

Heft 35 / Winter 2024
35^e cahier / hiver 2024

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

- 6 Kursprogramm 2025
Programme des cours 2025

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

- 28 Danielle Schwendener / Valérie Meier
Neues aus dem Bundeshaus
Des nouvelles des autorités fédérales

- 40 Interview mit Michel-André Fels
Entretien avec Michel-André Fels

- 48 Ardit Abazi
Affaire P.J. et R.J. c. Suisse

- 53 Jonathan Bory
Le processus de conciliation
Une proposition de *check-list* à l'usage
des magistrats civils

- 60 Antonietta Martino Cornel / Tim Schär /
Frédéric Kohler
Die Berner Justiz wird papierlos
La justice bernoise va se passer de papier

- 64 Sven Schleifer
Praxisorientierte Auseinandersetzung
mit der Schockzustandsklausel im neuen
Sexualstrafrecht

- 87 Publikationen aus unseren Reihen
Publications de nos rangs

- 88 Impressum

Die Ecke der Redaktion Le coin de la rédaction

Liebe Leserinnen und Leser

Aktuelle Titel aus der internationalen Presse wie «*Harris verliert gegen Trump*» oder «*Die Ampel-Koalition ist gescheitert*» zeigen es deutlich: Die Welt verändert sich pausenlos. Mit ihr – Schritt für Schritt – auch das Schweizer Recht. Erst Anfang Jahr ist die neue Strafprozessordnung in Kraft getreten. Seither folgte bereits am 1. Juli 2024 die Revision des Sexualstrafrechts. Nicht nur die Strafrechtler, sondern auch alle anderen, die zwischendurch einmal eine Zeitung lesen oder Radio hören, wissen nun, dass «Nein» auch wirklich «Nein» heisst. Aber was das dann im konkreten Einzelfall bedeutet, sagt uns weder der Gesetzgeber noch der am besten recherchierte Zeitungsartikel oder der versierteste Radiomoderator. Wann also ist ein «Nein» auch wirklich ein «Nein» und was ist, wenn es nun doch eher ein «Jein» war? Oder wenn das «Ja» tatsächlich ausgesprochen und das «Nein» nur durch Gesten ausgedrückt wurde? Wann ist von einem «Freezing» des Opfers auszugehen und was ist, wenn der sexuelle Übergriff derart unvermittelt und überraschend kam, dass eine Willensäusserung gar nicht möglich war? Wer da den Überblick behalten will, muss sich ordentlich ins Zeug legen. Vor diesem Hintergrund kommt einem chinesischen Sprichwort mehr als nur beiläufige Bedeutung zu:

«Lernen ist wie Rudern gegen den Strom. Sobald man aufhört, treibt man zurück».

Lasst uns also das Ruder ergreifen und paddeln, was das Zeug hält, um nicht wie Schwemmholz in fliessenden Gewässern zu treiben.

Nach dieser Einleitung kommt es nicht von ungefähr, dass diese Ausgabe des BE N'ius durch einen umfassenden Beitrag von MLaw Sven Schleifer, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern, zum revidierten Sexualstrafrecht bereichert wird. Sven Schleifer setzt sich darin mit dem Phänomen der tonischen Immobilität, den wenigen, aber dennoch beachtlichen Studien dazu sowie den Möglichkeiten für ein praxisorientiertes Vorgehen bei der Opferbefragung auseinander und bietet einige Antworten auf die eingangs aufgeworfenen Fragen.

Chères lectrices, chers lecteurs,

Les titres actuels de la presse internationale, tels que «*Harris perd contre Trump*» ou «*la coalition tricolore a échoué en Allemagne*», le démontrent clairement: le monde se transforme sans arrêt. Et avec lui, aussi le droit suisse, même si ce n'est que peu à peu. Ce n'est qu'au début de cette année que les nouvelles dispositions du Code de procédure pénale sont entrées en vigueur, et pourtant, la révision du droit pénal en matière sexuelle a déjà suivi en date du 1^{er} juillet 2024. Depuis lors, non seulement les spécialistes du droit pénal, mais chacune de celles et chacun de ceux d'entre nous qui lisent les journaux ou écoutent la radio de temps à autre ne peut plus ignorer que «non, c'est vraiment non!». Néanmoins, ni le législateur, ni l'article de presse le mieux renseigné ou le journaliste radio-phonique le plus éloquent ne sont à même de nous dire ce que cela signifie dans un cas concret. Il nous faut donc encore et toujours nous demander si un «non» est vraiment un «non» et pas plutôt un «non, mais». Et si un «oui» a vraiment été exprimé de vive voix et le «non» l'a été par des gestes explicites. Et quand doit-on retenir un «freezing» de la victime, ou encore que celle-ci a été surprise à un point tel qu'elle n'était plus en mesure d'exprimer clairement sa volonté? Celles et ceux qui veulent garder une vue d'ensemble de toutes ces éventualités peuvent bien attraper des sueurs froides! Dans ce contexte, un proverbe chinois nous vient à l'esprit:

«Apprendre, c'est comme ramer à contre-courant; dès qu'on s'arrête, on repart en arrière».

En conséquence, ne nous laissons pas aller et ramons autant que nous le pouvons, pour ne pas partir à la dérive comme du bois mort.

Après une telle introduction, ce n'est pas par hasard que cette édition de BE N'ius est enrichie d'une contribution détaillée de Sven Schleifer, MLaw, assistant scientifique et doctorand à l'institut de droit pénal et de criminologie de l'université de Berne, consacrée aux dispositions révisées du Code pénal en matière sexuelle. Sven Schleifer y aborde le phénomène de l'immobilité tonique, qui fait l'objet d'études certes peu

Nun aber der Reihe nach: Die Weiterbildungskommission der Justiz des Kt. Bern hat entschieden, die geplanten Kursangebote neu ein Jahr im Voraus zu publizieren, weshalb in dieser Ausgabe des BE N'ius Kurse bis Ende 2025, und ein Kurs sogar schon für Januar 2026, ausgeschrieben sind. Per Anfang 2025 findet die Umstellung auf ein neues Lernmanagementsystem statt, weshalb Anmeldungen für Kurse ab Februar 2025 ausnahmsweise erst ab Januar 2025 entgegengenommen werden können. Bitte lesen Sie dazu den Hinweis auf der ersten Seite zu den Kursangeboten. In der ersten Jahreshälfte 2025 finden ein Kurs zu den Berechnungsblättern Unterhalt (28.01.2025), eine Tagung zum Strafrecht (13.03.2025, Französisch), ein Kurs zu Aktuellem zu Haft und Siegelung nach Inkrafttreten der StPO-Revision inkl. erste Erfahrungen aus der Praxis dazu (19.03.2025), ein Kurs zu Vergleichsverhandlungen, insbesondere aus anwaltlicher Perspektive (06.05.2025) sowie ein Kurs zum finanziellen Rechnungswesen und zur Buchhaltung (26.06.2025) statt. Die zweite Jahreshälfte beginnt mit einem Kurs zu Fahrlässigkeitsdelikten in der Praxis (16.10.2025), gefolgt von einer Tagung zum Zivilrecht (23.10.2025, Französisch). Weiter folgen Kurse zur Strafzumessung (05.11.2025), zum Unterhaltsrecht (13.11.2025) sowie zum Sozialversicherungs- und Steuerrecht bei Scheidung (27.11.2025). Ein Kurs zur Urteilsredaktion (22.01.2026) ist sogar schon für Januar 2026 geplant. Aufgrund der Fülle der Kurse bitten wir Sie, liebe Leserinnen und Leser, die einzelnen Ausschreibungen im Detail zu studieren. Sie werden zweifellos auf Interessantes stossen!

In dieser Ausgabe des BE N'ius stellen sich einige neue Gesichter vor, welche in diesem Jahr eine (neue) Tätigkeit in der Berner Justiz aufgenommen haben.

Im Bundeshaus wurde auch in der zweiten Jahreshälfte fleissig debattiert. Aus dem Bereich des Strafrechts gibt es Neues zu berichten zum Sexualstrafrecht («Nein heisst Nein»), zum Verhüllungsverbot, das am 01.01.2025 in Kraft tritt, zur Stärkung der rechtsmedizinischen Hilfe für Gewaltopfer, zum getrennten Vollzug der Sanktionen nach Jugend- und Erwachsenenstrafrecht, zum Import- und Handelsverbot für tierquälerische Pelze sowie zur Erarbeitung einer Gesetzesgrundlage zum Passenger Information Unit (PIU). Im Bereich des Zivilrechts gibt es Neues zu den Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten sowie zur Erbrechtsrevision des IPRG.

Michel-André Fels, Generalstaatsanwalt des Kantons Bern, welcher Ende März 2025 in den Ruhestand treten wird, kommt in diesem Heft im Rahmen eines Interviews

nombreuses, mais importantes, ainsi que les possibilités d'une approche orientée vers la pratique des auditions de victimes. L'auteur émet quelques réponses intéressantes aux questions soulevées plus haut.

Mais continuons dans l'ordre: la Commission pour la formation continue de la justice bernoise a décidé de publier désormais les cours de formation prévus une année à l'avance, c'est pourquoi la présente édition de BE N'ius propose des cours jusqu'à fin 2025, voire même, pour l'un d'entre eux, en janvier 2026. Dès janvier 2025, un nouveau système de gestion de la formation sera introduit. Pour cette raison, les inscriptions pour les cours qui auront lieu dès février 2025 ne pourront être reçues qu'à partir de janvier 2025. A cet égard, vous pouvez vous référer aux indications mentionnées à la première page de l'offre de cours. Dans la première moitié de l'année 2025, vous pourrez assister à des cours consacrés aux tables de calcul en droit de la famille (28.01.2025), au droit pénal (13.03.2025, en français), aux expériences faites dans le domaine de la mise sous scellés d'après les nouvelles dispositions du CPP (19.03.2025), aux négociations en vue d'une transaction, en particulier dans l'optique des avocats (06.05.2025), ainsi qu'à un cours de comptabilité et de tenue des comptes (26.06.2025). La seconde partie de l'année commencera avec un cours traitant des infractions par négligence dans la pratique (16.10.2025), suivi d'un séminaire de droit civil (23.10.2025, en français). Suivront ensuite des cours sur la mesure de la peine (05.11.2025), sur le droit des contributions d'entretien (13.11.2025) et sur le droit des assurances sociales et le droit fiscal en cas de divorce (27.11.2025). Un cours consacré à la rédaction des jugements est même déjà prévu en janvier 2026 (22.01.2026). Au vu de l'abondance de l'offre, vous êtes invités, chères lectrices et chers lecteurs, à lire attentivement les annonces précitées. Vous trouverez sans doute quelque chose qui vous intéresse!

Dans cette édition de BE N'ius, plusieurs nouveaux visages se présentent. Ces personnes ont pris, au cours de l'année, une (nouvelle) fonction au sein de la justice bernoise.

Au cours de la seconde partie de l'année, des débats animés se sont aussi déroulés au Palais fédéral. Dans le domaine du droit pénal, plusieurs nouvelles peuvent être rapportées, notamment au sujet du nouveau droit pénal en matière sexuelle («non, c'est non»), de l'interdiction de se dissimuler le visage qui entrera en vigueur le 01.01.2025, de l'amélioration de l'assistance médico-légale pour les victimes de violence, de

zu Wort. Er beantwortet Fragen in Form einer Rückschau auf sein vielfältiges Wirken in unterschiedlichen Funktionen im Kanton Bern und lässt uns dabei wissen, welches aussergewöhnliche Ereignis ihm aus seiner Zeit als Staatsanwalt im Oberland besonders gut in Erinnerung geblieben ist.

Diese Ausgabe beinhaltet auch zwei französische Beiträge. Ardit Abazi, der bis Ende September 2024 als Rechtspraktikant am Regionalgericht Berner Jura-Seeland in Moutier tätig war, setzt sich kritisch mit dem Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 17 September 2024 (P.J. und R.J. vs. Schweiz; 52232/20) auseinander, in welchem es um die Frage nach der (Un-)Rechtmässigkeit einer gerichtlich ausgesprochenen Landesverweisung geht, wenn sich die beschuldigte Person seit dem Urteil, mit welchem die Landesverweisung ausgesprochen wurde, gut verhalten hat. Jonathan Bory, Rechtsanwalt und Mediator, stellt in einem weiteren Beitrag sodann den Ablauf von Vergleichsverhandlungen vor und stellt für Zivilrichterinnen und -richter eine Checkliste als Arbeitsmittel zur Verfügung.

Weiter finden Sie in dieser Ausgabe einen Beitrag mit wertvollen Informationen von Antonietta Martino Cornet, Tim Schär und Frédéric Kohler zum Projekt Justitia 4.0, mit welchem die Berner Justiz bald papierlos werden wird. Sie beantworten verschiedene Fragen, welche sowohl Mitarbeitende wie auch Dritte beschäftigen wie namentlich Fragen rund um die verbleibende persönliche Interaktion oder die Datensicherheit nach Einführung dieses Digitalisierungsschrittes.

Der Abschluss dieser Ausgabe macht, wie gesagt, ein aus aktuellem Anlass umfassender Beitrag von Sven Schleifer zur tonischen Immobilität im neuen Sexualstrafrecht.

Wie immer wünschen wir Ihnen viel Freude beim Lesen!
Ihre Redaktion

l'exécution séparée des sanctions au sens du droit pénal des mineurs et du code pénal, de l'interdiction d'importer et de commercialiser des fourrures fabriquées à partir d'animaux ayant subi des traitements cruels ainsi que de l'élaboration d'une base légale pour une unité d'information passagers (UIP). Dans le domaine du droit civil, les nouveautés concernent les mesures contre les mariages avec des mineurs ainsi que les nouvelles règles du droit international privé (LDIP) en matière du droit des successions.

Michel André Fels, Procureur général du canton de Berne, qui prendra sa retraite à la fin du mois de mars 2025, nous a accordé une interview, publiée dans la présente édition de BE N'ius. Il répond à nos questions sous la forme d'une rétrospective de sa carrière variée dans différentes fonctions au sein du canton de Berne et nous fait revivre un événement hors du commun, qui l'a particulièrement marqué lorsqu'il était procureur dans l'Oberland.

La présente édition de BE N'ius comprend également deux contributions en français. Ardit Abazi, qui était avocat stagiaire au Tribunal régional du Jura bernois-Seeland à Moutier jusqu'à fin septembre 2024 examine de manière critique l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 17 septembre 2024 (P.J. et R.J. c. Suisse ; 52232/20), qui traite la question de la légalité d'une expulsion judiciaire d'un prévenu s'étant bien comporté depuis le prononcé du jugement l'ayant condamné. Ensuite, Jonathan Bory, avocat et médiateur, présente le processus de conciliation et propose une check-list à l'usage des magistrats civils.

Par ailleurs, vous trouverez dans cette édition une contribution d'Antonietta Martino Cornet, Tim Schär et Frédéric Kohler, contenant de précieuses informations au sujet du projet Justitia 4.0, qui rendra la justice bernoise bientôt exempte de papier. Ils examinent différentes questions, posées par des collaboratrices et des collaborateurs, tout comme par des tierces personnes, notamment en ce qui concerne l'interaction directe restante entre les employées et employés, ou encore la sécurité des données après l'introduction de cette étape de digitalisation.

Enfin, comme indiqué précédemment, la contribution circonstanciée de Sven Schleifer sur l'immobilité tonique dans le nouveau droit pénal en matière sexuelle marquera le point d'orgue de la présente édition de BE N'ius.

Bonne lecture !
Votre rédaction

Kursprogramm 2025 / 2026

Programme des cours 2025 / 2026

Kursanmeldungen

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:

→ <https://www.lms.apps.be.ch/sui>

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

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:

→ <https://www.lms.apps.be.ch/sui>

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.

Wichtiger Hinweis für die Kursanmeldungen 2025

Die bisherige Lernplattform des Kanton Bern wird per Ende 2024 ausser Betrieb genommen und ist ab dem 01.01.2025 nicht mehr zugänglich. Aus diesem Grund können sich sowohl Mitarbeitende wie auch externe Personen erst ab Januar 2025 auf der neuen Lernplattform für Kurse im Jahr 2025 anmelden. Einzige Ausnahme dazu bildet der Kurs vom 28.01.2025 (Berechnungsblätter), für den die Einschreibefrist noch dieses Jahr ausläuft.

Sobald im Januar 2025 eine Anmeldung für die Kurse 2025 möglich ist, wird die Weiterbildungskommission nochmals eine E-Mail mit allen Kursangeboten an alle Mitarbeitenden versenden.

Information importante pour les inscriptions aux cours en 2025

La plateforme de formation du canton de Berne va être mise hors service à la fin de l'année 2024 et ne sera plus accessible à partir du 1er janvier 2025. Pour cette raison, les inscriptions des collaboratrices et des collaborateurs ainsi que des personnes externes sur la nouvelle plateforme de formation pour les cours de l'année 2025 ne pourront se faire que dès janvier 2025. La seule exception concerne le cours du 28 janvier 2025 (tablettes de calcul), dont le délai d'inscription échoit encore cette année.

Dès que les inscriptions pour les cours en 2025 sera possible en janvier 2025, la Commission pour la formation continue enverra un nouveau courriel à toutes les collaboratrices et à tous les collaborateurs, qui indiquera tous les cours offerts.

Kurs 1 / 2025

Berechnungsblätter Unterhalt im Familienrecht

Diese Weiterbildung ist eine Wiederholung der in den letzten beiden Jahren mehrmals durchgeführten Weiterbildung und wird aufgrund der grossen Nachfrage nochmals in deutscher Sprache angeboten.

Die von Daniel Bähler und Prof. Dr. Annette Spycher entwickelten «Berechnungsblätter» für die Unterhaltsberechnung in familienrechtlichen Verfahren sind aus unserer Praxis nicht mehr wegzudenken. Nach einem kurzen Theorieteil werden in dieser Weiterbildung verschiedene Beispiele (unter anderem auch eines mit alternierender Betreuung) gemeinsam durchgespielt beziehungsweise -gerechnet.

Kursleitung

Ronnie Bettler, Oberrichter

Referierender

Daniel Bähler, ehemaliger Oberrichter (bis 2022)

Dauer

½ Tag, 08.15 bis ca. 12.00 Uhr

Termin

Dienstag, 28. Januar 2025

Kursort

Kursraum KAIO, Schulungsraum 16,
Wildhainweg 9, 3012 Bern

Anmeldefrist

31. Dezember 2024

Hinweise

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz. Die Weiterbildung ist auf 24 Teilnehmende beschränkt; massgebend ist der Zeitpunkt des Eingangs der Anmeldung.

Cours 1 / 2025 (traduction)

Tablettes de calcul des besoins d'entretien en droit de la famille

Cette formation est une répétition de celle qui a été organisée à plusieurs reprises au cours des deux dernières années. Elle est à nouveau proposée en langue allemande en raison de la forte demande.

Les tablettes de calcul des besoins d'entretien en droit de la famille, développées par Daniel Bähler et Annette Spycher, professeure et dr en droit, sont devenues indispensables dans la pratique quotidienne. Après une courte partie théorique, plusieurs exemples (notamment concernant la garde alternée) seront abordés dans ce cours et exercés ensemble.

Direction du cours

Ronnie Bettler, juge d'appel

Conférencier

Daniel Bähler, ancien juge d'appel (jusqu'en 2022)

Durée

½ journée, 08.15 jusqu'à env. 12.00 heures

Date

Mardi 28 janvier 2025

Lieu

Salle de cours n° 16 de l'OIO,
Wildhainweg 9, 3012 Berne

Délai d'inscription

31 décembre 2024

Remarques

Ouvert aux membres de la justice bernoise. Le nombre de participants est limité à 24 personnes. La date de l'inscription est déterminante.

Cours 2 / 2025

Journée en droit pénal

Cette nouvelle journée de formation permettra d'aborder des thématiques diverses et en particulier les modifications du droit pénal en matière sexuelle, en vigueur depuis juillet 2024.

Nous nous pencherons en outre sur les questions liées à la cybercriminalité, toujours plus présentes pour les praticiens que nous sommes. Nous nous intéresserons en outre au positionnement de la Suisse face au terrorisme, vu les affaires récentes dans la presse qui ne peuvent que nous interpeller.

Le Service des Migrations de la Ville de Bienne nous présentera en outre son office, en particulier son activité en matière d'expulsion pénale. Nous clôturerons enfin cette journée par un rappel de la jurisprudence en droit pénal matériel et procédural.

Direction du cours

Marguerite Ndiaye, Présidente

Durée

1 journée, 09.00 jusqu'à 15.30 heures

Conférenciers/ères

Loïc Parein, Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et Avocat associé en l'Étude AVOCATS-CH

Pierre Voisard, Procureur au Ministère public, Jura bernois-Seeland

Géraldine Casutt, Chercheuse spécialisée sur le jihadisme au féminin et fondatrice d'InExtremis

Marcel Ryser, Suppléant de la Responsable du Service des habitants et services spéciaux, Secteur des migrations de la Ville de Bienne

Bernhard Sträuli, Professeur ordinaire et Directeur du Département de droit pénal de l'Université de Genève

Date

Jeudi, 13 mars 2025

Lieu du cours

Palais des Congrès, rue Centrale 60, 2501 Biel/Bienne

Délai d'inscription

Jeudi, 6 mars 2025

Coûts

CHF 200.00 pour les membres de l'AAB

Remarques

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

Kurs 2 / 2025 (Übersetzung)

Tagung zum Strafrecht

An dieser weiteren Tagung werden verschiedene Themen beleuchtet, insbesondere die Revision des Sexualstrafrechts, welche im Juli 2024 in Kraft getreten ist.

Daneben werden Fragen zur Cyberkriminalität diskutiert, welche in unserer Praxis immer aktueller werden.

Weiter beschäftigen wir uns mit der Positionierung der Schweiz in Belangen des Terrorismus vor dem Hintergrund der jüngsten Medienberichterstattungen, welche uns aufhorchen lassen.

Schliesslich stellt der Migrationsdienst der Stadt Biel sein Amt vor, insbesondere auch die Abläufe bei der strafrechtlichen Landesverweisung.

Abgerundet wird die Tagung durch eine Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Straf- und Strafprozessrecht.

Kursleitung

Marguerite Ndiaye, Gerichtspräsidentin

Dauer

1 Tag, 09.00 bis 15.30 Uhr

Referierende

Loïc Parein, Lehrbeauftragter an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Fribourg und Anwalt in der Kanzlei AVOCATS-CH

Pierre Voisard, Staatsanwalt, Berner Jura-Seeland

Géraldine Casutt, Forscherin im Bereich Jihadismus bei Frauen und Gründerin von InExtremis

Marcel Ryser, Stv. Leiter der Einwohner- und Spezialdienste, Bereich Migration, Stadt Biel

Bernhard Sträuli, Ordentlicher Professor und Direktor des Departements für Strafrecht an der Universität Genf

Termin

Donnerstag, 13. März 2025

Kursort

Kongresshaus, Zentralstrasse 60, 2501 Biel/Bienne

Anmeldefrist

Donnerstag, 6. März 2025

Kosten

CHF 200.00 für Mitglieder des BAV

Hinweise

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

Kurs 3 / 2025

Erkenntnisse aus einem Jahr StPO-Revision: Siegelung und andere «Baustellen»

Nach gut einem Jahr teilrevidierter StPO ist es an der Zeit für eine Auslegeordnung. Ein einleitender Überblick aus Sicht der Lehre zeigt Wichtiges, Nebensächliches und verpasste Chancen auf. Ferner: Welche Erfahrungen machen Staatsanwaltschaften und Gerichte sowie die Anwaltschaft mit den neuen Regelungen? Welche Hürden bieten insbesondere das neue Siegelungsrecht? Und welche Fallstricke zeigen sich bei der Beurteilung von Zivilforderungen im Strafbefehlsverfahren? Ziel der Veranstaltung ist es, die Teilnehmenden mit der aktuellen Rechtsprechung zu den revidierten Bestimmungen vertraut zu machen, auf Schwierigkeiten hinzuweisen, aber auch vorauszublicken, wo allenfalls weiterer Reformbedarf besteht.

Kursleitung

Christof Scheurer,
Stellvertretender Generalstaatsanwalt
Barbara Lips,
Gerichtspräsidentin, Wirtschaftsstrafgericht

Referierende

Professor Christof Riedo, Universität Bern
Patrizia Krug/Jacqueline Bannwarth,
Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft
Beat Brechbühl, Gerichtspräsident,
Kantonales Zwangsmassnahmengericht
Rechtsanwalt Jürg Wernli, Bern

Dauer

½ Tag, 14.00 Uhr

Termin

Mittwoch, 19. März 2025

Kursort

Assisensaal, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Anmeldefrist

Mittwoch, 12. März 2025

Kosten

CHF 100.00 für Mitglieder des BAV

Hinweise

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

Cours 3 / 2025 (traduction)

Les expériences faites en une année depuis la révision du CPP: la mise sous scellés et les autres domaines touchés

Une année après l'entrée en vigueur de la révision partielle du CPP, un bilan est de mise. En guise d'introduction, nous passerons en revue les points principaux, les aspects secondaires et les espoirs déçus, sous la loupe de la doctrine : quelles sont les expériences faites par le ministère public, les tribunaux et les avocats avec les nouvelles dispositions ? Quels obstacles résultent en particulier du nouveau droit de la mise sous scellés ? Et quels sont les nœuds gordiens à dénouer lors de l'examen de prétentions civiles en procédure relative à une ordonnance pénale ? Le but de ce cours consiste à exposer aux participants la jurisprudence actuelle concernant les dispositions révisées du CPP, à mettre en lumière les difficultés rencontrées dans ce contexte, mais aussi à se tourner vers l'avenir et à situer les autres points où des réformes seraient les bienvenues.

Direction du cours

Christof Scheurer, suppléant du Procureur général
Barbara Lips, présidente du tribunal, Tribunal pénal économique

Conférenciers/ères

Prof Christof Riedo, Université de Berne
Patrizia Krug/Jacqueline Bannwarth,
Ministère public de Bâle-Campagne
Beat Brechbühl, président du tribunal,
Tribunal cantonal des mesures de contrainte
Jürg Wernli, avocat, Berne

Durée

½ journée, 14.00 heures

Date

Mercredi, 19 mars 2025

Lieu du cours

Salle des assises, Amthaus,
Hodlerstrasse 7, 3011 Berne

Délai d'inscription

Mercredi, 12 mars 2025

Coûts

CHF 100.00 pour les membres de l'AAB

Remarques

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

Kurs 4 / 2025

Die Kunst des Kompromisses: Vergleichsverhandlungen aus anwaltschaftlicher Perspektive

Verhandelt wird in der Justiz praktisch überall: bei der Schlichtungsbehörde, vor Zivilgericht, bei der Staatsanwaltschaft, vor dem Strafeinzelgericht. Haben Sie sich auch schon überlegt, wie sich die Anwaltschaft auf Vergleichsverhandlungen vorbereitet? Oder sich auch schon gefragt, was bei Vergleichsverhandlungen zielführend ist und wie Ihr Vorgehen bei den Parteien ankommt? Die drei Referierenden halten Ihnen den Spiegel vor und zeigen den anwaltlichen Blickwinkel auf. Sie sind alle im Straf- und Zivilbereich forensisch tätig und verfügen über reichhaltige Erfahrungen im Verhandeln. Das Inputreferat sowie die anschliessenden Erfahrungsberichte sollen zur Selbstreflexion und Diskussion anregen.

Kursleitung

Evelyne Halder, Rechtsanwältin, Leitende Gerichtsschreiberin, Regionalgericht Oberland
Andreas Kind, Dr. iur., Staatsanwalt, Kantonale Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte

Referierende

Lukas Wyss, Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner bei Bratschi AG (Inputreferat)
Prisca Graf-Gottschall, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Familienrecht, Mediatorin SAV, Hadorn.Graf, Spiez
Franz Müller, Fürsprecher und Notar, das advokaturbüro, Bern

Dauer

½ Tag, 09.00 bis 11.30 Uhr

Termin

Dienstag, 6. Mai 2025

Kursort

Assisensaal, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Anmeldefrist

Dienstag, 29. April 2025

Kosten

CHF 100.00 für Mitglieder des BAV

Hinweise

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

Cours 4 / 2025 (traduction)

L'art du compromis: les négociations en vue d'une transaction dans l'optique de l'avocat

Les négociations sont courantes dans pratiquement tous les domaines de la justice: auprès des autorités de conciliation, devant les tribunaux civils, le ministère public ou le tribunal pénal, notamment devant le ou la juge unique. Vous êtes-vous déjà demandé comment un avocat se prépare à des négociations transactionnelles? Ou encore quels sont les points déterminants dans de telles négociations et comment l'autre partie réagit à vos propositions? Les trois conférencière et conférenciers vous placeront devant un miroir et vous montreront l'optique de l'avocat dans de telles situations. Elle et ils sont actifs devant les tribunaux et disposent d'une riche expérience dans la négociation. L'exposé initial et les récits de leurs expériences vous inciteront à la réflexion et à la discussion.

Direction du cours

Evelyne Halder, avocate et première greffière au Tribunal régional de l'Oberland

Andreas Kind, dr en droit, procureur, Ministère public cantonal chargé de la poursuite des infractions économiques

Conférenciers/ères

Lukas Wyss, dr en droit, avocat, associé chez Bratschi SA (exposé initial)

Prisca Graf-Gottschall, avocate, spécialiste FSA en droit de la famille et en médiation, Hadorn.Graf, Spiez

Franz Müller, avocat et notaire, das advokaturbüro, Berne

Durée

½ journée, 09.00 jusqu'à 11.30 heures

Date

Mardi, 6 mai 2025

Lieu du cours

Salle des assises, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Berne

Délai d'inscription

Mardi, 29 avril 2025

Coûts

CHF 100.00 pour les membres de l'AAB

Remarques

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

Kurs 5 / 2025

Buchhaltung / Rechnungslegung für Juristinnen und Juristen

Sei es etwa im Vermögensstrafrecht, bei der Nachlassstundung, der Konkursbeschwerde, der Überschuldung der Gesellschaft oder bei der Unterhaltsberechnung mit selbstständig Erwerbenden: In vielen Rechtsgebieten sind wir mit Rechnungslegungsfragen konfrontiert oder müssen aus den entsprechenden Dokumenten (wie Bilanz oder Erfolgsrechnung) etwas ableiten können.

Diese Weiterbildung führt sie in die Rechnungslegung ein und deckt insbesondere Folgendes ab:

- Darstellung der gesetzlichen Grundlagen zur Rechnungslegung
 - Bedeutung des Rechnungswesens für die Gerichtspraxis
 - Konkrete Inhalte der Jahresrechnung (Bilanz, Erfolgsrechnung, Anhang)
 - Bewertungsfragen
 - Konkrete Beispiele
-

Kursleitung

Ronnie Bettler, Oberrichter

Dauer

½ Tag, 08.30 bis 12.00 Uhr

Referierender

Adriano Toma, Dr. iur., Rechtsanwalt,
eidg. dipl. Experte in Rechnungslegung und
Controlling, Betriebswirtschafter HF

Termin

Donnerstag, 26. Juni 2025

Kursort

Assisensaal, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Anmeldefrist

Donnerstag, 19. Juni 2025

Kosten

CHF 100.00 für Mitglieder des BAV

Hinweise

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und
Mitglieder des BAV

Cours 5 / 2025 (traduction)

Comptabilité / Tenue des comptes pour juristes

Que ce soit en droit pénal économique, en cas de sursis concordataire, de recours en matière de faillite, de surendettement d'une société ou de calcul de contributions d'entretien pour les travailleurs indépendants : beaucoup de domaines juridiques ont des rapports étroits avec la comptabilité et nécessitent de se confronter avec des documents comptables (comme des bilans ou des comptes de pertes et profits).

Ce cours a pour but de présenter la tenue des comptes d'une manière générale et abordera en particulier les domaines suivants :

- bases légales en matière de comptabilité
 - importance de la comptabilité dans la jurisprudence
 - contenu concret des comptes annuels (bilan, compte de pertes et profits, annexes)
 - questions d'évaluation de la comptabilité
 - exemples concrets
-

Direction du cours

Ronnie Bettler, juge d'appel

Conférencier

Adriano Toma, Dr en droit, avocat, expert fédéral en comptabilité et controlling, économiste HF

Durée

½ journée, 08.30 jusqu'à 12.00 heures

Date

Jeudi, 26 juin 2025

Lieu du cours

Salle des assises, Amthaus,
Hodlerstrasse 7, 3011 Berne

Délai d'inscription

Jeudi, 19 juin 2025

Coûts

CHF 100.00 pour les membres de l'AAB

Remarques

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

Kurs 6 / 2025

Fahrlässigkeitsdelikte in der Praxis

Diese Weiterbildungsveranstaltung beleuchtet praxisrelevante Aspekte rund um das Fahrlässigkeitsdelikt. Prof. Dr. iur. Christof Riedo eröffnet die Weiterbildungsveranstaltung mit einer Übersicht zum Fahrlässigkeitsdelikt und einer Präsentation ausgewählter Aspekte davon. Anschließend referieren Dr. iur. Silvia Schweizer und Dr. iur. Andreas Schröder praxisbezogen aus Sicht des Strafgerichts zum Anklageprinzip bei Fahrlässigkeitsdelikten, bevor Rechtsanwalt Marco M. Jauner die Veranstaltung abrundet mit einem ebenfalls praxisorientierten Referat aus Sicht der Strafverteidigung.

Kursleitung

Sarah Wildi, Staatsanwältin, Staatsanwaltschaft für Besondere Aufgaben

Referierende

Prof. Dr. iur. Christof Riedo, Ordentlicher Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Bern

Dr. iur. Silvia Schweizer, Gerichtspräsidentin, Strafgericht, Zwangsmassnahmengericht und Jugendgericht, Kanton Basel-Landschaft

Dr. iur. Andreas Schröder, Gerichtspräsident, Strafgericht, Zwangsmassnahmengericht und Jugendgericht, Kanton Basel-Landschaft

Marco M. Jauner, MLaw Rechtsanwalt, Teichmann International (Schweiz) AG, Zürich

Dauer

½ Tag, 13.30 bis 17.00 Uhr

Termin

Donnerstag, 16. Oktober 2025

Kursort

Assisensaal, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Anmeldefrist

Donnerstag, 9. Oktober 2025

Kosten

CHF 100.00 für Mitglieder des BAV

Hinweise

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

Cours 6 / 2025 (traduction)

Les infractions par négligence dans la pratique

Ce cours de formation continue met en lumière les aspects pratiques concernant les infractions commises par négligence. Christof Riedo, professeur et dr en droit, nous présentera en premier lieu une vue d'ensemble des infractions commises par négligence et mettra l'accent sur certains aspects de celles-ci. Silvia Schweizer, dr en droit, et Andreas Schröder, dr en droit, nous exposeront ensuite la pratique relative à la maxime d'accusation en matière d'infractions par négligence, du point de vue des tribunaux. Enfin, Marco M. Jauner nous fera part du point de vue de l'avocat sur la pratique en la matière.

