

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!

Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag



A. J. Williams

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!

Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-2875-9

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Print ISBN 978-3-7272-7808-2



Inhaltsverzeichnis

Dank.....	IX
Vorwort.....	XI
Geleitwort.....	XV
Autorenverzeichnis.....	XVII

Haftpflichtrecht und Versicherungen

JÜRIG-BEAT ACKERMANN

Verhaltens- oder Erfolgstheorie im strafrechtlichen Verjährungsrecht	3
---	----------

ANNA CONINX

Der Angriff eines Tiers im Strafrecht	25
--	-----------

PHILIPP EGLI

Fieht der Staat aus der Haftung?	47
---	-----------

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF / RAPHAEL MÄRKI

Ist das neue Verjährungsrecht EMRK-konform?	67
--	-----------

MARKUS SCHMID

Zwei ausgewählte Fragen zum Regressprivileg des Arbeitgebers	97
---	-----------

HUBERT STÖCKLI

Abgesang auf die Werkeigentümerhaftung	109
---	------------

ROLF. H. WEBER

Online-Dienstleistungen im Versicherungsbereich	123
--	------------

STEPHAN WEBER

Was du uns wert bist	137
-----------------------------------	------------

V

FRANZ WERRO / ARNAUD CONSTANTIN

L'arrêt « Yasmin » et le droit européen de la responsabilité du fabricant 165

Vertragsrecht

SUSAN EMMENEGGER / MARTINA REBER

Auftragsrecht als Determinante des Strafrechts 185

PETER GAUCH

Nichts..... 207

STEPHAN HARTMANN

«Leistungen des üblichen Verbrauchs» als Element des Konsumentenvertrags 227

THOMAS KOLLER

Die Abwahl des UN-Kaufrechts (CISG) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen 241

Erbrecht und Sachenrecht

PAUL EITEL

Erblassergläubiger – Vermächtnisnehmer – Erbengläubiger: Überlegungen zu Art. 564 ZGB *de lege lata* und *de lege ferenda*..... 263

BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER

Die testamentarische Begünstigung eines behinderten Erben – insbesondere unter dem Aspekt der Anfechtung wegen Willensmängeln..... 281

ROLAND NORER / ELIAS HÖRHAGER

Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken: ÖREB-Kataster und Eingriffskumulation 309

AMÉDÉO WERMELINGER

Der Verwalter von Stockwerkeigentum und das Coronavirus..... 325

VI

Gesellschaftsrecht

SIMON LEU

Corporate Social Responsibility in der Schweiz	343
---	-----

JOSIANNE MAGNIN

Non-Compliance im Unternehmen als (verschärftes) Haftungsrisiko des Verwaltungsrates	375
---	-----

KARIN MÜLLER

Die Legitimation zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einem Aktionärbindungsvertrag – Kritische Anmerkungen zu BGE 143 III 480	391
--	-----

Verfahrensrecht

LORENZ DROESE / DANIEL GIRSBERGER

Was wäre wenn ... die Schweiz die Singapur-Konvention ratifizieren würde?	421
--	-----

DAVID DÜRR

Schweizerische Streitgenossenschaft contra Schweizerische Eidgenossenschaft	451
--	-----

ANDREAS FURRER / JEREMIAS WARTMANN

Beweisführung mit digitalen Daten	467
--	-----

SEBASTIAN HESELHAUS

Der Einfluss der Århus-Konvention auf die Entwicklung des allgemeinen Verfahrensrechts	491
---	-----

TOMAS POLEDNA / MARTIN KAYSER

Kommunikation zwischen Richtern und Anwälten	507
---	-----

PAUL RICHLI

Unsicherheiten und Fragwürdigkeiten im Rahmen von Administrativuntersuchungen	525
--	-----

Anwaltsrecht

FRANÇOIS BOHNET

**Die Tragweite der Vertraulichkeit von Vergleichsgesprächen,
insbesondere im Falle einer erzielten Vergleichsvereinbarung** 551

ANDREAS KELLERHALS / ANTOINE SCHNEGG

**Zur Freizügigkeit der Rechtsanwälte in der Schweiz
unter Berücksichtigung des GATS**..... 563

ALFRED KOLLER

Zwei grobe Anwaltsfehler und deren Folgen 573

MICHELE LUMINATI

Lina Graf: erste Anwältin der Schweiz? 587

STEFAN MAEDER

Anwaltliches Kreuzverhör im Strafprozess? 605

JÖRG SCHWARZ

**Die fachlichen Voraussetzungen für die Zulassung zum
Anwaltspraktikum und zur Anwaltsprüfung** 621

Arztrecht und Medizinrecht

REGINA E. AEBI-MÜLLER

Beweisfragen der hypothetischen Einwilligung im Arztrecht 637

THOMAS GÄCHTER / KERSTIN NOËLLE VOKINGER

Verwaltungsräte in der Ärzte-AG 659

VAGIAS KARAVAS

Don't ask, Don't tell 677

Publikationen

Verzeichnis der Publikationen von Walter Fellmann..... 693

VIII

Dank

Dank gebührt an erster Stelle den Autorinnen und Autoren, die mit ihren Beiträgen Walter Fellmann ehren und diese Festschrift ermöglicht haben.

Ein grosser Dank geht an die Mitarbeitenden am Lehrstuhl von Prof. Dr. Karin Müller, Universität Luzern, namentlich an Martina Ferrari für die organisatorische und administrative Unterstützung sowie die umsichtige Betreuung der Manuskripte, an RA Simon Leu, MLaw, für die sorgfältige Bereinigung der Beiträge und die Formatierung, sowie an Maike Jeschonnek, BLaw, und Livio Mühlebach, BLaw, für das sorgfältige Lektorat.

Ohne die grosszügige Unterstützung folgender Institutionen wäre die Herausgabe dieser Festschrift nicht möglich gewesen:

- Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern
- Forschungskommission der Universität Luzern
- Helmuth M. Merlin Stiftung, Vaduz
- Stiftung für Rechtsausbildung, Luzern
- Schweizerischer Anwaltsverband
- Luzerner Anwaltsverband
- SwissLegal-Gruppe

Der Stämpfli Verlag AG, insbesondere Herrn Stephan Grieb und Frau Azmina Khimji, ist für die umsichtige Beratung bei der Konzeption dieser Festschrift, die sorgfältige Begleitung der Entstehung und ganz allgemein für die angenehme und konstruktive Zusammenarbeit zu danken.

