

Entscheide

des Obergerichts

und

des Obergerichtspräsidiums

Inhalt

I.	BUNDESRECHT.....	5
1.	Festlegung der zumutbaren Arbeitstätigkeit bei Kinderbetreuung ohne Obhut; keine Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids bei einer geringfügigen Abweichung beim Bedarf im Rahmen der Unterhaltsberechnung (Art. 133 Abs. 1 Ziff. 4, 285 ZGB).....	5
2.	Verzicht auf Regelung des Besuchsrechts durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und Übertragung dieser Kompetenz an den Beistand (Art. 308 Abs. 2, 273 Abs. 1 und 3 ZGB)	7
3.	Eine psychische Störung, namentlich eine dementielle Erkrankung, der zu verbeiständenden Person schliesst die Ernennung eines Privatbeistands nicht aus (Art. 390 Abs. 1 ZGB).....	10
4.	Ungerechtfertigte Bereicherung bei der Genossenschaft.....	12
5.	Auferlegung von Kosten im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht ohne Anhörung der betroffenen Partei (Art. 92 OR; Art. 106, 107 Abs. 1 lit. f ZPO).....	19
6.	Schwere Verfahrensmängel beim Ausschluss eines Genossenschafters (Art. 846 OR).....	22
7.	Ein Verweis auf 27 Rechnungen erfüllt die Anforderungen an eine genügende Substantiierung des Sachverhalts nicht (Art. 55 Abs. 1, 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO).....	33
8.	Gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO).....	39
9.	Entschädigungspflicht bei verspäteter Abweisung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverbeiständung (Art. 117 ZPO).....	43
10.	Über eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung ist mündlich zu verhandeln; Praxisänderung gegenüber RBOG 2001 Nr. 22 (Art. 256 Abs. 1 ZPO; Art. 190 Abs. 2 SchKG).....	47
11.	Keine vorsorglichen Massnahmen nach ZPO bei einem verkappten Arrest (Art. 269 lit. a, 261, 262 ZPO; Art. 271 ff. SchKG)	50
12.	Im Verfahren betreffend Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist vor der unteren Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen ist Art. 97 ZPO sinngemäss anwendbar (Art. 33 Abs. 4 SchKG).....	56
13.	Die Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs betreffend Rechtsvorschlagsfrist durch die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen stellt keine Betreibungshandlung dar, weshalb die Sperrfristen nach Art. 56 ff. SchKG nicht zu berücksichtigen sind (Art. 31, 63 SchKG; Art. 145 Abs. 4 ZPO).....	60
14.	Kein Strafantragserfordernis beim gewerbsmässigen Betrug zum Nachteil eines Angehörigen (Art. 30, 146 Abs. 2, 146 Abs. 3 StGB).....	64
15.	Unzulässigkeit der Anordnung eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 StGB erst im Berufungsverfahren; Tragweite des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO)	68
16.	Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft für Schutzmassnahmen nach Jugendstrafrecht über die Volljährigkeit hinaus; Voraussetzungen zur Aufhebung einer jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahme; Zusammentreffen von Sanktionen des Jugend- und Erwachsenenstrafrechts (Art. 19 JStG; Art. 9 V-StGB-MStG analog).....	73

17.	Zeitpunkt, ab dem Amtshandlungen aufzuheben sind, an denen die zum Ausstand verpflichtete Person mitwirkte (Art. 60, 311 f. StPO).....	81
18.	Anforderungen an die Aktenführung bei Telefon- und Audioüberwachungen; Verwertbarkeit der Abhörergebnisse bei nicht korrekt erfolgter Aktenführung (Art. 100 ff., 276 Abs. 1 StPO; Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 3 EMRK).....	88
19.	Grundsätze zur Aktenführung und Akteneinsicht (Art. 100 ff., 76 ff. StPO)	92
20.	Die beschuldigte Person muss neben ihrem allgemeinen Aussageverweigerungsrecht auf spezifische Zeugnisverweigerungsrechte (hier mit Bezug auf ihren Ehemann) hingewiesen werden (Art. 113 Abs. 1, 180 f., 158 Abs. 1, 168 Abs. 1 lit. a StPO).	101
21.	Der Pikettanwalt wird im Fall einer notwendigen Verteidigung nicht ohne Gesuch zum amtlichen Verteidiger (Art. 129 Abs. 1, 130 lit. b, 132 Abs. 1, 159 Abs. 1 StPO).....	107
22.	Bestellung einer amtlichen Verteidigung bei notwendiger Verteidigung; Präzisierung von RBOG 2013 Nr. 26 (Art. 130 i.V.m. 132 Abs. 1, Art. 131 Abs. 3 StPO).....	112
23.	Amtliche Verteidigung beim Vorwurf der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung; Berücksichtigung besonderer Gesichtspunkte im Einzelfall (Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO; Art. 261 ^{bis} StGB)	116
24.	Folgen der Verlegung der Gewährung des rechtlichen Gehörs auf den Zeitpunkt nach der Erteilung des Gutachtensauftrags (Art. 184 Abs. 3 StPO)	121
25.	Detaillierungsgrad der Angaben im Durchsuchungsbefehl zur Verhinderung einer "fishing expedition"; Informationspflicht der Untersuchungsbehörden betreffend Siegelung im Rahmen der vorläufigen Sicherstellung (Art. 241 ff., Art. 248 StPO).....	124
26.	Rechtzeitigkeit des Siegelungsantrags (Art. 246 ff. StPO).....	128
27.	Beschwerdelegitimation der Privatklägerschaft bei Amtsmissbrauch (Art. 382 Abs. 1 StPO; Art. 312 StGB)	134
28.	Anforderungen an die Beschwerdebegründung (Art. 385 Abs. 1, 396 Abs. 1 StPO)	138
29.	Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Anfechtung des Beschlusses betreffend Rückweisung der Anklageschrift (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO; Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG analog).....	139
30.	Kosten- und Entschädigungsfolgen des unterliegenden Privatklägers; Änderung der Rechtsprechung von RBOG 2018 Nr. 20 (Art. 429 Abs. 1, 432 Abs. 2, 436 Abs. 1 StPO).....	141
31.	Verwirkung von Ansprüchen gestützt auf das Opferhilfegesetz (Art. 25 Abs. 1, 48 OHG; Art. 16 aOHG)	143
32.	Anforderungen an die Sorgfalt bei dringlichen Dienstfahrten; Vertrauensgrundsatz bei einem Überholmanöver an einer Verzweigung (Art. 32 Abs. 1, 100 Ziff. 4, 35, 90 Abs. 1 SVG).....	151
33.	Geschwindigkeitsüberschreitung auf einem Autobahnabschnitt mit einer permanent signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h; Ausnahmefall zur Schwellenwertpraxis des Bundesgerichts (Art. 90 Abs. 1 und 2, 32 Abs. 2 SVG)	157

34.	Filmen einer "Raserfahrt" als Gehilfenschaft zu einer qualifiziert groben Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG; Art. 25 StGB).....	164
II.	Internationales Recht.....	167
35.	Übertragung einer Kinderschutzmassnahme ins Ausland (Art. 5, 14, 15 Abs. 3, 23 Abs. 1, 24, 32 lit. b HKsÜ; Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB).....	167
III.	Kantonales Recht.....	172
36.	Urteilt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Beschwerdeinstanz, richten sich die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach § 76 KESV und nicht nach § 65 KESV; eine Parteienschädigung ist der vertretenen Partei und nicht dem Rechtsvertreter auszubezahlen (Art. 106 ZPO).....	172
37.	Keine Anwendbarkeit der subsidiären Aufsichtsbeschwerde gemäss § 16 ZSRV gegen den Willensvollstrecker; Rechtsmittel gegen Beschwerdeabweisung (§ 33 ZSRV; Art. 518 Abs. 1, 595 Abs. 3 ZGB)	174

I. BUNDESRECHT

1. Festlegung der zumutbaren Arbeitstätigkeit bei Kinderbetreuung ohne Obhut; keine Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids bei einer geringfügigen Abweichung beim Bedarf im Rahmen der Unterhaltsberechnung (Art. 133 Abs. 1 Ziff. 4, 285 ZGB)

1. a) Die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte haben eine gemeinsame Tochter. Die verheirateten Eltern leben getrennt. Die Tochter steht unter der alleinigen Obhut des Berufungsbeklagten. In Abänderung der bestehenden Besuchsregelung räumte das Bezirksgericht der Berufungsklägerin ab 1. August 2020 das Recht ein, die Tochter an einem Nachmittag pro Woche (statt wie zuvor an zwei Nachmittagen) sowie an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend zu oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Das Bezirksgericht verpflichtete die Berufungsklägerin ab 1. Juli 2019 weiter zu monatlichen Unterhaltszahlungen für die Tochter von Fr. 565.00. Zugleich passte das Bezirksgericht die Unterhaltsverpflichtung des Berufungsbeklagten an.

b) Die Berufungsklägerin erhob dagegen Berufung und beantragte unter anderem, der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, ihr angemessene Unterhaltsbeiträge und angemessenen Kindesunterhalt zu bezahlen.

2. a) Was das Pensum anbelangt, machte die Berufungsklägerin geltend, es sei ihr ab November 2019 aufgrund der Kinderbetreuung lediglich ein Pensum von 50% zumutbar. Indes verkennt die Berufungsklägerin die Bedeutung des von ihr zitierten Bundesgerichtsentscheids¹, wonach dem obhutsberechtigten Elternteil ab der Einschulung des jüngsten Kindes grundsätzlich ein Pensum von 50% zuzumuten ist. Soweit die Berufungsklägerin diese Rechtsprechung zu ihren Gunsten dahingehend auslegen will, dass ihr als nicht obhutsberechtigter Elternteil, der durch die Betreuung des Kindes in zeitlicher Hinsicht gerade nicht wesentlich in der Erwerbsfähigkeit eingeschränkt wird, ebenfalls bloss ein Arbeitspensum von 50% zumutbar sei, ist dies nicht haltbar. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, ist die Berufungsklägerin lediglich im tatsächlichen Umfang, in dem sie die Tochter unter der Woche betreut, an einer Arbeitstätigkeit verhindert, nämlich an zwei Nachmittagen und damit 20% bis 31. Juli 2020 und ab 1. August 2020 an einem Nachmittag beziehungsweise 10%. Nachdem die Vorinstanz die Arbeitspensen der Berufungsklägerin zu Recht auf 80% und später 90% festlegte, ist der Antrag der Berufungsklägerin auf eine Reduktion der Berufsauslagen und Steuerkosten aufgrund des von ihr behaupteten tieferen massgeblichen Pensums von 50% gegenstandslos. Der von der Vorinstanz errechnete Bedarf und das angerechnete hypothetische Einkommen sind nicht zu beanstanden.

¹ BGE vom 21. September 2018, 5A_384/2018

b) Weiter reichte die Berufungsklägerin eine aktuelle Police ihrer Krankenkasse ein, aus der sich eine Prämie ab 1. Januar 2021 von Fr. 366.70 ergibt. Die Vorinstanz berücksichtigte in ihrem Bedarf ab August 2020 einen Betrag von Fr. 355.50 für die Krankenkasse. Im Grundsatz steht einer Berücksichtigung der aktuellen Krankenkassenprämie nichts im Weg. Da sich die Unterhaltsberechnung der Vorinstanz in sämtlichen übrigen Punkten indes als korrekt erweist, ergäbe sich aufgrund der aktuellen Prämie lediglich ein um rund Fr. 10.00 höherer Bedarf der Berufungsklägerin. Weil die Vorinstanz bei der Berufungsklägerin einen Überschuss ab August 2020 von Fr. 1'105.00 errechnete, hätte ein um Fr. 10.00 höherer Bedarf praktisch keinen Einfluss auf den von ihr geschuldeten Kindesunterhalt von Fr. 565.00. Im Übrigen würde bei einer derart marginalen Abweichung eine Korrektur des vorinstanzlichen Entscheids eine Genauigkeit vortäuschen, die im Rahmen der Unterhaltsberechnung, die weitgehend mit Pauschalisierungen und Vereinfachungen arbeitet, tatsächlich nicht besteht. Es wäre daher ohnehin nicht gerechtfertigt, wegen dieser geringfügigen Abweichung den vorinstanzlichen Entscheid zu korrigieren.

Obergericht, 1. Abteilung, 24. Februar / 3. März 2021, ZBS.2020.11

2. Verzicht auf Regelung des Besuchsrechts durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und Übertragung dieser Kompetenz an den Beistand (Art. 308 Abs. 2, 273 Abs. 1 und 3 ZGB)

1. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde entzog den Beschwerdeführern das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihre beiden Kinder und platzierte diese fremd. Sie sah davon ab, ein Besuchsrecht zu regeln und passte den Aufgabenbereich der Beistandsperson an. Dagegen erhoben die Beschwerdeführer Beschwerde beim Obergericht.

2. a) Die Vorinstanz sah davon ab, das Besuchsrecht zwischen den Eltern und den Kindern zu regeln. Sie beauftragte die Beistandsperson, "sofern erforderlich der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einen Antrag auf Regelung des persönlichen Verkehrs mit konkreten Vorschlägen einzureichen".

b) aa) Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Obhut oder Sorge nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen ist von elementarer Bedeutung und kann eine entscheidende Rolle in seiner Persönlichkeitsfindung spielen. Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen². Würde die Wahrnehmung des Besuchsrechts das Kindeswohl gefährden, kann es verweigert oder entzogen werden. Erforderlich sind konkrete Hinweise für eine Kindeswohlgefährdung³. Von besonderer Bedeutung bei der Festlegung des Besuchsrechts sind insbesondere das Alter des Kindes, die körperliche und geistige Gesundheit des Kindes und des Berechtigten, die Persönlichkeit und Bedürfnisse der Beteiligten, die Beziehung des Kindes zum Berechtigten, die Beziehung der Eltern untereinander, die zeitliche Verfügbarkeit aller Beteiligten, die Entfernung und Erreichbarkeit der Wohnorte, die Wohnverhältnisse beim besuchsberechtigten Elternteil sowie die berechtigten Wünsche und Meinungen des urteilsfähigen Kindes⁴. Für die Berücksichtigung des Willens des Kindes sind dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung, welche ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen ist, das Aussageverhalten und die Konstanz des geäusserten Willens zentral⁵. Häufigkeit und Dauer der Besuche sind im Übrigen dem Einzelfall anzupassen⁶.

bb) Der angefochtene Entscheid verzichtet darauf, das Besuchsrecht zu regeln. Zumindest vorläufig entspricht es dem Kindeswohl, Besuchskontakte zwischen den Beschwerdeführern und den Kindern zu sistieren. Vor der Fremdplatzierung eskalierte die Situation im elterlichen

² BGE 130 III 587 f.; BGE vom 19. Januar 2005, 5C.199/2004, Erw. 2 (nicht publiziert in BGE 131 III 209)

³ BGE 122 III 407 f.

⁴ Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, 6.A., Art. 273 ZGB N. 10

⁵ BGE vom 12. August 2015, 5A_367/2015, Erw. 5.1.3

⁶ Im Einzelnen RBOG 2017 Nr. 2 mit ausführlichen Hinweisen

Haushalt. Um den Kindern den Start ins neue Umfeld zu erleichtern, scheint es sinnvoll, die persönlichen Kontakte zu den Eltern auszusetzen. Fraglich ist jedoch, wann Kontakte wieder stattfinden sollen. Gründe für eine dauerhafte Sistierung werden im angefochtenen Entscheid keine genannt und sind auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz überantwortete es dem Beistand, ein zukünftiges Besuchsrecht an die Behörde heranzutragen.

c) aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es unzulässig, kein Besuchsrecht anzuordnen und einer Beistandsperson die Aufgabe zu übertragen, "alle Vorkehren im Hinblick auf die Wiederannäherung" zu treffen⁷. In der Literatur wird diese Rechtsprechung dahingehend relativiert, es könne Konstellationen geben, in denen es sinnvoll sei, den Entscheid über "Ob" und "Wie" der elterlichen Sorge einem Beistand zu überantworten⁸. Unter Umständen könne gerade der ernsthafte Konflikt die nötige Voraussetzung für die Errichtung einer Beistandschaft darstellen. Art. 308 ZGB sehe ein flexibles System vor; und das Gesetz erwähne in Art. 308 Abs. 2 ZGB ausdrücklich die Beistandschaft zur Wahrung "anderer Rechte". Deshalb sei eine Beistandschaft mit dem Ziel, das Besuchsrecht anzubahnen und allenfalls "Entkrampfungsaktivitäten" zu entfalten, zulässig⁹.

bb) Das Besuchsrecht ist keine Komponente der elterlichen Sorge, sondern steht den Eltern (wie dem Kind) aufgrund ihrer Persönlichkeit zu. Deshalb haben die Eltern (wie auch das Kind) einen Rechtsanspruch auf verbindliche Festsetzung eines Besuchsrechts. Gerade in Bezug auf den persönlichen Verkehr sind - in strittigen Verhältnissen - verbindliche Behördenvorgaben wesentlich, um einen strukturierten Rahmen für die effektive Wahrnehmung dieses Pflichtrechts zu schaffen. Wird eine Beistandsperson damit beauftragt, das "Ob" und "Wie" eines Besuchsrechts festzulegen oder dessen Voraussetzungen erst zu schaffen, fehlt der strukturgebende Rahmen eines (anfechtbaren) behördlichen Entscheids. Es droht auf der einen Seite ein Entscheidungsvakuum. Auf der anderen Seite kann eine Beistandsperson weitaus flexibler auf Sachverhaltsänderungen reagieren als eine entscheidende Behörde. Die Delegation von Kompetenzen im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht entspricht nicht nur einem praktischen Bedürfnis, sie kann der zeitnahen Verwirklichung der gegenseitigen Ansprüche von Eltern und Kind dienen.

cc) Die in der Literatur geäußerten Vorbehalte zu BGE 126 III 219 sind vor diesem Hintergrund berechtigt. Das Gesetz sieht in Art. 308 Abs. 2 ZGB ausdrücklich vor, dass eine Beistandsperson allgemein zur Wahrung von "anderen Rechten" eingesetzt werden kann. Eine teleologische Interpretation dieser Bestimmung muss dem vorerwähnten Spannungsfeld von effektiver Umsetzung des Besuchsrechts und drohendem Entscheidungsvakuum Rechnung tragen. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob es sinnvoll ist, eine Beistandsperson mit der Vorbereitung und/oder dem

⁷ BGE 126 III 219

⁸ Affolter-Fringeli/Vogel, Berner Kommentar, Bern 2016, Art. 308 ZGB N. 94; vgl. Eitel, Kein Raum für eine Beistandschaftserrichtung nach Art. 308 ZGB bei gleichzeitiger Besuchsrechtsverweigerung nach Art. 274 Abs. 2 ZGB?, in: Jusletter 11. Dezember 2000, N. 17

⁹ Biderbost, Wenn zwei sich streiten, leidet der Dritte, in: Jusletter 1. November 2004, N. 18

Ausbau von Besuchskontakten zu mandatieren. Von vornherein sinnlos wäre die Massnahme, wenn Besuchskontakte aktuell und zukünftig kategorisch auszuschliessen wären¹⁰. Geht es hingegen darum, einen bestimmten Zustand einstweilen zu belassen, und besteht prognostisch die Möglichkeit einer Verbesserung, kann die Beistandsperson für die zukünftige Anpassung eingesetzt werden. Eine solche Kindesschutzmassnahme erweist sich als verhältnismässig, weil die Alternative darin bestünde, gestützt auf den aktuellen Wissensstand das Besuchsrecht ganz zu verweigern. Durch die Mandatierung einer Beistandsperson kann die Kontaktregelung entwicklungs offen gefasst werden. Allerdings darf sich die Behörde nicht durch Einsetzung einer Beistandsperson der eigenen Entscheidungsverantwortung entziehen. Dort, wo ein Besuchsrecht konkret festgelegt werden kann, muss es die Behörde definieren. Vorliegend ist es, wie dargelegt, jedoch angebracht, das Besuchsrecht vorübergehend zu sistieren. Nach erzielter Beruhigung sprechen hingegen keine Gründe gegen Kontakte zwischen den Kindern und den Beschwerdeführern. Folglich entsteht kein Entscheidungskvakuum, und das Vorgehen der Vorinstanz mit Mandatierung des Beistands ist nicht zu beanstanden. Der Beistand hat dabei die Aufgabe, eine einvernehmliche Besuchsregelung mit den Beteiligten zu erarbeiten. Kommt keine Einigung zustande, hat hingegen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu entscheiden. Dem Beistand fehlt die Kompetenz, das Besuchsrecht autoritativ festzulegen.

Obergericht, 1. Abteilung, 24. Februar 2021, KES.2021.5

¹⁰ In diesem Sinn BGE 126 III 219

3. Eine psychische Störung, namentlich eine dementielle Erkrankung, der zu verbeiständenden Person schliesst die Ernennung eines Privatbeistands nicht aus (Art. 390 Abs. 1 ZGB).

1. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde errichtete eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung für die Beschwerdeführerin, welche unter einer dementiellen Erkrankung und phasenweise an rezidivierenden Depressionen leidet, und ernannte einen Berufsbeistand zu ihrem Beistand. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde.

2. a) In materieller Hinsicht rügte die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes. Sie werde durch ihre Tochter und deren Lebenspartner genügend unterstützt, behördliche Massnahmen seien überflüssig.

b) Die Vorinstanz setzte einen Berufsbeistand ein und verwarf eine Verbeiständung durch die Tochter mit der Begründung, diese lebe in Australien und es bestehe ausserdem die Gefahr einer Interessenkollision. Knapp drei Wochen später erwog die Vorinstanz demgegenüber, die Tochter der Beschwerdeführerin stelle eine 24-Stunden-Betreuung sicher, weshalb die fürsorgerische Unterbringung aufzuheben sei. Es besteht somit ein massgeblicher Widerspruch zwischen diesen beiden Entscheiden. Sollte die Tochter tatsächlich Gewähr für eine ausreichende Anschlusspflege bieten, ist zumindest nicht offensichtlich, weshalb sie nicht auch die Betreuung der Beschwerdeführerin in anderen Lebensbereichen übernehmen könnte. Das Institut des Privatbeistands ist denn auch von praktischer und gesellschaftlicher Bedeutung¹¹, wobei bei der Prüfung der Eignung einer nahestehenden Person in persönlicher Hinsicht auch die gesamte Familienkonstellation berücksichtigt werden muss. Die Beistandschaft solle gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinesfalls zur Folge haben, dass die familiären Beziehungen beeinträchtigt werden und die verbeiständete Person isoliert wird¹². Ebenfalls ist sicherlich richtig, dass eine Beistandschaft für Menschen mit Suchterkrankungen oder psychischen Störungen höhere Anforderungen an die Beistandsperson stellt. Dies schliesst einen Privatbeistand aber nicht per se aus, und die Eignung ist jeweils in Bezug auf die zu verfügbaren Aufgabenbereiche zu prüfen. Von zentraler Bedeutung für die Wahl der Person des Beistands sind zudem auch die Wünsche und Anliegen der betroffenen Person, ihrer Angehörigen und von nahestehenden Personen¹³. Falls gewisse Zweifel an der Eignung bestehen, kann in einer Anfangsphase zudem eine engere Begleitung verfügt werden. Vorliegend weist nichts darauf hin, dass sich die Tochter in einem internen Familienkonflikt befinden würde oder ein Interessenkonflikt bestehen könnte. Sollte die Vorinstanz bezüglich der Einsetzung der Tochter als Beistandin der Beschwerdeführerin Zweifel haben, ist es ihr jedoch unbenommen, weitere Abklärungen im familiären Umfeld vorzunehmen.

¹¹ Häfeli, in: FamKommentar Erwachsenenschutz (Hrsg.: Büchler/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 400 ZGB N. 7

¹² BGE vom 6. Februar 2018, 5A_427/2017, Erw. 3.2

¹³ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2.A., N. 2.124

4. Ungerechtfertigte Bereicherung bei der Genossenschaft

A. Ersparnisbereicherung der Genossenschaft bei Überwälzen eigener Beitragspflichten auf ihre Genossenschafter ohne statutarische Grundlage (Art. 63 Abs. 1 OR)

1. a) Der Berufungskläger ist Landwirt und Mitglied der Berufungsbeklagten, einer Genossenschaft. Letztere ist ihrerseits Mitglied der Genossenschaft C. Die Genossenschaft C gründete im März 2014 mit den grössten regionalen Milchvermarktungsorganisationen die D AG, eine Selbsthilfeorganisation mit dem Ziel, saisonale Ungleichgewichte auf dem Markt abzufedern. Anlässlich einer Delegiertenversammlung im November 2014 beschlossen die Delegierten der Genossenschaft C, einen Beitrag von maximal 0.35 Rappen pro Kilogramm vermarkteter Milch zu erheben; das "Inkasso" erfolge unter anderem durch die Mitgliederorganisationen der Genossenschaft C. So zog die Berufungsbeklagte diese Beiträge auch beim Berufungskläger - via die E AG, mit der der Berufungskläger einen Milchkaufvertrag abgeschlossen hatte - ein und leitete sie an die Genossenschaft C weiter.

b) Ein (anderer) Landwirt wehrte sich erfolgreich gegen die von der Berufungsbeklagten zugunsten der D AG erhobenen Beiträge. Am 18. Oktober 2017 schützte das Obergericht seine Beschwerde gegen den anderslautenden Entscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichts vom 9. Juni 2017 und entschied, die Statuten der Berufungsbeklagten räumten kein Recht ein, die Beiträge für die D AG bei ihren Mitgliedern einzuziehen¹⁴. Auf eine dagegen erhobene Beschwerde der Berufungsbeklagten trat das Bundesgericht nicht ein¹⁵.

c) Nachdem der Berufungskläger im September 2018 ein Betreibungsbegehren gegen die Berufungsbeklagte eingereicht hatte, klagte er am 19. März 2019 auf Rückzahlung der erhobenen Beiträge. Er begründete seine Klage damit, es stehe nunmehr rechtskräftig fest, dass die Berufungsbeklagte die Beiträge für die D AG zu Unrecht eingefordert habe. Mit Entscheid vom 26. August 2020 wurde die Klage abgewiesen. Dagegen erhob der Berufungskläger Berufung und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

2. a) aa) Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten¹⁶. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat¹⁷.

Bereits vor Vorinstanz war unbestritten, dass der Berufungskläger die Beiträge, welche er nun klageweise zurückfordert, an die Berufungsbeklagte bezahlte beziehungsweise ihm diese in der

¹⁴ Entscheid des Obergerichts vom 18. Oktober 2017, ZR.2017.36

¹⁵ BGE vom 30. April 2018, 4A_653/2017

¹⁶ Art. 62 Abs. 1 OR

¹⁷ Art. 62 Abs. 2 OR

Milchabrechnung vom Milchgeld abgezogen wurden. Ebenfalls unbestritten ist im Berufungsverfahren die Feststellung der Vorinstanz, dass der Berufungskläger die eingeklagten Beiträge ohne gültigen Grund an die Berufungsbeklagte leistete und die Berufungsbeklagte damit an sich bereichert ist. Die Vorinstanz stützte sich dabei zutreffend auf den Entscheid des Obergerichts vom 18. Oktober 2017, wonach die Statuten der Berufungsbeklagten dieser kein Recht einräumten, die Beiträge für die D AG bei ihren Mitgliedern einzuziehen, weil dazu ein entsprechender Beschluss der Mitglieder fehle¹⁸.

bb) Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat¹⁹. Ausgeschlossen ist die Rückforderung, wenn die Zahlung für eine verjährte Schuld oder in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet wurde²⁰. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Irrtum, aus dem eine Nichtschuld bezahlt wird, nicht entschuldbar sein; vielmehr berechtigt jede Art von Irrtum - Rechtsirrtum oder Tatirrtum, entschuldbarer oder unentschuldbarer Irrtum - zur Rückforderung. Das Institut der ungerechtfertigten Bereicherung bezweckt die Korrektur einer mit dem materiellen Recht in Widerspruch stehenden, eben "ungerechtfertigten" Bereicherung. Der irrtümlich erbrachten Leistung fehlt die innere Rechtfertigung, und nicht der Irrtum als solcher, sondern vielmehr die Grundlosigkeit der Leistung begründet den Rückforderungsanspruch²¹. Ein Irrtum ist insbesondere anzunehmen, wenn nach den Umständen ausgeschlossen werden kann, dass der Leistende eine Schenkung beabsichtigte, wobei bei Geschäftsbeziehungen grundsätzlich nie von einer Schenkungsabsicht auszugehen ist²².

b) aa) Im Berufungsverfahren unbestritten ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass sich beide Parteien zum Zeitpunkt der jeweiligen Beitragserhebung offensichtlich in einem Irrtum über die Schuldpflicht beziehungsweise die Pflicht zur Beitragsleistung seitens der Milchproduzenten befunden haben. So hatte namentlich der Berufungskläger beim Abschluss des Milchkaufvertrags vom 20. / 26. Mai 2009 mit der E AG noch keine Veranlassung, an der Pflicht zur Beitragsleistung zu zweifeln. Im Übrigen ist der Vorinstanz beizupflichten, dass zwischen den Parteien eine Geschäftsbeziehung bestanden habe, weshalb ausgeschlossen werden könne, dass eine Schenkung beabsichtigt gewesen sei.

bb) Strittig und im Folgenden zu prüfen ist, ob die Berufungsbeklagte sich zu Recht auf die Entreicherungsrede berief.

c) aa) Die Rückerstattung kann insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der

¹⁸ Entscheid des Obergerichts vom 18. Oktober 2017, ZR.2017.36

¹⁹ Art. 63 Abs. 1 OR

²⁰ Art. 63 Abs. 2 OR

²¹ BGE 129 III 650

²² Schulin, Basler Kommentar, 6.A., Art. 63 OR N. 4

Bereicherung entäusserte und hierbei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste²³.

bb) Damit die Rückerstattungspflicht aus Art. 64 OR beschränkt wird, muss einerseits die Bereicherung weggefallen oder vermindert sein, andererseits der Bereicherte, was den erlangten Vermögensvorteil betrifft, in gutem Glauben gewesen sein. Sind beide Voraussetzungen gegeben, steht dem Bereicherten die Einwendung der "nicht mehr vorhandenen Bereicherung" zu, das heisst, er hat nur das zurückzuerstatten, um was er im Zeitpunkt der Rückforderung noch bereichert ist²⁴.

cc) Ob die Bereicherung weggefallen oder vermindert ist, beurteilt sich aus der Differenz zwischen dem Vermögensstand zur Zeit der Rückforderung und demjenigen, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge. Diese Differenz kann sich nicht nur aus einer Vergrösserung, sondern auch aus einer Nichtverminderung des Vermögens ergeben. Im zweiten Fall liegt eine sogenannte Ersparnisbereicherung vor, die entweder auf einer Nichtverminderung der Aktiven oder einer Nichterhöhung der Passiven beruht²⁵. Verwendet der Bereicherte das rechtsgrundlos Erlangte beispielsweise für etwas, was er sonst aus eigenen Mitteln hätte bezahlen müssen, so spart er dies bei seinen Ausgaben. Die Ersparnisbereicherung hat zur Folge, dass der Einwand der Entreicherung entfällt²⁶.

dd) Gutgläubigkeit wird nach Art. 3 ZGB vermutet, solange der Bereicherte nicht wusste oder hätte wissen müssen, dass der erlangte Vermögensvorteil ohne Rechtsgrund erfolgt ist²⁷.

d) Zunächst stellt sich die Frage, ob die Bereicherung der Berufungsbeklagten im Zeitpunkt der Rückforderung weggefallen ist oder zumindest vermindert wurde.

aa) Gemäss den Statuten der Genossenschaft C können die regionalen Genossenschaftsverbände der Milchproduzenten oder ihre Nachfolge-Organisationen (Sektionen) und andere Körperschaften Mitglied bei der Genossenschaft C sein. Die Berufungsbeklagte ist als solcher regionaler Genossenschaftsverband Mitglied der Genossenschaft C. Der Berufungskläger als natürliche Person kann bei der Genossenschaft C hingegen keine Mitgliedschaft erwerben. Unbestritten ist, dass die Mitglieder der Genossenschaft C verpflichtet sind, Beiträge an jene zu leisten.

bb) Die Beitragspflicht der Berufungsbeklagten gegenüber der Genossenschaft C besteht unabhängig davon, ob und wie deren Mitglieder diese finanzieren. Es ist für die Beitragspflicht somit nicht von Bedeutung, ob die Berufungsbeklagte diese Beiträge in gleicher Höhe von ihren

²³ Art. 64 OR

²⁴ Schwander, in: OR Kommentar (Hrsg.: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser), 3.A., Art. 64 N. 5

²⁵ BGE 143 II 54; BGE 129 III 652

²⁶ Schulin, Art. 64 OR N. 5

²⁷ Schwander, Art. 64 OR N. 5

Mitgliedern, mithin unter anderem vom Berufungskläger, erhältlich machen kann. Den Berufungskläger trifft gegenüber der Genossenschaft C keine Beitragspflicht. Entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten kann sie deshalb auch nicht als Inkassostelle der Genossenschaft C fungieren.

cc) Es kann folglich nicht massgebend sein, wie die Berufungsbeklagte in ihrer Buchhaltung die vom Berufungskläger geleisteten und die von ihr an die Genossenschaft C bezahlten Beiträge behandelte. Daraus kann die Berufungsbeklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten. Relevant ist einzig, dass die Berufungsbeklagte der Genossenschaft C ihre Beiträge auch ohne die rechtsgrundlos erfolgten Beitragszahlungen des Berufungsklägers hätte leisten müssen. Ohne die Beitragszahlungen des Berufungsklägers hätte die Tilgung der Beiträge gegenüber der Genossenschaft C zu einer Verminderung der Aktiven der Berufungsbeklagten geführt. Es liegt somit eine Ersparnisbereicherung vor. Durch die rechtsgrundlos bezahlten Beiträge des Berufungsklägers verminderten sich die Aktiven der Berufungsbeklagten nicht. Mit anderen Worten verwendete sie die rechtsgrundlos erhaltenen Beiträge für etwas, das sie sonst aus eigenen Mitteln hätte bezahlen müssen. Insofern sparte sie Ausgaben. Die Bereicherung der Berufungsbeklagten ist demnach im Zeitpunkt der Rückforderung nicht weggefallen oder vermindert worden, weshalb der Einwand der Entreicherung entfällt. Mit den rechtsgrundlos eingezogenen Beiträgen ist sie deshalb im Sinn einer Ersparnisbereicherung bereichert und dementsprechend rückerstattungspflichtig. Die Berufungsbeklagte machte im Übrigen - abgesehen vom nicht massgebenden Argument der Weiterleitung der Beiträge an die Genossenschaft C - nicht geltend, dass die effektiv beim Berufungskläger eingezogenen Beiträge nicht mehr vorhanden seien. Ob die Berufungsbeklagte gutgläubig handelte, muss bei diesem Ergebnis nicht geprüft werden.

dd) Dass eine Ersparnisbereicherung vorliegt, veranschaulicht auch das Beispiel des Berufungsklägers in seiner Berufungsschrift: Hätte das Vermögen der Berufungsbeklagten am 1. Januar 2010 100 betragen und wären von der Genossenschaft C Beitragsleistungen von zehn beschlossen worden, hätte das Vermögen der Berufungsbeklagten am 31. Dezember 2010 noch 90 betragen, wenn sie ihrerseits keine Beiträge von ihren eigenen Mitgliedern erhalten hätte. Indem sie nun allerdings rechtsgrundlos bei ihren Mitgliedern Beiträge von zehn kassiert habe, habe ihr Vermögen am 31. Dezember 2010 nicht 90, sondern immer noch 100 betragen. Dieses Beispiel zeigt auf, dass die Berufungsbeklagte nur dank der rechtsgrundlos erfolgten Beitragszahlungen ihrer Mitglieder ihren Vermögenstand halten konnte, obschon sie gleichzeitig Beiträge an die Genossenschaft C zahlen musste.

ee) Anders als die Vorinstanz erwog, ist nicht entscheidend, ob die Berufungsbeklagte die Beiträge der Genossenschaft C auch bezahlt hätte, wenn sie damals gewusst hätte, dass sie die Mittel dazu nicht bei ihren Mitgliedern, unter anderem auch beim Berufungskläger, erhältlich machen könnte. Wie dargelegt, besteht die Beitragspflicht der Berufungsbeklagten gegenüber der Genossenschaft C unabhängig von allfälligen Einnahmen von ihren eigenen Mitgliedern. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass sich die Erhebung der Beiträge durch die Berufungsbeklagte erst

im Nachhinein als unrechtmässig herausstellte und die Berufungsbeklagte mit diesem Wissen allenfalls bereits früher ihre Statuten geändert hätte.

B. Relative Verjährungsfrist bei Kenntnis von Gerichtsentscheiden in zusammenhängenden Fällen (Art. 67 Abs. 1 OR)

1. Die Berufungsbeklagte erhob betreffend den Rückerstattungsanspruch des Berufungsklägers zudem die Einrede der Verjährung.

2. a) Gemäss Art. 67 Abs. 1 OR verjährt der Bereicherungsanspruch mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs. Der bis am 31. Dezember 2019 geltende Art. 67 Abs. 1 aOR sah eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr vor; unverändert war der Ablauf der absoluten Frist nach zehn Jahren. Bestimmt das neue Recht eine längere Verjährungsfrist als das bisherige Recht, so gilt nach Art. 49 Abs. 1 SchIT ZGB das neue Recht, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist. Das Inkrafttreten des neuen Rechts lässt den Beginn einer laufenden Verjährung unberührt, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt²⁸.

b) Die hier massgebenden Vorgänge haben sich alle vor dem 1. Januar 2020 ereignet. Dementsprechend kommt die altrechtliche relative Verjährungsfrist von einem Jahr zur Anwendung, was im Berufungsverfahren unbestritten ist.

3. Strittig ist demgegenüber der Beginn der relativen Verjährungsfrist.

a) Der Fristenlauf der einjährigen relativen Verjährung beginnt, sobald der Berechtigte von seinem Anspruch Kenntnis erhielt. Diese Kenntnis stellt sich ein, sobald der Gläubiger alle tatsächlichen Umstände wahrgenommen hat, welche geeignet sind, ihn mit Aussicht auf Erfolg zur Geltendmachung des Anspruchs zu veranlassen. Dabei genügt es nicht, dass der Gläubiger von seinem Anspruch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte Kenntnis haben können. Angesichts der kurzen Dauer der Verjährungsfrist darf nicht leichthin angenommen werden, dem Gläubiger habe hinsichtlich der massgebenden Tatsachen ein genügendes Wissen für die Aussicht auf Durchsetzung des Anspruchs zur Verfügung gestanden. Fristauslösende Kenntnis liegt demnach vor, wenn der Gläubiger einen solchen Grad von Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs erlangt hat, dass nach Treu und Glauben angenommen werden kann, der Gläubiger habe nunmehr weder Anlass noch Möglichkeit zu weiterer Abklärung und gleichzeitig in ausreichendem Mass Unterlagen zur Klageerhebung, sodass ihm diese vernünftigerweise zugemutet werden darf. Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Bereicherung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person

²⁸ Art. 49 Abs. 3 SchIT ZGB

des Bereicherten voraus. Massgebend sind die tatsächlichen den Anspruch betreffenden Kenntnisse. Für allfällige Zweifel hinsichtlich der Existenz des Bereicherungsanspruchs trägt der Schuldner das Risiko, denn ihm obliegt die volle Beweislast für die bereits eingetretene Verjährung. Wissenszurechnung findet nur insoweit statt, als der Wissenserwerb des Vertreters im Rahmen einer von der Vollmacht gedeckten Rechtshandlung stattfand²⁹.

b) Entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten begann die relative Verjährungsfrist nicht bereits mit dem Begleichen der entsprechenden Rechnungen. BGE 127 III 421 ff., auf den sie in diesem Zusammenhang verwies, ist nicht einschlägig. In jenem Bundesgerichtsentscheid begann die einjährige Verjährungsfrist für die Rückforderung der beglichene Rechnungen mit deren Zahlung, da die erforderlichen Informationen zum Erkennen der überhöhten Rechnungen diesen selbst entnommen werden konnten³⁰. Dem ist hier gerade nicht so: Aus den Milchabrechnungen der E AG wird nicht ersichtlich, dass die vorgenommenen Abzüge überhöht beziehungsweise mangels statutarischer Grundlage und Beschlussfassung nicht rechtmässig sind. Insofern wusste der Berufungskläger im Zeitpunkt der Zahlung der Rechnungen nicht um die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung.

c) Es kann ausserdem nicht ausschlaggebend sein, dass der Berufungskläger seine Zahlungen per Ende 2014 eingestellt haben soll. Die Zahlungseinstellung dürfte insbesondere deshalb erfolgt sein, weil die Beiträge ab dem Jahr 2015 nicht mehr über die E AG als Inkassostelle in Rechnung gestellt, sondern von der Berufungsbeklagten direkt eingezogen wurden. Zwar weigerte sich der Berufungskläger fortan offenbar, die Beiträge zu begleichen, doch kann allein deshalb nicht darauf geschlossen werden, er habe hinreichende Kenntnis über die Grundlosigkeit der vorangegangenen Zahlungen gehabt. Es gilt zu beachten, dass Kenntnis nicht leichthin anzunehmen ist. Selbst wenn sich der Berufungskläger damals also auf den Standpunkt gestellt haben sollte, dass für künftige Beiträge eine rechtliche Grundlage fehle, war die Gewissheit für ihn viel zu gering, als ihm eine Rückforderungsklage beziehungsweise eine Klage aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung oder eine andere verjährungsunterbrechende Handlung für alle Beiträge hätte zugemutet werden können.

d) Ebenso verhielt es sich auch im Zeitpunkt der ausserordentlichen Generalversammlung der Berufungsbeklagten vom 12. September 2017. Dabei ist nicht entscheidend, ob der Berufungskläger die Rechtmässigkeit der Beitragserhebung allenfalls damals schon in Zweifel zog, sondern dass er zu jenem Zeitpunkt keine Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs hatte, zumal die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung damals noch nicht feststand. Es existierte zwar der Entscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichts vom 9. Juni 2017, doch besagte dieser gerade, dass die von der Berufungsbeklagten erhobenen Beiträge für die Verwaltungskosten der Genossenschaft C sowie für die D AG und für das Marketing der Genossenschaft C sowie das F-

²⁹ Huwiler, Basler Kommentar, 6.A., Art. 67 OR N. 9

³⁰ BGE 127 III 427 f.

Marketing durch die Statuten der Berufungsbeklagten abgedeckt und grundsätzlich rechtmässig seien. Auch das spricht dagegen, dass der Berufungskläger an der ausserordentlichen Generalversammlung genügend Kenntnis der Grundlosigkeit der in Rechnung gestellten Beiträge hatte. Dies gilt umso mehr, als diese Kenntnis angesichts der kurzen Dauer der Verjährungsfrist nicht leichthin angenommen werden darf.

e) Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die den tatsächlichen Anspruch betreffenden Kenntnisse erst nach dem Entscheid des Obergerichts vom 18. Oktober 2017 genügend erkennbar wurden. Erst der Entscheid des Obergerichts hielt ausdrücklich fest, dass es an einer statutarischen Grundlage mangle und ein Beschluss der Generalversammlung der Berufungsbeklagten fehle. Der Berufungskläger hatte folglich erst nach der Kenntnisnahme des Entscheids des Obergerichts einen derartigen Grad an Gewissheit über den Bereicherungsanspruch, dass nach Treu und Glauben gesagt werden kann, er habe nunmehr weder Anlass noch Möglichkeit zu weiterer Abklärung und gleichzeitig genügend Unterlagen zur Klageerhebung, sodass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Der Entscheid des Obergerichts lieferte dem Berufungskläger ein hinreichendes Klagefundament. Nunmehr wusste er, dass die Berufungsbeklagte zumindest die Beiträge für die D AG rechtsgrundlos erhoben hatte. Gestützt darauf konnte und musste er folgern, dass es für die übrigen ordentlichen Beiträge ebenfalls einer Grundlage in den Statuten sowie eines entsprechenden Beschlusses der Generalversammlung der Berufungsbeklagten bedurft hätte und bei deren Fehlen die Bezahlung rechtsgrundlos erfolgt sein dürfte. Er hatte somit erst durch den Entscheid des Obergerichts hinreichende Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Bereicherung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten.

f) Die einjährige relative Verjährungsfrist begann somit mit der Kenntnisnahme des Entscheids des Obergerichts vom 18. Oktober 2017 durch den Berufungskläger zu laufen. Das Obergericht versandte seinen Entscheid am 9. November 2017, wobei es zu beachten gilt, dass der Berufungskläger nicht Partei des damaligen Verfahrens war. Ob er bereits mit Zustellung des obergerichtlichen Entscheids oder erst durch die Medienmitteilung vom 15. November 2017 Kenntnis vom Entscheid erhielt, kann offenbleiben, da der Berufungskläger die einjährige Frist mit Einreichung der Betreuung im September 2018 ohnehin einhielt. Dabei spielt keine Rolle, an welchem Tag er das Betreibungsbegehren einreichte. Der Zahlungsbefehl datiert vom 19. September 2018, womit er das Betreibungsbegehren spätestens an diesem Tag - und mithin rechtzeitig innert der einjährigen relativen Verjährungsfrist - eingereicht hatte.

4. Die Einhaltung der zehnjährigen absoluten Verjährungsfrist ist nicht (mehr) strittig.

Obergericht, 2. Abteilung, 30. März 2021, ZBR.2020.38

Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 18. November 2021 nicht ein; die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wies es ab, soweit es darauf eintrat (4A_397/2021).

5. Auferlegung von Kosten im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht ohne Anhörung der betroffenen Partei (Art. 92 OR; Art. 106, 107 Abs. 1 lit. f ZPO)

1. A unterzeichnete eine Vereinbarung, welche unter anderem den Verkauf aller Aktien der B AG an die Beschwerdegegnerinnen regelte. In der Folge stellten die Beschwerdegegnerinnen ein Gesuch um gerichtliche Hinterlegung des Kaufpreises für die Aktien der B AG beim Bezirksgericht. Als Gegenparteien führten sie A und D (ein Verwaltungsrat der B AG) auf. Ohne einen Schriftwechsel durchzuführen, bewilligte der Einzelrichter des Bezirksgerichts die Hinterlegung bei der Bank Z, verpflichtete A und D zur Tragung der Hinterlegungskosten und auferlegte ihnen Gerichtsgebühr sowie Parteientschädigung. Dagegen erhoben A und D Beschwerde und beantragten die Aufhebung der Kostentragungspflicht für die Hinterlegung sowie der Auferlegung der Verfahrensgebühr und Parteientschädigung.

2. a) Wenn der Gläubiger sich im Verzug befindet, so ist der Schuldner berechtigt, die geschuldete Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers zu hinterlegen und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien³¹. Den Ort der Hinterlegung bestimmt das Gericht³². Die Hinterlegung kommt nur bei Sachleistungen, nicht aber bei anderen vertraglich geschuldeten Leistungen in Frage. Insbesondere eine Geldleistung kann hinterlegt werden³³.

b) Das Verfahren der Hinterlegung nach Art. 92 OR zählt zur freiwilligen Gerichtsbarkeit³⁴. Allerdings ist der Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wie ihn die Zivilprozessordnung verwendet³⁵, nicht definiert und wird vom Gesetzgeber eher als historische denn als technische Bezeichnung verstanden³⁶. Zur freiwilligen Gerichtsbarkeit wird eine Vielzahl sehr heterogener Angelegenheiten gerechnet; in der Lehre ist dementsprechend umstritten, welche Eigenschaften die freiwillige Gerichtsbarkeit auszeichnen³⁷. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung meint freiwillige Gerichtsbarkeit die Mitwirkung staatlicher Organe, seien es Gerichte oder Verwaltungsbehörden, bei der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Privatrechtsverhältnissen³⁸. Meist tritt nur eine Partei als Gesuchstellerin auf, doch kann es auch zu Mehrparteienverfahren kommen. Das Vorliegen

³¹ Art. 92 Abs. 1 OR

³² Art. 92 Abs. 2 OR

³³ Weber, Berner Kommentar, 2.A., Art. 92 OR N. 71 und 73; Leimgruber, Basler Kommentar, 7.A., Art. 92 OR N. 1 f.; Gross, in: Obligationenrecht, Kurzkommentar (Hrsg.: Honsell), Basel 2014, Art. 92 N. 1 f.

³⁴ Weber, Art. 92 OR N. 91; Leimgruber, Art. 92 OR N. 4; Gross, Art. 92 OR N. 3; Berger, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 1 ZPO N. 35; a.M. Jent-Sørensen, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 248 N. 35; Gasser, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 1 N. 37

³⁵ Vgl. Art. 1 lit. b ZPO; Art. 248 lit. e ZPO

³⁶ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7258; Brüesch, Basler Kommentar, 3.A., Art. 19 ZPO N. 4

³⁷ Vgl. Jent-Sørensen, Art. 248 ZPO N. 22 ff.; Berger, Art. 1 ZPO N. 32 f.; Mazan, Basler Kommentar, 3.A., Art. 248 ZPO N. 11; Kaufmann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 248 N. 11 f.

³⁸ BGE 136 III 182; BGE 118 Ia 476

eines Ein- oder Mehrparteienverfahrens bildet nicht das entscheidende Abgrenzungskriterium. Zudem mündet das Einparteienverfahren zwangsläufig in ein strittiges Zweiparteienverfahren, wenn eine Partei gegen Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Einspruch erhebt³⁹.

c) Die Zivilprozessordnung weist Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in das Summarverfahren⁴⁰. Es handelt sich um ein "atypisches"⁴¹ Summarverfahren, weil das Gesetz den Untersuchungsgrundsatz vorschreibt und das Beweismass nicht beschränkt ist⁴². Zudem passt der kontradiktorische Ablauf des Summarverfahrens mit zumindest einem Schriftenwechsel⁴³ nicht auf alle Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Fehlt es an einer Gegenpartei, kann selbstredend kein Schriftenwechsel durchgeführt werden. Da die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit aber nicht zwingend Einparteienverfahren sind, muss das Gericht jeweils prüfen, ob die Interessen einer anderen Partei tangiert werden⁴⁴. Der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Erlass belastender Anordnungen⁴⁵ gilt grundsätzlich auch in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

d) Im Zusammenhang mit den Prozesskosten sieht Art. 106 ZPO als Grundsatz die Kostenverteilung zwischen den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen vor. Art. 107 ZPO enthält eine Reihe von Ausnahmetatbeständen, die dem Gericht erlauben, die Kosten nach Ermessen zu verteilen. Die in Art. 107 Abs. 1 lit. a bis f ZPO typisierten Fallgruppen erlauben dem Gericht, auf die Besonderheiten des Einzelfalls Rücksicht zu nehmen⁴⁶. Auf das "atypische" Summarverfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Regel in Art. 106 Abs. 1 ZPO nicht zugeschnitten⁴⁷. In der Lehre wird dafür plädiert, Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Auffangklausel in Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO zuzuordnen und die Kosten fallspezifisch zu verlegen⁴⁸. Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht - zumindest bei Einparteienverfahren - vom Verursacherprinzip aus⁴⁹.

3. In Anwendung der dargelegten Grundsätze hätte die Vorinstanz das Hinterlegungsgesuch den Beschwerdeführern zur Stellungnahme zustellen müssen. Indem die Vorinstanz entschied, ohne die Beschwerdeführer im Verfahren zu begrüssen, verletzte sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör. Dass es sich um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, ändert daran nichts. Selbst wenn man in der Hauptsache einen Anspruch auf vorgängige Anhörung zum Hinterlegungsgesuch verneinen wollte, hätte den Beschwerdeführern zumindest zum Kostenpunkt das

³⁹ BGE 136 III 182; vgl. Jent-Sørensen, Art. 248 ZPO N. 31, wonach mit dem Übergang ins Zweiparteienverfahren ein Paradigmenwechsel stattfinden soll.

⁴⁰ Art. 248 lit. e ZPO; dies ergibt sich für Art. 92 OR aus Art. 250 lit. a Ziff. 3 ZPO.

⁴¹ Mazan, Art. 248 ZPO N. 14

⁴² Art. 255 lit. b ZPO; Mazan, Art. 248 ZPO N. 14

⁴³ Art. 253 ZPO

⁴⁴ Vgl. Jent-Sørensen, Art. 248 ZPO N. 30

⁴⁵ Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 141 I 64; BGE 140 I 102 f.; BGE 134 I 148

⁴⁶ Vgl. BGE 141 III 427; BGE 139 III 35

⁴⁷ BGE 142 III 114

⁴⁸ Vgl. Schmid/Jent-Sørensen, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 107 N. 10 mit Verweis auf Tappy, Commentaire Romand, 2.A., Art. 107 CPC N. 21 und 28 f.

⁴⁹ BGE 142 III 114; Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 3.A., Art. 106 ZPO N. 1

rechtliche Gehör gewährt werden müssen. Folge der vorinstanzlichen Gehörsverletzung ist, dass die Beschwerdeführer erstmals im Rechtsmittelverfahren geltend machen können, der Kaufpreis sei im Zeitpunkt des Hinterlegungsgesuchs bereits hinterlegt gewesen. Aufgrund der stark eingeschränkten Kognition im Beschwerdeverfahren kann dieser Sachverhalt hier nicht geprüft werden. Damit fällt eine Heilung der Gehörsverletzung ausser Betracht⁵⁰. Zudem würden die Beschwerdeführer eine Instanz verlieren, wenn sich das Obergericht erstmals mit dem in der Beschwerde vorgetragenen Sachverhalt befassen müsste. Es würde gegen den bundesrechtlich vorgeschriebenen Grundsatz des Erfordernisses eines doppelten Instanzenzugs⁵¹ verstossen, wenn der Sachverhalt erst in zweiter Instanz geprüft würde⁵². Die Beschwerde ist aus diesen Gründen zu schützen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese einen Schriftenwechsel durchführt und danach gestützt auf die dargelegten Grundsätze die Kosten der Hinterlegung sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens neu regelt.

Obergericht, 1. Abteilung, 4. November 2021, ZR.2021.39

⁵⁰ Vgl. Gehri, Basler Kommentar, 3.A., Art. 53 ZPO N. 34; Hurni, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 53 ZPO N. 83; Göksu, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 53 N. 44

⁵¹ "Double instance"

⁵² Vgl. BGE vom 28. Januar 2021, 4A_520/2020, Erw. 3

6. Schwere Verfahrensmängel beim Ausschluss eines Genossenschafters (Art. 846 OR)

1. An der Generalversammlung der Berufungsklägerin, einer Genossenschaft, vom 23. April 2018 beschlossen die Genossenschafterinnen und Genossenschaffer den vom Vorstand traktandierten Ausschluss des Berufungsbeklagten als Genossenschaffer. Das Bezirksgericht schützte die dagegen vom Berufungsbeklagten eingereichte Klage und hob den Ausschliessungsbeschluss auf. Dagegen erhob die Berufungsklägerin Berufung.

2. a) Gemäss Art. 846 OR können die Statuten die Gründe bestimmen, aus denen ein Genossenschaffer ausgeschlossen werden darf (Abs. 1). Überdies kann er jederzeit aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden (Abs. 2). Über die Ausschliessung entscheidet die Generalversammlung. Die Statuten können die Verwaltung als zuständig erklären, wobei dem Ausgeschlossenen ein Rekursrecht an die Generalversammlung zusteht⁵³. Dem Ausgeschlossenen steht innerhalb von drei Monaten die Anrufung des Richters offen (Abs. 3).

b) aa) Art. 846 Abs. 1 und 2 OR sind zwingendes Recht⁵⁴. Auch die Statuten können nicht beliebige Ausschlussgründe vorsehen. Es bedarf eines sachlichen Zusammenhangs mit der Zielsetzung der Genossenschaft und ihrer Mitglieder, indem der Ausschlussgrund eine Gefährdung des Genossenschaftszwecks verhindern will und kann⁵⁵. Dass das Genossenschaftsrecht im Gegensatz zum Vereinsrecht⁵⁶ nicht von der Ausschliessung ohne Grundangabe spricht, ist als qualifiziertes Schweigen zu betrachten. Nach unbestrittener Ansicht ist es demnach unzulässig, in den Statuten die Ausschliessung ohne Grundangabe vorzusehen⁵⁷. Dementsprechend darf der Ausschluss - selbst wenn in den Statuten vorgesehen - anders als im Vereinsrecht nicht ohne Grundangabe erfolgen⁵⁸.

bb) Ist der Ausschluss ohne Grund beziehungsweise Grundangabe unzulässig, so muss der - von Gesetzes wegen formlos gültige - Beschluss, mit dem eine Genossenschafterin oder ein Genossenschaffer ausgeschlossen wird, (zwingend) begründet werden. Nur dann kann sie oder er den Beschluss anfechten⁵⁹. Die Begründung im Ausschliessungsentscheid muss den Betroffenen in die Lage versetzen, zu konkreten Vorwürfen Stellung nehmen zu können. Dementsprechend sind etwa die Angaben "wiederholtes Hinwegsetzen über statutenkonforme Beschlüsse" sowie "unwahre und ehrverletzende Anschuldigungen" zu allgemein gehalten und genügen den Anforderungen an eine hinreichende Begründung nicht⁶⁰.

⁵³ So hier Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 der Statuten

⁵⁴ Schwartz, Basler Kommentar, 5.A., Art. 846 OR N. 7; Reymond/Trindade, in: Schweizerisches Privatrecht, VIII/5, Basel 1998, S. 95; Forstmoser, Berner Kommentar, Bern 1974, Art. 846 OR N. 15

⁵⁵ Schwartz, Art. 846 OR N. 11; vgl. Forstmoser, Art. 846 OR N. 10

⁵⁶ Art. 72 Abs. 1 ZGB

⁵⁷ Forstmoser, Art. 846 OR N. 13

⁵⁸ Schwartz, Art. 846 OR N. 5, 12 und 15; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12.A., § 19 N. 114

⁵⁹ Schwartz, Art. 846 OR N. 15

⁶⁰ Entscheid des Handelsgerichts St.Gallen vom 7. Dezember 2010, HG.2009.113, Erw. 12.1.c

c) Dem auszuschliessenden Genossenschafter muss ein Recht auf Verteidigung zugestanden werden⁶¹, respektive der Betroffene hat nach heute überwiegender Lehre Anspruch auf rechtliches Gehör. Das vom Ausschluss betroffene Mitglied hat vor jedem Gesellschaftsorgan ein Recht auf vorgängige Orientierung und Äusserung, Akteneinsicht sowie Anhörung im Sinn des persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechts⁶². Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs stellt einen Mangel dar, der die Aufhebung des Ausschliessungsbeschlusses wegen Formwidrigkeit nach sich zieht⁶³. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts steht dem auszuschliessenden Mitglied das rechtliche Gehör allerdings nicht in gleicher Weise zu wie einer Partei in einem Zivilprozess oder einem Beamten im Disziplinarverfahren vor staatlichen Instanzen, sondern es genügt, wenn das betroffene Mitglied "in diskutablen Fällen seine Einwendungen in irgendeiner Form vorbringen kann, bevor der Ausschluss endgültig angeordnet wird"⁶⁴.

d) Eine Heilung des rechtlichen Gehörs (Anhörung, Begründung) durch den nach Art. 846 Abs. 3 Satz 3 OR angerufenen Richter kommt nicht in Betracht. Das Gesetz weist die Kompetenz zum Ausschluss eines Genossenschafters grundsätzlich der Generalversammlung zu. Eine abweichende Regelung ist (statutarisch) nur insofern zulässig, als diese Befugnis der Verwaltung übertragen werden kann. Einem anderen Organ oder gar Aussenstehenden kann die Ausschliessungsbefugnis nicht zugeteilt werden, also auch nicht an eine staatliche Instanz respektive an die Richterin oder den Richter. Diese können nur bereits beschlossene Ausschliessungen bestätigen oder aufheben, nicht aber originär die Ausschliessung verfügen beziehungsweise beschliessen⁶⁵.

3. a) In Bezug auf den Sachverhalt ist unbestritten, dass am 28. Juni 2017 eine Generalversammlung der Berufungsklägerin stattfand, welche vom Berufungsbeklagten als Präsidenten der Genossenschaft geführt wurde. Am Schluss der Versammlung verkündete der Berufungsbeklagte, er habe eine wichtige Mitteilung zu machen. "Aufgrund der Bevormundung der Genossenschaftsversammlung" trete der Vorstand unisono per 30. Juni 2017 zurück. Grund dafür war, dass die Generalversammlung in Bezug auf ein bestimmtes Traktandum den Anträgen des Vorstands nicht gefolgt war.

b) aa) Mit E-Mail vom 3. Juli 2017 gelangte eine Revisorin mit einer Reihe von Anliegen respektive Fragen an den Berufungsbeklagten.

bb) Darauf antwortete der Berufungsbeklagte zunächst per E-Mail vom 4. Juli 2017 mit: "Ich werde dich zu gegebener Zeit informieren. Hilfe gibt's von mir keine!"

⁶¹ Forstmoser, Art. 846 OR N. 23

⁶² Schwartz, Art. 846 OR N. 17; Reymond/Trindade, S. 97

⁶³ Forstmoser, Art. 846 OR N. 23

⁶⁴ Forstmoser, Art. 846 OR N. 24 mit Zitat aus BGE 85 II 543, bestätigt in BGE 90 II 348; Entscheid des Handelsgerichts St.Gallen vom 7. Dezember 2010, HG.2009.113, Erw. 12.2.b

⁶⁵ Forstmoser, Art. 846 OR N. 19

cc) Mit Schreiben vom 6. Juli 2017 nahm der Berufungsbeklagte zu der E-Mail vom 3. Juli 2017 Stellung, wobei er abschliessend festhielt: "Für Unterstützung im Zusammenhang mit der Genossenschaft stehe ich nicht zur Verfügung. Ich verbiete ausdrücklich mich in diesem Zusammenhang zu kontaktieren (Telefon, E-Mail, SMS, Briefe oder gar Hausbesuche). Dieses Verbot gilt auch für künftige Organe und Gehilfen der Genossenschaft. Allfällige Besuche bei mir würden als Hausfriedensbruch gemäss Art. 186 StGB geahndet."

c) aa) Am 9. August 2017 fand auf Antrag der Revisionsstelle eine ausserordentliche Generalversammlung der Berufungsklägerin statt, an welcher die Generalversammlung einen neuen Vorstand wählte. Der neu gewählte Vorstand beschloss unmittelbar im Anschluss an die Generalversammlung, den Berufungsbeklagten aus der Genossenschaft auszuschliessen.

bb) Mit Schreiben vom 10. August 2017 informierte der neu gewählte Präsident der Genossenschaft den Berufungsbeklagten wie folgt: "Die Verwaltung der Genossenschaft hat an ihrer Sitzung vom 9. August 2017 unter Anwendung von Art. 5 und Art. 12 der Statuten der Genossenschaft beschlossen, Sie / Dich als Genossenschafter auszuschliessen. Die statutarischen Anfechtungsmöglichkeiten bleiben selbstverständlich bestehen."

cc) Der Berufungsbeklagte nahm am 1. September 2017 dazu Stellung und brachte in einem ersten Punkt vor, der Beschluss und die Mitteilung an ihn seien nichtig, weil die (neuen) Vorstandsmitglieder im Zeitpunkt der Mitteilung nicht im Handelsregister eingetragen gewesen seien. Zudem verlangte er, dass jährlich eine eingeschränkte Revision auf Kosten der Berufungsklägerin durchgeführt werde. Danach hielt er fest, dass der gesamte Vorstand per Ende Juni 2017 wegen unüberbrückbarer Differenzen zwischen Vorstand und Genossenschaf tern zurückgetreten sei, womit nunmehr für die Berufungsklägerin die Möglichkeit bestehe, ihre Ideen umzusetzen. Weiter wies er darauf hin, dass sämtliche Unterlagen in den Archivschränken der Liegenschaft der Berufungsklägerin eingeschlossen und sämtliche Schlüssel sowie eine Daten-CD in einem Schliessfach bei der Thurgauer Kantonalbank deponiert seien, wobei der Gemeindepräsident den Schliessfachschlüssel entgegengenommen und den neu gewählten Organen der Berufungsklägerin ausgehändigt habe. Ferner präzisierte der Berufungsbeklagte, dass er unfallbedingt nicht mehr für Unterstützung im Zusammenhang mit der Berufungsklägerin zur Verfügung stehe. Sodann machte er geltend, die Einladung für die ausserordentliche Generalversammlung vom 9. August 2017 sei nicht statutenkonform erfolgt, womit deren Beschlüsse anfechtbar seien. Abschliessend erklärte der Berufungsbeklagte, er erwarte eine Stellungnahme bis Ende September 2017.

dd) In ihrer Stellungnahme vom 5. September 2017 wiederholte die Berufungsklägerin, vertreten durch den Präsidenten, in einem ersten Absatz ihr Schreiben vom 10. August 2017. So dann widersprach sie dem Berufungsbeklagten betreffend Nichtigkeit, indem sie geltend machte, der Eintrag der neuen Vorstandsmitglieder im Handelsregister sei bloss deklaratorisch, die Vertretungsberechtigung gelte mit der Wahl durch die Generalversammlung. Der mitgeteilte Ausschluss sei somit rechtens und zusätzlich sei er "hiermit wiederholt". Zudem verlangte die Berufungsklägerin

vom Berufungsbeklagten Fr. 40.00 für einen verlorenen Schlüssel und Auskünfte betreffend einen Tresor.

ee) In seinem Schreiben vom 27. September 2017 nahm der Berufungsbeklagte Bezug auf das Schreiben der Berufungsklägerin vom 5. September 2017 und verlangte in Anwendung von Art. 5 der Statuten der Berufungsklägerin einen Entscheid über seinen Ausschluss an der nächsten Generalversammlung.

d) aa) Mit Schreiben vom 21. März 2018 lud die Berufungsklägerin die Genossenschafter zur ordentlichen Generalversammlung vom 23. April 2018 ein und wies ausdrücklich auf das Traktandum 4, den Beschluss über den Ausschluss des Berufungsbeklagten, hin. Zudem lag die Einladung (samt Traktanden) - entsprechend der in den Statuten vorgesehenen Form⁶⁶ - am Sitz der Genossenschaft auf.

Zusätzlich machte die Berufungsklägerin geltend, ein Verwaltungsmitglied habe den Berufungsbeklagten einige Tage vor der Generalversammlung getroffen und ihn ausdrücklich eingeladen, an der Versammlung vom 23. April 2018 zu erscheinen, sein Verhalten zu rechtfertigen und sich vor dem Entscheid zu seinem möglichen Ausschluss zu äussern. Der Berufungsbeklagte bestritt dies in der Replik; er sei von niemandem zur Generalversammlung vom 23. April 2018 eingeladen worden.

bb) An der Generalversammlung vom 23. April 2018, an welcher der Berufungsbeklagte nicht teilnahm, beschloss die Generalversammlung der Genossenschaft den vom Vorstand traktandierten Ausschluss des Berufungsbeklagten als Genossenschafter, nachdem der Vorstand die Gründe dafür erläutert hatte.

cc) Mit Schreiben vom 23. April 2018 an den Berufungsbeklagten erklärte der Präsident der Genossenschaft: "Mit Schreiben vom 1. September 2017 haben Sie / hast Du verlangt, dass die Generalversammlung über den Ausschluss als Genossenschafter befindet. Wir haben diesen Ausschluss an der gestrigen Generalversammlung traktandiert. Die gestrige Generalversammlung hat den Ausschlussbeschluss der Verwaltung klar bestätigt. Die statutarischen Anfechtungsmöglichkeiten bleiben selbstverständlich bestehen."

dd) Als Reaktion darauf erhob der Berufungsbeklagte Klage gegen die Berufungsklägerin und focht den Ausschluss an.