Direction du cours

Sarah Wildi, procureure, Ministère public des tâches spéciales

Conférenciers/ères

Christof Riedo, dr en droit et professeur ordinaire de droit pénal et de procédure pénale à l'Université de Berne

Silvia Schweizer, dr en droit, présidente du tribunal, Tribunal pénal, des mesures de contrainte et des mineurs, canton de Bâle-Campagne

Andreas Schröder, dr en droit, président du tribunal, Tribunal pénal, des mesures de contrainte et des mineurs, canton de Bâle-Campagne

Marco M. Jauner, MLaw, avocat, Teichmann International (Suisse) SA, Zurich

Durée

½ journée, 13.30 jusqu'à 17.00 heures

Date

Jeudi, 16 octobre 2025

Lieu du cours

Salle des assises, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Berne

Délai d'inscription

Jeudi, 9 octobre 2025

Coûts

CHF 100.00 pour les membres de l'AAB

Remarques

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

Cours 7 / 2025

Journée en droit civil

Nous aborderons des thématiques variées lors de cette journée de droit civil, en particulier la formulation et le chiffrage des conclusions civiles et certaines problématiques en procédure civile. Nous nous pencherons également sur la place de l'intelligence artificielle dans le droit. Nous examinerons enfin les modifications en lien avec le renforcement des mesures de lutte contre la faillite avant de nous pencher sur un rappel de la jurisprudence topique en LP.

Direction du cours

Marguerite Ndiaye, présidente du tribunal

Durée

1 journée, 09.00 jusqu'à 15.30 heures

Conférenciers/ères

Dr Michel Heinzmann, professeur ordinaire
à l'Université de Fribourg

Florence Guillaume, professeure ordinaire de la
chaire de droit civil, du droit international privé
et du droit numérique de l'Université de Neuchâtel

Laurent Grobéty, avocat, Etude NOMEA Notter
Mégevand & Associés, professeur associé au départe-
ment de droit commercial

Bruno Pasquier, dr en droit et professeur extraordi-
naire en droit privé à UniDistance Suisse

Date

Jeudi 23 octobre 2025

Lieu du cours

Palais des Congrès, rue Centrale 60, 2501 Biel/Bienne

Délai d'inscription

Jeudi 16 octobre 2025

Coûts

CHF 200.00 pour les membres de l'AAB

Remarques

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

Kurs 7 / 2025 (Übersetzung)

Tagung zum Zivilrecht

An dieser Zivilrechtstagung werden verschiedene Themen vorgestellt. Neben Formulierung und Bezifferung von Rechtsbegehren im Zivilprozess werden weitere Problemfelder beleuchtet wie namentlich der Einsatz künstlicher Intelligenz im Recht oder die verschärften Massnahmen im Kampf gegen Konkurse. Beschlossen wird die Tagung mit einer Übersicht aus der Rechtsprechung zum SchKG.

Kursleitung

Marguerite Ndiaye, Gerichtspräsidentin

Referierende

Dr. Michel Heinzmann, Ordentlicher Professor an der Universität Fribourg

Florence Guillaume, Ordentliche Professorin am Lehrstuhl für Zivilrecht, internationales Privatrecht sowie digitalem Recht der Universität Neuenburg

Laurent Grobéty, Rechtsanwalt, NOMEA Notter Mégevand & Associés, Assoziierter Professor in der Abteilung für Wirtschaftsrecht

Prof. Dr. Bruno Pasquier, ausserordentlicher Professor im Zivilrecht an der UniDistance Suisse

Dauer

1 Tag, 9.00 bis 15.30 Uhr

Termin

Donnerstag, 23. Oktober 2025

Kursort

Kongresshaus, Zentralstrasse 60, 2501 Biel/Bienne

Anmeldefrist

Donnerstag, 16. Oktober 2025

Kosten

CHF 200.00 für Mitglieder des BAV

Hinweise

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

Kurs 8 / 2025

Die Strafe mit der Strafzumessung: Gesamtstrafenbildung, Geldstrafe, insbesondere Tagessatzberechnung und andere «Fallstricke» bei der täglichen Arbeit

Die Strafzumessung beschäftigt uns alle praktisch täglich und doch stellen sich immer wieder heikle Fragen: Wie geht man «lege artis» vor bei der Gesamtstrafenbildung? Was ist zu beachten bei der Tagessatzberechnung? Und welche «Praktikermethoden» helfen bei der Strafzumessung im Betäubungsmittelbereich? Diesen und anderen Fragen will die Veranstaltung nachgehen: Ein Vertreter des Bundesgerichts wird ebenso zu Wort kommen wie eine Vertreterin der Lehre und eine Praktikerin der Strafbefehlsabteilung. Und der Kursleiter wird versuchen, die Praxis des Obergerichts im Betäubungsmittelstrafrecht kurz zu umreissen.

Kursleitung

Samuel Schmid, Oberrichter
Barbara Lips, Gerichtspräsidentin,
Wirtschaftsstrafgericht

Referierende

Dr. Annette Dolge, Obergerichtspräsidentin Schaffhausen und Lehrbeauftragte an der Universität Bern
Rolf von Felten, Bundesrichter
Yvonne Leuthold, Staatsanwältin
Samuel Schmid, Oberrichter

Dauer

½ Tag, 14.00 bis ca. 17.30 Uhr

Termin

Mittwoch, 5. November 2025

Kursort

Assisensaal, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Anmeldefrist

Mittwoch, 29. Oktober 2025

Kosten

CHF 100.00 für Mitglieder des BAV

Hinweise

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

Cours 8 / 2025 (traduction)

La peine et la mesure de la peine : la fixation d'une peine globale, la peine pécuniaire, en particulier le calcul des jours-amende, et autres particularités de la pratique quotidienne

La mesure de la peine nous occupe pratiquement tous les jours et nous nous posons des questions délicates dans ce contexte : comment procéder pour fixer une peine globale dans les règles de l'art ? A quoi doit-on prendre garde dans la fixation des jours-amende ? Et quelles sont les méthodes pratiques qui peuvent nous aider à fixer une peine dans le domaine des infractions avec des produits stupéfiants ? Toutes ces questions et bien d'autres seront abordées dans ce cours. Un représentant du Tribunal fédéral prendra la parole, tout comme une représentante des milieux académiques et une praticienne du droit pénal. Le présentateur du cours, quant à lui, tentera d'exposer brièvement la jurisprudence de la Cour suprême en matière d'infractions avec des produits stupéfiants.

Direction du cours

Samuel Schmid, juge d'appel
Barbara Lips, présidente du tribunal,
Tribunal pénal économique

Conférenciers/ères

Annette Dolge, dr en droit, présidente de la
Cour suprême de Schaffhouse et chargée de cours
à l'Université de Berne

Rolf von Felten, juge fédéral
Yvonne Leuthold, procureure
Samuel Schmid, juge d'appel

Durée

½ journée, 14.00 jusqu'à env. 17.30 heures

Date

Mercredi, 5 novembre 2025

Lieu du cours

Salle des assises, Amthaus,
Hodlerstrasse 7, 3011 Berne

Délai d'inscription

Mercredi, 29 octobre 2025

Coûts

CHF 200.00 pour les membres de l'AAB

Remarques

Ouvert aux membres de la Justice bernoise, de la
Police cantonale ainsi qu'aux membres de l'AAB

Kurs 9 / 2025

«Update» Unterhaltsrecht

Die Berechnung von Unterhaltsleistungen aller Art ist komplex. In der Praxis der Zivilgerichte ist die sachgerechte Anwendung ein häufiges und wichtiges Thema. In dieser Weiterbildung fasst Prof. Dr. Annette Spycher wichtige Grundsätze und neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zusammen. Daniel Bähler erläutert anhand von Beispielen sowie der Berechnungsblätter konkrete Anwendungsfälle und besonders heikle Themen der Unterhaltsberechnung.

Kursleitung

Ronnie Bettler, Oberrichter

Referierende

Daniel Bähler, ehemaliger Oberrichter (bis 2022)
Annette Spycher, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin

Dauer

½ Tag, 08.15 bis 12.00 Uhr

Termin

Donnerstag, 13. November 2025

Kursort

Assisensaal, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Anmeldefrist

Donnerstag, 6. November 2025

Kosten

CHF 100.00 für Mitglieder des BAV

Hinweise

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz und Mitglieder des BAV

Cours 9 / 2025 (traduction)

Droit des contributions d'entretien : «Update»

Le calcul des contributions d'entretien de tous genres est une matière complexe. Dans la pratique des tribunaux civils, il constitue une question importante et fréquente. Dans ce cours, Annette Spycher, professeure et dr en droit, résumera les principes les plus importants qui s'y appliquent et la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral. Par ailleurs, Daniel Bähler expliquera à l'aide d'exemples concrets et des tables de calcul les cas les plus courants et les aspects les plus délicats dans ce domaine.

Direction du cours

Ronnie Bettler, juge d'appel

Conférenciers/ères

Daniel Bähler, ancien juge d'appel (jusqu'en 2022)
Annette Spycher, professeure et dr en droit, avocate

Durée

½ journée, 08.15 jusqu'à 12.00 heures

Date

Jeudi, 13 novembre 2025

Lieu

Salle des assises, Amthaus,
Hodlerstrasse 7, 3011 Berne

Délai d'inscription

Jeudi, 6 novembre 2025

Coûts

CHF 100.00 pour les membres de l'AAB

Remarques

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

Kurs 10 / 2025

Sozialversicherungsrecht und Scheidung

Eine Scheidung oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft hat nicht zuletzt auch Auswirkungen im Bereich des Sozialversicherungsrechts. In der AHV kann beispielsweise eine eigene Beitragspflicht entstehen oder die Rentenhöhe ändern. In der IV kann beispielsweise aufgrund eines Statuswechsels ein bestehender Rentenanspruch gar erlöschen. Auch im Bereich der Ergänzungsleistungen fällt die gemeinsame Berechnungsgrundlage weg, was zur Neuberechnung oder zum Verlust des Anspruchs führt. Im Bereich der beruflichen Vorsorge geht es sodann um die Teilung der während der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft erworbenen Ansprüche. Diese Weiterbildung legt primär den Fokus auf die Fragen, die sich in der ersten Säule stellen.

Kursleitung

Nils Stohner, Verwaltungsrichter

Referierende

Carol Frey, Verwaltungsrichterin

Dauer

½ Tag, 09.00 bis 12.00 Uhr

Termin

Donnerstag, 27. November 2025

Kursort

Assisensaal, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Anmeldefrist

Donnerstag, 20. November 2025

Hinweise

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Cours 10 / 2025 (traduction)

Droit des assurances sociales et divorce

Un divorce ou la dissolution d'un partenariat enregistré a également des conséquences dans le domaine du droit des assurances sociales. Dans l'AVS, par exemple, une obligation de cotiser peut naître ou le montant de la rente peut être modifié. Dans l'AI, un changement de statut peut même entraîner l'extinction du droit à la rente. Dans le domaine des prestations complémentaires également, la base de calcul commune disparaît, ce qui entraîne un nouveau calcul ou la perte du droit. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, il s'agit ensuite du partage des droits acquis pendant le mariage ou le partenariat enregistré. Cette formation se concentre en premier lieu sur les questions qui se posent dans le premier pilier.

Direction du cours

Nils Stohner, juge administratif

Conférencière

Carol Frey, juge administrative

Durée

½ journée, 09.00 jusqu'à 12.00 heures

Date

Jeudi, 27 novembre 2025

Lieu

Salle des assises, Amthaus,
Hodlerstrasse 7, 3011 Berne

Délai d'inscription

Jeudi, 20 novembre 2025

Remarques

Ouvert aux membres de la justice bernoise

Kurs 1 / 2026

Urteilsredaktion

Urteile sollen nicht nur inhaltlich, sondern auch betreffend Sprache, Verständlichkeit und Form überzeugen. Der Kurs widmet sich diesen letztgenannten Themen und soll sie praxisnah und anhand von Beispielen behandeln. Neben sprachlichen Aspekten der Urteilsredaktion gehören auch Ausführungen zu Aufbau, Zitierung, etc. dazu. Zudem sollen praktische Tipps und Tricks nicht fehlen.

Kursleitung

Nils Stohner, Verwaltungsrichter

Referierende

Stefan Höfler, Leiter der Zentralen Sprachdienste (Sektion Deutsch) der Bundeskanzlei und Privatdozent für Rechtsetzungslehre und Rechtslinguistik an der Universität Zürich

Ronnie Bettler, Oberrichter

Dauer

½ Tag, 08.30 bis 12.00 Uhr

Termin

Donnerstag, 22. Januar 2026

Kursort

Assisensaal, Amthaus, Hodlerstrasse 7, 3011 Bern

Anmeldefrist

Donnerstag, 15. Januar 2026

Hinweise

Offen für die Mitglieder der bernischen Justiz

Cours 1 / 2026 (traduction)

Rédaction des jugements

Les jugements ne doivent pas uniquement être convaincants du point de vue de leur contenu, mais aussi compréhensible linguistiquement et formellement. Ce cours est consacré à tous ces aspects et les abordera de manière pratique, au moyen d'exemples. Outre les aspects linguistiques de la rédaction des jugements, leur conception, la forme des citations, etc. seront également traitées. Enfin, des conseils pratiques et des trucs ne manqueront pas.

Direction du cours

Nils Stohner, juge administratif

Conférenciers/ères

Stefan Höfler, chef des Services linguistiques centraux de la Chancellerie fédérale (section allemande) et professeur privé de légistique et de linguistique juridique à l'université de Zurich

Ronnie Bettler, juge d'appel

Durée

½ journée, 08.30 jusqu'à 12.00 heures

Date

Jeudi, 22 janvier 2026

Lieu

Salle des assises, Amthaus,
Hodlerstrasse 7, 3011 Berne

Délai d'inscription

Jeudi, 15 janvier 2026

Remarques

Ouvert aux membres de la justice bernoise

Neue Gesichter in der Berner Justiz Nouveaux visages de la Justice bernoise



Timothy Aubry-Geiser

Président au Tribunal régional Jura bernois-Seeland

Né à Bienne en 1989. 2008–2013 Etudes de droit aux Universités de Neuchâtel et Lucerne. 2014–2016 stages pour le brevet d’avocat dans le canton de Berne. 2016–2017 greffier remplaçant au Tribunal régional Jura bernois-Seeland. 2017 obtention du brevet d’avocat bernois. 2017-2019 greffier au Tribunal administratif fédéral. 2019–2022 juriste à la mairie et à la chancellerie de la Ville de Bienne. 2022–2024 greffier au Tribunal régional Jura bernois-Seeland. Juin–octobre 2024 Président extraordinaire au Tribunal régional Jura bernois-Seeland. Elu Président au Tribunal régional Jura bernois-Seeland le 6 juin 2024. Entrée en fonction le 1^{er} novembre 2024.



Bettina Bochsler

Oberrichterin

Geboren am 5. Oktober 1973. Studium der Rechtswissenschaften in Bern. 2001 bernisches Fürsprecherpatent. 2001-2005 Rechtsanwältin im Bereich Immaterialgüterrecht in Klosters GR. 2005-2007 Kammerschreiberin am Obergericht des Kantons Bern in der Anklagekammer sowie der 1. Strafkammer, zudem 6 Monate a.o. Untersuchungsrichterin im Untersuchungsrichteramt III in Bern. 2008-2024 Gerichtspräsidentin am Regionalgericht Bern-Mittelland, Strafabteilung. Ab 1. Juni Start als Oberrichterin am Obergericht des Kantons Bern, Strafabteilung.

Rahel Geissbühler

Gerichtspräsidentin am Kantonalen Zwangsmassnahmengericht

Geboren am 21. Juni 1992. Bürgerin von Lützelflüh BE. 2011–2017 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bern. 2017–2018 Gerichts- und Anwaltspraktika in Bern und Thun. 2019 Patentierung zur Rechtsanwältin. 2019–2020 Gerichtsschreiberin im Kanton Wallis. 2020–2024 Gerichtsschreiberin bei der Schlichtungsbehörde Bern-Mittelland. Von Februar 2024–September 2024 Einsatz als a.o. Gerichtspräsidentin am Kantonalen Zwangsmassnahmengericht. Wahl zur Gerichtspräsidentin in der Sommersession 2024. Amtsantritt per 1. Oktober 2024.



David Richard Isliker
Verwaltungsrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern,
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Geboren am 10. Mai 1988. Bürger von Winterthur ZH und Kleinandelfingen ZH. 2008–2014 Studium der Rechtswissenschaften in Zürich. 2014–2015 Praktika beim Bezirksgericht Uster und dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau. 2016–2019 Gerichtsschreiber am Versicherungsgericht des Kantons Aargau. 2018 Patentierung zum Rechtsanwalt. 2019–2024 Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung. Wahl zum Verwaltungsrichter in der Wintersession 2023. Amtsantritt per 1. April 2024.



Fabienne Obrecht
Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland

Geboren am 17. Mai 1982. 2003–2008 Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg i.Ue. und Bern. 2010 bernisches Anwaltspatent. 2011–2013 juristische Sekretärin und a.o. Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland. 2013–2014 juristische Sekretärin bei der Staatsanwaltschaft Emmental-Oberaargau. 2014–2020 Untersuchungsbeamtin bei der Eidgenössischen Spielbankenkommission. 2020–Januar 2024 Assistenz-Staatsanwältin und Staatsanwältin a.i. bei der Bundesanwaltschaft. Seit Februar 2024 Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland.



Dominik Ruch
Gerichtspräsident am Regionalgericht Bern-Mittelland

Geboren am 17. Dezember 1985 in Bern. Aufgewachsen in Wasen i.E. Bürger von Sumiswald BE. 2001–2004 Gymnasium Burgdorf. 2005–2010 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bern. 2010–2012 Praktika in Kanzlei, beim Regierungsstatthalteramt und am Gericht. 2013 Patentierung zum Rechtsanwalt, anschliessend Rechtsanwalt bei einer Rechtsschutzversicherung. April 2015–Mai 2024 Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Bern. Mai 2023–September 2023 sowie Januar 2024–Mai 2024 Einsatz als a.o. Gerichtspräsident am Regionalgericht Bern-Mittelland (Straf-abteilung). Wahl zum Gerichtspräsidenten in der Frühlingsession 2024. Amtsantritt am 1. Juni 2024.



Alexander Spring
Gerichtspräsident am Kantonalen Zwangsmassnahmengericht

Geboren 1984 in Bern. 2003–2008 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bern und der Universität Helsinki. 2009 LL.M in Public International Law and Human Rights, Universität Tilburg/Niederlande. 2010–2013 wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Jörg Künzli an der Universität Bern und 2014 Verleihung des Dokortitels. 2014–2016 Gerichts- und Anwaltspraktika. 2017 Patentierung zum Rechtsanwalt. 2017–2021 Gerichtsschreiber am Verwaltungsgericht des Kantons Bern, verwaltungsrechtliche Abteilung. 2022–2023 Gerichtsschreiber am Regionalgericht Berner Jura-Seeland. Januar – Mai 2024 a.o.-Einsatz am Kantonalen Zwangsmassnahmengericht. Wahl zum Gerichtspräsidenten in der Frühlingssession 2024. Amtsantritt am 1. Juni 2024.

Neues aus dem Bundeshaus

Des nouvelles des autorités fédérales

Danielle Schwendener, Oberrichterin

Valérie Meier, Staatsanwältin bei der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland

Danielle Schwendener

Zivilrecht

Gesetzesänderungen per 1. Januar 2025

Massnahmen gegen Minderjährigenheiraten

Am 1. Januar 2013 traten die neuen Ziff. 5 und 6 von Art. 105 ZGB in Kraft. Damit wurden die unbefristeten Eheungültigkeitsgründe um jene der Zwangsheirat und der Minderjährigenheirat erweitert. In Erfüllung des Postulats «Evaluation der Revision des Zivilgesetzbuches vom 15. Juni 2012 (Zwangsheiraten)» von Sibel Arslan (NR G; Po. 16.3897) wertete der Bundesrat diese Gesetzesrevision aus und erkannte weiteren Handlungsbedarf. Mit Änderungen des ZGB, AIG, AsylG, PartG und IPRG werden ab 1. Januar 2025 minderjährige Verheiratete zukünftig noch besser geschützt. Die bisher unter Art. 105 ZGB aufgeführten Gründe unbefristeter Eheungültigkeit werden neu unter dem Randtitel «B. Absolute Ungültigkeitsgründe» in «I. Allgemeine Gründe» (Art. 105 nZGB; Polygamie, Urteilsunfähigkeit, Verwandtschaft, ausländerrechtliche Umgehung, Zwangsheirat) und «II. Ehe mit Minderjährigen» (Art. 105a nZGB, Ausbau und Neugewichtung der ehemaligen Ziff. 6 von Art. 105 ZGB) unterteilt.

Art. 105a Abs. 1 nZGB statuiert den Grundsatz, dass die Ehe vom Gericht für ungültig erklärt wird, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschliessung minderjährig war und im Zeitpunkt der Klageeinreichung das 25. Altersjahr noch nicht vollendet hat (Abs. 1). Damit will man dem betroffenen Ehegatten über die Mündigkeit hinaus genügend Zeit einräumen, sich seiner Situation bewusst zu werden. Ebenfalls soll diese Regelung das unter aktuellem Recht beobachtete Phänomen eindämmen, wonach bei ausländischen Minderjährigenehen vor einer Einreise in die Schweiz oft gezielt das Erreichen der Volljährigkeit abgewartet wird (vgl. dazu Evaluationsbericht des Bundesrates vom 29. Januar 2020, Ziff. 4.3.2). Die (potentielle) Ungültigkeit einer Minderjährigenehe heilt neu erst mit Eintritt des 25. Altersjahres. Danach ist die Berufung auf die Ungültigkeit unter dem Minderjährigenschutz nicht mehr möglich. Dies wurde mit der Revision denn auch explizit gesetzlich klargestellt, indem das jederzeitige Klagerrecht nach Art. 106 Abs. 3 ZGB neu mit einer entsprechenden zeitlichen Beschränkung für die Minderjährigenungültigkeit eingeschränkt wurde. Nach wie vor möglich bleibt aber auch nach Vollendung des 25. Altersjahres die Berufung auf den Ungültigkeitsgrund der Zwangsheirat (Art. 105 Ziff. 5 nZGB). Bei tatsächlicher Zwangsheirat und Anstreben einer Strafverfolgung (Art. 181a nStGB) ist der Klage nach Art. 105 Abs. 5 nZGB stets – auch vor Vollendung des 25. Altersjahres – der Vorrang vor der Ungültigkeitsklage wegen Minderjährigkeit zu geben (vgl. Botschaft BBl 2023 2127, S. 55).

Art. 105a Abs. 2 nZGB sieht zwei Ausnahmen vom vorerwähnten Grundsatz der Minderjährigenungültigkeit vor. Erstens, wenn das Gericht im Rahmen einer rechtzeitig eingereichten Ungültigkeitsklage ausnahmsweise zum Schluss gelangt, dass die Weiterführung der Ehe im überwiegenden

Interesse des noch minderjährigen Ehegatten ist und zudem dessen freiem Willen entspricht (Ziff. 1). Zweitens, wenn der betroffene Ehegatte volljährig geworden ist und aus freiem Willen erklärt, an der Ehe festhalten zu wollen (Ziff. 2). Die erste Ausnahme betrifft nur Minderjährigenehen, bei welchen der betroffene Ehegatte im Urteilszeitpunkt immer noch unmündig ist. Neben der sorgfältigen Prüfung des freien Willens zur Fortführung der Ehe ist auch eine gerichtliche Interessenabwägung nötig. Hierbei ist die Gesamtsituation zu betrachten. Gründe für die Fortführung der Ehe können bspw. Schwangerschaft bzw. ein gemeinsames Kind oder geringer Altersunterschied bei Eheschliessung kurz vor Erreichen der Volljährigkeit sein. Die Verweigerung der gerichtlichen Eheungültigkeitserklärung soll die absolute Ausnahme bleiben. Die zweite Ausnahme betrifft Minderjährigenehen, bei welchen der betroffene Ehegatte im Zeitpunkt der Klageeinreichung volljährig ist oder es im Verlauf des Verfahrens wird. Diesfalls prüft das Gericht nur noch die Freiwilligkeit der Willenserklärung des volljährig gewordenen Ehegatten zur Fortsetzung seiner Ehe. Im Vordergrund steht nun sein Selbstbestimmungsrecht und der Umstand, dass er in der Schweiz den gleichen Ehepartner nach Ungültigkeitserklärung umgehend wieder heiraten könnte. Beide Ausnahmen führen bei erfüllten Prüfungskriterien prozessual zu einer gerichtlichen Abweisung der Ungültigkeitsklage.

Übergangsrechtlich sieht Art. 7a SchIT nZGB vor, dass in Bezug auf Minderjährigenungültigkeit neues Recht zur Anwendung kommt, wenn die betreffende Ehe vor Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 2025 geschlossen wurde (Abs. 1). Von einem speziellen Übergangsrecht profitiert der im Zeitpunkt der Eheschliessung minderjährige Ehegatte, welcher am 1. Januar 2025 bereits volljährig ist und damit altrechtlich die endgültige Heilung der Eheungültigkeit hinnehmen müsste. Die Heilung wird auch für ihn nachverschoben, d.h. er darf bis zur Vollendung seines 25. Altersjahres ebenfalls nach Art. 105a nZGB klagen (Abs. 2).

Die Änderungen gemäss Art. 105 f. nZGB samt Übergangsbestimmung wurden dem Grundsatz nach auch im Partnerschaftsgesetz vorgenommen (Art. 9, 9a sowie 37b nPartG).

Zusätzlich ausgebaut soll der Schutz minderjähriger Ehegatten mittels IPRG-Revision werden: Durch den eingefügten Vorbehalt der Ungültigkeitsklage (Art. 45a IPRG) in Art. 45 Abs. 1 nIPRG wird explizit auch gesetzlich verankert, dass die Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe die Ungültigkeitsklage nicht ausschliesst. D.h. bezogen auf die Minderjährigenehe, dass deren schweizerische Anerkennung (welche bei erfüllten Voraussetzungen automatisch, also ohne Anerkennungsakt eintritt) einer Eheungültigkeitsklage nicht wirksam entgegengehalten werden kann. Weiter schränkt Art. 45 Abs. 3 nIPRG die Anerkennung von im Ausland geschlossenen Ehen neu auch in Bezug auf das Minderjährigenthema ein. So werden im Ausland geschlossene Ehen in der Schweiz gar nicht erst anerkannt, solange im Beurteilungszeitpunkt nicht beide Ehegatten mindestens 16-jährig sind (Bst. a). Das bedeutet, dass solche im Ausland

geschlossenen Ehen aus schweizerischer Sicht während einer gewissen Zeit keine Rechtswirksamkeit entfalten können, so dass auch keine Eheungültigkeitsklage nötig resp. möglich ist. Die Rechtsunwirksamkeit ist jedoch nur temporär: Sobald beide Ehegatten das 16. Altersjahr vollendet haben, wird die Unwirksamkeit geheilt und die Ehe in der Schweiz anerkannt. Erst dann stehen die Eheungültigkeitsklagen nach Art. 105 f. nZGB zur Verfügung. Eine Klageeinreichung *pro futuro* vor Vollendung des 16. Altersjahres ist nicht vorgesehen (vgl. Botschaft BBl 2023 2127, S. 62 ff.). Vorbehalten bleibt in jedem Fall die absolute Ungültigkeit nach Art. 45 Abs. 3 Bst. b nIPRG. Ob der so geschaffene faktische Schwebезustand (aufschiebend bedingte Ehe), in dem sich betroffene minderjährige Ehegatten bis zur Vollendung ihres 16. Altersjahres befinden, nur Vorteile bringt, ist zumindest fraglich. Dem schutzbedürftigen Kind wird zwar ein Gerichtsverfahren erspart, die Ordre public-Verletzung wird standardisiert unterbunden und die Signalwirkung ins Ausland verstärkt. Andererseits wird während des Schwebезustands ein Schweizer Eheungültigkeitsurteil verhindert, welches unter Umständen im Ausland anerkannt wird und so das Kind auch auf globaler Ebene schützen könnte. Zudem steht der minderjährige und mehrheitlich wohl aus seiner Heimat entwurzelte Ehegatte in der Schweiz gerade in den vulnerablen Lebensjahren unter 16 Jahren ohne Ansprüche aus Ehe recht da. Klageverfahren über absolute Ungültigkeitsgründe, zu welchen auch die Minderjährigenehe und die Zwangsheirat gehören, können kraft Art. 106 Abs. 2 ZGB immerhin durch ein Scheidungsurteil ausgehebelt werden; die Eheungültigkeit wird danach nicht mehr von Amtes wegen verfolgt. Durch die dadurch erzwungene Regelung der Trennungs- resp. Scheidungsfolgen dürften betroffene Minderjährige immer noch besser geschützt sein, als wenn die Ehe gar nicht erst wirksam wird. Ähnliches gilt bei der gerichtlichen Eheungültigkeitserklärung, für deren Wirkungen nach Art. 109 Abs. 2 ZGB immerhin sinngemäss die Bestimmungen über die Scheidung gelten. Weitere potentielle Benachteiligungen dürften sich im Erbrecht finden. Gemäss Botschaft sind die meisten Nachteile aber aufgrund der absehbaren Zeitdauer bis zur Heilung vernachlässigbar und der Schwebезustand insgesamt verhältnismässig (Botschaft BBl 2023 2127, S. 36). Übergangsrechtlich ist vorgesehen, dass die Gesetzesänderung sofort zur Anwendung kommt, auch wenn die Eheschliessung vorher erfolgte. Wird also im Falle eines unter 16-jährigen Ehegatten eine Ungültigkeitsklage erst nach Jahreswechsel erhoben, so kann auf diese nicht eingetreten werden, weil die ausländische Minderjährigenehe in der Schweiz per 1. Januar 2025 nicht mehr anerkannt ist und somit gar keine gültige Ehe vorliegt, die für ungültig erklärt werden könnte. Vor Inkrafttreten der Revision eingeleitete Ungültigkeitsklagen dürfen hingegen zu Ende geführt werden (Art. 199b nIPRG).

Bei verstärkter Anknüpfung an die Schweiz geht der Gesetzgeber im Minderjährigenschutz sogar noch einen Schritt weiter. Ehen werden definitiv nicht anerkannt, wenn im Zeitpunkt der Eheschliessung nicht beide Ehegatten 18-jährig waren und mindestens einer der Ehegatten Wohnsitz

in der Schweiz hatte (Bst. b). Damit soll insbesondere das sogenannte «Sommerferienheiraten» unterbunden werden, bei welchem meist gut integrierte Minderjährige mit Schweizer Wohnsitz für die Heirat ins Ausland ausweichen – freiwillig oder auf Geheiss der Familie – und sodann den Ehegatten in die Schweiz nachziehen. Die Regelung gilt aber auch im umgekehrten Fall, wenn Volljährige mit Schweizer Wohnsitz im Ausland Minderjährige heiraten. Anders als bei der Neuerung nach Bst. a ist die Verweigerung der Anerkennung unter Bst. b endgültig. Sobald beide Ehegatten volljährig sind, steht es ihnen zwar offen, einander (oder auch jemand anderes) zu heiraten, die neuerliche Bekundung des Ehemillens führt aber nicht zur Heilung der nicht anerkannten Minderjährigenehe, diese bleibt weiterhin unwirksam. Die nach ausländischen Bestimmungen weiterhin gültige Minderjährigenehe steht dem Eheschluss in der Schweiz nicht entgegen; das Problem der Wiederverheiratung bei hinkendem Rechtsverhältnis stellt sich bereits unter geltendem Recht, so dass auf eine bestehende Praxis dazu zurückgegriffen werden kann. Generell gelten für die Revision die allgemeinen Übergangsbestimmungen zur damaligen Einführung des IPRG (Art. 199a nIPRG). Für die definitive Anerkennungsverweigerung sieht Art. 199b nIPRG keine Spezialregelung vor. Somit gilt diese erst für ab 2025 geschlossene Ehen. Auf vorher geschlossene Ehen kommt aber immerhin Art. 105a nZGB zur Anwendung (Art. 7a SchIT nZGB), so dass auf Ungültigkeit geklagt werden kann.

Die Revision wurde sodann mit themenverwandten Neuerungen des Ausländer- und Integrationsgesetzes sowie des Asylgesetzes koordiniert. Neben kleineren Anpassungen in Art. 45a (Ehegattennachzug) und Art. 85c Abs. 3 (Nachzug) nAIG wird in Art. 51 Abs. 1^{bis} (Familienasyl) und Art. 71 Abs. 1^{bis} (Schutzgewährung) nAsyLG neu festgelegt, dass das SEM bei Verdacht auf die zivilrechtlichen Ungültigkeitsgründe der Zwangsehe oder der Minderjährigenehe seine Meldung an die für die zivilrechtliche Klageerhebung zuständige Behörde wie auch die Verfahrenssistierung erst nach der Einreise des betroffenen Ehegatten in die Schweiz machen darf.

Erbrechtsrevision IPRG

Mit Beschluss vom 26. Juni 2024 hat der Bundesrat das Inkrafttreten der Revision der IPRG-Erbrechtsnormen auf den 1. Januar 2025 festgesetzt. Mit der Revision wurde das internationale Erbrecht der Schweiz modernisiert und den Entwicklungen im Ausland, insbesondere mit Blick auf das Inkrafttreten der Europäischen Erbrechtsverordnung (EuErbVO; Verordnung [EU] Nr. 650/2012), angepasst. Die neuen Bestimmungen verringern das Risiko von Zuständigkeitskonflikten sowie sich widersprechenden Entscheiden der zuständigen Behörden. Gleichzeitig erhöhen sie die Rechtssicherheit für die Nachlassplanung und für die Erben. Personen mit Vermögenswerten in der Schweiz und im Ausland erhalten mit der Revision zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Regelung ihrer Erbangelegenheiten. Eine Anpassung war nicht zuletzt auch auf Grund des Anstiegs internationaler Erbangelegenheiten erforderlich.

Die wesentlichen Neuerungen betreffen u.a. die Heimatzuständigkeit und die Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache. Unter Art. 87 Abs. 1 und 88 Abs. 1 nIPRG werden der Ausnahmecharakter der Schweizer Zuständigkeit für die Behandlung des Nachlasses bei Erblassern mit letztem Wohnsitz im Ausland gefestigt und mit einer neuen Kann-Bestimmung gangbare Wege zur Vermeidung von Zuständigkeitskonflikten aufgezeigt. Mit Art. 87 Abs. 2 nIPRG wird dem Erblasser in Zukunft die Möglichkeit eröffnet, mittels Vorbehalts betreffend die Schweizer Zuständigkeit klarzustellen, dass er mit der Wahl des Schweizer Rechts nicht auch die Schweizer Zuständigkeit begründen wollte. Er kann damit die bisher mit der Rechtswahl automatisch einhergehende Prorogation (unwiderlegbare Vermutung, er habe mit der Wahl des schweizerischen Rechts auch eine schweizerische Zuständigkeit begründen wollen) verhindern. Damit hat er es in der Hand, positive Kompetenzkonflikte zu vermeiden (sog. Opt-out; vgl. dazu auch Art. 91 Abs. 2 nIPRG).

Weiter können Ausländer mit letztem Wohnsitz in der Schweiz dank dem neu eingefügten Art. 88b nIPRG die schweizerische Zuständigkeit wegbedingen («Abbedingung») durch ganz oder teilweise Unterstellung des Nachlasses unter die Zuständigkeit des ausländischen Heimatstaates (Abs. 1). Damit wird auch ihnen – gleich wie den Schweizer Staatsangehörigen – das Instrument der Prorogation zu Gunsten ihres Heimatstaates zur Verfügung gestellt. Eine definitive Wegbedingung der schweizerischen Zuständigkeit kann zudem auch in Bezug auf im Ausland gelegene Grundstücke erfolgen (Abs. 2). Diese Wegbedingung kann mit einer Prorogation nach Art. 87 Abs. 2 nIPRG kombiniert werden. Schweizer Staatsangehörige können ihren Nachlass der Zuständigkeit ihrer Heimatbehörden unterstellen und für ihr unbewegliches Vermögen die Zuständigkeit des Lagestaats vorbehalten.

