

es können ja auch die Eltern einen Antrag stellen – überlassen wird, ob ein Strafverfahren eingeleitet werden soll.

Noch etwas sollte man berücksichtigen, nämlich dass die Strafverfolgung rein verbaler sexueller Belästigung im Internet mit beträchtlichen Problemen verbunden ist. Es gibt eine Unzahl von sexuellen Chats im Internet, die mit keinen weiteren Handlungen verbunden sind. Wenn man jetzt abklären wollte, ob im konkreten Fall ein Erwachsener ein Kind belässtigt, wären prozessuale Massnahmen von grosser Eingriffstiefe wie Internetüberwachung oder verdeckte Ermittlung notwendig. Solche Massnahmen sind wiederum nur zur Abklärung von schweren Delikten zulässig, was so auch richtig ist.

Ihre Kommission hat die Motion 14.3666 mit 8 zu 4 Stimmen abgelehnt. Ich bitte Sie, der Mehrheit Ihrer Kommission zu folgen.

Ich komme jetzt noch zur Motion 14.3665. Diese bezweckt eine Ausweitung des Katalogs der strafbaren Vorbereitungshandlungen. Künftig soll also bereits bestraft werden, wer Vorbereitungshandlungen trifft, um ein Kind sexuell zu missbrauchen. Es ist im schweizerischen Strafrecht so, dass die Vorbereitung von Verbrechen normalerweise erst dann strafbar ist, wenn mindestens ein Versuch der Tat vorliegt. Der Täter muss den letzten entscheidenden Schritt getan haben, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt. Auch bei sexuellen Handlungen mit Kindern ist der Versuch nach dem heute geltenden Recht bereits strafbar.

Artikel 260bis StGB bildet aber eine Ausnahme von diesem Prinzip. Bei besonders schweren Verbrechen, die mit einer hohen Strafe bedroht sind, setzt die Strafbarkeit ausnahmsweise noch früher ein. Nach Artikel 260bis macht sich schon strafbar, wer planmäßig konkrete technische oder organisatorische Vorkehrungen trifft, die darauf hinweisen, dass er sich anschickt, ein solches besonders schweres Verbrechen zu begehen. Die Verbrechen, um die es hier geht, sind im Gesetz abschliessend aufgezählt. Es wurde erwähnt: Es handelt sich z. B. um Mord, Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Der Bundesrat spricht sich auch für die Ablehnung der Motion 14.3665 aus, und zwar deshalb, weil sie zu keinem besseren Schutz für Kinder führt. Dies ist aus folgenden Gründen der Fall: Erstens ist nicht ersichtlich, wie eine solche Gesetzesbestimmung in der Praxis überhaupt umgesetzt werden soll. Ich muss Ihnen ganz ehrlich sagen: Ich habe von denjenigen, die die Motion eingereicht und verteidigt haben, kein Beispiel gehört, bei dem diese neue Bestimmung überhaupt zur Anwendung kommen könnte. Was soll denn ganz konkret bestraft werden? Die Vorbereitung zu einem Treffen? Wollen Sie jemanden bestrafen, weil er sich für ein Treffen vorbereitet? Wenn jemand das Kind trifft und der Versuch klar ersichtlich ist – ich sage es noch einmal –, ist das bereits heute strafbar.

Was wäre konkret unter einer «technischen» Vorbereitungshandlung für den Missbrauch eines Kindes zu verstehen? Man muss sich dieser Problematik schon bewusst sein. Bei allem guten Willen, hier etwas zu tun, muss man einfach realistisch hinschauen.

Es gibt noch einen Grund dafür, dass die Motion nicht nötig ist. Schon heute sind nicht nur sexuelle Handlungen mit Kindern strafbar, sondern auch bereits der Versuch dazu. Eine noch weiter gehende Vorverlagerung der Strafbarkeit ist nicht der richtige Weg für einen besseren Schutz.

Wenn wir Kinder besser schützen wollen, dann müssen wir uns auf die konkrete Bekämpfung von Missbräuchen konzentrieren. Zu diesem Zweck hat der Bundesrat vor zwei Monaten die Botschaft «Mehr Kinderschutz dank erweiterter Melderechte und Meldepflichten» verabschiedet. Das ist der richtige Weg, auf dem wir Kinder schützen können, wenn Personen, die Kenntnis haben von einem Missbrauch oder von einem möglichen Missbrauch, dies der zuständigen Behörde melden. Ich bitte Sie, diese Vorlage dann zu unterstützen – und nicht das Strafgesetzbuch punktuell mit kaum anwendbaren und unklaren Strafbestimmungen zu ergänzen. Es kommt noch hinzu, dass die strafbaren Vorbereitungshandlungen nach geltendem Recht selbst mit Freiheitsstra-

fen bis zu fünf Jahren bedroht sind. Die Aufnahme von Artikel 187 StGB in den Deliktskatalog von Artikel 260bis würde also bedeuten, dass der Täter einer blossen Vorbereitungshandlung der gleichen Strafdrohung unterliegen würde, wie wenn er das Kind sexuell missbraucht hätte.

Das sind eben diese Inkohärenzen, die wir schaffen, wenn wir immer wieder versuchen, das Strafgesetzbuch punktuell zu verschärfen. Am Schluss haben Sie ein inkonsistentes und inkohärentes Strafgesetzbuch. Das ist dem Anliegen, das wir alle vertreten, sicher nicht dienlich.

