

# **Entscheide**

**des Obergerichts**

**und**

**des Obergerichtspräsidiums**

1. Keine Einsicht in die Akten der Beiständin (Art. 29 BV; Art. 419, 441 Abs. 1, 449b ZGB; § 82 Abs. 1 KESV; Art. 8 DSGVO; § 20 TG DSGVO).....	5
2. Eheschutz: Fahrkosten als Berufsauslagen, Anwendung der Steuerpraxis (Art. 125, 163 ZGB).....	14
3. Vorsorgliche Massnahmen bei Scheidung der Ehe.....	15
4. Rolle der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beim Abschluss eines Betreuungsvertrags zwischen der Beiständin und der pflegenden Tochter (Art. 416 Abs. 1, 419, 450a Abs. 2 ZGB) .....	17
5. Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde gegen einen Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 450 Abs. 2 ZGB).....	24
6. Begründungspflicht bei Beschwerden auf dem Gebiet der fürsorglichen Unterbringung, insbesondere im Verfahren vor der zweiten kantonalen Beschwerdeinstanz (Art. 450e, 450f ZGB; § 29 Abs. 1 KESV; Art. 321 Abs. 1 ZPO).....	29
7. Anfechtung der Erbschaftsausschlagung; Ausnahme vom Grundsatz, dass eine einmal erklärte Ausschlagung unwiderruflich ist (Art. 566 ff. ZGB; Art. 23 ff. OR).....	31
8. Verrechenbarkeit von Unterhaltsforderungen mit einer Forderung des Vaters gegenüber der Mutter; Identität (Art. 120 OR; Art. 279, 286 Abs. 3, 318 Abs. 1 ZGB).....	33
9. Bei festgestellter rechtmässiger Kündigung der Wohnung hat das Gericht die Erstreckung des Mietverhältnisses von Amtes wegen zu prüfen (Art. 273 Abs. 5 OR; Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1, 317 Abs. 2, 318 Abs. 1 lit. c ZPO).....	37
10. Die Lieferung und Montage von Rollläden für ein Einfamilienhaus im Rahmen eines Umbaus ist kein Konsumentenvertrag (Art. 32 Abs. 2 ZPO).....	39
11. Anrechnung von Kapitalauszahlungen aus beruflicher Vorsorge bei der Berechnung der Mittellosigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO (Änderung der Praxis gemäss RBOG 2015 Nr. 11); Notgroschen .....	44
12. Nachträglicher Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 120, 256 Abs. 2 ZPO).....	46
13. Keine Pflicht zum persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung, wenn sich die Parteien in einem Strafverfahren gegenüberstehen, das Ehrverletzungsdelikte zum Gegenstand hat (Ausnahmetatbestand von Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO).....	50
14. Volljährigenunterhalt ist im ordentlichen und nicht im vereinfachten Verfahren geltend zu machen (Art. 219, 243 ff., 295, 60 ZPO; Art. 276 ff., 285 Abs. 1 ZGB).....	55
15. Keine Nachfrist für Gesuchsantwort im summarischen Verfahren, insbesondere beim Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO (Art. 147, 219, 223 Abs. 1 ZPO) .....	63
16. Anforderung an die Berufungs- und Anschlussberufungsbegründung (Art. 310, 311 Abs. 1, 55, 57 ZPO) .....	69
17. Vertretung in den summarischen Verfahren nach SchKG (Art. 27 Abs. 1 SchKG; Art. 68 Abs. 2 lit. c, 251 ZPO) .....	75

18. Bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums ist von 20 Arbeitstagen pro Monat auszugehen (Art. 93 SchKG; Art. 23 Abs. 1 AVIG; Art. 40 AVIV; § 1 Ziff. 2 RTG; Art. 329a OR). .....	76
19. Rechtsmittel gegen den Entscheid betreffend Feststellung neuen Vermögens; Bestätigung der Praxis gemäss RBOG 2011 Nr. 20 (Art. 265a Abs. 1 und 4 SchKG).....	78
20. Zulässigkeit der Zusprechung einer Ersatzforderung; Vorrang der zwangsvollstreckungsrechtlichen Sicherungsmassnahmen (Art. 71 Abs. 1 und 3 StGB).....	81
21. Ausnahmsweise kann bei der üblen Nachrede für den Vorwurf einer strafbaren Handlung der Wahrheitsbeweis ohne Verurteilung erbracht werden; Verfahrenseinstellung erfolgte zu Recht (Art. 173 Ziff. 2 StGB; Art. 319 Abs. 1 StPO). .....	86
22. Ein Schafstall als Geheim- oder Privatbereich; Tierschutz als Rechtfertigungsgrund (Art. 179 <sup>quater</sup> , 14 StGB).....	90
23. Der Grundsatz der Verfahrenseinheit ist auch im Jugendstrafverfahren anwendbar; Ausnahmen (Art. 29, 30 StPO; Art. 3 Abs. 1 JStPO). .....	107
24. Keine eigenmächtige Übertragung der amtlichen Verteidigung (Art. 132 f. StPO; Art. 398 Abs. 3, 68 OR) .....	115
25. Mitarbeiter einer Tochtergesellschaft der Privatklägerin sind als Zeugen einzuvernehmen (Art. 178 lit. a und g, 162 StPO).....	119
26. Haftgrund der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO; Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK) .....	121
27. Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchungen oder Untersuchungen; unzulässige Beweisausforschung (Art. 243, 141 Abs. 2 StPO) .....	123
28. Keine Beschlagnahme vor der Durchsuchung und gegebenenfalls Entsiegelung (Art. 246 ff., 263 StPO). .....	128
29. Vor der Nichtanhandnahme der Strafuntersuchung gegen eine Magistratsperson ist grundsätzlich die Ermächtigung zur Strafverfolgung einzuholen; Ausnahmen (Art. 303 Abs. 1 und 2, 7 Abs. 2 lit. b StPO; § 15 Abs. 1 VerantwG). .....	133
30. Nichtanhandnahme und Einstellung des Strafverfahrens beziehen sich auf Sachverhalte, nicht auf Straftatbestände; keine teilweise Nichtanhandnahme respektive Einstellung bei gleichem Sachverhalt (Art. 310 Abs. 1 lit. a, 319 f., 11 StPO). .....	137
31. Erlass von Verfahrenskosten; Änderung der Rechtsprechung gemäss RBOG 2015 Nr. 29 (Art. 425 StPO; Art. 112 Abs. 1 ZPO).....	140
32. Ansätze gemäss § 7 AnwT für die Festsetzung des Anwaltshonorars im Rechtsmittelverfahren in Zivilsachen.....	145
33. Voraussetzungen für eine Parteientschädigung nach § 65 KESV (§ 76 KESV; § 80 VRG; Art. 118 Abs. 1 lit. c, 106 ZPO).....	146

# I. BUNDESRECHT

**1. Keine Einsicht in die Akten der Beiständin** (Art. 29 BV; Art. 419, 441 Abs. 1, 449b ZGB; § 82 Abs. 1 KESV; Art. 8 DSG; § 20 TG DSG)

1. a) Die Eltern von X sind geschieden, wobei X bei seiner Mutter, der Beschwerdeführerin, lebt. Für X besteht eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB.

b) Die Beschwerdeführerin stellte bei der Beiständin ein Gesuch um Akteneinsicht. Dieses schickte sie auch an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Die Berufsbeistandschaft lehnte sinngemäss das Gesuch um Akteneinsicht ab. Die Beschwerdeführerin verlangte daraufhin gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erneut Akteneinsicht, worauf diese ihr die Beilagen zum Bericht der Beiständin vom 22. Dezember 2019 zustellte. Die Beschwerdeführerin verlangte sodann abermals Akteneinsicht bei der Beiständin, welche diese ablehnte.

c) Infolgedessen ersuchte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde um Gewährung der «vollen Akteneinsicht, insbesondere auch über sämtliche Gesprächsprotokolle zwischen der Beiständin und dem Kindesvater». Sofern diese Akten der Behörde nicht vorliegen würden, sei die Beiständin anzuweisen, die Akten herauszugeben.

d) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wies den Rechtsvertreter darauf hin, dass Gespräche zwischen der Beiständin und dem Kindesvater nicht Teil des bei ihr anhängigen Verfahrens seien. In den Verfahrensakten finde sich diesbezüglich einzig der Bericht der Beiständin vom 22. Dezember 2019. Der Beschwerdeführerin sei bereits vollständige Einsicht in die Akten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gewährt worden. Bei Bedarf müsste eine Aufsichtsbeschwerde eingereicht werden, was mit Verfahrenskosten verbunden sei.

e) Die Beschwerdeführerin liess darauf Beschwerde beim Obergericht führen mit dem Antrag, es sei eine Rechtsverweigerung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Beschwerdegegnerin) festzustellen. Die Beschwerdegegnerin sei anzuweisen, unverzüglich über den Antrag auf Akteneinsicht zu entscheiden sowie der Beschwerdeführerin die Akten zugänglich zu machen.

2. a) Die Beschwerdeführerin bringt zusammengefasst vor, die Beschwerdegegnerin sei offensichtlich zuständig für den Entscheid über die Akteneinsicht. Es liege in ihrer Kompetenz, über Anträge betreffend Akteneinsicht zu entscheiden. Indem sie ihre Zuständigkeit verneine und auf die Berufsbeistandschaft verweise, begehe sie eine Rechtsverweigerung und verletze zudem das rechtliche Gehör. Ausserdem sei die Beschwerdegegnerin nach Art. 419 ZGB für Beschwerden gegen die Beiständin zuständig. Der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht stütze sich auf die ihr zustehende elterliche Sorge und das Datenschutzgesetz. Im konkreten Fall sei nicht ersichtlich, inwiefern durch die Freigabe der Gesprächsprotokolle das Wohl ihres Sohnes gefährdet sei. Überwiegende Interessen seien ebenfalls nicht gegeben.

b) Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsbehörden Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist sowie auf rechtliches Gehör<sup>1</sup>. Eine Gehörsverletzung im Sinn einer formellen Rechtsverweigerung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn eine Behörde auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt, obschon sie darüber entscheiden müsste. In welcher Form und in welchem Umfang die diesbezüglichen Verfahrensrechte zu gewährleisten sind, lässt sich nicht generell, sondern nur im Hinblick auf den konkreten Fall beurteilen<sup>2</sup>.

c) Es stellt sich also die Frage, ob die Beschwerdegegnerin für das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin zuständig war und darüber formell hätte entscheiden müssen.

3. a) Die Beschwerdeführerin stützt ihr Gesuch um Akteneinsicht zunächst auf Art. 449b ZGB.

b) Nach Art. 449b Abs. 1 ZGB haben die am Verfahren beteiligten Personen im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Anspruch auf Akteneinsicht, soweit nicht überwiegende Interessen entgegenstehen. Das Akteneinsichtsrecht erstreckt sich auf sämtliche verfahrensbezogene Akten, die geeignet sind, Grundlage eines Entscheids zu bilden. Nicht erfasst sind einerseits verwaltungsinterne Akten (sogenannte «Handakten»), also Unterlagen, die für den behördeninternen Gebrauch bestimmt sind und ausschliesslich der Meinungsbildung der Behörde dienen<sup>3</sup>. In diesem Punkt deckt sich das vom Gesetz vorgesehene Akteneinsichtsrecht nicht mit den Bestimmungen über das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, welches sich grundsätzlich auf alle personenbezogenen Daten bezieht, unabhängig von deren Erheblichkeit<sup>4</sup>. Andererseits findet Art. 449b ZGB keine Anwendung auf die Akten einer Beistandsperson, soweit diese Unterlagen nicht Bestandteil der Akten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sind<sup>5</sup>. Ein uneingeschränktes Einsichtsrecht, wie es die Beschwerdeführerin geltend macht, besteht damit nach Art. 449b ZGB nicht.

c) aa) Die Beschwerdeführerin verlangte Einsicht in von der Beiständin erstellte Gesprächsprotokolle, welche der Beschwerdegegnerin nicht vorliegen, die sich nicht bei den Verfahrensakten befinden und insofern auch nicht Grundlage eines Entscheids bilden können. Es handelt sich damit nicht um Akten, die für die Entscheidungsfindung der Beschwerdegegnerin relevant sein können. Die verlangten Gesprächsprotokolle - wenn es sie überhaupt gibt, was mangels Kenntnis der Akten der Beiständin nicht zweifelsfrei erwiesen ist - befinden sich ausschliesslich in den Akten

---

<sup>1</sup> Art. 29 Abs. 1 und 2 BV

<sup>2</sup> BGE 142 II 157; BGE 134 I 232

<sup>3</sup> BGE 132 II 495; BGE 125 II 474 f.; BGE 115 V 303; Maranta/Auer/Marti, Basler Kommentar, 6.A., Art. 449b ZGB N. 8; Murphy/Steck, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Hrsg.: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck), Zürich/Basel/Genf 2016, N. 18.184; Rosch, in: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Kurzkommentar (Hrsg.: Bächler/Jakob), 2.A., Art. 449b N. 1

<sup>4</sup> Steck, in: FamKommentar Erwachsenenschutzrecht (Hrsg.: Bächler/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 449b ZGB N. 6

<sup>5</sup> Maranta/Auer/Marti, Art. 449b ZGB N. 4

der Beiständin. Der Anspruch auf Akteneinsicht nach Art. 449b ZGB kann sich jedoch nur auf bei der Beschwerdegegnerin vorhandene (entscheidrelevante) Akten erstrecken. Die Beschwerdeführerin beruft sich zu Unrecht auf diese Bestimmung.

bb) Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird durch diese - von Lehre und Rechtsprechung vertretene - Auslegung von Art. 449b ZGB nicht verletzt. Das Recht auf Akteneinsicht dient der Umsetzung des rechtlichen Gehörs. Dieses wiederum ist ein prozessorientiertes, auf die Entscheidungsfindung ausgerichteteres Verfahrensrecht der Betroffenen<sup>6</sup>. Es bezieht sich auf Dokumente, Fakten und Umstände, die für einen Entscheid erheblich sind<sup>7</sup>. Alles, was nicht unmittelbar in einen Entscheid einfließt, kann nicht Gegenstand des rechtlichen Gehörs sein.

Die in diesem Verfahren strittigen Dokumente sind gerade nicht Teil des für die Entscheidungsfindung erheblichen Aktenbestands. Sie könnten es später einmal werden, wenn die Beiständin diese Dokumente der Beschwerdegegnerin einreicht. Zum heutigen Zeitpunkt liegen sie der Beschwerdegegnerin aber nicht vor, weshalb sie die Beschwerdegegnerin unmöglich in einem Entscheid berücksichtigen kann. Das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin ist daher nicht verletzt.

cc) Die Beschwerdeführerin verlangt weiter sinngemäss, es seien die Akten durch die Beschwerdegegnerin bei der Berufsbeistandschaft beizuziehen. Der Aktenbeizug wäre indessen nur geboten, wenn sich die Gesprächsnotizen in irgendeiner Form auf die Entscheidungsfindung der Beschwerdegegnerin auswirken könnten. Inwiefern diese Gesprächsprotokolle für die von der Beiständin beantragten Massnahmen relevant sein sollen, ist aber nicht ersichtlich. Die Beschwerdegegnerin führt ihre eigenen Gespräche mit den Parteien.

d) Weder mit Art. 449b ZGB noch mit dem rechtlichen Gehör nach Art. 29 BV lässt sich ein Einsichtsanspruch der Beschwerdeführerin in die sich mutmasslich bei der Beiständin befindlichen Gesprächsprotokolle begründen.

4. a) Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass ihr gegenüber der Beschwerdegegnerin gestützt auf datenschutzrechtliche Bestimmungen ein Einsichtsrecht in die verlangten Protokolle zusteht. Nachdem sich die einverlangten Aktenstücke nicht in den Akten der Beschwerdegegnerin befinden und auch keine Veranlassung besteht, sie beizuziehen, ist vorab zu prüfen, wer für die Beantwortung der Frage nach der Einsicht in die Akten der Beiständin zuständig ist.

b) aa) Das DSG<sup>8</sup> gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane<sup>9</sup>. Das TG DSG<sup>10</sup> gilt für jedes Bearbeiten von

---

<sup>6</sup> Steinmann, in: Die schweizerische Bundesverfassung (Hrsg.: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender), 3.A., Art. 29 N. 42

<sup>7</sup> BGE 120 Ib 383; BGE 115 Ia 11; RBOG 2014 Nr. 20; Waldmann, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 29 BV N. 53

<sup>8</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1

<sup>9</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a und b DSG

Personendaten durch öffentliche Organe<sup>11</sup>. Als öffentliche Organe gelten der Staat, die Gemeinden, die Organisationen des kantonalen öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit und die Personen, die mit öffentlichen Aufgaben dieser Gemeinwesen betraut sind<sup>12</sup>. Ausserdem fallen unter das kantonale Datenschutzrecht Privatpersonen, denen eine öffentliche Aufgabe übertragen wurde<sup>13</sup>.

bb) Die beiden Datenschutzgesetze verschaffen der betroffenen Person grundsätzlich einen weitergehenden Anspruch als Art. 449b ZGB. Gestützt auf Art. 8 DSG beziehungsweise § 20 TG DSG kann eine betroffene Person - unter den gesetzlichen Voraussetzungen - namentlich auch die Herausgabe von verwaltungsinternen Akten verlangen<sup>14</sup>.

cc) Adressat von Auskunftsgesuchen ist jeweils der Inhaber einer Datensammlung. Diesem vom Bundesrecht verwendeten Begriff<sup>15</sup> kommt die Funktion zu, diejenige Person zu bezeichnen, welche die datenschutzrechtliche Kontrolle über einen Informationsbestand ausübt und deshalb primärer datenschutzrechtlicher Verantwortungsträger ist<sup>16</sup>. Die Inhabereigenschaft knüpft an die tatsächlichen Verhältnisse an (an die tatsächliche Entscheidungsgewalt, den Inhalt, die Bearbeitungsmittel und -methoden)<sup>17</sup>. Insofern könnte von einer «Haltereigenschaft» gesprochen werden<sup>18</sup>. Das Gleiche dürfte für den vom kantonalen Datenschutzgesetz verwendeten Begriff des verantwortlichen Organs gelten<sup>19</sup>.

dd) Die Berufsbeistandschaften werden im Kanton Thurgau von den Politischen Gemeinden geschaffen, organisiert und finanziert<sup>20</sup>. Sie sorgen im Auftrag der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden für die im Einzelfall notwendige Betreuung; zudem führen sie im Auftrag der Behörde Sachverhaltsabklärungen durch<sup>21</sup>. Berufsbeiständinnen und -beistände stehen in einem Anstellungsverhältnis zur kommunalen Berufsbeistandschaft<sup>22</sup>; anders die privaten Beiständinnen und Beistände. Die Berufsbeistandschaft ist allerdings auch für die Instruktion und Begleitung von Privatbeiständen zuständig<sup>23</sup>.

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind - im Unterschied zu den kommunal organisierten Berufsbeistandschaften - kantonale Behörden. Sie sind den fünf kantonalen Bezirken

---

<sup>10</sup> Gesetz über den Datenschutz, RB 170.7

<sup>11</sup> § 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 TG DSG

<sup>12</sup> § 2 Abs. 2 Ziff. 1 TG DSG

<sup>13</sup> § 2 Abs. 2 Ziff. 2 TG DSG

<sup>14</sup> BGE 125 II 476

<sup>15</sup> Art. 3 lit. i DSG

<sup>16</sup> Rosenthal, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz (Hrsg.: Rosenthal/Jöhri), Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 3 N. 105; Rudin, in: Datenschutzgesetz (Hrsg.: Baeriswyl/Pärli), Bern 2015, Art. 3 N. 49; Blechta, Basler Kommentar, 3.A., Art. 3 DSG N. 87

<sup>17</sup> Rudin, Art. 3 DSG N. 49

<sup>18</sup> Blechta, Art. 3 DSG N. 87

<sup>19</sup> § 29 TG DSG

<sup>20</sup> § 17 Abs. 1 EG ZGB (Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, RB 210.1)

<sup>21</sup> § 17a Abs. 1 und 4 EG ZGB

<sup>22</sup> § 78 Abs. 1 KESV (Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, RB 211.24)

<sup>23</sup> § 17a Abs. 2 EG ZGB



angegliedert<sup>24</sup>. Die beiden Organisationen haben die organisatorische Trennung auch geografisch und in der alltäglichen Amtsführung vollzogen. Zwar haben sich einige Politische Gemeinden zu überregionalen Berufsbeistandschaften zusammengeschlossen<sup>25</sup>, allerdings mit getrennten Räumlichkeiten und anderen örtlichen Zuständigkeiten als die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.

ee) Das kantonale Recht enthält nähere Bestimmungen über die Organisation der Beistandschaften<sup>26</sup>. Nach § 82 Abs. 1 KESV führen die Beistandspersonen eigene Akten. Sie haben darin alle für die Situation der betroffenen Person wichtigen Unterlagen bis zur Beendigung des Mandats sicher aufzubewahren und wesentliche Ereignisse oder Zustände in Aktennotizen festzuhalten<sup>27</sup>. Nach Beendigung des Mandats werden diese Akten der Leitung der Berufsbeistandschaft übergeben<sup>28</sup>. Die Akten müssen in einem sicheren, vor Witterungseinflüssen geschützten Raum archiviert werden<sup>29</sup>.

c) Die von einem Beistand oder einer Beiständin geführten Akten zählen nicht zu den Verfahrensakten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Die tatsächliche Herrschaft über den Aktenbestand hat - wie die Beschwerdegegnerin richtig ausführt - die Beistandschaft. Sie ist deshalb als Inhaberin beziehungsweise verantwortliches Organ im datenschutzrechtlichen Sinn zu qualifizieren. Daran ändert nichts, dass die Berufsbeistandschaften im Auftrag der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden tätig werden, denn die Beistände erstellen die von ihnen verwalteten Akten in eigener Verantwortung und nicht lediglich treuhänderisch für die Behörde<sup>30</sup>.

d) Die umstrittenen, von der Beiständin angeblich verfassten Gesprächsprotokolle befinden sich bei der Berufsbeistandschaft. Diese beziehungsweise die Beiständin ist somit Inhaberin der Daten und verantwortliches Organ. Damit ist sie für die Daten verantwortlich und für Akteneinsichtsgesuche erstinstanzlich zuständig. Die Auffassung der Beschwerdegegnerin, sie sei die falsche Adressatin, ist zutreffend. Im Verhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und der Berufsbeistandschaft kann sich die Beschwerdeführerin auch nicht auf die Bestimmungen des kantonalen oder eidgenössischen Datenschutzgesetzes berufen, da diese Gesetze jeweils nur (aber immerhin) den Auskunftsanspruch der berechtigten Person gegenüber dem Inhaber einer Datensammlung regeln. Den Informationsaustausch zwischen den Behörden regeln diese Gesetze, soweit hier von Interesse, nicht.

---

<sup>24</sup> § 16 Abs. 1 KESV

<sup>25</sup> Beispielsweise zu den Berufsbeistandschaften Thurgau Nordwest, Frauenfeld Land oder Oberthurgau

<sup>26</sup> § 82 ff. KESV

<sup>27</sup> § 82 Abs. 1 KESV

<sup>28</sup> § 82 Abs. 2 KESV

<sup>29</sup> § 82 Abs. 3 i.V.m. § 68 Abs. 2 KESV

<sup>30</sup> § 82 Abs. 1 KESV; Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 27. August 2014, RRB Nr. 884/2014, Erw. 4a und 4b

Bei diesem Ergebnis kann auch offenbleiben, ob die Beistandspersonen eine öffentliche Aufgabe erfüllen und deshalb unter das TG DSG fallen, oder ob auf sie aufgrund einer privatrechtlichen Tätigkeit das eidgenössische DSG anwendbar wäre<sup>31</sup>.

5. a) Die Beschwerdeführerin macht vor Obergericht sodann sinngemäss geltend, die Beschwerdegegnerin hätte nach Art. 419 ZGB einen Entscheid treffen müssen.

b) aa) Nach Art. 419 ZGB kann die betroffene oder eine ihr nahestehende Person und jede Person, die ein rechtliches geschütztes Interesse hat, gegen Handlungen und Unterlassungen einer Beistandsperson, der die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einen Auftrag erteilt hat, diese Behörde anrufen<sup>32</sup>. Die «Beschwerde» ist kein Rechtsmittel im formellen Sinn, sondern Rechtsbehelf sui generis mit aufsichtsrechtlicher Komponente<sup>33</sup>. Anwendbar sind die Verfahrensbestimmungen des erstinstanzlichen Verfahrens. Dieses hat einfach und rasch zu sein; es gilt die Untersuchungsmaxime<sup>34</sup>. Der von der Behörde getroffene Entscheid unterliegt seinerseits der Beschwerde an die kantonale Beschwerdeinstanz, im Kanton Thurgau an das Obergericht<sup>35</sup>.

bb) Die für die «Beschwerde» nach Art. 419 ZGB massgebenden erstinstanzlichen Verfahrensvorschriften entspringen dem kantonalen Recht, soweit nicht Grundsätze und Vorgaben auf Bundesebene bestehen<sup>36</sup>. Subsidiär ist die ZPO anwendbar<sup>37</sup>. Im Kanton Thurgau hat das Obergericht gestützt auf die ihm vom kantonalen Gesetzgeber delegierte Rechtsetzungskompetenz<sup>38</sup> die KESV erlassen. Nach dem kantonalen Recht folgt das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde den Regeln des Summarverfahrens<sup>39</sup>. Demgemäss haben Parteien grundsätzlich schriftliche Eingaben zu erstatten<sup>40</sup>. Die inhaltlichen Anforderungen orientieren sich am ordentlichen Verfahren: Das Gesuch muss Rechtsbegehren und Tatsachenbehauptungen enthalten oder zumindest erkennen lassen, welche Rechtsfolgen eine Person gestützt auf welche Behauptungen erwirken will<sup>41</sup>.

c) aa) Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin verlangte mit dem gestellten Rechtsbegehren nicht die Überprüfung einer Verhaltensweise der Beiständin, sondern ersuchte um Akteneinsicht. Als Begründung fügt er zwar an, dass der Beschwerdeführerin zweifelsfrei eine uneingeschränkte Akteneinsicht zustehe und ihr die Beiständin die Akten nicht herausgegeben habe. Die Amtsführung der Beiständin thematisiert er im Übrigen aber nicht. Vielmehr beschränkt sich die Rechtschrift in der Sache darauf, das mutmassliche Akteneinsichtsrecht der Beschwerde-

---

<sup>31</sup> § 2 Abs. 2 TG DSG

<sup>32</sup> Art. 419 ZGB

<sup>33</sup> Rosch, Basler Kommentar, 6.A., Art. 419 ZGB N. 1b f.

<sup>34</sup> Rosch, Art. 419 ZGB N. 14

<sup>35</sup> § 11c EG ZGB i.V.m. Art. 450 Abs. 1 ZGB; Rosch, Art. 419 ZGB N. 17

<sup>36</sup> Murphy/Steck, N. 18.48

<sup>37</sup> Art. 450f ZGB

<sup>38</sup> § 11c Abs. 2 EG ZGB

<sup>39</sup> § 30 KESV

<sup>40</sup> § 30 KESV i.V.m. Art. 252 Abs. 2 und Art. 130 Abs. 1 ZPO

<sup>41</sup> Mazan, Basler Kommentar, 3.A., Art. 252 ZPO N. 9

führerin zu begründen und Antrag auf Einsicht an die Beschwerdegegnerin zu stellen. Dass es der Beschwerdeführerin ausschliesslich um eine vollumfängliche Akteneinsicht bei der Beschwerdegegnerin geht, hält sie auch in ihrer Beschwerdeschrift nochmals ausdrücklich fest. Sie weist zudem darauf hin, dass der Streitgegenstand der Beschwerde sei, dass die Beschwerdegegnerin «über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht nicht entschieden» habe. Die Rechtschrift genügt den Anforderungen an eine «Beschwerde» im Sinn von Art. 419 ZGB daher nicht.

bb) Die Beschwerdegegnerin musste das Akteneinsichtsgesuch daher nicht als «Beschwerde» gegen das Verhalten der Beiständin entgegennehmen und mit einem rechtsmittel-fähigen Entscheid reagieren. Sie wies ihrerseits auf die Möglichkeit einer Aufsichtsbeschwerde und damit allenfalls verbundene Kosten hin. In der Vernehmlassung präzisierte die Beschwerdegegnerin, mit dem Hinweis auf eine Aufsichtsbeschwerde sei der Rechtsbehelf nach Art. 419 ZGB gemeint gewesen. Somit stellte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin einen Entscheid gestützt auf Art. 419 ZGB in Aussicht. Darin liegt keine formelle Rechtsverweigerung, gab die Beschwerdegegnerin doch zu erkennen, dass sie auf eine - den formellen Anforderungen genügende - Eingabe eintreten würde.

Dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Schreiben allerdings auf eine «Beschwerde» nach Art. 419 ZGB hinwies, war freilich aus ihrer Formulierung nicht völlig klar zu erkennen. Das Schreiben liesse grundsätzlich auch den Schluss zu, die Beschwerdegegnerin weise auf die Beschwerde an ihre Aufsichtsbehörde nach Art. 441 Abs. 1 ZGB hin. Die Formulierung der Beschwerdegegnerin in ihrem Schreiben erscheint daher eher unglücklich.

cc) Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist mit der Ernennung der Beistandsperson grundsätzlich abgeschlossen. Die Beistandsperson führt die Beistandschaft - im Rahmen ihres Auftrags und der gesetzlichen Vorgaben - eigenverantwortlich und nach eigenem Ermessen<sup>42</sup>. Sie ist nicht Teil der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde<sup>43</sup>. Solange die Beistandschaft besteht, hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Beistandsperson nur noch generell zu beaufsichtigen<sup>44</sup>. Als Mittel der Aufsicht stehen ihr grundsätzlich die Prüfung der Rechnungen und Berichte der Beistandsperson, die Zustimmung zu bestimmten Geschäften sowie die Behandlung von «Beschwerden» nach Art. 419 ZGB zur Verfügung<sup>45</sup>. Soweit die Interessen der verbeiständeten Person durch die Tätigkeit der Beistandsperson gefährdet sind, hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen einzuschreiten<sup>46</sup>. Hier ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht geltend gemacht, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund

---

<sup>42</sup> Art. 413 Abs. 1 ZGB

<sup>43</sup> Fassbind, Erwachsenenschutz, Zürich 2012, S. 252

<sup>44</sup> Langenegger, in: Erwachsenenschutzrecht, Kommentar (Hrsg.: Rosch/Büchler/Jakob), 2.A., Vor Art. 415-418 ZGB N. 1

<sup>45</sup> Langenegger, Vor Art. 415-418 ZGB N. 2

<sup>46</sup> Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2.A., N. 2.154

einer Kindswohlfährdung von Amtes wegen hätte einschreiten müssen. Auch aus diesem Grund liegt daher keine Rechtsverweigerung vor.

dd) Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob die Beschwerdegegnerin die Eingabe der Beschwerdeführerin als «Beschwerde» nach Art. 419 ZGB hätte behandeln sollen, unter Umständen anders zu beurteilen gewesen wäre, hätte es sich um eine Laieneingabe gehandelt. Insbesondere bei Geltung der Untersuchungsmaxime und der damit zusammenhängenden Fragepflicht können an Eingaben von Laien grundsätzlich nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden, wie an die einer anwaltlich vertretenen Partei. Auf die Behauptungen und Anträge eines rechtskundigen Parteivertreters darf grundsätzlich auch im Rahmen der Untersuchungsmaxime abgestellt werden<sup>47</sup>. Von einem Rechtsvertreter kann und darf erwartet werden, dass dieser sein Begehren präzise stellt. Selbst im Rahmen der Untersuchungsmaxime ist es zudem nicht die Aufgabe des Gerichts, beziehungsweise hier der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die Parteien in prozessrechtlichen Fragen zu beraten und sie auf unzulässige Rechtsbegehren oder andere Rechtsbehelfe hinzuweisen<sup>48</sup>.

ee) Die Beschwerdegegnerin musste zusammengefasst das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin nicht als «Beschwerde» nach Art. 419 ZGB entgegennehmen.

d) In der Beschwerdeschrift weist die Beschwerdeführerin damit erstmals darauf hin, dass ihr Akteneinsichtsgesuch auch als «Beschwerde» nach Art. 419 ZGB zu verstehen sei. Für diese «Beschwerde» ist allerdings erstinstanzlich die Beschwerdegegnerin zuständig, weshalb das erstmalige Stellen einer entsprechenden «Aufsichtsbeschwerde» gegenüber dem Obergericht nicht zu einer Gutheissung der vorliegenden Beschwerde führen kann. Sollte die Beschwerdeführerin an der Aufsichtsbeschwerde festhalten wollen, muss sie ein entsprechendes Gesuch unter Einhaltung der formellen Anforderungen direkt bei der hierfür zuständigen Beschwerdegegnerin stellen oder allenfalls Rechtsschutz nach dem anwendbaren Datenschutzgesetz suchen.

e) Aus der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin keinen beschwerdefähigen Entscheid erliess, kann die Beschwerdeführerin damit keine formelle Rechtsverweigerung ableiten. Die Beschwerdegegnerin geht materiell zutreffend davon aus, sie sei nicht zuständig. Insofern war es folgerichtig, keinen Entscheid zu treffen. Sie wies zudem auf den ihrer Meinung nach gegebenen Rechtsbehelf hin. Sie brachte damit zum Ausdruck, dass sie ein entsprechendes Begehren durchaus behandeln würde und erklärte sich nicht einfach für unzuständig<sup>49</sup>. Eine Rechtsverweigerung liegt daher gerade nicht vor.

---

<sup>47</sup> Gehri, Basler Kommentar, 3.A., Art. 55 ZPO N. 18; Hurni, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 56 ZPO N. 29; Sutter-Somm/Grieder, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 56 N. 40

<sup>48</sup> Glasl, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 56 N. 19 und 24

<sup>49</sup> BGE 116 Ia 64

6. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Obergericht, 1. Abteilung, 25. Juni 2020, KES.2020.36

## 2. Eheschutz: Fahrkosten als Berufsauslagen, Anwendung der Steuerpraxis (Art. 125, 163 ZGB)

1. Basis für die Bedarfsberechnung sind die Positionen, wie sie auch für die betriebsrechtliche Existenzminimumsberechnung verwendet werden. Nach betriebsrechtlichen Grundsätzen sind bei einem Fahrzeug mit Kompetenzcharakter die veränderlichen und festen Kosten ohne Amortisation zu berechnen<sup>50</sup>. Der familienrechtliche Bedarf unterscheidet sich indes vom betriebsrechtlichen Existenzminimum. Nur in sehr knappen finanziellen Verhältnissen sind betriebsrechtliches Existenzminimum und familienrechtlicher Grundbedarf deckungsgleich. Verfügen die Ehegatten über genügend Mittel, ist der Bedarf fallspezifisch um weitere Positionen zu ergänzen<sup>51</sup>. Dabei sind stets die familienrechtlichen Schutzzwecke im Auge zu behalten. Während das Betriebsrecht nur gegenwärtige Forderungen schützt, schliesst die Unterhaltsschuld die Verpflichtung ein, rechtzeitig das Nötige vorzukehren, um die Unterhaltspflicht gegenüber den Angehörigen auch inskünftig erfüllen zu können. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht deshalb davon aus, die Amortisation erwerbsnotwendiger Kompetenzgüter sei zum Bedarf des Unterhaltsverpflichteten zu rechnen<sup>52</sup>.

2. Mit zunehmender Anzahl gefahrener Kilometer pro Jahr werden die auf einen Kilometer umgerechneten Fahrkosten geringer. In einigen Kantonen werden die anrechenbaren Fahrkosten pauschalisiert und limitiert. Die Literatur fordert zwar teilweise eine einheitliche Obergrenze von Fr. 600.00<sup>53</sup>. Eine solche Limite kann aber angesichts unterschiedlicher geografischer Verhältnisse und Lebenshaltungskosten nicht Allgemeingültigkeit beanspruchen. Die Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Thurgau hat verschiedentlich die Steueransätze für anwendbar erklärt<sup>54</sup>. Diese Praxis erweist sich als sachgerecht und führt zu angemessenen Ergebnissen: Steuerrechtlich abzugsfähig sind die notwendigen Auslagen für Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsstätte<sup>55</sup>, womit dem im Unterhaltsrecht geltenden Effektivitätsgrundsatz Rechnung getragen wird. Die Steuerpraxis sieht sodann eine Abstufung der Ansätze pro gefahrenem Kilometer vor, was die sinkenden Kosten pro Mehrkilometer berücksichtigt. Die in StP 29 Nr. 2<sup>56</sup> publizierten Ansätze können demnach als Grundlage der Berechnung des familienrechtlichen Bedarfs herangezogen werden. Sie sind allenfalls an die konkreten Umstände des Einzelfalls anzupassen; so fallen etwa Amortisationskosten bei einem geliehenen Fahrzeug vollständig weg.

Obergericht, 1. Abteilung, 24. November 2020, ZBS.2020.30

---

<sup>50</sup> BGE 140 III 342; Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG der schweizerischen Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten vom 1. Juli 2009

<sup>51</sup> Vgl. Gloor/Spycher, Basler Kommentar, 6.A., Art. 125 ZGB N. 36

<sup>52</sup> BGE vom 12. Juli 2016, 5A\_779/2015, Erw. 5.3.3.2

<sup>53</sup> Vgl. Six, Eheschutz, 2.A, N. 2.120

<sup>54</sup> Merz, Die Praxis zum Eheschutz, Sulgen 2005, S. 133 f.

<sup>55</sup> § 29 Abs. 1 Ziff. 1 StG (Steuergesetz, RB 640.1)

<sup>56</sup> <http://steuerverwaltung.steuerpraxis.tg.ch>

### **3. Vorsorgliche Massnahmen bei Scheidung der Ehe**

#### **A. Ausbildungskosten eines Elternteils können unter Umständen in der Bedarfsrechnung bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt werden (Art. 163, 276, 285 ZGB).**

Die Parteien heirateten, als die Berufungsbeklagte 20 Jahre alt war. Sie verfügte damals über keine abgeschlossene Berufsausbildung und kümmerte sich ab Geburt der ersten gemeinsamen Tochter hauptsächlich um die Kinder und den Haushalt. Bei dieser Ausgangslage ist die Berufungsbeklagte aufgrund der anstehenden Ehescheidung nach Treu und Glauben gehalten, ihre Eigenversorgungskapazität nachhaltig zu verbessern. Die von ihr begonnene Lehre dient dazu, dass sie nach zwei Jahren weitaus bessere Anstellungs- und Erwerbschancen auf dem Arbeitsmarkt haben wird als während des Zusammenlebens als ungelernte Hilfskraft. Nicht nur im Hinblick auf die Erwerbsmöglichkeit, sondern auch im Hinblick auf die Möglichkeit, selbstständig ein angemessenes Vorsorgeguthaben ansparen zu können, dient ihre Ausbildung direkt dem Ausgleich ehebedingter Nachteile. Die Ausbildung der Berufungsbeklagten ist nicht mit einer Einkommenseinbusse verbunden, und sie kann mit ihrem Einkommen ihren Bedarf selber decken. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der den Berufungskläger treffenden (noch) ehelichen Solidarität, erscheint es angemessen, die mit der Lehre der Berufungsbeklagten zusammenhängenden Kosten in ihrem Bedarf zu berücksichtigen.

#### **B. Die Kosten des Besuchsrechts eines Elternteils können unter Umständen in der Bedarfsrechnung bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt werden (Art. 163, 276, 285 ZGB).**

1. Es stellt sich die Frage, ob die Kosten des Besuchsrechts dem Bedarf der Berufungsbeklagten anzurechnen sind.

2. a) Grundsätzlich hat der besuchsberechtigte Elternteil für die Kosten der Ausübung des persönlichen Verkehrs aufzukommen, weil dieser in seinem Interesse vorgesehen ist. Diese Begründung lässt jedoch ausser Acht, dass der persönliche Verkehr auch im Interesse des Kindes und sogar des Inhabers der Obhut liegt. Die Kostentragung durch den besuchsberechtigten Elternteil erscheint aber richtig, wenn er, was in der Regel zutrifft, erwerbstätig und wirtschaftlich günstiger gestellt ist als der Inhaber der Obhut. Befindet sich der besuchsberechtigte Elternteil aber in ungünstigeren Verhältnissen, so können die Kosten auch ganz oder zum Teil dem obhutsberechtigten Elternteil überbunden werden. Mehrkosten infolge späterer Verlegung des Wohnsitzes des Inhabers der Obhut sind unter Vorbehalt abweichender einverständlicher oder gerichtlicher Regelung von diesem zu tragen<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Hegnauer, Berner Kommentar, Bern 1997, Art. 273 ZGB N. 146 f.

b) Hier rechtfertigt es sich, die Kosten des Besuchsrechts im Bedarf der Berufungsbeklagten zu berücksichtigen. Zum einen geht aus den Akten hervor, dass der Berufungskläger die Kinder von der Berufungsbeklagten zu entfremden versuchte. Zum anderen erfolgte der Umzug des Berufungsklägers in Verletzung von Art. 301a Abs. 2 ZGB. Indem der Berufungsbeklagten die Kosten des Besuchsrechts angerechnet werden, wird der Wegzug des Berufungsklägers gewissermassen «sanktioniert» beziehungsweise der der Berufungsbeklagten durch den eigenmächtigen Entscheid des Berufungsklägers entstandene (finanzielle) Nachteil ausgeglichen. Ausserdem wird dadurch ein finanzieller Anreiz für die tatsächliche Wahrnehmung des Besuchsrechts geschaffen. Die Vorinstanz legte ein einmal monatlich stattfindendes Besuchsrecht fest. Ein Zugticket für die Fahrt von X nach Y und zurück in der zweiten Klasse mit Halbtax kostet Fr. 59.00. Somit sind dem Bedarf der Berufungsbeklagten zusätzlich Fr. 120.00 pro Monat<sup>58</sup> für die Ausübung des Besuchsrechts hinzuzurechnen.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. September 2020, ZBS.2020.20

---

<sup>58</sup> Zweimal Hin- und Rückfahrt, um die Kinder beim Berufungsbeklagten abzuholen und nach Ausübung des Besuchsrechts wieder zurückzubringen.



#### 4. Rolle der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beim Abschluss eines Betreuungsvertrags zwischen der Beiständin und der pflegenden Tochter (Art. 416 Abs. 1, 419, 450a Abs. 2 ZGB)

1. Die Beschwerdeführerin sorgt für die Pflege und Betreuung ihrer verbeiständeten Mutter. Grundlage dieses Verhältnisses bildet ein Betreuungsvertrag aus dem Jahr 2017. Aufgrund veränderter Verhältnisse versuchten die Beschwerdeführerin und die Beiständin während eines Jahres ohne Erfolg, einen neuen Betreuungsvertrag zu schliessen. Beide wandten sich wegen der Schwierigkeiten, eine Einigung zu finden, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Die Beschwerdeführerin erhob in der Folge Rechtsverzögerungs- beziehungsweise Rechtsverweigerungsbeschwerde, da sie als pflegende Tochter in Bezug auf die Neuregelung des Pflegevertrags von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde keine Antworten erhalten habe.

2. a) Nach Art. 450a Abs. 2 ZGB kann wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden. Art. 29 Abs. 1 BV räumt einen allgemeinen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist ein<sup>59</sup>. Massgebend ist, ob das Verfahren in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Interessen zügig durchgeführt worden ist und die Gerichtsbehörden insbesondere keine Zeit unnütz haben verstreichen lassen<sup>60</sup>. Eine Rechtsverweigerung ist gegeben, wenn eine Behörde es ausdrücklich ablehnt, eine Entscheidung zu treffen, obwohl sie dazu verpflichtet ist. Um eine Rechtsverzögerung handelt es sich, wenn die zuständige Behörde sich zwar bereit zeigt, einen Entscheid zu treffen, diesen aber nicht innert der Frist fällt, welche aufgrund der Natur der Sache und der Gesamtheit der übrigen Umstände als angemessen erscheint<sup>61</sup>. Soweit das Gesetz die am Verfahren beteiligten Personen mit ihren Rügen und Beanstandungen direkt an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verweist, um diese zum Einschreiten zu veranlassen, ist für das Verfahren vor dieser Behörde Art. 450a Abs. 2 ZGB nicht anwendbar. Vielmehr sind etwa Rügen betreffend die Tätigkeit beziehungsweise Untätigkeit von Beiständen gestützt auf Art. 419 ZGB anzubringen<sup>62</sup>.

b) Gemäss Art. 419 ZGB kann gegen Handlungen oder Unterlassungen unter anderem des Beistands die betroffene oder eine ihr nahestehende Person und jede Person, die ein rechtlich geschütztes Interesse hat, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anrufen. Die Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde dient in solchen Fällen dem Zweck, die Angelegenheit ins richtige Geleise zu bringen, das heisst, eine ordnungsgemässe Führung der Massnahme beziehungsweise des Mandats umfassend zu gewährleisten und damit das wohlverstandene Interesse der betroffenen Person zu sichern<sup>63</sup>. Das Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde löst aber kein

---

<sup>59</sup> BGE 133 I 274

<sup>60</sup> BGE 127 III 389

<sup>61</sup> BGE vom 25. Juli 2018, 4A\_321/2018, Erw. 1

<sup>62</sup> Droese/Steck, Basler Kommentar, 6.A., Art. 450a ZGB N. 22

<sup>63</sup> Rosch, Basler Kommentar, 6.A., Art. 419 ZGB N. 1a

Rechtsmittelverfahren aus<sup>64</sup>. Mögliches Anfechtungsobjekt sind nicht nur Handlungen, sondern auch Unterlassungen<sup>65</sup>. Eine Handlung muss hierzu fest beschlossen oder ausgeführt sein; gegen Anträge des Beistands an die Erwachsenenschutzbehörde oder gegen seine blosser Absicht, tätig zu werden, ist keine Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde möglich<sup>66</sup>. Infolge der umfassenden Überprüfungsbefugnis entscheidet die Erwachsenenschutzbehörde in der Regel direkt. Je nach Anfechtungsgegenstand kann dieser Entscheid in einem selbstständigen Handeln oder in einer Verhaltensanweisung an den Beistand bestehen<sup>67</sup>. Der Zweck der Beschwerde erfordert ein möglichst einfaches Verfahren. Die Behörde wird nötigenfalls weitere Abklärungen treffen und die beschwerdeführende Person nach Möglichkeit persönlich anhören und anschliessend einen begründeten und beschwerdefähigen Entscheid fällen. Es sollte allerdings auch möglich sein, einen Konflikt zwischen betreuter Person und Mandatsträger ohne formelles Verfahren und Beschluss der Behörde zu bereinigen. Dabei ist allerdings eine Rechtsverweigerung zu vermeiden, die ihrerseits wieder mit Beschwerde beim zuständigen Gericht gerügt werden könnte<sup>68</sup>.

c) Für die weitere Prüfung ist somit massgebend, ob die Vorinstanz gesetzlich zu einem Tätigwerden verpflichtet war und/oder, ob sie dazu Bereitschaft zeigte und trotzdem keine Entscheidung innert angemessener Frist traf.

3. a) Gemäss Art. 416 Abs. 3 ZGB bedürfen Verträge zwischen dem Beistand und der betroffenen Person immer der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Der noch geltende Betreuungsvertrag wurde zu Recht gestützt auf Art. 416 Abs. 3 ZGB von der Vorinstanz genehmigt. Zu jenem Zeitpunkt war die Beschwerdeführerin nämlich noch als Beiständin ihrer Mutter im Amt. Nachdem die Beschwerdeführerin in der Folge aus ihrem Amt entlassen wurde, entfällt in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die Anwendbarkeit von Art. 416 Abs. 3 ZGB.

b) Die Zustimmungsbedürftigkeit des Betreuungsvertrags könnte sich aber auch aus Art. 416 Abs. 1 ZGB ergeben, welcher einen Katalog von Geschäften enthält, die von Gesetzes wegen der behördlichen Zustimmung bedürfen. Die Aufzählung betrifft tendenziell risikobehaftete und bedeutende Geschäfte von grundsätzlich dauerhaftem Charakter<sup>69</sup>. Darunter finden sich in Ziff. 2 Dauerverträge über die Unterbringung der betroffenen Person. Zu prüfen ist somit, ob der abzuschliessende Betreuungsvertrag ein Dauervertrag über die Unterbringung der verbeiständeten Person darstellt.

---

<sup>64</sup> Rosch, Art. 419 ZGB N. 1b

<sup>65</sup> Rosch, Art. 419 ZGB N. 11

<sup>66</sup> Rosch, Art. 419 ZGB N. 12

<sup>67</sup> Rosch, Art. 419 ZGB N. 16a

<sup>68</sup> Häfeli, in: FamKommentar Erwachsenenschutz (Hrsg.: Bächler/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 419 ZGB N. 7

<sup>69</sup> Biderbost, in: FamKommentar Erwachsenenschutz (Hrsg.: Bächler/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 416 ZGB N. 21

aa) Ob ein konkretes Rechtsgeschäft unter eine der Kategorien von Art. 416 ZGB fällt, ist nach dem Sinn und Zweck der Norm zu ermitteln, und die Auslegung ist dabei nicht allzu restriktiv zu handhaben<sup>70</sup>. Die in Ziff. 2 genannte Unterbringung ist folglich weit zu interpretieren und umfasst sowohl kollektive Formen wie Alters- und Pflegeheime, Behinderteninstitutionen etc. als auch betreute Wohngemeinschaften oder Familienpflege<sup>71</sup>. Vereinbarungen betreffend die Unterbringung einer Person können mit Institutionen oder Privatpersonen getroffen werden. Durch die Zustimmungsbedürftigkeit soll nicht nur der Beistand, sondern im Mehraugenprinzip auch die Behörde zur Frage Stellung nehmen, ob die gewählte Art der Unterbringung im konkreten Fall geeignet und nicht nur beispielsweise kostengünstig ist<sup>72</sup>.

bb) Den Akten kann entnommen werden, dass die verbeiständete Mutter aufgrund einer Demenz bei Alzheimerkrankheit in hohem Mass pflegebedürftig ist. Sie bedarf einer Rundumbetreuung, welche bisher von der Beschwerdeführerin und zwei Betreuungsdiensten sichergestellt wurde. Die Beiständin hielt in ihrem Rechenschaftsbericht unter anderem fest, dass die verbeiständete Person auf eine vollumfängliche Betreuung angewiesen sei. Diese umfasse auch Betreuungszeiten in der Nacht und an Wochenenden, die in diesem Ausmass von keiner Spitex übernommen werden könnten.

cc) Die verbeiständete Person und die Beschwerdeführerin sind Eigentümerinnen der von ihnen bewohnten Liegenschaft. Die verbeiständete Person bewohnt bereits seit 30 Jahren die Einliegerwohnung im ersten Stock. Eine Unterbringung der verbeiständeten Person in einem Heim komme gemäss den Aussagen der Beschwerdeführerin wegen Traumata aus der Kindheit aufgrund von Erinnerungen aus der Zeit des Zweiten Weltkriegs nicht in Frage. Ein Heimaufenthalt sei für sie mit Ängsten verbunden, und Institutionen nehme sie als bedrohliche Orte wahr.

c) In diesem Fall liegt weder eine Unterbringung in einem Pflege-, Alters- oder sonstigem Heim vor, noch wurde die verbeiständete Person zwecks Betreuung umplatziert. Die umfangreiche Betreuungsnotwendigkeit der verbeiständeten Person ist aber evident. Eine unentgeltliche Betreuungsdienstleistung der Beschwerdeführerin gegenüber ihrer Mutter kann keineswegs aus der Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328 Abs. 1 ZGB abgeleitet werden, welche ohnehin eine rein finanzielle Unterstützungspflicht vorsieht<sup>73</sup>. Auch altrechtlich hätte das Ausmass des Betreuungsaufwands den Umfang der geschuldeten Verwandtenunterstützung gesprengt<sup>74</sup>. Fak-

---

<sup>70</sup> Vogel, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Breitschmid/Jungo), 3.A., Art. 416-417 ZGB N. 3

<sup>71</sup> Vogel, Art. 416-417 ZGB N. 12

<sup>72</sup> Vgl. Biderbost, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Hrsg.: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck), Zürich/Basel/Genf 2016, N. 8.328

<sup>73</sup> Vgl. Kieser/Lendfers, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht Zeitraum Juli 2017 bis und mit Juli 2018, in: JaSo 2019 (Hrsg.: Kieser/Lendfers), Zürich/St. Gallen 2019, S. 32, wonach der wohl häufigste Fall der Pflege der betagten eigenen Eltern meist nicht unter die Verwandtenunterstützungspflicht nach Art. 328 Abs. 1 ZGB fällt.

<sup>74</sup> EVGE vom 15. Dezember 1997, H 121/97, Erw. 3, in: AHI-Praxis 3/1998 S. 153, wonach die vier Jahre andauernde Pflege einer hochbetagten dementen Mutter durch die Tochter weit über das unter dem Titel Verwandtenunterstützungspflicht zu Erwartende hinausgeht.

tisch liegt eine hohe Betreuungsnotwendigkeit vor, welche es gebietet, die Zustimmungsbedürftigkeit - und damit auch die Schutzfunktion - von Art. 416 Abs. 1 ZGB anzuwenden, wodurch die Behörde prüfen kann, ob der «Aufenthalt» und die Betreuung geeignet sind. Aufgrund der weiten Interpretation des Begriffs der Unterbringung in Art. 416 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB muss somit die Zustimmungsbedürftigkeit des Betreuungsvertrags auch im konkreten Fall bejaht werden.

4. a) Des Weiteren ist zu prüfen, ob die Grundlagen für die Erteilung einer Zustimmung gemäss Art. 416 Abs. 1 ZGB gegeben sind.

aa) Behördliche Mitwirkungshandlungen sind Teil der Aufsichtstätigkeit<sup>75</sup>. In aller Regel erfolgt die behördliche Zustimmung, nachdem die Parteien formgültig einen Vertrag abgeschlossen haben<sup>76</sup>. Ausnahmsweise kann einem Rechtsgeschäft auch vor dessen Abschluss zugestimmt werden, zum Beispiel wenn der Schwebezustand unzumutbar wäre<sup>77</sup>. Es handelt sich dann um eine vorgängige Ermächtigung zum Abschluss eines bestimmten Geschäfts<sup>78</sup>. Die Genehmigungspflicht der Behörde umfasst eine Beurteilungs- und Prüfungspflicht. Die Behörde hat das Geschäft unter dem Aspekt der Interessen der verbeiständeten Person umfassend zu kontrollieren und zu prüfen; sie hat dabei umfassende Kognition<sup>79</sup>. Ziel der behördlichen Prüfung ist die Gewissheit darüber, ob dem vorgelegten Geschäft die beantragte Zustimmung zu gewähren oder zu verweigern ist<sup>80</sup>.

bb) Nicht ausgeschlossen ist ein vorgängiger Meinungs austausch mit der Behörde. Namentlich in unklaren Situationen kann der Behörde zur Weichenstellung nach entsprechenden Verhandlungen mit dem Vertragspartner ein Entwurf vorgelegt oder es kann deren grundsätzliche Meinung erfragt werden. Der Meinungs austausch ersetzt aber nicht die Zustimmung der Behörde<sup>81</sup>.

b) Hier sind die Beschwerdeführerin und die Beiständin gemäss ihren eigenen Angaben nicht in der Lage, eine Einigung bezüglich des neuen Betreuungsvertrags zu finden. Die Beiständin reichte der Vorinstanz sowohl den von ihr erstellten Vertragsentwurf als auch den von der Beschwerdeführerin überarbeiteten Vertragsentwurf ein.

aa) Beide Vertragsentwürfe sind Überarbeitungen des noch geltenden Betreuungsvertrags. Die eingereichten Vertragsvorschläge stimmen mehrheitlich überein. Abweichungen finden sich beim Umfang der Betreuung durch die beiden Betreuungsdienste, bei der monatlichen Entschädigung der Beschwerdeführerin, der Anzahl Ferientage der Beschwerdeführerin pro Jahr

---

<sup>75</sup> Biderbost, Fachhandbuch, N. 8.350

<sup>76</sup> Biderbost, Fachhandbuch, N. 8.351

<sup>77</sup> Vogel, Art. 416-417 ZGB N. 2a, nennt beispielsweise die Kündigung von Wohnräumlichkeiten oder die Liquidation des Haushalts.