Vorwort

Walter Fellmann hat in Luzern die Schulen besucht und in Bern das Studium absolviert, das er im Jahre 1980 mit dem Lizentiat der Rechte abschloss. In der Folge erwarb er das Anwaltspatent (1981) und das Notariatspatent (1983) des Kantons Luzern. Im Jahre 1984 wurde er an der Universität Bern zum *doctor iuris* promoviert. Seine Dissertation verweist bereits auf eines der Haupttätigkeitsgebiete des Jubilars, nämlich das Haftpflichtrecht. Die Dissertation trägt den Titel «Zivilrechtliche Haftung öffentlich zugänglicher Tiersammlungen für Schädigungen durch Tiere».

Seit 1983 ist Walter Fellmann im Kanton Luzern als Anwalt tätig. Er war und ist mit Leib und Seele Anwalt und hat sich auch immer für die Anwaltschaft engagiert. Fragen des Anwaltsrechts waren Walter Fellmann stets ein grosses Anliegen. Als Aktuar und Mitglied des Vorstandes des Luzerner Anwaltsverbands (1993 bis 1995) war er massgebend an der Redaktion der letzten Landesregeln des kantonalen Anwaltsverbands (die bis zur Einführung der Schweizerischen Landesregeln in Kraft blieben) beteiligt. In den Jahren 1995 bis 1999 amtierte Walter Fellmann als Präsident des Luzerner Anwaltsverbands. Daneben hatte er sich auch um den Schweizerischen Anwaltsverband grosse Verdienste erworben. So war er nicht nur Mitglied des Organisationskomitees des ersten Anwaltskongresses, sondern auch mitverantwortlich für das Konzept und in den Anfängen auch für die Durchführung des wissenschaftlichen Teils des Kongresses. Heute ist er massgeblich für die Lehrgänge zum Fachanwalt Haftpflicht- und Versicherungsrecht verantwortlich.

Auch die Ausbildung junger Juristinnen und Juristen lag und liegt Walter Fellmann am Herzen. Dies zeigt sich in seinen Vorlesungen unter anderem zum Anwaltsrecht, die auch zu seinem viel beachteten Lehrbuch zum Anwaltsrecht führten. Im Jahre 1997 gehörte er zu den Gründern der Stiftung für Rechtsausbildung, deren Stiftungsrat er von 1997 bis 2006 angehörte. Das Engagement von Walter Fellmann für die Aus- und Weiterbildung der Juristen zeigt sich auch darin, dass er *Weiterbildung Recht*, die Weiterbildungsstelle der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern, aufgebaut hat und seit 2010 als deren Direktor amtiert. *Weiterbildung Recht* bietet neben «normalen» Tagungen insbesondere – seit einigen Jahren nicht nur in Luzern, sondern in Zusammenarbeit mit der Università della Svizzera italiana auch in Lugano – «Express-Fortbildungen» für Anwältinnen und Anwälte in allen die Anwaltschaft interessierenden Rechtsgebieten an.

Neben seiner Tätigkeit als selbstständiger Anwalt war Walter Fellmann von 1984 bis 1986 Vizepräsident der Schlichtungsbehörde für Miete und Pacht des Kantons Luzern und von 1986 bis 1991 nebenamtlicher Verwaltungsrichter in

der abgaberechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern. Von 1993 bis 2005 war er zudem Ersatzmitglied der Aufsichtsbehörde über die Rechtsanwälte (heute Aufsichtsbehörde über die Anwältinnen und Anwälte) des Kantons Luzern und von 1997 bis 2006 Mitglied der Schiedskommission der Innerschweizer Handelskammer.

Walter Fellmann verfolgte nicht nur eine Anwaltskarriere, sondern auch eine akademische Karriere. Er habilitierte sich 1993 an der Universität Zürich mit dem Berner Kommentar zum einfachen Auftrag. Nach der Erteilung der *venia legendi* hielt Walter Fellmann an der Universität Zürich und teilweise in Vertretung von Peter Gauch an der Universität Freiburg Vorlesungen und Übungen zum Obligationenrecht. Er wurde im April 2000 von der Universität Zürich zum Titularprofessor ernannt. Auf Februar 2001 erfolgte die Wahl zum nebenamtlichen ausserordentlichen Professor für Schweizerisches und Europäisches Privatrecht an der neu gegründeten Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern. Walter Fellmann leistete einen grossen Beitrag an den Starterfolg und vor allem auch an die gesellschaftliche Verankerung und Akzeptanz der Rechtswissenschaftlichen Fakultät in der Luzerner Gesellschaft. Auf den 1. April 2004 wurde er zum nebenamtlichen Ordinarius befördert, seit Februar 2011 ist er hauptamtlicher Ordinarius. Von 2007 bis 2015 amtegte Walter Fellmann als Mitglied der Fakultätsleitung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

Neben seinem Beruf als Anwalt und seiner Tätigkeit als akademischer Lehrer war Walter Fellmann in den Jahren 2002 bis 2015 Präsident der Schulkommission der Kantonsschule Alpenquai Luzern.

Walter Fellmann hat sich im Verlauf seiner Karriere mit vielen Rechtsgebieten befasst, was sich nicht nur im hier kurz skizzierten beruflichen Lebenslauf, sondern auch in Publikationen zu vielfältigsten juristischen Themenkreisen zeigt. Dementsprechend stammen die Beiträge dieser Festschrift auch aus verschiedensten Rechtsgebieten. Aber selbstverständlich haben sich auch bei Walter Fellmann im Verlaufe der Zeit Schwerpunkte seiner Tätigkeit herausgebildet. Er ist Privatrechtler und beschäftigt sich im Bereich des Privatrechts primär mit Schadens-, Vertrags- und Gesellschaftsrecht. Daneben ist er im Arztrecht tätig. Hinzu kommt – wie bereits erwähnt – aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit das Anwaltsrecht. In allen diesen Rechtsgebieten hat er zahlreiche Publikationen verfasst. Seine Publikationen sind Zeugnis einer humanistischen Grundhaltung und eines in jeder Hinsicht liberalen Geistes.