Aus diesen Gründen bitte ich Sie, die beiden Motions abzulehnen, also bei der Motion 14.3665 der Kommissionsminderheit und bei der Motion 14.3666 Ihrer Kommission zu folgen.

#### 14.3665

##### *Abstimmung – Vote*

Für Annahme der Motion ... 12 Stimmen  
Dagegen ... 31 Stimmen  
(1 Enthaltung)

#### 14.3666

##### *Abgelehnt – Rejeté*

#### 14.3667

##### **Motion RK-NR. Bundesgericht. Dissenting Opinions**

##### **Motion CAJ-CN. Tribunal fédéral. Dissenting opinions**

Nationalrat/Conseil national 11.03.15  
Ständerat/Conseil des Etats 18.06.15

##### *Antrag der Mehrheit Annahme der Motion*

##### *Antrag der Minderheit (Hefti, Abate, Minder) Ablehnung der Motion*

##### *Proposition de la majorité Adopter la motion*

##### *Proposition de la minorité (Hefti, Abate, Minder) Rejeter la motion*

**Le président** (Hêche Claude, président): Un rapport écrit de la commission vous a été remis. Le Conseil fédéral propose l'adoption de la motion.

**Bischof** Pirmin (CE, SO), für die Kommission: Die Motion mit dem neudeutschen Titel «Bundesgericht. Dissenting Opinions» wurde am 14. August 2014 von der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates eingereicht. Sie beauftragt den Bundesrat, den Entwurf für eine Änderung des Bundesgerichtsgesetzes vorzubereiten, damit Urteile des Bundesgerichtes neu auch abweichende Meinungen von einzelnen Richterinnen oder Richtern wiedergeben können.

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme vom 19. November 2014 die Annahme der Motion beantragt. Der Nationalrat hat die Motion am 11. März 2015 mit 106 zu 65 Stimmen angenommen. Die Kommission beantragt Ihnen nun mit 7 zu 3 Stimmen bei 1 Enthaltung, die Motion anzunehmen. Eine Minderheit beantragt, sie abzulehnen.



Worum geht es? Nach heutigem Recht kennt das Bundesgerichtsgesetz keine schriftliche Wiedergabe von abweichenden Meinungen, also von sogenannten Dissenting Opinions. Die vorliegende Motion möchte diese Möglichkeit nun einführen. Es ist vorweg festzuhalten, dass mit einer Annahme der Motion nur in einem sehr eingeschränkten Bereich die Publikation von Dissenting Opinions möglich wird, nämlich nur in Fällen, in denen eine öffentliche und mündliche Urteilsberatung am Bundesgericht stattfindet, und natürlich nur in Fällen am Bundesgericht und nicht an anderen Bundes- oder kantonalen Gerichten. Eine öffentliche und mündliche Urteilsberatung findet aber heute nur statt, wenn entweder der Abteilungspräsident oder die Abteilungspräsidentin dies anordnet, wenn eine Richterin oder ein Richter dies verlangt oder wenn im Richterkollegium keine Einstimmigkeit vorliegt.

Der Anteil von öffentlich beratenen Entscheiden des Bundesgerichtes liegt seit einiger Zeit nur bei etwa einem Prozent der Urteile; 99 Prozent der Urteile fallen also nicht unter die Regelung, die wir heute diskutieren. Bei diesem einen Prozent findet heute eine öffentliche Urteilsberatung statt. Wer also die öffentliche Urteilsberatung besucht, vernimmt die Auffassungen der Minderheit, also die Meinungen derjenigen Richter, die am Schluss verloren haben, und sich im publizierten Urteil nicht widerspiegeln.

Die Motion möchte nun diesen Richterinnen und Richtern die Möglichkeit geben zu entscheiden, ob sie ihre Dissenting Opinion, also ihre abweichende Meinung, am Schluss im schriftlichen Urteil auch beigefügt haben wollen oder nicht. Damit ist gesagt, dass von dem einen Prozent aller Bundesgerichtsentscheide nur ein Teil betroffen sein wird.

Die Mehrheit Ihrer Kommission ist zusammen mit dem Bundesrat und dem Nationalrat der Meinung, dass dies eine sinnvolle Revision des schweizerischen Bundesgerichtsrechts wäre, und zwar eigentlich aus drei Gründen:

1. Es wird ein Stück Transparenz für die Rechtsprechung bzw. für die Gerichte selber hergestellt, und diese Transparenz dient auch der Rechtsfortentwicklung in der Schweiz.

2. Die Kommissionsmehrheit ist der Auffassung, dass es für die wissenschaftliche Debatte von Nutzen ist, wenn auch Minderheitsmeinungen publiziert werden. Minderheitsmeinungen von gestern können durchaus die Mehrheitsmeinungen von morgen werden.

3. Schliesslich ist die Kommissionsmehrheit der Auffassung, dass die Publikation von Dissenting Opinions auch für den Rechtsuchenden, also den Durchschnittsbewohner dieses Landes, von Vorteil ist, indem er dann eben besser beurteilen kann, ob sein Fall und seine Argumentation auf der Linie der Mehrheit liegt oder ob sich – wenn dies nicht der Fall ist – allenfalls eine Praxisänderung des obersten Gerichtes abzeichnet.

