

# **Entscheide 2022**

**des Obergerichts**

**und**

**des Obergerichtspräsidiums**



## Inhaltsverzeichnis

1. Unzulässige Verpflichtung des unterhaltspflichtigen Elternteils, dem subrogierenden Gemeinwesen jährlich unaufgefordert und lückenlos Auskunft über seine finanziellen Verhältnisse zu geben.....	5
2. Erinnerungskontakte als letzte Alternative in Fällen, in denen das urteilsfähige Kind den Kontakt zu einem Elternteil ablehnt; Vollstreckbarkeit gegen den Willen des Kindes .....	7
3. Keine solidarische Haftung der Eltern für Unterhaltszahlung; Ergänzungsleistungen sind bei der unterhaltsverpflichteten Person nicht als Einkommen anzurechnen; Praxisänderung gegenüber RBOG 2007 Nr. 1 .....	15
4. Prozessstandschaft für das minderjährige Kind im Unterhaltsprozess .....	19
5. Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB, wonach die Entschädigung des Berufsbestands an den Arbeitgeber fällt, ist auch auf private Fachbeistände anwendbar.....	25
6. Legitimation der Tochter zur Erhebung einer Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde im Verfahren um Errichtung einer Beistandschaft für ihren Vater; Interessenkollision .....	31
7. Verfahren zur Geltendmachung eines Schadens im Rahmen behördlicher Massnahmen des Erwachsenenschutzes nach Art. 454 Abs. 1 ZGB .....	35
8. Durchgriff für die erbrechtliche Ausgleichung bei Zuwendungen des Erblassers an eine von einem Erben beherrschte Gesellschaft.....	39
9. Keine erbrechtliche Ausgleichungspflicht für eine Zuwendung des Erblassers an eine Patronale Vorsorgestiftung, die an das Einzelunternehmen eines Erben übertragen wurde .....	43
10. Beidseitiger Schenkungswille beim Schenker und Beschenkten als Voraussetzung für die erbrechtliche Anrechnung .....	49
11. Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts; Reduktion der Pfandsumme aufgrund des Mehrwertprinzips, jedoch nicht wegen einer bezogenen Garantie.....	53
12. Bemessung der Entschädigung bei einer missbräuchlichen Kündigung wegen einer Erkrankung, die sich nicht auf die Arbeitsleistung auswirkte.....	63
13. Kein Recht auf Auskunft bei einem Zusammenhang des Auskunftsbegehrens mit einem hängigen Straf- oder Zivilverfahren; Pflicht der um Auskunft begehrenden Partei, unter diesen Umständen die herausverlangten Dokumente genau zu bezeichnen.....	65
14. Kein Interessennachweis erforderlich für Auskunftsrecht nach Datenschutzgesetz; Bestimmtheit des Rechtsbegehrens.....	75
15. Ausstand von Behördenmitgliedern der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, wenn der Rechtsvertreter einer Partei Ersatzrichter am Obergericht ist.....	81
16. Streitwertberechnung bei vorsorglichen Massnahmen; Bestätigung von RBOG 2001 Nr. 1; Anforderungen an die Herabsetzung rechtskräftiger Unterhaltszahlungen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen .....	87
17. Berücksichtigung von Unterhaltszahlungen als Einkommensbestandteil bei der unentgeltlichen Rechtspflege .....	95
18. Keine Nachfrist bei versäumter Duplik .....	101
19. Im Rechtsöffnungsverfahren gestützt auf ein Scheidungsurteil mit Volljährigenunterhalt ist nicht zu prüfen, ob ein Lehrabschluss eine angemessene Erstausbildung darstellt und auf einem gemeinsamen Ausbildungsplan beruht. ....	105
20. Eine verspätete Aberkennungsklage ist ohne Erlass eines Nichteintretensentscheids als negative Feststellungsklage entgegenezunehmen.....	109
21. Keine Prüfung der Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO bei der negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG .....	113
22. Noven im Beschwerdeverfahren gegen eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung sind bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zulässig. ....	117
23. Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen gestützt auf Art. 260 Abs. 1 SchKG an ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrats der Konkursitin sowie an dieser nahestehende Personen .....	119
24. Rechtsmittel gegen den Nichteintretensentscheid betreffend das Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlages mangels neuen Vermögens.....	125

25. Arrestgrund: Entscheidend ist, ob dem Gläubiger mögliches Vollstreckungssubstrat entzogen wird beziehungsweise werden soll, wozu nur Vermögenswerte der Arrestschuldnerin - und nicht auch solche der Verwaltungsräte - zählen.....	129
26. Zulässigkeit der Ergänzung eines Kollokationsplans nach Art. 57 KOV um eine versehentlich nicht genannte zweite Gläubigerin einer kollozierten Forderung .....	133
27. "Lex mitior" bei Änderung der Verkehrsregelverordnung betreffend die Höchstgeschwindigkeit .....	137
28. Fahrlässige Mittäterschaft bei einem Unterlassungsdelikt .....	139
29. Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung wegen Beschimpfung bei Retorsion.....	151
30. Verletzung des Anwaltsgeheimnisses; Voraussetzungen für eine Verfahrenseinstellung .....	155
31. Keine Geltung des Verschlechterungsverbots in Bezug auf Schutzmassnahmen gemäss Jugendstrafgesetzbuch.....	161
32. Kein Ausstand einer Staatsanwältin wegen mehrerer (behaupteter) "Fehlleistungen" .....	163
33. Anforderungen an die Dokumentation von informellen Befragungen der Polizei zu Beginn der Ermittlungen.....	171
34. Anpassung des informellen Dispositivs im Berufungsverfahren bei einem offensichtlichen Versehen .....	173
35. Auf die Teilnahme der Officialverteidigung an einer Einvernahme kann die beschuldigte Person auch im Fall einer notwendigen Verteidigung verzichten.....	175
36. Anforderungen an einen rückwirkenden Entzug der amtlichen Verteidigung.....	179
37. Zuverlässigkeit einer Lasergeschwindigkeitsmessung.....	185
38. Verwertung von unverwertbaren Beweismitteln zugunsten der beschuldigten Person.....	191
39. Absolute Unverwertbarkeit der Einvernahme wegen Vorspiegelung einer unzutreffenden Beweislage .....	193
40. Verwertbarkeit von Einvernahmen, bei denen die einvernommene Person von Anfang an in der falschen Parteirolle befragt wurde oder die Parteirolle nachträglich wechselte .....	199
41. Umfang der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten.....	207
42. Verletzungen der Teilnahmerechte.....	211
43. Unverwertbarkeit einer Einvernahme einer beschuldigten Person bei ungenügendem Vorhalt.....	223
44. Haft- und Haftverlängerungsanträge erfordern Schriftform; eine einfache E-Mail genügt diesem Formerfordernis nicht.....	231
45. Rückzugsfiktion des Strafantrags bei Nichterscheinen der antragsstellenden Person an der Vergleichsverhandlung wegen Desinteresses an einem Vergleich.....	235
46. Formelle Anforderungen an einen Beweis Antrag.....	243
47. Voraussetzungen für die Einstellung eines Strafverfahrens.....	245
48. Einstellung des Strafverfahrens aus Opportunitätsgründen; Präzisierung von RBOG 2014 Nr. 16 .....	255
49. Eine Wiederherstellung der Einsprachefrist ist erst zu prüfen, nachdem das erstinstanzliche Gericht über die strittige rechtsgültige Zustellung eines Strafbefehls entschieden hat .....	261
50. Dokumentationspflicht von informellen Vorgesprächen im Vorfeld eines abgekürzten Verfahrens .....	265
51. Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft zur Einstellung des Strafverfahrens; Grundsätze der Prüfungspflicht .....	273
52. Tateinheit bei Raserfahrten.....	277
53. Verletzung des Konfrontationsanspruchs .....	287
54. Alleiniges Sorgerecht nach serbischem Recht stellt gemeinsames Sorgerecht nach HKÜ dar. ....	301
55. Örtliche Zuständigkeit zur Beurteilung des Kindesunterhalts nach Wegzug des Kindes nach Deutschland bei hängigem Kindesschutzverfahren in der Schweiz .....	305
56. Entschädigung der amtlichen Verteidigung nach Pauschale zulässig; Relativierung gegenüber RBOG 2017 Nr. 34 .....	315
57. Keine Spesenpauschalen bei Barauslagen; Bestätigung von RBOG 1996 Nr. 48.....	321
58. Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem PolG und nach Art. 28 ff. ZGB; Rechtsmittel gegen Entscheid über polizeiliche Massnahmen nach § 60 Abs. 2 PolG .....	323

## **1. Unzulässige Verpflichtung des unterhaltspflichtigen Elternteils, dem subrogierenden Gemeinwesen jährlich unaufgefordert und lückenlos Auskunft über seine finanziellen Verhältnisse zu geben**

(Art. 170 Abs. 1 ZGB; Art. 289 Abs. 1 ZGB; Art. 289 Abs. 2 ZGB; Art. 296 Abs. 1 ZPO)

1. Die Berufungsklägerin und A sind die verheirateten Eltern von zwei minderjährigen Kindern. Die beiden Kinder sind fremdplatziert und die Eltern leben getrennt. Die Berufungsbeklagte, eine Gemeinde im Kanton Thurgau, reichte beim Bezirksgericht eine Unterhaltsklage gegen die Eltern ein. Das Bezirksgericht verpflichtete die Berufungsklägerin und A, sämtliche Unterlagen zu ihrer finanziellen Situation, insbesondere die Lohn- beziehungsweise Rentenausweise des jeweiligen Vorjahres und die Steuererklärungen, bis Juni des laufenden Jahres, der Berufungsbeklagten unaufgefordert vorzulegen. Dagegen erhob die Berufungsklägerin Berufung.

2. a) Nach Art. 296 Abs. 1 ZPO erforscht das Gericht den Sachverhalt bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten von Amtes wegen. Es handelt sich dabei jedoch um eine Bestimmung prozessualer Natur, welche nicht ausserhalb eines Prozesses angewendet werden kann.

b) Zutreffend ist im Weiteren, dass Art. 170 Abs. 1 ZGB eine Auskunftspflicht zwischen Ehegatten über finanzielle Belange statuiert. Auf Begehren eines Ehegatten kann das Gericht den andern Ehegatten oder Dritte verpflichten, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen<sup>1</sup>. Selbst nach Auflösung der Ehe kann über noch offene Rechtsansprüche Auskunft verlangt werden, nach Ansicht der Literatur aber nicht bei einer Klage auf Abänderung eines im Scheidungsurteil festgesetzten nachehelichen Unterhaltsanspruchs<sup>2</sup>. Die Vorinstanz wendet die Bestimmung zur ehelichen Auskunftspflicht analog an, wohl im Sinn von "a maiore ad minus". Ein Auskunftsrecht zugunsten der Kinder wäre aber kein "Minus", sondern eine separate Verpflichtung und müsste daher eine gesetzliche Grundlage haben. Auch Art. 314e ZGB, der im Kindesschutzverfahren die Mitwirkungspflicht zur Abklärung des Sachverhalts vor der Kindesschutzbehörde regelt, kann nicht auf Unterhaltsklagen des Kindes analog angewendet werden. Auch dort ist die Mitwirkungspflicht im Rahmen eines aktuellen Kindesschutzverfahrens vorgesehen und gilt nicht generell. Soweit die Vorinstanz die analoge Auskunftspflicht der Eltern über die Vermögensverwaltung durch den Beistand herleitet, fehlt es ebenfalls an einer gesetzlichen Grundlage. Der Beistand beziehungsweise allenfalls die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde können sich zwar bezüglich einer Mitwirkungspflicht der Berufungsklägerin auf Art. 314e ZGB stützen und haben nach Art. 314e Abs. 4 ZGB auch das Recht, bei Verwaltungsbehörden und Gerichten

---

<sup>1</sup> Art. 170 Abs. 2 ZGB

<sup>2</sup> Vgl. Schwander, Basler Kommentar, 6.A., Art. 170 ZGB N. 6a mit Verweis auf weitere Lehrmeinungen und BGE 143 III 114 ff.

die notwendigen Akten, Berichte und Auskünfte einzufordern. Eine Auskunftspflicht der Berufungsklägerin gegenüber der Berufungsbeklagten ergibt sich daraus aber nicht.

c) Im Weiteren statuieren auch Art. 289 Abs. 1 ZGB, wonach der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge dem Kind zusteht, und Art. 289 Abs. 2 ZGB, der den Übergang des Unterhaltsanspruchs auf das vorfinanzierende Gemeinwesen regelt, keine entsprechende Auskunftspflicht. Dasselbe gilt für den von der Vorinstanz angerufenen Art. 286a Abs. 3 ZGB, der wiederum bei Mankofällen die rückwirkende Geltendmachung des gebührenden Unterhalts durch das Gemeinwesen regelt. Auch diese Bestimmungen gelten im Rahmen von Unterhaltsklagen<sup>3</sup>. Dem minderjährigen Kind und dem subrogierenden Gemeinwesen wird im Rahmen der ZPO bei selbstständigen Klagen die Aufgabe lediglich dadurch erleichtert, dass nach Art. 295 ZPO das vereinfachte Verfahren und nach Art. 296 ZPO der Untersuchungs- und Officialgrundsatz gelten. Weitere Erleichterungen sind weder im ZGB noch in der ZPO vorgesehen. Zu Recht hält auch die Berufungsklägerin Art. 272 ZGB, wonach Eltern und Kinder einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung schuldig sind, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert, vorliegend nicht für anwendbar beziehungsweise einschlägig. Es handelt sich dabei nicht um ein klagbares Recht<sup>4</sup>.

d) Damit besteht keine gesetzliche Grundlage, um die Berufungsklägerin zu verpflichten, jährlich lückenlos und von sich aus Auskunft über ihre finanziellen Verhältnisse zu geben.

Obergericht, 2. Abteilung, 11. Januar 2022, ZBR.2021.24

---

<sup>3</sup> Vgl. Marginale "D. Klage" vor Art. 279 ZGB

<sup>4</sup> Schwenzler/Cottier, Basler Kommentar, 6.A., Art. 272 ZGB N. 9

## **2. Erinnerungskontakte als letzte Alternative in Fällen, in denen das urteilsfähige Kind den Kontakt zu einem Elternteil ablehnt; Vollstreckbarkeit gegen den Willen des Kindes**

(Art. 273 Abs. 1 ZGB)

1. a) Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegner haben zwei gemeinsame Kinder (Jahrgang 2011 und 2013), für welche die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bereits im Jahr 2013 Beistandschaften errichtet hatte. Die Parteien trennten sich im Sommer 2019. Dies löste diverse Verfahren betreffend Obhut, Besuchsrecht und Unterhalt aus.

b) Das von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zunächst angeordnete (begleitete) Besuchsrecht des Beschwerdegegners konnte nicht umgesetzt werden. Daher ordnete die Behörde verschiedene Therapien sowohl der Eltern als auch der Kinder an. Da diese nicht wahrgenommen wurden, sistierte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde schliesslich das Besuchsrecht für sechs Monate.

c) Einen Monat vor Ablauf der Sistierung ordnete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zweimal jährliche Erinnerungskontakte zwischen den Kindern und dem Beschwerdegegner an und hob darüber hinaus die bisherige Regelung des persönlichen Verkehrs auf. Ausserdem beschränkte sie die Beistandschaften auf die Durchführung der Erinnerungskontakte. Sie verfügte zudem, dass die Erinnerungskontakte bei Verweigerung mit polizeilicher Hilfe vollstreckt würden. Die Polizei sei befugt, die Kinder abzuholen und zu den geplanten Erinnerungskontakten zu fahren.

d) Die Beschwerdeführerin wehrte sich mit Beschwerde gegen die Erinnerungskontakte und die Vollstreckbarkeitsanordnung.

2. a) aa) Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr<sup>1</sup>. Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden<sup>2</sup>. Das Wohl des Kindes ist gefährdet, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Als

---

<sup>1</sup> Art. 273 Abs. 1 ZGB

<sup>2</sup> Art. 274 Abs. 2 ZGB

wichtige Gründe fallen etwa Vernachlässigung, physische Misshandlungen und übermässige psychische Belastungen des Kindes in Betracht<sup>3</sup>.

bb) Beim Recht auf persönlichen Verkehr handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht mit dem Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu fördern. Beziehungen zu beiden Elternteilen sind entwicklungspsychologisch wichtig, da sie bei der Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können<sup>4</sup>. Oberste Richtschnur für die konkrete Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl. Das Gericht hat sich deshalb in erster Linie an den Bedürfnissen des Kindes zu orientieren; die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzutreten<sup>5</sup>. Ausserdem ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten: Einschränkungen des Anspruchs eines Elternteils auf Kontakt und Betreuung sind nur gerechtfertigt, wenn sie gegenüber mildereren Massnahmen subsidiär sind und sie zur Behebung einer Kindeswohlgefährdung beitragen<sup>6</sup>.

cc) Von besonderer Bedeutung bei der Festlegung des Besuchsrechts sind das Alter des Kindes, die körperliche und geistige Gesundheit des Kindes und des berechtigten Elternteils, die Persönlichkeit und Bedürfnisse der beteiligten Personen, die Beziehung des Kindes zum berechtigten Elternteil, die Beziehung der Eltern untereinander, die zeitliche Verfügbarkeit aller beteiligten Personen, die Entfernung und Erreichbarkeit der Wohnorte, die Wohnverhältnisse beim besuchsberechtigten Elternteil sowie der Wille des (urteilsfähigen) Kindes<sup>7</sup>.

b) aa) Der Kindeswille stellt eines von mehreren Kriterien beim Entscheid über den persönlichen Verkehr dar<sup>8</sup>. Mit zunehmendem Alter gewinnt der Kindeswille an Gewicht. Je älter und kognitiv reifer das Kind ist, desto eher wird es einen eigenständigen Willen bilden können. Die Urteilsfähigkeit dürfte dabei um das 12. Altersjahr anzusiedeln sein. Allerdings steht es nicht im freien Belieben des Kindes, ob und in welchem Umfang es Kontakt zu einem nicht betreuenden Elternteil haben will. Lehnt das Kind den nicht betreuenden Elternteil ab, ist im Einzelfall zu prüfen, worin diese Haltung begründet liegt und ob die Ausübung des Besuchsrechts den Interessen des Kindes tatsächlich widerspricht<sup>9</sup>. Nur wo das urteilsfähige Kind den Umgang mit einem Elternteil aufgrund seiner Erfahrungen mit dem persönlichen Verkehr kategorisch verweigert, ist dieser Um-

---

<sup>3</sup> BGE vom 20. April 2020, 5A\_984/2019, Erw. 3.2; BGE 122 III 407

<sup>4</sup> BGE vom 21. Februar 2022, 5A\_377/2021, Erw. 5.1; BGE 131 III 211 f.; Kilde, Der persönliche Verkehr: Eltern - Kinder - Dritte, Diss. Freiburg 2015, N. 25

<sup>5</sup> BGE 130 III 587 f.; BGE vom 21. Februar 2022, 5A\_377/2021, Erw. 5.1

<sup>6</sup> Vgl. BGE vom 20. April 2020, 5A\_984/2019, Erw. 3.2; BGE vom 6. November 2018, 5A\_875/2017, Erw. 3.3; BGE vom 21. Januar 2016, 5A\_528/2015, Erw. 5.1; BGE 122 III 407; Breitschmid, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Breitschmid/Jungo), 3.A., Art. 273 ZGB N. 8

<sup>7</sup> RBOG 2017 Nr. 2 Erw. 1.b

<sup>8</sup> BGE vom 20. April 2020, 5A\_984/2019, Erw. 3.3; BGE vom 9. Juli 2019, 5A\_111/2019, Erw. 2.3; BGE vom 6. November 2018, 5A\_875/2017, Erw. 3.3

<sup>9</sup> BGE vom 20. April 2020, 5A\_984/2019, Erw. 3.3; BGE vom 9. Juli 2019, 5A\_111/2019, Erw. 2.3



gang aus Gründen des Kindeswohls auszuschliessen, weil ein gegen den starken Widerstand erzwungener Besuchskontakt mit dem Zweck des Umgangsrechts im Allgemeinen ebenso unvereinbar ist wie mit dem Persönlichkeitsschutz des Kindes<sup>10</sup>.

bb) Der Kindeswille - als Entscheidungskriterium - weist die Schwierigkeit auf, dass das Gericht ihn regelmässig nur unter Konfliktbedingungen wahrnimmt. In strittigen Konstellationen kann der subjektive Kindeswille zum einen vom objektiven Kindeswohl abweichen. Zum anderen ist fraglich, inwiefern der geäusserte Kindeswille tatsächlich dem Wollen des Kindes entspricht. In Trennungssituationen neigen streitende Eltern dazu, den anderen Elternteil negativ darzustellen. Banalitäten werden zu Missetaten aufgebauscht. Kinder projizieren diese negativen Gefühle auf sich. Die Unterscheidung zwischen Eltern- und Kinderebene können sie nicht nachvollziehen. Deshalb sind Kinder in konfliktbehafteten Konstellationen anfällig für Fremdbeeinflussung<sup>11</sup>. Hinzu kommt oftmals ein Loyalitätskonflikt: Das Kind verspürt Gefühle der inneren Verpflichtung gegenüber persönlich bedeutsamen Menschen. Ein Streit auf der Elternebene drängt das Kind regelmässig in eine Schicksalsgemeinschaft mit dem betreuenden Elternteil. Dem strukturell und persönlich abhängigen Kind fällt es unter diesen Bedingungen schwer, seinen Willen unverfälscht zu artikulieren<sup>12</sup>. Würde dem vom Kind geäusserten Willen eine absolute Bedeutung für das Kindeswohl zugemessen, hätte das Kind eine enorme Verantwortung zu tragen; es würde in die Rolle eines "Schiedsrichters" gedrängt<sup>13</sup>. Die psychologische Fachliteratur weist auf drei Mindestanforderungen hin, denen der Kindeswille in jedem Fall genügen muss, um als authentisch zu gelten. Sie verlangt erstens, dass beim (urteilsfähigen) Kind eine klare Vorstellung darüber besteht, was sein soll (Zielorientierung). Diese Vorstellung sollte zweitens mit gewissem Nachdruck und Entschiedenheit angestrebt werden (Intensität). Drittens verlangt sie die Kundgabe des Willens gegenüber unterschiedlichen Personen und bei verschiedener Gelegenheit (Stabilität)<sup>14</sup>.

cc) Besondere Probleme wirft der induzierte Kinderwille auf. Ein solcher liegt vor, wenn die geäusserte Ablehnung des Kindes überwiegend fremd- oder von sachfremden Motiven bestimmt ist. Das Gegenstück ist eine reaktive Entfremdung, bei der ein Kind aus eigenen (negativen) Erlebnissen heraus den Kontakt ablehnt<sup>15</sup>. Wie mit einem induzierten Kindeswillen umzugehen ist, wird kontrovers diskutiert. Auf der einen Seite soll ein Elternteil, der sein Kind manipuliert, keinen "Vorteil" aus seinem Verhalten ziehen. Auf der anderen Seite stellt selbst der fremdindu-

---

<sup>10</sup> Schwenger/Cottier, Basler Kommentar, 6.A., Art. 273 ZGB N. 11; Büchler, in: FamKommentar Scheidung (Hrsg.: Schwenger/Fankhauser), 3.A., Art. 273 ZGB N. 34 f.