4. Die Vorinstanz schützte die Klage, weil das Ausschlussverfahren nicht korrekt durchgeführt worden sei. Zum einen sei der Berufungsbeklagte vor seinem Ausschluss nicht angehört worden, sodass er sich zum drohenden Ausschluss nicht habe äussern können. Dabei komme eine Heilung

⁶⁶ Vgl. Art. 882 Abs. 1 OR

der Gehörsverletzung vor Gericht nicht in Frage, da nur die Berufungsklägerin nach erfolgter Gehörsverletzung darüber entscheiden dürfe, ob der Ausschluss nach wie vor gerechtfertigt sei, oder eventuell eine Ermahnung genüge oder gar ganz auf eine Massnahme zu verzichten sei. Zum anderen fehle eine ausreichende Begründung des Ausschlussentscheids. Beide (formellen) Mängel gälten nicht nur für den (hier angefochtenen) Ausschluss des Berufungsbeklagten durch die Generalversammlung am 23. April 2018, sondern bereits auch für den diesem (definitiven) Ausschluss vorausgehenden Beschluss des Vorstands der Berufungsklägerin vom 9. August 2017. Zusammenfassend habe die Verwaltung der Berufungsklägerin erstens dem Berufungsbeklagten vor Ausfällung ihres Ausschlussentscheids vom 9. August 2017 das rechtliche Gehör nicht gewährt. Zweitens habe sie den genannten Ausschlussentscheid nicht hinreichend begründet. Drittens habe die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten nicht die Möglichkeit eingeräumt, vor der Beschlussfassung der Generalversammlung seine Position zu erklären, und schliesslich habe die Berufungsklägerin ihren Ausschlussentscheid vom 23. April 2018 ebenfalls nicht in rechtsgenügsamer Weise begründet.

5. a) Gegen die angebliche Gehörsverletzung bringt die Berufungsklägerin zunächst vor, wenn der Berufungsbeklagte mit Schreiben vom 6. Juli 2017 habe verlauten lassen, "im Zusammenhang mit der Genossenschaft" flächendeckend und absolut nicht (mehr) kontaktiert werden zu wollen, könne er sich nachher nicht über angeblich verletztes Gehör beklagen. Damit habe er vielmehr selber auf sein Anhörungsrecht verzichtet.

b) Der Ansicht der Berufungsklägerin ist nicht zu folgen. Aus dem Schreiben des Berufungsbeklagten vom 6. Juli 2017 geht hervor, dass er lediglich in Bezug auf seine frühere Tätigkeit als Präsident der Genossenschaft für die "Unterstützung im Zusammenhang mit der Berufungsklägerin" nicht zur Verfügung stehen wollte und dafür ein Kontaktverbot aussprach. Folglich ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass weder vom Wortlaut noch vom Kontext beziehungsweise Gesamtzusammenhang her gefolgert werden kann, der Berufungsbeklagte habe hinsichtlich eines allfälligen, künftigen Ausschlussverfahrens gegen ihn auf seinen Gehörsanspruch verzichtet.

6. a) Weiter macht die Berufungsklägerin geltend, auf den 9. August 2017 hätten die Revisorinnen der Berufungsklägerin eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen, um zu orientieren und neue Organe zu bestellen. Auch der Berufungsbeklagte sei dazu eingeladen worden, wobei er später diese Einladung kritisiert habe, sodass er sie auch erhalten haben müsste. An dieser Versammlung sei das Gebaren des Berufungsbeklagten zwangsläufig ein Thema gewesen. Der Berufungsbeklagte hätte daran teilnehmen können, er hätte sich das anhören und er hätte sich dazu äussern können.

b) Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass weder in der Einladung vom 26. Juli 2017 zur ausserordentlichen Generalversammlung vom 9. August 2017 noch an der Versammlung selbst ein Ausschluss des Berufungsbeklagten traktandiert war, weshalb der Berufungsbeklagte

keine Veranlassung hatte, an der Versammlung zu erscheinen und sich zu diesem Thema zu äussern. An der anschliessenden Sitzung des Vorstands war der Berufungsbeklagte nicht anwesend. Er war auch nicht über den geplanten Ausschluss informiert worden und hatte sich dazu vorgängig nicht äussern können.

7. a) Zudem bringt die Berufungsklägerin vor, der Verwaltungsrat habe dem Berufungsbeklagten den Ausschluss durch diesen mitgeteilt und dabei als Begründung die Art. 5 und 12 der Statuten angeführt. Der Berufungsbeklagte habe die Statuten und sein Verhalten gekannt. Die knappe Begründung vom 9. August 2017 sei "für einen vernunftbegabten Insider" (wie den Berufungsbeklagten) vollständig und verständlich gewesen. Damit habe der Berufungsbeklagte genau gewusst, worum es gegangen sei. In Frage gekommen sei nur der Ausschlussgrund des Verstosses gegen die Interessen der Genossenschaft oder gegen die Statuten in schwerwiegender Weise (Art. 5 Abs. 2 lit. b Statuten). Mit der Nennung von Art. 12 der Statuten habe auch der zweite Vorwurf auf der Hand gelegen: Nichtausführen von Beschlüssen der Generalversammlung, nämlich jenen vom 28. Juni 2017. Dies gelte umso mehr, als er seinen Abgang mit anschliessender Obstruktion am 1. September 2017 plötzlich mit seinem "unfallbedingten Zustand" zu entschuldigen gesucht habe. Offenkundig habe diese Begründung dem Berufungsbeklagten damals genügt. Er habe auch später nie eine ausführlichere Begründung verlangt. Erst anderthalb Jahre später habe er vor der Vorinstanz behauptet, dass die Begründung seines Ausschlusses ungenügend sei. Das sei treuwidrig.

b) Mit Schreiben vom 10. August 2017 informierte der neu gewählte Präsident der Genossenschaft den Berufungsbeklagten wie folgt: "Die Verwaltung der Genossenschaft hat an ihrer Sitzung vom 9. August 2017 unter Anwendung von Art. 5 und Art. 12 der Statuten der Genossenschaft beschlossen, Sie / Dich als Genossenschafter auszuschliessen. Die statutarischen Anfechtungsmöglichkeiten bleiben selbstverständlich bestehen." Die vom neu gewählten Präsidenten verfasste Notiz über die Sitzung des Vorstands vom 9. August 2017, worin die Gründe für den Ausschluss aufgeführt werden, stellte die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten nicht zu.

c) Die im Schreiben vom 10. August 2017 genannten Artikel der Statuten lauten wie folgt:

"Art. 5

Die Mitgliedschaft endigt

- a. durch Austritt
- b. durch Tod
- c. bei juristischen Personen durch ihre Auflösung
- d. durch Ausschluss

Der Austritt erfolgt durch schriftliche Erklärung an die Verwaltung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten auf Ende eines Monats.

Ein Mitglied kann jederzeit durch Beschluss der Verwaltung ausgeschlossen werden:

- a. wenn wesentliche Bedingungen für die Mitgliedschaft nicht mehr erfüllt sind

b. wenn das Mitglied in schwerwiegender Weise gegen die Interessen der Genossenschaft oder deren Statuten verstossen hat

c. aus anderen wichtigen Gründen.

Ausgeschlossene haben das Recht, innert 30 Tagen nach Mitteilung des Ausschlusses einen Entscheid der nächsten Generalversammlung zu beantragen. Bis zum Entscheid der Generalversammlung ruhen die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten. Gemäss Art. 846 Abs. 3 OR kann der Ausgeschlossene gegen den Ausschliessungsentscheid der Generalversammlung innert drei Monaten den Richter anrufen.

Ausscheidende Genossenschafter oder deren Erben haben keinen Anspruch auf das Vermögen der Genossenschaft."

"Art. 12

Die Verwaltung hat die Geschäfte der Genossenschaft mit aller Sorgfalt zu leiten und die genossenschaftliche Aufgabe mit besten Kräften zu fördern.

Sie ist insbesondere verpflichtet:

1. die Geschäfte der Generalversammlung vorzubereiten und deren Beschlüsse auszuführen;

2. die mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten im Hinblick auf die Beobachtung der Gesetze, der Statuten und allfälliger Reglemente zu überwachen und sich über den Geschäftsgang regelmässig unterrichten zu lassen. Die Verwaltung ist dafür verantwortlich, dass ihre Protokolle und diejenigen der Generalversammlung, die notwendigen Geschäftsbücher sowie das Genossenschafterverzeichnis regelmässig geführt werden, dass die Betriebsrechnung und die Jahresbilanz nach den gesetzlichen Vorschriften aufgestellt und der Revisionsstelle zur Prüfung unterbreitet und die vorgeschriebenen Anzeigen an das Handelsregisteramt gemacht werden."

d) In Art. 5 der Statuten sind somit verschiedene Ausschlussgründe generell-abstrakt und offen formuliert aufgeführt; Art. 12 der Statuten listet - nicht abschliessend - verschiedene Pflichten der Verwaltung beziehungsweise des Vorstands auf. Mit der Nennung dieser Statutenbestimmungen wusste der Berufungsbeklagte weder konkret noch im Detail, weshalb ihn der soeben neu gewählte Vorstand der Berufungsklägerin als (einfaches) Mitglied der Genossenschaft ausschloss. Folglich genügte der blosser Verweis auf diese zwei Statutenbestimmungen den Anforderungen an eine hinreichende Begründung nicht. Der Berufungsbeklagte wies im erstinstanzlichen Verfahren zu Recht darauf hin, dass zumindest hätte ausgeführt werden müssen, weshalb der entsprechende Artikel verletzt worden sein solle. Angesichts einer derart knappen Begründung kann sich die Berufungsklägerin auch nicht darauf stützen, der Berufungsbeklagte hätte als "Insider" verstehen müssen, weshalb er aus der Genossenschaft ausgeschlossen worden sei.

8. Auch soweit die Berufungsklägerin geltend macht, am 1. September 2017 habe sich der Berufungsbeklagte zum Ausschlussentscheid des Vorstands schriftlich geäussert und damit seinen Gehörsanspruch ausgeübt, ist ihr nicht zu folgen. Vielmehr berief sich der Berufungsbeklagte in

seinem Schreiben vom 1. September 2017 an die Berufungsklägerin zur Hauptsache darauf, der Beschluss und die Mitteilung an ihn seien nichtig, weil die (neuen) Vorstandsmitglieder im Zeitpunkt der Mitteilung nicht im Handelsregister eingetragen gewesen seien. Zu den Gründen für den Ausschluss konnte sich der Berufungsbeklagte damals noch gar nicht äussern, da ihm diese nicht bekannt waren.

9. a) Schliesslich hält die Berufungsklägerin dafür, der Berufungsbeklagte hätte sich die ausführliche Begründung an der Generalversammlung vom 23. April 2018 persönlich anhören und ansehen können. Nachdem er jedoch an der Versammlung gefehlt habe, habe er auf eine weitergehende Begründung als jene vom 9. August 2017 verzichtet. Selbst wenn formelle Mängel bestanden hätten, wären sie geheilt, weil der Berufungsbeklagte an der Generalversammlung vom 23. April 2018 eine ausführliche Begründung seines Ausschlusses erhalten und die Möglichkeit gehabt hätte, sich vor dem angefochtenen Entscheid zu seinem Ausschluss zu äussern. Der Betroffene müsse auf jeden Fall mindestens einmal körperschaftsintern die Möglichkeit haben, sich vorher dazu zu äussern, wobei die Möglichkeit zu einer schriftlichen Stellungnahme genüge. Die Körperschaft brauche keinem auszuschliessenden Mitglied "zwecks Anhörung nachzulaufen".

Die Berufungsklägerin habe alle Genossenschafter auf den 23. April 2018 zur Generalversammlung eingeladen mit dem Traktandum, über den Ausschluss des Berufungsbeklagten abzustimmen; dies einerseits schriftlich per Post an alle Genossenschafter, andererseits durch öffentlichen Aushang bei ihrer Geschäftsliegenschaft. Damit sei auch der Berufungsbeklagte statutenkonform eingeladen gewesen, und er hätte (nur) kommen und sich vor den Genossenschafte rn zu seinem Ausschluss äussern und zu seinem Gebaren erklären können. Auch hätte er nochmals beziehungsweise jederzeit schriftlich Stellung nehmen können.

Zudem habe B, Verwaltungsrat der Berufungsklägerin, den Berufungsbeklagten getroffen und ihn persönlich eingeladen, an der Generalversammlung vom 23. April 2018 teilzunehmen und sich dort vor einem Entscheid zu seinem Ausschluss zu äussern. Der angefochtene Entscheid wische das vom Tisch, ohne B - wie angeboten - als Zeugen befragt zu haben. Damit habe die Vorinstanz das Recht der Berufungsklägerin auf Beweis verletzt. Dabei sei entgegen der Vorinstanz belanglos, ob B bloss kollektiv zeichnungsberechtigt gewesen sei, und ob er nur eines von drei Verwaltungsratsmitgliedern gewesen sei. Wichtig sei, dass ein Exponent der Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten sogar noch persönlich ermuntert habe, doch an der Generalversammlung vom 23. April 2018 seine Sache zu vertreten.

Im Schreiben vom 1. September 2017 habe der Berufungsbeklagte geltend gemacht, der Ausschlussentscheid sei ungültig, weil der Verwaltungsrat damals noch nicht im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Infolgedessen würden seine Rechte als Genossenschafter nicht ruhen. Das habe die Berufungsklägerin nicht bestritten. Folglich gehe der Entscheid der Vorinstanz fehl, wenn er behauptete, der Berufungsbeklagte habe sich ohne Mitgliedschaftsrechte gefühlt und deshalb

damit rechnen müssen, an der Generalversammlung vom 23. April 2018 ohne Anhörung fortgeschickt zu werden. Im Übrigen stelle der angefochtene Entscheid das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte nach Art. 5 Abs. 4 der Statuten zu Unrecht einem Rechtsverlust gleich, und er blende aus, dass einem ausschliessungsbedrohten Mitglied der Zutritt zur Generalversammlung und das Wort an dieser niemals hätten verwehrt werden können. Die gängige Statutenregel, dass die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten während eines Ausschlussverfahrens ruhten, führe gerade nicht zu einem Verlust der Mitgliedschaftsrechte. Sicher führe sie nicht zu einem Teilnahmeverbot und zu einem Maulkorb an der Generalversammlung, die über den Ausschluss entscheide. Wenn sodann Art. 5 Abs. 5 der Statuten bestimme, dass ein Betroffener die Generalversammlung anrufen könne, habe die Berufungsklägerin zu erkennen gegeben, dass der Berufungsbeklagte dort seine Sache persönlich vertreten könne. Sowieso aber habe der Berufungsbeklagte ein unentziehbares Recht, an dieser Generalversammlung teilzunehmen, sich die Begründung der Verwaltung anzuhören und sich zu seinem Ausschluss zu äussern.

b) aa) Es trifft zu, dass der Berufungsbeklagte in seinem Schreiben vom 1. September 2017 an die Berufungsklägerin unter anderem geltend machte, seine Rechte als Genossenschafter würden nicht ruhen, da die Beschlüsse des Vorstands - mangels Eintrags im Handelsregister - nichtig seien.

bb) In ihrer Stellungnahme vom 5. September 2017 widersprach die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten betreffend Nichtigkeit, indem sie geltend machte, der Eintrag der neuen Vorstandsmitglieder im Handelsregister sei bloss deklaratorisch, die Vertretungsberechtigung gelte mit der Wahl durch die Generalversammlung. Für den Fall, dass dem nicht so sein sollte, und nachdem die neu gewählten Vorstandsmitglieder zwischenzeitlich im Handelsregister eingetragen waren, wiederholte der Vorstand den Ausschluss nochmals explizit.

cc) Dementsprechend konnte und musste der Berufungsbeklagte in der Folge davon ausgehen, dass ihn der Vorstand (beziehungsweise die Verwaltung) spätestens mit Schreiben vom 5. September 2017 aus der Berufungsklägerin ausgeschlossen hatte. Die Gründe für den Ausschluss waren ihm jedoch nach wie vor nicht bekannt; sie liessen sich auch dem Schreiben des Vorstands der Berufungsklägerin vom 5. September 2017 nicht entnehmen, denn sie wiederholte diesbezüglich lediglich ihr Schreiben vom 10. August 2017, ohne weitere oder zusätzliche Ausführungen oder Begründung.

c) aa) In seinem Schreiben vom 27. September 2017 verwies der Berufungsbeklagte auf das Schreiben der Berufungsklägerin vom 5. September 2017 und verlangte in Anwendung von Art. 5 der Statuten der Berufungsklägerin einen Entscheid über seinen Ausschluss an der nächsten Generalversammlung.

bb) Damit nahm der Berufungsbeklagte offensichtlich Bezug auf Art. 5 Abs. 4 Satz 1 der Statuten, wonach Ausgeschlossene das Recht haben, innert 30 Tagen nach Mitteilung des Ausschlusses einen Entscheid an der nächsten Generalversammlung zu beantragen⁶⁷. Indem sich der Berufungskläger auf sein Recht auf einen Entscheid der Generalversammlung berief und nicht länger geltend machte, der Beschluss und die Mitteilung des Vorstands an ihn betreffend seinen Ausschluss seien nichtig, anerkannte er zwangsläufig auch, dass bis zum Entscheid der Generalversammlung seine Mitgliedschaftsrechte und Mitgliedschaftspflichten ruhten, so wie dies Art. 5 Abs. 4 Satz 2 der Statuten der Berufungsklägerin bestimmt.

cc) War die Mitgliedschaft des Berufungsbeklagten aber ausgesetzt, so bestand für ihn kein Anlass, sich gestützt auf die am Sitz der Genossenschaft aufgelegte Einladung samt Traktanden als zur Generalversammlung vom 23. April 2018 eingeladen zu betrachten.

d) Das gleichzeitig per Post an alle Genossenschafterinnen und Genossenschafter gesandte Rundschreiben vom 21. März 2018 mit der Einladung und - unter anderem - dem Traktandum 4 "Ausschluss von X" will der Berufungsbeklagte nicht empfangen haben. Er selber sei nicht zur Generalversammlung eingeladen worden. Die Beweislast dafür trägt die Berufungsklägerin. Mangels Zustellung mit eingeschriebener Post lässt sich nicht beweisen, dass der Berufungsbeklagte das Schreiben erhalten hat, sodass von Nichtempfang des Rundschreibens durch den Berufungsbeklagten auszugehen ist.

e) aa) Zwar könnte womöglich das Vorstandsmitglied B darüber Zeugnis ablegen, dass er den Berufungsbeklagten einige Tage vor der Generalversammlung traf und ihn ausdrücklich einlud, an der Generalversammlung vom 23. April 2018 zu erscheinen, sein Verhalten zu rechtfertigen und sich vor dem Entscheid zu seinem möglichen Ausschluss zu äussern, was der Berufungsbeklagte indessen bestreitet.

bb) Allerdings waren dem Berufungsbeklagten die Gründe, aus denen ihn der Vorstand aus der Genossenschaft ausschloss, nie mitgeteilt worden. Daran hätte sich nichts geändert, wenn er die Einladung samt Traktanden vom 21. März 2018 erhalten hätte, denn auch darin sind keine Gründe für den Ausschluss erwähnt. Selbst wenn also der Berufungsbeklagte von B mündlich erfahren hätte, dass am 23. April 2018 eine Generalversammlung der Berufungsklägerin stattfindet, anlässlich welcher der Ausschluss von ihm traktandiert worden sei, so fehlte - bis auf den Hinweis auf Art. 5 und 12 der Statuten der Berufungsklägerin - nach wie vor jegliche Begründung, gegen welche sich der Berufungsbeklagte an der Generalversammlung vom 23. April 2018 - vorbereitet - zur Wehr hätte setzen können. Wie der Berufungsbeklagte zutreffend vorbringt, hätte er sich somit an der Generalversammlung stellen und ad hoc irgendwelche Punkte bestreiten oder ausführen müssen, was nicht zumutbar ist. Damit wäre das Recht des Berufungsbeklagten auf vorgängige

⁶⁷ Vgl. Art. 846 Abs. 3 Satz 2 OR, wonach die Statuten die Verwaltung für den Ausschluss eines Genossenschafters als zuständig erklären können, wobei diesfalls dem Ausgeschlossenen ein Rekursrecht an die Generalversammlung zusteht.

Orientierung und damit Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung selbst dann nicht gewahrt worden, wenn er vom Vorstandsmitglied B zur Generalversammlung vom 23. April 2018 eingeladen worden wäre.

cc) Im Übrigen vermöchte eine mündliche Einladung eines - bloss kollektivzeichnungsberechtigten - Vorstandsmitglieds eine schriftliche Einladung zur Anhörung unter Angabe der Gründe der Verwaltung für den bereits erfolgten Ausschluss nicht zu ersetzen. Einer solch formlosen Einladung fehlt die mit Blick auf die grosse Tragweite dieses Traktandums erforderliche rechtliche Verbindlichkeit.

dd) Damit kann auf die Zeugenbefragung von B antizipiert verzichtet werden. Selbst wenn B die Behauptung der Berufungsklägerin glaubhaft bestätigen würde, so würde dies am Ergebnis nichts ändern.

f) An der Generalversammlung vom 23. April 2018 beschlossen alsdann die Genossenschafterinnen und Genossenschafter den vom Vorstand traktandierten Ausschluss des Berufungsbeklagten als Genossenschafter. Dem daran nicht teilnehmenden Berufungsbeklagten teilte dies der Präsident der Genossenschaft zwar umgehend schriftlich mit, jedoch erneut ohne Nennung der Gründe.

10. a) Zusammenfassend informierte die Berufungsklägerin den Berufungsbeklagten vor der Generalversammlung vom 23. April 2018 nicht hinreichend über die Gründe für den Ausschlussentscheid der Verwaltung, zumal sie ihn nicht unter Angabe der Gründe der Verwaltung zur Anhörung einlud. Sodann begründete die Berufungsklägerin auch ihren Ausschlussentscheid vom 23. April 2018 nicht hinreichend. Damit leidet das von der Berufungsklägerin durchgeführte Ausschlussverfahren an schweren Verfahrensmängeln, die zur Ungültigkeit des Beschlusses der Generalversammlung vom 23. April 2018 führen⁶⁸.

b) Demzufolge hob die Vorinstanz den Beschluss der Generalversammlung der Berufungsklägerin vom 23. April 2018, mit welchem der Ausschluss des Berufungsbeklagten bestätigt wurde, zu Recht auf.

11. Somit ist die Berufung unbegründet, und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

Obergericht, 2. Abteilung, 21. September 2021, ZBR.2020.41

⁶⁸ Vgl. Entscheid des Handelsgerichts St.Gallen vom 7. Dezember 2010, HG.2009.113, Erw. 12.2.

7. Ein Verweis auf 27 Rechnungen erfüllt die Anforderungen an eine genügende Substantiierung des Sachverhalts nicht (Art. 55 Abs. 1, 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO).

1. Der Berufungsbeklagte verlangte vor Bezirksgericht von der Berufungsklägerin die Zahlung einer Restkaufpreisforderung. Die Berufungsklägerin machte widerklageweise Schadenersatz aus Verletzung der kaufvertraglichen Zusicherungen geltend, konkret ging es um Ersatz für prozessuale Anwaltskosten sowie um ausserprozessuale Kosten. Das Bezirksgericht wies die Klage ab; die Widerklage wurde in einem kleinen Umfang geschützt und im Mehrbetrag abgewiesen. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin Berufung.

2. a) Der Berufungsbeklagte machte vor Vorinstanz die Restkaufpreisforderung gemäss Kaufvertrag geltend.

b) Die Berufungsklägerin wandte dagegen ein, die Restkaufpreisforderung sei durch Verrechnung mit ihrem Anspruch auf Schadenersatz aus Verletzung der kaufvertraglichen Zusicherungen untergegangen. Gleichzeitig forderte die Berufungsklägerin widerklageweise vollständigen Schaden- und Kostenersatz für die infolge Vertragsverletzung entstandenen Nachteile; konkret ging es um Ersatz für prozessuale Anwaltskosten sowie um ausserprozessuale Kosten.

c) Die Vorinstanz sah wegen ungenügender Substantiierung und Spezifizierung des Klagefundaments davon ab, der Berufungsklägerin für die ins Feld geführten Schadenspositionen "prozessuale Anwaltskosten und ausserprozessuale Kosten" einen Ersatz zuzusprechen; lediglich die Aufwendungen für das Privatgutachten der X AG seien zu entschädigen.

3. a) Die Berufungsklägerin brachte im Zusammenhang mit den widerklageweise geltend gemachten Beratungs- und Rechtsvertretungskosten vor, an dem nach Ansicht der Vorinstanz ungenügend substantiierten Schaden werde festgehalten. Die Vorinstanz habe den Verweis auf 27 Rechnungen, welche als Beilagen eingereicht worden seien, nicht gelten lassen, obwohl sie den Verweis auf drei Rechnungen betreffend die X AG akzeptiert habe; die Vorinstanz hätte in Bezug auf die anderen Fakturen den gleichen Massstab anlegen müssen. Die Vorinstanz habe die Anforderungen des Bundesgerichts an die Substantiierung des Schadens durch Verweis auf Beilagen willkürlich beurteilt; die Anforderungen seien für alle 30 Rechnungen erfüllt. Die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt und überspitzt formalistisch entschieden, indem sie die entsprechenden Beilagen nicht berücksichtigt habe. Der Berufungsbeklagte habe den geltend gemachten Schaden nur global und pauschal und somit ungenügend bestritten. Sie, die Berufungsklägerin, habe den rechtsgenügenden Beweis für die Verpflichtungen, Kosten und Auslagen im Sinn des vertraglichen Schadenersatzanspruchs erbracht beziehungsweise angeboten; dieser sei ausgewiesen.

b) Es stellt sich somit die Frage, ob die Vorinstanz die Widerklage der Berufungsklägerin betreffend die Schadenspositionen "prozessuale Anwaltskosten und ausserprozessuale Kosten" (mit Ausnahme der Aufwendungen für das Privatgutachten der X AG) zu Recht wegen ungenügender Substantiierung und Spezifizierung des Klagefundaments abwies.

4. a) aa) Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben, wobei gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhalts und die Beweiserhebung von Amtes wegen vorbehalten bleiben⁶⁹. Der Grundgedanke des Verhandlungsgrundsatzes ist die Privatautonomie, das heisst, es ist an den Parteien, den Prozessstoff zu sammeln und dem Gericht vorzutragen⁷⁰. Art und Umfang der Behauptungslast richten sich nach den Normen, auf welche der geltend gemachte Anspruch abgestützt wird; dabei haben die Parteien alle (tatsächlichen) Tatbestandselemente der materiell-rechtlichen Normen zu behaupten, welche ihr Rechtsbegehren stützen⁷¹. Dementsprechend verlangt die Behauptungslast das Aufstellen eines schlüssigen Tatsachenvortrags, also eines solchen, der bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt⁷². Somit müssen die Tatsachenbehauptungen so konkret formuliert sein, dass sie zum Thema des Beweisverfahrens gemacht werden können; die Begründung darf nicht erst die Folge des Beweisverfahrens sein⁷³. Rechtserhebliche Behauptungen müssen in den Rechtsschriften selbst vorgebracht werden⁷⁴. Das Gericht ist an die Tatsachen gebunden, welche die Parteien vorbringen. Was nicht behauptet wird, ist für das Gericht inexistent⁷⁵. Pauschalverweise auf eingereichte Akten beziehungsweise die allgemeine Erklärung, diese würden integrierenden Bestandteil der Rechtsschrift bilden, stellen keine hinreichenden Behauptungen dar⁷⁶. Bestreitet der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann⁷⁷.

bb) Gemäss der Rechtsprechung muss eine Tatsachenbehauptung nicht alle Einzelheiten enthalten; es genügt, wenn die Tatsache in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet worden ist. Immerhin muss die Tatsachenbehauptung so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann⁷⁸. Gemäss der neueren Rechtsprechung kann sich der Kläger grundsätzlich nicht darauf beschränken, im Rahmen seiner Behauptungen den Gesamtbetrag einer Rechnung anzugeben und für die Einzelheiten auf das eingereichte Dokument zu verweisen. Ein solches Vorgehen kann jedoch unter gewissen Bedingungen ausnahmsweise zulässig

⁶⁹ Art. 55 Abs. 2 ZPO

⁷⁰ Sutter-Somm/von Arx, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 55 N. 9

⁷¹ Hurni, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 55 ZPO N. 17 mit Hinweis auf BGE vom 7. April 2010, 4A_210/2009, Erw. 3.2

⁷² Hurni, Art. 55 ZPO N. 19 mit Hinweis auf BGE vom 7. April 2010, 4A_210/2009, Erw. 3.2, und BGE vom 6. Oktober 2009, 4A_144/2009, Erw. 3.2

⁷³ Sutter-Somm/von Arx, Art. 55 ZPO N. 29

⁷⁴ Sutter-Somm/von Arx, Art. 55 ZPO N. 30

⁷⁵ Sutter-Somm/von Arx, Art. 55 ZPO N. 12

⁷⁶ Hurni, Art. 55 ZPO N. 21; Willisegger, Basler Kommentar, 3.A., Art. 221 ZPO N. 27

⁷⁷ BGE 127 III 368; BGE vom 27. November 2014, 4A_195/2014, Erw. 7.3.2; BGE vom 20. Februar 2013, 4A_591/2012, Erw. 2.1; BGE vom 7. April 2010, 4A_210/2009, Erw. 3.2; Hurni, Art. 55 ZPO N. 23 ff.

⁷⁸ BGE 136 III 328

sein; sind diese erfüllt, kann sich der Beklagte nicht mehr mit der blossen Bestreitung des Gesamtbetrags der Rechnung begnügen, sondern er muss seine Bestreitung konkretisieren, indem er die bestrittenen Positionen der Rechnung präzise aufführt und seine Bestreitung substantiiert⁷⁹. Bei der Festlegung der Substantiierungsanforderungen ist zwingend die dienende Funktion des Zivilprozessrechts zu beachten. Das Verfahrensrecht ist darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen⁸⁰.

cc) Die Partei, die den Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten einklagt, hat substantiiert die Umstände darzutun, die dafür sprechen, dass die geltend gemachten Aufwendungen als Bestandteil des Schadens zu betrachten sind, mithin gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der (Schadenersatz-)Forderung dienen und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind. Zur Erfüllung der Behauptungs- und Substantiierungslast genügt der blosse Verweis auf die Honorarnote nicht. Auch wenn es nicht unbedingt nötig ist, die Honorarnote im Volltext in die Rechtsschrift aufzunehmen, so sind doch Konkretisierungen und Erläuterungen derselben unerlässlich, damit die geltend gemachten Positionen von der Gegenpartei und dann vom Gericht im Hinblick auf die massgebenden Kriterien für die Ersatzfähigkeit vorprozessualer Anwaltskosten geprüft und gegebenenfalls substantiiert bestritten werden können⁸¹.

b) aa) aaa) Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Begründung der Widerklage in Bezug auf die Zahlung von Schadenersatz für die verschiedenen Beratungsdienstleistungen den Anforderungen einer genügenden Substantiierung nicht genüge. Tatsächlich fehlt eine (genügend) substantiierte Begründung der materiellen Voraussetzungen der eingeklagten Schadenersatzforderung aus den verschiedenen geltend gemachten Beratungsdienstleistungen. Dafür wären - wie es das Bundesgericht⁸² am Beispiel des Ersatzes vorprozessualer Anwaltskosten zeigte - spezifische Ausführungen über die Umstände notwendig gewesen, die dafür sprechen, dass die geltend gemachten Aufwendungen gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der (Schadenersatz-)Forderung dienen und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt waren. Solche substantiierte Behauptungen fehlen hier: In der Begründung der Widerklage umschrieb die Berufungsklägerin die geltend gemachten Beratungs- und Vertretungskosten lediglich stichwortartig (Beratung nach Entdeckung der Buchhaltungsmängel, Rechtsberatung nach Vertragsverletzung, Beratung im Strafverfahren, Rechtsvertretungskosten usw.), wobei gleichzeitig insgesamt sechsmal die X AG und je einmal Rechtsanwalt Y und die Z Rechtsanwälte AG als angebliche Dienstleister erwähnt wurden. Damit blieben die materiellen Voraussetzungen unbegründet, womit die Berufungsklägerin den Anforderungen des Bundesgerichts an eine genügende Substantiierung nicht nachkam. Auch in der Widerklagereplik gab die Berufungsklägerin mit Blick auf die Beratungsdienstleistungen

⁷⁹ BGE 144 III 519 ff. (Regeste)

⁸⁰ BGE vom 27. April 2020, 4A_412/2019, Erw. 4.1; BGE 144 III 522 ff.

⁸¹ BGE vom 28. Juli 2016, 4D_24/2016, Erw. 4.6.3

⁸² BGE vom 28. Juli 2016, 4D_24/2016, Erw. 4.6.3

nicht viel mehr preis. So beschränkte sie sich darauf, die Beratungskosten in vier Kategorien⁸³ einteilen. Allein die Aufteilung der Beratungskosten in vier Rubriken (mit vielen Rechnungen pro Kategorie) vermag die Substantiierung der materiellen Voraussetzungen indessen nicht zu ersetzen. Ebenso wenig vermag die pauschale Behauptung, wonach der Aufwand gemäss den Rechnungen notwendig gewesen sei, den Anforderungen einer genügenden Substantiierung zu genügen. Rechtliche Hinweise⁸⁴, Ausführungen zum Strafverfahren respektive zur Unmöglichkeit einer Adhäsionsklage sowie zur Verjährung sind mit Blick auf die Substantiierung der Beratungsdienstleistungen unbehelflich. Vielmehr hätte die Berufungsklägerin, nachdem der Berufungsbeklagte die widerklageweise geltend gemachten Forderungen in der Widerklageantwort bestritten hatte, in der Widerklagereplik konkret darlegen müssen, dass der geltend gemachte Beratungsaufwand gerechtfertigt, notwendig und angemessen war, und dass diese Kosten der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienten und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt waren⁸⁵. Dies ist hier aber gerade nicht erfolgt.

bbb) Es stellt sich deshalb die Frage, ob auf dem Umweg über den Verweis auf die eingereichten Rechnungen für die Beratungsdienstleistungen doch noch eine genügende Substantiierung der Widerklage anzunehmen ist. Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d und e ZPO muss die Klageschrift die Tatsachenbehauptungen enthalten sowie die einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen bezeichnen. Zweck dieses Erfordernisses ist, dass das Gericht erkennen kann, auf welche Sachverhaltselemente sich der Kläger stützt und womit er diese beweisen will; ausserdem erfährt die Gegenpartei damit, gegen welche konkreten Behauptungen sie sich verteidigen muss. Dementsprechend ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Behauptungs- und Substantiierungslast grundsätzlich in den Rechtsschriften nachzukommen; der bloss pauschale Verweis auf Beilagen genügt in aller Regel nicht. Es geht darum, dass nicht das Gericht und die Gegenpartei aus den Beilagen die Sachdarstellung zusammensuchen müssen. Es ist nicht an ihnen, Beilagen danach zu durchforsten, ob sich daraus etwas zugunsten der behauptungsbelasteten Partei ableiten lässt⁸⁶. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es nicht ausnahmsweise zulässig sein kann, seinen Substantiierungsobligationen durch Verweis auf eine Beilage nachzukommen. Das Bundesgericht verlangt nicht, dass Beilagen, die der Substantiierung dienen, zwingend integral im Volltext in die Rechtsschriften übernommen werden. Der Verweis ist aber jedenfalls ungenügend, wenn die Beilagen für sich selbst nicht erlauben, die geltend gemachten Positionen zu prüfen und gegebenenfalls substantiiert zu bestreiten, und die Beilagen in den Rechtsschriften nicht hinreichend konkretisiert und erläutert werden⁸⁷. Mit anderen Worten genügt es nicht, dass in den Beilagen die

⁸³ Kosten, die im Zusammenhang mit der Behebung der buchhalterischen Mängel sowie der gesetzeswidrigen Rechnungslegung, dem Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren, dem Zivilprozess sowie dem Strafverfahren entstanden.

⁸⁴ Vgl. die Hinweise auf den Aufsatz von Gauch, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, in: recht 1994 S. 197 und 199, sowie auf BGE 117 II 107.

⁸⁵ BGE vom 28. Juli 2016, 4D_24/2016, Erw. 4.6.3

⁸⁶ BGE vom 22. Januar 2018, 4A_281/2017, Erw. 5; BGE vom 10. August 2015, 4A_264/2015, Erw. 4.2.2; BGE vom 27. November 2014, 4A_195/2014, Erw. 7.3.3

⁸⁷ BGE vom 22. Januar 2018, 4A_281/2017, Erw. 5.1

verlangten Informationen in irgendeiner Form vorhanden sind. Es muss vielmehr ein problemloser Zugriff darauf gewährleistet sein, und es darf kein Interpretationsspielraum entstehen. Der entsprechende Hinweis in der Rechtsschrift muss spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennen und aus dem Verweis selbst muss klar werden, welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Ein problemloser Zugriff ist gewährleistet, wenn eine Beilage selbsterklärend ist und genau die verlangten (respektive in der Rechtsschrift bezeichneten) Informationen enthält. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, kann ein Verweis nur genügen, wenn die Beilage in der Rechtsschrift derart konkretisiert und erläutert wird, dass die Informationen ohne weiteres zugänglich werden und nicht interpretiert und zusammengesucht werden müssen⁸⁸.

ccc) Die Berufungsklägerin verwies in der Widerklage bezüglich der Beratungskosten pauschal auf die Sammelbeilage "Rechnungen"; in der Widerklagereplik wurden diese Kosten - wie bereits dargelegt - in vier Rubriken eingeteilt, wobei zusätzlich auf die entsprechenden Rechnungen verwiesen wurde. Mit Blick auf die strenge Praxis des Bundesgerichts vermag die Berufungsklägerin aus ihren Verweisen bezüglich der Substantiierung nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, weil sich die Rechnungen hier nicht als selbsterklärend erweisen; mit anderen Worten ergibt sich aus den Fakturen nicht, dass der ihnen zu Grunde liegende Aufwand gerechtfertigt, notwendig und angemessen war⁸⁹. Gleichzeitig fehlen in beiden Rechtsschriften weiterführende Spezifizierungen und Erläuterungen zu den einzelnen Rechnungen; eine rudimentäre Zusammenstellung der Kosten, aufgeteilt in vier Rubriken (mit je zahlreichen Rechnungen), genügt nicht. Damit bleibt es hier letztlich bei einem simplen Verweis auf eine Sammelbeilage, welches Vorgehen den Vorgaben des Bundesgerichts nicht genügt.

bb) Somit stellte die Vorinstanz zu Recht fest, dass in Bezug auf die Zahlung von Schadenersatz für die verschiedenen Beratungsdienstleistungen die Begründung des Widerklagebegehrens den Anforderungen an eine genügende Substantiierung des Sachverhalts nicht genügt. Die umfangreichen Ausführungen der Berufungsklägerin in der Berufungsschrift, namentlich ihre Schilderungen darüber, was die Vorinstanz aus den eingereichten Rechnungen hätte erkennen oder schliessen müssen, sind letztlich bloss Ausdruck eines Erklärungs- und Erläuterungsbedarfs, dem die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht respektive nicht genügend nachkam. Als unbehelflich erweist sich sodann der Hinweis der Berufungsklägerin, wonach die Vorinstanz die Widerklage in Bezug auf die das Privatgutachten der X AG betreffenden drei Rechnungen geschützt habe. Ob die Vorinstanz in Bezug auf diese drei Rechnungen zu Recht von einer genügenden Sub-

⁸⁸ BGE vom 22. Januar 2018, 4A_281/2017, Erw. 5.3

⁸⁹ Dass die Rechnungen nicht selbsterklärend sind, ergibt sich im Übrigen bereits daraus, dass sie von der Berufungsklägerin mit gelbem Leuchtstift bearbeitet werden mussten.

stantiierung der Widerklage ausging, ist nicht von Belang, weil dieser Teil des angefochtenen Urteilsdispositivs unangefochten blieb und somit in Rechtskraft erwuchs⁹⁰, womit er sich einer Überprüfung durch die Berufungsinstanz von vornherein entzieht.

Obergericht, 2. Abteilung, 7. August 2020, ZBR.2020.4

⁹⁰ Art. 315 Abs. 1 ZPO

8. Gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO)

1. a) Der Beschwerdeführer erhob beim Bezirksgericht Klage unter anderem auf Zahlung von Fr. 25'000.00. Das Bezirksgericht bestätigte den Eingang der Klage und verlangte einen Gerichtskostenvorschuss. Der Beschwerdeführer wurde darauf hingewiesen, dass die von ihm eingereichte Klage die Voraussetzungen an die gesetzlichen Vorgaben nicht in allen Punkten erfülle. Das Gericht eröffnete ihm eine Frist, um justiziable Rechtsbegehren zu stellen, den Streitgegenstand zu bezeichnen sowie die verfügbaren Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollen, einzureichen. Er habe seine verbesserte Klage und sämtliche Beilagen in je einem Exemplar für das Gericht und einem Exemplar für die beklagte Partei einzureichen. Die Eingabe gelte als nicht erfolgt, sollte er sie nicht innert der gerichtlichen Nachfrist verbessert einreichen⁹¹.

b) Der Beschwerdeführer legte dem Bezirksgericht dar, er lebe auf dem Existenzminimum und könne daher den geforderten Kostenvorschuss nicht bezahlen. Seine geschiedene Ehefrau habe ihm Fr. 25'000.00 "entwendet" und nicht "da angelegt, wie wir abgemacht haben. Dieses Geld sollte bei der Bank X angelegt werden, sie hat es aber bei der Y angelegt".

c) Das Bezirksgericht forderte den Beschwerdeführer daraufhin auf, Auskunft über seine finanziellen Verhältnisse zu erteilen und entsprechende Unterlage einzureichen. Ferner wies es ihn darauf hin, dass die eröffnete Frist zur Verbesserung der Klage immer noch gelte. Innert Frist legte der Beschwerdeführer seine finanziellen Verhältnisse dar, zur Sache äusserte er sich nicht mehr. Das Bezirksgericht wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit ab. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) aa) Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die gesuchstellende Person hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über ihre Beweismittel zu äussern. Sie kann die Person der gewünschten Rechtsbeistandin oder des gewünschten Rechtsbeistands im Gesuch bezeichnen⁹². Das Gericht entscheidet über das Gesuch im summarischen Verfahren. Die Gegenpartei kann angehört werden. Sie ist immer anzuhören, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung der Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll⁹³.

bb) Aussichtslos sind Rechtsbegehren, deren Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und 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,

⁹¹ Art. 132 ZPO

⁹² Art. 119 Abs. 2 ZPO

⁹³ Art. 119 Abs. 3 ZPO

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. Ob im Einzelfall genügend Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind⁹⁴. Zu eng wird die Aussichtslosigkeit verstanden, wenn verlangt wird, dass bereits auf Anhieb und ohne Beweisverfahren erkennbar sein muss, dass eine Partei mit ihrem Standpunkt scheitern wird. Unzulässig ist es, die Aussichtslosigkeit erst nach einem späteren Beweisverfahren zu beurteilen⁹⁵.

cc) Ob ein Begehren als aussichtslos "erscheint", ist aufgrund einer summarischen Prüfung zu beurteilen. Der summarische Charakter der Prüfung ergibt sich schon daraus, dass sie grundsätzlich zu Prozessbeginn erfolgt. Je schwieriger und je umstrittener die sich stellenden Fragen sind, umso eher ist von genügenden Gewinnaussichten auszugehen. Sind umfangreiche Abklärungen nötig, spricht dies gegen die Aussichtslosigkeit des Begehrens. Insbesondere darf bei heiklen Rechtsfragen nicht zu Ungunsten des Gesuchstellers Aussichtslosigkeit angenommen werden. Sie sind vielmehr dem Sachrichter zur Beurteilung zu überlassen. Der Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und dabei insbesondere über die Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit) muss zwar mit einer gewissen Genauigkeit erfolgen, darf aber gerade nicht dazu führen, dass der Hauptprozess vorverlagert wird⁹⁶.

dd) Dem Gericht ist das tatsächliche und rechtliche Klagefundament, soweit nach dem Verfahrensstand möglich und zumutbar, vollständig darzulegen⁹⁷. Insofern gilt im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ein durch die Mitwirkungspflicht eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz. Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt⁹⁸. Zu beachten ist überdies die richterliche Fragepflicht⁹⁹, die auch im Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege gilt¹⁰⁰. Bei anwaltlich vertretenen Parteien ist das Gericht indessen nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern¹⁰¹.

b) Der Beschwerdeführer machte vor Vorinstanz sinngemäss geltend, seine vormalige Ehefrau schulde ihm einen Betrag. Sie habe diesen Betrag für ihn falsch angelegt: Die Parteien hätten vereinbart, das Geld bei der Bank X einzuzahlen, stattdessen habe seine damalige Ehefrau

⁹⁴ BGE 138 III 218, 133 III 616

⁹⁵ Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 3.A., Art. 117 ZPO N. 18 f.; BGE vom 30. Mai 2012, 5A_265/2012, Erw. 2.2

⁹⁶ BGE vom 11. Oktober 2013, 5A_313/2013, Erw. 2.2; BGE vom 24. Februar 2012, 5A_842/2011, Erw. 5.3

⁹⁷ BGE 140 III 15

⁹⁸ BGE 120 Ia 181; BGE vom 22. Januar 2016, 4A_641/2015, Erw. 3.1

⁹⁹ Art. 56 ZPO

¹⁰⁰ Bühler, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 119 ZPO N. 107 ff.; vgl. BGE vom 19. Dezember 2016, 5A_536/2016, Erw. 4.1.2; BGE vom 8. Juli 2013, 5A_897/2013, Erw. 3.2

¹⁰¹ BGE vom 13. Dezember 2018, 5A_606/2018, Erw. 5.3; BGE vom 3. September 2018, 5A_549/2018, Erw. 4.2; BGE vom 5. März 2018, 4A_44/2018, Erw. 5.3

das Geld investiert ("bei Y"). Den eingereichten Akten lag eine Belastungsanzeige der Bank X bei. Das entsprechende Konto lautete auf den Beschwerdeführer. Der Belastungsanzeige folgend wurden Überweisungen getätigt, darunter eine Zahlung mit dem Betreff "Y". Diese Belastungsanzeige ist das einzige Dokument, das in einem erkennbaren Zusammenhang mit der Klage des Beschwerdeführers steht. Mit ihr ist glaubhaft gemacht, dass die vom Beschwerdeführer erwähnte Zahlung an die Y in der von ihm geltend gemachten Höhe erfolgte. Wenn die Vorinstanz aus der Belastungsanzeige folgert, der Geldbetrag befinde sich noch auf dem Konto des Beschwerdeführers, verkennt sie die Tragweite der Belastungsanzeige.

c) aa) Der Beschwerdeführer ist nicht anwaltlich vertreten und unbeholfen, was sich aus seinen (handschriftlichen) Eingaben ohne weiteres ergibt. Sein Sachvortrag lässt zahlreiche Fragen offen. Unklar ist etwa, ob der Beschwerdeführer einen Schaden im Rechtssinn erlitt oder ob die Zahlung an die Y zu einem Gegenwert führte. Belegt ist einzig die (mutmassliche) Belastung des auf ihn lautenden Kontos. Das Rechtsverhältnis zur Beklagten liegt zurzeit ebenfalls im Dunkeln. Es ist offen, wer wann und weshalb die Überweisung veranlasste. Die Vorinstanz hätte bei dieser Ausgangslage den unbeholfenen Beschwerdeführer in Anwendung der zitierten Bundesgerichtspraxis auf die Angaben hinweisen müssen, die für eine Beurteilung des Gesuchs notwendig sind. Die Fragepflicht folgt nicht nur aus dem (eingeschränkten) Untersuchungsgrundsatz, sondern überdies aus Art. 56 ZPO. Die richterliche Fragepflicht ist auf Parteivorbringen anwendbar, die unvollständig, unklar oder widersprüchlich ausfallen. Der mangelhafte Sachvortrag beschlägt geradezu den Kernbereich der richterlichen Fragepflicht¹⁰². Hat eine Partei eine Tatsache "mindestens andeutungsweise behauptet"¹⁰³, lebt die Fragepflicht auf. Im zu beurteilenden Fall ist der Sachvortrag des Beschwerdeführers offensichtlich unvollständig; gänzlich unverständlich ist er hingegen nicht. Die Sachverhaltsdarstellung bleibt sozusagen schemenhaft. Das Vorbringen des Beschwerdeführers war damit mangelhaft im Sinn von Art. 56 ZPO, und die Vorinstanz hätte die richterliche Fragepflicht wahrnehmen müssen.

bb) Fraglich ist, ob die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht einlöste, indem sie justiziable Rechtsbegehren, die Bezeichnung des Streitgegenstands und die verfügbaren Urkunden verlangte. Die richterliche Fragepflicht muss adressatengerecht ausgeübt werden. Eine Partei ist klar und bestimmt auf den Mangel ihres Vorbringens hinzuweisen; nötigenfalls muss das Gericht sogar erklären, weshalb es eine bestimmte Frage stellt¹⁰⁴. Das Bezirksgericht forderte den Beschwerdeführer zwar auf, seine Klage zu verbessern; es beschränkte sich aber darauf, die abstrakten Elemente¹⁰⁵ einer Klageschrift anzuführen. Der rechtsunkundige Beschwerdeführer konnte aus

¹⁰² Gehri, Basler Kommentar, 3.A., Art 56 ZPO N. 7

¹⁰³ Hurni, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 56 ZPO N. 10; im gleichen Sinn: Sutter-Somm/Grieder, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 56 N. 19; Mordasini-Rohner, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2013, N. 187 ff.

¹⁰⁴ Hurni, Art. 56 ZPO N. 36; Sutter-Somm/Grieder, Art. 56 ZPO N. 32; Mordasini-Rohner, N. 218

¹⁰⁵ Im Sinn von Art. 244 ZPO

diesem Schreiben nicht folgern, inwiefern er seinen Sachvortrag zu verbessern habe. Somit hat die Vorinstanz die richterliche Fragepflicht nicht genügend wahrgenommen.

cc) Übt das Gericht im Verfahren nach Art. 119 ZPO die richterliche Fragepflicht nicht aus, führt dieser Mangel im Beschwerdeverfahren zur Rückweisung an die Vorinstanz¹⁰⁶. Eine Heilung kommt im Beschwerdeverfahren nicht in Betracht, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts das Novenverbot gilt¹⁰⁷.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. März 2021, ZR.2021.8

¹⁰⁶ Bühler, Art. 119 ZPO N. 111

¹⁰⁷ BGE vom 27. September 2011, 5A_405/2011, Erw. 4.5.3 (nicht publiziert in BGE 137 III 470); Rüeegg/Rüeegg, Art. 121 ZPO N. 1a

9. Entschädigungspflicht bei verspäteter Abweisung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverteidigung (Art. 117 ZPO)

1. Der Vermieter stellte beim Bezirksgericht ein Gesuch um Mieterausweisung gegen die Mieter. Das Bezirksgericht eröffnete ein Verfahren betreffend Rechtsschutz in klaren Fällen. Der Rechtsanwalt der Mieter stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verteidigung. Das Bezirksgericht schützte die Klage, auferlegte den Mietern die Gerichtskosten und sprach dem Vermieter eine Parteientschädigung zu. Das Gesuch der Mieter um unentgeltliche Rechtspflege und -verteidigung wies es ab, wogegen die Mieter Beschwerde erhoben.

2. a) Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist, und wenn zudem die Rechtslage klar ist¹⁰⁸. Die erste Voraussetzung - ein klarer Sachverhalt - ist erfüllt, wenn die Gegenseite den Sachvortrag des Gesuchstellers nicht bestreitet oder wenn es Letzterem gelingt, den Sachverhalt substantiiert und schlüssig darzulegen¹⁰⁹. Die zweite Voraussetzung ist gegeben, wenn die Rechtsanwendung unter Berücksichtigung von Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres zu einem eindeutigen Ergebnis führt¹¹⁰. Die Rechtsfolge muss sich gleichsam aufdrängen¹¹¹. Ein klarer Fall ist dann zu verneinen, wenn die beklagte Partei substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern¹¹².

b) Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint¹¹³. 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 kostet¹¹⁴.

¹⁰⁸ Art. 257 Abs. 1 ZPO

¹⁰⁹ BGE 144 III 464; BGE 141 III 26

¹¹⁰ BGE 138 III 126

¹¹¹ "S'impose de façon évidente"; BGE 144 III 464

¹¹² BGE 144 III 464; BGE vom 26. Mai 2020, 4A_623/2019, Erw. 2

¹¹³ Art. 117 lit. a und lit. b ZPO

¹¹⁴ BGE 142 III 139 f.; BGE 139 III 476; BGE 105 Ia 113 f.

c) Nach ständiger, bereits unter Herrschaft der thurgauischen Zivilprozessordnung¹¹⁵ geltender Praxis sind die Anspruchsvoraussetzungen der Aussichtslosigkeit im Zeitpunkt der Gesuchstellung zu prüfen¹¹⁶. Der Gesuchsteller hat in diesem Sinn ein Recht auf Vorausbeurteilung¹¹⁷. Das bedeutet aber nicht, das Gericht müsse in jedem Fall sofort entscheiden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Beurteilung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zusammen mit dem Endentscheid in denjenigen Fällen nicht zu beanstanden, in denen das Gesuch mit der Eingabe in der Hauptsache verbunden wird und keine weiteren Vorkehren des Rechtsvertreters erforderlich sind. Anders verhält es sich aber, wenn der Rechtsvertreter nach Einreichung des Gesuchs gehalten ist, weitere Verfahrensschritte zu unternehmen. In diesen Fällen erscheint ein zeitnaher Entscheid unabdingbar, damit Klient und Rechtsvertreter sich über das finanzielle Verfahrensrisiko Klarheit verschaffen können. Mit dem aus Art. 29 Abs. 1 BV fließenden Fairnessgebot wäre es nicht zu vereinbaren, wenn das Gericht zuwartet und dadurch allenfalls ungedeckte Prozesskosten bei der gesuchstellenden Partei (beziehungsweise ihrem Rechtsvertreter) verursacht¹¹⁸.

d) Verletzt das Gericht den dargelegten Anspruch auf Vorausbeurteilung, so stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Die Zivilprozessordnung äussert sich dazu nicht. Massgebend für die Rechtsfolgebestimmung muss der Zweck der Vorausbeurteilung sein. Diese dient dazu, frühzeitig Klarheit über das Kostenrisiko zu schaffen. Durch die verspätete Beurteilung nimmt das Gericht der Partei und ihrem Rechtsvertreter die Möglichkeit, in Kenntnis eines abschlägigen Entscheids darüber zu entscheiden, wie sie weiterverfahren wollen. Aus Sicht des betroffenen Rechtsanwalts wird namentlich die Frage nach einem Kostenvorschuss aktuell werden, wenn das Gesuch abgelehnt wird. Vor diesem Zeitpunkt darf der Rechtsvertreter keinen Kostenvorschuss für Bemühungen erheben, die Gegenstand des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege bilden¹¹⁹. Aus anwaltlicher Sicht ist der Zeitpunkt der Gesuchsbewilligung deshalb entscheidend für weitere Dispositionen im Mandatsverhältnis. Als einzige Rechtsfolge, welche den durch Zeitablauf erlittenen Nachteil wirksam ausgleicht, fällt in Betracht, den Gesuchsteller so zu stellen, wie wenn das Gesuch zeitnah beurteilt worden wäre. Sofern alle Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt sind, ist der Offizialvertreter deshalb für alle getroffenen Aufwendungen zu entschädigen. Im Gegenzug sind Aufwendungen, die auch bei zeitnaher Erledigung angefallen wären, bei Abweisung des Gesuchs nicht zu entschädigen.

¹¹⁵ RBOG 2001 Nr. 41 Erw. 2a; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 80 N. 14c

¹¹⁶ BGE 139 III 476 f.; BGE 138 III 218; BGE 133 III 617; BGE 101 Ia 34; Bühler, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 117 ZPO N. 253 ff.; Emmel, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Sohm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 120 N. 3; Huber, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 117 N. 60; Jent-Sørensen, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 120 N. 5; 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.; Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019, N. 414

¹¹⁷ Bühler, Art. 117 ZPO N. 253

¹¹⁸ BGE vom 11. April 2011, 4A_20/2011, Erw. 7.2.2, bestätigt in BGE vom 2. März 2020, 4A_110/2020; BGE vom 26. August 2019, 4D_44/2019; Bühler, Art. 117 ZPO N. 257 f.

¹¹⁹ Vgl. BGE 142 II 312

3. a) Zuerst ist auf die Rüge einzugehen, die Vorinstanz sei zu Unrecht von Aussichtslosigkeit ausgegangen.

aa) Der massgebende Sachverhalt ist nicht umstritten. Insbesondere wendeten sich die Beschwerdeführer in ihrer Gesuchsantwort nicht substantiiert gegen die im Ausweisungsgesuch und in den Kündigungen zusammengefassten Sachverhalte. Die Vorinstanz durfte vor diesem Hintergrund von einem klaren Sachverhalt im Sinn von Art. 257 ZPO ausgehen.

bb) Der zu beurteilende Mietvertrag ersetzte ein früheres Vertragswerk und die Parteien hielten in Ziffer 16 des Vertrags verschiedene Verhaltenspflichten der Beschwerdeführer fest. Aus dieser Vertragsziffer ergibt sich, dass es bereits in der Vergangenheit zu erheblichen und grundlegenden Unstimmigkeiten im Mietverhältnis gekommen ist. Bei dieser Ausgangslage durfte die Vorinstanz von einer klaren Rechtslage ausgehen: Zum einen erfüllt Ziffer 16 des Mietvertrags die Funktion einer schriftlichen Abmahnung im Sinn von Art. 257f Abs. 3 OR, zum anderen hätte sich im konkreten Fall die schriftliche Abmahnung als formalistischer Leerlauf herausgestellt, weil die Beschwerdeführer systematisch die Post des Vermieters nicht entgegennahmen. Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde traf die Vorinstanz auch keinen Ermessensentscheid (im Sinn von Art. 4 ZGB). Vielmehr ist die vorinstanzliche Schlussfolgerung das Ergebnis einer teleologischen Interpretation von Art. 257f OR. Das Ergebnis dieser Auslegung ist klar im Sinn von Art. 257 ZPO.

cc) Der von den Beschwerdeführern vertretene Rechtsstandpunkt muss überdies als aussichtslos bezeichnet werden. Auch wenn es verständlich ist, dass sie sich gegen die Ausweisung zunächst zur Wehr setzten, erfüllen die im Ausweisungsgesuch und in den Kündigungen erwähnten (und nicht substantiiert bestrittenen) Verfehlungen offensichtlich die Voraussetzungen für eine ausserordentliche Kündigung. Der Umstand, wonach die Beschwerdeführer als Gesuchsgegner unfreiwillig vom Verfahren betroffen seien, führt noch nicht dazu, dass ihr Standpunkt, nämlich die Abweisung des Rechtsbegehrens, per se Aussicht auf Erfolg hat. Damit fehlt es an einer der kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

b) Zu prüfen bleibt, ob das Vorgehen der Vorinstanz trotzdem den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege begründet.

aa) Im vorinstanzlichen Verfahren liessen die Beschwerdeführer am 17. April 2021 ein unbegründetes Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen und kündeten schnellstmöglich eine nähere Begründung an. Gestützt auf diese Eingabe konnte und musste die Vorinstanz das Gesuch nicht beurteilen. Am 22. April 2021 folgte das ausführlich begründete Gesuch. Die Beschwerdeführer legten ihre Bedürftigkeit dar und hielten zur Aussichtslosigkeit fest, diese sei nicht zu prüfen, da sie - als Gesuchsgegner - ins Verfahren hineingezogen worden seien. Am 25. Mai 2021 erstatteten die Beschwerdeführer die Gesuchsantwort. Am 28. Mai 2021 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer die Honorarnote ein, verbunden mit der Bemerkung, das Gericht habe keinen zweiten Schriftenwechsel angeordnet. Indessen hatte die Vorinstanz zwei Tage vorher,

am 26. Mai 2021, dem Beschwerdegegner eine Frist für die Replik angesetzt. Am 2. Juni 2021 eröffnete die Vorinstanz den Beschwerdeführern eine Frist für die Duplik. Sie führte demnach einen zweiten Schriftenwechsel durch, ohne das Gesuch vom 22. April 2021 zu behandeln. Dadurch verletzte die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführer auf Vorausbeurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege.

bb) Es ergibt sich, dass die Vorinstanz zwar zu Recht von Aussichtslosigkeit ausging, aber den Anspruch auf Vorausbeurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege verletzte. Als Rechtsfolge sind die Beschwerdeführer so zu stellen, als wäre ihr Gesuch fristgerecht behandelt worden. Die Honorarnote des Rechtsanwalts erweist sich für das vorinstanzliche Verfahren als angemessen. Bis und mit 22. April 2021 (Datum der begründeten Gesuchstellung) fielen 2.25 Stunden an. Hätte die Vorinstanz umgehend über das Gesuch vom 22. April 2021 entschieden, wären die Beschwerdeführer für diesen anwaltlichen Aufwand nicht entschädigt worden. Diese Positionen sind auch im vorliegenden Verfahren nicht ersatzfähig, andernfalls würden die Beschwerdeführer von der verzögerten Anspruchsprüfung durch die Vorinstanz profitieren. Der nach dem 22. April 2021 angefallene Aufwand hingegen ist vollumfänglich ersatzfähig. Der überwiegende anwaltliche Aufwand fiel Anfang Mai 2021 und im Juni 2021 an. Bis zu diesem Zeitpunkt hätte die Vorinstanz über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entscheiden können beziehungsweise entscheiden müssen. Demnach sind die Beschwerdeführer im Umfang von 5,67 Stunden¹²⁰ zu entschädigen. Der Stundenansatz für den unentgeltlichen Rechtsvertreter beträgt Fr. 200.00.

cc) In Bezug auf die Verfahrenskosten hat der Umstand, dass über das Gesuch erst später entschieden wurde, keinen Einfluss, denn diese wären ohnehin angefallen.

Obergericht, 1. Abteilung, 29. Juli 2021, ZR.2021.31

¹²⁰ 7,92 Stunden - 2,25 Stunden

10. Über eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung ist mündlich zu verhandeln; Praxisänderung gegenüber RBOG 2001 Nr. 22 (Art. 256 Abs. 1 ZPO; Art. 190 Abs. 2 SchKG).

1. Der Beschwerdegegner gelangte an das Bezirksgericht und beantragte, es sei infolge Einstellung der Zahlungen über die Beschwerdeführerin der Konkurs ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 SchKG zu eröffnen. Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts schützte das Konkursbegehren und eröffnete den Konkurs über die Beschwerdeführerin. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde.

2. a) Die Beschwerdeführerin machte geltend, gemäss Art. 256 Abs. 1 ZPO sei für das summarische Verfahren zwingend eine Verhandlung durchzuführen, wenn das Gesetz dies vorsehe. Art. 190 Abs. 2 SchKG verlange bei der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung ausdrücklich, dass der Schuldner vor Gericht zu laden und einzuvernehmen sei. RBOG 2001 Nr. 22, welcher das rein schriftliche Verfahren zulasse, sei nicht mehr relevant. Damals habe noch das "kantonal geregelte summarische Verfahren" gegolten; heute gelte die ZPO, welche andere Regeln kenne.

b) aa) Gemäss Art. 251 lit. a ZPO gilt das summarische Verfahren für Entscheide, die vom Konkursgericht getroffen werden. Das (summarische) Verfahren wird durch ein Gesuch eingeleitet¹²¹. Erscheint das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet, so gibt das Gericht der Gegenpartei Gelegenheit, mündlich oder schriftlich Stellung zu nehmen¹²². Das Gesuch des Beschwerdegegners um Eröffnung des Konkurses ohne vorgängige Betreuung datiert hier vom 29. Juli 2020; die Vorinstanz gab der Beschwerdeführerin am 17. August 2020 Gelegenheit, schriftlich Stellung zu nehmen.

bb) Beweis ist im Summarverfahren durch Urkunden zu erbringen. Andere Beweismittel sind nur zulässig, wenn sie das Verfahren nicht wesentlich verzögern, es der Verfahrenszweck erfordert oder das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat¹²³. Letzteres ist hier der Fall¹²⁴.

cc) Das Gericht kann auf die Durchführung einer Verhandlung verzichten und aufgrund der Akten entscheiden, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt¹²⁵. Damit wurde der Entscheid, ob eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, ins Ermessen des Gerichts gestellt. Dieses Ermessen ist allerdings dort beschränkt, wo das Gesetz eine mündliche Verhandlung vorsieht¹²⁶.

¹²¹ Art. 252 Abs. 1 ZPO

¹²² Art. 253 ZPO

¹²³ Art. 254 Abs. 1 und 2 lit. a-c ZPO

¹²⁴ Art. 255 lit. a ZPO

¹²⁵ Art. 256 Abs. 1 ZPO

¹²⁶ Kaufmann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 256 N. 6

Diesfalls stellt das Gericht der Gegenpartei das Gesuch zu und lädt beide Parteien zugleich zur Verhandlung vor¹²⁷.

dd) Über das Konkursbegehren muss kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung¹²⁸ mündlich verhandelt werden¹²⁹. Dies gilt gemäss Art. 190 Abs. 2 SchKG auch für die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung. Danach wird der Schuldner, wenn er in der Schweiz wohnt oder in der Schweiz einen Vertreter hat, welche Voraussetzung hier mit Blick auf den Handelsregistersauszug erfüllt ist, mit Ansetzung einer kurzen Frist vor Gericht geladen und einvernommen.

Demgegenüber hielt der noch unter der ZPO TG ergangene RBOG 2001 Nr. 22 fest, zwar deute der Wortlaut von Art. 190 Abs. 2 SchKG eher auf eine mündliche Anhörung des Schuldners hin, doch enthalte die Bestimmung keinen eindeutigen Hinweis auf die Verfahrensart, weshalb kantonales Prozessrecht gelte. Gestützt auf § 162 Abs. 1 und 2 ZPO TG stehe es dem Konkursrichter frei, im Verfahren betreffend Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung - mit Ausnahme des Falls, in dem der Schuldner unbekanntes Aufenthalts sei - eine mündliche Verhandlung durchzuführen, den Schuldner mündlich einzuvernehmen oder ihm Gelegenheit zu geben, eine schriftliche Stellungnahme einzureichen¹³⁰. Einzelne Kommentatoren von Art. 190 SchKG haben diesen Entscheid - vergleichsweise unkritisch - übernommen¹³¹. Das Bundesgericht liess die Frage - soweit ersichtlich - bislang offen¹³².

Der mittlerweile rund 20 Jahre alte RBOG 2001 Nr. 22 argumentierte massgeblich damit, dass sich das Verfahren auch im Anwendungsbereich von Art. 190 Abs. 2 SchKG nach dem kantonalen Prozessrecht richte. Gemäss diesem stehe es dem Konkursrichter frei, den Schuldner mündlich einzuvernehmen oder ihm Gelegenheit zu schriftlicher Stellungnahme zu geben. Seit 2011 gilt indes schweizweit die eidgenössische ZPO, und diese schreibt nach Art. 256 Abs. 1 ZPO ("sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt") i.V.m. Art. 190 Abs. 2 SchKG vor, dass der Schuldner, der in der Schweiz wohnt und über den der Konkurs (ohne vorgängige Betreuung) eröffnet werden soll, mit Ansetzung einer kurzen Frist vor Gericht zu laden und einzuvernehmen ist. Dem Richter steht somit kein Ermessen zu. Er hat zu einer Verhandlung vorzuladen; ein schriftliches Verfahren ist nicht zulässig¹³³.