Die Idee der Dissenting Opinions kommt aus dem angelsächsischen Raum. Die Kommissionsmehrheit konnte aber aus den Literaturstellen, die wir gefunden haben, zur Kenntnis nehmen, dass Dissenting Opinions heute eben nicht nur im angelsächsischen Raum verbreitet sind, sondern durchaus auch in Kontinentaleuropa. Auf dem europäischen Kontinent sind sie zwar nicht so üblich, weil meistens das Prinzip der geheimen Urteilsberatung gilt, aber in der Schweiz, am Bundesgericht, ist der Durchbruch bereits damit erfolgt, dass eben 1 Prozent der Bundesgerichtsurteile heute schon öffentlich beraten wird. Damit sind die mündlichen Dissenting Opinions heute schon publik, wenn auch nicht schriftlich. Es ist auch festzuhalten, dass in Kontinentaleuropa schriftliche Dissenting Opinions heute schon existieren. Ich erwähne etwa den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof, der nicht dem Common Law, also dem anglo-amerikanischen Recht, unterliegt.

Wir gehen hier weniger weit als z. B. der Kanton Zürich. Der Kanton Zürich kennt seit dem neuen Gerichtsorganisationsgesetz von 2010 auch für das Obergericht – vorher galt das schon für das Verwaltungsgericht und das Kassationsgericht – Dissenting Opinions, sogar mit einer Pflicht zur Publikation der Minderheitsmeinung. Der Kanton Zürich geht also

eigentlich weiter, als die vorliegende Motion es für das Bundesgericht tut.

Ich bitte Sie aufgrund dieser Überlegungen, mit der Kommissionsmehrheit die Motion anzunehmen. Der Antrag der Kommissionsminderheit wird sicher separat begründet werden.

**Hefti Thomas (RL, GL):** Namens der Minderheit beantrage ich Ihnen, die Motion abzulehnen. Es sei anerkannt: Ein Urteil des House of Lords mit Dissenting Opinions einzelner Law Lords kann beeindrucken, ebenso ein Urteil des obersten amerikanischen Gerichtes oder einzelne Schiedsurteile in internationalen Sachen.

Dennoch gibt es Gründe für die Ablehnung der Motion: Unserem Rechtssystem sind Dissenting Opinions an sich fremd. Sie kommen vor allem aus der Tradition des Common Law, und mit dessen Ausbreitung hat sich natürlich auch das Institut verbreitet. Im Gegensatz zu unserem Recht stellt das Common Law aber im Grundsatz auf Richterrecht ab, auch wenn eine zunehmende Gesetzesproduktion zu beobachten ist. Dennoch, das englische Recht wird massgeblich durch die Richter gestaltet. Urteile der obersten Gerichte haben daher in einem gewissen Sinne Gesetzeskraft; nicht so bei uns, vielleicht abgesehen vom ganz seltenen Ausnahmefall der Anwendung von Artikel 1 Absatz 2 ZGB. Unsere Richter legen einfach in jedem Fall wieder das Gesetz aus. Deshalb hat die Dissenting Opinion eine andere Geschichte und eine andere Bedeutung.

Bei den Urteilen des House of Lords geht es übrigens, wenn ich mich nicht täusche, wie folgt zu und her: Das erste Mitglied beginnt zu sprechen und sagt, wie es die Sache sieht. Das wird festgehalten. Dann folgen die Äusserungen der weiteren Mitglieder, die eben zustimmen oder eine abweichende Meinung haben. Am Schluss sieht man dann das Verhältnis. Die simple Einführung dieses Institutes bei uns hiesse, Äpfel mit Birnen zusammenzubringen. Dass wir uns mit diesem Institut nicht in unserem Rechtssystem bewegen, sagt ja auch schon das Wort: Wir sprechen von Dissenting Opinions. Einen solchen Ausdruck finden wir in keiner unserer Landessprachen.

Nun finden sich in der vorliegenden Stellungnahme des Bundesrates, der die Motion zwar befürwortet, auch Argumente dagegen. Es gibt einen sehr bedenkenswerten Abschnitt. Dort heisst es: «Es gilt aber auch zu bedenken, dass schriftliche, in die Urteilssammlungen aufgenommene und namentlich bezeichnete Dissenting Opinions es möglich machen, mit wenig Aufwand Profile des Urteilsverhaltens der Richter und Richterinnen zu erstellen. Zudem besteht das Risiko, dass die Richterinnen und Richter dadurch vermehrt veranlasst werden, ihre Haltung mit Dissenting Opinions zu dokumentieren, und so zu einer weiteren Belastung des Gerichtsbetriebes beigetragen wird.»

Wünschen wir uns das? Es wird dazu führen, dass eine Richterin oder ein Richter interessant wird beziehungsweise durch möglichst viele Dissenting Opinions auch medial die Aufmerksamkeit auf sich zieht und dass dadurch das Urteil unter Umständen sogar in den Hintergrund gedrängt wird. Es geht aber nicht nur darum. Es besteht auch die Gefahr, dass Parteien beginnen, aufgrund von Dissenting Opinions Mitglieder des Gerichtes für befangen zu erklären, damit diese in den Ausstand treten müssen, was eventuell so lange anhält, bis man einen Spruchkörper hat, der einem gefällt. Eine solche Entwicklung – Anwälte sind findig – ist nicht wünschbar, sondern bedenklich. Richterinnen und Richter würden vermehrt angreifbar. Sie könnten Ziel von Kampagnen werden, und zwar nicht nur die Dissenting Judges, sondern auch die Mehrheit. Dabei ist wieder auf Unterschiede zum Vorbild hinzuweisen. Die Richter am Obersten Gerichtshof in den USA und die Law Lords sind auf Lebenszeit ernannt; das schafft Unabhängigkeit und damit Schutz vor Beeinflussung. In der Schweiz kennen wir eine Amts-dauer von sechs Jahren. Es ist somit nicht auszuschliessen, dass versucht wird, Richter aufgrund von Dissenting Opinions oder auch wegen fehlender Dissenting Opinions bei der Wiederwahl unter Druck zu setzen. Das kommt nicht gut.