<sup>11</sup> Largo/Czernin, Glückliche Scheidungskinder, 2.A., S. 210 und 223

<sup>12</sup> Vgl. Kilde, N. 74 und 139

<sup>13</sup> Vgl. Kilde, N. 98 und 155

<sup>14</sup> Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, 5.A., S. 69 f.

<sup>15</sup> Büchler/Enz, Der persönliche Verkehr, in: FamPra 2018 S. 919 f.

zierte Wille für das Kind eine psychische Realität dar. Dieser ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung Rechnung zu tragen. Selbst der induzierte Kindeswille kann also die Entscheidungsfindung beeinflussen, jedoch immer nur unter Berücksichtigung der konkreten Auswirkungen im Einzelfall<sup>16</sup>.

c) aa) Erinnerungskontakte stellen eine besonders restriktive Form des gegenseitigen Kontakts dar<sup>17</sup>. Sie sind keine Alternative zum Regelbesuchsrecht oder zu begleiteten Besuchen, sondern "ultima ratio" in Fällen, in denen urteilsfähige Kinder den Kontakt zu einem Elternteil ablehnen und gängige Massnahmen keine Chance hatten, die Eltern-Kind-Kontakte zu ermöglichen<sup>18</sup>. An einem neutralen Ort und moderiert durch eine Fachperson sollen das Kind und der nicht betreuende Elternteil über wichtige Ereignisse in ihrem Leben sprechen können. Ein direkter Austausch muss sich nicht ergeben. Pro Jahr werden zwischen zwei und vier Erinnerungskontakte empfohlen. Damit schaffen Erinnerungskontakte strukturierte und informelle Begegnungen, die weitgehend von einer persönlichen Beziehung befreit sind<sup>19</sup>.

bb) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung erachtet Erinnerungskontakte je nach Umständen des Einzelfalls grundsätzlich als zulässig<sup>20</sup>. Richtig verstanden dienen Erinnerungskontakte einerseits der Verhinderung von pathogenen Spaltungsvorgängen, bei denen das Kind einen Elternteil aus seinem Bewusstsein verbannt. Andererseits beugen sie einer Verinnerlichung irrealer Annahmen über den getrennt lebenden Elternteil vor, denn sie ermöglichen dem Kind, das internalisierte Bild des nicht mit ihm lebenden Elternteils einer Realitätskontrolle zu unterziehen<sup>21</sup>. Darüber hinaus soll verhindert werden, dass im weiteren Verlauf der Entwicklung aufkommende Schuldgefühle gegenüber dem abgelehnten Elternteil den Jugendlichen daran hindern, aufkommendes Verlangen nach dem einst abgelehnten Elternteil zuzulassen oder von sich aus Kontakt zu diesem aufnehmen zu müssen<sup>22</sup>.

cc) Umstritten ist, ob die Erinnerungskontakte auch gegen den Willen des Kindes durchgesetzt werden sollen. Ein Teil der Lehre äussert sich ablehnend dazu und weist darauf hin, dass solche Kontakte zu einem erheblichen Stresserlebnis für das Kind werden können<sup>23</sup>. Ein anderer Teil der Lehre qualifiziert Erinnerungskontakte weniger als Alternative, sondern vielmehr als einen entwicklungsnotwendigen Ersatz zum Kontaktabbruch. Nach sorgfältiger Begutachtung solle der Erinnerungskontakt grundsätzlich vollstreckbar sein. Zwar sei direkter Zwang im Bereich des

---

<sup>16</sup> Schreiner, in: FamKommentar Scheidung (Hrsg.: Schwenger/Fankhauser), Anhang Ausgewählte psychologische Aspekte, 3.A., N. 149 ff.; Bächler/Enz, S. 920 f.; Dettenborn, S. 98 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Bächler/Enz, S. 934 und 937; Salzgeber/Schreiner, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, in: FamPra 2014 S. 88; Staub/Kilde, Erinnerungskontakte bei urteilsfähigen Kindern aus psychologischer und juristischer Sicht, in: ZBJV 2013 S. 937 f.

<sup>18</sup> Staub/Kilde, S. 952

<sup>19</sup> Bächler/Enz, S. 934 f.; Staub/Kilde, S. 937 f.

<sup>20</sup> BGE vom 16. Februar 2021, 5A\_647/2020, Erw. 2.5.2

<sup>21</sup> BGE vom 16. Februar 2021, 5A\_647/2020, Erw. 2.5.2; Staub/Kilde, S. 954

<sup>22</sup> Staub/Kilde, S. 954

<sup>23</sup> Salzgeber/Schreiner, S. 89; Affolter-Fringeli/Vogel, Berner Kommentar, Bern 2016, Art. 308 ZGB N. 110

persönlichen Verkehrs verpönt, doch müsse er grundsätzlich denkbar bleiben, um den erforderlichen indirekten Druck zu gewährleisten<sup>24</sup>.

dd) Die Möglichkeit einer Vollstreckung von Erinnerungskontakten ist unter Berücksichtigung des Einzelfalls zu bejahen, was auch der Rechtsrealität in anderen Kantonen entspricht<sup>25</sup>. Entwicklungspsychologisch spielt die Kenntnis beider Elternteile eine wesentliche Rolle für die Identitätsfindung des Kindes<sup>26</sup>. Der auch rechtlich verankerte gegenseitige Anspruch auf Kontakt muss in hochkonfliktuellen Trennungssituationen mit Blick auf das Kindeswohl allenfalls zurückstehen. Solange der Ursprung der Kindeswohlgefährdung in erster Linie auf der Elternebene zu lokalisieren ist<sup>27</sup>, wäre der gänzliche Kontaktabbruch zwischen dem nicht betreuenden Elternteil und dem Kind weder mit dem Kindeswohl noch mit dem Anspruch des Elternteils auf Teilhabe am Leben seines Kindes zu vereinbaren. Erinnerungskontakte schaffen einen Mittelweg zwischen dem gänzlichen Kontaktabbruch und einem begleiteten oder anderweitig strukturierten Besuchsrecht; sie stellen insofern einen sinnvollen Ersatz zur Verweigerung von Besuchen dar. Dies gilt gerade in Fallkonstellationen, in denen die vehemente Weigerung des Kindes auf einen Loyalitätskonflikt oder die aktive Beeinflussung des anderen Elternteils zurückzuführen ist. Ein dergestalt kontaminierter Kindeswille bildet zwar eine Leitplanke für die Ausgestaltung der Kontakte, darf aber nicht ohne Not zum Kontaktabbruch führen. Insofern ist die in der Literatur gezogene Folgerung, der Erinnerungskontakt müsse durchsetzbar sein, nachvollziehbar. Der Vollstreckungsanordnung hat eine fachliche Abklärung vorauszugehen<sup>28</sup>.

ee) Ein Erinnerungskontakt, der in Berücksichtigung des Kindeswohls erzwungen wird, stützt sich auf folgende psychologische Argumente: Angesichts des potenziellen Nutzens dieser Kontakte ist die behördliche Vollstreckung zumutbar und zu tolerieren. Zum einen sind Zwangsmassnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls grundsätzlich gerechtfertigt, und sie priorisieren die Persönlichkeitsrechte. Wenn getrennte Eltern aufgrund anhaltender Auseinandersetzung mit ihrem Paarkonflikt das Kindeswohl vernachlässigen, werden sie in die Pflicht genommen. Entsprechend kann auch ein Jugendlicher davon abgehalten werden, sich um seine Entwicklungsvoraussetzungen nicht weiter zu kümmern und sich selbst zu gefährden. Gerade weil diese institutionalisierten Erinnerungskontakte keine Freiwilligkeit voraussetzen und im Notfall vollstreckt werden, muss der Jugendliche bei einem allfällig aufkommenden Bedürfnis oder Neugier nach dem

---

<sup>24</sup> Staub/Kilde, S. 952

<sup>25</sup> Vgl. Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. September 2019, PQ190029

<sup>26</sup> BGE vom 21. Februar 2022, 5A\_377/2021, Erw. 5.1; BGE 131 III 211 f.; Kilde, N. 25

<sup>27</sup> Fälle von Kindesmisshandlung und Kindesmissbrauch sind damit ausgeschlossen.

<sup>28</sup> Vgl. Staub/Kilde, S. 952

abgelehnten Elternteil keinen Gesichtsverlust in Kauf nehmen und auch keine Schamgefühle überwinden, um mit dem Elternteil in Kontakt zu treten. Im Prinzip bedeuten Erinnerungskontakte keinen Zwang zur Beziehung, sondern Zwang zur Realitätskontrolle<sup>29</sup>.

3. Dem von der Vorinstanz eingeholten Erziehungsfähigkeitsgutachten zufolge besteht aufgrund des elterlichen Konflikts und der Verweigerungshaltung der Beschwerdeführerin gegenüber den Vater-Kind-Kontakten eine Gefährdung des Wohls der Kinder. In der Vergangenheit wurden diverse Massnahmen zum Schutz der beiden Kinder ergriffen, mit dem Ziel, ein Besuchsrecht zwischen den Kindern und dem Vater zu ermöglichen. Sämtliche Massnahmen verliefen ergebnislos. Mit Blick auf die bisher erfolglos verlaufende Massnahmenbiografie und die verhärteten Fronten in dieser Sache erweisen sich Erinnerungskontakte als einzige noch sinnvolle Alternative beziehungsweise als Ersatz zum endgültigen Kontaktabbruch. Die Kinder lehnen zwar die Erinnerungskontakte ausdrücklich ab, doch kann nicht unbesehen auf ihren Willen abgestellt werden. Sie befinden sich aufgrund der Streitigkeiten auf der Elternebene in einem Loyalitätskonflikt, den sie durch Solidarisierung mit der Mutter und Ablehnung des Vaters zu lösen versuchen. Unter diesen Bedingungen sind sie empfänglich für Fremdbeeinflussung durch die Mutter und können keinen unverfälschten Willen äussern. Die Ablehnung von Erinnerungskontakten oder ganz allgemein des Vaters ist als induzierter Kindeswille zu qualifizieren und als solcher zu würdigen. Ein vollständiger Kontaktabbruch zum Beschwerdegegner, wie ihn die Kinder wünschen, ist nicht mit dem Kindeswohl zu vereinbaren. Vielmehr erblickt der Gutachter im fortdauernden Kontaktunterbruch eine Gefährdung des Wohls der Kinder, da sie dadurch einen Teil ihrer Identität verlieren. Diese Folge des kompletten Kontaktabbruchs zum Vater vermögen die Kinder alters- und entwicklungsbedingt derzeit noch nicht zu erfassen. Erinnerungskontakte erweisen sich hier mit dem Kindeswohl als vereinbar. Für die Kinder wird durch die Anordnung von Erinnerungskontakten die bis anhin ungeklärte Frage des persönlichen Verkehrs zum Vater definitiv beantwortet und dafür ein strukturierter Rahmen geschaffen. Dadurch werden sie entlastet. Die Berichte des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Diensts leuchten nachvollziehbar aus, wie sich die mit den früheren Kindesschutzverfahren einhergehende Ungewissheit auf die Kinder übertrug. Mit einem stark reduzierten und strukturierten Besuchsrecht werden sie von dieser Ungewissheit befreit. Die Erinnerungskontakte verhindern, dass es zu einer weiteren Abspaltung zwischen den Kindern und dem Vater kommt, und ermöglichen dadurch die in Zukunft allenfalls wichtige Identitätsfindung der Kinder. Überdies können die Kinder durch die Erinnerungskontakte ihr möglicherweise nichtzutreffendes Bild von ihrem Vater in regelmässigen Abständen überprüfen. Darüber hinaus kann so verhindert werden, dass im weiteren Verlauf der Entwicklung aufkommende Schuldgefühle gegenüber dem abgelehnten Elternteil die beiden Kinder daran hindert, aufkommendes Verlangen nach dem einst abgelehnten Elternteil zuzulassen. Die Erinnerungskontakte finden in Begleitung und unter Moderation einer Fachperson zweimal jährlich statt. Der Aufbau einer persönlichen Beziehung oder ein unmittelbares Gespräch

---

<sup>29</sup> Staub/Kilde, S. 953

mit dem Vater werden von den Kindern nicht erwartet; vielmehr sind die Begegnungen von einem Beziehungsanspruch befreit. Damit ist der Einwand der Beschwerdeführerin unbegründet, dass im Rahmen von Erinnerungskontakten keine Beziehung "mit Herz" aufgebaut werden könne. Die Erinnerungskontakte ermöglichen einen minimalen beziehungsfreien Kontakt zwischen den Kindern und dem Beschwerdegegner und sichern damit langfristig das Kindeswohl. Die Anordnung von Erinnerungskontakten ist somit verhältnismässig. Mildere Massnahmen sind nicht ersichtlich. Überdies tragen die Erinnerungskontakte zur Behebung einer Kindeswohlgefährdung bei.

4. Das Erziehungsfähigkeitsgutachten hält fest, die Vorgeschichte des Konflikts sei kompliziert und emotional verstrickt. Der Wahrheitsgehalt der gegenseitigen Vorwürfe könne nicht abschliessend geklärt werden, was jedoch aus heutiger Sicht weder entscheidungs- noch beurteilungsrelevant sei. Nach Ansicht des Gutachters entwickelte sich die heutige Situation primär aus den Spannungen der Eltern heraus. Vom Beschwerdegegner geht laut Gutachter keine akute Gefährdung des Kindeswohls aus. Das Gutachten hielt noch ein weitergehendes Kontaktrecht nach Durchführung einer Intensivierten Systemischen Therapie (IST) für gangbar. Die ablehnende Haltung der Kinder beruht gemäss dem Gutachten in erster Linie auf dem Loyalitätskonflikt. Unter diesen Bedingungen erweist sich eine polizeiliche Vollstreckung der Erinnerungskontakte - im Sinn einer "ultima ratio" - als verhältnismässig. Die Gefahr einer eigentlichen Retraumatisierung ist aufgrund der Akten zu verneinen. Dank der in den letzten zwei Jahren eingetretenen Stabilisierung, die sich in den positiven Schulberichten spiegelt, ist davon auszugehen, dass zweimal jährliche und begleitete Kontakte für die Kinder zumutbar sind. In diesem Zusammenhang darf und muss auch die Überlegung eine Rolle spielen, dass die Beschwerdeführerin wesentlich zum heutigen Zustand beitrug. Es wäre mit dem gegenseitigen Recht auf Kontakt von den Kindern und dem Beschwerdegegner nicht zu vereinbaren, wenn dieses faktisch ausgehebelt werden könnte. Die Anordnung der polizeilichen Vollstreckung erweist sich somit als verhältnismässig.



**3. Keine solidarische Haftung der Eltern für Unterhaltszahlung; Ergänzungsleistungen sind bei der unterhaltsverpflichteten Person nicht als Einkommen anzurechnen; Praxisänderung gegenüber RBOG 2007 Nr. 1.**

(Art. 276 ZGB; Art. 285 Abs. 1 ZGB; Art. 285 Abs. 2 ZGB; Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG)

1. Die Berufungsklägerin und A sind die verheirateten Eltern von zwei minderjährigen Kindern. Die beiden Kinder sind fremdplatziert und die Eltern leben getrennt. Die Berufungsbeklagte, eine Gemeinde im Kanton Thurgau, reichte beim Bezirksgericht eine Unterhaltsklage gegen die Eltern ein. Das Bezirksgericht verpflichtete die Berufungsklägerin und A - teilweise solidarisch und teilweise einzeln - zu Unterhaltsbeiträgen. Dagegen erhob die Berufungsklägerin Berufung.

2. Der Unterhalt (des Kindes) wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet<sup>1</sup>. Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen<sup>2</sup>. Während der Ehe tragen die Eltern die Kosten des Unterhalts nach den Bestimmungen des Eherechts<sup>3</sup>. Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen, und er dient auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte<sup>4</sup>. Der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge steht dem Kind zu und wird, solange das Kind minderjährig ist, durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt, soweit das Gericht es nicht anders bestimmt<sup>5</sup>. Kommt jedoch das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über<sup>6</sup>, und er kann von diesem geltend gemacht werden.

3. Die Eltern haben grundsätzlich zusammen für den ganzen Unterhalt des Kindes aufzukommen, womit im Grundverhältnis von Gesetzes wegen Solidarität besteht. Anderes gilt jedoch auf der Ebene der konkreten Leistungspflicht. Es kann nicht angehen, im Fall von Nichtleistung den Unterhalt vollständig beim anderen Elternteil einzufordern, ohne dass dessen Leistungsfähigkeit eine Rolle spielt. Unterhaltsbeiträge, welche ein Elternteil nicht bezahlt, dürfen daher grundsätzlich nicht gegen den anderen Elternteil vollstreckt werden. Das wäre höchstens denkbar, wenn vom ins Recht gefassten Elternteil aufgrund seiner guten Verhältnisse mehr als der geschuldete Anteil abgeschöpft werden kann<sup>7</sup>. Eine solidarische Haftung besteht daher - entgegen der Annahme der Vorinstanz - vorliegend nicht. Folglich kann die Berufungsklägerin durch die Vorinstanz

---

<sup>1</sup> Art. 276 Abs. 1 ZGB

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

<sup>3</sup> Art. 278 Abs. 1 ZGB

<sup>4</sup> Art. 285 Abs. 1 und 2 ZGB

<sup>5</sup> Art. 289 Abs. 1 ZGB

<sup>6</sup> Art. 289 Abs. 2 ZGB

<sup>7</sup> Camenzind, Die Auswirkungen einer Behinderung auf die Unterhaltspflicht der Eltern, in: Jusletter 9. April 2018 N. 44.; BGE vom 29. Mai 2015, 5A\_179/2015, Erw. 6.1; BGE vom 15. März 2016, 5A\_643/2015,

auch nicht für die Zeit während des Zusammenlebens mit A zu einer solidarischen Leistung verpflichtet werden. Der Unterhaltsbeitrag ist somit anteilmässig wie bei der Pfändung aufzuteilen<sup>8</sup>. Das Dispositiv des vorinstanzlichen Entscheids ist entsprechend anzupassen.

4. Nach Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG<sup>9</sup> werden bei allen Personen geleistete familienrechtliche Unterhaltsbeiträge bei den Ergänzungsleistungen als Ausgaben anerkannt. Vorausgesetzt ist dabei nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes aber, dass die familienrechtliche Unterhaltspflicht des Ergänzungsleistungsansprechers konkret festgesetzt ist. Die Auseinandersetzung betreffend Bestand und Höhe der konkreten familienrechtlichen Unterhaltspflicht der versicherten Person muss also abgeschlossen sein, damit Art. 10 Abs. 3 lit. e ELG Anwendung finden beziehungsweise die Anspruchsberechnung durchgeführt werden kann. Das bedeutet, dass die Ergänzungsleistung, anders als die übrigen Sozialversicherungsleistungen, die der unterhaltspflichtigen Person zufließen, bei der Auseinandersetzung über die konkrete familienrechtliche Unterhaltspflicht keine Berücksichtigung finden darf. Die Höhe der familienrechtlichen Unterhaltspflicht ist somit nach der finanziellen Situation der versicherten, unterhaltspflichtigen Person ohne die Ergänzungsleistung festzusetzen, das heisst, bei der zivilrechtlichen Auseinandersetzung über die familienrechtliche Unterhaltspflicht ist die Ergänzungsleistung vollständig auszublenden. Andernfalls würden die Ergänzungsleistungen zwar formell der ergänzungsleistungsberechtigten, unterhaltsverpflichteten Person zufließen, effektiv aber der unterhaltsberechtigten Person, ohne dass deren Berechtigung zum Ergänzungsleistungsbezug auch nur geprüft worden wäre<sup>10</sup>. Dies entspricht auch der Praxis des Thurgauer Verwaltungsgerichts, welches ebenfalls festhielt, es könne nicht angehen, dass der unterhaltspflichtige Bezüger von Ergänzungsleistungen zu hohe Unterhaltspflichten akzeptiere und so einen Anspruch auf Ergänzungsleistungen schaffe. Gegen die einkommensseitige Einrechnung der Ergänzungsleistungen spreche auch, dass Ergänzungsleistungen nicht pfändbar seien und dem Unterhaltspflichtigen bei der Festlegung des familienrechtlichen Unterhalts sein Notbedarf bleiben solle<sup>11</sup>. Es rechtfertigt sich daher nicht (mehr), an der Rechtsprechung gemäss RBOG 2007

---

Erw. 7.1, beide mit Verweis auf Meyer, Mündigenunterhalt in der Praxis: Verschulden des Kindes, Solidarhaftung der Eltern?, in: Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Bern 2011, S. 1275 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 114 III 15 ff.; Vonder Mühl, Basler Kommentar, 3.A., Art. 93 SchKG N. 34

<sup>9</sup> Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, SR 831.30

<sup>10</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2017, LE170046, Erw. 3.2; Jöhl/Usinger-Egger, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (Hrsg.: Meyer), Band XIV, Soziale Sicherheit, 3.A., N. 110; Müller, in: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum ELG (Hrsg.: Stauffer/Cardinaux), 3.A., N. 263

<sup>11</sup> TVR 2012 Nr. 35 Erw. 4.3



Nr. 1 festzuhalten, wo noch eine gegenteilige Auffassung vertreten wurde. Die Ergänzungsleistungen dürfen der Berufungsklägerin daher nicht als Ersatzerwerbseinkommen angerechnet werden.