¹²⁷ Art. 245 Abs. 1 ZPO analog; Mazan, Basler Kommentar, 3.A., Art. 256 ZPO N. 3

¹²⁸ Es handelt sich um die "lex specialis".

¹²⁹ Klingler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 256 N. 1 mit Hinweis auf Art. 168 SchKG; Güngerich, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 256 ZPO N. 6; Kaufmann, Art. 256 ZPO N. 8

¹³⁰ RBOG 2001 Nr. 22 S. 150 f.

¹³¹ Brunner/Boller, Basler Kommentar, 2.A., Art. 190 SchKG N. 27 (N. 26 bezieht sich nur auf die Einvernahme des Schuldners, nicht aber auf die Verhandlung.); Huber, in: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar (Hrsg.: Hunkeler), 2.A., Art. 190 N. 20

¹³² Vgl. zum Beispiel BGE vom 6. Juni 2003, 5P.169/2003, Erw. 2

¹³³ Talbot, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Hrsg.: Kren Kostkiewicz/Vock), 4.A., Art. 190 N. 20; im Übrigen sieht Art. 168 SchKG für die ordentliche Konkursbetreibung ebenfalls eine Verhandlung vor.

3. Damit ist die Beschwerde trotz rechtswirksam erfolgter Zustellung der Aufforderung zur Gesuchsantwort zu schützen. Dabei ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, und die Streitsache ist zur Durchführung einer mündlichen Konkursverhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen¹³⁴. Die Durchführung einer Konkursverhandlung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens kommt nicht in Frage; nur schon, weil mit Blick auf die Sachverhaltsfeststellung die Kognition der Beschwerdeinstanz eingeschränkt ist¹³⁵. Es kommt hinzu, dass auch dem Prinzip der doppelten Instanzenzugs¹³⁶ Rechnung zu tragen ist, ansonsten den Parteien eine Instanz verloren ginge.

Obergericht, 2. Abteilung, 8. Januar 2021, BR.2020.51

¹³⁴ Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO

¹³⁵ Art. 320 lit. b ZPO: Mit Beschwerde kann (nur) die "offensichtlich" unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden. Erfasst ist damit (nur) die "Willkür", das heisst der Verstoss gegen Art. 9 BV.

¹³⁶ "Double instance"; dieses Prinzip findet in Art. 75 Abs. 2 BGG seinen Ausdruck.

11. Keine vorsorglichen Massnahmen nach ZPO bei einem verkappten Arrest (Art. 269 lit. a, 261, 262 ZPO; Art. 271 ff. SchKG)

1. a) Die Berufungsbeklagten als Auftraggeberinnen und die Berufungsklägerin als Auftragnehmerin schlossen einen Mäklervertrag. Darin verpflichteten sich die Berufungsbeklagten gegenüber der Berufungsklägerin unwiderruflich, dass sie, sollte es mit den von ihnen bestimmten Kaufinteressenten bezüglich des Projekts A und B zu einer Kaufvereinbarung, Finanzierung oder Refinanzierung kommen, den Notar, welcher den Kaufvertrag beurkunden soll und welcher zugleich für die Zahlungen beziehungsweise die Überweisung des Kaufbetrags zuständig ist, damit beauftragen, nach der notariellen Kaufbeurkundung 3,5% der Gesamtsumme der Finanzierung beziehungsweise der gesamten Verkaufssumme an die Berufungsklägerin auszuzahlen.

b) Mit superprovisorischer Entscheidung schützte das Bezirksgericht den Antrag der Berufungsklägerin, das Grundbuchamt und Notariat sei anzuweisen, im Anschluss an die öffentliche Beurkundung eines Kaufvertrags betreffend die Liegenschaften X, Y und Z einen Anteil von 3,5% am Kaufpreis zurückzubehalten. Nach erfolgter Stellungnahme wies das Bezirksgericht das Gesuch um provisorische Massnahmen ab und hob den superprovisorischen Entscheid auf.

c) Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin Berufung.

2. a) Die Vorinstanz erwog, die übereinstimmende Qualifikation der Vereinbarung durch die Parteien als Mäklervertrag sei nicht zu beanstanden, auch wenn die Vertragspflicht der Mäklerin darin nicht ausdrücklich umschrieben werde. Gestützt auf das Schreiben der Berufungsbeklagten sei von einer wirksamen Kündigung des Mäklervertrags auszugehen.

b) Die Vorinstanz prüfte die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Sie kam zusammenfassend zum Schluss, dass die Berufungsklägerin einen Verfügungsanspruch gestützt auf den Mäklervertrag habe glaubhaft machen können. Da sie nicht in jedem Fall eines Verkaufs einen Anspruch auf antragsgemässe Anweisung des Grundbuchamts und Notariats habe, gehe ihr Gesuch um vorsorgliche Massnahmen jedoch über einen allfälligen Hauptsacheanspruch hinaus. Bezüglich eines Verfügungsgrunds sei es der Berufungsklägerin nicht gelungen, sämtliche Voraussetzungen glaubhaft zu machen. So sei insbesondere nicht ersichtlich, dass es ihr nicht möglich wäre, ihre Ansprüche - auch ohne die beantragten vorsorglichen Massnahmen - in einem Hauptverfahren geltend zu machen. Somit sei das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen - unabhängig von der Frage, ob es sich um einen verkappten Arrest handle - abzuweisen.

c) aa) Die Vorinstanz legte weiter die strittige Vertragsklausel bezüglich der Beauftragung des Notars aus. Die Vorinstanz erwog, die Bestimmung könnte (bei Auslegung eng am Wortlaut) so ausgelegt werden, dass die Berufungsklägerin einen vertraglichen Anspruch gegen die Berufungsbeklagten auf Abgabe einer entsprechenden Willensäusserung habe. Unter Berücksichtigung des Vertragszwecks sei jedoch diejenige Auslegung überzeugender, wonach die Berufungs-

beklagten der Berufungsklägerin bei Vorliegen der Voraussetzungen 3,5% der Gesamtverkaufssumme zu bezahlen hätten, und die vereinbarte Anweisung nur die Zahlungsmodalität betreffe. Dieser Auslegung scheine denn auch die Berufungsklägerin zu folgen. Daraus ergebe sich, dass es beim vorliegenden Gesuch letztendlich um eine sichernde Massnahme zur Vollstreckung einer Geldforderung gehe. Für solche Massnahmen stünden die vorsorglichen Massnahmen der ZPO nicht zur Verfügung, diese richteten sich ausschliesslich nach den Bestimmungen des SchKG. Der Vorbehalt von Art. 269 ZPO könne nicht durch entsprechende Formulierungen der Vertragsklauseln umgangen werden. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass es sich beim vorliegenden Gesuch um einen "verkappten Arrest" handle, weshalb dieses abzuweisen sei.

bb) Die Berufungsklägerin wendet dagegen ein, es gehe nicht um die Sicherung einer Geldforderung, sondern um die Sicherung eines Realanspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung - nämlich einer Anweisung an den die Handänderung betreuenden Notar, vorliegend an das Grundbuchamt und Notariat.

3. Der vorinstanzlichen Auffassung, das Gesuch sei abzuweisen, weil es sich um einen "verkappten Arrest" handelt, ist - im Ergebnis - zuzustimmen.

a) aa) Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a); und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b).

bb) Gemäss Art. 262 ZPO kann eine vorsorgliche Massnahme jede gerichtliche Anordnung sein, die geeignet ist, den drohenden Nachteil abzuwenden. Das Gesetz listet in lit. a bis e "insbesondere" fünf Möglichkeiten auf. Die vorsorglichen Massnahmen wollen einen bestehenden Zustand erhalten, Besitzansprüche verwirklichen oder die Vollstreckung sicherstellen¹³⁷. Grundsätzlich besteht im Rahmen des Massnahmeverfahrens keine Möglichkeit der Verurteilung zu einer vorsorglichen Geldzahlung. Solche "Akonto-Zahlungen" setzen die Gegenpartei - sollte die Schuldpflicht letztlich verneint werden - für die Rückforderung einem ungerechtfertigten Inkassorisiko aus¹³⁸. Von diesem Grundsatz bestehen nur wenige - hier nicht in Betracht fallende - vom Gesetz ausdrücklich bestimmte Ausnahmen¹³⁹.

cc) Vorbehalten bleiben gemäss Art. 269 lit. a ZPO die Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen. Mit diesem Vorbehalt zugunsten der Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von

¹³⁷ Sprecher, Basler Kommentar, 3.A., Art. 262 ZPO N. 2

¹³⁸ Sprecher, Art. 262 ZPO N. 27

¹³⁹ Art. 262 lit. e ZPO; Sprecher, Art. 262 ZPO N. 28

Geldforderungen wird der Anwendungsbereich von Art. 261 ff. ZPO eingeschränkt. Für die Sicherung von Geldforderungen bleibt wie bis anhin das SchKG anwendbar, insbesondere also das Arrestrecht¹⁴⁰. Jede auf Sicherung des Einzugs einer Geldforderung abzielende vorsorgliche Massnahme betrifft das Vollstreckungsverfahren und untersteht den Vorschriften des SchKG. Vorsorgliche Massnahmen dürfen nicht auf einen "verkappten Arrest" zur Sicherung einer Geldforderung hinauslaufen. Das Gericht kann daher nicht im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme jemanden vorläufig zur Zahlung der geforderten Geldsumme ganz oder teilweise verpflichten oder beim Schuldner eingehende Zahlungen oder dessen Liegenschaften im Grundbuch sperren, um der gesuchstellenden Partei nach rechtskräftigem Entscheid die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zu ermöglichen¹⁴¹. Die sichernden Massnahmen des SchKG stellen eine abschliessende Ordnung dar. Ein Gläubiger einer Geldforderung muss eine der Sicherungsmassnahmen nach SchKG wählen. Es dürfen nicht zusätzlich zur Absicherung der Vollstreckung einer Geldforderung vorsorgliche Massnahmen nach ZPO verlangt werden. Sind keine sichernden Massnahmen nach SchKG erhältlich, kann auch nicht ersatzweise eine sichernde Massnahme nach ZPO verlangt werden¹⁴².

Sprecher¹⁴³ kritisiert die Regelung von Art. 269 lit. a ZPO. Sie habe den Nachteil inhaltlicher Stagnation und der Perpetuierung der notorischen Schuldnerfreundlichkeit. Sie versage vor der Problematik der zeitgerechten Sicherstellung einer Geldforderung. Denn die aktuellen Sicherungsmassnahmen des SchKG gewährten dem Gläubiger einer Geldforderung vor und während des Forderungsprozesses bei drohender Insolvenz (oder drohendem Untertauchen) des Schuldners nur einen geringen vorsorglichen Rechtsschutz. Insgesamt sei es einem Schuldner (zu) leicht gemacht, sein Vermögen "rechtzeitig" verschwinden zu lassen. Das Problem der zeitgerechten Sicherstellung einer Geldforderung gegenüber einem Schuldner, der sich ohne grosse Prozessaussicht durch alle Instanzen hindurch zur Wehr setze, bleibe ungelöst. Sprecher würde es daher sehr begrüssen, wenn - was in der Vernehmlassung wiederholt geäussert worden sei - entweder der Anwendungsbereich der Sicherungsmassnahmen des SchKG überprüft oder aber de lege ferenda geeignete zivilprozessuale Massnahmen geprüft würden, beispielsweise die Einführung von sachgerechten vorsorglichen Massnahmen wie die vorsorgliche Zusprechung der Geldleistung, die Hinterlegung der Forderungssumme oder die vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Entscheids. Sprecher weist indessen auch auf die andere Meinung hin, wonach eine blosser Glaubhaftmachung des Geldanspruchs dazu führen würde, dass die Gegenpartei das Insolvenzrisiko der gesuchstellenden Partei zu tragen hätte. Diesem Risiko könnte indes nach Sprecher durch eine Hinterlegung begegnet werden. Ausserdem müssten dann viele Prozesse doppelt geführt werden, einmal im Massnahmeverfahren, dann im folgenden ordentlichen Prozess, was freilich jedem Massnahmeverfahren inhärent sei.

¹⁴⁰ Sprecher, Art. 269 ZPO N. 1 ff.

¹⁴¹ Sprecher, Art. 269 ZPO N. 4; Güngerich, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 269 ZPO N. 10

¹⁴² Güngerich, Art. 269 ZPO N. 9

¹⁴³ Sprecher, Art. 269 ZPO N. 9

b) Eine Analyse der Ansprüche der Berufungsklägerin gegen die Berufungsbeklagten aus dem Mäklervertrag ergibt Folgendes: Grundsätzlich geht es erstens um die Forderung der Berufungsklägerin auf einen Mäklerlohn (Anspruch I). Unter welchen Voraussetzungen ein solcher geschuldet ist, wäre durch Auslegung zu klären, kann in diesem Verfahren indessen offen bleiben. Zweitens geht es um den Anspruch gegen die Berufungsbeklagten, "den Notar, welcher den Kaufvertrag beurkunden soll und welcher zugleich für die Zahlungen beziehungsweise die Überweisung des Kaufvertrags zuständig ist, damit [zu] beauftragen", den Anspruch beziehungsweise die Mäklerprovision von 3,5% des Kaufpreises "nach der notariellen Kaufbeurkundung an den Auftragnehmer auszahlen zu lassen" (Anspruch II). Die Vorinstanz qualifizierte diese Klausel als Zahlungsmodalität, woraus sie auf eine unzulässige sichernde Massnahme zur Vollstreckung einer Geldforderung schloss. Die Berufungsklägerin wendet dagegen ein, es handle sich um einen Realanspruch auf Abgabe einer Willenserklärung (Anweisung an das Grundbuchamt und Notariat). Der dritte Anspruch ist derjenige, den die Berufungsklägerin mit dem hier zu beurteilenden Gesuch geltend macht (Anspruch III).

c) Gemäss der Berufungsklägerin bezweckt die beantragte vorsorgliche Massnahme (Anspruch III) die Sicherung ihres Realanspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung (Anspruch II). Der konkret gestellte Antrag zur Sicherung des behaupteten Realanspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung (konkret: die Anweisung beziehungsweise Beauftragung des Notars, nach der notariellen Kaufbeurkundung 3,5% des Kaufpreises an die Berufungsklägerin auszuzahlen) lautet auf Anweisung des Grundbuchamts und Notariats, diesen Anteil von 3,5% am Kaufpreis zurückzubehalten, bis die Anweisung der Berufungsbeklagten eintrifft beziehungsweise bis zum Vorliegen eines diese Anweisung ersetzenden vollstreckbaren Entscheids im Sinn von Art. 344 Abs. 1 ZPO.

Damit liegt bei einer gesamtheitlichen Betrachtung auch unter Berücksichtigung des Einwands der Berufungsklägerin ein verkappter Arrest vor. Ausgangslage ist - auch gemäss der Berufungsklägerin selber - die Sicherung des Anspruchs auf den Mäklerlohn (3,5% des Kaufpreises; Anspruch I) durch die strittige vertragliche Vereinbarung (Anweisung an den Notar, 3,5% des Kaufpreises an die Berufungsklägerin auszuzahlen). Dabei handelt es sich um die Sicherung einer Geldforderung (Mäklerlohn) durch eine vertragliche Vereinbarung. Ob man dabei von einer Zahlungsmodalität oder von einem Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung spricht, spielt insoweit keine entscheidende Rolle. So oder anders geht es darum, dass mit dem Auftrag an das Notariat beziehungsweise das Grundbuchamt der Mäklerlohn gesichert werden soll. Der Mäklerlohn soll vom Kaufpreis abgezogen und direkt an die Berufungsklägerin fliessen, ohne in den Zugriffsbereich der Berufungsbeklagten zu gelangen. Die Anweisung an das Grundbuchamt und Notariat zur Auszahlung an die

Berufungsklägerin wäre somit Erfüllungshandlung für die Geldzahlung (Mäklerlohn)¹⁴⁴. Die Berufungsklägerin selber qualifizierte im Übrigen die strittige Klausel im Gesuch bei der Darstellung des Mäklervertrags ausdrücklich als "relevante Zahlungsmodalität". Abstellend auf die Argumentation der Berufungsklägerin geht es in diesem Verfahren auf Erlass provisorischer (vorsorglicher) Massnahmen um die Sicherung dieser Sicherungsvereinbarung zwischen den Parteien. Das trifft zwar vordergründig zu. Tatsächlich geht es indes um die Sicherung der späteren Erfüllung des Anspruchs auf den Mäklerlohn und damit einer Geldzahlung. Um diese Sicherungsabrede zu sichern, macht die Berufungsklägerin mit ihrem Antrag auf Anweisung an das Grundbuchamt und Notariat, den Mäklerlohn von 3,5% des Verkaufspreises zurückzubehalten, einen Umweg, der auf einen "verkappeten" Arrest hinausläuft. Im Ergebnis soll eine staatliche Behörde (das Grundbuchamt und Notariat) vorsorglich Geld zurückbehalten, bis ein Gerichtsentscheid (anstelle einer Willenserklärung der Berufungsbeklagten) vorliegt, um damit die Bezahlung des Mäklerlohns sicherzustellen. Bei der verlangten "Zurückhaltung" durch das Grundbuchamt und Notariat handelt es sich somit faktisch um eine erzwungene Hinterlegung der Forderungssumme aus dem Mäklervertrag, wie auch die geänderten prozessualen Anträge deutlich zeigen. Somit geht es hier wie beim Arrest um die Sicherstellung des Zugriffs des Gläubigers auf Vermögenswerte des Schuldners beziehungsweise - vice versa - um die Verhinderung des Zugriffs des Schuldners auf diese Vermögenswerte im Hinblick auf die Erfüllung einer strittigen (Geld-)Forderung¹⁴⁵. Für die vorsorgliche Vollstreckung von Geldforderungen stehen indes ausschliesslich die sichernden Massnahmen des SchKG zur Verfügung¹⁴⁶; vorsorgliche Massnahmen nach der ZPO sind dafür nicht zulässig, namentlich ist eine vorsorgliche Hinterlegung einer Forderungssumme in Art. 261 ff. ZPO (derzeit) nicht vorgesehen.

d) Der guten Ordnung halber ist klarzustellen, dass zwar gemäss Art. 262 lit. c ZPO als vorsorgliche Massnahme eine Anweisung an eine Registerbehörde in Frage kommt. Solche richterlichen Anweisungen sind sogar von besonderer Bedeutung. In Betracht kommen indessen Massnahmen wie die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung, die vorläufige Eintragung im Grundbuch (Bauhandwerkerpfandrecht) oder die Anmerkung einer kantonalrechtlichen Grundbuch- oder Kanzleisperre¹⁴⁷. Dabei geht es freilich um die Sicherstellung von Rechten an Grundstücken und nicht um die Sicherstellung einer späteren Geldzahlung. Nicht unter die zulässigen Anweisungen an eine Registerbehörde fällt die Anordnung, Geld zurückzubehalten, schon gar nicht zur (zumindest indirekten) Sicherung einer Geldforderung.

4. Zusammenfassend ist auf die verlangte sichernde Massnahme ausschliesslich das SchKG anwendbar.

¹⁴⁴ Vgl. BGE 122 III 240; BGE vom 28. März 2001, 4C.172/2000, Erw. 3.a; Koller, Basler Kommentar, 7.A., Art. 466 OR N. 1; Gautschi, Berner Kommentar, Bern 1962, Art. 466 OR N. 5b; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, Zürich 1945, Art. 466 OR N. 2 f.; Beyeler, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Huguenin/Müller-Chen), 3.A., Art. 466 OR N. 9

¹⁴⁵ Art. 271 Abs. 1 SchKG

¹⁴⁶ Art. 269 lit. a ZPO

¹⁴⁷ Sprecher, Art. 262 ZPO N. 18

12. Im Verfahren betreffend Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist vor der unteren Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen ist Art. 97 ZPO sinngemäss anwendbar (Art. 33 Abs. 4 SchKG).

1. Das Betreibungsamt stellte fest, der von der Beschwerdeführerin in einer Betreibung erhobene Rechtsvorschlag sei - unter Vorbehalt einer Wiederherstellung der versäumten Rechtsvorschlagsfrist - verspätet. Das Gesuch um Wiederherstellung der Frist wies der Einzelrichter des Bezirksgerichts als untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen ab und auferlegte der Beschwerdeführerin eine Verfahrensgebühr von Fr. 150.00. Gegen die Auferlegung der Verfahrensgebühr erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde.

2. Der Entscheid einer unteren Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen betreffend Fristwiederherstellung kann innert zehn Tagen nach Eröffnung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weitergezogen werden¹⁴⁸. Zuständig ist das Obergericht als obere kantonale Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen¹⁴⁹. Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen richtet sich nach Art. 20a Abs. 2 SchKG. Soweit das SchKG keine Bestimmungen enthält, regeln die Kantone das Verfahren¹⁵⁰. Das thurgauische Recht enthält keine Bestimmungen, welche das Beschwerdeverfahren konkretisieren. Gemäss steter Praxis des Obergerichts sind die Bestimmungen der ZPO, insbesondere des Beschwerdeverfahrens nach Art. 319 ff. ZPO, sinngemäss subsidiär anwendbar¹⁵¹. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden¹⁵².

3. a) Die Beschwerdeführerin rügt, dass ihr die Vorinstanz vorgängig nicht mitgeteilt habe, dass das Verfahren betreffend Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist nach Art. 33 Abs. 4 SchKG kostenpflichtig sei. Überdies sei sie von der Vorinstanz nicht über die Höhe der mutmasslichen Prozesskosten aufgeklärt worden. Hätte sie im Vorfeld davon Kenntnis gehabt, hätte sie mit grosser Wahrscheinlichkeit auf die Einreichung eines Fristwiederherstellungsgesuchs verzichtet und eine negative Feststellungsklage eingereicht.

b) Einleitend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht eine Verfahrensgebühr für das Verfahren betreffend Fristwiederherstellung erhob. Bei der Wiederherstellung der Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags geht es nicht um die Überprüfung einer allenfalls fehlerhaften behördlichen Verfügung; vielmehr liegt die verpasste Frist im Verantwortungsbereich der ersuchenden Partei. Entsprechend stellt das erstinstanzliche Verfahren zur Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist kein Beschwerdeverfahren nach Art. 17 ff. SchKG dar, welches der Überprüfung einer Amtshandlung der Schuldbetreibungs- und Konkursorgane dienen und damit eine Kostenlosigkeit rechtfertigen

¹⁴⁸ Nordmann, Basler Kommentar, 2.A., Art. 33 SchKG N. 16; Art. 18 Abs. 1 SchKG

¹⁴⁹ § 59 Abs. 2 ZSRG (Gesetz über die Zivil- und Strafrechtspflege, RB 271.1)

¹⁵⁰ Art. 20a Abs. 3 SchKG

¹⁵¹ RBOG 2013 Nr. 17 Erw. 2.b.aa

¹⁵² Art. 320 ZPO

würde. Die Inanspruchnahme der unteren Aufsichtsbehörde unterliegt damit einer Gebührenpflicht¹⁵³. Da es sich jedoch nicht um einen gerichtlichen Entscheid in betriebsrechtlichen Summarsachen handelt, fällt eine Spruchgebühr nach Art. 48 GebV SchKG¹⁵⁴ ausser Betracht. Der Kostenspruch stützt sich vielmehr auf Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG, wonach für eine nicht besonders tarifierte Verrichtung eine Gebühr bis zu Fr. 150.00 erhoben werden kann¹⁵⁵. Die Aufsichtsbehörde kann höhere Gebühren festsetzen, wenn die Schwierigkeit der Sache, der Umfang der Bemühungen oder der Zeitaufwand es rechtfertigt¹⁵⁶. Die vorliegend erhobene Verfahrensgebühr von Fr. 150.00 liegt daher auch ohne nähere Ausführungen in ihrer Höhe innerhalb des gesetzlich vorgesehenen Tarifr Rahmens und ist grundsätzlich nicht zu beanstanden.

c) aa) Das SchKG enthält keine Bestimmung, wonach das Betreibungsamt oder die Aufsichtsbehörde die betroffene Partei vorab über die Kostenpflichtigkeit eines Verfahrens oder die mutmassliche Höhe der Prozesskosten aufzuklären haben. Auch die Gebührenverordnung SchKG und das kantonale Recht kennen keine solche Norm. Es bleibt allerdings zu prüfen, ob Art. 97 ZPO, wonach das Gericht die nicht anwaltlich vertretene Partei über die mutmassliche Höhe der Prozesskosten aufzuklären hat, sinngemäss auf das Verfahren betreffend Fristwiederherstellung gemäss Art. 33 Abs. 4 SchKG anwendbar ist.

bb) Art. 33 Abs. 4 SchKG macht keine Vorgaben zum Verfahren¹⁵⁷. Beim Fristwiederherstellungsverfahren nach Art. 33 Abs. 4 SchKG vor dem Einzelrichter des Bezirksgerichts als untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen handelt es sich wie bereits erwähnt nicht um ein Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 ff. SchKG, weshalb die entsprechenden Bestimmungen nicht unbeschrieben übernommen werden können¹⁵⁸. Dies betrifft vor allem die Kostenlosigkeit des Verfahrens und die Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen¹⁵⁹. Eine analoge Anwendung der Bestimmungen zum betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahren erscheint aufgrund der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde - unter Vorbehalt der erwähnten Besonderheiten - allerdings naheliegend, wobei die Bestimmungen der ZPO aufgrund des Verweises in Art. 20a Abs. 3 SchKG auf das kantonale Recht gemäss obergerichtlicher Rechtsprechung sinngemäss subsidiär Anwendung finden. Im Ergebnis folgt das Verfahren betreffend Fristwiederherstellung vor der Aufsichtsbehörde - unter Vorbehalt der im SchKG enthaltenen Besonderheiten - den gleichen Regeln, wie wenn

¹⁵³ Staehelin, Basler Kommentar, Ergänzungsband zur 2.A., Basel 2017, Art. 33 SchKG N. 16; vgl. Baeriswyl/Milani/Schmid, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Hrsg.: Kren Kostkiewicz/Vock), 4.A., Art. 33 N. 42

¹⁵⁴ Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.35

¹⁵⁵ Staehelin, Art. 33 SchKG N. 16; vgl. Baeriswyl/Milani/Schmid, Art. 33 SchKG N. 42

¹⁵⁶ Art. 1 Abs. 2 Satz 2 GebV SchKG; zum Ganzen SGGVP 2012 Nr. 80 (auch BLSchK 2013, S. 26 ff.)

¹⁵⁷ Baeriswyl/Milani/Schmid, Art. 33 SchKG N. 42; Journal des tribunaux 2003 II S. 65 ff.

¹⁵⁸ Baeriswyl/Milani/Schmid, Art. 33 SchKG N. 42

¹⁵⁹ Vgl. Baeriswyl/Milani/Schmid, Art. 33 SchKG N. 42; Nordmann, Art. 33 SchKG N. 16; Staehelin, Art. 33 SchKG N. 16; SGGVP 2012 Nr. 80 Erw. 6.c (auch BLSchK 2013, S. 7 f.); EGVSZ 1998 Nr. 41 Erw. c

eine in der Sache zuständige richterliche Behörde um Fristwiederherstellung ersucht wird¹⁶⁰. Entsprechend ist für das Verfahren betreffend Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist vor der unteren Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen Art. 97 ZPO sinngemäss anwendbar.

d) aa) Gemäss Art. 97 ZPO klärt das Gericht die nicht anwaltlich vertretene Partei über die mutmassliche Höhe der Prozesskosten sowie über die unentgeltliche Rechtspflege auf. Zum Adressatenkreis dieser Aufklärungspflicht ist - anders als die Schlichtungs-, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden¹⁶¹ - auch die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen zu zählen, wird diese Aufsichtstätigkeit doch der einzelrichterlichen Zuständigkeit der Bezirksgerichte zugeteilt¹⁶². Für die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen gelten auch keine besonderen Kostenregelungen, wie zum Beispiel Art. 113 ZPO für das Schlichtungsverfahren oder § 63 KESV¹⁶³ für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, deren Tätigwerden in der Regel - im Unterschied zu den Gerichten - nicht vom Willen des Betroffenen abhängt. Zudem ist hier speziell, dass die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen - im Unterschied zur grundsätzlichen Kostenlosigkeit des Beschwerdeverfahrens¹⁶⁴ - eine Verfahrensgebühr erhebt. Insofern gebietet es sich umso mehr, eine nicht anwaltlich vertretene Partei darauf aufmerksam zu machen. Die Aufklärungspflicht bezweckt, dass auch ein Laie das Kostenrisiko eines Prozesses abschätzen kann¹⁶⁵. Sinnvollerweise hat die Aufklärung zu Beginn des Verfahrens zu erfolgen, das heisst, bevor entsprechende Kosten angefallen sind¹⁶⁶.

Die Aufklärung über die Kosten sowie die unentgeltliche Rechtspflege hat von Amtes wegen zu erfolgen¹⁶⁷. Kommt das Gericht seiner Aufklärungspflicht nicht nach, liegt ein Verfahrensmangel (und damit eine unrichtige Rechtsanwendung) vor¹⁶⁸. Eine mit Verfahrenskosten belastete Partei, die selber prozessiert hat und nicht über das Kostenrisiko aufgeklärt worden ist, kann somit den Endentscheid anfechten und vor der Rechtsmittelinstanz vorab geltend machen, bei erfolgter richterlicher Aufklärung wären die Gerichtskosten zufolge eines Klagerückzugs nicht in diesem Ausmass

¹⁶⁰ Vgl. Art. 1 lit. d ZPO, wonach die Zivilprozessordnung das Verfahren vor kantonalen Instanzen für gerichtliche Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts regelt.

¹⁶¹ Vgl. RBOG 2019 Nr. 21 Erw. 2.b

¹⁶² Vgl. § 59 Abs. 1 ZSRG

¹⁶³ Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, RB 211.24

¹⁶⁴ Nach Art. 17 ff. SchKG

¹⁶⁵ Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 3.A., Art. 97 ZPO N. 1; Sterchi, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 97 ZPO N. 1; Urwyler/Grütter, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 97 N. 1; Pesenti, Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Basel 2017, N. 211; Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019, N. 755; vgl. Kuster, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Baker & McKenzie), Bern 2010, Art. 97 N. 2

¹⁶⁶ Vgl. Rüegg/Rüegg, Art. 97 ZPO N. 3; Sterchi, Art. 97 ZPO N. 5; Pesenti, N. 222; Wuffli/Fuhrer, N. 758

¹⁶⁷ Rüegg/Rüegg, Art. 97 ZPO N. 1; Pesenti, N. 217 und 236; Wuffli/Fuhrer, N. 758; Schmid/Jent-Sørensen, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 97 N. 4; vgl. Suter/von Holzen, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 97 N. 16; vgl. Urwyler/Grütter, Art. 97 ZPO N. 1; a.M. Sterchi, Art. 97 ZPO N. 9 f., wonach es eher dem Charakter des Zivilprozesses entspreche, die Auskunft nur auf konkrete Anfrage einer nicht berufsmässig vertretenen Partei zu erteilen.

¹⁶⁸ Rüegg/Rüegg, Art. 97 ZPO N. 5

angefallen, weshalb die Mehrkosten gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Staat aufzuerlegen seien oder bei Mittellosigkeit gar rückwirkend die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen sei¹⁶⁹.

bb) Aus den Akten geht hervor, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin nicht über die Kostenfolgen ihres Fristwiederherstellungsgesuchs aufgeklärt hat. Damit verletzte die Vorinstanz ihre Aufklärungspflicht nach Art. 97 ZPO. Es liegt ein Verfahrensmangel vor. Die Beschwerde ist deshalb zu schützen. Die Beschwerdeführerin brachte ausdrücklich vor, dass sie bei erfolgter Aufklärung über die Kostenfolgen mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit auf die Einreichung eines Wiederherstellungsgesuchs verzichtet und direkt eine negative Feststellungsklage eingereicht hätte. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 150.00 wären somit bei rechtmässiger Aufklärung der Beschwerdeführerin sehr wahrscheinlich nicht angefallen, weshalb sie gemäss Art. 107 Abs. 2 ZPO dem Kanton auferlegt werden.

Obergericht, 1. Abteilung, 27. September 2021, BS.2021.8/9

¹⁶⁹ Vgl. Rüegg/Rüegg, Art. 97 ZPO N. 5; Pesenti, N. 239; Urwyler/Grütter, Art. 97 ZPO N. 6; Schmid/Jent-Sørensen, Art. 97 ZPO N. 7, wonach die Gerichtskosten nach Treu und Glauben entsprechend anzupassen seien; Suter/von Holzen, Art. 97 ZPO N. 17, wonach ein gewisser Ausgleich durch eine tiefere Festsetzung oder gar Erlass der Gerichtskosten denkbar bleibt (vgl. Art. 107 Abs. 2 ZPO); a.M. Wuffli/Fuhrer, N. 762, wonach Art. 97 ZPO eine Ordnungsvorschrift darstellt, deren Missachtung keine Aufhebung der ergangenen Prozesshandlungen zur Folge hat; Kuster, Art. 97 ZPO N. 6, wonach eine Unterlassung durch das Gericht keine Konsequenzen nach sich zieht.

13. Die Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs betreffend Rechtsvorschlagsfrist durch die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen stellt keine Betreibungshandlung dar, weshalb die Sperrfristen nach Art. 56 ff. SchKG nicht zu berücksichtigen sind (Art. 31, 63 SchKG; Art. 145 Abs. 4 ZPO).

1. Das Betreibungsamt teilte dem Beschwerdeführer mit, er habe den Rechtsvorschlag in einer Betreibung verspätet erhoben. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts als untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen wies das Gesuch um Wiederherstellung der versäumten Rechtsvorschlagsfrist mit Entscheid vom 3. Dezember 2020 ab. Dagegen reichte der Beschwerdeführer am 11. Januar 2021 Beschwerde ein.

2. a) Gegen Entscheide des Einzelrichters des Bezirksgerichts als untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen können die am Verfahren beteiligten Personen gemäss Art. 18 Abs. 1 SchKG innert zehn Tagen nach der Eröffnung Beschwerde erheben. Zuständig ist das Obergericht als obere kantonale Aufsichtsbehörde¹⁷⁰.

b) Art. 31 SchKG verweist für die Berechnung, die Einhaltung und den Lauf der Fristen auf die Bestimmungen der ZPO, sofern das SchKG nichts anderes bestimmt¹⁷¹.

aa) Fristen, die durch eine Mitteilung ausgelöst werden, beginnen am folgenden Tag zu laufen¹⁷². Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Gericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden¹⁷³. Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Gerichtsort vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endet sie am nächsten Werktag¹⁷⁴.

bb) Die betreibungsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG ist keine gerichtliche Angelegenheit des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts gemäss Art. 1 lit. c ZPO. Die Gerichtsferien gemäss Art. 145 Abs. 1 ZPO und die Pflicht zur Belehrung über die Nichtgeltung von Gerichtsferien gelten demnach für die Beschwerde von vornherein nicht. Vielmehr richtet sich die Frage der Fristwahrung nach Art. 56 Ziff. 2 SchKG (Betreibungsferien) und Art. 63 SchKG (Wirkungen der Betreibungsferien auf den Fristenlauf)¹⁷⁵. Aus Art. 31 SchKG lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten. Zusätzlich behält Art. 145 Abs. 4 ZPO die Bestimmungen des SchKG über die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand ausdrücklich vor. Die ZPO selber verweist damit auf Art. 56 ff. SchKG

¹⁷⁰ § 59 ZSRG (Gesetz über die Zivil- und Strafrechtspflege, RB 271.1)

¹⁷¹ Cometta/Möckli, Basler Kommentar, 2.A., Art. 17 SchKG N. 53; Nordmann, Basler Kommentar, 2.A., Art. 31 SchKG N. 19

¹⁷² Art. 142 Abs. 1 ZPO

¹⁷³ Art. 143 Abs. 1 ZPO

¹⁷⁴ Art. 142 Abs. 3 ZPO

¹⁷⁵ BGE 141 III 171

zurück. Somit gehen Art. 56 ff. SchKG als Spezialbestimmungen den Bestimmungen der ZPO zu den Gerichtsferien vor¹⁷⁶.

Während der Sperrzeiten nach Art. 56 ff. SchKG¹⁷⁷ dürfen Betreibungshandlungen nicht vorgenommen werden. Betreibungshandlungen sind alle Handlungen der Vollstreckungsbehörden, die auf die Einleitung oder Fortsetzung des Verfahrens gerichtet sind, das darauf abzielt, den Gläubiger auf dem Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen und die in die Rechtsstellung des Schuldners eingreifen¹⁷⁸. Gemäss Bundesgericht richtet sich das Verbot der Vornahme von Betreibungshandlungen an die Aufsichtsbehörden nur insofern, als diese selbständig ins Verfahren eingreifen und dem Betreibungsbeamten die Vornahme einer Betreibungshandlung vorschreiben oder den Parteien von sich aus eine Frist ansetzt¹⁷⁹. Keine Betreibungshandlungen der Aufsichtsbehörden sind etwa der Nichteintretensentscheid der Aufsichtsbehörde zufolge Fristversäumnis, die Bestätigung einer Lohnpfändung auf Beschwerde des Betriebenen hin oder die Abweisung der Beschwerde des Betriebenen gegen die Zustellung des Zahlungsbefehls¹⁸⁰.

Betreibungsferien und Rechtsstillstand hemmen den Fristenlauf nicht. Fällt jedoch für den Schuldner, den Gläubiger oder den Dritten das Ende einer Frist in die Zeit der Betreibungsferien oder des Rechtsstillstands, so wird die Frist bis zum dritten Tag nach deren Ende verlängert. Bei der Berechnung der Frist von drei Tagen werden Samstag und Sonntag sowie staatlich anerkannte Feiertage nicht mitgezählt¹⁸¹. Die Fristerstreckung nach Art. 63 SchKG ist gemäss Bundesgericht allerdings nur anwendbar, wenn Betreibungshandlungen angefochten werden, welche während Betreibungsferien und Rechtsstillstand nicht vorgenommen werden dürfen¹⁸².

cc) Die Zustellung von Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung¹⁸³. Eine eingeschriebene Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, gilt am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als zugestellt, soweit der Empfänger mit der Sendung rechnen musste¹⁸⁴. Holt der Adressat die eingeschriebene Sendung nicht innerhalb der siebentägigen Abholungsfrist ab, behilft sich die Zivilprozessordnung somit einer Fiktion: Der Adressat wird so behandelt, wie wenn er die Sendung am letzten Tag der

¹⁷⁶ BGE 141 III 171 f.

¹⁷⁷ In den geschlossenen Zeiten, nämlich an Werktagen zwischen 20 Uhr und 7 Uhr sowie an Sonntagen und staatlich anerkannten Feiertagen (Art. 56 Ziff. 1 SchKG); während der Betreibungsferien, nämlich sieben Tage vor und sieben Tage nach Ostern und Weihnachten sowie vom 15. Juli bis zum 31. Juli (Art. 56 Ziff. 2 SchKG); gegen einen Schuldner, dem der Rechtsstillstand nach Art. 57-62 SchKG gewährt wurde (Art. 56 Ziff. 3 SchKG)

¹⁷⁸ Bauer, Basler Kommentar, 2.A., Art. 56 SchKG N. 25

¹⁷⁹ Bauer, Art. 56 SchKG N. 27

¹⁸⁰ Bauer, Art. 56 SchKG N. 27a

¹⁸¹ Art. 63 SchKG

¹⁸² Bauer, Art. 63 SchKG N. 7

¹⁸³ Art. 138 Abs. 1 ZPO

¹⁸⁴ Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO

Frist abgeholt hätte (Zustell- oder Zustellungsfiktion)¹⁸⁵. Gestützt auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes¹⁸⁶ kann sich jedoch eine Rechtsmittelfrist verlängern, wenn das Gericht der Partei noch vor Ende der Frist eine vertrauensbegründende Auskunft erteilt oder das Gericht durch sein widersprüchliches Verhalten ein derartiges Vertrauen erweckt. Eine solche Auskunft kann darin bestehen, dass der Partei der Entscheid mit vorbehaltloser Rechtsmittelbelehrung vor Ablauf der Frist erneut zugestellt wird¹⁸⁷.

c) aa) Der Beschwerdeführer bewirkte mit Einreichung des Fristwiederherstellungsgesuchs bei der Vorinstanz die Rechtshängigkeit des Verfahrens und begründete somit ein Prozessverhältnis, welches ihn verpflichtete, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, das heisst unter anderem dafür zu sorgen, dass ihm Entscheide zugestellt werden können¹⁸⁸. Als Prozesspartei musste er somit mit einer Zustellung des Gerichts rechnen. Damit greift hier die Zustellfiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO.

bb) Dem Beschwerdeführer wurde die Postsendung mit dem angefochtenen Entscheid am Freitag, 4. Dezember 2020, avisiert. Die siebentägige Abholfrist endete somit am Freitag, 11. Dezember 2020. Die zehntägige Beschwerdefrist begann gemäss Art. 142 Abs. 1 ZPO am darauffolgenden Tag zu laufen, das heisst am Samstag, 12. Dezember 2020.

Der Einzelrichter des Bezirksgerichts als untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungssachen verfügte im angefochtenen Entscheid die Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs betreffend Rechtsvorschlagsfrist. Er griff nicht von sich aus ins Betreibungsverfahren ein oder schrieb den Betreibungsbeamten die Vornahme einer Betreibungshandlung vor. Das Betreibungsverfahren wird durch den abweisenden Entscheid der Aufsichtsbehörde nicht in ein vorgerückteres Stadium gebracht und die Rechtsstellung des Schuldners wird dadurch auch nicht präjudiziert. Der Beschwerdeführer nimmt aufgrund des angefochtenen Abweisungsentscheids lediglich diejenige Position ein, welche er auch ohne Einreichung einer Beschwerde gehabt hätte. Der angefochtene Entscheid stellt deshalb keine Betreibungshandlung dar. Die Sperrfristen nach Art. 56 ff. SchKG und damit insbesondere auch die Betreibungsferien oder ein allfälliger Rechtsstillstand sind nicht zu berücksichtigen. Die Frist zur Einreichung einer Beschwerde an das Obergericht als obere Aufsichtsbehörde endigte somit am Montag, 21. Dezember 2020.

Die erst am 11. Januar 2021 erhobene Beschwerde ist somit verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Eine gestützt auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes angesichts der zweiten Zustellung des angefochtenen Entscheids mit A-Post allenfalls zu bejahende Verlängerung der Rechtsmittelfrist ist hier nicht ersichtlich, zumal die Vorinstanz mit dieser zweiten Zustellung den

¹⁸⁵ BGE 143 III 18 f., 138 III 227

¹⁸⁶ Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV, Art. 52 ZPO

¹⁸⁷ BGE vom 14. Mai 2019, 4A_53/2019, Erw. 4.4.2

¹⁸⁸ Vgl. BGE 130 III 399

Beschwerdeführer unmissverständlich darauf aufmerksam machte, dass für die Auslösung von Rechtsmittelfristen nicht das Datum der zweiten Zustellung massgeblich sei.

Selbst wenn man zugunsten des Beschwerdeführers die Betreibungsferien beim Fristenlauf berücksichtigen würde, wäre die Beschwerde zu spät: sie wäre am 6. Januar 2021 abgelaufen¹⁸⁹.

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass für den Beschwerdeführer in der massgeblichen Zeitspanne auch kein bundesrätlicher Beschluss gegolten hätte, welcher im vorliegenden Betreibungsverfahren zu einem Rechtsstillstand infolge der COVID-19-Pandemie nach Art. 62 SchKG hätte führen können.

cc) Die Nichteinhaltung der Frist ist von Amtes wegen zu beachten¹⁹⁰.

4. Damit wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Obergericht, 1. Abteilung, 27. Januar 2021, BS.2021.1

¹⁸⁹ Beginn: 12. Dezember 2020, eigentliches Ende: 21. Dezember 2020, das heisst in den Betreibungsferien vom 18. Dezember 2020 bis 1. Januar 2021 + 3 Tage (ohne Samstag und Sonntag), das heisst Ende: 6. Januar 2021

¹⁹⁰ Cometta/Möckli, Art. 17 SchKG N. 50

14. Kein Strafantragserfordernis beim gewerbsmässigen Betrug zum Nachteil eines Angehörigen (Art. 30, 146 Abs. 2, 146 Abs. 3 StGB)

1. Ein korrekt gestellter Strafantrag ist Prozessvoraussetzung¹⁹¹. Im hier interessierenden Anklagesachverhalt warf die Staatsanwaltschaft der Berufungsklägerin gewerbsmässigen Betrug unter anderem zum Nachteil ihres damaligen Ehemanns vor. Das Antragserfordernis besteht nach Art. 146 Abs. 3 StGB, wenn es sich um ein Delikt zum Nachteil eines Angehörigen¹⁹² oder Familien-genossen¹⁹³ handelt. Fraglich und vorliegend umstritten ist, ob das Antragserfordernis auch für die qualifizierte Form des gewerbsmässigen Betrugs nach Abs. 2 gilt, oder lediglich für den "einfachen" Betrug nach Art. 146 Abs. 1 StGB.

2. a) Ob ein Strafantrag auch vorausgesetzt wird, wenn die gewerbsmässige Begehung zum Nachteil eines Familienangehörigen zur Diskussion steht, liess das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid offen¹⁹⁴. Die Lehre ist geteilt. Trechsel/Cramerli gehen davon aus, der privilegierte Tatbestand sei eng auszulegen¹⁹⁵. Niggli/Riedo nehmen im Basler Kommentar mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte des privilegierten Tatbestands an, er sei auch auf die qualifizierte Deliktsvariante anwendbar. Sie halten indes fest, dem Strafgesetzbuch sei die Kategorie eines "privilegierten qualifizierten Tatbestands" an sich fremd. Trotzdem kommen sie zum Schluss, dass die Privilegierung auch für die qualifizierten Tatbestände gelte¹⁹⁶.

b) Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte¹⁹⁷ und ihren Zweck¹⁹⁸ sowie auf die Bedeutung¹⁹⁹, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt²⁰⁰.

c) Der Wortlaut von Art. 146 Abs. 3 StGB lässt beide der in Frage kommenden Auslegungen zu. Auch die Systematik dieser Rechtsnorm spricht weder für noch gegen eine Auslegungshypothese. Man kann Art. 146 Abs. 3 StGB als eigenständige Deliktsvariante sehen, die sich von der qualifizierten Variante nach Art. 146 Abs. 2 StGB abhebt, oder der dritte Absatz wird im Sinn einer die beiden vorangehenden Absätze umfassenden Privilegierung gelesen. In systematischer Hinsicht

¹⁹¹ Vgl. Art. 30 Abs. 1 StGB

¹⁹² Vgl. Art. 110 Abs. 1 StGB

¹⁹³ Vgl. Art. 110 Abs. 2 StGB

¹⁹⁴ BGE vom 12. Februar 2020, 6B_1104/2019, Erw. 2.2.1

¹⁹⁵ Trechsel/Cramerli, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 3.A., Art. 139 N. 25

¹⁹⁶ Niggli/Riedo, Basler Kommentar, 4.A., Art. 139 StGB N. 212 ff.

¹⁹⁷ Historische Auslegung

¹⁹⁸ Teleologische Auslegung

¹⁹⁹ Systematische Auslegung

²⁰⁰ BGE 139 IV 286

fällt weiter ins Gewicht, dass eine ähnliche Privilegierung beim Diebstahl²⁰¹ und bei der Veruntreuung²⁰² existiert. Bei der Veruntreuung integrierte der Gesetzgeber die Privilegierung ausdrücklich in den Grundtatbestand von Art. 138 Ziff. 1 StGB. Die Anwendung auf den qualifizierten Tatbestand²⁰³ wird dadurch ausgeschlossen. Der Tatbestand des Diebstahls ist mit eigenständigem privilegiertem Tatbestand gleich aufgebaut wie derjenige des Betrugs.

d) Die abweichende Fassung des Veruntreuungstatbestands geht auf die Revision des Vermögensstrafrechts zurück. Der Gesetzgeber wollte klarstellen, dass die Privilegierung nur für die "einfache" Veruntreuung gelte. Für die Tätergruppen, die unter Art. 138 Ziff. 2 StGB fallen²⁰⁴, bestehe ein erhöhtes Strafinteresse. Deshalb solle der Tatbestand immer von Amtes wegen verfolgt werden²⁰⁵. In der Fassung aus dem Jahr 1942 war der Tatbestand der Veruntreuung gleich aufgebaut wie derjenige des Diebstahls und des Betrugs noch heute. Der privilegierte Tatbestand war nach damaliger Ansicht auf den qualifizierten Tatbestand anwendbar²⁰⁶. Mit der Revision des Vermögensstrafrechts änderte der Gesetzgeber die Rechtslage bezüglich des Veruntreuungstatbestands ausdrücklich. Bezüglich der übrigen, privilegierten Vermögensdelikte zog er eine Änderung - soweit aus der Botschaft ersichtlich - nicht in Betracht.

e) Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber durch die punktuelle Revision des Veruntreuungstatbestands die Rechtslage in Bezug auf die anderen privilegierten Tatbestände bestätigen wollte. In der Literatur wurde kritisiert, der Gesetzgeber habe es bei anderen Delikten versäumt, klarzustellen, dass das Antragerfordernis nur für den Grundtatbestand gelte²⁰⁷. Nach dieser Lehrmeinung wäre also nicht von einem bewussten Entscheid für die alte Rechtslage auszugehen, sondern von einem gesetzgeberischen Versäumnis. Tatsächlich liesse sich argumentieren, die Erwägungen des Revisionsgesetzgebers zum Verhältnis von qualifiziertem und privilegiertem Tatbestand bei der Veruntreuung würden für alle qualifizierten Tatbestände gelten. Auch bei den Qualifizierungen der gewerbsmässigen und bandenmässigen Tatbegehung sowie der Tatbegehung mit einer Schusswaffe oder einer anderen gefährlichen Waffe nach Art. 139 und Art. 146 StGB besteht ein erhebliches öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung des Täters. Es kann daher argumentiert werden, dass bei allen qualifizierten Deliktvarianten das erhöhte Strafinteresse derart gewichtig sei, dass es nicht auf den Antrag einer Privatperson ankommen könne²⁰⁸, weshalb der mit der Privilegierung verfolgte Schutz der persönlichen Beziehungen zwischen Täter und Opfer dahinter zurückzutreten habe.

²⁰¹ Art. 139 StGB

²⁰² Art. 138 StGB

²⁰³ Art. 138 Ziff. 2 StGB

²⁰⁴ Sofern der Täter als Mitglied einer Behörde, als Beamter, Vormund, Beistand, berufsmässiger Vermögensverwalter oder bei Ausübung eines Berufs, Gewerbes oder Handelsgeschäfts, zu der er durch eine Behörde ermächtigt ist, handelt; vgl. Art. 138 Ziff. 2 StGB.

²⁰⁵ Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen) vom 24. April 1991, BBl 1991 II S. 1001

²⁰⁶ Thormann/von Overbeck, Schweizerisches Strafgesetzbuch, II. Band, Zürich 1941, Art. 137 N. 36 f., Art. 140 N. 25 und Art. 148 N. 16

²⁰⁷ Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Art. 139 N. 25

²⁰⁸ Vgl. Botschaft, S. 1001

f) Die Entstehungsgeschichte ergibt demnach kein eindeutiges Bild, spricht aber eher für ein Antragserfordernis beim qualifizierten Tatbestand. Ebenfalls nicht eindeutig ist das teleologische Auslegungselement: Auf der einen Seite entspricht es der Natur des qualifizierten Delikts, dass es von Amtes wegen verfolgt werden soll; auf der anderen Seite spielt der Schutz der Hausgemeinschaft, dem die Privilegierung dient, auch beim gewerbsmässigen Delikt eine Rolle.

g) Bei dieser Ausgangslage ist dem systematischen Argument in Verbindung mit dem teleologischen Argument erhebliches Gewicht beizulegen. Das Schweizer Strafrecht kennt den Tatbestand des qualifizierten privilegierten Delikts nicht²⁰⁹. Dieses leidet an einem inneren Widerspruch: Das die Strafwürdigkeit erhöhende Qualifikationsmerkmal würde durch die Privilegierung entkräftet. Dass sich der Gesetzgeber mit der Revision des Vermögensstrafrechts bewusst für diese Rechtslage entschieden hatte, geht aus der Entstehungsgeschichte des Veruntreuungstatbestands nicht mit der wünschbaren Klarheit hervor, weshalb das historische Auslegungselement hinter den systematischen Überlegungen zurückzutreten hat.

h) Zu einem ähnlichen Ergebnis kam auch das Bundesgericht, als es in einem Entscheid festhielt, bei Verletzung mehrerer Personen sei die Privilegierung des Art. 137 Ziff. 3 aStGB²¹⁰ nur anwendbar, wenn alle Betroffenen Angehörige oder Familiengenossen des Diebes seien²¹¹. Der privilegierte Tatbestand habe damit hinter dem "einfachen" Diebstahl zurückzutreten. Dies muss umso mehr für den qualifizierten Tatbestand gelten, bei dem das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung ungleich grösser ist. Weiter hielt das Bundesgericht in einem nicht publizierten Entscheid betreffend Veruntreuung fest, das schweizerische Strafrecht kenne neben den Grundtatbeständen nur qualifizierte und privilegierte Tatbestände. Mit einer Anwendung von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 4 StGB auf Art. 138 Ziff. 2 StGB würde ein "privilegiert qualifizierter Tatbestand" geschaffen, was unüblich wäre und auch dem Sinn und Zweck des Antragserfordernisses gemäss Art. 30 StGB nicht entsprechen würde. Dieses bestehe legitimerweise dort, wo der Gesetzgeber der Ansicht sei, die staatlichen und privaten Interessen auf Verfolgung seien geringer als jene auf Nicht-Verfolgung. Dies sei typischerweise bei Bagatellkriminalität und gerade nicht bei qualifizierten Tatbeständen der Fall. Die qualifizierte Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 2 StGB sei daher kein Antragsdelikt. Anders verhalte es sich hingegen - so das Bundesgericht weiter - beim Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung²¹². Weshalb die zutreffenden Ausführungen zu Sinn und Zweck der Privilegierung aber bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung, die ähnlich aufgebaut ist wie die des Betrugs, nicht Geltung haben sollen, erhellt nicht - und wird auch nicht begründet. Aus der in dieser Erwägung genannten Rechtsprechung des Bundesgerichts²¹³ betreffend ungetreue Geschäftsführung lässt sich daher nichts für

²⁰⁹ Vgl. Art. 172^{ter} Abs. 2 StGB, der die Privilegierung von Vermögensdelikten wegen Geringfügigkeit für den qualifizierten Diebstahl, Raub und Erpressung ausdrücklich ausschliesst.

²¹⁰ Heute: Art. 139 Ziff. 4 StGB

²¹¹ BGE 84 IV 14

²¹² BGE vom 30. April 2018, 1B_144/2018, Erw. 3.5 ff.

²¹³ BGE vom 30. April 2018, 1B_144/2018, Erw. 3.7

die hier zu beurteilende Frage in Bezug auf den Betrug ableiten. Vielmehr ist gestützt auf die schlüssigen Überlegungen des Bundesgerichts davon auszugehen, dass eine Privilegierung des qualifizierten Tatbestands auch beim gewerbsmässigen Betrug aufgrund des hohen öffentlichen Interesses an der Verfolgung dieses Delikts abzulehnen ist.

3. Ein Strafantrag ist aus diesen Gründen nur beim privilegierten, nicht aber beim qualifizierten Betrug eine Prozessvoraussetzung.

Obergericht, 1. Abteilung, 12. November 2020, SBR.2020.47

15. Unzulässigkeit der Anordnung eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 StGB erst im Berufungsverfahren; Tragweite des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO)

1. a) Das Bezirksgericht sprach den Berufungskläger der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind und der mehrfachen sexuellen Nötigung schuldig. Es fällte eine zu vollziehende Freiheitsstrafe von 18 Monaten aus, ordnete eine ambulante Massnahme gemäss Art. 63 StGB an (psychotherapeutische deliktorientierte Behandlung) und sah von einer Landesverweisung ab.

b) Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger Berufung und beantragte, es sei die Freiheitsstrafe von 18 Monaten bedingt auszusprechen, bei einer Probezeit von zwei Jahren. Eventualiter sei für den Fall, dass die Freiheitsstrafe nicht gestützt auf Art. 42 StGB aufgeschoben werde, der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Massnahme gestützt auf Art. 63 Abs. 2 StGB aufzuschieben.

c) Weder die Staatsanwaltschaft noch der geschädigte Privatkläger erhoben Anschlussberufung.

d) Das Obergericht bestätigte das angefochtene Urteil und prüfte zudem die Frage, ob die Voraussetzungen eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 StGB erfüllt sind, beziehungsweise ob ein Tätigkeitsverbot im Rahmen des Berufungsverfahrens von Amtes wegen noch angeordnet werden kann, auch wenn ein solches im erstinstanzlichen Verfahren nicht Thema war.

2. a) Die heute bestehenden Bestimmungen über das Tätigkeitsverbot gehen auf verschiedene Revisionen zurück. Auf den 1. Januar 2015 setzte der Bundesgesetzgeber die Art. 67 bis 67e StGB in Kraft²¹⁴. Es handelt sich um den Gegenvorschlag zur Volksinitiative "Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen"²¹⁵. Art. 67 StGB umfasst in der Fassung vom 1. Januar 2015 zwei Grundvarianten des Tätigkeitsverbots: Das im Einzelfall nach Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten auszufällende Verbot²¹⁶ sowie zwei zwingende Tätigkeitsverbote (für die Tätigkeit mit Minderjährigen und Erwachsenen)²¹⁷. Im Unterschied zu Art. 67 Abs. 1 und 2 StGB verlangen Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB keine Verhältnismässigkeitsprüfung²¹⁸. In diesem Sinn sind es zwingende Tätigkeitsverbote²¹⁹. Am 1. Januar 2019 ergänzte der Gesetzgeber Art. 67 StGB um die Abs. 2^{bis} und 4^{bis}. Abs. 2^{bis} verschärft das (freiwillige) Tätigkeitsverbot gemäss den Abs. 1 und 2. Abs. 4^{bis} schuf - gleichsam als Korrektiv - einen privilegierten Tatbestand, den jedoch zwei GegenAusnahmen einschränken.

²¹⁴ Langenegger, in: Annotierter Kommentar StGB (Hrsg.: Graf), Bern 2020, Art. 67 N. 1

²¹⁵ Botschaft zur Volksinitiative "Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen" sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot als indirektem Gegenvorschlag, BBl 2012 8819 ff.

²¹⁶ Art. 67 Abs. 1 und 2 StGB

²¹⁷ Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB

²¹⁸ Bertossa, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 3.A., Art. 67 N. 12; Wohlers, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar (Hrsg.: Wohlers/Gothenzi/Schlegel), 4.A., Art. 67 N. 16

²¹⁹ Botschaft, S. 8861

b) Der Berufungskläger delinquierte in den Jahren 2017 und 2018. In zeitlicher Hinsicht sind die am 1. Januar 2015 in Kraft gesetzten Bestimmungen anwendbar, nicht hingegen die Verschärfung gemäss Abs. 2^{bis} vom 1. Januar 2019. Abs. 4^{bis} könnte zwar zu einem für den Berufungskläger milderen Ergebnis führen, doch ist beim Berufungskläger eine der Gegenausnahmen zum privilegierten Tatbestand gegeben, weil der Gutachter ihm Pädophilie in einem anerkannten Klassifikationssystem attestierte. Abs. 4^{bis} fällt aus diesem Grund ausser Betracht. Demnach steht im Berufungsverfahren ein Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 3 StGB zur Diskussion.

c) Der Berufungskläger wird wegen einer Katalogtat (sexuelle Handlungen mit Kindern) zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten sowie zu einer Massnahme nach Art. 63 StGB verurteilt. Damit sind die Voraussetzungen des Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 StGB erfüllt. Die Vorinstanz hätte diese Massnahme prüfen und ausfällen müssen, da es sich um ein zwingendes Tätigkeitsverbot handelt. Sie befasste sich allerdings nicht damit. Der angefochtene Entscheid erweist sich insoweit als fehlerhaft. Die Staatsanwaltschaft sah jedoch davon ab, das erstinstanzliche Urteil diesbezüglich anzufechten.

3. a) Im Berufungsverfahren gilt die Dispositionsmaxime²²⁰. Das Berufungsgericht überprüft das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten, unter Vorbehalt der Ausdehnung zugunsten der beschuldigten Person zwecks Vermeidung gesetzeswidriger oder unbilliger Ergebnisse²²¹. Wenn der Berufungskläger die Berufung eindeutig auf einzelne Punkte beschränkt und den Grundsatz der inneren Einheit des Strafurteils nicht verletzt, muss das Berufungsgericht die Einschränkung respektieren²²². Will es über die Anträge hinausgehen, muss nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts enge Konnexität zwischen den Rechtsbegehren und den zu überprüfenden Punkten bestehen²²³.

b) Der Berufungskläger beantragt für den Fall, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht bedingt aufgeschoben wird, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben wird. Er selber thematisiert somit seine Massnahmebedürftigkeit und die Umsetzung einer Massnahme. Zwischen der beantragten Überprüfung der Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs und der Prüfung der Massnahmebedürftigkeit besteht ein enger, direkter Konnex. Fehlt eine Massnahmebedürftigkeit, steigen die Chancen einer guten Prognose - ist eine Massnahmebedürftigkeit gegeben, ist ein bedingter Strafvollzug nahezu ausgeschlossen. Ein Tätigkeitsverbot hängt somit eng mit der Prognose zusammen, und genau diese Prüfung wird vom Berufungskläger auch verlangt und hier durch das Berufungsgericht vorgenommen. Somit besteht eine enge Konnexität, weshalb aufgrund der Dispositionsmaxime die zusätzliche Anordnung des gesetzlich vorgeschriebenen Tätigkeitsverbots nicht per se ausgeschlossen ist. Die Frage nach

²²⁰ BGE vom 28. Januar 2019, 6B_1299/2018, Erw. 2.3

²²¹ Art. 404 Abs. 1 und 2 StPO

²²² Eugster, Basler Kommentar, 2.A., Art. 404 StPO N. 3

²²³ BGE vom 28. Januar 2019, 6B_1299/2018, Erw. 2.3

einer Verletzung des Doppelbestrafungsverbots²²⁴ stellt sich zudem nicht, da kein Eingriff in die Rechtskraft des Urteils in der Hauptsache erfolgt²²⁵. Im Weiteren sieht Art. 67d StGB unter bestimmten Voraussetzungen sogar einen nachträglichen Eingriff in ein rechtskräftiges Urteil vor, wenn sich während des Vollzugs eines bestehenden Tätigkeitsverbots herausstellt, dass beim Täter die Voraussetzungen für eine Erweiterung des Verbots oder für ein zusätzliches Verbot gegeben sind. Dann kann das Gericht gestützt auf Art. 67d Abs. 1 StGB - auf Antrag der Vollzugsbehörde - nachträglich das Tätigkeitsverbot erweitern oder ein zusätzliches Verbot anordnen. Das Gesetz erlaubt überdies die nachträgliche Anordnung eines Verbots nach Art. 67 Abs. 1 und 2 StGB, wenn während des Vollzugs der Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme die Voraussetzungen dieser Tätigkeitsverbote offenbar werden²²⁶.

4. a) Zu beachten ist jedoch das in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerte Verschlechterungsverbot²²⁷. Die Rechtsmittelinstanz darf Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist. Vorbehalten bleibt eine strengere Bestrafung aufgrund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten²²⁸, was hier jedoch nicht der Fall ist.

b) aa) Das Verschlechterungsverbot ist ein Institut des schweizerischen Strafprozessrechts. Es findet keine Grundlage in der EMRK²²⁹ oder dem UNO-Pakt II. Der Sinn des Verschlechterungsverbots besteht darin, dass die beschuldigte Person nicht durch die Befürchtung, strenger angefasst zu werden, von der Ausübung eines Rechtsmittels abgehalten wird²³⁰. Ob eine unzulässige Verschlechterung vorliegt, bestimmt sich durch Vergleich des Dispositivs des angefochtenen Entscheids mit demjenigen im Rechtsmittelverfahren²³¹. Dabei geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung von einer weiten Auslegung des Verschlechterungsverbots aus. Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO untersagt nicht nur die Verschärfung der Sanktion, sondern auch eine härtere rechtliche Qualifikation der Tat²³².

bb) Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht noch nie mit der hier zu beurteilenden Konstellation - erstmalige Anordnung eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 StGB im Berufungsverfahren - befasst. Im Bereich des übrigen Massnahmen- und Sanktionenrechts äusserte sich das Bundesgericht wiederholt zur Tragweite des Verschlechterungsverbots²³³. Demgemäss steht der Anordnung einer anderen als der ursprünglich als indiziert erachteten Massnahme durch

²²⁴ Grundsatz "ne bis in idem"

²²⁵ Vgl. BGE 142 IV 309 f.

²²⁶ Art. 67d Abs. 2 StGB; Hagenstein, Basler Kommentar, 4.A., Art. 67d StGB N. 1 f. (kritisch)

²²⁷ Verbot der reformatio in peius

²²⁸ Art. 391 Abs. 2 StPO

²²⁹ BGE 146 IV 182

²³⁰ BGE 144 IV 200; BGE 144 IV 43; BGE 142 IV 90 f.

²³¹ BGE 142 IV 136; BGE 139 IV 289

²³² BGE 139 IV 282 (Regeste)

²³³ "Reformatio in peius"

die Rechtsmittelinstanz generell nichts entgegen. Die Umwandlung einer ambulanten in eine stationäre Massnahme im Rechtsmittelverfahren ist zulässig²³⁴. Anders entschied das Bundesgericht bezüglich einer Landesverweisung. Diese stellt primär eine sichernde Massnahme dar. Ist die Landesverweisung nach Art. 66a f. StGB als Sanktion zu qualifizieren, ist sowohl für ihr "Ob" wie auch für die Dauer das Verschlechterungsverbot zu berücksichtigen²³⁵. Ordnet das Berufungsgericht lediglich eine vollzugsrechtliche Massnahme an - etwa die SIS-Ausschreibung²³⁶ -, greift Art. 391 Abs. 2 StPO nicht²³⁷.

cc) Zum Umfang des Verschlechterungsverbots im Massnahmenrecht nimmt die Lehre uneinheitlich Stellung²³⁸. Ein Teil scheint davon auszugehen, Art. 391 Abs. 2 StPO sei vollumfänglich anwendbar²³⁹. Verhängt die Berufungsinstanz erstmals und zusätzlich zu einer Strafe eine Massnahme, verletzt sie nach diesem Ansatz das Verschlechterungsverbot²⁴⁰. Andere Lehrmeinungen halten dafür, das Verschlechterungsverbot gelte im Massnahmenrecht nicht absolut²⁴¹. Sie differenzieren nach Art und Wirkung der neu verhängten Massnahme. Bezweckt die neue Massnahme primär die Sicherung der Gesellschaft, kann sie nach dieser Ansicht eine unzulässige Verschlechterung bewirken, wenn im Ergebnis ein längerer Freiheitsentzug droht als von der Vorinstanz angeordnet. Andere Massnahmen, die in erster Linie auf die Behandlung und Besserung des Täters zielen, sollen hingegen keine Schlechterstellung bewirken²⁴².

dd) aaa) Hier zu beurteilen ist der Fall einer vorinstanzlich ausgesprochenen Kombination aus Freiheitsstrafe und ambulanter Massnahme nach Art. 63 StGB, die erstmals im Berufungsverfahren mit einer Massnahme nach Art. 67 StGB zusammentreffen würde. Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und einen Teil der Lehre ist davon auszugehen, das Verschlechterungsverbot gelte im Massnahmenrecht nicht absolut. Die Tragweite des Verschlechterungsverbots kann dabei nur in Bezug auf eine konkrete Massnahme beurteilt werden, denn das Gesetz versammelt im zweiten Kapitel²⁴³ unter dem Titel "Massnahmen" zahlreiche Institute, die sich hinsichtlich Anlass, Zweck und Auswirkungen erheblich unterscheiden.

bbb) Ein Tätigkeitsverbot nach Art. 67 StGB bezweckt, die Wiederholung strafbaren Verhaltens zu unterbinden²⁴⁴. Es hat insofern sichernden Charakter. Aus der Perspektive der

²³⁴ BGE 144 IV 117

²³⁵ BGE 146 IV 319 f.