Walter Fellmann hat, so scheint es, eine unerschöpfliche Schaffenskraft. Er kann nicht nur den Anwaltsberuf und die Tätigkeit als Ordinarius an der Universität Luzern unter einen Hut bringen. Daneben publiziert er regelmässig, und zwar – trotz der Fülle seiner Publikationen – immer auf höchstem wissenschaftlichem Niveau. Auch wenn Walter Fellmann – man will es kaum glauben – mittlerweile

65 Jahre alt ist, was Anlass dieser Festschrift ist, hat er keinerlei Absicht, seiner beruflichen und akademischen Tätigkeit ein Ende zu setzen. Vielmehr widmet er sich immer wieder neuen Projekten, daher auch der Titel der Festschrift: «Auf zu neuen Ufern!»

In diesem Sinne ist diese Festschrift kein Abschluss, sondern bestenfalls eine Etappe. Wir können uns alle darauf freuen, Walter Fellmann in den nächsten Jahren weiterhin in seiner geliebten Tätigkeit zu erleben und seine Publikationen lesen zu dürfen.

Luzern, im Dezember 2020

Karin Müller und Jörg Schwarz

Geleitwort

Diese Festschrift ist anlässlich seines 65. Geburtstags einem Kollegen gewidmet, der die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Luzern massgeblich geprägt hat. Dies nicht nur in Forschung und Lehre, sondern auch in den Bereichen Weiterbildung und Selbstverwaltung. Hier ist nicht der Raum, alle Verdienste von Prof. Walter Fellmann, die er sich während 20 Jahren als Mitglied der Fakultät und auch als Anwalt erworben hat, zu würdigen. Dies wird sicher in den vielen Beiträgen dieses Bandes geschehen. Deshalb beschränke ich mich an dieser Stelle darauf, diejenigen Leistungen zu betonen, die für die Entwicklung und Positionierung der Fakultät besonders wichtig waren und es immer noch sind.

Walter Fellmann ist Mitglied der «ersten Stunde» der Luzerner Rechtsfakultät bzw. einer ihrer Gründungsprofessoren. Seit dem Jahre 2001 forscht und lehrt er zum Schweizerischen und Europäischen Privatrecht und hat insbesondere die Lehrveranstaltungen zum Schadens- und Anwaltsrecht sowie zur Haftung der freien Berufe als feste Grössen und mit viel Strahlkraft im Curriculum etabliert. Dies neben seiner beliebten Vorlesung zum Medizinrecht im Zusammenwirken mit Prof. Regina E. Aebi-Müller. Die Vermittlung von Wissen – gerade auch mit Rücksicht auf seine reiche Praxiserfahrung – ist Walter Fellmann jedoch nicht nur ein Anliegen mit Blick auf die Studierenden der Rechtsfakultät, sondern auch im Rahmen der praxisgerechten Weiterbildung. Als Direktor von *Weiterbildung Recht*, der fakultätseigenen Weiterbildungsstelle, hat er die so genannten «Express-Fortbildungen» fachübergreifend zu einem echten Markenzeichen der Luzerner Rechtsfakultät entwickelt. Diese waren ursprünglich «nur» für die Luzerner Anwaltschaft gedacht, sind inzwischen aber permanent in den Terminkalendern der Juristinnen und Juristen aus der Zentralschweiz und aus dem Tessin verankert. Unter dem Dach von *Weiterbildung Recht* zeichnet Walter Fellmann zudem verantwortlich für die erfolgreiche Organisation und Durchführung diverser Tagungen, die in der gesamten Schweiz und darüber hinaus für Aufmerksamkeit gesorgt haben. Dies gilt allem voran für seinen «Luzerner Tag des Stockwerkeigentums», eine Tagung, die inzwischen zum 10. Mal von Luzern aus die Fachwelt in ihren Bann gezogen hat. Darüber hinaus hat Walter Fellmann als tiefgründiger Forscher ganze Rechtsgebiete mit seinen Beiträgen geprägt. Besonders erwähnenswert sind insoweit der Berner Kommentar zum einfachen Auftrag (1992) und derjenige zur einfachen Gesellschaft (2006), den er zusammen mit Prof. Karin Müller verfasst hat, sowie seine Monographie zum Anwaltsrecht (2. Aufl., 2017) und seine drei Bände zum Schweizerischen Haftpflichtrecht (2012 [zusammen mit Dr. Andrea Kottmann], 2013 und 2015).

Dass Aufbauleistungen kaum je im Alleingang geschehen können und sich Walter Fellmann stets als wahrer Teamplayer für die Entwicklung der Luzerner Rechtsfakultät eingesetzt hat, wird schon daraus sichtbar, dass er in den Jahren 2007 bis 2015 mit sehr viel Engagement als Mitglied der Fakultätsleitung gewirkt hat. Sein Teamgeist ist darüber hinaus auch in der Nachwuchsförderung spürbar und sichtbar geworden. Während seiner bisherigen Hochschulkarriere hat Walter Fellmann 39 Semester an der Universität Luzern unterrichtet und dabei für die Studierenden rund 1'645 Stunden im Hörsaal gestanden, mit zahlreichen Assistierenden und Hilfsassistierenden an seinem Lehrstuhl erfolgreich zusammengearbeitet und 6 Dissertationen als Erstgutachter sowie 11 Dissertationen als Zweitgutachter abgenommen.

Mit Blick auf das Erwähnte und auch alles das, was hier unerwähnt bleiben musste, bleibt mir nur, mich im Namen der gesamten Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern bei Walter Fellmann als einem allseits hoch geschätzten Kollegen für das zum Wohle der Fakultät und der einzelnen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Geleistete zu bedanken. Für die Zukunft wünsche ich ihm und seiner Familie nur das Beste!

Prof. Andreas Eicker

Dekan

Autorenverzeichnis

ACKERMANN JÜRIG-BEAT

Prof. Dr. iur., Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht,
Leitender Direktor der Staatsanwaltsakademie, Universität Luzern

AEBI-MÜLLER REGINA E.