<sup>78</sup> Biderbost, Fachhandbuch, N. 8.353

<sup>79</sup> Biderbost, Fachhandbuch, N. 8.356

<sup>80</sup> Biderbost, Fachhandbuch, N. 8.358

<sup>81</sup> Biderbost, FamKommentar, Art. 416 ZGB N. 40

und der Gewährleistung der Betreuung während der Ferien der Beschwerdeführerin, bei der monatlichen Entschädigung der Beschwerdeführerin für Koordinationsaufgaben und der Entschädigung für den Fall des Ausfalls des Betreuungsdiensts.

bb) Die Abweichungen resultieren mehrheitlich aus dem Wunsch der Beschwerdeführerin, nach ihrer Operation und Rehabilitation (Lungentumor) nun einen klaren Rahmen in Bezug auf die Betreuung ihrer Mutter zu haben, der ihre Freizeit und ihre Ferien umfassen soll. Insbesondere müsste die Frage der Entlastung am Wochenende und in der Nacht geklärt werden. Bisher habe sie, die Beschwerdeführerin, dafür ihre Beziehungen zu Freunden und Verwandten eingesetzt, wozu sie nun nicht mehr bereit sei. Die Beiständin ihrerseits befürchtet, dass aufgrund der laufenden Betreuungskosten der Anspruch auf Ergänzungsleistungen für eine weitere private Betreuung zu Hause nach Verbrauch des Vermögens entfallen würde. Um die Kosten tief zu halten, seien sowohl die Schwester als auch ein mit der Beschwerdeführerin befreundetes Ehepaar stärker einzubinden.

c) Ein gültig abgeschlossener Vertrag, dem die Vorinstanz die Zustimmung erteilen oder verweigern könnte, liegt zwar nicht vor. Zu prüfen ist aber, ob die Vorinstanz ihrer Pflicht nachgekommen ist, bei zustimmungsbedürftigen Geschäften in unklaren Situationen zur Weichenstellung tätig zu werden und eine grundsätzliche Meinung zu äussern.

aa) Die Vorinstanz hielt in einer E-Mail an die Beschwerdeführerin fest, der Betreuungsvertrag bedürfe nicht der behördlichen Zustimmung. Die finanziellen Aspekte des Vertrags würden im Rahmen der nächsten Rechnungsprüfung geprüft. Aufgrund der bestehenden Schwierigkeiten, eine Einigung zu erzielen, komme die Behörde jedoch im Rahmen ihrer Möglichkeiten dem Ersuchen der Beiständin nach, die beiden Vertragsentwürfe zu prüfen. Es gelte allerdings zu beachten, dass angesichts der ausgesprochen grossen Pendenzenlast aus offenen Verfahren diese Vorprüfung im Sinn einer Meinungsäusserung keine hohe Priorität geniesse, zumal ein gültiger Vertrag vorhanden sei.

bb) Auch in einem Schreiben an die Beiständin unterstrich die Vorinstanz, der Vertrag sei nicht zustimmungsbedürftig, führte aber ergänzend aus, der Entwurf der Beschwerdeführerin habe einen deutlich höheren Vermögensverzehr zur Folge, da diverse Zusatzleistungen gefordert würden. Ein Vermögensverzehr sei bei einer sorgfältigen Vermögensverwaltung grundsätzlich nicht ausgeschlossen, unter dem Vorbehalt, dass er in einem vernünftigen Verhältnis zum Nutzen stehen müsse. Zu berücksichtigen sei dabei, dass ein Vermögensverlust bei der Prüfung des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen als Vermögensverzicht gewertet werden könnte. Da aber bereits gemäss dem bestehenden Vertrag ein Vermögensverzehr stattfinde, sei davon auszugehen, dass die verbeiständete Person früher oder später einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen haben werde. Aus diesem Grund werde der Beiständin empfohlen, abzuklären, ob bereits ein Anspruch auf Ergänzungsleistungen bestehe und ob der durch den Entwurf der Beschwerdeführerin implizierte Vermögensverzehr vollständig akzeptiert würde oder ob ein Teilbetrag als Vermö-

gensverzicht gewertet würde. Ein Vertragsabschluss sollte lediglich erfolgen, wenn hieraus kein finanzieller Schaden bei der verbeiständeten Person entstehe.

d) aa) Bei dieser Ausgangslage kann der Vorinstanz zwar keine absolute Untätigkeit angelastet werden. Sie nahm nämlich im Schreiben an die Beiständin zu den Vertragsentwürfen kurz Stellung und erteilte der Beiständin eine Empfehlung für das weitere Vorgehen. Es darf aber nicht ausgeblendet werden, dass diese Stellungnahme vor dem Hintergrund erging, dass die Behörde von einem nicht zustimmungsbedürftigen Vertrag ausging, weshalb die Prüfung lediglich «im Rahmen der Möglichkeiten und nicht prioritär» erfolgte. Die Vorinstanz räumte selbst ein, dass eine vertiefte Prüfung der finanziellen Aspekte des Vertrags erst im Rahmen der nächsten Rechnungsprüfung erfolgen werde.

bb) Ferner ist zu berücksichtigen, dass es der Beschwerdeführerin und der Beiständin aufgrund von Uneinigkeiten seit mehr als einem Jahr nicht gelungen ist, einen neuen Betreuungsvertrag zu schliessen. Diese Uneinigkeiten betreffen den Umfang der Betreuung durch die Beschwerdeführerin und die daraus resultierenden finanziellen Aspekte. Indem die Vorinstanz eine vertiefte finanzielle Prüfung - bei einem an sich zustimmungsbedürftigen Vertrag - erst im Rahmen der nächsten Rechnungsprüfung in Aussicht stellt, nimmt sie in Kauf, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Vertragsparteien nicht in der Lage sein werden, einen neuen Betreuungsvertrag zu schliessen. Diese Situation ist sowohl für die Beschwerdeführerin als auch für die Beiständin unbefriedigend. Es ist einerseits nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin nach einer Tumoroperation einen geregelten aktuellen Betreuungsvertrag wünscht. Andererseits sind auch die Bedenken der Beiständin betreffend den Vermögensverzehr der verbeiständeten Person plausibel.

cc) Das Schreiben der Vorinstanz an die Beiständin beschränkt sich auf einen rudimentären Vergleich der zwei Vertragsvorschläge und die Empfehlung an die Beiständin, Abklärungen bezüglich der Ergänzungsleistungen zu tätigen. Aus den Akten geht hervor, dass die Beiständin bereits zuvor eine Anmeldung für die vorsorgliche Berechnung der Ergänzungsleistungen beim Sozialversicherungszentrum eingereicht hatte. Gemäss einem Schreiben der Beiständin an die Beschwerdeführerin ist diese Prüfung aber noch nicht erfolgt. Auf die spezifische telefonische Anfrage der Beiständin betreffend einen möglichen Vermögensverzicht sei das Sozialversicherungszentrum nicht eingegangen, weshalb sie die Anfrage nochmals schriftlich an den Rechtsdienst einreiche. Bei der gegebenen Ausgangslage ist diese Zeitverzögerung für alle Beteiligten unbefriedigend, weshalb die Vorinstanz im Rahmen ihrer Zustimmungsfunktion verpflichtet war und ist, insofern mitzuwirken, dass die Berechnungen der Ergänzungsleistungen - soweit sie überhaupt entscheiderelevant sind - zeitnah erfolgen und ein aktueller Betreuungsvertrag zügig abgeschlossen werden kann. Insbesondere muss sich die Vorinstanz dazu äussern und eine grundsätzliche Meinung erteilen, ob die von der Beschwerdeführerin gewünschten Änderungen tragbar sind oder nicht. Erschwerend kommt hinzu, dass die Beschwerdeführerin erst nach mehreren Eingaben von der Vorinstanz eine Rückmeldung erhielt.

e) Unter Berücksichtigung aller Umstände lässt sich zusammenfassend festhalten, dass die Vorinstanz ihrer auferlegten Pflicht nicht nachgekommen ist, bei einem zustimmungsbedürftigen Vertrag nach Art. 416 Abs. 1 ZGB im Fall von Uneinigkeiten zwischen den Parteien zur Weichenstellung eine grundsätzliche Meinung zu äussern. Dies gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Rechtsverweigerung im Sinn von Art. 29 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 450a Abs. 2 ZGB.

5. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Eingaben an die Vorinstanz, worin sie vorbrachte, eine Einigung mit der Beiständin komme nicht zustande, sinngemäss auch ein Einschreiten nach Art. 419 ZGB verlangte. Beim Betreuungsvertrag handelt es sich, wie erwähnt, um ein zustimmungsbedürftiges Geschäft. Die Mitwirkungshandlung der Behörde ist, wie bereits ausgeführt, Teil ihrer Aufsichtstätigkeit<sup>82</sup>. Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin lediglich mitteilte, das Geschäft sei nicht zustimmungsbedürftig, traf sie unter dem Aspekt von Art. 419 ZGB keine formellen, anfechtbaren Entscheidung. Auch diesbezüglich liegt somit eine Rechtsverweigerung der Vorinstanz vor.

Obergericht, 1. Abteilung, 18. August 2020, KES.2020.47

---

<sup>82</sup> Biderbost, Fachhandbuch, N. 8.350

**5. Legitimation zur Erhebung einer Beschwerde gegen einen Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 450 Abs. 2 ZGB)**

**A. Legitimation eines Mitglieds der Erbengemeinschaft zur Anfechtung der Genehmigung des Berichts der Beiständin der Erblasserin**

1. Die Beschwerdeführerin ist Mitglied einer Erbengemeinschaft und erhob Beschwerde gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde betreffend Genehmigung des Berichts der Beiständin der Erblasserin.

2. a) Ein Beleg, wonach die Beschwerdeführerin zur Vertretung der Erbengemeinschaft berechtigt wäre, liegt nicht bei den Akten. Demnach ist davon auszugehen, dass sie (nur) in eigenem Namen handelte. Fraglich ist, ob sie allein handeln konnte oder ob die Erbengemeinschaft in Bezug auf die Anfechtung des vorinstanzlichen Genehmigungsentscheids eine notwendige Streitgenossenschaft bildete.

b) aa) Beerben mehrere Erben den Erblasser, so besteht unter ihnen, bis die Erbschaft geteilt wird, eine Gemeinschaft aller Rechte und Pflichten der Erbschaft. Die Erben werden Gesamteigentümer aller Erbschaftsgegenstände<sup>83</sup>. Die Gemeinschaft ist - analog der einfachen Gesellschaft - eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Als solche bildet sie eine Rechtsgemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit, die mangels Rechtsfähigkeit nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann. Träger der Vermögensrechte des Nachlasses sind nach der Rechtsprechung vielmehr die einzelnen Erben<sup>84</sup>.

bb) Aus dem erbrechtlichen Gesamthandprinzip ergibt sich, dass die Mitglieder einer Erbengemeinschaft in der Rechtsverfolgung nur gemeinsam zur Prozessführung befugt sind. Sie bilden eine notwendige Streitgenossenschaft. Grundsätzlich sind daher alle Mitglieder der Erbengemeinschaft entweder auf der aktiven und/oder auf der passiven Seite in einen Prozess einzubinden<sup>85</sup>. In öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten lockert die Praxis die sich aus dem Gesamthandprinzip ergebenden Vorgaben. Soweit der einzelne Erbe betroffen ist, kann er in eigenem Namen und unabhängig von anderen Erben handeln<sup>86</sup>. Vorausgesetzt ist einzig, dass die einzelnen Mitglieder der Gesamthandschaft ein aktuelles Interesse an der Anfechtung geltend machen können. Die Zustimmung der übrigen Mitglieder ist einzuholen, wenn durch die Erhebung des Rechtsmittels die Interessen der Gemeinschaft beeinträchtigt werden könnten<sup>87</sup>.

cc) Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist in verschiedenen Punkten dem öffentlichen Verfahrensrecht nachgebildet: Es gilt der Untersuchungsgrund-

---

<sup>83</sup> Art. 602 Abs. 1 und 2 ZGB

<sup>84</sup> BGE 141 IV 384

<sup>85</sup> Schaufelberger/Keller Lüscher, Basler Kommentar, 6.A., Art. 602 ZGB N. 26; BGE 121 III 121, 93 II 14 ff.

<sup>86</sup> Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 602 ZGB N. 26; Brückner/Weibel, Die erbrechtlichen Klagen, 3.A., N. 286

<sup>87</sup> Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3.A., N. 935



satz<sup>88</sup>, und die Behörde wendet das Recht von Amtes wegen an<sup>89</sup>. Im Kanton Thurgau lehnt sich zudem die Regelung über die Entschädigung an das Verwaltungsverfahrenrecht an<sup>90</sup>. Diese verfahrensrechtlichen Eigenschaften verdeutlichen, dass im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde in der Regel nicht ein der Privatautonomie unterworfenen Streitgegenstand zu behandeln ist. Geht es um den Entscheid einer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, der ein Inventar, eine (Schluss-)Rechnung oder einen Bericht genehmigt, ist dadurch zwar das Vermögen der betroffenen Person indirekt berührt. Der Genehmigungsentscheid erfüllt jedoch die Funktion eines Steuerungs- und Kontrollmittels der Behörde gegenüber dem Beistand. Er bezweckt nicht, hoheitlich die Zusammensetzung eines allfälligen Nachlasses und/oder die Berechtigung einzelner Erben festzustellen. Der Entscheid greift damit nicht (direkt) in die Rechtsstellung der Erbengemeinschaft ein. Es wäre angesichts dieser besonderen Natur des Genehmigungsentscheids sachfremd, von den Erben gesamtheitliches Handeln zu verlangen. Vielmehr muss es dem einzelnen Mitglied der Erbengemeinschaft möglich sein, selbstständig gegen einen Genehmigungsentscheid vorzugehen, sofern ein aktuelles Interesse an der Anfechtung besteht.

c) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Erbengemeinschaft in Bezug auf dieses Rechtsmittelverfahren keine notwendige Streitgenossenschaft bildet. Die Beschwerdeführerin konnte allein und in eigenem Namen Beschwerde erheben. Zu prüfen bleibt, ob ihr die Beschwerdelegitimation zukommt.

3. a) aa) Nach Art. 450 Abs. 2 ZGB sind drei Personenkategorien zur Beschwerde befugt: (1) Die am Verfahren beteiligten Personen, (2) die der betroffenen Person nahestehenden Personen und (3) Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben.

bb) Als Verfahrensbeteiligte im Sinn von Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB gelten diejenigen Personen, die unmittelbar am Verfahren bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beteiligt waren und ein konkretes (aktuelles) Interesse an der Aufhebung oder Abänderung des angefochtenen Entscheids haben<sup>91</sup>. Allein der Umstand, dass eine Person im erstinstanzlichen Verfahren zur Stellungnahme eingeladen oder ihr der Entscheid eröffnet wurde, macht sie nicht zu einer «am Verfahren beteiligten Person»<sup>92</sup>.

cc) Mit den in Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB umschriebenen Personen will das Gesetz die Rechtsmittelbefugnis auf Dritte ausdehnen, die mutmasslich im Interesse der unmittelbar betroffenen Person agieren. Nach der Rechtsprechung meint das Wort «nahestehen» eine auf unmit-

---

<sup>88</sup> Art. 446 Abs. 1 ZGB; § 45 KESV (Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, RB 211.24)

<sup>89</sup> Art. 446 Abs. 4 ZGB

<sup>90</sup> § 65 Abs. 1 KESV; vgl. dazu § 80 VRG (Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, RB 170.1)

<sup>91</sup> Droese/Steck, Basler Kommentar, 6.A., Art. 450 ZGB N. 29; BGE vom 28. März 2013, 5A\_979/2013, Erw. 6

<sup>92</sup> BGE vom 16. August 2019, 5A\_165/2019, Erw. 3.2; BGE vom 28. März 2013, 5A\_979/2013, Erw. 6

telbare Kenntnis der Persönlichkeit des Betroffenen, von diesem bejahte und von der Verantwortung für dessen Ergehen geprägte Beziehung, die den Dritten geeignet erscheinen lässt, Interessen des Betroffenen wahrzunehmen. Es sind demnach drei Elemente, die eine Beziehung zwischen der betroffenen und einer nahstehenden Person auszeichnen: (1) Die unmittelbare Kenntnis der Persönlichkeit des Betroffenen, (2) die Bejahung durch den Betroffenen und (3) die Verantwortung für das Ergehen des Betroffenen. Diese drei Elemente müssen glaubhaft gemacht werden<sup>93</sup>. Handelt es sich bei der fraglichen Drittperson um einen Verwandten und/oder eine im Haushalt lebende Person, wird - im Sinn einer Tatsachenvermutung - angenommen, die drei Elemente seien erfüllt<sup>94</sup>. Die Beschwerdebefugnis nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB setzt in allen Fällen voraus, dass der Rechtsmittelkläger tatsächlich die Wahrung der Interessen der betroffenen Person bezweckt. Deshalb entfällt die Legitimation, wenn ein Interessenkonflikt über die Massnahme besteht, die angefochten wird<sup>95</sup>.

dd) Dritte, die weder unter Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 noch unter Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB fallen, können beschwerdeberechtigt sein, wenn sie eigene rechtlich geschützte Interessen durchsetzen wollen<sup>96</sup>. Die Geltendmachung dieses eigenen rechtlich geschützten Interesses, das wirtschaftlicher oder ideeller Natur sein kann, ist nur zulässig, wenn es mit der fraglichen Massnahme direkt zusammenhängt beziehungsweise mit der Massnahme geschützt werden soll und deshalb von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hätte berücksichtigt werden müssen<sup>97</sup>.

b) Die Beschwerdeführerin nahm nicht am vorinstanzlichen Verfahren teil, womit eine Beschwerdebefugnis nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB entfällt. Mit dem Tod der Erblasserin ist die Rechtsmittelbefugnis im Interesse der verbeiständeten Person nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB im Grundsatz<sup>98</sup> entfallen, weshalb auch diese Bestimmung der Beschwerdeführerin keine Legitimation verschafft. Die Beschwerdeführerin kann sich aber auf Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB berufen. Als Mitglied der Erbengemeinschaft hat sie ein Interesse an der Klärung von Nachlassaktiven und -passiven. Sie machte unter anderem geltend, es seien ungerechtfertigte Zahlungen erfolgt. Als am Gesamtnachlass berechtigte Person hat sie ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Überprüfung des Genehmigungsentscheids, dies auch mit Blick auf allfällige Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber der Beiständin. Die Legitimation ist somit zu bejahen.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. Oktober 2020, KES.2020.48

---

<sup>93</sup> BGE vom 7. Dezember 2015, 5A\_112/2015, Erw. 2.5.1.2; BGE vom 5. November 2013, 5A\_663/2013, Erw. 3.2

<sup>94</sup> BGE vom 7. Dezember 2015, 5A\_112/2015, Erw. 2.5.1.2

<sup>95</sup> BGE vom 8. Juli 2019, 5A\_322/2019, Erw. 2.3.3

<sup>96</sup> Droese/Steck, Art. 450 ZGB N. 38a

<sup>97</sup> BGE vom 19. Dezember 2018, 5A\_502/2018, Erw. 3.2.4; BGE vom 5. April 2017, 5A\_746/2016, Erw. 2.3.3; BGE vom 28. Mai 2015, 5A\_124/2015, Erw. 5.1

<sup>98</sup> Sofern nicht eine «Nachwirkung der Persönlichkeit des Verstorbenen» in Frage steht (vgl. BGE 101 II 191).

## **B. Legitimation der leiblichen Mutter zur Anfechtung der Genehmigung des Berichts der Beiständin ihrer Tochter**

1. Die Beschwerdeführerin ist die leibliche Mutter, welche gegen die Genehmigung des Berichts der Beiständin ihrer Tochter Beschwerde erhob.

2. a) Die Beschwerdeführerin ist nicht Inhaberin der elterlichen Sorge, nahm am vorinstanzlichen Verfahren nicht teil und lebt nicht mit ihrer Tochter zusammen. Gemäss dem Bericht der Beiständin leidet die Tochter unter einem Loyalitätskonflikt zwischen ihrer leiblichen Mutter und der Pflegemutter. Vor etwa zwei Jahren habe sie einen Zusammenbruch erlitten. Seit eineinhalb Jahren hätten keine Besuche mehr stattgefunden. Diese Sachverhaltsdarstellung wird in der Beschwerde im Grundsatz nicht in Zweifel gezogen. Die Beschwerdeführerin legt den Sachverhalt vielmehr aus ihrer Sicht dar. Es ist demnach davon auszugehen, dass kein oder zumindest kein intensiver persönlicher Kontakt zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter besteht.

b) Die Beschwerdeführerin ist nicht eine am Verfahren beteiligte Person gemäss Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. Sie kann sich zudem nicht auf Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB berufen, da es an einem typischen Näheverhältnis fehlt und sich ein Interessenkonflikt abzeichnet. Allenfalls könnte sich die Beschwerdeführerin auf Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB berufen, sofern sie ein rechtlich geschütztes und aktuelles Interesse an der Aufhebung des Entscheids hat. Zu prüfen ist somit, ob der angefochtene Genehmigungsentscheid die Rechtsstellung der Beschwerdeführerin tangiert.

3. a) Die Berichtsprüfung dient einerseits der Rechenschaftsablage des Beistands gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, indem sie die Kontrolle und Aufsicht über die Tätigkeit des Mandatsträgers ermöglicht. Andererseits soll sie eine Standortbestimmung und die Evaluation der Zwecktauglichkeit einer Massnahme ermöglichen<sup>99</sup>. Der Inhalt des Berichts hat über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft Auskunft zu geben<sup>100</sup>; im Übrigen konkretisiert das kantonale Recht näher, über welche Problemfelder der Beistand Bericht abzulegen hat<sup>101</sup>. Das Ergebnis der Berichts- und Rechnungsprüfung wird in einem formellen Entscheid festgehalten, dessen Funktion es primär ist, das Verhältnis zwischen dem Mandatsträger und der Behörde zu regeln. Die im Bericht festgehaltenen Tatsachen, Eindrücke und Beobachtungen haben weder von sich aus noch erhalten sie durch die behördliche Genehmigung den Charakter behördlich festgestellter Tatsachen. Gegenüber Dritten entfaltet die Berichtsgenehmigung in diesem Sinn keine Wirkungen<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006, BBI 2006 S. 7054

<sup>100</sup> Art. 411 Abs. 1 ZGB

<sup>101</sup> Vgl. § 84 KESV

<sup>102</sup> Botschaft, S. 7056; Vogel, Basler Kommentar, 6.A., Art. 415 ZGB N. 14 f.

b) Aus der Funktion des Genehmigungsentscheids, das interne Verhältnis zwischen Beistand und Behörde zu regeln, folgt, dass Drittpersonen normalerweise kein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse an der Anfechtung haben<sup>103</sup>.

c) Die Beschwerdeführerin beschränkt sich darauf, ergänzende, teils vom genehmigten Bericht abweichende Bemerkungen anzubringen. Es ist zwar verständlich, dass sie ihre Perspektive in das Verfahren einbringen will. Das ändert aber nichts an der Funktion des angefochtenen Genehmigungsentscheids, die primär darin besteht, das interne Verhältnis zwischen der Behörde und der Beiständin zu regeln. Die Beschwerdeführerin kann auch nicht aufzeigen, dass und inwiefern der genehmigte Bericht nicht den Tatsachen entspricht. Indem sie ihre eigene Wahrnehmung derjenigen der Beiständin gegenüberstellt, entkräftet sie die Sachverhaltsdarstellung im Bericht nicht. Im Ergebnis ist die Beschwerdeführerin daher nicht in rechtlichen Interessen berührt. Folglich fehlt es auch am praktischen (aktuellen) Rechtsschutzinteresse. Die Legitimation ist somit zu verneinen.

Obergericht, 1. Abteilung, 14. Oktober 2020, KES.2020.59

---

<sup>103</sup> Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 11. Mai 2016, 810 16 91, Erw. 5

**6. Begründungspflicht bei Beschwerden auf dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung, insbesondere im Verfahren vor der zweiten kantonalen Beschwerdeinstanz (Art. 450e, 450f ZGB; § 29 Abs. 1 KESV; Art. 321 Abs. 1 ZPO)**

1. Der Beschwerdeführer wurde mit ärztlicher Verfügung in die Psychiatrische Klinik eingewiesen. Eine von ihm dagegen eingelegte Beschwerde wies die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ab. Gegen den abweisenden Entscheid erhob er beim Obergericht Beschwerde ohne nähere Begründung.

2. a) aa) Die Beschwerde gegen einen Entscheid auf dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung muss gemäss Art. 450e Abs. 1 ZGB nicht begründet werden. Das schriftliche Begehren um gerichtliche Beurteilung des angefochtenen Entscheids reicht folglich aus. Ein formeller Antrag ist nicht notwendig<sup>104</sup>. Es genügt, wenn aus der schriftlichen Eingabe erkennbar ist, dass der Beschwerdeführer die Anfechtung der angeordneten Massnahme beabsichtigt<sup>105</sup>. Art. 450e ZGB regelt allerdings nur das Verfahren vor der ersten Beschwerdeinstanz, hier somit jenes vor Vorinstanz. Die in Art. 450 bis 450e ZGB enthaltenen Verfahrensvorschriften finden auf das Verfahren vor der zweiten kantonalen Beschwerdeinstanz - hier dem Obergericht - keine Anwendung. Vielmehr untersteht dieses mangels ausdrücklicher bundesrechtlicher Regelung laut Art. 450f ZGB dem kantonalen Recht. Nach § 29 Abs. 1 KESV<sup>106</sup> gelten die Bestimmungen der ZPO sinngemäss. Gemäss Art. 321 Abs. 1 ZPO ist eine Beschwerde schriftlich und begründet einzureichen. Entscheidet das Obergericht auf dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung als zweite Beschwerdeinstanz, ist die Beschwerde daher grundsätzlich zu begründen. Der Beschwerdeführer hat in den Anträgen anzugeben, welche Punkte im Dispositiv zu ändern sind. Er trägt die Begründungslast<sup>107</sup>. Liegt keine Begründung vor, so ist auf die Beschwerde nicht einzutreten<sup>108</sup>.

bb) Nach der Praxis des Obergerichts werden bei Personen, welche nicht anwaltlich vertreten sind, im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Unterbringung sehr geringe Anforderungen an die formellen Voraussetzungen einer Beschwerdeschrift gestellt. In der Regel genügt es, dass aus der schriftlichen Eingabe erkennbar ist, dass der Beschwerdeführer mit der angeordneten Massnahme nicht einverstanden ist, was schon der Fall ist, wenn er ein mit handschriftlichen Bemerkungen versehenes Entscheidexemplar mit Hinweisen wie «stimmt nicht» oder «falsch» einreicht.

b) Die Beschwerde enthält weder Antrag noch Begründung; ihr lässt sich einzig entnehmen, dass der Beschwerdeführer «Rekurs» gegen den Entscheid der Vorinstanz einlegen will. Damit steht fest, dass der nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer mit dem Entscheid der

---

<sup>104</sup> Geiser, Basler Kommentar, 5.A., Art. 450e ZGB N. 10

<sup>105</sup> Steck, in: FamKommentar Erwachsenenschutz (Hrsg.: Bächler/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 450e ZGB N. 6

<sup>106</sup> Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, RB 211.24

<sup>107</sup> Spühler, Basler Kommentar, 3.A., Art. 321 ZPO N. 4

<sup>108</sup> Spühler, Art. 311 ZPO N. 18

Vorinstanz beziehungsweise mit der fürsorgerischen Unterbringung nicht einverstanden ist. Die Beschwerde genügt somit den formellen Anforderungen, weshalb darauf einzutreten ist.

Obergericht, 1. Abteilung, 16. März 2020, KES.2020.10

## 7. **Anfechtung der Erbschaftsausschlagung; Ausnahme vom Grundsatz, dass eine einmal erklärte Ausschlagung unwiderruflich ist** (Art. 566 ff. ZGB; Art. 23 ff. OR)

1. a) Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tod des Erblassers kraft Gesetzes<sup>109</sup>. Mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen gehen die Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers ohne weiteres auf sie über, und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben<sup>110</sup>.

b) Die gesetzlichen und die eingesetzten Erben haben die Befugnis, die Erbschaft, die ihnen zugefallen ist, auszuschlagen<sup>111</sup>. Ist die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig, so wird die Ausschlagung vermutet<sup>112</sup>. Die Ausschlagung ist vom Erben bei der zuständigen Behörde mündlich oder schriftlich zu erklären<sup>113</sup>. Sie muss unbedingt und vorbehaltlos geschehen<sup>114</sup>.

c) Wird die Erbschaft von allen nächsten gesetzlichen Erben ausgeschlagen, so gelangt sie zur Liquidation durch das Konkursamt<sup>115</sup>. Ergibt sich in der Liquidation nach Deckung der Schulden ein Überschuss, so wird dieser den Berechtigten überlassen, wie wenn keine Ausschlagung stattgefunden hätte<sup>116</sup>.

2. a) Weder ist ersichtlich noch geltend gemacht, dass die Vorinstanz zu Unrecht von den Ausschlagungserklärungen Vormerk nahm und infolgedessen den Konkurs über den Nachlass zu Unrecht eröffnete. Die Beschwerdeführer wollen jedoch auf ihre Ausschlagungserklärungen zurückkommen, weil sie sich nicht bewusst gewesen seien, dass nach dem Ausschlagen des Erbes ein Konkursverfahren gegen ihre Mutter eröffnet und dies in einer Zeitung oder einem Amtsblatt publik gemacht werde.

b) Die Ausschlagung ist ein Gestaltungsrecht. Sie ist als solche ein einseitiges, empfangsbedürftiges und bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft. Die einmal erklärte Ausschlagung ist unwiderruflich; eine Ausnahme bildet die nachträgliche Annahme, wenn die Ausschlagung durch alle Erben zur konkursamtlichen Liquidation geführt hat, wobei für die Bezahlung der Schulden Sicherheit zu leisten ist<sup>117</sup>. Die Ausschlagungserklärung kann in sinngemässer Anwendung<sup>118</sup> von Art. 23 ff. OR wegen Willensmängel angefochten werden<sup>119</sup>. Es muss dabei im Sinn von Art. 23 OR

---

<sup>109</sup> Art. 560 Abs. 1 ZGB

<sup>110</sup> Art. 560 Abs. 2 ZGB

<sup>111</sup> Art. 566 Abs. 1 ZGB

<sup>112</sup> Art. 566 Abs. 2 ZGB

<sup>113</sup> Art. 570 Abs. 1 ZGB

<sup>114</sup> Art. 570 Abs. 2 ZGB

<sup>115</sup> Art. 573 Abs. 1 ZGB

<sup>116</sup> Art. 573 Abs. 2 ZGB

<sup>117</sup> Art. 196 SchKG; Häuptli, in: Praxiskommentar Erbrecht (Hrsg.: Abt/Weibel), 3.A., Art. 566 ZGB N. 2

<sup>118</sup> Art. 7 ZGB

<sup>119</sup> BGE vom 20. April 2010, 5A\_594/2009, Erw. 2.1; Häuptli, Art. 566 ZGB N. 2; Schwander, Basler Kommentar, 5.A., Art. 566 ZGB N. 4; Wolf/Hrubesch-Millauer, Grundriss des Schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, N. 1392

ein wesentlicher Irrtum vorliegen. Unbeachtlich ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Irrtum über die rechtlichen Wirkungen der Ausschlagung<sup>120</sup>.

c) Es ist offensichtlich, dass die Beschwerdeführer über die Bedeutung und Wirkungen der Ausschlagung nach Art. 566 ff. ZGB irrten; sie glaubten, mit der Erklärung der Ausschlagung eines Nachlasses, bei welchem weder Vermögen noch Schulden vorhanden sei, sei die Sache erledigt. Dabei handelt es sich aber nicht um einen wesentlichen Irrtum im Sinn von Art. 23 OR, und eine Anfechtung der Ausschlagungserklärungen wegen Willensmängel ist somit nicht möglich.

3. a) Allerdings ist gemäss der Rechtsprechung des Zürcher Obergerichts ein Widerruf der Erbausschlagung bei Zustimmung aller Erben zuzulassen, sofern nicht ein nachberufener Erbe infolge der Ausschlagung selbst Erbansprüche geltend machen kann und das Konkursamt nicht bereits eingegriffen hat, indem es die Liquidation des Nachlasses öffentlich bekanntgegeben und den Schuldenruf erlassen hat<sup>121</sup>.

b) Die Gründe dafür überzeugen: Der Widerruf aller Erben und die damit begründete Erbenhaftung ist für die Erbschaftsgläubiger nur von Vorteil, stellt doch die Ausschlagung bloss eine den Erben zur Verfügung gestellte Schutzmassnahme dar, von welcher sie Gebrauch machen, auf welche sie aber auch verzichten können. Die Stellung der Erbschaftsgläubiger wird also eher verstärkt, wenn sich die Ausschlagenden nachträglich doch noch als Erben behandeln lassen und für die Erbschaftsschulden einstehen. Der nachträgliche Erbschaftsantritt kann freilich nur berücksichtigt werden, solange sich der Konkurs noch verhindern lässt, spricht das Konkursamt die Liquidation noch nicht öffentlich bekannt gegeben und den Schuldenruf erlassen hat<sup>122</sup>.

c) Zufolge der Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat das Konkursamt bislang die konkursamtliche Liquidation weder öffentlich bekannt gemacht noch einen Schuldenruf erlassen. Sodann haben alle gesetzlichen Erben der Erblasserin die Ausschlagungserklärung zurückgenommen und die Erbschaft ausdrücklich angenommen; nachberufene Erben sind nicht bekannt. Weiter sind den Akten keine Hinweise auf eine Überschuldung der Beschwerdeführer zu entnehmen. Der Nachlass würde durch die Zulassung des Widerrufs der Ausschlagungserklärungen nur Haftungssubstrat gewinnen, und die Gläubigerinteressen erscheinen bei einem Widerruf der Ausschlagungserklärung nicht als gefährdet. Entsprechend ist hier den Beschwerdeführern zu gestatten, ihre Ausschlagungserklärungen zurückzunehmen.

Obergericht, 2. Abteilung, 24. Januar 2020, BR.2019.55 und ZR.2019.37

---

<sup>120</sup> BGE vom 5. April 2007, 5P.38/2007, Erw. 4; Häuptli, Art. 566 ZGB N. 2; Schwander, Art. 566 ZGB N. 4

<sup>121</sup> ZR 1972 Nr. 91 und ZR 1973 Nr. 42; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 9. Juni 2016, LF160034, Erw. 3.2.1

<sup>122</sup> ZR 1972 Nr. 91



## **8. Verrechenbarkeit von Unterhaltsforderungen mit einer Forderung des Vaters gegenüber der Mutter; Identität (Art. 120 OR; Art. 279, 286 Abs. 3, 318 Abs. 1 ZGB)**

1. Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegner sind Eltern von zwei gemeinsamen Kindern. Sie schlossen eine umfassende Scheidungskonvention ab. Das auf diese Konvention gestützte Scheidungsurteil erwuchs nach erfolgloser Berufung ans Obergericht vollumfänglich in Rechtskraft. Gestützt auf eine Klagebewilligung reichte die Beschwerdeführerin Klage beim Bezirksgericht ein und beantragte, der Beschwerdegegner habe ihr den Betrag von gesamthaft Fr. 9'088.00 nebst 5% Zins seit 5. November 2018 zu bezahlen. Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung der Klage. Die Klage wurde teilweise geschützt und der Beschwerdegegner verpflichtet, der Beschwerdeführerin den Betrag von Fr. 276.70 (Kostenbeteiligung an medizinisch notwendigen Kosten der gemeinsamen Kinder) nebst 5% Zins seit 21. November 2018 zu bezahlen. Zudem wurde die Beschwerdeführerin verpflichtet, die Verfahrensgebühr von Fr. 750.00 zu bezahlen und den Beschwerdegegner mit Fr. 2'400.00 inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer zu entschädigen. Gegen diesen Entscheid liess die Beschwerdeführerin Beschwerde erheben und beantragen, die Klage sei in Gutheissung der Beschwerde im Umfang der Unterhaltsforderung von Fr. 3'084.70 nebst 5% Zins seit 5. November 2018 zu schützen. Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung der Beschwerde.

2. a) Die Vorinstanz hielt in ihren Erwägungen zur Verrechnung fest, dass die Forderung des Beschwerdegegners im Umfang von Fr. 2'808.00 urkundlich ausgewiesen, fällig und deren bisherige Nichtbezahlung vonseiten der Beschwerdeführerin ausdrücklich anerkannt werde. Da verrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderungen nicht mit dem eingeklagten Streitgegenstand in irgendeinem gearteten sachlichen Zusammenhang stehen müssten, sei die Beschwerdeführerin mit ihrem Argument, die Gegenforderung gehöre nicht in das vorliegende Verfahren, nicht zu hören. Die Voraussetzungen von Art. 120 Abs. 1 OR seien erfüllt.

b) Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, dass die Verrechnung der vorinstanzlich als berechtigt erachteten Unterhaltsforderung mit einer früheren, geschuldeten Parteientschädigung unzulässig sei. Sie mache mit ausserordentlichem Kindesunterhalt nach Art. 286 Abs. 3 ZGB eine für die Kinder bestimmte Forderung geltend, während die Parteientschädigung sie als Schuldnerin persönlich treffe. Daher fehle es an der Voraussetzung der Identität der Parteien. Gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR sei die Verrechenbarkeit von Unterhalt, selbst bei vollständiger Parteiidentität, eingeschränkt, soweit der Unterhalt für die Kinder notwendig sei. Dies treffe für den hier strittigen ausserordentlichen Unterhalt für Gesundheitskosten zu, regle doch diese Bestimmung unumgänglich notwendige Kosten, welche den Rahmen des laufenden Unterhalts sprengen würden. Solche Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an die Gläubiger verlange, könnten nicht durch Verrechnung getilgt werden. Im Hinblick auf den vom Gesetz bezweckten sozialen Schutz sei eine weite Auslegung von Art. 125 Ziff. 2 OR angebracht. Erst mit Volljährigkeit des Kindes ende die elterliche Sorge und folglich die gesetzliche Vertretung.

Das heisse, dass vor Mündigkeit der berechnigte Elternteil nicht aus eigenem Recht, sondern nur als Vertreter des Kindes handle.

c) Der Beschwerdegegner bringt vor, es sei unbestritten geblieben, dass die Beschwerdeführerin ihm aus einem früheren Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'808.00 schulde. Sollte die von der Vorinstanz zugelassene Verrechnung der gegenseitigen Forderungen nicht bestätigt werden, hätte sie ihm diesen Betrag dennoch in jedem Fall zu bezahlen. Die Beschwerdeführerin habe die von ihr geltend gemachte Forderung ausdrücklich in eigenem Namen und nicht als gesetzliche Vertreterin der Kinder eingeklagt. Ein solches Vertretungsverhältnis sei von der Beschwerdeführerin nie behauptet worden. Darauf sei sie zu behaften. Die Vorinstanz habe daher zu Recht die Verrechnung zugelassen. Aus der unbestritten gebliebenen vorinstanzlichen Urteilsbegründung gehe hervor, dass er seiner ordentlichen Unterhaltspflicht gegenüber seinen Kindern immer uneingeschränkt nachgekommen sei und der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Forderungsanspruch auf der Rückerstattung der von der Beschwerdeführerin für die Psychotherapie der zwei Kinder bereits bezahlten und von der Krankenkasse nicht übernommenen Beträge beruhe. Die Beschwerdeführerin mache geltend, dass sie diese Kostenanteile bereits selbst bezahlt und damit gegenüber dem Beschwerdegegner quasi bevorschusst habe. Bei der Anwendung von Art. 125 Ziff. 2 OR gehe es dagegen um Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlange, wie insbesondere bei Unterhaltsansprüchen, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich seien, was hier eben gerade nicht der Fall sei.

3. a) Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, schulden, so kann jede ihre Schuld, sofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen<sup>123</sup>. Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangt, wie Unterhaltsansprüche und Lohnguthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind, können wider den Willen des Gläubigers nicht durch Verrechnung getilgt werden<sup>124</sup>.

b) Von besonderen Vereinbarungen abgesehen, erlischt eine Forderung durch Verrechnung, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erfüllbarkeit der Forderung, Klagbarkeit und Fälligkeit der Verrechnungsforderung, Gegenseitigkeit der Forderungen, Gleichartigkeit der Forderungen, kein Ausschluss der Verrechnung durch Vertrag oder Gesetz und ausdrückliche oder stillschweigende Verrechnungserklärung<sup>125</sup>. Gegenseitigkeit im Sinn von Art. 120 Abs. 1 OR liegt vor, wenn die Gläubiger- und Schuldnerstellungen zweier Obligationen sich derart auf zwei Personen verteilen, dass jede der beiden gleichzeitig Gläubiger der einen und Schuldner der ande-

---

<sup>123</sup> Art. 120 Abs. 1 OR

<sup>124</sup> Art. 125 Ziff. 2 OR

<sup>125</sup> Huguenin, Obligationenrecht, 3.A., N. 759

ren ist<sup>126</sup>. Eine Verrechnungslage entsteht, «wenn zwei Personen einander (etwas ...) schulden», und setzt somit den Bestand mindestens zweier Schuldpflichten beziehungsweise Forderungen zwischen denselben Personen voraus. Der Schuldner der Hauptforderung ist Gläubiger der Verrechnungsforderung und umgekehrt<sup>127</sup>. Eine Verrechnung kann nur stattfinden, wenn sich die Verrechnungsforderung gegen den Verrechnungsgegner und die Hauptforderung gegen den Verrechnenden richtet und, sofern relevant, wie zum Beispiel im Konkurs oder im Gesellschaftsrecht, beide Forderungen je dieselbe Vermögensmasse betreffen<sup>128</sup>.

4. a) Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen<sup>129</sup>. Bei nicht vorhergesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes kann das Gericht die Eltern zur Leistung eines besonderen Beitrags verpflichten<sup>130</sup>.

b) Der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge steht dem Kind zu<sup>131</sup> und wird, solange das Kind minderjährig ist, durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt<sup>132</sup>. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge ist an den Inhaber der Obhut zu leisten, wobei unter Obhut die tatsächliche häusliche Gemeinschaft zu verstehen ist<sup>133</sup>. Gläubiger des Unterhaltsanspruchs ist somit ebenfalls das Kind und gemäss Art. 279 ZGB ist es zur prozessualen Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs aktivlegitimiert. Es ist denn auch ab seiner Geburt parteifähig, wobei der gesetzliche Vertreter für das Kind handelt, so lange es noch nicht prozessfähig ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat es hingegen nicht bei dieser Vertretungsbefugnis<sup>134</sup> bewenden lassen, sondern darüber hinaus dem Inhaber der elterlichen Sorge gestützt auf Art. 318 Abs. 1 ZGB die Befugnis zuerkannt, die Rechte des unmündigen Kindes in vermögensrechtlichen Angelegenheiten<sup>135</sup> im eigenen Namen auszuüben und vor Gericht oder in einer Betreuung selber geltend zu machen, indem der Sorgerechtsinhaber persönlich als Partei, das heisst als sogenannter Prozessstandschafter, handelt<sup>136</sup>. Diese Befugnis setzt das Bestehen der elterlichen Sorge voraus und endet demnach mit der Volljährigkeit des Kindes<sup>137</sup>.

c) Richtigerweise hat die Vorinstanz festgestellt, dass es bei dem im Beschwerdeverfahren massgebenden und vor Vorinstanz eingeklagten Anspruch um eine Forderung für nicht vorhergesehene ausserordentliche Bedürfnisse der gemeinsamen Kinder im Sinn von Art. 286 Abs. 3

---

<sup>126</sup> BGE 132 III 349 mit weiteren Hinweisen

<sup>127</sup> Kessler, Obligationenrecht, Kurzkommentar (Hrsg.: Honsell), Basel 2014, Art. 120 N. 1; Huguenin, N. 762

<sup>128</sup> Müller, Basler Kommentar, 7.A., Art. 120 OR N. 5

<sup>129</sup> Art. 276 Abs. 2 ZGB

<sup>130</sup> Art. 286 Abs. 3 ZGB

<sup>131</sup> Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, Basler Kommentar, 6.A., Art. 279 ZGB N. 7

<sup>132</sup> Art. 289 Abs. 1 ZGB

<sup>133</sup> Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, Art. 289 ZGB N. 4

<sup>134</sup> Handeln in fremdem Namen

<sup>135</sup> Insbesondere betreffend Unterhaltsbeiträge

<sup>136</sup> Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, Art. 279 ZGB N. 7

<sup>137</sup> BGE 142 III 80 mit weiteren Hinweisen

ZGB geht. Dabei muss es sich nicht um strikt einmalige, aber doch lediglich vorübergehende und nach absehbarer Zeit voraussichtlich wieder entfallende Bedürfnisse handeln, welche im Zeitpunkt der Festlegung des Unterhaltsbeitrags nicht in Betracht gezogen wurden und auch nicht in Betracht gezogen werden konnten<sup>138</sup>. Dies blieb von den Parteien im Übrigen unbestritten. Ebenfalls unbestritten ist die Höhe der von der Vorinstanz festgestellten Forderungen im Umfang von Fr. 3'084.70. Die Beschwerdegegnerin kann als Inhaberin der elterlichen Sorge und der Obhut über die gemeinsamen Kinder diese Ansprüche der Kinder im eigenen Namen vor Gericht als Prozessstandschafterin geltend machen. Der Anspruch auf Leistung eines besonderen Beitrags aufgrund von nicht vorhergesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes (hier: Auslagen für die Zahnbehandlung und die Psychotherapie der Kinder) steht jedoch den Kindern und nicht der Beschwerdeführerin persönlich zu. Folglich stehen die Kinder als Gläubiger auf der einen, der Beschwerdegegner als Schuldner auf der anderen Seite.

d) Die Forderung des Beschwerdegegners in der Höhe von Fr. 2'808.00 wurde mit Entscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichts vom 15. Dezember 2017 rechtskräftig festgestellt und entspricht der ausseramtlichen Parteientschädigung. Der Bestand dieser Forderung sowie die Fälligkeit werden denn auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Bei dieser verrechnungsweise geltend gemachten Forderung stehen der Beschwerdegegner als Gläubiger auf der einen und die Beschwerdeführerin als Schuldnerin auf der anderen Seite.

e) Die Voraussetzung der Identität von Gläubiger und Schuldner ist bei dieser Ausgangslage nicht gegeben. Es hat auch keine Subrogation nach Art. 110 OR oder eine Abtretung einer Forderung nach Art. 164 ff. OR stattgefunden. Insofern ist eine Verrechnung der Forderungen nicht möglich. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich eine nähere Prüfung, ob das Verrechnungsverbot von Art. 125 Ziff. 2 OR<sup>139</sup> zur Anwendung kommen würde. Ein solches betrifft Verpflichtungen, deren besondere Natur die tatsächliche Erfüllung an den Gläubiger verlangen, wie Unterhaltsansprüche und Lohnguthaben, die zum Unterhalt des Gläubigers und seiner Familie unbedingt erforderlich sind. Zwar steht es dem Beschwerdegegner frei, die rechtskräftig festgestellte Forderung gegenüber der Beschwerdeführerin - allenfalls auch im Rahmen eines Betreibungsverfahrens - einzufordern. Der Weg über die Verrechnung mit von ihm geschuldeten ausserordentlichen Kindesunterhaltsbeiträgen steht ihm jedoch nicht offen.

Obergericht, 1. Abteilung, 7. Juli 2020, ZR.2020.10

---

<sup>138</sup> Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, Art. 286 ZGB N. 15

<sup>139</sup> Vgl. dazu auch Kessler, Art. 125 OR N. 5

**9. Bei festgestellter rechtmässiger Kündigung der Wohnung hat das Gericht die Erstreckung des Mietverhältnisses von Amtes wegen zu prüfen** (Art. 273 Abs. 5 OR; Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1, 317 Abs. 2, 318 Abs. 1 lit. c ZPO).

1. a) Erweist sich die Kündigung (der gemieteten Wohnung) als gültig, ist laut Berufungskläger von Gesetzes wegen (auch ohne entsprechenden Parteiantrag) die Erstreckung des Mietverhältnisses zu prüfen. Die Vorinstanz habe sich zu den Ausführungen der Parteien nicht geäußert, obschon sie in mietrechtlichen Auseinandersetzungen eine verfahrensrechtliche Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts treffe und insbesondere auf das Vorbringen der Parteien rechtlich eingegangen werden müsse. Die Vorinstanz habe auch in keiner Weise ausgeführt, inwiefern eine Erstreckung nicht in Frage komme.

b) Die Berufungsbeklagte erwidert, der Berufungskläger erkläre mit keinem Wort, weshalb er auf den in der Klagebewilligung wenigstens noch sinngemäss enthaltenen Antrag auf Erstreckung des Mietverhältnisses vor Bezirksgericht verzichtet habe. Ein Versehen habe dies schon deshalb nicht sein können, weil er anwaltlich vertreten gewesen sei und sein Rechtsvertreter sowohl in der Klageschrift als auch in seinen zwei Vorträgen ganz bewusst keinen Antrag auf Erstreckung gestellt habe. Selbst in der Berufungsschrift werde kein Antrag auf Erstreckung gestellt. Es sei daher reichlich verwegen, sinngemäss auf Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO zu verweisen und so zu tun, als müsste jedes Gericht im Fall einer erfolglosen Anfechtung einer Kündigung von Amtes wegen (und selbst ohne entsprechenden Antrag) auch noch prüfen, ob allenfalls eine Erstreckung des Mietverhältnisses angezeigt wäre. Art. 247 ZPO statuiere keine Officialmaxime, sondern lediglich eine richterliche Mitwirkung.

c) Der Berufungskläger stellte den in der Klagebewilligung noch gestellten Eventualantrag, das Mietverhältnis sei «maximal» zu erstrecken, im gesamten erstinstanzlichen Verfahren nicht, namentlich weder in der Klageschrift noch an Schranken vor Vorinstanz. Auch in der Berufungsschrift fehlt ein entsprechender Antrag, allerdings ergibt er sich unmissverständlich aus der Begründung, worin um angemessene Erstreckung des Mietverhältnisses ersucht wird. Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus folgt, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls i.V.m. dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt. Rechtsbegehren sind auch in zweiter Instanz im Lichte der Begründung auszulegen<sup>140</sup>. Indes fehlt es klar an den Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 2 ZPO.

d) aa) Jedoch bestimmt Art. 273 Abs. 5 OR, dass die zuständige Behörde von Amtes wegen prüft, ob das Mietverhältnis erstreckt werden kann, wenn sie ein Begehren des Mieters betreffend Anfechtung der Kündigung abweist. Art. 273 Abs. 5 OR stellt eine Durchbrechung der

---

<sup>140</sup> Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N. 881

Dispositions- und der Eventualmaxime dar. Die Schlichtungsbehörde hat bei Ablehnung eines Anfechtungsbegehrens oder eines Begehrens um Feststellung der Ungültigkeit einer Kündigung auch bei ursprünglich fehlendem Erstreckungsantrag zu ermitteln, ob der Mieter eine Erstreckung wünscht. Trifft dies zu - und nur dann -, haben die Schlichtungsbehörde und, was neu von Art. 273 Abs. 5 OR gegenüber dem zu engen Wortlaut des aufgehobenen Art. 274e Abs. 3 OR verdeutlicht wird, gegebenenfalls auch das erstinstanzliche Gericht darüber zu befinden, ob und allenfalls in welchem Ausmass dem Mieter eine Erstreckung zu gewähren ist. Diese gesetzliche Durchbrechung von Dispositions- und Eventualmaxime ist dogmatisch gerechtfertigt: Mit Einräumung einer Mieterstreckung wird dem Mieter der Verbleib im Mietobjekt für eine beschränkte Zeit zugestanden. Demgegenüber zielt die Anfechtung der Kündigung auf einen unbefristeten Verbleib (mit Wahrung aller Erstreckungsmöglichkeiten bei erneuter Kündigung). Nach einem allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz ist es zulässig, der klagenden Partei weniger zuzusprechen, als sie selber verlangt hat<sup>141</sup>. Haben die Schlichtungsbehörde und die erste richterliche Instanz die Gültigkeit der Kündigung erkannt und einen Fristerstreckungsanspruch verneint, ist Letzterer von der Rechtsmittelinstanz ohne entsprechenden Antrag nicht mehr zu prüfen<sup>142</sup>.

bb) Der Berufungskläger hat im Berufungsverfahren den Antrag auf angemessene Erstreckung des Mietverhältnisses gestellt. Darüber hat indes zunächst die Vorinstanz von Amtes wegen zu befinden, da sie vom Gesetzgeber dazu angehalten ist. Dazu bestand in diesem Fall umso mehr Anlass, als der Berufungskläger bei der Schlichtungsbehörde noch darum ersucht hat, das Mietverhältnis «maximal» zu erstrecken. Somit hätte die Vorinstanz, nachdem sie die Klage auf Ungültigerklärung der Kündigung zu Recht abgewiesen hatte, von Amtes wegen prüfen müssen, ob das Mietverhältnis erstreckt werden kann. Dazu ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Rückweisung ergibt sich nebst den vorerwähnten Ausführungen auch aus Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO, und weil sonst den Parteien eine Instanz verloren ginge.

2. Zusammenfassend ist die Berufung teilweise begründet. Die Klage auf Ungültigkeit der Kündigung ist abzuweisen, und die Sache ist zur Prüfung, ob das Mietverhältnis erstreckt werden kann, an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 16. Januar 2020, ZBR.2019.41

---

<sup>141</sup> Polivka, in: SVIT-Kommentar Mietrecht, 4.A., Art. 273 OR N. 26

<sup>142</sup> Polivka, Art. 273 OR N. 28

## 10. Die Lieferung und Montage von Rollläden für ein Einfamilienhaus im Rahmen eines Umbaus ist kein Konsumentenvertrag (Art. 32 Abs. 2 ZPO).

1. Die Berufungsbeklagte lieferte und montierte im Rahmen eines Umbaus der Villa des Berufungsklägers sämtliche Rollläden für rund Fr. 25'000.00. Die Parteien schlossen eine Gerichtsstandsvereinbarung ab und erklärten die Gerichte am Sitz der Berufungsbeklagten für zuständig. Dort erhob die Berufungsbeklagte Klage gegen die Berufungsklägerin, worauf diese die örtliche Zuständigkeit bestritt. Das Thurgauer Bezirksgericht bejahte seine Zuständigkeit.

2. Strittig ist die örtliche Zuständigkeit und damit die Frage, ob es sich beim Anspruch der Berufungsbeklagten um eine Streitigkeit aus Konsumentenvertrag handelt, weil für Klagen der Anbieterin laut Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei - mithin der Berufungsklägerin - und damit nicht das Bezirksgericht im Thurgau zuständig wäre.

3. a) Als Konsumentenverträge gelten nach Art. 32 Abs. 2 ZPO Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für persönliche oder familiäre Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden. Art. 32 ZPO entspricht Art. 22 des mit Inkrafttreten der ZPO<sup>143</sup> aufgehobenen aGestG<sup>144</sup>.

b) Der Verbraucher- oder Konsumentenvertrag lässt sich nicht in das übliche Schema der Vertragsarten eingliedern. Entscheidend ist vielmehr, dass der Vertrag zwischen einem gewerbmässigen Anbieter und einem Verbraucher geschlossen wird, zu dessen privaten Bedarf die vertragliche Leistung bestimmt ist. Für die Umschreibung des Konsumentenvertrags ist daher der besondere Schutzzweck der im Interesse des Konsumenten erlassenen Bestimmung massgebend. Insofern ist im aGestG aus Gründen des Sozialschutzes neu ein allgemeiner Klägergerichtsstand eingeführt worden (Art. 22 Abs. 1 lit. a aGestG). Der Anwendungsbereich ist eng zu verstehen, denn der Sozialschutz beschränkt sich nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf private Abnehmer und auf Leistungen des üblichen Bedarfs<sup>145</sup>. Die Anwendung des teilzwingenden Gerichtsstands gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a aGestG hängt nach dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 aGestG davon ab, dass der Vertrag «Leistungen des üblichen Verbrauchs» zum Gegenstand hat. Nach dem gesetzgeberischen Willen sollte damit der Konsumenten-Gerichtsstand eingeschränkt werden auf Verträge, deren Gegenstand den Rahmen des üblichen Konsums nicht sprengt, und es sollten auch für private Abnehmer insbesondere Verträge ausgeschlossen werden, die Investitionen zum Gegenstand haben. Für die zuständigkeitsbestimmende Voraussetzung der Üblichkeit des Konsums sind praktikable Richtlinien anzustreben, die sich etwa an der Art des Geschäfts orientieren. Immerhin kann der übliche Bedarf - soll die gesetzgeberische Intention nicht

---

<sup>143</sup> Art. 402 ZPO Anhang 1

<sup>144</sup> Gerichtsstandsgesetz, früher SR 272

<sup>145</sup> Vgl. BGE 132 III 271 f.

durch eine ausdehnende Interpretation unterlaufen werden - nicht unbesehen des Werts des Vertragsgegenstands bestimmt werden<sup>146</sup>.

c) Der Rechtsbegriff des Konsumentenvertrags in Art. 32 Abs. 2 ZPO umfasst alle möglichen besonderen Vertragstypen, soweit am Rechtsgeschäft ein Anbieter und ein Konsument beteiligt sind. Es sind dies der Konsumentenkaufvertrag (beispielsweise ein Autokauf), der Fahrnismietvertrag, der Konsumkreditvertrag, der Werk- und Reparaturvertrag sowie der Auftrag und seine Abarten. Ferner fallen darunter Verträge auf Arbeitsvermittlung, Pauschalreisen, Time-Sharing-Verträge und Dienstleistungsverträge (Arztvertrag, Anwaltsvertrag, Weiterbildungs- und Fernkursvertrag) sowie Verträge über Finanzdienstleistungen und Versicherungen<sup>147</sup>. Ausgeschlossen sind Verträge, denen kein Konsum, sondern eine Investition zugrunde liegt, oder in denen eine besondere Formvorschrift und der Vertragsgegenstand die Üblichkeit ausschliessen, wie etwa bei Grundstückkaufverträgen oder Bürgschaften<sup>148</sup>.

4. Die Vorinstanz hielt fest, nach dem gesetzgeberischen Willen und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung solle der Gerichtsstand gemäss Art. 32 ZPO auf Verträge eingeschränkt werden, deren Gegenstand den Rahmen des üblichen Konsums nicht sprengt, und es sollten insbesondere auch für private Abnehmer Verträge ausgeschlossen werden, die Investitionen zum Gegenstand hätten. Die Lehre sei sich einig, dass mit dem Kriterium der «Üblichkeit» klargestellt werde, dass einmalige Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmen und Privathaushalten vom Anwendungsbereich des Art. 32 ZPO ausgenommen seien. Ob ein Vertrag als Konsumentenvertrag zu qualifizieren sei, hänge sowohl von der Häufigkeit («Üblichkeit») des entsprechenden Geschäfts als auch von dessen Volumen ab. Art. 32 ZPO erfasse nur Verträge zwischen Konsumenten und gewerblichen Anbietern, die weder in Bezug auf ihre Grössenordnung beziehungsweise Tragweite noch in Bezug auf ihren Gegenstand als ausserordentlich einzustufen seien. Eine generelle wertmässige Schranke, was noch als üblich gelte, lasse sich hingegen kaum aufstellen. Vielmehr sei in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Vertrag das Kriterium der Üblichkeit erfülle. Hier könne nicht von einer Leistung des üblichen Verbrauchs ausgegangen werden, insbesondere auch darum nicht, weil der Berufungskläger zur Bestellung dieser Rollläden eine Fachperson (Architekten) beigezogen habe. Mit dem Beizug einer Fachperson könne nicht mehr die Rede von einem Vertrag «des üblichen Verbrauchs» sein, der gemäss Bundesgericht ohnehin eng auszulegen sei. Im Weiteren handle es sich bei der Anschaffung von Rollläden erfahrungsgemäss um eine einmalige, langfristige Investition. Der vorliegende Vertrag betreffend die Lieferung und Montage der Rollläden sei daher kein Konsumentenvertrag im Sinn von Art. 32 ZPO. Die von den Parteien geschlossene Gerichtsstandsvereinbarung sei somit gültig und das Thurgauer Bezirksgericht örtlich zuständig.

---

<sup>146</sup> BGE 132 III 272. Damals gab es die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 beziehungsweise das vereinfachte Verfahren noch nicht.

<sup>147</sup> Brunner, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 32 N. 21; Feller/Bloch, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 32 N. 36 ff.

<sup>148</sup> Feller/Bloch, Art. 32 ZPO N. 35; a.M. Walther, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 32 ZPO N. 19



5. a) Die Qualifikation des streitgegenständlichen Vertrags hat auf die hier zu entscheidende Frage keinen Einfluss. Es dürfte sich aber um einen Werklieferungsvertrag<sup>149</sup> handeln, da die Berufungsbeklagte die Rollläden nicht nur lieferte und montierte, sondern auch selber herstellte.

b) Der Berufungskläger hält den Kauf von Rollläden weder für ein ausserordentliches noch ein einmaliges Rechtsgeschäft. Vom Konsumentenschutz seien nur ausserordentliche einmalige Rechtsgeschäfte ausgeschlossen, nicht aber übliche einmalige Rechtsgeschäfte wie der Kauf eines Autos, obwohl es sich auch dabei für viele Menschen um ein einmaliges Rechtsgeschäft handle.