Wenn wir der Motion zustimmen, beginnen wir, beim Bundesgericht die Tür einen Spaltbreit für Lobbyismus zu öffnen.

Wieso müssen wir uns durch angelsächsische Formen inspirieren lassen, wenn wir ein eigenes interessantes Institut haben, nämlich – es ist angesprochen worden – die öffentliche Urteilsberatung nach Bundesgerichtsgesetz? Leider ist dieses Institut auch vom Gesetzgeber und nicht nur vom Gericht in letzter Zeit stark in den Hintergrund gedrängt worden. Ein hervorragender, langjähriger Kenner des Bundesgerichtes und durch einen speziellen Vorfall bekanntgewordener Journalist hat die öffentliche Beratung als äußerst wertvolles und auch anspruchsvolles Institut bezeichnet. Wir sollten dieses Institut ein bisschen mehr aus dem Hintergrund holen – wenn wir überhaupt der Auffassung sind, dass etwas zu ändern sei.

Ich bitte Sie, die Motion abzulehnen.

**Minder Thomas (V, SH):** Das Thema passt ideal zur gestrigen Wahl der Bundesrichter. Wir haben das befürwortende Votum von Kollege Bischof zu dieser Motion gehört; ich erkenne dies. Nichtsdestotrotz überwiegen meines Erachtens die Nachteile. Hier also meine Dissenting Opinion – was so viel heißt wie Minderheitsvotum oder Minderheitsmeinung; in diesem Rat haben sich solche ja durchaus bewährt.

Es sind bereits heute Dissenting Opinions möglich, wenn sich die Bundesrichter nicht einstimmig auf einen Entscheid einigen können. In diesem Fall muss in Lausanne eine öffentliche Beratung durchgeführt werden. Das ist zwar selten der Fall – das stimmt, Kollege Bischof –, aber gerade bei polarisierenden Fragen kommt es notgedrungen zu öffentlichen Verhandlungen. Wer mehr Transparenz fordert, und das schwingt bei dieser Motion mit, der wird mit Dissenting Opinions also letztlich das Gegenteil erreichen. Wenn man eine abweichende Meinung zu Papier bringen kann, dann können die Bundesrichter den öffentlichen Verhandlungen ausweichen. Das wäre ein Verlust.

Dissenting Opinions sind dem Rechtsfrieden eher abträglich. Der Unterlegene bekommt mitgeteilt, dass seine Argumente stichhaltig seien, er aber zu wenig Richter überzeugen konnte, vielleicht nur zwei von fünf statt drei von fünf. Heute können letztinstanzliche Urteile eher akzeptiert werden, weil ihnen etwas Finales anhaftet. Neu ginge der Streit weiter. Womöglich würden vermehrt Urteile nach Strassburg gezogen, wenn bundesrichterliche Argumente als Dissenting Opinions auf dem Silbertablett serviert würden. Klar, in Rechtskreisen gibt es viele Befürworter. Achten Sie aber bitte auf die individuellen Interessen, die dahinterstecken. Rechtsanwälte sind logischerweise froh um Dissenting Opinions.

Das Wahlverfahren beim höchsten Gericht der Schweiz ist weltweit ziemlich einzigartig. Die direkte Wahl durch das Parlament auf sechs Jahre gibt es sonst wohl nirgends. Damit ergibt sich eine gewisse Abhängigkeit des Bundesrichters gegenüber seinem Wahlorgan. Die Richter des Supreme Court der USA, die – wir haben es gehört – auf Lebenszeit ernannt werden, also ohne Alterslimite, sind sicherlich unabhängiger. Daher ist es auch legitim, wenn die USA ihren Richtern Dissenting Opinions zugestehen.

Die Institution der Dissenting Opinions stammt aus dem angelsächsischen Rechtssystem, wo das Richterrecht eine erhöhte Stellung einnimmt. Ich finde es heikel, irgendein Puzzleteil in unser spezielles Schweizer System einzufügen. Bundesrat Arnold Koller führte 1999 bei einer gleichlautenden Motion – es ist also nicht das erste Mal, dass wir darüber diskutieren – aus: «Aber solche Produkte ganz anderer Rechtsculturen lassen sich nicht ohne Weiteres verpflanzen. Das ist der Grund, weshalb Ihnen der Bundesrat empfiehlt, die Motion nicht zu überweisen.» Bundesrat Koller hat das damals weiter gesagt, und der Bundesrat hat damals diese Motion zur Ablehnung beantragt: «Das Richterrecht spielt im amerikanischen Verfassungsrecht eine ganz andere Rolle als im schweizerischen Verfassungsrecht.»