Art. 90 und 91 IPRG bezeichnen das auf den Nachlass anwendbare Recht, das sogenannte Erbstatut. Diese beiden Artikel wurden im Zuge der Revision umgestaltet und inhaltlich neu gegliedert. Die bisher geltende Regelung führte dort zu Problemen, wo das Kollisionsrecht des ausländischen Wohnsitzstaates das anwendbare materielle Recht nicht selbst bestimmt, sondern dessen Bezeichnung ebenfalls dem Kollisionsrecht eines bestimmten Staates überträgt und es sich bei diesem Staat im konkreten Fall um die Schweiz handelt. Das schweizerische Kollisionsrecht, d.h. Art. 91 Abs. 1 aIPRG, verwies dann wieder auf das ausländische zurück und dieses wieder auf das schweizerische. Dieses «Pingpong» konnte sich theoretisch unendlich fortsetzen (vgl. dazu Botschaft vom 13. März 2020, BBl 2020, 3309 ff., 3330). Diese Rechtsunsicherheit wird nun beseitigt. Neu kommt es zu einer Verweisung auf das materielle Recht des betreffenden Staates für den Fall, dass dieser auf das schweizerische Kollisionsrecht zurückverweist (Art. 90 Abs. 2 nIPRG). Mit Art. 91 nIPRG wurden sodann neue Rechtswahlmöglichkeiten eingeführt. Es werden sämtliche Staatsangehörige befugt, das Recht eines ihrer Heimatstaaten zu wählen. Neu ist dies somit auch für Schweizer Doppelbürger und Mehrfachstaater möglich. Die Wahl eines ausländischen Heimatrechts ist auch für den Fall zu beachten,

dass sich der letzte Wohnsitz der verfügenden Person im Ausland befand und das Recht des betreffenden Staates eine entsprechende Rechtswahl nicht zulässt. Die Wahl des letzten ausländischen Wohnsitzstaates ist auch für Schweizer Staatsangehörige nur noch dann möglich, wenn der betreffende Staat die Wahl anerkennt. Vorbehalten bleibt jedoch der Grundsatz, dass Schweizer Bürger die Bestimmungen des schweizerischen Rechts über die Verfügungsfreiheit in keinem Fall wegbedingen können (Abs. 1). Das bedeutet insbesondere, dass das schweizerische Pflichtteilsrecht vorbehalten bleibt. Art. 91 Abs. 2 nIPRG ist das Pendant zu Art. 87 Abs. 2 nIPRG. Wählen Schweizer Staatsangehörige schweizerische Zuständigkeit für ihren Nachlass, kommt automatisch schweizerisches Recht zur Anwendung. Neu kann dieser Automatismus durch einen entsprechenden Vorbehalt ausdrücklich verhindert werden (sog. Opt-out; vgl. dazu auch Art. 87 Abs. 2 nIPRG). Weiter werden die Voraussetzungen der Teilrechtswahl für Schweizer mit Wohnsitz im Ausland definiert. Dabei muss in der Schweiz gelegenes Vermögen dem schweizerischen Recht unterstellt werden. Gleichzeitig muss damit eine Unterstellung dieser Vermögenswerte unter schweizerische Zuständigkeit einhergehen oder eine solche zur Folge haben (Abs. 3).

In Art. 92 Abs. 2 nIPRG wird die bisher umstrittene Frage des anwendbaren Rechts in Bezug auf Aspekte der Willensvollstreckung (neu redaktionell auch Nachlassverwaltung) geklärt (verfahrensrechtliche Fragen, Berechtigung/Eigentum des Vollstreckers am Nachlass und Verfügungsmacht darüber: Eröffnungsstatut; materielle Rechte und Pflichten: Erbstatut).

Die bisher in Art. 94 IPRG geregelte Frage des anwendbaren Rechts betreffend Verfügungsfähigkeit bei Verfügungen von Todes wegen wird ersetzt mit einer Regelung, welche allgemein das auf Testamente (letztwillige Verfügungen) anwendbare Recht festlegt (Art. 94 nIPRG). Das anwendbare Recht betreffend Erbverträge ist neu in Art. 95 nIPRG geregelt, jenes der «anderen vertraglichen Verfügungen von Todes wegen» (zu denken ist bspw. an Schenkungen auf den Todesfall) in Art. 95a nIPRG. Art. 95b nIPRG definiert den Begriff der materiellen Wirksamkeit, welcher sowohl in Art. 94 Abs. 1 als auch Art. 95 Abs. 1 nIPRG erwähnt wird. Grundsätzlich unterstehen materielle Wirksamkeit, Widerrufbarkeit resp. Auslegung der letztwilligen Verfügung / des Erbvertrags und die Wirkungen der darin enthaltenen Anordnungen resp. Bestimmungen dem Recht des Wohnsitzes des Erblassers im Zeitpunkt der Errichtung resp. des Vertragsabschlusses.

Gemäss Art. 96 Abs. 1 Bst. c nIPRG werden auch Entscheidungen und Urkunden aus dem Heimatstaat eines Erblassers anerkannt, wenn dieser den Nachlass der Zuständigkeit oder dem Recht des betreffenden Staates unterstellt hat. Nach Bst. d gilt dies auch, wenn solche Entscheidungen im Staat des letzten gewöhnlichen Aufenthalts oder einem Heimatstaat des Erblassers oder, falls sie nur einzelne bewegliche Nachlasswerte betreffen, im Staat, in dem diese liegen, getroffen, ausgestellt oder festgestellt worden sind, soweit sich der letzte Wohnsitz des Erblassers im Ausland befand und der betreffende Staat sich nicht mit dem Nachlass befasst. Art. 51 und 58 nIPRG schliesslich beinhalten Klarstellungen in Bezug auf die Prorogationsmöglichkeiten bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung.

Eine in Bezug auf das Erbrecht erfolgte Prorogation kann bei Einseitigkeit offensichtlich nicht automatisch auch für die güterrechtliche Auseinandersetzung gelten, welche es im Todesfall ebenfalls vorzunehmen gilt. Somit ist für die güterrechtliche Auseinandersetzung die gleiche Zuständigkeit wie im Erbrecht bei entsprechender Disposition des Erblassers nur zu beachten, wenn sich der Ehegatte mit der Zuständigkeit ausdrücklich einverstanden erklärt hat.

Valérie Meier

Strafrecht

Nein heisst Nein

Das neue Sexualstrafrecht mit der neuen Definition der Vergewaltigung ist am 1. Juli 2024 in Kraft getreten. Im Zentrum der Gesetzesänderung steht die Ausdehnung der geltenden Tatbestände der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung. Gemäss bisherigem Recht lag eine Vergewaltigung oder eine sexuelle Nötigung erst dann vor, wenn das Opfer zu sexuellen Handlungen genötigt wurde, das heisst, wenn der Täter es bedroht oder Gewalt ausgeübt hat. Seit dem 1. Juli 2024 ist diese Voraussetzung nicht mehr notwendig. Eine Vergewaltigung, ein sexueller Übergriff und eine sexuelle Nötigung liegen neu bereits dann vor, wenn das Opfer dem Täter durch Worte oder Gesten zeigt, dass es mit der sexuellen Handlung nicht einverstanden ist, und dieser sich vorsätzlich über den geäusserten Willen des Opfers hinwegsetzt. Damit wird die sogenannte Ablehnungslösung («Nein-heisst-Nein»-Lösung) umgesetzt. Als Zeichen der Ablehnung wird neben Worten oder Gesten auch der Schockzustand des Opfers, das sogenannte Freezing, gewertet. Erstarrt das Opfer vor Furcht und kann es sich deshalb nicht ablehnend äussern oder zur Wehr setzen, wird der Täter in Zukunft ebenfalls wegen Vergewaltigung oder sexuellem Übergriff und sexueller Nötigung bestraft, wenn er diesen Schockzustand erkannt hat.

Überdies umfasst der Tatbestand der Vergewaltigung nun nicht mehr nur den Beischlaf, sondern auch beischlafsähnliche Handlungen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, womit deutlich mehr sexuelle Handlungen erfasst werden. Der Tatbestand der Vergewaltigung ist schliesslich neu geschlechtsneutral formuliert, so dass Personen jeglichen Geschlechts Opfer einer Vergewaltigung sein können. Im neuen Sexualstrafrecht wird auch das sogenannte Stealthing bestraft. Stealthing liegt vor, wenn die sexuelle Handlung zwar einvernehmlich ist, eine Person aber heimlich und ohne vorgängiges Einverständnis der anderen Person das Kondom abstreift oder von Anfang an keines benutzt.

Opfer müssen durch das Sexualstrafrecht geschützt, Täterinnen und Täter angemessen bestraft werden können. Der Prävention kommt dabei eine grosse Bedeutung zu. Bereits bisher war es den zuständigen Behörden bei gewissen Delikten deshalb möglich, die Täterin oder den Täter zum Besuch von Lernprogrammen zu verpflichten. Dieses Präventionselement wird im neuen Sexualstrafrecht erweitert: Neu kann auch eine der sexuellen Belästigung beschuldigte Person zum Besuch eines Lernprogramms verpflichtet werden.

Wer unrechtmässig das Gesicht verhüllt, wird mit einer Busse von maximal 1000 Franken bestraft.

Ab dem 1. Januar 2025 ist es an öffentlich zugänglichen Orten in der ganzen Schweiz verboten, das Gesicht zu verhüllen. Der neue Verfassungsartikel wird im Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts (BVVG) umgesetzt. Wer an einem öffentlich zugänglichen Ort in der Schweiz sein

Gesicht verhüllt, wird mit einer Busse von maximal 1000 Franken bestraft. Der Bundesrat hat die neuen Bestimmungen an seiner Sitzung vom 6. November 2024 auf den 1. Januar 2025 in Kraft gesetzt.

Das Gesichtsverhüllungsverbot findet keine Anwendung in Flugzeugen sowie in diplomatischen und konsularischen Räumlichkeiten. Das Gesicht darf auch in Gotteshäusern und anderen Sakralstätten verhüllt werden. Ausserdem bleibt die Gesichtsverhüllung aus Gründen der Gesundheit, der Sicherheit, der klimatischen Bedingungen und des einheimischen Brauchtums erlaubt. Zulässig ist sie ausserdem für künstlerische und unterhaltende Darbietungen sowie zu Werbezwecken. Mit einer weiteren Ausnahme wird dem Ausgleich zwischen dem Gesichtsverhüllungsverbot und den verfassungsmässig garantierten Grundrechten der Meinungs- und Versammlungsfreiheit Rechnung getragen: Wenn Gesichtsverhüllungen im öffentlichen Raum zur Ausübung dieser Grundrechte für den eigenen Schutz notwendig sind, sollen sie zulässig sein – sofern sie die zuständige Behörde vorgängig bewilligt hat und die öffentliche Ordnung und Sicherheit nicht beeinträchtigt wird.

Nach diversen Rückmeldungen aus der entsprechenden Vernehmlassung und um den administrativen Aufwand für die betroffenen Personen und die involvierten Behörden so gering wie möglich zu halten, werden Verstösse in der Regel im sogenannten Ordnungsbussenverfahren erledigt. Die ausgestellte Ordnungsbusse beträgt in diesem Verfahren 100 Franken und kann direkt vor Ort bezahlt werden. Weigern sich Personen jedoch, eine verhängte Ordnungsbusse zu bezahlen, findet das ordentliche Verfahren Anwendung. Dann liegt der maximale Strafrahmen bei 1000 Franken. Die Anpassung in der Ordnungsbussenverordnung (OBV) gilt wie das neue BVVG ab dem 1. Januar 2025.

Rechtsmedizinische Hilfe für Gewaltopfer stärken

Die Hilfsangebote für Opfer – insbesondere von häuslicher und sexueller Gewalt – sollen ausgebaut werden. Wer Opfer von Gewalt wird, hat Anspruch auf Unterstützung. Dazu gehören gemäss Opferhilfegesetz (OHG) neben finanziellen Leistungen unter anderem auch die medizinische Hilfe und psychologische Unterstützung. Der Bundesrat will nun diese Leistungen insbesondere für Opfer von häuslicher und sexueller Gewalt ausbauen. An seiner Sitzung vom 9. Oktober 2024 hat er deshalb die Vernehmlassung über eine entsprechende Teilrevision des OHG eröffnet.

Opfer von Gewalt müssen nach der Tat oft unmittelbar medizinisch behandelt werden. Ausserdem ist es wichtig, die Verletzungen und Tatspuren so schnell wie möglich forensisch zu dokumentieren. Dabei ist zentral, dass die Hürden für den Zugang zur Erstversorgung durch medizinisches Fachpersonal möglichst tief sind. Die Kantone sollen deshalb künftig sicherstellen, dass genügend Angebote zur Verfügung stehen und der Zugang zu einer spezialisierten Behandlung rund um die Uhr gewährleistet ist. Zudem schlägt der Bundesrat vor, dass der Zugang zur rechtsmedizinischen Dokumentation künftig kostenlos sein soll. Das Opfer soll die rechtsmedizinische Dokumentation unabhängig davon verlangen können, ob es den Täter oder die Täterin anzeigt oder nicht. Die Dokumentation kann später als Beweismittel eingesetzt werden, was sich positiv auf die Anzeigequote und die Zahl der strafrechtlichen Verurteilungen auswirken

könnte. Damit die Massnahmen Wirkung zeigen, müssen die Opfer ihre Rechte und die Anlaufstellen für die medizinische Erstversorgung kennen. Der Bundesrat will deshalb explizit im OHG festhalten, dass die Kantone angemessen über ihre Hilfsangebote informieren sollen. Die Vernehmlassung der Teilrevision des OHG dauert bis zum 24. Januar 2025.

Sanktionen nach Jugendstrafrecht und Erwachsenenstrafrecht getrennt vollziehen

Der Freiheitsentzug nach Jugendstrafrecht und die Freiheitsstrafe nach Erwachsenenstrafrecht sollen nicht gemeinsam, sondern getrennt vollzogen werden. Künftig wird eine Person, die sowohl vor als auch nach Vollendung ihres 18. Altersjahres straffällig geworden ist, grundsätzlich in getrennten Verfahren beurteilt und sanktioniert. Daher ist es möglich, dass eine Person gleichzeitig zu einer Sanktion nach Jugendstrafgesetz und einer Sanktion nach Strafgesetzbuch verurteilt wird. Wird eine Person gleichzeitig zu einem Freiheitsentzug nach Jugendstrafgesetz und einer Freiheitsstrafe nach Strafgesetzbuch verurteilt, sollen diese Strafen getrennt vollzogen werden. Insbesondere deshalb, weil für die beiden Formen der Freiheitsbeschränkungen unterschiedliche Bestimmungen gelten. Insbesondere stehen beim Jugendstrafrecht der Schutz und die Erziehung des minderjährigen Täters oder der minderjährigen Täterin im Vordergrund. Präzisiert hat der Bundesrat auch das Vorgehen für den Fall, dass eine Person gleichzeitig zu einer Schutzmassnahme nach Jugendstrafgesetz und einer therapeutischen Massnahme nach Strafgesetzbuch verurteilt wird. Neu entscheidet die Vollzugsbehörde nach Beendigung der einen Massnahme, ob die andere – aufgeschobene – Massnahme noch notwendig ist. Ausserdem ist künftig diejenige Behörde für den Vollzug zuständig, die über das nötige Fachwissen verfügt.

Der Bundesrat setzt die Änderungen der Verordnung zum Strafgesetzbuch, zum Militärstrafgesetz und zum Jugendstrafgesetz (V-StGB-MStG-JStG) auf den 1. Juli 2025 in Kraft. So haben die Kantone genügend Zeit, die notwendigen Vorbereitungen zu treffen und die entsprechenden Anpassungen im kantonalen Recht vorzunehmen.

Import- und Handelsverbot für tierquälerische Pelze: Bundesrat eröffnet Vernehmlassung

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 21. August 2024 die Vernehmlassung zum indirekten Gegenvorschlag zur Pelz-Initiative eröffnet. Damit will er die Ein- und Durchfuhr von tierquälerisch gewonnenen Pelzen und Pelzprodukten sowie deren Handel verbieten. Das Verbot soll im Tierschutzgesetz verankert werden.

Am 10. April 2024 hat der Bundesrat die Volksinitiative «Ja zum Importverbot für tierquälerisch erzeugte Pelzprodukte (Pelz-Initiative)» zur Ablehnung empfohlen. Um der wichtigen Thematik Rechnung zu tragen, stellt er der Pelz-Initiative einen indirekten Gegenvorschlag gegenüber. Dieser sieht vor, den Import wie auch den Handel mit tierquälerisch produzierten Pelzen im Tierschutzgesetz zu verbieten. Mit der Verankerung eines Handelsverbots innerhalb der Schweiz geht der Gegenvorschlag einen Schritt weiter als die Volksinitiative, die lediglich ein Importverbot vorsieht.

Schweizer Pelzfachgeschäfte, Modegeschäfte und Onlineanbieter müssen zukünftig beim Einkauf von Pelzprodukten deren Herstellungsmethode abklären und einen Nachweis über eine nicht-tierquälere Gewinnungsart erbringen. Obwohl die aktuell geltende Pelzdeklarationspflicht lediglich Angaben zu Tierart, Herkunft und Gewinnungsmethode verlangt, halten sich die Pelzbranche und der Detailhandel mangelhaft daran. Allein 2023 hat der Bund die Kennzeichnungen in rund 60 Prozent der kontrollierten Verkaufsstellen beanstandet. Deshalb sollen künftig widerrechtlich importierte und gehandelte Pelze und Pelzprodukte aus dem Verkehr gezogen sowie fehlbare Personen strafrechtlich verfolgt werden. Damit setzt die Schweiz ein Zeichen für den Tierschutz.

Die Vernehmlassung des indirekten Gegenvorschlags zur Pelz-Initiative startete am 21. August und dauerte bis zum 22. November 2024. Im Sommer 2025 soll der indirekte Gegenvorschlag dem Parlament vorgelegt werden.

Passenger Information Unit (PIU) – Erarbeitung einer Schweizerischen Rechtsgrundlage

Die zweitägige Reise von Bundesrat Beat Jans in die Niederlande Ende Oktober 2024 stand ganz im Zeichen der Sicherheit, der Strafverfolgung und der internationalen Gerichtsbarkeit.

Auf EU-Ebene tauschen sich die Länder in der Strafverfolgung via Europol aus. Die Agentur stellt den Informationsaustausch unter den Mitgliedstaaten und einer Reihe von Partnerländern sicher und koordiniert die internationale Polizeizusammenarbeit. Europol ist damit entscheidend im Kampf gegen grenzüberschreitende Kriminalität. Auch die Schweiz arbeitet eng mit Europol zusammen. Die Zusammenarbeit ist in einem Kooperationsabkommen geregelt, das seit 2006 in Kraft und 2018 erweitert worden ist. Auch mit Eurojust, der Agentur der EU zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, hat die Schweiz ein Kooperationsabkommen, das seit 2008 in Kraft ist. Die Zusammenarbeit mit den zwei EU-Institutionen funktioniert gut und dient in erster Linie dem Kampf gegen die schwere internationale und organisierte Kriminalität, gegen die Cyberkriminalität, den Terrorismus sowie die Wirtschafts- und Finanzkriminalität. Die Rolle gerade von Europol soll weiter gestärkt werden. So soll Europol künftig Ausschreibungen von Drittstaatsangehörigen im Schengener Informationssystem (SIS) vorschlagen können. Die Schweiz arbeitet derzeit an der Umsetzung dieser Reformen ins nationale Recht. Bei seinem Besuch im Hafen von Rotterdam erhielt Beat Jans Einblick in die Arbeit der Hafenz Polizei zur Unterbindung des Drogenhandels und des Schmuggels von anderen illegalen Waren. Zudem tauschten sich die Vertreter über den Kampf gegen die organisierte Kriminalität aus. Dabei zählt die Polizei auf die Sensibilisierung und Mitarbeit der zahllosen Betriebe im Hafen und im Transportgewerbe. Kriminelle Gruppierungen versuchen diese zu unterwandern und Personal, IT-Systeme und logistische Prozesse zu korrumpieren. Die Schweiz ist mit ähnlichen Herausforderungen konfrontiert, weshalb die Bekämpfung der organisierten Kriminalität ebenfalls ein Schwerpunkt der polizeilichen Arbeit darstellt. Der internationale Informationsaustausch ist dabei von entscheidender Bedeutung.

Ein weiteres polizeiliches Instrument zur Eindämmung der internationalen Kriminalität ist die Bearbeitung von Flugpassagierdaten. Im Gegensatz zur Schweiz verfügen die Niederlande bereits über eine sogenannte Passenger Information Unit (PIU). Alle Flugpassagierdaten werden dort hin übermittelt, um mit Fahndungssystemen abgeglichen und auf Risiken hin untersucht zu werden. Bei einem Treffer werden die Daten für weitere polizeiliche Schritte an die jeweils zuständigen Behörden weitergeleitet. Beat Jans erhielt bei seinem Besuch der niederländischen PIU einen Einblick in die Funktionsweise des dortigen Systems. Das Schweizer Parlament wird sich bald mit der Botschaft des Bundesrates zur Einführung des Flugpassagierdatengesetzes in der Schweiz befassen. Ziel des Bundesrates ist, ab 2026 eine PIU beim Bundesamt für Polizei (fedpol) aufzubauen.

Interview mit Generalstaatsanwalt Michel-André Fels

Sarah Wildi
Staatsanwältin

Lieber Michel, vorab herzlichen Dank, dass Du für dieses Interview zur Verfügung stehst. Du hast nicht nur eine langjährige, sondern insgesamt auch unterschiedliche Karrieren bei der Berner Staatsanwaltschaft hinter Dir. Googelt man Deinen Namen kommen zwei Einträge zuoberst. Der erste ist Dein Autorenporträt bei weblaw, der zweite ein darauf abgestützter Eintrag bei Wikipedia. Deinem weblaw-Porträt ist zu entnehmen, dass Du insgesamt in drei Funktionen für die Generalstaatsanwaltschaft gewirkt hast: Von 1995 bis 2001 als a.o. Generalprokurator, von 2009 bis 2016 als Stellvertretender Generalstaatsanwalt und seit 2017 als Generalstaatsanwalt des Kt. Bern. Das macht insgesamt mehr als 20 Jahre.

Wie kam es, dass Du 1995 ausgerechnet den Weg zur Staatsanwaltschaft gefunden hast? Warum nicht etwas anderes wie z.B. Anwalt, Richter oder Unternehmer?



Herzlichen Dank Sarah, dass ich im BE N'ius meine Zeit in der Berner Justiz Revue passieren lassen darf. Spontan kommt mir beim Stichwort «Revue» nicht nur ein anderes Wort in den Sinn, sondern vielmehr eine Frage, nämlich: «schon?». Die Zeit vergeht so rasch und plötzlich steht man da, voll im Tun und das Demissionsschreiben von Alters wegen an die Justizkommission war zu verfassen. Nun, Deine Frage enthält etwas zu viel «General» und muss relativiert werden, aber nicht qualitativ: Die Funktion des a.o. Generalprokurators war damals ein Springerjob unter dem alten Bernischen Strafverfahren, wo wir als kleines Grüppchen kantonaler Prokuratoren vom damaligen Generalprokurator regelmässig für Anklagevertretungen vor Obergericht eingesetzt worden sind. Tatsächlich waren wir aber zur Hauptsache als kantonale Prokuratoren für das gesamte Kantonsgebiet tätig.

Es ist tatsächlich so, dass mich der Anwaltsberuf seit jeher fasziniert hat und ich schon recht früh meiner sehr stark dem Arztberuf verschriebenen Familie eröffnet habe, dass ich entweder zur See fahren will oder Anwalt werde. Es blieb dann beim in der Schweiz intensiv Surfen und Segeln oder bei Hochseetörns als Crewmitglied, und ich habe mich für Jus entschieden. Die ausgefüllte Anmeldung zur Seeausbildung fand ihren Weg nicht nach Hamburg. Tatsächlich habe ich dann das Jus-Studium begonnen mit dem Ziel, Anwalt in einer, vielleicht einmal meiner Allgemeinpraktikerkanzlei zu werden. Das Gerichts- und Anwaltspraktikum hat mich dann restlos begeistert und ich hätte mir danach durchaus vorstellen können, nach der Anwaltsprüfung auch direkt bei einem Gericht oder dem damaligen Untersuchungsrichteramt oder bei der Staatsanwaltschaft eine Stelle anzutreten. Es kam indessen anders: Meine Begeisterung für das Internationale liess mich zwischen dem Concours diplomatique und dem internationalen Recht schwanken. Meine budgetmässig dringend angezeigte Jobsuche nach bestandener Fürsprecherprüfung im Jahr 1989 führte mich aber – ein Glücksfall! – sehr rasch in die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, wo ich zuletzt beim Bundesamt für Justiz für die Rechtshilfezentrale Schweiz-USA verantwortlich war. In dieser Tätigkeit kam ich täglich in Kontakt mit den Strafbehörden der Kantone, des Bundes und denjenigen

im Ausland und habe gesehen, wie interessant, interdisziplinär und eigenverantwortlich diese Jobs sind, sodass ich es dann als Aussenseiter wagte, mich auf die Stelle eben eines solchen kantonalen Prokurators für das ganze bernische Kantonsgebiet zu bewerben. Es klappte, damals noch das bernische Obergericht entschied sich für mich. Und – die Privatwirtschaft war wie keine Option.

Was beinhaltete Deine Tätigkeit als kantonaler Prokurator von 1995 bis 2001? Wo und welche Art von Verfahren hast Du geführt? Gab es allenfalls eine Region, die es Dir «besonders angetan» hat?

Das beschlug eigentlich die ganze Palette: Als kantonale Prokuratoren haben wir in erster Linie unsere Kolleginnen und Kollegen in den Regionen von Thun bis Moutier oder bei den Wirtschaftsdelikten vertreten, immer dann, wenn sie Ferien hatten oder entlastet werden mussten. Charakteristisch war, dass wir nach einer solchen Vertretungszeit die Dossiers nicht behalten haben, ausser der Fall hat es eingefordert. Die Umstände waren damals so, dass ich einzelne Vertretungen, namentlich in Bern-Mittelland, in grösserem Umfang sicherzustellen hatte, was unter dem alten Strafverfahren dazu geführt hat, dass ich – weil ich das auch wollte – sehr eng mit den Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichtern und der Polizei in gewichtigen Fällen zusammenarbeiten durfte und dann die Anklage vor den Kollegialgerichten zu vertreten hatte. Daneben wurde ich wie erwähnt recht fleissig oberinstanzlich eingesetzt und durfte auch «meine» regionalen Fälle bis vor Bundesgericht vertreten, eben im Rahmen dieser a.o. Generalprokuratorfunktion. Etwas stach heraus: Wiederum bedingt durch damalige personelle Verschiebungen wurde mir die Stelle des a.o. Prokurators des Oberlandes anvertraut, die ich doch ein paar Jahre bekleidet habe. Ganz klar, das war eine der schönsten und lehrreichsten Zeiten meines Werdegangs! Nicht nur wegen der ausgezeichneten Zusammenarbeit mit den Gerichtskreisen, dem Untersuchungsrichteramt IV Berner Oberland, des absolut fantastischen Büros im Turm des neuen Schlosses Thun mit phantastischer Weitsicht, sondern vor allem wegen den Fällen, mit denen wir uns zu beschäftigen hatten. Das reichte vom Luchs über Tötungsdelikte bis hin zur Risikosportart.

Gibt es eine Anekdote aus einem Fall von damals, die Du hier erzählen kannst, welche Dein Wirken als Staatsanwalt nachhaltig geprägt hat? Wenn ja, welche?

Ja, tatsächlich, und ein Beweisstück liegt sogar noch in meinem Büro! In einem ausgesprochen tragischen Mordprozess vor dem Strafamtsgericht Bern habe ich das Gutachten des damaligen gerichtsmedizinischen Instituts (GMI), heute Institut für Rechtsmedizin (IRM), in einem Punkt als nicht schlüssig erachtet, da neben den zahlreichen Messerstichen in den Rücken der dem Opfer zugefügte Bauchschnitt nicht mit der im Gutachten vermerkten Position des Täters zu vereinen war. Da der Beschuldigte in der Verhandlung die Tatwaffe nicht anschauen konnte, schnitzte mir Otto Mori, damals Amthaus-Planton der Kapo, spontan ein wegen der Farbgebung anfänglich zu realitätsnahes, aber harmloses Replikat. Farbe korrigiert, und es kam dann vor dem Richtertisch zur dynamischen Einlage mit mir als Beschuldigtem und dem Direktor des GMI als Opfer mit dem Resultat, dass objektiv nur die Klingenführung von hinten diese schrecklichen Verletzungen haben bewirken können, was natürlich als Teil des Kerngeschehens und für die Beurteilung der Mordqualifikation und die Verwerflichkeit des Handelns zentral war.

Ist dir ein Pikettfall oder ein Verfahren, mit welchem sich die bernische Staatsanwaltschaft befasst hat, besonders in Erinnerung geblieben? Wenn ja, was und warum?

Ja, das ist zweifellos das Canyoning-Unglück im Saxetbach am Nachmittag des 27. Juli 1999. Eine grosse Flutwelle, welche sich nach einem heftigen Gewitter im Einzugsgebiet des Saxetbachs an den engen Passagen bis zu zwei Metern Höhe aufbaute, riss die in ihrem Einzugsbereich befindlichen Personen mit sich. Die Wucht des Wassers trieb die meisten der Opfer in den fünf Kilometer entfernten Brienersee. Drei tote Personen wurden im Saxetbach geborgen, siebzehn im Brienersee, im Mündungsdelta der Lüttschine, eine Person wird bis heute vermisst. Ich werde das nie vergessen ... Bei schönstem Wetter war ich in Gstaad an einer Besprechung mit einem Untersuchungsrichter im Zusammenhang mit einer dort angewachsenen komplexen Strafuntersuchung und nichts deutete in Gstaad darauf hin, dass sich anderswo im Berner Oberland eine derartige Katastrophe angebahnt hat und so virulent eingetreten ist. Wir waren damals noch im Untersuchungsrichtermodell und ich erhielt als zuständiger a.o. Staatsanwalt des Oberlandes noch via Pager den Anruf des Untersuchungsrichters mit der Meldung des Ereignisses und der Bitte, mich sofort nach Bönigen in die Einsatzzentrale zu begeben. Dort wenig später angekommen erlebte ich die Arbeit der Polizei, des GMI und der Rettungskräfte bis hin zum ad hoc Care-Team als professionell und damit unaufgeregt – aber dennoch war die psychische Belastung deutlich spürbar. Das Bild, das sich mir bot, war schlicht unbeschreiblich und tragisch; der Zustand der über mehrere Kilometer durch eine Wasserwalze bis in den Brienersee transportierten Körper war etwas vom Einschneidensten, was ich in meiner Laufbahn erleben musste. Sofort haben der Untersuchungsrichter und ich uns die Aufgaben der zu treffenden Sofortmassnahmen geteilt. Meine Aufgabe waren darüber hinaus die Mitbetreuung der Begleitpersonen der Opfer und der bald eintreffenden Angehörigen und vor allem die Pressearbeit. Wir durften damals im Feedbackprozess festhalten, dass die eingespielten Abläufe der Polizei, der Rettungsdienste, des GMI und der Untersuchungsbehörden – wie auch die Zusammenarbeit mit den Gemeinden und Institutionen – sehr gut geklappt hat. Was klar fehlte, war ein ausgebildetes, eingespieltes, institutionalisiertes Care-Team. Dieses wurde in aller Eile kurz nach dem Ereigniszeitpunkt ad hoc zusammengestellt und konnte den Ansturm der traumatisierten Begleiterinnen und Begleiter der Opfer und den aus dem Ausland anreisenden Angehörigen der Opfer mit einer bewundernswerten Hingabe und Engagement bewältigen. Diese Erfahrungen führten zur Professionalisierung des Care-Teams. Als Folge dieses Unglückes und der erfolgten Verurteilungen wurden zudem die Sicherheitsmassnahmen beim Canyoning in der Schweiz verschärft: Anfang 2014 trat das Risikoaktivitätengesetz in Kraft, genauer: Bundesgesetz über das Bergführerwesen und Anbieten weiterer Risikoaktivitäten (SR 935.91). Dieses Gesetz gilt für gewerbsmässig angebotene Risikoaktivitäten in gebirgigem oder felsigem Gelände und in Bach- oder Flussgebieten. Wir dürfen heute bestimmt sagen, dass wir deutlich sicherer unterwegs sind.

In Deinem weblaw-Porträt steht «Schulen und Studium in Genf und Bern». Welche Teile deiner Ausbildung hast Du in Genf absolviert und hast Du einmal sogar dort gewohnt?

Ein grosser Teil unserer Familie wohnte damals in der Region Genf-Coppet und ich hatte deshalb seit jeher einen starken Bezug zur Romandie. Genf und die dortige Internationalität haben es mir angetan und ich dachte mir, wenn schon ausziehen von zu Hause, dann richtig! Nachdem ich dort

Ebenfalls Deinem weblaw-Porträt entnehme ich, dass Du vor langer Zeit bei den Richterämtern in Bern Französisch und Englisch übersetzt hast. Was waren typische Fälle?

bei Coppet eine bezahlbare Wohnung gefunden habe, habe ich knapp drei Jahre in Genf studiert, als Temporärangestellter bei Swissair im Passagierdienst gearbeitet und etwas Militärdienst geleistet. Aus familiären Gründen bin ich nach Bern zurückgekehrt und habe mit den Kommilitonen von damals das Studium in Bern fortgesetzt.

Woher konntest Du neben dem Französisch so gut Englisch, dass Du auch in dieser Nicht-Landessprache übersetzen konntest? Ich frage deshalb, weil diese Sprachgewandtheit für Deine gestandene Generation (bitte nicht falsch verstehen) alles andere als selbstverständlich ist.

Das war von der Deliktspalette her querbeet alles: Von Übersetzungen im Gerichtssaal, zu Übersetzungen für das Untersuchungsrichteramt bis hin zu komplexen Übersetzungen von Beweisdokumenten oder Aktenauszügen. Ein super Job, planbar und korrekt entlohnt, mit dem ich neben Sprachnachhilfestunden für mehr oder weniger motivierte Gymnasiasten mein Studium weiter finanzieren konnte.

Hättest Du mich gefragt, wie es um die Selbstverständlichkeit der Redoxgleichungen oder der Differential- und Integralrechnung steht, hätte ich gesagt, alles andere als selbstverständlich!

Aber Sprachen: Ein Teil ist eine Frage der Affinität oder Begabung, sicher aber die Erfahrung wegen meines familiären Hintergrundes, nämlich, dass eine zweite oder dritte Sprache Tür und Tor öffnet – man «dabei» ist und Zusammenhänge verstehen kann. Ich tauchte in die Romandie ein, machte Freundschaften, war angekommen, das ist ein tolles Gefühl. Englisch im Gymer war mein absolutes Lieblingsfach, daher als ziemlich junger Mensch verlängerte Sommerferien als Sprachaufenthalte in London und wieder angewandt auf dem Flughafen Genf, später aus beruflicher Notwendigkeit vervollständigt mit einem Proficiency. Es lag und liegt mir und ich denke, ich könnte noch heute sonore Durchsagen über verspätetete Abflüge, Check-in oder vermisste Passagiere machen!