Auch wenn einige Menschen allenfalls nur einmal im Leben ein Auto erwerben, kann dies nicht mit dem Kauf und der Lieferung und Montage von selber hergestellten Rollläden für eine Liegenschaft verglichen werden. Es ist gerichtsnotorisch, dass Autos, die für den normalen Gebrauch gekauft werden, eine relativ kurze Haltedauer haben<sup>150</sup>. Bei Neuwagen wird knapp alle sechs Jahre (70 Monate) das Fahrzeug gewechselt. Die durchschnittliche Lebensdauer eines Fahrzeugs beträgt zwölf Jahre<sup>151</sup>. Anders sieht es bei Rollläden oder Lamellen aus<sup>152</sup>. Rollläden aus Metall oder Aluminium haben eine Lebensdauer von 30 Jahren<sup>153</sup>. Damit zeigt sich, dass die Anschaffung eines Autos nicht mit dem Kauf und der Montage von neuen Rollläden verglichen beziehungsweise gleichgesetzt werden kann. Das Bundesgericht hat zudem offengelassen, ob ein Auto überhaupt unter die Gerichtsstandbestimmung von Art. 32 ZPO fällt<sup>154</sup>. Dazu kommt, dass Rollläden in ein Haus eingebaut werden und nicht einen Fahrnisgegenstand wie ein Auto darstellen. Der Kauf von Rollläden ist als ausserordentliches Rechtsgeschäft zu betrachten. Es handelt sich um eine lang- und sicher längerfristige Investition in eine Liegenschaft, unabhängig davon, ob es sich dabei um eine wertvermehrende Aufwendung im Sinn des Steuerrechts handelt. Dies zeigt sich auch hier: Der Berufungskläger kaufte nicht isoliert neue Rollläden, was er allenfalls auch hätte selber erledigen können, sondern zog für den Umbau seines Hauses (rénovation, transformation d'une villa) einen Architekten bei<sup>155</sup>. Der Architekt hatte denn auch, was der Berufungskläger einräumt, im Rahmen seiner Beauftragung die Rollläden bei der Berufungsbeklagten bestellt<sup>156</sup>. Es handelt sich nicht um einen isolierten Kauf- beziehungsweise Werkvertrag mit Liefere-

---

<sup>149</sup> Und nicht um einen Kauf mit Montagepflicht; vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 6.A., N. 121 ff., insbesondere N. 132 ff.

<sup>150</sup> Gemäss Comparis kaufen Autobesitzer unter 30 Jahren rund alle drei Jahre und Autohalter ab 50 Jahren alle sechs Jahre ein anderes Fahrzeug; Medienmitteilung vom 26. März 2013, [www.comparis.ch/comparis/press/medienmitteilungen/artikel/2013/carfinder/autokauf/auto-verhandeln-beim-kauf](http://www.comparis.ch/comparis/press/medienmitteilungen/artikel/2013/carfinder/autokauf/auto-verhandeln-beim-kauf). Laut Focus wechseln die Deutschen ihre Autos alle 5,6 Jahre; [www.focus.de/auto/news/schneller-wechsel-haltedauer-von-pkw-sinkt\\_aid\\_843632.html](http://www.focus.de/auto/news/schneller-wechsel-haltedauer-von-pkw-sinkt_aid_843632.html)

<sup>151</sup> Vgl. [www.hey.car/magazine/was-ist-die-durchschnittliche-lebensdauer-eines-autos](http://www.hey.car/magazine/was-ist-die-durchschnittliche-lebensdauer-eines-autos)

<sup>152</sup> Die Berufungsbeklagte spricht in ihrer Klage im gleichen Satz von Rollläden und Lamellen. Gemäss Produktebeschreibung handelt es sich beim Produkt «...» um Einbaurolläden und nicht um Lamellenstoren; Letztere hätten eine Lebensdauer von 25 Jahren, was zum gleichen Ergebnis führen würde.

<sup>153</sup> Paritätische Lebensdauertabelle, gültig ab 1. Januar 2016, herausgegeben vom Mieterinnen- und Mieterverband Deutschschweiz und dem schweizerischen Hauseigentümergebund, in: Mietrecht für die Praxis, 9.A., S. 971

<sup>154</sup> BGE 134 III 218, nicht publizierte Erw. 4.2 (BGE vom 8. Februar 2008, 4A\_432/2007)

<sup>155</sup> Pläne im Massstab 1:100 mit den einzubauenden Rollläden

<sup>156</sup> Vgl. dazu auch die an den Architekten gerichtete Offerte

rungspflicht über die Rollläden, sondern die Liegenschaft wurde renoviert. Der Berufungskläger führt aus, dass der Architekt mit der Leitung des gesamten Bauprojekts beauftragt wurde. Es liegt damit keineswegs ein typisches Geschäft für einen Konsumenten, sondern eine Renovation einer Liegenschaft vor<sup>157</sup>. Bei Werkverträgen fallen in erster Linie Reparaturen von Gegenständen des täglichen, privaten Gebrauchs unter den Konsumentenvertrag, solange es sich um eine Reparatur zu privaten Zwecken im Rahmen des Üblichen handelt und keine Investition darstellt<sup>158</sup>. Die Lieferung und Montage dieser Rollläden - eingebettet in den Umbau der Liegenschaft mit Unterstützung beziehungsweise Vertretung durch einen Architekten - stellt im konkreten Fall keinen Konsumentenvertrag dar.

c) Daran vermag auch nichts zu ändern, dass der Gesamtbetrag der strittigen Forderung nach dem Rechtsbegehren Fr. 25'617.55 oder nach dem Berufungskläger rund Fr. 20'000.00 beträgt, womit nach Art. 243 ZPO das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt<sup>159</sup>. Hierzu sind ausschliesslich die Kommentare und die Rechtsprechung zur ZPO und nicht diejenigen zum früheren Gerichtsstandsgesetz massgebend, da diese Grenze vor Einführung der eidgenössischen ZPO so nicht bestand. Zutreffend ist, dass einige Autoren diese Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 zur Diskussion stellen. Die vom Berufungskläger zitierten Feller/Bloch<sup>160</sup> nehmen zwar die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 als Anhaltspunkt, da das vereinfachte Verfahren auf dem gleichen Schutzgedanken beruhe, weisen aber wiederum auf die Umstände des Einzelfalls hin und lehnen daher eine allgemein gültige betragsmässige Schranke ab<sup>161</sup>. Feller/Bloch bringen bei Werkverträgen als möglichen Konsumentenverträgen auch vor, dass es sich um eine Reparatur zu privaten Zwecken und keine Investition handle und sich die Reparatur zudem im Rahmen des Üblichen bewege, wobei kleinere werkvertragliche Leistungen eingeschlossen sein könnten<sup>162</sup>. Demzufolge sind die Höhe der Forderung und die Frage, ob sie unter der Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 oder darüber liegt, nicht von entscheidender Bedeutung. Ebenfalls ist unerheblich, dass ein einzelner Rollladen unter Fr. 1'000.00 kostet. Der Architekt holte eine Offerte ein und nahm diese unter Verweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen an. Dies geschah im Rahmen eines Umbaus einer Liegenschaft unter Beizug eines Architekten und unter Beteiligung weiterer Handwerker. Es rechtfertigt sich daher nicht, rein angesichts des eher tiefen Streitwerts auf einen Konsumentenvertrag zu schliessen.

---

<sup>157</sup> Aus der Klageschrift geht hervor, dass auch Maler beteiligt waren. Ferner ergibt sich, dass zudem die Rolllädenkästen (les niches des stores) isoliert wurden, und in den Plänen des Architekten wird das Werk als Renovation und Transformation (Umbau) einer Villa bezeichnet.

<sup>158</sup> Gross, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Zürich 2001, Art. 22 N. 162 (mit Hinweis auf die vorberatende Kommission)

<sup>159</sup> Streitwertgrenze bei Fr. 30'000.00

<sup>160</sup> Feller/Bloch, Art. 32 ZPO N. 30

<sup>161</sup> Vgl. auch Rohner, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar (Hrsg.: Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach), 2.A., Art. 32 N. 8

<sup>162</sup> Feller/Bloch, Art. 32 ZPO N. 44; ebenso Gross, Art. 22 GestG N. 162

d) Nichts anderes ergibt sich aus dem Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 13. Februar 2008<sup>163</sup>: Der Gesetzgeber wollte lediglich den üblichen Verbrauch mit den Konsumentenschutzbestimmungen erfassen. Damit könnte allenfalls ein Auto gemeint sein, das teurer ist als die hier eingebauten Rollläden, sofern es dem Arbeitsweg dient und es sich nicht um ein eigentliches Luxusobjekt oder um ein rares Sammlerstück handelt. Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob Autos überhaupt unter Art. 32 ZPO beziehungsweise Art. 22 aGestG fallen<sup>164</sup>. Es zeigt sich, dass dem Wert der Sache nur geringe Bedeutung zukommt, um zu entscheiden, ob es sich um einen Konsumentenvertrag handelt, vor allem, wenn es um den Einbau einer Sache geht. Nichts anderes ergibt sich, wenn in der Literatur erwähnt wird, die in Art. 32 Abs. 2 ZPO enthaltene Beschränkung auf den «üblichen» Konsum schliesse Dienstleistungen des Baugewerbes nicht a priori vom Anwendungsbereich des Art. 32 ZPO aus; zumindest kleinere werkvertragliche Leistungen (Unterhalt, Einbaumöbel etc.) fielen ohne weiteres unter die Definition des Art. 32 Abs. 2 ZPO<sup>165</sup>. Die Herstellung, Lieferung und Montage von Rollläden gehört sicher nicht zu dieser Kategorie.

e) Zusammengefasst ist nicht von einem Konsumentenvertrag im Sinn von Art. 32 ZPO auszugehen. Der Berufungskläger kann sich nicht darauf berufen, für Klagen der Anbieterin (Berufungsbeklagte) sei das Gericht an seinem Wohnsitz zuständig. Die Berufung ist daher unbegründet. Ob die Gerichtsstandsvereinbarung gültig ist, braucht nicht geprüft zu werden, da der Berufungskläger zur Begründung der Berufung lediglich vorbrachte, es liege ein Konsumentenvertrag vor; er machte keine Ausführungen zur Gerichtsstandsvereinbarung, deren Gültigkeit die Vorinstanz ebenfalls bejaht hatte.

Obergericht, 2. Abteilung, 17. November 2020, ZBR.2020.30

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 26. März 2021 nicht ein (4A\_75/2021).

---

<sup>163</sup> SGGVP 2008 Nr. 68, Erw. 3, mit umfangreicher Bezugnahme auf die Materialien zu Art. 22 aGestG

<sup>164</sup> BGE 134 III 218, nicht publizierte Erw. 4.2 (BGE vom 8. Februar 2008, 4A\_432/2007)

<sup>165</sup> Siegenthaler/Stöckli, Privates Baurecht, in: Aktuelle Anwaltspraxis 2013 (Hrsg.: Furrer), S. 781 ff., insbesondere S. 783. Im Übrigen legen Siegenthaler/Stöckli Wert darauf, dass zwischen der Formulierung von Art. 32 ZPO (Konsumentenverträge) und Art. 8 UWG (Konsumentinnen und Konsumenten) zu unterscheiden sei. Letztere orientiere sich an der entsprechenden (weitergehenden) EU-Richtlinie und umfasse private Bauherren und Käufer selbstgenutzten Wohneigentums.

## 11. Anrechnung von Kapitalauszahlungen aus beruflicher Vorsorge bei der Berechnung der Mittellosigkeit nach Art. 117 lit. a ZPO (Änderung der Praxis gemäss RBOG 2015 Nr. 11); Notgroschen

1. Der Beschwerdeführer beantragte die unentgeltliche Rechtspflege. Dabei führte er aus, ihm sei bewusst, dass er bei einer Bank über zwei Termingeldanlagen sowie ein Konto mit Barvermögen verfüge. Weder aus seinem Einkommen noch aus seinem Vermögen verfüge er aber über «genügend entbehrliche finanzielle Mittel». Mit Blick auf seine Einkünfte lebe er unter dem Existenzminimum; das Manko gleiche er mit dem ausbezahlten Pensionskassenguthaben aus. Sollte er diese Kapitalauszahlung für die Bezahlung der Gerichts- und Anwaltskosten verwenden müssen, sähe er sich gezwungen, sich bei «der Sozialhilfe» anzumelden.

2. a) aa) Eine Person hat nach Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b).

bb) Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf; in Betracht zu ziehen sind dabei nicht nur die Einkommens-, sondern auch die Vermögensverhältnisse. Soweit das Vermögen einen angemessenen «Notgroschen» übersteigt, ist dem Gesuchsteller unbesehen der Art der Vermögensanlage zumutbar, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden, bevor dafür öffentliche Mittel bereitzustellen sind. Die Art der Vermögensanlage beeinflusst allenfalls die Verfügbarkeit der Mittel, nicht aber die Zumutbarkeit, sie vor der Beanspruchung des Rechts auf unentgeltliche Rechtspflege anzugreifen<sup>166</sup>.

b) aa) Das Obergericht erwog in RBOG 2015 Nr. 11, gestützt auf die überwiegende Auffassung der juristischen Lehre sei eine Kapitalauszahlung der zweiten Säule nach Eintritt des Vorsorgefalls entsprechend der statistischen Lebenserwartung in eine proratisierte Rente umzurechnen und als Einkommen zu qualifizieren.

bb) Das Bundesgericht setzte sich in BGE 144 III 531 ff. mit der bisherigen kantonalen Rechtsprechung (unter anderem auch mit RBOG 2015 Nr. 11) sowie der juristischen Lehre eingehend auseinander und kam zum Schluss, für die Berechnung der Mittellosigkeit im Sinn von Art. 117 lit. a ZPO sei grundsätzlich unerheblich, aus welcher Quelle ein Vermögenswert stamme und was mit dem Vermögenswert bezweckt werden solle. Dies gelte auch für die nach Eintritt des Versicherungsfalls ausbezahlte Kapitalabfindung aus beruflicher Vorsorge, und zwar unabhängig davon, aus welchen Gründen der Versicherte sich für die Auszahlung des Kapitals entschieden habe und wofür er das ihm ausbezahlte Pensionskassenkapital verwenden möchte. Soweit das Vermögen des Gesuchstellers den angemessenen «Notgroschen» übersteige, sei es ihm zumut-

---

<sup>166</sup> BGE 144 III 537; RBOG 2015 Nr. 11 Erw. 2.a

bar, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden, bevor dafür die Allgemeinheit durch öffentliche Mittel belastet werde. Es gehe nicht an, öffentliche Gelder zu beanspruchen, obwohl eigentlich Vermögen vorhanden wäre, auf das zurückzugreifen der Anspruchsberechtigte aber freiwillig verzichte. Der Gesuchsteller habe vielmehr die Prozesskosten selbst zu tragen, soweit es seine wirtschaftliche Situation zulasse<sup>167</sup>.

cc) Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts kann folglich nicht weiter an RBOG 2015 Nr. 11 festgehalten werden. Vielmehr ist bei der Beurteilung der Bedürftigkeit eine nach Eintritt des Vorsorgefalls erfolgte Kapitalauszahlung als Vermögen anzurechnen, sofern sie den «Notgroschen» übersteigt.

dd) Der Betrag dieses «Notgroschens» bemisst sich nach Alter, Gesundheitszustand, Einkommen und Unterhaltspflichten des Gesuchstellers; als Faustregel ist von den Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe auszugehen, welche Fr. 4'000.00 für Einzelpersonen, Fr. 8'000.00 für Ehepaare und Fr. 2'000.00 für jedes minderjährige Kind vorsehen, aber höchstens Fr. 10'000.00 pro Familie. Diese Beträge sind als Minimum eines prozessrechtlichen «Notgroschens» zu betrachten<sup>168</sup>.

3. Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers verfügt er über ein Barvermögen von insgesamt Fr. 86'000.00. Selbst unter Berücksichtigung eines grosszügigen «Notgroschens» ist der Beschwerdeführer somit in der Lage, die Kosten des Rechtsöffnungsverfahrens aus seinem Vermögen zu bezahlen. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege ist daher abzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 10. / 22. Dezember 2020, BR.2020.53

---

<sup>167</sup> BGE 144 III 539 f.

<sup>168</sup> RBOG 2015 Nr. 10 Erw. 1

## 12. Nachträglicher Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 120, 256 Abs. 2 ZPO)

1. a) X gelangte mit Klage an das Bezirksgericht und stellte den Antrag, es sei ein Entscheid bezüglich des Kindesunterhalts abzuändern. Überdies beantragte er die unentgeltliche Rechtspflege.

b) Nachdem sich auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten lassen und um unentgeltliche Rechtspflege ersucht hatte, gewährte das Bezirksgerichtspräsidium beiden Parteien «vorläufig» die unentgeltliche Rechtspflege. In der Folge entzog es X die unentgeltliche Rechtspflege mit Wirkung ex nunc. Dagegen erhob X Beschwerde beim Obergericht.

2. a) Das Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zählt zur freiwilligen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit<sup>169</sup>. Als solches wird es im Summarverfahren behandelt<sup>170</sup>. Summarentscheidungen sind ordentlichen Entscheiden hinsichtlich der Rechtskraft im Grundsatz gleichgestellt, das heisst, sie werden mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig<sup>171</sup>. Ab diesem Zeitpunkt binden sie das Gericht und die Parteien. Art. 256 Abs. 2 ZPO sieht jedoch vor, dass das Gericht in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf eine Anordnung zurückkommen kann, wenn sich diese als unrichtig erweist. Für Entscheide über die unentgeltliche Rechtspflege wiederholt das Gesetz diese Regel in Art. 120 ZPO. Demgemäss entzieht das Gericht die unentgeltliche Rechtspflege wieder, wenn der Anspruch darauf nicht mehr besteht oder nie bestanden hatte.

b) Das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege soll der nicht vermögenden Partei erlauben, ebenso wie die vermögende Partei zu prozessieren, wenn ihr Standpunkt nicht aussichtslos ist. Als aussichtslos gelten Begehren, deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet<sup>172</sup>. Es geht um eine prozessual verstandene Gleichheit<sup>173</sup>. Diese Zielsetzung spiegelt sich im Kriterium der Nicht-Aussichtslosigkeit: Jede Partei, die sich bei vernünftiger Einschätzung der Gewinn- und Verlustchancen für den Gerichtsgang entscheiden würde, soll Rechtsschutz erhalten. Nach ständiger Rechtsprechung und einhelliger Lehre ist die Anspruchsvoraussetzung der Aussichtslosigkeit im Zeitpunkt der

---

<sup>169</sup> Bühler, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 119 ZPO N. 6

<sup>170</sup> Art. 119 Abs. 3 ZPO

<sup>171</sup> BGE 141 I 243 f.

<sup>172</sup> BGE 142 III 139 f., 139 III 476, 105 Ia 113 f.

<sup>173</sup> BGE 131 I 355

Gesuchstellung zu prüfen<sup>174</sup>. Der Gesuchsteller hat in diesem Sinn ein Recht auf Vorausbeurteilung<sup>175</sup>.

c) aa) Hier stellt sich jedoch die Frage, ob das Gericht, das im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung den Standpunkt des Gesuchstellers als nicht aussichtslos einstufte, zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund neuer Erkenntnisse in tatsächlicher und/oder rechtlicher Hinsicht darauf zurückkommen darf. In der Literatur wird die Frage nicht einheitlich beantwortet. Einige Kommentatorinnen und Kommentatoren sind der Ansicht, es müsse möglich sein, die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen, wenn sich die Aussichtslosigkeit erst während des Verfahrens zeige<sup>176</sup>. In einem unpublizierten Entscheid hielt die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts fest, ein Entzug sei grundsätzlich möglich, wenn sich die Prozessaussichten rapide verschlechtern würden<sup>177</sup>.

bb) Unter der alten Zürcher Zivilprozessordnung ging das Obergericht des Kantons Zürich davon aus, die unentgeltliche Rechtspflege könne für die Zukunft entzogen werden, wenn sich im Laufe des Verfahrens die Aussichtslosigkeit herausstellte<sup>178</sup>. Dieselbe Praxis bestand im Kanton St. Gallen<sup>179</sup>. Die Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Thurgau stellte sich auf den Standpunkt, die Erfolgsaussichten einer Klage oder eines Rechtsmittels dürften im Prinzip nur am Anfang des Verfahrens beurteilt werden, weil sie sich häufig im Verlauf des Beweisverfahrens klären würden. Diese Praxis stützte sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 4 aBV<sup>180</sup>. Falls das Gericht hingegen bei näherer Prüfung der Akten zum Ergebnis gelangte, die Streitsache sei aussichtslos, bejahte das Obergericht die Möglichkeit, die unentgeltliche Rechtspflege zu entziehen<sup>181</sup>.

cc) Die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts kam in BGE 131 I 113 zum Ergebnis, dass sich die Prozessaussichten im Verlauf des Verfahrens verschlechtern, dürfte nicht zum Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege führen. Wegen der sowohl zeitlich als auch sachlich stark beschränkten Beurteilung der Erfolgsaussichten und des insoweit unpräjudiziellen Charakters des Entscheids über die unentgeltliche Rechtspflege erscheine der Verfahrensausgang nach wie vor als offen. Dabei erwog das Bundesgericht Folgendes: «Ebenso wenig wie bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist der Richter an seine Hauptsachenprognose gebunden.

---

<sup>174</sup> BGE 139 III 476 f., 138 III 218; statt vieler: Bühler, Art. 117 ZPO N. 253 ff.; Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 3.A., Art. 117 ZPO N. 4; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Diss. Basel 2008, S. 108 f.; Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015, N. 368 ff.

<sup>175</sup> Bühler, Art. 117 ZPO N. 253

<sup>176</sup> Huber, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 120 N. 9; ähnlich Jent-Sørensen, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 2.A., Art. 120 N. 5

<sup>177</sup> BGE vom 19. August 2013, 5A\_305/2013, Erw. 3.3

<sup>178</sup> ZR 2010 Nr. 72 S. 309

<sup>179</sup> Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 287 N. 1a

<sup>180</sup> BGE 122 I 6 f.

<sup>181</sup> Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 84 N. 1

Dies zeigt sich im Fall der Gutheissung eines Gesuchs umgekehrt darin, dass die unentgeltliche Rechtspflege nicht entzogen werden darf, wenn sich die Prozessaussichten der gesuchstellenden Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens verschlechtern»<sup>182</sup>. Eine Mehrzahl von Autoren schliesst sich dieser Rechtsprechung an und betont, die Aussichtslosigkeit dürfe im Grundsatz im Verlauf des Verfahrens nicht nochmals beurteilt werden<sup>183</sup>.

d) aa) Das Gericht, das sich mit der (Nicht-)Aussichtslosigkeit eines Standpunktes befasst, nimmt eine Doppelrolle ein: Einmal muss es - grundsätzlich im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung - die Erfolgsaussichten summarisch prüfen, später beurteilt es mit der vom Prozessrecht vorgesehenen (vollen) Kognition die Streitsache. Die Rechtsprechung der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts entschärft die Problematik der richterlichen Vorbefassung, indem der Beurteilungszeitpunkt für die Aussichtslosigkeit strikt auf den Beginn des Verfahrens verlegt wird. Wenn das Gericht das Gesuch wegen Aussichtslosigkeit abweist, kann eine Partei bei veränderter Sachlage ein neues Gesuch stellen (und ihr steht ein Rechtsmittel offen). Heisst es das Gesuch gut, wird das Gericht von der stetigen Überprüfung der Erfolgsaussichten entlastet. Diese bewusst selektive Wahrnehmung mag unbefriedigend sein, weil sich ein gutheissender Entscheid später als allenfalls unrichtig erweist; sie stärkt indessen die richterliche Unabhängigkeit, da sie den nur punktuellen und eben summarischen Charakter des Entscheids über die Aussichtslosigkeit unterstreicht. Diese Rechtsprechung bannt die Gefahr einer «Vorausverlagerung» der Hauptsache in ein Summarverfahren, das eigentlich die unentgeltliche Rechtspflege zum Gegenstand hat. Sie schliesst im Übrigen an die Praxis an, wonach ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Zeitpunkt der Gesuchstellung zu prüfen ist. Es erscheint denn auch als widersprüchlich, wenn das Gericht auf der einen Seite auf den Zeitpunkt der Gesuchstellung abstellt, auf der anderen Seite Veränderungen aber mitberücksichtigt<sup>184</sup>. Zudem ist zu beachten, dass ein an sich rechtskräftiger Summarentscheid über die unentgeltliche Rechtspflege vorliegt. Die Bindungswirkungen eines Summarentscheids sind zwar nicht so intensiv wie jene eines Urteils, trotzdem liegt ein rechtskräftiger Entscheid vor, der beim Adressaten durchaus schützenswertes Vertrauen begründen kann. Diese (beschränkte) Rechtskraft spricht ebenfalls dafür, dass ein Gericht nicht leichthin auf die bereits beurteilte Aussichtslosigkeit zurückkommen kann. Es ist somit im Grundsatz unzulässig, im Verlauf des Verfahrens auf die einmal bewilligte unentgeltliche Rechtspflege zurückzukommen mit dem Argument, der Standpunkt des Gesuchstellers erweise sich aufgrund neuer Erkenntnisse als aussichtslos.

bb) Dieser Grundsatz ist jedoch zu relativieren. In der Literatur wird unterschieden zwischen tatsächlicher, rechtlicher und prozessualer Aussichtslosigkeit<sup>185</sup>. Der vorgenannte

---

<sup>182</sup> BGE 131 I 123

<sup>183</sup> Bühler, Art. 120 ZPO N. 14; Meichssner, S. 172 f.; Wuffli, N. 372; Huber, Art. 120 ZPO N. 4 (anders aber dann wieder N. 9); Jent-Sørensen, Art. 120 ZPO N. 5, bezeichnet dies als «herrschende Lehre»

<sup>184</sup> Meichssner, S. 173 f.

<sup>185</sup> Bühler, Art. 117 ZPO N. 234, 239 und 246



Grundsatz hat seine volle Berechtigung dort, wo es um die Frage einer tatsächlichen Aussichtslosigkeit geht. Nur in solchen Konstellationen leiden die richterliche Unabhängigkeit und der Anspruch auf Vorausbeurteilung des Gesuchstellers unter einer erneuten Prüfung. Die Situation ist anders, wenn der Standpunkt des Gesuchstellers aus rechtlichen und/oder prozessualen Umständen nachträglich aussichtslos wird. Zu denken ist etwa an die zu Recht erhobene Einrede der Litispendenz oder den Wegfall einer Entscheidvoraussetzung. Verändern sich die rechtlichen und/oder prozessualen Parameter der Streitsache, kann das Gericht in der Regel derart zuverlässig über die Aussichtslosigkeit entscheiden, dass sich die Vorausbeurteilung mit dem Endentscheid in der Sache deckt. Konstellationen der Vorbefassung sind kaum vorstellbar. Es muss sich aber jeweils um Gesichtspunkte handeln, die im Zeitpunkt des Entscheids über die unentgeltliche Rechtspflege nicht vorlagen. Ohne solche Veränderungen bleibt es bei der Rechtskraft dieses Entscheids. Mit anderen Worten muss das Gericht einen Rückkommenstitel in Form veränderter rechtlicher und/oder prozessualer Umstände anführen können. Eine weitere Ausnahme ist für den Fall vorzubehalten, dass die gesuchstellende Partei wesentliche Sachverhaltselemente bewusst verschwiegen hat. Da im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege eine Mitwirkungspflicht<sup>186</sup> gilt, muss es dem Gericht möglich sein, bewusst verschwiegene, aber für die Anspruchsprüfung relevante Umstände zu einem späteren Zeitpunkt zu berücksichtigen und die unentgeltliche Rechtspflege wieder zu entziehen.

3. Hier verfügte die Vorinstanz beim Entzug nicht über andere massgebliche Beurteilungskriterien als im Zeitpunkt der Bewilligung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege. Zudem kann dem Beschwerdeführer keine Verletzung seiner Mitwirkungspflicht vorgeworfen werden, und es liegt auch kein Fall vor, in dem sein Standpunkt aus rechtlichen und/oder prozessualen Umständen aussichtslos geworden wäre. Es war daher unzulässig, die Sachlage beziehungsweise die Aussichtslosigkeit erneut zu beurteilen. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich nur «vorläufig» gewährte. Die Voraussetzungen, unter denen die unentgeltliche Rechtspflege nachträglich entzogen werden können, sind in Art. 120 ZPO geregelt und ergeben sich im Weiteren aus der dazu ergangenen Rechtsprechung. Das Gericht kann nicht sozusagen «aus eigener Kraft» eine erleichterte Prüfung vorbehalten.

Obergericht, 1. Abteilung, 7. Juli 2020, ZR.2020.13

---

<sup>186</sup> BGE vom 1. September 2017, 4A\_270/2017, Erw. 4.2; Bühler, Art. 119 ZPO N. 90 ff.; Rüegg/Rüegg, Art. 119 ZPO N. 3

**13. Keine Pflicht zum persönlichen Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung, wenn sich die Parteien in einem Strafverfahren gegenüberstehen, das Ehrverletzungsdelikte zum Gegenstand hat** (Ausnahmetatbestand von Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO).

1. a) Die Vermieterin leitete gegen den Mieter ein Schlichtungsverfahren wegen nicht bezahlter Mietzinse ein. Nach Zustellung der ersten Vorladung ersuchte der Rechtsvertreter der Vermieterin die Schlichtungsbehörde um Zustimmung, dass er die Vermieterin an der Schlichtungsverhandlung ohne deren Anwesenheit vertreten könne. In der (zweiten) Vorladung zur Schlichtungsverhandlung hielt die Schlichtungsbehörde fest, die Vermieterin werde von der persönlichen Teilnahme dispensiert. Deren Rechtsvertreter müsse aber die Berechtigung haben, Vergleiche abzuschliessen. Der den Parteien von der Schlichtungsbehörde unterbreitete Urteilsvorschlag lehnte der Mieter ab. Die Schlichtungsbehörde stellte in der Folge die Klagebewilligung aus.

b) Die Vermieterin erhob daraufhin Klage beim Bezirksgericht, welches die Klage schützte, soweit es darauf eintrat. Gegen diesen Entscheid erhob der Mieter Beschwerde.

2. a) Der Beschwerdeführer bringt vor, es fehle an einer Prozessvoraussetzung, weil das Schlichtungsverfahren nicht korrekt abgelaufen sei. Da der Rechtsvertreter für die Beschwerdegegnerin an der Schlichtungsverhandlung teilgenommen habe, habe kein klärendes Gespräch stattgefunden. Die Beschwerdegegnerin bestreitet diese Ausführungen in ihrer Beschwerdeantwort. Das zeichnungsberechtigte Organ S habe sich am vorgesehenen Datum der Schlichtungsverhandlung in den Vorbereitungen für eine Hüftgelenksoperation befunden. Seine Vertreterin sei nicht im Land gewesen. Zudem habe der Beschwerdeführer S beleidigt, bedroht, beschimpft und entsprechend eingeschüchtert. Es sei ihnen nichts anderes übrig geblieben, als um einen Dispens zu ersuchen. Schliesslich komme dem Rechtsanwalt auch die Qualität eines Liegenschaftsverwalters der Beschwerdegegnerin zu.

b) Die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Gründe für die Dispensierung sind teilweise neu. Aus den Akten des Schlichtungsverfahrens geht nicht hervor, weshalb das Organ der Beschwerdegegnerin dispensiert wurde. Anlässlich der Hauptverhandlung führte diese aus, es gebe Streitereien zwischen den Parteien; das Verfahren habe eine lange Vorgeschichte. Konkret sei es am 26. Oktober 2017 zu einer Begegnung zwischen S und der Mutter des Beschwerdeführers gekommen und am 27. Oktober 2017 habe der Beschwerdeführer eine Mitarbeiterin der Beschwerdegegnerin beschimpft sowie S wüst betitelt. Im zweiten Vortrag wies sie darauf hin, der Rechtsvertreter sei für das Schlichtungsverfahren bevollmächtigt gewesen. Das neue Vorbringen, wonach S wegen einer Hüftoperation verhindert gewesen sei, kann im Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden. Hingegen ist das schlechte Verhältnis zwischen S und dem Beschwerdeführer erstellt. Der Beschwerdeführer bestreitet den Vorfall vom 26. Oktober 2017 nicht, jedoch ist dessen Tragweite strittig. Die Beschwerdegegnerin verweist in diesem Zusammenhang auf ein beim Obergericht anhängiges Berufungsverfahren. Gegenstand dieses Verfahrens ist das Ge-

spräch vom 27. Oktober 2017. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin erhob am 26. Januar 2018 Strafanzeige und machte geltend, der Beschwerdeführer habe S am 27. Oktober 2017 im Gespräch mit einer Drittperson als «schwulen Stalker» bezeichnet.

3. a) Eine gültige Klagebewilligung ist eine von Amtes wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung<sup>187</sup>. Wurde ein Schlichtungsverfahren nicht korrekt durchgeführt, fehlt es an dieser Prozessvoraussetzung<sup>188</sup>. Die Parteien müssen persönlich zur Schlichtungsverhandlung erscheinen<sup>189</sup>. Sie können sich von einem Rechtsbeistand oder einer Rechtsbeiständin begleiten lassen. Nur in Ausnahmefällen dürfen sie sich jedoch vertreten lassen. Das Gesetz nennt als Gründe für ein Vertretungsverhältnis insbesondere: Den ausserkantonalen oder ausländischen Wohnsitz, Krankheit, Alter oder andere wichtige Gründe<sup>190</sup>. Die gesetzliche Regelung bringt zum Ausdruck, dass die Schlichtungsverhandlung ein klärendes Gespräch ermöglichen soll. Deshalb muss der Vertreter einer juristischen Person hinreichend bevollmächtigt und zum Vergleichsabschluss befähigt sein<sup>191</sup>. Während sich juristische Personen durch Handelsbevollmächtigte vertreten lassen können, genügt eine bürgerliche Vollmacht oder die faktische Organschaft nicht<sup>192</sup>. Sich im Schlichtungsverfahren durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen, ist einer juristischen Person demnach verwehrt, es sei denn, es liege eine vom Gesetz vorgesehene Ausnahme vor<sup>193</sup>.

b) aa) Die Beschwerde gibt Anlass zur Frage, ob der Ausnahmetatbestand der «wichtigen Gründe»<sup>194</sup> vorliegt, wenn das Organ einer juristischen Person und die Gegenseite sich in einem Strafverfahren gegenüberstehen, das Ehrverletzungsdelikte zum Gegenstand hat. Ziel der Schlichtungsverhandlung ist eine «wirkliche Aussprache» der Parteien. Ein «wichtiger Grund», der zur Dispensation führt, liegt somit dann vor, wenn es einer Partei aus objektiven Gründen subjektiv unzumutbar ist, an einer Schlichtungsverhandlung teilzunehmen, und wenn zu erwarten ist, die gewollte «wirkliche Aussprache» finde nicht statt.

bb) Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der «ratio legis». Dabei befolgt

---

<sup>187</sup> Art. 60 ZPO

<sup>188</sup> BGE 141 III 163

<sup>189</sup> Art. 204 Abs. 1 ZPO

<sup>190</sup> Art. 204 Abs. 3 lit. a und b ZPO; ein Anwendungsfall von Art. 204 Abs. 3 lit. c ZPO ist hier nicht gegeben.

<sup>191</sup> BGE 140 III 73

<sup>192</sup> BGE 141 III 167

<sup>193</sup> BGE 140 III 71

<sup>194</sup> Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO

das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen<sup>195</sup>.

cc) Die Wendung «wichtiger Grund» ist eine Generalklausel. Das Gesetz erwähnt sie neben den Ausnahmetatbeständen von Krankheit und Alter<sup>196</sup>. In der Literatur wird aus dieser Verknüpfung gefolgert, der wichtige Grund verweise auf die Umstände des Einzelfalls und auf das Kriterium der Zumutbarkeit. Als Beispiele<sup>197</sup> werden genannt: Der Militärdienst, eine unaufschiebbare Abwesenheit und ein weiter Reiseweg. Als Konkretisierungshilfe bietet sich zudem auch die kantonale Rechtsprechung an. Nach der Praxis des Thurgauer Obergerichts zur alten Zivilprozessordnung wurden Militärdienst, Krankheit und Todesfall eines nahen Verwandten als Dispositionsgründe akzeptiert. Berufliche Abwesenheit konnte ebenfalls zum Dispens führen, insbesondere bei langem Anfahrtsweg<sup>198</sup>.

dd) Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen der Schlichtungsversuch und die persönliche Anwesenheit die Möglichkeit schaffen, den Rechtsstreit zu schlichten. Es soll eine «wirkliche Aussprache» stattfinden<sup>199</sup>.

ee) Der Zweck der persönlichen Anwesenheitspflicht folgt aus dem Willen des Gesetzgebers einerseits und aus der Natur der Schlichtungsverhandlung andererseits: Die Verhandlung soll einen Rahmen schaffen, der ein klärendes Gespräch ermöglicht<sup>200</sup>. Dieser Zweck ist infrage gestellt, wenn die Parteien verfeindet sind. Fehlt die Gesprächsbereitschaft von vornherein, läuft die Schlichtungsverhandlung ins Leere und wird zu einem blossen Formalismus. Allerdings darf es einer Partei nicht möglich sein, durch blosser Gesprächsverweigerung die vom Gesetzgeber in bestimmten Fällen zwingend vorgesehene Schlichtungsverhandlung zu umgehen. Vielmehr müssen objektive Umstände vorliegen, die darauf schliessen lassen, ein «klärendes Gespräch» zwischen den Parteien sei nicht (mehr) zielführend.

ff) In systematischer Hinsicht sind zudem die Bestimmungen der StPO zu beachten. Diese schützen das Opfer vor einer ungewollten Konfrontation mit dem Beschuldigten<sup>201</sup>. Opfer im Sinn des Strafprozessrechts ist, wer durch eine Straftat in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt wurde<sup>202</sup>. Ehrverletzungsdelikte sind in der Regel - einmal von aussergewöhnlich schwerwiegenden Fällen abgesehen - nicht geeignet, die Opferstellung zu begründen. Dieser Gesichtspunkt muss im vorliegenden Verfahren jedoch nicht

---

<sup>195</sup> BGE 143 III 649

<sup>196</sup> Honegger, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 204 N. 8

<sup>197</sup> Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Zürich 2012, S. 37 f.; Infanger, Basler Kommentar, 3.A., Art. 204 ZPO N. 4; Gloor/Lukas, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 2.A., Art. 204 N. 9

<sup>198</sup> Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 115 ZPO N. 4a und 4b

<sup>199</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7331 f.

<sup>200</sup> BGE 140 III 71

<sup>201</sup> Vgl. Art. 117 StPO sowie Art. 152 Abs. 3 StPO

<sup>202</sup> Art. 1 Abs. 1 OHG sowie Art. 116 Abs. 1 StPO

vertieft werden, denn die Opferdefinition des Strafprozessrechts kann nicht unbesehen auf die hier zu klärende Frage übertragen werden. Die Opferdefinition im Strafprozessrecht hängt mit den Bestimmungen des OHG<sup>203</sup> zusammen, die dem Opfer finanzielle Ansprüche einräumen. Die subsidiäre Leistungspflicht<sup>204</sup> des Staates bei Straftaten rechtfertigt sich nur bei Delikten mit erheblichen Auswirkungen auf die physische, psychische oder sexuelle Integrität des betroffenen Menschen. Eine solche schwere Beeinträchtigung in eigenen Rechtsgütern kann im Rahmen des Zivilprozesses nicht vorausgesetzt werden.

gg) Die Ehrverletzungsdelikte<sup>205</sup> schützen den Ruf des Einzelnen, ein ehrbarer Mensch zu sein. Der Respekt der anderen ist eine wesentliche Bedingung für ein harmonisches Sozialleben<sup>206</sup>. Geschützt ist nur, aber immerhin, die ethische Integrität. Äusserungen, die sich auf das berufliche Profil einer Person beziehen, sind nicht geeignet, die strafrechtlich geschützte Ehre zu verletzen<sup>207</sup>. Das von den Ehrverletzungsdelikten geschützte Rechtsgut hängt demnach unmittelbar mit der Persönlichkeit eines Menschen zusammen, und der Vorwurf ehrenrührigen Verhaltens dringt in das sittlich-moralische Empfinden eines Menschen ein. Die Gesprächsbereitschaft zwischen den Betroffenen dürfte dadurch stark getrübt sein. Ehrverletzungsdelikte sind - allenfalls sogar stärker als zum Beispiel Delikte gegen das Vermögen - geeignet, verhärtete Fronten im zwischenmenschlichen Bereich zu schaffen. Ein Strafverfahren kann somit ein objektiver Grund für eine Dispensation vom persönlichen Erscheinen zur Schlichtungsverhandlung sein. Wenn dieses Strafverfahren zudem Ehrverletzungsdelikte betrifft, kann im Einzelfall auch die subjektive Unzumutbarkeit bejaht werden.

c) Der Beschwerdeführer und S sind verfeindet, was unter anderem auf die Vorfälle vom 26. und 27. Oktober 2017 zurückzuführen ist. Sie stehen sich deswegen auch in einem Strafverfahren gegenüber, das auf eine Strafanzeige zurückgeht. Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, sich der üblen Nachrede zum Nachteil von S schuldig gemacht zu haben. Ob dieser Vorwurf zutrifft, ist an dieser Stelle nicht zu klären. Massgebend ist allein die Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Schlichtungsverfahrens ein Strafverfahren pendent war, das solche Vorwürfe zum Gegenstand hatte. Die Schlichtungsverhandlung hätte bei einer derart aufgeladenen Stimmung mit Sicherheit nicht das vom Gesetzgeber gewollte klärende Gespräch gebracht. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass der Ausnahmetatbestand von Art. 204 Abs. 3 lit. b ZPO erfüllt ist. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin war anlässlich der Schlichtungsverhandlung ausserdem mit einer Vollmacht ausgestattet, die ihm ausdrücklich ermöglichte, einen Vergleich abzuschliessen. Der Rechtsvertreter war deshalb auch ein vollwertiger Gesprächspartner und konnte die Beschwerdegegnerin umfassend an der Schlichtungsverhandlung vertreten.

---

<sup>203</sup> Opferhilfegesetz, SR 312.5

<sup>204</sup> Art. 4 OHG

<sup>205</sup> Art. 173 ff. StGB

<sup>206</sup> BGE 117 IV 28

<sup>207</sup> Trechsel/Lieber, in: Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 3.A., Vor Art. 173 N. 3

4. a) Selbst wenn davon ausgegangen würde, es sei kein Ausnahmetatbestand erfüllt, wäre die Klagebewilligung als gültig zu betrachten.

b) aa) Ein Nichteintreten wegen Mängel des Schlichtungsverfahrens erscheint in der Regel nur angezeigt, wenn Aussicht auf ein ordnungsgemässes Schlichtungsverfahren besteht. Beruft sich eine Partei nach durchgeführtem und gescheitertem Einigungsversuch auf eine mangelhafte Schlichtungsverhandlung, kann das missbräuchlich im Sinn von Art. 52 ZPO sein, wenn damit der Abbruch des Gerichtsverfahrens zwecks Nachholung eines Schlichtungsverfahrens bezweckt wird, das von vornherein zum Scheitern verurteilt ist<sup>208</sup>.

bb) Die Schlichtungsbehörde hat die Beschwerdegegnerin von der persönlichen Anwesenheitspflicht entbunden. Dem Beschwerdeführer wurde die Dispensation der Beschwerdegegnerin erstmals mit der zweiten Vorladung angezeigt. Die Schlichtungsverhandlung musste danach (nochmals) auf Wunsch des Beschwerdeführers verschoben werden. Den Akten des Schlichtungsverfahrens ist nicht zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer vor der Schlichtungsverhandlung gegen die Dispensation opponierte. Erst nachträglich rügte er - gemäss eigenen Angaben nach Konsultation eines Rechtsanwalts - eine mangelhafte Schlichtungsverhandlung. Den von der Schlichtungsbehörde ausgearbeiteten Urteilsvorschlag lehnte er ohne Begründung ab. Anlässlich der Hauptverhandlung behauptete der Beschwerdeführer, der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin sei im Schlichtungsverfahren nicht zum Abschluss eines Vergleichs berechtigt gewesen. Das ist schlicht unzutreffend. In der Beschwerde verweist er auf einen Bundesgerichtsentscheid und führt an, es sei zu keinem klärenden Gespräch gekommen. Diese Begründung ist neu. Seine Rüge begründete er im vorinstanzlichen Verfahren noch anders, nämlich mit der fehlenden Vertretungsbefugnis.

Obergericht, 1. Abteilung, 23. Januar 2020, ZR.2019.32

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 7. April 2020 nicht ein (4D\_17/2020).

---

<sup>208</sup> Grolimund/Bachofner, Die Klagebewilligung als Prozessvoraussetzung, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 137 ff., Fn. 59

**14. Volljährigenunterhalt ist im ordentlichen und nicht im vereinfachten Verfahren geltend zu machen** (Art. 219, 243 ff., 295, 60 ZPO; Art. 276 ff., 285 Abs. 1 ZGB).

1. Die im März 1998 geborene Tochter verlangte vor Bezirksgericht, ihre Eltern seien zu verpflichten, ihr rückwirkend ab August 2016 einen nach Massgabe des Beweisergebnisses zu beziffernden Unterhaltsbeitrag zu bezahlen, monatlich und im Voraus, bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung. Die Eltern beantragten, die Klage sei abzuweisen.

2. Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts verpflichtete die Eltern, ihrer Tochter für August 2017, von September bis und mit Dezember 2017, von Januar bis und mit Dezember 2018 sowie von Januar 2019 bis und mit März 2019 abgestufte Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Gleichzeitig stellte sie fest, dass die Pädagogische Maturitätsschule (PMS) eine angemessene Erstausbildung darstelle, und dass die Leistung des Unterhaltsbeitrags unter den vorliegenden Umständen persönlich und finanziell zumutbar sei, sodass bei einem Wiedereintritt in die zweite Klasse der PMS erneut ein Unterhaltsbeitrag geschuldet sei.

3. Die Eltern erhoben Berufung. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, und die Klage sei abzuweisen. Die Tochter beantragte die Abweisung der Berufung. Zudem stellte sie einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege; es sei ihr eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu ernennen.

4. a) Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB<sup>209</sup> wird der Unterhalt eines Kindes durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet. Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen<sup>210</sup>. Sie sind von der Unterhaltspflicht in dem Mass befreit, als dem Kind zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder andern Mitteln zu bestreiten<sup>211</sup>. Der Unterhaltsbeitrag soll nach Art. 285 Abs. 1 ZGB den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen.

b) Die Unterhaltspflicht der Eltern dauert gemäss Art. 277 Abs. 1 ZGB bis zur Volljährigkeit des Kindes. Hat es dann noch keine angemessene Ausbildung, haben die Eltern, soweit es ihnen nach den gesamten Umständen zugemutet werden darf, gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB für seinen Unterhalt (weiterhin) aufzukommen, bis eine entsprechende Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann.

---

<sup>209</sup> In Kraft seit 1. Januar 2017

<sup>210</sup> Art. 276 Abs. 2 ZGB

<sup>211</sup> Art. 276 Abs. 3 ZGB

c) Während der Ehe tragen die Eltern die Kosten des Unterhalts nach den Bestimmungen des Eherechts<sup>212</sup>. Das Kind kann gegen den Vater oder die Mutter oder gegen beide klagen auf Leistung des Unterhalts für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung<sup>213</sup>.

5. Die Vorinstanz führte die Klage im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO durch, was von keiner Partei gerügt wurde. Das Obergericht hat jedoch die Frage, ob die Vorinstanz sachlich zuständig war, gestützt auf Art. 60 ZPO als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen<sup>214</sup>. Erlässt ein sachlich unzuständiges Gericht einen Entscheid, leidet dieser nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an einem schwerwiegenden Mangel, der je nach den Umständen die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen kann<sup>215</sup>.

6. a) Art. 219 ff. ZPO normieren das ordentliche Verfahren als Verfahrenstypus. Gemäss Art. 243 ZPO gilt das vereinfachte Verfahren für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 und ohne Rücksicht auf den Streitwert in gewissen, in Art. 243 Abs. 2 ZPO aufgezählten Streitigkeiten. Darüber hinaus ist in Bezug auf Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten in Art. 295 ZPO für selbstständige Klagen das vereinfachte Verfahren vorgesehen<sup>216</sup>, wobei der Untersuchungsgrundsatz<sup>217</sup> und die Oficialmaxime<sup>218</sup> gelten.

b) Im Kanton Thurgau werden Streitigkeiten in ordentlichen Zivilverfahren erstinstanzlich von den Bezirksgerichten in Dreierbesetzung entschieden<sup>219</sup>; die im vereinfachten Verfahren zu erledigenden Streitigkeiten fallen hingegen in die Zuständigkeit der Einzelrichterinnen und Einzelrichter<sup>220</sup>.

7. a) Zu prüfen ist, ob die Unterhaltsklage, welche eine volljährige Person gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen ihre Eltern einreicht, unter den Titel «Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten» fällt.

b) Der Wortlaut der Bestimmung ist nicht eindeutig. «Kind» ist zwar einerseits die noch nicht erwachsene Person, andererseits aber auch ein unmittelbarer Nachkomme unabhängig vom Alter<sup>221</sup>. Diese zweite Bedeutung findet sich auch im ZGB wieder, so sieht beispielsweise Art. 457 Abs. 2 ZGB vor, dass die «Kinder» zu gleichen Teilen erben. In der Gesamtbetrachtung von Art. 277 ZGB wird sodann ersichtlich, dass auch der volljährige Unterhaltsberechtigte im Sinn von Art. 277 Abs. 2 ZGB noch als «Kind» betrachtet wird, denn Eltern haben einen Unterhalt zu leisten,

---

<sup>212</sup> Art. 278 Abs. 1 ZGB

<sup>213</sup> Art. 279 Abs. 1 ZGB

<sup>214</sup> BGE vom 18. Februar 2020, 4A\_595/2019, Erw. 2.3.2; BGE vom 7. Dezember 2017, 4A\_229/2017, Erw. 3.4.3

<sup>215</sup> BGE 143 III 497, 137 III 225

<sup>216</sup> BGE 139 III 371

<sup>217</sup> Art. 296 Abs. 1 ZPO

<sup>218</sup> Art. 296 Abs. 3 ZPO

<sup>219</sup> § 21 Abs. 2 ZSRG (Gesetz über die Zivil- und Strafrechtspflege, RB 271.11)

<sup>220</sup> § 20 Abs. 2 ZSRG

<sup>221</sup> Vgl. [www.duden.de/rechtschreibung/Kind](http://www.duden.de/rechtschreibung/Kind)



wenn «es» - gemeint ist das Kind<sup>222</sup> - nach seiner Volljährigkeit noch keine angemessene Ausbildung hat.

c) aa) In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wurde festgehalten, der siebte Titel des zweiten Teils vereinige die zivilprozessualen Bestimmungen über die Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten. Die entsprechenden Vorschriften des ZGB (Art. 144-147, 254, 280-284 ZGB) könnten damit aufgehoben werden. Das erste Kapitel enthalte Bestimmungen, die dem Kindeswohl dienen. Art. 290 ZPO (der heutige Art. 295 ZPO) schreibe für selbstständige Klagen - streitwertunabhängig - das vereinfachte Verfahren vor. Solche Klagen seien namentlich selbstständige Unterhaltsklagen (vgl. Art. 276 ff. ZGB), aber auch Klagen betreffend Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses. Sodann würden für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Offizialmaxime<sup>223</sup> gelten. Dies entspreche dem geltenden Recht (vgl. insbesondere Art. 133 und 145 ZGB) und der ständigen Bundesgerichtspraxis (BGE 128 III 412 f.)<sup>224</sup>.

bb) Auch die Botschaft äussert sich somit nicht ausdrücklich dazu, ob die Bestimmungen des siebten Titels auch auf Unterhaltsklagen von bereits volljährigen Kindern anzuwenden seien. Es ist der Botschaft aber zu entnehmen, dass die Regelungen der neuen ZPO den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen sowie der ständigen Bundesgerichtspraxis entsprechen sollten.

8. a) aa) Das Bundesgericht hielt in BGE 118 II 93 ff. fest, sowohl Art. 280 Abs. 2 aZGB<sup>225</sup> als auch Art. 254 Ziff. 1 aZGB<sup>226</sup> würden nach ihrem Wortlaut ausschliesslich vorsehen, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und die Beweise nach seiner freien Überzeugung zu würdigen habe. Diese verfahrensrechtlichen Vorschriften hätten ihren Grund darin, dass sowohl bei der Abstammung als auch beim Unterhalt ein erhöhtes Interesse an der materiellen Wahrheit bestehe, deren Findung gefördert werden solle. Ein besonderes, verstärktes Bedürfnis nach Schutz der Kindesinteressen bestehe zudem im Scheidungsverfahren, weil hier dem Kind selber keine Parteistellung zukomme, so dass seine Interessen in vermehrtem Masse vom Gericht gewahrt werden müssten<sup>227</sup>. Die Höhe des Unterhaltsbeitrags, der vom Elternteil, dem das Kind nicht zugewiesen werde, zu bezahlen sei, hänge wesentlich davon ab, was der das Kind unmittelbar betreuende Elternteil selber an den Kindesunterhalt beisteuern könne. Dies werde aber massgeblich verändert, wenn dem Inhaber der elterlichen Gewalt in letzter kantonaler Instanz eine Scheidungsrente verweigert oder diese erheblich gekürzt werde. Hier müsse es möglich sein, der durch das letzte kantonale Urteil bewirkten Änderung der Leistungskraft auch im

---

<sup>222</sup> BGE 127 I 206

<sup>223</sup> Gemäss dem Entwurf Art. 291 ZPO, heute Art. 296 ZPO

<sup>224</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7366

<sup>225</sup> Diese Bestimmung betraf das Verfahren in Bezug auf Kindesunterhaltsklagen; sie wurde am 1. Januar 2011 aufgehoben.

<sup>226</sup> Diese Bestimmung betraf das Verfahren zur Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses; sie wurde am 1. Januar 2011 aufgehoben.

<sup>227</sup> BGE 118 II 94 f.

Berufungsverfahren vor Bundesgericht noch Rechnung zu tragen. Mit Bezug auf die Leistungskraft der Ehegatten bildeten eben die Scheidungsrente und der Kindesunterhalt ein Ganzes, dessen einzelne Teile nicht vollständig unabhängig voneinander festgesetzt werden könnten. Verlange demgegenüber das mündige Kind Unterhalt, stelle sich die Frage nicht in gleicher Weise. Dieses Verfahren erfolge unabhängig von einem Scheidungsprozess, so dass keine unmittelbare Wechselwirkung zwischen dem Kindesunterhalt und der Höhe der Scheidungsrente entstehen könne. Auch die Interessenlage zeige sich nicht in gleicher Weise. Während die Unterhaltspflicht gegenüber dem unmündigen Kind die Regel darstelle, unterstreiche das Gesetz mit dem Erfordernis der Zumutbarkeit den Ausnahmecharakter, den die Unterhaltsleistungen gegenüber dem mündigen Kind darstellten. Dies rechtfertige es aber, dem Anspruchsberechtigten einen weniger starken prozessualen Schutz zu gewähren und die Elterninteressen stärker zu berücksichtigen<sup>228</sup>.

bb) In der Folge bestätigte das Bundesgericht mehrfach, dass die Oficialmaxime für den Prozess um Mündigenunterhalt nicht gelte<sup>229</sup>, und der Untersuchungsgrundsatz nur in einer eingeschränkten Weise anwendbar sei<sup>230</sup>.

b) aa) Unter der Geltung der Schweizerischen ZPO erwog das Bundesgericht im Entscheid vom 17. April 2013, 5A\_155/2013, der siebte Titel des zweiten Teils der ZPO vereinige die zivilprozessualen Bestimmungen über die Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten, womit die entsprechenden Vorschriften des ZGB (Art. 144-147, 254, 280-284 ZGB) hätten aufgehoben werden können. Unter dem mit «Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten» überschriebenen siebten Titel der ZPO regle Art. 295 ZPO als Grundsatz, dass für selbstständige Klagen das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) gelte. Bei der von der (volljährigen) Beschwerdegegnerin angehobenen Klage handle es sich um eine selbstständig erhobene Unterhaltsklage, die somit dem Willen des Gesetzgebers entsprechend im vereinfachten Verfahren durchzuführen sei<sup>231</sup>. Im Bundesgerichtsentscheid vom 11. Dezember 2013, 5A\_627/2013, welcher denselben Rechtsstreit betraf, trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein, soweit der Beschwerdeführer wiederum die Wahl des Verfahrens für die Beurteilung der Unterhaltsforderung sowie die Zuständigkeit des Einzelrichters beanstandete; über diese Fragen habe das Bundesgericht in seinem früheren Entscheid abschliessend befunden<sup>232</sup>.

bb) aaa) In dem am 3. Juli 2013 in Fünferbesetzung gefällten BGE 139 III 368 ff. entschied das Bundesgericht, wenn eine volljährige Person (oder an ihrer Stelle das in ihren Anspruch subrogierte Gemeinwesen) auf Bezahlung von Verwandtenunterstützungsbeiträgen klage, so sei der Prozess bei gegebenem Streitwert im ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) zu führen.