In der Schweiz pflegen wir die Kultur der Konkordanz und des Kollegialitätsprinzips. Das gilt nicht nur für die Exekutiven, dieser Geist wird durchaus auch in Lausanne gepflegt. Oder haben Sie schon einmal gehört, dass ein unterlegener Richter öffentlich einen Bundesgerichtsentscheid rügt und somit seinen Kollegen in den Rücken fällt? Sondervoten würden genau dieses gutschweizerische Prinzip untergraben. Man müsste fortan nicht mehr versuchen, einen gemeinsamen Nenner zu finden und Minderheitsmeinungen in das Urteil einfließen zu lassen und dieses kohärent nach aussen zu tragen. Die Konsenskultur könnte einer Fraktionsbildung weichen, und dies könnte die Bundesrichter dazu animieren, sich vermehrt individuell zu präsentieren. Letztlich würde es vermehrt unschöne Drei-zu-zwei-Entscheide geben anstatt einhelliger Fünf-zu-null-Entscheidungen, wie es heute meistens der Fall ist.

Die Autorität der Judikative würde abnehmen, wenn das Bundesgericht seine Entscheide im selben Atemzug zerzausen würde. Die Rechtssicherheit wird doch nicht gestärkt, wenn Entscheide vermehrt durch die verfügende Instanz selbst infrage gestellt werden. Die chronische Überlastung des Gerichtes würde durch solche Sondervoten, also Dissenting Opinions, zunehmen. Dissenting Opinions verursachen Mehrarbeit. Bei solchen Urteilen müssten die divergierenden Richter selbst Hand anlegen; wohl bräuchte es mehr Gerichtsschreiber.

Was sich in den Kantonen bewährt hat, soll von anderen Kantonen, vielleicht eines Tages auch vom Bund, übernommen werden. Dissenting Opinions gehören definitiv nicht dazu. Nur zwei, drei Kantone kennen Ansätze von Sondervoten. Das ist meines Erachtens zu wenig, um sie gleich auf die Ebene des Bundesgerichtes zu befördern.

Wenn man Bundesgerichtsurteile liest, dann sieht man: Die Erwägungen haben nicht immer einen roten Faden. Es werden oftmals Pro- und Kontra-Argumente abgewogen und eine Lehrmeinung zitiert. Oftmals sind sogar gewisse Widersprüche im Argumentationsverlauf ersichtlich – die Urteile integrieren sozusagen Dissenting Opinions. Das müssen sie auch, weil ohnehin bereits die beiden Parteien gegensätzliche Argumente vorbringen, auf die die Gerichte eingehen müssen.

Wenn wir hier zustimmen, müssen die Bundesrichter bei allen nicht einstimmigen Urteilen die Minderheitsmeinung publizieren. Das sind dann wohl mehr als 1 Prozent, Kollege Bischof.

Wie aus dem Bundesamt für Justiz zu erfahren ist, wird bald eine Revision des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) in die Vernehmlassung geschickt. Dort geht es um wirklich wichtige Punkte, auch solche, welche das Bundesgericht selbst einbrachte. Das BGG wird in der nächsten Legislatur zu einer mittelgrossen Baustelle. Ich glaube nicht, dass es notwendig ist, hier parallel dazu noch eine weitere Baustelle zu eröffnen.

Aus all diesen Gründen bitte ich Sie, der Dissenting Opinion, also der Minderheit Hefti zu folgen und die Motion abzulehnen.

**Recordon Luc (G, VD):** Vu l'intensité de la discussion, il me semble qu'on donne une importance un petit peu exagérée au thème des «dissenting opinions». Depuis l'entrée en vigueur de sa nouvelle Constitution en 2003, le canton que je représente connaît un système analogue – qu'on n'appelle d'ailleurs pas «dissenting opinions» mais «opinions dissidentes» ou «opinions divergentes» pour utiliser une terminologie française –, et cela ne cause pas de problèmes particulièrement graves. Il arrive, mais rarement, que les juges – qui sont très occupés et qui ont par conséquent d'autres choses à faire – estiment que cela vaut vraiment la peine d'exprimer une opinion dissidente. Comme l'a relevé le rapporteur, cet apport est assez utile au débat juridique et à l'appréciation d'un éventuel changement de jurisprudence. Les tribunaux cantonaux n'étant pas une instance définitive, les opinions dissidentes peuvent évidemment fournir des éléments réflexion en vue d'un recours ultérieur; à noter d'ailleurs que cela est également le cas pour le Tribunal fédéral.

déral, lorsque la situation permet de déposer un recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il faut se rendre compte que la jurisprudence suisse, bien que nous ne soyons pas de tradition de «common law», est quelque chose d'assez important et qu'elle n'est pas absolument stable, ce qui n'est pas sa vocation. Dans les années 1970, lorsque j'étais étudiant, est paru un excellent ouvrage: «Grundrechte im Wandel: Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt». Cela veut dire ce que cela veut dire: il faut pouvoir apprécier les évolutions au fil du temps et essayer d'imaginer ce que pourra être le droit futur. Encore hier, le Tribunal fédéral a pris une décision – excellente à mon avis – qui renversait complètement sa jurisprudence sur les troubles somatoformes. Cette décision est une illustration de la manière dont il faut pouvoir parfois prévoir les changements.