Mir wurde stets mitgegeben, wie wichtig Sprachen sind und zwar als Selbstverständlichkeit. Daher trage ich in mir die Überzeugung, dass heute dem Französischen als wirklich zweite Landessprache (vor dem Englischen) in der Schule viel zu wenig Bedeutung zugemessen wird und je nach Berufsbild manch eine oder einer gut beraten wäre, hier einen zusätzlichen Effort zu leisten.

Auf welche Errungenschaften der bernischen Staatsanwaltschaft aus Deiner Zeit als stv. Generalstaatsanwalt (2009-2016) und als Generalstaatsanwalt (seit 2017) bist Du besonders stolz?

Ich bin sehr stolz, wie die Staatsanwaltschaft als Teil der selbstverwalteten, unabhängigen Justiz die Inkraftsetzung der StPO, die Überprüfung der Justizreform, die Dotationsanalysen und Umsetzungen von neuen Gesetzesvorlagen, zuletzt das neue Sexualstrafrecht, gemeistert und ihren Platz gefunden hat und sie dabei offen, engagiert und bereit für die Zusammenarbeit bleibt. Ich meine, dass sie in all den Gremien, in denen sie vertreten ist, und bei all den Partnerbehörden, mit denen sie zusammenarbeitet, gehört und ernst genommen wird. Besonders stolz bin ich auf meine Mitarbeitenden aller Stufen, wie sie tagtäglich ihren Strafverfolgungsauftrag erfüllen und wie sie in grosser, ihnen zustehender Eigenverantwortung agieren und sich mit den Erwartungen der Parteien, der Öffentlichkeit und der Politik (aber auch der meinigen) auseinandersetzen.

Gibt es allenfalls auch etwas, was Du rückblickend anders angehen würdest? Wenn ja, was?

Nobody is perfect, wie Jack Lemmon in «some like it hot» sagt; ich sage als Vertreter der «gestandenen» Generation aber mit Ernsthaftigkeit: ja klar, sicher zahlreiche Dinge, denn das Leben ist ein ständiges Lernen. Und aus

der Retrospektive ist es immer leichter zu sagen, man hätte etwas besser machen können. Aber: Hätte ich politisch bei all den Vorlagen tatsächlich noch mehr darauf drängen sollen, dass Strafrecht wirklich nur ultima ratio sein darf und so einen Beitrag dazu leisten, dass es wieder die Rolle im liberalen Staat bekommt, für die es ursprünglich gedacht war? Hätte ich damals noch lauter und noch klarer sagen sollen, dass die StPO absolut praxistauglich ist und deshalb eine Revision – wenn überhaupt – viel zu früh ist, statt mich auf diese aufreibenden, oft wenig zielführenden Diskussionen einzulassen um eigentlich nur Schlimmeres zu verhindern? Diese Revision ist in meinen Augen nicht gelungen, da sie die Durchsetzung des Strafrechts noch stärker formalisiert und verkompliziert, sie zudem kaum die Sprache der Digitalisierung spricht. Statt sich an den Minimalstandards der EMRK zu orientieren, führt die Revision zu schwierigen Verfahrensabläufen und damit zur weiteren Verlangsamung der Verfahren und damit direkt ins Spannungsfeld des Beschleunigungsgebotes. Dies belastet die Verfahrensleitungen ausserordentlich in steigender Tendenz und das liegt letztlich – so meine ich – klar nicht im Interesse der Rechtsbetroffenen, namentlich auch nicht im dem der durch Straftaten Geschädigten.

Welche Tätigkeiten aus all Deinen Aufgaben, welche Dir als Generalstaatsanwalt übertragen waren, haben Dich am meisten erfüllt – und welche haben Dich am meisten gefordert?

Die Anklagevertretung vor Obergericht mit der entsprechenden Vorbereitung, wo ich einerseits als Staatsanwalt meine ureigene Aufgabe wahrnehme, aber andererseits gleichzeitig im Dossier genau sehe, wie in der Staatsanwaltschaft und bei den Gerichten gearbeitet wird. Das kommt der Steuerung zugute, sodass wir in fachlicher wie auch effektiver Hinsicht die Erwartungen erfüllen können. Dann meine Leitungsfunktion, sei dies das Tragen der Gesamtverantwortung in Zusammenarbeit mit meinen Kadern, die stets durch engagierte, qualitativ hochstehende, aber immer kollegiale Diskussionen und Beiträge geprägt war. Schliesslich und am wichtigsten der direkte Kontakt mit den Mitarbeitenden, sei das juristisch auf Augenhöhe, organisatorisch oder an unseren Anlässen, die Liste liesse sich beliebig fortsetzen... Fazit: Ich mache diesen Job ausgesprochen gerne. Dass man so arbeiten darf, ist ein Privileg. Weshalb ist das so: Dass wir unseren Auftrag in qualitativ hochstehender Weise, eingebettet in die konstruktiv-kritische Instanzenkontrolle, sehr fokussiert auf unser Kerngeschäft erfüllen können, liegt nicht nur am gegenseitigen Respekt zwischen den Institutionen im Kanton Bern, sondern ist vor allem der Justizverfassung unseres Kantons geschuldet, welche die Unabhängigkeit und damit die Selbstverwaltung der Gerichte und der Staatsanwaltschaft auf Verfassungsebene garantiert. Und dort liegt auch gerade die Sequenz, die mich sehr gefordert hat: Dass diese so einleuchtenden Grundsätze, welche der Justiz die besten Voraussetzungen in die Hand geben, um unabhängig, kompetent, effektiv und verlässlich zu arbeiten, dabei justizverwaltungsmässig mit einem gemeinsamen Commitment zukunftsorientiert voranschreiten zu können, so vehement verteidigt werden mussten, damit sie so wie heute in der Kantonsverfassung, im GSOG und im EG-ZSJ verankert sind, bewegt mich heute noch.

Liest man die lange Liste der Zusatztätigkeiten gemäss Deinem weblaw-Porträt und betrachtet man die Aufgaben und Funktion eines Generalstaatsanwalts, so stellt sich einem doch die Frage: Wie bringt man das alles unter einen Hut, insbesondere, wenn Freizeit und/oder Ferien gelegentlich auch noch Platz haben sollen? Wie hast Du Deine sog. «Work-Life-Balance» ausgestaltet vor dem Hintergrund der Vertrauensarbeitszeit und der heutigen digitalen Erreichbarkeit rund um die Uhr?

In der Strafverfolgung erhalten wir regelmässig sehr tiefe Einblicke in menschliche Konflikte und Schicksale. Wenn Du Deinen Blick auf das Leben von 1995 vergleichst mit Deinem Blick auf das Leben heute: Was (an Weisheit/Erkenntnis) ist im Rahmen Deiner langen Laufbahn in der Strafverfolgung dazugekommen?

Tja, in der Tat kann das so wirken... aber all diese Tätigkeiten sind Teil der Aufgabe, der Institution den ihr gebührenden Platz zu verschaffen, mitzugestalten und nicht Dinge zu verpassen, die ihr dann auf die Füsse fallen können. Engagement interkantonal und auf Ebene Bundesstrafverfolgung wie auch in der Gesetzgebung ist unabdingbar und die anachronistische Variante «nichts tun im Gärtli» ist keine und sie birgt grosse Risiken. Oder wäre man wegen fehlender Planung und Führung zur ständigen Reactio verdammt, wäre das schlicht nicht zum Aushalten. Solches würde schon gar nicht der modernen Strafverfolgung gerecht, weil sie dann wegen ständiger Selbstbeschäftigung gar nicht stattfände.

Ich verdanke meiner Familie viel, insbesondere, dass sie meinen Einsatz immer mitgetragen hat. Wir haben trotz beidseitigem hochprozentigen Arbeitspensens den Rank immer gefunden, es «stimmte» für alle. Work-Life-Balance... da lebe ich nach dem Motto, dass Auszeit und Ferien eben Auszeit und Ferien sind. Es muss in einem gut organisierten Betrieb mit echter Stellvertretung möglich sein, dass solche Zeiten bei Familie, Sport, Kultur, Ferien oder anderen Verpflichtungen ungestört verlaufen. Digitale Erreichbarkeit ist eine Selbstdisziplinfrage und Gegenstand der Leitungsplanung. Klingelte das Handy in den Ferien tatsächlich wirklich einmal, so wusste ich, dass meine Stellvertreterin oder mein Stellvertreter wirklich etwas von grosser Tragweite mit mir besprechen wollten.

Ich bewundere bei allen Berufen, die mit menschlichen Konflikten und Schicksalen konfrontiert sind – sei dies etwa bei der Polizei, beim Justizvollzug, bei Fachverantwortlichen für Sexualdelikte, Care-Teams, Rettungsdienste und selbstverständlich auch bei uns – diese professionelle Ruhe, die ich in zahlreichen Begegnungen erleben durfte. Meine Erkenntnis ist die, dass wir nur mit höchster Professionalität an unsere Arbeit herangehen dürfen und dass uns Professionalität auch schützt. Damals, 1995, gingen in mir die Wogen schneller hoch und das Blut schoss schnell in die Wangen, heute weiss ich, dass – abgesehen vom Funktionieren in der Krise, wo Handgriffe und Sofortmassnahmen sitzen müssen – sehr viele schwierige Entscheidungen den Moment der nachmaligen Reflexion vertragen, besonders dann, wenn man spürt, dass etwas irgendwie nicht passt.

Eine weitere Erkenntnis ist die, dass der extreme Wandel in der Gesellschaft und die dynamische technische Entwicklung mit unseren für einen schon längst überholten Zeitgeist geschaffenen rechtlichen Mitteln extrem schwer zu bewältigen sind. Hier spricht einer, der mit Schreibmaschine und EDMZ-Kugelschreiber zu arbeiten begonnen hat und heute auf Rialto, Justitia 4.0 und KWP 10 umgerüstet wird. Die Kriminalität ist da agiler als wir und tritt gezielt, rasch und oft sehr skrupel- und hemmungslos auf, währendem wir Art. 31 ff. StPO anwenden oder sichergestellte Handys in abgeschirmte Tüten mit Spezialstromkabel stecken. Diese Unzulänglichkeiten und die schiere Masse an Geschäften lasten auf jedem an der Front und wir sind gut beraten, dieses Spannungsfeld genau zu analysieren, organisatorisch wo möglich besser zu werden und die Mittel einzufordern, damit diese mit unserem für unser Staatswesen so wichtigen Auftrag übereinstimmen. Dass wir im Angesicht der politischen Verschiebungen die Institutionen unseres Rechtsstaates hochhalten und verteidigen müssen, versteht sich von selbst.

Schon bald, Ende März 2025, gehst Du in den wohlverdienten Ruhestand. Wie geht es Dir bei diesem Gedanken? Gibt es Orte, an denen man Dich auch nach deiner Pensionierung in Zusammenhang mit der Strafverfolgung (weit verstanden) noch antreffen wird? Oder hast Du bereits konkrete Pläne, z.B. Segeln oder Ähnliches, was Du mit deiner «gewonnenen» Zeit ab April 2025 machen wirst, oder klingt diese Frage aktuell noch sehr abstrakt für Dich?

Im Moment läuft hier im Job eigentlich alles noch in gewohnten Bahnen und die neue Realität ist trotz der kurzen Zeit, die ich noch in der Berner Justiz verbringen darf, gedanklich weit weg. Aber die Vorböten sind klar, der «das letzte Mal-Effekt» hat begonnen, ein paar Austausche waren schon die letzten ihrer Art, gewisse Vorhaben oder Termine können mich schon terminlich nichts mehr angehen. Das betrifft sogar eine Verhandlung vor Obergericht, die mangels möglichen Terminen mit der Verteidigung nach dem 1. April 2025 in anderer Besetzung über die Bühne wird gehen müssen. Was so ziemlich eine schräge Begegnung mit der unbekannteren Art war, im kantonalen Stellenportal das Inserat für den eigenen Job zu lesen: «Der Kanton Bern sucht... ein/e Generalstaatsanwältin / Generalstaatsanwalt...» ... Da wird einem schon klar, dass es soweit ist, wie es ist! Aber die Wahl meiner Nachfolge (Anmerkung der Redaktion: Annatina Schultz) wird Klarheit und Planungssicherheit schaffen. So kann der Übergang in meiner restlichen Zeit sorgfältig angegangen werden und die derzeitige Abstraktheit wird der Freude auf den neuen Lebensabschnitt weichen. Immerhin wohne ich ja in Thun, die Stadt, die sich den Slogan «wohnen, wo andere Ferien machen» gegeben hat, und das möchte ich auskosten! Konkret werde ich noch bis Ende 2026 in der Anwaltsprüfungskommission bleiben, dann bei der Staatsanwaltsakademie im Organisations- und Führungsbereich unterrichten und als fachliche Beratung im KKJPD-Projekt «Überlastung der Strafbehörden» mitwirken. Weiteres in der Pipeline wird man sehen. Vor allem aber wird mein Segelschiff ein Revival und eine Top-Überholung erleben, der Thunersee und die nordischen Gewässer wollen besegelt sein und eine Überfahrt der speziellen Art nach New York ist gebucht.

Hast Du bestimmte Hobbies oder Interessen, denen Du ab April 2025 vermehrt nachgehen wirst und auf die Du dich freust? Wenn ja, welche?



Wie gesagt, die zeitintensive Wasser- und Windkomponente, dazu kommt endlich Zeit, wieder angemessen der Kunst und Kultur zu frönen, oder da und dort jemanden zu beraten, wenn es um Themen wie einen Betrieb vorwärtsbringen geht. Was ich sicher nicht machen werde sind Dinge wie verkorkste Fälle in anderen Kantonen oder für den Bund lösen.

Magst Du uns verraten, wo wir Dich ansonsten möglicherweise antreffen werden, d.h. ausserhalb eines juristischen oder beruflichen Kontextes?

Ich denke, auf dem Thunersee. Orte wie die Fondation Beyeler und die Kunsthäuser Zürich und Basel wie auch das bernische Angebot, aber auch die Mahogany Hall bergen ebenfalls gute Chancen für ein Zusammentreffen. Aber auch europäische Städte, die wir seit langen wieder gerne in Museen geniessen möchten. Als Frankreichfan können wir uns dort längere Aufenthalte oder Überwinterungen vorstellen.

Was lag – und liegt dir allenfalls auch künftig – am Herzen für die bernische Staatsanwaltschaft?

Lieber Michel, merci viel Mal für all Deine Antworten. Wie bei den Einvernahmen kann ich es mir auch hier nicht verkneifen, Dich zu fragen, ob Du allenfalls spontan noch etwas anfügen möchtest. Etwas, das ich eventuell aus Unwissenheit gar nicht gefragt habe, für die Leser und Leserinnen des BE N'ius jedoch interessant zu erfahren oder für Dich eine Freude zu berichten wäre? Wenn ja, was?

Tut weiter alles dafür, dass Halb- oder Unwahrheiten über die wichtige Arbeit der Staatsanwaltschaft aus der öffentlichen Wahrnehmung und aus der Politik verschwinden.

Im Sinne des letzten Wortes? Ich schaue dankbar auf einen an Erlebnissen und Erfahrungen überreichen Lebensabschnitt zurück und bin dankbar für das Vertrauen, das ich geniessen durfte. Und ja, «General» des Kantons Bern ist schlicht der beste Job, trotz Gegenwind, Wellen, manchmal Sturm, aber nie Flaute!

Lieber Michel, ganz herzlichen Dank!

Affaire P.J. et R.J. c. Suisse¹

Ardit Abazi
MLaw

1 Case of P.J. and R.J. v. Switzerland (52232/20) du 17 septembre 2024.

2 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

3 § 8 ss.

4 TF 6B_191/2020.

Préambule :

En 2024, la Suisse a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après : CourEDH) pour avoir expulsé un individu sans procéder à une mise en balance minutieuse des intérêts individuels et publics en jeu, violant ainsi l'art. 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales conclue le 4 novembre 1950 (ci-après : CEDH)². Les requérants sont d'une part un ressortissant de Bosnie-Herzégovine, M. P.J. (ci-après : Monsieur) et d'autre part une ressortissante de Serbie, Mme R.J. (ci-après : Madame).

Faits :

Monsieur a rencontré en 2011 Madame et s'est marié avec elle en 2013. La même année, il a déménagé de Bosnie en Suisse. Le couple a deux filles, nées et scolarisées en Suisse. La langue familiale au sein de la famille est le serbe, malgré le fait que Madame et les filles parlent couramment l'allemand. Monsieur a eu plusieurs emplois temporaires dans la construction et l'entretien, tandis que Madame, infirmière diplômée, est le principal soutien financier de la famille.

Monsieur a été arrêté en février 2018 pour avoir transporté 194 grammes de cocaïne (à un taux de pureté de 96 %) pour le compte d'un tiers, en échange de CHF 500.00. Il a été condamné en juillet 2018 par le *tribunal de district de Zurich* à 20 mois de prison avec sursis et a été expulsé du territoire suisse pour une durée de cinq ans. Par la suite, la *Cour suprême de Zurich* a confirmé l'expulsion en 2019, estimant que son degré d'intégration en Suisse était limité, que ses liens sociaux étaient restreints à sa famille nucléaire, et que sa connaissance de l'allemand était faible. Elle a en outre considéré que son retour en Bosnie-Herzégovine était raisonnable, car il y connaissait la langue, la culture et y avait de la famille. La *Cour suprême* a également jugé que, bien que Madame, infirmière née en Suisse, soit fortement intégrée en Suisse, elle avait des liens avec la Bosnie et pourrait rester en contact avec son mari par des visites ou des moyens de communication modernes. La *Cour suprême* a conclu que l'expulsion de Monsieur n'entraînerait pas de difficultés insurmontables pour la famille. Ainsi, la *Cour suprême* a estimé que le prévenu ne pouvait pas se prévaloir de la clause de rigueur de l'art. 66a al. 2 CP³.

Monsieur a ensuite fait recours au Tribunal fédéral en invoquant l'art. 8 CEDH, qui garantit le droit au respect de la vie familiale. Il a fait valoir que son expulsion constituait une ingérence disproportionnée, puisqu'il avait eu un comportement exemplaire depuis sa condamnation, et qu'il avait notamment retrouvé un travail de jardinier. En juin 2020, le Tribunal fédéral a rejeté son recours⁴, confirmant ainsi son expulsion, et soulignant que l'intérêt public à garantir la sécurité publique l'emportait sur ses intérêts privés. Le Tribunal fédéral a notamment jugé que les enfants, encore jeunes, pouvaient s'adapter à la vie en Bosnie s'ils souhaitaient

5 § 12 ss.

rejoindre Monsieur, et que le couple pourrait de toute façon rester en contact à distance si Madame choisissait de rester en Suisse⁵.

Droit :

6 Code pénal suisse (RS 311.0).

L'art. 66a al. 1 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (ci-après : CP)⁶ prévoit l'expulsion obligatoire d'un ressortissant étranger condamné pour l'une des infractions ou un ensemble d'infractions énumérées dans son premier paragraphe (lettres a - p), notamment pour infractions à l'art. 19 al. 2 ou 20 al. 2 de la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (ci-après : LStup)⁷. L'art. 66a al. 2 CP prévoit néanmoins une clause de rigueur où « *le juge peut exceptionnellement renoncer à une expulsion lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse. À cet égard, il tiendra compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse* ».

7 Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants ; RS 812.121).

Les époux se plaignent que l'expulsion de Monsieur, suite à sa condamnation pénale est disproportionnée et viole leur droit au respect de la vie familiale en vertu de l'art. 8 CEDH, qui dispose que : « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* » et qu' « *il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

En l'espèce :

8 § 29 ss ; TF 6B_191/2020 consid. 1.7.2.

Dans ses observations devant la CourEDH⁸, les époux estiment que l'expulsion est disproportionnée et non nécessaire. Ils soulignent que l'infraction pénale commise par Monsieur en 2018 était un cas isolé, et qu'il n'avait pas de casier judiciaire auparavant. Sa culpabilité était considérée comme mineure, avec un faible risque de récidive, et qu'il s'était comporté de manière exemplaire depuis sa condamnation, ayant trouvé un emploi stable comme jardinier. Par ailleurs, l'expulsion entraînerait pour lui une séparation avec sa femme et ses deux filles, et il rencontrerait des difficultés à s'adapter à la vie en Bosnie-Herzégovine, où il ne pourrait pas contribuer financièrement à sa famille qui serait en Suisse. Quant à Madame, rejoindre son mari en Bosnie signifierait abandonner sa carrière en Suisse et perdre une importante source de revenu pour la famille. La CourEDH a considéré que l'exercice de mise en balance des juridictions nationales a été superficiel et arbitraire, et qu'elles n'ont pas motivé leurs décisions de renvoi de manière suffisante et détaillée⁹.

9 § 35.

10 § 36 ss.

Dans ses observations¹⁰, le gouvernement suisse soutient que l'expulsion de Monsieur poursuivait des objectifs légitimes, à savoir le maintien de l'ordre public et la prévention des infractions, conformément à l'art. 8 al 2 CEDH, et qu'elle était proportionnée et nécessaire dans une société démocratique. Par ailleurs, Monsieur a été condamné à vingt mois de prison avec sursis, et toute nouvelle infraction dans les deux ans aurait

entraîné la révocation de ce sursis. Bien que sa culpabilité soit considérée comme moindre, cela était dû à sa position subalterne dans la hiérarchie criminelle.

Le gouvernement a souligné aussi qu'au moment des faits (soit entre 2018 et 2020), Madame et ses enfants n'avaient que la nationalité serbe et que l'obtention de la nationalité suisse en 2021 n'a aucune incidence sur l'expulsion de Monsieur. Pour le surplus¹¹, le gouvernement confirme que les tribunaux suisses auraient également pris en compte les difficultés que Madame pourrait rencontrer si elle suivait son mari en Bosnie-Herzégovine, mais ont estimé que, bien qu'établie en Suisse, elle parlait le serbe, connaissait la culture de ce pays et avait des membres de sa famille vivant en Bosnie. Elle avait aussi de bonnes perspectives d'intégration personnelle et professionnelle si elle décidait de suivre son mari, tout en étant libre de rester en Suisse avec les enfants et de maintenir des contacts avec lui. Le gouvernement suisse confirme que les tribunaux nationaux ont également examiné les liens de Monsieur avec la Suisse, concluant qu'après six ans et quelques mois, son degré d'intégration était inférieur à la moyenne. Par ailleurs, il connaissait la langue et la culture de la Bosnie, y avait de la famille, et son retour était donc raisonnable. En ce qui concerne les enfants¹², les autorités nationales ont noté qu'étant jeunes, le couple pouvait encore s'adapter à un nouvel environnement en Bosnie, où la langue et la culture leur étaient familières. La séparation du père serait donc le résultat d'un choix personnel de leurs parents. L'argument de l'intérêt supérieur des enfants n'était pas suffisant pour prévaloir sur l'intérêt public à lutter contre le trafic de stupéfiants, réprimé par la LStup. Le gouvernement a ainsi estimé que les tribunaux suisses ont soigneusement mis en balance les intérêts en jeu et que l'intérêt public à l'expulsion l'emportait sur les intérêts privés de Monsieur et de sa famille à rester en Suisse. L'expulsion de cinq ans étant la durée minimale prévue, elle n'était pas disproportionnée, et les décisions des tribunaux inférieurs étaient suffisamment motivées.

La CourEDH a donc dû, dans ces circonstances, examiner si la mesure contestée était « nécessaire dans une société démocratique »¹³. C'est-à-dire justifiée par un besoin social impérieux et, en particulier, proportionnée au but légitime poursuivi par le législateur¹⁴. La CourEDH a rappelé aussi que les juridictions internes doivent motiver leurs décisions de manière suffisamment détaillée, notamment pour permettre à cette dernière instance d'exercer le contrôle européen qui lui est confié¹⁵. Une motivation insuffisante des juridictions internes, sans mise en balance adéquate des intérêts en jeu, est contraire aux exigences de l'art. 8 CEDH. Tel est le cas, le dit la CourEDH, lorsque les autorités nationales ne parviennent pas à démontrer de manière convaincante que l'ingérence dans un droit protégé par la CEDH est proportionnée aux buts poursuivis et correspond donc à un « besoin social impérieux »¹⁶.

La CourEDH a noté que¹⁷, bien que Monsieur ait été condamné pour une infraction liée à la LStup, la peine prononcée, soit vingt mois de prison avec sursis pendant deux ans, reflétait un faible degré de culpabilité. Le requérant n'avait pas de casier judiciaire et n'avait pas commis de délits auparavant liés à des faits semblables. Avant son arrivée en Suisse en 2013, à l'âge de trente ans, il avait passé toute sa vie en Bosnie-Herzégovine, où

11 § 39 ss.

12 § 41 ss.

13 § 44.

14 *Boultif c. Suisse*, no. 54273/00, § 46, CEDH 2001-IX, et *Slivenko c. Lettonie [GC]*, no. 48321/99, § 113, ECHR 2003-X.

15 *X c. Lettonie [GC]*, no 27853/09, § 107, CEDH 2013, et *El Ghatet c. Suisse*, no. 56971/10, § 47, 8 novembre 2016.

16 § 47.

17 § 48 ss.

il avait encore des liens familiaux. Bien qu'il se soit bien comporté après sa condamnation, qu'il ait trouvé un emploi stable et n'ait commis aucune infraction ultérieure, les juridictions internes n'ont pas suffisamment pris en compte ces éléments dans leur décision d'expulsion. Elles ont plutôt mis l'accent sur la gravité de l'infraction commise, tout en reconnaissant que le requérant avait montré un bon comportement et une volonté de réhabilitation. La CourEDH a critiqué le fait que les tribunaux nationaux n'aient pas accordé suffisamment de poids à des facteurs essentiels, comme l'absence de récidive, le bon comportement du requérant après sa condamnation, et l'impact de l'expulsion sur sa famille. Les tribunaux suisses ont estimé que Madame pouvait choisir de le suivre en Bosnie-Herzégovine, où elle aurait de bonnes perspectives d'intégration, ou de rester en Suisse. En conséquence, les autorités suisses ont qualifié la séparation entre les époux de choix personnel, sans suffisamment tenir compte des difficultés que cela entraînerait pour la famille. Par ailleurs, bien que les enfants puissent s'adapter à un nouvel environnement en Bosnie, la décision de les y réinstaller dépendait du choix de leur mère. En fin de compte, la CourEDH a estimé que les juridictions internes n'avaient pas appliqué de manière satisfaisante la jurisprudence découlant de l'art. 8 CEDH et exigeant une évaluation minutieuse des intérêts individuels et publics en jeu. Puisqu'elles n'ont pas suffisamment pris en considération des aspects importants tels que le faible degré de culpabilité de Monsieur, sa réhabilitation, son statut d'immigrant de longue durée, et l'impact négatif de l'expulsion sur sa famille. Par conséquent, la CourEDH a conclu qu'il y avait eu une violation de l'art. 8 CEDH, qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale.

Commentaires :

Il sied tout d'abord de mentionner que la CourEDH a statué par cinq voix (notamment le Juge suisse Zünd) contre deux (Juges Schukking des Pays-Bas et Arnardóttir d'Islande). La minorité a exprimé son désaccord avec la majorité, qui a conclu à une violation de l'art. 8 CEDH. Selon ces deux juges, les États ont le droit de contrôler l'entrée et le séjour des étrangers, y compris d'expulser ceux condamnés pour des infractions, à condition que cela soit proportionnel et conforme à l'art. 8 CEDH¹⁸. Les juges minoritaires ont rappelé que ce sont d'abord les juridictions nationales qui doivent appliquer ces principes, et que la CourEDH ne devrait intervenir que si les autorités nationales ont mal appliqué les critères de proportionnalité et qu'il y a des solides raisons de le faire¹⁹. Les juges minoritaires ont estimé que les tribunaux suisses ont fait une évaluation correcte de la situation puisque Monsieur n'était pas profondément intégré en Suisse, avait des liens avec la Bosnie-Herzégovine, et ses enfants étaient en âge de s'adapter à ce pays s'ils devaient le rejoindre.

Les juges majoritaires ne partageant pas cet avis, il ressort une interprétation qui met en avant l'importance du « comportement subséquent du prévenu après sa condamnation ». En effet, un bon comportement du condamné, tel que l'obtention d'un emploi à plein temps et l'adoption d'une conduite exemplaire durant toute la période précédant l'expulsion, y compris l'absence de toute infraction administrative ou pénale ultérieure,

18 § 2 – opinion dissidente commune des juges.

19 Savran c. Danemark [GC], no 57467/15, § 189, 7 décembre 2021.

20 Kastriot Lubishtani, Prise en compte du comportement subséquent au prononcé d'une expulsion dans l'examen de sa proportionnalité, in : <https://www.crimen.ch/290/> du 24 septembre 2024.

21 Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110).

22 TF 6B_1234/2023 : exemple contraire.

23 Kastriot Lubishtani, Prise en compte du comportement subséquent au prononcé d'une expulsion dans l'examen de sa proportionnalité, in : <https://www.crimen.ch/290/> du 24 septembre 2024.

constitue à la lumière de cet arrêt des éléments cruciaux à prendre en compte. Cela implique alors qu'il serait nécessaire d'examiner à chaque fois si le prévenu représente un danger ou non pour la sécurité publique.

Ce raisonnement amène tout de même certaines interrogations²⁰, car il semble ainsi être crucial pour la défense de mettre en avant l'évolution personnelle du prévenu du point de vue de la sécurité publique dès le prononcement de son renvoi, y compris devant le Tribunal fédéral, et ceci indépendamment de la recevabilité de ces éléments de fait applicables devant notre Haute Cour (art. 99 et 105 LTF²¹). D'un autre côté, les juges minoritaires ont exprimé qu'il n'existe pas d'exigence minimale quant à la quotité de la sanction ou la gravité de l'infraction justifiant une expulsion. La CourEDH ne s'est cependant jamais exprimée d'une manière ferme sur ce point et n'a pas non plus précisé le poids à attribuer à chaque critère devant être pris en compte dans la décision de renvoi, laissant ainsi aux autorités nationales la responsabilité d'examiner chaque cas, mais sous sa supervision. Il est cependant manifeste que les motifs justifiant une expulsion doivent, à l'aube de cet arrêt, être d'autant plus solides et minutieusement argumentés lorsque la culpabilité est jugée faible pour un primo-délinquant sans antécédent²², que la peine n'est pas assortie d'une exécution effective, et surtout lorsque le comportement postérieur à la décision de renvoi est « exemplaire »²³.

En conclusion, il n'est pas certain que cette position de la CourEDH puisse être maintenue par la Grande Chambre ni qu'elle aboutisse à une application systématique de l'art. 8 CEDH pour chaque renvoi de trafiquant de stupéfiants ayant de la famille et des enfants en Suisse. Cependant, cet arrêt met en évidence l'importance pratique de soulever de potentielles violations des dispositions de la CEDH de manière de plus en plus régulière, et ceci jusqu'à la dernière instance de notre pays. Il serait également pertinent de suivre les futurs cas d'application, notamment pour des infractions à la LStup ou d'autres domaines, afin de déterminer si un schéma similaire se dessine. Par ailleurs, il est crucial d'avoir une vue d'ensemble des éléments essentiels à prendre en considération lors de l'expulsion d'un prévenu ordonnée par un État, et de voir si un ordre de priorité clair émerge dans l'évaluation de ces critères par la CourEDH. Nous rappelons également que la CEDH est un instrument vivant, dont l'interprétation peut évoluer et qui exige un suivi constant de la part des praticiens du droit.

Proposition de citation : ARDIT ABAZI, Affaire P.J. et R.J. c. Suisse, in BE N'ius, 35^e édition, décembre 2024.

Le processus de conciliation

Une proposition de *check-list* à l'usage des magistrats civils

Jonathan Bory*

Introduction	53
I. La préparation	54
II. L'audience	55
III. Le suivi	57
Conclusion	58
<i>Check-list</i>	59

Introduction

- 1 Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008 (RS 272).
- 2 Mirimanoff Jean/Vigneron-Maggio-Aprile Sandra, La nouvelle conciliation judiciaire, in: Mirimanoff/Vigneron-Maggio-Aprile (éd.), La gestion des conflits, Lausanne 2009, p. 75 ss, p. 75; le principe de la conciliation préalable obligatoire connaît un certain nombre d'exceptions, cf. Jeandin Nicolas/Peyrot Aude, Précis de procédure civile, Genève 2015, N 453 ss; Bohnet François, in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy (éd.), Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., Bâle 2019, art. 197 N 14 ss.
- 3 Message relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6860; Pfisterer Thomas, Einigung und Mediation - Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht, in: PJA 2008, p. 3 ss, p. 4.
- 4 Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) du 18 avril 1999 (RS 101).
- 5 Infanger Dominik, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (éd.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2017, art. 198 N 4; Bohnet François, Procédure civile suisse: plaider pour un retour vers le futur, in: Zen-Ruffinen Piermarco (éd.), Le temps et le droit, Bâle 2008, p. 1 ss, p. 7.
- 6 FF 2006 6841, p. 6938.
- 7 Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2e éd., Zurich/Saint-Gall 2014, art. 201 N 2, dont la qualification de *freestyle* est reprise.

Le mandat des magistrats conciliateurs est consacré à l'article 201 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile¹. Ils doivent tenter de trouver un terrain d'entente entre les parties de manière informelle. Leur mission consiste ainsi à accompagner les justiciables vers une solution; de favoriser des discussions constructives en vue d'un accord. La conciliation appartient aux modes amiables de résolution des conflits, dans la mesure où son issue est consensuelle, même si elle peut déjà être rattachée à l'action judiciaire, dont elle constitue en principe la première étape².

Outre la tentative préalable, le législateur a également reconnu l'importance de la conciliation réalisée par le juge du fond en lui accordant la faculté de concilier en cours d'instance (art. 124 al. 3 et 226 al. 2 CPC), mettant ainsi en exergue le rôle attribué à la culture du dialogue en Suisse³. Cependant, au-delà des fondements légaux, le succès de la conciliation requiert des cantons, compétents en matière d'organisation judiciaire (art. 122 al. 2 Cst.⁴, art. 3 et 4 al. 1 CPC), des ressources suffisantes, à commencer par une formation adaptée à la fonction⁵. Or, nombreux sont les magistrats qui ne bénéficient toujours pas de formation aux techniques de conciliation.

Le Code de procédure civile ne prescrit aucun processus strict à l'autorité de conciliation quant à la conduite des audiences⁶; cela ne signifie pas pour autant un total *freestyle*⁷. Le cadre demeure formel et les principes fondamentaux d'un État de droit doivent être respectés, en particulier le droit d'être entendu et l'égalité de traitement⁸. Le magistrat conciliateur doit ainsi faire bon usage de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC⁹) et agirait avec légèreté s'il « pressait les parties à un accord » ou « délivrait l'autorisation de procéder de façon systématique »¹⁰.

Bien que l'efficacité de la conciliation soit reconnue¹¹, nous avons la conviction qu'un large potentiel de développement subsiste. Les différences significatives entre les cantons en termes de taux de conciliation en témoignent¹². La présente contribution vise donc à affiner le processus mis en œuvre par les magistrats civils, en analysant trois étapes essentielles: (I.) la préparation, (II.) l'audience et (III.) le suivi. Des étapes qui seront ensuite synthétisées dans une *check-list*.