---

<sup>228</sup> BGE 118 II 95

<sup>229</sup> BGE vom 31. Mai 2005, 5C.53/2005, Erw. 4.3; vgl. BGE vom 27. Januar 2004, 5C.238/2003, Erw. 1

<sup>230</sup> BGE vom 3. September 2007, 5A\_266/2007, Erw. 3.2.3

<sup>231</sup> BGE vom 17. April 2013, 5A\_155/2013, Erw. 2.4

<sup>232</sup> BGE vom 11. Dezember 2013, 5A\_627/2013, Erw. 1.3

bbb) Dabei erwog das Bundesgericht, die Materialien würden sich nicht zum Fall äussern, dass der Anspruch einer volljährigen Person strittig sei. Falls er nach Ansicht des Gesetzgebers unter Art. 295 f. ZPO fallen sollte, so würde jedenfalls die in der Botschaft vertretene Ansicht nicht zutreffen, dass durch die Anordnung der uneingeschränkten Untersuchungs- und der Officialmaxime bloss der bisherige Rechtszustand weitergeführt würde. Vielmehr käme es durch die Unterstellung unter Art. 295 f. ZPO zu einer Neuausrichtung des Verfahrens für volljährige Personen. Dass solche Änderungen gewollt gewesen wären, lasse sich den Gesetzgebungsarbeiten nicht entnehmen. Hingegen gebe die Botschaft zu erkennen, dass Art. 295 f. ZPO dem Kindeswohl hätte dienen sollen. Dies lasse es fraglich erscheinen, ob sich diese Normen nach ihrem Zweck überhaupt auf Volljährige bezögen und auf sie zugeschnitten seien<sup>233</sup>.

ccc) Weiter wandte sich das Bundesgericht auch dagegen, für die Klage des Volljährigen zwar grundsätzlich das Verfahren gemäss Art. 295 f. ZPO gelten zu lassen, aber diejenigen prozessualen Besonderheiten von Art. 295 f. ZPO nicht anzuwenden, die auch im früheren Recht für die Klage des Volljährigen gemäss Rechtsprechung und Lehre nicht gegolten hätten. Gemäss Bundesgericht würde damit zwar die bisherige Lösung im Ergebnis fortgeführt, jedoch würde zugleich ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage und ohne Not ein weiteres Spezialverfahren in die ZPO eingeführt. Da die verschiedenen Verfahrensarten in der ZPO grundsätzlich abschliessend aufgeführt seien, gelte es, solches im Interesse der Klarheit der ZPO und der Rechtssicherheit zu vermeiden<sup>234</sup>.

ddd) Kämen die neuen Bestimmungen über die Unterhaltsklage des Kindes in der ZPO aus den genannten Gründen für die Ansprüche volljähriger Personen nicht in Betracht, so bestehe keine Grundlage, stattdessen an Art. 243 ff. ZPO anzuknüpfen. Es bleibe somit zur Beurteilung dieser Ansprüche einzig das ordentliche Verfahren gemäss Art. 219 ff. ZPO<sup>235</sup>. Die mit dem vereinfachten Verfahren verbundenen Abweichungen vom ordentlichen Verfahren (zum Beispiel hinsichtlich der Form der Klage<sup>236</sup> oder der verstärkten Fragepflicht<sup>237</sup>) hätten prozessökonomische Funktion (Entlastung von Parteien und Gerichten, Prozessbeschleunigung), dienten dem Schutz der schwächeren Partei (soziale Funktion) und sollten das Verfahren allgemein laienfreundlich gestalten. Bei der Unterhaltsklage des Kindes würden im Interesse des Kindeswohls diese Schutzgedanken durch die Anordnung des unbeschränkten Untersuchungs- und des Officialgrundsatzes<sup>238</sup> noch verstärkt, wobei die Unterschiede zum «normalen» vereinfachten Verfahren (gemäss Art. 243 ff. ZPO) oder sogar zum ordentlichen Verfahren (Art. 219 ff. ZPO) auch nicht überschätzt werden dürften. Dass der Volljährige, der Unterhalts- oder eben Verwandtenunterstützungsbeiträge verlange, keines derart ausgebauten prozessualen Schutzes bedürfe, sei

---

<sup>233</sup> BGE 139 III 375 f.

<sup>234</sup> BGE 139 III 376 f.

<sup>235</sup> BGE 139 III 377

<sup>236</sup> Art. 244 ZPO

<sup>237</sup> Art. 247 Abs. 1 ZPO

<sup>238</sup> Art. 296 ZPO

in BGE 118 II 93 bereits dargelegt worden. Klage der volljährige Unterstützungsbedürftige selber, so könne seiner finanziellen Schwäche und allfälligen prozessualen Unerfahrenheit durch Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ein Stück weit abgeholfen werden<sup>239</sup>.

cc) Mit der Frage, ob eine Unterhaltsklage des volljährigen Kindes im vereinfachten oder im ordentlichen Verfahren zu behandeln sei, befasste sich das Bundesgericht - soweit ersichtlich - in der Folge nicht mehr. In einem unpublizierten Entscheid vom 9. Oktober 2017 erwog es jedoch<sup>240</sup>, die *Offizialmaxime* von Art. 296 Abs. 3 ZPO gelte für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten nach dem siebten Titel des zweiten Teils der ZPO. In Anbetracht der Rechtsprechung zu Art. 280 Abs. 2 aZGB, welcher in die ZPO übernommen worden sei, gelte aber Art. 296 Abs. 3 ZPO nicht in Bezug auf Unterhaltsklagen von volljährigen Kindern, da ein erhöhter Schutz in diesem Fall nicht gerechtfertigt sei<sup>241</sup>.

c) aa) In Anbetracht dieser Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass gemäss Auffassung des Bundesgerichts das vereinfachte Verfahren nach den Bestimmungen von Art. 295 f. ZPO weder für die Verwandtenunterstützungsklage im Sinn von Art. 328 ff. ZGB noch für die Unterhaltsklage eines volljährigen Kindes gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB anwendbar ist<sup>242</sup>.

bb) Dass das Bundesgericht im Entscheid 5A\_155/2013 gegenteilig entschied, vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Das Bundesgericht verwies in diesem Entscheid, den es vor dem Grundsatzentscheid und in Dreierbesetzung fällte, lediglich auf die Gesetzesbestimmungen und die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung. Es befasste sich weder mit seiner früheren Rechtsprechung zum Mündigenunterhalt noch mit der juristischen Literatur dazu. Weiter hatte sich das Bundesgericht auch nicht primär mit der Frage zu befassen, ob das vereinfachte Verfahren anwendbar sei, sondern ob für die erstinstanzliche Beurteilung der Unterhaltsklage der Beschwerdegegnerin der Einzelrichter oder die Abteilung des Bezirksgerichts zuständig gewesen wäre und daher eine willkürliche Anwendung von § 35 Abs. 1 lit. b des Luzerner OGB<sup>243</sup> vorliege<sup>244</sup>.

---

<sup>239</sup> BGE 139 III 377 f.

<sup>240</sup> Unter Hinweis auf BGE 118 II 93 und auf die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung

<sup>241</sup> BGE vom 9. Oktober 2017, 5A\_524/2017, Erw. 3.1

<sup>242</sup> Ebenso: Marzan/Steck, Basler Kommentar, 3.A., Art. 295 ZPO N. 5 und Art. 296 ZPO N. 5; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Dezember 2014, LZ140010, in: ZR 2015 Nr. 77 S. 285; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. März 2018, PC180006, Erw. 4.3; vgl. Ceregato, Der Vorentwurf zur Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung - Übersicht und Würdigung, in: Jusletter 10. September 2018 N. 131; a.M. Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., N. 1281; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2.A., N. 11.250; Bachofner/Pesenti, Aktuelle Fragen zum Unterhaltsprozess von Volljährigen, in: FamPra.ch 2016 S. 631; ferner Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 30. Oktober 2018, ZK 17 340, in: FamPra.ch 2019, S. 680 ff., wonach Art. 295 ZPO auch auf Verfahren betreffend Unterhaltsansprüche Volljähriger Anwendung finde, wobei der Untersuchungsgrundsatz und die *Offizialmaxime* nicht gelten würden.

<sup>243</sup> Gesetz über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil- und Strafsachen, SRL 260

cc) Soweit sich die juristische Lehre kritisch gegenüber BGE 139 III 368 ff. äusser- te, so beanstandete sie im Wesentlichen, aufgrund der Schutzbedürftigkeit des volljährigen Kindes sei es sachgerecht, das vereinfachte Verfahren anzuwenden<sup>245</sup>. Wie das Bundesgericht aber in BGE 139 III 368 ff. festhielt, kann der finanziellen Schwäche des volljährigen Kindes und seiner allfälligen prozessualen Unerfahrenheit durch Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands ein Stück weit abgeholfen werden<sup>246</sup>. Weiter gilt auch im ordentlichen Verfahren die richterliche Fragepflicht<sup>247</sup>, und das Gericht kann jederzeit Instruktionsverhandlungen durchführen<sup>248</sup>.

d) An der Auffassung, dass Unterhaltsklagen eines volljährigen Kindes nicht unter Art. 295 ZPO fallen, ändert auch die vorgesehene Revision der ZPO nichts. Der Vorentwurf zur Revision sah zwar für die selbstständigen Unterhaltsklagen von Kindern das vereinfachte Verfah- ren ausdrücklich ungeachtet ihrer Volljährigkeit vor<sup>249</sup>, und gemäss der Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung gilt dies auch für den Entwurf<sup>250</sup>, auch wenn dies im Unter- schied zum Vorentwurf nicht mehr ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut hervorgehe<sup>251</sup>. Dies kann jedoch im hier zu entscheidenden Verfahren nicht massgebend sein, denn die entsprechen- den Bestimmungen sind noch nicht in Kraft, und es steht noch nicht einmal fest, wie die revidierte ZPO dereinst aussehen wird.

9. a) Zusammenfassend sind selbstständige Unterhaltsklagen volljähriger Kinder gegen ihre Eltern gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts im ordentlichen Verfahren zu behan- deln; das vereinfachte Verfahren kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.00 nicht erreicht ist<sup>252</sup>.

b) Die Vorinstanz bezifferte den Streitwert - gestützt auf die Angaben der Berufungsbe- klagten - auf «mindestens Fr. 42'000.00».

c) Demzufolge ist der Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Sache an das ört- lich und sachlich zuständige Bezirksgericht in Dreierbesetzung<sup>253</sup> zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird noch einmal eine Hauptverhandlung durchzuführen haben, sofern die Parteien nicht gemein-

---

<sup>244</sup> BGE vom 17. April 2013, 5A\_155/2013, Erw. 2.1

<sup>245</sup> Schweighauser, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasen- böhler/Leuenberger), 3.A., Art. 295 N. 10; Pfänder/Baumann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 295 N. 2; vgl. Bachofner/Pesenti, S. 631

<sup>246</sup> BGE 139 III 377 f.

<sup>247</sup> Art. 56 ZPO

<sup>248</sup> Art. 226 Abs. 1 ZPO

<sup>249</sup> Neuer Art. 295 Abs. 2 VE-ZPO: «Für selbstständige Unterhaltsklagen von Kindern gilt ungeachtet ihrer Volljährigkeit das vereinfachte Verfahren.»

<sup>250</sup> Art. 295 E-ZPO: «Für selbstständige Klagen über Kinderbelange sowie über den Unterhalt von Kindern gilt das vereinfachte Verfahren.»

<sup>251</sup> Botschaft, S. 71, vgl. <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/aenderung-zpo/bot-d.pdf>

<sup>252</sup> Art. 243 Abs. 1 ZPO

<sup>253</sup> § 21 Abs. 2 ZSRG

sam auf die Durchführung verzichten<sup>254</sup>. Die Hauptverhandlung findet vor dem gesamten Spruchkörper des Gerichts statt; eine Delegation an den Instruktionsrichter ist unzulässig<sup>255</sup>.

Obergericht, 2. Abteilung, 5. Mai 2020, ZBR.2019.43

---

<sup>254</sup> Art. 233 ZPO

<sup>255</sup> Killias, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 228 ZPO N. 3

## 15. Keine Nachfrist für Gesuchsantwort im summarischen Verfahren, insbesondere beim Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO (Art. 147, 219, 223 Abs. 1 ZPO)

1. Die Vorinstanz setzte der Berufungsklägerin Frist zur Einreichung der Gesuchsantwort an, verbunden mit dem Hinweis, dass die Fristen in diesem Verfahren während der Gerichtsferien nicht stillstehen würden und bei Säumnis aufgrund der Akten entschieden werde. Die Berufungsklägerin liess sich innert der angesetzten Frist nicht vernehmen. Umstritten ist, ob die Vorinstanz der Berufungsklägerin in Anwendung von Art. 219 und 223 Abs. 1 ZPO eine Nachfrist zur Stellungnahme hätte ansetzen müssen oder sie gestützt auf die angedrohten Säumnisfolgen im Sinn von Art. 147 ZPO einen Entscheid fällen durfte.

2. a) Die Berufungsklägerin beruft sich auf Art. 223 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht bei versäumter Klageantwort der beklagten Partei eine kurze Nachfrist setzt. Diese Bestimmung findet sich im dritten Titel der ZPO. Die Bestimmungen dieses Titels gelten nach Art. 219 ZPO für das ordentliche Verfahren sowie sinngemäss für sämtliche anderen Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Der Berufungsbeklagte ersuchte um Ausweisung der Berufungsklägerin im Rahmen des Rechtsschutzes in klaren Fällen. Anwendbar ist dementsprechend das summarische Verfahren<sup>256</sup>. Zu prüfen ist daher, ob Art. 223 Abs. 1 ZPO auch im summarischen Verfahren, insbesondere beim Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, Anwendung findet.

b) Entgegen der vom Berufungsbeklagten zitierten N. 452 vertritt Bachofner<sup>257</sup> eine differenzierte Meinung. Wohl hält sie fest, dass bei Säumnis des Beklagten der Sachverhalt im Sinn von Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO unbestritten sei. Das Gericht könne dann grundsätzlich aufgrund der Akten und damit anhand der Äusserungen des Gesuchstellers und der von ihm eingereichten Unterlagen entscheiden. Wann allerdings der Gesuchsgegner als säumig zu betrachten ist, wird damit nicht gesagt. Zu dieser Frage führt Bachofner aus, es sei in der Lehre umstritten, ob dem Gesuchsgegner im summarischen Verfahren eine (kurze) Nachfrist zu setzen sei, wenn innert Frist keine Stellungnahme eingehe. Nach dem Wortlaut von Art. 219 ZPO seien die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens - also auch Art. 223 Abs. 1 ZPO - sinngemäss auch für sämtliche anderen Verfahren anwendbar, wenn das Gesetz nichts anderes bestimme. Dem stehe im Verfahren um Rechtsschutz in klaren Fällen das Beschleunigungsgebot des Summarverfahrens gegenüber. Ein Teil der Lehre spreche sich für eine (sehr kurze) Nachfrist aus. Das Bundesgericht nehme eine differenzierende Perspektive ein und habe zumindest entschieden, dass im summarischen provisorischen Rechtsöffnungsverfahren keine Nachfrist eingeräumt werden müsse. Ob dies auch für die Mieterausweisung im Rechtsschutz in klaren Fällen gelten solle, sei bislang noch offen. Zu bedenken sei, dass dem Schuldner bei einem gutgeheissenen provisorischen Rechtsöffnungsge such die Aberkennungsklage offen stehe, während bei der Mieterausweisung nur noch ein

---

<sup>256</sup> Art. 248 lit. b ZPO

<sup>257</sup> Bachofner, Die Mieterausweisung, Zürich/St. Gallen 2019, S. 245

Rechtsmittel eingelegt werden könne, wobei der Gesuchsgegner seine versäumten Vorbringen in der Regel nicht nachholen dürfte. Die Tragweite des Ausweisungsentscheids, welcher (anders als insbesondere der Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme) der materiellen Rechtskraft fähig sei, müsse gegen das Beschleunigungsgebot im summarischen Verfahren abgewogen werden. Im Fall der Mieterausweisung trete nach der hier vertretenen Auffassung Letzteres grundsätzlich gegenüber Ersterem zurück. Jedoch könne sich, namentlich im Fall einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs, wo sich der Schaden des Vermieters mit zunehmender Verfahrensdauer vergrössere, ebenso wie bei ausserordentlicher Kündigung wegen Unzumutbarkeit, die Gewichtung gegen eine Nachfristeinräumung verschieben<sup>258</sup>.

c) Auch der vom Berufungsbeklagten zitierte Spichtin<sup>259</sup> setzt sich nur oberflächlich beziehungsweise gar nicht mit der hier interessierenden Frage auseinander. So sei gemäss Art. 147 Abs. 1 ZPO eine Partei säumig, wenn sie eine Prozesshandlung nicht fristgerecht vornehme oder zu einem Termin nicht erscheine. An die Nichtbeachtung einer Frist oder eines Termins werde als Grundsatz die Präklusivwirkung geknüpft, das heisse, das Verfahren werde nach der allgemeinen Säumnisfolge von Art. 147 Abs. 2 ZPO ohne die versäumte Prozesshandlung weitergeführt. Die ZPO enthalte jedoch zahlreiche Normen, die Art. 147 Abs. 2 ZPO als «leges speciales» vorgingen, so zum Beispiel Art. 206 und Art. 234 ZPO. Im summarischen Verfahren seien die Säumnisfolgen nicht ausdrücklich geregelt. Sinngemäss gälten daher die allgemeinen Vorschriften von Art. 147 ZPO. Mit der Frage, ob Art. 223 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangt, befasst sich der Autor nicht.

d) Gozzi<sup>260</sup> vertritt im Basler Kommentar zu Art.147 ZPO die Meinung, dass an die Nichtbeachtung einer Frist oder eines Termins als Grundsatz eine Präklusivwirkung geknüpft werde. Die säumige Partei sei mit der prozessualen Handlung, die sie bis zum Ablauf der Frist oder bis zum Termin hätte vornehmen sollen, ausgeschlossen und könne diese Handlung nicht mehr nachträglich nachholen. In diesem Sinn halte Art. 147 Abs. 2 ZPO fest, dass das Verfahren - vorbehältlich der gesetzlich statuierten Ausnahmen - ohne die versäumte Prozesshandlung fortgesetzt werde. Mit dieser Rechtsfolge solle verhindert werden, dass eine säumige Partei das Verfahren zulasten der anderen Partei verzögern könne. Die Säumnisfolge trete als unmittelbare Fortsetzung des Verfahrens ohne Nachfrist sofort ein. Die Säumnisfolgen seien zwingender Natur, weshalb es dem Gericht - abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen - verwehrt sei, bei Säumnis einer Partei eine Nachfrist anzusetzen beziehungsweise neu vorzuladen. Die Säumnisfolgen im Sinn von Art. 147 ZPO gälten grundsätzlich sowohl im ordentlichen (Art. 219 ff. ZPO), dem vereinfachten (Art. 243 ff. ZPO) als auch dem summarischen (Art. 248 ff. ZPO) Verfah-

---

<sup>258</sup> Bachofner, S. 270 f.

<sup>259</sup> Spichtin, Der Rechtsschutz in klaren Fällen nach Art. 257 ZPO, Basel 2012, N. 156

<sup>260</sup> Gozzi, Basler Kommentar, 3.A. Art. 147 ZPO N. 14



ren. Werde im summarischen Verfahren ein Schriftenwechsel durchgeführt, so finde Art. 223 Abs. 1 ZPO (kurze Nachfristansetzung) keine Anwendung.

e) Ebenfalls im Basler Kommentar referiert Mazan<sup>261</sup> zu Art. 253 ZPO, das Gesetz stelle in Bezug auf die Durchführung des summarischen Verfahrens nur rudimentäre Grundsätze auf und überlasse die Durchführung des Verfahrens im Einzelfall weitgehend dem Ermessen des Gerichts. Die offene Regelung erlaube es der richterlichen Prozessleitung, den sehr unterschiedlichen Verhältnissen im Einzelfall Rechnung zu tragen. Es sei offensichtlich, dass sich Angelegenheiten wie das gerichtliche Verbot (Art. 258 ff. ZPO) und das Eheschutzverfahren (Art. 271 ZPO), Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 248 lit. e ZPO) und der Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ZPO) fundamental unterscheiden würden, obwohl sie alle dem summarischen Verfahren unterstünden. Detaillierte Verfahrensregelungen, die sich für alle summarischen Verfahren in ihren unterschiedlichsten Ausprägungen eignen würden, seien nicht möglich. Vielmehr sei es Sache des Gerichts, die geeigneten prozessleitenden Anordnungen zu treffen, die dem Einzelfall gerecht würden. Wenn nicht eine mündliche Verhandlung gesetzlich vorgeschrieben sei (Art. 256 Abs. 1 i.V.m. Art. 273 Abs. 1 ZPO [eherechtliche Angelegenheiten im summarischen Verfahren]), entscheide das Gericht entsprechend den Verhältnissen im Einzelfall, ob das Verfahren schriftlich als Aktenprozess oder mit mündlicher Verhandlung geführt werde. Wenn sich der Richter für einen Aktenprozess entscheide, stelle er das Gesuch der Gegenpartei zu und setze ihr eine angemessene Frist zur schriftlichen Stellungnahme an (Art. 253 ZPO). Grundsätzlich sei das summarische Verfahren mit der Erstattung der Stellungnahme abgeschlossen<sup>262</sup>. Die Säumnisfolgen für den Fall, dass der Gesuchsgegner die schriftliche Stellungnahme nicht einreiche, seien schwierig zu beurteilen. In der ersten Auflage sei die Auffassung vertreten worden, dass dem Gesuchsgegner eine kurze Nachfrist zur Einreichung der schriftlichen Stellungnahme anzusetzen sei (Art. 223 ZPO analog). Nach der aktuellen Rechtsprechung sei jedoch geklärt, dass im Rechtsöffnungsverfahren bei Säumnis des Gesuchsgegners sogleich zu entscheiden und keine Nachfrist nach Art. 223 ZPO anzusetzen sei; dabei argumentiere das Bundesgericht hauptsächlich mit dem im Rechtsöffnungsverfahren zu beachtenden Beschleunigungsgebot. Aufgrund der Begründung des Bundesgerichts sei jedoch alles andere als klar, ob diese strengen Säumnisfolgen auch für andere Summarverfahren gälten. Das Bundesgericht deute nämlich an, es gebe Gründe dafür, dass auch im summarischen Verfahren dieselben Verfahrensgarantien wie im ordentlichen Verfahren zu beachten seien; es werde deshalb die Auffassung vertreten, dass zumindest in den atypischen Summarverfahren, die zu einem materiell rechtskräftigen Urteil führten, vor dem Entscheid eine Nachfrist anzusetzen sei (Art. 223 Abs. 1 ZPO analog). Hingegen werde es vertretbar sein, beispielsweise bei vorsorglichen Massnahmen, die nicht in Rechtskraft erwachsen würden (Art. 268 ZPO) und für die eine besondere Prozessbeschleunigung geboten sei, bei Säumnis des Gesuchsgegners wie beim

---

<sup>261</sup> Mazan, Basler Kommentar, 3.A., Art. 253 ZPO N. 11

<sup>262</sup> Mazan, Art. 253 ZPO N. 14 f.

Rechtsöffnungsverfahren sogleich aufgrund der Akten zu entscheiden (Art. 223 Abs. 2 ZPO analog)<sup>263</sup>.

f) Leuenberger<sup>264</sup> vertritt die Auffassung, dass im summarischen Verfahren eine Nachfrist nicht zwingend anzusetzen sei. Bei Dringlichkeit könne angenommen werden, die Natur des summarischen Verfahrens verlange, dass die Frist zur Gesuchsantwort mit Androhung der Verwirklichungsfolge angesetzt werden könne (Art. 147 Abs. 3 ZPO), das heisse mit der Androhung, dass entschieden werde, auch wenn der Gesuchsgegner keine Antwort einreiche. Nach BGE 138 III 483 werde Art. 223 ZPO insbesondere im Rechtsöffnungsverfahren nicht angewandt. Bei der Aufforderung zur Stellungnahme sei aber nach Art. 147 Abs. 3 ZPO auf die Säumnisfolgen hinzuweisen.

g) Klingler<sup>265</sup> räumt ein, dass dem Gesuchsgegner, wenn er entgegen der Anordnung des Gerichts innert Frist keine Stellungnahme zum Gesuch einreiche, nach der in der ZPO vorgesehenen Regelung gemäss auf Art. 219 i.V.m. Art. 223 und Art. 253 ZPO eine Nachfrist für die Einreichung der Stellungnahme zu setzen wäre. Dies würde aber dem Zweck der Prozessbeschleunigung im summarischen Verfahren widersprechen. So hätte es der Gesuchsgegner in der Hand, das Verfahren zu verzögern. Für das Rechtsöffnungsverfahren habe das Bundesgericht unter Verweis auf die Eigenheiten des Rechtsöffnungsverfahrens in diesem Sinn entschieden und festgehalten, dass im Rechtsöffnungsverfahren dem säumigen Rechtsöffnungsbeklagten keine Nachfrist im Sinn von Art. 223 ZPO einzuräumen sei. Dies habe auch in den übrigen summarischen Verfahren zu gelten. Entsprechend der Vorgabe von Art. 147 Abs. 3 ZPO habe das Gericht den Gesuchsgegner bei Zustellung des Gesuchs zur Stellungnahme auf die Säumnisfolgen aufmerksam zu machen. Dies bedeute, dass das Gericht gestützt auf die Vorbringen des Gesuchstellers zu entscheiden habe, da im summarischen Verfahren grundsätzlich die Dispositions- und Verhandlungsmaxime gelte.

h) Im bereits mehrfach zitierten einzigen Bundesgerichtsentscheid BGE 138 III 483 zu dieser Frage ging es um ein im summarischen Verfahren durchzuführendes Rechtsöffnungsverfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung. Dabei erwog das Bundesgericht, dass Art. 219 ZPO Raum lasse, um Art. 223 ZPO im summarischen Verfahren nicht anzuwenden. Die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens würden für andere Verfahren lediglich sinngemäss für anwendbar erklärt, das heisse, die Abweichungen könnten sich direkt aus dem Gesetz ergeben oder aber durch die Natur eines besonderen Verfahrens bedingt sein. Das Obergericht habe die Nichtanwendung von Art. 223 ZPO im summarischen Verfahren für das Rechtsöffnungsverfahren damit begründet, dass der Rechtsöffnungsentscheid nicht in materielle Rechtskraft trete und es bei der provisorischen Rechtsöffnung im Wesentlichen um die Parteirollenverteilung mit Blick auf ein

---

<sup>263</sup> Mazan, Art. 253 ZPO N. 16

<sup>264</sup> Leuenberger, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 223 N. 8

<sup>265</sup> Klingler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 252 N. 22 f.

nachfolgendes ordentliches Verfahren gehe. Richtig sei, dass der Rechtsöffnungsentscheid über den materiellen Bestand der Betreibungsforderung nichts aussage. Die Beschwerdeführerin wende jedoch ein, dass die Folgen des Rechtsöffnungsentscheids nicht unerheblich seien. Dies treffe auf den Fall zu, in dem nach der provisorischen Rechtsöffnung keine Aberkennungsklage eingereicht werde, denn die Betreibung könne wie gestützt auf ein Zivilurteil fortgesetzt werden, was für die Auffassung spreche, dass im Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung dieselben Verfahrensgarantien wie im ordentlichen Zivilverfahren gelten sollten, das heisse, dass Art. 223 ZPO bei versäumter Stellungnahme anzuwenden sei. Die Vorinstanz habe die Nichtanwendung von Art. 223 ZPO im summarischen Verfahren für die Rechtsöffnung mit der gesetzlich gebotenen Prozessbeschleunigung begründet, welche Überlegung ausschlaggebend sei. Gemäss Art. 84 Abs. 2 SchKG gebe der Rechtsöffnungsrichter dem Betriebenen sofort nach Eingang des Gesuchs Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme und eröffne danach innert fünf Tagen den Entscheid. Die Zeitvorgaben gründeten auf der Überlegung, dass es der Schuldner nicht in der Hand haben sollte, durch Unterlassen oder Erheben des Rechtsvorschlags gleichzeitig betreibende Gläubiger zu bevorzugen beziehungsweise zu benachteiligen. Dem Gläubiger sollte die Möglichkeit gegeben werden, innerhalb der dreissigtägigen Anschlussfrist von Art. 110 SchKG den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen und zumindest provisorisch<sup>266</sup> an der Pfändung der anderen Gläubiger teilnehmen zu können. Diesen Schutz zu gewähren sei der Zweck des summarischen Rechtsöffnungsverfahrens. Daran ändere nichts, dass die in Art. 84 Abs. 2 SchKG genannten Zeitvorgaben lediglich Ordnungsfristen darstellten. Eine Möglichkeit des Schuldners, die Frist zur Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch zu versäumen und Nachfrist zu erhalten, widerspreche dem Zweck, dem Gläubiger die Anschlussfrist gewährleisten zu wollen. Die im Gesetz vorgesehene Beschleunigung des Rechtsöffnungsverfahrens bedinge, die Rechte des Gesuchsgegners bei versäumter Stellungnahme enger zu fassen als im ordentlichen Zivilverfahren und daher Art. 223 ZPO in diesem summarischen Verfahren nicht anzuwenden.

i) Zusammengefasst kann somit festgehalten werden, dass im summarischen Verfahren nicht zwingend eine Nachfrist zur Gesuchsantwort im Sinn von Art. 223 ZPO anzusetzen ist, sondern der Richter im Einzelfall zu entscheiden hat, ob dem Aspekt der Dringlichkeit oder der Tragweite des Entscheids höheres Gewicht beizumessen ist. Sollte im Einzelfall im summarischen Verfahren zudem eine Nachfrist zu Unrecht nicht angesetzt worden sein, so wäre ein Tatbestand von Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO gegeben und die neuen Tatsachen und Beweismittel wären vor der Rechtsmittelinstanz zu hören. Folglich würde in diesem Fall eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs im Berufungsverfahren geheilt. Im Verfahren zur Ausweisung von Mietern und Pächtern zufolge Zahlungsverzugs dürfte jedoch wohl dem zeitlichen Aspekt erhöhte Bedeutung zukommen, da ansonsten der Vermieter der Möglichkeit beraubt würde, die ihm vom Mietrecht für den Fall des Zahlungsverzugs zur Verfügung gestellten ausserordentlichen kurzfristigen Kündigungsmöglichkei-

---

<sup>266</sup> Art. 83 Abs. 1 SchKG

ten zu nutzen, um weiteren finanziellen Schaden abzuwenden. Die Vorinstanz hat somit zu Recht der Berufungsklägerin keine Nachfrist zur Gesuchsantwort eröffnet und die Streitsache gestützt auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten beurteilt. In besonderen Fällen müsste der Mieter im Übrigen wohl auf die Möglichkeit zur Stellung eines Wiederherstellungsgesuchs verwiesen werden. Von dieser Möglichkeit hat die Berufungsklägerin offenbar auch Gebrauch gemacht, wobei ein Wiederherstellungsgesuch nicht (mehr) Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist.

Obergericht, 1. Abteilung, 9. April 2020, ZBS.2020.8

## 16. Anforderung an die Berufungs- und Anschlussberufungsbegründung (Art. 310, 311 Abs. 1, 55, 57 ZPO)

1. Mit Berufung kann gemäss Art. 310 ZPO sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Die Berufungsinstanz kann eine freie Sachverhaltsprüfung vornehmen. Sie ist nicht an die Sachverhaltsprüfung der Vorinstanz gebunden. Sie hat aber die Verhandlungs- beziehungsweise die Dispositionsmaxime zu beachten. Eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts liegt vor, wenn das Gericht seinen Entscheid auf einen Sachverhalt stützt, der aktenmässig nicht sauber belegt ist<sup>267</sup>.

2. a) Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Sie hat die Berufungsanträge zu enthalten<sup>268</sup>. Der Berufungskläger hat sich zudem mit den Entscheidungsgründen, das heisst mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids, im Einzelnen auseinanderzusetzen<sup>269</sup>. Die Parteien haben die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid innert der Berufungs- beziehungsweise Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue Beanstandungen vorzutragen<sup>270</sup>.

Diese und die anschliessend dargelegten Grundsätze gelten auch für die Anschlussberufungsbegründung.

b) Mit der Begründung erläutert der Berufungskläger, weshalb er das erstinstanzliche Urteil bezüglich der angefochtenen Punkte für unrichtig hält beziehungsweise worauf er die gestellten Berufungsanträge stützt. Die Begründung enthält somit tatsächliche und/oder rechtliche Erörterungen, indem dargelegt wird, auf welche Sachverhaltselemente beziehungsweise Rechtsgrundlagen sich die Berufungsanträge stützen. Allerdings hat weder die Berufungsschrift noch die Klageschrift zwingend eine rechtliche Begründung zu enthalten. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen im Sinn von Art. 57 ZPO. Aufgrund des Prinzips «iura novit curia» gilt im schweizerischen Zivilprozessrecht, dass eine Partei keine Nachteile erleidet, wenn sie von der Möglichkeit, dem Gericht ihre Rechtsauffassung darzulegen, keinen Gebrauch macht<sup>271</sup>. Die Partei hat sich aber in ihrer Rechtsschrift substantiiert mit den Urteilsabwägungen in den angefochtenen Punkten auseinanderzusetzen. Eine allgemein gehaltene Bestreitung genügt nicht. Es ist Aufgabe des Berufungsklägers, im Rahmen der Begründung seiner Rechtsschrift die Umstände genau zu bezeichnen und allenfalls dafür konkrete Beweise anzubieten, aus denen er

---

<sup>267</sup> Spühler, Basler Kommentar, 3.A., Art. 310 ZPO N. 7 ff.

<sup>268</sup> Sterchi, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 311 ZPO N. 14; Reetz/Theiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 311 N. 34; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N. 872; RBOG 2015 Nr. 15 Erw. 2a

<sup>269</sup> Reetz/Theiler, Art. 311 ZPO N. 36

<sup>270</sup> BGE 142 III 417; BGE vom 6. September 2016, 5A\_111/2016, Erw. 5.3; Hungerbühler/Bucher, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 311 N. 33

<sup>271</sup> Seiler, N. 893

seine Kritik ableitet beziehungsweise aus denen eine von der Vorinstanz abweichende Rechtsfindung resultieren soll<sup>272</sup>.

c) Nach Art. 57 ZPO wendet das Gericht das Recht von Amtes wegen an. Die Rechtsanwendung besteht in der Feststellung des anzuwendenden Rechts und in der Anwendung dieses objektiven Rechts auf den konkreten Sachverhalt. Dies gilt auch im Berufungsverfahren. Das Berufungsgericht behandelt grundsätzlich aber nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Demgegenüber ist es Sache der Parteien, dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweise anzugeben<sup>273</sup>. Welche Tatsachen zu behaupten sind, hängt vom Tatbestand der Norm ab, auf den der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird. Ein Berufungsverfahren zeichnet sich sodann dadurch aus, dass bereits eine gerichtliche Beurteilung der Sache vorliegt. Mit Blick auf die Begründungspflicht nach Art. 311 ZPO muss in diesem Verfahren daher aufgezeigt werden, inwieweit der angefochtene Entscheid fehlerhaft ist. Entsprechend ist anhand der erstinstanzlich festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht aufrechterhalten lassen. Die Berufungsantwort hat den gleichen Begründungsanforderungen zu genügen wie die Berufung<sup>274</sup>.

d) In der Begründung ist somit darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss. Im Vorentwurf zur ZPO wurde von der «Begründungslast» des Berufungsklägers gesprochen, was als Einführung des Rügeprinzips verstanden und als zu streng kritisiert wurde. Das Erfordernis einer Begründung darf nicht mit dem Rügeprinzip verwechselt werden. Es geht in der Begründung nicht darum, dass der Berufungskläger bestimmte Normen präzise anruft und konkret aufzeigt, inwiefern die angerufenen Normen verletzt worden sind, sondern darum, dass er der Rechtsmittelinstanz durch zusätzliche Ausführungen zu den Berufungsanträgen seine Überlegungen hinsichtlich des angefochtenen Entscheids mitteilt und so zu einer effizienten Justiz beiträgt. Die Anforderungen sind abhängig von der Verfahrensart, auf welcher der angefochtene Entscheid beruht. Im vereinfachten Verfahren genügt eine kurze und einfache Begründung. Im ordentlichen Verfahren darf eine etwas ausführlichere Begründung verlangt werden. Sie soll sich sachbezogen mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen und nicht einzig die eigenen Ausführungen vor der ersten Instanz wiederholen. Rein appellatorische Kritik, wonach der angefochtene Entscheid falsch oder rechtswidrig oder man damit nicht einverstanden sei, ist ungenügend. Für das Ausmass der Begründung ist auch von Bedeutung, wie das vorinstanzliche Verfahren durchgeführt und wie ausführlich der vorinstanzliche Entscheid begründet wurde. Für Laien gelten nicht gleich strenge Anforderungen wie für Anwälte<sup>275</sup>. Gestützt auf den Grundsatz «iura novit curia» muss die Berufungsinstanz ihre

---

<sup>272</sup> Seiler, N. 896 f.

<sup>273</sup> Art. 55 Abs. 1 ZPO

<sup>274</sup> BGE vom 12. Februar 2020, 5A\_71/2019, Erw. 3.3.2

<sup>275</sup> Hungerbühler/Bucher, Art. 311 ZPO N. 30 ff.

Überprüfung indessen nicht darauf beschränken, ob die vom Berufungskläger geltend gemachten Mängel im Einzelnen vorhanden sind beziehungsweise ob die Berufungsanträge in zutreffender Weise begründet wurden. Vielmehr hat die Berufungsinstanz von Amtes wegen zu entscheiden, ob die Berufungsanträge im Ergebnis begründet sind oder nicht. Die Berufungsinstanz kann somit sämtliche noch im Streit liegenden Punkte frei beziehungsweise unbeschränkt prüfen und auf Gesichtspunkte eingehen, die von den Parteien nicht genannt wurden<sup>276</sup>. Das Obergericht ist aber nicht gehalten, den erstinstanzlichen Entscheid losgelöst von konkreten Anhaltspunkten in der Berufungsbegründung von sich aus in jede Richtung hin auf mögliche Mängel zu untersuchen, die eine Gutheissung des Rechtsmittels ermöglichen könnten<sup>277</sup>. Es hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung<sup>278</sup> gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken<sup>279</sup>.

e) Damit muss der Berufungskläger für die Berufungsinstanz nachvollziehbar darlegen, welche Punkte des angefochtenen Entscheids aus welchem Grund falsch sein sollen; insofern sind auch entsprechende Verweise auf die nach Auffassung des Berufungsklägers unzutreffenden Erwägungen der Vorinstanz unerlässlich. Ob die Vorinstanz bei der Fällung ihres Entscheids einen Fehler beging, lässt sich häufig nur anhand der Ausführungen der Parteien vor der Vorinstanz beurteilen. Der Berufungskläger hat deshalb auch mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausführte. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht wurde<sup>280</sup>. Die Begründung muss also hinreichend genau und eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfigt, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht<sup>281</sup>. Dabei sind die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid binnen der Berufungs- beziehungsweise Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen; ein allfälliger zweiter Schriftenwechsel oder die Ausübung des Replikrechts dienen nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder gar neue vorzutragen<sup>282</sup>.

---

<sup>276</sup> Seiler, N. 433

<sup>277</sup> BGE vom 6. September 2016, 5A\_111/2016, Erw. 5.3; BGE vom 21. Juni 2016, 5A\_635/2015, Erw. 5.2

<sup>278</sup> Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO

<sup>279</sup> BGE vom 12. Februar 2020, 5A\_71/2019, Erw. 3.3.2; BGE vom 8. Januar 2018, 4A\_418/2017, Erw. 2.3; BGE 142 III 416 f.

<sup>280</sup> Hungerbühler/Bucher, Art. 311 ZPO N. 39 f.

<sup>281</sup> BGE vom 7. Februar 2013, 4A\_651/2012, Erw. 4.2, mit Verweis auf BGE 138 III 375 f.; RBOG 2015 Nr. 15 Erw. 2a und Fn. 170

<sup>282</sup> BGE 142 III 417

f) Allerdings gilt nicht das strenge Rügeprinzip. Anders als das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren setzt das kantonale Berufungsverfahren nicht voraus, dass in gedrängter Form dargelegt wird, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt<sup>283</sup>. Es genügt gerade bei Rechtsunkundigen eine sinngemässe Auseinandersetzung, aus der ersichtlich ist, was ihrer Auffassung nach am vorinstanzlichen Entscheid falsch ist und korrigiert werden soll. Die Beanstandung muss nicht detailliert sein<sup>284</sup>.

g) Die Berufungsinstanz muss bei ungenügender Begründung nicht Frist zur Behebung des Mangels ansetzen. Die Begründungspflicht oder Begründungslast geht aber nicht so weit wie das Rügeprinzip. Ist die Begründung zwar nicht gerade ungenügend, aber in der Substanz mangelhaft, lässt dies zwar das Eintreten auf die Berufung unberührt, kann sich aber in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken<sup>285</sup>.

3. a) Die allgemeinen Bemerkungen in der Anschlussberufung enthalten keine Verweise auf das angefochtene Urteil. Sie setzen sich auch nicht konkret mit den erstinstanzlichen Erwägungen auseinander, sondern stellen die abweichende Sicht der Architektin dar. Die dargelegten Anforderungen an eine rechtsgenügeliche Begründung vermögen sie daher nicht zu erfüllen. Dasselbe gilt für die Ausführungen zum Thema «Keine Vertragsverletzung». Auch hier nimmt die Architektin nicht konkret auf den angefochtenen Entscheid Bezug. Der Hinweis auf beklagliche Akten allein reicht nicht aus, ebensowenig wie der blosser Hinweis auf das angefochtene Urteil ohne weitere Aktenverweise. Auch im folgenden Abschnitt «Keine Erkennbarkeit einer Vertragsverletzung» fehlt eine konkrete Bezugnahme auf das vorinstanzliche Urteil.

b) Beim Thema «Kein Abweichen von den geforderten Standards» verweist die Architektin ausnahmsweise auf den angefochtenen Entscheid mit konkreten Seitenzahlen. Sie macht geltend, dass die Vorinstanz sich mit einer blossen Analyse der Vereinbarkeit der Wortwahl «am Limit» mit der von der Bauherrin angeblich geforderten «Top-Qualität» und dem Eingehen «keiner Experimente» begnügt habe. Letztere habe die Bauherrin gar nie behauptet, es handle sich um eine aus dem Kontext gerissene Protokollaussage der Architektin anlässlich einer Sitzung mit Drittbeteiligten. Die Vorinstanz habe ferner nicht in Betracht gezogen, dass die Ausdrücke «machbar» und «umsetzbar» der Architektin durchaus so hätten verstanden werden dürfen, dass es sich bei der Konstruktion nicht um ein Experiment, sondern um eine machbare Sache gehandelt habe. Wäre es ein Experiment gewesen, hätten die Ingenieurin und die Bauphysikerin stärkere Begrifflichkeiten verwenden müssen, wie etwa «es wird von der vorgeschlagenen Konstruktion abgeraten», «für die Umsetzung kann keine Gewähr übernommen werden», oder dergleichen.

---

<sup>283</sup> Art. 42 Abs. 2 BGG

<sup>284</sup> Seiler, N. 893

<sup>285</sup> Spühler, Art. 311 ZPO N. 15



Dazu bringt die Bauherrschaft vor, die Architektin sei dabei zu behaupten, dass sie von den anderen Planern eine Top-Qualität und keine Experimente verlangt habe. Dies habe die Bauherrin bereits in der Streitverkündungsklage vorgetragen und bewiesen. Dies sei mehr als ein gewöhnlicher Standard. Im Übrigen handle es sich bei der entsprechenden Begründung der Vorinstanz nur um eine Eventualbegründung. Ihre Hauptbegründung halte fest, die Architektin müsse sich anrechnen lassen, dass sie das mit dem Baustoff «M» und der vorgeschlagenen Konstruktion verbundene erhöhte Risiko von Beginn an gekannt habe.

Die Kritik der Architektin am vorinstanzlichen Entscheid bleibt indessen an der Oberfläche. Insbesondere erschliesst sich aus der Anschlussberufungsschrift selbst nicht, um welches Protokoll es sich handeln soll, an dem die Bauherrschaft «Top-Qualität» und «keine Experimente» gefordert habe. Dies ergibt sich erst aus dem angefochtenen Entscheid. Ebenso erwähnt lediglich die Vorinstanz die Vorbringen der Architektin vor Vorinstanz. Auch die Überlegungen im Zusammenhang mit den Aussagen der Ingenieurin sind ungenau und enthalten weder einen Verweis auf das angefochtene Urteil noch einen Aktenhinweis. Damit sind die Ausführungen in der Anschlussberufung lediglich in allgemeiner Form gehalten, womit sich auch bei deren Berücksichtigung (Kritik an der Auslegung der Vorinstanz am Wort «Limit») nichts ändern würde. Abgesehen davon erscheint die Schlussfolgerung der Vorinstanz vertretbar, eine Konstruktion «am Limit» lasse sich offensichtlich nicht mit den von der Bauherrin an die Konstruktion gestellten hohen Anforderungen («Top-Qualität» und «keine Experimente») vereinbaren. Diese hohen Anforderungen übersteigen einen «gewöhnlichen Standard», wie die Bauherrschaft zutreffend festhielt, und sie vertragen sich - ohne weitere Abklärungen bei den Spezialisten - nicht mit der Auskunft einer Konstruktion «am Limit». Die Vorinstanz würdigte ferner die diversen Sitzungsprotokolle auch im zeitlichen Kontext ausführlich und insbesondere zutreffend. Darauf geht die Architektin nicht oder nicht in der geforderten Tiefe ein. Allgemein gehalten ist ebenso ihre Kritik über allfällige Abmahnungspflichten gegenüber der Bauherrschaft, auch wenn der allgemeinen Aussage, wo keine Aufklärungspflicht bestehe, auch keine Abmahnungspflicht gegeben sein könne, grundsätzlich zuzustimmen ist. Allerdings stellte die Vorinstanz eben gerade fest, es habe eine Informations- und Aufklärungspflicht bestanden.

c) In den folgenden Ausführungen zum unzulässigen Rückschluss vom Schaden auf eine Sorgfaltspflichtverletzung nimmt die Architektin wiederum nicht oder nicht konkret auf den angefochtenen Entscheid Bezug.

Unter dem Titel «Reduktion der Aufklärungspflicht durch bauseitiges Fachwissen» bringt die Architektin zwar den Bauherrenberater und die Kenntnisse der Bauherrin ins Spiel, nimmt aber weder konkret auf den angefochtenen Entscheid Bezug noch führt sie aus, weshalb die Bauherrin über genügend Erfahrung und/oder Fachwissen verfügt habe, um die Risiken abschätzen zu können. Über welche besonderen Kenntnisse der Bauherrenberater verfügt habe, macht die Architektin ebenfalls nicht geltend. Dass dieser 22 Jahre lang Projektleiter war, ergibt sich nur aus seiner

Zeugenbefragung. Im Jahr 2008, als er kurze Zeit Bauherrenberater war, war er 68 Jahre alt. Es hätte daher auch substantiiert dargelegt werden müssen, dass er damals (2008) auf dem aktuellsten Stand bezüglich des Baustoffs «M» war.

d) Schliesslich ist festzuhalten, dass die Ausführungen oder Schlussfolgerungen in der Anschlussberufungsbegründung ungenau oder falsch sind. Als Beispiel diene die Behauptung, die Vorinstanz habe die Klage betreffend Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden als offensichtlich unsubstantiiert erachtet und daher das Vorliegen eines Schadenersatzanspruchs verneint. Diese Behauptung ist schlicht aktenwidrig.

e) Zusammengefasst ist auf die Anschlussberufung der Architektin mangels rechtsgenügender Begründung nicht einzutreten; damit sind ihre Vorbringen in der Anschlussberufungsschrift nicht zu hören. Die Ausführungen der Architektin in der Anschlussberufungsreplik sind nur soweit massgeblich, als sie sich auf neue relevante Vorbringen der Bauherrin in der Anschlussberufungsantwort beziehen. Die Ausübung des Replikrechts dient nicht dazu, die bisherige Kritik zu vervollständigen oder neue vorzutragen und Unterlassenes - das heisst die konkrete Bezugnahme auf den angefochtenen Entscheid und die Angabe von Aktenstücken sowie Belegstellen - nachzuholen<sup>286</sup>. Letzteres ist hier aber offensichtlich der Fall.

Obergericht, 2. Abteilung, 30. April 2020, ZBR.2019.27/28

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (4A\_601/2020).

---

<sup>286</sup> Vgl. Erw. 2.a, e und g

**17. Vertretung in den summarischen Verfahren nach SchKG** (Art. 27 Abs. 1 SchKG; Art. 68 Abs. 2 lit. c, 251 ZPO)

1. a) Die Beschwerdeführerin war im Rechtsöffnungsverfahren bis zur Niederlegung des Mandats durch Rechtsanwalt X vertreten; danach trat sie selber auf. Im Beschwerdeverfahren vertrat Y, welcher nicht Rechtsanwalt ist, die Beschwerdeführerin.

b) aa) Gemäss Art. 27 Abs. 1 SchKG ist - seit der Revision per 1. Januar 2018 - jede handlungsfähige Person berechtigt, andere Personen im Zwangsvollstreckungsverfahren zu vertreten<sup>287</sup>. Dies gilt auch für die gewerbsmässige Vertretung<sup>288</sup>. Den Kantonen verbleibt lediglich die Kompetenz, einer Person aus wichtigen Gründen die gewerbsmässige Vertretung zu verbieten<sup>289</sup>.

bb) Nach Art. 68 Abs. 1 ZPO kann sich jede prozessfähige Partei im Prozess vertreten lassen. Gestützt auf Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO sind in den Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Art. 251 ZPO<sup>290</sup> gewerbsmässige Vertreterinnen und Vertreter nach Art. 27 SchKG zur berufsmässigen Vertretung befugt. Die liberalisierte gewerbsmässige Vertretung von Art. 27 SchKG gilt somit auch in den gerichtlichen SchKG-Summarverfahren nach Art. 251 ZPO<sup>291</sup>.

2. Somit war Y zur beruflichen Vertretung der Beschwerdeführerin berechtigt, zumal das Verfahren nach der Revision von Art. 27 Abs. 1 SchKG eröffnet wurde.

Obergericht, 2. Abteilung, 7. Februar 2020, BR.2019.44

---

<sup>287</sup> Satz 1

<sup>288</sup> Satz 2

<sup>289</sup> Satz 3

<sup>290</sup> Art. 251 ZPO umfasst das summarische Verfahren in SchKG-Sachen: Entscheide, die vom Rechtsöffnungs-, Konkurs-, Arrest- und Nachlassgericht getroffen werden; Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags (Art. 77 Abs. 3 SchKG) und des Rechtsvorschlags in der Wechselbetreibung (Art. 181 SchKG); Aufhebung oder Einstellung der Betreibung (Art. 85 SchKG); Entscheid über das Vorliegen neuen Vermögens (Art. 265a Abs. 1-3 SchKG); Anordnung der Gütertrennung (Art. 68b SchKG)

<sup>291</sup> Tenchio, Basler Kommentar, 3.A., Art. 68 ZPO N. 12; Staehelin, Basler Kommentar, Ergänzungsband zur 2.A., Basel 2017, Art. 27 SchKG ad N. 1d

**18. Bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums ist von 20 Arbeitstagen pro Monat auszugehen** (Art. 93 SchKG; Art. 23 Abs. 1 AVIG; Art. 40 AVIV; § 1 Ziff. 2 RTG; Art. 329a OR).

1. a) Das Betreibungsamt stellte dem Beschwerdeführer die Pfändungsurkunde zu. Es bezifferte das Existenzminimum des Beschwerdeführers auf Fr. 2'824.50, wobei es ihm für die auswärtige Verpflegung Fr. 176.00 anrechnete. Dagegen reichte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht betriebsrechtliche Beschwerde gegen die Existenzminimumberechnung ein. Er beantragte unter anderem, die Pauschale für auswärtige Verpflegung seien gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten anzupassen.

b) Der Einzelrichter des Bezirksgerichts als untere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen schützte die Beschwerde teilweise und wies das Betreibungsamt an, im Existenzminimum (Notbedarf) des Beschwerdeführers die auswärtige Verpflegung im Betrag von monatlich Fr. 200.00 zu berücksichtigen. Im Übrigen wies er die Beschwerde ab.

2. Gegen diesen Entscheid reichte der Beschwerdeführer beim Obergericht Beschwerde ein.

3. a) Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, da er Schwerarbeit verrichte, müsse sich die ihm anrechenbare Pauschale zwischen Fr. 14.50 und Fr. 16.50 pro Arbeitstag bewegen (Fr. 9.00 bis Fr. 11.00 zuzüglich jeweils Fr. 5.50). Sollte das Gericht zum Schluss kommen, dass eine Schwerarbeit nicht gegeben sei, dann sei die tägliche Pauschale zumindest auf die maximalen Fr. 11.00 anzusetzen. Des Weiteren seien die allgemein gebräuchlichen 21.75 Arbeitstage pro Monat einzuberechnen.

b) Im Grundbetrag sind die Verpflegungskosten grundsätzlich bereits enthalten<sup>292</sup>. Mehrkosten für auswärtige Verpflegung sind jedoch zusätzlich in das Existenzminimum aufzunehmen, wenn die auswärtige Verpflegung berufsbedingt notwendig ist<sup>293</sup>. Bei Nachweis von Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung können für jede Hauptmahlzeit Fr. 9.00 bis Fr. 11.00 angerechnet werden; bei Schwerarbeit, Schicht- oder Nachtarbeit zusätzlich Fr. 5.50 pro Arbeitstag für erhöhten Nahrungsbedarf.

c) Die Vorinstanz gestand dem Beschwerdeführer Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung von Fr. 200.00 zu (20 Hauptmahlzeiten à Fr. 10.00 pro Monat)<sup>294</sup>. Dies erscheint hier ohne weiteres angemessen. Höhere tatsächliche Mehrkosten wären vom Beschwerdeführer nachzuweisen gewesen. Die vorinstanzliche Bemessung der Kosten für auswärtige Verpflegung steht

---

<sup>292</sup> Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 1. Juli 2009 (SchKG-Richtlinien), S. 1

<sup>293</sup> Vonder Mühl, Basler Kommentar, 2.A., Art. 93 SchKG N. 28

<sup>294</sup> 20 Arbeitstage pro Monat x Fr. 10.00 = Fr. 200.00

auch nicht im Widerspruch zur zitierten Richtlinie, vielmehr bewegt sie sich innerhalb des vorgesehenen Spektrums (Fr. 9.00 bis Fr. 11.00 für jede Hauptmahlzeit). Die Vorinstanz ging dabei von 20 Arbeitstagen pro Monat aus. Dies ist ebenfalls nicht zu beanstanden; zumal bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums nur diejenigen Auslagen Berücksichtigung finden dürfen, die auch effektiv anfallen (Effektivitätsgrundsatz)<sup>295</sup>. Dabei ist zu beachten, dass Arbeitnehmer in jedem Dienstjahr Anspruch auf mindestens vier Wochen Ferien haben<sup>296</sup> und im Kanton Thurgau jährlich zehn vom Gesetz<sup>297</sup> bestimmte öffentliche Ruhetage anfallen<sup>298</sup>. Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, hier mit 20 Arbeitstagen pro Monat zu rechnen<sup>299</sup>. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten 21,75 durchschnittlichen Arbeitstage pro Monat basieren auf einer Rechnung ohne Berücksichtigung der Ferien<sup>300</sup>, welche - in leicht reduziertem Umfang (21,7) - im Bereich der Arbeitslosenversicherung zur Bestimmung des versicherten Verdiensts gebräuchlich ist (Art. 23 Abs. 1 AVIG<sup>301</sup> i.V.m. Art. 40 AVIV<sup>302</sup>)<sup>303</sup>, indessen nicht die effektive Anwesenheit am Arbeitsplatz berücksichtigt. Im Ergebnis bleibt es damit bei einem anrechenbaren monatlichen Betrag von Fr. 200.00 für auswärtige Verpflegung<sup>304</sup>.

Obergericht, 1. Abteilung, 11. November 2020, BS.2020.13

---

<sup>295</sup> Vgl. dazu BGE vom 14. Mai 2020, 2C\_274/2020, Erw. 3.4; BGE 121 III 22 f.

<sup>296</sup> Art. 329a OR

<sup>297</sup> RTG (Ruhetagsgesetz, RB 822.9)

<sup>298</sup> § 1 Ziff. 2 RTG: Neujahr, 2. Januar, Karfreitag, Ostermontag, Auffahrt, Pfingstmontag, Weihnachtstag und 26. Dezember; § 1 Ziff. 3 RTG: 1. Mai und 1. August

<sup>299</sup> 365 Tage im Jahr abzüglich 104 Wochenendtage, 20 Ferientage und 10 Feiertage = 231 Arbeitstage pro Jahr oder 19,25 Arbeitstage pro Monat (wobei je nach Jahr unterschiedlich viele Ruhetage auf einen Arbeitstag fallen).

<sup>300</sup> 365 Tage im Jahr abzüglich 104 Wochenendtage = 261 Arbeitstage pro Jahr oder 21,75 Arbeitstage pro Monat; gebräuchlich ist auch dieselbe Berechnung ausgehend von 364 Arbeitstagen im Jahr, was 21,66 Arbeitstage pro Monat ergibt.

<sup>301</sup> Arbeitslosenversicherungsgesetz, SR 837.0

<sup>302</sup> Arbeitslosenversicherungsverordnung, SR 837.02

<sup>303</sup> Art. 40 AVIV: «Der Tagesverdienst wird ermittelt, indem der Monatsverdienst durch 21,7 geteilt wird»; vgl. zur Berechnung des Divisors auch BGE 111 V 250 sowie Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG (Hrsg.: Stauffer/Cardinaux), 5.A., S. 169

<sup>304</sup> 20 x Fr. 10.00

## 19. Rechtsmittel gegen den Entscheid betreffend Feststellung neuen Vermögens; Bestätigung der Praxis gemäss RBOG 2011 Nr. 20 (Art. 265a Abs. 1 und 4 SchKG)

1. a) Der Schuldner erhob im gegen ihn ausgestellten Zahlungsbefehl für eine Forderung aus Verlustschein Rechtsvorschlag, wobei er geltend machte, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen. In der Folge legte das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Bezirksgericht vor.

b) Das Bezirksgericht trat auf den Rechtsvorschlag «kein neues Vermögen» nicht ein (Ziff. 1). Der Schuldner habe die Betreibungskosten zu tragen (Ziff. 2) und die Gerichtsgebühren zu bezahlen (Ziff. 3). Der Entscheid werde den Parteien und dem Betreibungsamt mitgeteilt (Ziff. 4). Gemäss Rechtsmittelbelehrung sind die Ziffern 1 und 2 endgültig, weshalb kein ordentliches kantonales Rechtsmittel gegeben sei. Gegen die Ziffern 3 und 4 könne binnen zehn Tagen Beschwerde beim Obergericht erhoben werden. Eine allfällige Klage auf Bestreitung oder Feststellung neuen Vermögens sei innert 20 Tagen auf dem ordentlichen Prozessweg beim Gericht des Betreibungsortes anhängig zu machen.

c) Anschliessend erhob der Schuldner beim Bezirksgericht Klage auf Bestreitung neuen Vermögens. Er beantragte, «sein Konkurs sei anzuerkennen und der Rechtsvorschlag noch einmal zu überprüfen». Das Bezirksgericht leitete die Eingabe an das Obergericht weiter; es sei davon auszugehen, dass der Schuldner damit Beschwerde habe erheben wollen.

2. a) Gemäss Art. 265 Abs. 1 SchKG erhält jeder Gläubiger bei der Verteilung (der Konkursmasse) für den ungedeckt bleibenden Betrag seiner Forderung einen Verlustschein. In diesem wird angegeben, ob die Forderung vom Gemeinschuldner anerkannt oder bestritten worden ist. Im ersteren Fall gilt der Verlustschein als Schuldanerkennung im Sinn von Art. 82 SchKG und berechtigt damit zur provisorischen Rechtsöffnung. Der Verlustschein berechtigt gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG zum Arrest und hat die in den Artikeln 149 Abs. 4 und 149a SchKG bezeichneten Rechtswirkungen. Jedoch kann gestützt auf ihn eine neue Betreibung nur eingeleitet werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. Als neues Vermögen gelten auch Werte, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt.

Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG dem Richter des Betreibungsortes vor. Dieser hört die Parteien an und entscheidet; gegen den Entscheid ist kein Rechtsmittel zulässig. Der Richter bewilligt laut Art. 265a Abs. 2 SchKG den Rechtsvorschlag, wenn der Schuldner seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darlegt und glaubhaft macht, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist. Bewilligt der Richter den Rechtsvorschlag nicht, stellt er gemäss Art. 265a Abs. 3 Satz 1 SchKG den Umfang des neuen Vermögens fest. Vermögenswerte Dritter, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, kann der Richter nach Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG pfändbar erklären, wenn das Recht des Dritten auf einer Handlung beruht, die der Schuldner in der dem Dritten erkennbaren Absicht vorgenommen

hat, die Bildung neuen Vermögens zu vereiteln. Der Schuldner und der Gläubiger können laut Art. 265a Abs. 4 SchKG innert 20 Tagen nach der Eröffnung des Entscheids über den Rechtsvorschlag beim Richter des Betreibungsortes Klage auf Bestreitung oder Feststellung des neuen Vermögens einreichen.

b) Die Regelung in Art. 265a Abs. 1 SchKG, wonach der Richter endgültig darüber entscheidet<sup>305</sup>, ob ein Rechtsvorschlag bewilligt wird oder nicht, führt zwar zu einem Ausschluss sämtlicher ordentlicher und ausserordentlicher Rechtsmittel des kantonalen Rechts<sup>306</sup>; indes beschneidet sie den Rechtsschutz der Parteien nicht, da diese das ordentliche Verfahren gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG einleiten können. Dementsprechend betrachtet die Lehre das zweite ordentliche Verfahren als eine Art Fortsetzung des Summarverfahrens oder als zweite Stufe desselben Verfahrens, in welcher der Richter die Funktion einer zweiten Instanz übernimmt. Im Ergebnis dient die Klage auf Bestreitung beziehungsweise auf Feststellung neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 4 SchKG somit als Rechtsbehelf zur Überprüfung des Entscheids über die Bewilligung respektive Nichtbewilligung des Rechtsvorschlags. Sie erfüllt im Verhältnis zum vorausgegangen summarischen Entscheid über den Rechtsvorschlag die Funktion eines Rechtsmittels. Dies gilt allerdings nicht für die Rüge von Verletzungen des rechtlichen Gehörs, kann doch die Klage auf Feststellung neuen Vermögens nach Art. 265a Abs. 4 SchKG in einem nunmehr abgeschlossenen Verfahren begangene Gehörsverletzungen nicht heilen<sup>307</sup>. Art. 265a Abs. 1 Satz 2 SchKG bezieht sich nur auf materielle Entscheide über das Vorliegen neuen Vermögens; dies ist laut Bundesgericht nicht der Fall, wenn nur die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens streitig ist<sup>308</sup>. Diesfalls kann die im summarischen Verfahren ergangene Entscheidung über die Feststellung neuen Vermögens Gegenstand einer Beschwerde im Sinn von Art. 319 ff. ZPO bilden<sup>309</sup>.

Damit hat das Bundesgericht RBOG 2011 Nr. 20 bestätigt, oder die Rechtsprechung des Obergerichts liegt zumindest auf der Linie des Bundesgerichts. In RBOG 2011 Nr. 20 hielt das Obergericht in Bestätigung von RBOG 1998 Nr. 14 (und damit auch von RBOG 1997 Nr. 20 und Nr. 22) auch für den per 1. Januar 2011 leicht veränderten Wortlaut von Art. 265a Abs. 1 SchKG<sup>310</sup> daran fest, im Bereich von Art. 265a Abs. 1 SchKG sei eine Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO an das Obergericht zulässig, wenn der erstinstanzliche Richter mangels formeller Voraussetzungen zur Geltendmachung der Einrede des fehlenden neuen Vermögens einen Abschreibungsentscheid ohne Anspruchsprüfung (Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit, Anerkennung oder Rückzug) erlas-

---

<sup>305</sup> So noch die bis Ende 2010 geltende Fassung von Art. 265a Abs. 1 SchKG

<sup>306</sup> Dass auch ausserordentliche Rechtsmittel ausgeschlossen sind, übergeht die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid. Die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO ist ein ausserordentliches Rechtsmittel (Spühler, Basler Kommentar, 3.A., Vor Art. 319-327a ZPO N. 1).

<sup>307</sup> BGE 134 III 527 f.

<sup>308</sup> BGE 138 III 131 (= Pra 2012 Nr. 92 S. 613)

<sup>309</sup> BGE 138 III 130

<sup>310</sup> Neu heisst es, es sei gegen den Entscheid kein Rechtsmittel zulässig, und nicht mehr, der Entscheid sei endgültig.

sen habe, oder wenn ein Entscheid lediglich mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten werde. Das gelte auch, weil es kaum sinnvoll sei, in solchen Fällen als einziges Rechtsmittel die Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung zu stellen, zumal der allfällige Gegenstand eines solchen Rechtsmittelverfahrens im Regelfall erfahrungsgemäss als Bagatelle gelten müsse<sup>311</sup>. Ohne Gegenbemerkungen oder Kritik dazu ist RBOG 2011 Nr. 20 zum Leitentscheid im Basler Kommentar geworden<sup>312</sup>.

3. Dementsprechend hätte die Vorinstanz die Parteien in der Rechtsmittelbelehrung dahingehend belehren müssen, dass gegen Ziff. 1 des Entscheids, womit auf den Rechtsvorschlag «kein neues Vermögen» nicht eingetreten werde, das Rechtsmittel der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO offen steht. Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz die Endgültigkeit auf die ordentlichen Rechtsmittel beschränkte. Zum einen ist dies, wenn materiell über die Bewilligung oder Nichtbewilligung des Rechtsvorschlags entschieden wird, wie erwähnt, falsch, zum anderen ist auch auf das ausserordentliche Rechtsmittel der Beschwerde hinzuweisen, wenn es - wie hier - ergriffen werden kann<sup>313</sup>.

Obergericht, 2. Abteilung, 5. November 2020, BR.2020.44

---

<sup>311</sup> RBOG 2011 Nr. 20 Erw. 3

<sup>312</sup> Bauer, Basler Kommentar, Ergänzungsband zur 2.A., Basel 2017, Art. 265a SchKG ad N. 31

<sup>313</sup> Steck/Brunner, Basler Kommentar, 3.A., Art. 238 ZPO N. 24



## **20. Zulässigkeit der Zusprechung einer Ersatzforderung; Vorrang der zwangsvollstreckungsrechtlichen Sicherungsmassnahmen (Art. 71 Abs. 1 und 3 StGB)**

1. a) Das Bezirksgericht sprach den Berufungskläger von den Vorwürfen der qualifizierten Veruntreuung und der Geldwäscherei frei, sprach ihn aber der qualifizierten Veruntreuung im Sinn von Art. 138 Ziff. 1 und 2 StGB schuldig. Das Bezirksgericht verzichtete auf die Zusprechung einer Ersatzforderung zugunsten des Staates. Es hiess die Zivilforderungsklage der Privatklägerin gut und verpflichtete den Berufungskläger, ihr Fr. 237'013.50 zuzüglich Zins zu bezahlen. Es entschied weiter, das mit Beschlagnahmebefehl eingezogene Bargeld in Höhe von Fr. 220'000.00 werde dem Berufungskläger nach Rechtskraft des Urteils sowie nach Verrechnung der Verfahrenskosten zurückerstattet, und beauftragte die Staatsanwaltschaft mit der Rückerstattung.

b) aa) Die Staatsanwaltschaft beantragte in ihrer Anschlussberufung, der Berufungskläger sei zu verpflichten, dem Kanton Thurgau im Sinn einer Ersatzforderung den Betrag von Fr. 226'815.55 gemäss Art. 71 StGB zu bezahlen, respektive er sei zu verpflichten, falls dies entsprechend verlangt werde, der Privatklägerschaft diesen Betrag zu zahlen, wobei diese im Gegenzug ihre Forderung an den Staat Thurgau abzutreten habe. Da eine Bevorzugung des Staates und eines etwaigen Gläubigers gemäss Art. 71 Abs. 1 StGB zu verhindern sei, seien die Vermögenswerte nicht an den Staat respektive die Geschädigten herauszugeben; sie seien in Beschlag zu halten. Die Beschlagnahme der Vermögenswerte (nach Begleichung der Kosten) sei so lange aufrechtzuerhalten, bis das Betreibungsamt des Wohnortes des Berufungsklägers die Aufhebung der Beschlagnahme zur Zuführung der Werte in das ordentliche Schuldbetreibungsverfahren verlange.

bb) Der Berufungskläger beantragte anlässlich der Hauptverhandlung, die beschlagnahmten Fr. 220'000.00 seien nach Rechtskraft der Privatklägerin auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zu überweisen, eventualiter sei der Betrag ihm (dem Berufungskläger) zur Weiterleitung an die Privatklägerin herauszugeben. Dieser Betrag stehe der Privatklägerin wirtschaftlich zu.

cc) Die Vorinstanz erwog, es gebe keine Hinweise darauf, dass die beschlagnahmten Fr. 220'000.00 durch eine Straftat erlangt worden seien. Eine Einziehung oder Aufrechterhaltung der Beschlagnahmung des Geldes falle daher ausser Betracht, weshalb das Geld dem Berufungskläger nach Rechtskraft des Entscheids sowie nach Verrechnung der Verfahrenskosten zurückzuerstatten sei.

dd) Die Privatklägerschaft beantragte vor der Vorinstanz, das beschlagnahmte Bargeld sei gestützt auf Art. 73 StGB einzuziehen und ihr herauszugeben. Sie brachte vor, es würden keine weiteren Personen Anspruch auf das Geld erheben. Zwar sei die Herkunft des Geldes nicht restlos geklärt; es würden aber auch keine Beweise für eine illegale Herkunft vorliegen. Es bestehe keine Versicherungsdeckung. Aufgrund der finanziellen Verhältnisse des Berufungs-

klägers sei anzunehmen, dass dieser den Schaden nicht ersetzen könne. Die Privatklägerschaft trete gemäss Art. 73 Abs. 2 StGB den entsprechenden Teil ihrer Ersatzforderung an den Staat ab.

2. a) Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgehändigt werden<sup>314</sup>. Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe, gegenüber einem Dritten jedoch nur, soweit dies nicht nach Art. 70 Abs. 2 StGB ausgeschlossen ist<sup>315</sup>. Mit der Ersatzabschöpfung soll verhindert werden, dass derjenige, der sich der Vermögenswerte entledigt hat, bessergestellt wird als jener, der sie behält. Die Ersatzforderung hat subsidiären Charakter und kann nur angeordnet werden, wenn die direkte Einziehung gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB nicht mehr möglich ist. Im Übrigen müssen die gleichen Voraussetzungen gegeben sein wie bei der Einziehung; umfangmässig darf die Ersatzforderung den unrechtmässig erlangten Vermögensvorteil nicht übersteigen<sup>316</sup>.

b) Nach Art. 263 Abs. 1 StPO können Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson beschlagnahmt werden, wenn die Gegenstände und Vermögenswerte voraussichtlich als Beweismittel gebraucht werden (lit. a), zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen gebraucht werden (lit. b), den Geschädigten zurückzugeben (lit. c) oder einzuziehen sind (lit. d). Ist der Grund für die Beschlagnahme weggefallen, hebt die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Beschlagnahme auf und händigt die Gegenstände oder Vermögenswerte der berechtigten Person aus<sup>317</sup>. Ist die Beschlagnahme eines Gegenstands oder Vermögenswerts nicht vorher aufgehoben worden, so ist über seine Rückgabe an die berechtigte Person, seine Verwendung zur Kostendeckung oder seine Einziehung im Endentscheid zu befinden<sup>318</sup>.

Weil die Beschlagnahme nur als vorübergehender staatlicher Zugriff für die Dauer des Strafprozesses konzipiert ist, muss über das Schicksal der beschlagnahmten Gegenstände oder Vermögenswerte im Endentscheid befunden werden. Dabei bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder wird der Gegenstand oder Vermögenswert der berechtigten Person zurückgegeben, oder er wird eingezogen, worunter auch die Aushändigung an den Verletzten «zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands» zu fassen ist<sup>319</sup>. Das Schicksal von Gegenständen, die zu Einziehungs- oder Aushändigungszwecken beschlagnahmt worden sind, hängt primär vom Inhalt des Endent-

---

<sup>314</sup> Art. 70 Abs. 1 StGB

<sup>315</sup> Art. 71 Abs. 1 StGB

<sup>316</sup> Trechsel/Jean-Richard, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 3.A., Art. 71 N. 1

<sup>317</sup> Art. 267 Abs. 1 StPO

<sup>318</sup> Art. 267 Abs. 3 StPO

<sup>319</sup> Bommer/Goldschmid, Basler Kommentar, 2.A., Art. 267 StPO N. 7

scheids, nach Vorgaben des materiellen Rechts, ab. Dabei ist zwischen verurteilendem und nicht-verurteilendem Verfahrensausgang zu unterscheiden<sup>320</sup>. Wenn bei einem verurteilenden Verfahrensausgang die beschlagnahmten Vermögenswerte als deliktsverstrickt im Sinn von Art. 70 ff. StGB bewertet werden, folgt daraus entweder die Vermögensentziehung oder die Aushändigung an den Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands<sup>321</sup>. Die Frage nach der Rückgabe an die berechnigte Person ist durch das Privatrecht zu beantworten<sup>322</sup>.

c) Nur die effektive Zahlung einer Zivilforderung schliesst eine Ersatzforderung aus. Solange die Zivilforderung nicht bedient ist, nimmt das Bundesgericht an, dass der Täter noch «bereichert» sei, weshalb eine Ersatzforderung zulässig ist<sup>323</sup>. Der Gefahr einer Doppelzahlung wird mit dem Recht des Täters begegnet, bei effektiver Zahlung die Rückübertragung von eingezogenen Vermögenswerten zu verlangen<sup>324</sup>. Eine Ersatzforderung setzt neben einer strafbaren Handlung und dem Fehlen eines einziehbaren Vermögenswertes kumulativ voraus, dass die Ersatzforderung nicht von vornherein uneinbringlich ist<sup>325</sup>. Nach der Rechtsprechung ist ein Verzicht auf die Ersatzforderung beziehungsweise eine Reduktion der Ersatzforderung gerechtfertigt, wenn der Betroffene vermögenslos oder gar überschuldet ist und sein Einkommen und seine übrige persönliche Situation nicht erwarten lassen, dass Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen ihn in absehbarer Zeit erfolgsversprechend sein dürften<sup>326</sup>. Eine direkte Verwendung von beschlagnahmten Vermögenswerten zur Deckung der Ersatzforderung ist nur zulässig, wenn der Ersatzforderungsschuldner offensichtlich nicht überschuldet ist und die Rechtsverhältnisse liquid sind. Ist dies nicht der Fall, ist für die Vollstreckung der Ersatzforderung der Weg über die Zwangsvollstreckung zu beschreiten<sup>327</sup>. Bei einer Ersatzforderungsbeschlagnahme ist im Endentscheid lediglich über die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme zu entscheiden. Nach Inkrafttreten des Urteils bleibt die Beschlagnahme bis zu ihrem Ersatz durch eine Massnahme des Schuldbetreibungsrechts bestehen<sup>328</sup>.

Unabhängig von der finanziellen Situation der beschuldigten Person ist hingegen die Verwendung von beschlagnahmten Vermögenswerten legaler Herkunft zur Deckung der Verfahrenskosten möglich<sup>329</sup>.

d) Der Gesetzgeber hat für staatliche Ersatzforderungen den Weg der ordentlichen Zwangsvollstreckung vorgeschrieben und darüber hinaus deutlich gemacht, dass dabei kein Vor-

---

<sup>320</sup> Bommer/Goldschmid, Art. 267 StPO N. 10

<sup>321</sup> Bommer/Goldschmid, Art. 267 StPO N. 12

<sup>322</sup> Bommer/Goldschmid, Art. 267 StPO N. 14

<sup>323</sup> BGE 117 IV 110; dieser Entscheid wird bestätigt in BGE 145 IV 243; Scholl, in: Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, Band I (Hrsg.: Ackermann), Zürich/Basel/Genf 2018, § 5 N. 50 f.

<sup>324</sup> BGE 117 IV 111

<sup>325</sup> Scholl, § 5 N. 56

<sup>326</sup> BGE vom 18. Februar 2013, 6B\_390/2012, Erw. 6.3

<sup>327</sup> Scholl, § 5 N. 200

<sup>328</sup> BGE vom 12. September 2019, 6B\_439/2019, Erw. 2.4.4, mit Hinweis auf BGE 141 IV 365

<sup>329</sup> Art. 442 Abs. 4 StPO; Scholl, § 5 N. 201

zugsrecht des Staates begründet wird (Art. 71 Abs. 3 Satz 2 StGB), es sich mithin um eine Forderung Dritter Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG handelt<sup>330</sup>. Gegenüber dem Eigentum von Dritten sind Ersatzforderungsbeschlagnahmen nach der bundesgerichtlichen Praxis in der Regel unzulässig<sup>331</sup>.

e) Die beschlagnahmten Vermögenswerte zählen zivilrechtlich noch immer zum Vermögen der zivilrechtlich berechtigten Partei. Der Entscheid darüber, in welcher Reihenfolge Gläubiger mit beschlagnahmten Vermögenswerten befriedigt werden sollen, steht im Grundsatz der berechtigten Person zu<sup>332</sup>. Falls die am beschlagnahmten Vermögenswert berechnigte Person keine Erklärung abgibt, ist im Strafindentscheid die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme anzuordnen. Der zwangsweise Zugriff auf die beschlagnahmten Vermögenswerte erfolgt dann im Rahmen des Schuldbetreibungs- oder Konkursrechts<sup>333</sup>.

3. a) Die Parteien sind sich einig, dass die eingezogenen Fr. 220'000.00 nicht nachgewiesenermassen Deliktsgut darstellen. Eine Einziehung nach Art. 70 Abs. 1 StGB ist daher mangels deliktischer Verstrickung nicht möglich. Auch eine Herausgabe an Dritte nach Art. 73 StGB ist nicht möglich, da diese Bestimmung ebenfalls einen Deliktikonnex verlangt<sup>334</sup>. Zudem würde dafür ohnehin ein entsprechender Antrag nach Art. 73 StGB fehlen.

b) Die Vorinstanz verzichtete auf die Zusprechung einer Ersatzforderung zugunsten des Staates im Sinn von Art. 71 Abs. 1 StGB mit der Begründung, dass der Berufungskläger zur Bezahlung der von der Privatklägerin geltend gemachten Zivilforderung im Umfang des von ihm veruntreuten Geldes verpflichtet wird.

c) Der Berufungskläger hat der Kantonspolizei anlässlich seiner Befragung Fr. 220'000.00 in bar übergeben. Dieses Geld wurde beschlagnahmt. Unklar ist, ob der Berufungskläger das Geld rechtmässig in seinem Besitz hatte. Beweise für eine illegale Herkunft liegen keine vor. Der Berufungskläger und der Vertreter der Privatklägerschaft haben im Vorfeld des erstinstanzlichen Verfahrens versucht, sich einvernehmlich über diese Summe zu einigen. Einer getroffenen Vereinbarung verweigerte die Verfahrensleitung der Vorinstanz aber die Genehmigung. Fest steht nur, dass der Berufungskläger vor der Beschlagnahme Besitzer war und zufolge der Eigentumsvermutung als Berechtigter an den Fr. 220'000.00 zählt. Der Berufungskläger hat zudem ausdrücklich den Willen geäussert, der Geldbetrag von Fr. 220'000.00 solle der Privatklägerschaft zugesprochen werden.

---

<sup>330</sup> BGE vom 4. November 2013, 1B\_163/2013, Erw. 4.1.4, mit Hinweis auf BGE vom 14. März 2013, 1B\_711/2012, Erw. 4.1.2; BGE vom 14. August 2012, 1B\_198/2012, Erw. 3.4; BGE vom 21. März 2012, 1B\_350/2011, Erw. 4.3.1

<sup>331</sup> BGE vom 4. November 2013, 1B\_163/2013, Erw. 4.1.5

<sup>332</sup> Scholl, § 5 N. 193

<sup>333</sup> Scholl, § 5 N. 193

<sup>334</sup> BGE 145 IV 241 f.

d) Auf Anfrage des Obergerichts teilte das Betreibungsamt mit, im Beisein des Berufungsklägers sei im September 2017 die Pfändung vollzogen worden. Aus dem Pfändungsvollzug gehe hervor, dass der Berufungskläger Pfändungsvorgänge von zirka Fr. 174'100.00 gehabt habe. Daraus sei nicht ersichtlich, ob das Betreibungsamt damals von diesem Geld gewusst habe. Es werde aber davon ausgegangen, dass dem nicht so sei, da ein solcher Betrag gepfändet worden wäre. Aus Sicht des Betreibungsamts habe der Berufungskläger über einen solchen Geldbetrag nicht frei verfügen können.

e) aa) Der Geldbetrag der beschlagnahmten Fr. 220'000.00 kann zunächst gestützt auf Art. 442 Abs. 4 StPO mit den Verfahrenskosten verrechnet werden<sup>335</sup>. Im Mehrbetrag rechtfertigt es sich sodann, dem Staat eine Ersatzforderung zuzusprechen, da nur die effektive Zahlung einer Zivilforderung eine Ersatzforderung ausschliesst. Da jedoch kein Vorzugsrecht des Staates begründet und ein SchKG-Verfahren nicht umgangen werden darf, rechtfertigt es sich weiter, dass diese Forderung zwei Jahre nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils fällig wird und zudem erlöschen soll, soweit die Staatsanwaltschaft dem zuständigen Betreibungsamt einen entsprechenden Betrag im Fall einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Sicherungsmassnahme überwiesen hat.

bb) Eine direkte Verwendung der beschlagnahmten Vermögenswerte zur Deckung der Ersatzforderung ist hier somit nicht zulässig, da die Verhältnisse des Berufungsklägers nicht liquid sind. Es rechtfertigt sich aber, die Beschlagnahme längstens für die Dauer von zwei Jahren nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils aufrechtzuerhalten, um die Durchsetzung der zugesprochenen Ersatzforderung zu sichern. Die Beschlagnahme ist somit aufrechtzuerhalten, bis die Ersatzforderung vollständig getilgt wurde oder im Zwangsvollstreckungsverfahren über Sicherungsmassnahmen entschieden wurde. Im Fall einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Sicherungsmassnahme hat aber die Staatsanwaltschaft aufgrund des Vorrangs des SchKG-Verfahrens den entsprechenden Betrag an das zuständige Betreibungsamt zu überweisen.

Obergericht, 1. Abteilung, 30. September 2020, SBR.2020.27

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (6B\_1474/2020).

---

<sup>335</sup> Scholl, § 5 N. 189 f.

**21. Ausnahmsweise kann bei der üblen Nachrede für den Vorwurf einer strafbaren Handlung der Wahrheitsbeweis ohne Verurteilung erbracht werden; Verfahrenseinstellung erfolgte zu Recht** (Art. 173 Ziff. 2 StGB; Art. 319 Abs. 1 StPO).

1. a) Der Beschwerdeführer erstattete Strafanzeige gegen die Beschwerdegegnerin wegen übler Nachrede, Verleumdung sowie Anstiftung zur üblen Nachrede und Verleumdung. Der Vorwurf des Beschwerdeführers lautete, dass die Beschwerdegegnerin ihn bei ihrem Vermieter sowie bei weiteren Mitmieterinnen der sexuellen Belästigung beschuldigt habe, obwohl sich gar nichts zugetragen habe, dies mit dem Ziel, ihn aus dem Wohnblock zu bekommen.

b) Die Beschwerdegegnerin hatte davor bereits Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer wegen sexueller Belästigung erstattet. Dieses Verfahren war indessen eingestellt worden, weil die Strafanzeige erst nach Ablauf der Strafantragsfrist von drei Monaten eingereicht worden war.

c) Das gegen die Beschwerdegegnerin (unter anderem) wegen übler Nachrede und Verleumdung eröffnete Verfahren stellte die Staatsanwaltschaft in der Folge ebenfalls ein. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. Die Staatsanwaltschaft erwog in der Einstellungsverfügung betreffend üble Nachrede zusammengefasst, da die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben seien, sei die Beschwerdegegnerin zum Entlastungsbeweis zuzulassen. Es liege bezüglich der dem Beschwerdeführer vorgeworfenen sexuellen Belästigung keine rechtskräftige Verurteilung vor. Insgesamt seien die Äusserungen der Beschwerdegegnerin aber plausibel und glaubhaft. Aufgrund dieser Umstände würde bei einer Anklage mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ein Freispruch der Beschwerdegegnerin resultieren. In diesem Sinn gelinge der Beschwerdegegnerin der Wahrheitsbeweis, womit sie sich weder der Verleumdung noch der üblen Nachrede noch der Anstiftung hierzu schuldig gemacht habe. Entsprechend sei das Strafverfahren gegen sie einzustellen.

3. Die Staatsanwaltschaft verfügt gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO die vollständige oder teilweise Einstellung des Verfahrens, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (lit. a), wenn kein Straftatbestand erfüllt ist (lit. b), oder wenn Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen (lit. c). Für eine Einstellung der Strafuntersuchung braucht es eine Prognose über die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs. Bei der Frage, ob ein Strafverfahren über eine definitive Verfahrenseinstellung durch die Untersuchungsbehörde erledigt werden kann, gilt der Grundsatz «im Zweifel für die Anklageerhebung»<sup>336</sup>. Dieser Grundsatz ist nicht ausdrücklich in der StPO geregelt; er ergibt sich aber gestützt auf Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 und 324 Abs. 1 StPO aus dem Legalitätsprinzip<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> «In dubio pro duriore»

<sup>337</sup> BGE 138 IV 190; BGE 138 IV 91; BGE 137 IV 227

4. a) Die rechtlichen Erwägungen der Staatsanwaltschaft und die von ihr dargelegte Ausgangslage sind zutreffend. Der Vorwurf der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer, sie sexuell belästigt zu haben, ist ehrverletzend, ebenso die Weiterverbreitung dieses Vorwurfs; entscheidend ist somit ein allfälliger Entlastungsbeweis<sup>338</sup>. Zudem legte die Staatsanwaltschaft mit konkreten Argumenten dar, weshalb die Ausführungen der Beschwerdegegnerin rund um den Vorwurf der sexuellen Belästigung klar glaubhafter sind als diejenigen des Beschwerdeführers. Diese Erwägungen der Staatsanwaltschaft können als zutreffend qualifiziert werden.

b) Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts kann allerdings der Wahrheitsbeweis hinsichtlich des Vorwurfs einer strafbaren Handlung grundsätzlich nur durch eine Verurteilung erbracht werden. Diesen Beweis kann die Beschwerdegegnerin nicht erbringen, weil sie den Strafantrag gegen den Beschwerdeführer erst nach Ablauf der Strafantragsfrist von drei Monaten gestellt hat, und weil deswegen das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer eingestellt worden ist. Die Staatsanwaltschaft erwog dazu, es könne kaum im Interesse des Gesetzgebers sein, dass ein Opfer eines sexuellen Übergriffs mit niemandem über das Erlebte sprechen könne, ohne selber mit strafrechtlichen Konsequenzen rechnen zu müssen, nur weil der Täter des Sexualdelikts nicht verurteilt werde - sei dies aus Gründen der Beweislosigkeit, oder weil das Opfer gar keine Strafanzeige eingereicht habe, zumal Opfer sexueller Übergriffe häufig infolge Scham, Schuldgefühlen oder psychischer Belastung keine Strafanzeige erstatteten.

c) Es stellt sich die Frage, ob es Sache der Staatsanwaltschaft ist, gestützt auf eine Ausnahme<sup>339</sup> zum Grundsatz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Strafverfahren einzustellen, oder ob dies nicht Sache des Gerichts ist. Nicht nur bei zweifelhafter Beweislage, sondern auch bei zweifelhafter Rechtslage hat das Gericht zu entscheiden, nicht die Staatsanwaltschaft<sup>340</sup>. Daraus folgt, dass ohne zusätzliche Begründung, aus der sich eine nicht mehr zweifelhafte Rechtslage ergäbe, eine Einstellung nicht haltbar wäre.

d) Ausgangslage dafür ist, dass es vom Grundsatz, wonach der Wahrheitsbeweis für den Vorwurf einer strafbaren Handlung durch eine Verurteilung zu erbringen ist, gemäss Lehre und Rechtsprechung verschiedene Ausnahmen gibt. Missverständlich und unzutreffend, zumindest jedoch unpräzise, ist deshalb die häufig verwendete Formulierung, der Wahrheitsbeweis könne «nur» durch eine Verurteilung erbracht werden. Richtig wäre der Begriff «grundsätzlich», wie dies das Bundesgericht im grundlegenden BGE 106 IV 117 tat. In BGE 132 IV 112 erwog das Bundesgericht, der Wahrheitsbeweis hinsichtlich des Vorwurfs, jemand habe eine strafbare Handlung begangen, könne auf andere Weise als durch eine Verurteilung erbracht werden, wenn die mit der angeblich strafbaren Handlung befasste Behörde das Verfahren bis zum Abschluss des Ehrverletzungsprozesses sistiert habe. Es fasste zusammen, eine Ausnahme könne etwa gemacht werden

---

<sup>338</sup> Art. 173 Abs. 2 StGB

<sup>339</sup> Die sich auf kein Präjudiz stützt.

<sup>340</sup> BGE 138 IV 91

für den Fall, dass wegen der Verjährung kein Strafverfahren mehr habe durchgeführt werden können. Am Prinzip sei im Hinblick auf die Unschuldsvermutung festzuhalten, aber es gebe Ausnahmen von diesem Prinzip. Der Wahrheitsbeweis könne auch durch ein erst nach den ehrverletzenden Äusserungen gefällttes Urteil erbracht werden. Bereits in BGE 106 IV 114 führte es als mögliche Ausnahme von der Regel an, dass etwa ein Strafverfahren nicht oder nicht mehr durchgeführt werden könne. Das Bundesgericht verweist auf Vorbehalte der Lehre. Gemäss Trechsel könne ein Nichteröffnungsbeschluss den Wahrheitsbeweis nicht in jedem Fall ausschliessen. Er unterstreiche, dass der Angeklagte nicht auf den Weg strafrechtlicher Schritte verwiesen werden könne, um den Wahrheitsbeweis zu erbringen. Auch Riklin sei der Auffassung, diese Rechtsprechung gehe insofern sehr weit, als ein Verzicht auf die Einleitung einer Strafuntersuchung jeden Wahrheitsbeweis verunmögliche. Seiner Auffassung nach sei diese Konsequenz allerdings nur von Belang, wenn die betreffenden Entscheidungen im Moment der Ehrverletzung schon ergangen seien. Wenn ein solcher Entscheid fehle, dürfe der Täter nicht auf den Strafprozessweg oder den Ausgang eines inzwischen hängigen Strafprozesses verwiesen werden. Gemäss Stratenwerth und Jenny dürfe nicht ausser Acht bleiben, dass der Strafrichter auch bei Ehrverletzungen die materielle Wahrheit zu erforschen habe. Schliesslich stelle Corboz fest, die Rechtsprechung stütze sich zwar auf eine vernünftige Begründung, jedoch könne man sich angesichts fehlender klarer Gesetzesbestimmungen fragen, was den Beschuldigten daran hindere, im Strafverfahren gegen ihn den Wahrheitsbeweis zu erbringen<sup>341</sup>.

e) Der dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde liegende Hauptgedanke darf bei der Beantwortung der sich stellenden Frage nicht ausser Acht gelassen werden. Es geht darum, sich widersprechende Urteile zu vermeiden<sup>342</sup>. Unter Würdigung der Lehre und Rechtsprechung zum Grundsatz und der Ausnahme sowie unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Erfordernisses der Verurteilung für den Wahrheitsbeweis ist hier der Schluss berechtigt, der Wahrheitsbeweis dürfe auch mit anderen Mitteln erbracht werden. Einerseits gab es im Zeitpunkt der ehrverletzenden Äusserungen kein Urteil und kein laufendes Verfahren bezüglich des Tatvorwurfs der sexuellen Belästigung. Es durfte von der Beschwerdegegnerin andererseits gerade aus den Überlegungen, welche die Staatsanwaltschaft in ihrer einschlägigen Erwägung machte, nicht verlangt werden, dass sie einen Strafprozess einleitet, allein um den Wahrheitsbeweis für ihre Äusserungen zu führen, zumal sie, wie dargelegt, diese Äusserungen aus glaubhaften Motiven machte. Ferner war der Wahrheitsbeweis durch Verurteilung nach Ablauf der Strafantragsfrist nicht mehr

---

<sup>341</sup> BGE 132 IV 118 f.; Es verhält sich ähnlich wie beim Tatbestand der falschen Anschuldigung gemäss Art. 303 StGB. Nicht schuldig ist die Person, welche die behauptete strafbare Handlung nicht begangen hat. Als solche gilt auch diejenige, deren Nichtschuld - vorbehältlich einer Wiederaufnahme des Verfahrens - durch Freispruch oder Einstellungsbeschluss verbindlich festgestellt worden ist. Ein früheres Urteil oder ein Einstellungsbeschluss bindet im neuen Verfahren, in dem über die falsche Anschuldigung zu befinden ist, jedoch nur insoweit, als dieser sich über Schuld oder Nichtschuld der angeschuldigten Person ausspricht. Soweit das frühere Verfahren aus Opportunitätsgründen oder gestützt auf Art. 54 StGB eingestellt worden ist, hindert dies im Verfahren der falschen Anschuldigung nicht, über die Schuld der angeschuldigten Person erneut zu befinden (BGE 136 IV 176; BGE vom 4. Dezember 2006, 6P.196/2006, Erw. 7.2).

<sup>342</sup> BGE 132 IV 119



möglich. Schliesslich kann man die Einstellung des Strafverfahrens gegen die Beschwerdegegnerin und die Einstellung des Strafverfahrens gegen den Beschwerdeführer nicht als sich widersprechende Entscheide qualifizieren, weil im Entscheid gegen den Beschwerdeführer eine materielle Prüfung zufolge des Ablaufs der Strafantragsfrist gerade nicht erfolgte, und da die vorliegende Einstellung nur im Sinn einer Prognose über die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung der Beschwerdegegnerin erging.

f) Zusammengefasst kann nicht mehr von einer zweifelhaften, sondern von einer klaren Rechtslage ausgegangen werden. Ausnahmsweise kann hier für den Wahrheitsbeweis oder die Prognose darüber betreffend den Vorwurf einer strafbaren Handlung von einer Verurteilung abgesehen werden. Die Staatsanwaltschaft stellte das Strafverfahren gegen die Beschwerdegegnerin somit zu Recht ein. Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 22. Oktober 2020, SW.2020.106

## 22. Ein Schafstall als Geheim- oder Privatbereich; Tierschutz als Rechtfertigungsgrund (Art. 179<sup>quater</sup>, 14 StGB)

1. a) Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage gegen X und Y. Sie warf X vor, von seiner Liegenschaft aus den Privatkläger in seinem grundsätzlich gegen Einblicke geschützten Stall mit einer Videokamera mit erheblicher Zoomfunktion gefilmt zu haben. Zudem habe X die zuvor erstellten Videoaufnahmen Y überlassen. Diese Videoaufnahmen habe Y auf der Homepage des von ihm präsierten Vereins veröffentlicht. Die Staatsanwaltschaft beantragte, X sei wegen mehrfacher Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte nach Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 und Abs. 2 StGB zu verurteilen; Y sei wegen (einfach begangener) Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte nach Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 3 StGB zu bestrafen.

b) Das Bezirksgericht sprach X der mehrfachen und Y der einfachen Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte nach Art. 179<sup>quater</sup> StGB schuldig.

c) X und Y erhoben Berufung und verlangten je einen Freispruch. Die Staatsanwaltschaft beantragte die Abweisung der Berufungen.

2. a) Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines anderen oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines anderen ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt, wird gemäss Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB auf Antrag hin mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Ebenso wird laut Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 2 StGB bestraft, wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine strafbare Handlung gegen den Geheim- oder Privatbereich hergestellt wurde, auswertet oder einem Dritten bekannt gibt. Schliesslich macht sich nach Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 3 StGB strafbar, wer solche Aufnahmen aufbewahrt oder Dritten zugänglich macht.

b) aa) Das geschützte Rechtsgut ist der Privat- und Geheimbereich: Der Mensch soll in einer Atmosphäre der Zurückgezogenheit unbefangen und ungezwungen privaten, geheimen oder intimen Betätigungen nachgehen können, ohne dabei gegen seinen Willen beobachtet oder abgebildet zu werden<sup>343</sup>. Der Tatbestand dehnt damit den strafrechtlichen Schutz des gesprochenen Wortes<sup>344</sup> auf das Visuelle aus<sup>345</sup>.

bb) Tatobjekt sind Tatsachen, das heisst wahrnehmbare Ereignisse und Zustände aus der Gegenwart oder der Vergangenheit<sup>346</sup>. Tatmittel ist jedes Gerät, das ein reproduzierbares Bild der betroffenen Person herstellt<sup>347</sup>. Das eigentliche Kernelement des Tatbestands ist indessen

---

<sup>343</sup> Ramel/Vogelsang, Basler Kommentar, 4.A., Art. 179<sup>quater</sup> StGB N. 3

<sup>344</sup> In Art. 179<sup>bis</sup> StGB sowie Art. 179<sup>ter</sup> StGB

<sup>345</sup> Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 7.A., § 12 N. 52

<sup>346</sup> Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>quater</sup> StGB N. 7

<sup>347</sup> Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch, BT, 3. Band, Bern 1984, S. 105 f.

die Zugehörigkeit der - mittels Geräten aufgenommenen - Tatsachen zum Geheim- oder Privatbereich. Über den strafrechtlichen Schutz entscheidet im Grunde genommen die Frage, ob Aussenstehende die Tatsachen ohne weiteres beobachten können oder ob diese dem Geheim- und/oder dem Privatbereich zuzuordnen sind<sup>348</sup>. Der Tatbestand erweist sich damit in einem zentralen Punkt als eher unbestimmt. Aufgabe der Rechtsprechung ist es, ihm deutlichere Konturen zu verleihen<sup>349</sup>.

c) aa) Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich einlässlich mit der Entstehungsgeschichte von Art. 179<sup>quater</sup> StGB sowie den Tatbestandsmerkmalen «Geheimbereich» und «Privatbereich» auseinandergesetzt. Das Bundesgericht weist darauf hin, die heutige Formulierung des Tatbestands stelle eine vermittelnde Lösung zwischen unterschiedlichen Ansichten in National- und Ständerat dar<sup>350</sup>. Im Unterschied zum Bundesrat, der ausschliesslich den Geheimbereich schützen wollte, dehnte das Parlament den Schutz auf den Privatbereich aus<sup>351</sup>. Durch die Wendung «nicht jedermann ohne weiteres zugänglich» sollte dieser erweiterte strafrechtliche Schutz im Privatbereich zurückgenommen und eingegrenzt werden<sup>352</sup>. Ausgehend von dieser Entstehungsgeschichte zählt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum «Privatbereich» im Sinn von Art. 179<sup>quater</sup> StGB der nach Art. 186 StGB geschützte private Bereich, also ein Haus, eine Wohnung, ein abgeschlossener Raum eines Hauses oder ein unmittelbar zu einem Haus gehörender umfriedeter Platz, Hof oder Garten<sup>353</sup>. Dringt der Täter physisch in diesen geschützten Bereich ein, um darin eine Tatsache mit einem Aufnahmegerät zu beobachten oder auf einen Bildträger aufzunehmen, erfüllt er den Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> StGB. Gleich zu behandeln ist der Täter, der, um eine im Hausfriedensbereich stattfindende und damit dem Privatbereich zuzuordnende Tatsache aufzunehmen, lediglich ein rechtlich-moralisches Hindernis überwinden muss. Damit ist eine gedachte, also eine physisch nicht in Erscheinung tretende Grenze gemeint, die nach den allgemein anerkannten Sitten und Gebräuchen ohne die Zustimmung der Betroffenen nicht überschritten wird<sup>354</sup>.

bb) Mit Entscheid vom 11. November 2011 kam die I. sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichts zum Ergebnis<sup>355</sup>, die Observation einer IV-Rentenbezügerin auf dem von der Strasse her frei einsehbaren Balkon verstosse nicht gegen Art. 179<sup>ter</sup> StGB, da es sich dabei um Tatsachen handle, die ohne Überwindung einer physischen oder psychologischen Schranke zugänglich seien. Ausserdem habe die betroffene Person freiwillig eine Alltagsverrichtung ausge-

---

<sup>348</sup> Donatsch, Strafrecht III, 11.A., S. 432

<sup>349</sup> Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 12 N. 55

<sup>350</sup> Zur Entstehungsgeschichte vgl. Schubarth, S. 101 f.

<sup>351</sup> BGE 118 IV 47

<sup>352</sup> BGE 118 IV 48

<sup>353</sup> BGE 118 IV 49; BGE vom 20. März 2019, 6B\_569/2018, Erw. 3.3; BGE vom 28. Mai 2013, 1B\_28/2013, Erw. 2.2.2

<sup>354</sup> BGE 118 IV 50, 137 I 336; BGE vom 20. März 2019, 6B\_569/2018, Erw. 3.3

<sup>355</sup> BGE 137 I 327

übt<sup>356</sup>. Dieses Ergebnis fügt sich nicht ohne weiteres in die ältere Rechtsprechung ein, die den strafrechtlichen Schutz ausdrücklich auf unmittelbar zu einem Haus gehörende Bereiche ausdehnte. Nach dieser Praxis war strafbar, wer eine Person beim Zeitungsholen im Eingangsbereich fotografierte. Hier bejahte das Bundesgericht eine physisch-moralische Grenze<sup>357</sup>.

cc) aaa) Fraglich ist das Verhältnis der älteren Rechtsprechung zum Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung vom 11. November 2011. Diese Frage thematisiert auch Prof. Dr. Franz Riklin in seinem Gutachten. Die I. sozialrechtliche Abteilung stellte auf den «freiwilligen» Charakter der gefilmten alltäglichen Verrichtungen ab und hielt fest, die fraglichen Verhaltensweisen könnten von jedermann, ohne Überwindung einer rechtlich-moralischen Grenze, wahrgenommen werden<sup>358</sup>. In der Literatur wird angenommen, das Bundesgericht sei von einer Einwilligung ausgegangen<sup>359</sup>. Bei dieser Leseart besteht kein Widerspruch zur älteren Rechtsprechung, da die Einwilligung die Tatbestandsmässigkeit von vornherein ausschliesst<sup>360</sup>. So betrachtet, ist das Urteil vom 11. November 2011 besonders gelagert und nicht verallgemeinerungsfähig.

bbb) Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts bestätigte in einem unpublizierten Entscheid vom 20. März 2019 die ältere Praxis, ohne auf den Entscheid der I. sozialrechtlichen Abteilung einzugehen. Demgemäss ist strafbar, wer eine andere Person im Garten fotografiert<sup>361</sup>. Weiter wird in einem neuen publizierten Entscheid der öffentlich-rechtlichen Abteilung auf die ältere Praxis hingewiesen, ohne den Entscheid vom 11. November 2011 zu thematisieren<sup>362</sup>. Diese Urteile bestätigen die Schlussfolgerung, das Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung sei nur begrenzt verallgemeinerungsfähig.

ccc) Hinzu kommt, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Schweiz mit Urteil vom 18. Oktober 2016 wegen einer Verletzung von Art. 8 EMRK im Zusammenhang mit der Observation im Sozialversicherungsrecht verurteilte. Der Gerichtshof argumentierte bezugnehmend auf Art. 179<sup>quater</sup> StGB, es fehle innerstaatlich an einer klaren und vorhersehbaren Gesetzesgrundlage für Observationen<sup>363</sup>. In der Folge rückte das Bundesgericht ausdrücklich von der mit Urteil vom 11. November 2011 begründeten Rechtsprechung ab. An dieser sei nicht festzuhalten<sup>364</sup>. Erweist sich demnach diese Praxis als konventionswidrig und überholt, kann sie nicht zur Auslegung von Art. 179<sup>quater</sup> StGB herangezogen werden.

ddd) Die Literatur bezeichnet die ältere Rechtsprechung, die ein Überwinden eines rechtlich-moralischen Hindernisses genügen lässt, zwar bisweilen als weitgehend oder eher

---

<sup>356</sup> BGE 137 I 336

<sup>357</sup> BGE 118 IV 49

<sup>358</sup> BGE 137 I 336

<sup>359</sup> Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>quater</sup> StGB N. 11a

<sup>360</sup> Donatsch, S. 434

<sup>361</sup> BGE vom 20. März 2019, 6B\_569/2018, Erw. 3.4

<sup>362</sup> BGE 146 I 13

<sup>363</sup> Urteil EGMR in Sachen Vukota-Bojić gegen Schweiz vom 18. Oktober 2016, 61838/10, N. 72 und 77

<sup>364</sup> BGE 143 I 384

unbestimmt<sup>365</sup>. Grundlegende Kritik erwuchs ihr aber nicht<sup>366</sup>. Demgegenüber wird der Entscheid der I. sozialrechtlichen Abteilung vom 11. November 2011 kritisiert. Der angenommene Verzicht sei letztlich fingiert<sup>367</sup>.

eee) Aus diesen Gründen ist das Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung vom 11. November 2011 nicht zur Auslegung des Tatbestands von Art. 179<sup>ter</sup> StGB heranzuziehen. Das von Y vorgelegte Gutachten von Prof. Dr. Franz Riklin geht vom Gegenteil aus. Der Gutachter befasst sich jedoch nicht mit der seit BGE 137 I 327 ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR. Nach der Meinung des Gutachters verstösst zudem eine Auslegung, die eine jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache im Privatbereich als tatbestandsmässig qualifiziert, gegen den historischen Willen des Gesetzgebers. Das Bundesgericht hat sich mit diesem jedoch ausführlich befasst<sup>368</sup>. Wollte man der Kritik des Gutachters Rechnung tragen, hätte eine Praxisänderung durch das Bundesgericht zu erfolgen. Bis dahin bleibt es bei der vom Bundesgericht in Auseinandersetzung mit dem Willen des Gesetzgebers entwickelten Auslegung.

d) Der subjektive Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> StGB erfordert Vorsatz<sup>369</sup>. Vorsätzlich handelt gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB auch, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Bezüglich Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 2 und 3 StGB muss der Vortäter vorsätzlich, nicht aber schuldhaft gehandelt haben<sup>370</sup>.

3. a) X wird vorgeworfen, am 28. August 2018 von seinem damaligen Wohnort aus mit einer Videokamera (mit starker Zoomfunktion) den Privatkläger in dessen Stall gefilmt zu haben. Die örtlichen Verhältnisse ergeben sich zum einen aus dem Polizeirapport, zum anderen lassen sie sich aus den Videoaufnahmen ableiten. X bewohnte im Tatzeitpunkt ein Einfamilienhaus an der A-Strasse. Die Parzelle grenzt im Westen und Süden an unüberbautes Wies- und Ackerland an. Die A-Strasse verläuft entlang der Grünfläche, eine kleine Erschliessungsstrasse biegt auf der Höhe des Hofes des Privatklägers nach Nordwesten ab und umschliesst - parallel zur A-Strasse verlaufend - das Wies- und Ackerland. X filmte über diese Fläche und die Erschliessungsstrasse hinweg das Innere und den unmittelbar angrenzenden Bereich des Schafstalls des Privatklägers. Auf einem der Videos ist der Stall in unterschiedlichen Einstellungen zu sehen. Es handelt sich um eine grosszügig wirkende Remise aus Holz mit flachem Giebeldach und seitlich, etwa auf Brusthöhe, durchgehend verglaste Fassade. Die Remise steht leicht abgeschrägt gegenüber der Erschliessungsstrasse. Einsichtig ist sie nur von einem nördlichen Standpunkt auf der Erschliessungsstrasse aus. Das Grundstück ist umsäumt von mehreren Zäunen. Ein Holz- oder Gitterzaun

---

<sup>365</sup> Donatsch, S. 432; Stratenwerth/Jenny/Bommer, § 12 N. 55

<sup>366</sup> Vgl. Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>quater</sup> StGB N. 11; Trechsel/Lieber, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 3.A., Art. 179<sup>quater</sup> N. 4

<sup>367</sup> Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>quater</sup> StGB N. 11a

<sup>368</sup> BGE 118 IV 47

<sup>369</sup> Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>quater</sup> StGB N. 21 und Art. 179<sup>bis</sup> StGB N. 21 und 33

<sup>370</sup> Vgl. Trechsel/Lieber, Art. 179<sup>bis</sup> StGB N. 7

umfasst den Auslaufbereich der Schafe; weiter von der Remise entfernt wurde ein mobiler Zaun aufgestellt.

b) Eine Videokamera ist ein Aufnahmegerät im Sinn des Tatbestands. X hat sodann Tatsachen aufgezeichnet, nämlich den Umgang des Privatklägers mit seinen Schafen. Diese objektiven Tatbestandselemente sind erfüllt.

c) aa) Bestritten ist, ob sich die aufgezeichneten Tatsachen im Privatbereich abgepielt haben. Der Geheimbereich ist unbestritten nicht betroffen. Die Aufnahmen zeigen den Privatkläger im und vor dem Stall. Der Schutz des Hausrechts erstreckt sich zweifellos auf das Gebäudeinnere. Auch der unmittelbar zum Hof gehörende Aussenbereich, der überdies mehrfach umfriedet ist, fällt unter Art. 186 StGB. Nach der dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Tatsachen, die sich innerhalb dieses geschützten Bereichs abspielen, grundsätzlich geschützt.

bb) Die Berufungskläger brachten vor, der Hof sei lichtdurchflutet und allgemein einsichtig gewesen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist indessen massgebend, ob der Täter eine physisch-moralische Grenze überwinden musste. Das ist hier zu bejahen. Deshalb ist der von den Berufungsklägern immer wieder zitierte «Balkonfall»<sup>371</sup> gerade nicht vergleichbar. Der Berufungskläger filmte aus dem Dachfenster seines Hauses, mit starker Zoomfunktion, die Vorgänge im und um den Stall. Er musste Vorkehrungen treffen, um die sich dort abspielenden Tatsachen wahrnehmen zu können: Zunächst ging er in die obere Etage seines Hauses, um einen besseren Aufnahmewinkel zu erreichen. Selbst wenn die von Y angestellten Berechnungen zutreffen und ein Beobachter von der A-Strasse die gleiche (freie) Sicht auf und in den Stall gehabt haben sollte, überwand X dank der Zoomfunktion seiner Kamera die nicht unerhebliche räumliche Distanz zwischen seinem Haus und dem Stall. Überdies ist nicht entscheidend, dass der Beobachter «freie» Sicht auf einen Bereich hat; zu fragen ist vielmehr, ob es sich bei diesem Bereich um einen privaten handelt. Eine Person in einem umfriedeten Bereich und im Inneren eines Gebäudes ohne dessen Einwilligung zu filmen, ist mit Sicherheit nicht sozialüblich. Auch das Aufnehmen des Privatklägers von der A-Strasse aus wäre daher wohl tatbestandsmässig gewesen. Umso mehr muss dies beim heimlichen Filmen über eine grosse Distanz mit einem Zoomobjektiv gelten. Es verhält sich hier gleich, wie wenn eine Person von aussen durch ein Fenster in eine Wohnung oder sonst einen Privatbereich filmt. Solange aus dem Verhalten der beobachteten Person nicht auf eine Einwilligung geschlossen werden kann, verletzt die filmende Person den geschützten Privatbereich. Dabei ist unerheblich, ob es sich beim Privatbereich um eine Wohnung oder ein Wohnhaus oder um ein Büro oder sonst eine Werkstätte handelt; auch das Arbeiten ist von Art. 179<sup>quater</sup> StGB geschützt<sup>372</sup>. Entscheidend ist einzig, ob es sich um einen geschützten privaten Bereich

---

<sup>371</sup> BGE 137 I 327 ff.

<sup>372</sup> Vgl. BGE 118 IV 45

handelt, und ob der Täter ein physisches oder rechtlich-moralisches Hindernis überwinden muss, um eine im Hausfriedensbereich stattfindende und damit dem Privatbereich zuzuordnende Tatsache aufzunehmen. Das Innere eines Stalles und die eingefriedete Umgebung gehören nach den allgemein anerkannten Sitten und Gebräuchen ohne Zweifel zu diesem geschützten Privatbereich. Zu Recht wies die Staatsanwaltschaft zudem darauf hin, die Einsehbarkeit durch Fenster hänge von den Lichtverhältnissen ab; sei es draussen hell und drinnen dunkel, sei die Sicht von aussen ins Innere eines Raums begrenzt. Abgesehen davon darf auch etwa nachts nicht in einen erleuchteten Raum gefilmt werden, auch wenn dieser von aussen aufgrund der Lichtverhältnisse sehr gut einsehbar ist; allein die Tatsache, dass in einem solchen Fall keine blickdichten Vorhänge gezogen sind, lässt keinesfalls auf eine Einwilligung der beobachteten Person schliessen. Der Staatsanwaltschaft ist ferner zuzustimmen, dass grundsätzlich nicht durch ein Fenster ins Innere eines Gebäudes gefilmt werden darf, solange es sich nicht um ein öffentliches Gebäude handelt. Zu Recht verwarf schliesslich die Vorinstanz die Auffassung der Berufungskläger, es habe sich bei der beobachteten Tätigkeit des Privatklägers nicht um eine besonders persönlichkeitssträchtige Tätigkeit gehandelt. Der Privatkläger war bei der Arbeit in seinem Stall und/oder unmittelbar davor und musste nicht damit rechnen, bei dieser Tätigkeit gefilmt zu werden. Bei dieser Ausgangslage kann nicht gesagt werden, X habe allgemein zugängliche Tatsachen gefilmt.

Selbst wenn zugunsten von X angenommen würde, der Bereich vor dem Stall und im Stall sei von der Erschliessungsstrasse aus gut einsichtig, wäre der Tatbestand somit erfüllt. Eine Person in einem umfriedeten Bereich und im Inneren eines Gebäudes zu filmen, ist nicht sozialüblich. Würde es sich um ein sozialübliches Vorgehen handeln, hätte X nicht heimlich vom Dachfenster seines Einfamilienhauses aus gefilmt. Die verdeckte Vorgehensweise belegt gerade, dass er eine moralische Grenze überschreiten musste.

Unbehelflich ist auch der Einwand von Y, der Privatkläger habe aufgrund eines ersten - nicht Gegenstand der Anklage bildenden - Aufnehmens gewusst, dass er von den Einfamilienhäusern aus beobachtet und gefilmt werden könne. Dies sei ihm offensichtlich egal gewesen. Er habe dies bemerkt und sogar seiner Frau mit dem Finger die Kamera gezeigt. Daraus konnte und durfte X aber noch lange nicht auf eine Einwilligung des Privatklägers schliessen, ihn über eine grosse Distanz heimlich bei Verrichtungen in seinem Stall zu filmen.

d) X erfüllte somit den objektiven Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB (in der Variante des «Aufnehmens»). Auch der subjektive Tatbestand ist gegeben. X wusste, dass der Privatkläger nicht in die Aufnahme eingewilligt hatte. Er musste für möglich halten und nahm in Kauf, den Privatkläger bei einer zum Privatbereich gehörenden und damit geschützten Tätigkeit zu filmen. Er handelte daher zumindest eventualvorsätzlich<sup>373</sup>. Indem X die Aufnahmen an Y weitergab, machte er sich überdies nach Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 3 StGB (in der Variante des «einem Dritten Zu-

---

<sup>373</sup> Dies bestritt X letztlich denn auch gar nicht.

gänglichmachens») strafbar; er nahm dabei zumindest in Kauf, durch eine strafbare Handlung erstellte Aufnahmen einem Dritten weiterzugeben.

e) Y veröffentlichte die von X erhaltenen Videoaufnahmen auf der Homepage des von ihm präsidierten Vereins. Ihm war bewusst, dass es sich um heimlich erstellte Aufnahmen handelte, zumindest musste er dies annehmen. Er machte das Gegenteil denn auch nicht geltend. Die Publikation im Internet machte die Aufnahmen einem unbeschränkten Kreis von Drittpersonen zugänglich, was das anvisierte Ziel von Y war. Deshalb erfüllte Y den Tatbestand von Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 3 StGB (in der Variante des «Zugänglichmachens») objektiv und subjektiv.

4. Die Berufungskläger machen geltend, die Strafbarkeit entfalle, da sie höherwertige Interessen wahrgenommen und/oder entschuld bare Notstandshilfe geleistet hätten. Das Gutachten von Prof. Dr. Franz Riklin halte fest, es sei gerechtfertigt und legitim, missbräuchliches Verhalten gegenüber Tieren zu Beweis zwecken zu dokumentieren und allenfalls die Behörden zu informieren. Es bestehe durchaus ein öffentliches Interesse an der Missbrauchs bekämpfung im Umgang mit Tieren.

a) aa) In einem demokratischen Rechtsstaat sind politische und ideelle Anliegen grundsätzlich auf politischem Weg und/oder dem Rechtsweg zu verfolgen. Der Umstand, dass die legalen politischen und rechtlichen Mittel ausgeschöpft erscheinen und die demokratisch legitimierten politischen Gremien beziehungsweise Justizorgane die Auffassung eines Anzeigers nicht teilen, gibt Letzterem kein Recht, seine Anliegen mit strafbaren Methoden zu verfolgen<sup>374</sup>. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht nur dort von Straffreiheit aus, wo sich ein Anzeiger erfolgreich auf Notstandshilfe oder - in Ausnahmefällen - auf einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund berufen kann.

bb) Zu den übergesetzlichen Rechtfertigungsgründen zählt die Wahrnehmung berechtigter Interessen<sup>375</sup>. Unter Berufung auf verfassungsmässige Rechte oder zur Herstellung eines sozial erwünschten Zustands kann sich ein Täter unter bestimmten Voraussetzungen auf diesen Rechtfertigungsgrund berufen<sup>376</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist er gegeben, wenn die Tat ein zur Erreichung des berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel darstellt, sie sich insoweit als der einzig mögliche Weg präsentiert und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht<sup>377</sup>. Das Bundesgericht betont, diese Voraussetzungen müssten gerade auch für das Anliegen politischer Aktivisten oder Medienschaffender gelten, die vermeintliche Missstände publik machen wollen<sup>378</sup>. In den sogenannten «Whist-

---

<sup>374</sup> BGE 129 IV 13 f.

<sup>375</sup> Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, Habil. Basel 1955, S. 48 ff.