Par ailleurs, il faut envisager la question sous un angle plus philosophique. Trop de gens croient dans notre pays assez naïvement qu'il y a une vérité pure en droit et s'indignent de ce qu'un tribunal puisse renverser l'opinion du précédent et le suivant encore revenir à l'opinion initiale si cela se trouve. Ils n'ont pas compris les principes mêmes de la philosophie de Hegel qui est pour beaucoup à la base de la construction de notre Etat: il faut une thèse, mais il faut aussi une antithèse, et il y a lieu, au moment de faire la synthèse, d'apprécier. Alors, Monsieur Minder l'a dit, les jugements servent aussi à apprécier, à pondérer les opinions respectives et à faire une synthèse. Mais la synthèse peut être différente parce que la pondération est en définitive une affaire humaine, de conviction et de weltanschauung. Dans ce contexte, il ne paraît pas extrêmement étonnant qu'on arrive à des résultats différents dans cette assemblée. Nous en sommes les témoins et les acteurs chaque jour.

Donc, faute de vérité pure et pour pouvoir montrer aux gens qu'il peut être légitime d'avoir des opinions différentes, il est peut-être aussi bon sous cet angle de ne pas trop s'attacher à une vision, je dirai, «unitariste» telle que celle que Monsieur Minder a défendue. Il a en revanche raison de s'inquiéter des pressions qui pourraient être exercées sur les juges, et je partage son inquiétude à l'égard de la réélection des juges. Je pense que c'est un mauvais système et que nous devrons évoluer vers quelque chose qui garantisse mieux l'indépendance des juges et surtout des jugements, cela non pas tellement dans l'intérêt des intéressés, mais dans celui de la société et des justiciables. Je ne pense pas vraiment que la question des opinions divergentes, qui, exceptionnellement, pourraient s'exprimer par écrit et non plus seulement par oral, soit à cet égard décisive.

Cela ne va pas non plus conduire, je crois, à de grands conflits entre les juges – il y en a eu d'ailleurs de toute façon pour d'autres raisons –, mais je pense que la plupart du temps ce sont des gens raisonnables, qui savent rester respectueux les uns envers les autres nonobstant leurs divergences d'opinions, comme nous savons si bien le faire dans notre chambre.

**Schmid Martin (RL, GR):** Vielleicht erinnern Sie sich an die Diskussion, welche wir im Ständerat, im Nachgang zu einigen verfassungsrechtlich interessanten Urteilen, über das Live-Streaming aus dem Bundesgericht geführt haben. Der Ständerat kam damals klar zum Schluss, dass es eben, Herr Kollege Hefti, der Bevölkerung in der Regel verunmöglicht ist, nach Lausanne zu reisen, um an einer öffentlichen Beratung teilzunehmen. Damals waren wir uns schon bewusst, dass nur etwa 1 Prozent der gesamten Fälle von solch grundlegender Bedeutung sind, dass sie öffentlich diskutiert werden und auch den Gehalt für eine öffentliche Diskussion haben. Wir waren uns bewusst, dass eben gerade in diesen wesentlichen Fällen heute ein Handlungsbedarf besteht, auch in Bezug auf die Urteilswiedergabe, denn die schriftlich abgefassten Urteile geben heute in diesen wesentlichen Fällen die Diskussion nicht wieder. Das aber ist die Kernfrage: ob wir auch im Nachgang schriftlich nachlesen können, welches bei solchen Entscheidungen die Überlegungen des

höchsten Gerichtes waren, die zur Schlussfolgerung geführt haben.

Herr Kollege Minder, Sie haben erwähnt, wir hätten gestern Richter in verschiedenen Funktionen beim Bund bestellt. Das ist richtig, wir haben gestern aber keine Bundesrichter gewählt. Und gerade für die untergeordneten Gerichte gäte das Prinzip der Dissenting Opinion nicht. Wir würden es ja nur auf Stufe des Bundesgerichtes einführen. Heute gibt es in den Kantonen diese Möglichkeit schon, und wenn schon, finde ich es eben richtig, diese Auseinandersetzung auch auf der obersten Gerichtsstufe zu haben.

Ich habe auch keine Befürchtung wegen der Mehrarbeit. Wir können bei der Bundesgerichtsrevision dafür sorgen, dass das Bundesgericht von den unwesentlichen 99 Prozent der Fälle entlastet wird, um sich dann eben auf die wesentlichen Fälle zu konzentrieren. Wenn wir schon von Aufwand und Mehrarbeit sprechen: Diese entstehen nicht durch die zusätzliche Möglichkeit der Begründung abweichender Meinungen, wenn der Gerichtsschreiber das Urteil ausfertigt, sondern der Mehraufwand entsteht je nachdem, wie wir regeln, für welche Fälle überhaupt der Zugang zum Bundesgericht gegeben sein soll. Und dort steht für mich im Vordergrund, dass dies eben für alle grundlegenden Fälle gelten sollte.

Kollege Hefti hat argumentiert, dass im Unterschied zum angelsächsischen Recht bei uns eine Auslegung der Gesetze vorzunehmen sei und deshalb weniger solche grundlegenden Entscheidungen durch die Richter zu treffen seien. Hier widerspreche ich. Wenn wir uns die verfassungsrechtlichen Diskussionen der letzten Jahre vor Augen halten, sehen wir durchaus, dass gerade im Verfassungsrecht – ich möchte jetzt nicht wieder alle Fälle der Gesetzgebungen zur Einbürgerungs- oder Zweitwohnungs-Initiative wiederholen – wesentliche Entscheidungen gefällt wurden, und diese wurden vom Bundesgericht auch nicht immer einstimmig gefällt. Wer in Lausanne dabei war, hat sehr gut gespürt, dass die Gerichte nicht Gott sind und dass es sich mit gerichtlichen Entscheidungen nicht ähnlich wie mit der Mathematik verhält, bei welcher eine Rechnung per se schwarz auf weiß ein Resultat ergibt. Auch die Wertungen und die gesellschaftlichen Veränderungen bilden sich in den Entscheidungen der Gerichte ab. Es gibt denn auch immer wieder Änderungen in der Rechtsprechung; das ist auch eine Rechtsfortentwicklung.