Obergericht, 2. Abteilung, 11. Januar 2022, ZBR.2021.24



#### 4. Prozessstandschaft für das minderjährige Kind im Unterhaltsprozess

(Art. 318 Abs. 1 ZGB; Art. 289 Abs. 1 ZGB; Art. 298b Abs. 3 ZGB)

1. Die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte sind die nicht verheirateten Eltern eines minderjährigen Kindes. Sie haben die gemeinsame elterliche Sorge inne. Der Berufungsbeklagte klagte gegen die Berufungsklägerin beim Bezirksgericht unter anderem auf Festsetzung des (von ihm zu zahlenden) Unterhalts des Kindes. Die Berufungsklägerin bestritt die Aktivlegitimation des Berufungsbeklagten in Bezug auf die Unterhaltsklage. Das Bezirksgericht bejahte die Aktivlegitimation des Berufungsbeklagten mit Zwischenentscheid, wogegen die Berufungsklägerin Berufung erhob.

2. Strittig ist, ob der Berufungsbeklagte mit einer Leistungsklage auf Festlegung der von ihm an den Unterhalt der Tochter zu zahlenden Alimente klagen kann. Die Berufungsklägerin stellt diesbezüglich seine Aktivlegitimation und damit die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts zur Regelung der übrigen Kinderbelange in Abrede.

3. a) Grundsätzlich ist die Kindesschutzbehörde bei nicht verheirateten Eltern für die Regelung der Kinderbelange zuständig. Vorbehalten bleibt aber die Klage an das zuständige Gericht auf Leistung des Unterhalts; in diesem Fall entscheidet das Gericht auch über die elterliche Sorge sowie die weiteren Kinderbelange<sup>1</sup>.

b) Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen<sup>2</sup>. Das Kind kann gegen den Vater oder die Mutter oder gegen beide klagen auf Leistung des Unterhalts für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung<sup>3</sup>. Die Eltern haben von Gesetzes wegen die Vertretung des Kindes gegenüber Drittpersonen im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge<sup>4</sup>. Sind die Eltern am Handeln verhindert oder haben sie in einer Angelegenheit Interessen, die denen des Kindes widersprechen, ernennt die Kindesschutzbehörde einen Beistand oder regelt diese Angelegenheit selber<sup>5</sup>. Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der Eltern in der entsprechenden Angelegenheit<sup>6</sup>. Im Bereich der prozessualen Vertretung des Kindes sind Spezialbestimmungen zu beachten.

---

<sup>1</sup> Art. 298b Abs. 3 ZGB (Kompetenzattraktion); Zogg, Selbstständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange - verfahrensrechtliche Fragen, in: FamPra.ch 2019 S. 3 f.

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

<sup>3</sup> Art. 279 ZGB

<sup>4</sup> Art. 304 Abs. 1 ZGB

<sup>5</sup> Art. 306 Abs. 2 ZGB

<sup>6</sup> Art. 306 Abs. 3 ZGB

Aus Art 306 Abs. 2 und 3 ZGB ergibt sich für diese die zwingende Einsetzung eines Verfahrensbeistands im Fall der Interessenkollision der Eltern<sup>7</sup>. Das Gericht ordnet, wenn nötig, laut Art. 299 Abs. 1 und 2 lit. a Ziff. 2 - 5 ZPO die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beistandin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Es prüft diese Anordnung insbesondere, wenn die Eltern unterschiedliche Anträge stellen bezüglich der Zuteilung der Obhut, wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs, der Aufteilung der Betreuung und des Unterhaltsbeitrags.

c) Nach Art. 289 Abs. 1 ZGB steht der Unterhaltsanspruch dem Kind zu und es hat grundsätzlich dieses selbst gegen den Unterhaltsschuldner zu klagen<sup>8</sup>. Soweit das minderjährige Kind nicht prozessfähig ist, wird es durch seine gesetzliche Vertretung vertreten<sup>9</sup>. Gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Kindes ist grundsätzlich der Inhaber oder die Inhaberin der elterlichen Sorge. Besteht ein gemeinsames Sorgerecht, üben beide Eltern die gesetzliche Vertretung laut Art. 304 ZGB gemeinsam aus. Liegt ein Interessenkonflikt vor, entfällt die Vertretungsbefugnis gemäss Art. 306 Abs. 3 ZGB in diesem Umfang von Gesetzes wegen. Soweit Unterhaltsansprüche betroffen sind, besteht beim beklagten Elternteil ein direkter Interessenkonflikt, sodass dessen Vertretungsbefugnis von vornherein entfällt<sup>10</sup>. Abgesehen von der Form der direkten Prozessvertretung des Kindes - Klage im Namen des Kindes, vertreten durch den nicht beklagten Elternteil oder einen ZGB-Beistand nach Artikel 306 Abs. 2 beziehungsweise Art. 308 Abs. 2 ZGB - lässt das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung wahlweise auch eine Unterhaltsklage durch den nicht beklagten Elternteil als Prozessstandschaft zu. Prozessstandschaft bedeutet, dass die behauptete Sachlegitimation und die Prozessführungsbefugnis auseinanderfallen. Die als Prozessstandschaftlerin klagende Partei selbst ist demnach nicht aktivlegitimiert oder die beklagte Partei nicht passivlegitimiert; entsprechend wird ein Prozess in eigenem Namen über ein (behauptetes) fremdes Recht oder eine fremde Pflicht geführt. Eine Prozessstandschaft ist nur zulässig, wenn und soweit eine entsprechende gesetzliche Grundlage besteht. Eine solche erblickt das Bundesgericht für alle vermögensrechtlichen Ansprüche eines minderjährigen Kindes in Art. 318 Abs. 1 ZGB<sup>11</sup>. Voraussetzung ist aber auch hier, dass die als Prozessstandschaftlerin auftretende Partei keinem Interessenkonflikt unterliegt, da andernfalls ihr Vertretungsrecht und entsprechend auch ihre Prozessstandschaftsbefugnis in diesem Umfang entfällt. Wie bei der direkten Prozessvertretung ist ein Interessenkonflikt aber nur selten zu bejahen; ein solcher wird zudem durch die Official- und die Untersuchungsmaxime abgeschwächt und durch die Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 299 f. ZPO gänzlich beseitigt<sup>12</sup>. Klagt somit ein Elternteil als Prozessstandschafter, setzt seine

---

<sup>7</sup> Schwenger/Cottier, Basler Kommentar, 6.A., Art. 306 ZGB N. 7a

<sup>8</sup> Art. 279 Abs. 1 ZGB

<sup>9</sup> Art. 67 Abs. 2 ZPO

<sup>10</sup> Zogg, S. 15 ff.

<sup>11</sup> Zogg, S. 17 f. mit kritischen Bemerkungen

<sup>12</sup> Zogg, S. 20 f.

Prozessführungsbefugnis voraus, dass kein Interessenkonflikt besteht. Liegt ein solcher vor, vermag die Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 306/308 ZGB diesen Mangel nicht zu heilen, da ein solcher Beistand nur als gesetzlicher Vertreter, nicht aber als Prozessstandschafter, handeln kann. Möglich ist demgegenüber die Bestellung eines Beistands nach Artikel 299 f. ZPO; dies hat zur Folge, dass ein andernfalls bestehender Interessenkonflikt unbeachtlich wird<sup>13</sup>.

d) Das Bundesgericht hat beim ausserehelichen Kind festgehalten, dass die Aktiv- oder Passivlegitimation dem Inhaber der elterlichen Sorge ebenso wie dem minderjährigen Kind zuerkannt werden muss<sup>14</sup>. Macht der Inhaber oder die Inhaberin der elterlichen Sorge oder bei gemeinsamer Sorge die obhutsberechtigte Partei die Unterhaltsbeiträge für das Kind gestützt auf Art. 318 Abs. 1 ZGB in eigenem Namen geltend, obwohl der Anspruch dem Kind zusteht und es zu dessen prozessualer Durchsetzung aktivlegitimiert ist, liegt - wie dargelegt - Prozessstandschaft vor. Gemäss Bundesgericht begründet die gemeinsame elterliche Sorge allein keine abstrakte Interessenkollision zwischen (klagender) Mutter und Kind, aufgrund derer die Vertretungsmacht der Mutter entfielen und dem Kind ein Beistand für den Unterhaltsprozess bestellt werden müsste<sup>15</sup>. Dies rechtfertigt sich auch, weil sowohl im eherechtlichen als auch im selbstständigen Kindesunterhaltsprozess die strenge Untersuchungsmaxime gilt, die das Gericht verpflichtet, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen<sup>16</sup>. Ebenso sind beide Prozesse von der Officialmaxime beherrscht; das Gericht entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge<sup>17</sup>. Mit anderen Worten hängt das Urteil des Gerichts weder von den Tatsachenbehauptungen der Parteien noch von deren Rechtsbegehren ab, und das Gericht kann auf unangemessene Vorbringen und Anträge reagieren. Bereits aus diesen Gründen sind die Interessen des Kindes grundsätzlich genügend geschützt; Handlungsbedarf besteht erst, wenn ein konkreter Interessenkonflikt vorliegt oder die Handlungen des die Vertretung beanspruchenden Elternteils ungenügend erscheinen. Anders als in den von der Rechtsprechung bisher behandelten Fällen bleibt eine allfällige Interessenkollision nicht verborgen, sondern sie liegt offen und für alle erkennbar "auf dem Tisch". Ausserdem geht die Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind in aller Regel allen anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vor; der Kindesunterhalt genießt von Gesetzes wegen Priorität<sup>18</sup>. Im Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, im selbstständigen Kindesunterhaltsverfahren seien hinsichtlich der Vertretungsmacht eines Elternteils mit Blick auf Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB die Grundsätze von Art. 299 ZPO analog anzuwenden; ein Vertreter des Kindes ist durch das Gericht oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nur zu bestellen, wenn dies im konkreten Fall notwendig erscheint<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> Zogg, S. 34 f.

<sup>14</sup> BGE 136 III 366 f.

<sup>15</sup> BGE 145 III 393 (Regeste) und 397 f.

<sup>16</sup> Art. 296 Abs. 1 ZPO

<sup>17</sup> Art. 296 Abs. 3 ZPO

<sup>18</sup> BGE 145 III 398 f.

<sup>19</sup> BGE 145 III 399

4. a) Vorab ist festzuhalten, dass es sich hier um eine unübliche Konstellation handelt: Der Unterhaltsverpflichtete (der Berufungsbeklagte) klagt im eigenen Namen für das Kind gegen die Unterhaltsberechtigten. Aktivlegitimiert ist das Kind. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass der Berufungsbeklagte nicht als Vertreter des Kindes handelt, sondern als Prozessstandschafter. Demnach stellt sich auch die Frage nicht, ob der Berufungsbeklagte in diesem Unterhaltsprozess aktivlegitimiert ist oder nicht; vielmehr geht es um seine Prozessführungsbefugnis.

b) Die beiden zitierten Bundesgerichtsentscheide<sup>20</sup> gehen davon aus, dass der nicht obhutsberechtigte Elternteil gegen den obhutsberechtigten Elternteil im Rahmen einer Abänderung klagt<sup>21</sup>, oder dass bei gemeinsamer elterlicher Sorge die obhutsberechtigte Mutter das Kind vertreten kann<sup>22</sup>. Auch dem von der Berufungsklägerin zitierten Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. April 2019<sup>23</sup> liegt ein anderer Sachverhalt zugrunde<sup>24</sup>. Der Verweis der Berufungsklägerin auf diesen Entscheid ist zwar zutreffend, nur zitiert sie diesen unvollständig<sup>25</sup>, ohne den anschliessenden Halbsatz zu erwähnen<sup>26</sup>. Die angeführten Entscheide sind damit nicht unbeschadet auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar.

Laut BGE 145 III 397 ff., Erw. 2.7, ist eine Interessenkollision grundsätzlich abstrakt zu bestimmen. Offensichtlich sei die Interessenkollision zwischen dem Kind und dem auf Unterhalt eingeklagten Elternteil; dessen Vertretungskompetenz falle weg, was grundsätzlich zum Alleinvertretungsrecht des andern Elternteils führe. Im Kontext des Kindesunterhalts werde in der Doktrin auch von einer Interessenkollision des anderen Elternteils ausgegangen, wenn Ehegatten- beziehungsweise nachehelicher Unterhalt in Konkurrenz zum Kindesunterhalt stehe, oder wenn Betreuungsunterhalt gefordert werde. Soweit ersichtlich werde dagegen nicht postuliert, es bestehe eine Interessenkollision, wenn es lediglich um den Barunterhalt des Kindes gehe. Keine Interessenkollision sei schliesslich im Interesse des fordernden Elternteils zu sehen, selbst wenn Unterhalt in Geld leisten zu müssen, denn diesfalls seien die Interessen des Kindes und jene des klagenden Elternteils gleichgerichtet<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> BGE 136 III 365; BGE 145 III 393

<sup>21</sup> BGE 136 III 365

<sup>22</sup> BGE 145 III 393 ff.

<sup>23</sup> LZ180012, Erw. II.2.2

<sup>24</sup> In diesem Zürcher Verfahren klagten die Kinder in eigenem Namen gegen den mit der Mutter nicht verheirateten Vater (unter anderem) auf Unterhalt. Zu prüfen war, ob die von der Mutter allein erteilte Vollmacht an die Rechtsvertreterin der Kinder Bestand hat.

<sup>25</sup> "Die gemeinsame Sorge wird daher mit Bezug auf die Unterhaltsfrage beim beklagten Unterhaltsschuldner ex lege beschränkt, während der andere Elternteil das Kind in diesem Punkt alleine vertreten kann."

<sup>26</sup> "(...) soweit nicht auch bei ihm (gemeint dem anderen Elternteil) eine Interessenkollision vorliegt" (Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. April 2019, LZ180012, Erw. II.2.2). Eine Interessenkollision (der Mutter) verneinte das Zürcher Obergericht und erachtete die erteilte Vollmacht für gültig.

<sup>27</sup> BGE 145 III 397

c) aa) Hier beantragte der Berufungsbeklagte vor Vorinstanz, er sei als Kläger zu verpflichten, an den Unterhalt des Kindes Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Massgebend ist dabei weniger die Parteirolle des Berufungsbeklagten, sondern dass er die unterhaltsverpflichtete Partei ist. Dies muss unabhängig davon gelten, ob die Obhut bei der anderen Seite liegt oder ob es sich um geteilte, allenfalls je hälftige, Obhut handelt. Die Interessen des unterhaltsverpflichteten Elternteils und des Kindes sind unterschiedlich. Das Kind hat Anspruch auf angemessenen Unterhalt und ein Interesse an einem eher hohen Unterhalt, auch an einer Sparquote. Zwar hat auch der unterhaltsverpflichtete Elternteil Interesse an einem angemessenen Unterhalt für das Kind, damit das Kindeswohl gewahrt ist; trotzdem wird er aber die Obergrenze des Unterhalts tiefer als das Kind ansetzen, unabhängig davon, ob das Kind dabei effektiv sparen könnte oder die finanziellen Mittel dem anderen Elternteil indirekt zugutekämen.

bb) Die Berufungsklägerin als der die Obhut innehabender Elternteil wehrt sich gegen die Festsetzung des Kindesunterhalts und nimmt damit die Interessen des Kindes nicht genügend wahr. Sie hatte nicht von sich aus im eigenen oder im Namen des Kindes Unterhalt eingeklagt und bringt vor, dem Kind mangle es bei ihr an nichts. Unzutreffend ist die Auffassung, das Kind erleide keinen (finanziellen) Nachteil, da die Berufungsklägerin in der Lage sei, für den Unterhalt der Tochter aufzukommen. Gerade ihre Subeventualanträge für den Fall, dass auf die Klage einzutreten wäre, zeigen, dass sie nicht nur einen höheren Barunterhalt beantragt als vom Berufungsbeklagten seinerseits beantragt, sondern, dass sie nebst Betreuungsunterhalt auch einen Überschussanteil verlangt. Dieser Überschuss enthält eine Sparquote. Mindestens um so viel wäre das Kind bessergestellt. Zudem verhindert die Berufungsklägerin, wie der Berufungsbeklagte zu Recht vorbringt, dass die Vorinstanz den dem Kind zustehenden Unterhaltsbeitrag festsetzen konnte, unabhängig davon, ob dieser in der Höhe des vom Berufungsbeklagten beantragten Betrags oder höher liegt. Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb die Berufungsklägerin sich der gerichtlichen Festsetzung des Unterhaltsbeitrags für das Kind vor Vorinstanz widersetzt. In dieser Konstellation muss auch bei der Berufungsklägerin von einem konkreten Interessenkonflikt ausgegangen werden: Sie selbst bringt denn auch vor, dass der aktuell bezahlte Unterhalt deutlich zu tief sei, unternimmt aber nichts dagegen. Im Übrigen sind die finanziellen Verhältnisse der Berufungsklägerin, soweit ersichtlich, zwar solide, aber dennoch nicht dergestalt, dass sie für längere Zeit auf Unterhalt zugunsten des Kindes verzichten sollte. Entgegen ihren Vorbringen in der Replik liegt es nicht im Ermessen<sup>28</sup> des obhutsberechtigten Elternteils zu entscheiden, wann und ob er Kindesunterhaltsbeiträge einfordert. Art. 308 Abs. 2 ZGB sieht denn auch eine Beistandschaft zur Wahrung des Unterhaltsanspruchs vor, wenn es die Verhältnisse erfordern.

---

<sup>28</sup> Es ist grundsätzlich seine Pflicht.

d) Bei dieser speziellen Konstellation ist aufgrund der unterschiedlichen Interessen der Parteien und des Kindes eine Kindesvertretung nach Art. 299 Abs. 2 ZPO anzuordnen<sup>29</sup>. Die Einsetzung einer Kindesvertretung, wenn beide Eltern aufgrund konkreter Interessenkonflikte dafür nicht infrage kommen, muss trotz Untersuchungs- und Officialmaxime erfolgen. Das Kind muss rechtsgenügend vertreten sein.

Die Parteirollen der Eltern im Prozess bleiben bestehen. Der Berufungsbeklagte klagt im Sinn einer Prozessstandschaft in eigenem Namen über Rechte des Kindes; aktivlegitimiert ist aber das Kind. Zudem beantragt er in einer ersten Phase eine geteilte und ab Kindergartenbeginn des Kindes die alternierende Obhut und strebt damit auch die Obhut an, womit die Prozessstandschaft<sup>30</sup> auch aus diesem Grund bei ihm gegeben ist. Korrigiert wird die latente Interessenkollision bei den Beteiligten mit der Kindesvertretung.

Obergericht, 2. Abteilung, 11. November 2021, ZBR.2021.10

---

<sup>29</sup> Vgl. Affolter-Fringeli/Vogel, Berner Kommentar, Bern 2016, Art. 301 ZGB N. 36a, die von einer zwar nicht identischen, aber doch vergleichbaren Situation ausgehen, nämlich, wenn beide Elternteile mit gemeinsamer Sorge klage- und widerklageweise den Unterhaltsanspruch des Kindes wahrnehmen wollen und daher ein Beistand gestützt auf Art. 306 Abs. 2 ZGB zu bestellen sei. Seit 2017 besteht für diesen Interessenkonflikt (Unterhalt) im Prozess mit Art. 299 ZPO (Anordnung einer Vertretung des Kindes) eine spezielle Norm. Die weitere Literatur verweist auf Affolter-Fringeli/Vogel (Maranta/Fassbind, Interessenkollision im Kindesunterhaltsrecht?, in: ZKE 2016 S. 460) oder zieht die vorliegende Konstellation nicht in Erwägung (Roelli, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht [Hrsg.: Breitschmid/Jungo], 3.A., Art. 279 ZGB N. 2; Zogg, S. 1 ff.).

<sup>30</sup> Diese steht dem obhutsberechtigten Elternteil zu.



**5. Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB, wonach die Entschädigung des Berufsbeistands an den Arbeitgeber fällt, ist auch auf private Fachbeistände anwendbar.**

(Art. 404 Abs. 1 ZGB)

1. a) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde errichtete für die Verbeiständete eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung gemäss Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB und ernannte als Beistand eine natürliche Person. Sie beauftragte ihn unter anderem, jährlich einen Bericht samt Rechnung und Originalbelegen einzureichen. Als Entgelt sah die Behörde eine Pauschalentschädigung von maximal Fr. 7'000.00 vor.

b) Der Beistand übermittelte der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Rechnung und den Bericht. Diese brachte mehrere Beanstandungen an, insbesondere wies sie darauf hin, die Rechnung sei exklusive Mehrwertsteuer zu stellen. Der Beistand reichte daraufhin eine angepasste Rechnung über Fr. 7'000.00 und eine Rechnung für Spesen ein.

c) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde genehmigte den Bericht und die korrigierte Rechnung. Zudem hielt sie fest, die Pauschalentschädigung für die Führung der Beistandschaft belaufe sich auf Fr. 7'000.00. Diesen Betrag habe die Verbeiständete zu tragen, wobei die Berufsbeistandschaft für die Auszahlung der Entschädigung an den Beistand, nach allfälligem Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen, besorgt sei.

d) Dagegen erhob die Arbeitgeberin des Beistands Beschwerde. Sie rügt, dass die Vorinstanz die Entschädigung gestützt auf Art. 404 Abs. 1 ZGB an sie und nicht an den Beistand als Privatperson hätte ausbezahlen müssen. Dieser sei in seiner Funktion als Treuhänder als Beistand eingesetzt worden; er sei folglich Fachbeistand. Der Beistand sei als Treuhänder bei ihr angestellt. Er übe das Vermögensverwaltungsmandat für die Verbeiständete während der Arbeitszeit und somit unter Lohnzahlungspflicht aus.