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung,
Universität Luzern

BOHNET FRANÇOIS

Prof. Dr. iur., Professor für Zivilverfahrensrecht und Anwaltsrecht, LL.M.,
Universität Neuenburg

CONINX ANNA

Ass.-Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht,
MJur (Oxford), Universität Luzern

CONSTANTIN ARNAUD

Dr. iur., Assistant-docteur, Université de Fribourg

DROESE LORENZ

Prof. Dr. iur., Professor für Zivilverfahrensrecht und Obligationenrecht,
Universität Luzern

DÜRR DAVID

Prof. Dr. iur., em. Titularprofessor Universität Zürich, LL.M., Rechtsanwalt
und Notar

EGLI PHILIPP

Dr. iur., Rechtsanwalt, Leiter des Zentrums für Sozialrecht an der ZHAW
School of Management and Law, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern

EITEL PAUL

Prof. Dr. iur., Professor für Privatrecht, Universitäten Luzern und Freiburg,
Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht, Solothurn

EMMENEGGER SUSAN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Privat- und Bankrecht, LL.M., Direktorin
des Instituts für Bankrecht, Universität Bern

FURRER ANDREAS

Prof. Dr. iur., Professor für Privatrecht, Rechtsvergleichung, Internationales
Privatrecht und Europarecht, Universität Luzern

GÄCHTER THOMAS

Prof. Dr. iur., Professor für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht, Universität Zürich

GAUCH PETER

Prof. em. Dr. iur. Dr. Dr. h.c., Universität Freiburg/Fribourg

GIRSBERGER DANIEL

Prof. Dr. iur., LL.M., Professor für Schweizerisches und Internationales Privat-, Wirtschafts- und Verfahrensrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern, Mediator SAV/SWKM

GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinaria für Schweizerisches und Internationales Privatrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern, Rechtsanwältin

HARTMANN STEPHAN

Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern, LL.M. (Michigan), Oberrichter im Kanton Aargau

HESELHAUS SEBASTIAN

Prof. Dr. iur., M.A., Ordinarius für Europarecht, Völkerrecht, Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung, Geschäftsleiter des Center for Law and Sustainability, Direktor der Lucerne Academy for Human Rights Implementation, Universität Luzern

HÖRHAGER ELIAS

MLaw und Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent, Universität Luzern

KARAVAS VAGIAS

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Rechtssoziologie, Rechtstheorie und Privatrecht, Geschäftsführender Direktor Institut für Juristische Grundlagen – lucernauris, Universität Luzern

KAYSER MARTIN

Dr. iur., LL.M, Bundesverwaltungsgericht

KELLERHALS ANDREAS

Prof. Dr. iur., LL.M., Direktor Europa Institut an der Universität Zürich, Partner bei SwissLegal (Zürich) AG

KOLLER ALFRED

Prof. em. Dr. iur., em. Professor für Privat- und Handelsrecht, Universität St. Gallen, Rechtsanwalt in St. Gallen

XVIII

KOLLER THOMAS

Prof. em. Dr. iur. Dr. iur. h.c., em. Ordinarius für Privatrecht und Sozialversicherungsrecht, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Rechtsanwalt, Universität Bern

KRAUSKOPF FRÉDÉRIC

Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius für Privatrecht und Rechtsvergleichung, Direktor des Instituts für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Universität Bern

LEU SIMON

MLaw und Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent, Universität Luzern

LUMINATI MICHELE

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Institut für Juristische Grundlagen – lucernauris, Universität Luzern

MAEDER STEFAN

Ass.-Prof. Dr. iur, Assistenzprofessor für Straf- und Strafprozessrecht, Universität Luzern

MAGNIN JOSIANNE

Dr. iur., Rechtsanwältin, wissenschaftliche Oberassistentin, Universität Luzern, Schärer Rechtsanwälte Aarau

MÄRKI RAPHAEL

MLaw und Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Zivilistischen Seminar, Universität Bern

MÜLLER KARIN

Prof. Dr. iur., Ordinaria für Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Zivilverfahrensrecht, Universität Luzern

NORER ROLAND

Prof. Dr. iur., Ordinarius für Öffentliches Recht und Recht des ländlichen Raums, Geschäftsleiter des Center for Law and Sustainability, Universität Luzern

POLEDNA TOMAS

Prof. Dr. iur., Titularprofessor, Universität Zürich, Rechtsanwalt

REBER MARTINA

MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Zivilistischen Seminar, Universität Bern

RICHLI PAUL

Prof. em. Dr. iur., em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre, Universität Luzern

SCHMID MARKUS

Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Partner bei Schmid Herrmann, Basel

SCHNEGG ANTOINE

Lic. iur., LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter Europa Institut, Universität Zürich

SCHWARZ JÖRG

Prof. Dr. iur., Titularprofessor für Privatrecht, Universität Luzern, Rechtsanwalt und Notar bei Tschümperlin Lötscher Schwarz AG, Luzern

STÖCKLI HUBERT

Prof. Dr. iur., MCL, Ordinarius für Zivil- und Handelsrecht, Direktor des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg

VOKINGER KERSTIN NOËLLE

Ass. Prof. Dr. iur. et Dr. med., LL.M., Assistenzprofessorin für Öffentliches Recht und Digitalisierung, Universität Zürich, Rechtsanwältin

WARTMANN JEREMIAS

MLaw, wissenschaftlicher Assistent, Universität Luzern

WEBER ROLF H.

Prof. Dr. iur., em. Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich, Rechtsanwalt (Bratschi AG), Zürich

WEBER STEPHAN

Dr. h.c., Geschäftsführer Leonardo Productions AG, Dozent IRP-HSG Universität St. Gallen, Schriftleiter Zeitschrift HAVE

WERMELINGER AMÉDÉO

Prof. Dr. iur., Ordinarius, Universität Neuenburg und ehemaliger Dozent an der Universität Luzern

WERRO FRANZ

Prof. Dr. iur., Prof. à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center

XX

HAFTPFLICHTRECHT UND VERSICHERUNGEN

Verhaltens- oder Erfolgstheorie im strafrechtlichen Verjährungsrecht

– zugleich ein Beitrag zur wesensfremden Abhängigkeit der zivilrechtlichen von der strafrechtlichen Verjährung*