²³⁶ Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS)

²³⁷ BGE 146 IV 183

²³⁸ Vgl. Heer, Basler Kommentar, 4.A., Art. 56 StGB N. 23

²³⁹ Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 391 N. 3; in diesem Sinn wohl auch Ziegler/Keller, Basler Kommentar, 2.A., Art. 391 StPO N. 3a

²⁴⁰ Heer, Art. 56 StGB N. 29 mit Verweis auf Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 1492

²⁴¹ Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4.A., N. 2151

²⁴² Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 391 N. 16

²⁴³ Art. 56 ff. StGB

²⁴⁴ Hagenstein, Art. 67 StGB N. 29

betroffenen Personen greift das Tätigkeitsverbot in die persönliche Freiheit und allenfalls in die Wirtschaftsfreiheit ein²⁴⁵. Dem Tätigkeitsverbot kann keine edukative oder therapeutische Wirkung zugesprochen werden. Weil es eine Mehrbelastung der betroffenen Person (in Form eines Grundrechtseingriffs) bewirkt, fällt das Tätigkeitsverbot im Grundsatz daher unter das Verschlechterungsverbot.

ccc) Im Zeitpunkt der Revision des Strafgesetzbuchs war die StPO in Kraft. Das in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerte Verschlechterungsverbot war dem Gesetzgeber bekannt. Hätte er davon abweichen wollen, wäre eine entsprechende Anordnung zu treffen gewesen. Dass dem Gesetzgeber die prozessuale Problematik durchaus bewusst war, belegt Art. 67d StGB. Hat der Gesetzgeber das Verschlechterungsverbot aber nicht ausdrücklich eingeschränkt, bleibt dieses massgebend.

ddd) Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Anordnung der Landesverweisung im Berufungsverfahren. Diese ist - wie das Tätigkeitsverbot - eine sichernde Massnahme, die grundsätzlich zwingend ausgestaltet ist; gleichwohl gilt das Verschlechterungsverbot²⁴⁶. Das Ergebnis harmonisiert zudem mit der Praxis der Massnahmesubstitution. Wurde bereits einmal eine Massnahme angeordnet, sieht das Gesetz selbst den Austausch unterschiedlicher Massnahmen vor²⁴⁷. In solchen Konstellationen wäre es wenig effizient, dem Gericht im Rechtsmittelverfahren eine Befugnis abzusprechen, die der Gesetzgeber ihm nach Rechtskraft des Urteils ohne weiteres einräumt²⁴⁸. Mit Art. 67d StGB liegt zwar auch beim Tätigkeitsverbot eine Kompetenznorm vor, die jedoch nur bei Vorliegen neuer Tatsachen und Beweise die nachträgliche erstmalige Anordnung des Tätigkeitsverbots zulässt. Die gesetzliche Ausgangslage ist nicht vergleichbar mit den Fällen der Massnahmesubstitution, wo es nicht um die erstmalige Anordnung, sondern um den Austausch einer bestehenden Massnahme geht. Ein Analogieschluss zu den Fällen der Massnahmesubstitution verbietet sich deshalb. Im Berufungsverfahren kann daher ohne Verletzung von Art. 391 Abs. 2 StPO in der vorliegenden Konstellation (Bestätigung der vollziehenden Freiheitsstrafe von 18 Monaten mit ambulanter Massnahme gemäss Art. 63 StGB) kein Tätigkeitsverbot angeordnet werden.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. April 2021, SBR.2020.71

²⁴⁵ Hagenstein, Art. 67 StGB N. 13 und 33

²⁴⁶ BGE 146 IV 319 f.

²⁴⁷ Art. 62c Abs. 4 und 6 StGB; Art. 64c Abs. 3 StGB

²⁴⁸ BGE 144 IV 117

16. Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft für Schutzmassnahmen nach Jugendstrafrecht über die Volljährigkeit hinaus; Voraussetzungen zur Aufhebung einer jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahme; Zusammentreffen von Sanktionen des Jugend- und Erwachsenenstrafrechts (Art. 19 JStG; Art. 9 V-StGB-MStG analog)

1. a) Der Beschwerdeführer (Jahrgang 2001) machte sich von 2015 bis 2017 mehrfach strafbar. Zuletzt sprach ihn die Jugendanwaltschaft mit Strafbefehl diverser Straftaten schuldig, verurteilte ihn zu einem Freiheitsentzug von drei Monaten unbedingt und ordnete eine persönliche Betreuung an. Weiter verfügte die Jugendanwaltschaft eine ambulante Behandlung. Der Freiheitsentzug wurde zugunsten der Schutzmassnahmen aufgeschoben.

b) Das Bezirksgericht ordnete später - wie von der Jugendanwaltschaft beantragt - die Änderung der Schutzmassnahme von der persönlichen Betreuung in die offene Unterbringung an. Nach wenigen Monaten entwich der Beschwerdeführer aus der Massnahmeneinrichtung. Er wurde kurz darauf wegen des Verdachts des Betäubungsmittelhandels im Kanton X festgenommen und befindet sich seither dort in Untersuchungshaft. Der Beschwerdeführer beantragte daraufhin bei der Jugendanwaltschaft die Aufhebung der Schutzmassnahme der offenen Unterbringung und der ambulanten Behandlung. Die Jugendanwaltschaft wies den Antrag ab und bestätigte die bisherigen Anordnungen. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde und beantragte unter anderem, die offene Unterbringung in der Massnahmeneinrichtung sowie die ambulante Behandlung seien aufzuheben. Eventuell sei die Jugendanwaltschaft anzuweisen, die Schutzmassnahmen zu beenden.

2. a) Der Beschwerdeführer bestritt die Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft. Er machte geltend, bei der Jugendanwaltschaft sei kein Strafverfahren mehr gegen ihn pendent, im Strafverfahren im Kanton X seien ausschliesslich Taten zu beurteilen, die er als Erwachsener begangen habe, die Voraussetzungen für ein abgekürztes Verfahren gemäss Art. 358 StPO seien erfüllt und der vorzeitige Strafantritt sei bewilligt worden. Es gebe keine genügenden Anknüpfungspunkte mehr, welche die weitere Anwendung des Jugendstrafrechts rechtfertigen würden.

b) Der Beschwerdeführer wurde im Sommer 2019 volljährig. Gegen ihn ist im Kanton X ein erwachsenenrechtliches Strafverfahren hängig. Die dort zuständige Staatsanwaltschaft bewilligte dem Beschwerdeführer den vorzeitigen Strafvollzug und verfügte die Durchführung des abgekürzten Verfahrens.

c) aa) Gemäss Art. 19 Abs. 2 JStG enden alle Massnahmen mit Vollendung des 25. Altersjahrs. Mit dieser Altersgrenze, die deutlich über dem Mündigkeitsalter liegt, bleibt der jugendli-

chen Person mehr Zeit, sich während der Schutzmassnahme die für ein geordnetes, selbstbestimmtes Leben erforderlichen Grundlagen anzueignen (zum Beispiel Abschluss einer Berufsausbildung)²⁴⁹.

bb) Mit Art. 19 Abs. 2 JStG machte der Gesetzgeber klar, dass jugendstrafrechtliche Massnahmen bei gegebenen jugendstrafrechtlichen Voraussetzungen auch im Erwachsenenalter angeordnet werden können. Die Bestimmung ist im Übrigen mit der EMRK vereinbar, denn die Fortsetzung jugendstrafrechtlicher Schutzmassnahmen (wie auch die Anordnung derselben) nach Erreichen der Mündigkeit - auch gegen den Willen des Betroffenen - ist von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK gedeckt, da es sich um eine gerichtliche Verurteilung handelt²⁵⁰.

cc) Zuständig für den Vollzug der Strafen und Schutzmassnahmen ist die Jugendanwaltschaft am gewöhnlichen Aufenthalt der jugendlichen Person²⁵¹. Dass eine jugendliche Person während des Vollzugs der Schutzmassnahme volljährig wird und somit unter Umständen bei Einleitung des Abänderungsverfahrens volljährig ist, ändert an der Anwendbarkeit des Jugendstrafrechts und des Jugendstrafprozessrechts sowie der Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft nichts. Demnach können die zuständigen Behörden die Massnahme bis zur Erreichung der Höchstaltersgrenze auch ändern²⁵². Ob während des Abänderungsverfahrens zusätzlich ein (erwachsenenstrafrechtliches) Strafverfahren hängig ist, beziehungsweise, ob allenfalls ein Strafverfahren in einem anderen Kanton hängig ist, spielt keine Rolle für die grundsätzliche Anwendbarkeit des Jugendstrafrechts und der Jugendstrafprozessordnung bei der Abänderung von jugendstrafrechtlichen Massnahmen. Weshalb die Durchführung des abgekürzten Verfahrens (im erwachsenenstrafrechtlichen Verfahren gegen den Beschwerdeführer) die Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft infrage stellen sollte, wird nicht begründet und ist ebenfalls nicht ersichtlich. Gleiches gilt für die Bewilligung des vorzeitigen Strafantritts im erwachsenenstrafrechtlichen Verfahren.

dd) Das erwachsenenrechtliche Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer hebt die jugendstrafrechtliche Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft zusammengefasst nicht auf. Zu prüfen bleibt, ob das erwachsenenstrafrechtliche Verfahren einen Grund für die Beendigung der jugendstrafrechtlichen Massnahme gemäss Art. 19 JStG bildet. Zudem stellt sich die Frage - beziehungsweise genau genommen wird sich die Frage stellen -, wie vorzugehen ist, wenn allenfalls gestützt auf entsprechende rechtskräftige Urteile eine jugendstrafrechtliche Unterbringung und ein erwachsenenstrafrechtlicher Freiheitsentzug (gleichzeitig) zu vollziehen sind.

²⁴⁹ Hug/Schläfli/Valär, Basler Kommentar, 4.A., Art. 19 JStG N. 14

²⁵⁰ BGE 121 IV 310 f.; Hug/Schläfli/Valär, Art. 19 JStG N. 15; kritisch Aebbersold, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 3.A., N. 493

²⁵¹ Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 JStPO; Hebeisen, Basler Kommentar, 2.A., Art. 42 JStPO N. 4; vgl. Jositsch/Riesen-Kupper, Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Kommentar, 2.A., Art. 42 N. 4

²⁵² Riesen-Kupper, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar (Hrsg.: Donatsch), 20.A., Art. 18 JStG N. 4

3. a) Die Vollzugsbehörde hebt die Massnahme unter anderem dann auf, wenn feststeht, dass sie keine erzieherischen oder therapeutischen Wirkungen mehr entfaltet²⁵³. Eine solche Bestimmung fehlte im früheren Jugendstrafrecht, doch in der Praxis mussten immer wieder Massnahmen wegen Zwecklosigkeit aufgehoben werden. Wenn sich ein Jugendlicher einer therapeutischen Behandlung konsequent verweigert oder sich allen erzieherischen Bemühungen beharrlich entzieht (zum Beispiel durch ständiges Entweichen), macht es keinen Sinn, Schutzmassnahmen aufrecht zu erhalten, es sei denn, die besondere Gefährlichkeit des jugendlichen Straftäters gebiete dies²⁵⁴. Die Möglichkeit, eine Schutzmassnahme wegen Wirkungslosigkeit aufzuheben, ist grundsätzlich zu begrüssen. Sie darf aber nicht dazu führen, dass Schutzmassnahmen vorschnell aufgegeben werden. Eine Qualität des Jugendstrafrechts muss es bleiben, dass die Vollzugsbehörden mit Beharrlichkeit und Geduld mit jugendlichen Personen arbeiten, und dass sie die ins Auge gefassten oder getroffenen Lösungen selbst infrage stellen sowie dass sie - was das JStG ermöglicht - kreative und unkonventionelle Wege beschreiten. Ziel muss dabei sein, den vorgezeichneten Weg einer jugendlichen Person in eine kriminelle Karriere zu unterbrechen²⁵⁵.

b) Der Beschwerdeführer stellte sich zusammengefasst auf den Standpunkt, die Unterbringung in der Massnahmeneinrichtung und die Therapie seien gescheitert, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Weiterführung dieser Schutzmassnahme seien nicht mehr erfüllt und deren Vollzug sei - aufgrund der Verbüssung der Freiheitsstrafe aus dem Kanton X - objektiv unmöglich geworden. Leider hätten alle bisherigen Schutzmassnahmen nach Jugendstrafrecht - so der Beschwerdeführer weiter - keine nachhaltige Wirkung entfalten können. Das sei bedauerlich, müsse aber nun akzeptiert werden. Der Beschwerdeführer habe gegenüber den Behörden, den Eltern und seiner Anwältin mehrfach erklärt, er könne und wolle sich nicht einlassen, falls er wieder zurück in die Massnahmeneinrichtung müsse. Er würde bei erster Gelegenheit wieder die Flucht ergreifen. Weshalb ausgerechnet die Weiterführung (Bestätigung der Unterbringung in der Massnahmeneinrichtung) erfolgversprechend sein solle, sei nicht nachvollziehbar und werde von der Jugendanwaltschaft nicht begründet. Die Massnahmenempfehlung der Gutachterin sei in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht überholt. Zudem erweise sich die Massnahme als unverhältnismässig, da es sowohl an der Massnahmewilligkeit als auch an der objektiven Möglichkeit des Vollzugs fehle.

c) aa) Die Jugendanwaltschaft berief sich vorab auf das erst kürzlich ergangene rechtskräftige Urteil des Bezirksgerichts, mit dem die (offene) Unterbringung angeordnet worden sei. Das Bezirksgericht habe sich umfassend mit der Massnahmenbedürftigkeit des Beschwerdeführers befasst. Alle beteiligten Anwesenden seien an der Hauptverhandlung mit der beantragten Unterbringung einverstanden gewesen. Der Sozialpädagoge der Massnahmeneinrichtung habe eindrücklich

²⁵³ Art. 19 Abs. 1 JStG

²⁵⁴ Hug/Schläfli/Valär, Art. 19 JStG N. 3

²⁵⁵ Hug/Schläfli/Valär, Art. 19 JStG N. 4

ausgeführt, weshalb genau diese Unterbringung die richtige Unterstützung sei, um die nötigen Entwicklungsschritte zu machen. Der Beschwerdeführer habe versichert, diese Chance jetzt packen zu wollen, und er habe das Urteil im Anschluss akzeptiert.

bb) Danach wies die Jugendanwaltschaft auf die gesetzlich nicht geregelte Problematik des Aufeinandertreffens von jugendstrafrechtlichen und erwachsenenstrafrechtlichen Urteilen im Vollzug hin und verwies auf die ihrer Auffassung nach weiter anwendbare frühere Lehrmeinung.

cc) Die Jugendanwaltschaft führte für die Fortführung der jugendstrafrechtlichen Unterbringung folgende Gründe an: Das Urteil des Bezirksgerichts sei noch jung, seit damals sei noch kein halbes Jahr vergangen. Dass der Beschwerdeführer auch während Entweichungen weiter delinquirere, mache gerade deutlich, dass er der Schutzmassnahme bedürfe. Nach dieser kurzen Zeit von einer "gescheiterten" Massnahme zu sprechen, sei verfehlt. Entweichungen im Rahmen von jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen seien üblich und zeigten, dass es dem Betroffenen zu eng werde, weil dringend nötige Grenzen vorhanden seien, die er nicht einhalten wolle oder könne. Hier sei es gerade wichtig, dranzubleiben und nicht aufzugeben. Die Jugendanwaltschaft habe für die Unterbringung die Massnahmeneinrichtung gewählt. Ein Ort, der speziell für die Gruppe der jungen Erwachsenen geschaffen und später auch jugendlichen Personen ab 17 Jahren zugänglich gemacht worden sei. Dem jungen Erwachsenen sollten die Fähigkeiten vermittelt werden, selbstverantwortlich und straffrei zu leben. Insbesondere sei seine berufliche Aus- und Weiterbildung zu fördern. Der Beschwerdeführer sei 19 ½ Jahre alt. Junge Erwachsene fielen unter kriminologischen Aspekten mehrfach auf (generell höchste Kriminalitätsbelastung; Delinquenz in besonderem Mass mit Defiziten in der Persönlichkeitsentwicklung verbunden; oft wesentlich mit Problemen der Identitätsfindung, der Eingewöhnung von Lebenstechniken, der Integration in den Arbeitsmarkt und der sinnvollen Freizeitgestaltung zusammenhängend). Das gelte unter anderem besonders für jugendliche Ausländer, die erst in fortgeschrittenem Alter in die Schweiz nachgezogen worden und kaum über ausreichende Sprachkenntnisse und eine genügende Schulbildung verfügten, die eine Lehre möglich macht. Die Ein- beziehungsweise Wiedereingliederung junger Menschen in die Gesellschaft hänge stark von ihren beruflichen Chancen ab. Diese Gruppe von jungen Menschen sei zudem noch stark beeinflussbar, weshalb Interventionen grosse Aussicht auf Erfolg hätten. Die Durchführung einer eigentlichen Berufsausbildung, die oft noch mit Schulbildung allgemeiner Art verbunden sei, werde begleitet von einer Förderung der Entwicklung der Persönlichkeit auf pädagogischem und therapeutischem Weg. Es gehe um eine Korrektur einer Fehlentwicklung mittels erzieherischen Mitteln. Es werde eine zweckgerichtete und individualisierte sozialpädagogische Betreuung angestrebt, die der charakterlichen und sozialen Festigung des betroffenen Menschen dienen solle. Statt dem Strafvollzug werde dem Betroffenen eine positive Entwicklungsperspektive aufgezeigt, indem ihm eine Berufsbildungsmöglichkeit mit schrittweiser Öffnung zu mehr Selbstständigkeit angeboten werde. Der Beschwerdeführer befinde sich in dieser Lebensphase. Jugendstrafrechtliche Schutzmassnahmen dauerten maximal bis zur Vollendung des 25. Lebensjahrs. Es blieben also noch mehr als fünf Jahre, in denen er in seiner Entwicklung unterstützt und begleitet werden könne.

4. a) Die Jugendanwaltschaft wies in ihrer Beschwerdeantwort korrekt auf Sinn und Zweck der jugendstrafrechtlichen Massnahmen und insbesondere der Unterbringung in der Massnahmen-einrichtung sowie auf den Unterschied zu erwachsenenstrafrechtlichen Strafen und Massnahmen hin. Zweck einer jugendstrafrechtlichen Massnahme ist nicht der Schuldausgleich, sondern die Re-sozialisierung des Täters. Dementsprechend handelt es sich um unbefristet angeordnete Massnah-men. Die Beendigung der Schutzmassnahmen bleibt also zunächst einmal offen. Theoretisch kann eine Massnahme (ab Erreichen der Altersgrenze von zehn Jahren bis zur zwingenden Beendigung mit 25 Jahren) bis zu 15 Jahre dauern. Diese zeitliche Offenheit bedeutet für die jugendliche Per-son - insbesondere im Vergleich zu den zeitlich begrenzten Strafen - eine erhebliche Belastung. Das schafft teilweise unerwünschte Anreize: Wenn es dem Untergebrachten gelingt, die Massnahme durch eine gezielte Verweigerungshaltung als zwecklos erscheinen zu lassen, "darf" er in den Straf-vollzug - mit den genannten Vorteilen²⁵⁶. Die Jugendanwaltschaft bringt es wie folgt auf den Punkt: Die Schutzmassnahme habe gerade zum Ziel, mit den betroffenen Personen zu arbeiten; dass sie sich mit ihrer Persönlichkeit auseinandersetzen sollen, ihre Entwicklungsdefizite und fehlende Kom-petenzen erkennen und daran arbeiten sollen. Dies sei wesentlich anstrengender als in einer Zelle eine Zeit abzusitzen. Daher wollten die jugendlichen Personen oftmals lieber ihre Strafe absitzen, als eine Schutzmassnahme zu durchlaufen. Es sei aber ein gesellschaftliches Interesse (und liegt letztendlich auch im Interesse der betroffenen jugendlichen Personen), den jungen Menschen diese Entwicklung zu ermöglichen, anstatt sie einfach wegzusperren. Die Wirkungslosigkeit einer Mass-nahme nach Art. 19 Abs. 1 JStG ist daher nicht vorschnell festzustellen. Eine klare und definitive Wirkungslosigkeit ist aber gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 2 JStG entscheidend, um die Massnahme aufzuheben. Probleme im Massnahmenvollzug genügen nicht, sondern sind normal. Zu berücksich-tigen bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten einer konkreten, aktuellen Massnahme, welche auf-gehoben werden soll, ist daher insbesondere auch deren Dauer. Denn jede neue Massnahme ist auch eine neue Chance.

b) aa) Ausgangslage der Beurteilung der Massnahme bildet das Verfahren um Abände-rung der Schutzmassnahme, das mit bezirksgerichtlicher Entscheid rechtskräftig abgeschlossen wurde. Der Beschwerdeführer hat diesen Entscheid nicht nur nicht angefochten, sondern er hat sich mit der beantragten Schutzmassnahme ausdrücklich einverstanden erklärt. Auch noch in der späte-ren Konsultation mit den psychiatrischen Diensten eines Spitals äusserte er sich dahingehend, dass er in der Massnahmeneinrichtung bleiben wolle, da er seine Optionen dort deutlich positiver als in der regulären Haft sehe. Wesentlich geändert hat sich seither - soweit ersichtlich - nichts. Der Be-schwerdeführer hat (nach wie vor) allergrösste Mühe, sich in einem geregelten Rahmen zu bewe-gen. Das Hauptproblem dürfte in seiner Suchtproblematik liegen. Das zeigt auch die Massnahmen-planung der Massnahmeneinrichtung, die erst rund vier Monate alt ist und nach seinem "Absturz",

²⁵⁶ Vgl. Riedo, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013, N. 816 ff.

nach seiner Entlassung im August 2020 mit Wiedereintritt vier Tage danach und nach seinem "Kurvengang" im Oktober 2020 mit späterer Rückführung erfolgte.

bb) Der Beschwerdeführer listete Delikt, Intervention und Massnahmenvollzug zutreffend auf. Richtig ist auch, dass diese Schutzmassnahmen bisher keine nachhaltige Wirkung entfalten konnten. Das bedeutet indessen nicht, dass damit bereits feststeht, dass die angeordnete Unterbringung in der Massnahmeneinrichtung keine erzieherische oder therapeutische Wirkung mehr entfalten kann. Die bisherige Dauer der Unterbringung in der Massnahmeneinrichtung ist, auch unter Berücksichtigung des vorsorglich angeordneten Aufenthalts im Sommer 2020, zu kurz²⁵⁷, um definitiv festzustellen, dass sie keine Wirkungen mehr entfalten kann. Zudem wurde die Massnahme mehrfach durch Entlassung und Entweichung des Beschwerdeführers unterbrochen. Es genügt unter diesen Umständen nicht, wenn eine Unterbringung nach einem halben oder dreiviertel Jahr noch keine nachhaltige Wirkung erzielt hat.

cc) Aufgrund der aktenmässig belegten, schwankenden Motivation des Beschwerdeführers ist es zudem naheliegend, dass seine derzeit ablehnende Haltung nicht gefestigt ist, sondern sich bei einer Rückführung in die Massnahmeneinrichtung wieder ändern kann. Derzeit scheint es dem Beschwerdeführer hauptsächlich darum zu gehen, die unbefristete Schutzmassnahme gegen einen kurzen Freiheitsentzug eintauschen zu wollen. Die Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 JStG für die Aufhebung der Schutzmassnahme sind damit nicht erfüllt.

c) Soweit der Beschwerdeführer sich sodann zu den Voraussetzungen für die Anordnung der Schutzmassnahme äussert, ist darauf nicht einzutreten. Diese Fragen sind mit dem rechtskräftigen Entscheid des Bezirksgerichts geklärt. Im Übrigen ist gemäss Art. 19 Abs. 1 JStG eine jährliche Prüfung, ob und wann die Massnahme aufgehoben werden kann, durch die Vollzugsbehörde vorgesehen.

d) Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für eine Aufhebung der erst kurz vorher mit bezirksgerichtlichem Entscheid angeordneten Schutzmassnahme der offenen Unterbringung (gemäss Entscheid der Jugendanwaltschaft in der Massnahmeneinrichtung) nicht erfüllt. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

5. a) Allerdings stellt sich die Frage, ob das im Kanton X hängige Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer an dieser Beurteilung etwas zu ändern vermag. Zu unterscheiden ist dabei zwischen zwei Verfahrensstadien: Zum einen stellt sich die Frage, wie das jeweils zuständige Sachgericht (im jugendstrafrechtlichen beziehungsweise im erwachsenenstrafrechtlichen Verfahren) das jeweils andere Verfahren zu berücksichtigen hat. Das ist die Situation, bevor zwei rechtskräftige Sanktionen vorliegen. Die zweite Situation betrifft die Stufe danach: Liegen eine jugendstrafrechtlich und

²⁵⁷ Dabei ist zu beachten, dass sich der Beschwerdeführer seit Ende Dezember 2020 im Kanton X in Haft befindet.

eine erwachsenenstrafrechtlich rechtskräftig angeordnete Sanktion vor, ist es eine Frage des Vollzugs und damit der Vollzugsbehörden, welche Sanktion zuerst vollzogen wird.

b) aa) Die Jugendanwaltschaft führte dazu aus, ungeregt bliebe im Jugendstrafrecht die Frage, wie vorzugehen sei, wenn ein jugendstrafrechtliches Urteil mit einem erwachsenenstrafrechtlichen Urteil im Vollzug zusammenfalle. Nach früherem Recht sei in diesen Fällen in analoger Anwendung von Art. 2 Abs. 8 VStGB¹²⁵⁸ vorzugehen gewesen. Das habe geheissen, dass zuerst die am dringlichsten oder zweckmässigsten erscheinende Sanktion zu vollziehen und der Vollzug der anderen aufzuschieben gewesen sei. Da auch die neue V-StGB-MStG²⁵⁹ für diese Fälle keine Lösung anbiete, müssten die entsprechenden Bestimmungen wie früher analog zur Anwendung gelangen²⁶⁰.

bb) Die Ausführungen der Jugendanwaltschaft betreffen die zweite Stufe, wenn bereits zwei rechtskräftig verfügte Sanktionen vorliegen. Das JStG selber regelt in Art. 32 lediglich das Zusammentreffen von jugendstrafrechtlichen Schutzmassnahmen und Freiheitsentzug, nicht aber dasjenige zwischen jugendstrafrechtlichen und erwachsenenstrafrechtlichen Sanktionen. Das Erwachsenenstrafrecht wiederum regelt in den Art. 4 ff. V-StGB-MStG ebenfalls nur das Zusammentreffen erwachsenenstrafrechtlicher Sanktionen im Vollzug. Wenn jugendstrafrechtliche und erwachsenenstrafrechtliche Sanktionen gleichzeitig zum Vollzug anstehen, erscheint es angemessen, die Art. 4 ff. V-StGB-MStG analog anzuwenden²⁶¹.

Die V-StGB-MStG regelt unter anderem das Zusammentreffen mehrerer Sanktionen nach dem StGB²⁶². Art. 9 V-StGB-MStG betrifft gleichzeitig vollziehbare stationäre Massnahmen und Freiheitsstrafen. In diesen Fällen geht der Vollzug der Massnahmen dem Vollzug der Freiheitsstrafen voraus. Die zuständige Behörde schiebt sowohl die gleichzeitig mit den Massnahmen ausgesprochenen als auch die mit den Massnahmen zusammentreffenden Freiheitsstrafen auf. Die analoge Anwendung bei dem (erwartbaren) Zusammentreffen der Unterbringung nach Jugendstrafrecht und der zu erwartenden Freiheitsstrafe im ausserkantonalen Erwachsenenstrafverfahren ergibt, dass im Vollzug die Unterbringung zwingend vorausgeht²⁶³. Das gleiche Ergebnis ergäbe sich im Übrigen auch bei einer analogen Anwendung von Art. 32 JStG, der ebenfalls vorsieht, dass eine Unterbringung einem vollziehbaren Freiheitsentzug vorgeht. Sollte es zu einer rechtskräftigen Freiheitsstrafe kommen, wird es indes Sache der Vollzugsbehörden sein, entsprechend zu handeln und zu vollziehen. Insbesondere wird sich die Jugendanwaltschaft damit befassen und mit den zuständigen erwachsenenstrafrechtlichen Vollzugsbehörden Kontakt aufnehmen müssen.

²⁵⁸ Verordnung (1) zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, SR 311.01, aufgehoben per 1. Januar 2007

²⁵⁹ Verordnung zum Strafgesetzbuch und zum Militärstrafgesetz, SR 311.01

²⁶⁰ Mit Verweis auf Hug/Schläfli/Valär, Art. 19 JStG N. 8 sowie auf Art. 6 ff. V-StGB-MStG

²⁶¹ Hug/Schläfli/Valär, Art. 32 JStG N. 8 sowie Art. 19 JStG N. 8

²⁶² Art. 1 lit. b V-StGB-MStG

²⁶³ So Hug/Schläfli/Valär, Art. 32 JStG N. 8

c) Allerdings ist die erwachsenenstrafrechtliche Sanktion bisher noch nicht rechtskräftig entschieden, sondern erst beantragt worden. Damit kann sich die Frage nach einem allfälligen Aufschub einer der beiden Sanktionen noch gar nicht stellen. Fraglich erscheint, ob der Entscheid über einen solchen Aufschub in der Kompetenz des jugendstrafrechtlichen beziehungsweise erwachsenenstrafrechtlichen Strafgerichts liegt. Da die erwachsenenstrafrechtliche Sanktion noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, kann jedenfalls seitens der Jugendstrafbehörden (noch) nicht über einen Aufschub entschieden werden²⁶⁴.

Obergericht, 2. Abteilung, 8. April 2021, SW.2021.22

²⁶⁴ Zudem wäre gestützt auf die Überlegungen, mit welchen die Voraussetzungen für die Beendigung der jugendstrafrechtlichen Massnahme verneint werden, ein Aufschub der jugendstrafrechtlichen Massnahme zugunsten der erwachsenenstrafrechtlichen Freiheitsstrafe abzulehnen. Zum gleichen Ergebnis kommt man mit den obgenannten Überlegungen, welche für den Vollzug gelten.

17. Zeitpunkt, ab dem Amtshandlungen aufzuheben sind, an denen die zum Ausstand verpflichtete Person mitwirkte (Art. 60, 311 f. StPO)

1. Das Bundesgericht ordnete den Ausstand des Staatsanwalts im Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer an. Letzterer beantragte daraufhin gestützt auf Art. 60 Abs. 1 StPO, es seien sämtliche Amtshandlungen, an denen der Staatsanwalt seit Eröffnung der Strafverfahren direkt oder indirekt mitgewirkt habe oder beteiligt gewesen sei, aufzuheben und aus den Akten zu entfernen. Der bisher zuständige polizeiliche Sachbearbeiter sei von den Strafverfahren abzuziehen. Die Staatsanwaltschaft²⁶⁵ verfügte, es würden keine Akten oder sonstige Beweismittel, die vor dem 26. November 2019 erhoben worden seien, ausgesondert. Alle Einvernahmen, die nach diesem Datum ohne Mitwirkung des zum Ausstand verpflichteten Staatsanwalts durchgeführt worden seien, verblieben bei den Akten. Der polizeiliche Sachbearbeiter könne nicht vom Fall abgezogen werden.

2. Beschwerdegegenstand dieses Beschwerdeverfahrens bildet die Frage, welche Amtshandlungen, an denen der in den Ausstand versetzte Staatsanwalt mitwirkte, aufzuheben und welche auf solchen Amtshandlungen beruhenden, "kontaminierten" Akten aus dem Untersuchungsdossier zu entfernen sind.

3. a) Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Person mitgewirkt hat, sind aufzuheben und zu wiederholen, sofern dies eine Partei innert fünf Tagen verlangt, nachdem sie vom Entscheid über den Ausstand Kenntnis erhalten hat²⁶⁶. Beweise, die nicht wieder erhoben werden können, darf die Strafbehörde berücksichtigen²⁶⁷.

b) aa) Art. 60 Abs. 1 und 2 StPO lassen der Staatsanwaltschaft nur einen beschränkten Spielraum. Wiederholt werden müssen alle Verfahrenshandlungen, bei deren Vornahme der Ausstandsgrund bestand. Ein Aufhebungsantrag kann sich gegen Amtshandlungen schlechthin richten, das heisst auch gegen Prozesshandlungen, die nicht in einem formellen Entscheid ergangen und eröffnet worden sind, wie zum Beispiel die Einvernahme von Zeugen. Es handelt sich bei Art. 60 Abs. 1 StPO um eine Spezialbestimmung, welche die Aufhebung und Wiederholung von Amtshandlungen im weitesten Sinn ermöglicht, wenn ein Ausstandsgrund vor Abschluss oder während des laufenden Verfahrens vor der betreffenden Instanz entdeckt wird. Weil der Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht formeller Natur ist, ist die Amtshandlung unabhängig von der materiellen Anspruchsbegründung aufzuheben, wenn das Ausstandsbegehren und das Gesuch um Aufhebung der Amtshandlung rechtzeitig gestellt worden sind. Daher kann es grundsätzlich auch nicht darauf ankommen, ob sich die Handlungen tatsächlich auf den Verfahrensausgang auswirken könnten oder ausgewirkt haben. Aufgrund des klaren Gesetzeswortlauts und der formellen Natur der Ausstandspflicht kann nur ausnahmsweise auf die Aufhebung und die Wiederholung verzichtet

²⁶⁵ In anderer Besetzung

²⁶⁶ Art. 60 Abs. 1 StPO

²⁶⁷ Art. 60 Abs. 2 StPO

werden, wenn es darum geht, sinnlose und für die Parteien unverständliche Leerläufe zu vermeiden. Eine Beurteilung im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände mit dem Ziel, einen möglichst sachgerechten Ausgleich zwischen der Verfahrensgerechtigkeit einerseits und der Verwaltungseffizienz andererseits zu schaffen, ist - anders als im Verwaltungsverfahren, das keine Regelung über die Konsequenzen bei der Mitwirkung einer ausstandspflichtigen Person kennt - ausgeschlossen²⁶⁸.

bb) Die Staatsanwaltschaft entscheidet in Anwendung von Art. 60 Abs. 2 StPO die Frage, ob bestimmte Beweise trotz des bestehenden Ausstandsgrunds weiterhin zu berücksichtigen seien, weil sie nicht wieder erhoben werden können. Allerdings ist die antizipierte Würdigung, eine Wiederholung sei nicht möglich, nur in äusserst klaren Fällen zulässig. Bestehen Zweifel, so ist vorab von der Nichtverwertbarkeit des Beweismittels auszugehen, und es muss versucht werden, die Beweiserhebung durchzuführen. Erst wenn klar feststeht, dass eine Wiederholung tatsächlich nicht erfolgen kann, hat die Verfahrensleitung einen Entscheid über die Verwertbarkeit des entsprechenden Beweismittels zu treffen²⁶⁹.

4. a) Umstritten ist in erster Linie, ab welchem Zeitpunkt die Amtshandlungen aufzuheben sind: Die Staatsanwaltschaft bezeichnete als Stichtag den 26. November 2019 und erwog, das Bundesgericht habe im Ausstandsentscheid als "faktisch letzten Baustein zur Bildung einer Summe aller zu beanstandenden Verhaltensweisen" für die Annahme des Anscheins der Befangenheit eine Äusserung des Staatsanwalts vom 26. November 2019 ("Torpedierung des Strafverfahrens") angenommen. Demgegenüber verlangte der Beschwerdeführer die Aufhebung der Amtshandlungen (formal) ab der Eröffnung des Verfahrens, konkret und substantiiert indessen (erst) ab dem 12. März 2019. Auch der Beschwerdeführer berief sich auf das Bundesgericht, das mehrere Verfahrenshandlungen beanstandet und daraus den Schluss gezogen habe, dass "die Summe aller zu beanstandenden Verhaltensweisen objektiv den Anschein von Befangenheit wecke". Es stellten somit alle beanstandeten Verfahrenshandlungen gleichwertige Faktoren des Befangenheitsanscheins dar. Deshalb seien sämtliche Verfahrenshandlungen mindestens ab dem Zeitpunkt der Übermittlung des Fragenkatalogs (12. März 2019) mit dem Anschein der Befangenheit behaftet. Die Staatsanwaltschaft ihrerseits betonte ebenfalls den Umstand, dass das Bundesgericht für die Gutheissung des Ausstandsgesuchs explizit nur auf die Gesamtumstände abgestellt und in Bezug auf die einzelnen gerügten Momente gerade noch keine Befangenheit angenommen habe. Dementsprechend könne auch nur eine Aufhebung solcher Verfahrenshandlungen zur Debatte stehen, die zu einem Zeitpunkt vorgenommen worden seien, als ein Anschein von Befangenheit aufgrund der "Summe aller zu beanstandenden Verhaltensweisen" vorgelegen habe. Dabei bezog die Staatsanwaltschaft auch das Verhalten des Beschwerdeführers ein, der erst am 16. Dezember 2019 ein Ausstandsgesuch gestellt habe. Der Beschwerdeführer habe sich - so die Staatsanwaltschaft - ausdrücklich auf die Nicht-

²⁶⁸ RBOG 2016 Nr. 26 S. 256

²⁶⁹ RBOG 2016 Nr. 26 S. 255

anhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft vom 6. Dezember 2019 (welche ihm am 9. Dezember 2019 zugestellt worden sei) gestützt, womit erstellt sei, dass er die früheren Amtshandlungen damals gerade nicht als hinreichenden Anlass für ein Ausstandsgesuch eingestuft habe. Dementsprechend komme eine Aufhebung von Amtshandlungen auch erst für den Zeitraum ab dem 16. Dezember 2019 in Frage.

b) Das Gesetz²⁷⁰ bezeichnet das Ausmass der Aufhebungen nicht näher. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung²⁷¹ sind indessen nur diejenigen Verfahrenshandlungen aufzuheben und zu wiederholen, die nach dem Vorkommnis erfolgten, das den Ausstand begründete. Nichts Anderes ergibt sich aus der Lehre²⁷²: Anfechtbar sind Amtshandlungen ab dem Zeitpunkt des Vorliegens des Ausstandsgrunds. Demgegenüber sind Ergebnisse von Amtshandlungen, die in der Zeit "vor" Eintritt des Ausstandsgrunds vorgenommen wurden und ihren Niederschlag in den Strafakten gefunden haben, von der Befangenheit nicht betroffen und deshalb nach wie vor gültig. Wiederholt werden müssen demnach nur diejenigen Amtshandlungen, bei deren Vornahme der Ausstandsgrund schon bestand beziehungsweise die nach dem den Ausstand begründenden Ereignis erfolgten. Dies erweist sich so lange als unproblematisch, als der Ausstand auf eine bestimmte Verfahrenshandlung zurückzuführen ist. Liegt dem Ausstand aber eine Mehrzahl von Einzelhandlungen zugrunde, muss die für die Ausscheidung zuständige Behörde in Berücksichtigung der konkreten Umstände entscheiden, ab welchem Zeitpunkt die Mitwirkung der vom Ausstand betroffenen Person am Verfahren nicht mehr zulässig war²⁷³. Das Bundesgericht²⁷⁴ räumt dabei der zuständigen Behörde einen Ermessensspielraum ein, um den gesamten Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden.

c) aa) Das Bundesgericht bezeichnete im Ausstandsentscheid den Zeitpunkt nicht, ab dem eine Befangenheit des Staatsanwalts anzunehmen ist. Vielmehr prüfte das Bundesgericht zunächst die verschiedenen geltend gemachten Ausstandsgründe und stellte anschliessend fest, dass mehrere Vorwürfe nicht unbegründet seien. Der Staatsanwalt habe sich mitunter nicht nur ungeschickt verhalten, sondern bei seinen Untersuchungen auch nicht die erforderliche Unparteilichkeit erkennen lassen. Ob die einzelnen Verhaltensweisen - so das Bundesgericht weiter - derart schwer wiegen würden, dass sie jeweils für sich allein als krasses Fehlverhalten einen Ausstandsgrund schaffen würden, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls erwecke die Summe aller zu beanstandenden Verhaltensweisen objektiv den Anschein von Befangenheit. Demzufolge stufte das Bundesge-

²⁷⁰ Art. 60 Abs. 1 und 2 StPO

²⁷¹ BGE vom 6. Oktober 2017, 1B_246/2017, Erw. 4.1 mit Hinweis auf BGE 141 IV 186

²⁷² Keller, in: Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 60 N. 3; Boog, Basler Kommentar, 2.A., Art. 60 StPO N. 1; Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 530; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4.A., N. 195

²⁷³ Oberholzer, N. 195 mit Hinweis auf BGE vom 6. Oktober 2017, 1B_246/2017, Erw. 4

²⁷⁴ BGE vom 6. Oktober 2017, 1B_246/2017, Erw. 4.1

richt keinen der geltend gemachten Ausstandsgründe ausdrücklich als besonders schwer oder kras-
ses Fehlverhalten ein. Gemäss Beurteilung des Obergerichts wiegt keiner dieser Ausstandsgründe
so schwer, dass er allein zum Ausstand führt.

bb) Bei dieser Ausgangslage ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt desjenigen Aus-
standsgrunds abzustellen, der im Rahmen einer Gesamtwürdigung zur Annahme der Befangenheit
führte. Für ein solches Vorgehen gibt es ein höchstrichterliches Präjudiz: So ergibt sich aus BGE 141
IV 178 zusammengefasst, die Beschwerdegegner (Staatsanwältin und Staatsanwalt) hätten zahlrei-
che und teilweise krasse Verfahrensfehler begangen. Hinzu komme die unangebrachte Bemerkung
der Staatsanwältin zu Beginn der Einvernahme vom 28. November 2013. In der Summierung wiege
dies schwer. Demzufolge seien die Beschwerdegegner - so das Bundesgericht in diesem Ent-
scheid - ab ihrem zu beanstandenden Vorgehen in der Einvernahme vom 28. November 2013 zum
Ausstand verpflichtet. Wenn das Bundesgericht in einem Fall mit zahlreichen und teilweise krassen
Verfahrensfehlern für die Festlegung des Zeitpunkts der Befangenheit gleichsam auf den "Tropfen"
abstellte, der das Fass zum Überlaufen brachte, muss dies im vorliegenden Verfahren ebenfalls
gelten, in dem vier Verhaltensweisen zur Diskussion stehen, die insgesamt zur Annahme der Be-
fangenheit führten, ohne dass das Bundesgericht bei der Prüfung dieser vier Punkte je von einem
krassen Fehlverhalten gesprochen hätte. Bei einer Würdigung der geltend gemachten Ausstands-
gründe stellten hier frühestens die Ausführungen des Staatsanwalts in der Beschwerdeduplik vom
26. November 2019, mit denen er den Eindruck erweckte, er bekunde Schwierigkeiten mit der Un-
schuldsvormutung beziehungsweise dem Verbot zum Selbstbelastungszwang²⁷⁵, zusammen mit
den zeitlich davor liegenden "nicht unbegründeten" Vorwürfen, eine genügende Grundlage für die
Annahme einer Befangenheit dar, zumal es sich hierbei um zentrale strafprozessuale Prinzipien²⁷⁶
handelt, die für jeden Staatsanwalt eine Selbstverständlichkeit sein sollten.

cc) Die Staatsanwaltschaft wies in diesem Zusammenhang zu Recht auch auf das
Verhalten des Beschwerdeführers hin, weil Ausstandsgründe gemäss Art. 58 Abs. 1 StPO ohne Ver-
zug geltend zu machen sind. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gebieten es der Grund-
satz von Treu und Glauben sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs²⁷⁷, einen echten oder ver-
meintlichen Ausstandsgrund so früh wie möglich vorzubringen²⁷⁸. Der Beschwerdeführer verlangte
indessen erst mit Gesuchen vom 14. Dezember 2019 an die Staatsanwaltschaft und vom 16. De-
zember 2019 an das Obergericht den Ausstand des Staatsanwalts. Dabei stellte das Ausstandsge-
such eine Reaktion auf die Nichtanhandnahmeverfügung vom 6. Dezember 2019 dar, mit der die
Staatsanwaltschaft die vom Beschwerdeführer mit verschiedenen Strafanzeigen gegen mehrere
Personen geforderte Untersuchung nicht anhand genommen hatte. Der Beschwerdeführer führte im

²⁷⁵ "Nemo tenetur"; Die problematische Passage in der Beschwerdeduplik der Staatsanwaltschaft lautete wie folgt: "Die Tatsache, dass
der Beschuldigte nichts unversucht lässt, um die Untersuchung zu torpedieren, ist letztlich ein Belastungsindiz, das zur Verdichtung
des Tatverdachts beiträgt."

²⁷⁶ Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 10 Abs. 1 StPO

²⁷⁷ Art. 9 BV; Art. 3 Abs. 2 lit. a und b StPO

²⁷⁸ BGE vom 6. September 2018, 6B_297/2018, Erw. 3.3

Ausstandsgesuch aus, die Ausführungen der Staatsanwaltschaft in der Nichtanhandnahmeverfügung vom 6. Dezember 2019 zeigten endgültig, dass sie nicht mehr unparteiisch sei, wobei sich der Beschwerdeführer mit den einzelnen von ihm gerügten Ausführungen befasste. Weiter machte der Beschwerdeführer geltend, seine Vorverurteilung und die Voreingenommenheit des Staatsanwalts ergebe sich auch aus der Beschwerdeduplik vom 26. November 2019. Gemäss den Ausführungen in jener Rechtsschrift bewerte die Staatsanwaltschaft die legitime Ergreifung von Rechtsmitteln als gesetzwidriges Verhalten und Schuldbekennnis. Wörtlich hatte die Staatsanwaltschaft in der Eingabe vom 26. November 2019 ausgeführt: "Die Tatsache, dass der Beschuldigte nichts unversucht lässt, um die Untersuchung zu torpedieren, ist deshalb letztlich ein Belastungsindiz, das zur Verdichtung des Tatverdachts beiträgt". Vor diesem Hintergrund fällt auf, dass diejenigen Vorfälle, die der Beschwerdeführer in diesem Beschwerdeverfahren als besonders schwerwiegend und somit für den Beginn der Befangenheit als massgeblich bezeichnete, namentlich die Zustellung des Fragenkatalogs vom 12. März 2019 an den Rechtsvertreter einer als Organ der Privatklägerin vorgeladenen Auskunftsperson, im Ausstandsgesuch noch kein zentrales Thema bildeten; vielmehr wurden diese Ereignisse lediglich in den Vorbemerkungen des Schriftsatzes als "Ungereimtheiten" genannt. Das Abstellen auf frühestens den 26. November 2019 entspricht somit auch dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie dem Verbot des Rechtsmissbrauchs²⁷⁹.

d) Mit Blick auf die Beurteilung der geltend gemachten Ausstandsgründe, die Erwägungen des Bundesgerichts zum Ausstand des Staatsanwalts, dem Präjudiz in BGE 141 IV 178 sowie dem Verhalten des Beschwerdeführers kommen der 6. Dezember 2019 (wegen der Ausführungen der Staatsanwaltschaft in der gleichentags ergangenen Nichtanhandnahmeverfügung) oder der 26. November 2019 (wegen der Ausführungen der Staatsanwaltschaft in der Beschwerdeduplik) als massgebliche Zeitpunkte für den Beginn der Befangenheit des Staatsanwalts in Frage. Weil aber die Staatsanwaltschaft den 26. November 2019 als Stichtag anerkannte, braucht nicht entschieden zu werden, ob allenfalls nicht doch erst ab 6. Dezember 2019 von Befangenheit auszugehen ist.

5. a) Somit steht fest, dass grundsätzlich (nur) die Amtshandlungen aufzuheben und zu wiederholen sind, welche ab dem 26. November 2019 erfolgten; soweit der Beschwerdeführer die Aufhebung von Amtshandlungen verlangte, die "vor" diesem Zeitpunkt vorgenommen wurden, ist die Beschwerde abzuweisen. Zu prüfen bleibt indessen, ob vom Grundsatz, wonach Amtshandlungen ab dem 26. November 2019 aufzuheben sind, Ausnahmen zu machen sind. Gemäss Staatsanwaltschaft soll für die Einvernahmen des polizeilichen Sachbearbeiters eine Ausnahme bestehen, mithin sollen die entsprechenden Einvernahmeprotokolle nicht aus den Akten entfernt werden.

b) aa) Die Tragweite von Art. 60 Abs. 1 StPO ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung, wonach sämtliche durch die Befangenheit "kontaminierten" Akten und Amtshandlungen aus dem Verfahren zu entfernen sind, um der beschuldigten Person ein faires Verfahren zu

²⁷⁹ Art. 9 BV; Art. 3 Abs. 2 lit. a und b StPO

garantieren²⁸⁰. Entsprechend sieht Art. 60 Abs. 1 StPO die Aufhebung und Wiederholung aller Amtshandlungen vor, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Person mitwirkte; dies gilt auch für delegierte Amtshandlungen.

bb) Die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte führen im Untersuchungsverfahren die Beweiserhebung grundsätzlich selber durch²⁸¹. Allerdings kann die Staatsanwaltschaft die Polizei nach Eröffnung der Untersuchung mit ergänzenden Ermittlungen beauftragen. Sie erteilt ihr dazu schriftliche, in dringenden Fällen mündliche Anweisungen, die sich auf konkret umschriebene Abklärungen beschränken²⁸². Die Tätigkeit der Polizei im Untersuchungsverfahren setzt folglich einen klaren Auftrag durch die Staatsanwaltschaft voraus und impliziert in diesem Sinn auch deren Mitwirkung an den Beweiserhebungen. Dabei können die Anweisungen und Absprachen mehr oder weniger detailliert ausfallen, was nicht nur vom konkret untersuchten Fall, sondern auch von der Persönlichkeit und von den Fachkenntnissen des verfahrensleitenden Staatsanwalts (und des beauftragten Polizeibeamten) abhängt. Weil es aber häufig gar nicht möglich ist herauszufinden, wie intensiv die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft war, kann der Detaillierungsgrad des konkreten Auftrags an die Polizei kein Kriterium sein. Somit sind Abklärungen, welche die Staatsanwaltschaft in Auftrag gab, auf Antrag einer Partei als Ergebnisse "kontaminierter" Amtshandlungen aus den Akten zu entfernen und zu wiederholen; gleiches gilt für Polizeiberichte, die delegierte Einvernahmen referieren.

c) Gestützt auf diese Erwägungen zum Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei erweist sich im angefochtenen Entscheid die (implizite) Abweisung des Aussonderungsgesuchs in Bezug auf die Einvernahmen des "ausgewiesenen Spezialisten der Kantonspolizei" nach dem 26. November 2019 als nicht haltbar. Auch "Spezialisten der Polizei" handeln im Untersuchungsverfahren im Auftrag der Staatsanwaltschaft und implizieren damit deren Mitwirkung. Sollte es faktisch indessen so gewesen sein, dass der "Spezialist der Kantonspolizei" gleichsam ohne Auftrag oder Rücksprache mit dem verfahrensleitenden Staatsanwalt, mithin auf eigene Faust, handelte, ändert dies nichts daran, dass die Verantwortung bei der Staatsanwaltschaft lag und sich diese die Tätigkeiten des polizeilichen Sachbearbeiters anrechnen lassen muss. Mit anderen Worten kann daraus nichts zuungunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden, andernfalls der Anspruch gemäss Art. 60 Abs. 1 StPO auf Aufhebung respektive Aussonderung ausgehebelt würde.

d) Die Beschwerde ist somit in diesem Punkt zu schützen, womit (auch) die Einvernahmen des polizeilichen Sachbearbeiters, welche ab dem 26. November 2019 erfolgten, aus den Akten zu entfernen sind.

Obergericht, 2. Abteilung, 20. April 2021, SW.2020.119

²⁸⁰ TPF vom 25. Oktober 2012, BB.2012.118/119, Erw. 2.3

²⁸¹ Art. 311 Abs. 1 Satz 1 StPO; Landshut/Bosshard, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 311 N. 4; Oberholzer, N. 1816 f.

²⁸² Art. 312 Abs. 1 StPO

Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 14. Dezember 2021 nicht ein (1B_324/2021).

18. Anforderungen an die Aktenführung bei Telefon- und Audioüberwachungen; Verwertbarkeit der Abhörergebnisse bei nicht korrekt erfolgter Aktenführung (Art. 100 ff., 276 Abs. 1 StPO; Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 3 EMRK)

1. Ein Teilaspekt des Rechts auf wirksame Verteidigung beschlägt den effektiven Zugang zu allen be- und entlastenden Beweismitteln. Die Verteidigung brachte in diesem Zusammenhang vor, es sei nicht nachvollziehbar, welche Überwachungsergebnisse die Staatsanwaltschaft in einer Vorselektion als irrelevant erachtete und nicht zu den Akten genommen habe. Ihr und auch dem Gericht müsse aber ermöglicht werden zu prüfen, was durch die staatsanwaltschaftliche Triage ausgesondert worden sei und ob sich darunter auch entlastendes Material finde.

2. a) Die Staatsanwaltschaft muss dem Gericht sämtliches Material zuleiten, das mit der Tat als Gegenstand eines gegen eine bestimmte Person erhobenen Vorwurfs in thematischem Zusammenhang steht. Sämtliche Spurenvorgänge sind den Parteien und dem Gericht zur Kenntnis zu bringen. Jede Vorauswahl könnte die gerichtliche Beurteilung beeinflussen und würde so die Entscheidungskompetenz des Gerichts verkürzen²⁸³. Selbst unergiebigere Ermittlungen können in ihrem negativen Ausgang für die Urteilsfällung relevante Gehalte aufweisen²⁸⁴. Die Strafuntersuchungsbehörden dürfen also im Grundsatz kein von ihnen erhobenes oder ihnen zugekommenes Material zurückbehalten, das einen Bezug zur Sache hat. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat diesen Grundsatz mehrfach bestätigt²⁸⁵.

b) Für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sieht Art. 276 Abs. 1 StPO ausdrücklich vor, dass die aus den genehmigten Überwachungen stammenden Aufzeichnungen, die für das Strafverfahren nicht notwendig sind, von den Verfahrensakten gesondert aufbewahrt und unmittelbar nach Abschluss des Verfahrens vernichtet werden. Die Aussonderungspflicht hat vor allem den Zweck, Drittpersonen und Berufsgeheimnisse zu schützen²⁸⁶. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung verstösst es nicht gegen die Aktenführungs- und Dokumentationspflicht, wenn Daten, die im Rahmen einer Überwachung oder einer nachträglichen Auswertung gesichert werden und die in keinem Zusammenhang mit der Sache stehen, nicht ins Dossier übernommen werden, weil sie in diesem Fall auch keine entlastende Funktion haben können²⁸⁷. Die Tatsache der erfolglosen Überwachung ist in solchen Fällen aber aktenkenntlich zu machen²⁸⁸. Die beschuldigte Person muss Zugang zu sämtlichen Sachverhaltselementen haben, die es ihr erlauben, die von den Strafverfolgungsbehörden vorgenommene Triage nachzuvollziehen²⁸⁹. Wichtig ist, dass sich aus der

²⁸³ Krauss, Der Umfang der Strafakte, in: BJM 1983 S. 58

²⁸⁴ BGE vom 25. Juni 2020, 6B_1094/2019, Erw. 1.3.1

²⁸⁵ BGE vom 25. Juni 2020, 6B_1094/2019, Erw. 1.3.1; BGE vom 14. Januar 2019, 6B_403/2018, Erw. 2.3.1 mit Verweis auf Krauss, S. 62

²⁸⁶ Jean-Richard-dit-Bressel, Basler Kommentar, 2.A., Art. 276 StPO N. 7

²⁸⁷ Hansjakob, Überwachungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2017, N. 1045 f.; BGE vom 14. Juni 2018, 6B_1368/2017, Erw. 2.3

²⁸⁸ BGE vom 14. Januar 2019, 6B_403/2018, Erw. 2.3.1; Schmutz, Basler Kommentar, 2.A., Art. 100 StPO N. 14

²⁸⁹ BGE vom 7. Juli 2021, 6B_1188/2020, Erw. 1.1.3: "Selon la jurisprudence, le prévenu a le droit de consulter les éléments qui ne sont pas nécessaires à la procédure et qui sont conservés séparément (cf. art. 276 al. 1 CPP), conformément aux art. 101 ss CPP, afin de vérifier le triage effectué par les autorités pénales"; vgl. Vest, in: Die schweizerische Bundesverfassung (Hrsg.: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender), 3.A., Art. 32 N. 35 (Auch erfolglose Telefonüberwachungen seien zu den Akten zu nehmen.)

Hauptakte der Bestand der verhandlungsrelevanten Beiakten jederzeit feststellen lässt und die richterliche Verfahrensgestaltung ebenso wie die Gewährung von Akteneinsicht diese zusätzlichen Materialien einbezieht²⁹⁰.

c) Der sich aus Art. 6 EMRK ableitende Grundsatz der Waffengleichheit verlangt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte²⁹¹, dass die Anklage alle in ihrem Besitz befindlichen Akten offenlegt. Unabhängig davon, ob die Beweismittel für den Angeklagten günstig oder ungünstig erscheinen, ist es Sache der Verteidigung, zu entscheiden, ob sie auf Beweismittel reagieren will²⁹². Wollen sich die Strafverfolgungsbehörden auf die Ergebnisse besonderer Untersuchungsmassnahmen²⁹³ stützen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die beschuldigte Person genügend Möglichkeiten hatte, sich gegen die Beweismittel zu verteidigen²⁹⁴. Aus Art. 6 Ziff. 3 EMRK leitet der Gerichtshof folgende Grundsätze ab:

"The accused must have the opportunity to organise his defence in an appropriate way and without restriction as to the possibility to put all relevant defence arguments before the trial court and thus to influence the outcome of the proceedings (...)"²⁹⁵.

Failure to disclose to the defence material evidence which contains such particulars as could enable the accused to exonerate him- or herself or have his or her sentence reduced would constitute a refusal of the facilities necessary for the preparation of the defence, and therefore a violation of the right guaranteed in Article 6 of the Convention (...). The accused may, however, be expected to give specific reasons for his request (...) and the domestic courts are entitled to examine the validity of these reasons"²⁹⁶.

Beschuldigte Personen haben nach dieser Rechtsprechung das Recht auf Einsicht in möglicherweise sachdienliche Unterlagen, die sich in Aktenteilen ausserhalb der Ermittlungsakten befinden, soweit sie "specific reasons" für deren Relevanz vorbringen können. Diesfalls ist ihnen der Zugang zu gewähren²⁹⁷.

d) Die Umsetzung des in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR geformten Anspruchs auf Kenntnisnahme sämtlicher - auch entlastender - Beweismittel hängt unmittelbar von der Aktenführung im Einzelfall ab. Eine wirksame Verteidigung ist nur gewährleistet, wenn

²⁹⁰ BGE vom 14. Januar 2019, 6B_403/2018, Erw. 2.3.1 mit Verweis auf BGE vom 14. Juni 2018, 6B_1368/2017, Erw. 2.3 und Krauss, S. 62

²⁹¹ EGMR

²⁹² Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5.A., § 24 N. 65

²⁹³ "Evidence obtained by special investigative measures"

²⁹⁴ Urteil EGMR in Sachen Bykov gegen Russland vom 10. März 2009, Nr. 4378/02, N. 90

²⁹⁵ Urteil EGMR in Sachen Matanović gegen Kroatien vom 4. April 2017, Nr. 2742/12, N. 156

²⁹⁶ Urteil EGMR in Sachen Matanović gegen Kroatien vom 4. April 2017, Nr. 2742/12, N. 157

²⁹⁷ Meyer/Schaffler, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2017, in: forumpoenale 2018 S. 454

die be- und entlastenden Beweismittel aktenmässig so erschlossen sind, dass sie die Verteidigung tatsächlich auffinden kann.

e) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es Aufgabe der Verteidigung, die entlastenden Beweismittel ausfindig zu machen. Durch Abgleich der zu den Akten genommenen Protokollen und sich nicht bei den Akten befindlichen Gesprächsinhalten kann die Verteidigung die Triage der Staatsanwaltschaft nachvollziehen. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass der Bestand der Strafakten nachvollziehbar erschlossen ist. Im Referenzfall 6B_403/2018 existierte ein 56 Seiten umfassendes Gesamtverzeichnis der zu den Akten genommenen Protokolle.

3. a) Im vorliegenden Fall fehlt eine Übersicht oder ein Protokoll aller zu den Akten gemommener Gespräche. Die Verzeichnisse, welche die Staatsanwaltschaft im Berufungsverfahren einreichte, ermöglichen zwar den Zugriff auf einzelne Protokolle und den Abgleich mit einer Genehmigungsentscheid. Sie verschaffen aber keine Gesamtübersicht über die einzelnen Protokolle. Zahlreiche TK- und Audio-Protokolle²⁹⁸ finden sich überdies in den Strafuntersuchungsakten einzelner Beschuldigter und im Ordner "TK-Protokolle". Es ist zumindest auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar, nach welchen Kriterien die Protokolle wo abgelegt wurden. Das Gericht und die Verteidigung können sich bei dieser Ausgangslage keinen Überblick über den Aktenbestand verschaffen.

b) Die Rohdaten der Audio- und TK-Protokolle sind ebenfalls nicht aktenmässig erschlossen. Es gibt kein Verzeichnis der Ursprungsdateien. Während bei den TK-Protokollen anhand der Linien im "Aktenverzeichnis TK-Protokolle (Ordner 1-52)" immerhin der richtige Datenträger mit verhältnismässigem Aufwand gefunden werden kann, fehlt ein entsprechendes Verzeichnis für die Audio-Protokolle. Bei den Akten findet sich ein Verzeichnis, das nach Zeiträumen gegliedert ist und keine Aktenverweise enthält. Mit Blick auf die grosse Menge an Rohdaten²⁹⁹ können Verteidigung und Gericht ohne Verzeichnis der Rohdaten nicht nachvollziehen, welche Gespräche zu den Akten genommen wurden.

c) Da sich ein erheblicher Teil der Strafbarkeitsvorwürfe - namentlich im Zusammenhang mit den Betäubungsmitteldelikten - auf Audio- und TK-Protokolle stützt, ist es für die Verteidigung (und das Gericht) wesentlich, einen Gesamtüberblick über diese Beweismittel zu gewinnen. Die Aktenführung erlaubt den von der Rechtsprechung des Bundesgerichts geforderten jederzeitigen Zugriff auf den gesamten Aktenbestand nicht. Im Unterschied zu den referierten Entscheiden des Bundesgerichts fehlt es an einem Verzeichnis der Gespräche, die zu den Akten genommen wurden. Somit ist weder mit verhältnismässigem Aufwand möglich, die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene Selektion der Gesprächsinhalte nachzuvollziehen, noch kann die Verteidigung wirksam nach entlastendem Material suchen. Erforderlich ist ein Verzeichnis der effektiv bei den Akten lie-

²⁹⁸ Protokolle von Telefonüberwachungen (TK) und Audioaufnahmen (Wanzen in Fahrzeugen)

²⁹⁹ Rund 110 CDs

genden Gesprächsprotokolle sowie ein weiteres Verzeichnis der Rohdaten. Solange diese Verzeichnisse nicht vorliegen, sind die Audio- und TK-Protokolle nicht rechtsgenügend erschlossen und folglich nicht verwertbar.

d) Sobald diese Verzeichnisse vorliegen, sind die Verteidigungsrechte gewahrt. Andernfalls ist hingegen von der Unverwertbarkeit all dieser Protokolle auszugehen. Die Staatsanwaltschaft - beziehungsweise bezüglich der Rohdaten das Gericht - ist daher zu verpflichten, entsprechende Verzeichnisse zu erstellen und damit eine rechtskonforme Aktenführung betreffend die TK- und Audio-Protokolle herzustellen.

Obergericht, 1. Abteilung, 8. Oktober 2021, SBR.2019.43

19. Grundsätze zur Aktenführung und Akteneinsicht (Art. 100 ff., 76 ff. StPO)

1. Der Beschwerdeführer ist Privatkläger in einem Strafverfahren. Die Kantonspolizei stellte gestützt auf einen Hausdurchsuchungsbefehl in den Räumlichkeiten des kantonalen Amtes A Unterlagen und Gegenstände sicher. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet das Akteneinsichtsrecht des Beschwerdeführers als Privatkläger. Anfechtungsobjekt bildet das Schreiben der Staatsanwaltschaft, mit dem diese dem Beschwerdeführer mitteilte, sie habe sämtliche Akten zugestellt und damit umfassende Akteneinsicht gewährt.

2. Der Beschwerdeführer rügt zusammengefasst einerseits, dass die Staatsanwaltschaft nicht sämtliche beim Veterinäramt beschlagnahmten Akten ins Strafverfahren einbezogen habe, und andererseits, dass sie sich weigere, die restlichen Akten seinem Rechtsvertreter zur Einsichtnahme zuzustellen, sondern von diesem verlange, die Akten bei der Staatsanwaltschaft einzusehen.

3. Aufgrund der Ausführungen der Staatsanwaltschaft wird davon ausgegangen, dass die elektronisch auf DVD zugestellten Akten, die als Verfahrensakten bezeichnet sind, von der Staatsanwaltschaft selber produzierte - grundsätzlich physische - Akten enthalten sowie einen Teil der bei A beschlagnahmten Akten, die zum Teil in physischer, zum Teil nur in elektronischer Form vorhanden sind. Die Staatsanwaltschaft bezeichnet diese Akten in der Beschwerdeantwort als "Verfahrensakten im engeren Sinn". Nicht zugestellt wurde (und musste auch nicht) ein Teil der beschlagnahmten Akten, welche die Staatsanwaltschaft in der Beschwerdeantwort als "Sekundärakten" bezeichnet. Gemäss Staatsanwaltschaft sind die nicht nummerierten und in einem Aktenverzeichnis erfassten Verfahrensakten im Beschlagnahmefehl und im Beschlagnahmeverzeichnis aufgeführt und damit in den Strafakten ausreichend erwähnt. Im Beschlagnahmefehl sind auf etwas mehr als zwei A4-Seiten Gegenstände respektive Daten aufgeführt, die beschlagnahmt wurden³⁰⁰. Im Beschlagnahmefehl ist der Tatvorwurf umschrieben. In rechtlicher Hinsicht wird ausgeführt, an der Hausdurchsuchung bei A seien sämtliche auffindbaren Unterlagen im Zusammenhang mit dem Beschwerdeführer sowie diverse Unterlagen betreffend andere Personen sichergestellt worden, sowie weitere diverse Daten³⁰¹. Alle diese Unterlagen und Daten würden allenfalls im Verfahren als Beweismittel benötigt und seien daher als solche zu beschlagnahmen.