- 8 Egli Urs, in : Brunner/Gasser/Schwander (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2e éd., Zurich/Saint-Gall 2016, art. 201 N 7.
- 9 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210); sur le pouvoir d'appréciation au sens de l'art. 4 CC, cf. Perrin Jean-François, in : Pichonnaz/Foëx/Fountoulakis (éd.), Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-456 CC, 2ème éd., art. 4 N 15 ss.
- 10 FF 2006 6841, p. 6938.
- 11 FF 2020 2607, p. 2625.
- 12 Egli (note 8), art. 197 N 2.
- 13 Ury William, Getting Past No, New York 2007, p. 16: «The secret of effective negotiation is that simple: prepare, prepare, prepare».
- 14 Sur l'approche interdisciplinaire, cf. Sibony Anne-Lise/Helleringer Geneviève/Alemanno Alberto, L'analyse comportementale du droit – Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe, in: Revue internationale de droit économique 2016/3, p. 315 ss et Bory Jonathan, L'effectivité de la liberté contractuelle, thèse, Lausanne 2021, N 16 ss; Vigneron-Maggio-Aprile Sandra, Interactions entre procédure civile et modes amiables, in: Mirimanoff (éd.), La résolution amiable des différends en Suisse, Berne 2016, p. 37 ss, p. 69, mentionne la possibilité pour le conciliateur de s'inspirer des outils de la négociation raisonnée et de la communication active pour faciliter le dialogue.
- 15 Fountoulakis Christiana/Honsell Heinrich, in: Geiser/Fountoulakis (éd.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Art. 4 N 8 ss.
- 16 Sur le caractère central de la préparation d'une négociation, dont les idées sont applicables ici par analogie, cf. Röhl Klaus, Verhandlungstechnik für Juristen, Support de cours 2002, disponible à l'adresse: https://www.rsozblog.de/wp-content/uploads/Roehl_Verhandlungstechnik_fuer_Juristen.pdf, p. 59.
- 17 Fisher Roger/Ertel Danny, Getting Ready to Negotiate, New York 1995, p. 5 ss.
- 18 Sur l'importance d'établir sa crédibilité (ethos), cf. Dross Juliette, L'art rhétorique, Malakoff 2023, p. 71 ss.
- 19 Egli (note 8), art. 201 N 15 ss.

I. La préparation

La qualité de la préparation constitue un élément déterminant du succès d'une conciliation¹³. Dans les limites de sa marge de manœuvre, le conciliateur pourra s'inspirer de considérations doctrinales ou jurisprudentielles, mais également d'approches issues d'autres disciplines reconnues¹⁴, pour définir la manière dont il entend conduire ses audiences¹⁵. Même si la procédure est censée être rapide, le souci d'efficacité justifie d'y consacrer le temps nécessaire¹⁶.

Une préparation rigoureuse permet notamment au conciliateur d'avoir les faits en tête, de clarifier les questions juridiques, d'établir un diagnostic préliminaire du conflit et d'envisager les différentes options en vue d'une solution¹⁷. Un magistrat préparé assoit en outre sa crédibilité aux yeux des parties, ce qui favorise la création d'un climat de confiance; leur cause est prise au sérieux¹⁸.

- **La maîtrise des faits**

Les éléments factuels à disposition se limitent parfois aux informations contenues dans la requête de conciliation et les pièces qui l'accompagnent – potentiellement un simple formulaire rempli par le requérant (art. 202 CPC). Le conciliateur pourra tout de même identifier le type de conflit, les personnes impliquées, les points nécessitant des clarifications et les éventuelles situations similaires dans lesquelles une solution a pu être trouvée¹⁹. Cette analyse préliminaire lui permet de mieux structurer l'audience et orienter les discussions.

- **La clarification des enjeux juridiques**

L'analyse des questions juridiques soulevées et la maîtrise des incertitudes qui en découlent permettent au magistrat de rappeler aux parties les risques inhérents à une procédure judiciaire en nuanciant leur perception des forces et faiblesses de leur dossier²⁰. Il peut être utile pour le conciliateur d'avoir à l'esprit les décisions intervenues dans des cas analogues pour présenter les aspects juridiques pertinents de manière claire et accessible²¹.

- **L'établissement d'un diagnostic préliminaire du conflit**

Le diagnostic du conflit est utile au conciliateur – à l'instar du médecin – pour adapter son approche: il inclut l'identification des composantes du conflit (juridique, émotionnelle ou encore technique), des intérêts sous-jacents des parties²², ainsi que des obstacles au dialogue (jugements dénigrants, prêts d'intention négative et contraintes)²³. La clarification des contours du problème favorise des reformulations adéquates des points de vue exprimés.

- **L'anticipation des options et alternatives**

Sur la base des éléments disponibles et de son expérience, le conciliateur peut élaborer une liste d'options susceptibles de rencontrer les attentes des parties. Dans la logique du brainstorming, il se prépare ainsi à suggérer des pistes de solutions, si cela s'avère nécessaire²⁴. Il anticipe également les alternatives qui s'offrent aux parties

- 20 Vigneron-Maggio-Aprile (note 14), p. 65; Mirimanoff Jean, Une nouvelle culture: La gestion des conflits, in: PJA 2009 p. 157 ss, p. 164 s.
- 21 Fisher/Ertel (note 17), p. 78.
- 22 Ury (note 13), p. 17, selon lequel les intérêts incluent les besoins, les désirs, les préoccupations, les peurs et les aspirations, soit les motivations intangibles qui amènent une partie à adopter une certaine position.
- 23 Lascoux, Pratique de la médiation professionnelle, 8^{ème} éd., Paris 2017, p. 197 s.; Egli (note 8), art. 201 N 15.
- 24 Fisher/Ertel (note 17), p. 34 ss.
- 25 Mirimanoff (note 20), p. 164 s.; sur l'importance de connaître les meilleures alternatives à une solution négociée (BATNA – Best Alternative To a Negotiated Agreement), cf. Fisher/Ertel (note 17), p. 47 ss.
- 26 Sur ces outils empruntés à la négociation et la médiation, qui ont – à notre avis – tout leur sens en conciliation, cf. Vigneron-Maggio-April (note 14), p. 70; Lascoux (note 23), p. 198 ss; Rosenberg, La Communication NonViolente au quotidien, Genève 2018, p. 90 ss; Fisher/Ertel (note 17), p. 76 ss.
- 27 Mirimanoff/Vigneron-Maggio-Aprile (note 2), p. 95 s.
- 28 Moukheiber Albert, Votre cerveau vous joue des tours, Paris 2019, p. 7 ss.
- 29 Sibony Anne-Lise/Helleringer Geneviève/Alemanno Alberto (note 14), p. 315 ss.
- 30 Dross (note 18), p. 49 ss; Viktorovitch Clément, Le pouvoir rhétorique, Paris 2021, p. 9 s.
- 31 Fisher Roger/Ury William/Patton Bruce, Comment réussir une négociation, Paris 2022, p. 41 ss; Mochary Matt, The Great CEO Within, Portland 2019, p. 65 s.
- 32 En négociation, cette idée ressort de la première étape de la méthode de Harvard consistant à traiter la personne avant d'aborder le problème, cf. Fisher/Ury/Patton (note 31), p. 39 ss, et, en médiation, cette idée est inhérente à l'écoute active du récit et l'identification des besoins, comme préalable à la discussion sur les solutions, cf. Lascoux (note 23), p. 193 ss.
- 33 Pierre Draï, cité par François Psychère, La formation des magistrats judiciaires à l'étranger: source d'inspiration ou de rejet?, in: RDS 2017 II p. 155 ss, p. 188,

en cas d'échec de la conciliation, en particulier la procédure au fond. A cet égard, une présentation claire des coûts et des risques du procès peut aider les parties à mieux évaluer, par contraste, l'intérêt d'aboutir à un accord²⁵.

Au-delà des considérations factuelles et juridiques qui précèdent, le conciliateur doit se préparer à écouter les parties, donner de la reconnaissance à leurs points de vue et à reformuler leurs propos²⁶. Ces outils jouent un rôle central pour surmonter les obstacles à la communication et favoriser un lien de confiance propice au dialogue. Certaines disciplines reconnues dans le domaine de la résolution de conflits – en particulier la négociation raisonnée et la médiation²⁷, mais également les sciences cognitives²⁸ et comportementales²⁹ ou encore la rhétorique³⁰ – offrent des ressources précieuses pour développer une approche spécifique à la conciliation.

De manière plus générale, il convient de garder à l'esprit que les individus aspirent à être entendus et compris avant de s'ouvrir à une discussion constructive sur les solutions possibles³¹. L'idée de *créer un lien avant d'envisager un résultat* est en effet reconnue tant en négociation qu'en médiation³². Enfin, le magistrat doit se rappeler que, dans la vie d'un justiciable, la présence en salle d'audience constitue un événement souvent unique et chargé émotionnellement³³.

II. L'audience

L'audience constitue l'étape centrale de la conciliation, offrant au conciliateur l'opportunité d'écouter les parties, de clarifier leurs perspectives et de faciliter leurs discussions en vue, si possible, d'un accord. Au-delà de la maîtrise du droit, le conciliateur peut enrichir son approche en mobilisant des compétences qui relèvent de la résolution de conflits³⁴, telles que l'empathie, la communication non violente, la reformulation, l'esprit de synthèse ou encore la capacité à identifier les intérêts des parties³⁵.

Bien que la conciliation ne soit pas soumise à un processus formel (art. 201 CPC), nous proposons une structure en phases successives pour favoriser la compréhension mutuelle et l'ouverture des discussions, tout en rappelant l'importance de rester pragmatique pour adapter le processus aux particularités de chaque situation :

- **L'ouverture de l'audience**

L'ouverture de l'audience permet d'instaurer un cadre propice aux discussions et à la recherche d'un consensus. Le conciliateur et les parties se présentent. Le magistrat commence par exposer l'objectif de la conciliation, qui consiste à mieux comprendre les perspectives respectives et à explorer les contours d'un éventuel accord³⁶. Si nécessaire, il précise les règles qui encadrent les discussions: notamment, le respect de la parole de l'autre, l'absence de propos dénigrants, la possibilité de demander une suspension d'audience, la confidentialité des échanges ou encore son rôle de tiers indépendant, neutre et impartial³⁷. S'il estime que la situation se prête à une

sur les qualités fondamentales du juge : « Ils nous ont appris qu'il fallait toujours avoir égard à la personne qui souffre dans sa liberté, dans sa réputation, dans sa vie familiale et affective. Ils nous ont appris qu'en se présentant devant un juge indépendant et libre, un homme ou une femme ne devait se sentir humilié, avant que justice soit passée ».

- 34 Mirimanoff/Vignerone-Maggio-Aprile (note 2), p. 95 s. ; Jeandin Nicolas, Introduction à la gestion des conflits, in : Mirimanoff/Vignerone-Maggio-Aprile (éd.), La gestion des conflits, Lausanne 2009, p. 1 ss, p. 4.
- 35 Krauskopf Florence, La formation initiale des juges, in : RDS 2017 II, p. 191 ss, p. 221 ss; Paychère (note 33), p. 158; Lévy Cinthia, Communication, conflit et médiation, in : Mirimanoff (éd.), La médiation dans l'ordre juridique suisse – Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Bâle 2011, p. 45 ss, p. 46 ss.
- 36 Egli (note 8), art. 201 N 17.
- 37 Bohnet (note 2), art. 201 N 4; Vignerone-Maggio-Aprile (note 14), p. 64.
- 38 Il est préférable que les parties s'expriment personnellement, et non par le truchement de leur avocat, cf. sur ce point, Egli (note 8), N 37 ss; sur les différentes perceptions et le récit reconstruit par notre cerveau, cf. Moukheiber (note 28), p. 83 ss.
- 39 Parmi les techniques d'écoute active, notons le mirroring (soit la répétition des mots utilisés), le labelling (une qualification synthétique des éléments décrits) ou encore la paraphrase; sur ces concepts, cf. notamment Voss Chris/Tahl Raz, Ne coupez jamais la poire en deux, New York 2016, p. 47 ss, Rosenberg (note 42), p. 90 ss ou encore Lascoux (note 23), p. 197 ss,
- 40 Vignerone-Maggio-Aprile (note 14), p. 63 s.
- 41 Egli (note 8), art. 201 N 18 ss, qui mentionne l'importance de laisser les parties exprimer leurs émotions.
- 42 Parrish Shane, Clear Thinking, London 2023, p. 125 ss; l'identification des sentiments et besoins relève de la communication non violente, cf. Rosenberg Marshall, We Can Work It Out, Resolving Conflicts Peacefully, Encinitas 2005, p. 3 ss.
- 43 Egli (note 8), art. 201 N 24 ss; FF 2006 6841, p. 6938; Vignerone-Maggio-Aprile (note 14), p. 68 ss; Morand Pierre-André, La transaction – Transaction judiciaire, extrajudiciaire et arbitrale, Berne 2016, p. 157.
- conciliation, il peut partager cette conviction, tout en restant respectueux du droit des parties d'agir au fond. Il peut en effet s'avérer utile que les parties sentent que le conciliateur croit – même davantage qu'elles – dans les chances d'aboutir à une solution.
- **La présentation des faits par les parties**
Lors de cette phase, chaque partie est invitée à exposer sa perception des faits³⁸. Le conciliateur fait preuve d'écoute active en reformulant les propos tenus et en cherchant à préciser certains points par des questions ciblées³⁹. Il peut également procéder à des synthèses intermédiaires, mettant en lumière les points clés et, le cas échéant, les ressentis exprimés. Ces reformulations doivent préserver la neutralité, reconnaissant la légitimité des points de vue, sans toutefois en approuver le bien-fondé. En privilégiant des termes nuancés, le conciliateur contribue à dédramatiser la situation. En tant que garant du cadre et du bon déroulement de la discussion⁴⁰, le magistrat veille à ce que les parties aient la possibilité de réagir aux propos exprimés, pour s'assurer qu'elles aient fait valoir leur version des faits et qu'elles se sentent entendues⁴¹.
 - **La synthèse du conciliateur**
Après avoir entendu les parties, le magistrat récapitule les perspectives exprimées et les enjeux identifiés de manière respectueuse, s'assurant auprès des parties que sa reformulation corresponde à leur version. Il peut ensuite esquisser les contours du problème, avec une certaine humilité, en reformulant les sentiments et besoins exprimés, ainsi que les obstacles identifiés⁴². Ces réflexions lui permettent de distinguer les incertitudes factuelles (éléments difficiles ou coûteux à démontrer) et les incertitudes juridiques (questions ouvertes à l'interprétation)⁴³. Dans cette phase, le magistrat peut illustrer ses propos par des exemples tirés de son expérience; idéalement, un cas similaire ayant abouti à un accord satisfaisant⁴⁴. Cette démarche, inspirée du *storytelling*, peut aider les parties à percevoir les avantages d'une solution amiable par rapport aux aléas d'un procès⁴⁵.
 - **La discussion ouverte avec les parties**
Une fois la synthèse réalisée, les parties doivent en principe se sentir respectables et prêtes à explorer ensemble des pistes de solutions. La discussion porte d'abord sur les options, d'abord sous la forme d'hypothèses, pour favoriser une certaine créativité⁴⁶. Il peut être préférable que les parties s'adressent au magistrat pour préserver un débat de qualité⁴⁷. Si nécessaire, le conciliateur reformule les options identifiées, met en lumière les éventuelles limites et s'assure d'une compréhension mutuelle des enjeux. Lorsque les perspectives semblent trop éloignées, il peut proposer aux parties de les entendre séparément pour discuter des faiblesses factuelles ou juridiques d'un point de vue, sans donner à l'autre partie une impression de puissance relative⁴⁸. Une suspension de l'audience peut également être envisagée pour permettre aux parties de consulter leur avocat ou d'obtenir des avis de tiers⁴⁹.

- 44 Sur l'efficacité du storytelling, cf. Dross (note 18), p. 154 ss ; sur l'influence de la preuve sociale, cf. Cialdini Robert, *Influence, The Psychology of Persuasion*, New York 2007, p. 87 ss.
- 45 Parrish (note 42), p. 135 ss ; Fisher/Ury/Patton (note 31), p. 93 ss.
- 46 Fisher/Ertel (note 17), p. 33 ss ; Voss/Raz, (note 39), p. 43 ss.
- 47 Egli (note 8), art. 201 N 30.
- 48 Pour respecter le droit d'être entendu des parties, la tenue d'auditions séparées requiert leur accord, cf. Egli (note 8), art. 201 N 45.
- 49 Sur les diverses possibilités offertes au conciliateur dans l'aménagement du cadre informel de l'audience, cf. Robert (note 16), p. 312 ss ; bien qu'importante, l'intégration des représentants des parties dans le processus de conciliation n'est pas abordée dans la présente contribution, cf. sur ce point Egli (note 8), art. 201 N 37 ss.
- 50 L'objectif du magistrat n'est pas uniquement de favoriser une transaction, mais également d'assurer un choix libre et éclairé des parties, par-delà une certaine idéalisation de la procédure judiciaire ; une réflexion proche de la notion d'orientation préalable, cf. Dutoit Nicolas, *L'avocat et la résolution des conflits - L'importance de l'orientation préalable*, in: *Revue de l'avocat* 2019, p. 65 ss, p. 69 ss et Gay Jean, *Les ADR et l'orientation préalable*, in: Hirsch/Imhoos (éd.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 417 ss.
- 51 Egli (note 8), art. 201 N 33.
- 52 Vigneron-Maggio-Aprile (note 14), p. 68 ss.
- 53 Fisher/Ertel (note 17), p. 61 ss ; Ury/Fisher/Patton (note 70), p. 132 ss ; sur les trois moyens de persuasion en rhétorique - ethos, pathos et logos -, cf. Dross (note 18), p. 69 ss.
- 54 Sur les limites de la pression que le magistrat peut exercer pour encourager les parties à concilier, cf. Egli (note 8), art. 201 N 12 ; Vigneron-Maggio-Aprile (note 14), p. 69.
- 55 Morand (note 43), p. 152 ss.
- 56 Morand (note 43), p. 154 s. ; Egli (note 8), art. 201 N 47 ss.
- 57 Egli (note 8), art. 201 N 50 s.
- 58 Bohnet (note 2), art. 210 N 1 ss et 212 N 1 ss.

• Les propositions des parties ou du conciliateur

Le conciliateur remercie les parties pour leur implication et les encourage à présenter des propositions concrètes. Il peut accompagner les propositions en ajustant les formulations au besoin pour en améliorer la clarté ou la faisabilité. Selon les cas et le temps à disposition, il mène plus ou moins activement les échanges. Lorsque les discussions s'enlisent, il peut faire une nouvelle synthèse, préciser les enjeux et rappeler les risques, en entrant dans le détail de la durée, des coûts, ainsi que de la charge mentale que représenterait une procédure au fond⁵⁰. Il peut également soumettre une proposition chiffrée aux parties, idéalement avec une certaine marge pour laisser une place à la discussion⁵¹. Même si le dossier est encore incomplet à ce stade⁵², la proposition doit être argumentée, en fait et en droit, et, si possible, reposer sur des critères objectifs⁵³. Le conciliateur redonne ensuite la parole aux parties leur permettant d'affiner leurs propositions respectives et, si possible de parvenir à une solution. Le magistrat doit cependant garder à l'esprit que les parties demeurent libres de refuser un accord et de poursuivre la voie judiciaire⁵⁴. Si elles ne voient pas d'issue à la conciliation, il sied de le reconnaître et d'y mettre fin.

• La conclusion et la clôture de l'audience

Si les discussions aboutissent, l'accord est consigné au procès-verbal sous la forme d'une transaction, d'un acquiescement ou d'un désistement, avec les effets d'une décision entrée en force (art. 208 CPC)⁵⁵. Afin de prévenir tout risque d'interprétation et assurer la pérennité de l'accord, il convient de préciser les modalités de sa mise en œuvre. Par exemple, le conciliateur veillera à ce que les coordonnées bancaires soient exactes et qu'un délai de paiement soit indiqué. Si une question demeure en suspens, il est possible de prévoir un droit de révocation ou un devoir de confirmation⁵⁶. En l'absence d'accord, le conciliateur peut encore recommander une médiation (art. 213 ss CPC) ou suggérer de garder le procès-verbal ouvert pour permettre aux parties de continuer leur négociation dans un délai raisonnable⁵⁷. Dans les limites des art. 210 et 212 CPC, le magistrat peut enfin formuler une proposition de jugement ou rendre une décision⁵⁸. Lorsque la conciliation n'aboutit pas, le magistrat consigne l'échec au procès-verbal et délivre l'autorisation de procéder (art. 209 CPC).

III. Le suivi

Après l'audience, le magistrat conciliateur est invité à prendre le temps d'évaluer le processus mis en œuvre, dans une perspective d'amélioration continue. Cette étape de suivi a ainsi pour objectif de tirer les enseignements de la situation pour maximiser les chances d'aboutir à des solutions lors des prochaines conciliations. Elle se décline en deux phases :

- 59 Fletcher Angus/Cline Preston/Hoffman Matthew, A Better Approach to After-Action Reviews, Harvard Business Review, disponible à l'adresse : <https://hbr.org/2023/01/a-better-approach-to-after-action-reviews>, p. 1 ss.
- 60 Selon Fletcher/Cline/Hoffman (note 59), p. 1 ss, il conviendrait de poser les quatre questions suivantes : « 1) What did we expect to happen? 2) What actually happened? 3) Why was there a difference between what we expected and what actually happened? 4) What can we change next time? ».
- 61 Cf. la proposition de check-list annexée à la présente contribution, à modifier et compléter librement.
- 62 Marshall Didier/Etcheverry Jean-Michel, L'intervention ou comment améliorer la pratique des magistrats, in : Les Cahiers de la Justice, 2010/2, p. 129 ss, p. 132 ss ; Gawande Adul, The Checklist Manifesto – How to Get Things Right, New York 2011, p. 36 ss.
- 63 Bohnet (note 2), art. 197 N 5 ; FF 2006 6841, p. 6860.

- **L'identification des aspects positifs et négatifs**

Dans une optique d'amélioration du processus de conciliation, le magistrat recense les éléments positifs et négatifs, en précisant les stratégies qui ont fonctionné et celles qui n'ont pas rencontré le succès escompté. Il n'existe pas de schéma arrêté ; l'approche est évolutive. Cette réflexion s'inspire du concept d'*After-Action Review* développé par l'armée américaine dans les années 70, qui favorise l'apprentissage tant des erreurs que des succès⁵⁹. Ce type de retour d'expérience, largement adopté dans le monde économique pour modifier des processus défailants ou reproduire des succès inattendus, pourrait se révéler utile une fois adapté au contexte de la conciliation⁶⁰.

- **Le partage de connaissances entre conciliateurs**

L'effort consenti pour documenter les forces et les faiblesses de l'approche adoptée devrait permettre aux autres magistrats de reprendre les techniques qui ont fait leur preuve et d'éviter celles qui ont été inefficaces. Ce partage de connaissances entre pairs semble en effet essentiel pour tirer parti de l'intelligence collective. Cela pourrait par exemple prendre la forme d'intervisions, de groupes de discussion, d'une simple *check-list*⁶¹ ou encore d'une base de données dynamique regroupant les différentes stratégies⁶².

Un tel suivi structuré offrirait dans tous les cas des informations précieuses aux magistrats pour améliorer leur pratique et, plus largement, aux organisations judiciaires pour déterminer des stratégies ou formuler des recommandations en matière de conciliation. Enfin, relevons que, si cette phase de suivi s'adresse en premier lieu aux conciliateurs, les contributions des greffiers, des avocats ou encore des parties, dans un format approprié, pourraient également enrichir ces réflexions.

Conclusion

La résolution des conflits par la conciliation, plutôt que par la confrontation judiciaire, incarne une approche moderne et humaniste de la justice, centrée sur le dialogue, la prise en compte des intérêts des parties et la recherche de solutions pérennes. Son développement s'inscrit dans la volonté du législateur d'accorder la priorité aux modes amiables de règlement des différends⁶³.

Le Code de procédure civile ne définit pas les contours du processus de conciliation, laissant ainsi une importante marge de manœuvre aux magistrats dans la conduite des audiences. Ce champ de liberté leur offre la possibilité de s'aventurer au-delà des compétences strictement juridiques en intégrant des techniques d'autres disciplines, telles que la médiation ou la négociation, pour favoriser des discussions constructives et apaiser les tensions.

Une des manières de renforcer la conciliation consiste à clarifier chaque étape du processus et à identifier pour chacune d'elles les bons outils à mettre à disposition des magistrats. De la préparation au suivi, il existe à notre sens un potentiel d'amélioration significatif, tant pour les

conciliations préalables que pour celles intervenant en cours d'instance. Cette contribution propose ainsi une structure appelée à évoluer au gré des expériences et des découvertes de techniques plus à même de mener à bien la mission de la conciliation.

*Dr iur., avocat, médiateur et chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel; la présente contribution est inspirée d'un article du même auteur consacré au Potentiel inexploité de la conciliation, paru dans la RSPC 4/2024, p. 441 ss.

Check-list

pour donner toutes les chances à la conciliation d'aboutir à une transaction

Préparation

- Compréhension des faits
- Clarification des questions de droit
- Elaboration d'un diagnostic préliminaire du conflit
- Anticipation des options et alternatives envisageables

Audience

- Accueil des parties et exposé introductif (principes, règles et objectifs)
- Clarification des faits (écoute active des récits des parties / questions)
- Synthèse du magistrat (résumé des perspectives et mise en avant des incertitudes)
- Discussion avec les parties (définition du problème et hypothèses de solutions)
- Ev. proposition du magistrat (fourchette expliquée et contraste avec les coûts du procès)
- Nouvelle discussion ouverte guidée par le magistrat (év. pause ou auditions séparées)
- Si accord: accompagnement dans la formulation d'une transaction (év. droit de révocation)
- Sinon: renvoi en médiation, jugement, proposition de jugement ou autorisation de procéder

Suivi

- Documentation des approches qui ont fonctionné et des difficultés rencontrées
- Partage des réflexions avec ses collègues (construction d'une intelligence collective)

Notes

Suggestion de structure - Jonathan Bory - à compléter librement | état au 19 novembre 2024

Die Berner Justiz wird papierlos

Informationsveranstaltungen Justitia 4.0, FAQ und aktuelle Entwicklungen bei der parlamentarischen Beratung des Bundesgesetzes

Antonietta Martino Cornel, Tim Schär und Frédéric Kohler

Stabsstelle für Ressourcen der
Justizverwaltungsleitung des Kantons Bern

Im August und September 2024 wurden von der Stabsstelle für Ressourcen acht Informationsveranstaltungen zum schweizweiten Projekt Justitia 4.0 sowie zur Umsetzung im Kanton Bern organisiert und durchgeführt. Das Ziel der Veranstaltungen war es, allen Mitarbeitenden der Justiz einen ersten Einblick in das Digitalisierungsprojekt zu geben, damit alle auf demselben Wissensstand sind.

Insgesamt nahmen rund 450 Angehörige der Justiz daran teil. Die frühe und transparente Information zum Projekt wurde von den Teilnehmenden sehr geschätzt.

Ausserdem wurden an den Informationsveranstaltungen Fragen gesammelt und bereits einige davon in einem FAQ auf dem Intranet beantwortet. Das [FAQ](#) bildet den momentanen Informationsstand ab und wird laufend aktualisiert.

Im Folgenden werden drei Fragen aus dem FAQ beantwortet:

Die zunehmende Digitalisierung in der Justiz kann die Sorge mit sich bringen, dass die persönliche Interaktion mit Kolleginnen und Kollegen zunehmend abnimmt. Wie können wir uns als Mitarbeitende verhalten?

Trotz der neuen digitalen Arbeitsweise bleibt das Kerngeschäft unverändert und ein Austausch findet weiterhin statt. Mit den neuen digitalen Tools werden zusätzliche Möglichkeiten für die Zusammenarbeit zur Verfügung stehen.

Folgende Massnahmen können helfen, die Zusammenarbeit trotz digitaler Arbeitsweise zu unterstützen: Als Team gilt es, die Zusammenarbeit zu reflektieren und zum Beispiel Teammeetings bewusst vor Ort und mit einer anschliessenden Kaffeepause durchzuführen, um den persönlichen Austausch zu fördern.

Auch jede oder jeder Einzelne kann dazu beitragen, die Nähe im Team zu fördern – zum Beispiel durch eine offene Bürotür oder das Einschalten der Kamera bei Online-Meetings. So entsteht auch in der digitalen Umgebung ein Gefühl der Verbundenheit.

Was macht man, wenn die ICT-Leistungen (Plattform oder eJustizakten-Applikation, [JAA]) nicht zur Verfügung stehen?

Das Projekt sorgt dafür, dass sowohl Plattform wie auch JAA in einem stabilen und sogenannten «redundanten Betrieb» geführt werden. Damit die Plattform «justitia.wiss» den Nutzerinnen und Nutzern jederzeit zur Verfügung steht, führt die Betreiberin mehrere redundante Rechenzentren. So kann bei Ausfall eines Rechenzentrums, zum Beispiel aufgrund eines Angriffs auf die Plattform, der Betrieb lückenlos durch die anderen Rechenzentren übernommen werden. Der Wechsel geschieht, ohne dass die Nutzerinnen und Nutzer der Plattform dies bemerken. Die Daten der Plattform werden in täglichen Backups gespeichert.

Wie bereits heute kann ein lokales Problem wie ein Stromausfall oder ein Netzsperre am Standort dazu führen, dass Plattform, JAA, Fachapplikation und weitere lokale Anwendungen wie z.B. Outlook nicht verfügbar sind. Das Teilprojekt JAA wird sich darum kümmern, dieses Risiko möglichst klein zu halten und im Rahmen des technisch Möglichen alternative Arbeitsweisen zur Verfügung zu stellen.

Was wird zum Thema Datensicherheit unternommen?

Datenschutz und Datensicherheit sind zentrale Anforderungen und wurden in allen Entwicklungsschritten der Plattform „justitia.swiss“ berücksichtigt und überprüft. Für die Entwicklung und den technischen Betrieb arbeitet das Projekt mit zwei bewährten Schweizer Firmen zusammen, wobei der komplette Betrieb in der Schweiz abgewickelt wird. Externe Unternehmen führen wiederkehrend unabhängige Prüfungen der Sicherheit der Plattform durch. Konkrete Sicherheitsmassnahmen auf der Plattform sind unter anderem:

- Verschlüsselung des Datenverkehrs und der Datenablage.
- Authentifizierung durch anerkannte elektronische Identitätsnachweise.
- Prüfung der Dateien auf Schadsoftware.
- Eingangsquittung über Zeitpunkt und Inhalt der Eingabe.

Weiterführende Informationen zu Datenschutz und Datensicherheit finden Sie auf der Projektseite von Justitia 4.0. ([Informationssicherheit und Datenschutz und Datenschutz](#))

Die parlamentarische Beratung des Bundesgesetzes über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) ist weit fortgeschritten. National- und Ständerat haben den Entwurf des Bundesrates in ihren ersten Lesungen grösstenteils unterstützt.

Folgende Punkte wurden und werden noch speziell diskutiert und sind erwähnenswert:

- Metadaten auf der Plattform: Der Ständerat will der Anwaltschaft ein Antragsrecht auf Entfernung der Metadaten einräumen. Die Rechtskommission des Nationalrates unterstützt dieses nicht.
- Nichterreichbarkeit der Plattform: Der Entwurf des Bundesrates sieht vor, dass die Nichterreichbarkeit der Plattform von den Benutzenden glaubhaft gemacht werden muss. Der Ständerat will, dass Fristen eingehalten sind, wenn Benutzende am letzten Tag der Frist die Eingabe bei der zuständigen Behörde auf Papier einreichen. Die Rechtskommission des Nationalrates tendiert ebenfalls in diese Richtung.
- Übergangsbestimmungen: Gemäss der letzten Fassung der Rechtskommission des Nationalrates müssen die Kantone das Datum, ab welchem digital gearbeitet wird, so festlegen, dass es vor Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten der abschliessenden Inkraftsetzung des BEKJ liegt, frühestens aber ein Jahr nach diesem Zeitpunkt. Dieses Datum kann für Verfahren nach der Zivilprozessordnung und der Strafprozessordnung unterschiedlich festgelegt werden.

Die zweite Lesung im Nationalrat ist in der Wintersession 2024 vorgesehen (vgl. für die Details dazu die [Fahne Nationalrat Wintersession 2024](#)). Danach folgt die zweite Lesung im Ständerat, wohl in den ersten Monaten 2025.

Das Projektteam Justitia40@JUS_BE informiert regelmässig über den Fortschritt des Projekts sowie über wichtige Meilensteine und aktuelle Entwicklungen.

La justice bernoise va se passer de papier

Séances d'information Justitia 4.0, FAQ et développements actuels dans le cadre des débats parlementaires au sujet de la loi fédérale

Antonietta Martino Cornel, Tim Schär et Frédéric Kohler

État-major des ressources
de la Direction administrative de la magistrature du canton de Berne

En août et septembre 2024, l'État-major des ressources a organisé et réalisé huit séances d'information concernant le projet national Justitia 4.0 et sa mise en œuvre dans le canton de Berne. Le but de ces séances était de donner à tous les membres du personnel de la justice un premier aperçu du projet de numérisation afin que tous soient au même niveau de connaissances.

Au total, près de 450 membres de la justice y ont participé. Les participantes et participants ont beaucoup apprécié l'information transparente et précoce concernant le projet.

Lors des séances d'information, des questions ont en outre été collectées et les réponses à certaines d'entre elles sont déjà disponibles dans une FAQ publiée sur l'intranet. La [FAQ](#) constitue l'état actuel des informations et est constamment mise à jour.

Voici les réponses à trois questions de la FAQ :

La numérisation croissante au sein de la justice peut faire craindre une diminution des interactions personnelles avec les collègues. Comment nous comporter en tant que collaboratrices et collaborateurs ?

Malgré la nouvelle méthode de travail numérique, l'activité principale reste inchangée et les échanges continuent d'avoir lieu. Avec les nouveaux outils numériques, des possibilités supplémentaires de collaboration seront à disposition.

Les mesures suivantes peuvent aider à renforcer la collaboration malgré la méthode de travail numérique :

En tant qu'équipe, il convient de réfléchir à la collaboration et par exemple d'organiser les réunions d'équipe sur place en présentiel, suivies d'une pause-café, pour favoriser les échanges personnels.

Chacune et chacun peut aussi contribuer à favoriser la proximité au sein de l'équipe – par exemple en laissant la porte du bureau ouverte ou en allumant la caméra lors des séances en ligne. Cela permet ainsi de créer un sentiment d'appartenance dans l'environnement numérique.

Comment faire lorsque les prestations TIC (plateforme ou application dossier judiciaire électronique, [ADJ]) ne sont pas disponibles ?

Le projet veille à ce que la plateforme et l'ADJ soient gérées de manière stable et « redondante ». Pour que la plateforme « justitia.swiss » soit en tout temps à disposition des utilisatrices et utilisateurs, l'exploitant gère plusieurs centres de calcul redondants. Ainsi, en cas de panne d'un centre de calcul, par exemple à cause d'une attaque sur la plateforme, l'exploitation peut être reprise sans interruption par les autres centres de calcul. Le passage se fait sans que les utilisatrices et utilisateurs de la plateforme ne s'en rendent compte. Les données de la plateforme sont sauvegardées chaque jour.

Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, un problème local tel qu'une panne de courant ou une interruption de réseau sur le site peut entraîner l'indisponibilité de la plateforme, de l'ADJ, d'une application spécialisée ou d'autres applications locales telles qu'Outlook. Le projet partiel ADJ s'efforcera de minimiser au maximum ce risque et de mettre à disposition des méthodes de travail alternatives dans le cadre de ce qui est possible techniquement.

Quelles mesures sont prises en matière de sécurité des données ?