JÜRIG-BEAT ACKERMANN

Inhaltsverzeichnis

I.	Zivilrechtliche Abhängigkeit vom Strafrecht – trotz markanter Wesensunterschiede	3
II.	Beginn der Verfolgungsverjährung heute	8
	A. Gesetz und Lehre – Geschichte und Gegenwart	8
	B. Bundesgericht	9
III.	Verhaltenstheorie vs. Erfolgstheorie	10
	A. Strafanspruch vs. Zivilanspruch	10
	B. «Widerstreitende» Theorien	10
	1. Theorien und stossende Ergebnisse	10
	2. Argumente pro Verhaltenstheorie	11
	3. Argumente pro Erfolgstheorie	13
	C. Zwei wichtige Sonderfälle	15
	1. Verjährung bei unbewusstem Erfolgsdelikt	15
	2. Verjährung beim «Hintereinander» von Zustandsdelikt/ Dauerdelikt und unechtem Unterlassungsdelikt	16
IV.	Abschliessende Theoriewürdigung – eine neue «Abhängigkeit» vom Haftpflichtrecht?	17
V.	Literaturverzeichnis	21

I. Zivilrechtliche Abhängigkeit vom Strafrecht – trotz markanter Wesensunterschiede

Walter Fellmann und mich verbinden eine sehr freundschaftliche Kollegialität und unter anderem unser Interesse für das «Delikt». Fachlich verbindet uns

* Frau Dr. iur. Doris Hutzler, LL.M., sei für die wertvolle inhaltliche Mithilfe in einer Frühphase dieses Textes herzlich gedankt.

speziell der kürzlich neuformulierte Art. 60 Abs. 2 OR¹, und zwar auf ganz ungewöhnliche Weise. Was euphemistisch als «Scharniernorm» bezeichnet wird, schafft eine strenge Abhängigkeit des zivil- vom strafrechtlichen Verjährungsrecht. Dabei ist den jeweiligen Deliktsbegriffen im Wesentlichen nur gemeinsam, dass sie die Voraussetzungen definieren, an die rechtliche Folgen geknüpft werden. Der Zweck der jeweiligen Deliktsgesetze ist dagegen ein anderer: So hat das Strafrecht zunächst materiell-dogmatisch eine Entwicklung vom Erfolgs- zum Schuldstrafrecht sowie zur stärkeren Betonung des Handlungs- bzw. Verhaltens- gegenüber dem Erfolgsunrecht durchgemacht.² Die strafrechtlichen Deliktsgesetze sanktionieren regelmässig und primär ein genau bestimmtes *schuldhaftes Verhalten*. Dies verdeutlicht vor allem die Versuchsstrafbarkeit mit allen Versuchsformen und die stets an Bedeutung gewinnenden Tätigkeitsdelikte, insbesondere in Form der abstrakten Gefährdungsdelikte. Geprüft wird, vom Unternehmensstrafrecht mal abgesehen, ob ein Verhalten dem Individuum *persönlich zugerechnet (Unrecht) und zum Vorwurf (Schuld)* gemacht werden darf. Würde bis hierhin gedacht, müsste materiell-rechtlich alles für einen Verjährungsbeginn beim Verhalten sprechen. Das heutige Strafrecht ist indes nicht restlos erfolgsgelöst. Das zeigt etwa Art. 22 Abs. 1 StGB, welcher e contrario bei Eintritt des Erfolgs die Strafmilderung ausschliesst, und ganz besonders die Straflosigkeit des folgenlosen fahrlässigen Erfolgsdelikts.³ Allgemein enthalten Erfolgsdelikte in der Regel auch höhere Strafandrohungen, was sich mit der Funktion des Strafrechts zur Regulierung des Vergeltungsbedürfnisses erklären lässt, das, «ob man das billigt oder nicht, auch von der Art und dem Ausmass des Deliktserfolges»⁴ abhängt. Die positive Deliktsgesetzprüfung mündet schliesslich in die strafrechtliche Sanktion. Diese wird vollends nach «dem Verschulden des Täters» (Art. 47 StGB) zugemessen. Im Vordergrund dieses Strafzumessungsverschuldens stehen die Tat- und Täterkomponenten. Bei der Tatkomponente erwähnt Art. 47 StGB zwar zunächst die «Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes». Dabei wird allerdings nicht nur auf «das Ausmass des verschuldeten Erfolges», sondern bereits auf die Grösse der durch das Täterverhalten bewirkten Gefahr

¹ Vgl. FELLMANN/KOTTMANN, § 10 N 3061 ff.; ferner VERDE, Verjährung, 65 ff., zur vorausgesetzten *Strafbarkeit* des Haftpflichtigen im Zusammenhang mit Art. 60 Abs. 2 OR, 71 ff., kurz zum heutigen Recht, 84 f.; eingehend zum geltenden Recht BERGAMIN, 35 ff.

² Gemäss PIETH, 22, 27, sollen sich im Spätmittelalter – unter Rückgriff auf die Vorarbeiten der Kanonisten im Hochmittelalter – an die Stelle der germanischen Erfolgshaftung (Früh-)Formen des Schuldprinzips weiter durchgesetzt, und 103, nach 1945 der Handlungsunwert vor den Erfolgswert geschoben haben.

³ STRATENWERTH, AT I, § 3 N 24.

⁴ STRATENWERTH, AT I, § 3 N 25.

des Erfolgseintritts abgestellt.⁵ Die Normen des BT-StGB machen zudem deutlich, dass meist nicht die reine Verursachung des Erfolgs, sondern insbesondere die «Intensität des deliktischen Willens» und die «Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges von erheblicher Bedeutung» sind.⁶ Dazu kommen die Täterkomponenten, die selbstredend vollkommen täterorientiert sind, ganz abgesehen von den zulässigen, spezialpräventiven Überlegungen.⁷

Anders der Zweck des zivilrechtlichen Delikts und damit des Haftpflichtrechts. Hier haftet der Schädiger primär für eine bestimmte *Folge* seines Verhaltens, die unfreiwillige Vermögenseinbusse des Geschädigten, den Schaden.⁸ Es regelt den *Ersatz* von Schäden – den Schadenersatz. Im Vordergrund steht also der *Schaden der geschädigten Person*, nicht das konkrete, individuelle Verhalten (und Können) sowie die entsprechende Einstellung *der Täterperson gegenüber dem Recht*. Daran ändert im Grundsatz nichts, wenn man wie FELLMANN/KOTTMANN⁹ etwa die Widerrechtlichkeit ausschliesslich als Verhaltensunrecht versteht. So wird zwar bei reinen Vermögensschäden die Verletzung von Verhaltensnormen (Schutznormen) verlangt, die sich vorab im Strafrecht finden.¹⁰ Trotz dieser Strafrechtsnähe verlangt aber bereits die haftpflichtrechtliche Verschuldenshaftung beim Verschulden keine strafrechtliche Schuldprüfung, sondern vorab eine Vorsatz- und Fahrlässigkeitsbeurteilung (inkl. Urteilsfähigkeit)¹¹ – Voraussetzungen, die im Strafrecht unrechts-, nicht schuldbegründend wirken.¹² Während die Kausalhaftungen gar kein Verschulden voraussetzen,¹³ ist selbst die Verschuldenshaftung von einem objektivierten Verschuldensbegriff bestimmt.¹⁴ Dieser stellt auf ein Durchschnittsverhalten unter den gegebenen Umständen ab, was «dem Schutz des Geschädigten und der Praktikabilität des Haftpflichtrechts» dient. «Im Zivilrecht gehe es um einen wertenden Ausgleich widerstreitender Interessen und nicht um individuelle

⁵ STRATENWERTH, AT II, § 6 N 19.