4. Die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene Triage der Akten in "eigentliche Verfahrensakten" und "Sekundärakten", die gemäss Staatsanwaltschaft "weiterhin beschlagnahmt bleiben, indes weder paginiert noch im Einzelnen ins Aktenverzeichnis aufgenommen wurden, da sie gerade nicht Bestandteil der Strafverfahrensakten sind", führt zur Frage, was zu den (Verfahrens-)Akten gehört, respektive, was überhaupt Akten sind, für die ein Anspruch auf Einsicht besteht.

³⁰⁰ Ordner, Mäppchen, Schachteln, Unterlagen, je mit einer Kurzbezeichnung zum Inhalt, ein PC, vollständiger Dump von Fabasoft, Snapshots vom Amtslaufwerk Veterinäramt und von den persönlichen Laufwerken des Beschuldigten, Kopie der Mailbox des Beschuldigten; diese Liste befindet sich auch am Schluss des Aktenverzeichnisses (Beschlagnahmeverzeichnis).

³⁰¹ Wie Laufwerke, E-Mail-Konto etc.

a) aa) Unter dem Randtitel "Akteneinsicht bei hängigen Verfahren" bestimmt Art. 101 Abs. 1 StPO, dass die Parteien spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft die Akten des Strafverfahrens einsehen können, unter Vorbehalt von Art. 108 StPO. Art. 101 StPO regelt die Akteneinsicht in hängigen Verfahren. Ein Strafverfahren ist hängig ab der Eröffnung des Vorverfahrens, das bereits durch formlose Ermittlungstätigkeit der Polizei und nicht erst mit der formellen Eröffnung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft eingeleitet wird, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens³⁰². Handelt es sich um polizeiliche Ermittlungsakten, die nicht an die Staatsanwaltschaft übergeben werden, weil klarerweise kein strafbares Verhalten vorliegt, ist von einem abgeschlossenen und damit von einem nicht mehr hängigen Verfahren auszugehen³⁰³.

bb) Der Anspruch auf Akteneinsicht umfasst grundsätzlich die gesamten Akten gemäss dem gesetzlich definierten Aktenbegriff, ohne dass ein Interesse irgendwelcher Art nachzuweisen ist³⁰⁴. Gemäss Art. 100 Abs. 1 StPO wird für jede Strafsache ein Aktendossier angelegt. Dieses enthält die Verfahrens- und Einvernahmeprotokolle (lit. a), die von der Strafbehörde zusammengetragenen Akten (lit. b) und die von den Parteien eingereichten Akten (lit. c). Gemäss Art. 100 Abs. 2 StPO sorgt die Verfahrensleitung für die systematische Ablage der Akten und für deren fortlaufende Erfassung in einem Verzeichnis.

cc) Die in Art. 76 ff. und 100 StPO statuierte Pflicht zur Aktenführung und Dokumentation gehört zu den elementarsten Grundsätzen des Strafprozessrechts und bedeutet, dass alle prozessual relevanten Vorgänge von den Behörden in geeigneter Form festgehalten und die entsprechenden Aufzeichnungen in die Strafakten integriert werden müssen. Aus den Akten muss ersichtlich sein, wer sie erstellt hat und wie sie zustande gekommen sind. Die Dokumentationspflicht hat unter anderem Garantiefunktion, indem später festgestellt werden kann, ob prozessuale Regeln und Formen eingehalten wurden³⁰⁵.

Diese Aktenführungs- und Dokumentationspflicht ist Vorbedingung des aus dem grundrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten Akteneinsichtsrechts. Es gehört zu den elementaren Grundsätzen des Strafprozessrechts, dass sämtliche im Rahmen des Verfahrens vorgenommenen Erhebungen aktenkundig gemacht werden³⁰⁶.

dd) Indem Art. 100 Abs. 1 StPO von einem Aktendossier spricht, worunter man gemeinhin eine Sammlung von Schriftstücken versteht, knüpft diese Bestimmung an die in Art. 76 ff. StPO als Teil der umfassenden Dokumentationspflicht geregelte Protokollierungspflicht an, nach der

³⁰² Schmutz, Basler Kommentar, 2.A., Art. 101 StPO N. 4; vor und nach der Hängigkeit des Strafverfahrens richtet sich die Akteneinsicht nach dem kantonalen oder eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsrecht.

³⁰³ Schmutz, Art. 101 StPO N. 4

³⁰⁴ Schmutz, Art. 101 StPO N. 8

³⁰⁵ BGE vom 12. November 2012, 6B_719/2011, Erw. 4.5; TPF vom 2. Oktober 2013, SK.2013.34, Erw. 3; vgl. Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 12. September 2013, in: CAN 2014, Nr. 76 S. 234 ff.

³⁰⁶ Schmutz, Art. 100 StPO N. 1

sämtliche nicht schriftlichen Verfahrensvorgänge³⁰⁷ in schriftlicher Form festzuhalten sind. Art. 100 Abs. 1 lit. a StPO nennt denn auch als Teil des Aktendossiers die Verfahrens- und die Einvernahmeprotokolle gemäss Art. 77 und 78 StPO. Ebenfalls ins Aktendossier gehören nach Art. 100 Abs. 1 lit. b und c StPO die von der Strafbehörde zusammengetragenen und die von den Parteien eingereichten Akten. Zweifellos fallen darunter alle Schriftstücke, seien dies Polizeiberichte, Strafanzeigen, Beweisanträge, Rechtsmittelerklärungen, Amtsberichte, Leumundsberichte, Strafregisterauszüge, schriftliche Berichte, beschlagnahmte Buchhaltungsunterlagen, edierte Bankauszüge oder Gutachten. Laut Botschaft muss jedoch das Aktendossier neben allen Schriftstücken auch alle weiteren Sachbeweise enthalten. Der Gesetzgeber geht somit von einem weiten Aktenbegriff - Akten im weiteren Sinn - aus, der nicht nur Schriftstücke, sondern auch andere Gegenstände umfasst. Dazu gehören auch Daten- und weitere Spurentäger. Zu den Akten im weiteren Sinn gehören etwa auch die von den Strafbehörden erstellten Datenträger³⁰⁸.

ee) Unerheblich ist die Bezeichnung der Akten beziehungsweise von Teilen der Akten durch die Staatsanwaltschaft. Denn von Bedeutung ist nicht die mehr oder weniger willkürliche Bezeichnung der Aktenarten oder Aktenteile³⁰⁹, sondern einzig und allein die Frage, was aufgrund der Aktenführungs- und Dokumentationspflicht in die Akten gehört und was nicht³¹⁰.

ff) Unabhängig von diesem weiten Aktenbegriff wird nirgends gesagt, nach welchen Kriterien ein Schriftstück oder ein anderer Gegenstand zu den Akten genommen werden muss. Die gängige Formel, wonach alle prozessual relevanten Vorgänge aktenkundig gemacht werden müssen, ist richtig, bedarf jedoch der Konkretisierung³¹¹. Die Entscheidungen der Staatsanwaltschaft und der Gerichte müssen gestützt auf Akten getroffen werden, die alle entscheidungswesentlichen - sowohl belastenden als auch entlastenden - Informationen beinhalten. Geheimakten darf es nicht geben. Keine Geheimakten stellen die sogenannten Sekundärakten dar. Dabei handelt es sich um Unterlagen, die aus Praktikabilitätsgründen, sei dies wegen ihres Umfangs³¹² oder wegen des Inhalts³¹³, nicht im eigentlichen Aktendossier abgelegt werden. Sie sind jedoch fraglos Bestandteile der Akten und als solche bezüglich Vorhandenseins und Standorts in den Hauptakten zu vermerken. Sind nicht alle entscheidungswesentlichen Informationen in den Akten enthalten, führt dies zur Beeinträchtigung nicht nur der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person, sondern auch der Parteirechte der Privatklägerschaft und der Entscheidungskompetenz der Gerichte. Ob ein Aktenstück in diesem Sinn verfahrensrelevant ist, entscheidet sich spätestens mit dem Gerichtsurteil. Die Akten

³⁰⁷ Ausgenommen sind Einvernahmen mittels Videokonferenz gemäss Art. 76 Abs. 4 StPO.

³⁰⁸ Zum Beispiel Art. 76 Abs. 4 und Art. 193 Abs. 4 StPO; Schmutz, Art. 100 StPO N. 3

³⁰⁹ Man spricht etwa von Strafakten, Ermittlungsakten, Untersuchungsakten, Prozessakten, Verfahrensakten, Gerichtsakten, Hauptakten, Nebenakten, Beilageakten, Vorakten, beigezogenen Akten, sichergestellten beziehungsweise beschlagnahmten Akten, vorlaufenden Akten, Einlegerakten, Spurenakten, Fahndungsakten, Polizeiakten, Sekundärakten, Hilfsakten, Personalakten, Haftakten, Verhaftungsakten, internen Akten, Handakten usw.

³¹⁰ Schmutz, Art. 100 StPO N. 2

³¹¹ Schmutz, Art. 100 StPO N. 9

³¹² Zum Beispiel ganze beschlagnahmte Buchhaltungen

³¹³ Gutachtensunterlagen, Aufzeichnungen von Telefonkontrollen etc.

müssen deshalb grundsätzlich alles enthalten, was im Hinblick auf die verfolgte Tat mit einem möglichen Schuldvorwurf und einer allfälligen Strafzumessung in einen Zusammenhang gebracht werden kann³¹⁴.

b) Daraus ergibt sich im Sinn eines Zwischenfazits, dass die Staatsanwaltschaft zwar berechtigt ist, die Akten zu triagieren. Die Triage führt allerdings nicht zu Verfahrensakten verschiedener Natur. Das verkennt die Staatsanwaltschaft, wenn sie mit der Triage einerseits Verfahrensakten ausscheidet, andererseits "Sekundärakten", die "gerade nicht Bestandteil der Strafverfahrensakte sind", behält. Zutreffend ist nur, aber immerhin, dass nicht alle Akten die gleiche Bedeutung für das Strafverfahren haben; die einen sind wichtiger als die anderen³¹⁵. Vielmehr erfolgt die Triage, um den Umfang der Verfahrensakte festzustellen. Es gibt entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft somit nicht Verfahrensakte und "Nicht-Verfahrensakte". Es geht darum, das Material zu bestimmen, das für das Verfahren gebraucht wird, das für das Verfahren eine Bedeutung hat. Dieses Material wird zum Bestandteil des Aktendossiers, zu den Akten im Sinn von Art. 100 StPO. Das sind die Akten des Strafverfahrens, die Verfahrensakte, unabhängig davon, wie die Staatsanwaltschaft diese Akten unterteilt, sei es aus systematischen Gründen, um einen grösseren Überblick zu bekommen, sei es aus anderen Gründen. Dasjenige Material, das nicht gebraucht wird, und das keinen Bezug zum Gegenstand der Strafuntersuchung hat, wird durch die Triage ausgeschieden und gehört nicht zu den Akten. Das bedeutet aber, dass dieses Material, diese Unterlagen, diese "Akten" von der Staatsanwaltschaft nicht bearbeitet und von ihr nicht genutzt werden respektive nicht genutzt werden dürfen. Dieses Material hat dementsprechend auch für die Parteien keinerlei Bedeutung und ist nicht Bestandteil ihres Anspruchs auf Akteneinsicht. Das wiederum hat zur Folge, dass dieses nicht gebrauchte Material definitiv aus den Akten und aus dem Zugriffsbereich der Staatsanwaltschaft auszuschneiden ist, je nach Herkunft des Materials³¹⁶. Mindestens ist dieses Material physisch und formal in absoluter Deutlichkeit und Klarheit von den Verfahrensakten zu trennen. Geht es - wie hier - um gerade im Hinblick auf die Strafuntersuchung beschlagnahmte Akten, die nicht zu den Verfahrensakten genommen werden, weil sie dafür keine Bedeutung haben, dann ist deren Schicksal in den Verfahrensakten zu dokumentieren³¹⁷. Die Beschlagnahme ist kein Hinderungsgrund, denn sobald sich von einem als Beweisgegenstand beschlagnahmten Objekt herausstellt, dass es im Hinblick auf die untersuchten Taten ohne Beweiswert ist, ist die Beschlagnahme aufzuheben³¹⁸.

c) Damit bleibt die Frage zu klären, nach welchen Kriterien das gesammelte Material in die Akten aufzunehmen ist. Ohne auf die Gefahren anklageorientierter Aktenführung³¹⁹ einzugehen,

³¹⁴ Schmutz, Art. 100 StPO N. 10

³¹⁵ Subjektiv sieht das unterschiedlich aus: Die Staatsanwaltschaft stuft die Bedeutung der Akten danach ein, wie stark sie ihrer Meinung nach ihre Tatvorwürfe damit beweisen kann; der Verteidigung geht es um die Bedeutung im Hinblick auf die Entkräftung der Vorwürfe; die Gerichte arbeiten nach der objektiven Bedeutung für die Entscheidungsfindung.

³¹⁶ Zum Beispiel Rückgabe an Gerichte, Behörden, Dritte oder Entsorgung beziehungsweise Vernichtung

³¹⁷ Zum Beispiel Rückgabe an XY am (...); vernichtet am (...); allenfalls (wenn man dies zulassen will) Übergabe an QZ am (...) oder Einlagerung im Archiv von ST am (...)

³¹⁸ Art. 267 Abs. 1 StPO; Bommer/Goldschmid, Basler Kommentar, 2.A., Art. 267 StPO N. 4

³¹⁹ Vgl. Schmutz, Art. 100 StPO N. 11

ist für das Gericht mit Schmutz³²⁰ klar, dass der Staatsanwaltschaft dazu ein Ermessensspielraum zukommt. Ebenso klar ist, dass das entscheidende Kriterium die Verfahrensrelevanz eines Aktenstücks ist, und dass offensichtlich irrelevantes Material nicht in die Akten aufzunehmen ist. Auch wenn nicht der extensiven Lehrmeinung von Schmutz gefolgt wird, wonach Untersuchungsergebnisse in die Akten aufzunehmen sind, wenn auch nur die geringste Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie mit Bezug auf den Schuldvorwurf oder die Strafzumessung Bedeutung haben könnten, hat sich die Staatsanwaltschaft immerhin im Zweifel über die Verfahrensrelevanz von Untersuchungsmaterial für die Aufnahme in die Akten zu entscheiden³²¹. Auch Brüscheiler/Grünig³²² bejahen zwar den Grundsatz "im Zweifel für die Aufnahme". Ihre Umschreibung ist aber etwas weniger extensiv: Das Dossier muss alles enthalten, was im Hinblick auf die verfolgte Tat mit einem möglichen Schuldvorwurf und einer allfälligen Strafe beziehungsweise Massnahme in einen thematischen Zusammenhang gebracht werden kann. Oberholzer³²³ umschreibt dies noch etwas allgemeiner, bringt dafür zusätzlich aber in zutreffender Weise den prozeduralen Aspekt ein: Aktenkundig ist alles zu machen, was für die spätere Beurteilung von Bedeutung sein kann und für das Verständnis des Verfahrensgangs erforderlich erscheint. Dazu zählen alle Akten, die in irgendeinem thematischen Zusammenhang mit dem Tatvorwurf stehen. Die Anklagebehörde muss dem Gericht und damit auch den Parteien sämtliche Spurenvorgänge zur Kenntnis bringen, die im Verfahren - und sei es auch nur mit geringer Wahrscheinlichkeit - Bedeutung erlangen können. Sie dürfen grundsätzlich kein von ihnen erhobenes oder ihnen zugekommenes Material zurückbehalten, das einen Bezug zur Sache hat.

d) aa) Aus der dargelegten Rechtstheorie ergibt sich, dass die Vorgehensweise der Staatsanwaltschaft beanstandet werden muss. Erstens gibt es, wie dargelegt, nicht "Strafverfahrensakten" und "Nicht-Strafverfahrensakten"³²⁴. Zweitens ist entscheidend und darauf abzustellen, dass die Staatsanwaltschaft das von ihr als "Sekundärakten" bezeichnete Material als nicht verfahrensrelevant bezeichnet, also als nicht von Bedeutung für das von ihr geführte Strafverfahren mit dem Beschwerdeführer als Privatkläger. Bereits in der angefochtenen Verfügung beziehungsweise im angefochtenen Schreiben³²⁵ hielt die Staatsanwaltschaft fest, sie habe sämtliche, nach ihrer Ansicht für die Strafverfolgung relevanten Unterlagen zu den Akten genommen und zur Einsicht zugestellt. Daran hält sie in der Beschwerdeantwort fest. In der Duplik führt die Staatsanwaltschaft auf einen Einwand des Beschwerdeführers aus, es erschliesse sich ihr nicht, weshalb sie Dokumente zu den Verfahrensakten nehmen sollte, die in einem nicht durch sie geführten Strafverfahren gegen einen anderen Beschuldigten relevant sein könnten. Das ist zutreffend, bedeutet indessen, dass solche für das hängige Strafverfahren nicht relevante Akten gar nicht zu den Verfahrensakten gehören und

³²⁰ Art. 100 StPO N. 13 f.

³²¹ Schmutz, Art. 100 StPO N. 14 und 15 ff., wo er Einzelfragen behandelt (polizeiliches Ermittlungsverfahren, polizeitaktische Dokumente etc.)

³²² Brüscheiler/Grünig, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 100 N. 1

³²³ Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4.A., N. 1670

³²⁴ Vgl. Erw. 4.b (Zwischenfazit)

³²⁵ Gesuche um Akteneinsicht wären mit einer formellen Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung abzulehnen.

auszusortieren sind. Wenn dem so ist, wie die Staatsanwaltschaft selber ausführt, sind diese "Sekundärakten" nach der dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre nicht Bestandteil der Akten im Sinn von Art. 100 StPO, das heisst nicht Bestandteil der Verfahrensakten und somit nicht Bestandteil des Einsichtsrechts des Beschwerdeführers. Das bedeutet, dass dieses Material, diese "Sekundärakten", aus dem Aktendossier dieses Strafverfahrens zu entfernen sind, wobei diese Entfernung zu dokumentieren ist.

bb) Damit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, und die Sache ist an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Die Staatsanwaltschaft hat die Triage wie dargelegt vorzunehmen und dasjenige Material, das keine Verfahrensrelevanz hat, aus dem Dossier dieses Strafverfahrens zu entfernen. Diese Rückweisung impliziert indessen nicht, dass alle von der Staatsanwaltschaft als "Sekundärakten" bezeichneten Akten zu entfernen sind. Vielmehr hat die Staatsanwaltschaft nach der Rückweisung Gelegenheit, diese Frage (nochmals³²⁶) zu prüfen und im Rahmen ihres Ermessens gemäss den dargelegten Vorgaben definitiv zu entscheiden³²⁷, was zu den Verfahrensakten gehört. Diese Akten hat sie ordnungsgemäss dem Beschwerdeführer beziehungsweise dessen Rechtsvertreter zu eröffnen. Die nicht relevanten Akten hat die Staatsanwaltschaft auszuscheiden beziehungsweise zurückzugeben.

5. a) Ob nach der Bereinigung des Aktendossiers die Modalitäten der Akteneinsicht noch beziehungsweise wieder strittig sein werden³²⁸, ist ungewiss. Dazu kann vorläufig Folgendes festgehalten werden:

b) aa) Die Akten sind am Sitz der betreffenden Strafbehörde oder rechtshilfweise bei einer anderen Strafbehörde einzusehen. Anderen Behörden sowie den Rechtsbeiständen der Parteien werden sie in der Regel zugestellt³²⁹.

bb) Zur Modalität der Akteneinsicht³³⁰ erwog die Staatsanwaltschaft, es sei zutreffend, dass die Akten einem Rechtsvertreter in der Regel zugestellt würden. So seien auch die bisher rund 14 Ordner umfassenden Verfahrensakten im engeren Sinn in diesem Fall allesamt paginiert, eingescannt und den Parteien in elektronischer Form auf einer DVD zugestellt worden. Die Berufung des Beschwerdeführers auf Art. 102 Abs. 2 StPO gehe fehl, weil der Gesetzgeber mit dem Wortlaut "in der Regel" zum Ausdruck gebracht habe, dass auch Verhältnismässigkeitsüberlegungen zu berücksichtigen seien und der Strafbehörde dabei ein entsprechender Ermessensspielraum zukomme³³¹. Gerade wenn die Akten - wie es vorliegend bei den Sekundärakten der Fall sei - sehr

³²⁶ Die Staatsanwaltschaft macht dazu verschiedene Ausführungen, wonach die physischen Dokumente vollumfänglich gesichtet worden seien, während bei den elektronischen Dokumenten eine mehrtägige Schlagwortsuche durchgeführt worden sei. Es bleibt unklar, warum die Staatsanwaltschaft nach dieser Prüfung die nicht relevanten Akten nicht aussortiert und zurückgegeben hat.

³²⁷ Dabei genügt die bisherige sinngemässe Begründung nicht, es sei ein Strafverfahren hängig und die Dokumente seien beschlagnahmt beziehungsweise blieben beschlagnahmt.

³²⁸ Zum Beispiel Zustellung oder Einsicht bei der Staatsanwaltschaft, Aufbereitung der Akten

³²⁹ Art. 102 Abs. 2 StPO

³³⁰ Einsicht am Amtssitz

³³¹ Mit Verweis auf Schmutz, Art. 102 StPO N. 4

umfangreich seien, könne bei der Gewährung der Akteneinsicht vom Grundsatz der Zustellung an den Rechtsvertreter abgesehen werden. Das gelte vorliegend umso mehr, als es sich bei den Akten gerade nicht um Verfahrensakten im engeren Sinn, sondern bislang lediglich um Beschlagnahmungen handle, die nicht nummeriert und in einem Aktenverzeichnis erfasst seien, was eine Kontrolle von allfälligen Veränderungen der Akten nach Zusendung an die Parteien verunmögliche. Die Akten seien aber im Beschlagnahmefehl sowie im Beschlagnahmeverzeichnis aufgeführt und damit in den Strafakten ausreichend erwähnt. Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers sei es ohne weiteres zuzumuten, die Akten bei der Staatsanwaltschaft einzusehen und von einzelnen Dokumenten Kopien anfertigen zu lassen oder mittels Abfotografierens selber anzufertigen. Ausserdem sei es ihm mit oder ohne vorgängige Einsicht in die Sekundärakten unbenommen, den Beizug von Dokumenten zu den Verfahrensakten im engeren Sinn zu beantragen, wenn sie denn fallrelevant wären, was an dieser Stelle bestritten werde.

cc) Die Staatsanwaltschaft weist zutreffend darauf hin, dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers keinen absoluten oder unbedingten Anspruch auf Zustellung der Akten hat. Vielmehr erfolgt die Zustellung "in der Regel"³³². Das bedeutet, dass von einer Zustellung der Akten abgesehen werden kann, wenn praktische Gründe dies erheischen, beispielsweise wenn die Akten sehr umfangreich sind oder die Strafverfolgungsbehörde oder das Gericht die Akten dringend benötigt³³³. In einem einschlägigen Entscheid relativierte das Bundesgericht allerdings diesen Ausnahmetatbestand, indem es die Nichtzustellung der Akten an den Rechtsanwalt eines Beschwerdeführers während der laufenden Untersuchung mit der Begründung als zulässig qualifizierte, bei ausserordentlich umfangreichen Akten sei es nicht zumutbar, diese einem Anwalt mehr als einmal zur Einsichtnahme zuzustellen³³⁴. Dies bedeutet, dass einmal im Laufe der Untersuchung, somit in der Regel am Schluss der Untersuchung, eine Zustellung zu erfolgen hat.

dd) Soweit die Herstellung von Kopien unproblematisch ist, ergeben sich für elektronische Daten auf einem physischen Datenträger keine Probleme für eine Zustellung und somit kein Grund für eine Ausnahme von der Regel. Soweit die physischen Daten nach der Bereinigung des Aktenbestands standardmässig aufbereitet werden, so wie die bereits zur Einsicht zugestellten physischen Akten, gibt es ebenfalls kein Problem. Damit bliebe als Problem nur derjenige Teil der Akten, der auch nach der Bereinigung aus Sicht der Staatsanwaltschaft nicht standardmässig, das heisst nicht ordnungsgemäss aufbereitet werden kann. Das führt zur Frage der Aufbereitung der Akten.

c) aa) Gemäss Art. 100 Abs. 2 StPO sorgt die Verfahrensleitung für die systematische Ablage der Akten und für deren fortlaufende Erfassung in einem Verzeichnis; in einfachen Fällen kann sie von einem Verzeichnis absehen. Das Dossier muss somit systematisch geordnet sein; zu einer geordneten Anlage gehört ein Verzeichnis, das einen raschen Überblick über den Inhalt des

³³² Art. 102 Abs. 2 Satz 2 StPO

³³³ Schmutz, Art. 102 StPO N. 4; Brüscheweiler/Grünig, Art. 102 StPO N. 4

³³⁴ BGE 120 IV 245

Dossiers ermöglicht und zur Kontrolle der vorhandenen Dokumente unerlässlich ist³³⁵. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bildet eine nicht chronologisch aufdatierte systematische Erfassung und Paginierung der Aktenbestände für die Verteidigung und die befassten Behörden eine Erschwernis der Sachbearbeitung, welche die Beurteilung auf zureichender Tatsachenbasis gefährden kann. Es gehört zu den elementaren Grundsätzen des Strafprozessrechts, dass sämtliche im Rahmen des Verfahrens vorgenommenen Erhebungen (objektiv) aktenkundig gemacht werden³³⁶. Das heisst zugleich, dass Akten in einer geeigneten Weise zu erstellen sind, dass sich damit befasste Personen ohne weiteres (subjektiv) aktenkundig machen können. Nach der Botschaft soll das Verzeichnis einen raschen Überblick ermöglichen und der unerlässlichen Kontrolle dienen, insbesondere wenn die Akten zur Einsichtnahme ausgehändigt werden³³⁷. Das Bundesgericht erkannte auf formelle Rechtsverweigerung und hielt dafür, die Vorinstanz beachte die Rechtslage nicht, wenn sie den Antrag abweise, die Akten zu paginieren und ein Verzeichnis zu erstellen. Die Dossiers, gerade auch die Vollzugsakten, hätten transparent strukturiert und paginiert aufbereitet zu sein, so dass sie unmittelbar erschliessbar seien. Ein "Inhaltsverzeichnis" von fünf Bundesordnern und ein sogenannter "Journaleintrag" eines Ordners genügten den gesetzlichen Anforderungen an den Rechtsbegriff der "fortlaufenden Erfassung in einem Verzeichnis" nicht; nur in einfachen Fällen lasse sich von diesem Verzeichnis absehen³³⁸. Das Obergericht hielt in zwei Entscheiden fest, die Aufbereitung und Aufarbeitung der Akten sei kein Argument, um die Akteneinsicht hinauszuzögern³³⁹. Auch das bedeutet umgekehrt, dass eine ordnungsgemässe Aufbereitung der Akten erforderlich ist.

bb) Allerdings stellt sich die Frage, ob der zitierte strenge Entscheid des Bundesgerichts nicht auch in seltenen Ausnahmefällen beziehungsweise für besonders umfangreiche Akten durchbrochen werden kann. Es ist denkbar, dass beispielsweise für eine beschlagnahmte Buchhaltung oder für ein beschlagnahmtes Archiv Ausnahmen zugelassen werden können, insbesondere in Bezug auf die Vorgabe, alles zu paginieren. Allerdings braucht es auch in diesen Fällen eine gewisse Struktur, ebenso eine gewisse Ordnung und Bezeichnung, damit mit diesen Akten überhaupt gearbeitet werden kann. Die Staatsanwaltschaft wird deshalb nach Bereinigung der Akten, was nach dem Gesagten das Problem durchaus wesentlich entschärfen könnte, konkreter erklären müssen, welche Akten weshalb nicht aufbereitet und deshalb nicht zugestellt werden können, sondern bei ihr

³³⁵ BGE vom 30. Oktober 2019, 6B_1095/2019, Erw. 3.3.1 mit Verweis auf die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 S. 1085 und 1161

³³⁶ BGE 115 Ia 99

³³⁷ BGE vom 30. Oktober 2019, 6B_1095/2019, Erw. 3.3.4 mit Verweis auf die Botschaft, S. 1085 und 1161

³³⁸ Es ging um Akten mit einem Umfang von rund 16 kg, bestehend aus fünf Bundesordnern, einem gelben Ordner ("Verfahrensordner") und der "einfachen" vorinstanzlichen Gerichtsakte des Beschwerdeverfahrens. Das Bundesgericht umschrieb die Erfassung der Akten als chronologisch geordnet und kam zum Schluss, die Akten erschienen chronologisch geordnet. Sie seien nicht durchlaufend paginiert. Was tatsächlich in den Ordnern zu welchem Zeitpunkt abgelegt worden sei, ergebe sich einzig über das Sichten der einzelnen Aktenblätter. Die in dieser Weise zusammengestellten Akten liessen sich nur über eine "Durchforstung" der Dossiers erschliessen.

³³⁹ Aufgrund des Umfangs der Akten und der Komplexität des Verfahrens ist verständlich, dass die Beschwerdegegnerin Zeit benötigt, um die Akten aufzuarbeiten. Allerdings ist auch festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer grundsätzlich nach der Einvernahme die Akteneinsicht zu gewähren ist, auch wenn die Einvernahme keine weiteren Erkenntnisse bringen sollte. Eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts wäre danach unter Anwendung von Art. 108 StPO denkbar. Ebenso wenig ein taugliches Argument, die Akteneinsicht hinauszuzögern oder zu verweigern, wäre der Hinweis der Staatsanwaltschaft, die Akten müssten noch aufbereitet werden.

eingesehen werden müssen. Dabei wäre auch eine gestaffelte Zustellung möglich, indem die bereinigten Akten nach ihrer Aufarbeitung in Tranchen zugestellt werden.

6. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde zu schützen, und die Sache ist an die Staatsanwaltschaft zur Neuurteilung zurückzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 23. Dezember 2020, SW.2020.87

20. Die beschuldigte Person muss neben ihrem allgemeinen Aussageverweigerungsrecht auf spezifische Zeugnisverweigerungsrechte (hier mit Bezug auf ihren Ehemann) hingewiesen werden (Art. 113 Abs. 1, 180 f., 158 Abs. 1, 168 Abs. 1 lit. a StPO).

1. a) Die Staatsanwaltschaft eröffnete gegen die Beschwerdeführerin sowie gegen ihren Ehegatten je eine Strafuntersuchung, unter anderem wegen Urkundenfälschung und "Täuschung im Bereich Scheinehe". Bei der polizeilichen Einvernahme vom 22. Juni 2020 wurde die Beschwerdeführerin auf ihr Aussage- sowie Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber ihrem Ehemann hingewiesen. Gegen den gegen sie erlassenen Strafbefehl erhob die Beschwerdeführerin Einsprache. Am 16. Oktober 2020 befragte die Staatsanwaltschaft die Beschwerdeführerin. Letztere gelangte wenig später an die Staatsanwaltschaft und beantragte, das Einvernahmeprotokoll sei aus den Akten zu entfernen, weil die Staatsanwaltschaft sie in Bezug auf ihren Ehegatten nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht habe. Die Staatsanwaltschaft entschied, das Einvernahmeprotokoll sei verwertbar und bleibe bei den Akten.

b) Strittig ist, ob die Aussagen der Beschwerdeführerin im Protokoll der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 16. Oktober 2020, welche die Beziehung zu ihrem Ehemann betreffen, verwertbar sind, wobei erstellt ist, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf ihren Ehemann nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht wurde.

2. a) aa) Als beschuldigte Person gilt die Person, die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird³⁴⁰. Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern³⁴¹. Polizei oder Staatsanwaltschaft weisen die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hin, dass sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann³⁴². Einvernahmen ohne die Hinweise gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. a - d sind nicht verwertbar³⁴³.

bb) Art. 178 StPO regelt, wer als Auskunftsperson einvernommen wird. Nebst der hier nicht interessierenden Privatklägerschaft³⁴⁴ ist unter anderem Auskunftsperson, wer, ohne selber beschuldigt zu sein, als Täterin, Täter, Teilnehmerin oder Teilnehmer der abzuklärenden Straftat oder einer anderen damit zusammenhängenden Straftat nicht ausgeschlossen werden kann³⁴⁵, oder wer als mitbeschuldigte Person zu einer ihr nicht selber zur Last gelegten Straftat zu befragen ist³⁴⁶. Die Auskunftspersonen nach Art. 178 lit. b - g StPO sind nicht zur Aussage verpflichtet³⁴⁷; für sie

³⁴⁰ Art. 111 Abs. 1 StPO

³⁴¹ Art. 113 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO

³⁴² Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO

³⁴³ Art. 158 Abs. 2 StPO

³⁴⁴ Art. 178 lit. a StPO

³⁴⁵ Art. 178 lit. d StPO

³⁴⁶ Art. 178 lit. e StPO

³⁴⁷ Demgegenüber ist die gestützt auf Art. 178 lit. a StPO als Auskunftsperson einzuvernehmende Privatklägerschaft zur Aussage, nicht jedoch zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet (vgl. Art. 180 Abs. 2 StPO).

gelten sinngemäss die Bestimmungen über die Einvernahme der beschuldigten Person³⁴⁸. Die Strafbehörden machen die Auskunftspersonen zu Beginn der Einvernahme unter anderem auf ihre Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam³⁴⁹.

cc) Zeugin oder Zeuge ist eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist³⁵⁰. Jede zeugnisfähige Person ist zum wahrheitsgemässen Zeugnis verpflichtet; vorbehalten bleiben die Zeugnisverweigerungsrechte³⁵¹. Das Zeugnis können unter anderem die Ehegattin oder der Ehegatte der beschuldigten Person verweigern³⁵². Die einvernehmende Behörde macht die Zeugin oder den Zeugen zu Beginn jeder Einvernahme auf die Zeugnis- und die Wahrheitspflichten und auf die Strafbarkeit eines falschen Zeugnisses nach Art. 307 StGB aufmerksam. Unterbleibt die Belehrung, so ist die Einvernahme ungültig³⁵³. Die einvernehmende Behörde befragt die Zeugin oder den Zeugen zu Beginn der ersten Einvernahme über ihre Beziehungen zu den Parteien sowie zu den weiteren Umständen, die für ihre Glaubwürdigkeit von Bedeutung sein können³⁵⁴. Sie macht sie auf ihre Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam, sobald sie aufgrund der Befragung und der Akten solche Rechte erkennt. Unterbleibt der Hinweis und beruft sich die Zeugin oder der Zeuge nachträglich auf das Zeugnisverweigerungsrecht, ist die Einvernahme nicht verwertbar³⁵⁵. Die Zeugin oder der Zeuge kann sich jederzeit auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen oder den Verzicht darauf widerrufen³⁵⁶. Aussagen, die eine Zeugin oder ein Zeuge nach Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht gemacht hat, können auch dann als Beweis verwertet werden, wenn sich die Zeugin oder der Zeuge zu einem späteren Zeitpunkt auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft oder den Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht widerruft³⁵⁷.

b) aa) Der StPO ist nicht zu entnehmen, ob eine beschuldigte Person neben ihrem allgemeinen Aussageverweigerungsrecht zusätzlich über allfällige spezifische Zeugnisverweigerungsrechte aufzuklären ist.

bb) Das Bundesgericht bejahte diese Frage im Fall einer Auskunftsperson nach Art. 178 lit. d StPO. Es erkannte, das spezifisch geregelte, nur unter bestimmten Bedingungen zur Anwendung gelangende Aussageverweigerungsrecht der Zeugin oder des Zeugen könne nicht einfach als Ausfluss des allgemeinen Aussageverweigerungsrechts der Auskunftsperson verstanden werden. Die unterschiedlichen Mitwirkungsverweigerungsrechte der Auskunftsperson einerseits und der Zeugin oder des Zeugen andererseits würden vielmehr auf anderen Prämissen beruhen und

³⁴⁸ Art. 180 Abs. 1 StPO

³⁴⁹ Art. 181 Abs. 1 StPO

³⁵⁰ Art. 162 StPO

³⁵¹ Art. 163 Abs. 2 StPO

³⁵² Art. 168 Abs. 1 lit. a StPO

³⁵³ Art. 177 Abs. 1 StPO

³⁵⁴ Art. 177 Abs. 2 StPO

³⁵⁵ Art. 177 Abs. 3 StPO

³⁵⁶ Art. 175 Abs. 1 StPO

³⁵⁷ Art. 175 Abs. 2 StPO

andere Ziele verfolgen. Während das Aussageverweigerungsrecht der Auskunftsperson deren eigene Interessen im Verfahren schütze, betreffe das Aussageverweigerungsrecht der Zeugin oder des Zeugen nicht den Schutz der befragten, sondern den Schutz der beschuldigten Person. Der beschuldigten Person nahestehende Personen sollten aus Rücksichtnahme auf besonders enge persönliche Beziehungen zu ihr vor dem Interessenkonflikt bewahrt werden, entweder wahrheitsgemäss auszusagen und damit die persönliche Beziehung zur beschuldigten Person aufs Spiel zu setzen oder eine Verurteilung wegen falschen Zeugnisses in Kauf zu nehmen. Angesichts der unterschiedlichen Zielsetzungen des allgemeinen Aussageverweigerungsrechts der Auskunftsperson und des spezifischen Aussageverweigerungsrechts der Zeugin oder des Zeugen erscheine es unerlässlich, die zu befragende Person über beide Arten der Mitwirkungsverweigerungsrechte zu belehren, wenn ihr als Auskunftsperson zusätzlich zum allgemeinen Aussageverweigerungsrecht ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht, zum Beispiel als nahe Angehörige, zukomme. Denn mit dem Hinweis auf das allgemeine Aussageverweigerungsrecht werde der zu befragenden Person lediglich signalisiert, dass sie nicht zu Auskünften verpflichtet sei, die ihr möglicherweise schaden könnten. Gehe es aber darum, dass sie auch nicht verpflichtet sei, zum Nachteil eines Dritten auszusagen, bedürfe dies eines spezifischen Hinweises³⁵⁸.

c) Dies muss analog auch für die beschuldigte Person gelten. Sie kann aufgrund des Verbots zum Selbstbelastungszwang³⁵⁹ nicht gezwungen werden, sich selbst zu belasten³⁶⁰. Die Auskunftspersonen im Sinn von Art. 178 lit. b - g StPO sind der beschuldigten Person diesbezüglich gleichgestellt. Somit sind weder die beschuldigte Person noch die Auskunftsperson nach Art. 178 lit. b - g StPO zur Aussage, geschweige denn zur wahrheitsgemässen Aussage, verpflichtet. Das allgemeine Aussageverweigerungsrecht der beschuldigten Person betrifft folglich den Schutz von deren eigenen Interessen im Strafverfahren gegen sie selbst. Anders verhält es sich demgegenüber bei der Zeugin oder dem Zeugen. Diese oder dieser ist zur wahrheitsgemässen Aussage verpflichtet, da sie oder er an der abzuklärenden Straftat nicht beteiligt ist und deshalb im Hinblick auf den Gang des Strafverfahrens keine eigenen Interessen verfolgt. Infolgedessen schützen die spezifischen Zeugnisverweigerungsrechte nicht die Interessen der befragten Person, sondern einer Drittperson. Kommt zum allgemeinen Aussageverweigerungsrecht der zu befragenden beschuldigten Person zum Beispiel aufgrund naher persönlicher Beziehung zu einer Drittperson ein spezifisches Zeugnisverweigerungsrecht hinzu, ist die zu befragende Person demnach auf beide Arten von Mitwirkungsverweigerungsrechten hinzuweisen; das spezifische Zeugnisverweigerungsrecht ist nicht im allgemeinen Aussageverweigerungsrecht der beschuldigten Person enthalten.

³⁵⁸ BGE 144 IV 32 f.

³⁵⁹ "Nemo tenetur se ipsum accusare"; niemand darf gezwungen werden, sich selbst zu beschuldigen.

³⁶⁰ Art. 113 Abs. 1 StPO

d) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die detaillierte Belehrung gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO zu Beginn der ersten Einvernahme vorzunehmen; eine Pflicht, die ausführliche Belehrung vor jeder Einvernahme zu wiederholen, besteht jedoch nicht³⁶¹.

3. a) Anlässlich der delegierten Einvernahme vom 22. Juni 2020 wurde die Beschwerdeführerin als beschuldigte Person befragt und auf das allgemeine sowie mit Blick auf ihren Ehegatten (auch) auf das spezifische Aussageverweigerungsrecht nach Art. 113 Abs. 1 und 168 Abs. 1 lit. a StPO hingewiesen. Indessen wurde die Beschwerdeführerin bei der Befragung durch die Staatsanwaltschaft vom 16. Oktober 2020, das heisst nach dem Erlass des Strafbefehls und nach der Einreichung der Einsprache, nur noch auf das allgemeine, aber nicht mehr auf das spezifische Aussageverweigerungsrecht aufmerksam gemacht. Ausser Frage steht ferner, dass das spezifische nicht im allgemeinen Aussageverweigerungsrecht enthalten ist³⁶². Demzufolge wurde die Beschwerdeführerin im Rahmen der Einvernahme vom 22. Juni 2020 vollständig belehrt; die staatsanwaltschaftliche Befragung vom 16. Oktober 2020 blieb diesbezüglich jedoch unvollständig. Zwar wäre damit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³⁶³, wonach bei der ersten Einvernahme, nicht aber auch in jeder weiteren Befragung zu belehren sei, Genüge getan, jedoch ist im Auge zu behalten, dass es im Kanton Thurgau üblich ist, Beschuldigte nicht nur am Anfang, sondern auch im Rahmen weiterer Einvernahmen auf ihre Rechte hinzuweisen. Bezeichnenderweise wies die Staatsanwaltschaft die Beschwerdeführerin am 16. Oktober 2020 noch einmal auf das allgemeine Aussageverweigerungsrecht von Beschuldigten hin, weshalb mit Blick auf diese Praxis unverständlich ist, dass sie nicht ein weiteres Mal auch über das Aussageverweigerungsrecht gegenüber ihrem Ehegatten belehrt wurde. Zwecks Vermeidung von Missverständnissen drängt sich im Vorverfahren eine konsequente Haltung in dem Sinn auf, dass ab der zweiten Einvernahme entweder vollständig oder mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung gar nicht mehr belehrt wird. Demgegenüber erweckte die von der Staatsanwaltschaft getroffene "Zwischenlösung" bei der Beschwerdeführerin den falschen Eindruck, das Aussageverweigerungsrecht hinsichtlich ihres Ehegatten gelte nicht (mehr). Dabei begünstigten hier die konkreten Umstände diesen Eindruck noch: So erfolgte die vollständige Belehrung anlässlich der Einvernahme durch die Polizei, während die unvollständigen Hinweise im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Befragung gemacht wurden. Da die Beschwerdeführerin am 16. Oktober 2020 von einer anderen Person und in anderen Räumlichkeiten einvernommen wurde, konnte sie den Eindruck gewinnen, das allgemeine Aussageverweigerungsrecht von Beschuldigten gelte, aber nicht mehr das Aussageverweigerungsrecht hinsichtlich ihres Ehegatten.

b) aa) Die Staatsanwaltschaft argumentierte im angefochtenen Entscheid, die Einvernahme vom 16. Oktober 2020 habe lediglich der Begründung der Einsprache sowie der Wiederho-

³⁶¹ BGE vom 4. Dezember 2014, 6B_518/2014, Erw. 1.5; vgl. Godenzi, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 158 N. 14

³⁶² BGE 144 IV 32 f.

³⁶³ BGE vom 4. Dezember 2014, 6B_518/2014, Erw. 1.5

lung der gegen die Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfe, mithin der Vorbereitung der Überweisung der Akten an das Bezirksgericht, gedient. Neue Beweise seien der Beschwerdeführerin nicht vorgelegt worden, und die Vorwürfe seien bereits aus dem Strafbefehl bekannt gewesen. Die Aussagen der Beschwerdeführerin würden lediglich in ihrem eigenen Verfahren verwendet. Es habe deshalb genügt, die Beschwerdeführerin auf ihr generelles Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht aufmerksam zu machen. Auch in der Beschwerdeantwort stellte sich die Staatsanwaltschaft auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe in der Einvernahme vom 16. Oktober 2020 lediglich die Gelegenheit erhalten, sich zur Einsprache zu äussern und sich noch einmal die Vorwürfe aus dem Strafbefehl erklären zu lassen; darüber hinaus habe sie das weitere Vorgehen erläutert bekommen.

bb) aaa) Dieser Argumentation ist nicht zu folgen: Nach Art. 355 Abs. 1 StPO nimmt die Staatsanwaltschaft bei einer Einsprache gegen den Strafbefehl die weiteren Beweise ab, die zur Beurteilung der Einsprache erforderlich sind. Als weiteres Beweismittel kommt dabei auch die Einvernahme der beschuldigten Person nach Art. 142 ff. und 157 ff. StPO³⁶⁴ in Frage. Nach Abnahme der Beweise entscheidet die Staatsanwaltschaft sodann gemäss Art. 355 Abs. 3 lit. a - d StPO, ob sie am Strafbefehl festhält, das Verfahren einstellt, einen neuen Strafbefehl erlässt oder Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erhebt. Entgegen der Staatsanwaltschaft diene die Einvernahme vom 16. Oktober 2020 somit nicht nur dazu, um der Beschwerdeführerin die Vorwürfe aus dem Strafbefehl noch einmal zu erklären beziehungsweise das weitere Vorgehen im Einspracheverfahren zu erläutern. Dabei spielte es auch keine Rolle, dass der Beschwerdeführerin keine neuen Beweise vorgelegt wurden; die Einvernahme vom 16. Oktober 2020 stellt vielmehr selbst ein (weiteres) Beweismittel dar. Dies gilt hier umso mehr, als die Beschwerdeführerin die Einsprache (zulässigerweise³⁶⁵) unbegründet eingereicht hatte. Darüber hinaus wies die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass als Grund für die Vorladung vom 2. Oktober 2020 (ausdrücklich) eine "Einvernahme" und nicht etwa eine Besprechung oder dergleichen aufgeführt wurde.

bbb) Als unbehelflich erweist sich auch die Argumentation, wonach die Beschwerdeführerin auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam gemacht worden sei, sodass ihre Aussagen im Verfahren gegen sie verwertbar seien. Hier ist unstrittig, dass die Beschwerdeführerin anlässlich der Einvernahme vom 16. Oktober 2020 nur auf das allgemeine Aussageverweigerungsrecht hingewiesen wurde; ausserdem steht fest, dass das spezifische nicht im allgemeinen Aussageverweigerungsrecht der beschuldigten Person enthalten ist³⁶⁶. Wäre der Beschwerdeführerin am 16. Oktober 2020 indessen bewusst gewesen, dass sie gegen ihren Ehemann nicht aussagen müsste, hätte sie allenfalls keine oder weniger weitgehende Aussagen hinsichtlich ihres eigenen

³⁶⁴ Vgl. 4. Titel der StPO: "Beweismittel"

³⁶⁵ Art. 354 Abs. 2 StPO

³⁶⁶ BGE 144 IV 32 f.

Verhaltens rund um die vorgeworfene "Täuschung der Behörden" (Scheinehe) gemacht; beim Vorwurf der Scheinehe liegt es auf der Hand, dass Aussagen über den einen Ehegatten regelmässig auch Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Absichten des anderen Ehepartners erlauben.

c) Demzufolge sind die Aussagen der Beschwerdeführerin anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 16. Oktober 2020 zum Verhältnis zu ihrem Ehemann nach Art. 158 Abs. 2 StPO nicht verwertbar³⁶⁷. Zusammenfassend ist die Beschwerde zu schützen.

Obergericht, 2. Abteilung, 8. Januar 2021, SW.2020.134

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 5. Oktober 2021 ab (1B_56/2021).

³⁶⁷ Vgl. Art. 158 Abs. 2 StPO

21. Der Pikettanwalt wird im Fall einer notwendigen Verteidigung nicht ohne Gesuch zum amtlichen Verteidiger (Art. 129 Abs. 1, 130 lit. b, 132 Abs. 1, 159 Abs. 1 StPO).

1. a) Das Bezirksgericht erwog, Rechtsanwalt X, der Verteidiger des Berufungsklägers, sei nicht als Officialanwalt eingesetzt worden und dementsprechend auch nicht vom Staat zu entschädigen. Der Verteidiger sei als Anwalt der ersten Stunde beigezogen worden und sei danach zum Wahlverteidiger des Berufungsklägers geworden. Der Berufungskläger habe zu keinem Zeitpunkt einen Antrag auf amtliche Verteidigung gestellt.

b) Der Berufungskläger beantragte im Berufungsverfahren, ihm sei für das ganze Strafverfahren die notwendige Verteidigung zu bewilligen. Eine Mandatierung des Verteidigers als Wahlverteidiger habe nie stattgefunden. Hierfür hätte es laut Art. 129 Abs. 2 StPO der Schriftform und damit einer ausdrücklichen Erklärung bedurft. Bei den Straftaten liege aber weder eine Vollmacht des Berufungsklägers noch eine protokollierte Erklärung zur Annahme des Mandats durch Rechtsanwalt X oder sonst irgendeine schriftliche Bestätigung. Was die Staatsanwaltschaft dagegen anführe, sei unmassgeblich, da eine stillschweigende Erklärung als Voraussetzung für eine Wahlverteidigung nicht genüge. Die Anklage habe zudem auf Ausfällung einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten wegen vorsätzlicher qualifizierter grober Verkehrsregelverletzung sowie auf Bestrafung wegen Urkundenfälschung gelautet. Bei einer angedrohten Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe stehe es laut Art. 130 StGB nicht mehr im Belieben des Beschuldigten, die amtliche Verteidigung zu beantragen, sondern es sei von Amtes wegen für eine notwendige Verteidigung zu sorgen. Rechtsanwalt X sei von der Staatsanwaltschaft als Pikettanwalt der ersten Stunde mandatiert und weiterhin als Verteidiger geführt worden, ohne klarzustellen, dass das Mandatsverhältnis sich auf die Piketttätigkeit beschränke. Rechtsanwalt X habe nicht auf einer formellen Bestellung als amtlicher Verteidiger beharrt und sei stattdessen aufgrund des Pikettaufgebots weiterhin von einer Mandatierung als amtlicher Verteidiger ausgegangen, wie dies üblicherweise nach Piketteinsätzen der Fall sei. Unter der Annahme, dass Rechtsanwalt X kein amtlich bestellter Verteidiger sei, hätte die Vorinstanz nicht über die Anklage urteilen dürfen, da es an der notwendigen Verteidigung des Berufungsklägers gefehlt hätte. Durch das Verhalten der Staatsanwaltschaft sei ein Vertrauensschutz im Sinn von Art. 5 Abs. 3 beziehungsweise Art. 9 BV entstanden, andernfalls hätte die Staatsanwaltschaft ihn aus dem Verfahren ausgliedern und für den Berufungskläger einen anderen amtlichen Verteidiger bestellen müssen. Der Grundsatz von Treu und Glauben sei verletzt, wenn dieses Mandat nachträglich abgestritten werde.

2. a) Die beschuldigte Person ist berechtigt, in jedem Strafverfahren und auf jeder Verfahrensstufe einen Rechtsbeistand im Sinn von Art. 127 Abs. 5 StPO³⁶⁸ mit ihrer Verteidigung zu betrauen (Wahlverteidigung)³⁶⁹. Die beschuldigte Person muss - unter anderem - verteidigt werden,

³⁶⁸ Die Verteidigung der beschuldigten Person ist im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten.

³⁶⁹ Art. 129 Abs. 1 StPO

wenn ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, eine freiheitsentziehende Massnahme oder eine Landesverweisung droht³⁷⁰. Es handelt sich dabei um einen Fall notwendiger Verteidigung. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird³⁷¹. Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen³⁷². Bei notwendiger Verteidigung ordnet die Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine Wahlverteidigung bestimmt, oder der Wahlverteidigung das Mandat entzogen wurde oder sie es niedergelegt hat und die beschuldigte Person nicht innert Frist eine neue Wahlverteidigung bestimmt³⁷³. Überdies ist eine amtliche Verteidigung anzuordnen, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist³⁷⁴.

b) Die amtliche Verteidigung ist der Oberbegriff für die Officialverteidigung im Sinn von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO und die unentgeltliche Verteidigung im Sinn von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO³⁷⁵. Die amtliche Verteidigung zeichnet sich dadurch aus, dass deren Kosten vorweg vom Staat übernommen werden. Diese Kosten gehören zu den Verfahrenskosten und müssen von der verteidigten Person gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO zurückerstattet werden, sobald sie wirtschaftlich dazu in der Lage ist³⁷⁶. Im Kanton Thurgau werden Officialverteidiger nach dem notwendigen Zeitaufwand entschädigt, wobei die maximale Gesamtgebühr gemäss den ordentlichen Ansätzen nicht überschritten werden darf. Sie haben eine Schlussrechnung einzureichen, welche eine spezifizierte Aufstellung der mandatsbezogenen Tätigkeiten einschliesslich Barauslagen enthält. Der Honoraransatz beträgt Fr. 200.00 pro Stunde³⁷⁷.

c) Mit der amtlichen Verteidigung soll sichergestellt werden, dass der beschuldigten Person unbesehen um ihre finanziellen Möglichkeiten eine wirksame Verteidigung im Strafverfahren möglich ist. Aus den gesetzlichen Vorgaben geht klar hervor, dass die Staatsanwaltschaft bei notwendiger Verteidigung die amtliche Verteidigung von Amtes wegen anzuordnen hat und in diesem Fall Mittellosigkeit nicht Voraussetzung ist³⁷⁸. Die amtliche Verteidigung ist aber subsidiär gegenüber der Wahlverteidigung; eine amtliche Verteidigung wird im Fall einer notwendigen Verteidigung nur angeordnet, wenn der Betroffene keinen Wahlverteidiger nennt, oder wenn er bedürftig ist. Wenn bereits eine Verteidigung besteht und diese in eine amtliche Verteidigung umgewandelt werden soll,

³⁷⁰ Art. 130 lit. b StPO

³⁷¹ Art. 131 Abs. 1 StPO

³⁷² Art. 131 Abs. 2 StPO

³⁷³ Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und 2 StPO

³⁷⁴ Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO

³⁷⁵ Ruckstuhl, Basler Kommentar, 2.A., Art. 132 StPO N. 2

³⁷⁶ Ruckstuhl, Art. 132 StPO N. 4; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4.A., N. 445

³⁷⁷ § 13 Abs. 2 AnwT (Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen, RB 176.31)

³⁷⁸ RBOG 2013 Nr. 26 Erw. 3b; vgl. Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3.A., S. 101 f.; Schmid/Jositsch, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 739 f.; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, N. 344

hat die beschuldigte Person nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO ihre finanziellen Verhältnisse darzulegen³⁷⁹. Auch ist Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO auf Konstellationen anwendbar, die in Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO nicht ausdrücklich geregelt sind³⁸⁰.

d) Die Pflicht der Verfahrensleitung, um die notwendige Verteidigung besorgt zu sein³⁸¹, enthält auch die Pflicht zu klären, ob eine Wahlverteidigung vorliegt. Allein aus der Tatsache, dass sich ein Rechtsanwalt im Namen der Angehörigen des Beschuldigten meldet, bevor die Verfahrensleitung selbst einen notwendigen amtlichen Verteidiger einsetzte, kann nicht auf eine bestehende Wahlverteidigung geschlossen werden. Das gilt umsomehr, als auch für die notwendige amtliche Verteidigung ein Gesuch zwar nicht gestellt werden muss, aber gestellt werden kann³⁸². Die Staatsanwaltschaft hat daher die beschuldigte Person im Fall notwendiger Verteidigung aufzufordern, in- nert (kurzer) Frist eine Wahlverteidigung zu bestimmen³⁸³. Bezeichnet die beschuldigte Person in- nert dieser Frist den Rechtsanwalt, der sich im Auftrag der Angehörigen meldete, oder einen ande- ren Rechtsanwalt als Wahlverteidiger, bedarf es keiner Einsetzung einer amtlichen Verteidigung. Äussert er sich hingegen - aus welchen Gründen auch immer - hiezu nicht, hat die Staatsanwalt- schaft im Fall der notwendigen Verteidigung eine amtliche Verteidigung einzusetzen, ohne die Mit- tellosigkeit des Beschuldigten zu prüfen³⁸⁴.

e) Bei polizeilichen Einvernahmen hat die beschuldigte Person das Recht, dass ihre Ver- teidigung anwesend sein und Fragen stellen kann³⁸⁵. Bei polizeilichen Einvernahmen einer vorläufig festgenommenen Person hat diese zudem das Recht, mit ihrer Verteidigung frei zu verkehren³⁸⁶. Wird seitens der Strafverfolgungsbehörde auf Wunsch des Beschuldigten ein Anwalt im Sinn von Art. 159 StPO aus der Pikettliste des Anwaltsverbands beigezogen, übernimmt der Staat die Kosten für einen Einsatz von höchstens fünf Stunden gemäss § 13 Abs. 2 AnwT³⁸⁷.

3. a) Die erste polizeiliche Einvernahme mit dem Berufungskläger fand im Beisein von Rechtsanwalt X als Anwalt der ersten Stunde statt, welcher aus der Pikettliste des Thurgauischen Anwaltsverbands beigezogen wurde. Es handelt sich dabei um einen Pikettanwalt im Sinn von Art. 159 StPO, für welchen der Kanton Thurgau gemäss § 13 Abs. 3 AnwT die Kosten im Umfang von höchstens fünf Stunden übernimmt. Ein solcher Pikettanwalt ist nicht mit einem Officialverteidi- ger nach Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO oder einem unentgeltlichen Verteidiger nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO gleichzusetzen, da der Beschuldigte während des Einsatzes des Pikettanwalts jederzeit die

³⁷⁹ BGE vom 28. August 2019, 1B_364/2019, Erw. 3.5 f.

³⁸⁰ BGE vom 28. August 2019, 1B_364/2019, Erw. 3.4; BGE vom 9. Februar 2017, 1B_461/2016, Erw. 2.2.2

³⁸¹ Art. 131 Abs. 1 StPO

³⁸² Vgl. RBOG 2013 Nr. 26 Erw. 3d

³⁸³ Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 132 N. 4

³⁸⁴ RBOG 2013 Nr. 26 Erw. 3d

³⁸⁵ Art. 159 Abs. 1 StPO, Anwalt der ersten Stunde

³⁸⁶ Art. 159 Abs. 2 StPO

³⁸⁷ § 13 Abs. 3 AnwT

Möglichkeit hat, einen (anderen) Wahlverteidiger zu bestimmen. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers wird der Pikettanwalt nicht automatisch als Officialverteidiger eingesetzt, auch nicht, wenn ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Spätestens nach dem Einsatz von fünf Stunden hat sich der Pikettanwalt - nach Rücksprache mit und im Einverständnis des Beschuldigten - um seine Einsetzung als amtlicher Verteidiger durch die Staatsanwaltschaft zu bemühen oder aber dieser gegenüber zu erklären, dass er sein Pikettmandat für beendet erachte. Da von Seiten der Staatsanwaltschaft nicht festgestellt werden kann, in welchem Zeitpunkt die Bemühungen des Pikettanwalts die fünf entschädigten Stunden überschreiten, ist es Aufgabe des entsprechenden Rechtsvertreters, dies der Verfahrensleitung mitzuteilen. Diese Obliegenheit ergibt sich aus der anwaltlichen Sorgfaltspflicht. Sofern die Staatsanwaltschaft - wie hier - also keine Verfügung betreffend die amtliche Verteidigung erliess, muss der Rechtsanwalt aufgrund seiner anwaltlichen Sorgfaltspflicht tätig werden und um Einsetzung als amtlicher Verteidiger ersuchen.

b) Der Berufungskläger überschritt die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h um mindestens 53 km/h. Aufgrund der Strafdrohung gemäss Art. 90 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 lit. b SVG von einer Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren ist ab dem Zeitpunkt der Feststellung der Geschwindigkeitsüberschreitung von einem Fall notwendiger Verteidigung im Sinn von Art. 130 lit. b StPO auszugehen. Die Staatsanwaltschaft hatte demnach sicherzustellen, dass dem Berufungskläger auch für das weitere Verfahren eine Verteidigung zur Seite gestellt wird. Demnach hätte sie den Berufungskläger zunächst auffordern müssen, eine Wahlverteidigung zu beauftragen, sofern er nicht bereits von sich aus eine solche bestimmt hatte. Soweit der Berufungskläger aber trotz entsprechender Aufforderung der Staatsanwaltschaft keinen Wahlverteidiger mandatiert hätte, hätte die Staatsanwaltschaft subsidiär die amtliche Verteidigung anordnen müssen, wobei sie durchaus auch den Pikettanwalt als amtlichen Verteidiger hätte einsetzen können.

c) Hier durfte die Staatsanwaltschaft jedoch davon ausgehen, dass der Berufungskläger Rechtsanwalt X als Wahlverteidiger bestimmt hatte. Rechtsanwalt X nahm als Pikettanwalt an der ersten Einvernahme des Berufungsklägers durch die Kantonspolizei teil. Anschliessend nahm er den Beschlagnahmefehl betreffend das Fahrzeug des Berufungsklägers für diesen entgegen. Gegen diesen Beschlagnahmefehl erhob er im Namen des Berufungsklägers eine fünfseitige Beschwerde beim Obergericht, in welcher er fälschlicherweise darauf hinwies, dass die Staatsanwaltschaft ihn als notwendigen Verteidiger beigezogen habe. Zugunsten des Berufungsklägers ist davon auszugehen, dass zumindest ein Teil der bis zu diesem Zeitpunkt vorgenommenen Aufwendungen noch in seine Tätigkeit als Pikettanwalt fiel. Rechtsanwalt X ergänzte die Beschwerde an das Obergericht um eine dreiseitige Stellungnahme. Die Tätigkeit von Rechtsanwalt X im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zugunsten des Berufungsklägers war für die verfahrensleitende Staatsanwältin ersichtlich und ging insgesamt offensichtlich über das hinaus, was im Rahmen von höchstens fünf Stunden Pikettverteidigung vorgesehen und üblich ist. Rechtsanwalt X unterliess es allerdings, der verfahrensleitenden Staatsanwältin mitzuteilen, dass seine Bemühungen als Pikettanwalt die maximal entschädigten fünf Stunden erreicht hätten, und dass er um Einsetzung als amtlicher Verteidiger

ersuche oder sein Pikettmandat als beendet erachte. Mangels einer solchen Mitteilung des Pikettanwalts und aufgrund von dessen Aufwendungen für den Berufungskläger, die offensichtlich weit über fünf Stunden hinausgingen, durfte die Staatsanwältin davon ausgehen, dass der Berufungskläger Rechtsanwalt X unterdessen als seinen (notwendigen) Wahlverteidiger bestellt hatte. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass keine schriftliche Vollmacht im Sinn von Art. 129 Abs. 2 StPO im Recht liegt, zumal eine solche ohnehin blosser Ordnungsvorschrift ist³⁸⁸. Anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme rund zwei Jahre nach der dem Berufungskläger vorgeworfenen Tat hielt die Staatsanwältin nach entsprechender Nachfrage protokollarisch fest, dass Rechtsanwalt X zwischenzeitlich als Wahlverteidiger des Berufungsklägers an der Einvernahme teilnehme. Weder Rechtsanwalt X noch der Berufungskläger intervenierten dagegen; vielmehr unterzeichneten beide das Protokoll. Die verfahrensleitende Staatsanwältin kam somit ihrer Pflicht zur Klärung nach, ob eine Wahlverteidigung vorliege. Sie durfte aus dem Verhalten von Rechtsanwalt X und des Berufungsklägers in guten Treuen schliessen, dass Rechtsanwalt X den Berufungskläger nach Ablauf der fünf Pikettstunden als Wahlverteidiger im weiteren Verlauf des Verfahrens vertritt. Aus dem Verhalten der Staatsanwältin entstand für Rechtsanwalt X in Bezug auf eine Officialverteidigung des Berufungsklägers somit kein Vertrauensschutz. In diesem Zusammenhang ist ferner darauf hinzuweisen, dass die Staatsanwaltschaft lediglich sicherzustellen hat, dass der Beschuldigte verteidigt wird; eine solche "Fürsorgepflicht" der Staatsanwaltschaft für den Rechtsanwalt besteht demgegenüber nicht.

d) Rechtsanwalt X vertrat den Berufungskläger zunächst als Pikettanwalt im Sinn von Art. 159 StPO und nach Erreichen eines Aufwands von fünf Stunden als Wahlverteidiger. Weder die Staatsanwaltschaft noch die Vorinstanz setzten Rechtsanwalt X als amtlichen Verteidiger ein. Das ist nicht zu beanstanden, zumal die Voraussetzungen von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO nicht erfüllt waren oder sind. Es lag demnach kein Fall von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO vor. Bei dieser Konstellation wäre eine Einsetzung von Rechtsanwalt X als amtlicher Verteidiger einzig nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO möglich gewesen, wenn der Berufungskläger nicht über die erforderlichen Mittel verfügt hätte. Dazu hätte der Berufungskläger aber seine Bedürftigkeit nachweisen müssen, was er jedoch nicht tat. Rechtsanwalt X hätte es somit sowohl vor Vorinstanz als auch vor Obergericht nicht beim Hinweis auf seine (tatsächlich nie verfügte und mithin nicht bestehende) Officialverteidigung belassen dürfen. Er hätte vielmehr einen entsprechenden Antrag um Einsetzung als amtlicher Verteidiger unter Nachweis der Bedürftigkeit des Berufungsklägers stellen müssen.

Obergericht, 1. Abteilung, 27. August 2020, SBR.2020.21

³⁸⁸ Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 129 N. 4

22. Bestellung einer amtlichen Verteidigung bei notwendiger Verteidigung; Präzisierung von RBOG 2013 Nr. 26 (Art. 130 i.V.m. 132 Abs. 1, Art. 131 Abs. 3 StPO)

1. a) Die Staatsanwaltschaft eröffnete eine Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer wegen Betrugs.

b) Im Verlauf des Verfahrens beantragte Rechtsanwältin X bei der Staatsanwaltschaft die Einsetzung als amtliche Verteidigerin. Ihrer Auffassung nach handle es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung. Die Staatsanwaltschaft antwortete daraufhin, sie sehe keinen Grund für die notwendige Verteidigung und legte ihrem Schreiben das Formular "Gesuch um amtliche Verteidigung" bei, welches der Beschwerdeführer anschliessend ausgefüllt einreichte.

c) Die Staatsanwaltschaft wies das Gesuch um amtliche Verteidigung ab. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde und beantragte unter anderem, Rechtsanwältin X sei für die Strafuntersuchung als notwendige amtliche Verteidigerin, eventuell als amtliche Verteidigerin, einzusetzen.

