlt es sich, in den Rechtsbegehren genau auf die Ungültigkeit der einzelnen Teile einer Verfügung von Todes wegen einzugehen.⁵²

VI. Fazit

Die Ungültigkeitsklage ist das Werkzeug, mit welchem gegen mangelhafte Verfügungen von Todes wegen vorgegangen werden kann. Solche Mängel werden vom Gericht (abgesehen von Nichtigkeitstatbeständen) denn auch nur auf erhobene Ungültigkeitsklage oder -einrede hin beachtet. Schon diese Grundkonzeption der Anfechtbarkeit belässt den Erben eine grosse Freiheit im Umgang mit potenziell mangelhaften Verfügungen von Todes wegen: Sie können bspw. die Erbteilungsklage erheben, ohne fürchten zu müssen, dass ein Testament vom Gericht als ungültig erkannt wird.

Diese Freiheit der Erben, einer mangelhaften erblasserischen Verfügung ihre Wirksamkeit zu belassen, wird auch als «teleologischer Kern der inter partes-Wirkung»⁵³ bezeichnet. Die *inter partes*-Wirkung des Ungültigkeitsurteils ermöglicht es jedem Aktivlegitimierten, sich selbst in der Wahrnehmung seiner Rechte zu beschränken. Dies entspricht auch dem Grundsatz des *favor testamenti*, wonach der erblasserische Wille soweit als möglich zu verwirklichen ist.

Bei der Frage, wie die *inter partes*-Wirkung umzusetzen ist, ist nach hier vertretener Meinung dem Anwachsungsprinzip der h.L. klar zu folgen. Seine Anwendung verhindert eine Präjudizierung eines evtl. noch möglichen Streits, führt zu keinen den gesetzlichen Erbanspruch überschreitenden Quoten und entspricht den Grundsätzen der Herabsetzungsreihenfolge und damit dem gesetzgeberischen Willen in einer ähnlich gelagerten Frage. Es führt zwar bisweilen zu speziellen Resultaten, entspricht jedoch der Idee einer Beschränkung der Urteilswirkungen auf die prozessierenden Parteien am ehesten. Es bleibt abzuwarten, wie sich das Bundesgericht allenfalls in Zukunft zu dieser Frage äussert.

Publikationen aus unseren Reihen

Publications de nos rangs

- Thomas Ackermann** Leistungscoordination: Sollen für die verschiedenen Koordinationsebenen analoge Koordinationsgrundsätze gelten?, in Fuhrer / Kieser / Weber (Hrsg.), Mehrspuriger Schadenausgleich, Zürich / St. Gallen 2022, 965 ff.
- Daniel Bähler** Anhang UB, in Fankhauser Roland (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 4. Auflage 2022 (zusammen mit Sabine Aeschlimann)
- Daniel Bähler** Unterhaltsrecht – Streiflichter auf die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts, in dubio 4_21, S. 6 ff.
- Myriam Grütter** Vorbem. zu Art. 122–124e ZGB, Art. 122–124e ZGB, Art. 7d / 7e SchIT ZGB, Anh. ZPO Art. 280 / 281, in: Fankhauser Roland (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 4. Auflage 2022 (zusammen mit Alexandra Jungo)
- Annatina Schultz** Die Strafverfolgung von Menschenhandel – Staatsvertragliche Pflichten und Empfehlungen für deren Umsetzung, SKP Info 1 / 2022 zum Thema Menschenhandel, Zwangsprostitution, Ausbeutung, abrufbar unter www.skppsc.ch/de/wp-content/uploads/sites/2/2022/02/skp_info_01_22.pdf
- Denise Weingart** Kommentar zu Art. 366 bis 371 StPO, in: Sonja Koch (Hrsg.), Onlinekommentar.ch, 1. Aufl. 2022, abrufbar unter <https://onlinekommentar.ch/stpo366/>
- Denise Weingart** Die richterliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2022/1
- Nicolas Wuillemin** Probleme der Beweisverfügung, in: ZZZ 57/2022, S. 12 ff.

Impressum

Herausgeberin / éditrice:	Weiterbildungskommission der Berner Justiz Commission pour la formation continue de la justice bernoise Ronnie Bettler, Oberrichter, Präsident Manuel Blaser, Gerichtspräsident Evelyne Halder, Gerichtsschreiberin Christian Josi, Oberrichter Andreas Kind, Staatsanwalt Barbara Lips-Amsler, Gerichtspräsidentin Antonietta Martino Cornel, Leiterin HR Justizleitung Marguerite Ndiaye, Gerichtspräsidentin Daniel Peier, Justizinspektor Christof Scheurer, Stv. Generalstaatsanwalt Samuel Schmid, Oberrichter Nils Stohner, Verwaltungsrichter Denise Weingart, Gerichtspräsidentin Sarah Wildi, Staatsanwältin
Sekretariat / secrétariat:	Jana Kunz und Janine Ruffieux, Obergericht des Kantons Bern, Hochschulstrasse 17, 3012 Bern 031 636 76 42, weiterbildung.og@justice.be.ch
Übersetzung / traduction:	Philippe Berberat, Gerichtsschreiber
Lektorat / relecture:	Kerstin von Arx, Gerichtspräsidentin Denise Weingart, Gerichtspräsidentin
Layout:	www.atelier-pol.ch
Redaktion / rédaction BE N'ius:	Denise Weingart, Gerichtspräsidentin

www.benius.ch

ISSN 2673-477X



This work is licensed under the Creative Commons
Attribution 4.0 International License