La protection et la sécurité des données sont des exigences centrales qui ont été prises en compte et vérifiées dans toutes les étapes du développement de la plateforme «justitia.swiss». Pour le développement et l'exploitation technique, le projet collabore avec deux entreprises suisses ayant fait leurs preuves, l'exploitation complète ayant lieu en Suisse. Des entreprises externes procèdent régulièrement à des contrôles indépendants de la sécurité de la plateforme. Les mesures de sécurité concrètes sur la plateforme sont notamment :

- le cryptage du trafic de données et de l'archivage de données.
- l'authentification par des preuves d'identité électroniques reconnues.
- le contrôle des fichiers pour vérifier l'absence de maliciels.
- la quittance de réception mentionnant l'heure et le contenu de la saisie.

Vous trouverez des informations complémentaires relatives à la protection et à la sécurité des données sur la page de projet de Justitia 4.0. ([Sécurité de l'information et des données](#))

Les débats parlementaires concernant la loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ) ont bien avancé. Lors des premières délibérations, le Conseil national et le Conseil des États ont soutenu en grande partie le projet du Conseil fédéral.

Les points suivants ont fait et font encore l'objet de discussions particulières et méritent d'être mentionnés :

- Métadonnées sur la plateforme: le Conseil des États veut accorder aux avocats le droit de demander la suppression des métadonnées. La Commission des affaires juridiques du Conseil national ne le soutient pas.
- Inaccessibilité de la plateforme: le projet du Conseil fédéral prévoit que l'inaccessibilité de la plateforme doit être rendue crédible par les utilisatrices et utilisateurs. Le Conseil des États veut que les délais soient respectés si les utilisatrices et utilisateurs déposent leur requête sur papier auprès de l'autorité compétente le dernier jour du délai. La Commission des affaires juridiques du Conseil national va également dans cette direction.
- Dispositions transitoires: selon la dernière version de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, les cantons doivent fixer la date à partir de laquelle le travail sera effectué numériquement de manière à ce qu'elle se situe avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant l'entrée en vigueur définitive de la LPCJ, mais au plus tôt un an après ce moment. Cette date peut être fixée différemment pour les procédures selon le code de procédure civile et selon le code de procédure pénale.

La deuxième lecture au Conseil national est prévue lors de la session d'hiver 2024 (cf. pour les détails à ce sujet [Conseil national Session d'hiver 2024](#)). La deuxième lecture au Conseil des États aura probablement lieu au cours des premiers mois de l'année 2025.

L'équipe de projet Justitia40@JUS_BE informe régulièrement sur l'avancement du projet ainsi que sur les étapes clés importantes et les développements actuels.

Praxisorientierte Ausein- setzung mit der Schockzustandsklausel im neuen Sexualstrafrecht

Sven Schleifer, Bern*

I. Einleitung

Die jüngste Revision des Sexualstrafrechts hat einen begrüssenswerten Paradigmenwechsel beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung vollzogen, ihre gesetzgeberische Umsetzung bringt aber auch grosse Herausforderungen für die Strafjustiz mit sich.¹ Dieser Beitrag zielt auf einen Aspekt ab, der bereits im Parlament ein Hauptthema der Debatte darstellte und in der Folge zu einer Tatbestandsformulierung der Art. 189 und 190 Abs. 1 StGB geführt hat, die einigen Klärungsbedarf mit sich bringt: Die Rede ist vom Phänomen der «tonischen Immobilität» und dessen Berücksichtigung in Form der «Schockzustand»-Klausel. Die Bestimmungen lauten in den hier relevanten Punkten folgendermassen:

1 Auf verschiedene Schwierigkeiten eingehend PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024; BOMMER 2024; SCHEIDEGGER 2025.

2 Hervorhebungen durch den Autor; so auch der neue Art. 190 Abs. 1 StGB bzgl. Beischlaf etc.

Art. 189 Abs. 1 StGB: «Wer *gegen den Willen* einer Person eine sexuelle Handlung an dieser vornimmt oder von dieser vornehmen lässt *oder zu diesem Zweck einen Schockzustand einer Person ausnützt ...*»²

Ziel dieses Beitrags ist es, in einer Phase mit vielen offenen Fragen Unterstützung unter Berücksichtigung relevanten interdisziplinären Wissens zu bieten.

- In einem ersten Schritt wird die Auslegung der Schockzustandsklausel im Lichte allgemeiner wissenschaftlicher Erkenntnisse zur tonischen Immobilität diskutiert (II.). Dabei wird dargelegt, wieso dem «Ausnutzen eines Schockzustands» keine eigenständige Bedeutung zukommt, sondern dieses lediglich als ein Beispiel für das Tatbestandsmerkmal «gegen den Willen» zu verstehen ist.
- Sodann folgen praktische Überlegungen und Hinweise (III.). Diese umfassen mögliche Indizien für das Vorliegen einer tonischen Immobilität – bzw. eines «Schockzustands» (III.A.); die Ausgestaltung der Opfereinvernahme (III.B.) sowie die materiell-rechtliche Würdigung im Sinne der hier vertretenen Auslegung, also die Frage, wie das Merkmal «gegen den Willen» in einem Fall von tonischer Immobilität zu etablieren ist (III.C.).
- Der Beitrag endet mit einem Schlusswort und Ausblick (IV.).

3 Siehe SCHLEIFER 2024, N 22; JAQUIER/MONTAVON 2023, S. 183; kritisch auch mit Blick auf sprachliche Diskrepanzen PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 34.

4 Siehe SCHLEIFER 2024, N 22 mit Verweisen auf die entsprechenden Voten in der parlamentarischen Debatte; siehe auch SCHEIDEGGER 2025, N 16; zum Phänomen der tonischen Immobilität siehe SCHLEIFER 2024, N 3 ff.; JAQUIER/MONTAVON/ISELIN 2023, S. 16 ff. und sogleich unten II.A.; zur Entstehungsgeschichte auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 34 f.; allgemein zum Revisionsprozess BOMMER 2024, S. 60 ff.; SCHEIDEGGER 2025, N 7 ff.

II. Auslegung der Schockzustandsklausel

Die erste grosse Schwierigkeit des neuen Rechts besteht im grossen Auslegungsspielraum der neuen Grundtatbestände in den Art. 189 und 190 StGB, welcher zur Folge hat, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht absehbar ist, wie die tatsächliche Anwendung durch die Gerichte aussehen wird.

Zum – unglücklich gewählten –³ Begriff des «Schockzustands» lässt sich mit Blick auf die Materialien zweifellos sagen, dass der Gesetzgeber insbesondere den Zustand der sogenannten «tonischen Immobilität» im Sinn hatte.⁴ Vorab weniger klar und für die vorliegende Fragestellung

wichtiger ist die Frage, welche dogmatische Bedeutung dem «Ausnutzen eines Schockzustands» zukommt. Davon hängt auch ab, worauf sich die Beweisführung beziehen und somit auch die Einvernahme ausrichten muss.

Bevor die eigentliche Auslegung diskutiert wird, folgen zunächst einige erklärende Ausführungen zum Phänomen der tonischen Immobilität.

A. Was ist tonische Immobilität?

Wie bereits erwähnt, zielte der Gesetzgeber mit der expliziten Nennung des Schockzustands auf die bei Opfern sexueller Übergriffe relativ häufig auftretende tonische Immobilität ab. Auch unabhängig von der Tatbestandsauslegung ist es wichtig, dass die Strafverfolgungsbehörden ein Bewusstsein und Verständnis für dieses Phänomen entwickeln.⁵

5 Vgl. auch LAVOYER 2024, S. 166 ff.

6 SCHLEIFER 2024, N 3 ff.

7 Vgl. SCHLEIFER 2024, N 20.

1. Phänomenologie und Gründe des Auftretens

An anderer Stelle ist der Verfasser bereits detailliert auf die empirischen Erkenntnisse zu diesem Phänomen eingegangen.⁶ Daher beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf einen zusammenfassenden Überblick zu den wichtigsten Punkten.⁷

Tonische Immobilität ist ein Bestandteil eines evolutionär im Gehirn abgespeicherten Programms, welches mögliche Verhaltensweisen im Zusammenhang mit wahrgenommener Gefahr beinhaltet (sog. Abwehrkaskade), bestehend aus Freeze-Alert, Kampf, Flucht, tonischer Immobilität und kollabierter Immobilität. Die Aktivierung und Umsetzung dieses Programms geschieht unbewusst und instinktiv, in einem Zusammenspiel entwicklungsgeschichtlich alter Gehirnregionen und des autonomen Nervensystems.⁸ Der Ablauf des Programms hängt davon ab, wie dieses «Überlebenssystem» die Nähe zur Gefahrenquelle beurteilt und die Situation in seine rudimentären Kategorien einordnet, was individuell sehr unterschiedlich sein kann.⁹ Für das «Überlebenssystem» ist es – evolutionär betrachtet auch mit gutem Grund – *völlig belanglos, wie die so oft bemühte «objektive Drittperson» die entsprechende Situation beurteilen würde*; sein eigentlicher Zweck ist es unter anderem, in Extremsituationen schnelle Reaktionen umzusetzen und langsamere rationale Denkprozesse zu verdrängen.¹⁰ Tonische Immobilität kann insbesondere in Situationen auftreten, in denen die Gefahr subjektiv als unmittelbar und unausweichlich wahrgenommen wird. Dabei ist nicht einmal erforderlich, dass bei objektiver (bzw. rationaler) Betrachtung überhaupt eine tatsächliche Gefahrensituation vorliegt.¹¹ Darüber hinaus können frühere Erfahrungen in ähnlichen Situationen die tonische Immobilität als primäre Abwehrreaktion abspeichern (sog. «Priming»)¹² Dies kann so weit gehen, dass nach einer Vergewaltigung auch bei einvernehmlichen Sexualkontakten Symptome von tonischer Immobilität auftreten.¹³ Ebenfalls weisen Studien darauf hin, dass tonische Immobilität bereits durch mentales Wiedererleben oder Konfrontation mit einschlägigen Szenarien in Laborstudien auftreten kann.¹⁴

8 Die wichtigsten Gehirnstrukturen sind in diesem Zusammenhang der Mandelkern (Amygdala) und der Hypothalamus, wobei die Amygdala als «Frühwarnsystem» fungiert und der Hypothalamus die Ausschüttung von Stresshormonen und damit die körperliche Reaktion steuert, vgl. zum Ganzen etwa LEDOUX 2012, S. 655 ff. («Survival Circuits»); siehe auch SCHLEIFER 2024, N 3 m.w.V.

9 Siehe SCHLEIFER 2024, N 5, 15 m.w.V.

10 Vgl. etwa LEDOUX 2006(1996), S. 176 ff.; siehe auch BRANTBJERG 2012, S. 103 m.w.V. («autopilot»); vgl. auch JAQUIER/MONTAVON/ISELIN 2023, S. 32.

11 Siehe SCHLEIFER 2024, N 15 m.w.V.; vgl. auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 36.

12 Siehe SCHLEIFER 2024, N 16 m.w.V.

13 Vgl. TEBOCKHORST 2012, S. 95 f.; TEBOCKHORST/O'HALLORAN/NYLINE 2015, S. 174 («shadow of tonic immobility»).

14 Siehe DE KLEINE/HAGENAARS/VAN MINNEN 2018, S. 1106 m.w.V., 1108.

2. Überblick zu den Symptomen

Die möglichen Symptome verdienen eine gesonderte Betrachtung, da diese je nach materiellrechtlicher Auslegung für die Strafverfolgung von zentraler Bedeutung sein könnten: Wann wäre objektiv von einem Schockzustand auszugehen? Dies ist insbesondere deshalb ein schwieriges Problem, weil

- 15 So auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 36.
- 16 Siehe die praxisbezogenen Ausführungen zu möglichen Hinweisen auf einen «Schockzustand» unten (III.A.1.).
- 17 Siehe zum Ganzen jeweils m.w.V. SCHLEIFER 2024, N 17; JAQUIER/MONTAVON/ISELIN 2023, S. 34; vgl. auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 36.
- 18 Siehe jeweils m.w.V. SCHLEIFER 2024, N 18; JAQUIER/MONTAVON/ISELIN 2023, S. 35 f.
- 19 FUSÉ et al. 2007.
- 20 FUSÉ et al. 2007, S. 269 f., 273.
- 21 Covers et al. 2021; DOKKEDAHN/SHAKED/YAEL 2024.
- 22 Siehe COVERS et al. 2021, S. 780.

genau wie die konkreten Umstände des Auftretens von tonischer Immobilität auch die Art und Intensität der Symptome individuell stark variieren können. Tonische Immobilität sollte daher nicht als kategorisches Konstrukt mit einer klar definierten Schwelle verstanden werden.¹⁵ Es folgt hier zunächst ein allgemeiner Überblick, der unten an einschlägiger Stelle ergänzt und vertieft wird.¹⁶

Die von Betroffenen häufig berichteten Erfahrungen lassen sich grob in drei Kategorien einteilen: In *somatischer*, das heisst körperlicher Hinsicht berichten Betroffene von tonischer Immobilität regelmässig über ein Gefühl der Lähmung – auch ohne physische Zwangseinwirkung; Unfähigkeit, nach Hilfe zu rufen; unwillkürliches Zittern; ein Kältegefühl; und teilweise geschlossene Augen abwechselnd mit einem unfokussierten Blick. Im Hinblick auf das *emotionale* Erleben wird konstant und in Einklang mit dem theoretischen Modell von einem Gefühl grosser Angst bzw. Panik berichtet und weiter auch von Gefühlen des Gefangenseins, der Sinnlosigkeit, der Hoffnungslosigkeit.¹⁷ Ebenfalls häufig sind Berichte über ein mentales und emotionales Austreten aus der Situation während des Übergriffs, was als «peritraumatische *Dissoziation*» bezeichnet wird.¹⁸

Für wissenschaftliche Studien wurde eine Skala von Symptomen entwickelt, anhand derer das Vorliegen von tonischer Immobilität gemessen wird (sog. TI-Skala).¹⁹ Die Skala umfasste ursprünglich 10 Items, die in die beiden Kategorien «tonische Immobilität» (7 Items) und «Furcht» (3 Items) eingeteilt wurden. Für jedes Symptom wird die Intensität mit einem Punktwert zwischen 0 und 6 beschrieben und anhand der Summe aller Punktwerte in der Kategorie «tonische Immobilität» wird beurteilt, ob es sich um keine (weniger als 21 von 42 möglichen Punkten), eine «moderate» (21 oder mehr Punkte) oder eine «extreme» Immobilität (28 oder mehr Punkte) handelt.²⁰ Kürzlich wurde vorgeschlagen, die Skala um eine dritte Kategorie «Dissoziation» («*detachment*») zu erweitern.²¹ Zudem wurde in einer dieser jüngeren Studien die Zahl der Items von 10 auf 6 reduziert, nachdem Redundanzen entdeckt wurden.²²

B. Die richtige Auslegung

Mit den vorangehenden Erkenntnissen kann nun die Frage nach der richtigen Auslegung der Schockzustandsklausel erörtert werden. Grundsätzlich sind zwei Auslegungsvarianten denkbar, von denen jedoch nur eine überzeugt, während die andere klar abzulehnen ist:

- Das «Ausnutzen eines Schockzustands» ist eine eigenständige Tatbestandsvariante: Das Vorliegen eines Schockzustands im Sinne von tonischer Immobilität muss objektiv nachgewiesen werden und der (Eventual-)Vorsatz muss sich auch spezifisch darauf beziehen;
- Dem «Ausnutzen eines Schockzustands» kommt keine eigenständige Bedeutung zu, sondern es handelt sich lediglich um ein Beispiel von «gegen den Willen»: Der Gesetzgeber wollte damit bereits im Gesetz festhalten, dass auch objektiv passives Verhalten im eigentlichen Tatzeitpunkt je nach den Umständen Ablehnung signalisieren kann.

1. Gegenüberstellung der beiden Auslegungsvarianten

Für Option 1 spricht einzig der Gesetzeswortlaut («oder»). Die Argumente für Option 2 sind hingegen zahlreich: *Erstens* ist der parlamentarischen

- 23 SCHLEIFER 2024, N 36 m.V.; vgl. auch SCHEIDEGGER 2025, N 16.
- 24 Siehe auch BOMMER 2024, S. 84; zum Verhältnis der beiden Tatbestände PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 48 f.
- 25 Vgl. auch bereits SCHEIDEGGER 2021, S. 196; siehe auch Votum BAUME-SCHNEIDER, AB 2023 SR S. 113.
- 26 Siehe etwa Votum KELLER-SUTTER AB 2022 SR, S. 408 («schwieriges Thema»); Votum RIEDER AB 2022 SR, S. 403 («keine gefestigten Studien»); Votum BREGY AB 2023 NR, S. 987 («neuer Begriff, und dieser wird sicherlich noch interpretiert werden müssen»).
- 27 Vgl. auch bereits SCHEIDEGGER 2021, S. 196; siehe auch Votum BAUME-SCHNEIDER, AB 2023 SR S. 113.
- 28 Anders PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 44 f.
- 29 Durch diverse Studien ist belegt, dass tonische Immobilität bereits an und für sich die Wahrscheinlichkeit der Entwicklung einer Posttraumatischen Belastungsstörung (PTBS) wesentlich erhöht (siehe etwa MÖLLER/SÖNDERGAARD/HELSTRÖM 2017; DE KLEINE/HAGENAARS/VAN MINNEN 2018, S. 1105 mit zahlreichen weiteren Verweisen); der Zustand wird von vielen Betroffenen verständlicherweise als extrem beängstigend erlebt (siehe MARX et al. 2008, S. 84; vgl. auch unten III.A).
- 30 Bei Betroffenen von tonischer Immobilität treten bspw. häufiger und stärkere Selbstvorwürfe auf (siehe GBAHABO/DUMA 2021, S. 5 ff. [3.1.4 und 4.4]; TEBOCKHORST/O'HALLORAN/NYLINE 2015, S. 174, siehe auch unten III.A.1.); diese wiederum können zu Scham- und Schuldgefühlen führen, allesamt Risikofaktoren für die Entwicklung einer PTBS (siehe zum Ganzen etwa BOVIN et al. 2014, S. 723).
- 31 Eindringlich LAVOYER 2024, S. 174 ff.; siehe auch SUTER/WIDLA 2023, S. 93 f.
- 32 Es sei denn, man wolle in jedem Fall ein Sachverständigengutachten anordnen, was wohl kaum die Intention des Gesetzgebers war; ebenfalls ablehnend PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 37.

Debatte explizit zu entnehmen, dass es sich dabei um den eigentlichen Willen des Gesetzgebers handelt.²³ *Zweitens* wäre Option 1 im Grunde nichts anderes als eine verkappte Version des Missbrauchs einer zum Widerstand unfähigen Person (Art. 191 StGB [ehemals «Schändung»]) in den Grundtatbeständen. Da dieser Unrechtsgehalt durch einen anderen Tatbestand erfasst wird, wäre dies in systematischer Hinsicht unsinnig.²⁴ Die tatsächliche Erfassung solcher Fälle über Art. 191 StGB dürfte aber in aller Regel am Vorsatznachweis scheitern, da es sich um ein der breiten Bevölkerung wohl wenig oder gar nicht bekanntes Phänomen handelt.²⁵ Selbst in der parlamentarischen Debatte war bisweilen eine gewisse Verwirrung zu erkennen.²⁶ Wie liesse sich also einer beschuldigten Person (ohne psychologische Ausbildung) das Erkennen einer vollständigen Widerstandsunfähigkeit nachweisen? Dasselbe gilt für das Erkennen eines «Schockzustands» im Sinne der tonischen Immobilität,²⁷ weshalb *drittens* die vom Gesetzgeber beabsichtigte Berücksichtigung dieses Phänomens aufgrund des Vorsatzerfordernisses einen fatalen Geburtsfehler aufweisen würde.²⁸ *Viertens* könnte bei Option 1 eine unnötige Gefahr von (stärkeren) Retraumatisierungseffekten bestehen: Opfer verstehen den extrem einschneidenden Zustand der tonischen Immobilität in der Regel selber nicht. Diese Unerklärlichkeit kann an und für sich schon (zusätzlich)²⁹ traumatisierend wirken.³⁰ Ein ausschliesslich darauf ausgerichtetes Strafverfahren würde diese Problematik noch unnötig verstärken. Und schliesslich wäre Option 1 *fünftens* auch wegen der oben dargelegten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu tonischer Immobilität objektiv nicht sinnvoll anzuwenden, worauf noch etwas genauer einzugehen ist.

Es ist insbesondere vor Augen zu führen, was die abzulehnende Auslegung (Option 1) konkret für die Praxis bedeuten würde: Müsste ein Schockzustand objektiv nachgewiesen werden, käme man nicht umhin, einen arbiträren Schwellenwert auf der Symptomskala festzulegen. Bräuchte es eine «extreme» Immobilität oder genügte eine «moderate» Immobilität oder vielleicht auch bereits gewisse Symptomkombinationen oder sogar nur ein einziges Symptom? Und wie wäre die Einvernahme zu führen? Spezifisch nach den Symptomen zu fragen, ist als suggestives Vorgehen mit Recht abzulehnen. So wäre zunächst das Opfer «in der Pflicht», im freien Bericht entsprechende Angaben zu machen, wobei in jedem Fall starke individuelle Unterschiede zu erwarten wären. Sodann folgte eine Reihe von Nachfragen zu den erwähnten Symptomen, um die jeweilige Intensität zu bestimmen – im Rahmen bekannter Verteidigungsstrategien zudem möglicherweise mit mitbeschuldigendem Unterton.³¹ Die resultierenden Angaben müssten sodann von nicht dafür ausgebildeten Juristinnen und Juristen³² in eine psychologische Symptomskala übersetzt werden und anhand des «errechneten» Gesamtwerts wäre ein Urteil nach einer binären Ja/Nein-Logik zu fällen. Dabei ist vor Augen zu halten, dass die Schockzustandsklausel die Ausgangslage für die Opfer in solchen Fällen eigentlich verbessern sollte. Mit diesem Vorgehen würde jedoch genau das Gegenteil eintreten: Wie beim Widerstandserfordernis nach altem Recht würde das instinktive Verhalten des Opfers nach arbiträren Gesichtspunkten, die mit dem eigentlichen Unrecht gar nichts zu tun haben, beurteilt. Anstatt über eine vorsätzliche Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung würde vor Gericht primär über psycho-physiologische Symptome des Opfers

- 33 Siehe etwa *Votum RIEDER AB 2022 SR*, S. 403: «Zur Tragweite und zum Umfang dieses Phänomens gibt es keine gefestigten Studien»; vgl. auch die Aussage von Bundesrätin Karin Keller-Sutter in *SUTER/WIDLA 2023*, S. 165: «Freezing ist wissenschaftlich kaum fassbar und eignet sich darum nicht als Grundlage für einen Straftatbestand»; vgl. ferner die Nachweise in Fn. 26 oben.
- 34 Siehe zum Ganzen auch *SCHLEIFER 2024*, N 35 f.
- 35 So auch *SCHEIDEGGER 2025*, N 16; wohl auch *BOMMER 2024*, S. 85; a.M. offenbar *PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024*, S. 37; wohl auch *PIETH/SIMMLER 2024*, S. 98 f.
- 36 Vgl. auch bereits *CONINX/SCHEIDEGGER 2019*, S. 2.
- 37 Eingehend *SCHLEIFER 2024*, N 33; vgl. auch *BOMMER 2024*, S. 81; es ist ein weiter Kommunikationsbegriff heranzuziehen: jedes Verhalten hat Kommunikationswert («man kann nicht nicht kommunizieren»), vgl. *SCHLEIFER 2024*, N 31 m.w.V.
- 38 Siehe oben II.A. und sogleich unten III.A.
- 39 Mit Begründung *SCHLEIFER 2024*, N 34, siehe ferner N 29 ff.; so auch *SCHEIDEGGER 2025*, N 17.
- 40 Vgl. *SCHLEIFER 2024*, N 33; davon ist aber keinesfalls pauschal auszugehen, wenn sich Täter und Opfer kennen oder bereits gemeinsame Sexualkontakte hatten, vgl. *PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024*, S. 39, 44 f.; mit Recht kritisch zu dieser Tendenz auch *LIEBER 2023*, S. 50 ff.; *LAVOYER 2024*, S. 162.
- 41 Ähnlich bereits *CONINX/SCHEIDEGGER 2019*, S. 2.
- 42 Siehe aber Urteil des Obergerichts Solothurn *STBER.2023.82* vom 4. Juni 2024, E. VI.1.1. mit Hinweis auf die Medienmitteilung des Bundesrats (Neues Sexualstrafrecht ab 1. Juli 2024) vom 10. Januar 2024: «Als Zeichen der Ablehnung wird neben Worten oder Gesten auch der Schockzustand des Opfers, das sogenannte Freezing, gewertet. Erstarrt das Opfer vor Furcht und kann es sich deshalb nicht ablehnend äussern oder zur Wehr setzen, wird der Täter nun ebenfalls wegen Vergewaltigung oder sexuellem Übergriff und sexueller Nötigung bestraft, wenn er diesen Schockzustand erkannt hat.»; freilich gibt diese Formulierung keine klare Antwort bzw. ist sie widersprüchlich: Dass der Schockzustand ein Zeichen der Ablehnung sei,

im Tatzeitpunkt diskutiert. Es kann nur davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber diese Problematik mangels vertiefter Sachkenntnis nicht bewusst war.³³ Deshalb muss die Auslegung der Schockzustandsklausel anhand ihres Zwecks und des eigentlichen Willens des Gesetzgebers gegenüber der rein grammatikalischen Auslegung den Vorrang haben.³⁴

2. Skizzierung der richtigen Auslegung

Es ist festzuhalten, dass das «Ausnutzen eines Schockzustands» *richtigerweise* als reine Exemplifizierung von «gegen den Willen» ohne eigenständige Bedeutung, und nicht als separate Tatbestandsvariante auszulegen ist.³⁵ Konkret und im Wesentlichen bedeutete diese Auslegung für die Strafverfolgung: Alle Fälle der neuen Grundtatbestände beziehen sich auf die Frage, ob die jeweiligen sexuellen Handlungen «gegen den Willen» erfolgt sind. Objektiv passives Verhalten im eigentlichen Tatzeitpunkt schliesst die Tatbestandsmässigkeit nicht *per se* aus.³⁶ Ob passives Verhalten im Tatzeitpunkt Ablehnung signalisiert, ist anhand einer Gesamtbetrachtung der vorhergehenden Interaktion zu beurteilen.³⁷ Dabei sind die Erkenntnisse zur tonischen Immobilität zu berücksichtigen.³⁸ Der Hauptfokus ist sodann auf den subjektiven Tatbestand zu legen:³⁹ Musste die beschuldigte Person aufgrund der Gesamtumstände zumindest damit gerechnet haben, dass im Tatzeitpunkt ein entgegenstehender Wille des Opfers vorlag? Bei passivem Verhalten dürfte dabei auch die Frage relevant sein, ob es sich um die erste sexuelle Begegnung zwischen den Beteiligten handelte oder ob aufgrund vorhergehender Sexualkontakte ein gemeinsames «sexuelles Kommunikationssystem» vorhanden war, aufgrund dessen in guten Treuen auf die (konkludente) Bedeutung von gewissen Verhaltensweisen in vergleichbaren Situationen vertraut werden durfte.⁴⁰ Kurz gesagt geht es bei dieser Auslegung darum, das Geschehen in jedem Fall unter dem primären Gesichtspunkt «(konkludente) Kommunikation» zu beurteilen, wobei verschiedenste Verhaltensweisen (insbesondere Passivität) je nach den Umständen unterschiedliche Bedeutungen haben können.⁴¹

Freilich ist zurzeit noch offen, ob sich die Gerichte dieser Auslegung anschliessen werden.⁴² Eine schnellstmögliche höchstrichterliche Klärung zur Auslegung der Schockzustandsklausel wäre wünschenswert. Jedenfalls handelt es sich um eine Grundsatzfrage von erheblicher Bedeutung, deren Beantwortung für die Praxis wegleitend wäre.⁴³

III. Praxisbezogene Überlegungen

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf praktische Aspekte der Strafverfolgung. Auch bei der hier bevorzugten Auslegung ist die tonische Immobilität von (wenn auch geringerer) Bedeutung; auf den Schockzustand wird auch hier einzugehen sein müssen, wobei dieser jedoch nicht der Dreh- und Angelpunkt der gesamten Beurteilung darstellt. Zudem können qualitative Schilderungen von spezifischen Empfindungen wohl als aussagekräftige Realkennzeichen bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit angesehen werden.⁴⁴

spricht für die hier vertretene Auslegung; dass das Erkennen des Schockzustands (und nicht der Ablehnung allgemein) vorausgesetzt sei hingegen für die andere Variante.

- 43 Vgl. BGE 139 II 340 E. 4.
- 44 Eine Auseinandersetzung auch mit dieser Thematik würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Auf sie wird an anderer Stelle genauer einzugehen sein.
- 45 So auch LASO 2024.
- 46 TEBOCKHORST/O'HALLORAN/NYLINE 2015 = TEBOCKHORST 2012 (open access zugänglich, Link in Literaturliste); GBAHABO/DUMA 2021.
- 47 Vgl. zum Ganzen TEBOCKHORST/O'HALLORAN/NYLINE 2015, S. 173 f.; siehe auch TEBOCKHORST 2012, S. 43 ff., 88 ff., eindringlich S. 85 f.; die wörtlichen Berichte finden sich bei TEBOCKHORST 2012, Anhänge C und D, S. 136 ff. (open access zugänglich, Link in der Literaturliste), DeepL hat die Übersetzung in schwierigen Fällen unterstützt; der Übersichtlichkeit halber sind hier jeweils nur einschlägige Passagen aufgeführt, es ist jedoch empfehlenswert, bei Gelegenheit auch den einen oder anderen vollständigen Bericht zu lesen (z.B. S. 137-140).
- 48 Vgl. auch GBAHABO/DUMA 2021, S. 4 ff.
- 49 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCKHORST 2012, S. 170, 191; die Aussagen beziehen sich jeweils nur auf das Kerngeschehen.
- 50 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCKHORST 2012, S. 151, 158, 161, 166.
- 51 Die sehr intensive Wahrnehmung des eigenen Herzschlags war auch in der anderen Studie ein hervorstehendes Thema, vgl. GBAHABO/DUMA 2021, S. 5.

A. Hinweise auf einen Schockzustand

1. Qualitative Studien

Soweit ersichtlich liegen bis dato nur zwei rein qualitative Studien zum detaillierten subjektiven Erleben von tonischer Immobilität vor,⁴⁵ die für die vorliegende Untersuchung jedoch von besonderem Interesse sind.⁴⁶ Dies, weil das Studiendesign sehr starke Ähnlichkeit mit einer strafbehördlichen Einvernahme aufweist: Die Teilnehmerinnen machten Angaben zu ihren Erfahrungen im freien Bericht, wobei nur offen formulierte Ergänzungsfragen gestellt wurden.

Besonders in einer dieser Studien kristallisierten sich einige Themen heraus, die für die vorliegende Fragestellung äusserst interessant erscheinen:⁴⁷

Vorbemerkung: Einzelne Themen sind vermutlich bei sexuellen Übergriffen allgemein (auch ohne tonische Immobilität) von gewisser Bedeutung. Die Aspekte, welche für die Annahme eines «Schockzustands» aus Sicht des Autors besonders relevant sind, werden jeweils mit einem Stern () markiert. Die anderen Themen scheinen für sich alleine zu unspezifisch, können aber gegebenenfalls zur Ergänzung und Untermauerung herangezogen werden.*

* Zunächst umfassten die Berichte viele der oben bereits angesprochenen Symptome, insbesondere *grosse Angst* («*terror*») und ein intensiver Drang, zu fliehen in den Anfangsphasen, plötzlich eintretende *Bewegungsunfähigkeit* («*paralysis*»), *Unfähigkeit zu sprechen* oder überhaupt Laute zu erzeugen («*unable to vocalize*»), ein sich ausbreitendes *Kältegefühl* und (nicht damit zusammenhängendes) *Zittern*, sowohl während des Übergriffs als auch teilweise danach.⁴⁸

Beispiele im Originalwortlaut:

Angst:⁴⁹

* «*Ich hatte Angst, aber gleichzeitig war da einfach nichts. Ich konnte nicht wirklich etwas fühlen. Da war diese Angst, aber nachdem diese Angst einen bestimmten Punkt erreicht hatte, schaltete ich ab.*» (Anmerkung: Verknüpfung mit Distanzierung/Dissoziation)

«*Ich hatte einfach große Angst vor dem, was passieren würde. So viel Angst, so viel Verzweiflung wie.... Ich erinnere mich, dass ich völlig verängstigt war.*»

*** Körperliche Symptome:**⁵⁰

«*Ich bin im Grunde wie ein Ziegelstein erstarrt, hart wie ein Ziegelstein, ich habe alles sehr steif gehalten. [...] Als ich anfang, mich anzuspannen, wurde mir richtig heiss [...] Aber dann fühlte ich Kälte und mir wurde richtig kalt.*»

«*Es war, als hätte ich keine Kontrolle darüber, was ich tun kann. ... am ganzen Körper zitternd ... So etwas wie ein kribbelndes Gefühl. Ich spürte, wie mein Kopf pochte, es war, als ob mein Herz in meinem Kopf wäre.*»⁵¹

«Du hast keine Stimme und keine Kraft. Du kannst nicht gehen, nicht sprechen und nichts tun. Es ist ein bisschen so, als ob man seinen Körper nicht mehr spürt.»

«Ich war wie eingefroren, aber es fühlte sich an, als wäre ich wirklich nicht da. Es war, als hätte jemand die Lichter in meinem ganzen Körper ausgeschaltet. Ich konnte mich nicht bewegen. Ich konnte nichts fühlen.»

* Von allen Studienteilnehmerinnen wurde überdies dem übereinstimmend berichteten Gefühl von überwältigender *Verwirrung in den Anfangsphasen des Geschehens* zentrale Bedeutung beigemessen, was rückblickend teilweise als eigentliche Ursache oder zumindest als Mitursache für das Lähmungsgefühl interpretiert wurde.

52 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCK-HORST 2012, S. 137, 170, 187, 191, 196.

Beispiele im Originalwortlaut:⁵²

«Ich konnte nicht glauben, dass das gerade passiert. [...] Ich war einfach so durcheinander, dass ich nicht wusste, was ich tun sollte. [...] Ich weiß nicht mehr, was mir durch den Kopf ging, ich weiß nur noch, dass ich dort lag.»

«Ich habe mich gefragt: Was passiert hier? Es war der erste Schock darüber, was hier vor sich geht, und dann, oh mein Gott, ich kann mich nicht bewegen.»

«Ich glaube, ich habe versucht zu denken, aber ich konnte nicht einmal meine Gedanken kontrollieren, und das war, abgesehen vom Körperlichen, eine der Hauptsachen, dass ich nicht einmal meine Gedanken kontrollieren konnte.»

«Die Verwirrung stört mich, aber in diesem Moment war ich nicht in der Lage, etwas zu tun. Es ist wirklich sehr ärgerlich, dass ich absolut nichts tun konnte, und das lag nicht daran, dass ich nicht stark genug war, sondern daran, dass es nichts gab, was ich tun konnte, mein Körper ließ mich nicht.» Anmerkung: Die Schilderung zeigt, dass eine körperliche Unterlegenheit des Opfers nicht erforderlich ist.⁵³ Diese kann zwar zusätzlich beängstigend und einschüchternd wirken, jedoch kann daraus kein Umkehrschluss gezogen werden.