<sup>376</sup> Niggli/Göhlich, Basler Kommentar, 4.A., Vor Art. 14 StGB N. 66

<sup>377</sup> BGE 120 IV 213, 117 IV 178, 113 IV 7; vgl. BGE 129 IV 15

<sup>378</sup> BGE 129 IV 15; Niggli/Göhlich, Vor Art. 14 StGB N. 67, wonach dieser Rechtfertigungsgrund im Kern jeder Rechtsordnung zuwiderlaufe.



leblower»-Fällen entschied das Bundesgericht, der Gang an die Öffentlichkeit sei selten der einzig mögliche Weg zur Erreichung des Ziels. Vorher wären übergeordnete oder externe Stellen zu informieren gewesen<sup>379</sup>. Die strafbare Handlung muss demnach das einzig angemessene Mittel zur Auflösung des Interessenkonflikts sein. Wenn das geltende Recht diesen bereits abschliessend entschieden hat oder bestimmte prozedurale Entscheidungsgrundlagen vorschreibt, scheitert die Berufung auf einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund<sup>380</sup>.

cc) Eng mit dem Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen verwandt ist die Notstandshilfe. Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, handelt rechtmässig, wenn er dadurch höherwertige Interessen wahr<sup>381</sup>. Die Notstandshandlung besteht in einem (gerechtfertigten) Eingriff in ein Rechtsgut mit dem Ziel, ein anderes höherwertiges Rechtsgut zu schützen. Sie muss absolut subsidiär sein, das heisst, die Gefahr darf nicht anderweitig abwendbar sein<sup>382</sup>. Insbesondere schliesst die Möglichkeit, sich an eine Behörde zu wenden, den Notstand aus<sup>383</sup>. In einem neueren Entscheid betonte das Bundesgericht im Fall einer Person, die einem Flüchtling zur illegalen Einreise verhelfen wollte, sowohl der rechtfertigende wie der entschuldbare Notstand setzten voraus, dass die Gefahr nicht anders abwendbar gewesen sei. Auch die Notstandshilfe stehe deshalb unter der Voraussetzung der absoluten Subsidiarität. Entsprechendes gelte für den aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen, der nur angerufen werden könne, wenn die Tat ein notwendiges und angemessenes Mittel sei, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, die Tat also insoweit den einzig möglichen Weg darstelle und offenkundig weniger schwer wiege als die Interessen, die der Täter zu wahren suche<sup>384</sup>.

dd) Handelt der Täter in der irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, beurteilt das Gericht die Tat gemäss Art. 13 Abs. 1 StGB zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorstellte (Sachverhalts- oder Tatbestandsirrtum). In diesem Fall fehlt dem Täter der Vorsatz zur Erfüllung der fraglichen Strafnorm<sup>385</sup>. War der Irrtum vermeidbar, tritt laut Art. 13 Abs. 2 StGB die Verurteilung wegen des betreffenden Fahrlässigkeitsdelikts zur allfälligen Bestrafung nach Art. 13 Abs. 1 StGB hinzu. Wer bei Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält, handelt laut Art. 21 StGB nicht schuldhaft (Verbotsirrtum). War der Irrtum vermeidbar, mildert das Gericht die Strafe.

---

<sup>379</sup> BGE vom 12. Dezember 2011, 6B\_305/2011, Erw. 4.2; vgl. BGE vom 8. August 2018, 6B\_200/2018 sowie 6B\_210/2018, Erw. 3.2; BGE vom 25. Februar 2016, 6B\_599/2015, Erw. 2.3.1

<sup>380</sup> BGE vom 8. August 2018, 6B\_200/2018 sowie 6B\_210/2018, Erw. 3.2; ebenso Niggli/Göhlich, Vor Art. 14 StGB N. 67

<sup>381</sup> Art. 17 StGB

<sup>382</sup> BGE vom 16. Februar 2017, 6B\_495/2016, Erw. 2.2.2

<sup>383</sup> BGE 125 IV 56

<sup>384</sup> BGE vom 30. Juni 2020, 6B\_1162/2019, Erw. 2.2.1; BGE 134 IV 226

<sup>385</sup> BGE 129 IV 240

Art. 13 StGB erfasst nach einhelliger Meinung auch den Fall, dass der Täter irrigerweise einen Sachverhalt für gegeben hält, der, läge er wirklich vor, sein Verhalten als gerechtfertigt erscheinen liesse (irrige Annahme einer objektiven Rechtfertigungslage oder Putativrechtfertigung). Nicht unter Art. 13 StGB fallen die Sachverhalte, in denen der Täter glaubt, sich auf einen Rechtfertigungsgrund stützen zu können, den es entweder nicht oder nicht im von ihm angenommenen Umfang gibt. In Betracht kommt hier nur ein Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB<sup>386</sup>. Die Konstellation nach Art. 21 StGB setzt voraus, dass der Täter die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens verkennt, obwohl er um sämtliche Merkmale weiss, die es als tatbestandsmässiges Unrecht charakterisieren, und er überdies auch nicht irrigerweise annimmt, durch eine objektive Rechtfertigungslage gedeckt zu sein. Er handelt mithin vorsätzlich<sup>387</sup>.

Die Abgrenzung zwischen Konstellationen der Putativrechtfertigung und dem Verbotsirrtum ist zuweilen schwierig. Nach der Lehre ist kein Sachverhaltsirrtum zu beurteilen, wenn der Täter glaubt, von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt zu sein, den das geltende Recht nicht kennt, oder wenn er die Tragweite eines Rechtfertigungsgrunds verkennt<sup>388</sup>. Der Täter handelt beim Verbotsirrtum vorsätzlich, das heisst in richtiger Kenntnis aller objektiven und subjektiven Tatbestandselemente, er meint aber - subjektiv - im Recht zu sein<sup>389</sup>. Das Bundesgericht qualifizierte in diesem Sinn die Berufung der Angeklagten auf die Weisung einer Bundesrätin als Verbotsirrtum (und nicht als Sachverhaltsirrtum)<sup>390</sup>.

ee) Tiere sind keine Sachen<sup>391</sup>. Ihr rechtlicher Status hebt sich von demjenigen einer Sache ab. In den letzten Jahrzehnten haben Verfassungs- und Gesetzgeber den Schutz des Tieres stetig ausgebaut und verfassungsrechtlich verankert<sup>392</sup>. Die rechtlichen Bestimmungen folgen einem Pathozentrismus, der Tiere um ihrer selbst willen schützt<sup>393</sup>. Zu diesem Zweck definierte der Bundesgesetzgeber Mindestanforderungen an die Tierhalterinnen und Tierhalter<sup>394</sup>, führte eine Bewilligungs- und Meldepflicht für den gewerbsmässigen Handel mit Tieren ein<sup>395</sup>, unterwarf Tierversuche bestimmten Voraussetzungen<sup>396</sup> und stellte Tierquälerei unter Strafe<sup>397</sup>. Zur Durchsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben müssen die Kantone eine Fachstelle errichten,

---

<sup>386</sup> Niggli/Maeder, Basler Kommentar, 4.A., Art. 13 StGB N. 12 ff.

<sup>387</sup> Niggli/Maeder, Art. 21 StGB N. 7 ff.

<sup>388</sup> Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 4.A., § 10 N. 114; Niggli/Maeder, Art. 13 StGB N. 14

<sup>389</sup> Niggli/Maeder, Art. 21 StGB N. 7; vgl. BGE 129 IV 241

<sup>390</sup> BGE 116 IV 68

<sup>391</sup> Art. 641a Abs. 1 ZGB

<sup>392</sup> Art. 80 Abs. 1 und Art. 120 Abs. 1 BV; nach Art. 1 TSchG (Tierschutzgesetz, SR 455) ist es Zweck dieses Gesetzes, die Würde und das Wohlergehen des Tieres zu schützen.

<sup>393</sup> Errass, in: Die schweizerische Bundesverfassung (Hrsg.: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender), 3.A., Art. 80 N. 8; vgl. Art. 3 lit. a TSchG: Als Würde des Tieres gilt dessen Eigenwert.

<sup>394</sup> Art. 6 ff. TSchG

<sup>395</sup> Art. 13 ff. TSchG

<sup>396</sup> Art. 17 ff. TSchG

<sup>397</sup> Art. 26 f. TSchG

die unter der Verantwortung einer Kantonstierärztin oder eines Kantonstierarztes den Vollzug sicherstellt<sup>398</sup>. Im Kanton Thurgau ist dies das kantonale Veterinäramt.

b) Ohne sich zur Qualifikation der auf den Aufnahmen festgehaltenen Szenen in tierschutzrechtlicher Hinsicht und zum Beweiswert der Aufnahmen äussern zu wollen, ist festzustellen, dass die Bilder schockierend sind; man sieht unter anderem, wie ein Mann Schafe tritt und wirft.

c) Bei der Prüfung, ob die Strafbarkeit entfällt, sind die Handlungen der Berufungskläger separat zu betrachten. Zu prüfen ist einerseits das Erstellen der Aufnahmen durch X und andererseits deren Weitergabe an Y sowie schliesslich die Veröffentlichung der Aufnahmen durch Y auf der Webseite des Vereins.

d) Die Berufungskläger verwiesen zur Rechtfertigung ihres Handelns wiederholt auf den Fall «Hefenhofen». Dieser Fall beweise, dass die Thurgauer Behörden untätig geblieben seien und ein grosses Misstrauen in sie gerechtfertigt gewesen sei. Es sei zu befürchten gewesen, dass der «Tierschutz-Schlendrian» im Kanton Thurgau entgegen den «heuchlerischen Versprechen der Regierung» weitergehe und ohne öffentlichen Druck Missstände verschleierte würden. Die Berufungskläger hätten aufgrund dieser Erfahrungen davon ausgehen müssen, dass die Einhaltung des Rechtsweges oder der Gang zu den Behörden nichts genützt hätte.

aa) Die Chronologie sieht gestützt auf den Bericht der externen unabhängigen Untersuchungskommission zum Vollzug der Tierschutzgesetzgebung im Fall «Hefenhofen»<sup>399</sup> zusammengefasst folgendermassen aus: Seit 1984 liefen diverse Verfahren (betreffend Gewässerschutz, Tierhaltevorschriften, baulichen Zustand, Direktzahlungen)<sup>400</sup>. Das Veterinäramt erliess am 8. März 2013 ein Teiltierhalteverbot<sup>401</sup>. Ab Februar 2015 verfolgten die Behörden die Strategie «Deeskalation»<sup>402</sup>. Ab Januar 2016 lief die Phase «Mediation»<sup>403</sup>. Beim Veterinäramt ging am 29. Juni 2017 eine Tierschutzmeldung mit Fotos von ausgezehrteten Tieren und der Bitte um unverzügliche Kontrolle ein. Am 14. Juli 2017 meldeten sich beim Veterinäramt Personen aus dem Umfeld des Tierhalters mit Fotos von toten Pferden. Der «Blick» veröffentlichte am 2. August 2017 Bilder der toten Tiere, was ein grosses mediales Echo und Entrüstung in der Bevölkerung auslöste; es kam zu Demonstrationen auf dem Hof<sup>404</sup>. Am 7. / 8. August 2017 orientierte der Regierungs-

---

<sup>398</sup> Art. 33 TSchG

<sup>399</sup> Administrativuntersuchung zum Vollzug der Tierschutzgesetzgebung im Fall des Tierhalters U.K., Teil 1 des Schlussberichts an den Regierungsrat des Kantons Thurgau vom 23. Oktober 2018 (nachfolgend Schlussbericht Teil 1), sowie Chronologie im Fall des Tierhalters U.K., Teil 2 des Schlussberichts an den Regierungsrat des Kantons Thurgau vom 23. Oktober 2018 (nachfolgend Schlussbericht Teil 2), vgl. [www.tg.ch/public/upload/assets/72136/II\\_Schlussbericht\\_UKUK\\_1MB.pdf](http://www.tg.ch/public/upload/assets/72136/II_Schlussbericht_UKUK_1MB.pdf) sowie [www.tg.ch/public/upload/assets/72137/III\\_Chronologie\\_der\\_Untersuchungskommission\\_23\\_10\\_18.pdf](http://www.tg.ch/public/upload/assets/72137/III_Chronologie_der_Untersuchungskommission_23_10_18.pdf)

<sup>400</sup> Schlussbericht Teil 1, S. 17 ff.

<sup>401</sup> Schlussbericht Teil 1, S. 32

<sup>402</sup> Schlussbericht Teil 2, S. 69

<sup>403</sup> Schlussbericht Teil 2, S. 79

<sup>404</sup> Schlussbericht Teil 1, S. 39

rat in einer Medienkonferenz. Die Tiere wurden beschlagnahmt und der Hof wurde - mit einem Grossaufgebot der Kantonspolizei - geräumt. Am 16. August 2017 verfügte das Veterinäramt ein vorsorgliches Tierhalteverbot<sup>405</sup>. Bereits am 15. August 2017 hatte der Regierungsrat sich für die Einsetzung einer externen und unabhängigen Untersuchungskommission ausgesprochen; am 5. September 2017 erteilte er der Kommission den Auftrag zur Administrativuntersuchung<sup>406</sup>.

bb) Die Administrativuntersuchung kam zum Schluss, aus den Akten und Befragungen gehe hervor, dass noch häufigere Kontrollen beziehungsweise Nachkontrollen durch das Veterinäramt aufgrund der Renitenz und Gewaltbereitschaft des Tierhalters sowie der Deeskalationsstrategie beziehungsweise der Entscheidungen der Arbeitsgruppe U.K. und in der Mediationsphase nicht möglich gewesen seien. Insgesamt hätten die Kontrollen aber in ausreichender Häufigkeit stattgefunden, um die Tierschutzsituation auf dem Betrieb umfassend beurteilen und die Verwaltungsverfahren führen zu können<sup>407</sup>. Vom Veterinäramt und zum Teil auch von den landwirtschaftlichen Kontrollstellen seien gemäss Akten und Befragungen sowohl angemeldete als auch unangemeldete Kontrollen durchgeführt worden. Diese Erkenntnis stehe im Gegensatz zur Aussage der Verantwortlichen im Rahmen der Task-Force-Medienkonferenz vom 7. August 2017, wonach Kontrollen in den letzten Jahren aus Sicherheitsgründen immer unter kurzfristiger Anmeldung erfolgt seien. Angemeldete Kontrollen seien vor allem für die Überprüfung von baulichen Aspekten und in der Phase der Mediation erfolgt. Trotz Anmeldung hätten dabei zum Teil auch qualitative Aspekte (verschmutzte Tiere, fehlende Wasserversorgung, mangelhafte Fütterungshygiene, ungeeignete Aufstallung) beanstandet werden müssen. Unangemeldete Kontrollen hätten durch das Veterinäramt verschiedentlich stattgefunden (insgesamt seien gemäss Aktenlage in den Jahren 2007 bis 2016 dreizehn unangemeldete Inspektionen durch die Kontrollinstitutionen zu verzeichnen)<sup>408</sup>. Zusammenfassend lasse sich feststellen, dass die Entscheide des Veterinäramts hinsichtlich der veterinärrechtlichen Belange von guter Qualität seien. Bei gewissen Entscheiden müssten Vorbehalte in Bezug auf das juristische Handwerk gemacht werden. Vor allem die Aspekte Vollziehbarkeit (Ausgestaltung der Anordnungen, Gewährung des rechtlichen Gehörs, Entzug der aufschiebenden Wirkung) und Verfahrenstaktik (Zuständigkeit, Ausstellen oder Verzicht auf Entscheid) seien verbesserungswürdig<sup>409</sup>. Schliesslich könne grundsätzlich aufgrund des Falls «Hefenhofen» nicht gefolgert werden, dass das Veterinäramt seine Aufgaben im Bereich Tierschutz nicht wahrnehmen würde. Dies bestätigten auch Aussagen von befragten Mitgliedern von Tierschutzorganisationen, die der Meinung seien, der Tierschutzvollzug im Kanton Thurgau sei nicht wesentlich besser oder schlechter als in den anderen Kantonen. Wie sich zeige, habe das Veterinäramt hinsichtlich des Informationsaustausches mit anderen Behörden und der Erhebung und Feststellung der Tierschutzsituation auf dem Hof des Tierhalters sogar einen beeindruckenden

---

<sup>405</sup> Schlussbericht Teil 2, S. 100 f.; Schlussbericht Teil 1, S. 40

<sup>406</sup> Schlussbericht Teil 1, S. 7

<sup>407</sup> Schlussbericht Teil 1, S. 50

<sup>408</sup> Schlussbericht Teil 1, S. 52

<sup>409</sup> Schlussbericht Teil 1, S. 57

Handlungswillen gezeigt. Dennoch sei die Anordnung griffiger Massnahmen häufig geprägt von grosser Zurückhaltung und der steten Suche nach verträglichen, verhältnismässigen und möglichst einvernehmlichen Lösungen gewesen. Letztlich habe es aber insbesondere an einer konsequenten Durchsetzung gefehlt. Auch wenn das Veterinäramt spätestens 2010 und nicht erst im Jahr 2013 hätte einschreiten sollen, liege das Scheitern bei der Durchsetzung von Tierschutzmassnahmen auf dem Betrieb des Tierhalters nicht allein in der Arbeit des Veterinäramts begründet. In erster Linie liege es in der Frage begründet, wie die Behörden mit äusserst uneinsichtigen, renitenten und gewaltbereiten Bürgern umgingen. Diese Erkenntnis werde auch von zahlreichen Aussagen in den Befragungen gestützt<sup>410</sup>.

cc) Die Ergebnisse der Administrativuntersuchung zeigen ein differenziertes Bild: Das Veterinäramt hatte offenbar die Situation nicht (immer) unter Kontrolle, zeigte aber Handlungswille. Spätestens nach dem 7. / 8. August 2017 konnten sich die Behörden keine Untätigkeit mehr leisten; der Fall «Hefenhofen» hatte bei ihnen ohne Zweifel eine Sensibilisierung bewirkt. Auch war der Tierhalter im Fall «Hefenhofen» ein «schwieriger Kunde», und die Behörden hatten jahrelang mit ihm zu tun. Dies trifft beim Privatkläger nicht zu. Aufgrund der Ausführungen von Y ist zu schliessen, dass dieser erst aufgrund der Aufnahmen von X auf den Privatkläger aufmerksam wurde. Mit Bezug auf den Privatkläger kann Y dem Veterinäramt oder anderen Thurgauer Behörden somit zum Zeitpunkt, als X die Aufnahmen erstellte (25. August 2018) und er (Y) die Aufnahmen veröffentlichte (15. Oktober 2018), keinen «Schlendrian» vorwerfen. Ferner trifft der Vergleich nicht zu, den Y an der Berufungsverhandlung zwischen dem Fall «Hefenhofen» und demjenigen des Privatklägers zog. Die in dieser (tabellarischen) Gegenüberstellung geschilderten Ereignisse beziehen sich allesamt auf einen Zeitpunkt nach der Veröffentlichung von «schockierenden Aufnahmen», das heisst mit Bezug auf den Privatkläger, auf die Zeit nach der Strafanzeige Ys gegen den Privatkläger vom 13. Oktober 2018 und der Veröffentlichung der Aufnahmen auf der Homepage des Vereins zwei Tage später. Die beschriebenen Vorkommnisse können daher nicht als Rechtfertigung für das Aufnehmen selbst und die Veröffentlichung der Aufnahmen unmittelbar nach Einreichung der Strafanzeige herangezogen werden; die Berufungskläger konnten zu diesen Zeitpunkten (25. August 2018 und 15. Oktober 2018) gar nicht wissen, wie sich die Behörden im Fall des Privatklägers verhalten werden.

e) aa) X machte in diesem Verfahren erstmals an der Berufungsverhandlung sachdienliche Aussagen zu seinem Motiv. Er gab an, eigentlich keinen Streit mit dem Privatkläger gehabt zu haben. Sie hätten nichts miteinander gehabt, nur «Hoi» und «Ciao». Er sei einfach ein Nachbar gewesen. Mit der Zeit kenne man den Nachbarn, wie er sei. Er habe vor rund drei Jahren schon gesehen, wie der Privatkläger «getobt» habe. Sie hätten einen Brief an die Gemeinde geschrieben und seien vorgeladen worden. Mit dem Veterinäramt habe er schlechte Erfahrungen

---

<sup>410</sup> Schlussbericht Teil 1, S. 64

gemacht. Der Mitarbeiter sei einer von denen gewesen, die Kontrollen durchführen würden. Er habe ihn damals gefragt, ob er die Kontrollen ankündige oder nicht. Der Mitarbeiter habe geantwortet: «Ja beides.» Er (X) habe neulich gelesen, in Schaffhausen würden 90% der Besuche vorangekündigt; er würde das umkehren. Als er bei der Gemeinde interveniert habe, habe eine Anhörung stattgefunden. Die Gemeinde habe selbst gesagt, sie könne nichts machen, weil keine Beweise vorhanden seien. Sie (X und weitere Personen aus der Nachbarschaft) müssten Fotos oder Filme bringen. Die Gemeinde habe aber nie Fotos oder einen Film bekommen. Er (X) habe das schon von früher gewusst: Wie könne man etwas argumentieren, wenn man nichts habe. Erzählen könne er lange etwas. Er habe es für richtig befunden, diese Aufnahme zu machen, weil er das gesehen habe. Es sei schockierend und eine schwierige Aufnahme für ihn gewesen. Er habe gezittert und während des Aufnehmens Herzklopfen gehabt. Deshalb habe er den Film «beruhigen» müssen. Er habe sich einfach eingeklinkt. Er wisse nicht, wie lange er (der Privatkläger) das schon getrieben habe. Er (X) habe einfach in dieser Zeit gefilmt. Ihm hätten die Tiere leid getan; das gehe so einfach nicht. Er habe das auf irgendeine Art beeinflussen oder stoppen wollen. Diese Aussagen erweisen sich als glaubhaft. Auch die Staatsanwaltschaft behauptete nichts Gegenteiliges. Sie stimmen zudem im Wesentlichen überein mit den Aussagen, die X als Auskunftsperson im Strafverfahren gegen den Privatkläger machte. Er habe wiederholt beobachtet, wie der Privatkläger Schafe herumgeworfen habe. Den Fall «Hefenhofen» habe er nur oberflächlich mitbekommen. Seiner Meinung nach habe der Verein damals aber gut reagiert. Er habe deshalb Kontakt mit diesem Verein aufgenommen und die Aufnahme dorthin geschickt. Bei der Polizei habe er nicht gewusst, an wen er sich hätte wenden müssen. Zum Veterinäramt habe er aufgrund des Falls «Hefenhofen» kein Vertrauen mehr gehabt.

bb) Aus diesen Aussagen wird deutlich, dass der Fall «Hefenhofen» mit Bezug auf das Misstrauen von X gegenüber dem Veterinäramt nicht im Vordergrund stand. Er hatte vielmehr vor einigen Jahren offenbar schlechte Erfahrungen mit einem bestimmten Mitarbeiter dieses Amtes gemacht<sup>411</sup>. Entscheidend ist vielmehr, dass er offensichtlich in der Absicht handelte, (vermeintliche) Missstände auf dem Hof des Privatklägers zu bekämpfen. Das ist an sich ein legitimes und verfassungsrechtlich abgestütztes Ziel. Allerdings hätte er objektiv andere Mittel ergreifen müssen und können, um dieses Ziel zu erreichen. Er hätte beispielsweise die Polizei oder die Staatsanwaltschaft oder eben doch das Veterinäramt orientieren können. Angesichts des seit längerem anhaltenden Drucks auf die Thurgauer Behörden hätte er objektiv davon ausgehen können, dass diese nicht untätig bleiben würden. Es wurde denn auch nach der Strafanzeige von Y eine unangemeldete Kontrolle beim Privatkläger durchgeführt. Subjektiv hingegen befand sich X in einer Art Beweisnotstand. Eine behördliche Kontrolle hätte die von ihm gefilmten Verhaltensweisen wohl

---

<sup>411</sup> Den Aussagen von X lässt sich nicht entnehmen, dass diese Erfahrungen mit dem Veterinäramt auf gleichen Beobachtungen beruhten, die er im August 2018 filmte. Es ging damals offenbar um Geruchsmissionen und den Stallneubau. X sagte denn auch aus, er habe seine Beobachtungen nie dem Veterinäramt oder der Polizei gemeldet.

nicht zu Tage gefördert. Zudem hatte die Gemeinde ihm schon einmal mitgeteilt, ohne Beweise könne sie nichts unternehmen; er müsse Fotos oder Filme bringen. Als X die für ihn schockierenden Beobachtungen machte, gab es für ihn somit insbesondere unter Beachtung des zeitlichen Aspekts keine andere Alternative, als sie zu filmen, um Beweise zu sichern.

cc) Zusammengefasst kann sich X somit nicht auf einem übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund berufen, da ihm objektiv gesehen andere Mittel zur Verfügung gestanden hätten. Das Prinzip der Subsidiarität ist somit nicht gewahrt. Die im Gutachten von Prof. Dr. Riklin geäußerte abweichende Meinung beruht auf einer grosszügigeren Handhabung des Kriteriums der Subsidiarität<sup>412</sup>. Das Bundesgericht schloss sich dieser Lehrmeinung jedoch ausdrücklich nicht an<sup>413</sup>. X irrte ferner nicht über das Vorliegen einer objektiven Rechtfertigungslage. Subjektiv ging er indessen von einem Beweisnotstand aus und war der Ansicht, er dürfe diese fraglichen Aufnahmen machen, um höhere Interessen zu wahren. Er befand sich somit zum Zeitpunkt der Filmaufnahmen in einem Verbotsirrtum, der angesichts der zeitlichen Dringlichkeit nicht vermeidbar war. Bezüglich der Aufnahmen handelte er somit zwar tatbestandsmässig im Sinn von Art. 179<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB, gestützt auf Art. 21 StGB aber nicht schuldhaft. Er ist diesbezüglich somit freizusprechen.

f) Hinsichtlich der Weitergabe des Films an Y fällt eine Rechtfertigung des strafbaren Handelns von vornherein ausser Betracht: X hätte sich primär an die Behörden wenden müssen. Die Tierschutzgesetzgebung sieht für Fälle wie diesen eine einzige kantonale Behörde vor (das Veterinäramt), die als Anlaufstelle hätte fungieren können. Selbst wenn das Vertrauen in das Veterinäramt gelitten haben sollte, hätte X sich an die Polizei oder die Staatsanwaltschaft wenden können, weil die von ihm geltend gemachten Verhaltensweisen den Tatbestand der Tierquälerei erfüllen könnten und für X subjektiv offensichtlich erfüllten. Das Verhalten von X umgeht die genannten Rechtsgrundlagen und erweist sich insofern nicht als das einzig denkbare Mittel. Die Weitergabe an eine Privatperson - Y - war ausserdem nicht das mildeste Mittel. Dieser mag dafür bekannt sein, sich aktiv für den Tierschutz einzusetzen; das berechtigte X jedoch nicht dazu, den Rechtsweg zu umgehen. Die Berufung auf einen aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund scheidet an der Subsidiarität der gewählten Vorgehensweise. Nicht nachvollziehbar ist die Aussage Xs, er habe nach dem Telefonat mit Y und dessen Hinweis, dieser werde die Medien einschalten, gedacht: «So, jetzt geht endlich mal etwas da hinten.» Er wusste gar nicht und konnte nicht wissen, ob etwas gehen würde oder nicht, wenn er den Rechtsweg eingehalten hätte.

X überliess die am 25. August 2018 erstellten Aufnahmen nach eigenen Aussagen am 8. Oktober 2018 Y. Er kann sich daher auch nicht erfolgreich auf Notstandshilfe berufen, da der

---

<sup>412</sup> Riklin, Zum Rechtfertigungsgrund der Wahrung (Wahrnehmung) berechtigter Interessen, in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag (Hrsg.: Donatsch/Forster/Schwarzenegger), Zürich/Basel/Genf 2002, S. 537 ff., 544 f.

<sup>413</sup> BGE 129 IV 15, mit dem Hinweis auf die abweichende Lehrmeinung von Riklin, S. 544 f.

zeitliche Abstand zwischen dem von ihm angeprangerten Verhalten und seiner «Abwehrhandlung» mehrere Wochen betrug. Nach so langer Zeit bestand keine Notstandssituation. Im Übrigen scheidet die Berufung auf Notstandshilfe ebenfalls am Erfordernis der Subsidiarität.

Auch deutet nichts darauf hin, dass sich X hinsichtlich der Weitergabe des Films in einem Sachverhalts- oder Verbotsirrtum befunden hätte. Es bestand augenscheinlich kein zeitlicher Druck; X wusste einfach nicht recht, was er mit den Aufnahmen anstellen sollte. Er machte aber nie geltend, er sei davon ausgegangen, die Weitergabe der Aufnahmen sei rechtmässig. Im Gegenteil: Y gab an, X habe ihn gefragt, ob man damit (mit den Aufnahmen) etwas machen könne, «und ob das erlaubt sei und so». X zweifelte somit an der Rechtmässigkeit der Weitergabe und/oder Veröffentlichung der Aufnahmen.

An der Strafbarkeit der Weitergabe der Aufnahmen ändert nichts, dass sich X bezüglich des Aufnehmens in einem Verbotsirrtum befand; er handelte dabei vorsätzlich und lediglich nicht schuldhaft. Vorsätzliches Handeln genügt mit Bezug auf die Vortat (das Aufnehmen)<sup>414</sup>.

g) aa) Weder Y noch der Verein können sich im Zusammenhang mit der Publikation der Aufnahmen im Internet auf einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund berufen. Y reichte am 13. Oktober 2018 (einem Samstag), also einige Tage nach Erhalt der Aufnahmen, gegen den Privatkläger Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft ein und informierte auch das Veterinäramt. Dieses führte am 16. Oktober 2018 eine unangemeldete Kontrolle beim Privatkläger durch und eröffnete am 30. Oktober 2018 ein verwaltungsrechtliches Administrativverfahren, das es, bis zum Abschluss der strafrechtlichen Ermittlungen sistierte. Bereits am Montag, 15. Oktober 2018, hatte Y die Aufnahmen online gestellt. Y hätte es freigestanden, nur die Behörden zu informieren, anstatt das Videomaterial zusätzlich online zu stellen. Das Argument, die Behörden seien in der Vergangenheit untätig geblieben, ist nicht stichhaltig. Gegen den Privatkläger leiteten die Staatsanwaltschaft und das Veterinäramt unverzüglich rechtliche Schritte ein; dass diese nicht die von Y erhoffte Wirkung - beispielsweise ein Tierhalteverbot - zeigten, gereicht diesem nicht zum Vorteil. Man könnte sich sogar fragen, ob nicht gerade die Veröffentlichung der Aufnahmen einen Tag vor der Kontrolle den Privatkläger warnte. Jedenfalls hatte der Privatkläger Kenntnis von der Existenz dieser Aufnahmen, da ihn Y offenbar am Abend des 15. Oktober 2018 darüber und über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe informierte. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb Y nach Erstattung der Strafanzeige fast zeitgleich die Aufnahmen im Internet publizierte. Daran ändert nichts, dass er aufgrund des Falls «Hefenhofen» offensichtlich kein Vertrauen mehr in das Veterinäramt und/oder andere Behörden hatte. Die Publikation der Bilder hatte vor diesem Hintergrund ausschliesslich die Wirkung, den Privatkläger an den Pranger zu stellen. Zu Recht erwog die Vorinstanz, Y habe sich bewusst dazu entschieden, den Privatkläger in der Öffentlichkeit zu diffamieren, ohne dass eine entsprechende Untersuchung des Veterinäramts vorgelegen habe. Die Berufung auf einen Recht-

---

<sup>414</sup> Vgl. Trechsel/Lieber, Art. 179<sup>bis</sup> StGB N. 7



fertigungsgrund scheidet daher an der Verhältnismässigkeit sowie an der Subsidiarität. Daran ändert auch der ins Feld geführte Informationsauftrag des Vereins nichts. Diesem Informationsauftrag hätte der Verein auch ohne Verletzung der Privatsphäre des Privatklägers ohne weiteres nachkommen können, etwa indem er oder Y über die Zustände oder die beobachteten Handlungen des Privatklägers in Form eines Berichts informiert hätte. Insbesondere aber war die Offenlegung der Identität des Privatklägers (Wohnort etc.) nicht (mehr) notwendig, um Tierschutzinteressen zu wahren. Aufgrund der Strafanzeige kurz vor der Veröffentlichung waren den Behörden die Personalien des Privatklägers bekannt. Auch dies legt den Schluss nahe, dass es Y und dem Verein neben der Wahrung von Tierschutzinteressen um die Blossstellung des Privatklägers ging. Deshalb ist dieser Fall auch nicht vergleichbar mit dem dem Entscheid des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2008<sup>415</sup> zugrundeliegenden Fall («Kassensturz-Fall» betreffend Versicherungsmakler). Dort war die aufgenommene Person nicht erkennbar<sup>416</sup>. Es hilft Y daher auch nichts, dass der EGMR diesen Entscheid aufhob und die Strafbarkeit der Redaktoren im konkreten Fall verneinte<sup>417</sup>. Die an der Berufungsverhandlung gezeigten, laut Y erst vor Kurzem aufgenommenen und den Stall sowie die Tiere des Privatklägers betreffenden Fotos und Videos schliesslich bewirken nichts zu seinen Gunsten. Sie vermögen die Veröffentlichung der Aufnahme von X rund eineinhalb Jahre zuvor nicht zu rechtfertigen. Sie würden - unterstellt, sie zeigten Zustände aus dem Stall des Privatklägers - eher den Schluss nahelegen, die frühere Publikation habe mit Blick auf den Tierschutz gerade nichts bewirkt.

bb) Auch bezüglich einer Notstandshilfe fehlt es an der Voraussetzung der Subsidiarität, wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte. Es gab keinen Grund, praktisch gleichzeitig mit der Erhebung der Strafanzeige die Aufnahmen online zu stellen. Es kann auf die Erwägungen im Zusammenhang mit dem übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund verwiesen werden. Ferner ist klarzustellen, dass sich Y bei der Veröffentlichung der Aufnahmen als Notstand nicht auf die Sicherung von Beweisen berufen kann<sup>418</sup>.

cc) Nur der Vollständigkeit halber ist festzustellen, dass sich Y nicht auf den Verbotssirrtum berufen kann, in dem sich X beim Erstellen der Aufnahme befand.

h) Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob das Interesse am Tierschutz das Interesse des Privatklägers auf Schutz seiner Privatsphäre überwiegt. Unzutreffend ist in diesem Zusammenhang die Behauptung von Y, im Ergebnis werde das private Interesse des Privatklägers über das öffentliche Interesse (des Tierschutzes) gestellt. Die Verneinung der Subsidiarität und der

---

<sup>415</sup> 6B\_225/2008

<sup>416</sup> Stüder/Mayr von Baldegg, Medienrecht für die Praxis, 4.A., S. 119; vgl. auch Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>bis</sup> StGB N. 27

<sup>417</sup> Urteil EGMR in Sachen Haldimann u. Mitb. gegen Schweiz vom 24. Februar 2015, Nr. 21830/09; BGE vom 6. Oktober 2015, 6F\_25/2015; Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>ter</sup> StGB N. 9a

<sup>418</sup> Ramel/Vogelsang, Art. 179<sup>bis</sup> StGB N. 25 f.

Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit Rechtfertigungsgründen hat nichts mit einer Abwägung der beiden Interessen zu tun.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Juni 2020, SBR.2020.12

Zwei dagegen erhobene Beschwerden sind beim Bundesgericht hängig (6B\_56/2021 und 6B\_88/2021).

**23. Der Grundsatz der Verfahrenseinheit ist auch im Jugendstrafverfahren anwendbar; Ausnahmen (Art. 29, 30 StPO; Art. 3 Abs. 1 JStPO).**

1. 2018 kam es zu einem Grossbrand, worauf die Jugendanwaltschaft gegen die tatverdächtigen A, B, C und D - gemäss eigenen Angaben - je eine separate Strafuntersuchung wegen fahrlässiger Verursachung einer Feuersbrunst eröffnete. In der Folge stellte die Jugendanwaltschaft die Strafuntersuchung gegen A wegen fahrlässiger Verursachung einer Feuersbrunst ein. Gegen diese Verfügung erhob B bei der Jugendanwaltschaft Einsprache und ersuchte um Neubeurteilung der Einstellungsverfügung, allenfalls um Überweisung aller vier Strafverfahren zur gemeinsamen Beurteilung durch das zuständige Bezirksgericht. Die Jugendanwaltschaft leitete diese Eingabe gestützt auf Art. 322 Abs. 2 StPO als Beschwerde an das Obergericht weiter.

2. a) aa) Die Jugendanwaltschaft begründet ihren Nichteintretensantrag damit, der Beschwerdeführer sei durch die Einstellung der Strafuntersuchung gegen A nicht direkt betroffen, weshalb das notwendige rechtlich geschützte Interesse für eine Beschwerde fehle. Der Umstand, dass der Entscheid eine Auswirkung auf den vom Beschwerdeführer (allenfalls) zu tragenden Schaden haben könne, sei ein typischer Reflexschaden, der keine Rechtsmittellegitimation begründe.

bb) Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, die Frage nach der Beschwerdelegitimation stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Frage darüber, ob die Verfahren gegen die vier Jugendlichen zu Recht voneinander abgetrennt und einzeln geführt worden seien. Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des Grundsatzes der Verfahrenseinheit im Sinn von Art. 29 StPO geltend, was ihn unmittelbar in seinen eigenen Rechten verletze. Er habe ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass die Handlungen der vier Beteiligten gemeinsam verfolgt und insbesondere gemeinsam beurteilt würden. Indem die Jugendanwaltschaft die Taten beziehungsweise einzelne Tatbeiträge nicht in einem einzigen Verfahren verfolgt und beurteilt habe, werde er um ein faires Verfahren im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gebracht. Um diesen Fehler zu korrigieren, bleibe ihm nichts anderes übrig, als gegen die Einstellungsverfügung von A Beschwerde zu führen, da diese sonst in Rechtskraft erwachsen würde.

b) aa) Die Jugendanwaltschaft macht grundsätzlich zu Recht geltend, dass ein Beschuldigter nicht im Sinn von Art. 382 StPO beschwert ist, wenn er mit einem Entscheid zu einer mitbeschuldigten Person nicht einverstanden ist<sup>419</sup>.

bb) In diesem Fall ist ein schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers allerdings zu bejahen, weil er die Verletzung des Grundsatzes der Verfahrenseinheit<sup>420</sup> durch unzulässige Abtrennung des Verfahrens gegen A rügt. Die Verletzung des Grundsatzes der Verfahrens-

---

<sup>419</sup> Ziegler/Keller, Basler Kommentar, 2.A., Art. 382 StPO N. 1

<sup>420</sup> Art. 29 StPO

einheit kann unter anderem zur Nichtigkeit allfälliger Entscheide in zu Unrecht abgetrennten Verfahren führen<sup>421</sup>. Diese strenge Rechtsfolge liegt insbesondere darin begründet, dass dem Beschuldigten mit einer unzulässigen Abtrennung von Verfahren gegen Mitbeschuldigte grundlegende Verfahrensrechte, insbesondere Teilnahmerechte, vorenthalten werden, womit insgesamt kein faires Verfahren<sup>422</sup> mehr gegeben ist<sup>423</sup>.

cc) Weil das Verfahren gegen A nie formell (mittels begründeter Verfügung) abgetrennt wurde, sondern gemäss Jugendanwaltschaft von Anfang an tatsächlich separat geführt und somit erst mit der Einstellungsverfügung in formeller Hinsicht erkennbar abgetrennt wurde, hat der Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung (beziehungsweise Nichtigerklärung) der angefochtenen Einstellungsverfügung und an der Weiterführung eines einheitlichen Strafverfahrens gegen sämtliche an der Straftat beteiligten Personen.

c) Zusammengefasst ist auf die Beschwerde einzutreten. Ob der Grundsatz der Verfahrenseinheit im Jugendstrafprozess überhaupt anwendbar ist (was die Jugendanwaltschaft bestreitet), ob die Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO (Mittäterschaft oder Teilnahme) gegeben sind (was A bestreitet), und ob allenfalls eine Verfahrenstrennung im Sinn von Art. 30 StPO möglich ist, ist nicht eine Frage des Eintretens, sondern der materiellen Beurteilung.

3. a) Die Jugendanwaltschaft verneint die Anwendung des Grundsatzes der Verfahrenseinheit für Mittäter und Teilnehmer im Sinn von Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO für das Jugendstrafverfahren. Sie macht zusammengefasst geltend, im Jugendstrafverfahren stehe die individuelle Behandlung der beschuldigten Person im Vordergrund, weshalb stets auch nach den Gründen zu suchen sei, die zur Straffälligkeit des Jugendlichen geführt hätten. Das setze eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Jugendlichen und insbesondere deren Vorleben und Persönlichkeit voraus. Dies sei nur möglich, wenn die Verfahren getrennt geführt würden. Der Gesetzgeber sei im Jugendstrafverfahren vom Grundsatz der Verfahrenseinheit abgewichen, richte sich doch die örtliche Zuständigkeit nach dem Wohnort (Art. 10 Abs. 1 JStPO), ohne dass gesetzliche Bestimmungen bestünden, die bei unterschiedlichen Wohnorten einen gemeinsamen Gerichtsstand bestimmen würden. Der Gesetzgeber habe somit im Jugendstrafrecht bewusst der Täterorientierung den Vorrang gegeben und deshalb entschieden, dass der Grundsatz der Verfahrenseinheit im Jugendstrafverfahren nicht gelte. Zudem könnten in einem gemeinsamen Verfahren die Persönlichkeitsrechte der einzelnen Jugendlichen nicht genügend gewahrt werden.

b) Zutreffend hält die Jugendanwaltschaft fest, das schweizerische Jugendstrafrecht sei ein täterorientiertes Strafrecht. Deshalb steht die Spezialprävention im Vordergrund. Das delinquente Verhalten wird aus einem anderen Blickwinkel als im Erwachsenenstrafrecht betrachtet:

---

<sup>421</sup> BGE vom 23. Mai 2016, 1B\_11/2016, Erw. 3

<sup>422</sup> Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK

<sup>423</sup> BGE vom 23. Mai 2016, 1B\_11/2016, Erw. 2.2

Während bei den Erwachsenen die Tat im Vordergrund steht und gestützt auf das Verschulden des Täters eine angemessene Strafe verhängt wird, steht bei den Jugendlichen der Täter im Vordergrund. Die Straftat eines Jugendlichen wird als Anlass betrachtet, sich mit dessen Person zu befassen und nötige Interventionen zur Förderung seiner Entwicklung anzuordnen<sup>424</sup>. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass bei der überwiegenden Anzahl der straffälligen Täter deren Taten nicht als Ausdruck grosser Probleme oder gar als Beginn einer kriminellen Karriere zu betrachten sind, sondern als entwicklungsadäquate Grenzüberschreitung. Bei diesen Tätern gelangen die Strafen zur Anwendung<sup>425</sup>.

c) aa) Gemäss Art. 3 Abs. 1 JStPO sind die Bestimmungen der StPO anwendbar, wenn die JStPO keine besondere Regelung enthält. Art. 3 Abs. 2 JStPO nennt die StPO-Bestimmungen, die nicht anwendbar sind. Kommt die StPO zur Anwendung, so sind deren Bestimmungen im Lichte der Grundsätze von Art. 4 JStPO auszulegen<sup>426</sup>.

bb) Nach Art. 4 Abs. 1 JStPO sind der Schutz und die Erziehung der Jugendlichen wegleitend. Alter und Entwicklungsstand sind angemessen zu berücksichtigen. Die Strafbehörden achten in allen Verfahrensstadien die Persönlichkeitsrechte der Jugendlichen und ermöglichen ihnen, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen. Vorbehältlich besonderer Verfahrensvorschriften hören sie die Jugendlichen persönlich an<sup>427</sup>. Sie sorgen dafür, dass das Strafverfahren nicht mehr als nötig in das Privatleben der Jugendlichen und in den Einflussbereich ihrer gesetzlichen Vertretung eingreift<sup>428</sup>. Wenn es angezeigt scheint, beziehen sie die gesetzliche Vertretung und die Behörden des Zivilrechts ein<sup>429</sup>.

cc) Die JStPO ist somit als «lex specialis» zur StPO ausgestaltet. Sie enthält lediglich diejenigen Regelungen, die von der StPO abweichen. Enthält die JStPO keine besondere Regelung und liegt keine Ausnahme gemäss Art. 3 Abs. 2 JStPO vor, sind die Bestimmungen der StPO sinngemäss anwendbar, das heisst, das Alter und die Entwicklung des Jugendlichen sind bei der Beurteilung angemessen zu berücksichtigen<sup>430</sup>. Das kann zur Folge haben, dass eine Regelung im Ergebnis überhaupt nicht oder höchstens eingeschränkt anzuwenden ist<sup>431</sup>.

d) Gestützt auf diese gesetzlichen Vorgaben lässt sich die Auffassung der Jugendanwaltschaft, Art. 29 StPO sei im Jugendstrafprozess gar nicht anwendbar, nicht halten.

---

<sup>424</sup> Jositsch/Riesen-Kupper, Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Kommentar, 2.A., Einleitung N. 7; Hug/Schläfli/Valär, Basler Kommentar, 2.A., Vor Art. 1 JStG N. 9; vgl. Art. 2 JStG

<sup>425</sup> Hug/Schläfli/Valär, Vor Art. 1 JStG N. 33

<sup>426</sup> Art. 3 Abs. 3 JStPO

<sup>427</sup> Art. 4 Abs. 2 JStPO

<sup>428</sup> Art. 4 Abs. 3 JStPO

<sup>429</sup> Art. 4 Abs. 4 JStPO

<sup>430</sup> Jositsch/Riesen-Kupper, Einleitung N. 13 f.; Hug/Schläfli, Basler Kommentar, 2.A., Vor Art. 1 JStPO N. 5

<sup>431</sup> Hug/Schläfli, Art. 3 JStPO N. 10; Riedo, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013, N. 1429

aa) Zunächst enthält die JStPO keine Sonderregelung zur Verfahrenseinheit und zur Verfahrenstrennung. Die Anwendbarkeit von Art. 29 StPO wird in Art. 3 Abs. 2 JStPO gerade nicht ausgeschlossen. Wenn der Gesetzgeber für den Jugendstrafprozess generell separate Verfahren gegen jeden einzelnen Jugendlichen auch bei Mittäterschaft oder Teilnahme hätte vorgeben wollen, hätte er die Bestimmungen über die Verfahrenseinheit (Art. 29 StPO Grundsatz, Art. 30 StPO Ausnahmen) als nicht anwendbare Bestimmungen der StPO in Art. 3 Abs. 2 JStPO aufgenommen oder diesen Punkt in der JStPO ausdrücklich geregelt.

bb) Die grundsätzliche Ausrichtung am Täter (und nicht an der Tat) verlangt nicht notwendigerweise stets - gleichsam automatisch - getrennte, separate Verfahren gegen Jugendliche, die als Mittäter oder Teilnehmer einer Tat zusammenwirkten. Den Grundsätzen von Art. 4 JStPO lässt sich auch mit einer dem Jugendstrafrecht und dem Jugendstrafprozessrecht angepassten Auslegung von Art. 29 und 30 StPO Rechnung tragen. Dabei steht die Auslegung von Art. 30 StPO im Vordergrund, wonach die Jugendanwaltschaft Strafverfahren aus sachlichen Gründen trennen (oder vereinen) kann. Beispielsweise kann die Notwendigkeit vertiefter Abklärungen zur Massnahmebedürftigkeit als sachlicher Grund für eine Trennung oder für ein separates Strafverfahren qualifiziert werden. Ein sachlicher Grund für die Trennung von Verfahren<sup>432</sup> ist auch gegeben, wenn jugendliche Mittäter oder Teilnehmer ihren gewöhnlichen Aufenthalt an verschiedenen Orten haben, denn nach Art. 10 Abs. 1 JStPO ist für die Strafverfolgung bei Verbrechen und Vergehen die Behörde am gewöhnlichen Aufenthaltsort des beschuldigten Jugendlichen zuständig, und der in Art. 33 StPO vorgesehene einheitliche Gerichtsstand von Mittätern und Teilnehmern ist im Jugendstrafverfahren nicht anwendbar<sup>433</sup>.

cc) Dem Schutz der Persönlichkeit der (mitbeschuldigten) Jugendlichen, dem die Jugendanwaltschaft zu Recht einen grossen Stellenwert einräumt, kann im einheitlich geführten Strafverfahren dadurch Rechnung getragen werden, dass diesbezüglich der Anspruch der Mitbeschuldigten auf rechtliches Gehör, insbesondere das Akteneinsichtsrecht<sup>434</sup> und das Teilnahmerecht, eingeschränkt werden. In dieser Beziehung können zum Schutz der Persönlichkeitsrechte des Jugendlichen unter Berufung auf Art. 4 Abs. 2 JStPO die Verfahrensrechte der mitbeschuldigten Jugendlichen im Vergleich zum Erwachsenenstrafprozess im Rahmen einer sinngemässen Anwendung eingeschränkt werden. Das kann, wenn nötig, durchaus massiv sein, indem zum Beispiel unter Umständen der ganze Dossierteil «Akten zur Person» nicht eröffnet wird.

dd) Eine vollständige Ablehnung der Verfahrenseinheit im Jugendstrafverfahren würde ausserdem dem Jugendstrafrecht und dem Jugendstrafprozess nicht vollumfänglich gerecht, denn auch wenn die Ausrichtung am Täter im Vordergrund steht, gilt es die Tat nicht zu vergessen. Weitaus die meisten jugendlichen Täter sind nicht massnahmebedürftig; in diesen

---

<sup>432</sup> Jositsch/Riesen-Kupper, Art. 3 JStPO N. 2; Hug/Schläfli, Art. 10 JStPO N. 4a; Riedo, N. 1593

<sup>433</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c JStPO

<sup>434</sup> Vgl. Art. 15 JStPO, der das Akteneinsichtsrecht im Jugendstrafverfahren ohnehin einschränkt.

Fällen ist auch bei Jugendlichen, die eine Tat gemeinsam begangen haben, auf eine einheitliche Beurteilung der Tat (nicht der Täterpersönlichkeit) zu achten. Ausserdem gilt es hier nicht nur die Interessen der jugendlichen (Mit-)Täter, sondern auch diejenigen von Geschädigten und Opfern zu berücksichtigen, deren berechnigte Bedürfnisse auch bei jugendlichen Tätern nicht vernachlässigt werden dürfen.

ee) Sodann steht Art. 11 JStPO der Anwendung des Grundsatzes auf Verfahrenseinheit nicht entgegen. Nach Art. 11 Abs. 1 JStPO sind Verfahren gegen Erwachsene und Jugendliche getrennt zu führen; eine separate Führung aller Verfahren gegen jeden einzelnen Jugendlichen sieht die JStPO hingegen nicht vor. Weiter lässt Art. 11 Abs. 2 JStPO ausdrücklich zu, dass selbst Untersuchungen gegen Erwachsene und Jugendliche einheitlich geführt werden, sofern die Untersuchung durch die Trennung erheblich erschwert würde. Die von der Jugendanwaltschaft im Zusammenhang mit Art. 11 JStPO zitierten Autoren<sup>435</sup> halten zudem nicht dafür, die Verfahren seien stets getrennt zu führen, wie die Jugendanwaltschaft geltend macht, sondern nur, dass in der Praxis für jeden jugendlichen Täter ein separates Dossier geführt werde. Dies ist aber ebenso unter dem Grundsatz der Verfahrenseinheit möglich, denn auch im einheitlichen Verfahren gegen verschiedene Jugendliche können je separate Dossiers geführt werden; das einheitliche Verfahren mit einer Verfahrensnummer umfasst diesfalls mehrere Dossiernummern<sup>436</sup>.

e) aa) Die Jugendanwaltschaft wird sich somit im Anfangsstadium eines Strafverfahrens gegen Mittäter oder Teilnehmer überlegen müssen, ob sie das Verfahren einheitlich oder getrennt führt. Dabei sind Fälle denkbar, in denen beispielsweise ein Teil der Jugendlichen in einem einheitlichen Verfahren, die Übrigen in separaten Verfahren beurteilt werden; auch das lässt die Auslegung von Art. 29 f. StPO unter Beachtung der Ziele und Zwecke des Jugendstrafrechts zu. In Fällen, in denen ein solcher Entscheid eine gewisse Zeit braucht - bis beispielsweise klar ist, ob beziehungsweise welche Täter massnahmebedürftig sind, und ob sie diesbezüglich vertieft abzuklären sind -, empfiehlt es sich, soweit es um die Abklärung der Tat geht, den Mitbeschuldigten vorläufig ihre Einsichts- und Teilnahmerechte zu gewähren. Damit wird für den Fall vorgesorgt, dass schliesslich nicht alle Verfahren getrennt geführt werden. Die notwendigen Einschränkungen sind entsprechend zu verfügen, insbesondere soweit es um schützenswerte Daten zur Person geht. Dass dies machbar ist, zeigte die Jugendanwaltschaft im Grunde genommen bereits in diesem Verfahren, denn die Tatrekonstruktion und die späteren Einzelbefragungen der Jugendlichen wurden unter Gewährung der Teilnahmerechte an alle Beteiligten durchgeführt, wie der Beschwerdeführer auch ausdrücklich anerkennt.

bb) Dass die Gewährung der Verfahrensrechte, insbesondere der Teilnahmerechte, auch im Jugendstrafprozess grundsätzlich erforderlich ist, kann nicht ernsthaft bestritten werden:

---

<sup>435</sup> Jositsch/Riesen-Kupper, Art. 11 JStPO N. 1; Hug/Schläfli, Art. 11 JStPO N. 2

<sup>436</sup> So schon das Obergericht in RBOG 2013 Nr. 25 in Bezug auf das Erwachsenenstrafrecht.

Nicht nur bei Erwachsenen, sondern auch bei Jugendlichen besteht die Gefahr, dass sich der eine zulasten des andern zu entlasten versucht. In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass die Aussagen von in anderen Verfahren beschuldigten Personen nur dann zulasten einer beschuldigten Person verwertet werden dürfen, wenn diese wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, die sie belastenden Aussagen in Zweifel zu ziehen und Fragen an die Beschuldigten in den getrennten Verfahren zu stellen<sup>437</sup>.

4. a) Der Beschwerdegegner macht geltend, den Jugendlichen werde ein Fahrlässigkeitsdelikt (fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst im Sinn von Art. 222 StGB) vorgeworfen. Mittäterschaft und gemeinsame Tatbegehung fänden nur bei Vorsatzdelikten Anwendung. Es bestehe daher weder eine Notwendigkeit noch eine Veranlassung, die getrennt geführten Verfahren zu vereinigen.

b) Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO werden Straftaten gemeinsam verfolgt und beurteilt, wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt. Im Begriff der «Mittäterschaft» gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO (Verfahrenseinheit) sind auch die mittelbare Täterschaft und die Nebentäterschaft eingeschlossen; unter den Begriff der Teilnahme fallen die Anstiftung gemäss Art. 24 StGB und die Gehilfenschaft gemäss Art. 25 StGB<sup>438</sup>.

c) Gestützt auf Art. 222 StGB ist zu verurteilen, wer fahrlässig zum Schaden eines anderen oder unter Herbeiführung einer Gemeingefahr eine Feuersbrunst verursacht. Bei Art. 222 StGB handelt es sich um ein fahrlässiges Erfolgsdelikt, das durch bewusstes oder unbewusstes Handeln begangen werden kann; der Tatbestand kann auch durch Unterlassen erfüllt werden<sup>439</sup>. Verursachen zwei oder mehrere Personen fahrlässig eine Feuersbrunst, so ist jedem Einzelnen die pflichtwidrige Sorgfaltspflichtverletzung nachzuweisen, eine «fahrlässige Mittäterschaft» im Sinn einer Teilnahmehandlung verwarf das Bundesgericht<sup>440</sup>. Bei Art. 222 StGB ist jedoch sowohl die fahrlässige Nebentäterschaft als auch die mittelbare Täterschaft möglich<sup>441</sup>.

d) aa) Bei der «echten» fahrlässigen Nebentäterschaft erfolgt keine bewusste Koordination der Tatbeiträge. Die Täter fassen keinen Tatentschluss zum gemeinsamen fahrlässigen Verhalten; ebenso wenig erfolgt eine bewusste Interaktion und Abstimmung der Tatbeiträge<sup>442</sup>. Solche fahrlässige Nebentäter sind grundsätzlich als Alleintäter zu behandeln. Das bedeutet, jeder ist ausschliesslich für die Tatbestände zu verurteilen, die er in subjektiver und objektiver Hinsicht selbst verwirklichte. Tatbestandselemente, die von anderen Nebentätern verwirklicht wurden,

---

<sup>437</sup> BGE 141 IV 230, 140 IV 176

<sup>438</sup> BGE 138 IV 31; BGE vom 16. Mai 2017, 1B\_467/2016, Erw. 4.5; Bartetzko, Basler Kommentar, 2.A., Art. 29 StPO N. 6; Fingerhuth/Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 29 N. 16; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 29 N. 4

<sup>439</sup> Roelli, Basler Kommentar, 4.A., Art. 222 StGB N. 3

<sup>440</sup> Roelli, Art. 222 StGB N. 3; BGE 143 IV 370 ff.

<sup>441</sup> Roelli, Art. 222 StGB N. 4

<sup>442</sup> Forster, Basler Kommentar, 4.A., Vor Art. 24 StGB N. 24



können dem Nebentäter (im Gegensatz zur Mittäterschaft) grundsätzlich nicht zugerechnet werden<sup>443</sup>.

bb) Dem steht die «unechte» fahrlässige Nebentäterschaft gegenüber. Das Paradebeispiel dafür ist der sogenannte «Rolling Stones»-Fall aus BGE 113 IV 58 ff. X und Y liessen je einen schweren Stein den Abhang zur Töss hinunterrollen. Einer der beiden Steine traf einen Fischer tödlich. Es liess sich jedoch nicht eruieren, ob X oder Y den tödlichen Stein ins Rollen gebracht hatte. Gemäss Bundesgericht genügt die Kausalität zwischen der gemeinsam vorgenommenen Gesamthandlung und dem eingetretenen Erfolg<sup>444</sup>. Die Lehre befürwortet eine solche täterschaftliche Fahrlässigkeits-Gesamthaftung<sup>445</sup>.

e) Weil auch in solchen Fällen die Gefahr besteht, dass sich die Beteiligten gegenseitig widersprechen und sich zulasten des anderen besserstellen, sind auch sie unter Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO zu subsumieren<sup>446</sup>. Zwar könnte man bei der echten fahrlässigen Nebentäterschaft die Meinung vertreten, die Strafverfahren seien nicht gestützt auf Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO zu vereinigen, weil es sich grundsätzlich um Alleintäter handelt. Es ist aber zu beachten, dass der Entscheid darüber, welche Teilnahmeform vorliegt, erst mit dem Sachurteil und gestützt auf die im Strafverfahren erhobenen Beweismittel getroffen wird. Es gilt zunächst zu untersuchen, was die einzelnen Beschuldigten taten und inwiefern sie sich absprachen<sup>447</sup>. Daher kann sich auch in diesen Fällen durchaus eine gemeinsame Verfolgung und Beurteilung aufdrängen.