2. a) Gemäss Art. 400 Abs. 1 Satz 1 ZGB ernennt die Erwachsenenschutzbehörde als Beistand oder Beiständin eine natürliche Person, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt.

b) Das ZGB unterscheidet zwischen Berufsbeiständen und den übrigen Beiständen, den sogenannten - jedoch nicht ausdrücklich in dieser Form bezeichneten - Privatbeiständen. Faktisch existieren drei Kategorien von Beiständen: Zum einen können innerhalb der Privatbeistände Bei-

standsaufgaben von Privatpersonen mit oder ohne spezifische berufliche Qualifikationen wahrgenommen werden. Ferner ist es Mitarbeitenden von Sozialdiensten oder Berufsbeistandschaften gestattet, als Beistände zu amten<sup>1</sup>.

c) Werden Privatpersonen ohne spezifische berufliche Qualifikationen mit Bezug auf den Erwachsenenschutz (sogenannte private Mandatsträgerinnen und -träger) als Beistände eingesetzt, handelt es sich dabei regelmässig um Angehörige oder Personen aus dem Umfeld der verbeiständeten Person oder um Personen aus der Freiwilligenarbeit. Für Privatpersonen mit spezifischen beruflichen Qualifikationen, welche neben anderen Aufgaben auch Beistandsmandate führen, wird der Begriff "Fachbeistände" verwendet. Darunter fallen namentlich Mitarbeitende öffentlicher Sozialdienste, der Pro-Werke (Pro Infirmis, Pro Senectute, Procap) sowie von privaten Unternehmen, welche Sozialarbeit anbieten. Ebenfalls dazuzuzählen sind freiberuflich tätige Fachbeistände, die für eine oder mehrere Erwachsenenschutzbehörden eine Mehrzahl von Mandaten führen, sowie Personen, die aufgrund ihres spezifischen Sachverstands als Beistände ernannt werden. Mitarbeitende von Berufsbeistandschaften oder Sozialdiensten, die hauptsächlich Beistandsmandate führen, werden als Berufsbeistände bezeichnet. Diese Personen müssen über bestimmte Kompetenzen verfügen, wobei neben den beruflichen Grundvoraussetzungen auch persönliche Eigenschaften von Bedeutung sind. Überdies werden Berufsbeistände durch eine professionelle Organisation unterstützt, wodurch notwendiges Fachwissen, fachliche und methodische Unterstützung und eine lückenlose Mandatsführung über Stellvertretungsregelungen abgedeckt werden können. Es ist mehrheitlich Sache der Kantone, die entsprechenden Dienste des Sozialwesens bereitzustellen<sup>2</sup>.

d) Die Beschwerdeführerin kann - als juristische Person - von Gesetzes wegen nicht als Beiständin amten<sup>3</sup>. Die Vorinstanz ernannte denn auch deren Angestellten als natürliche Person zum Beistand. Er ist als Privatbeistand mit spezifischer beruflicher Qualifikation beziehungsweise als Fachbeistand zu qualifizieren, denn er wurde aufgrund seines Fachwissens und seiner Tätigkeit als Treuhänder ernannt.

3. a) aa) Gemäss Art. 404 Abs. 1 Satz 1 ZGB hat der Beistand oder die Beiständin Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person. Das Gesetz behandelt Berufsbeistände und Privatbeistände somit grundsätzlich gleich<sup>4</sup>. Da es indessen nicht richtig wäre, wenn die Berufsbeiständin oder der Berufsbeistand zusätzlich zum Lohn noch ein Entgelt vom Verbeiständeten erhalten würde, be-

---

<sup>1</sup> BGE 146 V 142 f.

<sup>2</sup> BGE 146 V 143 f.

<sup>3</sup> Art. 400 Abs. 1 ZGB

<sup>4</sup> BGE 146 V 143

stimmt Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB deshalb, dass bei einem Berufsbeistand oder einer Berufsbeiständin im Anstellungsverhältnis die Entschädigung und der Spesenersatz an den Arbeitgeber fällt. Es handelt sich dabei um eine Legalzession zugunsten des Arbeitgebers<sup>5</sup>.

bb) Die Beschwerdeführerin macht geltend, Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB gelte nicht nur für Berufsbeistände, sondern auch für Fachbeistände, die in einem Anstellungsverhältnis stünden. Es ist somit zu prüfen, ob Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB auch auf Fachbeistände anwendbar ist.

b) aa) Die Auslegung einer Gesetzesbestimmung hat von deren Wortlaut auszugehen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, muss das Gericht unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach der wahren Tragweite der Norm suchen. Es hat den Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, zu berücksichtigen (historisches Auslegungselement). Zudem hat das Gericht nach dem Zweck und den dem Text zugrundeliegenden Wertungen zu forschen (teleologisches Element). Zu berücksichtigen ist ferner die systematische Stellung der Norm im Kontext und das Verhältnis zu anderen Gesetzesvorschriften (systematisches Element)<sup>6</sup>.

bb) Der Wortlaut von Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB ist insofern klar, als das Gesetz ausdrücklich von "Berufsbeiständen" spricht. Nach der dargelegten Terminologie handelt es sich bei einer Berufsbeiständin oder einem Berufsbeistand um eine Person, deren berufliche Tätigkeit hauptsächlich darin besteht, ein Amt zu führen. Dem Wortlautargument ist jedoch kein allzu grosses Gewicht beizumessen, da die Abgrenzung zwischen Berufsbeistandschaft und anderen Formen der Beistandschaft nicht auf der begrifflichen Ebene vollzogen werden kann. Zwischen den unterschiedlichen Formen der Beistandschaften besteht ein nur gradueller Unterschied, der sich nach dem Grad der Professionalisierung richtet.

cc) Vor der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts fiel die Entschädigung dem Amtsvormund persönlich zu<sup>7</sup> und nicht dem Gemeinwesen, das ihn angestellt hatte. Dienstrechtlich wurde allerdings regelmässig vorgesehen, dass eine solche Entschädigung an die Kasse der Amtsvormundschaft abzuliefern ist. Das neue Recht vereinfacht mit Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB somit die Situation<sup>8</sup>.

Der historische Entstehungskontext von Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB spricht dafür, die gesetzliche Legalzession auf Beistände zu beziehen, deren hauptberufliche Tätigkeit im Erwachse-

---

<sup>5</sup> Reusser, Basler Kommentar, 6.A., Art. 404 ZGB N. 33

<sup>6</sup> BGE 147 III 221

<sup>7</sup> Art. 416 aZGB

<sup>8</sup> Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) von 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7051

nenschutzrecht liegt. Aus der Botschaft ergibt sich aber auch, dass der Gesetzgeber die Entschädigungsproblematik bei Fachbeiständen, die in unselbstständiger Erwerbstätigkeit stehen, nicht vor Augen hatte.

dd) In systematischer Hinsicht ist den Wechselbezügen zu anderen Rechtsbereichen Rechnung zu tragen. Soweit eine Beistandsperson gestützt auf einen Arbeitsvertrag ein Mandat führt, ist sie nach Art. 321b Abs. 1 OR dazu verpflichtet, den Arbeitgeber über in beruflicher Stellung erhaltene Geldzahlungen zu informieren sowie die Geldbeträge herauszugeben. Im internen Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht, mit anderen Worten, eine umfassende Herausgabepflicht. Die im Aussenverhältnis - zwischen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und der Beistandsperson - geltenden Abrechnungsmodalitäten haben sodann Einfluss auf die sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Qualifikation. Das zeigt der vorliegende Fall exemplarisch: Die Beschwerdeführerin ist Mehrwertsteuerpflichtig, der Beistand anscheinend nicht. AHV-beitragsrechtlich gilt die Tätigkeit der Beistandsperson unter Umständen als selbstständige Erwerbstätigkeit, wenn die entsprechenden Unterstellungskriterien erfüllt sind<sup>9</sup>. Das systematische Auslegungselement verdeutlicht damit, dass der Geldfluss zwischen der Beistandsperson und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde steuer-, sozialversicherungs- und arbeitsrechtliche Fragen aufwirft, die sich anhand der in jedem Rechtsgebiet geltenden Kriterien beantworten lassen.

ee) Der Zweck von Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB besteht darin, eine Doppelentschädigung derjenigen Beistandsperson zu verhindern, die zugleich Lohn für ihre Tätigkeit erhält<sup>10</sup>. In der Literatur wird ausgehend von diesem Zweckgedanken eine extensive Auslegung von Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB befürwortet. So beschränke sich die Bestimmung nicht auf Berufsbeistände, sondern könne beispielsweise auch auf einen Mitarbeiter einer Bank anwendbar sein, der zum Beistand ernannt wurde<sup>11</sup>.

ff) Die vier Auslegungselemente ergeben kein klares Bild: Während der Wortlaut von Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB dafür spricht, die Legalzession nur auf Berufsbeistände anzuwenden, stützt der Zweck dieser Bestimmung eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung. Das historische Auslegungselement zeigt, dass die Regelungsabsicht des Gesetzgebers auf ein bestimmtes Ziel gerichtet war: Die altrechtliche Problematik der Anrechenbarkeit von Entschädigungen sollte entschärft werden. Der Gesetzgeber setzte sich indessen nicht mit den heutigen wirtschaftlichen Gegebenheiten im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auseinander. Eine zeitgemässe Auslegung von Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB muss auf diesen realen Hintergrund Bezug

---

<sup>9</sup> BGE 146 V 139

<sup>10</sup> Reusser, Art. 404 ZGB N. 33

<sup>11</sup> Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6.A., N. 20.129; Meier, Zürcher Kommentar, Zürich 2021, Art. 404 ZGB N. 44 Fn. 81; Balestrieri, Die Vermögensverwaltung im neuen Erwachsenenschutzrecht, in: ZKE 2011 S. 229

nehmen. Die Aufgabe des unter altem Recht bestehenden Amtszwangs für vormundschaftliche Massnahmen<sup>12</sup> legte den Grundstein für die Professionalisierung der Führung von Beistandschaften. Der Gesetzgeber hielt gleichwohl daran fest, dass nur eine natürliche Person als Beiständin oder Beistand eingesetzt werden kann<sup>13</sup>. Mit diesem Systementscheid unterstreicht das Gesetz zum einen die Notwendigkeit der persönlichen Mandatsführung, zum anderen hemmt es die Entwicklung einer privat (und interdisziplinär) organisierten Geschäftstätigkeit im Beistandswesen<sup>14</sup>. Die so geschaffene Ausgangslage trägt den Bedürfnissen eines professionalisierten privaten Beistandswesens kaum Rechnung, denn für Privatbeistände bleibt der Zusammenschluss in einer juristischen Person vorderhand nicht sinnvoll. Vor diesem Hintergrund gewinnen die in der Lehre geäusserten teleologischen Argumente für eine weite Auslegung von Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB stark an Gewicht. Verfolgt das Gesetz in erster Linie das Ziel einer qualitativ hochstehenden und professionellen Begleitung durch Beiständinnen und Beistände, darf der Systementscheid für eine persönliche Mandatsführung nicht zu einer Erschwernis für die Organisation des privaten Beistandswesens werden. Überall dort, wo eine Beiständin oder ein Beistand mit hohem Professionalisierungsgrad ein Mandat in unselbstständiger Rechtsstellung führt, besteht eine Interessenslage, die mit der in Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB ausdrücklich geregelten Konstellation vergleichbar ist.

gg) Damit ergibt eine zeitgemäss-teleologische Auslegung von Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB eine über den (zu) engen Wortlaut hinausgehende Anwendung auf Fachbeistände, die in einer vergleichbaren Erwerbssituation stehen wie Berufsbeistände. Ob dies zutrifft, muss im Einzelfall unter Würdigung aller Umstände geprüft werden.

hh) Zu berücksichtigen sind im Übrigen die Gestaltungsmöglichkeiten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. Die Beistandsperson wird durch einen Ernennungsakt ins Amt gesetzt. Rechtlich gesehen handelt es sich um einen mitwirkungsbedürftigen Entscheid<sup>15</sup>, der sowohl der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als auch der zukünftigen Amtsperson die Möglichkeit eröffnet, das Rechtsverhältnis zu regeln. In erster Linie sollte im Ernennungsakt klargestellt werden, wie die Entschädigung der Beistandsperson zu behandeln ist. So kann auf die Besonderheiten des Einzelfalls Rücksicht genommen werden. Die in Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB vorgesehene Legalzession bleibt vor allem dort relevant, wo eine Regelung fehlt.

c) Dem Ernennungsakt der Vorinstanz ist in Bezug auf die konkreten Abrechnungsmodalitäten einzig zu entnehmen, dass der Beistand pauschal mit Fr. 7'000.00 entschädigt werde. Zudem ergibt sich aus ihm, dass der Beistand die Verbeiständete vor der Errichtung der Beistandschaft als Treuhänder begleitete. Soweit ersichtlich, bestand das entsprechende Auftragsverhältnis

---

<sup>12</sup> Egger, Zürcher Kommentar, Zürich 1948, Art. 382 ZGB N. 1

<sup>13</sup> Art. 400 Abs. 1 ZGB

<sup>14</sup> Meier, Art. 400 ZGB N. 52 und 54

<sup>15</sup> Meier, Art. 400 ZGB N. 131; Reusser, Art. 400 ZGB N. 40

jedoch mit der Beschwerdeführerin. Eine über diese Geschäftsbeziehung hinausgehende persönliche Verbundenheit zwischen dem Beistand und der Verbeiständeten ist nicht aktenkundig. In der persönlichen Anhörung führte die Verbeiständete aus, sie wolle den Beistand nicht als privaten Mandatsträger; es genüge, wenn er als Treuhänder eingesetzt werde. Die Beschwerdeführerin legt in der Beschwerdeschrift sodann nachvollziehbar dar, der Beistand habe sein Mandat während der Arbeitszeit und unter Lohnzahlungspflicht ausgeübt. Seine Tätigkeit für die Verbeiständete unterscheide sich nicht von seiner Stammtätigkeit als Treuhänder. Im Gegenteil übernehme er für die verbeiständete Person genau diejenigen Aufgaben, die er als Treuhänder ausführe. Tatsächlich umfasst die - auf dem Briefpapier der Beschwerdeführerin gedruckte - Leistungsaufstellung zahlreiche Positionen mit der Bezeichnung "allgemeine Treuhänderarbeiten" und "Buchhaltungsarbeiten". Die Situation des Beistands ist folglich vergleichbar mit jener eines Berufsbeistands, der in einem Anstellungsverhältnis zu einer privat- oder öffentlich-rechtlichen Institution steht. Dementsprechend ist Art. 404 Abs. 1 Satz 2 ZGB auf ihn anwendbar. Als Folge der Legalzession hätte die Vorinstanz die Mandatsentschädigung der Beschwerdeführerin zusprechen müssen. Die Beschwerde ist insoweit zu schützen.

Obergericht, 1. Abteilung, 14. April 2022, KES.2022.13

## **6. Legitimation der Tochter zur Erhebung einer Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde im Verfahren um Errichtung einer Beistandschaft für ihren Vater; Interessenkollision**

(Art. 450 Abs. 2 ZGB)

1. a) Die Beschwerdeführerin reichte bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Gefährdungsmeldung betreffend ihren Vater, Jahrgang 1937, ein. Sie machte geltend, dass ihr Vater an Alzheimer leide und deshalb seine Angelegenheiten nicht mehr erledigen könne. Sie gehe davon aus, dass auch ihre Mutter, ebenfalls Jahrgang 1937, in Zukunft eine Beistandschaft benötigen werde. Ihre Mutter sei mit der Erledigung der Angelegenheiten des Vaters überfordert. Daher beantragte die Beschwerdeführerin, als Beiständin für ihren Vater eingesetzt zu werden. In der Folge gelangte die Beschwerdeführerin mit diversen E-Mails an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und ersuchte mehrmals um Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

b) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde leitete verschiedene Abklärungen in die Wege; sie hörte unter anderem die Eltern der Beschwerdeführerin an und holte Arztberichte ein.

c) Drei Monate, nachdem die Beschwerdeführerin die Gefährdungsmeldung bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einreichte, erhob sie Beschwerde beim Obergericht. Sie machte zusammenfassend geltend, dass trotz ihrer Gefährdungsmeldung und ihrem Antrag auf Einsetzung als Beiständin für ihren Vater weder vorsorgliche Massnahmen angeordnet noch eine Beistandschaft errichtet worden seien.

2. a) Die Erwachsenenschutzbehörde errichtet eine Beistandschaft, wenn eine volljährige Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann oder wenn eine volljährige Person wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln kann noch eine zur Stellvertretung berechnete Person bezeichnet hat. Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten sind zu berücksichtigen. Die Beistandschaft wird auf Antrag der betroffenen oder einer nahestehenden Person oder von Amtes wegen errichtet<sup>1</sup>. Der Begriff der nahestehenden Person ist derselbe wie jener in Art. 450 Abs. 2 Ziffer 2 ZGB. Der Antragsteller wird zum Verfahrensbeteiligten<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 390 ZGB

<sup>2</sup> Fountoulakis, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Breitschmid/Jungo), 3.A., Art. 390 ZGB N. 12; Meier, in: FamKommentar Erwachsenenschutz (Hrsg.: Büchler/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 390 ZGB N. 28 und 39; Biderborst/Henkel, Basler Kommentar, 6.A. Art. 390 ZGB N. 27;

b) Die "nahestehende Person" gemäss Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB ist eine qualifizierte Drittperson, die sich durch ein besonderes Näheverhältnis zur unmittelbar betroffenen Person von anderen Dritten unterscheidet. Das Wort "nahestehen" beschreibt dabei eine bis in die Gegenwart reichende, auf unmittelbarer Kenntnis der Persönlichkeit der betroffenen Person beruhende, von dieser bejahte und von der Verantwortung für deren Ergehen geprägte Beziehung, welche die Drittperson als geeignet erscheinen lässt, Interessen der betroffenen Person wahrzunehmen; eine Rechtsbeziehung ist nicht erforderlich. Diese Eigenschaften - (1) unmittelbare Kenntnis der Persönlichkeit der betroffenen Person, (2) Bejahung durch die betroffene Person und (3) Verantwortung für das Ergehen der betroffenen Person - sind zum Nachweis der Beschwerdebefugnis glaubhaft zu machen<sup>3</sup>. Das Merkmal, wonach es sich um eine von der betroffenen Person "bejahte" Beziehung handeln muss, dürfte so zu verstehen sein, dass eine vom Beschwerdeführer zwar gesuchte, von der betroffenen Person aber zurückgewiesene Nähe nicht ausreicht<sup>4</sup>.

3. a) Die Beschwerdeführerin macht bezüglich ihrer Legitimation zur Einreichung einer Beschwerde keine Ausführungen. Sie scheint davon auszugehen, dass sie als Tochter der betroffenen Person sowie aufgrund der Tatsache, dass sie die Gefährdungsmeldung beziehungsweise den Antrag auf Errichtung einer Beistandschaft eingereicht hat, als nahestehende und am Verfahren beteiligte Person anzusehen ist. Als Tochter des Betroffenen ist die Beschwerdeführerin grundsätzlich vermutungsweise als nahestehende Person anzuerkennen. Fraglich ist, ob die Vermutung im vorliegenden Fall widerlegt wird und die Beschwerdeführerin tatsächlich geeignet erscheint, die Interessen des Betroffenen wahrzunehmen.

b) Es zeigt sich bereits aus der Gefährdungsmeldung der Beschwerdeführerin, dass sich der Kontakt zwischen ihr sowie ihren Eltern schwierig gestaltet. Auch aus den weiteren Eingaben der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz und der Beschwerdeschrift ist ersichtlich, dass zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Eltern, insbesondere ihrer Mutter, ein starkes Spannungsverhältnis besteht, welches einer Interessenwahrung für den betroffenen Vater durch die Beschwerdeführerin aufgrund des Konfliktrisikos abträglich ist. In den Akten findet sich weiter ein Schreiben einer Nachbarin der Eltern der Beschwerdeführerin, welches mutmassliche Ungereimtheiten bezüglich der (zwischenzeitlich aufgehobenen) Bankvollmacht der Beschwerdeführerin für ihre Eltern in den Raum stellt. Anlässlich der persönlichen Anhörung der Mutter äusserte sich diese, durch die Bank auf Unstimmigkeiten aufmerksam gemacht worden zu sein, welche zum Entzug der Vollmacht an die Beschwerdeführerin geführt hätten. Sie hätten früher lange keinen Kontakt zu ihrer Tochter gehabt; sie habe immer wieder Geld von ihnen verlangt. Seit dem Entzug der Bankvollmacht hätten sie keinen Kontakt mehr; sie schreibe lediglich wüste Briefe. Sie hätten früher ein

---

Fankhauser/Fischer, Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in: FamPra.ch 2019 S. 1080

<sup>3</sup> BGE vom 7. Dezember 2015, 5A\_112/2015, Erw. 2.5.1.2; vgl. auch BGE vom 8. Mai 2020, 5A\_721/2019, Erw. 2.3.1; BGE vom 5. November 2013, 5A\_663/2013, Erw. 3.2

<sup>4</sup> Droese/Steck, Basler Kommentar, 6.A., Art. 450 ZGB N. 32



gutes Verhältnis zu ihrer Tochter gehabt, dann nicht mehr. Anlässlich seiner Anhörung vor Vorinstanz erklärte der Vater, er habe seiner Tochter vor einiger Zeit eine Vollmacht erteilt, diese jedoch widerrufen. Schliesslich haben die Eltern - offenbar aufgrund diverser Schwierigkeiten mit ihrer Tochter - einen Rechtsanwalt mandatiert. Insgesamt muss vor diesem Hintergrund festgehalten werden, dass die Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Eltern weder von ihrer Verantwortung für deren Wohlergehen geprägt erscheint, noch von diesen als solche anerkannt und akzeptiert wird. Die Beschwerdeführerin ist daher nicht als nahestehende - im Sinn einer beschwerdelegitimierte Person gemäss Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB - und nicht als verfahrensbeteiligte Person anzuerkennen und kann ihre Beschwerdeberechtigung nicht daraus ableiten.

4. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin keine Beschwerdelegitimation zur Anhebung einer Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde zukommt. Auf ihre Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

Obergericht, 1. Abteilung, 31. August 2022, KES.2022.44



## **7. Verfahren zur Geltendmachung eines Schadens im Rahmen behördlicher Massnahmen des Erwachsenenschutzes nach Art. 454 Abs. 1 ZGB**

(Art. 454 Abs. 1 ZGB; § 12 Abs. 1 Verantwortlichkeitsgesetz)

1. a) Für die Beschwerdeführerin wurde eine altrechtliche Beistandschaft nach Art. 394 aZGB errichtet, die später von der Vorinstanz in eine Erwachsenenschutzmassnahme nach Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 395 Abs. 1 ZGB umgewandelt wurde. In diesem Zusammenhang ernannte die Vorinstanz eine neue Beiständin. In Folge Wohnsitzwechsels übernahm eine andere Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde das Verfahren und ernannte abermals eine neue Beiständin.

b) Diese neue Beiständin ersuchte die Vorinstanz um Prüfung, ob allenfalls ein Staatshaftungsfall vorliege. Im Laufe der Mandatsübernahme seien ihr mehrere, möglicherweise haftungsbegründende Verfehlungen der vormaligen Beiständin aufgefallen. Die Vorinstanz wies daraufhin einen Haftungsanspruch ab, wogegen sich die Beschwerdeführerin mit Beschwerde wehrte.

2. Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel anfechtbar. Nichtig, das heisst vollkommen unbeachtlich, sind Entscheide nur, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel eines Entscheids führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht<sup>1</sup>. Die Nichtigkeit ist von jeder Behörde, die mit der Sache befasst ist, jederzeit und von Amtes wegen zu beachten<sup>2</sup>.