⁶ WOHLERS, in: Wohlers/Gothenzi/Schlegel, Art. 47 N 9.

⁷ Einlässlich STRATENWERTH, AT II, § 6 N 70 ff.

⁸ Entsprechend stellen FELLMANN/KOTTMANN, § 2 N 70 ff., den Schaden in ihrer Darstellung an den Anfang.

⁹ FELLMANN/KOTTMANN, § 2 N 334 ff.; vgl. auch VERDE, Widerrechtlichkeit, 1 ff.

¹⁰ FELLMANN/KOTTMANN, § 2 N 341, die in der vorgehenden N 340 auch der Auffassung sind, dass das zivilrechtliche Deliktsrecht ähnlich dem Strafrecht einen selektiven Rechtsgüterschutz betreibe.

¹¹ FELLMANN/KOTTMANN, § 3 N 558 ff.; beim nunmehr überholten, reinen «psychologischen Schuldbegriff» war der Vorsatz und die Fahrlässigkeit auch im Strafrecht noch als Schuldform angesehen worden, vgl. STRATENWERTH, AT I, § 11 N 2.

¹² Ausgenommen die Urteilsunfähigkeit, soweit sie (teilweise) als Teil der strafrechtlichen Schuldfähigkeit aufgefasst werden kann.

¹³ FELLMANN/KOTTMANN, § 1 N 23.

¹⁴ FELLMANN/KOTTMANN, § 1 N 20: Auf die geistige und körperliche Verfassung des Schädigers «im Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens, seine intellektuellen Fähigkeiten oder seine Ausbildung kommt es nicht an», eingehend § 3 N 532 ff.

Vorwerfbarkeit wie im Strafrecht.»¹⁵ Unterschiede betreffen auch die Rechtsfolge: Die *Schadensberechnung* ist zunächst eine objektive und stellt selbst via die zusätzliche subjektive Methode¹⁶ höchstens auf die Person des *Geschädigten* ab, nicht aber auf die Person des Haftpflichtigen, des Täters. Erst bei der *Schadenersatzbemessung* und einzig im Rahmen der Verschuldenshaftung kann leichtes Verschulden des Schädigers zur Reduktion der Ersatzpflicht führen.¹⁷ Auch bei der Bemessung der Genugtuung ist die Schwere des (zivilrechtlichen) Verschuldens des Haftpflichtigen zu berücksichtigen.¹⁸ Das Haftpflichtrecht ist also gesamthaft gesehen – diese Folgerung sei einem Strafrechtler erlaubt – verhaltens- und «täter-»indifferenter als das Strafrecht.¹⁹

Diese Überlegungen erklären auch, weshalb bis zur Verjährung der zivilrechtlichen Forderung im Grunde der volle Schadenersatz geschuldet ist; eine Reduktion des Schadensersatzes infolge Verfahrensdauer oder reinen Zeitablaufs wird nicht diskutiert. Im Strafrecht führt dagegen eine überlange Verfahrensdauer anerkanntermassen zur Strafmilderung, zumal die dadurch bewirkte Belastung für die beschuldigte Person untechnisch als «Bestrafung» bei der Strafzumessung einzurechnen ist.²⁰ Angenommen wird auch eine ganz allgemeine Strafmilderung infolge lang zurückliegender Tat,²¹ ohne dass bereits ein Verfahren eröffnet wurde und werden konnte, zumal das gesellschaftliche Strafbefürfnis gegenüber dem Täter über die Zeit abnimmt. So bildet der Verjährungseintritt also nicht zwingend eine Schwarz-Weiss-Grenze. Zwar ist eine Reaktion auf ein Delikt bis zur Verjährung möglich, das Delikt wird aber infolge Zeitverstreichens als ein «Weniger» beurteilt, was zu einer Straf- und damit Rechtsfolgenmilderung führen kann.

Trotz dieser markanten Unterschiede besteht via Art. 60 Abs. 2 OR eine eigenartige, auch als unlogisch und widersprüchlich bezeichnete verjährungsrechtliche Abhängigkeit des zivilrechtlichen vom strafrechtlichen Deliktsrecht. Gemäss Vorentwurf sollte zwar auf Art. 60 Abs. 2 OR integral verzichtet werden. Dazu ist es aber – nach heftigen parlamentarischen Auseinandersetzungen – knapp nicht gekommen.²² Die relative Verjährung wurde immerhin von einem auf drei Jahre und die absolute Verjährung bei Personenschäden von 10 auf 20

¹⁵ Zu beiden Zitaten FELLMANN/KOTTMANN, § 3 N 570.

¹⁶ FELLMANN/KOTTMANN, § 6 N 1343 ff., zur Berechnung des Personenschadens N 1488 ff., des Sachschadens N 2320 ff.

¹⁷ FELLMANN/KOTTMANN, § 7 N 2418 ff., zur verschuldensunabhängigen Notlage des Ersatzpflichtigen N 2568 ff.

¹⁸ FELLMANN/KOTTMANN, § 8 N 2658.

¹⁹ Auch wenn das Strafrecht bei der Individualisierung selbstredend auch an Grenzen stösst; zum massgebenden sozialen Schuldbegriff STRATENWERTH, AT I, § 11 N 6.

²⁰ STRENG, N 613.

²¹ Vgl. STRENG, N 614.

²² Zur Gesetzgebungsgeschichte im Detail BERGAMIN, 35 ff.