53 Vgl. auch SUTER/WIDLA 2023, S. 49.

«Beim ersten Mal war ich wirklich nur verwirrt, weil ich dachte, er liebt mich. Damals kam es so unerwartet. Man ist einfach schockiert, man fragt sich: Was ist los? Ich wusste nicht, was ich tun sollte.»

54 GBAHABO/DUMA 2021, S. 4.

«Ich konnte nicht verarbeiten, was er sagte oder mir antat; ich konnte weder schreien noch um Hilfe rufen; ich lag einfach da.»⁵⁴

* Im weiteren Verlauf der Übergriffe ging diese Verwirrung in eine *mentale Distanzierung* über («check out»), die insbesondere in *Vermeidung von Augenkontakt zum Täter* und teilweise in einer *starren Fokussierung auf herausstehende Elemente der Umgebung* (Spiegel, Leuchtanzeigen von Digitaluhren, Muster der Bettwäsche) bestand – alternativ auch einfach im Schliessen der Augen.⁵⁵

55 Vgl. auch COURVOISIER 2022, S. 127 m.w.V. («fixé le plafond durant l'acte»).

56 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCKHORST 2012, S. 162, 166 f., 170, 196.

Beispiele im Originalwortlaut:⁵⁶

«Wenn ich zurückblicke, und ich weiß, das klingt seltsam, aber es war wie eine außerkörperliche Erfahrung, es ist, als würde ich mich selbst beobachten.»

«Ich habe mich während des ganzen Akts irgendwie abgemeldet [...] Es war eher so, als würde es nicht passieren, ich war einfach nur da. Ich hatte keine Gefühle [emotion].»

«Ich konnte nicht wirklich etwas denken, also lag ich einfach da und schaute auf eine Uhr. Ich erinnere mich, wie ich auf die hellen grünen Lichter der Uhr starrte, die auf dem Bücherregal stand. [...] Ich weiß noch, dass ich ihn nicht ansehen wollte. Ich wollte überall anders hinschauen, nur nicht zu ihm.»

«Ich wollte nicht sehen, was vor sich ging. Ich wollte auch sein Gesicht nicht sehen.»

«Ich war wie betäubt; ich dachte an nichts mehr; mein Gehirn war einfach leer, als ob mein Verstand in den Himmel oder die Hölle, wo auch immer, gegangen wäre und mich dort liegen gelassen hätte.»⁵⁷

57 GBAHABO/DUMA 2021, S. 4.

* Während der Übergriffe fühlten sich die Teilnehmerinnen (mit einer Ausnahme) *körperlich taub* und verspürten *keine Schmerzen*. Nach den Übergriffen kam das Schmerzempfinden in Bezug auf erlittene (ausschliesslich leichte) Verletzungen allmählich zurück.

Beispiele im Originalwortlaut:⁵⁸

58 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCKHORST 2012, S. 166 f., 183, 197.

«Ich konnte nichts fühlen. Ich war einfach so losgelöst von meinem Körper. [... Danach:] Ich hatte Schmerzen... Mein Handgelenk hat sehr weh getan.»

«Als ich endlich allein war, öffnete ich meine Augen und... entspannte mich [un-tensed], glaube ich. Ich befreite meine Lungen aber es fühlte sich an, als wären Ameisen überall auf mir. Eine Art Schüttelfrost und dieses Gefühl und dann kam der Schmerz, von der Penetration. Ich fühlte ihn nicht während dem [process], ich fühlte ihn danach. Er wurde mir plötzlich bewusst.»

«Während der ganzen Erfahrung fühlte ich mich einfach nur wie betäubt.»

Von einigen Teilnehmerinnen wurden als *besonders intensiv erlebte Momente* einerseits die *Penetration* und andererseits der *Weggang des Täters* nach dem Übergriff genannt; diese Momente hinterliessen besonders intensive sensorische Erinnerungen.⁵⁹

59 Vgl. TEBOCKHORST/O'HALLORAN/NYLINE 2015, S. 173: Insbesondere im Moment der Penetration berichteten die Teilnehmerinnen über akute körperliche Veränderungen. Einige haben dies als den Moment beschrieben, in dem sie zu zittern begannen und sie ein schleichendes Kältegefühl («creeping coldness») überkam. Zudem war in diesem Moment für die meisten der Drang zur mentalen Distanzierung am stärksten.

Beispiele im Originalwortlaut:⁶⁰

«Ich erinnere mich daran, wie er aufstand und hinausging, ich erinnere mich immer daran, weil ich so verwirrt war.»

60 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCKHORST 2012, S. 168, 183.

«[Im Zeitpunkt der Penetration:] Ja, ich habe wirklich versucht, in diesem Moment in eine andere Welt zu gehen.»

Im unmittelbaren Anschluss an die Übergriffe wurden die meisten wiederum von intensiver Verwirrung und einem Ansturm von Gedanken über die Einordnung des gerade Erlebten überwältigt. *Das Lähmungsgefühl dauerte über einen Zeitraum fort, woraufhin die Bewegungsfähigkeit allmählich zurückkam; meistens war die erste Bewegung mit einem spezifischen Ziel verknüpft (z.B. Kleider anziehen oder das Verlassen des Ortes).

61 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCK-HORST 2012, S. 142, 167, 176 f., 192.

Beispiele im Originalwortlaut:⁶¹

* *«Ich konnte mich nicht bewegen, also drehte er mich auf die Seite und ich rollte mich zusammen und weinte. [...] Ich stand auf, verließ das Zimmer und ging ins Bad, um zu duschen.»*

* *«Ich konnte mich einfach nicht aufraffen. [...] Ich war so niedergeschlagen und ausgelaugt. Ich konnte mich nicht bewegen, obwohl ich unbedingt da raus wollte.»*

* *«Es war fast so, als würde man aufwachen, nachdem man einen Haufen Benadryl eingenommen hat, oder als würde man aus einem Nickerchen aufwachen und sich in einem Nebel befinden, und dann wird man langsam wach und ist in der Lage zu funktionieren. Ich weiß, dass ich selbst Stunden später noch wie erstarrt war und so... losgelöst [...]»*

* *«Ich hatte das Gefühl, dass [die Kontrolle] allmählich zurückkam, aber nicht unbedingt sofort... Ich würde sagen, allmählich, wie ‚hier sind meine Hände,‘ ich kann endlich aufhören zu zittern und zu schaukeln»*

In den Stunden und ersten Tagen nach den Übergriffen traten bei allen Teilnehmerinnen Muskelschmerzen auf, die weder mit Verletzungen noch mit offensichtlicher körperlicher Anstrengung verknüpft waren, aber dennoch sinngemäss als «Muskelkater» beschrieben wurden (in Beinen, Torso und/oder überall).

62 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCK-HORST 2012, S. 168, 171.

Beispiele im Originalwortlaut:⁶²

«Mein ganzer Körper tat weh. Es fühlte sich an, als hätte ich ein riesiges Training absolviert, aber das hatte ich nicht. Mein Körper fühlte sich irgendwie erschöpft an.»

«Ich weiß noch, dass ich am nächsten Morgen Schmerzen hatte. Ja (mein ganzer Körper hat geschmerzt), ich dachte, ich hätte aus irgendeinem Grund meine Bauchmuskeln benutzt.»

Allgemein nach den Übergriffen kämpften alle mit nachhaltigen Auswirkungen, wobei das wiederholte Auftreten von ähnlichen Zuständen wie tonische Immobilität – namentlich bei (auch einvernehmlichen) Intimkontakten oder in Momenten von Angst oder Kontrollverlust – als besonders gravierend erscheint. Damit verknüpft waren Schwierigkeiten beim Eingehen von romantischen Beziehungen.

63 Siehe in dieser Reihenfolge TEBOCKHORST 2012, S. 142 f., 158.

Beispiele im Originalwortlaut:⁶³

«Bei meinem letzten Freund war es so, dass ich jedes Mal, wenn er mich umarmen oder küssen wollte, zurückwich oder erstarrte, und er musste aufhören und mich fragen, was los ist. [...] Es ist so ähnlich, dass sich mein Körper anspannt und ich weglaufen will, aber ich kann meine Beine nicht bewegen, um mich zurückzuziehen oder so. [...] Es war sehr, sehr, sehr schwierig, eine neue Beziehung zu beginnen.»

«Seitdem es passiert ist, war es so, dass es mir sehr schwer fiel, mich mit anderen Männern zu verbinden, mich von ihnen berühren zu lassen oder sie irgendetwas mit mir machen zu lassen, und ich wollte sie einfach stoppen, oder wenn sie weitermachten, kam dieses Gefühl zurück und...»

Schliesslich wurden starke Schuld- und Schamgefühle erwähnt, die sich zwar allgemein auf die sexuelle Viktimisierung bezogen, bei vielen aber durch tonische Immobilität intensiviert wurden, insbesondere wegen Selbstvorwürfen bezüglich der Unfähigkeit, dem Übergriff zu entkommen oder ihn zu stoppen.⁶⁴

64 Dies ist auch ein Hauptthema, das in der anderen qualitativen Studie aufgetaucht ist, vgl. GBAHABO/DUMA 2021, S. 5 ff. (Kap. 3.1.4. und 4.4.).

65 Vgl. GBAHABO/DUMA 2021, S. 2 (Kap. 2.2.) m.w.V.

66 Zur Vertrauenswürdigkeit der Ergebnisse siehe TEBOCKHORST/O'HALLORAN/NYLINE 2015, S. 172 f.; ausführlich TEBOCKHORST 2012, S. 38 ff.

67 TEBOCKHORST/O'HALLORAN/NYLINE 2015, S. 172; zur Symptomskala siehe oben II.A.2.

68 GBAHABO/DUMA 2021, S. 4, 6 («Tonic immobility as mental paralysis»).

69 Den abgedruckten Aussagen in dieser Studie lässt sich entnehmen, dass bei mehreren berichteten Ereignissen entweder Waffen («paralysis and fear of seeing the gun», S. 5) oder mehrere befehlerische Täter («I just complied with what they asked me to do»; «I could not even lift my hands to remove my clothes as they demanded me to do so», S. 4) im Spiel waren. Die Berichte in der anderen Studie scheinen sich hingegen überwiegend auf Übergriffe durch eine bekannte oder sogar nahestehende Person zu beziehen. Weil solche Konstellationen für die hier behandelte Thematik besonders relevant sind (vgl. etwa LIEBER 2023, S. 41 f.), wurde dieser zweitgenannten Studie hier das grössere Gewicht gegeben.

Es ist an dieser Stelle wichtig, zweierlei anzumerken: Erstens ist die Stichprobe mit sieben Studienteilnehmerinnen sehr klein, was für qualitative Untersuchungen zwar grundsätzlich kein Hindernis darstellt,⁶⁵ aber bei Schlussfolgerungen gleichwohl zu berücksichtigen ist. Der Umstand, dass bei allen Themen entweder alle Teilnehmerinnen oder die Mehrheit von ihnen Ähnliches berichteten, spricht jedoch für die Validität.⁶⁶ Zweitens lag der Mittelwert der ermittelten Punktescores aller Teilnehmerinnen auf der TI-Skala bei 29 Punkten (Reichweite: 22 - 36).⁶⁷ Dies entspricht im Durchschnitt einer extremen Immobilität, wobei auch hier auf die hohe Übereinstimmungsrate hingewiesen kann. Trotzdem ist zu bedenken, dass namentlich Aspekte ohne vollständige Übereinstimmung nicht notwendigerweise zu erwarten sind. Für den Fall, dass das «Ausnutzen des Schockzustands» (fälschlicherweise) als eigene Tatbestandsvariante klassifiziert würde, sollte das Fehlen einzelner Themen der Bejahung eines Schockzustands nicht entgegenstehen.

Ergänzend sei noch auf ein zusätzliches Thema hingewiesen, das in der anderen qualitativen Studie identifiziert wurde. GBAHABO und DUMA beschreiben tonische Immobilität mitunter als «mentale Lähmung» («mental paralysis»). Darunter fällt zunächst übereinstimmend mit den zuvor dargelegten Erkenntnissen die Unfähigkeit, beabsichtigte (Flucht- oder Abwehr-) Handlungen in die Tat umzusetzen. Zusätzlich zur körperlichen Lähmung wird sinngemäss die Möglichkeit einer Art von «Willensverlust» angenommen, aufgrund dessen das Opfer den Wünschen des Täters widerstandslos nachkommt.⁶⁸ Freilich bleibt hierbei unklar, ob dieses «Sich-Fügen» im Kontext einer Nötigung stand.⁶⁹ Mit dieser Auffassung würde der Begriff der tonischen Immobilität seine ohnehin nicht ganz scharfen Konturen vollständig verlieren. Damit sei jedoch nicht gesagt, dass aktive Handlungen keine eigene Bewältigungsstrategie darstellen können, beispielsweise mit dem Ziel, den Übergriff schneller zu beenden oder eine Gewalteskalation zu vermeiden. Unter den (strafrechtlichen) Begriff des «Schockzustands» kann dies aber nicht fallen.

2. Beispiele aus Gerichtsurteilen

Einige der dargelegten Themen und Indizien, die auf eine tonische Immobilität hinweisen können, lassen sich auch zahlreichen Gerichtsentscheiden entnehmen:

- 70 Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt SB.2021.52 vom 23. Juni 2022, E. 3.2.2.3.2 (Hervorhebung im Original); aus Sicht des Autors handelt es sich um ein Musterbeispiel für die Schilderung einer tonischen Immobilität.
- 71 Urteil des Obergerichts Zürich SB210368 vom 31. Mai 2022, E. III.3.2.1.
- 72 Urteil des Obergerichts Bern SK 22 177 vom 17. Februar 2023, E. 9.3.
- 73 Urteil des Obergerichts Zürich SB190362 vom 10. Februar 2020, E. 4.7.
- 74 Urteil des Obergerichts Bern SK 21 621 vom 23. November 2022, E. 10.3.1; es kann darauf hingewiesen werden, dass gemäss wissenschaftlichen Erkenntnissen «Inversion» (Verbringen in Rückenlage) in der Tat den effektivsten Stimulus darstellt, um eine tonische Immobilität hervorzurufen (vgl. SCHLEIFER 2024, N 11 m.w.V.); insofern zutreffend sodann die Würdigung des Berner Obergerichts (a.a.O. E. 11.2).
- 75 Urteil des Obergerichts Zürich SB190178 vom 3. März 2020 E. II.6.3; eine Würdigung solchen Verhaltens als «lebensfremd» sollte im Lichte der oben dargelegten Erkenntnisse wegen Willkür angefochten werden (vgl. *mutatis mutandis* BGE 147 IV 409 E. 5.4.1).
- «[S]ie habe sich schon wehren wollen, aber nicht schlagen können; [...] es sei zu viel für sie gewesen; sie habe nicht gewusst, was machen [...]. [S]ie [habe] während des Geschlechtsverkehrs *keine* Schmerzen empfunden [...] Sie habe nicht verstanden, warum so etwas passiere [...] sie habe ganz viele komische Sachen auf einmal gedacht und „mega Angst“ gehabt; sie sei völlig verwirrt und schockiert gewesen und wisse nicht, was alles hätte sein können [...].»⁷⁰
- «[S]ie sei dann auf dem Bett gelegen und wie erstarrt gewesen. Sie habe berichtet, sie habe sich bis zum nächsten Morgen kaum getraut, sich zu bewegen, und auch am nächsten Morgen noch und auch weiterhin sehr viele Schmerzen gehabt.»⁷¹
- «Vor diesem Vorfall hätte sie angenommen, sie würde sich in einer solchen Situation wehren; dass sie stattdessen erstarrt sei, habe ihr zu schaffen gemacht.»⁷²
- «[W]ie sie alsdann aber, als er bisher nie überschrittene Grenzen hinter sich lässt, ihre Hände fixiert, ihr „schlabbrige“ Küsse aufzwingt, ihre Brüste und auch den vaginalbereich leckt und mit einem Finger in sie eindringt, förmlich erstarrt und - als er sie sodann in Position bringt um vaginal eindringen zu können - mental nicht verarbeiten kann, was hier geschieht und diese Handlungen ihres Onkels, inkl. eigentlichem Geschlechtsverkehr, alsdann steif und geistig abwesend über sich ergehen lässt.»⁷³
- «[I]n diesem Moment, als er mit seiner Kraft, seiner Gewalt, sie auf den Rücken gedreht gehabt habe, sei sie wie in eine Starre gekommen. Es sei für sie in diesem Moment krass gewesen, es sei die Person, die sie liebe, sie seien in einer Beziehung, sie habe es ihm gesagt und er dringe in sie ein, gegen ihren Willen. Sie sei wie nicht anwesend gewesen, so dass sie ihn schon früher hätte wegstossen können. Sie sei von dem Moment an, als er sie umgedreht habe, überwältigt gewesen, dass das passiere.»⁷⁴
- Zum Nachtatverhalten, nachdem es die Vorinstanz als «lebensfremd» gewürdigt hatte, «dass die Privatklägerin nach der Vergewaltigung im Bett neben dem Beschuldigten liegen geblieben sei»: «Sie vermag nachvollziehbar zu erklären, wie sie in diesem Moment nicht in der Lage war, zu flüchten, was sie sich selber auch später nicht erklären konnte. Es sei, „wie wenn man sich tot stellen würde“ bzw. „sei sie wie im Schock“ gewesen und sie habe sich insbesondere Sorgen gemacht, was sie ihrem Freund sagen solle.»⁷⁵

76 BGer 6B_1118/2022 E. 1.2.1.

77 BGer 6B_1119/2022 E. 2.2.3.

78 BGer 6B_311/2011 E. 5.4.1 (übersetzt mit Unterstützung von deepL); eingehend dazu auch unten III.C.1.

79 Urteil des Obergerichts Zürich SB170190 vom 5. Dezember 2017, E. II.5.2.

80 A.a.O. E. II.5.2.

81 A.a.O. E. II.5.2.

82 Siehe auch BOMMER 2024, S. 81 ff.

83 Vgl. etwa SUTER/WIDLÄ 2023, S. 98 f.

84 A.A. BOMMER 2024, S. 83, demzufolge der Zusatz nichts nützt bzw. (nur) schadet.

85 Obergericht Zürich a.a.O. E. II.5.5.

«Die Beschwerdegegnerin 2 sei aus Angst wie versteinert und nicht mehr in der Lage gewesen, den Beschwerdeführer abzuwehren.»⁷⁶
«[G]leichbleibend habe die Beschwerdegegnerin 2 geschildert, dass sie sich wie eine Puppe gefühlt habe, wie versteinert gewesen sei, die Sexualkontakte nicht gewollt und dabei Schmerzen gehabt habe [...]»⁷⁷

«Im Übrigen geht aus dem Verfahren hervor, dass die Beschwerdeführerin selbst nicht versteht, warum sie nicht reagiert hat, warum sie dieses Mal aufgegeben hat.»⁷⁸

«Sie [...] sei dann wie aus dem Körper weggetreten und irgendwie nicht mehr da gewesen [an anderer Stelle: «wie in einem Traumzustand», E. 5.1]. Sie sei wie vor Schreck erstarrt gewesen. Sie könne es selber einfach nicht verstehen, da sie so viele Möglichkeiten gehabt habe, um nach Hause zu gehen und es nicht getan habe. Sie könne es nur so erklären, dass sie wie psychisch gefangen gewesen sei. Die Beschuldigte gab auch von sich aus an, dass sie an diesem Abend (Sonntag) ein ziemliches Gefühlschaos gehabt habe und das ganze Wochenende nicht in ihrem Körper gewesen sei.»⁷⁹ «Sie beschrieb ihre Rolle bei diesen Handlungen als „so wie willenlos“, gelähmt.»⁸⁰

Dieses letzte Beispiel verlangt nach einer eingehenderen Kommentierung. Es handelte sich dabei um ein Verfahren wegen falscher Anschuldigung (Art. 303 StGB). Die Erwägungen des Gerichts erweisen sich an verschiedenen Stellen als problematisch und kritikwürdig. So hält es etwa fest:

«Auch die Beschreibung ihres Zustandes, dass sie wie in einem Traumzustand, wie «aus dem Körper getreten» gewesen sei, ist doch ein spezieller Umstand und es muss ihr klar gewesen sein, dass dies im Rahmen eines geschilderten Übergriffs nicht besonders überzeugend wirkt. Hätte die Beschuldigte den Privatkläger zu Unrecht anzeigen wollen, so wäre es viel einfacher gewesen, ein realistischeres Geschehen eines Übergriffs (Gewalt, Drohungen, Abwehrverhalten, Schreien etc.) zu präsentieren.»⁸¹

Man mag die konkrete Art und Weise, wie der «Schockzustand» in die neuen Tatbestände einbezogen wurde – mit Recht – kritisieren, wie das auch in diesem Beitrag gemacht wurde.⁸² Angesichts dieser (wohl nicht isolierten)⁸³ Auffassung, dass ein sexueller Übergriff ohne Abwehrverhalten, Schreien etc. sinngemäss unrealistisch und «nicht besonders überzeugend» sei, scheint seine explizite Erwähnung im Gesetz jedoch durchaus ihre Berechtigung zu haben.⁸⁴ Eindrücklich zeigt sich dies auch in der folgenden Passage des Entscheids:

«Klarzustellen ist damit auch, dass das Vorgehen der Beschuldigten mit der Einreichung einer Anzeige – selbst wenn man vollständig von ihrer Darstellung ausgeht – naiv und nicht korrekt war.»⁸⁵

Hier könnte eingewendet werden, dass aus den Aussagen tatsächlich keinerlei Nötigungseinwirkung hervorgeht und daher nach altem Recht keine

86 Siehe bereits SCHEIDEGGER/LAVOYER/
STALDER 2020 mit Hinweisen auf diverse
Urteile und Verfügungen.

87 Vgl. auch JAQUIER/MONTAVON/
ISELIN 2023, S. 37.

88 Siehe etwa auch BGE 147 IV 409 E. 5.4.

89 Obergericht Zürich a.a.O. E. IV.

90 Eingehend zum Ganzen OHNO 2018,
S. 257 ff. («Opfer sind Beweismittelträger»,
S. 264); HEUBROCK 2018a, S. 281 ff.;
siehe auch HANSJAKOB 2017, S. 173 ff.;
COURVOISIER 2022, S. 121 ff.; POLLICH
et al. 2019, S. 112 ff.; FRÖHLICH-WEBER
2017, S. 95 f.

91 Siehe auch LIEBER 2023, S. 39 f.

92 Siehe etwa GYSI 2018, S. 20; vgl. auch
SUTER/WIDLÄ 2023, S. 150 ff.

93 Siehe dazu etwa SUTER/WIDLÄ 2023,
S. 46 ff.

94 Siehe etwa mit Hinweis auf neurobiolo-
gische Vorgänge GAGNON et al. 2019:
«We report that stress reduced the probability
of recollecting the details of past experience
[...]. Moreover, even memories expressed
with high confidence were less accurate under
stress [...]. Collectively, these findings demon-
strate the widespread consequences of acute
stress on the neural systems of remembering»
(S. 2947); siehe auch den Review zu den
theoretischen Hintergründen auf S. 2947
f. m.w.V.

95 Zum Vernehmungsraum vgl. etwa
SUTER/WIDLÄ 2023, S. 51; FRÖHLICH-
WEBER 2017, S. 95; POLLICH et al. 2019,
S. 114 f.

96 Vgl. HANSJAKOB 2017, S. 174 f., wonach
Vertrauen hergestellt und Interesse
am Inhalt der Aussage signalisiert werden
soll; siehe eingehend zur Beziehungsebe-
ne auch HEUBROCK 2018a; OHNO 2018,
S. 259 f.; illustrativ auch der folgende
Auszug aus einem der Berichte bei
TEBOCKHORST 2012, S. 178: «Ich hatte
nie das Gefühl, dass der Ermittler sich um
das Geschehene kümmerte. Wegen dieses
Mangels an Mitgefühl für mich, wurde
ich, ich weiß nicht, es fühlt sich fast so
an, als würde man mich wieder verletzen»;
vgl. auch SUTER/WIDLÄ 2023, S. 132 ff.

Strafbarkeit bestand. Freilich zeigt das einzig die Erforderlichkeit der Revision auf,⁸⁶ ist betreffend Anzeigeerstattung im konkreten Fall jedoch irrelevant. Für eine legitime Strafanzeige ist keine eigene Kenntnis der Rechtslage erforderlich.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass solche Auffassungen von «typischen» Übergriffszenarien abzulegen sind.⁸⁷ Eine entsprechende Tendenz ist in den jüngeren zitierten Urteilen erfreulicherweise (zumeist) erkennbar.⁸⁸ Der diskutierte Entscheid wirft jedoch auch ein Licht auf eine andere Thematik, die ebenfalls kritische Reflexion verdient: Die Gegenanzeige wegen Falschbeschuldigung. Ohne näher darauf einzugehen, sei erwähnt, dass es in höchstem Masse stossend erscheint, dass die Beschuldigte im diskutierten Fall elf Tage in Untersuchungshaft war und von der Staatsanwaltschaft durch zwei Instanzen geschleift wurde.⁸⁹

B. Einvernahme des Opfers

Anhand der bisherigen Erkenntnisse werden nachfolgend verschiedene Aspekte der Opfereinvernahme diskutiert sowie diesbezügliche Hinweise und Vorschläge angebracht.

1. Mindset: Bestmögliche Beweisqualität

Zunächst soll ein allgemeines Mindset skizziert werden, mit dem an die Untersuchung von Fällen im neuen Sexualstrafrecht heranzugehen ist. Der Hinweis, dass eine möglichst hohe Beweisqualität anzustreben ist, erscheint auf den ersten Blick wohl trivial. Jedoch ist vor Augen zu halten, dass das Vorgehen der Untersuchungsbehörden einen starken Einfluss auf das Ergebnis der Beweiserhebung und -würdigung haben kann.⁹⁰

Häufig wird bekanntlich Aussage gegen Aussage stehen, womit jede Verfolgung solcher Fälle massgeblich von der Opferaussage abhängt.⁹¹ Das Streben nach hoher Beweisqualität bedeutet in diesem Kontext, dem Opfer im Rahmen der Einvernahme(n) eine Umgebung zur Verfügung zu stellen, in der es gewillt und in der Lage ist, nach besten Möglichkeiten über die Geschehnisse zu berichten. Dabei ist zu bedenken, dass eine Anzeige und eine entsprechende Aussage für viele Opfer bereits mit einer grossen Überwindungsleistung verbunden sind.⁹² Der damit einhergehende Stress und seine Auswirkungen sind nicht vermeidbar.⁹³ Auch weil sich Stress äusserst negativ auf Gedächtnisleistungen und insbesondere den Abruf von Erinnerungen auswirkt,⁹⁴ ist es umso wichtiger, jeden zusätzlichen Stressfaktor so gut es irgendwie geht zu minimieren oder eliminieren. Dazu gehören neben einem geeigneten Vernehmungsraum mit angenehmer Atmosphäre und bequemen Sitzgelegenheiten insbesondere auch zwischenmenschliche Aspekte.⁹⁵

Der aussagenden Person sollte mit Respekt und Aufgeschlossenheit begegnet werden.⁹⁶ Offene Skepsis und Misstrauen sind unbedingt zu vermeiden.⁹⁷ Auch wenn das geschilderte Geschehen und insbesondere das Opferverhalten wenig nachvollziehbar erscheinen, sollte auf eigene subjektive Bewertungen verzichtet werden. Helfen dürfte das Bewusstsein, dass menschliches Verhalten in akuten Bedrohungs- bzw. Extremsituationen individuell sehr unterschiedlich ausfallen und für Aussenstehende gegebenenfalls irrational erscheinen kann. Das «typische Opferverhalten»

97 Siehe POLLICH et al. 2019, S. 113; vgl. auch SUTER/WIDLA 2023, S. 59 ff., 132 ff.

98 Eingehend OHNO 2018, S. 255 f.; siehe auch SCHEIDEGGER 2025, N. 5 m.w.V.; LAVOYER 2024, S. 167.

99 SCHLEIFER 2024, N 3 ff.; oben II.A.

100 Vgl. POLLICH et al. S. 113.

101 Vgl. etwa FRÖHLICH-WEBER 2017, S. 95: «Ein sensibles, empathisches Vorgehen unter Beibehaltung der Neutralität hilft, bei Opfern trotz intensiver Nachfragen und dem Ansprechen von Widersprüchlichkeiten keine Betroffenheits- und Abwehrhaltung zu erzeugen»; siehe eingehend auch HEUBROCK 2018a, S. 285 f.

102 Dazu HANSJAKOB 2017, S. 176: möglichst wenige Unterbrechungen und keine Steuerung durch Fragen; siehe auch HEUBROCK 2018b, S. 293 f.; COURVOISIER 2022, S. 122 f.

103 Dazu HANSJAKOB 2017, S. 177 f.; siehe auch HEUBROCK 2018b, S. 294 f.

104 Vgl. in den Grundzügen ähnlich die Erzählaufforderung in der Studie GBAHABO/DUMA 2021, S. 3.

105 Diese Überlegungen basieren mitunter auf einem persönlichen Gespräch mit der Berner Staatsanwältin Sarah Wildi.

gibt es nicht.⁹⁸ Es ist also immer zu bedenken, dass Körper und Gehirn des Opfers quasi auf «Autopilot» umgeschaltet haben könnten. Hierzu kann auf die Ausführungen zur Abwehrkaskade und insbesondere der tonischen Immobilität verwiesen werden.⁹⁹

Allfällige Falschaussagen werden mit gegebener Zeit (besser) erkennbar und müssen nicht bereits zu Beginn identifiziert werden.¹⁰⁰ Solche Entlarvungsbestrebungen können vielmehr zu (vermeintlich) selbsterfüllenden Prophezeiungen werden, sofern sie als Stressfaktor die Erinnerungs- und Aussagequalität des Opfers negativ beeinflussen. Zudem können sie die Kooperationsbereitschaft mindern und zum Rückzug und Ausstieg des Opfers führen.¹⁰¹ Kurz gesagt: Die eigentliche Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden würde dadurch in verschiedener Hinsicht von innen heraus torpediert.

2. Inhaltliche Befragungsgestaltung

a) Beziehung zur beschuldigten Person

Es scheint sinnvoll, ganz am Anfang nach einer allfälligen Vorbeziehung zwischen Opfer und beschuldigter Person zu fragen. Dieser Kontext ist insbesondere für Kommunikationsaspekte von Bedeutung und sollte während des aufmerksamen Zuhörens beim anschliessenden Bericht über den Tathergang bereits hergestellt sein, um allfällige Folgefragen direkt notieren zu können.

b) Freie Erzählung zum (Tat-)Geschehen

Die Aussage des Opfers zum eigentlichen Tatsachverhalt sollte so weit wie möglich in Form eines freien Berichts über die Geschehnisse erfolgen, zumindest in einem ersten Schritt (Art. 143 Abs. 4 StPO).¹⁰² Ergänzende oder konkretisierende Nachfragen sollten erst nach dieser freien Erzählung angebracht werden (Art. 143 Abs. 5 StPO).¹⁰³ Natürlich ist zu diesem Zeitpunkt noch unklar, ob ein «Schockzustand» überhaupt im Spiel gewesen sein könnte. Für die einleitende Fragestellung macht das jedoch keinen Unterschied. Wichtig scheint hier vor allem, den zeitlichen Rahmen der zu berichtenden Ereignisse von Beginn weg klar zu kommunizieren. Dieser sollte den *gesamten Zeitraum zwischen dem ersten Aufeinandertreffen mit (bzw. der ersten Wahrnehmung) der beschuldigten Person am Tag der angezeigten Tat bis zum Zeitpunkt, an dem das Opfer wieder alleine und in Sicherheit war*, umfassen.¹⁰⁴ Ausserdem ist unbedingt darauf hinzuweisen, dass jedes Detail – egal wie trivial oder seltsam es erscheinen mag – bedeutsam sein kann und berichtet werden sollte. Ebenso wichtig ist die Instruktion, dass subjektiv-emotionale Aspekte des eigenen Erlebens für den gesamten geschilderten Zeitraum so umfassend und detailliert wie möglich in den Bericht zu integrieren sind.¹⁰⁵ Eine entsprechende Erzählaufforderung könnte beispielsweise wie folgt lauten:

«Bitte erzählen Sie uns, was an diesem Tag während der Anwesenheit der beschuldigten Person passiert ist. Wir interessieren uns für jedes Detail und bitten Sie, auch Sachen zu erwähnen, die Sie vielleicht für unbedeutend oder seltsam halten oder die Sie sich selber nicht wirklich erklären können. Ebenfalls ist es für uns hilfreich, wenn Sie uns

detailliert von ihren eigenen Wahrnehmungen und Empfindungen in möglichst vielen Momenten erzählen.»

106 Dazu auch HEUBROCK 2018a, S. 288.

Allenfalls kann im Anschluss an den Gesamtbericht noch einmal spezifisch nach dem eigentlichen Kerngeschehen gefragt werden, insbesondere wenn die entsprechenden Ausführungen eher knapp ausgefallen sind.¹⁰⁶ Beispielsweise:

«Erzählen Sie uns bitte noch etwas mehr zu X [eigentlicher Übergriff gemäss Bericht].»

c) Konkretisierende Nachfragen (Fokus «Schockzustand»)

Nach dem freien Bericht – und idealerweise nach einer Pause – folgen allenfalls ergänzende und konkretisierende Nachfragen. Neben etwaigen Lücken, Widersprüchlichkeiten oder Inkonsistenzen können diese auch spezifisch auf das mögliche Vorliegen einer tonischen Immobilität ausgerichtet werden, wenn der freie Bericht für sich alleine zu wenig Aufschluss gibt. Jedoch ist mit grösster Sorgfalt darauf zu achten, dass mit solchen Nachfragen *keinerlei Suggestionsverdacht* entstehen kann.¹⁰⁷

107 Siehe hierzu etwa HEUBROCK 2018b, S. 294 f.

Zur möglichen Einstiegsfrage kann zunächst auf einen Vorschlag von Sarah Wildi eingegangen werden:

«Was haben Sie unternommen, um aus dieser Situation herauszukommen / um diese Situation zu beenden?»¹⁰⁸

108 WILDI 2024, S. 2.

Es handelt sich dabei um einen Vorschlag zur besseren Formulierung der Frage:

«Wie erklären Sie sich, dass Sie sich nicht gewehrt haben?»¹⁰⁹

109 Vgl. WILDI 2024, S. 1.

Überzeugend legt Wildi zunächst dar, inwiefern «blaming questions» («warum haben Sie [nicht] ... ?») problematisch und zu vermeiden und «enabling questions» («was haben Sie ... gemacht?») zu bevorzugen sind. Letztere zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass der Fokus vom «Warum» zum «Was» verschoben wird.¹¹⁰ Was die Grundprinzipien der Fragestellungen betrifft, kann darauf verwiesen werden.¹¹¹ Obwohl durchaus eine gewisse Verbesserung, stellt sich dennoch die Frage, ob es überhaupt nötig bzw. sinnvoll ist, direkt auf die Abwehrbemühungen des Opfers abzielen.¹¹² Egal wie man eine solche Frage formuliert, geht damit wohl regelmässig eine gewisse Erwartungserwartung beim Opfer einher, die sich möglicherweise auf sein Aussageverhalten auswirken kann.¹¹³ Wenn man das Prinzip der «enabling question» gemeinsam mit dem Grundsatz der offenen Fragestellung konsequent zu Ende denkt, müsste die Frage lauten: «Wie haben Sie sich in der Situation verhalten?» Die oben dargelegten Themen im Zusammenhang mit tonischer Immobilität bieten sodann viele Folgefragen, die offen und subtil zu den möglichen Gründen für passives Verhalten – namentlich einem allfälligen Schockzustand – heranzuführen können.