3. a) Die Vorinstanz beurteilte den von der Beschwerdeführerin konkretisierten Haftungsanspruch. Grundlage desselben ist Art. 454 ZGB. Fraglich ist, ob der vorinstanzliche Entscheid nichtig im Sinn der dargelegten Rechtsprechung ist, was von Amtes wegen zu prüfen ist.

b) aa) Nach Art. 454 Abs. 1 ZGB hat, wer im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verletzt wird, Anspruch auf Schadenersatz und, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung. Haftbar ist nach Art. 454 Abs. 3 ZGB der Kanton; gegen die Person, die den Schaden verursacht

---

<sup>1</sup> BGE 147 III 229; BGE 145 III 438; BGE 139 II 260; BGE 137 I 275

<sup>2</sup> BGE 147 III 229; BGE 137 I 275; BGE 133 II 367; BGE 132 II 346

hat, steht der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zu. Für den Rückgriff des Kantons auf die Person, welche den Schaden verursacht hat, ist kantonales Recht massgebend<sup>3</sup>.

bb) Der in Art. 454 ZGB normierte Schadenersatzanspruch verjährt nach Ablauf von drei Jahren von dem Tag an gerechnet, an welchem die geschädigte Person Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren<sup>4</sup>. Diese mit der Revision des Verjährungsrechts<sup>5</sup> per 1. Januar 2020 in Kraft getretene Regelung<sup>6</sup> erfasst auch Verantwortlichkeitstatbestände, die sich vor dem 1. Januar 2020 ereigneten, sofern sie im Zeitpunkt des Inkrafttretens nach altem Recht noch nicht verjährt waren<sup>7</sup>.

cc) Art. 454 ZGB normiert eine ausschliessliche und direkte Kausalhaftung des Staats für die amtsgebundene Tätigkeit von Beistandspersonen<sup>8</sup>. Dieser Haftungsanspruch ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen, auch wenn er formell im Bundeszivilrecht seine Rechtsgrundlage findet<sup>9</sup>. Die innere Rechtfertigung dieser Zuordnung liegt darin, dass die Beistandsperson, jedenfalls soweit sie hoheitlich und gestützt auf einen behördlichen Entscheid aktiv wird, eine öffentliche Aufgabe erfüllt<sup>10</sup>. Dementsprechend unterliegt auch das Verhältnis der Beistandsperson zur Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde dem öffentlichen Recht<sup>11</sup>. Das öffentliche Haftungsregime ist so gesehen die Kehrseite des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen der Beistandsperson und der Behörde.

dd) Das Verfahren zur Geltendmachung eines Anspruchs nach Art. 454 ZGB richtet sich nach kantonalem öffentlichem Recht<sup>12</sup>. § 12 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes<sup>13</sup> bestimmt, dass das Verwaltungsgericht die von Privatpersonen geltend gemachten Verantwortlichkeitsansprüche beurteilt. Im Bereich des Erwachsenenschutzes ist das Verwaltungsgericht insbesondere zuständig, die aus einer fehlerhaften Amtsführung resultierenden Schäden zu beurteilen<sup>14</sup>.

---

<sup>3</sup> Art. 454 Abs. 4 ZGB

<sup>4</sup> Art. 60 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 455 Abs. 1 ZGB

<sup>5</sup> Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014 S. 235 ff.

<sup>6</sup> AS 2018 5347 und 5349

<sup>7</sup> Art. 49 Abs. 1 SchIT ZGB

<sup>8</sup> Hausheer/Wey, Basler Kommentar, 6.A., Art. 454 ZGB N. 6 und 6a

<sup>9</sup> Hausheer/Wey, Art. 454 ZGB N. 40; Mösch Payot/Rosch, in: Erwachsenenschutzrecht, Kommentar (Hrsg. Rosch/Büchler/Jakob), 2.A., Art. 454-456 ZGB N. 2; Wey, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Hrsg. Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck), Zürich/Basel/Genf 2016, N. 20.21

<sup>10</sup> Vgl. BGE vom 25. Mai 2016, 2C\_1059/2014, Erw. 4.1 (zum Verantwortlichkeitsrechtsgesetz des Bundes)

<sup>11</sup> BGE 145 I 193; BGE vom 23. Juni 2008, 5A\_319/2008, Erw. 3.2; Reusser, Basler Kommentar, 6.A., Art. 404 ZGB N. 3

<sup>12</sup> Hausheer/Wey, Art. 454 ZGB N. 40; Mösch Payot/Rosch, Art. 454-456 ZGB N. 2

<sup>13</sup> RB 170.3

<sup>14</sup> Siehe noch zum alten Recht: TVR 2005 Nr. 14

ee) Nichts anderes ergibt sich aus der von der Vorinstanz erwähnten Behördenpraxis. Diese von der Vorinstanz zutreffend zusammengefasste Praxis betrifft Haftungsfälle ab Fr. 1'000.00, welche die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden dem Obergericht zur Prüfung vorlegen. Dieses "Vorlageverfahren" bezweckt eine einfache und niederschwellige Bereinigung potenzieller Staatshaftungsfälle. Sie ändert aber nichts an der Zuständigkeitsordnung. Im Streitfall ist und bleibt das Verwaltungsgericht zuständig, um Ansprüche der geschädigten Person zu beurteilen.

4. a) Vorliegend wurde für die Beschwerdeführerin eine altrechtliche Beistandschaft nach Art. 394 aZGB errichtet und später in eine Erwachsenenschutzmassnahme nach Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 395 Abs. 1 ZGB umgewandelt. Es handelt sich somit um eine behördliche Erwachsenenschutzmassnahme. Die Haftung für potenzielle Schäden richtet sich nach Art. 454 ZGB, für deren Beurteilung das Verwaltungsgericht zuständig ist. Die Vorinstanz war entsprechend nicht zuständig, den Anspruch der Beschwerdeführerin materiell zu behandeln. Diese fehlende Zuständigkeit ist ein gravierender Mangel, der grundsätzlich zur Nichtigkeit des angefochtenen Entscheids führt.

b) Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Verfehlungen sollen sich ab dem Jahr 2016 ereignet haben. Da die Vorinstanz einen negativen Entscheid traf, führt die Aufhebung desselben lediglich dazu, dass die Beschwerdeführerin ihren Anspruch erneut - und nun im richtigen Verfahren - geltend machen kann. Die Aufhebung des angefochtenen Entscheids liegt somit im Interesse der Beschwerdeführerin. Die Rechtssicherheit spricht nicht gegen die Annahme der Nichtigkeit. Entsprechend ist festzustellen, dass der angefochtene Entscheid nichtig ist.

Obergericht, 1. Abteilung, 6. Juli 2022, KES.2022.23



## 8. Durchgriff für die erbrechtliche Ausgleichung bei Zuwendungen des Erblassers an eine von einem Erben beherrschte Gesellschaft

(Art. 626 Abs. 1 ZGB)

1. Die fünf Kinder des Erblassers - A, B, C, D und E - liegen im Streit um das Erbe ihres Vaters. A erhob gegen B, C, D und E Klage und beantragte, der Nachlass sei festzustellen und zu teilen. Der erstinstanzliche Entscheid, in welchem das Bezirksgericht einen "Durchgriff" bejahte und mit welchem es den Nachlass feststellte und teilte, wurde von mehreren Erben angefochten. Zwischen den Erben war unter anderem strittig, ob Zuwendungen des Erblassers (oder der von ihm beherrschten Unternehmen) an die X AG, welche im Eigentum von B steht, erbrechtlich ausgleichungspflichtig sind.

2. a) aa) Der "Durchgriff" gemäss Vorinstanz birgt gewisse Probleme. Erstens kommt dieses Vorgehen nur ausnahmsweise infrage. Zweitens ist für den sogenannten Durchgriff im Gesellschaftsrecht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur die Abhängigkeit der juristischen Person von der hinter ihr stehenden Person ("wirtschaftliche Beherrschung") Voraussetzung, worauf die Vorinstanz abstellte. Es braucht zusätzlich eine Missbrauchskomponente, nämlich die Gründung oder Verwendung der juristischen Person zu missbräuchlichen Zwecken. Gemäss langjähriger und konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt ein Durchgriff nur in Ausnahmefällen in Betracht. Die Unterscheidung zwischen zwei formell selbstständigen Personen kann durchbrochen werden, wenn zwischen einem Schuldner und einem Dritten eine wirtschaftliche Identität besteht und die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit offensichtlich zweckwidrig und damit rechtmisbräuchlich erfolgt<sup>1</sup>.

bb) Burckhardt Bertossa<sup>2</sup> spricht nicht von "Durchgriff", sondern von indirekten Zuwendungen des Erblassers. Sie führt aus, die Frage, wie indirekte Zuwendungen des Erblassers im Ausgleichsrecht behandelt werden, sei zwar - soweit ersichtlich - noch nicht geklärt. Ein typisches Beispiel seien die Fälle, in denen ein Kind in der Aktiengesellschaft des Erblassers mitarbeite und für seine Tätigkeit einen überhöhten Lohn beziehe. Die Differenz zwischen dem angemessenen und dem effektiv bezahlten Lohn stelle eine unentgeltliche Zuwendung dar. Allerdings werde diese von der Aktiengesellschaft und nicht vom Erblasser geleistet, sofern dadurch der Erblasser eine Vermögenseinbusse erleide (wie die Gewinnschmälerung durch höheren Geschäftsaufwand). Deshalb müsse der überhöhte Lohnanteil als unentgeltliche Zuwendung des Erblassers an sein Kind in seinem Nachlass berücksichtigt werden. Dasselbe müsse umgekehrt gelten, wenn der Erblasser eine Zuwendung an eine juristische Person tätige, die einem Nachkommen gehöre, wie

---

<sup>1</sup> BGE 145 III 361 mit Verweis auf BGE 144 III 546 und 548; vgl. auch ausführlich Monsch/von der Crone, Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, in: SZW 2013 S. 445 ff.

<sup>2</sup> Burckhardt Bertossa, in: Praxiskommentar Erbrecht (Hrsg.: Abt/Weibel), 4.A., Art. 626 ZGB N. 46 f.

beispielsweise durch eine Einlage in deren Reserven oder durch Teilnahme an einer Kapitalerhöhung mit überhöhtem Ausgabepreis. Wachse dadurch der Wert der Gesellschaftsanteile des Eigentümers, stelle dies eine unentgeltliche Zuwendung dar und unterliege entsprechend, soweit die unentgeltliche Zuwendung bewiesen werden könne, der Ausgleichung. Damit kommt Burckhardt Bertossa ohne eine zusätzliche Prüfung des Missbrauchs aus; die Zweckwidrigkeit ist gleichsam immanent. Diese Ausführungen überzeugen. Allerdings ergänzt Burckhardt Bertossa, das Bundesgericht schein die indirekte Zuwendung über den Durchgriff lösen zu wollen. Danach seien die Voraussetzungen für die Ausgleichung solcher "indirekter Zuwendungen" offenbar nur gegeben, wenn die Missbrauchsvoraussetzungen für den Durchgriff gegeben seien<sup>3</sup>.

cc) Koller<sup>4</sup> nimmt zu dieser Problematik ausführlich Stellung. Er führt zum Durchgriff aus, trotz der aufgezeigten Schwierigkeiten in Bezug auf das Erfordernis eines Rechtsmissbrauchs für die Anwendung eines klassischen Durchgriffs dürfe ein solcher in bestimmten erbrechtlichen Konstellationen nicht unmöglich sein. Man solle sich dabei am Kern des Ausgleichsrechts orientieren, und es dürfe nicht (einzig) auf den Rechtsmissbrauchstatbestand abgestellt werden. So seien der Gerechtigkeitsgedanke und der Grundsatz der Gleichbehandlung Leitlinien der gesetzlichen Ausgleichung nach Art. 626 Abs. 2 ZGB. An diesen Leitlinien solle auch die Beurteilung stattfinden, ob ein ausgleichsrechtlicher Durchgriff in solchen Konstellationen gerechtfertigt erscheine. Damit wäre ein Durchgriff wie im Steuerrecht nicht (mehr) direkte Folge eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, sondern ergäbe sich aus einer gestörten Wahrnehmung des Gerechtigkeits- und Gleichbehandlungsgedankens, wobei jeweils der Gesamteindruck berücksichtigt werden müsse<sup>5</sup>. Diese Ausführungen überzeugen insbesondere auch deshalb, weil dem Erblasser die Möglichkeit des Ausgleichsdispenses zur Verfügung steht. Wenn keine ausdrückliche Willensäußerung des Erblassers über einen Ausgleichsdispens vorliegt, ist aus Gründen der Gerechtigkeit und gemäss dem erbrechtlichen Prinzip der Gleichbehandlung davon auszugehen, der Erblasser wolle alle Nachkommen gleich behandeln, was eine Ausgleichungspflicht nach sich zieht, dient das Institut der Ausgleichung doch eben genau der Gleichbehandlung der Nachkommen<sup>6</sup>. Unter Bezugnahme auf Burckhardt Bertossa<sup>7</sup> erklärt Koller, der Problematik lasse sich auch mit der in der Lehre neuartigen Auffassung der Betrachtung der Zuwendungen als indirekte Zuwendungen begegnen. Er bejaht diese dargelegte Theorie der indirekten Zuwendungen<sup>8</sup> und bezeichnet sie als ein zweckdienliches Mittel, um solche Konstellationen im Sinn eines gerechten Ergebnisses zu lösen. Er schliesst mit der Bemerkung, dass das Institut der indirekten Zuwendungen durchaus Eingang in

---

<sup>3</sup> Burckhardt Bertossa, Art. 626 ZGB N. 47a mit Verweis auf BGE vom 11. Januar 2016, 5A\_994/2014, Erw. 5.4 f.

<sup>4</sup> Koller, Durchgriff und indirekte Zuwendungen im Erbrecht, in: AJP 2021 S. 19 ff.

<sup>5</sup> Koller, S. 24 f.

<sup>6</sup> Koller, S. 26

<sup>7</sup> Art. 626 ZGB N. 46 f.

<sup>8</sup> Koller, S. 27 ff.



die Rechtsprechung finden könne, habe das Bundesgericht bereits mit BGE vom 7. Januar 2010<sup>9</sup> gezeigt<sup>10</sup>.

dd) Dieser Auffassung folgend können somit Zuwendungen der vom Erblasser beherrschten Unternehmen an die Erben B und C sowie Zuwendungen der vom Erblasser beherrschten Unternehmen beziehungsweise des Erblassers selber an die X AG als indirekte Zuwendungen des Erblassers qualifiziert werden, die potentiell ausgleichungspflichtig sind. Weil nach dieser Auffassung die gesellschaftsrechtlich entwickelte Zweck- beziehungsweise Rechtsmissbräuchlichkeit nicht zusätzlich separat geprüft werden muss, ist die entsprechende "Unterlassung" der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Der Verzicht auf diese Prüfung ist auch gestützt auf die spezifisch erbrechtliche Argumentation und Auslegung Kollers gerechtfertigt. Zusammengefasst ist der "Durchgriff" gemäss Vorinstanz mit dieser nachgeschobenen Begründung nicht zu beanstanden. Mit dieser neuen rechtlichen Begründung ist auch den Einwendungen von B und C von vornherein der Boden entzogen, zumal deren Argumentation letztlich einzig darauf hinausläuft, der Durchgriff sei nicht gerechtfertigt, weil es sich um formell selbstständige Personen handle. Insoweit sind ihre Berufungen unbegründet.

Obergericht, 2. Abteilung, 29. März 2022, ZBR.2020.35

---

<sup>9</sup> 5A\_620/2007

<sup>10</sup> Koller, S. 31



## **9. Keine erbrechtliche Ausgleichungspflicht für eine Zuwendung des Erblassers an eine Patronale Vorsorgestiftung, die an das Einzelunternehmen eines Erben übertragen wurde**

(Art. 626 Abs. 1 ZGB)

1. a) Die fünf Kinder des Erblassers - A, B, C, D und E - liegen im Streit um das Erbe ihres Vaters. A erhob gegen B, C, D und E Klage und beantragte, der Nachlass sei festzustellen und zu teilen. Der erstinstanzliche Entscheid, in welchem das Bezirksgericht einen "Durchgriff" bejahte und mit welchem es den Nachlass feststellte und teilte, wurde von mehreren Erben angefochten.

b) Der Erblasser hatte im Jahr 1972 für die von ihm beherrschte Y AG eine Patronale Vorsorgestiftung errichtet. Im Jahr 1997 übernahm C mit seinem Einzelunternehmen die Arbeitnehmenden der Y AG, welche die operative Geschäftstätigkeit aufgegeben hatte. In der Folge wurde die Namensänderung der Stiftung bewilligt und die Stiftung in das Handelsregister eingetragen. Zwischen A und C ist unter anderem strittig, ob Zuwendungen des Erblassers an die Patronale Vorsorgestiftung der erbrechtlichen Ausgleichung durch C unterliegen.

2. a) Es geht somit um eine allfällige unentgeltliche Zuwendung des Erblassers an C auf dem Umweg über die rechtlich selbstständige und von C formal unabhängige Vorsorgestiftung. Damit stellt sich auch hier die Frage des "Durchgriffs" beziehungsweise nach einer ausgleichungspflichtigen indirekten Zuwendung<sup>1</sup>. Ob eine ausgleichungspflichtige indirekte Zuwendung über eine Stiftung gegeben ist, ist aufgrund der speziellen Struktur der Stiftung<sup>2</sup> besonders zu prüfen.

b) Unter "Zuwendung" kann in einem obligationenrechtlichen Sinn jede Handlung verstanden werden, durch die eine Person einer anderen einen Vermögensvorteil verschafft. Die Zuwendung kann sich aus einem Vermögensopfer oder aus einer Arbeitsleistung ergeben. Dieser Zuwendungsbegriff gilt auch für die Institute der Ausgleichung und Herabsetzung. Es geht somit um die Verschaffung eines wirtschaftlichen Vorteils<sup>3</sup>. Die Ausgleichungspflicht setzt voraus, dass ein solcher wirtschaftlicher Vorteil unentgeltlich verschafft wird. Auch bei einer indirekten Zuwendung, die für einen erbrechtlichen "Durchgriff" massgeblich ist, gilt als Grundvoraussetzung, dass wirtschaftliche Identität zwischen dem Erben, der ausgleichen soll, und der juristischen Person, welche die Zuwendung erhalten hat (beziehungsweise an den Erben erbracht hat), besteht. Der Vermögensvorteil muss dem in Anspruch genommenen Erben selber verschafft werden. Das bedeutet, dass entweder der Erbe über seine Stellung in der juristischen Person in der Lage ist (die

---

<sup>1</sup> Siehe RBOG 2022 Nr. 8

<sup>2</sup> Insbesondere Widmung eines Vermögens für einen besonderen Zweck (Art. 80 ZGB), kein Eigentümer, Aufsicht über die Verwendung des Stiftungsvermögens (Art. 84 ZGB) und Destinatäre

<sup>3</sup> BGE 136 III 307 f.; Burckhardt Bertossa, in: Praxiskommentar Erbrecht (Hrsg.: Abt/Weibel), 4.A., Art. 626 N. 28

Macht hat), die behauptete Zuwendung des Erblassers an die juristische Person für sich persönlich zu verwenden (zu realisieren, klassischer Fall ist der Alleinaktionär). Andererseits ist denkbar, insbesondere bei Stiftungen, dass die juristische Person so konstruiert ist, dass Zuwendungen des Erblassers unweigerlich und mit Sicherheit dem in Anspruch genommenen Erben zukommen. Zu prüfen ist somit in einem ersten Schritt, ob eine indirekte Zuwendung vorliegt, und in einem zweiten Schritt, ob eine allfällige indirekte Zuwendung unentgeltlich erfolgte.

c) aa) Fraglich ist, ob überhaupt von einer indirekten Zuwendung des Erblassers gesprochen werden kann.

bb) Entgegen der Darstellung der Vorinstanz ist eine Auflösung der Stiftung nicht jederzeit möglich. Vielmehr ist die Stiftung begrifflich eine dem Willen oder der Verfügung ihrer Organe und Destinatäre wie auch - sobald sie einmal errichtet ist - ihres Stifters entzogene juristische Person<sup>4</sup>. Während Körperschaften rechtsgültig ihre Selbstauflösung beschliessen können, hat das Gesetz der Stiftung (und erst recht Dritten, wie Stiftern, Destinatären usw.) eine entsprechende Kompetenz bewusst nicht eingeräumt. Eine Aufhebung der Stiftung erfolgt grundsätzlich nur nach Massgabe der Art. 88/89 ZGB<sup>5</sup>. Als Aufhebungsgründe kommen nur Unerreichbarkeit des Stiftungszwecks und widerrechtlich oder unsittlich gewordener Zweck infrage<sup>6</sup>.

cc) Die Kompetenzen und Möglichkeiten eines Stiftungsrats können nicht mit denjenigen eines Alleinaktionärs verglichen werden. Der Alleinaktionär ist Eigentümer der Gesellschaft und kann frei über sie verfügen. Das gilt für den Stiftungsrat gerade nicht; die Stiftung ist kein Objekt, das verkauft werden kann. Der Stiftungsrat kann auch nicht frei auf das Stiftungsvermögen greifen, auch dann nicht, wenn er gleichzeitig Destinatär ist, jedenfalls nicht bei Personalvorsorgestiftungen.

dd) Zwar ist der Patronalen Vorsorgestiftung beziehungsweise dem Patronalen Wohlfahrtsfonds eigen, dass die Destinatäre keine reglementarischen Rechtsansprüche haben. C und seine Partnerin sind zwar die einzigen beiden Stiftungsräte; ihnen kommt ein grosser Ermessensspielraum zu. Dieser Spielraum ist aber durch den Stiftungszweck begrenzt. Das erhebliche Ermessen muss pflichtgemäss ausgeübt werden<sup>7</sup>. Die Stiftung untersteht einer einschlägigen Aufsicht. Die Aufsicht erfolgte seit jeher, also auch zum behaupteten massgeblichen Zeitpunkt im Jahr 2000 ("Übernahme der Macht") und damit vor Inkrafttreten der ersten BVG-Revision per 1. Januar

---

<sup>4</sup> Riemer, Berner Kommentar, Bern 1975, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Art. 80 – 88<sup>bis</sup> ZGB, Systematischer Teil N. 23 (2.A., Systematischer Teil N. 37). Es wird aus der 1.A. zitiert, weil die Zuwendung auf das Jahr 2000 behauptet wird.