2. a) Der Beschwerdeführer macht unter anderem geltend, die Staatsanwaltschaft verkenne die gesetzliche Unterscheidung zwischen amtlicher Verteidigung bei notwendiger Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO und den übrigen Fällen der (unentgeltlichen) Verteidigung. Nur bei Letzteren verlange das Gesetz gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO (in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts) für eine staatliche Bevorschussung der Verteidigungskosten den Nachweis, dass die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfüge. Bei notwendiger Verteidigung setze die Bestellung eines Officialverteidigers, dessen Kosten vom Staat (vorläufig) zu bevorschussen seien, nach Art. 132 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 130 StPO keinen Nachweis der finanziellen Bedürftigkeit des Beschuldigten voraus. Dabei verweist der Beschwerdeführer auf BGE 139 IV 113.

b) aa) Im Entscheid BGE 139 IV 113 erwog das Bundesgericht, bei notwendiger Verteidigung setze die Bestellung eines Officialverteidigers, dessen Kosten vom Staat (vorläufig) zu bevorschussen seien, keinen Nachweis der finanziellen Bedürftigkeit des Beschuldigten voraus. Dass die Vorinstanz das gesetzliche Vorschlagsrecht bei der Ernennung des Officialverteidigers davon abhängig mache, dass der Beschuldigte der Staatsanwaltschaft seine finanziellen Verhältnisse offenlege und der erbetene Verteidiger ihn dazu aktiv anhalten müsse, halte vor dem Bundesrecht nicht stand³⁸⁹.

bb) Gemäss (neuerer) bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die amtliche Verteidigung als subsidiär zur (privaten) Wahlverteidigung zu betrachten. Das Bundesgericht verneinte ausdrücklich, dass der Staat bei notwendiger Verteidigung stets das diesbezügliche Kostenrisiko zu

³⁸⁹ BGE 139 IV 113 ff. (Regeste)

tragen habe, wenn eine beschuldigte Person ein Gesuch um amtliche Verteidigung stelle. Ein Nebeneinander von Wahlverteidigung und amtlicher Verteidigung sei nicht völlig ausgeschlossen. Weiter sei auch bei der Anordnung der amtlichen Verteidigung das Vorschlagsrecht der beschuldigten Person gemäss Art. 133 Abs. 2 StPO zu beachten. Wenn die beschuldigte Person aber über eine Wahlverteidigung verfüge und deren Umwandlung in eine amtliche Verteidigung beantrage, so sei diese Konstellation nicht unter Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO einzuordnen. Vielmehr richte sich die Behandlung eines solchen Gesuchs (auch bei Fällen notwendiger Verteidigung) nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO und hänge somit von der finanziellen Bedürftigkeit der beschuldigten Person ab. Diese sei für den zuletzt genannten Punkt nachweispflichtig³⁹⁰.

Wenn die beschuldigte Person eine Wahlverteidigung beauftragt habe und beim Antrag auf Umwandlung in eine amtliche Verteidigung ihre finanziellen Verhältnisse nicht offenlege, so lasse sich diese Situation nicht mit einem Fall von Bedürftigkeit nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO gleichsetzen. Ein solches Vorgehen gehe auch über das Vorschlagsrecht von Art. 133 Abs. 2 StPO hinaus. Vielmehr dürfe die Verfahrensleitung bei der fraglichen Konstellation grundsätzlich ohne weitere Abklärungen davon ausgehen, dass - zumindest einstweilen - eine wirksame private Rechtsvertretung gegeben sei. Diesen Grundsatz könne die beschuldigte Person nicht mit der blossen Behauptung, sie sei mittellos, umstossen. Die Verfahrensleitung sei bei der Anordnung einer amtlichen Verteidigung wegen Bedürftigkeit im Sinn von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO für ihre Abklärungen auf die Mitwirkung der beschuldigten Person angewiesen. Ein Anspruch auf Anordnung der amtlichen Verteidigung ohne Nachweis der finanziellen Bedürftigkeit bestehe bei notwendiger Verteidigung nur in einer Konstellation von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO, das heisse bei Fehlen einer Wahlverteidigung. Nichts anderes ergebe sich aus BGE 139 IV 113³⁹¹.

c) aa) Mit dieser neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Argumentation des Beschwerdeführers, die sich auf BGE 139 IV 113 bezieht, überholt. Der angefochtene Entscheid ist somit nicht zu beanstanden, soweit die Staatsanwaltschaft die notwendige amtliche Verteidigung im Sinn von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO und die amtliche Verteidigung im Sinn von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO verneint, weil der Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht habe, dass er nicht über die erforderlichen Mittel verfüge. Der Beschwerdeführer bestritt die diesbezügliche Begründung der Staatsanwaltschaft nicht.

bb) Unbehelflich ist der Einwand des Beschwerdeführers, aufgrund der ihm vorgeworfenen Delikte würde sich seine Rechtsanwältin dem Vorwurf der Gehilfenschaft zur Geldwäscherei aussetzen, wenn sie sich von ihm ihr Honorar bezahlen lasse und er später tatsächlich verurteilt werden würde. Die Staatsanwaltschaft stellte klar, dass die aktuellen Einnahmen und Vermögenswerte des Beschwerdeführers nicht Gegenstand dieser Strafuntersuchung sind.

³⁹⁰ BGE vom 28. August 2019, 1B_364/2019, Erw. 3.5

³⁹¹ BGE vom 28. August 2019, 1B_364/2019, Erw. 3.6

3. a) Zu prüfen bleibt, ob bereits zum Zeitpunkt der ersten Einvernahme des Beschwerdeführers ein Fall von notwendiger Verteidigung vorlag. Der Beschwerdeführer bringt im Beschwerdeverfahren zusammengefasst vor, ihm habe bereits damals eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr gedroht, und es handle sich damit um einen Fall der notwendigen Verteidigung nach Art. 130 lit. b StPO. Es werde ihm Betrug und Geldwäscherei vorgeworfen. Die gesetzliche Strafandrohung liege bei drei beziehungsweise fünf Jahren; falls ein qualifizierter Strafbestand zum Tragen komme, wäre die Strafandrohung sogar bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Der Beschwerdeführer sei erstens vorbestraft, und zweitens sei zum Zeitpunkt der ersten Einvernahme noch ein weiteres Strafverfahren in einem anderen Kanton pendent gewesen, das mittlerweile mit einer Verurteilung zu einer unbedingten Geldstrafe von 80 Tagessätzen wegen Widerhandlung gegen das AIG³⁹² geendet habe; der Staatsanwaltschaft sei beides bekannt gewesen.

b) Nach Art. 130 lit. b StPO muss die beschuldigte Person unter anderem verteidigt werden, wenn ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht. Ausschlaggebend ist nicht das abstrakt höchstmögliche, sondern das konkret zu erwartende Strafmass³⁹³. Ob der beschuldigten Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht, beurteilt sich anhand der äusseren Umstände des Tatvorwurfs. Entscheidend ist, ob der Grund notwendiger Verteidigung bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkannt werden können, wobei an die Erkennbarkeit keine hohen Anforderungen zu stellen sind³⁹⁴. Damit das Beweisverwertungsverbot von Art. 131 Abs. 3 StPO geltend gemacht werden kann, muss zum Zeitpunkt der Beweiserhebung erkennbar gewesen sein, dass es sich um einen Fall von notwendiger Verteidigung handelt³⁹⁵. Welches Delikt der beschuldigten Person vorgeworfen wird, soll sich nach einem Teil der Lehre in der Regel aus der Eröffnungsverfügung ergeben. Da diese aber erst mit Übernahme des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft erlassen wird, kann dieser Zeitpunkt zu spät sein. Wird etwa die Polizei vom Täter eines Tötungsdelikts selbst an den Tatort gerufen oder stellt sich dieser der Polizei, dann ist zu diesem Zeitpunkt bereits klar, dass es sich um einen Fall einer notwendigen Verteidigung handelt³⁹⁶. Gleiches gilt beispielsweise auch bei der Beschlagnahme einer grösseren Menge an Kokain³⁹⁷.

c) aa) Die Kantonspolizei hielt dem Beschwerdeführer zu Beginn der ersten Einvernahme vor, aufgrund einer Meldung der Meldestelle für Geldwäscherei des Bundesamts für Polizei³⁹⁸ sei gegen ihn eine Strafuntersuchung eröffnet worden. Es bestehe der Verdacht, dass er Teil eines betrügerischen Vertriebssystems sei. Konkret stehe im Raum, dass er von A Gelder erhalten habe,

³⁹² Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20

³⁹³ BGE 143 I 170; BGE vom 6. Dezember 2018, 1B_422/2018, Erw. 2.1

³⁹⁴ BGE vom 2. August 2016, 6B_1069/2015, Erw. 1.2

³⁹⁵ Ruckstuhl, Basler Kommentar, 2.A., Art. 131 StPO N. 7; vgl. Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 131 N. 11

³⁹⁶ Ruckstuhl, Art. 131 StPO N. 8

³⁹⁷ Lieber, Art. 131 StPO N. 13

³⁹⁸ MROS

die entgegen der Zusicherung von A gegenüber dem Geschädigten B nicht für den Kauf von X verwendet worden seien, sondern von ihm mittels falscher Bezeichnungen wie "Kauf X" und "Verkauf X" auf seinem Konto an seine Kunden ausbezahlt und für eigene Zwecke verwendet worden seien.

bb) In rechtlicher Hinsicht stand damit der Tatbestand des Betrugs im Vordergrund. Die Strafdrohung beträgt gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, bei Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 146 Abs. 2 StGB Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen. Unklar ist, ob die Staatsanwaltschaft auch noch im Hinblick auf den Tatbestand der Geldwäscherei ermittelte. Die MROS-Meldung sprach von einem Transaktionsmuster, das stark auf den Tatbestand der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB i.V.m. Betrug nach Art. 146 StGB hinweise. Es bestehe der begründete Verdacht, dass die auf dem Konto gutgeschriebenen Vermögenswerte zumindest teilweise aus einem Verbrechen herrühren könnten.

d) aa) Der Tatvorwurf, Teil eines betrügerischen Vertriebssystems zu sein, lässt ohne weiteres den Verdacht auf gewerbsmässigen Betrug aufkommen. Damit steht ein Strafrahmen von drei Tagen³⁹⁹ bis zehn Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe nicht unter 90 Tagessätzen im Raum. Der Vorwurf, ein betrügerisches Vertriebssystem aufgebaut zu haben beziehungsweise Teil eines solchen Systems zu sein, wiegt nicht mehr leicht. Zudem ging es um erhebliche Summen: Die Kantonspolizei hielt dem Beschwerdeführer - gestützt auf die MROS-Meldung - Überweisungen von Fr. 320'000.00 und Fr. 150'000.00 vor. Der Beschwerdeführer bestätigte diese Beträge, welche direkt für den Kauf von X verwendet worden seien. In Bezug auf die Höhe des konkret zu erwartenden Strafmasses ist weiter zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer mehrfach vorbestraft ist, unter anderem auch wegen Vermögensdelikten (mehrfache Hehlerei und mehrfacher Diebstahl).

bb) Unter diesen Umständen lag eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr nahe, was von der Staatsanwaltschaft hätte erkannt werden können. Die Staatsanwaltschaft wendet dagegen bloss ein, ein allfälliger Deliktsbetrag sei noch unbestimmt gewesen, was unter anderem darauf zurückzuführen sei, dass gemäss Aussagen der beschuldigten Person X gekauft worden und der Mitbeschuldigte nicht detailliert zur Sache habe einvernommen werden können. Der konkrete Deliktsbetrag ist angesichts der Umstände jedoch nicht entscheidend, zumal die Kantonspolizei dem Beschwerdeführer anlässlich der ersten Einvernahme Geldüberweisungen in sechsstelliger Höhe im Rahmen des verdachtsweise betrügerischen Vertriebssystems vorhielt.

e) Zusammengefasst hätte der Beschwerdeführer an der ersten Einvernahme notwendig verteidigt sein müssen. Da dies nicht der Fall war, ist die Einvernahme gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO nur gültig, wenn der Beschwerdeführer auf ihre Wiederholung verzichtet.

Obergericht, 2. Abteilung, 11. November 2021, SW.2021.107

³⁹⁹ Art. 40 Abs. 1 StGB

23. Amtliche Verteidigung beim Vorwurf der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung; Berücksichtigung besonderer Gesichtspunkte im Einzelfall (Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO; Art. 261^{bis} StGB)

1. a) Der Beschwerdeführer veröffentlichte auf seinem Twitter-Profil einen Tweet mit folgendem Inhalt:

"Wenn es erlaubt würde, dass das Kinderadoptionsrecht auch für Homosexuelle gelten würde, kann das Pädophilie fördern, wie es auch schon der Biologe Prof. Dr. U. Kutschera sagte.

Mit irgendwelcher Homophobie hat das nichts zu tun."

b) Der Beschwerdeführer wurde mit Strafbefehl der Diskriminierung und des Aufrufs zu Hass (aufgrund der sexuellen Orientierung) gemäss Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen sowie zu einer Busse verurteilt. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Einsprache und beantragte die amtliche Verteidigung. Die Staatsanwaltschaft wies das Gesuch des Beschwerdeführers ab, denn es lägen weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten vor, welche den Beizug einer Verteidigung als geboten erscheinen liessen. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) Gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO ordnet die Verfahrensleitung eine amtliche Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist, was namentlich der Fall ist, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person nicht gewachsen wäre⁴⁰⁰. Ein Bagatellfall liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als vier Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen zu erwarten ist⁴⁰¹. Mit dieser Regelung wird die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 BV für den Bereich des Strafprozessrechts umgesetzt⁴⁰². Diese Rechtsprechung unterscheidet nach der Schwere der Strafdrohung drei Fallgruppen: Falls das in-frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition des Betroffenen eingreift, ist die Bestellung eines amtlichen Rechtsbeistands grundsätzlich geboten. Dies trifft namentlich dann zu, wenn dem Angeschuldigten eine Strafe droht, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzugs ausschliesst. Falls kein besonders schwerer Eingriff in die Rechte des Gesuchstellers droht (relativ schwerer Fall), müssen besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller, auf sich allein gestellt, nicht gewachsen wäre. Das Bundesgericht hat einen relativ schweren Fall etwa bei einer Strafdrohung von drei Monaten Gefängnis unbeding⁴⁰³, bei einer "empfindlichen Strafe von jedenfalls mehreren Monaten Gefängnis"⁴⁰⁴ oder bei der

⁴⁰⁰ Art. 132 Abs. 2 StPO

⁴⁰¹ Art. 132 Abs. 3 StPO

⁴⁰² BGE 139 IV 119

⁴⁰³ BGE 115 Ia 105 f.

⁴⁰⁴ BGE 120 Ia 47

Einsprache gegen einen Strafbefehl von 40 Tagen Gefängnis bedingt angenommen⁴⁰⁵. Bei offensichtlichen Bagatelldelikten, bei denen nur eine Busse oder eine geringfügige Freiheitsstrafe infrage kommt, verneint die Bundesgerichtspraxis einen verfassungsmässigen Anspruch auf einen amtlichen Rechtsbeistand⁴⁰⁶.

Daraus, aber auch aus dem Wortlaut von Art. 132 Abs. 3 StPO ("jedenfalls dann nicht"), folgt, dass nicht automatisch von einem Bagatellfall auszugehen ist, wenn die im Gesetz genannten Schwellenwerte nicht erreicht werden. Die Formulierung von Abs. 2 bringt durch die Verwendung des Worts "namentlich" zum Ausdruck, dass nicht ausgeschlossen ist, neben den beiden genannten Kriterien (kein Bagatellfall; tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre) weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Mithin ist eine Beurteilung der konkreten Umstände des Einzelfalls notwendig, die sich einer strengen Schematisierung entzieht. Immerhin lässt sich festhalten, dass je schwerwiegender der Eingriff in die Interessen der betroffenen Person ist, desto geringer sind die Anforderungen an die erwähnten tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten und umgekehrt⁴⁰⁷.

b) aa) Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung zu Hass oder zu Diskriminierung aufruft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft⁴⁰⁸. Der gleichen Strafandrohung unterliegt, wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung dieser Personen oder Personengruppen gerichtet sind⁴⁰⁹. Ebenso wird entsprechend sanktioniert, wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert⁴¹⁰.

bb) aaa) "Öffentlich" im Sinn der neueren Rechtsprechung sind mit Rücksicht auf das geschützte Rechtsgut der Menschenwürde Äusserungen und Verhaltensweisen, die nicht im privaten Rahmen erfolgen. Privat sind Äusserungen und Verhaltensweisen im Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderes Vertrauen geprägten Umfeld⁴¹¹.

bbb) Unter dem Begriff "Hass" nach Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB ist eine fundamental feindliche Grundhaltung zu verstehen, die über blosser Ablehnung, Verachtung oder Antipathie hinausgeht⁴¹². Ob die feindselige Grundhaltung emotional oder intellektuell begründet ist, kann keine

⁴⁰⁵ BGE vom 4. März 2003, 1P.627/2002, Erw. 3.2 = Pra 2004 Nr. 1 S. 1

⁴⁰⁶ BGE 143 I 174

⁴⁰⁷ BGE 143 I 174 f.

⁴⁰⁸ Art. 261^{bis} Abs. 1 und 6 StGB

⁴⁰⁹ Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB

⁴¹⁰ Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB

⁴¹¹ BGE 133 IV 311 f.; BGE vom 9. Oktober 2018, 6B_620/2018, Erw. 3.1.1

⁴¹² Niggli, Rassendiskriminierung, 2.A., N. 1051

Rolle spielen⁴¹³. Der Begriff des "Aufrufens" (zu Hass oder Diskriminierung) umfasst auch das "Aufreizen". Erfasst werden damit auch die allgemeine Hetze oder das Schüren von Emotionen, die auch ohne hinreichend expliziten Aufforderungscharakter Hass und Diskriminierung hervorrufen können⁴¹⁴. Es ist mithin nicht erforderlich, dass der Täter explizit zu Hass oder Diskriminierung auffordert. Es genügt, wenn er durch seine Äusserungen eine Stimmung schafft, in welcher Hass oder Diskriminierung gedeihen⁴¹⁵.

ccc) Als "Herabsetzung oder Diskriminierung" im Sinn von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB gelten alle Verhaltensweisen, durch welche den Angehörigen einer Bevölkerungsgruppe aufgrund ihrer Rasse, Ethnie, Religion oder sexuellen Orientierung die Gleichwertigkeit als menschliche Wesen oder die Gleichberechtigung in Bezug auf die Menschenrechte abgesprochen oder zumindest infrage gestellt wird⁴¹⁶. Für die strafrechtliche Beurteilung einer Äusserung ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich der Sinn massgebend, den ihr der unbefangene durchschnittliche Dritte unter den gesamten konkreten Umständen beilegt. Eine Äusserung in der Öffentlichkeit erfüllt den Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB, wenn sie von einem unbefangenen durchschnittlichen Dritten unter den gesamten konkreten Umständen in einem diskriminierenden Sinn verstanden wird, und der Beschuldigte eine Interpretation seiner Äusserung in diesem Sinn in Kauf genommen hat⁴¹⁷.

cc) Bei der Auslegung von Art. 261^{bis} StGB ist der Freiheit der Meinungsäusserung⁴¹⁸ Rechnung zu tragen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Äusserungen zu politischen Fragen und Problemen des öffentlichen Lebens ein besonderer Stellenwert zukommt. In einer Demokratie ist es von zentraler Bedeutung, dass auch Standpunkte vertreten werden können, die einer Mehrheit missfallen und für viele schockierend wirken. Kritik muss dabei in einer gewissen Breite und bisweilen auch in überspitzter Form zulässig sein. Der Meinungsäusserungsfreiheit darf zwar keine so weitreichende Bedeutung gegeben werden, dass das Anliegen der Bekämpfung der Rasendiskriminierung seiner Substanz beraubt würde. Umgekehrt muss es in einer Demokratie aber möglich sein, auch am Verhalten einzelner Bevölkerungsgruppen Kritik zu üben. Eine Herabsetzung oder Diskriminierung im Sinn von Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB ist daher in der politischen Auseinandersetzung nicht leichthin zu bejahen. Jedenfalls erfüllt den Tatbestand nicht bereits, wer über eine von dieser Norm geschützte Gruppe etwas Unvorteilhaftes äussert, solange die Kritik insgesamt sachlich

⁴¹³ Niggli, N. 1053

⁴¹⁴ BGE 143 IV 199 und 208; BGE 123 IV 207

⁴¹⁵ BGE 143 IV 208

⁴¹⁶ BGE 143 IV 198 f.; BGE 140 IV 69; BGE 133 IV 311; BGE 131 IV 27

⁴¹⁷ BGE 140 IV 69; BGE 133 IV 312

⁴¹⁸ Art. 16 BV; Art. 10 EMRK; Art. 19 UNO-Pakt II

bleibt und sich auf objektive Gründe stützt. Äusserungen im Rahmen der politischen Auseinandersetzung sind dabei nicht zu engherzig auszulegen, sondern immer in ihrem Gesamtzusammenhang zu würdigen⁴¹⁹.

In der Literatur ist strittig, ob ein Grundrechtskonflikt besteht⁴²⁰; gemäss der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴²¹ ist eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit möglich. Bei der Beurteilung der Wissenschaftlichkeit beziehungsweise der Pseudowissenschaftlichkeit einer Publikation ist die Motivation massgeblich⁴²². Dasselbe muss gelten, wer sich auf eine solche Publikation beziehungsweise dessen Autor beruft.

3. a) Mit Blick auf die Schwere der Strafdrohung allein - im Strafbefehl wurde eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen sowie eine Busse festgesetzt - ist noch von einem Bagatellfall auszugehen, womit grundsätzlich die Bestellung einer amtlichen Verteidigung zur Wahrung der Interessen nicht als geboten erscheint. Allerdings stellte das Bundesgericht⁴²³ klar, dass die amtliche Verteidigung nicht automatisch ausgeschlossen ist, wenn die im Gesetz genannten "Schwellenwerte"⁴²⁴ unterschritten werden; vielmehr kann aufgrund des Ausdrucks "namentlich" in Art. 132 Abs. 2 StPO der Beizug eines amtlichen Verteidigers trotzdem geboten sein, wenn weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Ein solcher Gesichtspunkt kann ein neuer Straftatbestand sein, welcher die beschuldigte Person vor besondere rechtliche Schwierigkeiten oder Herausforderungen stellt.

b) aa) Der Beschwerdeführer sprach in seinem Tweet die Homosexualität an. Art. 261^{bis} StGB wurde unlängst revidiert und um das hier massgebliche Angriffsobjekt "sexuelle Orientierung" erweitert⁴²⁵. Demzufolge geht es hier um die Anwendung einer neuen Tatbestandsvariante. Die Argumentation der Staatsanwaltschaft, wonach kein neuer Straftatbestand geschaffen wurde, trifft nur formal zu; mit Blick auf die "sexuelle Orientierung" wurde der bisherige Gesetzestext um einen Schutzbereich wesentlich ergänzt. Damit steht ausser Frage, dass sich für Rechtsanwender und Rechtsunterworfenen (mitunter rechtlich schwierige) neue Fragen stellen, woraus sich wiederum das Potential zur Verteidigung oder für die Verteidigung merklich erweitert. Der Beschwerdeführer erwähnte die Meinungsäusserungs- und Religionsfreiheit, womit er sich auf Grundrechte berief. Gerade das Verhältnis zwischen dem Diskriminierungstatbestand von Art. 261^{bis} StGB und der Meinungsäusserungsfreiheit wirft heikle Fragen auf, welche nicht ohne weiteres zu beantworten sind, insbesondere nicht von einem juristischen Laien. Insofern ergeben sich mit Blick auf die anwendbare

⁴¹⁹ BGE 131 IV 27 ff.; BGE vom 4. November 2015, 6B_627/2015, Erw. 2.5

⁴²⁰ Vgl. Schleiminger/Mettler, Basler Kommentar, 4.A., Art. 261^{bis} StGB N. 28; Trechsel/Vest, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 3.A., Art. 261^{bis} N. 8

⁴²¹ Vgl. BGE 145 IV 33 ff.

⁴²² Schleiminger/Mettler, Art. 261^{bis} StGB N. 31

⁴²³ BGE vom 1. Dezember 2015, 1B_380/2015, Erw. 2.5

⁴²⁴ Art. 132 Abs. 3 StPO: "Ein Bagatellfall liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen zu erwarten ist."

⁴²⁵ Vgl. Fassung gemäss Ziff. I 1 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2018 (Diskriminierung und Aufruf zu Hass aufgrund der sexuellen Orientierung), in Kraft seit 1. Juli 2020 (BBI 2018 S. 3773 ff. und 5231 ff.)

junge Strafnorm erhebliche rechtliche Unwägbarkeiten. Ob es zur neuen Tatbestandsvariante (öffentlich einsehbare) Urteile gibt, ist nicht bekannt; doch selbst wenn dazu zwischenzeitlich vereinzelt Urteile kantonaler Instanzen ergangen wären, ändert dies nichts daran, dass (noch) keine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, welche Rechtssicherheit schafft.

bb) Konkret ist dem Strafbefehl unter anderem zu entnehmen: "[Der Beschwerdeführer] war sich dabei bewusst, dass sein Twitter-Profil öffentlich ist und folglich sein Tweet einer Vielzahl von Personen zur Kenntnis gebracht werden kann, was denn auch geschah. [Der Beschwerdeführer] war sich weiter bewusst, dass er mit diesem Tweet Homosexualität und Pädophilie verknüpft und beim Leser dieses Tweets der Eindruck entsteht, dass das Kinderadoptionsrecht von homosexuellen Menschen zur Pädophilie führt. [Der Beschwerdeführer] stellte mit diesem Tweet homosexuelle Menschen mithin als minderwertige Menschen dar. Er beabsichtigte mit dem Tweet, ein feindseliges Klima gegenüber Menschen mit homosexueller Orientierung zu schaffen oder zu verstärken und die Bevölkerung gegen ein Kinderadoptionsrecht von Menschen mit homosexueller Orientierung zu beeinflussen". Diese Begründung eröffnet der Verteidigung diverse Möglichkeiten zur Interessenwahrung. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang nur der Hinweis des Beschwerdeführers, dass im Tweet von "können" und nicht von "müssen" die Rede ist. Darin erblickte die Staatsanwaltschaft keine tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeit. Dem kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht auszuschliessen, dass dieser Aspekt von der Verteidigung vertieft wird, zumal darin tatsächlich eine Relativierung zu erblicken ist.

c) Zusammenfassend bestehen im Fall hier besondere Gesichtspunkte, sodass trotz der vergleichsweise geringen Strafandrohung die Verteidigung zur Wahrung der Interessen des Beschwerdeführers geboten ist.

Obergericht, 2. Abteilung, 25. März 2021, SW.2021.26

24. Folgen der Verlegung der Gewährung des rechtlichen Gehörs auf den Zeitpunkt nach der Erteilung des Gutachtensauftrags (Art. 184 Abs. 3 StPO)

1. a) Der Beschwerdeführer war als Personenwagenlenker an einem Verkehrsunfall beteiligt. Die Staatsanwaltschaft eröffnete in der Folge gegen den Beschwerdeführer eine Strafuntersuchung und ernannte X zum sachverständigen Gutachter, schilderte den Tatvorwurf und stellte zwei konkrete Fragen zur Geschwindigkeit⁴²⁶. Die Erteilung des Gutachtensauftrags ging in Kopie an den Beschwerdeführer, unter Einräumung einer Frist, um zur sachverständigen Person Stellung zu nehmen und allfällige Ergänzungsfragen zu stellen.

b) Der Beschwerdeführer beantragte, der Gutachtensauftrag sei gemäss Art. 184 Abs. 5 StPO zu widerrufen und eine neue sachverständige Person vorzuschlagen. Unter anderem verlangte er, sich vorab zur Person des Gutachters, den Fragen und den zuzustellenden Akten äussern zu können. Eventualiter sei eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Die Staatsanwaltschaft teilte dem Beschwerdeführer mit, sie habe von seinem Schreiben Kenntnis genommen, ohne sich jedoch konkret und formell zu den gestellten Anträgen zu äussern.

c) Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Verfügung unter Wiederholung der bereits an die Staatsanwaltschaft gestellten Anträge.

2. Die Rügen des Beschwerdeführers betreffen offensichtlich den von der Staatsanwaltschaft erteilten Gutachtensauftrag. Zutreffend ist auch, dass dieser Gutachtensauftrag nicht innert der zehntägigen Beschwerdefrist bei der Beschwerdeinstanz angefochten wurde. Indessen übersieht die Vorinstanz den entscheidenden Punkt, nämlich den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör im Zusammenhang mit dem Sachverständigengutachten.

3. a) Im Zusammenhang mit Sachverständigengutachten beinhaltet das rechtliche Gehör insbesondere das Recht, Kenntnis vom Inhalt des Gutachtens zu nehmen, sich dazu zu äussern und dem Experten ergänzende Fragen zu stellen. Das Gehörsrecht ist in der StPO explizit normiert. Gemäss Art. 184 Abs. 3 StPO gibt die Verfahrensleitung den Parteien vorgängig Gelegenheit, sich zur sachverständigen Person und zu den Fragen zu äussern und dazu eigene Anträge zu stellen. Die vorgängige Information macht insbesondere dort Sinn, wo gutachterliche Erkenntnisse stark von Wertungen abhängen, die mit der konkreten Person eng verbunden sind, wie dies beispielsweise bei psychiatrischen Gutachten der Fall ist⁴²⁷. Ziel der Gewährung des rechtlichen Gehörs ist vor

⁴²⁶ Sowie die zusätzliche übliche Frage nach weiteren sachdienlichen Bemerkungen.

⁴²⁷ BGE 144 IV 71 f.

allem, allfällige Ausstandsgründe zu erkennen und nach Möglichkeit Einigkeit bezüglich der Gutachterfragen zu erzielen. Allerdings werden Gutachter und Gutachterfragen letztlich von der Verfahrensleitung bestimmt und sind nicht von der Zustimmung der Parteien abhängig⁴²⁸.

b) Aus dem Wortlaut von Art. 184 Abs. 3 StPO ergibt sich, dass sich die Parteien zu den Fragen der Verfahrensleitung äussern und dazu eigene Anträge stellen können. Erst durch diese Stellungnahmen werden allfällige weitere Fragen der Parteien bekannt, wobei die StPO nicht vorsieht, dass auch diese Fragen den anderen Parteien zur Stellungnahme zu unterbreiten sind. Die Ausdehnung von Art. 184 Abs. 3 StPO auf ein Anhörungsrecht jeder Partei zu den Fragen der anderen Parteien widerspräche auch dem Beschleunigungsgebot nach Art. 5 Abs. 1 StPO. Müsste routinemässig ein solches Anhörungsrecht gewährt werden, würde dies in vielen Fällen zu unnötigen Verzögerungen führen. Im Übrigen geht die in Art. 184 Abs. 3 StPO statuierte vorgängige Anhörung und die dadurch geschaffene Parteiöffentlichkeit bereits weiter, als aus dem übergeordneten Recht abgeleitet werden kann⁴²⁹. Schliesslich haben die Parteien die Möglichkeit, die Auftragserteilung der Staatsanwaltschaft an die sachverständige Person und mithin die darin enthaltenen, aufgrund der Stellungnahmen der Parteien allenfalls bereinigten und ergänzten Fragen mittels Beschwerde anzufechten. Damit können sich die Parteien hinreichend gegen ihrer Ansicht nach ungerechtfertigte Fragen zur Wehr setzen.

c) Das Gesetz weist die Verfahrensleitung ausdrücklich an, den Parteien vor der Ernennung der sachverständigen Person und der Erteilung des Gutachtensauftrags das rechtliche Gehör (zum Gutachter und zu den Fragen) einzuräumen⁴³⁰. Diese klare und einfach verständliche gesetzliche Vorgabe wird grundsätzlich missachtet, wenn dem Betroffenen das rechtliche Gehör erst nach Ernennung des Sachverständigen und nach Erteilung des Gutachtensauftrags eingeräumt wird, was jedoch vom Bundesgericht toleriert wird⁴³¹.

d) Folge der Verlegung der Gewährung des rechtlichen Gehörs auf den Zeitpunkt nach der Erteilung des Gutachtensauftrags ist allerdings, dass sich die Vorinstanz mit den Einwendungen, welche ein Betroffener innert der angesetzten Frist erhebt, selber auseinandersetzen muss. Sie kann die Parteien nicht auf den Beschwerdeweg verweisen. Indem die Vorinstanz in ihrem Schreiben an den Beschwerdeführer jedoch genau dies tat ("in Bezug auf die von Ihnen im Zusammenhang mit dem Gutachtensauftrag formulierten Tatvorwurf sowie den dem Gutachter zugestellten Akten gemachten Rügen verbleibt zu erwähnen, dass Ihnen diesbezüglich der allgemeine Beschwerdeweg im Sinn von Art. 393 StPO offen gestanden hätte"), verweigerte sie ihm das rechtliche Gehör. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt folglich nicht in der Verlegung des Zeitpunkts von dessen Gewährung, sondern in der Nichtbeantwortung der begründeten Anträge des Beschwerdeführers

⁴²⁸ Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 184 N. 13; Heer, Basler Kommentar, 2.A., Art. 184 StPO N. 21 ff.

⁴²⁹ Heer, Art. 184 StPO N. 21

⁴³⁰ Ein Ausnahmefall gemäss Art. 184 Abs. 3 Satz 2 StPO (Laboruntersuchungen) liegt hier nicht vor.

⁴³¹ BGE 144 IV 73 f.; BGE vom 17. Mai 2016, 1B_196/2015, Erw. 2

zum Gutachtensauftrag. Das hat daher zur Folge, dass auf die Beschwerde einzutreten ist, nachdem die Beschwerde innert zehn Tagen nach Zustellung des Schreibens erfolgte, mit welchem die Vorinstanz den Beschwerdeführer zu Unrecht auf den Beschwerdeweg verwies. Abgesehen davon sind Beschwerden wegen Rechtsverweigerung gemäss Art. 396 Abs. 2 StPO an keine Frist gebunden.

e) Im Weiteren führt eine Verletzung des Gehörsanspruchs wegen seiner formellen Natur ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selber in der Regel zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz⁴³². Eine Heilung durch allfällige Stellungnahmen der Vorinstanz im Rahmen des Beschwerdeverfahrens kommt vorliegend schon deshalb nicht in Frage, weil die Vorinstanz das Äusserungs- und Antragsrecht des Beschwerdeführers auf den Zeitpunkt nach der Erteilung des Gutachtensauftrags verlegte und sich danach auf den Standpunkt stellte, nun läge es an der Beschwerdeinstanz, sich mit den Einwänden des Beschwerdeführers zu befassen. Das läuft letztlich auf eine Aufhebung des rechtlichen Gehörs im Verfahren vor der Vorinstanz hinaus.

f) Der angefochtene Entscheid ist daher wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird die Vorinstanz über alle Anträge des Beschwerdeführers zu entscheiden haben, auch darüber, ob diesem Gelegenheit zu geben ist, sich vor Zustellung der Akten an die sachverständige Person zu diesen äussern zu können.

Obergericht, 2. Abteilung, 10. Juni 2021, SW.2021.36

⁴³² RBOG 2019 Nr. 12 Erw. 3.b

25. Detaillierungsgrad der Angaben im Durchsuchungsbefehl zur Verhinderung einer "fishing expedition"; Informationspflicht der Untersuchungsbehörden betreffend Siegelung im Rahmen der vorläufigen Sicherstellung (Art. 241 ff., Art. 248 StPO)

1. a) Der Beschwerdeführer verursachte mit seinem Fahrzeug auf der Kantonsstrasse einen Selbstunfall. Die Staatsanwaltschaft eröffnete gegen ihn eine Strafuntersuchung betreffend grobe Verletzung der Verkehrsregeln.

b) Mit Durchsuchungsbefehl beauftragte die Staatsanwaltschaft die Polizei, das Mobiltelefon des Beschwerdeführers nach folgenden Daten zu durchsuchen: Foto- oder Videomaterial, WhatsApp-Chats und Chats bei anderen Anbietern, die im Zusammenhang mit dem Verkehrsunfall stehen (auch gelöschte Dateien) sowie sämtliche weiteren deliktsrelevanten Daten. Der Beschwerdeführer habe an der Erstbefragung einer Auswertung seines Mobiltelefons zugestimmt. In der Folge dehnte die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung auf weitere neun Lebenssachverhalte aus. Die Tatvorwürfe basieren auf im Mobiltelefon des Beschwerdeführers gefundenen und sichergestellten (Video-)Dateien.

c) Der Beschwerdeführer beantragte bei der Staatsanwaltschaft unter anderem, sämtliche auf Grundlage des Durchsuchungsbefehls auf dem Mobiltelefon gefundenen Dateien seien aus den Verfahrensakten zu entfernen, was die Staatsanwaltschaft ablehnte. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. Der Durchsuchungsbefehl bezeichnet laut Art. 241 Abs. 2 StPO die zu durchsuchenden oder zu untersuchenden Personen, Räumlichkeiten, Gegenstände oder Aufzeichnungen, den Zweck der Massnahme und die mit der Durchführung beauftragten Behörden oder Personen. Er hat, ausser bei Dringlichkeit, gemäss Art. 241 Abs. 1 i.V.m. Art. 80 StPO in Form der Verfügung, das heisst schriftlich und mit einer Begründung versehen, zu ergehen. Er muss so abgefasst 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 Beweisausforschung⁴³³ zu verhindern, in der 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 Fall⁴³⁴.

⁴³³ "Fishing expedition"

⁴³⁴ BGE vom 6. Oktober 2016, 1B_243/2016, Erw. 4.4.2; BGE vom 26. Februar 2013, 1B_726/2012, Erw. 5.2

3. Der Durchsuchungsbefehl ist eindeutig auf Daten (Foto- oder Videomaterial und Chats sowie sämtliche weiteren deliktsrelevanten Daten) im Zusammenhang mit dem Verkehrsunfall des Beschwerdeführers beschränkt. Auch in der Begründung steht ausdrücklich, die Mobiltelefone seien im Hinblick auf allfällige Foto- und Videoaufnahmen von der Unfallfahrt auszuwerten. Diese ereignete sich am Unfalltag etwa um 11.25 Uhr. Unstrittig besuchte der Beschwerdeführer bis 10.50 Uhr einen Vorbereitungskurs für die Lehrabschlussprüfung, fuhr danach eine Kollegin nach Hause, wobei er auf diesem Weg zwei andere Kollegen sah und mitnahm; die Kollegin lud er etwa um 11.10 Uhr ab. Deliktsrelevant war somit nur die Zeit um den Unfallzeitpunkt und eine kurze Zeit davor, etwa ab 11.00 Uhr. Für eine Suche von älteren Daten fehlt es an der Untersuchungsrelevanz.

4. a) Die Staatsanwaltschaft führt dagegen die einfache Möglichkeit ins Feld, Dateien zu verändern (zu verschieben, abzuändern, zu löschen, richtiggehend zu verstecken etc.).

Die von der Staatsanwaltschaft aufgezeigte theoretische Gefahr gibt es durchaus. Allerdings existieren hier keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer solche Veränderungen vornahm. Das Grundproblem liegt sodann darin, dass der wichtige Schritt zwischen Sicherstellung und Durchsuchung fehlt, nämlich das Siegelungsverfahren. In diesem Verfahren könnte der Zwangsmassnahmenrichter, allenfalls unter Beizug eines Sachverständigen, diese "Triage" vornehmen und die Entsiegelung nur für Daten, die in Bezug auf den Zeitpunkt untersuchungsrelevant sind, freigeben. Die Staatsanwaltschaft stellt sich indessen auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer habe verbindlich auf eine Siegelung verzichtet. Der Beschwerdeführer bestreitet dies und macht geltend, er sei nicht genügend über diesen Rechtsschutz informiert worden.

b) aa) Die Staatsanwaltschaft verweist auf die polizeiliche Einvernahme am Unfalltag. Der Beschwerdeführer habe nach der Konfrontation mit der Aussage einer Auskunftsperson bezüglich der Verwendung des Handys während der Unfallfahrt geantwortet, dass er dies nicht gewesen sei, und dass dies auch kontrolliert werden könne. Er habe den Hinweis des Polizisten, sein Mobiltelefon werde sichergestellt, zur Kenntnis genommen und auf die Frage nach einer Siegelung geantwortet: "Nein. Sie können mit meinem Handy machen, was Sie für nötig halten." Anschliessend sei dem Beschwerdeführer die Aussage der Auskunftsperson erneut vorgehalten worden. Diese habe er erneut bestritten und ergänzt, dass er nie ein Handy in der Hand gehalten habe. Trotz des Verzichts auf eine Siegelung sei dem Beschwerdeführer ein paar Tage später schriftlich mitgeteilt worden, dass sein Mobiltelefon sichergestellt worden sei, und dass es im Hinblick auf die Unfallfahrt ausgewertet werde. Der entsprechende Durchsuchungsbefehl sei diesem Schreiben beigelegt und der Beschwerdeführer sei nochmals auf seine Zustimmung hingewiesen sowie über die Möglichkeit einer Beschwerde in Kenntnis gesetzt worden. Wenn er sich nicht dagegen gewehrt habe und nun geltend mache, er sei nicht korrekt über eine Siegelung aufgeklärt worden, handle er wider Treu und Glauben.

bb) Diese Auffassung der Staatsanwaltschaft widerspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Informationspflicht der Untersuchungsbehörden. Nach der Praxis des Bundesgerichts hat die Untersuchungsbehörde, die Aufzeichnungen und Gegenstände vorläufig sicherstellt, deren Inhaber (hier 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 könne. Ebenso ist der Betroffene darüber in Kenntnis zu setzen, dass nach erfolgter Siegelung (und auf allfälliges Entsigelungsgesuch der Untersuchungsbehörde hin) der Entsigelungsrichter 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. Das gilt besonders bei juristischen Laien. Ein blosser Abdruck von Gesetzesbestimmungen auf der Rückseite der vom Inhaber unterzeichneten Formulare vermag als ausreichende Orientierung des betroffenen Laien über sein Siegelungsrecht regelmässig nicht zu genügen. Die Untersuchungsbehörde hat vielmehr verständliche Informationen (im oben genannten Sinn) rechtzeitig abzugeben. Dass eine solche Information erfolgte, hat die Untersuchungsbehörde (aus Rechtssicherheitsgründen und in ihrem eigenen Beweissicherungsinteresse) ausdrücklich und nachvollziehbar zu protokollieren. 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 Entsigelungsgesuch vor⁴³⁵.

cc) Diesen - zugegebenermassen strengen - bundesgerichtlichen Anforderungen kamen die Strafverfolgungsbehörden im Fall hier nicht nach. Vielmehr ergibt sich aus der Argumentation der Staatsanwaltschaft, dass sie meinte, auf solche Formalien könne verzichtet werden, wenn der Beschwerdeführer sage, man könne mit seinem Handy machen, was man für nötig halte. Die strengen inhaltlichen und formellen bundesgerichtlichen Vorgaben dienen indessen gerade dazu, die schützenswerten Interessen des Betroffenen zu wahren. Dies gilt hier für einen juristisch unerfahrenen Lehrling, der bei der polizeilichen Einvernahme keinen Rechtsbeistand hatte, ganz besonders. Es ist offensichtlich, dass der Beschwerdeführer mit seiner Antwort nicht damit rechnete, eine Zustimmung für eine akribische Untersuchung aller Dateien auf seinem Handy abzugeben. Vielmehr ist die Zustimmung vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Staatsanwaltschaft ihm sagte, sie suche nach einem Film im Zusammenhang mit dem Unfall, und der Beschwerdeführer wusste, dass es keinen solchen Film auf dem Handy gibt, weil er nicht gefilmt hatte. Es fällt denn auch auf, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht die detaillierten, einschlägigen Formulare verwendeten, die bei der Hausdurchsuchung benutzt werden und die jegliche Zweifel an einer ungenügenden Information ausschliessen. Es wäre den Strafverfolgungsbehörden möglich und zumutbar gewesen, so vorzugehen. Damit liegt auch kein treuwidriges Verhalten des Beschwerdeführers vor. Vielmehr gilt sein

⁴³⁵ BGE vom 8. August 2019, 1B_85/2019, Erw. 4.2; BGE vom 4. August 2016, 1B_91/2016, Erw. 4.5

Einwand gegen die Durchsuchung aufgrund der ungenügenden Information durch die Untersuchungsbehörden als rechtzeitig. Das bedeutet, dass es vor einer Durchsuchung des Mobiltelefons ein Entsigelungsgesuch und einen Entsigelungsentscheid bräuchte.

Obergericht, 2. Abteilung, 11. März 2021, SW.2021.5

26. Rechtzeitigkeit des Siegelungsantrags (Art. 246 ff. StPO)

1. a) In der Strafuntersuchung gegen die Beschwerdeführerin fand am 8. April 2021 eine Hausdurchsuchung an deren Wohnort und Arbeits- beziehungsweise Geschäftsort statt. An Letzterem wurden verschiedene Aufzeichnungen und Gegenstände sichergestellt. Die Beschwerdeführerin war während der Hausdurchsuchung nicht vor Ort.

b) Mit per E-Mail versandtem Schreiben vom 12. April 2021 verlangte die Beschwerdeführerin unter anderem die Siegelung dieser Gegenstände und Unterlagen und wies im Schreiben vom 15. April 2021 erneut auf die bereits verlangte Siegelung hin. In der Folge lehnte die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Siegelung ab und liess der Beschwerdeführerin die Durchsuchungs- und Sicherstellungsprotokolle der Hausdurchsuchung vom 8. April 2021 zukommen. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde und beantragte, die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenstände gemäss Durchsuchungs- und Sicherstellungsprotokoll umgehend zu versiegeln.

2. a) Die Staatsanwaltschaft begründete die Abweisung des Siegelungsantrags insbesondere damit, dass dieser verspätet sei. Die Beschwerdeführerin sei an der Hausdurchsuchung anwaltlich vertreten gewesen, jedoch sei ein Siegelungsantrag weder während der Hausdurchsuchung noch unmittelbar danach gestellt worden. Sofern der Siegelungsantrag mangels Vollmacht überhaupt Wirkung entfalten könnte, sei er zu spät gestellt worden, wobei die Staatsanwaltschaft auf Art. 248 StPO verwies. Darüber hinaus erklärte die Staatsanwaltschaft, dass es, selbst wenn der Siegelungsantrag rechtzeitig gestellt worden wäre, in Anwendung von Art. 248 Abs. 3 StPO Aufgabe des Zwangsmassnahmengerichts gewesen wäre, über die Entsiegelung zu entscheiden.

b) Die Beschwerdeführerin wandte dagegen ein, sie sei an der Hausdurchsuchung aufgrund ihrer Auslandabwesenheit nicht persönlich anwesend gewesen. Als Beschuldigte und Inhaberin der sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenstände habe sie deshalb nicht auf ihr Recht, die Siegelung zu erklären, aufmerksam gemacht werden können. Das Durchsuchungs- und Sicherstellungsprotokoll enthalte denn auch keinerlei Hinweise auf eine ausreichende Orientierung über das Siegelungsrecht. Die entsprechende Erklärung zur Durchsuchung von Aufzeichnungen (Siegelung) sei von ihr nicht zur Kenntnis genommen, nicht ausgefüllt und auch nicht unterzeichnet worden. Der bei der Hausdurchsuchung anwesende Rechtsanwalt sei von ihrem Sohn beigezogen worden. Er sei weder als ihr amtlicher Verteidiger bestellt noch von ihr als Wahlverteidiger beauftragt worden. Hinzu komme, dass sie keine Gelegenheit gehabt habe, mit diesem Rechtsanwalt zu sprechen. Eine Aufklärung über ihr Siegelungsrecht oder die Instruktion über allfällige Beschlagnahmehindernisse beziehungsweise Geheimnisschutzgründe durch einen Verteidiger sei nicht erfolgt. Zudem habe sie keine Kenntnis über die an der Hausdurchsuchung sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenstände gehabt. Sie habe erstmals nach ihrer Rückkehr aus dem Ausland Gelegenheit gehabt, einen Verteidiger beizuziehen und sich in rechtlicher Hinsicht beraten zu lassen. Ihr Siegelungsantrag sei

umgehend nach der ersten Aufklärung und Information erfolgt. Ausserdem habe sie zu diesem Zeitpunkt immer noch keine Kenntnis von den sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenständen gehabt. Insgesamt sei ihr Siegelungsrechtsschutz somit nicht verspätet beziehungsweise verwirkt.

c) Die Staatsanwaltschaft brachte in ihrer Beschwerdeantwort insbesondere vor, der Hausdurchsuchung hätten auch Ehemann, Sohn und Tochter der Beschwerdeführerin beigewohnt. Die Familie der Beschwerdeführerin, die in wechselnder Besetzung bei der Hausdurchsuchung zugegen gewesen sei, habe Rechtsanwalt X telefonisch über die Hausdurchsuchung in Kenntnis gesetzt und ihn gebeten, sich vor Ort zu begeben, was dieser auch getan habe. Rechtsanwalt X sei in Begleitung der Tochter der Beschwerdeführerin erschienen und von 10.41 Uhr bis 12.01 Uhr bei der Hausdurchsuchung anwesend gewesen. Von der Polizei danach gefragt, habe Rechtsanwalt X ausdrücklich erklärt, die Interessen der Beschwerdeführerin zu vertreten und anschliessend Kontakt zu ihr aufzunehmen. Zudem habe er die Nachreichung einer entsprechenden Vollmacht in Aussicht gestellt. Im Anschluss daran sei Rechtsanwalt X der Hausdurchsuchungsbefehl eröffnet worden. Entsprechend habe die Staatsanwaltschaft davon ausgehen dürfen, dass sich Rechtsanwalt X mit der Beschwerdeführerin besprechen und gegebenenfalls von ihr instruieren lassen würde. Gründe, um von einer anderen Sachlage auszugehen, seien nicht ersichtlich gewesen. Rechtsanwalt X habe weder an der Hausdurchsuchung noch im Nachgang die Siegelung sichergestellter Datenträger und/oder Gegenstände verlangt.

Darüber hinaus erklärte die Staatsanwaltschaft, die Tochter der Beschwerdeführerin habe gesagt, ihre Mutter trage den Schlüssel für einen Bastelraum immer bei sich; später habe die Tochter der Beschwerdeführerin plötzlich gesagt, dass sich der passende Schlüssel angeblich bei der Grossmutter befinde und sie diesen vorbeibringen würde. Sodann sei am Tag nach der Hausdurchsuchung festgestellt worden, dass ein im Zusammenhang mit der Firma der Beschwerdeführerin stehender Instagram Account abgeschaltet beziehungsweise gelöscht worden sei.

d) In der Beschwerdereplik brachte die Beschwerdeführerin insbesondere vor, Rechtsanwalt X sei nicht von ihr beigezogen worden. Er sei weder als ihr amtlicher Verteidiger bestellt noch von ihr als Wahlverteidiger beauftragt worden. Rechtsanwalt X sei ohne vorgängigen Kontakt mit ihr nicht berechtigt gewesen, ihre Interessenvertretung gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu erklären, wahrzunehmen und gar ohne Vollmacht als ihr Vertreter zu handeln. Sodann habe sie erst mit Zustellung der Durchsuchungs- und Sicherstellungsprotokolle überhaupt Kenntnis von den anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Aufzeichnungen und Gegenständen erlangt.

Darüber erklärte die Beschwerdeführerin, allein die Umstände, dass der Schlüssel für den Bastelraum aufgefunden und ihr Instagram Account am gleichen Tag deaktiviert worden sein solle, vermöchten nicht ansatzweise zu belegen, dass sie von der Staatsanwaltschaft über die Sicherstellung von Aufzeichnungen und Gegenständen anlässlich der Hausdurchsuchung informiert und über ihr Siegelungsrecht gehörig aufgeklärt worden sei.

e) Die Staatsanwaltschaft erklärte in der Beschwerdeduplik, sie habe nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass die von Rechtsanwalt X abgegebene Erklärung, die Interessen der Beschwerdeführerin zu vertreten, den Tatsachen entsprochen habe. Gerade an Hausdurchsuchungen seien Rechtsanwälte regelmässig nicht in der Lage, sich bereits mit unterschriebenen Vollmachten auszuweisen. Die Interessen der Beschwerdeführerin seien gemäss ausdrücklicher Erklärung vor Ort vertreten gewesen. Als Rechtsanwalt X sich ein Bild über den Umfang der Hausdurchsuchung und die Sicherstellungen gemacht habe, habe er von einem Siegelungsantrag abgesehen. Ein solcher sei auch am darauffolgenden Tag nicht gestellt worden, sondern erst vier Tage später, nachdem die Wahlverteidigung ausgewechselt worden sei. Zudem habe die Beschwerdeführerin die sichergestellten Gegenstände beim Betreten der Räumlichkeiten unschwer feststellen können.

3. a) 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 werden⁴³⁶.

bb) 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 nehmen⁴³⁷. Eine Durchsuchung⁴³⁸ liegt auch vor, 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.)⁴³⁹.

b) aa) Die Inhaberin oder der Inhaber kann sich vorgängig zum Inhalt der Aufzeichnungen äussern⁴⁴⁰. 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 werden⁴⁴¹. Stellt die Strafbehörde nicht innert 20 Tagen ein Entsiegelungsgesuch, so werden die versiegelten Aufzeichnungen und Gegenstände der berechtigten Person zurückgegeben⁴⁴².

⁴³⁶ Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO

⁴³⁷ BGE 144 IV 77; BGE 143 IV 273

⁴³⁸ Nicht eine Fernmeldeüberwachung (Art. 269 - 279 StPO) oder eine rückwirkende Randdatenerhebung (Art. 273 StPO)

⁴³⁹ BGE 144 IV 78

⁴⁴⁰ Art. 247 Abs. 1 StPO

⁴⁴¹ Art. 248 Abs. 1 StPO

⁴⁴² Art. 248 Abs. 2 StPO

bb) 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, das heisst spätestens nach Abschluss der Hausdurchsuchung, und inhaltlich ausreichend erfolgen⁴⁴³. Das gilt insbesondere, wenn der Betroffene nicht anwaltlich vertreten und der Verfahrenssprache nicht mächtig ist. Für die Gewährung des rechtlichen Gehörs reicht ein bloss passives Verhalten seitens der Behördenvertreter vor Ort folglich nicht aus. Vielmehr sind zu Protokoll oder auf dem vom Inhaber zu unterzeichnenden Durchsuchungsbefehl die erforderliche Information sowie die entsprechende Rechtsbelehrung in eindeutiger und verständlicher Form aufzuführen⁴⁴⁴. 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 vor⁴⁴⁵. Die Strafbehörde trägt die Beweislast für eine ausreichende Information über das Siegelungsrecht⁴⁴⁶.

cc) Ob ein Siegelungsantrag als verspätet anzusehen ist, hat die für die Siegelung zuständige Untersuchungsbehörde zu prüfen. Dabei kommt es auf die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls an. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs und eines fairen Verfahrens ist dem Inhaber die Möglichkeit einzuräumen, sich (vor dem Siegelungsantrag) innert angemessener kurzer Frist durch einen Anwalt beraten zu lassen. Gegen eine Ablehnung (oder partielle Verweigerung) der Siegelung durch die Untersuchungsbehörde (etwa wegen eines verspäteten Siegelungsantrags) steht dem Betroffenen die Beschwerde an die zuständige Beschwerdeinstanz offen⁴⁴⁷.

4. a) Strittig ist, ob der Siegelungsantrag der Beschwerdeführerin rechtzeitig erfolgt ist. Konkret geht es um einen Computer, zwei Ordner, ein Notizbuch und ein Smartphone, die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellt wurden. Entsprechend sind Schriftstücke und Datenträger be-

⁴⁴³ BGE vom 8. August 2019, 1B_85/2019, Erw. 4.2; BGE vom 4. August 2016, 1B_91/2016, Erw. 4.5; RBOG 2020 Nr. 28 Erw. 4.a.cc

⁴⁴⁴ Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 247 N. 1

⁴⁴⁵ BGE vom 8. August 2019, 1B_85/2019, Erw. 4.2; BGE vom 4. August 2016, 1B_91/2016, Erw. 4.5; RBOG 2020 Nr. 28 Erw. 4.a.cc

⁴⁴⁶ Keller, Art. 247 StPO N. 1; BGE vom 4. August 2016, 1B_91/2016, Erw. 5.4

⁴⁴⁷ BGE vom 4. August 2016, 1B_91/2016, Erw. 4.4; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. November 2016, UH160252, Erw. 4.5.4

troffen, die im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen beziehungsweise be-
sichtigt werden sollen, weshalb die Bestimmungen betreffend die Durchsuchung von Aufzeichnun-
gen⁴⁴⁸ anwendbar sind⁴⁴⁹.

b) Verweigert die Staatsanwaltschaft die Siegelung, so ist dies mit Beschwerde anfecht-
bar⁴⁵⁰. Damit ist nicht das Zwangsmassnahmengericht, sondern das Obergericht als Beschwer-
deinstanz zuständig⁴⁵¹.

c) aa) Den Beweis dafür, dass eine genügende Information des Betroffenen erfolgt ist,
hat die Staatsanwaltschaft zu erbringen. Das muss insbesondere gelten, wenn die Hausdurchsu-
chung mit der Sicherstellung (allenfalls) zu durchsuchender Gegenstände und Aufzeichnungen in
Abwesenheit der beschuldigten Person oder der Inhaberin der sichergestellten Positionen erfolgt.
Andernfalls würde das Siegelungsrecht zur Makulatur, denn Hausdurchsuchungen könnten gezielt
dann erfolgen, wenn die berechtigte Person gerade nicht anwesend ist. Solche Beweise über eine
entsprechende Information der auslandsabwesenden Beschwerdeführerin als Inhaberin der sicher-
gestellten elektronischen Geräte und Aufzeichnungen sowie als Betroffene der Hausdurchsuchung,
fehlen in den Akten. Dies wiegt umso schwerer als die bisherige Rechtsprechung sogar eine Siege-
lung von Amtes wegen vorzusehen scheint, wenn weder der private Inhaber noch - bei juristischen
Personen - ein vertretungsberechtigtes Organ bei der Durchsuchung anwesend ist⁴⁵². Gemäss Kel-
ler⁴⁵³ wird an dieser Rechtsprechung festzuhalten sein, weil erstens sonst der Rechtsschutz in sol-
chen Konstellationen illusorisch würde, und zweitens, weil bei bestimmten Konstellationen die Legi-
timation von der Durchsuchung betroffener Dritter mit Geheimnisschutzinteressen nicht sogleich ge-
klärt werden kann. Anzumerken bleibt in diesem Kontext, dass eine übertriebene prozessuale
Schärfe bei der Handhabung formeller Anforderungen für die Siegelung (etwa betreffend rechtzeitige
Erhebung und "Begründung" von Siegelungsanträgen) grundsätzlich der einschlägigen Bundesge-
richtspraxis widerspricht und den im Gesetz vorgesehenen effizienten Rechtsschutz von Betroffenen
gegenüber strafprozessualen Zwangsmassnahmen aushöhlen würde⁴⁵⁴.

bb) Ob und in welcher Form die bei der Hausdurchsuchung teilweise anwesenden
Personen von der Staatsanwaltschaft über das Recht auf Siegelung informiert wurden, kann im vor-
liegenden Fall offenbleiben. Die abwesende Beschwerdeführerin muss sich diese Informationen
nicht anrechnen lassen. Abgesehen davon fehlen auch beim Sohn, bei der Tochter oder beim Ehe-
mann der Beschwerdeführerin entsprechend unterzeichnete Bestätigungen beziehungsweise von
der Staatsanwaltschaft vorbereitete Formulare.

⁴⁴⁸ Art. 246 ff. StPO

⁴⁴⁹ BGE 144 IV 77; BGE 143 IV 273

⁴⁵⁰ Keller, Art. 248 StPO N. 13

⁴⁵¹ § 26 Abs. 1 ZSRG (Gesetz über die Zivil- und Strafrechtspflege, RB 271.1)

⁴⁵² BGE vom 6. Oktober 2016, 1B_243/2016, Erw. 4.2

⁴⁵³ Keller, Art. 248 StPO N. 8a

⁴⁵⁴ BGE vom 23. August 2017, 1B_219/2017, Erw. 3.3

Nichts zu ändern vermag die Anwesenheit von Rechtsanwalt X. Er wurde dem Anschein nach nicht von der abwesenden Beschwerdeführerin selber, also im Rahmen des Rechts auf freie Verteidigerwahl⁴⁵⁵, zur Wahrung ihrer Interessen bestellt, sondern lediglich von einer der anwesenden Personen beigezogen. Entsprechend hatte er keinerlei Pflichten gegenüber der Beschwerdeführerin und konnte diese bei der Hausdurchsuchung auch nicht rechtsgenügend vertreten. Gemäss der Staatsanwaltschaft selber lag zudem ein Fall notwendiger Verteidigung vor; eine solche wurde aber nicht bestellt. Ebenfalls unbeachtlich sind die Erklärungen der Staatsanwaltschaft, dass der Schlüssel für einen Bastelraum, den die Beschwerdeführerin immer bei sich tragen soll, plötzlich aufgetaucht sein soll und nach der Hausdurchsuchung ein Instagram-Account der Beschwerdeführerin abgeschaltet beziehungsweise gelöscht worden sei. Dabei handelt es sich bestenfalls um Indizien, die angesichts der strengen bundesgerichtlichen Praxis an den Nachweis einer ausreichenden Information der Betroffenen über ihre Verfahrensrechte keine Bedeutung erlangen können.

cc) Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass ohne Kenntnis der sichergestellten Gegenstände und Aufzeichnungen eine notwendige Grundlage für den Entscheid fehlt, ob eine Siegelung verlangt werden soll oder nicht. Auch ist es nicht Sache der Beschwerdeführerin, nach ihrer Rückkehr herauszufinden, was nicht mehr da ist. Vielmehr wäre es die Aufgabe der Staatsanwaltschaft gewesen, die Beschwerdeführerin rechtsgenügend zu informieren und dies nachweisbar zu dokumentieren.

d) Es kann offenbleiben, wann und wie genau die Beschwerdeführerin von der Hausdurchsuchung und den dort erfolgten Sicherstellungen erfahren hat. Schliesslich ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin ein paar Tage später erstmals Kontakt mit ihrem gewillkürten Rechtsvertreter hatte, von ihrem Recht Gebrauch machte, sich entsprechend beraten zu lassen⁴⁵⁶, und den Siegelungsantrag (per E-Mail) stellen liess. Die verhältnismässig kurze Zeitspanne zwischen der Hausdurchsuchung und dem Siegelungsbegehren (fünf Tage) wird durch das dazwischenliegende Wochenende weiter relativiert. Im Ergebnis ist der Siegelungsantrag rechtzeitig erfolgt. Dies gilt erst recht, wenn man davon ausgeht, die Staatsanwaltschaft hätte wegen der Abwesenheit der Beschwerdeführerin während der Hausdurchsuchung ihre Aufzeichnungen und Gegenstände ohnehin von Amtes wegen siegeln und die Beschwerdeführerin über deren Sicherstellung zur beabsichtigten Durchsuchung (und Beschlagnahme) informieren müssen.

Folge des rechtzeitigen Siegelungsbegehrens ist die Versiegelung durch die Staatsanwaltschaft.

Obergericht, 2. Abteilung, 16. Juli 2021, SW.2021.59

⁴⁵⁵ Vgl. BGE vom 31. Mai 2018, 1B_59/2018, Erw. 2.4

⁴⁵⁶ BGE vom 4. August 2016, 1B_91/2016, Erw. 4.4; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. November 2016, UH160252, Erw. 4.5.4

27. Beschwerdelegitimation der Privatklägerschaft bei Amtsmissbrauch (Art. 382 Abs. 1 StPO; Art. 312 StGB)

1. a) Der Beschwerdeführer ist Privatkläger in einem Strafverfahren gegen mehrere beschuldigte Personen wegen Amtsmissbrauchs zugunsten des Beschwerdeführers sowie Gehilfenschaft zu einer Straftat. In Rahmen dieses Strafverfahrens stellte die Kantonspolizei gestützt auf einen Hausdurchsuchungsbefehl in den Räumlichkeiten des kantonalen Amtes A Unterlagen und Gegenstände sicher.

b) Der Beschwerdeführer verlangte bei der Staatsanwaltschaft im Verlauf des Verfahrens Einsicht in sämtliche Verfahrensakten. Dabei waren sich die Staatsanwaltschaft und der Beschwerdeführer in Bezug auf den Umfang der Gewährung des Akteneinsichtsrechts und die Aktenführungs- und Dokumentationspflicht der Staatsanwaltschaft uneinig, woraufhin das Obergericht eine vom Beschwerdeführer erhobene Beschwerde diesbezüglich schützte⁴⁵⁷. Die Staatsanwaltschaft hatte daraufhin zu entscheiden, was definitiv zu den Verfahrensakten gehörte, und diese dem Beschwerdeführer ordnungsgemäss zu eröffnen. Die nicht relevanten Akten hatte sie auszuscheiden beziehungsweise zurückzugeben.

c) Daraufhin hob die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme der anlässlich der Hausdurchsuchung bei A sichergestellten Unterlagen und Daten von A auf und ordnete deren Retournierung beziehungsweise Vernichtung an. Dagegen erhob der Beschwerdeführer wiederum Beschwerde.

2. a) aa) Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, kann gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO ein Rechtsmittel ergreifen. Die Rechtsmittellegitimation ist eine Prozessvoraussetzung und daher vorab von der mit der Sache befassten Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen zu prüfen. Fehlt sie, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten⁴⁵⁸. Es obliegt dem Rechtsmittelkläger, seine Parteistellung und die damit verbundene Legitimation darzulegen beziehungsweise rechtsgenügend zu begründen⁴⁵⁹.

bb) Die Privatklägerschaft ist Partei⁴⁶⁰. Als Privatklägerschaft gilt gemäss Art. 118 Abs. 1 StPO die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren im Straf- oder Zivilpunkt zu beteiligen. Dies tat der Beschwerdeführer.

cc) Geschädigt ist nach Art. 115 Abs. 1 StPO, wer durch die Straftat in seinen Rechten unmittelbar verletzt worden ist. Das Wort "unmittelbar" bezieht sich auf die durch die Straftat

⁴⁵⁷ RBOG 2021 Nr. 19

⁴⁵⁸ Ziegler/Keller, Basler Kommentar, 2.A., Art. 382 StPO N. 1; Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N. 215 f.

⁴⁵⁹ Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 382 N. 1a; Guidon, N. 216

⁴⁶⁰ Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO

verletzten Rechte und hat damit die Funktion, den Kreis der zur Privatklägerschaft prozessrechtlich legitimierten Personen einzuschränken⁴⁶¹. In seinen Rechten unmittelbar verletzt ist, wer Träger des durch die verletzte Strafnorm geschützten oder zumindest mitgeschützten Rechtsguts ist, das durch die fragliche Strafbestimmung vor Verletzung oder Gefährdung geschützt werden soll. Bei Strafnormen, die nicht primär Individualrechtsgüter schützen, gelten praxismässig nur diejenigen Personen als Geschädigte, die durch die darin umschriebenen Tatbestände in ihren Rechten beeinträchtigt werden, sofern diese Beeinträchtigung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist⁴⁶². Im Allgemeinen genügt es, wenn das von der geschädigten Person angerufene Individualrechtsgut durch den verletzten Straftatbestand auch nur nachrangig oder als Nebenzweck geschützt wird, selbst wenn der Tatbestand in erster Linie dem Schutz von kollektiven Rechtsgütern dient. Werden indes durch Delikte, die nur öffentliche Interessen verletzen, private Interessen bloss mittelbar (als Reflex) beeinträchtigt, ist der Betroffene nicht Geschädigter im Sinn des Strafprozessrechts⁴⁶³.

b) aa) Den Tatbestand des Amtsmissbrauchs nach Art. 312 StGB erfüllt, wer vorsätzlich als Mitglied einer Behörde oder als Beamter seine Amtsgewalt missbraucht, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem andern einen Nachteil zuzufügen. Tatbestandsmässig ist entgegen der Marginalie (in der deutschen Fassung) nicht der Missbrauch des Amtes, sondern derjenige der Amtsgewalt⁴⁶⁴. Unter Amtsgewalt wird die Summe aller Machtmittel verstanden, die zur Durchführung einer amtlichen (hoheitlichen) Handlung eingesetzt werden können⁴⁶⁵.