5. a) Gemäss Art. 30 StPO können Strafverfahren aus sachlichen Gründen getrennt werden. Wie dargelegt, ist diese Bestimmung im Jugendstrafprozess weit auszulegen. Die Kurzeinschätzung des Sozialarbeiters über den Beschwerdegegner (keine weiteren Abklärungen empfohlen, sondern Abschluss) deutet unter der von der Jugendanwaltschaft hervorgehobenen Ausrichtung des Jugendstrafverfahrens nicht auf die Notwendigkeit einer Abtrennung des Verfahrens hin. Wie es sich diesbezüglich mit den übrigen tatbeteiligten Jugendlichen verhält, ist nicht genau bekannt<sup>448</sup>.

b) Dies braucht aber nicht vertieft abgeklärt zu werden, denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Abtrennung der Verfahren in diesem konkreten Fall zu einer Benachteiligung des Beschwerdeführers führt. Der Sachverhalt ist in den Grundzügen klar, und die wesentlichen Aussagen der tatbeteiligten Jugendlichen widersprechen sich nicht. Ausserdem anerkennt der Beschwerdeführer ausdrücklich, dass die Tatrekonstruktion und die späteren Einzelbefragungen der Jugendlichen unter Gewährung der Teilnahmerechte an alle Beteiligten durchgeführt wurden.

---

<sup>443</sup> Forster, Vor Art. 24 StGB N. 27

<sup>444</sup> Forster, Vor Art. 24 StGB N. 24 i.V.m. N. 22

<sup>445</sup> Forster, Vor Art. 24 StGB N. 24 i.V.m. N. 23

<sup>446</sup> Forster, Vor Art. 24 StGB N. 27

<sup>447</sup> Vgl. BGE 143 IV 372 f.

<sup>448</sup> Offenbar erliess die Jugendanwaltschaft gegen den Beschwerdeführer (und gegen einen weiteren oder gegen alle weiteren Tatbeteiligten) Strafbefehle.

c) Der Beschwerdeführer macht denn auch nicht substantiiert geltend, es bestehe die Gefahr, dass sich der Beschwerdegegner zu seinen Lasten besserstelle, oder dass sich widersprüchliche Urteile ergäben. Er bestreitet nicht grundlegende Sachverhalte, sondern die Schlussfolgerung, welche die Jugendanwaltschaft daraus zog. Der Beschwerdeführer ist entgegen der Jugendanwaltschaft, insbesondere gestützt auf die Aussagen des Beschwerdegegners, der Auffassung, das Verfahren gegen den Beschwerdegegner hätte nicht eingestellt werden dürfen. Er macht geltend, nicht «seine» Kerze habe den Brand verursacht, nicht das Anzünden, sondern das Brennenlassen der Kerzen, woran der Beschwerdegegner nicht mehr und nicht weniger Verantwortung als alle anderen trage. Er habe sodann auch zu keiner Zeit verlangt, dass die Kerzen gelöscht würden, sondern habe dieses Vorgehen mitgetragen, weil er - wie die anderen - von deren Licht habe «profitieren» wollen und davon ausgegangen sei, dass nichts passieren werde. Damit habe er zumindest eine bestehende Gefahr durch sein Verhalten vergrössert, was eine Garantenstellung zu begründen vermöge.

Obergericht, 2. Abteilung, 7. Februar 2020, SW.2019.156

**24. Keine eigenmächtige Übertragung der amtlichen Verteidigung** (Art. 132 f. StPO; Art. 398 Abs. 3, 68 OR)

1. a) Das Bezirksgericht sprach den Beschuldigten (amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X, dieser substituiert durch Rechtsanwalt Y) der qualifiziert groben Verletzung der Verkehrsregeln schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Freiheitsstrafe sowie zu einer Busse. Der amtliche Verteidiger wurde einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer, abzüglich der von der Staatsanwaltschaft bereits ausbezahlten Summe, aus der Staatskasse entschädigt.

b) Rechtsanwalt X, substituiert durch Rechtsanwalt Y, erhob Beschwerde gegen die Festsetzung des Honorars.

2. a) Die Rechtsmittellegitimation von Rechtsanwalt X als amtlicher Verteidiger hinsichtlich der Festsetzung seines Honorars ergibt sich aus Art. 135 Abs. 3 lit. a StPO. Danach steht der amtlichen Verteidigung gegen den Entschädigungsentscheid die Beschwerde in eigenem Namen offen<sup>449</sup>.

b) Beschwerdegegenstand ist somit die Höhe des Honorars von Rechtsanwalt X als amtlicher Verteidiger. Weil Rechtsanwalt X nicht als amtlicher Verteidiger für den Beschuldigten Beschwerde führt, sondern um seinen eigenen Anspruch streitet und selber Partei ist, kann er sich im Beschwerdeverfahren durch einen anderen Rechtsanwalt vertreten lassen. Eine Substitution, also eine Übertragung eines übernommenen Auftrags durch den Beauftragten an einen Dritten<sup>450</sup>, ist indessen begrifflich nicht möglich, da es nicht um einen von Rechtsanwalt X übernommenen Auftrag geht, sondern um seinen eigenen Anspruch. Rechtsanwalt X ist nicht ein Beauftragter, der den Auftrag an Rechtsanwalt Y weitergibt, sondern er ist gegenüber Rechtsanwalt Y Auftraggeber und wird durch diesen vertreten.

3. Zu prüfen ist indessen die Substitution von Rechtsanwalt X durch Rechtsanwalt Y im Verfahren vor der Vorinstanz.

a) aa) Rechtsanwalt X nahm am 26. Januar 2019 als Pikettverteidiger an der delegierten polizeilichen Einvernahme des Beschuldigten teil und erhielt am 14. Mai 2019 die Parteimitteilung der Staatsanwaltschaft. Am 27. Mai 2019 meldete sich Rechtsanwalt X bei der Staatsanwaltschaft, dankte für die Parteimitteilung vom 14. Mai 2019 und teilte mit, nach seiner Verbeiständung des Beschuldigten am 26. Januar 2019 als Pikettverteidiger habe er nichts mehr gehört. Der Beschuldigte sei wohl notwendig zu verteidigen. Weiter ersuchte er um Akteneinsicht und um Erstreckung der Frist für allfällige Beweisanträge. Mit Verfügung vom 29. Mai 2019 setzte die Staatsanwaltschaft Rechtsanwalt X in Anwendung von Art. 132 i.V.m. Art. 133 StPO mit Wirkung ab

---

<sup>449</sup> BGE 140 IV 215 f., 139 IV 202

<sup>450</sup> Art. 398 Abs. 3 OR; Oser/Weber, Basler Kommentar, 7.A., Art. 398 OR N. 2; Weber, Berner Kommentar, 2.A., Art. 68 OR N. 37

26. Januar 2019 als amtlichen Verteidiger des Beschuldigten ein. Beweisanträge stellte Rechtsanwalt X innert erstreckter Frist nicht. Am 4. September 2019 nahm Rechtsanwalt X an der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme des Beschuldigten teil. Am 11. Oktober 2019 erging die Anklageschrift an das Bezirksgericht mit Kopie an Rechtsanwalt X.

bb) Am 28. Oktober 2019 eröffnete die Vizepräsidentin des Bezirksgerichts den Parteien Frist, um die Abnahme weiterer Beweise zu beantragen und zu begründen. Am 15. November 2019 teilte Rechtsanwalt Y dem Bezirksgericht mit, da «Kollege X» sich unter immenser Arbeitsbelastung befinde, werde er «Kollege X» im vorliegenden Verfahren substituieren. Er bitte, davon Vormerk zu nehmen. Mit Schreiben vom 18. November 2019 teilte die Vizepräsidentin des Bezirksgerichts mit, sie nehme davon Vormerk, dass Rechtsanwalt Y «Kollege X» substituieren. In der Folge wurde der Beschuldigte durch Rechtsanwalt Y verteidigt.

cc) Es fand also ein Verteidigerwechsel statt; dass der Wechsel zwischen zwei Anwälten aus dem gleichen Anwaltsbüro erfolgte, ist nicht von Belang.

b) aa) Der Begriff der Substitution ist ein Begriff, der im Zusammenhang mit der Möglichkeit von Leistungen durch Dritte verwendet wird. Der Schuldner überträgt die Leistungsabwicklung dem Dritten und wird selber nicht mehr tätig; in der Regel ist der Substitut in der «Organisation» der Leistungserbringung selbstständig<sup>451</sup>. Die Möglichkeit der Substitution ergibt sich aus der widerlegbaren gesetzlichen Vermutung von Art. 68 OR, dass der Schuldner nur dann verpflichtet ist, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt<sup>452</sup>. In Abweichung zu dieser gesetzlichen Vermutung hat der Beauftragte gemäss Art. 398 Abs. 3 OR das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. Diese auftragsrechtliche gesetzliche Vermutung bleibt unter anderem für den Anwaltsvertrag unwiderlegt<sup>453</sup>. Rechtsanwälte lassen sich deshalb in der Regel routinemässig durch eine entsprechende Vertragsklausel durch den Mandanten zur Substitution ermächtigen.

bb) Die von Rechtsanwalt X im Beschwerdeverfahren eingereichte Vereinbarung «Auftrag und Vollmacht» enthält nicht nur eine Substitutionsklausel für die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte des Anwaltsbüros von Rechtsanwalt X. Vielmehr beauftragte der Beschuldigte sowohl Rechtsanwalt X als auch Rechtsanwalt Y. Auftragsrechtlich stünde somit einer Substitution nichts im Weg, und im Rahmen einer Wahlverteidigung läge kein Problem vor.

c) aa) Indessen geht es hier nicht um ein auftragsrechtlich geschuldetes Honorar, sondern um die Entschädigung des amtlichen Verteidigers. Der amtliche Anwalt erfüllt eine staatliche

---

<sup>451</sup> Weber, Art. 68 OR N. 37

<sup>452</sup> Schroeter, Basler Kommentar, 7.A., Art. 68 OR N. 6

<sup>453</sup> Schroeter, Art. 68 OR N. 16; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, AT II, 10.A., N. 2042

Aufgabe, welche durch das kantonale öffentliche Recht geregelt wird. Mit seiner Einsetzung entsteht zwischen ihm und dem Staat ein besonderes Rechtsverhältnis. Gestützt darauf hat der Anwalt eine öffentlich-rechtliche Forderung gegen den Staat auf Entschädigung im Rahmen der anwendbaren kantonalen Bestimmungen<sup>454</sup>. Die Ernennung zum amtlichen Verteidiger gilt für die eingesetzte Person, nicht für irgendwelche andere Anwälte, auch nicht für Büropartner<sup>455</sup>.

bb) Eine einmal bestellte amtliche Verteidigung kann vor Ende des Verfahrens nur auf zwei Arten beendet werden<sup>456</sup>: Fällt der Grund für die amtliche Verteidigung dahin, so widerruft die Verfahrensleitung das Mandat<sup>457</sup>. Ist das Vertrauensverhältnis zwischen der beschuldigten Partei und ihrer amtlichen Verteidigung erheblich gestört oder eine wirksame Verteidigung aus anderen Gründen nicht mehr gewährleistet, so überträgt die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung einer anderen Person<sup>458</sup>. Widerruf und Wechsel der amtlichen Verteidigung sind somit nur durch die Verfahrensleitung möglich. Die Kompetenz für einen Wechsel der amtlichen Verteidigung liegt bei der Verfahrensleitung, nicht beim eingesetzten amtlichen Verteidiger<sup>459</sup>.

d) aa) Weder war somit Rechtsanwalt X befugt, sich als amtlicher Verteidiger durch Rechtsanwalt Y substituieren zu lassen, noch war Rechtsanwalt Y befugt, dem Bezirksgericht mitzuteilen, er werde den amtlichen Verteidiger im vorliegenden Verfahren substituieren<sup>460</sup>.

bb) Rechtsanwalt X, der eingesetzte amtliche Verteidiger, hätte vielmehr gemäss den gesetzlichen Vorgaben ein formelles, begründetes Gesuch um Entlassung als amtlicher Verteidiger stellen müssen. Er hätte konkret darlegen müssen, dass eine wirksame Verteidigung wegen seiner «immensen Arbeitsbelastung» nicht mehr gewährleistet sei. Dabei wäre es ihm unbenommen gewesen, Rechtsanwalt Y als neuen amtlichen Verteidiger vorzuschlagen. Dieses Gesuch hätte danach die Verfahrensleitung - in jenem Verfahrensstadium war das nicht mehr der verfahrensleitende Staatsanwalt, sondern die verfahrensleitende Vizepräsidentin des Bezirksgerichts - auf seine Stichhaltigkeit prüfen und beurteilen müssen. Danach wäre Rechtsanwalt X entweder im Amt verblieben, oder es wäre ein neuer amtlicher Verteidiger ernannt worden.

e) aa) Nichts ableiten kann Rechtsanwalt X aus dem Schreiben der Vizepräsidentin des Bezirksgerichts an Rechtsanwalt Y, es werde davon Vormerk genommen, dass er «Kollege X» substituieren.

---

<sup>454</sup> BGE 141 I 124

<sup>455</sup> Ruckstuhl, Basler Kommentar, 2.A., Art. 133 StPO N. 4d

<sup>456</sup> Vgl. BGE vom 22. Juli 2013, 1B\_110/2013, Erw. 5.1.3

<sup>457</sup> Art. 134 Abs. 1 StPO

<sup>458</sup> Art. 134 Abs. 2 StPO

<sup>459</sup> Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 134 N. 11

<sup>460</sup> Anders wie dargelegt bei einer Wahlverteidigung als Auftrag, wo eine Substitution als Ausnahme im Rahmen von Art. 398 Abs. 3 OR möglich ist.

bb) Es könnte zwar argumentiert werden, mit dem Schreiben hätten die beiden Anwälte von einer zumindest stillschweigenden Bewilligung des Wechsels in der amtlichen Verteidigung ausgehen können. Allerdings darf von Strafverteidigern erwartet werden, dass sie die gesetzlichen Regelungen rund um die amtliche Verteidigung kennen. Dies gilt erst recht für einen erfahrenen Strafverteidiger wie Rechtsanwalt X; diesem musste klar sein, dass es nicht in seiner Kompetenz liegt, die amtliche Verteidigung wie eine Wahlverteidigung an seinen Büropartner zu übertragen und diese Übertragung mit der Bitte um Vormerknahme durch den Büropartner bewerkstelligen zu lassen.

cc) Die Bitte um Vormerknahme und die Vormerknahme lassen sich zudem nicht als ein Gesuch und die Bewilligung eines Gesuchs qualifizieren. Die Bitte um Vormerknahme ist kein Antrag, sondern eine bloße, höfliche Mitteilung. Über eine Bitte um Vormerknahme muss denn auch, anders als über einen begründeten Antrag, nicht formell und begründet entschieden werden.

4. a) Zusammengefasst erfolgte eine eigenmächtige und damit unzulässige Übertragung der amtlichen Verteidigung durch den eingesetzten amtlichen Verteidiger auf Rechtsanwalt Y. Anders als eine Wahlverteidigung kann eine amtliche Verteidigung nicht einfach «bürointern» übertragen werden. Um eine Substitution durch einen Anwaltspraktikanten beziehungsweise eine Anwaltssubstitutin im Sinn von § 13 AnwG<sup>461</sup> kann es sich sodann nicht handeln, da Rechtsanwalt Y patentierter Anwalt ist, nicht Anwaltspraktikant. Diese Substitutionsmöglichkeit ist nur im vorgesehenen, eng umschriebenen gesetzlichen Umfang zu Ausbildungszwecken möglich<sup>462</sup>.

b) Mangels formell gültiger Einsetzung als amtlicher Verteidiger hat Rechtsanwalt Y für seine Tätigkeit grundsätzlich keine Ansprüche gegenüber dem Staat. Vielmehr müsste er sich an seinen Mandanten halten, von dem er formell korrekt beauftragt wurde.

c) Selbst wenn man zugunsten von Rechtsanwalt X von einer Bewilligung eines Wechsels in der amtlichen Verteidigung (von Rechtsanwalt X zu Rechtsanwalt Y) ausgehen würde, könnte Rechtsanwalt X daraus materiell nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn sein Aufwand als amtlicher Verteidiger ist mit dem zugesprochenen Betrag bereits mehr als gedeckt.

d) Rechtsanwalt Y, dessen Tätigkeit mit der geforderten Entschädigung abgegolten werden soll, ist hingegen nicht Partei dieses Beschwerdeverfahrens, und in Bezug auf das Honorar von Rechtsanwalt Y wäre Rechtsanwalt X nicht beschwerdelegitimiert.

5. Zusammengefasst ist die Beschwerde abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

Obergericht, 2. Abteilung, 4. Juni 2020, SW.2020.39

---

<sup>461</sup> Anwaltsgesetz, RB 176.1

<sup>462</sup> § 63 Abs. 2 und 3 ZSRV

**25. Mitarbeiter einer Tochtergesellschaft der Privatklägerin sind als Zeugen einzuvernehmen** (Art. 178 lit. a und g, 162 StPO).

1. Der Berufungskläger brachte vor, X und Y seien Auskunftspersonen gemäss Art. 178 lit. g StPO, weil sie Mitarbeiter der Privatklägerin seien. Fälschlicherweise seien die beiden von der Staatsanwaltschaft aber als Zeugen befragt worden.

2. a) Zeugin oder Zeuge ist eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist<sup>463</sup>. In der gesetzlichen Konzeption nimmt die Auskunftsperson eine Stellung ein, welche zwischen derjenigen der beschuldigten Person und der Zeugin oder dem Zeugen anzusiedeln ist. Anders als die beschuldigte Person wird sie keiner Straftat konkret verdächtigt<sup>464</sup>, sie ist aber im Unterschied zur Zeugin oder zum Zeugen an der zu untersuchenden Straftat auch nicht völlig unbeteiligt<sup>465</sup>.

b) X und Y arbeiten bei der Z AG, deren Muttergesellschaft die Privatklägerin ist. Dadurch werden X und Y jedoch nicht zu Privatklägern im Sinn von Art. 178 lit. a StPO; anders als die Privatklägerin haben sie denn auch kein oder zumindest kein vergleichbares Interesse am Ausgang des Strafverfahrens<sup>466</sup>. Auch ist nicht ersichtlich, dass X und Y als Täter oder Teilnehmer an der abzuklärenden oder einer anderen damit in Zusammenhang stehenden Straftat - wie dies Art. 178 lit. d StPO vorsieht - in Frage kommen könnten. Konkret macht der Berufungskläger einen Verstoss gegen Art. 178 lit. g StPO geltend. Danach wird als Auskunftsperson einvernommen, wer in einem gegen ein Unternehmen gerichteten Strafverfahren als Vertreter des Unternehmens bezeichnet worden ist oder bezeichnet werden könnte, sowie ihre oder seine Mitarbeiter. Zur Vertretung berechtigt ist eine Person, welche über eine Vollmacht zur generellen Vertretung des Unternehmens verfügt, mithin also eine Person, die in zivilrechtlichen Angelegenheiten für das Unternehmen handelt beziehungsweise handeln würde. Im Vordergrund stehen Personen, denen Organfunktion zukommt; bei der Aktiengesellschaft sind dies Verwaltungsräte und Geschäftsleiter (Direktoren) mit allgemeiner Vertretungsbefugnis. Falls kein Vertreter des Unternehmens bezeichnet worden ist, kann diejenige Person als Auskunftsperson befragt werden, welche nach den zivilrechtlichen Regeln zur selbstständigen Vertretung des Unternehmens berechtigt ist. Als Mitarbeiter gelten sowohl Personen, welche im Zusammenhang mit dem Berufsgeheimnis<sup>467</sup> als Hilfspersonen bezeichnet werden, als auch solche, die aufgrund ihres direkten - in der Regel berufsmässigen - Zusammenwirkens mit dem Vertreter des Unternehmens über ähnliche Kenntnisse zum Verfahrensgegenstand verfügen wie jener selbst<sup>468</sup>. Aufgrund ihrer Stellung im Unternehmen als Mitarbeiter ohne erkennbaren Kontakt zum Verwaltungsrat oder zu Geschäftsleitern (Direktoren) der Pri-

---

<sup>463</sup> Art. 162 StPO

<sup>464</sup> Vgl. Art. 111 Abs. 1 StPO

<sup>465</sup> BGE 144 IV 31

<sup>466</sup> Kernen, Basler Kommentar, 2.A., Art. 178 StPO N. 5

<sup>467</sup> Vgl. Art. 171 Abs. 1 StPO; Art. 321 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

<sup>468</sup> Donatsch, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 178 N. 44

vatklägerin fallen X und Y daher nicht unter Art. 178 lit. g StPO. Im Ergebnis wurden sie zu Recht als Zeugen und nicht als Auskunftspersonen einvernommen.

Obergericht, 1. Abteilung, 26. März 2020, SBR.2019.62



## 26. Haftgrund der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO; Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK)

1. a) Ausführungsgefahr im Sinn von Art. 221 Abs. 2 StPO besteht, wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen. Wie sich aus dem Gesetzeswortlaut und der inneren Systematik von Art. 221 StPO ergibt, setzt der in Abs. 2 geregelte selbstständige Präventivhaftgrund (anders als die besonderen Haftgründe von Abs. 1 lit. a-c) keinen dringenden Tatverdacht von bereits verübten Verbrechen oder Vergehen (Abs. 1 Ingress) notwendigerweise voraus<sup>469</sup>. Deshalb spricht das Gesetz von Haft und nicht von Untersuchungshaft sowie von Person und nicht von beschuldigter Person<sup>470</sup>. Der Haftgrund der Ausführungsgefahr ergibt sich aus der Notwendigkeit, Personen an der Begehung strafbarer Handlungen zu hindern. In Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK wird denn auch ausdrücklich die Ausführungsgefahr als Haftgrund anerkannt.

b) Die rein hypothetische Möglichkeit der Verübung von Delikten sowie die Wahrscheinlichkeit, dass nur geringfügige Straftaten verübt werden, reichen allerdings nicht aus, um eine Präventivhaft zu begründen. Bei der Annahme, dass die beschuldigte Person eine schwere Straftat begehen könnte, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Zurückhaltung geboten. Erforderlich ist eine sehr ungünstige Rückfallprognose. Nicht Voraussetzung ist hingegen, dass die verdächtige Person bereits konkrete Anstalten getroffen hat, um die befürchtete Tat zu vollenden. Vielmehr genügt es, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Ausführung aufgrund einer Gesamtbewertung der persönlichen Verhältnisse sowie der Umstände als sehr hoch erscheint. Besonders bei drohenden schweren Gewaltverbrechen ist dabei auch dem psychischen Zustand der verdächtigen Person beziehungsweise ihrer Unberechenbarkeit oder Aggressivität Rechnung zu tragen<sup>471</sup>.

2. a) Im angefochtenen Entscheid will die Vorinstanz BGE 143 IV 9 ff., der für den (besonderen) Haftgrund der Wiederholungsgefahr nach Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO vom Erfordernis der sehr ungünstigen Rückfallprognose zur Bejahung von Wiederholungsgefahr Abstand nahm und gemäss welchem eine ungünstige Rückfallprognose notwendig, aber auch ausreichend ist<sup>472</sup>, auch auf den Fall der Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO analog anwenden. Das ist abzulehnen. Zum einen hat das Bundesgericht die vorerwähnte, in BGE 137 IV 129 f. aufgestellte Rechtstheorie, wonach für die Anwendung von Art. 221 Abs. 2 StPO eine sehr ungünstige Rückfallprognose erforderlich sei, in BGE 140 IV 22 und jüngst im Bundesgerichtsentscheid vom 21. Januar 2019, 1B\_567/2018, Erw. 4.2 - und somit zeitlich nach BGE 143 IV 9 ff. - bestätigt. Zum anderen ist Haft wegen Ausführungsgefahr noch mehr, noch stärker Präventivhaft als Haft wegen Wiederholungsgefahr, und stellt die Ausführungsgefahr einen selbstständigen gesetzlichen Haftgrund dar, der im Unterschied zur Wiederholungsgefahr nicht auch noch einen dringenden Tatver-

---

<sup>469</sup> BGE vom 21. Januar 2019, 1B\_567/2018, Erw. 4.1

<sup>470</sup> Gfeller/Bigler/Bonin, Untersuchungshaft, Zürich/Basel/Genf 2017, N. 563

<sup>471</sup> BGE 137 IV 129 f.; so auch BGE vom 21. Januar 2019, 1B\_567/2018, Erw. 4.2

<sup>472</sup> BGE 143 IV 17

dacht eines bereits begangenen (untersuchten) Delikts verlangt<sup>473</sup>. Auch entfällt bei Art. 221 Abs. 2 StPO das Vortatenerfordernis. Dementsprechend halten Schnell/Steffen fest: «Bei der Wiederholungsgefahr genügt gemäss Bundesgerichtspraxis eine ungünstige Prognose, während bei der Ausführungsgefahr eine sehr ungünstige Prognose gefordert wird»<sup>474</sup>. Dieser Ansicht sind auch Gfeller/Bigler/Bonin, wenn sie ausführen, dass der Gesetzgeber die Schwelle gegenüber einer einfachen Befürchtung erhöht habe, indem er festgehalten habe, dass «ernsthaft» zu befürchten sein müsse, dass die Drohung umgesetzt werde. Es müssten also besondere Indizien vorliegen, welche die tatsächliche Ausführung der angedrohten Tat als besonders wahrscheinlich erscheinen liessen<sup>475</sup>. Ob die Umsetzung der Drohung ernsthaft befürchtet werden müsse, hänge vom Einzelfall ab, wobei eine Gesamtwürdigung aller massgeblichen Aspekte vorzunehmen sei<sup>476</sup>. Selbst für Forster, der angesichts der auf dem Spiel stehenden hochwertigen Rechtsgüter (namentlich Leib und Leben des Bedrohten) an die Ernsthaftigkeit der Drohung keinen allzu strengen Massstab anlegen will, ist es letztlich entscheidend, ob die Drohung ernsthaft erscheine beziehungsweise objektiv die Befürchtung begründe, das drohende schwere Verbrechen könnte wahrgemacht und ausgeführt werden. Verbale, schriftliche oder konkludente Drohungen müssten massiv und konkret sein und objektiv erkennen lassen, dass sie ernst gemeint sein könnten<sup>477</sup>.

b) Dafür braucht es regelmässig eine - wegen des (verstärkten) Beschleunigungsgebots in Haftsachen<sup>478</sup> zügige - Abklärung der Gefährlichkeit der inhaftierten Person. Verfahrensleitung (Staatsanwaltschaft) und Haftrichter haben daher dafür Sorge zu tragen, dass entsprechende Abklärungen rasch (in der Regel innert Wochen bis wenigen Monaten) erfolgen<sup>479</sup>. Gemäss Bundesgericht kann es sich, falls die Beurteilung des Haftgrundes massgeblich von der Gefährlichkeitsprognose abhängt, aufdrängen, vom forensischen Psychiater in einem Kurzgutachten vorab eine Risikoeinschätzung einzuholen, bevor die Gesamtexpertise über sämtliche psychiatrisch abzuklärenden Fragen (Diagnose, geeignete Sanktion, Behandlungsbedürftigkeit, Therapiefähigkeit usw.) vorliegt. Nötigenfalls kann der Haftrichter der Staatsanwaltschaft (gestützt auf Art. 226 Abs. 4 lit. b StPO) entsprechende Anweisungen erteilen. Angesichts des Beschleunigungsgebots in Haftsachen muss eine solche Risikoeinschätzung rasch erfolgen<sup>480</sup>. Dazu kann auf die klare Anweisung der Vorinstanz verwiesen werden, welche mit Nachdruck ein unverzüglich einzuholendes «Vorab-Gefährlichkeitsgutachten» verlangt.

Obergericht, 2. Abteilung, 18. Juni 2020, SW.2020.63

---

<sup>473</sup> BGE 140 IV 21

<sup>474</sup> Schnell/Steffen, Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis, Bern 2019, S. 252 (oben)

<sup>475</sup> Gfeller/Bigler/Bonin, N. 567

<sup>476</sup> Gfeller/Bigler/Bonin, N. 571

<sup>477</sup> Forster, Basler Kommentar, 2.A., Art. 221 StPO N. 18

<sup>478</sup> Art. 31 Abs. 4 BV; Art. 5 Abs. 2 StPO

<sup>479</sup> Forster, Art. 221 StPO N. 18

<sup>480</sup> BGE vom 21. Januar 2019, 1B\_567/2018, Erw. 4.3

## 27. Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchungen oder Untersuchungen; unzulässige Beweisausforschung (Art. 243, 141 Abs. 2 StPO)

1. a) Das Bezirksgericht sprach den Berufungskläger des Fahrens ohne Berechtigung schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe sowie einer Busse. Dazu stellte das Bezirksgericht ausschliesslich auf das auf dem Mobiltelefon von X gefundene Video ab. Weitere Beweismittel lagen nicht im Recht. Das Bezirksgericht erwog, obschon die Beschlagnahme- und Durchsuchungsbefehle im Strafverfahren gegen X nicht im Recht liegen würden, sei von einer strafprozessual korrekt durchgeführten Durchsuchung auszugehen. Ein Anfangsverdacht gegen X habe zweifellos bestanden, weil bei diesem ein Marihuana-Säcklein, eine Hanfmühle und Bargeld in kleiner Stückelung gefunden worden seien. Es handle sich nicht um eine verpönte Beweisausforschung. Demzufolge sei das Video, das den Berufungskläger zeige, als verwertbarer Zufallsfund zu betrachten.

b) Dagegen erklärte der Berufungskläger Berufung und beantragte einen Freispruch. Das auf dem Mobiltelefon von X gefundene Video sei unverwertbar.

2. a) aa) Unter Zufallsfunden nach Art. 243 StPO versteht man die bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen im Allgemeinen und bei Durchsuchungen und Untersuchungen im Besonderen zufällig entdeckten Beweismittel, Spuren, Gegenstände oder Vermögenswerte, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem direkten Zusammenhang stehen und den ursprünglichen Verdacht weder erhärten noch widerlegen, aber auf weitere Straftaten hinweisen<sup>481</sup>. Die Beweisfunktion des Zufallsfundes kann sich auf noch unbekannte Straftaten der beschuldigten Person oder auf noch unbekannte Beschuldigte einer bekannten Straftat erstrecken. Denkbar ist auch, dass ein noch nicht verfolgtes Delikt eines neuen oder anderen Tatverdächtigen entdeckt wird<sup>482</sup>. Erlaubt der Zufallsfund den Rückschluss auf eine neue (andere) Straftat, liegt ein sachlicher Zufallsfund vor. Deutet das Beweismittel hingegen auf eine neue (andere) Täterschaft hin, liegt ein personeller Zufallsfund vor<sup>483</sup>.

bb) Zufallsfunde sind sicherzustellen und mit einem Bericht der Verfahrensleitung zu übermitteln. Diese entscheidet über das weitere Vorgehen<sup>484</sup>. Anders als bei Zufallsfunden aus der Überwachung des Post- und Telefonverkehrs<sup>485</sup> stellt das Gesetz keine zusätzlichen materiellen und formellen Anforderungen an die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchungen oder Untersuchungen. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss ihre Verwertbarkeit<sup>486</sup>.

---

<sup>481</sup> BGE 139 IV 135; RBOG 2017 Nr. 26 Erw. 2.a.aa

<sup>482</sup> Gfeller/Thormann, Basler Kommentar, 2.A., Art. 243 StPO N. 20

<sup>483</sup> Hansjakob, Überwachungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2017, N. 1112 f.

<sup>484</sup> Art. 243 Abs. 1 und 2 StPO

<sup>485</sup> Art. 278 StPO

<sup>486</sup> Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 243 N. 4; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 243 N. 5; Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 3

cc) Strafprozessuale Untersuchungshandlungen sollen nur dort erfolgen, wo ein hinreichender Verdacht besteht, und nur soweit, wie es der Zweck der Strafuntersuchung legitimiert<sup>487</sup>. Bei Zufallsfunden liegt der Tatverdacht begriffsnotwendig ausserhalb des anfänglich fixierten Aufklärungsziels<sup>488</sup>. Die für das Strafprozessrecht zentrale Steuerungsfunktion des (Anfangs-)Verdachts läuft bei Zufallsfunden leer. Das führt zu einem Dilemma: Einerseits verlangt das Prinzip der materiellen Wahrheit, dass die gefundenen Spuren und Gegenstände verwertet werden. Das in Art. 7 StPO verankerte strafprozessuale Legalitätsprinzip gebietet es denn auch den Strafbehörden, Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn hinreichende Verdachtsmomente bekannt werden. Andererseits erfolgte der Fund im Rahmen einer Zwangsmassnahme, der diesen eben gerade nicht beabsichtigte und somit den erfolgten Grundrechtseingriff diesbezüglich nicht zu rechtfertigen vermag. Zudem sind bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen strafprozessuale Grundsätze zu beachten, die unter anderem die Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden zum Ziel haben. Eine bedingungslose Zulassung der Zufallsfunde würde das Risiko der vorbehaltlosen Suche nach Beweismitteln mit sich bringen. In diesem Sinn sind die Zufallsfunde in einer Grauzone zwischen der rechtmässig angeordneten Zwangsmassnahme und der verbotenen Beweisausforschung angesiedelt<sup>489</sup>.

dd) Lehre und Rechtsprechung versuchen, das erwähnte Dilemma aufzulösen, indem sie verschiedene Anforderungen an Zufallsfunde aufstellen. Erstens muss die strafprozessuale Zwangsmassnahme, die zum Zufallsfund führte, ihrerseits rechtmässig gewesen sein. Die Verwertung von Zufallsfunden aus unrechtmässigen Zwangsmassnahmen ist im Prinzip<sup>490</sup> ausgeschlossen. Zweitens ist - hypothetisch - zu prüfen, ob die Zwangsmassnahme auch für das neu entdeckte Delikt hätte angeordnet werden dürfen<sup>491</sup>. Die allgemeinen Grundsätze des Zwangsmassnahmenrechts<sup>492</sup> kommen dabei nur teilweise zur Anwendung. Der Anfangsverdacht<sup>493</sup> kann für den Zufallsfund erklärtermassen nicht vorausgesetzt werden<sup>494</sup>. Auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz<sup>495</sup> findet nach Lehre und Rechtsprechung keine Anwendung<sup>496</sup>. Dahinter steht die Überlegung, dass mit der Rechtmässigkeit derjenigen Zwangsmassnahme, die dem Zufallsfund vorausgeht, der Grundrechtseingriff abgeschlossen ist<sup>497</sup>. Kern der Frage nach der hypothetischen Zulässigkeit sind demnach die Beschlagnahmeverbote. Was aufgrund der

---

<sup>487</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 1, 197 Abs. 1 lit. b, 319 Abs. 1 lit. b sowie 324 Abs. 1 StPO

<sup>488</sup> Natterer, Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren, Diss. Bern 2001, S. 18

<sup>489</sup> RBOG 2017 Nr. 26 Erw. 2 a.bb

<sup>490</sup> Vorbehalten bleibt eine Abwägung nach Art. 141 StPO.

<sup>491</sup> Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 31 ff.; Schmid/Jositsch, Art. 243 StPO N. 7

<sup>492</sup> Art. 197 Abs. 1 und 2 StPO

<sup>493</sup> Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO

<sup>494</sup> Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 34; Schmid/Jositsch, Art. 243 StPO N. 7

<sup>495</sup> Art. 197 Abs. 1 lit. c und lit. d StPO

<sup>496</sup> BGE vom 3. Oktober 2019, 6B\_24/2019, Erw. 2.4; Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 34

<sup>497</sup> Schmid/Jositsch, Art. 243 StPO N. 5

persönlichen Verhältnisse der beschuldigten Person nicht beschlagnahmt werden kann, darf auch nicht als Zufallsfund verwertet werden<sup>498</sup>.

b) aa) Abzugrenzen sind Zufallsfunde, die unter den dargelegten Grundsätzen verwertbar sind, von Beweisausforschungen («fishing expeditions»). Diese sind unzulässig und die aus ihnen gewonnenen Beweise unverwertbar<sup>499</sup>. Problematisch ist die Abgrenzung von Zufallsfund und «fishing expedition» deshalb, weil beide Formen der Beweiserhebungen strukturell nahe beieinanderliegen. Bei der Beweisausforschung werden nicht ausgehend von einem bestimmten Tatverdacht Beweismittel gesucht, sondern liegt der verbotene Zweck des Zwangsmittel Einsatzes gerade darin, einen bis dahin nicht vorhandenen Straftatverdacht erst zu kreieren. Auch bei Zufallsfunden besteht ein spezifischer Tatverdacht regelmässig erst nach erfolgtem Zwangseingriff. Wirklich verlässlich abgrenzen liessen sich Beweisausforschung und Zufallsfund wohl nur auf subjektiver Ebene<sup>500</sup>.

bb) Die Rechtsprechung des Obergerichts stellt darauf ab, ob eine strafprozessuale Zwangsmassnahme sachlich und zeitlich in einem genügenden Zusammenhang zu einem bereits eröffneten Strafverfahren steht. Keine zufällige Entdeckung liegt demgemäss vor, wenn Spuren und/oder Gegenstände an Orten gesucht werden, wo sich solche in Bezug auf das abzuklärende Delikt vernünftigerweise nicht vermuten lassen. Diesfalls handelt es sich nicht um Zufallsfunde, sondern um das Ergebnis einer verbotenen Beweisausforschung. Auch ein Missverhältnis zwischen der «Anlasstat», welche die Zwangsmassnahme begründete, und dem eingesetzten Mittel ist ein Indiz auf eine Beweisausforschung. Gleiches gilt, wenn ein milderer, denselben Erfolg ermöglichendes Mittel bewusst nicht eingesetzt wurde. Diesbezüglich ist der anordnenden Behörde jedoch ein Ermessensspielraum zuzugestehen. Schliesslich kann ein Zufallsfund nie ausgeschlossen werden und wird somit faktisch im Grundsatz immer in Kauf genommen. Eine Beweisausforschung liegt allerdings auch dann vor, wenn weiter durchsucht wird, obwohl das Durchsuchungsziel erreicht oder aber dessen Unerreichbarkeit festgestellt wurde. Im Gegensatz zum Zufallsfund wird der Hinweis also nicht durch eine zwecktaugliche Durchführung der Zwangsmassnahme innerhalb der gesteckten und begründeten Grenzen entdeckt, sondern diese werden (vorsätzlich) missachtet<sup>501</sup>.

3. a) Gemäss Hinweisbericht hielt die Kantonspolizei am 29. April 2016 das Fahrzeug von X im Rahmen einer Kontrolle an. Aus dem Auto drang intensiver Marihuana-Geruch. In der Folge stellte die Kantonspolizei bei X ein Marihuana-Säcklein, eine Hanfmühle, einen Plastiksack mit Marihuana mit der Aufschrift «200» sowie Bargeld in Höhe von Fr. 800.00 (in kleiner Stückelung) sicher. Anlässlich der Festnahme von X wurde dessen Mobiltelefon iPhone 5S eingezogen und

---

<sup>498</sup> Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N. 35

<sup>499</sup> BGE 139 IV 136, 137 I 222 f.; Keller, Art. 243 StPO N. 4; Schmid/Jositsch, Art. 243 StPO N. 8; Gfeller/Thomann, Art. 243 StPO N. 15

<sup>500</sup> Natterer, S. 19

<sup>501</sup> RBOG 2017 Nr. 26 Erw. 2b.aa

forensisch gesichert. Neben belastendem Material im Strafverfahren gegen X konnte das Video gefunden werden, welches den Berufungskläger beim Fahren zeigt.

b) Wie sich aus den beigezogenen Akten in Bezug auf X ergibt, besteht kein Beschlagnahmeprotokoll betreffend die beschlagnahmten Gegenstände vom 29. April 2016. Im Weiteren liegen keine genaueren echtzeitlichen Angaben zum beschlagnahmten Mobiltelefon vor. So wird lediglich von einem Apple iPhone schwarz mit dem PIN-Code 123456 gesprochen. Die Angabe einer Seriennummer fehlt hingegen. Erst aus dem Beschlagnahmeantrag der Kantonspolizei vom 31. Mai 2016 ergibt sich eine Seriennummer. Auch wurde kein Durchsuchungsbefehl für das Fahrzeug erlassen; ein solcher findet sich erst für die Hausdurchsuchung vom 30. April 2016. Das Mobiltelefon wurde hingegen bereits am 29. April 2016 beschlagnahmt. Ein nachträglicher Durchsuchungsbefehl für das Fahrzeug am 29. April 2016 fehlt. Inwiefern hier «Gefahr im Verzug» war, welche die Polizei zu selbstständigem Handeln in Bezug auf die vollumfängliche Auswertung des Mobiltelefons im Sinn von Art. 241 Abs. 3 StPO ermächtigt hätte, ist nicht ohne weiteres ersichtlich<sup>502</sup>. Es hätte aber auf jeden Fall nachträglich die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft schriftlich bestätigt und insbesondere konkretisiert werden müssen, was auf dem Mobiltelefon gesucht wird. Die Kantonspolizei stellte am 31. Mai 2016 zwar einen entsprechenden Beschlagnahmeantrag, welcher jedoch offenbar von der Staatsanwaltschaft nicht bearbeitet wurde. Es fehlt somit an einer förmlichen Beschlagnahmung und insbesondere auch an den Angaben, was konkret auf dem Mobiltelefon gesucht wurde beziehungsweise was alles durchsucht werden darf. Das iPhone von X wurde nie rechtsförmlich - das heisst nach den Vorschriften der StPO - in das Strafverfahren eingeführt.

c) Im Weiteren legt der Verdacht gegen X auf Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz noch nicht von sich aus nahe, Videos auf seinem Mobiltelefon auszuwerten. Ob ein Anfangsverdacht auf Handel mit Betäubungsmitteln im Verfahren gegen X bestand, ist in diesem Verfahren nicht abschliessend zu beurteilen. Selbst wenn der Verdacht zu bejahen wäre, hätte sich daraus nicht zwingend die Notwendigkeit ergeben, auch die Videodateien bei X zu durchsuchen. Ein solcher Suchlauf muss als aussergewöhnliche Massnahme bezeichnet werden<sup>503</sup>. Die Ermittlungshandlungen richteten sich nicht gegen schwere Delikte oder Verbrechen<sup>504</sup>. Dadurch rückt die Durchsuchung in die Nähe einer unzulässigen «fishing expedition».

d) X und seine Mutter stimmten zu, dass das Mobiltelefon der Polizei ohne Einschränkung zur Datenauslesung und -analyse ausgehändigt und keine Siegelung verlangt werde. Jedoch ist auch in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich, dass X oder seiner Mutter konkret erläutert wurde, was auf dem Mobiltelefon im Detail gesucht werde. Die Zustimmung erfolgte also nicht im Hinblick auf konkrete Untersuchungen oder Auswertungen und ist deshalb zu relativieren. Insbe-

---

<sup>502</sup> Vgl. auch BGE 139 IV 133

<sup>503</sup> Vgl. dazu auch BGE 139 IV 128, wo Adressen von Freiern ermittelt wurden.

<sup>504</sup> BGE 137 I 224

sondere stimmte X auch nie explizit zu, dass Videoaufnahmen ausgewertet werden dürften, die nicht in Zusammenhang mit Drogen stünden und seine Freunde betreffen. Die Zustimmung kann ein korrektes Vorgehen durch die Untersuchungsbehörden ferner nicht ersetzen, und es hätte nachträglich noch eine schriftliche Bestätigung durch die Staatsanwaltschaft erfolgen müssen. Die «freiwillige» Einwilligung beinhaltet ausserdem ein gewisses Missbrauchspotential, da die Einwilligung durch (mehr oder weniger) subtile «Drohungen», dass die betroffene Person es auf die «leichte oder die harte Tour» haben könne, erhältlich gemacht werden könnte<sup>505</sup>. Ein weiteres Problem der «freiwilligen» Durchsuchung besteht zudem darin, dass damit das Gebot der Verdachtssteuerung untergraben wird, dies sowohl in Bezug auf den Tatverdacht als auch auf das zu erwartende Ergebnis. Damit entfällt der eigentliche Sinn der staatsanwaltlichen Anordnungscompetenz, nämlich die Begrenzungs- und Überprüfbarkeitsfunktion, und sind Beweisausforschungen Tür und Tor geöffnet. Aufgrund der Bedeutung, welche dem Gebot der Verdachtssteuerung zukommt, sind dergestalt erhobene Beweismittel regelmässig unverwertbar. Folglich sollten «freiwillige» Durchsuchungen nur äusserst zurückhaltend angewandt werden<sup>506</sup>.

e) Die vorstehenden, teils grundsätzlichen Bedenken wiegen in diesem Verfahren umso schwerer, weil aufgrund der Strafakten im Verfahren gegen X letztlich nicht nachvollzogen werden kann, woher das strittige Video stammt. Wie erwähnt, fehlen Beschlagnahme- und Durchsuchungsbefehle sowie ein Auswertungsprotokoll. So kann auch nicht geprüft werden, ob sich die Einwilligung von X auf dasjenige Gerät bezieht, auf dem die Kantonspolizei die Datei fand. Lediglich im Entwurf für einen Beschlagnahmefehl ist eine Seriennummer enthalten, auf der schriftlichen Einwilligung hingegen findet sich kein Hinweis auf ein konkretes Gerät. Mit anderen Worten kann die Einwilligung nicht mit letzter Gewissheit dem Datenträger zugeordnet werden, auf dem das strittige Video gespeichert war.

f) Aufgrund der mehrfachen Fehler bei der Beweiserhebung ist somit von einem nicht korrekt erhobenen Beweismittel auszugehen, und die fragliche Videoaufnahme darf im Rahmen der Sachverhaltserstellung nicht herangezogen werden.

4. Darf die Videoaufnahme nicht berücksichtigt werden, fehlt es jedoch an einem Beweis dafür, dass der Berufungskläger trotz Entzugs des Führerausweises ein Fahrzeug gelenkt hat. Folglich ist die Berufung begründet, und der Berufungskläger ist vom Vorwurf des Fahrens ohne Berechtigung freizusprechen.

Obergericht, 1. Abteilung, 15. Juli 2020, SBR.2020.18

---

<sup>505</sup> Gfeller/Gfeller, Basler Kommentar, 2.A., Art. 249 StPO N. 17

<sup>506</sup> Gfeller/Gfeller, Art. 249 StPO N. 18 und 19

## 28. Keine Beschlagnahme vor der Durchsuchung und gegebenenfalls Entsiegelung (Art. 246 ff., 263 StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft eröffnete eine Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer; sie verdächtigt ihn unter anderem, einen Brand gelegt und Fr. 24'000.00 entwendet zu haben. Sie beschlagnahmte ein Mobiltelefon iPhone 8. Dieses diene als Beweismittel, zumal im Verlauf der Strafuntersuchung die beim Beschuldigten sichergestellten und zum Teil schon beschlagnahmten Mobiltelefone ausgelesen worden seien. Gegen diese Beschlagnahme erhob der Beschuldigte Beschwerde.

2. a) aa) Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson können gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO unter anderem beschlagnahmt werden, wenn sie voraussichtlich als Beweismittel gebraucht werden. Entscheidend für die Beschlagnahme eines Gegenstands zu Beweis Zwecken ist seine Eignung, Beweis für einen entscheidungswesentlichen Umstand im genannten Umfang zu erbringen<sup>507</sup>.

bb) Die Beschlagnahme ist eine Zwangsmassnahme. Sie ist laut Art. 197 Abs. 1 StPO nur zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt. Ist der Grund für die Beschlagnahme weggefallen, hebt die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Beschlagnahme auf und händigt die Gegenstände oder Vermögenswerte der berechtigten Person aus<sup>508</sup>.

cc) Gerade bei duplizierbaren Beweisgegenständen - etwa Geschäftsunterlagen - erlangt das Prinzip der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit praktische Bedeutung<sup>509</sup>. Das Bundesgericht erkannte - allerdings im Zusammenhang mit der Sicherungseinziehung gemäss Art. 69 StGB -, der mit der Trennung zwischen deliktischen und nicht-deliktischen Daten verbundene Aufwand könne nicht als unverhältnismässig eingestuft werden. Das Prinzip der Subsidiarität gebiete es, einzig die deliktischen Daten unwiderruflich zu löschen und dem Inhaber anschliessend die Datenträger samt den darauf enthaltenen legalen Daten wieder zurückzugeben<sup>510</sup>. Daraus folgt, dass bei Geräten mit Speichermedien die für die Beweisführung erforderlichen Daten in der Regel zu kopieren sind, und das Gerät anschliessend - vorbehaltlich einer Einziehungsbeschlagnahme - dem Inhaber zurückzugeben ist<sup>511</sup>.

---

<sup>507</sup> Bommer/Goldschmid, Basler Kommentar, 2.A., Vor Art. 263-268 StPO N. 5

<sup>508</sup> Art. 267 Abs. 1 StPO

<sup>509</sup> Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO N. 23

<sup>510</sup> BGE vom 16. Februar 2009, 6B\_748/2008, Erw. 4.5.3

<sup>511</sup> BGE vom 31. Mai 2010, 6B\_1067/2009, Erw. 3.2; Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N. 27 Fn. 33



b) aa) Zu keinen Diskussionen Anlass geben können hier die gesetzliche Grundlage und der hinreichende Tatverdacht. Zudem rechtfertigen die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftaten die Beschlagnahme eines Mobiltelefons zu Beweis Zwecken ohne weiteres.

bb) Indessen legte die Staatsanwaltschaft weder im Beschlagnahmebefehl noch in der Beschwerdeantwort dar, weshalb sie dieses beschlagnahmte Mobiltelefon zu Beweis Zwecken braucht. Sie erklärte nur, weil dem Beschwerdeführer bereits ab anderen Mobiltelefonen Daten hätten vorgezeigt werden müssen, sei nicht auszuschliessen, dass auch dieses Mobiltelefon als Beweismittel benötigt werde. Der pauschale Hinweis genügt nicht, zumal die Untersuchung nicht mehr in einer Anfangsphase ist. Die Beschwerde ist damit bereits mangels genügender Begründung zu schützen.

3. a) Das von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmte Mobiltelefon dient sodann (soweit ersichtlich) nicht als solches (als körperlicher Gegenstand) zu Beweis Zwecken. Vielmehr will die Staatsanwaltschaft allenfalls dem Beschwerdeführer die darin gespeicherten Daten vorhalten.

b) Wenn Smartphones und andere digitale Kommunikationsgeräte physisch beschlagnahmt oder vorläufig sichergestellt werden und die Staatsanwaltschaft die gespeicherten Daten auswerten will (Kontaktnummern, Verbindungsdaten, vom Empfänger abgerufene SMS- und E-Mail-Nachrichten usw.), liegt nach der Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich keine Fernmeldeüberwachung<sup>512</sup> vor und auch keine rückwirkende Randdatenerhebung<sup>513</sup>. Der Rechtsschutz erfolgt hier in der Weise, dass die betroffene Person die Siegelung<sup>514</sup> des edierten oder sichergestellten Geräts verlangen kann (wie zum Beispiel bei Computern, Notebooks, Servern usw.). Die Staatsanwaltschaft, welche die elektronischen Aufzeichnungen durchsuchen und beschlagnahmen will, muss dann beim Zwangsmassnahmengericht ein Entsiegelungsgesuch stellen<sup>515</sup>.

c) aa) Gestützt auf Art. 246 StPO dürfen Schriftstücke, Ton-, Bild- und andere Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen. Dies gilt namentlich für Gegenstände, die als Beweismittel benötigt werden<sup>516</sup>. Von einer Durchsuchung von Aufzeichnungen gemäss Art. 246 StPO wird nach der Praxis des Bundesgerichts gesprochen, wenn die Schriftstücke oder Datenträger im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen beziehungsweise besichtigt werden, um ihre Beweiseignung festzustellen, sie allenfalls zu beschlagnahmen und zu den Akten zu nehmen<sup>517</sup>.

---

<sup>512</sup> Art. 269-279 StPO

<sup>513</sup> Art. 273 StPO

<sup>514</sup> Art. 248 Abs. 1 StPO

<sup>515</sup> BGE 143 IV 274; vgl. BGE 140 IV 184, 188

<sup>516</sup> Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO

<sup>517</sup> BGE 144 IV 77, 143 IV 273

bb) Die Inhaberin oder der Inhaber kann sich vorgängig zum Inhalt der Aufzeichnungen äussern<sup>518</sup> und der Strafbehörde Kopien von Aufzeichnungen und Ausdrücke von gespeicherten Informationen zur Verfügung stellen, wenn dies für das Verfahren ausreicht<sup>519</sup>. Wie das Bundesgericht festhielt<sup>520</sup>, sind sichernde Zwangsmassnahmen anstelle von blossen Editionsbefehlen<sup>521</sup> zulässig, wenn die Herausgabe verweigert wurde oder die Aufforderung zur Edition den Zweck der Massnahme vereiteln würde<sup>522</sup>. Ist Gefahr im Verzug, so kann die Polizei Gegenstände zuhänden der Staatsanwaltschaft oder der Gerichte vorläufig sicherstellen<sup>523</sup>.

cc) Aufzeichnungen und Gegenstände, die nach Angaben der Inhaberin oder des Inhabers wegen eines Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechts oder aus anderen Gründen nicht durchsucht oder beschlagnahmt werden dürfen, sind zu versiegeln und dürfen von den Strafbehörden weder eingesehen noch verwendet werden<sup>524</sup>. Stellt die Strafbehörde nicht innert 20 Tagen ein Entsiegelungsgesuch, so werden die versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände der berechtigten Person zurückgegeben<sup>525</sup>.

d) Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind zu durchsuchende gesiegelte Beweismittel (etwa abgerufene Fernmeldenachrichten auf sichergestellten Mobiltelefonen) erst nach erfolgter Entsiegelung und Durchsuchung förmlich zu beschlagnahmen. Vorher kann die Staatsanwaltschaft auch gar noch nicht im Detail wissen, was sie sichergestellt hat, was beweisrelevant ist und was sie überhaupt unter welchem Titel förmlich beschlagnahmen will<sup>526</sup>. Eine (vorsorglich) zusätzlich erfolgte «Beschlagnahme» und Durchsuchung des gesiegelten Geräts erweist sich im Hinblick auf das massgebliche Entsiegelungsverfahren als obsolet<sup>527</sup>.

4. a) aa) Durchsuchungen und Untersuchungen werden in einem schriftlichen Befehl angeordnet. In dringenden Fällen können sie mündlich angeordnet werden, sind aber nachträglich schriftlich zu bestätigen<sup>528</sup>. Der Befehl bezeichnet die zu durchsuchenden oder zu untersuchenden Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen, den Zweck der Massnahme und die mit der Durchführung beauftragten Behörden oder Personen<sup>529</sup>.

bb) Der Durchsuchungsbefehl hat, ausser bei Dringlichkeit, in Form der Verfügung, das heisst schriftlich und mit einer Begründung versehen, zu ergehen<sup>530</sup>. Er muss so abgefasst

---

<sup>518</sup> Art. 247 Abs. 1 StPO

<sup>519</sup> Art. 247 Abs. 3 StPO

<sup>520</sup> BGE 144 IV 77, 143 IV 272

<sup>521</sup> Art. 265 StPO

<sup>522</sup> Art. 265 Abs. 4 StPO

<sup>523</sup> Art. 263 Abs. 3 StPO; vgl. auch Art. 241 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 StPO

<sup>524</sup> Art. 248 Abs. 1 StPO

<sup>525</sup> Art. 248 Abs. 2 StPO

<sup>526</sup> BGE 144 IV 78

<sup>527</sup> BGE vom 22. Juni 2018, 1B\_555/2017, Erw. 3.2; vgl. BGE 144 IV 80 f.

<sup>528</sup> Art. 241 Abs. 1 StPO

<sup>529</sup> Art. 241 Abs. 2 StPO

<sup>530</sup> Art. 241 Abs. 1 i.V.m. Art. 80 StPO

sein, dass der Betroffene die Tragweite der Verfügung erkennen und diese entsprechend anfechten kann. Es müssen wenigstens kurz die Überlegungen ersichtlich sein, von denen sich die anordnende Behörde leiten liess und auf die sie ihren Entscheid stützt. Dazu braucht es mindestens summarische Ausführungen zum vorgeworfenen Sachverhalt und zu der den Tatverdacht begründenden Faktenlage. Die Notwendigkeit inhaltlicher Mindestangaben erlaubt es, den Umfang der Zwangsmassnahme zu definieren. Sie bezweckt, eine Beweisausforschung (sogenannte «fishing expedition») zu verhindern, wo ohne hinreichenden Tatverdacht nach Beweisen für strafbares Verhalten gesucht wird. Der erforderliche Detaillierungsgrad der Angaben definiert sich nach der beschriebenen Begrenzungsfunktion und muss eine nachträgliche Überprüfung der Zwangsmassnahme erlauben. Er variiert von Fall zu Fall<sup>531</sup>.

cc) Nach der Praxis des Bundesgerichts hat die Untersuchungsbehörde, die Aufzeichnungen und Gegenstände vorläufig sicherstellt, deren Inhaber anlässlich der Hausdurchsuchung darüber zu informieren, dass er, falls er Geheimnisrechte geltend machen möchte, die einer Durchsuchung beziehungsweise Beschlagnahme der sichergestellten Unterlagen entgegenstehen könnten, deren Siegelung verlangen kann. Ebenso ist der Betroffene darüber in Kenntnis zu setzen, dass nach erfolgter Siegelung (und auf allfälliges Entsiegelungsgesuch der Untersuchungsbehörde hin) der Entsiegelungsrichter über die Zulässigkeit der Durchsuchung entscheidet, und dass der Betroffene mangels sofortigen Siegelungsgesuchs den Rechtsschutz verwirkt und mit der Durchsuchung der Unterlagen rechnen muss. Die Information des betroffenen Inhabers über seine Verfahrensrechte muss rechtzeitig und inhaltlich ausreichend erfolgen. Ohne den Nachweis einer ausreichenden Information des Betroffenen über seine Verfahrensrechte ist eine «konkludente» Einwilligung in die Durchsuchung nicht zu vermuten und liegt kein verspätetes Entsiegelungsgesuch vor<sup>532</sup>.

b) aa) Die Staatsanwaltschaft erliess einen Durchsuchungsbefehl für den dem Beschwerdeführer zur Verfügung gestellten Personenwagen. Dabei sei nach Bargeld, Effekten des Beschwerdeführers sowie Aufzeichnungen, Notizen, Daten etc. zu den dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftaten zu suchen und diese sicherzustellen. Die allfällig sichergestellten Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen, Datenträger und Mobiltelefone seien auszuwerten. In der Empfangsbestätigung, die der Beschwerdeführer unterzeichnete, bestätigte er, den Durchsuchungsbefehl empfangen zu haben. Zudem wurde er auf diesem Formular auf sein Siegelungsrecht aufmerksam gemacht. Gemäss dem (ebenfalls vom Beschwerdeführer unterzeichneten) Durchsuchungs- und Sicherstellungsprotokoll wurde im Fahrzeug das im Beschlagnahmebefehl erwähnte Mobiltelefon gefunden.