<sup>5</sup> Riemer, 1.A., Systematischer Teil N. 24 (2.A., N. 39)

<sup>6</sup> Art. 88 ZGB

<sup>7</sup> BGE 138 V 360

2005, gemäss BVG<sup>8</sup>. Die Aufsichtsbehörde hat allgemein dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird. Sie hat darüber zu wachen, dass die Organe der Stiftung keine Verfügungen treffen, die der Stiftungsurkunde oder dem Reglement beziehungsweise dem Gesetz widersprechen oder unsittlich sind. Die Aufsicht erstreckt sich aber nicht nur auf die Anlage und Verwendung des Stiftungsvermögens im engeren Sinn, sondern in dieser Hinsicht auch auf die generellen Anordnungen der Stiftungsorgane wie den Erlass von Reglementen und Statuten und auf die Verwaltung im Allgemeinen. In reinen Ermessensfragen hat sich die Aufsichtsbehörde indessen grösste Zurückhaltung aufzuerlegen. Sie hat nur dann einzugreifen, wenn die Stiftungsorgane bei der Ausführung des Stifterwillens das ihnen zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht haben, das heisst, wenn ein Entscheid unhaltbar ist, weil er auf sachfremden Kriterien beruht oder einschlägige Kriterien ausser Acht lässt<sup>9</sup>. Das beschränkt die Kognition der Aufsichtsbehörde im Wesentlichen darauf, die jeweils, je nach Umständen weitreichende Ermessensausübung auf Missbrauch (Über- oder Unterschreitung des Ermessens, Willkür) hin zu überprüfen<sup>10</sup>.

ee) Schliesslich kann ein Stiftungsrat auch bei einer Aufhebung im Rahmen der Liquidation nicht frei auf das Stiftungsvermögen greifen (auch nicht, wenn er selber Destinatär ist). Es gilt der elementare Grundsatz, dass das freie Stiftungsvermögen dem Personal folgt; dieser Grundsatz geht sogar auf Patronale Wohlfahrtsfonds zurück<sup>11</sup>. Auch nach den zivilrechtlichen Bestimmungen des Stiftungsrechts<sup>12</sup> erhalten Destinatäre nur im Rahmen des Stiftungszwecks Leistungen und zwar nach einem genauen Plan (nach Massgabe von Dienstalter, Lebensalter, Lohnhöhe, familienrechtlichen Verpflichtungen), die von der Aufsichtsbehörde zu genehmigen sind<sup>13</sup>. Grundlose oder willkürliche Auszahlungen sind somit nicht möglich.

ff) Gestützt auf diese Überlegungen fehlt es in diesem Fall an einer genügend klaren und ungehinderten Zugriffsmöglichkeit von C auf die freien Mittel der Stiftung, um von einer (indirekten) Zuwendung des Erblassers über die Stiftung an C ausgehen zu können.

gg) Für den Fall, dass eine indirekte Zuwendung zu bejahen wäre und damit eine Ausgleichungspflicht möglicherweise vorliegen könnte, ist im Sinn einer Eventualbegründung die Unentgeltlichkeit der indirekten Zuwendung zu prüfen. Mit der von der Vorinstanz angenommenen Berechtigung von C am Vermögen der Vorsorgestiftung (entsprechend den freien Mitteln) allein ist die Unentgeltlichkeit nicht erstellt, denn die freien Mittel dienen dazu, den Stiftungszweck zu erfüllen.

---

<sup>8</sup> BGE 138 V 352

<sup>9</sup> BGE 138 V 359 f. mit Verweis auf aArt. 62 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 84 Abs. 2 ZGB

<sup>10</sup> BGE 138 V 360

<sup>11</sup> BGE 138 V 358 (bezogen auf die Teilliquidation)

<sup>12</sup> Vgl. für diese Unterstellung vor dem 1. Januar 2005 (für die Teilliquidation): BGE 138 V 356

<sup>13</sup> Riemer, Berner Kommentar, Bern 1975, Art. 88/89 ZGB N. 94 (2.A., Art. 88/89 ZGB N. 102 ff.)

len. Dieser besteht in der Vorsorge zugunsten der Arbeitnehmer der Firma sowie deren Hinterbliebenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod, sowie in der Unterstützung des Vorsorgenehmers oder seiner Hinterlassenen in den Notlagen wie bei Krankheit, Unfall, Invalidität, Arbeitslosigkeit. Dabei kann der Arbeitgeber in die Vorsorge einbezogen werden; er darf dabei in keiner Weise bessergestellt werden als die Arbeitnehmer. Soweit C im Rahmen dieses Stiftungszwecks Leistungen der Stiftung zukommen, sei es während der Lebensdauer der Stiftung, sei es bei einer Liquidation, fehlt es an der Unentgeltlichkeit der indirekten Zuwendung des Erblassers. Solche Leistungen kämen C wegen seiner Tätigkeit im mit der Stiftung verbundenen Unternehmen zu. Man könnte sagen, er habe sich diese Leistungen gleichsam "verdient". Es geht nicht um Schenkungen ohne jeglichen Grund, sondern um Altersleistungen. Solche Leistungen aus Stiftungsmitteln, die auf einer Alimentierung durch den Erblasser beruhen, erweisen sich letztlich als Beitrag der Stiftung im Rahmen des Stiftungszwecks an C aufgrund seiner Tätigkeit im Unternehmen und als Arbeitgeber. Das ist nicht dasselbe wie die voraussetzungslose Zuwendung über eine freie Stiftung mit einem oder mehreren Erben als Destinatären, zumal die Patronalen Wohlfahrtsfonds absolut legitim und durchaus von Bedeutung waren.

hh) Dass sich C über die Stiftung nicht zweckkonforme oder überrissene Leistungen auszahlen lassen könnte, kann praktisch ausgeschlossen werden. Die zuständige Ostschweizer BVG- und Stiftungsaufsicht hielt in ihrem Schreiben vom 22. April 2010 denn auch zur Mittelverwendung fest, aus stiftungsrechtlicher und aufsichtsbehördlicher Sicht ergebe sich somit, dass die Mittel der Patronalen Vorsorgestiftung ausschliesslich dem Zweck wie oben festgehalten entsprechend zu verwenden seien. Eine andere Mittelverwendung oder eine Mittelverwendung zugunsten von Dritten (Nichtdestinatären) wäre unzulässig und müsste durch aufsichtsbehördliche Massnahmen unterbunden oder rückgängig gemacht werden. Abgesehen davon sind mögliche rechtswidrige Bezüge für die Beurteilung, ob eine (unentgeltliche, indirekte) Zuwendung des Erblassers vorliegt, nicht beachtlich und abgesehen davon auch nicht realistisch, weil die Aufsichtsbehörde solches nicht zulassen würde. Eine unangemessene Bevorzugung von C kann auch deshalb ausgeschlossen werden, weil die Leistungen der Personalvorsorgestiftung an die Destinatäre nicht zu einer mit dem Vorsorge- beziehungsweise Liquidationszweck nicht mehr zu vereinbarenden Bereicherung der Destinatäre führen darf<sup>14</sup>. Eine solche Bereicherung hätte die Aufsichtsbehörde zu unterbinden. Das Gleiche gilt auch für allfälliges Restvermögen (Liquidationsüberschuss), das nach Befriedigung aller Gläubiger und Destinatäre übrig bleibt<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Manhart, Die Aufhebung mit Liquidation von Stiftungen, insbesondere von Personalvorsorgestiftungen, Zürich 1986, S. 164

<sup>15</sup> Bei Personalvorsorgestiftungen dürfte sich ein solcher Liquidationsüberschuss nur ausnahmsweise ergeben; Manhart, S. 164.

g) Zusammengefasst ist in dem von A behaupteten Zuwendungszeitpunkt im Jahr 2000 kein greifbarer unentgeltlicher Vermögensvorteil für C ersichtlich.

h) Im Übrigen bejaht die Vorinstanz die Ausgleichungspflicht mit einer Annahme, die so nicht getroffen werden darf. Die Argumentation der Vorinstanz beruht nämlich darauf, dass C Leistungen im Fall einer Liquidation ("Auflösung") der Stiftung erhält. Grundsätzlich ist indessen vom Fortbestand des Unternehmens und seiner Patronalen Vorsorgestiftung auszugehen, sofern nicht konkrete und konkret substantiierte Anhaltspunkte vorliegen, dass dem nicht so ist und eine Liquidation der Patronalen Vorsorgestiftung absehbar ist. Solche Anhaltspunkte lagen und liegen in diesem Fall nicht vor und sind auch nicht geltend gemacht. Die Annahme des Fortbestands gilt für Stiftungen erst recht, da sie auf Dauer angelegt sind.

Obergericht, 2. Abteilung, 29. März 2022, ZBR.2020.35





## 10. Beidseitiger Schenkungswille beim Schenker und Beschenkten als Voraussetzung für die erbrechtliche Anrechnung

(Art. 626 Abs. 1 ZGB)

1. Die fünf Kinder des Erblassers - A, B, C, D und E - liegen im Streit um das Erbe ihres Vaters. A erhob gegen B, C, D und E Klage und beantragte, der Nachlass sei festzustellen und zu teilen. Der erstinstanzliche Entscheid, mit welchem das Bezirksgericht den Nachlass feststellte und teilte, wurde von mehreren Erben angefochten. Zwischen den Parteien ist strittig, ob C für Liegenschaften, welche er vom Erblasser zu einem Preis von rund Fr. 1,4 Mio. erworben hat, ausgleichungspflichtig ist. Diese Liegenschaften hatte im Erwerbszeitpunkt einen Wert von rund Fr. 2,4 Mio.

2. a) aa) Gemäss Art. 626 Abs. 1 ZGB<sup>1</sup> sind die gesetzlichen Erben gegenseitig verpflichtet, alles zur Ausgleichung zu bringen, was ihnen der Erblasser bei Lebzeiten auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat. Was der Erblasser seinen Nachkommen als Heiratsgut, Ausstattung oder durch Vermögensabtretung, Schulderlass und dergleichen zugewendet hat, steht, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt, unter der Ausgleichungspflicht.

bb) Die rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zu diesem Thema, im Wesentlichen gestützt auf Burckhardt Bertossa<sup>2</sup>, sind zutreffend. Dies gilt insbesondere auch bezüglich der beiden grundlegenden Voraussetzungen für die hier strittige Frage, ob beziehungsweise in welchen Fällen ausgleichungspflichtige unentgeltliche Zuwendungen im Sinn gemischter Schenkungen (mit Ausgleichungspflicht für den unentgeltlichen Teil) vorliegen. Es sind dies ein objektiv erhebliches (grobes) Missverhältnis zwischen Zuwendungswert (im Zuwendungszeitpunkt) und Gegenleistung und subjektiv der Schenkungswille beziehungsweise Zuwendungswille<sup>3</sup>. Allerdings fehlt im angefochtenen Entscheid ein wesentlicher Punkt, der nachfolgend entsprechend der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung darzustellen ist.

cc) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die Parteien bei einer gemischten Schenkung eine unentgeltliche Zuwendung in dem Sinn beabsichtigen, als sie den Preis bewusst unter dem Warenwert des Kaufgegenstands ansetzen, um die Differenz dem Käufer unentgeltlich zukommen zu lassen<sup>4</sup>. Naturgemäss kann der Schenkungswille gemäss Bundesgericht nur entstehen, wenn der Wertunterschied beziehungsweise das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung den Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt ist. Gleichwohl hat

---

<sup>1</sup> Randtitel: Ausgleichungspflicht der Erben

<sup>2</sup> Art. 626 ZGB N. 2 ff.

<sup>3</sup> "Animus donandi"

<sup>4</sup> BGE 145 III 4; BGE 126 III 173

sich die Frage gestellt, ob bei einem Geschäft mit einem Nachkommen ein grobes Missverhältnis der Leistungen allenfalls für die Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung genügen könnte, auch wenn es beim Geschäftsabschluss nicht erkannt wurde. Das Bundesgericht hat die lange offengelassene Frage verneint und dabei zu bedenken gegeben, dass ein Erblasser einem Erben nicht einen Vermögensvorteil als Heiratsgut, Ausstattung und dergleichen zuwenden kann, wenn ihm nicht einmal bewusst ist, dass er sich damit entreichert und den Erben bereichert, das heisst, wenn er das Geschäft nicht als ein (zumindest teilweise) unentgeltliches erkennt. Denn nur mit diesem Bewusstsein hat er subjektiv überhaupt die Möglichkeit, den Erlass der Ausgleichspflicht zu verfügen. Eine Zuwendung im Sinn von Art. 626 Abs. 2 beziehungsweise Art. 527 Ziff. 1 ZGB liegt daher nur vor, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für den Erblasser nicht bloss erkennbar war, sondern von ihm auch tatsächlich erkannt wurde<sup>5</sup>. Obwohl das Bundesgericht die Frage später nochmals aufgriff<sup>6</sup>, blieb es bei seiner Praxis, dass allein entscheidend ist, ob der Erblasser den Nachkommen begünstigen wollte und ob er diese Begünstigung erkannte<sup>7</sup>. Es liegt in der Natur der Sache, dass das, was der Erblasser gewusst, was er gewollt hat, als innere Tatsache einem direkten Beweis nicht zugänglich ist, sondern sich direkt nur durch Parteiaussage, im Übrigen aber lediglich durch Folgerungen aus dem äusseren Verhalten einer Person oder anhand der Umstände beweisen lässt. Die Folgen der Beweislosigkeit trägt diejenige Partei, die aus der Erfüllung des Herabsetzungstatbestands - hier des Ausgleichstatbestands - Rechte ableitet<sup>8</sup>. Das Bundesgericht stellte klar, dass kantonalen Gerichten, die allein gestützt auf blosse Erkennbarkeit eines Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung auf einen Schenkungswillen schliessen, im Licht der bundesgerichtlichen Praxis nicht gefolgt werden könne<sup>9</sup>. Weil das Bundesgericht in diesem Entscheid zum Teil nur vom Zuwendungswillen des Erblassers spricht, ist daran zu erinnern - das Bundesgericht spricht auch in diesem Entscheid einleitend von der Absicht der Parteien -, dass der Schenkungswille, den die unentgeltliche Zuwendung im Sinn von Art. 626 ZGB in subjektiver Hinsicht voraussetzt, ein beidseitiger sein muss; es kommt nicht nur auf den Zuwendungswillen des Schenkers an, sondern auch auf den Willen des Beschenkten, die Leistung seines Kontrahenten als (gemischte) Schenkung zu empfangen. Denn die Schenkung ist ein - wenn auch einseitig verpflichtender - Schuldvertrag, zu dessen Abschluss die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich ist<sup>10</sup>.

c) Die Vorinstanz schloss vom Vergleich des vereinbarten und bezahlten Kaufpreises mit dem von ihr festgestellten Wert direkt auf eine gemischte Schenkung, die vom Erblasser be-

---

<sup>5</sup> BGE 98 II 357 ff.

<sup>6</sup> BGE 126 III 175 f.

<sup>7</sup> BGE 145 III 4 mit Verweis auf nicht in der amtlichen Sammlung publizierte Entscheide

<sup>8</sup> BGE 145 III 4 f.; BGE 140 III 197

<sup>9</sup> BGE 145 III 5

<sup>10</sup> BGE vom 30.01.2013, 5A\_670/2012, Erw. 3.3

wusst und gewollt gewesen sei, und damit auf eine Ausgleichungspflicht. Das ist gemäss der dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht zulässig. Die gemäss Vorinstanz höheren tatsächlichen massgeblichen Werte, die der Erblasser gemäss Vorinstanz seinem Nachkommen unterpreisig zuwendete, wurden nämlich erst Jahre nach dem Tod des Erblassers im Erbteilungsprozess geschätzt. Dass dem Erblasser - und C als Empfänger der allfälligen gemischten Schenkung - diese Werte bekannt gewesen wären, ergibt sich daraus gerade nicht. Nachträgliche Schätzungen des damaligen tatsächlichen massgeblichen Werts (sei es der Verkehrswert oder der Ertragswert) können nur Indizien dafür sein, dass für den Erblasser ein unterpreisiger Verkauf möglicherweise erkennbar war. Erkennbarkeit genügt indessen gemäss ausdrücklicher Klarstellung des Bundesgerichts nicht. Vielmehr ist der Schluss auf den Zuwendungswillen nur gestützt auf Tatsachen und Umstände möglich und zulässig, die dem Erblasser beziehungsweise den Vertragsparteien bekannt waren. Dabei ist es durchaus möglich, auf eine solche tatsächliche Kenntnis wiederum aufgrund von weiteren (Hilfs-)Tatsachen zu schliessen, etwa aufgrund einer Liegenschaftenschätzung, die der Erblasser (oder sein Nachkomme als Vertragspartner) selber in Auftrag gab, um den Kaufpreis bestimmen zu können. Oder es ist aufgrund von Zeugenaussagen erstellt, dass zwischen den Vertragsparteien oder in der Familie (oder in Gesprächen des Erblassers mit Dritten) über solche höheren tatsächlichen Werte gesprochen wurde. Weitere Beispiele wären Briefe des Erblassers, Gespräche mit Familienmitgliedern oder Dritten oder Beratungsgespräche, aus denen sein Wille und seine Kenntnis über die Zuwendung hervorgehen.

Damit fehlt dem angefochtenen Entscheid eine genügende Begründung für die Bejahung der subjektiven Voraussetzung (Schenkungs- beziehungsweise Zuwendungswille). Die Vorinstanz hätte darlegen müssen, gestützt auf welche Tatsachen, gestützt auf welche Sachverhalte auf einen solchen Willen des Erblassers zu schliessen ist. Das erfordert in einem ersten Schritt die Prüfung, ob die Erben<sup>11</sup>, welche die Ausgleichungspflicht zugunsten des Nachlasses und damit zugunsten ihrer Erbquote geltend machen, solche Tatsachen, die den Schluss auf den Zuwendungswillen des Erblassers und einen entsprechenden Empfangswillen von C zulassen, rechtzeitig substantiiert behauptet haben. Hier kommt dazu, dass C ausdrücklich vorbringt, nur er allein habe Ausführungen zum subjektiven Willen des Erblassers gemacht. Damit macht er geltend, die Erben, welche die Ausgleichungspflicht von C behaupteten, insbesondere A, hätten keine substantiierten einschlägigen Behauptungen erhoben. A bestreitet dies und listet die ihrer Auffassung nach einschlägigen substantiierten Behauptungen auf. Abzustellen ist indessen nicht auf diese Auflistung. Für die Prüfung durch die Vorinstanz gilt, dass es nicht darauf ankommt, was A im Berufungsverfahren als rechtzeitig substantiiert behauptet oder auflistet. Soweit die Sachdarstellung im Berufungsver-

---

<sup>11</sup> Dabei können alle einschlägigen, möglicherweise hilfreichen Behauptungen aller Erben, die auf Teilung geklagt haben, gesamthaft berücksichtigt werden, beziehungsweise es darf sich jeder substantiierungs- und beweisbelastete Erbe aufgrund der Rechtsnatur der Erbteilungsklage auch auf die Behauptungen der Miterben stützen.

fahren über diejenige im erstinstanzlichen Verfahren hinausgeht, scheitert sie nämlich am Novenverbot; die Berufungsklägerin bringt keine Gründe für eine allfällige Zulässigkeit vor. Massgeblich sind vielmehr die im erstinstanzlichen Verfahren rechtzeitig vorgebrachten substantiierten Behauptungen. Wenn eine genügende Substantiierung bejaht wird, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, welche dieser Behauptungen strittig und nach Auffassung des Gerichts nicht bereits erstellt sind<sup>12</sup>. Über diese strittigen Behauptungen ist in einem dritten Schritt Beweis abzunehmen (vorbehältlich antizipierter Beweiswürdigung). Als vierter Schritt folgt die Beweiswürdigung. Dabei ist zu beachten, dass das Gericht grundsätzlich alle Erkenntnisse aus dem Beweisverfahren für seine Beweisführung berücksichtigt<sup>13</sup>. Die Vorinstanz hat zusammengefasst die entscheidende Frage zu beantworten, "ob der Erblasser den Nachkommen begünstigen wollte und ob er diese Begünstigung erkannt hat"<sup>14</sup>. Das gilt für jede von der Vorinstanz bejahte Zuwendung; das Ergebnis muss nicht notwendigerweise für jede Zuwendung gleich sein.

Obergericht, 2. Abteilung, 29. März 2022, ZBR.2020.35

---

<sup>12</sup> Inbegriffen unter anderem Gerichtsnotorietät

<sup>13</sup> Auch solche, denen allenfalls keine substantiierte Behauptung zugrunde liegt

<sup>14</sup> BGE 145 III 4; Burckhardt Bertossa, Art. 626 ZGB N. 39

## **11. Vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts; Reduktion der Pfandsumme aufgrund des Mehrwertprinzips, jedoch nicht wegen einer bezogenen Garantie**

(Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; Art. 839 Abs. 2 ZGB)

1. a) Die Berufungsklägerin stellte ein Gesuch um Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts im Betrag von Fr. 8'087'769.63 nebst Zins, das der Einzelrichter des Bezirksgerichts in diesem Umfang superprovisorisch eintragen liess. In der Folge beschränkte er die vorläufige Eintragung auf Fr. 2'117'242.88 zuzüglich Zins; im Übrigen wies er das Gesuch ab. Dabei reduzierte er einerseits die Pfandsumme der Berufungsklägerin von Fr. 8'087'769.63 aufgrund des Mehrwertprinzips um Fr. 2'472'526.75 wegen bereits vorläufig eingetragener Bauhandwerkerpfandrechte zugunsten von Subunternehmern. Andererseits wies er die vorläufige Eintragung von Fr. 3'498'000.00 ab, weil diese Forderung nicht direkt auf pfandberechtigten Leistungen gründe, sondern garantierechtliche Fragen betreffe.

b) Im Berufungsverfahren verlangte die Berufungsklägerin die vorläufige Eintragung im gesamten beantragten Umfang; die Berufungsbeklagte akzeptierte die vorläufige Eintragung gemäss dem angefochtenen Entscheid.

2. Gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB besteht ein Anspruch auf Errichtung eines gesetzlichen Grundpfandrechts für die Forderungen der Handwerker oder Unternehmer, die auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken, zu Abbrucharbeiten, zum Gerüstbau, zur Baugrubensicherung oder dergleichen Material und Arbeit oder Arbeit allein geliefert haben, an diesem Grundstück, sei es, dass sie den Grundeigentümer, einen Handwerker oder Unternehmer, einen Mieter, einen Pächter oder eine andere am Grundstück berechnigte Person zum Schuldner haben.

a) Die Eintragung hat bis spätestens vier Monate nach der Vollendung der Arbeit zu erfolgen<sup>1</sup>. Über eine provisorische (vorläufige) Eintragung wird im summarischen Verfahren entschieden. Der Unternehmer hat die Voraussetzungen des Anspruchs auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts nur (aber immerhin) glaubhaft zu machen, wobei an die Glaubhaftmachung weniger strenge Anforderungen gestellt werden, als es diesem Beweismass, das auch für vorsorgliche Massnahmen gilt (Art. 261 Abs. 1 ZPO), sonst entspricht<sup>2</sup>.

b) Schumacher/Rey sprechen sogar von extremer Herabsetzung des Beweismasses. Nach wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung dürfe die vorläufige Eintragung nur verweigert werden, wenn das beantragte Bauhandwerkerpfandrecht als ausgeschlossen erscheine oder

---

<sup>1</sup> Art. 839 Abs. 2 ZGB

<sup>2</sup> BGE 137 III 566 f.; Thurnherr, Basler Kommentar, 6.A., Art. 839/840 ZGB N. 37

höchst unwahrscheinlich sei. Im Zweifelsfall, namentlich bei unklarer oder unsicherer Rechtslage, sei die vorläufige Eintragung zu bewilligen. Die extreme Herabsetzung des Beweismasses werde durch Art. 839 Abs. 2 ZGB sozusagen "erzwungen". Ein zu Unrecht eingetragenes Bauhandwerkerpfandrecht könne immer noch gelöscht werden, ohne dass dem Grundeigentümer durch die vorübergehende Belastung ein nennenswerter Schaden erwachse. Andererseits könne ein zu Unrecht verweigertes Bauhandwerkerpfandrecht nachträglich nicht mehr eingetragen werden, da die Eintragsfrist in den meisten Fällen inzwischen abgelaufen sei<sup>3</sup>.

3. a) Die Vorinstanz erwog, aus der Zusammenstellung der Planer- und Unternehmerkosten sei ersichtlich, dass ein Grossteil der Leistungen an Subunternehmer vergeben worden sei. Allerdings seien auch diverse Einzelleistungen sowie die dafür geleisteten Einzelzahlungen ersichtlich. Einstweilen sei davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin Arbeiten im Sinn von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB geliefert und daher einen Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts habe. Gestützt auf die Kenntnis über fünf zugunsten von Subunternehmern vorläufig eingetragene Bauhandwerkerpfandrechte im Gesamtumfang von Fr. 2'472'526.75 reduzierte die Vorinstanz aufgrund des Mehrwertprinzips die Pfandsumme der Berufungsklägerin um diesen Betrag. Gestützt auf einen glaubhaft gemachten Teilvergütungsanspruch von Fr. 4'589'769.63 (einschliesslich Mehrwertsteuer)<sup>4</sup> und glaubhaft gemachten Leistungen in diesem Umfang, reduziert um Fr. 2'472'526.75 gemäss Mehrwertprinzip, kam die Vorinstanz auf einen Pfandanspruch der Berufungsklägerin von Fr. 2'117'242.88.

b) Die Vorinstanz folgte dabei der Auffassung von Schumacher/Rey, wonach eine einzelne Bauleistung nur zugunsten eines einzigen Unternehmers in einer Vertragskette gesichert werden könne. Entsprechend sei die Pfandsumme der Berufungsklägerin aufgrund des Mehrwertprinzips zu reduzieren, wenn die betreffende Bauleistung bereits durch ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten eines Subunternehmers gesichert sei<sup>5</sup>. Die Berufungsklägerin sieht darin eine rechtswidrige Verkürzung ihrer Anspruchsberechtigung und beruft sich auf Thurnherr<sup>6</sup>, Schmid/Hürlimann-Kaup<sup>7</sup> und Gauch<sup>8</sup>, die sie als herrschende Lehre bezeichnet, sowie auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung<sup>9</sup>. Gemäss Berufungsklägerin betont die herrschende Lehre deutlich, dass der Anspruch des Subunternehmers auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts sowie derjenige des ihm vertraglich verbundenen Generalunternehmers völlig unabhängig voneinander seien. Aus der herrschenden Lehre lasse sich gerade nicht ableiten, dass ein Generalunternehmer im Fall, dass einer seiner Subunternehmer ein Bauhandwerkerpfandrecht erwirkt

---

<sup>3</sup> Schumacher/Rey, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 4.A., N. 1535

<sup>4</sup> Bei einem vereinbarten pauschalen Werklohn von Fr. 37'673'460.00.

<sup>5</sup> Schumacher/Rey, N. 538 ff.

<sup>6</sup> Art. 839/840 ZGB N. 3

<sup>7</sup> Sachenrecht, 5.A., N. 1714

<sup>8</sup> Der Werkvertrag, 6.A., N. 184

<sup>9</sup> BGE 95 II 89 f.; BGE 136 III 18 f.

habe, seinen eigenständigen Pfandrechtserrichtungsanspruch im entsprechenden Umfang verlieren sollte. Auch aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lasse sich eine solche Reduktion nicht rechtfertigen.

c) Unstrittig besitzt jeder Unternehmer einer Vertragskette je einen selbstständigen Anspruch auf die Sicherung seiner unbezahlten Leistungen. Deshalb ist es möglich, dass zwei oder mehrere Unternehmer Bauhandwerkerpfandrechte für die gleiche Leistung beanspruchen. Die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten des Hauptunternehmers (zum Beispiel zugunsten des Generalunternehmers) vermag die Bestellung eines Bauhandwerkerpfandrechts zugunsten eines Subunternehmers (zum Beispiel des Baumeisters) nicht zu verhindern. Die Ursache solcher Kollisionen von Pfandrechtsansprüchen ist Gesetzesimmanent. Dieser Kollisionstatbestand wird auch als Doppel- oder Mehrfachanmeldung bezeichnet<sup>10</sup>.

d) Weil das Gesetz weder derartige Kollisionen verhindert noch sie regelt, ist das Problem der mehrfachen Beanspruchung der Pfandsicherheit für ein und dieselbe Bauleistung gemäss Schumacher/Rey durch die Ergänzung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Kernmerkmale des Bauhandwerkerpfandrechts zu lösen<sup>11</sup>.

Schumacher/Rey knüpfen am Mehrwertprinzip als Grundlage des Bauhandwerkerpfandrechts an. Aus dem gesetzlichen Zweck, den Mehrwert, den eine Bauleistung dem Grundstück verschaffe, dem Unternehmer als Grundpfand zuzuhalten, wobei die Eignung zur Wertvermehrung genüge, ergebe sich, dass eine bestimmte Bauleistung nur einmal, das heisse nur zugunsten eines einzigen Unternehmers innerhalb einer Vertragskette, durch ein Bauhandwerkerpfandrecht gesichert werden dürfe. Das Mehrwertprinzip spreche bereits dafür, dass nur derjenige Unternehmer innerhalb einer Vertragskette das Bauhandwerkerpfand beanspruchen dürfe, der die betreffende Bauleistung tatsächlich erbracht und damit zur Mehrwertschöpfung effektiv beigetragen habe<sup>12</sup>. Die Unternehmer der oberen Stufen einer Vertragskette könnten nicht ein Bauhandwerkerpfand für eine Bauleistung beanspruchen, die sie nicht selber geschaffen hätten, wenn ein Unternehmer einer unteren Stufe die betreffende Bauleistung erbracht habe und für die er seinerseits ein Bauhandwerkerpfand beanspruche<sup>13</sup>. Daraus schliessen Schumacher/Rey auf eine Reduktion der

---

<sup>10</sup> So dargestellt von Schumacher/Rey, N. 538 f., mit folgendem Beispiel: Das Betonwerk (Sub-Subunternehmer) verlangt ein Bauhandwerkerpfandrecht für die Lieferung von Transportbeton. Der Baumeister (Subunternehmer) beansprucht ein Bauhandpfand für die Vergütung seiner Maurer- und Eisenbetonarbeiten, die auch die Vergütung des Transportbetons einschliesst. Schliesslich stellt auch der Generalunternehmer (Hauptunternehmer) das Gesuch, es sei seine Forderung auf Vergütung aller Bauarbeiten durch ein Bauhandpfand sicherzustellen; sein Vergütungsanspruch umfasst auch die Vergütung der Arbeiten des Baumeisters und damit auch die Vergütung für den gelieferten Transportbeton.

<sup>11</sup> Schumacher/Rey, N. 541

<sup>12</sup> Zum Beispiel das Betonwerk für die Lieferungen von Transportbeton an den Baumeister.

<sup>13</sup> Schumacher/Rey, N. 542

Pfandsummen der Unternehmer der oberen Stufe einer Vertragskette, wenn die betreffende Bauleistung durch ein Bauhandwerkerpfandrecht zugunsten eines Unternehmers auf einer unteren Stufe einzutragen sei. Die Reduktion erfolge in der Höhe der Pfandsumme des Bauhandwerkerpfandrechts, das zugunsten des "unteren Unternehmers" einzutragen sei. Selbstverständlich erfolge eine derartige Reduktion nur dann, wenn der Vergütungsanspruch des Unternehmers der unteren Stufe der Vertragskette noch nicht befriedigt worden sei. Andernfalls bestehe keine Kollision von Bauhandwerkerpfandrechten. Der Besteller des Subunternehmers besitze dann eine rechtmässige Vergütungsforderung, die auch die Vergütung der von einem Subunternehmer effektiv erbrachten Bauleistung einschliesse. Die Reduktion der Pfandsumme des Bestellers des Subunternehmers sei insbesondere dann gerechtfertigt, wenn er den Subunternehmer (noch) nicht bezahlt habe und der Subunternehmer deshalb Pfandsicherheit verlange. Diese Lösung sei aber auch dann angemessen, wenn der Besteller sich rechtmässig verhalten habe, wenn er beispielsweise die Vergütungsforderung seines Subunternehmers zu Recht mit Gegenforderungen verrechnet und damit getilgt habe, dies jedoch vom Subunternehmer bestritten werde. Die Auseinandersetzung zwischen dem Subunternehmer und seinem Besteller dürfe nicht "auf dem Buckel" des Grundeigentümers ausgetragen werden, der einen solchen Rechtsstreit weder verursacht habe noch seine Lösung beeinflussen könne. Diesem Risiko stehe der Besteller des Subunternehmers näher als der Grundeigentümer. In allen Fällen, auch in denjenigen, in denen der Besteller den Subunternehmer zu Unrecht noch nicht vergütet habe, sei der Besteller eher in der Lage und es sei ihm zuzumuten, den Pfandanspruch des Subunternehmers und die Reduktion seiner eigenen Pfandsumme zu vermeiden, indem er den Subunternehmer bezahle oder sicherstelle<sup>14</sup>.

e) Diese Argumentation erscheint schlüssig. Sie entspricht (auch) Sinn und Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts. Die Lösung wird den verschiedenen Interessen am ehesten gerecht<sup>15</sup>. Der Schutz des Subunternehmers entspricht - wie von Schumacher/Rey dargelegt - Sinn und Zweck des Bauhandwerkerpfandrechts, denn der Subunternehmer ist derjenige, der die konkrete wertvermehrende Bauleistung erbringt. Die Interessen des Unternehmers der oberen Stufe sind mit der Lösung Schumacher/Reys genügend gewahrt. Soweit es um seine eigenen Bauleistungen geht, gibt es ohnehin keine Probleme. Soweit es um Leistungen seiner Subunternehmer geht, gibt es ebenso wenig Probleme, so lange die Subunternehmer selber kein Pfandrecht eintragen lassen. Sofern dies - ausnahmsweise - der Fall ist, ist dem Unternehmer der oberen Stufe wie von Schumacher/Rey aufgezeigt, zumutbar, die Sache für ihn befriedigend zu lösen; die Auseinandersetzung zwischen ihm und seinem Subunternehmer darf nicht "auf dem Buckel" des Grundeigentümers ausgetragen werden.

---

<sup>14</sup> Schumacher/Rey, N. 543

<sup>15</sup> Eine für alle möglichen Beteiligten gleichermaßen befriedigende Lösung ist schlicht nicht möglich.



f) Die von der Berufungsklägerin zitierte Lehre und bundesgerichtliche Rechtsprechung widersprechen dieser Lösung nicht. Alle drei zitierten Autoren und die beiden genannten Bundesgerichtsentscheide betreffen konkret die Position der Subunternehmer. Es geht um den Eintragungsanspruch "der Subunternehmer wie auch der Sub-Subunternehmer", der unabhängig vom Bauhandwerkerpfandrecht der unmittelbaren Baugläubiger besteht<sup>16</sup>, um den "Subunternehmer", der einen eigenständigen Anspruch auf Pfanderrichtung, unabhängig vom entsprechenden Anspruch des Generalunternehmers hat<sup>17</sup>, um das Recht des Subunternehmers unabhängig von der Vergütungsforderung oder einem allfälligen (eigenen) Pfandrechtsanspruch des Unternehmers<sup>18</sup>, oder um den "Subunternehmer", der sogar dann einen entsprechenden Anspruch auf Eintragung hat, wenn der Grundstückseigentümer den Generalunternehmer bereits bezahlt hat<sup>19</sup>. Das Argument der Berufungsklägerin, der Anspruch auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bestehe zugunsten der Unternehmer auch für diejenigen Arbeiten, die sie an Subunternehmer weitergegeben hätten<sup>20</sup>, und die Ansprüche des General- sowie Subunternehmers auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts bestünden unabhängig voneinander<sup>21</sup>, sagen für den hier konkret zu regelnden Fall nichts; diese Aussagen sind vielmehr grundsätzlicher Natur und unstrittig. Schliesslich argumentiert die Berufungsklägerin mit dem (unstrittig gegebenen) Doppelzahlungsrisiko des Grundeigentümers nicht stringent. Sie führte aus, das Doppelzahlungsrisiko sei, wie vom Bundesgericht ausdrücklich festgehalten, vom Gesetzgeber "de lege lata" bewusst in Kauf genommen worden, weil der Gesetzgeber die Unternehmerinteressen höher gewichtet habe als jene des Grundeigentümers. Auch in diesem Zusammenhang schützte das Bundesgericht indessen nicht generell die Unternehmerinteressen, sondern diejenigen des Subunternehmers<sup>22</sup>.

g) Die Berufungsklägerin wandte ein, die Koordination von vorläufig eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechten durch den Summarrichter sei nicht sachgerecht. Die Reduktion des Pfandanspruchs des höherrangigen Unternehmers bereits in diesem Verfahrenszeitpunkt führe zu einem nicht wiedergutmachenden Rechtsnachteil. Der Pfandrechtsanspruch der Berufungsklägerin wäre unwiederbringlich verwirkt, sobald auch die noch verbleibenden Subunternehmer ihre Pfandrechte infolge Erhalts ihres Werklohns zurückzögen, obschon die Berufungsklägerin durch die Berufungsbeklagte noch nicht vollständig entschädigt worden sei. Eine Neueintragung wäre der Berufungsklägerin infolge Fristablaufs verwehrt. Ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die bereits eingetragenen Bauhandwerkerpfandrechte von Subunternehmern der Eintragung von Bauhandwerkerpfandrechten durch den höherrangigen Unternehmer entgegenstünden, sei ferner eine ungeklärte Rechtsfrage, die in jedem Fall dem Entscheid des ordentlichen Richters

---

<sup>16</sup> Thurnherr, Art. 839/840 ZGB N. 3

<sup>17</sup> Schmid/Hürlimann-Kaup, N. 1714

<sup>18</sup> Gauch, N. 184

<sup>19</sup> Wozu die Berufungsklägerin BGE 95 II 89 f. und BGE 136 III 18 f. ausführte.

<sup>20</sup> Mit Verweis auf Thurnherr, Art. 839/840 ZGB N. 3

<sup>21</sup> Mit Verweis auf die erwähnten Bundesgerichtsentscheide

<sup>22</sup> BGE 95 II 91

vorbehalten sei, der unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu entscheiden habe.

Soweit die Berufungsklägerin mit einer Verwirkung ihres Pfandrechtsanspruchs argumentiert, übersieht sie, dass sie mit der Bezahlung der Subunternehmer in deren Bauhandwerkerpfandrechte subrogieren kann<sup>23</sup>. Dem Argument mit der ungeklärten Rechtsfrage, über die ein ordentliches Gericht zu entscheiden habe, ist entgegenzuhalten, dass hier ein Gericht im summarischen Verfahren einen Entscheid über zwei unterschiedliche Rechtsstandpunkte fällen muss. Auch die Position, welche die Berufungsklägerin vertritt, stellt eine ungeklärte Rechtsfrage dar. Mit diesem Einwand der Berufungsklägerin ist somit nichts gewonnen. Dies gilt umso mehr, als die dargelegte Lösung von Schumacher/Rey überzeugt<sup>24</sup>.

h) Dem zweiten Argument - "rechtswidrige Erweiterung der Ausschlussgründe und Verletzung von Art. 839 Abs. 2 und 3 ZGB" - kann nicht gefolgt werden: Die drei von der Berufungsklägerin genannten Tatbestände sind nichts anderes als (negative) Voraussetzungen für die Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts. Positiv ausgedrückt heisst dies: Nach Ablauf der Eintragsfrist, bei einem Verzicht im Nachhinein und bei einer Leistung einer Ersatzsicherheit ist keine Eintragung möglich. Mehr besagen diese Bestimmungen nicht.

4. a) Die vorläufige Eintragung von Fr. 3'498'000.00 entsprechend dem Umfang der von der Berufungsbeklagten in Anspruch genommenen und bezogenen Erfüllungsgarantie (10% der Vertragssumme), zu deren Leistung sich die Berufungsklägerin vertraglich verpflichtet hatte<sup>25</sup>, wies die Vorinstanz mit der Begründung ab, diese Forderung gründe nicht direkt auf pfandberechtigten Leistungen, sondern betreffe garantierechtliche Fragen.

b) Gegen diese Auffassung der Vorinstanz, die von der Berufungsklägerin geleistete und von der Berufungsbeklagten gezogene Erfüllungsgarantie von Fr. 3'498'000.00 stelle keine pfandberechtigte Leistung dar, machte die Berufungsklägerin geltend, die Vorinstanz habe überzogene Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt. Betreffend Anrechnung der Garantie an den pfandberechtigten Werklohn liege eine unsichere Rechtslage vor. Deshalb könne darüber im summarischen Eintragsverfahren nicht abschliessend entschieden werden.

c) Pfandgesichert sind die vertragsgemäss geschuldeten Vergütungen<sup>26</sup>. Die Vergütungsforderung ist das Entgelt für geleistete oder zukünftige Bauarbeiten. Ob der Unternehmer

---

<sup>23</sup> Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3.A., N. 948

<sup>24</sup> Zum Vorgehen bei der Reduktion der Pfandsummen: Schumacher/Rey, N. 545

<sup>25</sup> Als Absicherung für den Fall, dass die Berufungsklägerin ihre Verpflichtungen aus diesem Vertrag nicht oder nicht richtig erfülle.

<sup>26</sup> Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB: "Für die Forderungen"; Schumacher/Rey, N. 106, 395 und 414

Anspruch auf ein Entgelt der Bauarbeiten besitzt, beurteilt sich nach dem vereinbarten Vertragsinhalt, wobei die Beweislast beim Unternehmer liegt<sup>27</sup>. Entsprechend sind Forderungen des Unternehmers gegen den Besteller, die ihm nicht als Gegenleistung für effektiv geleistete und/oder noch zu leistende Bauarbeiten zustehen, keine Forderungen im Sinn von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und mithin nicht pfandberechtigt. Dabei ist unbeachtlich, ob solche Ansprüche neben oder an die Stelle der Vergütungsforderung des Unternehmers treten. So stehen den meisten Schadenersatzansprüchen des Unternehmers keine Bauwert schaffenden Bauarbeiten gegenüber, weshalb sie grundsätzlich nicht pfandberechtigt sind<sup>28</sup>.

d) Unstrittig ist, dass die Berufungsbeklagte als Begünstigte (Promissarin) die von der Berufungsklägerin als Garantierauftraggeberin gestellte Garantie von Fr. 3'498'000.00 bezog und von X als Garantin (Promittentin) erhielt. Grundlage der Garantie und des Bezugs der Garantie ist der zwischen den Parteien abgeschlossene Werkvertrag. Gemäss Ziff. 13.1 dieses Vertrags leistet die Berufungsklägerin als Unternehmerin für die Einhaltung der Termine und die vertragsgemässe Ausführung der Bauten bei Vertragsschluss eine Erfüllungsgarantie gemäss Art. 111 OR einer erstklassischen schweizerischen Bank oder schweizerischen Versicherungsgesellschaft von Fr. 3'498'000.00, entsprechend 10% der Vertragssumme. Die Erfüllungsgarantie "dient zu jedem Zeitpunkt der Sicherstellung sämtlicher Rechte des Bestellers aus diesem Vertrag, insbesondere auch der Absicherung sämtlicher Mängelrechte des Bestellers sowie der Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen des Unternehmers gegenüber seinen Subunternehmern und Lieferanten". Mit der Erfüllungsgarantie verpflichtete sich X im Hinblick auf die vom Unternehmer gemäss Ziff. 13 des Werkvertrags zu stellende Erfüllungsgarantie in Höhe von 10% der Vergütung "unwiderruflich, auf erste Aufforderung, dem Begünstigten auf dessen rechtsgültige schriftliche Zahlungsaufforderung und schriftliche Bestätigung hin, dass der Unternehmer seine vertraglichen Pflichten gemäss Werkvertrag (mit Verweis auf die entsprechende Ziffer(n) des Werkvertrags) nicht, nicht vollständig oder nicht richtig erfüllt hat, jeden Betrag bis maximal Fr. 3'498'000.00 [...] zu bezahlen, dies ungeachtet der Gültigkeit und der Rechtswirksamkeit des Werkvertrags und unter Verzicht auf Einreden und Einwendungen aus demselben".