Jahre erhöht. Ob damit den Verjährungsproblemen bei Spätschäden tatsächlich genügend begegnet wurde, wird allerdings bezweifelt.²³ Mit der Wendung «ungeachtet der vorstehenden Absätze frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung» hat der Gesetzgeber in Art. 60 Abs. 2 OR nunmehr immerhin klargestellt, dass die strafrechtliche Verjährungsfrist für die relative und die absolute zivilrechtliche Verjährungsfrist gilt.²⁴ «Die zivilrechtliche Verjährung kann sich demnach bis zum Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung nicht vollenden, unabhängig davon, ob und, gegebenenfalls, wann die geschädigte Person Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt».²⁵

Das Bundesgericht hielt erst kürzlich an seiner haftpflichtrechtlichen Verjährungspraxis fest,²⁶ indem es den Abschluss des Verhaltens als Fristbeginn der gemäss Art. 60 Abs. 2 OR massgebenden strafrechtlichen Verfolgungsverjährung bestätigte. Zwar berücksichtigt es dabei die EGMR-Entscheidung Howald Moor gegen die Schweiz,²⁷ in welcher der Gerichtshof die zwingende Anwendung der altrechtlichen absoluten zehnjährigen Verjährungsfrist aufgrund der zeitlichen Verzögerung des Schadenseintritts bei Spätschäden als unverhältnismässig und damit als Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) sieht. Gemäss Bundesgericht schliesse das besagte EGMR-Urteil aber absolute Verjährungsfristen nicht per se aus, sondern enthalte lediglich den Hinweis, dass diese unter Berücksichtigung der Latenzzeit einer Schädigung festzulegen seien. Das Bundesgericht sah es deshalb nicht als unverhältnismässig an, «einen Anspruch, der erst rund 37 Jahre nach der letzten möglichen Schädigung geltend gemacht wurde, als verjährt zu betrachten und die Klage abzuweisen».²⁸

Weder das neue Haftpflichtrecht mit seinen verlängerten Verjährungsfristen bei Personenschäden noch die kürzlich auch im Lichte der Howald-Rechtsprechung ergangenen Entscheide des Bundesgerichts vermögen den «Druck» aufs Strafrecht bzw. via Art. 60 Abs. 2 OR auf das Verfolgungsverjährungsrecht ganz abzumildern. Gerade in Fällen, in welchen die dreijährige relative Verjährungsfrist läuft, kann die längere strafrechtliche Verjährungsfrist relevant werden. Könnte für den strafrechtlichen Verjährungsbeginn gar auf den Erfolgseintritt abgestellt werden, wären für die geschädigten Personen und deren Vertretung ganz neue Wege offen.

²³ Vgl. KRAUSKOPF, 16.

²⁴ Zum Ganzen VERDE, Neues, 175 ff.

²⁵ BERGAMIN, 43 f.; i.E. ebenso VERDE, Neues, 176.

²⁶ BGER 4A_554/2013 und 4A_299/2013, beide vom 6. November 2019.

²⁷ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Moor und andere gegen die Schweiz vom 11. März 2014.

²⁸ BGER 4A_554/2013 vom 6. November 2019, E. 8, zitierte Stellen in E. 8.3.

Im Folgenden soll deshalb der Frage nachgegangen werden, ob auch der strafrechtliche Leitentscheid²⁹ zutreffend ist, in welchem der Beginn der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung erneut und wortgetreu gemäss Art. 98 lit. a StGB auf den Zeitpunkt der Tathandlung und nicht auf denjenigen des Erfolgsintritts festgelegt wurde. Auf dem Prüfstand stehen zwei Theorien: die Verhaltens- und die Erfolgstheorie.

II. Beginn der Verfolgungsverjährung heute

A. Gesetz und Lehre – Geschichte und Gegenwart

Die kantonalen Strafgesetze liessen die Verjährung in der Regel mit dem Tag der Begehung oder der Verübung beginnen. Zwar verzichteten einzig die Gesetze von St. Gallen und Solothurn ausdrücklich auf ein Abstellen auf den Erfolg, die anderen aber immerhin implizit. Einzelne Kantone stellten zudem auf die «sichere Kunde» von der begangenen Tat, auf die «Kenntnis» von der Tat und dem Täter bzw. das «Entdecken» des Verbrechens ab.³⁰ Im Vorentwurf 1908 zum Schweizerischen StGB von ZÜRCHER war diese «Kenntnis» zwar kein Kriterium mehr, dagegen wurde für den Beginn der Verjährung sehr breit einmal auf die Verhaltens- und einmal auf die Erfolgstheorie abgestellt.³¹ Wörtlich heisst es in den entsprechenden Erläuterungen ohne weitere Begründung und zunächst doch eher überraschend: «Die Verjährungsfrist der Verbrechen beginnt mit dem Tage der Begehung. Also beim Erfolgsdelikt an dem Tage, da der Erfolg eingetreten (der Tod beim Tötungsdelikt), in allen anderen Fällen, insbesondere auch beim Versuch, am Tage, da der Täter gehandelt (...)».³² Die zweite Expertenkommission entschied sich dann aber wohl für das Ende des strafbaren Verhaltens (Verhaltenstheorie) als den für den Verjährungsbeginn massgeblichen Zeitpunkt, obwohl der damalige Wortführer HAFTER sich in seinem Votum nicht recht festlegen, sondern die Verhaltens- und Erfolgstheorie in einer Bestimmung «verschmelzen» lassen wollte.³³ Der Entwurf 1918 stellte

²⁹ BGE 134 IV 297.

³⁰ Vgl. STOOSS, 439 ff.

³¹ «Art. 59. (...) 2. Die Verjährung beginnt: am Tage, an dem der Täter die verbrecherische Tätigkeit ausführt; (...) wenn er den Erfolg des Verbrechens verursacht, am Tage, an dem dieser Erfolg eintritt; (...)» – abgedruckt im Protokoll der zweiten Expertenkommission zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Band I, April 1912, 401. So auch schon der VE 1896 (S. 42 ff., Art. 48 Abs. 2), und jener von 1903 (S. 22, Art. 55 § 2), vgl. SCHLATTER, 313. Anders noch VE 1894 (S. 32 ff., Art. 45 Abs. 2: «Tage der Begehung des Verbrechens»).

³² ZÜRCHER, 106.