---

<sup>531</sup> BGE vom 6. Oktober 2016, 1B\_243/2016, Erw. 4.4.2; BGE vom 26. Februar 2013, 1B\_726/2012, Erw. 5.2

<sup>532</sup> BGE vom 8. August 2019, 1B\_85/2019, Erw. 4.2; BGE vom 4. August 2016, 1B\_91/2016, Erw. 4.5

bb) Die Verteidigung hätte allerspätestens nach Erhalt der Akten die Siegelung verlangen müssen, was aber (soweit aus den Akten ersichtlich ist) weder sie noch der Beschwerdeführer taten. Folglich konnte die Staatsanwaltschaft die auf dem Mobiltelefon vorhandenen Daten durchsuchen, ohne dass ein Entsiegelungsverfahren durchzuführen war. Ausserdem geht aus der Beschwerdeschrift hervor, dass sich der Beschwerdeführer nicht generell gegen die Verwendung der auf dem Mobiltelefon gespeicherten Daten wehrt. Vielmehr macht er nur geltend, einerseits seien auf diesem Gerät keine beweisrelevanten Daten vorhanden, und andererseits brauche die Staatsanwaltschaft das Gerät selber nicht, weil sie schon über die gespiegelten Daten verfüge.

c) aa) Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob die Staatsanwaltschaft bereits eine Durchsichtung des Mobiltelefons durchgeführt hat. Die Staatsanwaltschaft selber wies nicht auf eine Durchsichtung hin.

bb) Falls die Staatsanwaltschaft die auf dem Mobiltelefon gespeicherten Daten im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer (weiterhin) verwenden will, hat sie zunächst eine Durchsichtung dieser Daten durchzuführen. Erst wenn die Staatsanwaltschaft das Mobiltelefon unter dem Aspekt ihres begründeten Tatverdachts untersucht hat, ist sie in der Lage, einen begründeten Beschlagnahmebefehl zu erlassen. Ist sie zu jenem Zeitpunkt immer noch der Auffassung, es sei neben den gesicherten Daten auch noch das Mobiltelefon zu beschlagnahmen, so hat sie dies in der Beschlagnahmeverfügung ebenfalls (genau) zu begründen.

Obergericht, 2. Abteilung, 24. Januar 2020, SW.2019.155

**29. Vor der Nichtanhandnahme der Strafuntersuchung gegen eine Magistratsperson ist grundsätzlich die Ermächtigung zur Strafverfolgung einzuholen; Ausnahmen (Art. 303 Abs. 1 und 2, 7 Abs. 2 lit. b StPO; § 15 Abs. 1 VerantwG).**

1. a) Gemäss Art. 7 Abs. 1 StPO sind die Strafbehörden verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden. Nach Art. 7 Abs. 2 lit. b StPO können die Kantone vorsehen, dass die Strafverfolgung der Mitglieder ihrer Vollziehungs- und Gerichtsbehörden wegen im Amt begangener Verbrechen oder Vergehen von der Ermächtigung einer nicht richterlichen Behörde abhängt. Aus dem in Art. 7 StPO verankerten Legalitätsprinzip folgt, dass die Strafbehörden verpflichtet sind, eine Ermächtigung zu beantragen<sup>533</sup>. Bei Ermächtigungsdelikten ist eine gültige Ermächtigung Prozessvoraussetzung<sup>534</sup>.

b) Gestützt auf § 15 Abs. 1 VerantwG<sup>535</sup> bedarf die Strafverfolgung von Mitgliedern des Grossen Rates, des Regierungsrates und der kantonalen Gerichte gemäss § 12 Abs. 2 VerantwG wegen strafbarer Handlungen, die sich auf ihre amtliche Tätigkeit beziehen, der Ermächtigung durch den Grossen Rat. Da sich die Strafanzeige gegen das Verhalten eines Mitglieds des Regierungsrates richtet, ist eine Strafverfolgung nur möglich, wenn eine Ermächtigung des Grossen Rates vorliegt.

c) aa) Richtet sich ein Ermächtigungsverfahren gegen eine Magistratsperson, so dürfen für den Entscheid, ob die Ermächtigung zu erteilen oder zu verweigern ist, nicht nur strafrechtliche Gesichtspunkte allein, sondern auch politische beziehungsweise staatspolitische Überlegungen berücksichtigt werden<sup>536</sup>. Die Regelung, die Strafverfolgung gegen Mitglieder der Kantonsregierung und der obersten Gerichtsbehörden von einem Vorentscheid einer nicht richterlichen Instanz abhängig zu machen, beruht auf dem Grundgedanken, dass die obersten Vollziehungs- und Gerichtsbehörden für ihre amtliche Tätigkeit vorab der übergeordneten Instanz verantwortlich sind, und dass diese übergeordnete Instanz nach freiem Ermessen darüber entscheiden soll, ob wegen einer angeblich im Amt begangenen Verfehlung die Einleitung eines Strafverfahrens gerechtfertigt ist<sup>537</sup>.

bb) Das Ermächtigungserfordernis dient namentlich dem Zweck, Behördenmitglieder und Beamte vor ungerechtfertigter Strafverfolgung zu schützen und damit das reibungslose Funktionieren staatlicher Organe sicherzustellen<sup>538</sup>. Ferner ist von Gewicht, dass die Personen, die

---

<sup>533</sup> Riedo/Boner, Basler Kommentar, 2.A., Art. 303 StPO N. 14; Landshut/Bosshard, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 303 N. 15

<sup>534</sup> Riedo/Boner, Art. 303 StPO N. 10; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N. 121

<sup>535</sup> Verantwortlichkeitsgesetz, RB 170.3

<sup>536</sup> BGE 135 I 115, 106 IV 44; Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2.A., N. 177; vgl. BGE 137 IV 277 f.

<sup>537</sup> BGE 106 IV 44

<sup>538</sup> BGE 137 IV 277; BGE vom 1. September 2015, 1C\_97/2015, Erw. 2.1

öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen, darauf zählen können, dass sie nach Ende ihrer Amtstätigkeit vor trölerischen oder mutwilligen Strafanzeigen geschützt sind. Damit soll verhindert werden, dass ihr Verhalten wegen der allfälligen späteren Verwicklung in derartige Strafverfahren beeinflusst und der gesetzmässige Gang der Verwaltung (oder Justiz) auf diese Weise beeinträchtigt wird. Darüber hinaus ist das Ermächtungsverfahren im Interesse der mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Personen selber aufgestellt<sup>539</sup>.

cc) Die Ziele des Ermächtungsverfahrens können nur erreicht werden, wenn die Ermächtigung zu Beginn eines Strafverfahrens eingeholt wird. Wird das Ermächtungsverfahren erst zu einem späteren Zeitpunkt und nach (umfangreichen) Untersuchungshandlungen eingeleitet, wird die Schutzfunktion unterlaufen. Verweigert die zuständige Behörde die Ermächtigung, so sind der Beschuldigte und die betroffene staatliche Institution regelmässig stärker tangiert als nach bloss dringlichen sichernden Massnahmen respektive nach den nötigen Erhebungen im Hinblick auf das Bewilligungsverfahren<sup>540</sup>. Die Ermächtigung zur Strafverfolgung ist daher im Voraus und möglichst frühzeitig einzuholen<sup>541</sup>. Dementsprechend bestimmt Art. 303 Abs. 1 StPO, dass bei Straftaten, die nur auf Antrag oder nach Ermächtigung verfolgt werden, ein Vorverfahren erst eingeleitet wird, wenn der Strafantrag gestellt oder die Ermächtigung erteilt wurde.

dd) Der Entscheid über die Erteilung der Ermächtigung zur Strafuntersuchung ist folglich demjenigen über die Anhandnahme eines Strafverfahrens beziehungsweise über die Einstellung eines eröffneten Strafverfahrens vorangestellt<sup>542</sup>. Der Fall ist mit den Akten unverzüglich der zuständigen Ermächtigungsbehörde vorzulegen<sup>543</sup>. Allerdings würde die strikte Anwendung des Grundsatzes nach Art. 303 Abs. 1 StPO den Erfolg der späteren Untersuchung bisweilen in Frage stellen. Flüchtige Beweismittel (Fingerabdrücke usw.) würden verloren gehen und der Beschuldigte hätte ausreichend Zeit, Beweismittel verschwinden zu lassen. Deshalb kann die zuständige Behörde gemäss Art. 303 Abs. 2 StPO schon vorher die unaufschiebbaren sichernden Massnahmen treffen. Unaufschiebbar sind sichernde Massnahmen, die im Hinblick auf die Durchführung des Verfahrens sachlich notwendig sind und in zeitlicher Hinsicht keinen Aufschub dulden, also nicht nachgeholt werden können. So muss es der zuständigen Behörde insbesondere erlaubt sein, bereits vor der Erteilung der Ermächtigung allenfalls vorhandene Beweismittel sicherzustellen<sup>544</sup>.

2. a) Zusammenfassend hat die Staatsanwaltschaft bei Straftaten, die nur auf Ermächtigung verfolgt werden, möglichst früh um Ermächtigung zu ersuchen, damit der Zweck des Ermäch-

---

<sup>539</sup> BGE 111 IV 39, 106 Ib 277

<sup>540</sup> BGE 139 IV 164; der Entscheid bezog sich auf Art. 15 VG (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32), welcher die Ermächtigung für Behördenmitglieder und Beamte des Bundes regelt.

<sup>541</sup> BGE 139 IV 165

<sup>542</sup> BGE vom 23. April 2014, 1C\_633/2013, Erw. 3.4

<sup>543</sup> Landshut/Bosshard, Art. 303 StPO N. 15

<sup>544</sup> BGE vom 22. Juli 2014, 1B\_424/2013, 1B\_436/2013, Erw. 4.4 (nicht publiziert in BGE 140 IV 108 ff.); Riedo/Boner, Art. 303 StPO N. 17 ff.

tigungsverfahrens erfüllt werden kann. Grundsätzlich hat sie vor der Einholung der Ermächtigung keine Untersuchungshandlungen durchzuführen; davon ausgenommen sind unaufschiebbare sichernde Massnahmen im Sinn von Art. 303 Abs. 2 StPO. Weitergehende Abklärungen sind vor dem Ermächtigungsentscheid lediglich zulässig, wenn sie im Hinblick auf einen begründeten Entscheid im Ermächtigungsverfahren unabdingbar erscheinen. Dazu gehört beispielsweise die Feststellung der möglichen Täterschaft, weil die Behandlung eines Ermächtigungsgesuchs «gegen Unbekannt» kaum möglich ist<sup>545</sup>. Welche Handlungen aber konkret notwendig sind, ist aufgrund der konkreten Umstände zu entscheiden.

b) aa) Dem Zweck des Ermächtigungsverfahrens wird somit nicht entsprochen, wenn im Fall von Strafanzeigen gegen Magistratspersonen vor dem Ermächtigungsentscheid eine Nichtanhandnahmeverfügung ergeht. Dem Grossen Rat kommt als Ermächtigungsbehörde eine grössere Kognition zu als dem Obergericht im Beschwerdeverfahren. So berücksichtigt er nicht nur die strafrechtliche Begründetheit der Vorwürfe gegen die Magistratsperson, sondern kann die Ermächtigung auch aufgrund staatspolitischer Überlegungen verweigern. Es scheint nicht sachgerecht, Magistratspersonen einem Beschwerdeverfahren nach Art. 393 ff. StPO auszusetzen und sie in die Lage zu versetzen, sich im Rahmen der Beschwerdeantwort<sup>546</sup> bereits materiell zu den Vorwürfen äussern zu müssen, bevor feststeht, ob die Ermächtigung überhaupt erteilt wird. Dies gilt insbesondere, weil sich die Magistratsperson für die Ausübung des ihr zustehenden rechtlichen Gehörs vom Amtsgeheimnis entbinden lassen muss<sup>547</sup>. Es soll daher grundsätzlich bereits vor Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung und vor einem allfälligen Beschwerdeverfahren ein Ermächtigungsverfahren durchgeführt werden, wo sichergestellt wird, dass beim Entscheid auch die politische Komponente zum Tragen kommt. Somit hat die Staatsanwaltschaft die Strafanzeige (mit allfälligen Beilagen) sofort nach deren Eingang (und einer allfälligen Ermittlung der möglichen Täterschaft) der Ermächtigungsbehörde vorzulegen.

bb) Von diesem Grundsatz kann nur abgewichen werden, wenn schon aufgrund der Strafanzeige selber zweifellos feststeht, dass diese missbräuchlich, mutwillig oder trölerisch angehoben wurde. Weiter kann auf die Ermächtigung verzichtet werden und direkt eine Nichtanhandnahmeverfügung ergehen, wenn notwendige Prozessvoraussetzungen eindeutig und definitiv fehlen, beispielsweise kein rechtzeitig eingereichter Strafantrag vorliegt<sup>548</sup>, denn diesfalls würde die Ermächtigung zu einem blossen administrativen Leerlauf führen<sup>549</sup>.

3. Vor diesem Hintergrund durfte die Generalstaatsanwaltschaft ohne weitere Abklärungen und somit auch ohne vorgängige Durchführung eines Ermächtigungsverfahrens die Nichtanhand-

---

<sup>545</sup> Riedo/Boner, Art. 303 StPO N. 26 f.

<sup>546</sup> Art. 390 Abs. 2 StPO

<sup>547</sup> Art. 320 Ziff. 2 StGB

<sup>548</sup> Omlin, Basler Kommentar, 2.A., Art. 310 StPO N. 9

<sup>549</sup> Vgl. ZR 2013 Nr. 86 S. 300

nahme des Verfahrens gegen das Regierungsratsmitglied verfügen, sofern die Strafanzeige als eindeutig missbräuchlich, mutwillig oder trölerisch einzustufen ist.

Obergericht, 2. Abteilung, 5. November 2020, SW.2020.16



**30. Nichtanhandnahme und Einstellung des Strafverfahrens beziehen sich auf Sachverhalte, nicht auf Straftatbestände; keine teilweise Nichtanhandnahme respektive Einstellung bei gleichem Sachverhalt (Art. 310 Abs. 1 lit. a, 319 f., 11 StPO).**

1. a) Die Staatsanwaltschaft verfügt gemäss Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO die Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung, sobald aufgrund der Strafanzeige feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände eindeutig nicht erfüllt sind. Nach dem klaren Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung kommt daher der Erlass einer Nichtanhandnahmeverfügung erst und nur in Betracht, wenn schon aufgrund der Strafanzeige feststeht, dass sämtliche infrage kommenden Straftatbestände eindeutig nicht erfüllt sind.

b) Art. 11 StPO konkretisiert das Verbot der doppelten Strafverfolgung<sup>550</sup>. Demgemäss darf niemand wegen der gleichen Straftat erneut verfolgt werden, der in der Schweiz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist. Aus dieser Bestimmung ergibt sich der Grundsatz der Sperrwirkung der abgeurteilten Sache<sup>551</sup>. Das Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids ist für ein neues Verfahren mit dem gleichen Gegenstand ein Verfahrenshindernis, das in jeder Lage von Amtes wegen zu beachten ist<sup>552</sup>. Das gilt grundsätzlich auch bei einer Nichtanhandnahmeverfügung<sup>553</sup>. Dementsprechend kann wegen ein und derselben Tat im prozessualen Sinn nicht aus einem rechtlichen Gesichtspunkt verurteilt beziehungsweise ein Verfahren eröffnet und aus einem anderen das Verfahren eingestellt beziehungsweise nicht anhand genommen werden. Es muss darüber einheitlich entschieden werden. Tatidentität liegt vor, wenn mehreren fraglichen Straftatbeständen identische oder im Wesentlichen gleiche Tatsachen zugrunde liegen. Auf die rechtliche Qualifikation dieser Tatsachen kommt es nicht an<sup>554</sup>. Als einheitlicher Lebenssachverhalt gilt ein Komplex konkreter, tatsächlicher Umstände, welche denselben Beschuldigten betreffen und in räumlicher sowie zeitlicher Hinsicht unlösbar miteinander verknüpft sind. Grundlage für die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots bildet demnach die sogenannte einfache Tatidentität; die rechtliche Qualifikation oder das Konkurrenzverhältnis zwischen den anwendbaren Strafnormen bleiben ohne Bedeutung<sup>555</sup>.

c) Dementsprechend muss sich eine Nichtanhandnahmeverfügung ebenso wie eine Einstellungsverfügung auf einen konkreten Sachverhalt beziehen und nicht auf einzelne Straftat-

---

<sup>550</sup> Ebenso Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101.07); Art. 14 Abs. 7 des internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)

<sup>551</sup> Grundsatz «ne bis in idem»

<sup>552</sup> Tag, Basler Kommentar, 2.A., Art. 11 StPO N. 13

<sup>553</sup> Art. 320 Abs. 4 i.V.m. 310 Abs. 2 StPO; vgl. BGE 141 IV 197 f.

<sup>554</sup> BGE vom 9. Dezember 2019, 6B\_888/2019, Erw. 1.3; BGE 142 IV 381 f.; vgl. ferner BGE vom 27. Februar 2018, 6B\_654/2017, Erw. 2.3; RBOG 2018 Nr. 10 Erw. 2.b

<sup>555</sup> BGE vom 17. Mai 2018, 6B\_1053/2017, 6B\_1096/2017, Erw. 4; siehe auch BGE vom 17. Mai 2017, 6B\_482/2017, Erw. 4.2; zum Ganzen: Ackermann, Unzulässige Teileinstellung bei gleichem Lebenssachverhalt, in: forumpoenale 2017 S. 46 ff.; Erni, Strafbefehl und Teileinstellungsverfügung bei gleichem Sachverhalt - Übersicht über die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Erörterung möglicher Folgen für die Staatsanwaltschaft und die Privatklägerschaft, in: forumpoenale 2020 S. 55 ff.

bestände. Zweck des Strafverfahrens ist die Ermittlung des Sachverhalts und die Prüfung, ob das Verhalten des Beschuldigten beziehungsweise der ermittelte Sachverhalt unter einen Straftatbestand, unter eine Strafnorm, fällt. Die Parteien (Beschuldigter und Privatkläger) haben Anspruch auf eine formelle Erledigung aller erhobenen Tatvorwürfe. Die Staatsanwaltschaft hat alle Tatvorwürfe im Dispositiv des Entscheids formell zu erledigen und in den Erwägungen die Art der Erledigung rechtsgenügend zu begründen. Die Begründung soll gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl der Betroffene wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen, und auf die sich ihr Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken<sup>556</sup>. Umfang und Tiefe der Begründung haben sich an der Eingriffsintensität des Entscheids sowie dessen Bedeutung für Parteien und Verfahren zu orientieren. Die Begründungspflicht ist nicht nur ein bedeutsames Element transparenter Entscheidfindung, sondern dient zugleich auch der wirksamen Selbstkontrolle der Behörde<sup>557</sup>. Die Staatsanwaltschaft kann somit ihre Begründungsdichte an der Qualität der erhobenen Vorwürfe, insbesondere deren Begründung, ausrichten. Es bleibt ihr beispielsweise unbenommen, haltlose Vorwürfe bloss mit einer Kurzbegründung zu erledigen<sup>558</sup>. Im Dispositiv müssen somit die einzelnen Sachverhalte erkennbar aufgeführt und damit erledigt werden, beispielsweise durch eine kurze Umschreibung oder Verweise auf Strafanzeigen (soweit diese den Sachverhalt genügend klar umschreiben). Nur so ist für alle Beteiligten ersichtlich, welche Tatvorwürfe erledigt sind und welche nicht.

2. a) Der Beschwerdeführer erstattete Strafanzeige wegen Delikten gegen das Vermögen beziehungsweise Veruntreuung. Später hielt er an seiner Strafanzeige fest, wobei er mit den Worten «Man müsste sich schon fast fragen, ob hier eine gewisse Täuschung und Arglist zu erkennen ist» den Verdacht des Betrugs nach Art. 146 StGB äusserte sowie neu den Vorwurf des Amtsmissbrauchs sowie der Gebührenüberforderung gemäss den Art. 312 und 313 StGB erhob. Die von ihm bezahlten Kostenvorschüsse seien bis heute nicht korrekt abgerechnet worden, da nie ein Entscheid über die Gebühren ergangen sei.

b) Die Staatsanwaltschaft nahm gestützt auf diese Anzeige des Beschwerdeführers umfassend und abschliessend keine Strafuntersuchung gegen Unbekannt beziehungsweise das

---

<sup>556</sup> BGE 133 I 277, 129 I 236, 126 I 102 f.

<sup>557</sup> RBOG 2014 Nr. 16 Erw. 2.b

<sup>558</sup> Dies gilt etwa, wenn offensichtlich ein objektives oder subjektives Tatbestandsmerkmal fehlt, wenn ein Vorwurf erhoben wird, der keinen Tatbestand erfüllt, oder wenn «Tatbestände» genannt werden, die nicht Bestandteil des Strafrechts, sondern des Zivilrechts sind, oder die es nicht gibt.

Amt für Veterinärwesen an die Hand. Wie sich indes aus dem Betreff «Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 StGB» sowie der Begründung ergibt, prüfte die Staatsanwaltschaft den angezeigten Lebenssachverhalt nur hinsichtlich des Tatbestands der Veruntreuung, wobei sie zum Schluss kam, der Tatbestand sei, wie sich aus den Akten ergebe, eindeutig nicht erfüllt. Die Beträge seien dem Beschwerdeführer zu Recht in Rechnung gestellt worden und damit dem Veterinäramt gar nicht anvertraut gewesen. Zudem seien die Beträge ordentlich verbucht worden, womit keine Veruntreuung zum Nachteil des Veterinäramts (richtig: des Beschwerdeführers) vorliege. Damit wie auch mit den weiteren Erwägungen äusserte sich die Staatsanwaltschaft, wie der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift zu Recht monierte, nicht zum Vorwurf des Beschwerdeführers, durch ihr Verhalten hätten sich Funktionäre des Veterinäramts auch des Betrugs nach Art. 146 StGB, des Amtsmissbrauchs nach Art. 312 StGB und der Gebührenüberforderung nach Art. 313 StGB schuldig gemacht. Damit wäre, würde die Beschwerde abgewiesen, die Strafanzeige und der damit angezeigte Lebenssachverhalt generell nicht anhand genommen, obwohl das Verhalten von Funktionären des Veterinäramts nach Dafürhalten des Beschwerdeführers noch andere Straftatbestände als die Veruntreuung erfüllt, auf welche die Staatsanwaltschaft in der angefochtenen Verfügung mit keinem Wort einging, also auch nicht mit einer grundsätzlich genügenden Kurzbe-gründung.

c) Die blossе Nichtanhandnahme wegen Veruntreuung ist ungenügend, denn damit wird nur eine Rechtsnorm anstatt ein Sachverhalt bezeichnet, und es wird der angezeigte Lebenssachverhalt nur gestützt auf diese Strafbestimmung nicht anhand genommen, obwohl der Beschwerdeführer durch den gleichen Lebenssachverhalt noch weitere Strafnormen als erfüllt erachtet. Somit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur korrekten Erledigung durch die Staatsanwaltschaft an diese zurückzuweisen<sup>559</sup>. Eine Heilung durch die Beschwerdeinstanz kommt nicht in Betracht, weil das Obergericht diesfalls die Arbeit der Staatsanwaltschaft machte.

3. Damit ist die Beschwerde zu schützen.

Obergericht, 2. Abteilung, 9. April 2020, SW.2020.24

---

<sup>559</sup> Art. 397 Abs. 2 StPO

### 31. Erlass von Verfahrenskosten; Änderung der Rechtsprechung gemäss RBOG 2015 Nr. 29 (Art. 425 StPO; Art. 112 Abs. 1 ZPO)

1. a) Forderungen aus Verfahrenskosten können gemäss Art. 425 StPO gestundet oder unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person herabgesetzt oder erlassen werden. Zweck dieser Bestimmung ist die Unterstützung der Resozialisierung vorab der verurteilten beschuldigten Person. Denn eine Kostenaufgabe kann sie in Anbetracht der mitunter sehr hohen Auslagen finanziell ganz erheblich belasten und die Rückkehr in geordnete Verhältnisse erschweren<sup>560</sup>. Damit Art. 425 StPO zur Anwendung gelangt, müssen die wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person derart angespannt sein, dass eine (ganz oder teilweise) Kostenaufgabe als unbillig erscheint. Dies ist dann der Fall, wenn die kostenpflichtige Person mittellos ist oder die Höhe der Kosten zusammen mit ihren übrigen Schulden die Resozialisierung beziehungsweise das finanzielle Weiterkommen von ihr und der von ihr unterstützten Personen ernsthaft gefährden kann. Bei einer verurteilten beschuldigten Person kann das aber auch der Fall sein, wenn die Kostenaufgabe sie und die von ihr unterstützten Personen finanziell entscheidend belastet und in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe der Strafe steht<sup>561</sup>.

b) Im Hinblick auf diese Zwecke ist gemäss herrschender Lehre<sup>562</sup> nicht einsichtig, weshalb Verfahrenskosten nur im Zeitpunkt des Vollzugs gestundet, herabgesetzt oder erlassen werden können. Um den gleichen Zweck zu erreichen, soll es der Strafbehörde schon im Zeitpunkt ihres Kostenentscheids erlaubt sein, auf die Erhebung von Verfahrenskosten ganz oder teilweise zu verzichten, wenn bereits dann offenkundig ist, dass die Kostenaufgabe zu einer unbilligen Härte für die an sich zahlungspflichtige Person führen wird. Ist dies der Fall, so ist auch keineswegs der Prozessökonomie gedient, wenn die Behörde später in einem Vollstreckungsverfahren über die Herabsetzung oder den Erlass befinden muss. Dafür spricht auch die systematische Stellung von Art. 425 StPO. So wurde diese Norm nicht in die Vollstreckungsbestimmungen im elften Titel der StPO eingereiht, sondern vielmehr unter die Bestimmungen über die Verfahrenskosten im zehnten Titel eingeordnet. Nichts anderes lässt sich aus dem Kommentar des Bundesrats in der Botschaft<sup>563</sup> zu dieser Bestimmung schliessen, der wie folgt lautet: «Im Rahmen der vom Bundesrat erlassenen Verordnung kann die zuständige Behörde die Gebühren nach ihrem Ermessen festsetzen, wobei sie den Kosten, die dem Staat erwachsen sind, Rechnung trägt. Für Gebühren wie für Auslagen gilt, dass die Behörde die finanzielle Lage der kostenpflichtigen Person berücksichtigen kann».

---

<sup>560</sup> Domeisen, Basler Kommentar, 2.A., Art. 425 StPO N. 3; Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Kommentar, 2.A., Art. 425 N. 1; Schmid/Jositsch, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 1781

<sup>561</sup> Domeisen, Art. 425 StPO N. 4

<sup>562</sup> Domeisen, Art. 425 StPO N. 3; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 425 N. 3; Griesser, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 425 N. 2

<sup>563</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 S. 1326

2. a) Vor diesem rechtstheoretischen Hintergrund sind die drei Kriterien, an denen die Generalstaatsanwaltschaft und das Obergericht Erlassgesuche in der Vergangenheit massen, einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Angesprochen sind die Argumente der Opfersymmetrie<sup>564</sup>, der zukünftigen Schuldenfreiheit<sup>565</sup> sowie der Karenzfrist<sup>566</sup>. Vorauszuschicken ist, dass sich diese Argumente nirgends in der Rechtsprechung des Bundesgerichts oder in der Lehre finden. Diese in RBOG 2015 Nr. 29<sup>567</sup> wiedergegebene «Thurgauer Praxis» geht, wie die Verweise zeigen, auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau aus dem Jahr 1985 zurück<sup>568</sup>. Diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts erweist sich indessen als nicht einschlägig: Zum einen ging es dort um die Anwendung von kantonalem Recht<sup>569</sup>, während es hier mit Art. 425 StPO eine bundesrechtliche Bestimmung anzuwenden gilt. Zum anderen kann diese Rechtsprechung nur schon deshalb nicht angewendet werden, weil im Verwaltungsverfahren der Resozialisierungszweck, anders als bei der Anwendung von Art. 425 StPO, keine Rolle spielt. Ausserdem besteht Grund zur Annahme, dass bei einer strikten Anwendung der drei Kriterien letztlich niemand mehr in den Genuss eines Kostenerlasses kommt, obwohl das Bundesgericht klarstellte, dass das Gesetz die mögliche Privilegierung im Sinn von Art. 425 StPO ausdrücklich vorsehe, weshalb diese Bestimmung nicht in einer Weise auszulegen und anzuwenden sei, dass sie toter Buchstabe bleibe<sup>570</sup>. Nicht festzuhalten ist deshalb an dem in RBOG 2015 Nr. 29<sup>571</sup> wiedergegebenen Kriterium der zukünftigen Schuldenfreiheit. Eine solche Forderung erweist sich als unrealistisch und höhlt das gesetzliche Institut faktisch aus, weil bei überschuldeten Personen ein Erlass nur noch im Rahmen einer gesamthaften Schuldensanierung überhaupt möglich wäre. Eine solch weitreichende Folge lässt sich weder mit dem Wortlaut noch mit Sinn und Zweck von Art. 425 StPO vereinbaren. Auch das Kriterium der einjährigen Karenzfrist bedarf der Präzisierung respektive Relativierung: Mit diesem Argument kann auf einen Kostenerlass (nur) verzichtet werden, wenn feststeht, dass der die Kosten damals auferlegende Richter<sup>572</sup> die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners auch tatsächlich geprüft und berücksichtigt hat, und zudem der Schuldner keine Änderung der Verhältnisse geltend macht. In allen anderen Fällen erweist sich dieses Argument als nicht stichhaltig. Schliesslich ist auch das Argument der Opfersymmetrie kein «Killerkriterium», wenn die bundesrechtlichen Vorgaben (Resozialisierungszweck) für einen Kostenerlass sprechen.

---

<sup>564</sup> Nach dem Kriterium der Opfersymmetrie darf ein Erlass nicht dazu dienen, dass der Staat als Einziger auf seine Forderung verzichtet, während die übrigen Gläubiger an ihren Forderungen festhalten.

<sup>565</sup> Nach diesem Kriterium ist ein Erlass nur möglich, wenn Gewähr dafür besteht, dass der Schuldner danach schuldenfrei ist.

<sup>566</sup> Nach diesem Kriterium sind weniger als 12 Monate ausstehende Kosten nicht zu erlassen.

<sup>567</sup> Erw. 3g. Dieser Entscheid erging zu § 64 Abs. 2 KESV und Art. 112 Abs. 1 ZPO.

<sup>568</sup> In RBOG 2015 Nr. 29 S. 241, wurde auf TVR 1985 Nr. 24 S. 115, TVR 1985 Nr. 8 S. 38 ff. sowie auf TVR 2012 Nr. 12 S. 77 verwiesen, welcher wiederum auf TVR 1985 Nr. 24 Bezug nahm (es ging um die Frage, ob die Grundsätze für natürliche Personen auf juristische Personen anwendbar seien).

<sup>569</sup> So ging es in TVR 1985 Nr. 24 um die VGV (Verordnung des Grossen Rates über die Gebühren der kantonalen Verwaltungsbehörden, RB 631.1) sowie die VGG (Verordnung des Grossen Rates über die Gebühren der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden, RB 638.1).

<sup>570</sup> BGE vom 9. Dezember 2016, 6B\_500/2016, Erw. 3

<sup>571</sup> Erw. 3g

<sup>572</sup> Bei Strafbefehlen ist dies der Staatsanwalt.

b) aa) Im Übrigen enthält RBOG 2015 Nr. 29 durchaus bedenkenswerte Erwägungen. So führte das Obergericht in jenem Entscheid mit Blick auf das Erfordernis der Mittellosigkeit des Gesuchstellers aus, dass ein strengerer Massstab als bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gelte<sup>573</sup>. Ausserdem müsse die Mittellosigkeit voraussichtlich länger andauern, weshalb eine bloss vorübergehende Mittellosigkeit nicht ausreiche<sup>574</sup>. Ferner führte das Obergericht in quantitativer Hinsicht aus, dass in der Regel kein Zuschlag zum Grundbetrag zu machen sei<sup>575</sup>. Ferner erwog das Obergericht, dass Mittellosigkeit insbesondere vorliege bei längerer Arbeitslosigkeit oder Aussteuerung ohne Aussicht auf eine zukünftige Anstellung, bei hohen familiären Unterhaltspflichten, die noch über Jahre andauerten, bei hohen Krankheits- und Pflegekosten der kostenpflichtigen Person, die nicht von Dritten - wie etwa Versicherungen - getragen würden, oder bei anderen ausserordentlichen Aufwendungen, die in den persönlichen Verhältnissen der kostenpflichtigen Person begründet seien und für die sie nicht einzustehen habe<sup>576</sup>. Sodann stellte das Obergericht klar, dass Mittellosigkeit allein nicht genüge. Der Erlass sei vielmehr von einer Interessenabwägung abhängig: Gegenüberzustellen seien die schutzwürdigen Interessen des Pflichtigen, die durch ein Weiterbestehen der Forderung betroffen würden, und die öffentlichen Interessen an einer gleichmässigen, konsequenten, aber auch kostendeckenden Durchsetzung staatlicher Ansprüche<sup>577</sup>.

bb) Invalidenrenten gemäss IVG<sup>578</sup> und Ergänzungsleistungen des Bundes und der Kantone sind unpfändbar<sup>579</sup>. Klarzustellen ist jedoch, dass das Bestehen einer unpfändbaren Rente oder Ergänzungsleistung nicht automatisch zur Gewährung eines Kostenerlasses führt. So hat auch das Bundesgericht<sup>580</sup> betont, dass es keinen Anspruch auf Kostenerlass gebe; selbst im Fall eines dauerhaft mittellosen Betroffenen verbleibe es im Ermessen der Behörde, ob sie einem Gesuch um Erlass ganz oder teilweise Folge gebe. Dabei sei - so das Bundesgericht weiter - nicht zu verkennen, dass sich die Kostentragung als hart erweisen könne; dies sei aber eine gesetzliche Folge der Straftat. Insofern ist es dem Kostenpflichtigen durchaus zuzumuten, eine gewisse Zeit unter dem betriebsrechtlichen Existenzminimum zu leben. Ausserdem ist nicht ausgeschlossen, dass jemand nebst einer unpfändbaren Rente über Vermögen verfügt; insofern kann für die Beurteilung der Mittellosigkeit im Zusammenhang mit dem Kostenerlass die unpfändbare Leistung aus Sozialversicherungsrecht nicht das alleinige Kriterium sein. Selbstverständlich sind aber im Rahmen einer allfälligen (späteren) Zwangsvollstreckung (der nicht erlassenen Kosten) die Bestimmungen über die unpfändbaren respektive beschränkt pfändbaren Vermögenswerte im Sinn von Art. 92 f. SchKG massgeblich. Dafür, dass die über den Kostenerlass befindende Behörde nicht

---

<sup>573</sup> Erw. 3f.aa

<sup>574</sup> Erw. 3f.bb

<sup>575</sup> Erw. 3f.cc

<sup>576</sup> Erw. 3h

<sup>577</sup> Erw. 3j

<sup>578</sup> Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, SR 831.20

<sup>579</sup> Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9a SchKG; Kostkiewicz, in: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkomentar (Hrsg.: Hunkeler), 2.A., Art. 92 N. 69

<sup>580</sup> BGE vom 9. Dezember 2016, 6B\_500/2016, Erw. 3

wie das Betreibungsamt bei einer Pfändung vorzugehen hat, spricht auch der Umstand, dass für das die Kosten auferlegende Gemeinwesen selbst ein definitiver Pfändungs- oder Konkursverlustschein bedeutsam sein kann, weil die durch den Verlustschein verurkundete Forderung erst nach 20 Jahren verjährt<sup>581</sup> und nicht ausgeschlossen ist, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kostenpflichtigen wieder verbessern können<sup>582</sup>. Demgegenüber erlischt die Forderung bei einem Kostenerlass im Sinn von Art. 425 StPO unmittelbar und definitiv.

Obergericht, 2. Abteilung, 20. Februar 2020, SW.2020.5

---

<sup>581</sup> Art. 149a Abs. 1 und 265 Abs. 2 SchKG

<sup>582</sup> Zum Beispiel durch eine Erbschaft

## II. Kantonales Recht



### **32. Ansätze gemäss § 7 AnwT für die Festsetzung des Anwaltshonorars im Rechtsmittelverfahren in Zivilsachen**

Für Rechtsmittelverfahren werden ein bis zwei Drittel der Grundgebühr berechnet, wobei der Streitwert oder die Bedeutung der Sache in der betreffenden Instanz massgebend sind<sup>583</sup>. Basierend auf der früheren Fassung des AnwT, in der zwischen dem damaligen Rekursverfahren und dem Berufungsverfahren unterschieden wurde, gilt für den Regelfall eine Entschädigung von einem Drittel bis zur Hälfte der Grundgebühr für Beschwerdeverfahren sowie die Hälfte bis zwei Drittel der Grundgebühr für Berufungsverfahren. Bei Berufungsverfahren mit einfachem Schriftenwechsel (Berufungsbegründung und Berufungsantwort) gilt für den Regelfall somit eine Entschädigung von der Hälfte der Grundgebühr, für Berufungsverfahren mit doppeltem Schriftenwechsel (Berufungsbegründung, Berufungsantwort, Berufungsreplik und Berufungsduplik) beträgt die Entschädigung im Regelfall zwei Drittel der Grundgebühr.

Obergericht, 2. Abteilung, 27. Oktober 2020, ZBR.2020.3

---

<sup>583</sup> § 7 Abs. 1 AnwT (Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen, RB 176.31)

**33. Voraussetzungen für eine Parteientschädigung nach § 65 KESV (§ 76 KESV; § 80 VRG; Art. 118 Abs. 1 lit. c, 106 ZPO)**

1. a) Die Politische Gemeinde erstattete der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Gefährdungsmeldung betreffend die Beschwerdeführerin. Diese habe verschiedenen Mitarbeitern der Gemeindeverwaltung E-Mails mit teils wirrem Inhalt geschickt. Im Hintergrund stehe ein Nachbarschaftskonflikt. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eröffnete daraufhin ein Verfahren. In der Folge fand ein Gespräch in den Büroräumlichkeiten des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin statt. Das anwesende Behördenmitglied hielt in einer Aktennotiz fest, aufgrund des Subsidiaritätsgrundsatzes sei kein weiterer Handlungsbedarf gegeben. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin beantragte daraufhin eine Parteientschädigung gestützt auf § 65 KESV<sup>584</sup>. Der Rechtsschrift lag eine detaillierte Honorarnote über Fr. 4'881.30 bei.

b) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sah von der Errichtung erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen ab. Sie wies überdies den Antrag auf Ausrichtung einer Parteientschädigung ab.

c) Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde. Sie beantragte, es sei ihr eine angemessene Entschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer für das Verfahren vor der Vorinstanz zuzusprechen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid im Kostenpunkt aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

2. Strittig ist einzig die Frage, ob der Beschwerdeführerin für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten ist. Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch gestützt auf § 65 KESV. Diese Bestimmung sehe vor, dass die Behörde ausnahmsweise eine Entschädigung zusprechen könne. Aufgrund der Official- und Untersuchungsmaxime sei sie von Amtes wegen tätig geworden. Das Verfahren sei weder kompliziert noch aufwändig gewesen (es habe auch nur ein Abklärungsgespräch stattgefunden). Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, es seien besondere Umstände gegeben. Die Vorinstanz blende den Inhalt ihrer Eingabe aus. Sie verkenne weiter die Vorgeschichte der Streitsache. Eigentlich habe es sich beim vorinstanzlichen Verfahren um eine Art «Retour-Kutsche» der Politischen Gemeinde gehandelt. Die Beschwerdeführerin sei den Behördenvertretern in der Öffentlichkeit entgegengetreten - so habe sie etwa auf die mangelhafte medizinische Versorgung hingewiesen - und habe sich dadurch unbeliebt gemacht. Sie habe die Gefährdungsmeldung als Verstoß gegen Treu und Glauben empfunden. Ausserdem sei die Vorgeschichte komplex gewesen: Neben dem Thema «ärztliche Versorgung» hätten Immissionen (im Sinn des Nachbarrechts) eine Rolle gespielt. Unzutreffend seien die vorinstanzlichen Erwägungen zu den E-Mails der Beschwerdeführerin; es handle sich um wenige und luzide Nachrichten. Schliesslich verweist die Beschwerdeführerin auf die stigmatisierende Wirkung eines Erwach-

---

<sup>584</sup> Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, RB 211.24

senenschutzverfahrens, das sie mit einem Strafverfahren vergleicht. Folglich müssten analoge Entschädigungsmechanismen zur Anwendung kommen, dies auch, um «gleich lange Spiesse» zu garantieren.

3. a) Die Regelung der Parteientschädigung im Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden obliegt dem kantonalen Gesetzgeber. Der Bundesgesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, diese Frage einheitlich zu beantworten<sup>585</sup>. Im Kanton Thurgau hat das Obergericht gestützt auf die ihm vom kantonalen Gesetzgeber delegierte Rechtsetzungskompetenz<sup>586</sup> die KESV erlassen. Letztere legt die anwendbaren Verfahrensgrundsätze fest, soweit nicht (subsidiär) die Bestimmungen des ZGB, des EG ZGB und der ZPO Anwendung finden<sup>587</sup>.

b) Die KESV hält in § 65 Abs. 1 explizit Folgendes fest: «Im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde besteht kein Anspruch auf Parteikostenersatz oder Entschädigung. Die Behörde kann indessen, wenn sie von einer Massnahme absieht oder besondere Umstände vorliegen, ausnahmsweise eine angemessene Entschädigung zusprechen, wenn eine anwaltliche Vertretung besteht und diese sachlich geboten war, oder wenn in einem aufwändigen Verfahren eine betroffene Person sich selbst vertritt oder sich durch jemanden vertreten lässt, der nicht Anwältin oder Anwalt ist». Zu beantworten ist somit, ob die Beschwerdeführerin gestützt auf § 65 Abs. 1 KESV einen Anspruch auf eine Parteientschädigung im vorinstanzlichen Verfahren geltend machen kann.

c) Ein Erlass muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrundeliegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Auslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst der an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Erlass. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der «ratio legis». Dabei befolgt das Bundesgericht - und ihm folgend das Obergericht - einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen<sup>588</sup>.

d) Der Wortlaut von § 65 Abs. 1 KESV bringt zum Ausdruck, dass im Grundsatz kein Anspruch auf einen Parteikostenersatz besteht. Das ergibt sich aus Satz 1 der Bestimmung sowie dem Hinweis in Satz 2, dass «ausnahmsweise» eine Entschädigung zugesprochen werden kann. Vom Grundsatz gibt es somit Ausnahmen, die Satz 2 der Bestimmung erläutert: Die Behörde kann eine Entschädigung zusprechen, wenn sie von einer Massnahme absieht oder besondere Um-

---

<sup>585</sup> BGE 140 III 386 f.

<sup>586</sup> § 11c Abs. 2 EG ZGB

<sup>587</sup> § 29 Abs. 1 KESV

<sup>588</sup> BGE 145 III 64 f.; BGE 141 III 198 f.; BGE 140 III 214

stände vorliegen. Der Wortlaut legt mit der Konjunktion «oder» nahe, dass es sich um alternative Varianten handelt. Die Kosten der anwaltlichen Vertretung werden indes nur übernommen, wenn diese «sachlich geboten» war. Aus dem Wortlaut ergibt sich bereits, dass der erste Teil von Satz 2, der die Alternative «keine Massnahme» oder «besondere Umstände» aufstellt, im Kontext des zweiten Teils von Satz 2 (anwaltliche Vertretung «sachlich geboten») gelesen werden muss. Die Entschädigung anwaltlicher Kosten ist - anders formuliert - an gewisse Voraussetzungen geknüpft.

e) In der KESV wurde bewusst eine Parteientschädigung nur in Ausnahmefällen als notwendig und zulässig erachtet, und § 65 Abs. 1 KESV folgt nicht dem Prinzip von Obsiegen und Unterliegen. Damit lehnt sich die KESV auch an das verwaltungsrechtliche Verfahren an. Gemäss § 80 VRG<sup>589</sup> besteht in der Regel nur Anspruch auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht oder dem Regierungsrat<sup>590</sup>. Im Rekursverfahren wird ein Ersatz der ausseramtlichen Kosten nur zugesprochen, wenn sich dies bei komplizierter Sachlage oder schwierigen Rechtsfragen rechtfertigt<sup>591</sup>. In den übrigen Verwaltungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen<sup>592</sup>. Insofern steht die KESV auch im Einklang mit dem VRG, nachdem das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zumindest gewisse Ähnlichkeiten mit einem verwaltungsrechtlichen Verfahren aufweist.

f) aa) In systematischer Hinsicht ist im Weiteren von Interesse, wie die Kostenregelung für das Beschwerdeverfahren ausgestaltet ist. Nach § 76 Abs. 1 KESV richtet sich die Kostenverlegung nach den Bestimmungen der ZPO. Im Beschwerdeverfahren gilt demnach - anders als im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde - das Prinzip von Obsiegen und Unterliegen. Das ist insofern naheliegend, als sich im Beschwerdeverfahren eher sagen lässt, eine Partei unterliege oder obsiege. Nach § 76 Abs. 3 KESV kann die Beschwerdeinstanz in aufwändigen und komplizierten Verfahren statt einer blossen Umtriebsentschädigung ausnahmsweise eine angemessene Parteientschädigung zusprechen, wenn eine betroffene Person sich selber vertritt oder sich durch jemanden vertreten lässt, der nicht Anwältin oder Anwalt ist. Die Verordnung macht in dieser besonderen Konstellation die Zahlung einer weitergehenden Entschädigung davon abhängig, dass ein Verfahren aufwändig und kompliziert ist. Wenn im Beschwerdeverfahren in aufwändigen und komplizierten Fällen von den an sich geltenden Entschädigungsgrundsätzen abgewichen werden kann, so sollte dieser Massstab - systematisch betrachtet - auch für das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gelten.

bb) Nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO kann einer bedürftigen Person ein unentgeltlicher Anwalt oder eine unentgeltliche Anwältin bestellt werden. Voraussetzung ist, dass dies sach-

---

<sup>589</sup> Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, RB 170.1

<sup>590</sup> § 80 Abs. 1 VRG

<sup>591</sup> § 80 Abs. 2 VRG; eine Ausnahme davon besteht nur, wenn sich in einem Rekursverfahren Privatparteien gegenüberstehen.

<sup>592</sup> § 80 Abs. 5 VRG

lich geboten ist. Es besteht ein systematischer Zusammenhang zwischen den Voraussetzungen der unentgeltlichen Verbeiständung und § 65 Abs. 1 KESV, denn hier wie da geht es darum, die Fälle zu umschreiben, die eine (zu entschädigende) anwaltliche Begleitung erfordern. Zur Beurteilung der Notwendigkeit der unentgeltlichen Verbeiständung stellt die Rechtsprechung unter anderem darauf ab, ob ein Verfahren kompliziert ist. Nach dieser Praxis ist zunächst nicht relevant, welche Prozessmaximen das Verfahren beherrschen<sup>593</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts schliesst selbst die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes die Bestellung eines Rechtsbeistands nicht aus<sup>594</sup>. Es muss vielmehr im Einzelfall geprüft werden, ob dieser komplex ist. Als kompliziert kann ein Fall gelten, der besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten stellt. So etwa, wenn die Rechtsfragen schwierig und der Sachverhalt unübersichtlich ist<sup>595</sup>. Die Komplexität muss in Relation zu den Kenntnissen und Fähigkeiten der betroffenen Person gesetzt werden; der Massstab ist insofern subjektiviert. Zu beachten sind die Rechts- und Sprachkenntnisse, das Alter, die soziale Situation sowie die gesundheitliche Verfassung<sup>596</sup>. Sodann ist nicht im Abstrakten nach der Schwierigkeit des Falls zu fragen, sondern vielmehr für den betreffenden Sachverhalt; der Massstab ist insofern konkret<sup>597</sup>.

cc) Das Kriterium des aufwändigen Verfahrens kann mit Blick auf die Regelung des AnwT<sup>598</sup> näher umschrieben werden. Dieser sieht Zuschläge vor, wenn zusätzliche Verhandlungen oder Schriftsätze notwendig sind, bei unverhältnismässig grossem Aktenmaterial, oder wenn ausländisches Recht zur Anwendung kommt<sup>599</sup>. Ausführliche Beweisabnahmen können ein weiterer Hinweis auf ein aufwändiges Verfahren sein<sup>600</sup>. Diese Beispiele verdeutlichen, dass ein aufwändiges Verfahren stets ein «Mehr» an anwaltlichen Bemühungen voraussetzt als ein «normales» Verfahren. Bezogen auf Streitigkeiten vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zählt eine persönliche Anhörung ohne weiteres zum «normalen» Verfahren<sup>601</sup>. Erst wenn weitere Bemühungen anfallen, könnte von einem aufwändigen Prozess die Rede sein.

dd) Die Beschwerdeführerin bringt einen weiteren systematischen Aspekt ein. Sie verweist auf die ihrer Ansicht nach stigmatisierende Wirkung von Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren. Der Vergleich mit dem Strafrecht dränge sich auf. Dieser Vergleich ist jedoch nicht stichhaltig. Im Strafverfahren geht es darum, ein Verbrechen oder Vergehen aufzuklären. Das Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren hat eine ganz andere Zielsetzung. Es geht um den Schutz von verletzlichen Personen. Der Grat zwischen paternalistischer Intervention und objektiv

---

<sup>593</sup> Bühler, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 118 ZPO N. 23

<sup>594</sup> BGE 110 Ia 28 f.

<sup>595</sup> Emmel, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 118 N. 7

<sup>596</sup> Bühler, Art. 118 ZPO N. 40

<sup>597</sup> Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015, S. 178

<sup>598</sup> Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen, RB 176.31

<sup>599</sup> § 3 lit. a und lit. b AnwT

<sup>600</sup> Vgl. § 6 lit. a AnwT

<sup>601</sup> Zumal die Anhörung grundsätzlich zwingend ist (Art. 447 Abs. 1 ZGB).

berechtigtem Schutz mag manchmal schmal sein, er rechtfertigt jedoch nicht den Vergleich mit einem Strafverfahren. Im Verfahren vor Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden müssen die Betroffenen mitwirken. Im Strafverfahren steht ihnen demgegenüber das Aussageverweigerungsrecht zu. Auch gilt im Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren nicht die Unschuldsvermutung<sup>602</sup>, es gibt keine Fälle von notwendiger Verteidigung<sup>603</sup> und keine Teilnahmerechte<sup>604</sup> bei Beweiserhebungen. Diese strukturellen Unterschiede sind so gewichtig, dass das Strafverfahren und das Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren nicht vergleichbar sind. Demgegenüber rechtfertigt sich ohne weiteres ein Vergleich mit dem Verwaltungsverfahren.

g) Sinn und Zweck von § 65 Abs. 1 KESV ist es, in Ausnahmefällen die betroffene Person für angemessene Anwaltskosten, die ihr durch ein Verfahren entstanden sind, zu entschädigen. Nach der Rechtsprechung des Obergerichts besteht kein Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung, wenn die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einer Gefährdungsmeldung nachgeht. Ebensowenig sind die Verfahrenskosten in dieser Situation - mutwillige Gefährdungsmeldung vorbehalten - auf die Staatskasse zu nehmen<sup>605</sup>. Die innere Rechtfertigung findet diese Praxis in den vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen Verhaltensverpflichtungen. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde muss von Amtes wegen den Sachverhalt erforschen<sup>606</sup>. Sie klärt äussere Fakten (Geschehnisse, Zustände) sowie innere Tatsachen und Vorgänge (Eigenschaften von Personen, psychische Störungen, geistige Behinderungen sowie bestimmte Absichten oder Einstellungen) ab. Die betroffenen Personen sind zur Mitwirkung verpflichtet und haben bei der Abklärung des Sachverhalts Hand zu bieten<sup>607</sup>. Die Mitwirkungspflicht umfasst insbesondere die Pflicht zur Erteilung der erforderlichen mündlichen oder schriftlichen Auskünfte, zu Zeugenaussagen, zur Herausgabe von Urkunden und zur Duldung von ärztlichen und behördlichen Untersuchungen sowie von Augenscheinen<sup>608</sup>.

h) Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass gemäss dem Wortlaut von § 65 Abs. 1 KESV eine Parteientschädigung nur in Ausnahmefällen geschuldet ist, namentlich wenn die Behörde von einer Massnahme absieht oder besondere Umstände vorliegen. Das systematische und das teleologische Auslegungselement verdeutlichen im Weiteren, dass nur in aufwändigen und komplizierten Verfahren eine Entschädigung zugesprochen werden soll. Dabei ist jeweils anhand eines individuell-konkreten Massstabs zu prüfen, ob ein Verfahren aufwändig und kompliziert ist. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang die Pflicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, sowie die Mitwirkungspflichten der Betroffenen. Daraus ist zu folgern, dass nicht jedes erfolglos eröffnete Verfahren zu

---

<sup>602</sup> Art. 10 Abs. 1 StPO

<sup>603</sup> Art. 130 StPO

<sup>604</sup> Art. 147 StPO

<sup>605</sup> RBOG 2014 Nr. 27

<sup>606</sup> Art. 446 Abs. 1 ZGB

<sup>607</sup> Art. 448 Abs. 1 ZGB

<sup>608</sup> RBOG 2014 Nr. 27 Erw. 2c

Kostenfolgen zulasten des Staates führen kann. Der Verordnungsgeber wollte gerade nicht die Regelung von Art. 106 ZPO übernehmen, sondern lehnt sich an das verwaltungsrechtliche Verfahren an. Erst auf Stufe Beschwerdeverfahren kommt die ZPO sinngemäss zur Anwendung (§ 76 Abs. 1 KESV).

4. a) Das vorinstanzliche Verfahren wurde durch eine Gefährdungsmeldung der Politischen Gemeinde angestossen. Die Vorinstanz musste daraufhin tätig werden und den Sachverhalt abklären. Die Beschwerdeführerin traf dabei eine Mitwirkungspflicht. Es fand eine (erste) Anhörung statt. Das anwesende Behördenmitglied hielt fest, es bestehe aus Sicht der Behörde kein Handlungsbedarf. Im weiteren Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens ging es ausschliesslich um die Entschädigungsfrage. Das Ergebnis des Verfahrens stand also nach knapp drei Monaten fest. Entscheidend ist dabei, dass die Vorinstanz nicht von sich aus eine Massnahme ins Auge fasste, die sie später fallen lassen musste. Sie ging vielmehr einer Gefährdungsmeldung nach, die sich dann im Ergebnis aber als nicht stichhaltig erwies.

b) Die Beschwerdeführerin hat Jahrgang 1941. In der Beschwerdeschrift wird sie als «kultivierte Dame» bezeichnet, die ihren eigenen Haushalt führt, am kulturellen Leben teilnimmt, sich politisch engagiert und sozial sowie karitativ tätig ist. In der Beschwerde wird weiter ausgeführt, anlässlich der Anhörung habe die Beschwerdeführerin mindestens eine halbe Stunde ihre Lebenssituation, die berufliche Laufbahn und ihre Aufgabe im Wahlkampfstab des damaligen Regierungsratskandidaten geschildert. Sie habe die Vorinstanz auch mit einer selbst erstellten Tabelle dokumentiert. Es entsteht der Eindruck, dass die Beschwerdeführerin trotz ihres Alters am öffentlichen Leben teilnimmt, sich gut zurechtfindet und sich insbesondere dort einsetzt, wo sie Handlungsbedarf erkennt. Die E-Mail-Nachrichten, welche am Anfang dieses Verfahrens stehen, thematisieren denn auch eine aus Sicht der Beschwerdeführerin unhaltbare Situation in ihrer Nachbarschaft. Es handelt sich konkret um mehrere Nachrichten, die sie an den Gemeindepräsidenten, den Gemeindegemeinschafter und weitere Exponenten der Politischen Gemeinde verschickte. In Anwendung des gebotenen individuell-konkreten Massstabs kann weder gesagt werden, die Beschwerdeführerin sei mit dem vorinstanzlichen Verfahren überfordert gewesen, noch präsentierte sich der Sachverhalt als unübersichtlich. Es stellten sich auch keine schwierigen Rechtsfragen.

c) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Gefährdungsmeldung sei eine reine Schikane des Gemeindepräsidenten gewesen. Die Vorinstanz habe die komplexe Vorgeschichte verkannt und keine Gesamtbetrachtung vorgenommen. Mit diesen Ausführungen übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz von Gesetzes wegen auf die Gefährdungsmeldung eingehen musste. Allein aufgrund der Akten, die verfügbar waren, konnte die Vorinstanz den Fall nicht einfach abschliessen. Zumindest ein Gespräch mit der Beschwerdeführerin war erforderlich. Insofern können der Vorinstanz auch keine groben Verfahrensfehler vorgeworfen werden<sup>609</sup>. Dass sich die Be-

---

<sup>609</sup> Vgl. dazu für das verwaltungsrechtliche Rekursverfahren TVR 2000 Nr. 14

schwerdeführerin durch das Verfahren persönlich betroffen fühlt, ist nachvollziehbar, jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant. Das Verfahren konnte rasch und ohne Massnahmen beendet werden. Die Vorgeschichte spielt diesbezüglich keine Rolle. Die Vorinstanz hatte sich nicht mit der Frage zu befassen, ob die Politische Gemeinde der Beschwerdeführerin Unrecht antat. Vielmehr ging es einzig um die Frage, ob Unterstützungsbedarf besteht oder nicht. Die anscheinend belastende Situation in der Nachbarschaft - die Beschwerdeführerin spricht von Mobbing - liegt zudem ebenso wie die von ihr geltend gemachte Immissionsproblematik ausserhalb des Verantwortungsbereichs der Vorinstanz. Aus diesen verfahrensfremden Umständen kann deshalb nicht abgeleitet werden, das vorinstanzliche Verfahren sei aufwändig und komplex gewesen. Die Beschwerdeführerin zog ihren Rechtsanwalt denn auch nicht erst für das Verfahren vor der Vorinstanz bei<sup>610</sup>, sondern war bereits in der nachbarschaftsrechtlichen Streitigkeit durch ihn vertreten.

d) Zusammenfassend sind die Voraussetzungen von § 65 Abs. 1 KESV für die ausnahmsweise Zusprechung einer angemessenen Entschädigung somit nicht erfüllt. Die Vorinstanz sah folglich zu Recht von einer Parteientschädigung ab. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Obergericht, 1. Abteilung, 26. März 2020, KES.2020.9

---

<sup>610</sup> Weil sie sich überfordert gefühlt hätte.