Der hinsichtlich der Tathandlung sehr allgemein umschriebene Straftatbestand ist einschränkend dahingehend auszulegen, dass nur derjenige die Amtsgewalt missbraucht, welcher die Machtbefugnisse, die ihm sein Amt verleiht, unrechtmässig anwendet, das heisst kraft seines Amtes verfügt oder Zwang ausübt, wo es nicht geschehen dürfte. Art. 312 StGB umfasst demnach nicht sämtliche pflichtwidrigen Handlungen, die ein mit Zwangsgewalt ausgestatteter Beamter bei Gelegenheit der Erfüllung seiner Pflichten ausführt. Dieser Bestimmung sind vielmehr nur solche unzulässigen Verfügungen und Massnahmen unterstellt, die der Täter kraft seines Amtes, in Ausübung seiner hoheitlichen Gewalt trifft⁴⁶⁶. Entsprechend erfasst Art. 312 StGB auch nicht die Verletzung von Ausstandsvorschriften für sich allein genommen. Er setzt vielmehr voraus, dass der Täter seine Amtsgewalt in der gesetzlich genannten Absicht missbraucht; das heisst, dass er von der ihm von Amtes wegen zustehenden hoheitlichen Gewalt Gebrauch macht, dass er kraft hoheitlicher Gewalt verfügt oder zwingt, wo es nicht geschehen dürfte⁴⁶⁷. Das Wesen einer jeden normrelevanten Tat-

⁴⁶¹ BGE 138 IV 265

⁴⁶² BGE 141 IV 457; BGE 138 IV 263; BGE 129 IV 98 f.; BGE 128 I 223; vgl. BGE 143 IV 78

⁴⁶³ BGE 141 IV 457; BGE 140 IV 157 f.; BGE 138 IV 263

⁴⁶⁴ Heimgartner, Basler Kommentar, 4.A., Art. 312 StGB N. 6

⁴⁶⁵ Trechsel/Vest, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 3.A., Art. 312 N. 3

⁴⁶⁶ BGE 127 IV 211; BGE 114 IV 42; BGE 113 IV 30; BGE 108 IV 49

⁴⁶⁷ BGE 101 IV 410

handlung definiert sich dementsprechend mittels dreier Merkmale: der Rechtswidrigkeit, des zwingenden Charakters oder der hoheitlichen Natur sowie der Verwendung funktionsgebundener Machtmittel⁴⁶⁸. Verletzt der Täter zwar seine Amtspflichten, liegt darin aber nicht ein Missbrauch von Amtsgewalt, so ist der Tatbestand nicht erfüllt⁴⁶⁹.

bb) Der Tatbestand des Amtsmissbrauchs gemäss Art. 312 StGB schützt einerseits den Staat, insbesondere sein Interesse an pflichtbewussten Amtsträgern, welche die ihnen anvertrauten hoheitlichen Befugnisse rechtmässig einsetzen. Andererseits wird der Schutz des Bürgers vor dem missbräuchlichen Einsatz der Staatsgewalt durch Amtsträger und somit das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Beamten angestrebt⁴⁷⁰. Personen, deren Rechtsgüter durch einen Amtsmissbrauch beeinträchtigt werden, können sich deshalb grundsätzlich als Privatklägerschaft konstituieren und sich als Strafkörper am Verfahren beteiligen. Eine Beteiligung als Zivilkläger kommt in Betracht, soweit nicht ein Verantwortlichkeitsgesetz eine primäre, umfassende Staatshaftung für deliktisches Verhalten von Amtspersonen vorsieht und demgemäss die Geltendmachung von adhäsiionsweisen Zivilforderungen ausser Betracht fällt⁴⁷¹. Art. 312 StGB schützt damit sowohl individuelle als auch kollektive Interessen. Es gilt allerdings zu berücksichtigen, dass der Tatbestand inhaltlich weit formuliert ist und dementsprechend auf vielfältige Weise begangen werden kann. In vielen Fällen dürfte ein Amtsmissbrauch somit nur rechtlich geschützte öffentliche Interessen verletzen, ohne jegliche Privatinteressen zu beeinträchtigen. In andern Fällen kann eine Verletzung privater Interessen zwar existieren, aber nicht unmittelbar erkennbar sein. Diese Besonderheit der Strafnorm hat deshalb zur Folge, dass die Person, die eine Verletzung privater Interessen durch einen Amtsmissbrauch behauptet, die dafür ausschlaggebenden Tatsachen behaupten und genau darlegen muss, inwiefern die behauptete Missbrauchshandlung ihre rechtlich geschützten privaten Interessen verletzt⁴⁷².

c) Der Beschwerdeführer setzt sich mit dieser Problematik nicht rechtsgenügend auseinander. Er begründet nicht genügend konkret, dass, wodurch und inwiefern seine privaten Interessen unmittelbar verletzt worden sein sollen. In der Beschwerdebegründung verweist er nur auf seine Beschwerdeberechtigung als Privatkörper. In der Replik führt er zu dieser Problematik lediglich aus, Art. 312 StGB schütze neben den Interessen des Staates direkt auch den Bürger vor dem missbräuchlichen Einsatz der Staatsgewalt durch Amtsträger, weshalb er zur Beschwerde legitimiert sei. Das genügt nicht. Im Übrigen setzt sich der Beschwerdeführer in der Replik nur mit der Argumenta-

⁴⁶⁸ Frey/Omlin, Amtsmissbrauch - die Ohnmacht der Mächtigen, eine Analyse der Amtsmissbrauchsnorm mit Blick auf die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden, in: AJP 1/2005 S. 86

⁴⁶⁹ BGE vom 6. Mai 2021, 6B_825/2019, Erw. 7.2

⁴⁷⁰ Heimgartner, Art. 312 StGB N. 4; BGE 127 IV 212; BGE vom 5. Juli 2019, 6B_1212/2018, Erw. 2.3; BGE vom 15. Mai 2019, 6B_214/2019, Erw. 4.7

⁴⁷¹ Heimgartner, Art. 312 StGB N. 30

⁴⁷² BGE vom 9. November 2018, 6B_837/2018, Erw. 4.2; BGE vom 9. Februar 2018, 6B_1318/2017, Erw. 7.3; vgl. BGE vom 23. September 2020, 6B_970/2020, Erw. 3.6.2

tion der Staatsanwaltschaft auseinander, mit der diese in der Beschwerdeantwort seine Beschwerdelegitimation bestritt. Dass die Auffassung des Beschwerdeführers diesbezüglich zutrifft - ihm die Beschwerdelegitimation aber aus einem anderen Grund abgesprochen wird -, hilft ihm nicht.

d) Der Beschwerdeführer ruft für seine Beschwerdelegitimation keine weiteren Strafnormen an. Eine Berufung auf das Tierschutzgesetz würde ihm zudem nicht helfen. Entsprechend dem Zweck des Tierschutzgesetzes schützen dessen Strafbestimmungen das Wohlergehen und die Würde des Tieres⁴⁷³. Schutzobjekt bilden die Interessen des Tieres. Vom Tierschutzgesetz sind die Eigentümerinteressen nicht geschützt⁴⁷⁴.

e) Zusammengefasst ist somit mangels rechtsgenügend begründeter Beschwerdelegitimation nicht auf die Beschwerde einzutreten.

Obergericht, 2. Abteilung, 26. August 2021, SW.2021.48

⁴⁷³ Art. 1 TSchG; vgl. Bolliger/Richner/Rüttimann/Stohner, Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis, 2.A., S. 115

⁴⁷⁴ Vgl. Bolliger/Richner/Rüttimann/Stohner, S. 115 f.

28. Anforderungen an die Beschwerdebeurteilung (Art. 385 Abs. 1, 396 Abs. 1 StPO)

1. Gemäss Art. 396 Abs. 1 StPO ist die Beschwerde schriftlich und begründet einzureichen. Die Rechtsmittelschrift muss somit von Gesetzes wegen eine Begründung enthalten. Deren Inhalt richtet sich nach Art. 385 StPO. Der Beschwerdeführer hat zunächst genau anzugeben, welche Punkte des Entscheids er anfechtet⁴⁷⁵. Dieser Antrag muss auf Änderung beziehungsweise Aufhebung einer oder mehrerer Dispositivpunkte lauten. Beschwerde kann mit anderen Worten nur gegen das Dispositiv der angefochtenen Verfahrenshandlung, nicht aber gegen die Erwägungen geführt werden. Dabei hat der Beschwerdeführer zum Ausdruck zu bringen, in welchem Sinn er die angefochtene hoheitliche Verfahrenshandlung geändert haben möchte. Zu beachten bleibt, dass die Anträge beziehungsweise die Angabe der angefochtenen Punkte durch die fragliche hoheitliche Verfahrenshandlung begrenzt werden. Der Streitgegenstand kann vom Beschwerdeführer nicht frei bestimmt werden, sondern wird durch die angefochtene Verfahrenshandlung grundsätzlich verbindlich festgelegt; die Beschwerdeinstanz soll nicht Gegenstände beurteilen, über welche die vorinstanzliche Strafbehörde nicht entschieden hat⁴⁷⁶.

2. Sodann hat der Beschwerdeführer genau anzuführen, welche Gründe einen anderen Entscheid nahelegen⁴⁷⁷. In der Begründung ist schlüssig zu behaupten, dass und weshalb ein Beschwerdegrund gegeben ist. Die Beschwerdebeurteilung hat sich - zumindest in minimaler Form - mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen. Daran mangelt es, wenn die Richtigkeit der tatsächlichen oder rechtlichen Erwägungen bloss pauschal bestritten wird oder wenn nicht einmal ansatzweise dargelegt wird, weshalb zum Beispiel die beantragte Genugtuung zuzusprechen ist. Die Gründe, die einen anderen Entscheid nahelegen, müssen sich im Prinzip aus der Beschwerdeschrift selbst ergeben. Allgemeine Verweise auf Ausführungen in Rechtsschriften anderer Verfahren oder gar auf die Gesamtheit der Akten genügen nicht⁴⁷⁸. Auch wenn die Anforderungen an die Begründung der Beschwerde insgesamt relativ hoch sind und dafür nur zehn Tage zur Verfügung stehen, kann namentlich von fachkundigen Personen wie Rechtsanwälten erwartet werden, dass sie die Beschwerde formgerecht einreichen. Entsprechend hat in diesen Fällen auch keine Nachfristansetzung gemäss Art. 385 Abs. 2 StPO zu erfolgen⁴⁷⁹.

Obergericht, 2. Abteilung, 7. Juli / 12. August 2021, SW.2020.90

⁴⁷⁵ Art. 385 Abs. 1 lit. a StPO

⁴⁷⁶ Guidon, Basler Kommentar, 2.A., Art. 396 StPO N. 9b

⁴⁷⁷ Art. 385 Abs. 1 lit. b StPO

⁴⁷⁸ Guidon, Art. 396 StPO N. 9c

⁴⁷⁹ Guidon, Art. 396 StPO N. 9e

29. Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Anfechtung des Beschlusses betreffend Rückweisung der Anklageschrift (Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO; Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG analog)

1. Die Staatsanwaltschaft erhob beim Bezirksgericht Anklage gegen den Beschuldigten. Er und der Geschädigte stellten im weiteren Verfahrensverlauf verschiedene Beweisanträge; insbesondere beantragten sie die Befragung von diversen Personen. In der Folge wies das Bezirksgericht die Anklage zur Ergänzung beziehungsweise Durchführung einer Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurück. Dagegen erhob die Staatsanwaltschaft Beschwerde und beantragte, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass das Bezirksgericht die Beweisergänzungen selber vorzunehmen habe.

2. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Frage, ob das Bezirksgericht die Anklage an die Staatsanwaltschaft zurückweisen durfte, oder ob das Gericht die seiner Auffassung nach notwendigen Beweisergänzungen selber vorzunehmen hat. Die Staatsanwaltschaft macht zusammengefasst zum einen geltend, die Rückweisung sei nicht zulässig, weil die Verfahrensleitung bereits die Anklage geprüft habe und auf sie eingetreten sei. Zum andern wendet sie ein, die Zeugen einvernahmen, wegen welcher die Rückweisung erfolge, habe das Gericht selber vorzunehmen.

3. a) Weil das Anfechtungsobjekt ein verfahrensleitender erstinstanzlicher Beschluss ist, stellt sich die Frage der Zulässigkeit der Beschwerde.

b) Gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO ist die Beschwerde zulässig gegen die Verfügungen und Beschlüsse sowie die Verfahrenshandlungen der erstinstanzlichen Gerichte; ausgenommen sind verfahrensleitende Entscheide.

c) Die Staatsanwaltschaft macht geltend, entgegen dem Wortlaut des Gesetzes sei gemäss Lehre und Rechtsprechung die Beschwerde bei verfahrensleitenden Entscheiden zulässig, wenn sie erstens vor der Hauptverhandlung ergehen, es sich dabei zweitens nicht nur um den äusseren Verfahrensablauf betreffende Anordnungen handelt, und sie drittens einen nicht wiederzumachenden Nachteil im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirken können. Die Staatsanwaltschaft verweist dazu auf "Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage, Keller N. 27 zu Art. 393 StPO". Gemäss dem angefügten Kommentar sei die Beschwerde damit zulässig bei Rückweisung der Anklage in die Untersuchung zur Ergänzung der Beweise bei unvollständiger Beweiserhebung nach Prüfung der Anklage gemäss Art. 329 StPO. Dieser Fall liege hier vor⁴⁸⁰.

⁴⁸⁰ Mit dem zusätzlichen Verweis: "siehe ebenso: BSK StPO Guidon, N. 12/13 zu Art. 393 StPO; Schmid/Jositsch Praxiskommentar, N. 12 und 13 zu Art. 393 StPO"

d) Die Staatsanwaltschaft zitiert Keller zu den Voraussetzungen der Rückweisung⁴⁸¹ mit dem Präjudiz, die Beschwerde sei somit beispielsweise bei der Rückweisung der Anklage zulässig⁴⁸², korrekt. Es ist zu präzisieren, dass der nicht wiedergutzumachende Nachteil im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG in Strafsachen nicht bloss tatsächlicher, sondern rechtlicher Natur sein muss und auch durch einen (für die rechtssuchende Partei günstigen) Endentscheid nachträglich nicht mehr behoben werden könnte⁴⁸³. Indessen vervollständigte Keller in der dritten Auflage des zitierten Kommentars sein Beispiel für die Zulässigkeit der Beschwerde bei der Rückweisung der Anklage, und zwar entscheidend: "Dies gilt nur gegenüber den Beschuldigten, evtl. den Strafklägern, nicht aber gegenüber der Staatsanwaltschaft, die durch die Rückweisung keinen nicht wiedergutzumachenden rechtlichen Nachteil erleidet"⁴⁸⁴. Dem ist beizupflichten, weil eine Rückweisung des Strafverfahrens zur weiteren Untersuchung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁴⁸⁵ für die Staatsanwaltschaft in der Regel keinen irreversiblen rechtlichen Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bewirkt; sie führt lediglich zu einer (dieses Kriterium nicht erfüllenden) Verzögerung des Verfahrens oder zu zusätzlichen Kosten⁴⁸⁶.

e) Damit fehlt der Staatsanwaltschaft die Befugnis, den Entscheid des Bezirksgerichts über die Rückweisung der Anklage mit Beschwerde anzufechten. Auf die Beschwerde kann folglich nicht eingetreten werden.

f) aa) Im Übrigen gilt für die Anfechtung von verfahrensleitenden Entscheiden grundsätzlich, dass der Beschwerdeführer die Umstände, aus denen er den nicht wiedergutzumachenden rechtlichen Nachteil ableitet, selber darzutun hat. Das gilt im Beschwerdeverfahren nach der StPO gleich wie bei der Beschwerde an das Bundesgericht, und es gilt dies auch für die Staatsanwaltschaft⁴⁸⁷.

bb) Die Staatsanwaltschaft erklärt nicht, inwiefern sie durch den angefochtenen Rückweisungsentscheid einen nicht wiedergutzumachenden rechtlichen Nachteil erleidet. Auf die Beschwerde könnte auch deswegen nicht eingetreten werden.

Obergericht, 2. Abteilung, 10. Juni 2021, SW.2021.37

⁴⁸¹ Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 393 N. 27

⁴⁸² Keller, Art. 393 StPO N. 28

⁴⁸³ BGE 141 IV 287; BGE vom 21. August 2017, 1B_171/2017, Erw. 2.4; vgl. Guidon, Basler Kommentar, 2.A., Art. 393 StPO N. 13

⁴⁸⁴ Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 393 N. 28

⁴⁸⁵ BGE vom 21. August 2017, 1B_171/2017, Erw. 2.4

⁴⁸⁶ So auch Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4.A., N. 1876

⁴⁸⁷ Keller, 3.A., Art. 393 StPO N. 27

30. Kosten- und Entschädigungsfolgen des unterliegenden Privatklägers; Änderung der Rechtsprechung von RBOG 2018 Nr. 20 (Art. 429 Abs. 1, 432 Abs. 2, 436 Abs. 1 StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft stellte das Strafverfahren gegen die Beschwerdegegner ein. Auf die Beschwerde der Privatklägerschaft gegen diesen Entscheid ist mangels Beschwerdelegitimation nicht einzutreten.

2. a) Entsprechend der bisherigen Praxis des Obergerichts waren nach dem Verursacherprinzip dem unterliegenden Privatkläger die Parteikosten des Beschwerdegegners aufzuerlegen⁴⁸⁸. Das Obergericht erwog in RBOG 2018 Nr. 20, bei einer Abweisung der Beschwerde des Privatklägers, mithin einer Bestätigung der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft, obsiege der Staat im Ergebnis, weshalb es als stossend erscheine, diesem die Kosten der Verteidigung der beschuldigten Person aufzuerlegen; dass der Staat eine Verantwortung für das Strafverfahren trage, ändere daran nichts.

b) In BGE 147 IV 47 präzisierte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung⁴⁸⁹ und hielt fest, die Entschädigung der beschuldigten Person für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte gehe bei einer Einstellung des Strafverfahrens oder bei einem Freispruch zulasten des Staats, wenn es sich um ein Officialdelikt handle⁴⁹⁰, und zulasten der Privatklägerschaft, wenn es um ein Antragsdelikt gehe⁴⁹¹. Im Berufungsverfahren betreffend Officialdelikte werde die unterliegende Privatklägerschaft entschädigungspflichtig, im Beschwerdeverfahren hingegen der Staat. Gehe es um ein Antragsdelikt, werde sowohl im Berufungs- wie im Beschwerdeverfahren die Privatklägerschaft entschädigungspflichtig⁴⁹².

c) Angesichts dieser präzisierten und mehrfach bestätigten⁴⁹³ Rechtsprechung des Bundesgerichts kann an der Praxis des Obergerichts gemäss RBOG 2018 Nr. 20 nicht festgehalten werden.

d) Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung bezog sich auf ein Officialdelikt. Bei diesen Delikten trägt die gegen die Einstellungsverfügung allein Beschwerde erhebende Privatklägerschaft ein latent weiterbestehendes öffentliches Strafverfolgungsinteresse mit. Deshalb geht die Entschädigung der obsiegenden beschuldigten Personen im Beschwerdeverfahren für die durch die Anträge im Schuldpunkt verursachten Aufwendungen zulasten des Staats⁴⁹⁴. Somit hat der Staat die Beschwerdegegner zu entschädigen.

⁴⁸⁸ RBOG 2018 Nr. 20; RBOG 2017 Nr. 32

⁴⁸⁹ Insbesondere BGE 141 IV 476 ff. und BGE 139 IV 45 ff.

⁴⁹⁰ Art. 429 Abs. 1 StPO

⁴⁹¹ Art. 432 Abs. 2 StPO

⁴⁹² Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 432 Abs. 2 StPO

⁴⁹³ BGE vom 12. April 2021, 6B_1144/2020, 6B_1145/2020, Erw. 6.1; BGE vom 20. Januar 2021, 6B_1254/2020, Erw. 7; vgl. BGE vom 19. Februar 2021, 6B_7/2021, Erw. 5

⁴⁹⁴ Art. 429 StPO; BGE 147 IV 54; BGE vom 20. Januar 2021, 6B_1254/2020, Erw. 7

31. Verwirkung von Ansprüchen gestützt auf das Opferhilfegesetz (Art. 25 Abs. 1, 48 OHG; Art. 16 aOHG)

1. Der Berufungskläger stellte im Jahr 2013 beim Bezirksgericht ein Gesuch um Entschädigung respektive Genugtuung nach dem OHG⁴⁹⁵. Er machte geltend, dass er in den Sechziger- und zu Beginn der Siebzigerjahre im Internat des Klosters Fischingen mehrfach misshandelt worden sei. Erst im Jahr 2011 sei ihm bewusst geworden, dass diese Misshandlungen der Grund seien, weshalb es ihm so schlecht gehe. Das Bezirksgericht wies das Gesuch ab. Es ging davon aus, die geltend gemachten Ansprüche seien nach dem aOHG vom 4. Oktober 1991 (in Kraft seit 1. Januar 1993) zu beurteilen. Nach Art. 16 Abs. 3 aOHG müsse das Opfer innert zwei Jahren nach Kenntnis der Straftat ein Gesuch betreffend Opferhilfe einreichen. Diese Frist habe es nicht eingehalten. Dagegen erhob das Opfer Berufung.

2. a) Der vom Opfer gegenüber dem Staat geltend gemachte Entschädigungs- und Genugtuungsanspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur. Im Opferhilfeverfahren gilt dementsprechend der Untersuchungsgrundsatz: Die angerufene Behörde ist verpflichtet, den Sachverhalt im Rahmen der vom Opfer gestellten Begehren von Amtes wegen abzuklären⁴⁹⁶. An die Substantiierung opferhilfrechtlicher Gesuche sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Das Opfer trifft keine Beweislast im zivilrechtlichen Sinn⁴⁹⁷. Bleibt sein Sachvortrag unklar, hat die Behörde unter Umständen von sich aus das Opfer zur Substantiierung aufzufordern⁴⁹⁸. Ebenfalls herabgesetzt ist das Beweismass. Es genügt, wenn das Opfer die anspruchsbegründenden Tatsachen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweisen kann⁴⁹⁹.

b) Der Untersuchungsgrundsatz enthebt das Opfer nicht von seiner Mitwirkungspflicht. Wer ein Gesuch um Opferhilfeleistungen stellt, muss diejenigen Tatsachen darlegen, die nur ihm bekannt sind oder von ihm mit wesentlich weniger Aufwand erhoben werden können als von einer Behörde. Insbesondere muss das Opfer den anspruchsbegründenden Sachverhalt mit hinreichender Bestimmtheit darlegen und der Behörde diejenigen Angaben liefern, die es ihr erlauben, weitere Erkundigungen einzuziehen⁵⁰⁰. Soweit es keine näheren Angaben zur behaupteten Straftat macht, obschon das zumutbar wäre, erkennt die Rechtsprechung auf eine Verletzung der Mitwirkungspflicht⁵⁰¹.

c) Das aOHG vom 4. Oktober 1991 trat am 1. Januar 1993 in Kraft⁵⁰²; mit der Gesetzesnovelle vom 23. März 2007, welche am 1. Januar 2009 Rechtsverbindlichkeit erlangte⁵⁰³, wurde

⁴⁹⁵ Opferhilfegesetz, SR 312.5

⁴⁹⁶ Gomm, in: Opferhilfegesetz (Hrsg.: Gomm/Zehntner), 3.A., Art. 29 N. 8; BGE vom 25. Februar 2005, 1A.157/2004, Erw. 4.3

⁴⁹⁷ BGE 129 II 52; BGE 126 II 101

⁴⁹⁸ BGE 129 II 52 (bezüglich Versorgerschadens)

⁴⁹⁹ BGE 144 II 410

⁵⁰⁰ BGE 126 II 101 f.; Gomm, Art. 29 OHG N. 9

⁵⁰¹ BGE vom 26. April 2001, 1A.318/2000, Erw. 2d

⁵⁰² Bundesratsbeschluss vom 18. November 1992, AS 1992 S. 2470

⁵⁰³ Bundesratsbeschluss vom 27. Februar 2008, AS 2008 S. 1620

das OHG revidiert. Die dargelegten Grundsätze gelten indessen unabhängig davon, welches Recht konkret anwendbar ist. Sie sind für die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts von Bedeutung; von diesem wiederum hängt das anwendbare Recht ab.

3. a) Nach Art. 48 lit. a OHG gilt das bisherige Recht für Ansprüche auf Entschädigung oder Genugtuung für Straftaten, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes (am 1. Januar 2009) verübt wurden. Das aOHG enthielt keine Bestimmung über den zeitlichen Anwendungsbereich; allerdings statuierte die dazu erlassene Verordnung des Bundesrats⁵⁰⁴, dass die Bestimmungen des OHG in der Fassung vom 4. Oktober 1991 für Straftaten gelten, die nach Inkrafttreten des Erlasses, mithin nach dem 1. Januar 1993, begangen wurden⁵⁰⁵. Sowohl das aOHG als auch das revidierte Recht vom 23. März 2007 sehen eine Verwirkungsfrist für die Geltendmachung von Entschädigung und Genugtuung vor⁵⁰⁶. Nach Art. 16 Abs. 3 aOHG musste das Opfer das Gesuch innert zwei Jahren nach der Straftat einreichen. Mit der Revision des OHG wurde diese Frist verlängert: Gemäss Art. 25 Abs. 1 OHG beträgt sie nun fünf Jahre und beginnt mit der Straftat oder der Kenntnis der Straftat zu laufen. Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, die weder stillstehen, noch unterbrochen noch verlängert werden kann⁵⁰⁷.

b) aa) Es stellt sich hier die Frage nach dem anwendbaren Recht, woraus sich wiederum die konkrete Verwirkungsfrist ergibt. Die Übergangsbestimmungen des OHG (dies gilt auch für das aOHG) knüpfen jeweils an eine Straftat an. Der strafrechtliche Erfolg tritt jedoch nicht unbedingt zeitgleich mit der Beeinträchtigung des Opfers ein. Bei Fahrlässigkeitsdelikten kann sich der Erfolg erst Jahrzehnte nach dem strafbaren Verhalten ereignen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Opferhilferecht eine "opferbezogene Perspektive" einzunehmen. Sowohl der zeitliche Anwendungsbereich des OHG als auch der Beginn der Verwirkungsfrist knüpfen demnach am Eintritt der Beeinträchtigung des Opfers an. Diese "opferbezogene Betrachtungsweise" ist das Ergebnis einer längeren Entwicklung der Rechtsprechung:

In BGE 123 II 241 erkannte das Bundesgericht, die Verwirkungsfrist nach Art. 16 Abs. 3 aOHG könne zu einem unerträglichen Rechtsverlust führen, wenn das Opfer nicht die Möglichkeit habe, seinen Anspruch durchzusetzen. Die Billigkeit gebiete es im vorliegenden Einzelfall, der Geschädigten die zweijährige Verwirkungsfrist nicht entgegenzuhalten, weil diese im ganzen Verfahren nie über ihre Rechte als Opfer informiert worden sei⁵⁰⁸.

⁵⁰⁴ Opferhilfeverordnung, aOHV, SR 312.51, in Kraft bis 31. Dezember 2008

⁵⁰⁵ Art. 12 Abs. 3 aOHV; vgl. BGE vom 9. Juli 2009, 1C_498/2008, Erw. 2

⁵⁰⁶ Mit dem aOHG setzte der Bund den damals geltenden Art. 64^{ter} BV um und schuf überdies die Voraussetzungen für die Ratifizierung des Europäischen Übereinkommens über die Entschädigung von Opfern von Gewalttaten (SR 0.312.5). Nach Art. 6 dieses Übereinkommens können die Signatarstaaten den Entschädigungsanspruch von Opfern befristen.

⁵⁰⁷ BGE 123 II 243; Gomm, Art. 25 OHG N. 3

⁵⁰⁸ BGE 123 II 246 f.

In BGE 126 II 348 befasste sich das Bundesgericht mit dem Beginn der Verwirkungsfrist nach Art. 16 Abs. 3 aOHG bei Straftaten, deren Schadensfolgen erst einige Zeit nach dem tatbestandsmässigen Verhalten eintreten beziehungsweise erkennbar werden. Dabei erwog das Bundesgericht, aus opferhilferechtlicher Sicht sei massgeblich, ob die Beeinträchtigung des Geschädigten in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität das legitime Bedürfnis begründe, die Hilfsangebote und Schutzrechte des OHG in Anspruch zu nehmen. Zur Frage, ob die Verwirkungsfrist auch bei solchen Delikten erst ab Eintritt des schädigenden Erfolges beginne, hielt es fest, im zu beurteilenden Fall habe die Beschwerdeführerin alles ihr nach Treu und Glauben Zumutbare unternommen, um ihre Opferrechte zu wahren. Das Bundesgericht kam zum Ergebnis, dass die am 31. Juli 1993 in Porto Seguro (Brasilien) vergewaltigte Geschädigte die Fristen des OHG gewahrt habe, indem sie am 19. Januar 1998, mithin rund fünf Monate nach einer AIDS-Diagnose, ein Opferhilfegesuch gestellt habe⁵⁰⁹.

In BGE 134 II 308 hatte sich das Bundesgericht mit einem "Asbestopfer" zu befassen. Das Bundesgericht erwog, anders als im Strafrecht ergebe sich aus dem Regelungszweck und der gesetzlichen Umschreibung des Geltungsbereichs des OHG ein "opferbezogener Ansatz". Das Vorliegen aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale eines Delikts bilde Anknüpfungspunkt für die Gewährung von Opferhilfe. Die Straftat stelle den anspruchsbegründenden Sachverhalt dar. Entscheidend für die Anwendung des Opferhilferechts sei indessen, ob die Beeinträchtigung des Geschädigten in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität das legitime Bedürfnis begründe, die Hilfsangebote und Schutzrechte des Opferhilferechts in Anspruch zu nehmen. Aus dieser opferbezogenen Sichtweise heraus habe das Bundesgericht entschieden, dass ein Opfer die massgebende Schädigung beziehungsweise Verletzung erkennen können müsse, bevor es sich auf das Vorliegen einer Straftat im Sinn des OHG berufen könne. Diese Sichtweise habe auch Eingang in Art. 25 Abs. 1 des revidierten OHG gefunden, wonach ein Gesuch um Entschädigung und Genugtuung binnen fünf Jahren nach der Straftat oder "nach Kenntnis der Straftat" einzureichen sei, andernfalls die Ansprüche verwirkten. Der "opferbezogene Ansatz" beherrsche das gesamte Opferhilferecht; er sei massgebend sowohl für die Frage der Rechtzeitigkeit eines Gesuchs als auch für die Festlegung des zeitlichen Anwendungsbereichs des OHG. Mit dem OHG sollte den durch eine Straftat unmittelbar in seiner körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität beeinträchtigten Personen die gesetzlich vorgesehene Hilfe gewährleistet werden. Zur Erreichung dieses Ziels werde im Opferhilferecht in verschiedener Hinsicht von strafrechtlichen Grundsätzen abgewichen. So werde die Opferhilfe unabhängig davon gewährt, ob die Täterschaft ermittelt worden sei und ob sie sich schuldhaft verhalten habe. Gleichermassen könne es für die opferhilferechtliche Geltendmachung von Entschädigung und Genugtuung nicht darauf ankommen, ob der Strafanspruch des Staates nach strafrechtlichen Gesichtspunkten verjährt sei oder nicht⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ BGE 126 II 355 ff.

⁵¹⁰ BGE 134 II 313 f. und 316

In einem Entscheid vom 22. November 2019 bestätigte das Bundesgericht den "opferbezogenen Ansatz" und präziserte, diese Rechtsprechung gelte auch für die Interpretation von Art. 48 OHG. Für den zeitlichen Anwendungsbereich des OHG sei somit entscheidend, wann - aus Opfer-sicht - die schädigende Beeinträchtigung eingetreten sei. Nicht relevant sei das tatbestandsmässige Verhalten des Täters und eine allfällige strafrechtliche Verjährung. Der "opferbezogene Ansatz" bringe es mit sich, dass die strafrechtliche Konkurrenzlehre dem Opfer entgegenhalten werden könne. Mache eine Person geltend, Opfer von Sexual- und Gewaltdelikten geworden zu sein, sei für jedes tangierte Rechtsgut zu prüfen, wann der anspruchsbegründende Sachverhalt (aus Opferperspektive) eingetreten sei⁵¹¹.

bb) Der "opferbezogene Ansatz" zieht insbesondere bei Tätigkeitsdelikten die strafrechtlich relevante Vollendung des Delikts und den Eintritt des opferhilferechtlich relevanten Geschehens auseinander. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben die Behörden bei psychischen Spätfolgen, die von sexuellen Übergriffen herrühren, zu prüfen, wann diese Spätfolgen in vollem Ausmass aufgetreten sind. Davon hängt der zeitliche Anwendungsbereich des OHG (und der Beginn der Verwirkungsfrist) ab⁵¹².

4. a) Die vorinstanzliche Auffassung, wonach bei Sexualdelikten der Tatbestand mit Vornahme der sexuellen Handlung vollendet sei und der Berufungskläger deshalb seit seiner Kindheit um die strafbaren Handlungen gewusst habe, widerspricht dem vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung vertretenen "opferbezogenen Ansatz". Massgebend ist nicht, wann die allenfalls strafbaren Handlungen ausgeführt wurden, sondern vielmehr der Zeitpunkt, ab dem der Berufungskläger erkennen konnte (und musste), dass er an physischen und/oder psychischen Spätfolgen einer Straftat leidet, die einen opferhilferechtlichen Anspruch begründen könnten.

b) Dazu ist den Akten Folgendes zu entnehmen:

Im Rahmen seiner Eingabe an die Vorinstanz verwies der Berufungskläger auf seine Klageschrift an das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau betreffend Verletzung von Aufsichtspflichten. Darin nahm er vorab auf ein Gutachten aus dem Jahr 1990 Bezug, wonach seine Arbeitsunfähigkeit (noch) 75% betrage; der Berufungskläger berichte von Problemen mit Kindheitserlebnissen, vor allem in der Beziehung zu seiner Mutter. Ferner ist der Klageschrift an das Verwaltungsgericht zu entnehmen, dass der Berufungskläger zwischen 1991 und 1995 verschiedene Ärzte konsultiert habe; neben einer reaktiven Depression seien eine schwere neurotische Verhaltensstörung sowie eine Instabilität der Wirbelsäule festgestellt worden. Überdies ergibt sich aus der Eingabe an das Verwaltungsgericht, dass dem Berufungskläger mit Verfügung der Invalidenversicherung vom April 1996 rückwirkend per Juli 1995 eine volle Rente zugesprochen worden sei. In einer im Jahr 1997

⁵¹¹ BGE vom 22. November 2019, 1C_269/2019, Erw. 2.1 und 2.4

⁵¹² BGE vom 9. Juli 2009, 1C_498/2008, Erw. 6.2 f.; bestätigt mit BGE vom 22. November 2019, 1C_269/2019, Erw. 2.3

durchgeführten Rentenüberprüfung sei die Arbeitsfähigkeit schliesslich auf 33⅓% festgelegt worden. Ausserdem wurde in der Klageschrift festgehalten, dass der Berufungskläger 2001 eine "Antischmerzklarinik" besucht habe. 2003 sei ihm sodann zwecks Bekämpfung der Schmerzen eine Morphin-Pumpe eingesetzt worden. Am 1. September 2005 hätten die Mediziner eine Chronifizierung der Leiden attestiert. Über die weitere Entwicklung in der Zeitspanne von 2005 bis zur erstmaligen Konsultation der "Opferschutzanwaltschaft X" (im Jahr 2010) ist der Eingabe an das Verwaltungsgericht indessen nichts zu entnehmen.

Gemäss klinisch-psychologischem Kurzbericht von Magister Y vom 7. November 2011 erstattete der Berufungskläger im Herbst 2010 eine detaillierte Anzeige bei der "Unabhängigen Opferschutzanwaltschaft" in X. Allerdings liegt diese Anzeige nicht bei den Akten. Der Kurzbericht vom 7. November 2011 beinhaltet ergänzend zur Anzeige aus dem Jahr 2010 Übergriffe oder Entgleisungen, welche der Berufungskläger aus Scham nicht habe anzeigen können oder wollen⁵¹³. Der Bericht schliesst mit der Bemerkung, aus klinisch-psychologischer Sicht könne ein Kausalzusammenhang zwischen den Ereignissen und den beschriebenen Folgen hergestellt werden.

Das von Dr.med. Z am 6. November 2012 verfasste psychiatrische Gutachten befasste sich in einem ersten respektive zweiten Teil mit dem "Anlass der Begutachtung" sowie der Anamnese. Dabei ist festzustellen, dass Unterlagen und Berichte aus den Jahren 1970, 1971 und 1972 verarbeitet wurden, danach die Dokumentation aber abbricht. Mit anderen Worten erscheint die Zeitspanne zwischen 1973 und 2009 im Rahmen der Aufarbeitung der Vorgeschichte nicht; vielmehr wird diese mit einer Einvernahme vom 12. Juli 2010 fortgesetzt. Demnach - so der Gutachter - seien beim Berufungskläger Erinnerungen an das Erlebte "erwacht", als im März 2010 in einem Kloster in C Missbrauchsfälle bekannt geworden seien. Zu einem früheren Zeitpunkt, ungefähr 2006, habe der Berufungskläger bereits einmal Hassgefühle gegenüber einem Pater empfunden. Der Experte kam mit Blick auf die psychiatrische Anamnese zum Schluss, beim Berufungskläger hätten sich seit ungefähr 2009 vermehrt Flashbacks bezüglich der Ereignisse aus der Kindheit eingestellt. Ausserdem sei es zu einer depressiven Verstimmung, Angstgefühlen, Schlaflosigkeit und Vermeidungsverhalten gekommen. Der Berufungskläger sei anlässlich eines "Clearing-Gesprächs" 2011 langsam bewusst geworden, dass sein "verpfushtes Leben", seine Ängste, seine depressiven Phasen, sein sozialer Rückzug sowie seine körperlichen Probleme direkt mit dem Aufenthalt im Kloster Fischingen zusammenhängen. Vorher sei seine Einstellung zu seinen Problemen eine andere gewesen. Im letzten Teil der Expertise liess Dr.med. Z auf die Frage, inwieweit eine Traumatisierung das Erinnerungsvermögen beeinträchtigen könne, festhalten, es entspreche klinischer Erfahrung, dass bei Traumaopfern eine Diagnose erst mit Verspätung gestellt werden könne. Die kausale Verknüpfung des Traumas mit den Beschwerden erfolge vielfach viel später im Rahmen einer Therapie. Hauptverantwortlich

⁵¹³ Beispielsweise wurde der Umstand erwähnt, wonach den Schülern im Internat vorzugsweise dasjenige Essen vorgesetzt worden sei, welches sie am wenigsten gemocht hätten. Übergab sich der Schüler in der Folge, wurde er gezwungen, das Erbrochene aufzuessen.

hiefür seien vermutlich verschiedene spezifische Abwehrmechanismen und "Coping-Stile"⁵¹⁴ sowie Gefühle wie Scham, Schuld und Ekel. Hier dürfte dem Berufungskläger der Kausalzusammenhang - so der Experte weiter - erstmals gegen Ende 2011 in seinen Anfängen bewusst geworden sein, wobei der Berufungskläger derzeit am Anfang des Bewusstseinsprozesses stehe.

c) aa) Somit sind den Akten bis 2010 keine Hinweise zu entnehmen, wonach der Berufungskläger sexuelle Übergriffe im Kindesalter behauptet hätte. Er führte zwar gegenüber dem Gutachter im Jahr 1990 und der IV-Eingliederungsstelle eine schwere Kindheit ins Feld, doch bezogen sich diese Ausführungen auf das Verhältnis zu seiner Mutter. Soweit ersichtlich berichtete er erstmals am 12. Juli 2010 gegenüber der Polizei detailliert von körperlichen Misshandlungen und sexuellen Übergriffen. Die Expertise von Dr.med. Z vom 6. November 2012 stufte die Zeitspanne zwischen 2009 und 2011 als eine "Phase des Erwachens" im Leben des Berufungsklägers ein; dem Berufungskläger sei das Geschehene im Jahr 2011, ausgelöst durch Vorkommnisse in C, allmählich bewusst geworden. In der Folge sei es dem Berufungskläger psychisch schlechter gegangen. Allerdings begründete der Experte diese zeitliche Verortung nicht näher⁵¹⁵.

bb) Somit besteht nach dem derzeitigen Aktenstand Grund zur Annahme, der Berufungskläger habe das zwischen 1962 und 1972 im Internat Erlebte erstmals am 12. Juli 2010 realisiert und als potenziell strafbares Verhalten einordnen können. Demzufolge erscheint nach dem derzeitigen Aktenstand der aus "opferbezogener Perspektive" anspruchsbegründende Tatbestand auch erst am 12. Juli 2010 als erfüllt, weil beim Berufungskläger erstmals zu diesem Zeitpunkt das legitime Bedürfnis entstand, die Hilfsangebote und Schutzrechte des Opferhilferechts in Anspruch zu nehmen⁵¹⁶. Bei dieser Ausgangslage erscheint das am 1. Januar 2009 in Kraft getretene OHG als anwendbar, woraus eine Verwirkungsfrist von fünf Jahren resultierte⁵¹⁷, womit das Gesuch des Berufungsklägers vom 8. Januar 2013 rechtzeitig erfolgt wäre. Allerdings steht diese Einschätzung unter dem Vorbehalt weiterer Abklärungen, welche in dieser Streitsache als unabdingbar erscheinen.

5. a) Tatsächlich erscheint der Sachverhalt hier (noch) nicht in jeder Hinsicht als liquid. Klarzustellen ist jedoch vorab, dass der vorinstanzlichen Auffassung nicht zu folgen ist, wonach der Berufungskläger hätte beweisen müssen, dass er nicht bereits bei Inkrafttreten des aOHG von den Straftaten, deren Umständen und Schadensfolgen gewusst habe. So stellt sich die Frage, ob ein

⁵¹⁴ = Bewältigungsstrategien

⁵¹⁵ Insbesondere bleibt erklärungsbedürftig, weshalb der Berufungskläger auf der einen Seite am 12. Juli 2010 bei der Polizei über die Misshandlungen und Übergriffe berichten, auf der anderen Seite - gemäss Gutachten - aber erst rund ein Jahr später den Zusammenhang zwischen seiner aktuellen Situation und dem im Internat Erlebten herstellen konnte.

⁵¹⁶ So die Formulierung in BGE 134 II 314

⁵¹⁷ Art. 25 Abs. 1 OHG

solcher (negativer) Beweis überhaupt zu erbringen ist. Ohnehin hätte die Vorinstanz aber in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes⁵¹⁸, diesen Gesichtspunkt von Amtes wegen (weiter) abklären müssen. Indem die Vorinstanz jedoch dem Berufungskläger den Nachweis für den Eintritt des anspruchsbegründenden Sachverhalts überband, verletzte sie den Untersuchungsgrundsatz.

b) Es ist hier erstens unerlässlich, vom Berufungskläger eine präzise(re) Beschreibung der von ihm angeblich erlebten strafbaren Handlungen zu verlangen. Zu diesem Zweck ist der Polizeibericht vom 12. Juli 2010 beizuziehen; ausserdem drängt sich eine persönliche Befragung des Berufungsklägers auf. Nicht aktenkundig ist zweitens sein gegenwärtiger Gesundheitszustand. Das von ihm beigebrachte Gutachten datiert vom 6. November 2012, weshalb unklar ist, ob es überhaupt (noch) aussagekräftig ist. Ohne eine aktuelle Diagnose, mit entsprechender Beurteilung der Auswirkungen auf die Lebenssituation des Berufungsklägers, kann der Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung indessen nicht geprüft werden. Drittens ist der Kausalzusammenhang zwischen den geltend gemachten physischen und psychischen Leiden und dem Erlebten zu verifizieren. Das Gutachten vom 6. November 2012 bejahte zwar einen solchen Konnex, doch lagen dem Experten - dies ergibt sich aus der unvollständigen Anamnese - die IV-Akten des Berufungsklägers nicht vor, weshalb sich die Frage stellt, ob (und wenn ja inwiefern) das Ergebnis der Expertise durch diese Unterlagen relativiert wird. Insofern drängt sich der Beizug der IV-Akten auf. Viertens ist das nach derzeitigem Aktenstand auf 2009 bis 2011 datierte "Erwachen" oder "Bewusstwerden" in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht näher abzuklären. Sollte sich aufgrund der Abklärungen ergeben, dass es dem Berufungskläger bereits zu einem früheren Zeitpunkt zumutbar und möglich gewesen wäre, die opferhilferechtlichen Ansprüche geltend zu machen, wären das anwendbare Recht und die Verwirkung der Ansprüche erneut zu prüfen. Fünftens ist der Berufungskläger aufzufordern, von ihm bereits erhaltene Leistungen (der Sozialversicherung und von Dritten) offenzulegen, weil die Opferhilfe dem Grundsatz der Subsidiarität folgt⁵¹⁹. Mit anderen Worten wird zu prüfen sein, ob und inwieweit drittseitig ausbezahlte Gelder auf allfällige Leistungen der Opferhilfe anzurechnen sind, mithin ob zeitliche und sachliche Kongruenz zu den geltend gemachten Ansprüchen besteht.

c) Die Vorinstanz befasste sich nicht mit diesen Punkten, weil sie von einem verwirkten Anspruch ausging. Der Sachverhalt erweist sich deshalb in wesentlichen Teilen als unvollständig. Im Berufungsverfahren kann bei dieser Ausgangslage kein reformatorischer Entscheid erfolgen⁵²⁰, zumal der Berufungskläger dadurch eine Instanz verlieren würde, was mit Art. 6 EMRK nicht zu vereinbaren wäre⁵²¹. Das angefochtene Urteil ist vielmehr aufzuheben, und die Streitsache ist im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

⁵¹⁸ Art. 29 Abs. 2 OHG

⁵¹⁹ Art. 4 OHG

⁵²⁰ Art. 409 Abs. 1 StPO; vgl. Hug/Scheidegger, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 409 N. 7

⁵²¹ Eugster, Basler Kommentar, 2.A., Art. 409 StPO N. 1

32. Anforderungen an die Sorgfalt bei dringlichen Dienstfahrten; Vertrauensgrundsatz bei einem Überholmanöver an einer Verzweigung (Art. 32 Abs. 1, 100 Ziff. 4, 35, 90 Abs. 1 SVG)

1. Das Bezirksgericht sprach einen Polizisten der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln schuldig, weil er auf einer Dienstfahrt mit Blaulicht und Wechselhorn ausserorts bei einer signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 70 km/h mit 84,7 km/h ein anderes Fahrzeug links überholte. Dieses Fahrzeug bog gleichzeitig nach links in die Einmündung X ab, woraufhin es zur Kollision kam. Der Polizist beantragt im Berufungsverfahren einen Freispruch.

2. a) Nach Art. 90 Abs. 1 SVG wird mit Busse bestraft, wer Verkehrsregeln dieses Gesetzes oder der Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt. Es handelt sich um eine Blankettstrafnorm, die auf andere Verhaltenspflichten verweist und deren Nichtbeachtung unter Strafe stellt⁵²². Dabei sind sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Tatbegehung strafbar⁵²³. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Fahrlässig handelt, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist⁵²⁴. Sorgfaltswidrig ist die Handlungsweise somit, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter des Opfers hätte erkennen können und müssen und wenn er zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritten hat. Für die Zurechenbarkeit des Erfolgs genügt die blosser Vorhersehbarkeit nicht. Erforderlich ist auch dessen Vermeidbarkeit. Der Erfolg ist vermeidbar, wenn er nach einem hypothetischen Kausalverlauf bei pflichtgemäsem Verhalten des Täters ausgeblieben wäre⁵²⁵. Das Element der Vermeidbarkeit spielt insbesondere im Strassenverkehrsrecht eine Rolle: Nach Lehre und Rechtsprechung ist dem Fahrer eine Reaktionszeit von bis zu einer Sekunde ("Schrecksekunde") zuzubilligen; während dieser Zeitspanne kann ihm kein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen werden⁵²⁶.

b) Nach Art. 32 Abs. 1 SVG ist die Geschwindigkeit stets den Umständen anzupassen. Wo das Fahrzeug den Verkehr stören könnte, ist langsam zu fahren und nötigenfalls anzuhalten, namentlich vor unübersichtlichen Stellen, vor nicht frei überblickbaren Strassenverzweigungen sowie vor Bahnübergängen. Gemäss Art. 32 Abs. 2 SVG beschränkt der Bundesrat auf allen Strassen die zulässige Höchstgeschwindigkeit.

⁵²² Fiolka, Basler Kommentar, Basel 2014, Art. 90 SVG N. 5; Weissenberger, Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, 2.A., Art. 90 SVG N. 2

⁵²³ Art. 100 Ziff. 1 SVG; Fiolka, Art. 90 SVG N. 30

⁵²⁴ Art. 12 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 StGB

⁵²⁵ BGE 135 IV 64 f.; Niggli/Maeder, Basler Kommentar, 4.A., Art. 12 StGB N. 88 ff.

⁵²⁶ BGE 115 II 285; BGE 93 IV 62; Heierli, Die Bedeutung des Vertrauensprinzips im Strassenverkehr und für das Fahrlässigkeitsdelikt, Diss. Zürich 1996, S. 66

c) Will ein Verkehrsteilnehmer überholen, hat er die Regeln von Art. 35 SVG zu beachten. Überholen gehört - vorab auf Strassen mit Gegenverkehr - zu den gefährlichsten Fahrmanövern. Die Regeln über das Überholen bezwecken durchwegs, diese Fahrmanöver entweder zu verbieten, in Situationen, in denen sie üblicherweise übergrosse Gefahren bewirken, oder sie an eine Reihe von Anforderungen zu knüpfen, bei deren Beachtung die zusätzlichen Risiken minimiert werden. Überholen ist nur gestattet, wenn es nicht überhaupt verboten ist, der nötige Raum übersichtlich und frei ist und der Gegenverkehr nicht behindert oder gefährdet wird⁵²⁷.

d) Im Einzugsbereich von Strassenverzweigungen darf nach Art. 35 Abs. 4 SVG nur überholt werden, wenn die Situation übersichtlich ist und das Vortrittsrecht anderer nicht beeinträchtigt wird. Kann der Überholende die einmündenden Strassen nicht überblicken, darf er nicht überholen. Eine Ausnahme besteht gemäss Art. 11 Abs. 4 VRV⁵²⁸ dort, wo er sich entweder auf einer Strasse mit Vortrittsrecht befindet oder der Verkehr durch Polizei oder Lichtsignale geregelt wird⁵²⁹.

e) Der Überholende darf den Verkehrsvorgang nicht durchführen, wenn der zu Überholende die Absicht anzeigt, nach links abzubiegen, oder wenn dieser vor einem Fussgängerstreifen anhält, um Fussgängern das Überqueren der Strasse zu ermöglichen⁵³⁰. Dem Überholenden darf dieses Überholverbot aber nur entgegengehalten werden, wenn beweismässig erstellt ist, dass der Linksabbieger seinen Pflichten ganz oder jedenfalls so nachgekommen ist, dass die Absicht für den Nachfolgenden tatsächlich ersichtlich war. Die Zeichengebung und das Einspuren müssen rechtzeitig erfolgen. Der Überholende muss Zeit zum Reagieren gehabt haben, was nicht mehr der Fall ist, wenn das Abbiegemanöver bereits zweieinhalb Sekunden nach der Zeichengebung eingeleitet wird⁵³¹.

f) Nach dem Vertrauensgrundsatz darf auf ordnungsgemässes Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer vertrauen, wer sich selbst verkehrsgemäss verhält⁵³². Der Vertrauensgrundsatz greift nicht, wenn Anzeichen für unrichtiges Verhalten eines Strassenbenützers vorliegen. Solche sind zu bejahen, wenn aufgrund des bisherigen Verhaltens damit gerechnet werden muss, ein Verkehrsteilnehmer werde sich in verkehrsgefährdender Weise regelwidrig verhalten. Auch aus der Unklarheit oder Ungewissheit einer bestimmten Verkehrslage können Anzeichen für unrichtiges Verhalten abgeleitet werden, wenn nach allgemeiner Erfahrung die Möglichkeit fremden Fehlverhaltens unmittelbar in die Nähe rückt. In solchen Situationen liegen zwar keine konkreten Anzeichen für

⁵²⁷ BGE 129 IV 158; vgl. Art. 35 Abs. 2 und 3 SVG

⁵²⁸ Verkehrsregelnverordnung, SR 741.11

⁵²⁹ Maeder, Basler Kommentar, Basel 2014, Art. 35 SVG N. 71

⁵³⁰ Art. 35 Abs. 5 SVG

⁵³¹ Weissenberger, Art. 35 SVG N. 41; vgl. Maeder, Art. 35 SVG N. 76 (Erfordernis der klaren und rechtzeitigen Erkennbarkeit des Abbiegens)

⁵³² BGE 129 IV 285

unrichtiges Verhalten vor, doch ist angesichts ihrer besonderen Gefahrenträchtigkeit risikoarmes Verhalten gefordert⁵³³. Der Vertrauensgrundsatz gilt auch für Überholmanöver⁵³⁴.

g) Gemäss Art. 100 Ziff. 4 SVG ist der Führer eines Feuerwehr-, Sanitäts- oder Polizeifahrzeugs auf einer dringlichen Dienstfahrt wegen Missachtung der Verkehrsregeln und der besonderen Anordnungen für den Verkehr nicht strafbar, sofern er die erforderlichen Warnsignale gibt und alle Sorgfalt walten lässt, die nach den Verhältnissen erforderlich ist. Diese Bestimmung ist ein besonderer Rechtfertigungsgrund, der neben die anderen Rechtfertigungsgründe des StGB tritt⁵³⁵. Erste Voraussetzung ist eine tatbestandsmässige Verkehrsregelverletzung⁵³⁶. Weiter muss eine dringliche Dienstbarkeitsfahrt vorliegen, die es rechtfertigt, den besonderen Rechtfertigungsgrund anzuwenden⁵³⁷. Auch wenn es Art. 100 Ziff. 4 SVG nicht ausdrücklich erwähnt, muss das regelwidrige Verhalten zusätzlich verhältnismässig sein. Für unverhältnismässiges Verhalten gibt es keine Rechtfertigung. Schliesslich ist fallbezogen zu prüfen, ob die gebotene Sorgfalt eingehalten wurde⁵³⁸. Zur Konkretisierung dieses Sorgfaltsmassstabs kann auf Merkblätter des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation⁵³⁹ zur Verwendung von Blaulicht und Wechselklanghorn und auf einschlägige Dienstbefehle zurückgegriffen werden⁵⁴⁰.

3. Der Sachverhalt ist nur in Einzelpunkten umstritten. Aufgrund der beschränkten Kognition im Berufungsverfahren bei Übertretungen ist im Grundsatz von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz auszugehen. Der Berufungskläger hatte das Fahrzeug nach den vorinstanzlichen Feststellungen auf ca. 84,7 km/h beschleunigt, als es zur Kollision kam. Gemäss dem Datenmaterial im Anhang zum unfallanalytischen Gutachten wurde eine Maximalgeschwindigkeit von 85,8 km/h gemessen. Die signalisierte Höchstgeschwindigkeit betrug 70 km/h. Somit überschritt der Berufungskläger die zulässige Höchstgeschwindigkeit. Grund dafür war eine Meldung über einen Arbeitsunfall mit schwerverletzten Personen. Die Vorinstanz nahm an, dieser Funkspruch habe eine Dringlichkeitsfahrt nach Art. 100 Ziff. 4 SVG gerechtfertigt. Ihre diesbezügliche Beurteilung ist nicht zu beanstanden: Nach Dienstvorschrift 1.2.3.2 der Kantonspolizei Thurgau ist eine Dienstfahrt insbesondere dringlich, wenn Menschen an Leib und Leben bedroht sind und der Einsatzort rasch erreicht werden muss. Das Merkblatt zur Verwendung von Blaulicht und Wechselklanghorn des UVEK umschreibt die Voraussetzungen für eine Dringlichkeitsfahrt ähnlich. Vorliegend waren gemäss dem Funkspruch Menschen an Leib und Leben bedroht. Auch die weiteren Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrunds nach Art. 100 Ziff. 4 SVG waren in Bezug auf die Geschwindigkeitsübertretung erfüllt:

⁵³³ BGE 125 IV 87 f.

⁵³⁴ Maeder, Art. 35 SVG N. 55

⁵³⁵ Keshelava/Dangubic, Basler Kommentar, Basel 2014, Art. 100 SVG N. 38; Dähler/Ruhe, in: Handbuch Strassenverkehrsrecht (Hrsg.: Dähler/Schaffhauser), Basel 2018, § 3 N. 26 f.

⁵³⁶ Keshelava/Dangubic, Art. 100 SVG N. 40

⁵³⁷ Weissenberger, Art. 100 SVG N. 25

⁵³⁸ Keshelava/Dangubic, Art. 100 SVG N. 55 ff.; Weissenberger, Art. 100 SVG N. 25

⁵³⁹ UVEK

⁵⁴⁰ BGE vom 25. September 2014, 6B_1006/2013, Erw. 3.4

Die Übertretung der signalisierten Geschwindigkeit um rund 15 km/h war verhältnismässig; die Verkehrssituation war übersichtlich und liess die Geschwindigkeitsübertretung zu. Demnach ist der Berufungskläger nicht strafbar für den Verstoss gegen die Höchstgeschwindigkeit.

4. a) Zu beurteilen ist im Weiteren, ob sich der Berufungskläger durch das Überholmanöver bei der Verzweigung X strafbar gemacht hat.

b) Die Hauptstrasse, auf der das Überholmanöver stattfand, verläuft im relevanten Bereich auf mehreren 100 m gerade, ist richtungsgetreut und voll ausgebaut bei einer Breite von ca. 8,8 m. Die Vorinstanz wirft dem Berufungskläger vor, sich angesichts einer unklaren Verkehrssituation fälschlicherweise für das Überholmanöver entschieden zu haben. Sie stützt diesen Vorwurf unter anderem auf die örtlichen Verhältnisse. Die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz sind allerdings in einzelnen Punkten zu korrigieren. Wie der Berufungskläger zu Recht vorbringt, ist die Annahme, ein bei der Ausfahrt X stehendes Fahrzeug habe kein freies Sichtfeld auf die Hauptstrasse, aktenwidrig. Das sich bei der Verzweigung befindliche Gebäude ist von der Hauptstrasse rückversetzt um einen Grünstreifen und einen Gehweg. Ein Fahrzeug, das an der Kreuzung anhält, hat freie Sicht nach links und nach rechts. Zutreffend ist zudem der Hinweis des Berufungsklägers, diese Ausfahrt sei nicht vortrittsberechtigt. Dasselbe gilt für den Autobahnzubringer, der rund 126 m weiter in Fahrtrichtung auf die Hauptstrasse führt.

c) Die Vorinstanz erwägt an sich nachvollziehbar, die Einmündung X und der später folgende Autobahnzubringer seien potenzielle Gefahrenquellen. Unter den Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 2 und 4 SVG darf indessen auch im Einzugsbereich von Kreuzungen überholt werden. Die Fahrbahn ist mit einer Breite von 8,8 m geeignet für ein Überholen⁵⁴¹. Sie war im Zeitpunkt des strittigen Manövers trocken, frei und übersichtlich. Der Raum für das Überholmanöver betrug mehrere 100 m. Gemäss den Aussagen des Beifahrers des Berufungsklägers, auf die sich die Vorinstanz stützte, hatte das andere, linksabbiegende Fahrzeug einen Abstand von ca. 200 bis 300 m zum Polizeifahrzeug, als dessen Abbremsen erkennbar wurde. Vom Kollisionspunkt aus bis zur Einmündung der Autobahn waren es weitere 126 m. Für das Überholen bestand demnach genügend Raum. Somit waren die anlagetechnischen Voraussetzungen für das strittige Manöver gegeben.

d) Der Berufungskläger durfte sich darauf verlassen, dass Personen, die in die Hauptstrasse einmünden, seinen Vortritt respektieren⁵⁴². Diesen Vortritt hatte der Berufungskläger unabhängig von Blaulicht und Wechselhorn. Selbst wenn die Einmündungen nicht einsehbar gewesen sein sollten, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, hätte der Berufungskläger nach Art. 11 Abs. 4 VRV als vortrittsberechtigter Verkehrsteilnehmer überholen dürfen. Ein Überholverbot nach Art. 35 Abs. 4 SVG (Überholen vor/auf Kreuzungen) bestand somit nicht.

⁵⁴¹ Vgl. Weissenberger, Art. 35 SVG N. 18

⁵⁴² Der Vertrauensgrundsatz gilt auch für Überholmanöver.

e) Fraglich ist, ob die überhöhte Geschwindigkeit des Polizeifahrzeugs zu einer anderen Beurteilung führt. Eine regelkonform durchgeführte Dringlichkeitsfahrt schliesst die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz jedenfalls nicht aus, wenn die Geschwindigkeit des Polizeifahrzeugs den gesamten Umständen angepasst war⁵⁴³. Ein den Umständen nicht mehr angepasstes Tempo verringert die Reaktionszeit der anderen Verkehrsteilnehmer übermässig, weshalb von einer unsicheren Situation im Sinn der Rechtsprechung zum Vertrauensgrundsatz auszugehen wäre. Im zu beurteilenden Fall fuhr der Berufungskläger während der Dringlichkeitsfahrt maximal 15 km/h zu schnell. Unter Berücksichtigung der gesamten (übersichtlichen) Verkehrssituation kann nicht gesagt werden, das Tempo sei den Umständen nicht angepasst gewesen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch die Verpflichtung von Dritten, dem mit Wechselhorn und Blaulicht fahrenden Fahrzeug den Vortritt zu gewähren⁵⁴⁴. Dank Wechselhorn und Blaulicht sind Polizeifahrzeuge auf einer Dringlichkeitsfahrt leichter wahrzunehmen. Die Geschwindigkeitsübertretung ändert aus diesen Gründen nichts an der Geltung des Vertrauensgrundsatzes.

f) Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz befand sich das linksabbiegende Fahrzeug in der Mitte seiner (rechten) Fahrspur; das Fahrzeug hatte somit keine erkennbare Kurskorrektur vorgenommen. Weiter ging die Vorinstanz davon aus, der linksabbiegende Fahrer habe zunächst den Blinker nicht betätigt. Einzig die Geschwindigkeitsreduktion (auf ca. 10 bis 15 km/h) habe auf ein bevorstehendes Manöver hingedeutet. Allerdings war für den heranfahrenden Berufungskläger offenbar nicht erkennbar, weshalb das vor ihm fahrende Auto die Fahrt verlangsamte. Berücksichtigt man, dass der Berufungskläger Blaulicht und Wechselhorn aktiviert hatte, könnte das Abbremsen auch als Reaktion auf die Dringlichkeitsfahrt interpretiert werden. In dem Zeitpunkt, als der Berufungskläger zum Überholmanöver ansetzte, hatte er keine konkreten Hinweise auf eine Richtungsänderung des vor ihm fahrenden Fahrzeugs. Dies wäre die erste Voraussetzung dafür, dass dem Berufungskläger das Überholverbot nach Art. 35 Abs. 5 SVG entgegenhalten werden könnte. Die zweite Voraussetzung betrifft den Zeitfaktor: Wer links abbiegen will, muss dies frühzeitig signalisieren. Andernfalls macht sich der Überholende nicht strafbar. Den vorinstanzlichen Feststellungen folgend betätigte der linksabbiegende Fahrer den Blinker erst nach dem Zeitpunkt, in dem der Berufungskläger das Überholmanöver begonnen hatte. Für diesen verblieb demnach eine Strecke von ca. 37,5 m bis zum Kollisionspunkt (bei 84,7 km/h). Die verbleibende Reaktionszeit des Berufungsklägers lag offensichtlich unter dem Schwellenwert von zweieinhalb Sekunden. Demnach zeigte der linksabbiegende Fahrer nicht deutlich und rechtzeitig den Spurenwechsel an, weshalb kein Überholverbot nach Art. 35 Abs. 5 SVG bestand.

g) Da die Zeichensetzung des linksabbiegenden Fahrzeugs nicht deutlich und rechtzeitig stattfand, stellt sich weiter die Frage, ob der "Erfolg" vermeidbar gewesen wäre. Dem Berufungsklä-

⁵⁴³ Vgl. BGE vom 15. Januar 2009, 6B_892/2009, Erw. 3.2

⁵⁴⁴ Art. 16 Abs. 1 VRV

ger müsste somit für eine Verurteilung nachgewiesen werden, dass ein von ihm rechtzeitig eingeleitetes Bremsmanöver den Zusammenstoss hätte verhindern können. Das unfallanalytische Gutachten äussert sich zwar zur Vermeidbarkeit des Unfalls, dies jedoch unter der Prämisse einer Fahrt mit 70 km/h. Wäre das Polizeifahrzeug mit der signalisierten Höchstgeschwindigkeit unterwegs gewesen, wäre die Kollision räumlich und zeitlich vermeidbar gewesen. Da die Übertretung der Höchstgeschwindigkeit aber - auch nach Ansicht der Vorinstanz - durch die Dringlichkeitsfahrt gerechtfertigt war, kann dem Berufungskläger seine Geschwindigkeit nicht entgegengehalten werden. Im strafrechtlichen Sinn vermeidbar wäre die Kollision nur gewesen, wenn der Berufungskläger in dem Zeitpunkt, in dem er die Richtungsänderung des anderen Fahrzeugs erkennen konnte, mit der effektiv gefahrenen Geschwindigkeit den Unfall hätte vermeiden können. Gemäss den ausgewerteten Fahrdaten des Polizeifahrzeugs fuhr der Berufungskläger beim Reaktionspunkt (ca. 37,5 m vor der Unfallstelle) 84,7 km/h. Nach der Rechtsprechung wäre ihm eine Reaktionszeit von bis zu einer Sekunde zuzubilligen⁵⁴⁵. Eine Vermeidbarkeit der Kollision ist somit nicht erstellt.

h) Folglich ist festzuhalten, dass der Berufungskläger auf einer vortrittsberechtigten Hauptstrasse unterwegs war und er, trotz Geschwindigkeitsübertretung, davon ausgehen durfte, noch nicht in die Strasse eingemündete Verkehrsteilnehmer würden seinen Vortritt respektieren. Das einzige Fahrzeug auf der Hauptstrasse zeigte zunächst keine Richtungsänderung an. Für den Berufungskläger bestand weder ein anlagebedingtes Überholverbot (im Sinn von Art. 35 Abs. 4 SVG) noch ein sich aus dem Verhalten der anderen Verkehrsteilnehmer ergebendes Überholverbot (im Sinn von Art. 35 Abs. 5 SVG). Das Überholmanöver war folglich erlaubt. Für den Berufungskläger war der Erfolg zudem nicht vermeidbar. Er hat sich demnach nicht strafbar gemacht, als er das Überholmanöver begann. Bei dieser Ausgangslage ist daher nicht zu prüfen, ob in Bezug auf das Überholen der Rechtfertigungsgrund von Art. 100 Ziff. 4 SVG greift. Zudem kann dem Berufungskläger auch nicht vorgeworfen werden, er hätte rechts überholen müssen, nachdem sich das linksabbiegende Fahrzeug in der Mitte der eigenen Fahrspur befand. Die Berufung ist demnach begründet und der Berufungskläger ist vom Vorwurf der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln freizusprechen.