Es stellt sich die Frage – für mich ist dies fast das wichtigste Argument –, ob eine Dissenting Opinion dann mehr oder weniger dem Rechtsfrieden dient. Ich glaube, es ist eben für diejenigen, die unterliegen, wichtig zu wissen, dass sie wenigstens bei einer Minderheit Unterstützung gefunden haben und dass die Fälle eben nicht so klar sind.

Es ist ein Kompromiss, wenn man dieser Motion zustimmt. Nachdem der Nationalrat dem Live-Streaming nicht zustimmen wollte, hat die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates hier vielleicht einen Mittelweg vorgeschlagen. Ich bitte Sie, hier der Mehrheit der Kommission und dem Bundesrat zu folgen und diese Motion anzunehmen. Das Anliegen kann sehr gut in die kommende Revision des Bundesgerichtsgesetzes eingebaut werden. In einer Vernehmlassung können hier vielleicht noch bessere Argumente eingebracht werden. Dass wir aber die Tür für Dissenting Opinions öffnen, scheint mir heute ein Gebot der Zeit. Ich bitte Sie deshalb, die Motion anzunehmen.

**Sommaruga Simonetta, Bundespräsidentin:** Ich möchte zunächst festhalten, dass es im Bundesgericht manchmal auch abweichende Meinungen gibt. Diese abweichenden Meinungen können heute schon – gemäss geltendem Recht – öffentlich gemacht werden, aber einfach nicht in einem schriftlichen Urteil; vielmehr muss eine öffentliche Urteilsberatung stattfinden, an der dann alle beteiligten Richterinnen und Richter ihre Meinung vortragen können.

Das Argument, dass das Öffentlichmachen von abweichen den Meinungen der Unabhängigkeit der Richterinnen und Richter schaden würde, ist, denke ich, nicht ganz stichhaltig. Wenn schon müsste man – und das wurde auch erwähnt –



darüber nachdenken, ob nicht die Wiederwahl einen Einfluss auf die Unabhängigkeit hat; ich sage das, weil sich die Richterinnen und Richter ja wieder zur Wahl stellen müssen. Doch die Tatsache, dass abweichende Meinungen schon heute öffentlich gemacht werden können, zeigt, denke ich, dass das eigentlich auch funktioniert.

Nun, die Frage, die Sie heute beraten, ist lediglich, ob unterschiedliche Meinungen, unterschiedliche juristische Standpunkte, auch in den schriftlichen Urteilen dargelegt werden sollen. Der Bundesrat unterstützt diese Motion, weil seit dem Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes Anfang 2007 jetzt nur noch ungefähr 1 Prozent der Urteile des Bundesgerichtes öffentlich beraten werden. Unter diesen Urteilen sind auch solche, bei denen sich die Richterinnen und Richter einig wurden. Mit dieser Motion könnte ein Richter oder eine Richterin nur bei nicht einstimmig getroffenen Urteilen verlangen, in der schriftlichen Urteilsbegründung sei eine abweichende Meinung beizufügen. Die Zahl der Urteile, die für die Aufnahme einer abweichenden Meinung infrage kommen, wäre also aus unserer Sicht ziemlich klein. Es kommt noch hinzu, dass die Offenlegung von abweichenden Meinungen – das ist mit dieser Motion auch so vorgesehen – faktisch wäre; es wäre also nicht zwingend, dass jedes Mal, wenn es eine abweichende Meinung gibt, diese der schriftlichen Urteilsbegründung angefügt werden müsste. Insofern kann man hier sicher nicht von einem gewaltigen Eingriff in die bewährten Abläufe ausgehen.

Aus Sicht des Bundesrates scheint es sinnvoll zu sein, wenn in den wenigen Fällen, die im Richterkollegium bis zuletzt kontrovers diskutiert werden, auch die Minderheitsmeinung schriftlich veröffentlicht werden kann. Damit lässt sich auch die Meinungsbildung nachvollziehen. Manchmal versteht man ja ein Urteil auch besser, wenn man die Abwägungen und nicht nur einfach den Schlussentscheid gesehen hat. Die Chance, dass ein breiteres Publikum auch die unterschiedlichen Auffassungen zur Kenntnis nehmen und diskutieren kann, ist so natürlich grösser, als wenn nur die Urteilsberatung im Gerichtssaal öffentlich ist.

Ich möchte der Transparenz halber hier auch sagen, dass sich das Bundesgericht selber gegen diese Motion ausgesprochen hat. Ich möchte einfach, dass Sie das wissen. Der Bundesrat aber hat Ihnen die Motion zur Annahme beantragt.