110 WILDI 2024, S. 1.

111 Siehe darüber hinaus auch OHNO 2018, S. 259 ff.

112 Der Paradigmenwechsel weg vom Abwehrverhalten des Opfers ist ja gerade das Kernstück der Revision.

113 Nach HANSJAKOB 2017, S. 175 sollte es grundsätzlich vermieden werden, Erwartungen über den Inhalt der Aussagen zu kommunizieren; vgl. ferner auch oben III.A.1.a: ein Thema der Erfahrungsberichte waren Selbstvorwürfe wegen der Unfähigkeit, sich gegen die Übergriffe zu wehren oder diese zu beenden, weshalb diese Erwartungswahrnehmung zusätzlich belastend wirken kann.

114 Vereinzelt angelehnt an die Interviewfragen bei TEBOCKHORST 2012, Anhang A, S. 130.

Es folgen beispielhafte Vorschläge für spezifische Nachfragen zu diesen Themen in Form einer Fragenkette:¹¹⁴

*** Thema *Verwirrung zu Beginn des Übergriffs (Einstieg)*:**

«Im Moment, als X [berichtete Situation zu Beginn des Übergriffs], wie haben Sie sich verhalten?»

anschliessend: «Was ist in Ihnen vorgegangen? Was ging Ihnen durch den Kopf?»

115 Mit Blick auf den zeitlichen Ablauf sollte eigentlich mit dieser Frage angefangen werden. Hier wurde die Reihenfolge zugunsten der Nachvollziehbarkeit im Anschluss an die obigen Ausführungen geändert.

Thema *Angst (alternativer Einstieg)*:¹¹⁵

«In welchem Zeitpunkt haben Sie sich zum ersten Mal X [negatives Gefühl gemäss Bericht, z.B. unwohl, «etwas stimmt nicht» o.ä.] gefühlt und wieso?»

anschliessend: «Hat sich dieses Gefühl im weiteren Verlauf des Geschehens irgendwie verändert? Wenn ja: wann, wieso und wie?»

116 So auch bereits WILDI 2024, S. 2.

*** Themenkomplex *Körperliche Symptome und verringertes Schmerzempfinden*:**

«Während X [eigentlicher Übergriff gemäss Bericht], was waren Ihre körperlichen Empfindungen? Wie hat es sich angefühlt, in Ihrem Körper zu sein?»¹¹⁶

Allenfalls ergänzend: «Fühlten Sie Schmerzen?»¹¹⁷

117 Unter Suggestionen Gesichtspunkten erscheint diese Frage auf den ersten Blick nicht völlig unproblematisch, wenn zuvor nichts über Schmerzen berichtet wurde. Jedoch ist gerade das (kontraintuitive!) Ausbleiben von Schmerzen ein mögliches Indiz für tonische Immobilität, während die Bejahung von Schmerzen keine nennenswerten Auswirkungen für die Beweiswürdigung bzw. rechtliche Qualifikation haben sollte. Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Bejahung von Schmerzen einen Schockzustand nicht ausschliesst.

*** Themenkomplex *Distanzierung und Dissoziation*:**

«Während X [eigentlicher Übergriff gemäss Bericht], was haben Sie in Ihrer Umgebung wahrgenommen? Was hatten Sie für Sinneseindrücke?»

Thema *intensiv erlebte Momente*:

«Während X [eigentlicher Übergriff gemäss Bericht], gibt es Momente, an die Sie sich besonders gut erinnern können? Wodurch haben sich diese Momente hervorgehoben?»

Themenkomplex *Nachwirkungen*:

«Was ist direkt nach X [Ende des Übergriffs gemäss Bericht] passiert? Wie haben Sie sich körperlich gefühlt? Was für Gedanken gingen Ihnen durch den Kopf?»

«Können Sie sich erinnern, was Sie Schritt für Schritt gemacht haben, bis Sie wieder in X [sicherer vertrauter Ort, z.B. zu Hause] waren? Was waren Ihre Empfindungen während dieser Zeit?»

falls berichteter Vorfall beim Opfer zuhause: «Was haben Sie für den Rest des Tages gemacht? Was waren Ihre Empfindungen während dieser Zeit?»

«Können Sie uns noch etwas (mehr) zu den folgenden Tagen erzählen? Wie ging es Ihnen körperlich?» *nachfolgend*: «Wie ging es Ihnen psychisch in dieser Zeit?»

Falls angezeigte Tat bereits etwas länger zurück: «Hat sich seit dem berichteten Vorfall in Ihrem Leben etwas verändert?»

allenfalls: «Hatten Sie seither noch einmal eine solche Körperreaktion wie in dieser Situation? Wenn ja, schildern Sie bitte.»

d) Weiterer Vorschlag

Zum Abschluss der Überlegungen zur Einvernahme soll noch eine weitere mögliche Fragestellung zur Diskussion gestellt werden:

«Wenn Sie von aussen auf das gesamte Geschehen geschaut hätten: Woran hätten Sie erkannt, dass die Handlungen gegen den Willen erfolgten?»

Diesem Vorschlag liegen folgende Überlegungen zugrunde:

- Der Perspektivenwechsel gibt der Aussage und möglicherweise auch dem Erinnerungsabruf eine zusätzliche Dimension, indem eine gewisse Distanzierung hergestellt wird.¹¹⁸
- Die Ich-Perspektive bringt vermutlich mehr Wiedererlebenseffekte mit sich, wobei ähnliche Fokuseffekte wie in der ursprünglichen Situation denkbar sind.¹¹⁹ Namentlich die starke Gewichtung von salienten, emotional behafteten Elementen zum Nachteil anderer Details, die daneben als weniger zentral erscheinen. Eine durch die Fragestellung notwendige Distanzierung könnte diesen Fokus allenfalls erweitern.¹²⁰ Insofern wäre dies eine besondere Form einer «*enabling question*».
- Sollte diese Annahme zutreffen, liesse sich daraus ableiten, dass eine solche Schilderung mit «Aussenblick» weniger Retraumatisierungseffekte mit sich bringen würde als die Ich-Perspektive.
- Zudem scheint die vorgeschlagene Frage auch ein relativ subtiles Werkzeug zur Aufdeckung allfälliger Falschaussagen zu sein: Konstanz beizubehalten im Falle einer Lüge, dürfte bei Schilderungen aus zwei verschiedenen Perspektiven wesentlich anspruchsvoller sein. Dabei wäre aber vor Augen zu halten, dass, falls die obigen Vermutungen zutreffen, eine gewisse Anreicherung von Sachverhaltselementen nicht überraschen sollte. Entscheidend wäre vielmehr die Konstanz hinsichtlich der bereits erfolgten Schilderungen zu zentralen Aspekten des Geschehensablaufs.
- Schliesslich läge der Fokus der Fragestellung auf den für die rechtliche Beurteilung relevantesten Aspekten: Nämlich auf der kommunikativen Interaktion und dem subjektiven Tatbestand.

Aus der Überlegung zur Konstanz ergibt sich natürlich, dass diese Frage erst gegen Ende der Einvernahme gestellt werden sollte. Dadurch liesse sich auch allfälligen Suggestionen vorwürfen begegnen: Zu diesem Zeitpunkt dürfte in aller Regel bereits genügend klar sein, dass ein entgegenstehender Willen zumindest geltend gemacht wird.

Bereits praxiserprobt ist sodann die gewissermassen umgekehrte Frage:

«Könnte die beschuldigte Person die Situation so verstanden haben, dass die sexuellen Handlungen einvernehmlich waren?»¹²¹

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es problematisch wäre, die oben vorgeschlagene Frage darauf folgen zu lassen.

118 Kritisch hierzu HEUBROCK 2018b, S. 292, jedoch offenbar primär bezogen auf die Befragung von unbeteiligten Zeugen (vgl. S. 291), wobei in diesem Zusammenhang die Aufforderung zur Spekulation in der Tat problematisch erscheint. Dass diese Problematik *tel quel* auf den Perspektivenwechsel bei der direkt betroffenen Person und betreffend das Kerngeschehen übertragbar ist, erscheint jedoch fraglich.

119 Zu Wiedererlebenseffekten vgl. etwa OHNO 2018, S. 257.

120 Vgl. HEUBROCK 2018b, S. 292 m.w.V.

121 Sinngemäss nach Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt SB.2021.52 vom 23. Juni 2022, E. 3.2.2.3.2.

C. «Gegen den Willen»?

Es verbleibt nun die Frage, wie in Fällen von tonischer Immobilität nach der hier vertretenen Auslegung vorzugehen ist. Anders formuliert: Wie ist das Merkmal «gegen den Willen» in Fällen von tonischer Immobilität zu erstellen?

Den Ausgangspunkt bilden vorliegend die Erwägungen des Gesetzgebers und die Entstehungsgeschichte der Schockzustandsklausel:¹²² Unzweifelhaft ist zunächst, dass der Gesetzgeber mit dem Tatbestandsmerkmal «gegen den Willen» auf den *kommunizierten* ablehnenden Willen abstellen wollte, wobei dieser auch nonverbal und konkludent geäußert werden könne.¹²³ Mit dem Zusatz sollte eine Annäherung der Ablehnungslösung («gegen den Willen») zur Zustimmungslösung («ohne Zustimmung») stattfinden,¹²⁴ bzw. sollte eine «Brücke» zwischen diesen beiden Ansätzen gebaut werden.¹²⁵ Er wurde «zur Beruhigung der Debatte» vorgeschlagen, um die Befürchtungen des Zustimmungslagers, dass Fälle von tonischer Immobilität ohne vorgängig kommunizierte Ablehnung nicht erfasst werden könnten, aus dem Weg zu räumen: Der Schockzustand sei ein explizit erwähntes Beispiel einer konkludenten Ablehnung.¹²⁶

Damit ist für die Praxis freilich noch nicht viel Verwertbares gewonnen. Wie oben beschrieben, ist tonische Immobilität kein Zustand, der sich in jedem Fall identisch äussert.¹²⁷ Es ist nicht so, dass Betroffene einfach immer klar erkennbar «zur Salzsäule erstarren».¹²⁸ Die einzig sinnvolle Lösung für dieses Problem sieht folgendermassen aus: Wenn *genügende Hinweise auf eine tonische Immobilität* bzw. einen «Schockzustand» vorliegen, ist im objektiven Tatbestand grundsätzlich davon auszugehen, dass *passives Verhalten eine konkludente Ablehnung* darstellt.¹²⁹ In einer einfachen Formel.

Passivität + Hinweise auf Schockzustand = gegen den Willen

Diese Formel kommt selbstverständlich nur dann zum Tragen, wenn weder eine Nötigung noch eine anderweitige Ablehnungskommunikation vorliegt, weshalb die praktische Bedeutung der Schockzustandsklausel bereits verschiedentlich als gering bezeichnet wurde.¹³⁰ Diese Einschätzung trifft jedoch nur bedingt zu: Die tatsächliche Praxisrelevanz hängt massgeblich davon ab, wie tatnah eine «klassische» Ablehnung kommuniziert werden muss, damit sie (noch) gültig ist. Je näher am eigentlichen Tatzeitpunkt eine solche Schwelle angesetzt wird, desto grösser wird die Relevanz der Schockzustandsklausel. Ein Beispiel zur Veranschaulichung: Im Urteil des Bundesgerichts 6B_311/2011 vom 19. Juli 2011 ging es im Wesentlichen um folgenden Sachverhalt:¹³¹ Der Angeklagte (A) kam in einer Nacht dreimal ins Hotelzimmer der Beschwerdeführerin (B) – eine Angestellte von ihm – und bot ihr eine sexuelle Beziehung an, wobei er jedes Mal zurückgewiesen wurde. Als er erneut ankam – diesmal nackt unter einem Bademantel – dachte die müde B, dass er zu sexuellen Handlungen übergehen würde und war wie gelähmt. Sie setzte sich aufs Bett und flehte ihn an, sie in Ruhe zu lassen. A kam jedoch trotzdem herein, öffnete seinen Bademantel und stand nackt vor ihr. Er legte sie auf das Bett, spreizte ihre Beine mit seinen eigenen und drang in sie ein. Anschliessend

122 Ausführlich hierzu auch SCHEIDEGGER 2025, N 16; vgl. auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 34; allgemein zur Entstehungsgeschichte der neuen Tatbestände BOMMER 2024, S. 60 ff.; S. 34; SCHEIDEGGER 2025, N 7 ff.

123 SCHLEIFER 2024, N 29 mit Verweisen auf die Materialien und parlamentarische Voten; so auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 34 (vgl. aber S. 51 f. zu Überraschung).

124 Votum SOMMARUGA, AB 2023 SR S. 111 («*Les membres de la commission soutenant la solution du consentement [...] se sont ralliés de manière pragmatique à la proposition de compromis*»); so auch im Nationalrat, siehe Votum FEHLMANN, AB 2023 NR S. 990 f.

125 Votum BAUME-SCHNEIDER, AB 2023 NR S. 989 und AB 2023 SR S. 110.

126 Votum RIEDER, AB 2023 SR S. 111.

127 Vgl. auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 36; JAQUIER/MONTAVON/ISELIN 2023, S. 34.

128 So offenbar BOMMER 2024, S. 83.

129 Unabhängig von einem Schockzustand bereits ähnlich SCHEIDEGGER 2018, N 80.

130 SCHEIDEGGER 2025, N 17; BOMMER 2024, S. 85; vgl. auch Votum CARONI, AB 2022 SR S. 402.

131 Vgl. BGer 6B_311/2011 Sachverhalt A; siehe hierzu auch bereits PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 43; SCHEIDEGGER/LAVOYER/STALDER 2020, N 30.

132 Vgl. auch den fast identischen Sachverhalt im Urteil des Obergerichts Zürich SB190178 vom 3. März 2020 E. II.6.3.

133 BGer 6B_311/2011 E. 4.4.3 (übersetzt mit Unterstützung von deepL).

134 Ebd.

135 Tendenzen in jüngeren Entscheiden lassen daran zweifeln, was als positiv zu werten ist, vgl. etwa BGE 147 IV 409 E. 5.4, wo das Gericht ein Bewusstsein für psychotraumatologische Erkenntnisse demonstriert hat.

136 Vgl. PRUIN 2021, S. 151; wie hier auch SCHEIDEGGER 2025, N 17; wohl auch (jedoch offenbar kritisch) BOMMER 2024, S. 72.

137 Vgl. bereits SCHEIDEGGER 2018, N 314; siehe auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 39 f.; LAVOYER 2024, S. 159.

138 B war wie gelähmt, hatte durchgehend geschlossene Augen, hat kein Wort gesprochen und konnte sich selber nicht erklären, wieso sie nicht reagiert hat (vgl. zum letzten Punkt BGer 6B_311/2011 E. 5.4.1).

139 SCHLEIFER 2024, N 36; siehe zum subjektiven Tatbestand auch PERRIER DEPEURSINGE/ARNAL 2024, S. 41 ff.; SCHEIDEGGER 2025, N 22 f.

verliess er das Zimmer, ohne dass ein Wort gewechselt wurde. Seit A sie aufs Bett gelegt hatte, hielt B während der ganzen Zeit die Augen geschlossen und die Arme ausgebreitet mit geballten Fäusten.¹³²

Nach altem Recht war die Frage nach einer Nötigung im Zentrum und weitere Erwägungen beziehen sich überwiegend auf den subjektiven Tatbestand, jedoch erlauben einige Passagen Rückschlüsse darauf, wie das Gericht damals die objektive Ablehnung beurteilt hätte. So stellte es sich insbesondere auf den Standpunkt, dass B's Aufforderung an A, sie in Ruhe zu lassen, unerheblich sei, weil sie «nicht erst erfolgte, nachdem er den Bademantel ausgezogen hatte, sondern bereits vorher».¹³³ Darüber hinaus erwog das Gericht, dass B «während sie lag, ihre Ablehnung gegenüber [A] durch ihre Stimme, aber auch durch Gesten deutlich [hätte] machen können [...]».¹³⁴

Da es sich bereits um ein etwas älteres Urteil aus dem Jahr 2011 handelt, ist nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass das Bundesgericht bei der Anwendung der neuen Tatbestände in dieser Weise vorgehen wird.¹³⁵ Die grundsätzliche Problemstellung bleibt jedoch dieselbe: Welche Zurückweisung ist ausschlaggebend, oder anders: ab welchem Zeitpunkt ist das Tatbestandsmerkmal «gegen den Willen» als erfüllt zu betrachten? Wäre dies ein Anwendungsfall der Schockzustandsklausel, weil die letzte verbale Ablehnung im Tatzeitpunkt bereits «zu alt» war? Auch hier zeigt sich also, inwiefern der Auslegung der Schockzustandsklausel potenziell eine grosse Bedeutung zukommen kann.

Es wird davon ausgegangen, dass es sich beim beschriebenen Sachverhalt um einen Fall handelt, der klarerweise in den Anwendungsbereich des neuen Tatbestands in Art. 190 Abs. 1 StGB fallen sollte. Die hier vertretene Auslegung bietet zwei Möglichkeiten:

1. Bejahung des (klassischen) Tatbestandsmerkmals «gegen den Willen»: Ab der ersten Ablehnung des erkennbaren sexuellen Ansinnens von A ist das Merkmal «gegen den Willen» erfüllt. Es kann nur durch eine wirksame verbale oder konkludente Zustimmung wieder aufgehoben werden.¹³⁶ Reine Passivität ist dabei selbstverständlich *nicht* als Zustimmung zu werten.¹³⁷
2. Anwendung der Schockzustandsklausel als Beispiel einer konkludenten Ablehnung:
Die vorhergehenden Ablehnungen stellen den Kontext dar, anhand dessen das passive Verhalten von B im Tatzeitpunkt zu deuten ist. Handelt es sich – wie im Beispiel – um einen von Ablehnung bzw. von gänzlich fehlender Zustimmung geprägten Kontext, signalisiert das passive Verhalten (konkludent) einen entgegenstehenden Willen, zumal Hinweise auf einen Schockzustand erkennbar sind.¹³⁸

Für die Bejahung des subjektiven Tatbestands ist sodann als allgemeine Formel nach einem Gesamtbild zu suchen, welches einzig von der Durchsetzung eigener Bedürfnisse durch die beschuldigte Person und von durchweg fehlender Rücksicht für die Selbstbestimmung des Gegenübers geprägt ist.¹³⁹

IV. Schlusswort und Ausblick

Die Revision des Sexualstrafrechts und die gegenwärtige Situation lassen sich mit folgender Metapher beschreiben: Der Gesetzgeber hat das Sexualstrafrecht wie eine Schneekugel kräftig durchgeschüttelt und viele Schneeflocken – wie die Schockzustandsklausel – befinden sich nun in der Schwebel. Wo sie landen, wird die Praxis zeigen; die Bandbreite der Möglichkeiten und damit verbundenen Konsequenzen ist gross, wofür der Gesetzgeber zu kritisieren ist.¹⁴⁰ Die Situation kann aber auch mit einer pragmatisch-optimistischen Perspektive betrachtet werden: Wir befinden uns im Sexualstrafrecht in einer vorübergehenden «Periode der Plastizität»¹⁴¹, also in einem Zustand von gewisser Formbarkeit.¹⁴² Das Resultat dieser Periode kann ein überzeugender strafrechtlicher Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sein. Auf dem Weg dorthin sind jedoch alle Akteure und Akteurinnen der Strafjustiz gefragt: Von der Anzeige bis zum Urteil müssen wichtige Erkenntnisse berücksichtigt und problematische Auffassungen abgelegt werden.¹⁴³ Insofern ist es positiv, dass der Schockzustand bzw. die tonische Immobilität als metaphorische Schneeflocke durch die Luft wirbelt, denn was sich bewegt, erregt mehr Aufmerksamkeit. Die Ironie sei nicht verschwiegen, dass dieser letztgenannte Umstand genau der Grund ist, dass tonische Immobilität überhaupt eine evolutionär verankerte Überlebensstrategie darstellt.¹⁴⁴

140 Siehe mit ausführlicher Kritik auch BOMMER 2024, S. 87 f.

141 Siehe MACASKILL 2022, S. 40 ff.

142 Vgl. auch BOMMER 2024, S. 88.

143 Siehe ausführlich und allgemein zu problematischen Auffassungen (Vergewaltigungsmythen) KRAHÉ 2018; vgl. auch SUTER/WIDLA 2023, S. 97 ff.; LIEBER 2023, S. 41 ff., 63 ff.; GYSI 2018, S. 18; SCHEIDEGGER 2025, N 3.

144 Siehe SCHLEIFER 2024, N 11 m.w.V., vgl. auch N 8 f.

* Sven Schleifer, MLaw, Doktorand (Dissertation zum Thema «Sexuelle Kommunikation und ihre strafrechtliche Beurteilung» [Arbeitstitel]) und wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martino Mona an der Universität Bern (sven.schleifer@unibe.ch). Der Autor bedankt sich bei Staatsanwältin Sarah Wildi für die nützlichen Hinweise zu Beginn der Erarbeitung und das hilfreiche Feedback zum fortgeschrittenen Manuskript. Weitere Danksagungen gehen an Prof. Dr. Martino Mona, Prof. Dr. Anna Coninx, Dr. Nora Scheidegger und MLaw, RA Rafael Studer für wertvolle Hinweise in verschiedenen Stadien der Erarbeitung, sowie an Gabriela Stöckli für diverse sprachliche Korrekturen und Vorschläge

Literatur

BOMMER FELIX: Vergewaltigung und sexuelle Nötigung – Neuerungen der Revision 2023, *ZStrR* 142/2024, S. 58.

BOVIN MICHELLE J. / DODSON THOMAS S. / SMITH BRIAN N. / GREGOR KRISTIN / MARX BRIAN T. / PINELES SUZANNE L.: Does Guilt Mediate the Association Between Tonic Immobility and Posttraumatic Stress Disorder Symptoms in Female Trauma Survivors?, *Journal of Traumatic Stress* 27/2014, S. 721.

BRANTBJERG MERETE HOLM: Hyporesponse: The Hidden Challenge in Coping With Stress, *International Body Psychotherapy Journal: The Art and Science of Somatic Praxis* 11(2)2012, S. 95.

CONINX ANNA / SCHEIDEGGER NORA, Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht – Auslegeordnung, Juni 2019 (online: https://sffdf369874b2ee79.jimcontent.com/download/version/1578470269/module/11302529794/name/Sexualstraferecht_Prof%20Dr.%20Anna%20Coninx%20und%20Dr.%20Nora%20Scheidegger%2C%20Juni%202019.pdf).

COURVOISIER JULIE: Techniques d'auditions des victimes en cas d'infraction contre l'intégrité sexuelle, in: Camille Perrier Depeursinge/Nathalie Dongois (Hrsg.): *Infractions contre l'intégrité sexuelle*, CL – Collection lausannoise – CEDIDAC Band/Nr. 84, Bern 2022, S. 115.

COVERS MILOU L.V. / HUNTJENS RAFAËLE J.C. / HAGENAARS MURIEL A. / HEHENKAMP LIEVE M.J. / BICANIC IVA A.E.: The Tonic Immobility Scale in Adolescent and Young Adult Rape Victims: Support for Three-Factor Model, *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy* 14(5)/2022, S. 780.

DE KLEINE RIANNE A. / HAGENAARS MURIEL A. / VAN MINNEN AGNES: Tonic immobility during re-experiencing the traumatic event in posttraumatic stress disorder, *Psychiatry Research* 270/2018, S. 1105.

DOKKEDAHN SARAH B. / CHARNY SHAKED / LAHAV YAEL: Testing Previously Proposed Models of the Tonic Immobility Scale in a Peritraumatic Sample of Israeli Civilians: Support for a Three-Factor Model, *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy* 16(1) 2024, S. 21.

FUSÉ TIFFANY / FORSYTH JOHN / MARX BRIAN / GALLUP GORDON / WEAVER SCOTT: Factor structure of the Tonic Immobility Scale in female sexual assault survivors: An exploratory and Confirmatory Factor Analysis, *Journal of Anxiety Disorders* 21/2007, S. 265.

FRÖHLICH-WEBER BEATE: Das polizeiliche Ermittlungsverfahren, in: Friesa Fastie (Hrsg.): Opferschutz im Strafverfahren. Psychosoziale Prozessbegleitung bei Gewalt- und Sexualstraftaten. Ein interdisziplinäres Handbuch, 3. Aufl., Opladen/Berlin/Toronto 2017, S. 87.

GAGNON STEPHANIE A. / WASKOM MICHAEL L. / BROWN THACKERY I. / WAGNER ANTHONY D.: Stress Impairs Episodic Retrieval by Disrupting Hippocampal and Cortical Mechanisms of Remembering, *Cerebral Cortex* 29(7)/2019, S. 2947.

GBAHABO DOOSHIMA DOROTHY / DUMA SINEGUGU EVIDENCE: "I just became like a log of wood ... I was paralyzed all over my body": women's lived experiences of tonic immobility following rape, *Heliyon* 7/2021, Article e07471 (online: [https://www.cell.com/heliyon/fulltext/S2405-8440\(21\)01574-7](https://www.cell.com/heliyon/fulltext/S2405-8440(21)01574-7)).

GYSI JAN: Psychotraumatologie in Sexualstrafverfahren, in: Jan Gysi/Peter Rügger (Hrsg.): Handbuch sexualisierte Gewalt. Therapie, Prävention und Strafverfolgung, Bern 2018, S. 17.

HANSJAKOB THOMAS: Der Umgang mit Opfern im Strafverfahren. Unter Berücksichtigung aussagepsychologischer Erkenntnisse, in: Revital Ludewig/Sonja Baumer/Daphna Tavor (Hrsg.): Aussagepsychologie für die Rechtspraxis. «Zwischen Wahrheit und Lüge», Zürich/St. Gallen 2017, S. 161.

HEUBROCK DIETMAR: Beziehungsaufbau und -gestaltung in der Opferzeugenvernehmung, in: Jan Gysi/Peter Rügger (Hrsg.): Handbuch sexualisierte Gewalt. Therapie, Prävention und Strafverfolgung, Bern 2018a, S. 281.

DERS.: Grundlagen der Zeugenvernehmung: Vernehmungstechniken und Störungen der Erinnerungsleistung von Zeugen, in: Jan Gysi/Peter Rügger (Hrsg.): Handbuch sexualisierte Gewalt. Therapie, Prävention und Strafverfolgung, Bern 2018b, S. 291.

JAQUIER VÉRONIQUE / MONTAVON CAMILLE: Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse: pourquoi und telle «résistance»? 2^e partie, *ZStrR* 141(2)/2023, S. 183.

JAQUIER VÉRONIQUE / MONTAVON CAMILLE / ISELIN CHARLOTTE: Rapports sexuels non consentis en droit pénal suisse: pourquoi une telle «résistance»? 1^{ère} partie (1/2 : I.-II.), *ZStrR* 141(1)/2023 S. 1.

KRAHÉ BARBARA: Vergewaltigungsmythen & Stigmatisierungen in Justiz, Polizei, Beratung und Therapie, in: Jan Gysi/Peter Rügger (Hrsg.): Handbuch sexualisierte Gewalt. Therapie, Prävention und Strafverfolgung, Bern 2018, S. 45.

LASO JESÚS DE LA TORRE: The Reality of Tonic Immobility in Victims of Sexual Violence: "I was Paralyzed, I Couldn't Move", *Trauma, Violence & Abuse* 25/2024, S. 1630.

LAVOYER AGOTA: Jede_ Frau. Über eine Gesellschaft, die sexualisierte Gewalt verharmlost und normalisiert, München 2024.

LEDOUX JOSEPH: Das Netz der Gefühle. Wie Emotionen entstehen, 4. Auflage, München 2006 (amerikanische Originalausgabe: *The Emotional Brain. The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*, New York 1996).

DERS.: Rethinking the Emotional Brain, *Neuron* 73/2012, S. 653 (online: [https://www.cell.com/neuron/fulltext/S0896-6273\(12\)00129-8](https://www.cell.com/neuron/fulltext/S0896-6273(12)00129-8)).

LIEBER MARYLÈNE: Nur Ja heisst Ja. Die Zustimmung auf dem Prüfstand der Justiz, Zürich/Genf 2023.

MACASKILL WILLIAM: What we owe the future, New York/London 2022.

MARX BRIAN / FORSYTH JOHN / GALLUP GORDON / FUSÉ TIFFANY / LEXINGTON JENNIFER: Tonic Immobility as an Evolved Predator Defense: Implications for Sexual Assault Survivors, *Clinical Psychology: Science and Practice* 15(1)/2008, S. 74.

MÖLLER ANNA / SÖNDERGAARD HANS PETER / HELSTRÖM LOTTI: Tonic Immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression, *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica* 96/2017, S. 932.

OHNO ANGELA: Fachgerechtes Vorgehen bei Opfern von Sexualdelikten im Ermittlungsverfahren – Sicht aus der Polizeipraxis, in: Jan Gysi/Peter Rügger (Hrsg.): *Handbuch sexualisierte Gewalt. Therapie, Prävention und Strafverfolgung*, Bern 2018, S. 255.

PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE / ARNAL JUSTINE: Révision du viol en droit suisse, *ZStrR* 142/2024, S. 21.

PIETH MARK / SIMMLER MONIKA: Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., Basel 2024.

POLLICH DANIELA / STEWEN MARCUS / ERDMANN JULIA / MEYER MAIKE / MAHLE CORINNA: Sexuelle Gewalt gegen Frauen, Hilden 2019.

PRUIN INEKE: «Nein heisst nein» und «Ja heisst ja», *ZStrR* 139/2021, S. 129.

RUDEL FRED-PETER: Die ermittlungsrichterliche Tätigkeit im staatsanwaltschaftlichen Verfahren, in: Friesa Fastie (Hrsg.): *Opferschutz im Strafverfahren. Psychosoziale Prozessbegleitung bei Gewalt- und Sexualstraftaten. Ein interdisziplinäres Handbuch*, 3. Aufl., Opladen/Berlin/Toronto 2017, S. 169.

SCHIEDEGGER NORA: Das Sexualstrafrecht der Schweiz. Grundlagen und Reformbedarf, Bern 2018.

DIES.: Revision des Sexualstrafrechts, in: Juristinnen Schweiz (Hrsg.), *Recht und Geschlecht. Herausforderungen der Gleichstellung – Quelques réflexions 50 ans après le suffrage des femmes*, Zürich 2021, S. 193.

DIES.: Kommentierung von Art. 189 StGB in: Peter Gomm/Dominik Zehntner (Hrsg.): *Kommentar zum Opferhilferecht*, 5. Aufl., Bern 2025 (im Erscheinen).

SCHIEDEGGER NORA / LAVOYER AGOTA / STALDER TAMARA: Reformbedarf im schweizerischen Strafrecht, *sui generis* 2020, S. 57 (online: <https://sui-generis.ch/article/view/sg.122>).

SCHLEIFER SVEN: Tonische Immobilität und die Auslegung der neuen sexualstrafrechtlichen Tatbestände in Art. 189 und 190 StGB, *sui generis* 2024, S. 51 (online: <https://sui-generis.ch/article/view/sg.251>).

SUTER MIRIAM / WIDLA NATALIA: «Hast du Nein gesagt?». Vom Umgang mit sexualisierter Gewalt, Zürich 2023.

TEBOCKHORST SUNDA FRIEDMAN: I still have to overcome just being captured inside myself: The experience and meaning of peritraumatic tonic immobility among survivors of sexual violence, *Digital UNC Dissertations*, Paper 127, 2012 (online: <https://digscholarship.unco.edu/dissertations/127/>).

TEBOCKHORST SUNDA FRIEDMAN / O'HALLORAN MARY SEAN / NYLINE BLAIR N.: Tonic Immobility Among Survivors of Sexual Assault, *Psychological Trauma: Theory, Research, Practice, and Policy* 7(2)/2015, S. 171.

WILDI SARAH: Befragung von Opfern sexueller Gewalt. Vorschlag zur Formulierung von Fragen an ein Opfer eines Sexualdelikts, Input vom 30.08.2024 (nicht publiziert).

ZOELLNER LORI A.: Translational Challenges With Tonic Immobility, *Clinical Psychology: Science and Practice* 15(1) 2008, S. 98.

Publikationen aus unseren Reihen

Publications de nos rangs

- Andreas Müller** Zur beschwerlichen Erhebung elektronischer Beweismittel bei der Verfolgung von Cyberkriminalität, in: Heimgartner Stefan/Thormann Olivier/Zufferey Nathalie (Hrsg.), Tempus fugit. 20 Jahre Bundesstrafgericht, 2024, S. 221-230.
- Regina E. Aebi-Müller/ Sarah Wildi** Reanimation auf Verlegungsfahrten. Eine rechtliche Einordnung unter Berücksichtigung von Patientenverfügungen und REA-Anordnungen, in: Jusletter vom 10.06.2024.
- Beat Schnell/ Simone Steffen/ Jürg Bähler** Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis, 2. Aufl., Bern 2024.
- Delfie Tellenbach** Verjährungshemmung während aussergerichtlicher Streitbeilegung. Eine Untersuchung des Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR mit Blick auf die Vertraulichkeit von Vergleichsgesprächen und deren prozessuale Konsequenzen, in: ZBJV 6/2024, S. 303-338.
- Denise Weingart** Das Einspracheverfahren gegen den selbstständigen Einziehungsbefehl nach Art. 377 Abs. 4 StPO, in: Dominik Bopp/Alexander Kistler/Natalie Lisik/Kristof Reber (Hrsg.), Der Prozess, APARIUZ, Bd. 24, Zürich 2024, S. 261 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 Justizverwaltungsleitung
Marguerite Ndiaye, Gerichtspräsidentin
Daniel Peier, Justizinspektor
Christof Scheurer, Stv. Generalstaatsanwalt
Samuel Schmid, Oberrichter
Nils Stohner, Verwaltungsrichter
Denise Weingart, Oberrichterin
Sarah Wildi, Staatsanwältin
- Sekretariat / secrétariat:** Janine Ruffieux, Obergericht des Kantons Bern,
Hochschulstrasse 17, 3012 Bern
031 636 60 00, weiterbildung.og@justice.be.ch
- Übersetzung / traduction:** Philippe Berberat, Gerichtsschreiber
- Lektorat / relecture:** Sarah Wildi, Staatsanwältin
Denise Weingart, Oberrichterin
- Layout und Satz:** www.atelierpol.com
- Redaktion / rédaction BE N'ius:** Denise Weingart, Oberrichterin
Sarah Wildi, Staatsanwältin
- Autorenverzeichnis**
- Ardit Abazi** ehem. Rechtspraktikant am Regionalgericht
Berner Jura-Seeland, Aussenstelle Moutier
- Jonathan Bory** Dr iur., médiateur et chargé d'enseignement à
l'Université de Neuchâtel
- Frédéric Kohler** Leiter Stabsstelle für Ressourcen der Justizverwaltungsleitung
- Antonietta Martino Cornel** Leiterin HR Justizverwaltungsleitung,
Stabsstelle für Ressourcen
- Valérie Meier** Staatsanwältin bei der Regionalen Staatsanwaltschaft
Berner Jura-Seeland
- Tim Schär** Hochschulpraktikant HR bei der Justizverwaltungsleitung,
Stabsstelle für Ressourcen
- Sven Schleifer** Doktorand und wissenschaftlicher Assistent am Institut für
Strafrecht und Kriminologie der Universität Bern
- Danielle Schwendener** Oberrichterin

<https://bop.unibe.ch/benius>

ISSN 2673-477X



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