Obergericht, 1. Abteilung, 26. August 2021, SBR.2021.42

⁵⁴⁵ Das unfallanalytische Gutachten geht von einer Reaktionszeit von 0,8 Sekunden aus.

33. Geschwindigkeitsüberschreitung auf einem Autobahnabschnitt mit einer permanent signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h; Ausnahmefall zur Schwellenwertpraxis des Bundesgerichts (Art. 90 Abs. 1 und 2, 32 Abs. 2 SVG)

1. Der Berufungsbeklagte fuhr mit seinem Personenwagen auf der Autobahn bei einer signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h 31 km/h schneller als erlaubt. Das Bezirksgericht sprach den Berufungsbeklagten - entgegen der Anklage - nicht einer groben, sondern der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln gemäss Art. 90 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 SVG und Art. 4a Abs. 5 VRV⁵⁴⁶ schuldig. Gegen diesen Entscheid erhob die Staatsanwaltschaft Berufung.

2. a) Nach Art. 90 Abs. 1 SVG wird mit Busse bestraft, wer Verkehrsregeln dieses Gesetzes oder Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt. Nach Art. 90 Abs. 2 SVG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit anderer hervorruft oder in Kauf nimmt.

b) aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt der objektive Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG voraus, dass die Verkehrssicherheit ernsthaft gefährdet wurde. Dabei genügt eine erhöhte abstrakte Gefährdung. Wesentliches Kriterium für die Annahme einer erhöhten abstrakten Gefahr ist die Nähe der Verwirklichung. Die allgemeine Möglichkeit der Verwirklichung einer Gefahr genügt nur dann zur Erfüllung des Tatbestands von Art. 90 Abs. 2 SVG, wenn in Anbetracht der Umstände der Eintritt einer konkreten Gefährdung oder gar einer Verletzung nahe liegt⁵⁴⁷.

bb) Die geschaffene Gefahr muss stets im Einzelfall und abhängig von den konkreten Verhältnissen, zum Beispiel von Strassen-, Verkehrs- und Witterungsverhältnissen, beurteilt werden⁵⁴⁸. Eine ausschliesslich auf abstrakte Fallumstände abstellende Beurteilung wäre mit dem Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG, der eine ernstliche Gefahr im konkreten Einzelfall verlangt, nicht zu vereinbaren. Für die in der Praxis häufigen Fallgruppen von Geschwindigkeitsüberschreitungen führte die Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings Schwellenwerte ein, um eine rechtsgleiche Praxis zu gewährleisten⁵⁴⁹.

cc) Nach dieser Rechtsprechung ist ungeachtet der konkreten Umstände der Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung im Sinn von Art. 90 Abs. 2 SVG erfüllt, wenn die zulässige Höchstgeschwindigkeit um 25 km/h innerorts, 30 km/h ausserorts und 35 km/h auf einer Autobahn überschritten wird⁵⁵⁰. Bis Ende 2007 fanden sich die Schwellenwerte auch in Art. 38 Abs. 2 lit. a

⁵⁴⁶ Verkehrsregelnverordnung, SR 741.11

⁵⁴⁷ BGE 142 IV 96; BGE 131 IV 136

⁵⁴⁸ Fiolka, Basler Kommentar, Basel 2014, Art. 90 SVG N. 51; Jürg Boll, Grobe Verkehrsregelverletzung, Davos 1999, S. 31 (bezogen auf grobe Verkehrsregelverletzungen auf Autobahnen)

⁵⁴⁹ "Afin d'assurer l'égalité de traitement"; BGE vom 20. September 2018, 6B_672/2018, Erw. 1.1; BGE vom 3. April 2017, 6B_444/2016, Erw. 1.1

⁵⁵⁰ BGE 132 II 237 f.; BGE vom 26. Oktober 2017, 6B_774/2017, Erw. 5.1

aVZV⁵⁵¹, welcher jedoch mit der Änderung vom 28. März 2007 mit Wirkung per 1. Januar 2008 aufgehoben wurde⁵⁵². Die Praxis beruht auf der Überlegung, mit bestimmten Strassen seien typische Gefahren verbunden. Zunächst wendete das Bundesgericht die Schwellenwerte nur auf Strassen inner- und ausserorts an, später dehnte es sie auf Autobahnen aus und trug dabei der anlagebedingten Gefahr Rechnung. Eine weitere Unterteilung zwischen Autostrassen, auf denen die allgemeine Höchstgeschwindigkeit 100 km/h beträgt, und anderen Strassen ausserhalb von Ortschaften, auf denen die allgemeine Höchstgeschwindigkeit 80 km/h beträgt, nahm das Bundesgericht nicht vor⁵⁵³.

dd) Das Bemühen um eine rechtsgleiche Praxis auf der einen Seite und die Würdigung der konkreten Umstände auf der anderen Seite stehen in einem Spannungsverhältnis. In der Literatur wurde die Rechtsprechung des Bundesgerichts denn auch als schematisch kritisiert⁵⁵⁴. Die Problematik ist jedoch bereits im Gesetz selbst angelegt. Die von Art. 90 Abs. 2 SVG verlangte Gefährdung lässt sich begrifflich nicht verlässlich graduieren. Im Rechtsalltag muss daher zur Konkretisierung des Tatbestands auf eine Kasuistik zurückgegriffen werden. Daraus erklärt sich die Tendenz zur Regelbildung und Schematisierung, was zwar der Praktikabilität dient, aber nicht immer zu befriedigenden Lösungen führt⁵⁵⁵.

ee) Das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsgleichheit und Praktikabilität entschärft die bundesgerichtliche Praxis bis zu einem gewissen Punkt, indem sie den Anwendungsbereich der schematisierenden Rechtsprechung einschränkt. Diese kommt nicht zur Anwendung bei aussergewöhnlichen Umständen⁵⁵⁶. Beispielsweise erkannte das Bundesgericht auf eine einfache Verkehrsregelverletzung bei einem Autofahrer, der eine vorübergehende Geschwindigkeitsherabsetzung von 120 km/h auf 80 km/h bei einer Baustelle nicht realisierte⁵⁵⁷ sowie bei einem Automobilisten, der eine erst vor kurzem umgesetzte Temporeduktion im Rahmen eines Verkehrsberuhigungskonzepts ignorierte⁵⁵⁸. Hier wie da befasste sich das Bundesgericht auch mit den konkreten örtlichen Gegebenheiten und der geschaffenen Gefahr⁵⁵⁹. Die Unterscheidung zwischen grober und einfacher Verkehrsregelverletzung nahm das Bundesgericht indessen auf Ebene des subjektiven Tatbestands vor⁵⁶⁰.

⁵⁵¹ Verkehrszulassungsverordnung, SR 741.51

⁵⁵² AS 2007 S. 2185

⁵⁵³ BGE vom 25. August 2004, 6S.99/2004, Erw. 2.3

⁵⁵⁴ Fiolka, Art. 90 SVG N. 67

⁵⁵⁵ Fiolka, Art. 90 SVG N. 52 f.

⁵⁵⁶ "Circonstances exceptionnelles"; BGE 143 IV 512 f.

⁵⁵⁷ BGE vom 13. Juni 2008, 6B_109/2008, Erw. 3.2

⁵⁵⁸ BGE vom 23. Oktober 2009, 6B_622/2009, Erw. 3.5

⁵⁵⁹ Vgl. insbesondere BGE vom 23. Oktober 2009, 6B_622/2009, Erw. 3.5

⁵⁶⁰ BGE vom 20. September 2018, 6B_672/2018, Erw. 1.1; BGE vom 6. Oktober 2020, 6B_630/2020, Erw. 3.2

ff) In dem von beiden Parteien angerufenen Urteil vom 3. April 2017⁵⁶¹ entschied das Bundesgericht, eine vorübergehende Einschränkung der auf einer Autobahn geltenden Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h auf 80 km/h führe dazu, dass die Rechtsprechung für Geschwindigkeitsübertretungen ausserorts (und nicht für Geschwindigkeitsübertretungen auf Autobahnen) zur Anwendung gelange. Grund für die Temporeduktion war eine Baustelle. Das Bundesgericht führte aus, in gewissen Situationen⁵⁶² könne eine Baustelle mit Blick auf die potenzielle Gefahrensituation vergleichbar sein mit einer Ausserortsstrecke. Dann sei die Rechtsprechung für die grobe Verkehrsregelverletzung ausserorts anwendbar⁵⁶³. Dieser Entscheid gliedert sich durchaus in die dargestellten Praxislinien ein, denn auch er berücksichtigt die konkreten örtlichen Gegebenheiten. Nicht die Signalisation einer bestimmten Geschwindigkeit wirkt qualifizierend, sondern die im Einzelfall geschaffene Gefahr.

c) aa) Der subjektive Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG erfordert ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten, das heisst ein schweres Verschulden, bei fahrlässiger Begehung grobe Fahrlässigkeit⁵⁶⁴. Je schwerer die Verkehrsregelverletzung objektiv wiegt, desto eher wird Rücksichtslosigkeit subjektiv zu bejahen sein, sofern keine besonderen Gegenindizien vorliegen. Die Annahme von Rücksichtslosigkeit ist jedoch restriktiv zu handhaben. Es kann nicht unbesehen von einer objektiven auf eine subjektiv schwere Verkehrsregelverletzung geschlossen werden. Nicht jede Unaufmerksamkeit, die wegen der Schwere des Erfolgs objektiv als gravierende Verletzung der Vorsichtspflicht zu betrachten ist, wiegt subjektiv auch schwer⁵⁶⁵.

bb) Der subjektive Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG wirkt ausgleichend und korrigierend: In Fällen, in denen der objektive Tatbestand aufgrund der - aus Gründen der Rechtsgleichheit - eingeführten Grenzwerte erfüllt ist, dem Fahrzeuglenker aufgrund sämtlicher Umstände aber kein rücksichtsloses Verhalten vorgeworfen werden kann, liegt nur eine leichte Verkehrsregelverletzung vor⁵⁶⁶. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss in diesem Sinn die Annahme der subjektiven Rücksichtslosigkeit streng gehandhabt werden. Will man das Schuldprinzip auch im Strassenverkehrsstrafrecht ernst nehmen, darf nicht unbesehen von der objektiven auf die subjektive schwere Verkehrsregelverletzung gefolgert werden⁵⁶⁷.

⁵⁶¹ BGE vom 3. April 2017, 6B_444/2016

⁵⁶² "Dans certaines situations"

⁵⁶³ BGE vom 3. April 2017, 6B_444/2016, Erw. 1.3.1: "Dans certaines situations, un tronçon auto-routier régi par une limite de vitesse inférieur à 120 km/h, plus particulièrement en cas de limitation à 80 km/h, est comparable, eu égard au danger potentiel, à une route située en dehors d'une localité et non à une autoroute."

⁵⁶⁴ BGE 131 IV 136

⁵⁶⁵ BGE 142 IV 96

⁵⁶⁶ Vgl. Fiolka, Art. 90 SVG N. 96, der von einer "Umgehung" des Schematismus spricht.

⁵⁶⁷ BGE vom 13. Juni 2008, 6B_109/2008, Erw. 3.1; seither ständige Praxis: vgl. zum Beispiel BGE vom 20. November 2009, 6B_563/2009, Erw. 1.4.2; BGE vom 26. Oktober 2017, 6B_774/2017, Erw. 5.2; BGE vom 6. Oktober 2020, 6B_630/2020, Erw. 3.2

cc) In den bereits erwähnten "Ausnahmefällen" zur Schwellenwertpraxis verneinte das Bundesgericht in Anwendung der dargelegten, eher restriktiven Interpretation des subjektiven Tatbestands jeweils besondere Rücksichtslosigkeit⁵⁶⁸.

d) aa) Gegenstand des hier zu beurteilenden Sachverhalts ist unstrittig ein Autobahnabschnitt. Die Staatsanwaltschaft stellt sich in rechtlicher Hinsicht auf den Standpunkt, die von einer spezialisierten Behörde angeordnete Höchstgeschwindigkeit sei für das Strafgericht in gewisser Weise verbindlich. Einen direkten Rückschluss von der signalisierten Geschwindigkeit auf das (abstrakte) Gefahrenpotenzial sieht die Rechtsprechung jedoch nicht vor. Die verfügte Höchstgeschwindigkeit ist in rechtlicher Hinsicht Anknüpfungspunkt für die vom Bundesgericht entwickelten Abstufungen; in tatsächlicher Hinsicht gibt sie einen Hinweis auf die zu beurteilende anlagebedingte Gefahr. Ob diese Gefahr im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, hängt davon ab, ob besondere Umstände⁵⁶⁹ vorliegen⁵⁷⁰.

bb) Sind besondere Umstände zu beurteilen, kann die aus Gründen der Rechtsgleichheit eingeführte "Schematisierung" nicht zur Anwendung gelangen. Vielmehr drängt das Rechtsgleichheitsgebot - in Form des Differenzierungsgebots⁵⁷¹ - zur Einzelfallprüfung. In solchen Konstellationen, die gewissermassen aus dem Fallraster herausfallen, muss aus Gründen der Rechtsgleichheit differenziert werden. Im von beiden Parteien angerufenen Urteil vom 3. April 2017⁵⁷² befasste sich das Bundesgericht dementsprechend mit dem konkreten Gefahrenpotenzial des fraglichen Strassenabschnitts und wendete erst in einem zweiten Schritt die Rechtsprechung für einen Strassenabschnitt mit Höchstgeschwindigkeit von 80 km/h an⁵⁷³.

cc) Die Befürchtung der Staatsanwaltschaft, künftig müsse in jedem Einzelfall geprüft werden, ob eine abstrakte Gefahr geschaffen wurde, selbst wenn die Schwellenwerte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts erfüllt sind, ist unbegründet. Wie dargelegt, sind nur bei besonderen Umständen Überlegungen zur Gefahrensituation anzustellen. Im Übrigen verkennt der Einwand der Staatsanwaltschaft, dass eine Einzelfallprüfung spätestens auf Ebene des subjektiven Tatbestands erforderlich ist.

3. a) Die vorstehenden Grundsätze sind auf den konkreten Fall anzuwenden.

b) Der Berufungsbeklagte war am frühen Morgen im September, um ungefähr 05.57 Uhr, auf der Autobahn unterwegs. Ab dem Autobahnzubringer verläuft die Autobahn zunächst zweispurig. Eine erste Signaltafel senkt die Maximalgeschwindigkeit auf 100 km/h, später folgt eine weitere

⁵⁶⁸ BGE vom 13. Juni 2008, 6B_109/2008, Erw. 3.2; BGE vom 23. Oktober 2009, 6B_622/2009, Erw. 3.5; BGE vom 20. September 2018, 6B_672/2018, Erw. 1.1; BGE vom 6. Oktober 2020, 6B_630/2020, Erw. 3.2

⁵⁶⁹ "Circonstances exceptionnelles"

⁵⁷⁰ BGE 143 IV 512 f.

⁵⁷¹ BGE 129 I 6: "Das Differenzierungsgebot verlangt, dass Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird."

⁵⁷² BGE vom 3. April 2017, 6B_444/2016

⁵⁷³ BGE vom 3. April 2017, 6B_444/2016, Erw. 1.3.1

Senkung auf 80 km/h im Einzugsbereich der Autobahnausfahrt. Die linke Spur wird danach in die rechte Spur überführt, und die vereinigte Spur vollzieht eine Linkskurve. Unmittelbar nach der Linkskurve führt eine Autobahnzufahrt auf die Autobahn. Nach einem kurzen gemeinsamen Sektor, der für das Einspuren vorgesehen ist, vollzieht die Fahrbahn eine leichte Rechtskurve, in deren Verlauf die Maximalgeschwindigkeit von 80 km/h mit dem Signal "Ende der Maximalgeschwindigkeit" aufgehoben wird, und mündet dann in die wiederum zweispurig geführte Autobahn. Die Autobahn wird rechterhand von einem Pannestreifen begleitet bis nach der leichten Linkskurve, wo Fahrzeuge einspuren können.

c) aa) Auf dem hier fraglichen Autobahnabschnitt ist die reguläre Geschwindigkeit (permanent) von 120 km/h auf 80 km/h reduziert. Deshalb liegen besondere Umstände im Sinn der Rechtsprechung vor, und es sind die Verhältnisse des Einzelfalls zu betrachten.

bb) aaa) Am fraglichen Tag war die Strasse trocken. Der Berufungsbeklagte sagte anlässlich der Hauptverhandlung aus, andere Verkehrsteilnehmer seien nicht unterwegs gewesen. Hinweise auf ein bestimmtes Verkehrsaufkommen ergeben sich (auch) nicht aus den Akten.

bbb) Die vom Berufungsbeklagten ausgelöste Radarfalle war vor dem Zusammenführen der beiden in Richtung A verlaufenden Spuren installiert. Die auf diesem Abschnitt geltende Geschwindigkeitslimitierung erklärt sich aus der (frühzeitig signalisierten) Verengung von zwei Spuren auf eine Spur⁵⁷⁴. Ungeachtet dessen zeigt dieser Strassenabschnitt typische Eigenschaften einer Autobahn (zweispurig mit Pannestreifen) auf und unterscheidet sich von einer Autostrasse. Nach der Begriffsbestimmung in Art. 1 Abs. 3 VRV weisen Autobahnen eine getrennte Fahrbahn für jede der beiden Richtungen auf und sind frei von höhengleichen Kreuzungen. Auf einer Autobahn wird der Gegenverkehr erstens auf einer separierten Spur geführt, wohingegen Autostrassen über richtungsgetrennte Spuren verfügen. Das Gefahrenpotenzial bei Autostrassen ist höher, weil sich entgegenkommende Fahrzeuge auf gleicher Höhe kreuzen. Zweitens kann die richtungsgetrennte Spur für Überholmanöver verwendet werden. Auf einer Autobahn steht mit der linken Spur eine eigens für Überholmanöver vorgesehene Fahrbahn zur Verfügung. Bei Autostrassen muss die Gegenfahrbahn verwendet werden. Die Qualifikation als Autobahn bringt drittens mit sich, dass auf dem zu beurteilenden Strassenabschnitt kein Mischverkehr stattfindet. Begegnungen zwischen Schnell- und Langsamverkehr sind ausgeschlossen. Viertens kann die Autobahn als Erschliessung eines Privatgrundstücks ausgeschlossen werden, was bei einer Kantonsstrasse nicht der Fall ist⁵⁷⁵. Diese vier Eigenschaften erfüllt der fragliche Abschnitt der Autobahn. Die Vorinstanz ging somit zutreffend davon aus, der Abschnitt sei nicht mit einer Strecke ausserorts zu vergleichen.

⁵⁷⁴ Gemäss Information des Bundesamts für Strassen (ASTRA)

⁵⁷⁵ Soll ein Grundstück von einer Kantonsstrasse her erschlossen werden, ist nach § 40 Abs. 1 des Gesetzes über Strassen und Wege (RB 725.1) vorgängig eine Genehmigung des Kantons einzuholen.

ccc) Die Besonderheit des zu beurteilenden Strassenverlaufs liegt in der Spurverengung kombiniert mit der Autobahneinfahrt. Der Zubringer ist mit einem "kein Vortritt"-Signal belegt; die sich bereits auf der Autobahn befindlichen Fahrzeuge sind demnach vortrittsberechtigt.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Administrativsachen nimmt an, im Einzugsbereich eines Autobahnzubringers sei von einer erhöhten Gefahr auszugehen, weil die Kurvenführung die Sicht nach vorne beeinträchtigt⁵⁷⁶. Diese primär auf die Sichtverhältnisse abstellende Praxis ist analog auf die vorliegende Situation anzuwenden. Die leichte Linkskurve der vom Berufungsbeklagten befahrenen Fahrbahn schränkt die Sicht kaum ein. Der Einmündungsbereich ist grosszügig ausgestaltet. Während einer längeren Strecke sind beide Spuren zunächst durch eine schraffierte Fläche getrennt. Auf der linken Seite der Spur ist ebenfalls eine schraffierte Fläche vorhanden. Zwar ist eine Gefahr durch zu schnell vorfahrende Fahrzeuge auf der Einspurstrecke nicht von der Hand zu weisen; es käme dann zu einer Situation, die vergleichbar ist mit einem Überholmanöver. Allerdings ist der Berufungsbeklagte auf der von ihm befahrenen Fahrspur vortrittsberechtigt, weshalb er nicht mit einer derartigen Situation zu rechnen hat. Ausserdem kann aufgrund der baulichen Anlage des Strassenabschnitts nicht von einer gesteigerten, mit einer Autostrasse vergleichbaren Gefahrenlage ausgegangen werden. Die grosszügige Anlage gibt Brems- und Ausweichmanövern Raum, was bereits die grundsätzliche Problematik eines zu schnellen Vorfahrens relativiert. Im Unterschied zu einer Autostrasse ist sodann nicht mit Gegenverkehr und Bremsmanövern wegen höhengleicher Kreuzungen zu rechnen. Somit bleibt es bei der Feststellung, der Strassenabschnitt der Autobahn weise im hier fraglichen Abschnitt die typische Gefahrenlage einer Autobahn auf.

cc) Demnach kommen die für Autobahnen geltenden Grenzwerte zur Anwendung; die vom Berufungsbeklagten begangene Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit um 31 km/h (nach Abzug der Sicherheitsmarge) stellt in objektiver Hinsicht eine einfache Verletzung der Verkehrsregeln im Sinn von Art. 90 Abs. 1 SVG dar. Die vorinstanzliche Beurteilung ist nicht zu beanstanden.

d) aa) Selbst wenn der objektive Tatbestand von Art. 90 Abs. 2 SVG bejaht würde, bliebe es bei einem Freispruch vom Vorwurf der groben Verkehrsregelverletzung, weil der subjektive Tatbestand fehlt. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Berufungsbeklagten ausdrücklich Unachtsamkeit vor. Eine vorsätzliche Begehung steht nicht zur Diskussion. Der subjektive Tatbestand in der Variante von Fahrlässigkeit setzt indessen - wie dargelegt - ein rücksichtsloses Verhalten voraus.

bb) Der Berufungsbeklagte sagte anlässlich der Hauptverhandlung aus, er fahre schon seit vielen Jahren Auto. Diese Strecke fahre er oft und er sei sich gewohnt, mit Tempomat zu fahren. Dieser sei sehr modern. Wäre etwas im Weg gewesen, hätte der Tempomat reagiert. An diesem Morgen habe er vergessen, den Tempomaten rauszunehmen. Es habe überhaupt keine

⁵⁷⁶ BGE 128 II 132

anderen Autos gehabt. Weil er den Tempomaten nicht "rausgenommen" habe, sei er bei der Radarfalle "reingelaufen".

cc) Unter Berücksichtigung der bereits dargelegten örtlichen Gegebenheiten kann dem Berufungsbeklagten kein rücksichtsloses Verhalten vorgeworfen werden. Dieser fuhr um ca. 05.57 Uhr zunächst korrekt auf einem Autobahnabschnitt. Er vergass in der Folge, den Tempomaten auszuschalten und behielt die Geschwindigkeit bei. Zwar hätte der Berufungsbeklagte aufgrund seiner Streckenkenntnis erkennen müssen, dass er zu schnell fuhr. Da er aber zu früher Stunde, allein, bei trockener Witterung und auf einer gut ausgebauten Autobahnstrecke unterwegs war, kann sein Verhalten nicht als rücksichtslos qualifiziert werden.

4. Im Ergebnis hat die Vorinstanz den Berufungsbeklagten zu Recht der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinn von Art. 90 Abs. 1 SVG schuldig gesprochen.

Obergericht, 1. Abteilung, 11. November 2020, SBR.2020.44

34. Filmen einer "Raserfahrt" als Gehilfenschaft zu einer qualifiziert groben Verletzung der Verkehrsregeln (Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG; Art. 25 StGB)

1. Die Staatsanwaltschaft erhob beim Bezirksgericht Anklage gegen den Berufungskläger und beantragte, diesen der Gehilfenschaft zur qualifiziert groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinn von Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG i.V.m. Art. 25 StGB schuldig zu sprechen. Sie warf ihm vor, den Haupttäter am Vormittag per WhatsApp-Nachricht vor einem Geschwindigkeitsradar auf der Autobahn gewarnt zu haben. Später am gleichen Tag habe der Haupttäter dem Berufungskläger geschrieben, ob er mit ihm zusammen auf eine Spritztour mit seinem Auto komme, womit dieser sich einverstanden erklärt habe. Während der Fahrt habe der Berufungskläger vom Rücksitz des vom Haupttäter gelenkten Fahrzeugs mit seinem Mobiltelefon ein Video aufgenommen, welches festhalte, wie das Fahrzeug in einem Tunnel bei erlaubten 60 km/h auf 150 km/h beschleunige. Am Abend habe der Berufungskläger das Video dieser Fahrt an den Haupttäter geschickt. Das Bezirksgericht sprach den Berufungskläger wie angeklagt schuldig, wogegen dieser Berufung erhob.

2. a) Nach Art. 90 Abs. 3 SVG wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren bestraft, wer durch grobe Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht, namentlich durch besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen. Dabei ist dieser Absatz in jedem Fall erfüllt, wenn die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten wird um: a) mindestens 40 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 30 km/h beträgt; b) mindestens 50 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 50 km/h beträgt; c) mindestens 60 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit höchstens 80 km/h beträgt, und d) mindestens 80 km/h, wo die Höchstgeschwindigkeit mehr als 80 km/h beträgt⁵⁷⁷. Nach den allgemeinen Regeln⁵⁷⁸ muss nicht ein direkter Vorsatz nachgewiesen werden, sondern es genügt Eventualvorsatz⁵⁷⁹.

b) Wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, wird nach Art. 25 StGB milder bestraft. Die blossе Förderung der Tat genügt. Die Unterstützung muss jedoch tatsächlich zur Straftat beitragen, ihre praktischen Erfolgchancen erhöhen und sich in diesem Sinn als kausal erweisen⁵⁸⁰. Die Förderung der Haupttat kann durch physische Gehilfenschaft beziehungsweise technisch-materielle Unterstützung erfolgen. Möglich ist auch eine rein intellektuelle Beihilfe, wobei der Gehilfe bloss tatfördernde Ratschläge oder Anleitungen gibt. Bei der psychischen Gehilfenschaft wirkt der Gehilfe in affektiv-emotionaler Hinsicht auf den Täter ein: Er bestärkt diesen seelisch in seinem Tatentschluss und erleichtert diesem damit die Durchführung der Straftat. Er bestärkt den Täter in dessen Tatentschluss (etwa durch aktive, motivierende Zustimmung, bestärkendes Lob,

⁵⁷⁷ Art. 90 Abs. 4 lit. a-d SVG

⁵⁷⁸ Art. 12 Abs. 2 StGB

⁵⁷⁹ Fiolka, Basler Kommentar, Basel 2014, Art. 90 SVG N. 147

⁵⁸⁰ Forster, Basler Kommentar, 4.A., Art. 25 StGB N. 8

Anfeuern etc.). Blosser innere Billigung der Straftat, welche diese nicht kausal fördert, ist keine psychische Gehilfenschaft⁵⁸¹. Art. 25 StGB erfordert subjektiv, dass der Gehilfe weiss oder damit rechnet, eine bestimmte geartete Straftat zu unterstützen, und dass er dies will oder in Kauf nimmt⁵⁸².

3. a) Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Geschwindigkeitsüberschreitung des Haupttäters ausgewiesen ist. Der Videosequenz ist eindeutig zu entnehmen, dass es sich um den Tunnel handelt. Dort gilt unbestrittenermassen ein Tempolimit von 60 km/h. Die Polizei ermittelte die gefahrene Geschwindigkeit nachvollziehbar, indem sie die gefilmte Tacho-Anzeige mit derjenigen eines Modells der gleichen Baureihe des Fahrzeugs verglich. Es ist von ca. 150 km/h auszugehen. Der massive Beschleunigungsvorgang ist überdies im Video sichtbar. Andere Verkehrsteilnehmer fuhren deutlich langsamer. Bereits durch diese Beweismittel ist der Sachverhalt erstellt. Die Kritik des Berufungsklägers an den Ermittlungsergebnissen der Polizei vermag keine relevanten Zweifel zu begründen. Soweit der Berufungskläger im Berufungsverfahren vorbrachte, die Tacho-Anzeige lasse nicht unmittelbar auf die gefahrene Geschwindigkeit rückschliessen, ist sein Einwand ebenfalls unbehelflich. Die maximal zulässige Abweichung zwischen Anzeige und effektiv gefahrener Geschwindigkeit regelt Art. 55 Abs. 2 lit. c VTS⁵⁸³. Gemäss der Berechnung der Staatsanwaltschaft, welche der Berufungskläger nicht substantiiert in Zweifel zog, wäre in Anwendung der Formel in Art. 55 Abs. 2 lit. c VTS noch immer von einer Mindestgeschwindigkeit von 130 km/h auszugehen. Nimmt man - zugunsten des Berufungsklägers - diesen tieferen Wert an, bleibt es bei einer massiven Geschwindigkeitsüberschreitung im Sinn von Art. 90 Abs. 3 und 4 lit. c SVG⁵⁸⁴. Eine qualifizierte Verkehrsregelverletzung ist somit ohne jegliche Zweifel ausgewiesen, auf ein diesbezügliches Gutachten kann verzichtet werden.

b) Der weitere von der Staatsanwaltschaft dargelegte Sachverhalt ergibt sich aus einer lückenlosen Kette von massgeblichen und schlüssigen Indizien:

Am Vormittag warnte der Berufungskläger den Haupttäter vor einem Radar. Dieser antwortete drei Minuten später. In der Folge teilte dieser zudem mit, das Fahrzeug "auf die Piste zu bringen" und forderte den Berufungskläger auf, mitzukommen. Dieser fragte kurz darauf, wo er sei. Damit ist erstellt, dass sich der Haupttäter und der Berufungskläger zu einer Fahrt mit dem Fahrzeug verabredet hatten.

Der Berufungskläger gab sodann in der Einvernahme zu, die Fahrt im Tunnel gefilmt zu haben. Die aufgenommene Videosequenz zeigt, wie der Haupttäter in den Tunnel einfuhr, das Fahrzeug auf der rechten Spur auf mindestens 130 km/h beschleunigte und anschliessend abbremste. Das Video zeigt sonst nichts. Der Fokus des Filmers liegt während der gesamten Dauer des Videos

⁵⁸¹ Forster, Art. 25 StGB N. 21 ff.

⁵⁸² BGE vom 21. Dezember 2018, 6B_60/2018, Erw. 2.2.2

⁵⁸³ Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge, SR 741.41

⁵⁸⁴ Eine solche wäre bereits bei einer gefahrenen Geschwindigkeit von 120 km/h gegeben; vgl. Weissenberger, Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, 2.A., Art. 90 SVG N. 133

auf dem Tacho. Und am Abend ist dieses Video das Einzige, was vom Berufungskläger gesandt und nach dessen Eingang vom Haupttäter an eine weitere Person weitergeleitet wurde. Die Kamera war bereit und hielt nur diese Fahrt fest. Gerade aber die Tatsache, dass der Berufungskläger einzig und allein die "Raserfahrt" gefilmt hat, widerlegt sämtliche Ausführungen, wonach er vom Geschwindigkeitsexzess nichts gewusst habe und diesen auch nicht habe erahnen können. Es gibt auch keinerlei einleuchtende Gründe, weshalb der Berufungskläger ansonsten Anlass gehabt hätte, ein solches Video im Inneren des Fahrzeugs zu erstellen. Die Umstände lassen nur den Schluss zu, dass der Berufungskläger bewusst und gewollt die massive Geschwindigkeitsüberschreitung auf Video festhielt. Dass er nichts davon gewusst haben will, dass der Haupttäter gerne zu schnell mit seinem Auto unterwegs ist, ist zudem in keiner Weise glaubwürdig, was auch die früher am Tag erfolgte Warnung vor dem Radar belegt. Selbst wenn der Haupttäter nicht der Lenker gewesen sein sollte - was der Berufungskläger auch noch anlässlich der Berufungsverhandlung bestritt - so belegt bereits die einzige und kurze Videosequenz ohne Zweifel, dass eine sogenannte "Raserfahrt" gefilmt werden sollte, was für eine Gehilfenschaft zu einer groben Verkehrsregelverletzung bereits ausreicht.

Das Video wurde gleichentags an den Haupttäter und danach von diesem an weitere Personen verschickt. Die "Raserfahrt" sollte also dokumentiert werden, und das Video dürfte sogar der Anlass gewesen sein, diese überhaupt vorzunehmen.

c) Indem der Berufungskläger die "Raserfahrt" filmte, ermunterte er den Haupttäter, das Vorhaben "durchzuziehen" und nicht abzubrechen. Wäre er nicht mit der Fahrt einverstanden gewesen, hätte kein Anlass bestanden, so lange zu filmen, wie diese andauerte. Zudem lässt sich dem Video nicht entnehmen, dass der Berufungskläger interveniert und den Fahrer aufgefordert hätte, die "Raserfahrt" abzubrechen. Mit seinem gesamten Verhalten unterstützte und förderte der Berufungskläger somit den Haupttäter im Begehen der Tat, wobei er aufgrund des vorgängigen WhatsApp-Chats davon ausgehen musste, dass es zu einer massiven Geschwindigkeitsüberschreitung kommen wird. Er ist somit als Gehilfe zur qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung zu verurteilen⁵⁸⁵.

Obergericht, 1. Abteilung, 4. Oktober 2021, SBR.2021.37

Das Bundesgericht schrieb das Verfahren am 5. Januar 2022 infolge Rückzugs der dagegen erhobenen Beschwerde ab (6B_1411/2021).

⁵⁸⁵ Vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Oktober 2012, SB120206-O/U

II. Internationales Recht

35. Übertragung einer Kindesschutzmassnahme ins Ausland (Art. 5, 14, 15 Abs. 3, 23 Abs. 1, 24, 32 lit. b HKsÜ; Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB)

1. a) A ist die gemeinsame Tochter vom Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin. Die beiden waren nicht miteinander verheiratet, üben aber das gemeinsame Sorgerecht über A aus. Seit Juni 2016 lebt A bei der Beschwerdegegnerin in Deutschland. Nach verschiedenen gerichtlichen Auseinandersetzungen in der Schweiz und in Deutschland zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin ab dem Jahr 2015, stellte die Einzelrichterin des Bezirksgerichts A mit Entscheid vom 4. April 2019 unter die Obhut der Beschwerdegegnerin und traf eine umfassende Besuchsrechtsregelung. Die bestehende Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB erweiterte sie um die allgemeinen Befugnisse nach Art. 308 Abs. 1 ZGB; ferner stellte die Einzelrichterin klar, dass diese Massnahme auch in Deutschland weitergeführt werden solle. Mit dem Vollzug wurde die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Vorinstanz) beauftragt.

b) Im August 2020 erstattete die Vorinstanz eine Behördenmitteilung betreffend Kindesschutzmassnahme an das deutsche Amt für Kinder, Jugend und Familie in E. Gestützt auf Art. 32 lit. b HKsÜ⁵⁸⁶ ersuchte sie um Weiterführung der Kindesschutzmassnahme durch die Behörde in Deutschland. Nach mehrfachen Rückfragen teilte das Amt für Kinder, Jugend und Familie der Vorinstanz Ende 2020 mit, dass es in Deutschland keine amtliche Funktion gebe, um den Umgang (gemeint das Besuchsrecht) durchzusetzen; der Berufungskläger habe die Möglichkeit, über das Amtsgericht einen Umgangspfleger zu beantragen. Im März 2021 ersuchte die Vorinstanz das Amt für Kinder, Jugend und Familie um Zustellung des Entscheids über eine Weiterführung, Abänderung oder Aufhebung der Kindesschutzmassnahme und wies ausdrücklich darauf hin, dass gemäss Behörde und Beiständin eine Kindeswohlgefährdung vorliege. Eine entsprechende Mitteilung oder Zustellung eines Entscheids durch das Amt für Kinder, Jugend und Familie ist den Akten nicht zu entnehmen.

c) Mit Entscheid vom 18. August 2021 beschloss die Vorinstanz - mit Verweis auf das Schreiben des Amts für Kinder, Jugend und Familie - die Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB aufzuheben. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde und beantragte, die Beistandschaft sei bis zum Vorliegen einer angemessenen Ersatzlösung in Deutschland beizubehalten.

⁵⁸⁶ Haager Kindesschutzübereinkommen, SR 0.211.231.011

2. a) Vorliegend geht es um die Frage, ob die Vorinstanz die in der Schweiz bestehende Beistandschaft nach abschlägiger Antwort des deutschen Amts für Kinder, Jugend und Familie betreffend Übernahme der Kindesschutzmassnahme aufheben durfte.

b) Angesichts der geschilderten tatsächlichen Gegebenheiten liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Art. 85 Abs. 1 IPRG⁵⁸⁷ entsprechend gilt das HKsÜ. Dessen Ziel ist es unter anderem, die Anerkennung und Vollstreckung der Schutzmassnahmen in allen Vertragsstaaten sicherzustellen und die zur Verwirklichung der Ziele dieses Übereinkommens notwendige Zusammenarbeit zwischen den Behörden der Vertragsstaaten einzurichten⁵⁸⁸. Dieses Übereinkommen ist für die Schweiz am 1. Juli 2009⁵⁸⁹, für Deutschland am 1. Januar 2011 in Kraft getreten⁵⁹⁰. Das HKsÜ ist anwendbar auf Kinder von ihrer Geburt bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs⁵⁹¹. Massnahmen zum Schutz des Kindes können unter anderem das Recht auf persönlichen Verkehr, einschliesslich das Recht, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als den seines gewöhnlichen Aufenthalts zu bringen, oder die Errichtung einer Beistandschaft umfassen⁵⁹².

c) Art. 5 Abs. 1 HKsÜ erklärt grundsätzlich die Behörden - seien es Gerichte oder Verwaltungsbehörden - am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes für zuständig, Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes zu treffen. Sodann sieht Art. 5 Abs. 2 HKsÜ vor, dass bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen anderen Vertragsstaat die dortigen Behörden zuständig werden. Mithin besteht im Grundsatz kein Fortbestehen des einmal begründeten Gerichtsstands⁵⁹³. Es geht darum, innerhalb des Haager Rechtsraums die materielle Entscheidkompetenz einem Gericht mit örtlicher Nähe zum aktuellen Aufenthaltsort des Kindes und damit demjenigen Gericht zuzuweisen, welches in der Regel über mehr Sachnähe verfügt. Dieser Grundsatz ergibt sich indirekt auch aus Art. 8 HKsÜ. Ausnahmen bestehen primär laut Art. 10 HKsÜ im Zusammenhang mit der Scheidungszuständigkeit⁵⁹⁴. Ein Aufenthaltswechsel des Kindes hat somit zur Folge, dass die Zuständigkeit der Behörden des bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts - abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen - endet. Sind Kindesschutzmassnahmen beantragt worden und verlegt danach das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Vertragsstaat, so sind die Behörden am neuen gewöhnlichen Aufenthalt nach Art. 13 Abs. 1 HKsÜ erst dann zuständig, wenn die Behörden am alten gewöhnlichen Aufenthalt die beantragten Massnahmen geprüft haben.

⁵⁸⁷ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, SR 291

⁵⁸⁸ Art. 1 Abs. 1 lit. d und e HKsÜ

⁵⁸⁹ Art. 16 BG-KKE (Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, SR 211.222.32)

⁵⁹⁰ Siehe Geltungsbereich im Anhang des HKsÜ

⁵⁹¹ Art. 2 HKsÜ

⁵⁹² Art. 3 lit. b und c HKsÜ

⁵⁹³ "Perpetuatio fori"; BGE 142 III 4; BGE vom 14. April 2021, 5A_933/2020, Erw. 1.1; Siehr/Markus, Zürcher Kommentar, 3.A., Art. 85 IPRG N. 65

⁵⁹⁴ BGE 143 III 196

d) Selbst wenn durch eine Änderung der Umstände die Grundlage der Zuständigkeit wegfällt, bleiben die nach den Art. 5 - 10 HKsÜ getroffenen Massnahmen innerhalb ihrer Reichweite so lange in Kraft, bis die nach diesem Übereinkommen zuständigen Behörden sie ändern, ersetzen oder aufheben⁵⁹⁵. Die Beibehaltung ist notwendig, um beim Schutz des Minderjährigen ein gewisses Mass an Beständigkeit zu gewährleisten. Wenn beispielsweise von den Behörden des ersten gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes ein Vormund bestellt worden ist, ist es unabdingbar, dass der Vormund weiterhin seine Tätigkeit ausüben kann, falls der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes später in einem anderen Staat liegen sollte. Nach Art. 5 Abs. 2 HKsÜ sind jetzt zwar die Behörden dieses neuen Staates zuständig, Schutzmassnahmen für das Kind zu treffen; solange sie jedoch nicht eingeschritten sind, müssen die vor der Änderung des Aufenthalts getroffenen Massnahmen in Kraft bleiben, um einen Bruch im Fortbestand des Schutzes zu vermeiden. Der in Art. 23 Abs. 1 HKsÜ niedergelegte Grundsatz, dass von den jeweiligen Behörden getroffene Massnahmen eines Vertragsstaats in allen Vertragsstaaten kraft Gesetzes anerkannt werden, dürfte zum Erreichen dieses Ziels nicht genügen. Denn das Problem besteht eben darin, zu erfahren, ob die Massnahmen nach Änderung der Umstände in Kraft bleiben. Art. 14 HKsÜ entsprechend ist dies der Fall, wobei jedoch die Durchführungsbedingungen der getroffenen Massnahmen nach Art. 15 Abs. 3 HKsÜ vom Recht des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts bestimmt werden⁵⁹⁶.

e) Die Anerkennung kraft Gesetzes bedeutet, dass sie erreicht wird, ohne dass es erforderlich wäre, auf irgendein Verfahren zurückzugreifen, jedenfalls solange derjenige, der sich auf die Massnahme beruft, keine Vollstreckung dieser Massnahme begehrt⁵⁹⁷. Erfordern die in einem Vertragsstaat getroffenen und dort vollstreckbaren Massnahmen in einem anderen Vertragsstaat Vollstreckungshandlungen, so werden sie in diesem anderen Staat auf Antrag jeder betroffenen Partei nach dem im Recht dieses Staates vorgesehenen Verfahren für vollstreckbar erklärt oder zur Vollstreckung registriert⁵⁹⁸. Dabei darf die getroffene Massnahme - vorbehältlich der erforderlichen Überprüfung zur Feststellung, ob sie für vollstreckbar erklärt werden oder zur Vollstreckung registriert werden kann - in der Sache nicht nachgeprüft werden⁵⁹⁹. Die in einem Vertragsstaat getroffenen und in einem anderen Vertragsstaat für vollstreckbar erklärten oder zur Vollstreckung registrierten Massnahmen werden dort vollstreckt, als seien sie von den Behörden dieses anderen Staates getroffen worden⁶⁰⁰. Es handelt sich gewissermassen um eine Einbürgerung der Massnahme in den Vertragsstaat, in dem sie zur Vollstreckung gelangt⁶⁰¹. Die Vollstreckung richtet sich nach dem Recht

⁵⁹⁵ Art. 14 HKsÜ

⁵⁹⁶ Vgl. Lagarde, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, Paris 1997, N. 81 (zu Art. 14 HKsÜ)

⁵⁹⁷ Lagarde, N. 119 (zu Art. 23 HKsÜ)

⁵⁹⁸ Art. 26 Abs. 1 HKsÜ

⁵⁹⁹ Vgl. Art. 27 HKsÜ

⁶⁰⁰ Art. 28 Satz 1 HKsÜ

⁶⁰¹ Lagarde, N. 134 (zu Art. 28 HKsÜ)

des ersuchten Staates unter Beachtung der darin vorgesehenen Grenzen, wobei das Wohl des Kindes zu berücksichtigen ist⁶⁰².

f) Möchte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine von ihr getroffene Schutzmassnahme an die Behörden des Vertragsstaates, in welchen das Kind umgezogen ist, "übertragen", stehen ihr zwei Möglichkeiten zur Verfügung: Sie kann ihren Antrag bei der zentralen Behörde des Kantons - im Kanton Thurgau das Departement für Justiz und Sicherheit⁶⁰³ - stellen, die ihn der zentralen Behörde des anderen Vertragsstaates - in Deutschland das Bundesamt für Justiz⁶⁰⁴ - weiterleitet. Sodann kann sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde direkt an die zentrale Behörde des anderen Staates oder dessen zuständige Behörde wenden. Im Antrag müssen alle relevanten Unterlagen sowie eine allfällige Übersetzung derselben in der Amtssprache des anderen Vertragsstaates beigefügt werden. Die ausländische Behörde wird hierauf entscheiden, ob die schweizerische Massnahme übernommen werden kann (allenfalls in abgeänderter Form), oder ob vielmehr eine neue Massnahme oder aufgrund der gegenwärtigen Lage und des ausländischen Rechts gar keine Massnahme erforderlich ist. Die schweizerische Massnahme bleibt bis zu diesem Zeitpunkt in Kraft⁶⁰⁵.

3. a) A steht seit dem 5. September 2019 rechtskräftig unter der Obhut der Beschwerdegegnerin und hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt spätestens seit diesem Zeitpunkt in Deutschland. Zuständig im Sinn von Art. 5 Abs. 1 HKsÜ ist somit nicht mehr die Vorinstanz, sondern die entsprechende Behörde am Aufenthaltsort von A in Deutschland. Die zu diesem Zeitpunkt bestehende Kindesschutzmassnahme - die Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB - besteht grundsätzlich weiter, bis die neue zuständige Behörde in Deutschland diese ändert, ersetzt oder aufhebt⁶⁰⁶.

b) Die Vorinstanz richtete ihr Ersuchen um Übernahme der bestehenden Beistandschaft direkt an das Amt für Kinder, Jugend und Familie und erhielt von diesem am 18. Februar 2021 eine abschlägige Antwort. Auf das Schreiben der Vorinstanz vom 19. März 2021, mit welchem um Zustellung des Entscheids über eine Weiterführung, Änderung oder Aufhebung der Massnahme ersucht wurde, reagierte das zuständige deutsche Amt - bis auf die Retournierung der Verfahrensakten - nicht. Die Begründung ihrer ablehnenden Haltung erscheint im Geltungsbereich des HKsÜ, dessen Ziel unter anderem die Sicherstellung der Anerkennung und Vollstreckung der Schutzmassnahmen in allen Vertragsstaaten ist, haltlos. Es liegt ein rechtskräftiger Entscheid zur Weiterführung

⁶⁰² Art. 28 Satz 2 HKsÜ; Lagarde, N. 135 (zu Art. 28 HKsÜ): Beispielsweise wenn die Behörde des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes ein Kind bei seiner Familie belassen hat, diese jedoch der Kontrolle durch die örtlichen Fürsorgebehörden unterstellt hat und wenn die Familie sich später in einem anderen Vertragsstaat niederlässt, wird die Vollstreckung der im ersten Staat getroffenen Massnahme im zweiten Staat nur möglich sein, wenn die Behörden des zweiten Staates nach ihrem Recht ermächtigt sind, die Überwachungsaufgabe, welche den Fürsorgebehörden des ersten Staates oblag, zu erfüllen. Ist dies nicht der Fall, wäre es Sache der Behörden des zweiten Staates, falls möglich nach Beratung mit den Behörden des ersten Staates, nach Art. 5 Abs. 2 HKsÜ die dort getroffene Massnahme anzupassen oder zu ändern.

⁶⁰³ § 11 Ziff. 3.6 EG ZGB (Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, RB 210.1)

⁶⁰⁴ § 3 Abs. 1 IntFamRVG (Deutsches Internationales Familienrechtsverfahrensgesetz)

⁶⁰⁵ Vgl. Bundesamt für Justiz, Fachbereich Internationales Privatrecht, Merkblatt "Die Rolle der Behörden im Rahmen des Haager Kindesschutzübereinkommens (HKsÜ)" vom 5. Juni 2020, S. 5

⁶⁰⁶ Vgl. Art. 14 HKsÜ

und Erweiterung der bestehenden Kindesschutzmassnahme in Form einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB vor. Die getroffene Kindesschutzmassnahme wird kraft Gesetzes in Deutschland anerkannt⁶⁰⁷; Verweigerungsgründe sind vorliegend nicht ersichtlich⁶⁰⁸. Im Übrigen hätte es an der zuständigen deutschen Behörde gelegen, die Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB in eine entsprechende Massnahme nach deutschem Recht zu transponieren und gegebenenfalls abzuändern⁶⁰⁹. Angesichts der Tatsache, dass sowohl die Beiständin als auch die Vorinstanz selbst die Weiterführung der Kindesschutzmassnahme klar für angezeigt hielten⁶¹⁰, hätte sich die Vorinstanz nicht mit dem Antwortschreiben des Amts für Kinder, Jugend und Familie vom 18. Februar 2021 begnügen dürfen. Insbesondere durfte sie das Schreiben - zumal dieses keine anfechtbare Verfügung darstellt - nicht als hinreichende Grundlage zur Aufhebung der Beistandschaft betrachten. Der angefochtene Entscheid ist deshalb aufzuheben.

c) Augenscheinlich stiess die Vorinstanz bei der Kontaktaufnahme mit dem direkt zuständigen Amt für Kinder, Jugend und Familie in Deutschland auf Schwierigkeiten. Bevor sich allerdings der Beschwerdeführer selbst an das zuständige Familiengericht wenden und einen Antrag auf Anerkennung der getroffenen Massnahme nach Art. 24 HKsÜ oder auf Vollstreckbarerklärung nach Art. 26 HKsÜ stellen müsste, hätte es an der Vorinstanz gelegen, ihre übrigen Möglichkeiten zur Kontaktaufnahme auszuschöpfen. Entsprechend hätte sie sich mit dem Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau in Verbindung setzen oder sich direkt an das deutsche Bundesamt für Justiz wenden können. Überdies hätte es ihr auch offen gestanden, eine Anfrage an die schweizerischen Mitglieder des internationalen Haager Richternetzwerks zu stellen⁶¹¹. Dies hat sie vorliegend nachzuholen, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Falls das deutsche Bundesamt für Justiz als zentrale Behörde den Antrag nicht annimmt oder es ablehnt, tätig zu werden, kann auch eine Entscheidung beim Oberlandesgericht beantragt werden⁶¹².

Obergericht, 1. Abteilung, 4. November 2021, KES.2021.40

⁶⁰⁷ Vgl. Art. 23 Abs. 1 HKsÜ

⁶⁰⁸ Vgl. Art. 23 Abs. 2 HKsÜ

⁶⁰⁹ Vgl. Schwander, Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, in: AJP 2014 S. 1372; vorliegend wäre wohl zumindest die Installation einer sogenannten "Umgangspflegschaft" nach § 1684 Abs. 3 BGB (Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch) zu prüfen gewesen.

⁶¹⁰ "Sowohl die Beiständin [...] als auch die Behörde sind klar der Meinung, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliegt."

⁶¹¹ Siehe Merkblatt zur direkten richterlichen Kommunikation über das Internationale Haager Richternetzwerk (www.bger.ch; Bundesgericht; Internationales Haager Richternetzwerk)

⁶¹² Vgl. § 8 Abs. 1 IntFamRVG

III. Kantonales Recht

36. Urteilt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Beschwerdeinstanz, richten sich die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach § 76 KESV und nicht nach § 65 KESV; eine Parteientschädigung ist der vertretenen Partei und nicht dem Rechtsvertreter auszubezahlen (Art. 106 ZPO).

1. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde schützte die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen seine ärztliche Unterbringung. Sie erhob keine Verfahrenskosten und sprach keine Parteientschädigung zu. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Obergericht. Er beantragte unter anderem, ihm sei für seine Anwaltskosten eine Prozessentschädigung auszurichten, auszahlbar an seinen Rechtsanwalt.

2. 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 beantworten⁶¹³.

b) aa) Die KESV⁶¹⁴ hält in § 65 Abs. 1 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".

bb) Im Beschwerdeverfahren richtet sich die Kostenverlegung über den Legalverweis in § 76 Abs. 1 KESV nach den Bestimmungen der ZPO. Es gilt - anders als im erstinstanzlichen Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde - das Prinzip von Obsiegen und Unterliegen.

cc) Die Bestimmungen der KESV über das Beschwerdeverfahren knüpfen an die Funktion einer Behörde an. Neben dem Obergericht können auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden "Beschwerdeinstanz" im Sinn von § 70 ff. KESV sein. Die Zuständigkeit des Obergerichts als Beschwerdeinstanz folgt aus § 11c Abs. 1 EG ZGB⁶¹⁵; jene der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde aus Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Es sind dies jene Fälle, in denen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Gericht im Sinn von Art. 6 EMRK amtiert⁶¹⁶.

⁶¹³ BGE 140 III 386 f.

⁶¹⁴ Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, RB 211.24

⁶¹⁵ Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, RB 210.1

⁶¹⁶ BGE 142 III 733 ff.

c) Die Vorinstanz hatte über eine Beschwerde gegen die ärztliche Unterbringung zu entscheiden und war dementsprechend Beschwerdeinstanz im Sinn von § 70 ff. KESV. Folglich hätte sie die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach § 76 KESV beurteilen müssen. Da der Beschwerdeführer obsiegt, ist ihm eine Parteientschädigung auszurichten.

d) Fraglich ist, ob die Entschädigung, wie vom Rechtsvertreter beantragt, diesem ausbezahlt ist. Die hier anwendbare KESV sieht eine Direktauszahlung an den Rechtsvertreter nicht vor, ebenso wenig die subsidiär anwendbare ZPO. Die ZPO TG kannte eine Direktauszahlung nur in Fällen der unentgeltlichen Rechtspflege⁶¹⁷. Grund dafür war das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Kanton und unentgeltlichem Rechtsbeistand⁶¹⁸. Die Regelung in der ZPO TG verdeutlicht, dass die Direktauszahlung an den Rechtsvertreter systemfremd ist, wenn die Vertretung ausschliesslich auf privatrechtlicher Basis erfolgt. In diesen Fällen beruht der Honoraranspruch des Rechtsvertreters auf dem Auftragsverhältnis zum Mandanten. Die Prozessentschädigung steht dementsprechend dem Mandanten zu; der Rechtsvertreter hat nur, aber immerhin, einen vertraglichen Anspruch gegenüber dem Mandanten. Die Direktauszahlung an den Rechtsanwalt würde sich indirekt auf die Vertragsbeziehung auswirken. Dafür wäre eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Ohne solche ist die Parteientschädigung der vertretenen Partei auszurichten.

Obergericht. 1. Abteilung, 27. Januar 2021, KES.2020.74

⁶¹⁷ § 82 Abs. 2 ZPO TG

⁶¹⁸ Vgl. Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 82 N 15.

37. Keine Anwendbarkeit der subsidiären Aufsichtsbeschwerde gemäss § 16 ZSRV gegen den Willensvollstrecker; Rechtsmittel gegen Beschwerdeabweisung (§ 33 ZSRV; Art. 518 Abs. 1, 595 Abs. 3 ZGB)

1. Der Berufungskläger ist einer von sieben Nachkommen, die alle gesetzliche und zugleich eingesetzte Erben ihrer verstorbenen Mutter sind. Der Berufungsbeklagte ist der im Testament bezeichnete Willensvollstrecker. Die Erben und der Willensvollstrecker unterzeichneten einen Erbteilungsvertrag. Der Berufungskläger erhob eine Aufsichtsbeschwerde beim Bezirksgericht gegen den Willensvollstrecker. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts wies die Aufsichtsbeschwerde ab, soweit er darauf eintrat. Dagegen erhob der Berufungskläger Berufung.

2. a) aa) Verfahrensgegenstand ist die Aufsichtsbeschwerde eines Erben gegen den Willensvollstrecker.

bb) Die Vorinstanz wandte in Füllung einer echten kantonalen Gesetzeslücke sinn- gemäss die Bestimmungen der ZPO für die freiwillige Gerichtsbarkeit, insbesondere das summarische Verfahren aufgrund von Art. 248 lit. e ZPO, als kantonales Verfahrensrecht an. In der Rechtsmittelbelehrung bezeichnete die Vorinstanz die Berufung als Rechtsmittel, ohne dies näher zu begründen.

cc) Der Rechtsmittelkläger wirft in der Berufungsschrift die Frage nach dem korrekten Rechtsmittel auf. Die Vorinstanz habe in der Rechtsmittelbelehrung die Berufung als Rechtsmittel angegeben. Die Anwendung von § 16 ZSRV sei mit der Begründung abgelehnt worden, dass diese Bestimmung auf den Willensvollstrecker keine Anwendung finde, eine Lücke vorliege und im Rahmen der richterlichen Lückenfüllung die Bestimmungen über die freiwillige Gerichtsbarkeit der ZPO anzuwenden seien. Damit werde eine Unterscheidung und Spaltung der Rechtsmittel für Willensvollstrecker, Erbenvertreter und Erbschaftsverwalter vollzogen. Für Erbenvertreter scheine im Kanton Thurgau nach RBOG 2013 Nr. 7 zum Beispiel die Beschwerde das korrekte Rechtsmittel zu sein. Für den Kanton Zürich, der über eine ähnliche Regelung wie der Kanton Thurgau verfüge⁶¹⁹, sei jedenfalls das Rechtsmittel der Beschwerde zu wählen⁶²⁰. Anders habe das Kantonsgericht St. Gallen entschieden⁶²¹. Ob die erstinstanzliche Rechtsmittelbelehrung zutrefte oder nicht, lasse sich - soweit ersichtlich - weder nach Konsultation der Rechtsgrundlagen noch nach Sichtung der Rechtsprechung und Doktrin mit Bestimmtheit sagen. Gestützt auf Art. 9 BV und im Vertrauen in die Richtigkeit der Rechtsmittelbelehrung werde die Rechtschrift deshalb als Berufung mit Rücksicht auf die einschlägigen Bestimmungen dieses Rechtsmittels⁶²² eingereicht.

⁶¹⁹ §§ 82 ff. GOG ZH (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, LS 211.1)

⁶²⁰ Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Dezember 2013, PF130013

⁶²¹ Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 11. April 2012, BS.2012.1

⁶²² Art. 308 ff. ZPO

b) aa) Gemäss Art. 518 Abs. 1 ZGB stehen die Willensvollstrecker, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, untersteht der Willensvollstrecker durch die Verweisung in Art. 518 Abs. 1 ZGB auf die Bestimmungen betreffend den amtlichen Erbschaftsverwalter einer Behördenaufsicht analog zu Art. 595 Abs. 3 ZGB. Gemäss dieser Bestimmung steht der Erbschaftsverwalter unter der Aufsicht der Behörde, und die Erben sind befugt, bei dieser gegen die von ihm beabsichtigten oder getroffenen Massregeln Beschwerde zu erheben. Diese Behördenaufsicht ist zwingendes Recht und kann trotz des Wortlauts von Art. 518 Abs. 1 ZGB durch den Erblasser in der Verfügung von Todes wegen nicht wegbedungen oder eingeschränkt werden⁶²³.

bb) Die Bestimmung der sachlich zuständigen Aufsichtsbehörde obliegt den Kantonen, wie auch der Entscheid, ob ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde zuständig sein soll⁶²⁴. Die Regelung des dabei massgeblichen Verfahrensrechts ist ebenfalls Sache des Kantons⁶²⁵. Wie das Bundesgericht in BGE 139 III 225 entschied, wird das Verfahren nicht dadurch zu einer "gerichtlichen Angelegenheit" im Sinn von Art. 1 lit. b ZPO, dass der Kanton eine gerichtliche Behörde als zuständig erklärt. Art. 1 lit. b ZPO gilt nur dort, wo das Bundesrecht selbst eine gerichtliche Behörde vorschreibt; in den übrigen Bereichen ist gestützt auf Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB das vom Kanton bezeichnete Recht als kantonales Verfahrensrecht anzuwenden⁶²⁶. Das Bundesgericht erwog weiter, das kantonale Recht könne eine eigene Regelung aufstellen oder auf eine bestimmte Verfahrensordnung verweisen, nebst Verwaltungsrechtspflegegesetzen insbesondere auf die ZPO, deren Normen diesfalls aber nicht Bundesrecht, sondern kantonales Recht darstellten⁶²⁷.

cc) Im Kanton Thurgau finden sich weder im EG ZGB⁶²⁸ noch im ZSRG⁶²⁹ noch in der ZSRV⁶³⁰ Bestimmungen, welche ausdrücklich die zuständige Behörde oder das anwendbare Verfahrensrecht für die Aufsichtsbeschwerde eines Erben gegen den Willensvollstrecker regeln. Anders als bei anderen kantonalen Rechtsordnungen⁶³¹ findet sich im thurgauischen Recht auch kein allgemeiner Verweis auf die ZPO oder auf andere Verfahrensbestimmungen. Das Obergericht entschied in RBOG 2013 Nr. 7 für die "in gleicher Weise" für den Erbschaftsverwalter, den Willensvollstrecker und den behördlich bestellten Erbenvertreter geltenden Aufsichtsbeschwerden nach Art. 595 Abs. 3 ZGB, gemäss § 33 ZSRV seien - wie in allen Fällen, in welchen die kantonale Gesetzgebung in Angelegenheiten des Zivilgesetzbuchs und des Obligationenrechts die zuständige

⁶²³ Karrer/Vogt/Leu, Basler Kommentar, 6.A., Art. 518 ZGB N. 97; Künzle, Berner Kommentar, Bern 2011, Art. 517-518 ZGB N. 515; Christ/Eichner, in: Erbrecht, Praxiskommentar (Hrsg.: Abt/Weibel), 4.A., Art. 518 ZGB N. 88; vgl. BGE vom 18. April 2016, 5B_136/2015, Erw. 5.1

⁶²⁴ Art. 595 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 54 Abs. 1 und 2 SchIT ZGB

⁶²⁵ Art. 595 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 54 Abs. 3 SchIT ZGB

⁶²⁶ BGE 139 III 229 f.

⁶²⁷ BGE 139 III 231

⁶²⁸ Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, RB 210.1

⁶²⁹ Gesetz über die Zivil- und Strafrechtspflege, RB 271.1

⁶³⁰ Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege, RB 271.11

⁶³¹ Beispielsweise Zürich: § 2 GOG, St. Gallen: Art. 11 EG-ZGB (sGS 911.1), Graubünden: Art. 2 Abs. 2 EGzZGB (BR 210.100), Bern: Art. 10 EG ZGB (BSG 211.1)

Behörde nicht bezeichne - die Einzelrichterin oder der Einzelrichter des Bezirksgerichts zuständig. Über das anwendbare Verfahrensrecht äusserte sich das Obergericht in jenem Entscheid nicht.

dd) Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die subsidiäre Aufsichtsbeschwerde gemäss § 16 ZSRV hier nicht anwendbar ist, denn diese steht nur "wegen der Verletzung von Amtspflichten durch richterliche Behörden und Beamte" zur Verfügung. Die Willensvollstreckung ist hingegen ein rein privatrechtliches Institut⁶³².

ee) Bei der Aufsichtsbeschwerde handelt es sich gemäss Lehre und Rechtsprechung um ein Verfahren der freiwilligen beziehungsweise nichtstreitigen Gerichtsbarkeit⁶³³. Dass die Vorinstanz sinngemäss die entsprechenden Verfahrensbestimmungen der ZPO als kantonales Recht anwandte, ist nicht zu beanstanden, nachdem die Aufsicht ein privatrechtliches Institut betrifft und sie in die Zuständigkeit der Einzelrichterin oder des Einzelrichters des Bezirksgerichts fällt. Sind aber die Bestimmungen der ZPO für das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss (als kantonales Verfahrensrecht) anwendbar, so ist sinnvoll, dass dies ebenso für das Rechtsmittelverfahren gilt, zumal das kantonale Recht in diesem Fall auch für das Rechtsmittel keine Regelung trifft.

c) aa) Gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO sind mit Berufung erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt⁶³⁴. Art. 309 ZPO sieht Ausnahmen von der Zulässigkeit der Berufung vor, welche für diesen Fall allerdings nicht einschlägig sind.

bb) Mit Beschwerde anfechtbar sind nach Art. 319 ZPO nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen⁶³⁵, andere erstinstanzliche Entscheide und prozessleitende Verfügungen in den vom Gesetz bestimmten Fällen, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht⁶³⁶ sowie Fälle von Rechtsverzögerung⁶³⁷.

cc) Die ZPO schreibt (mit wenigen, hier nicht anwendbaren Ausnahmen) für alle Arten von Verfahren nur eine einzige Rechtsmittelinstanz vor⁶³⁸. Grundsätzlich ist jeder erstinstanzliche Entscheid der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufungsfähig. Die Berufung ist nur ausgeschlossen, sofern das Gesetz dies ausdrücklich anordnet⁶³⁹. Es spielt keine Rolle, ob es sich

⁶³² Karrer/Vogt/Leu, Vor Art. 517-518 ZGB N. 6 mit Hinweis auf BGE 138 II 535, BGE 101 II 53, BGE 90 II 380 und weitere; Wolf/Genna, in: Schweizerisches Privatrecht, IV/1, Basel 2012, S. 334; Christ/Eichner, Art. 517 ZGB N. 5

⁶³³ BGE 98 II 265 f.; Künzle, Art. 517-518 ZGB N. 554; Karrer/Vogt/Leu, Art. 595 ZGB N. 33

⁶³⁴ Art. 308 Abs. 2 ZPO

⁶³⁵ Lit. a

⁶³⁶ Lit. b

⁶³⁷ Lit. c

⁶³⁸ Sterchi, Berner Kommentar, Bern 2012, Vorbemerkungen zu Art. 308 ZPO N. 5 und Art. 308 ZPO N. 9

⁶³⁹ Sterchi, Art. 308 ZPO N. 5

um ein Sachurteil oder ein Prozessurteil handelt, und ob dieselbe Rechtssache unter den gleichen Beteiligten in einem weiteren Verfahren erneut anhängig gemacht werden kann oder ob sie sogar in einem anschliessenden Verfahren prosequiert werden muss⁶⁴⁰.

d) aa) Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um einen Endentscheid. Soweit eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Willensvollstrecker durch sein Handeln in vermögensrechtlichen Angelegenheiten veranlasst ist, kommt auch ihr vermögensrechtliche Natur zu⁶⁴¹, und die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO ist erreicht. Somit kommt als Rechtsmittel gegen den angefochtenen Entscheid nur die Berufung als primäres Rechtsmittel⁶⁴² in Frage. Dabei sind die Regeln von Art. 314 ZPO in Bezug auf das summarische Verfahren zu beachten.

bb) Kein anderer Schluss ist mit Blick auf den vom Berufungskläger zitierten Entscheid RBOG 2013 Nr. 7 zu ziehen. In jenem Fall ging es um einen Streitwert von weniger als Fr. 2'500.00. Entsprechend kam dort von vornherein die Berufung nicht in Frage. Ein Hinweis darauf, dass das Obergericht die Berufung als Rechtsmittel gegen einen Entscheid des Einzelrichters des Bezirksgerichts als Aufsichtsbehörde des Erbenvertreters (beziehungsweise Erbschaftsverwalters oder Willensvollstreckers, für welche die Bestimmung von Art. 595 Abs. 3 ZGB "in gleicher Weise" gelte) generell ausschliessen wollte, findet sich im Entscheid RBOG 2013 Nr. 7 nicht.

Obergericht, 2. Abteilung, 13. September 2021, ZBS.2021.12

⁶⁴⁰ Sterchi, Art. 308 ZPO N. 11

⁶⁴¹ BGE vom 23. August 2019, 5A_940/2018, Erw. 1.2; BGE vom 10. April 2018, 5A_628/2017, Erw. 1.1; BGE vom 22. Oktober 2010, 5A_395/2010, Erw. 1.2.2; BGE 135 III 581

⁶⁴² Reetz, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 N. 16