#### *Abstimmung – Vote*

Für Annahme der Motion ... 26 Stimmen  
Dagegen ... 12 Stimmen  
(0 Enthaltungen)

15.3055

### **Motion Kuprecht Alex. Teilnahmerechte bei Strafprozessen. Dringender Handlungsbedarf**

### **Motion Kuprecht Alex. Procédure pénale. Le droit de participer à la procédure doit être adapté d'urgence**

Ständerat/Conseil des Etats 18.06.15

**Le président** (Comte Raphaël, premier vice-président): Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

**Kuprecht** Alex (V, SZ): In der Praxis haben sich die Fälle gehäuft, an welchen mehrere Mitbeschuldigte beteiligt sind. Ein zentrales Element bei der Wahrheitsfindung stellen dabei die Einvernahmen der einzelnen Beteiligten dar. Durch die getrennte Einvernahme der Beteiligten lassen sich allfällige Widersprüche und falsche Aussagen aufklären. Die

heute durch die Strafprozessordnung geforderte Gewährung eines uneingeschränkten Teilnahmerechts bereits zu Beginn eines Verfahrens, wenn es insbesondere darum geht, den Sachverhalt zu ermitteln, erschwert die materielle Wahrheitsfindung enorm und verunmöglicht sie unter Umständen sogar. Zudem ist aus der Aussagepsychologie bekannt, dass bereits die Anwesenheit einer weiteren Person das Aussageverhalten beeinflusst, was eine Einvernahme mehr als nur behindert. Darüber hinaus kann davon ausgegangen werden, dass diejenige Person, welche als Erste aussagen muss, benachteiligt ist, da sie im Gegensatz zu den nachfolgend zu Befragenden die Aussagen der Mitbeschuldigten nicht kennt. Ein Geständnis der zuerst aussagenden Person ist im Weiteren eher unwahrscheinlich, wenn ein Mittäter bei der Befragung anwesend ist. Dies ist unschön und behindert die Aufgabe der Untersuchungsbehörden in einem unerwünschten Ausmass.

In der Stellungnahme des Bundesrates wird nun festgehalten, dass die neue Strafprozessordnung erst seit Anfang 2011 in Kraft sei und es der Rechtssicherheit und der Rechtsbeständigkeit abträglich wäre, die Strafprozessordnung schon jetzt einer punktuellen Revision zu unterziehen; dies sei erst gegen Ende 2018 zu machen. Materiell ist man mit den Bedenken im Grundsatz eigentlich einverstanden.

Frau Bundespräsidentin, der Mangel in der heutigen Strafprozessordnung ist offensichtlich. Wenn ein Mangel derart offensichtlich ist, so muss der dringend und sehr rasch behoben werden. Ein Aufschieben bis Ende 2018 ist aus meiner Sicht deshalb weder zielführend noch für die Untersuchungsbehörden annehmbar. Nicht umsonst haben sich die kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz, die Bundesanwaltschaft sowie die Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten dafür ausgesprochen, die Strafprozessordnung zu revidieren, dem rechtspolitisch unbestrittenen Handlungsbedarf so schnell wie möglich zu entsprechen und die Regelung zu korrigieren, und zwar vor 2018. Sie haben gerade vorletzte Woche öffentlich kundgetan, dass dieser Mangel jetzt dringend behoben werden sollte.

Ich bin im Grundsatz eher ein Anhänger einer pragmatischen Gesetzgebung. Wenn ein erkannter Mangel mit einer derart nachteiligen Wirkung nach so kurzer Zeit offensichtlich wird, so muss er im Interesse des Rechtsstaates und zugunsten des Ziels der Wahrheitsfindung durch die Untersuchungsbehörden, durch den Gesetzgeber rasch und ohne Verwaltungstechnische Einwände behoben werden. Ein Zuwarten erweckt den Anschein, dass man die vorhin aufgezählten und im Strafprozess involvierten Kreise zu wenig ernst nimmt.

Ich ersuche Sie deshalb um Zustimmung zu dieser Motion. Sie ermöglichen es damit, dass die Untersuchungsbehörden von der untersten bis zur obersten Stufe ihre Aufgabe effizient und wirksam erfüllen und die Wahrheitsfindung beschleunigen können. Ich danke Ihnen für die Unterstützung.

**Engler** Stefan (CE, GR): Diese Motion nimmt das Anliegen der Strafverfolgungsbehörden auf, die Strafprozessordnung zu revidieren – eine Strafprozessordnung notabene, die noch keine fünf Jahre in Kraft ist. Wir hatten in den letzten zwei, drei Jahren wiederholt Anliegen zur Revision der Strafprozessordnung auf dem Tisch. Wir, aber auch der Nationalrat, haben deshalb beschlossen, nicht einzelfallweise, sondern in einer gesamthaften Beurteilung den Revisionsbedarf zu klären. Folgerichtig haben wir eine Motion überwiesen, die den Bundesrat beauftragt, dem Gesetzgeber spätestens im Jahre 2018 eine Revision der Strafprozessordnung zu unterbreiten.

Vorliegend geht es um das Thema der Teilnahmerechte, Herr Kollege Kuprecht hat das korrekt ausgeführt. Themen sind die Teilnahmerechte der Beschuldigten bei Einvernahmen von Mitbeschuldigten. Man muss wissen, dass die Teilnahmerechte Ausfluss des Öffentlichkeitsprinzips und damit auch des Anspruchs auf rechtliches Gehör und damit ein Teil der Verteidigungsrechte sind. Im Rahmen der Strafprozessordnung wurden die Verteidigungsrechte den Rechten und