³³ Protokoll der zweiten Expertenkommission zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Band I, April 1912, 401 ff. und 409: «Mehrheit für Streichung des

dann jedenfalls auf die Verhaltenstheorie ab,³⁴ was HAFTER in seinem Lehrbuch von 1926 aufnahm.³⁵ Auch der heute geltende Normtext von Art. 98 lit. a StGB steht mit Blick auf den Wortlaut auf dem Boden der Verhaltenstheorie – so auch die h.L.³⁶

B. Bundesgericht

Das Bundesgericht hat sich in seinem bereits genannten Leitentscheid³⁷ auch bei Erfolgsdelikten für die Anwendung der Verhaltenstheorie entschieden, was dazu führt, dass die Verfolgbarkeit verjähren kann, bevor ein Erfolg (z.B. Verletzung, Tötung) – bei Fahrlässigkeitsdelikten gar die Strafbarkeit – eintritt.

Es macht aber bei der Teilnahme gewisse Zugeständnisse an die Erfolgstheorie.³⁸ Danach soll die Verjährung bei Anstiftung und mittelbarer Täterschaft nicht mit Abschluss der Anstiftungshandlung oder dem Einwirken auf den Tatmittler, sondern erst mit Eintritt des «Erfolges» (also der Ausführung der Tat durch den Angestifteten oder Tatmittler) beginnen.³⁹ Infolge Akzessorietät

3. Al. der Ziff. 2 nach Antrag Hafter». Hafter hielt in der Expertenkommission fest, dass er weder mit Bolli und Lang einverstanden sei (die beide ein Abstellen auf den Erfolgseintritt ablehnten). Er wollte vielmehr die Verhaltens- und Erfolgstheorie «verschmelzen» (Protokoll oben zit., 407). Im gutgeheissenen Text von Art. 59^{bis} alt StGB ist dann aber nichts mehr von einer solchen Verschmelzung erkennbar. Für den Beginn der Verjährung wurde nur noch auf den Tag, «an dem der Täter die verbrecherische Tätigkeit ausführt», abgestellt.

³⁴ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23. Juli 1918, 127 f.

³⁵ HAFTER, 435.

³⁶ Vgl. WOHLERS, in: Wohlers/Goenzi/Schlegel, Art. 98 N 1; DONATSCH/TAG, 433 f.; ZURBRÜGG, BSK, Art. 98 StGB N 1 ff.; TRECHSEL/CAPUS, Art. 98 N 1 m.w.N.; STRATENWERTH, AT II, § 7 N 28; schon SCHULTZ, 248 zu Art. 71 Abs. 2; vgl. auch JOSITSCH/SPIELMANN, 190, 194.

³⁷ BGE 134 IV 297.

³⁸ Bei der Teilnahme i.e.S. verlangt die (limitierte) Akzessorietät neben der Teilnahmehandlung eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat, welche – selbst wenn nur eine gelockerte Kausalität verlangt wird – als Erfolg betrachtet werden kann. Deutlich schon SCHULTZ, 294: «Die Anstiftung ist ein Erfolgsdelikt»; 298: «Mithin ist die Gehilfenschaft ein Erfolgsdelikt»; ferner STRATENWERTH, AT I, § 13 N 123: «Erfolglose Teilnahme»; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 218; DONATSCH/TAG, 160, 169; für Erfolgsdelikt wohl auch SEELMANN/GETH, 156. Dies kann freilich nicht für den Anstiftungsversuch (Art. 24 Abs. 2 StGB) und den Versuch der mittelbaren Täterschaft (sofern man die sog. «Einzellösung» vertritt) gelten, da es in diesen Fällen zu keiner Ausführung der Tat durch den unmittelbaren Täter kommt: Dort muss wiederum die Verhaltenstheorie gelten, da sonst die Verjährung nicht zu laufen beginnen könnte.

³⁹ BGE 120 IV 17, 22 ff.; 102 IV 79, 80 f.; 69 IV 62, 63 f.

muss dies auch für die Gehilfenschaft gelten: Für den Verjährungsbeginn ist auf das Verhalten des Haupttäters abzustellen.⁴⁰

III. Verhaltenstheorie vs. Erfolgstheorie

A. Strafanspruch vs. Zivilanspruch

In Art. 16 StPO ist vom «Strafanspruch» die Rede – ein oft verwendeter, missverständlicher Begriff. Er suggeriert eine nicht bestehende Nähe zum zivilrechtlichen Anspruch. Gemeint ist hingegen kein subjektives Recht (des Staates). Mit der Wendung «gleichmässige Durchsetzung des Strafanspruchs» in Art. 16 StPO wird vielmehr allgemein die Justizgewährungspflicht (auch Vollzugszwang) nach Art. 7 Abs. 1 StPO als notwendiges Gegenstück zum (staatlichen) Straf- bzw. Justizmonopol (Art. 2 Abs. 1 StPO) betont.⁴¹ Danach darf und muss die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten (nur) durch die dafür vorgesehenen, gesetzlich bestimmten (staatlichen) Strafverfolgungsbehörden erfolgen. Mit jeder Verletzung einer Strafnorm entsteht so gesehen das Monopolrecht und die Pflicht des Staates zur Verfolgung und Beurteilung der Tat. Nur dies ist mit «Strafanspruch» gemeint.

B. «Widerstreitende» Theorien

1. Theorien und stossende Ergebnisse

Die Verhaltenstheorie fixiert den Beginn der Verfolgungsverjährung auf das Ende des strafbaren Verhaltens, was bei Spätschäden (so z.B. in Bau-, AIDS- oder Asbestfällen) dazu führen kann, dass die Straftatverfolgung bereits verjährt ist, bevor die Straftat verfolgt werden kann. Die Erfolgstheorie dagegen lässt die Verjährungsfrist erst mit Eintritt des Erfolges eintreten. Sie kann prozessrechtlich also dazu führen, dass den Strafbehörden die Aufgabe übertragen wird, erst nach Jahrzehnten und deshalb aufgrund «brüchig gewordener Beweislage»⁴² Beweis führen zu müssen.

⁴⁰ SCHLATTER, 314; vgl. auch BGE 102 IV 79, 80 f.

⁴¹ Statt vieler SCHMID/JOSITSCH, N 353, ferner N 85 und N 178 ff.; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 3.

⁴² LANGE, 240.