Belegt ist, dass Bezug und Auszahlung der Garantiesumme an die Berufungsbeklagte entsprechend diesen vertraglichen Vorgaben erfolgten. Damit ist der Argumentation der Berufungsklägerin der Boden entzogen, mit der Auszahlung der Erfüllungsgarantie sei ihr Werklohn zu Unrecht um den ausbezahlten Garantiebetrug gekürzt worden und sei deshalb zum Teilvergütungsanspruch hinzuzurechnen. Mit dem Bezug und der Auszahlung der Garantie wird die bereits erfolgte (teilweise) Bezahlung der Vergütung (des Werklohns) nicht rückgängig gemacht; diese

---

<sup>27</sup> Schumacher/Rey, N. 392

<sup>28</sup> Schumacher/Rey, N. 397 f.

kann nicht einfach ausgeblendet werden. Vielmehr geht es um einen separaten Rückforderungsanspruch der Berufungsklägerin, gestützt auf die Behauptung, sie habe den Vertrag entgegen der Darstellung der Berufungsbeklagten korrekt erfüllt. Die Berufungsbeklagte hat eine Sicherheitsleistung bezogen, der die Berufungsklägerin im Werkvertrag zustimmte, und die entsprechend den konkreten Garantiebedingungen durch die Garantin geleistet wurde. Dabei ist zu beachten, dass dieses Vorgehen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht, wonach in Bezug auf den Eintritt des Garantiefalls eine streng formalisierte Betrachtungsweise gilt, die allein auf den Wortlaut der Garantieklausel abstellt. Der Begünstigte ist nicht verpflichtet, den Eintritt des Garantiefalls über den Wortlaut der Garantieklausel hinausgehend näher zu substantiieren, inwiefern der Vertrag verletzt worden sei<sup>29</sup>. Formal erfolgte der Bezug der Garantie somit zu Recht. Damit nicht beantwortet und strittig ist, ob und welche Ansprüche der Berufungsbeklagten, die mit der Garantie gesichert sind, materiell tatsächlich bestehen.

e) Zutreffend ist somit zwar die Feststellung der Vorinstanz, die Forderung der Berufungsklägerin (ihr Rückforderungsanspruch) gründe nicht direkt auf pfandberechtigten Leistungen. Indessen besteht ein indirekter Bezug und könnte mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein Anspruch auf Eintragung möglicherweise bejaht werden. Dass bei diesem Rückforderungsanspruch eine Dritte (X als Garantin) beteiligt ist, ist unerheblich. Entscheidend im Hinblick auf die Pfandberechtigung ist, dass sich dieser Rückforderungsanspruch gegen die Berufungsbeklagte richtet, auch wenn die Berufungsklägerin für die Beanspruchung der Berufungsbeklagten den Garantiebetrug der Garantin ersetzen muss.

Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie sie laut Berufungsklägerin vom Obergericht des Kantons Zürich ausführlich dargelegt wird, lässt die Auslegung zu, dass ein Rückforderungsanspruch im Zusammenhang mit einer zu Unrecht (ohne materielle Berechtigung aus dem Werkvertrag) bezogenen Erfüllungsgarantie bauhandwerkerpfandberechtigt ist; dies aufgrund der unstrittigen Rechtslage im Fall eines vertraglichen Rückbehalts eines Teils der Werklohnforderung als Sicherheit für allfällige Gewährleistungs- oder andere Gegenansprüche der Bestellerin (Garantierückbehalt). In diesem Fall ist die gesamte Werklohnforderung (einschliesslich Rückbehalt) pfandberechtigt<sup>30</sup>. Dass es mit Blick auf den Bauhandwerkerpfandanspruch einen entscheidenden Unterschied machen soll, ob die Garantiesumme von Anfang an zurückbehalten (und die Werklohnforderung als solche in diesem Umfang nie getilgt) wurde, oder ob sich die Bestellerin die Garantiesumme gewissermassen erst nachträglich - nachdem sie die Werklohnforderung in einem ersten Schritt erfüllte - indirekt über die garantierende Bank von der Unternehmerin "zurückholt", leuchtet nicht ohne weiteres ein, wie das Obergericht des Kantons Zürich zutreffend festhielt. Auch

---

<sup>29</sup> BGE 138 III 245

<sup>30</sup> Schumacher/Rey, N. 419 f.

wenn es dogmatisch in einem Fall um die grundpfandrechtl. Sicherung der primären (ursprünglichen) Werklohnforderung als solche geht, im anderen dagegen um die Pfandberechtigung eines selbstständigen Rückforderungsanspruchs, geht es in beiden Fällen letztlich - jedenfalls wirtschaftlich betrachtet - um die grundpfandrechtl. Sicherung eines Teils der (noch beziehungsweise wieder) ausstehenden Vergütung des Unternehmers für erbrachte, unter Umständen pfandberechtigte Bauleistungen. Auch im Fall einer gezogenen Erfüllungsgarantie geht es im Kern um eine Forderung der Unternehmerin, die wenigstens indirekt darin begründet ist, dass sie auf einem Grundstück zu Bauten oder anderen Werken Material und Arbeit oder Arbeit allein geleistet hat.

Aufgrund dieser möglichen Auslegung liegt eine unsichere Rechtslage vor, in der im Sinn eines Zweifelsfalls die vorläufige Eintragung des Rückforderungsanspruchs zu bewilligen und der Entscheid über die Berechtigung des Bauhandwerkerpfandrechts dem Hauptprozess über die definitive Eintragung zu überlassen ist.

5. Zusammengefasst ist der angefochtene Entscheid in Bezug auf die Reduktion der Pfandsumme aufgrund des Mehrwertprinzips zu bestätigen. Andererseits ist die vorläufige Eintragung im Umfang der von der Berufungsbeklagten bezogenen Garantie von Fr. 3'498'000.00 zu bewilligen. Neu ergibt sich damit eine einzutragende Pfandsumme von Fr. 5'615'242.88<sup>31</sup> zuzüglich Zins.

Obergericht, 2. Abteilung, 27. Januar 2022, ZBS.2021.26

---

<sup>31</sup> Fr. 8'087'769.63 - Fr. 2'472'526.75



## **12. Bemessung der Entschädigung bei einer missbräuchlichen Kündigung wegen einer Erkrankung, die sich nicht auf die Arbeitsleistung auswirkte**

(Art. 336a Abs. 2 OR)

1. Die Berufungsklägerin erhob beim Bezirksgericht Klage gegen ihre ehemalige Arbeitgeberin wegen missbräuchlicher Kündigung und verlangte eine Entschädigung. Das Bezirksgericht schützte die Klage teilweise und sprach ihr eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen zu. Dagegen erhob die Berufungsklägerin Klage und verlangte eine rund doppelt so hohe Entschädigung.

2. a) aa) Gemäss Art. 336a Abs. 1 OR hat die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten. Die Entschädigung wird vom Gericht unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin für sechs Monate entspricht<sup>1</sup>.

bb) Innerhalb des Rahmens von sechs Monatslöhnen ist die Entschädigung unter Würdigung aller Umstände zu bemessen. Im Hinblick auf die pönale Funktion der Entschädigung gehören zu den in Betracht fallenden Umständen die Schwere der Verfehlung der Arbeitgeberin - die insbesondere durch den Anlass der Kündigung, ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers, das Vorgehen bei der Kündigung und die Art des aufgelösten Arbeitsverhältnisses bestimmt wird -, ferner die wirtschaftlichen Verhältnisse der entschädigungspflichtigen Arbeitgeberin sowie die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Im Hinblick auf die Wiedergutmachungsfunktion der Entschädigung sind aber auch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Kündigung auf den Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Somit fallen auch das Alter des Arbeitnehmers, seine berufliche Stellung, seine soziale Situation, die Schwierigkeiten seiner Wiedereingliederung in das Arbeitsleben, die konjunkturelle Lage auf dem Arbeitsmarkt und die Dauer des Arbeitsverhältnisses ins Gewicht<sup>2</sup>. Schliesslich können die Enge der arbeitsvertraglichen Beziehungen, der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses oder die Bereitschaft des Kündigenden, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, berücksichtigt werden<sup>3</sup>.

b) Vorliegend ist bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen, dass der Berufungsklägerin einzig aufgrund ihrer MS-Erkrankung als alleinigem Motiv gekündigt wurde. Ein teilweise rechtmässiger Kündigungsgrund liegt nicht vor, was grundsätzlich zu einem Verschulden

---

<sup>1</sup> Art. 336a Abs. 2 OR

<sup>2</sup> Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 7.A., Art. 336a OR N. 2 f.; BGE 123 III 392

<sup>3</sup> Fernandez, Entschädigung und Genugtuung wegen missbräuchlicher Kündigung, Zürich/St. Gallen 2017, S. 43 f.

mindestens im mittleren<sup>4</sup> und nicht bloss unteren Bereich führt. Entschädigungserhöhend fällt so dann ins Gewicht, dass die Berufungsklägerin bereits mit 21 Jahren an ihrer ersten Arbeitsstelle nach dem Lehrabschluss die Erfahrung einer missbräuchlichen Kündigung machen musste. Diese Erfahrung wirkt sich besonders auf eine junge Person ohne langjährige Berufserfahrung gravierend aus. Nach erst rund einem Jahr Arbeitstätigkeit konnte sie diesbezüglich keine - durch eigene Erfahrungen oder durch die Erfahrungen Dritter gemachte - Resilienz aufbauen. Sie musste erleben, wie ihr der ehrliche Umgang mit ihrer Krankheit und die diesbezügliche Transparenz gegenüber ihrem Vorgesetzten zum Nachteil gereichte, zumal die Krankheit bis zum Zeitpunkt der Kündigung keinerlei Auswirkungen auf ihre Arbeitsleistungen hatte. So waren denn auch die Mitarbeiterbeurteilungen der Berufungsklägerin durchaus positiv. Sie hatte ihre Leistungen weitestgehend vollumfänglich und in einzelnen Punkten grösstenteils erbracht und wollte ihre Anstellung behalten. Auch wenn der Berufungsbeklagten als gewisse subjektive Entlastung zu Gute gehalten wird, dass sie davon überzeugt zu sein schien, dass die Berufungsklägerin dem kommenden Druck nicht Stand gehalten hätte und darob ernsthaft erkrankt wäre, sodass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die Ausübung einer anderen, weniger stressbelasteten Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber zu ihrem Besten gewesen sei, ist festzuhalten, dass dieser "Schutz vor sich selbst" einer falsch verstandenen Fürsorge entspringt. Damit wurde er im Sinn einer Art "Bevormundung" Teil der Missbräuchlichkeit. Es wäre an der Berufungsbeklagten gewesen darzulegen, welche (echten) Bemühungen sie im Sinn der Fürsorgepflicht und des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 328 OR zum Schutz der Berufungsklägerin unternommen hat. In der vorliegenden Form ist das Argument der Fürsorgepflicht als Schutzbehauptung der Berufungsbeklagten einzustufen. Unter Berücksichtigung ihrer Rechtsnatur scheint somit eine Entschädigung am oberen Ende des mittleren Bereichs, somit im Bereich von rund vier Monatslöhnen, angemessen. Daran ändert auch nichts, dass die Berufungsklägerin bereits nach rund vier Monaten wieder eine Anstellung fand und die wirtschaftlichen Auswirkungen somit relativ gering waren.

c) Im Ergebnis ist das Rechtsbegehren nach einer Entschädigung von knapp vier Brutto-Monatslöhnen zu schützen.

Obergericht, 2. Abteilung, 8. März 2022, ZBR.2021.27

---

<sup>4</sup> Vgl. JAR 2004 S. 436 ff.; gemäss Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 18. März 2003 liegt keine Willkür vor, wenn von einem Grundbetrag von drei Monatslöhnen ausgegangen und die Höhe der Entschädigung aufgrund der Umstände des Einzelfalls nach unten oder oben korrigiert wird.



**13. Kein Recht auf Auskunft bei einem Zusammenhang des Auskunftsbegehrens mit einem hängigen Straf- oder Zivilverfahren; Pflicht der um Auskunft begehrenden Partei, unter diesen Umständen die herausverlangten Dokumente genau zu bezeichnen**

(Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO; Art. 8 DSGVO)

1. a) Der Berufungsbeklagte war früher als Managing Director für die Berufungsklägerin tätig. Nachdem die Staatsanwaltschaft gegen ihn ein Strafverfahren eröffnet hatte, wurde seine Tätigkeit für die Berufungsklägerin beendet. In diesem Zusammenhang wirft ihm die Berufungsklägerin vor, er habe ihr einen Schaden von mehreren Millionen Euro verursacht. Sie konstituierte sich im Strafverfahren als Zivil- und Strafklägerin. Während des hängigen Untersuchungsverfahrens erhob der Berufungsbeklagte gegen die Berufungsklägerin Klage auf Auskunftserteilung nach Datenschutzgesetz und stellte unter anderem folgendes Rechtsbegehren:

"1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger innert fünf Werktagen Auskunft mittels Übermittlung von Kopien (elektronisch oder physisch) über sämtliche Daten, welche sich in der Datensammlung der Beklagten über den Kläger befinden, zu erteilen. Insbesondere sei sie zu verpflichten, dem Kläger Kopien von folgenden, den Kläger betreffende Daten zu übermitteln:

- Lohndaten;
- Versicherungsdaten (insb. sämtliche D&O-Versicherungspolizen, die den Kläger betreffen);
- Disziplinarmaßnahmen;
- Korrespondenz zwischen dem Kläger und der Beklagten;
- Bonusvereinbarungen;
- Beurteilungen.

2. [...]."

b) Die Vorinstanz schützte die Klage und verpflichtete die Berufungsklägerin, dem Berufungsbeklagten Auskunft über sämtliche ihn betreffenden Daten zu erteilen. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin Berufung. Die Berufungsklägerin stellte sich insbesondere auf den Standpunkt, das Datenschutzrecht sei nicht anwendbar, weil zwischen den Parteien Straf- und Zivilverfahren hängig seien und das Auskunftsbegehren einen engen Zusammenhang mit diesen hängigen Verfahren habe.

2. a) Das DSG<sup>1</sup> gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane<sup>2</sup>. Es ist jedoch nicht anwendbar auf hängige Zivilprozesse, Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechtshilfe sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren mit Ausnahme erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG).

b) aa) Die Frage, was der Sinn und Zweck dieser Ausnahmebestimmung ist, wird in der Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert.

bb) Die Ausnahmeklausel von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG beruht auf der Idee, dass hier der Persönlichkeitsschutz durch die Spezialbestimmungen für die entsprechenden Verfahren hinreichend gesichert und geregelt wird. Käme das DSG ebenfalls zur Anwendung, würden sich zwei Gesetze mit zum Teil gleicher Zielsetzung überlagern, was zu Rechtsunsicherheiten, zu Koordinationsproblemen und schliesslich zu Verfahrensverzögerungen führen würde<sup>3</sup>. Das Bundesgericht hat es abgelehnt, den Begriff "hängige Zivilprozesse" in zeitlicher Hinsicht auf das Vorfeld eines Zivilprozesses auszudehnen<sup>4</sup>, weil eine solch extensive Auslegung vom Wortlaut der Norm nicht gedeckt sei und zu Rechtsunsicherheit führe<sup>5</sup>. Gleiches dürfte für Strafverfahren gelten, wobei strittig ist, ab wann ein Strafverfahren hängig ist<sup>6</sup>. Die Anwendbarkeit des DSG beschlage - so das Bundesgericht weiter - nicht nur den Bestand eines datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts, sondern entscheide vorab darüber, ob die vom DSG aufgestellten Vorschriften über das Sammeln und Bearbeiten von Daten massgebend seien. Entsprechende zivilprozessuale Vorschriften griffen aber ausserhalb eines förmlich anhängigen Zivilprozesses nicht, weshalb zum Schutz der Betroffenen die Ausnahmeklausel vom Geltungsbereich des DSG nicht extensiv interpretiert werden dürfe. Umgekehrt bilde die Gefahr, dass ein datenschutzrechtliches Auskunftsbegehren zu einer verpönten Beweisausforschung des späteren Prozessgegners missbraucht werden könnte, keinen Grund, den Geltungsbereich des DSG über den Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG hinausgehend einzuschränken. Vielmehr sei dieser Umstand im Einzelfall gegebenenfalls bei der Frage zu berücksichtigen, ob eine rechtsmissbräuchliche Verwendung des Instituts des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts vorliege<sup>7</sup>.

cc) In einem Entscheid vom 31. August 2015 bejahte das Bundesgericht die Nichtanwendbarkeit des DSG gestützt auf die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG aufgrund des engen Zusammenhangs zwischen dem hängigen Zivilprozess und der zu beurteilenden

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1

<sup>2</sup> Art. 2 Abs. 1 DSG

<sup>3</sup> BGE 138 III 429 mit Hinweis auf die Lehre und die Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, BBl 1988 II S. 443; BGE vom 31. August 2015, 4A\_188/2015, Erw. 3.1

<sup>4</sup> "Hängig" ist der Zivilprozess laut Bundesgericht mit Einleitung der Schlichtung gemäss Art. 62 ZPO.

<sup>5</sup> BGE 138 III 429; bestätigt in BGE vom 18. November 2020, 4A\_277/2020, Erw. 4

<sup>6</sup> Hier unerheblich, weil das Strafverfahren längst formell eröffnet und damit als hängig zu qualifizieren ist.

<sup>7</sup> BGE 138 III 430

datenschutzrechtlichen Berichtigungsklage<sup>8</sup>. Konkret ging es um einen Überwachungsbericht einer Versicherung, den der Beklagte (Beschwerdegegner) als Beweismittel im Zivilprozess gegen den Kläger (Beschwerdeführer) verwenden wollte, und den der Beschwerdeführer zum Gegenstand des datenschutzrechtlichen Verfahrens (wiederum gegen den Beschwerdegegner) machte. Es ging "somit um die Frage, ob während eines Zivilprozesses aber ausserhalb desselben das Datenschutzgesetz anwendbar bleibt". Das Bundesgericht fasste die Lehre anhand der Extremstandpunkte zusammen<sup>9</sup>. Es erwog, das Bundesgericht habe bereits entschieden, dass sich auch in einen hängigen Prozess einbezogene Dritte nicht auf das DSG berufen könnten, da deren Rechtsstellung durch die Prozessordnung geregelt sei. Zu Recht werde in der Lehre darauf hingewiesen, es gehe bei Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG um die Verhinderung einer Normenkollision. Die vom Gesetzgeber bezweckte Koordination beziehe sich nicht nur auf Akteneinsichts-, Auskunfts- und Mitwirkungsrechte der Betroffenen. Die Botschaft erwähne ausdrücklich, Prozessgesetze enthielten auch "Bestimmungen über die Informationsbearbeitung", indem sie etwa festlegten, "wie der Prozessstoff gesammelt und gewürdigt wird". Auch im Hinblick auf die Beweiswürdigung könne es zu einer Normenkollision kommen, wenn das DSG ausserhalb des hängigen Prozesses, aber im Hinblick auf im Verfahren zu würdigende Beweismittel, anwendbar bleibe. Mit dem vorliegenden Verfahren wolle der Beschwerdeführer erreichen, dass bestimmte Passagen des Überwachungsberichts anders (abgeschwächt) formuliert, eventualiter mit entsprechenden Bestreitungsvermerken (Art. 15 Abs. 2 DSG) versehen würden. Sowohl bei der Berichtigung nach Art. 15 Abs. 1 DSG wie beim Bestreitungsvermerk nach Art. 15 Abs. 2 DSG betreffend den Überwachungsbericht gehe es ebenso um dessen Würdigung wie bei der Würdigung dieses Beweismittels im hängigen Verfahren. Mit der Berichtigungsklage (gemäss DSG) solle gleichsam eine ausgelagerte Würdigung der Richtigkeit des Überwachungsberichts stattfinden. Es sei denn auch bezeichnend, dass der Beschwerdeführer in der Beschwerdebegründung ausführe, es handle sich um "rechtlich erhebliche Tatsachen", die es zu berichtigen gelte, womit er sinngemäss selber den Bezug zur Leistungsklage im hängigen Verfahren herstelle. Demzufolge bestehe kein selbstständiger Anspruch auf Berichtigung oder auf einen Bestreitungsvermerk gemäss Art. 15 DSG<sup>10</sup>.

dd) Gemäss Rudin ist der "Rücktritt" des DSG zugunsten der Prozessordnungen nur sachgerecht, wenn erstens die Geltungsbereiche nahtlos aneinander anschliessen und soweit zweitens die Prozessrechte ihrerseits einen angemessenen Schutz der Persönlichkeit gewährleisten (zum Beispiel durch die Regelung von Anhörungs-, Akteneinsichts- und Mitwirkungsrechten der Betroffenen)<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> BGE vom 31. August 2015, 4A\_188/2015, Erw. 3.2

<sup>9</sup> BGE vom 31. August 2015, 4A\_188/2015, Erw. 3.2.1 mit Hinweisen

<sup>10</sup> BGE vom 31. August 2015, 4A\_188/2015, Erw. 3.2.2

<sup>11</sup> Rudin, in: Datenschutzgesetz (Hrsg.: Baeriswyl/Pärli), Bern 2015, Art. 2 N. 26

ee) Rosenthal/Jöhri halten dem entgegen, diese Forderung sei zwar verständlich, finde im Gesetz aber keine Stütze. Der Gesetzgeber habe Unsicherheiten und Verzögerungen im Prozess gerade vermeiden wollen, solche würde eine dahingehende Auslegung aber zwangsläufig hervorrufen, weil ein Gericht im Streitfall immer zunächst überprüfen müsste, ob sein eigenes Verfahrensrecht bezüglich der zur Diskussion stehenden Frage hinreichenden Schutz im Vergleich zum DSG gewährleiste und falls nicht (auch) das DSG anwenden. Das wäre nicht praktikabel. Daher gelte "de lege lata", dass sämtliche der aufgezählten Verfahren aus dem Anwendungsbereich des DSG ausgenommen seien, und zwar selbst dann, wenn die jeweiligen Verfahrensnormen im Einzelnen keinen gleichwertigen Schutz wie das DSG böten. Nicht betroffen seien Datenbearbeitungen ausserhalb eines hängigen Verfahrens; darauf finde das DSG regulär Anwendung, so zum Beispiel auf die Berichterstattung der Presse über ein Verfahren, die Datenbearbeitung zur Vorbereitung eines Verfahrens (etwa im Rahmen von Recherchen, Ermittlungen und Befragungen, beim Zusammentragen von Beweismitteln oder Verfassen einer Klageschrift) oder im Rahmen der Begleitung eines Prozesses ausserhalb des eigentlichen Verfahrens (etwa das Verfassen weiterer Eingaben oder das Vorbereiten eines Plädoyers)<sup>12</sup>.

ff) Demgegenüber kommen Wiget/Schoch nach ausführlicher Auslegung (Wortlaut, systematisches, historisches und teleologisches Auslegungselement) nicht nur zum Schluss, das DSG komme auf hängige Zivilprozesse überhaupt nicht zur Anwendung. Vielmehr sei das DSG während eines Zivilprozesses auch "ausserhalb" desselben nicht anwendbar<sup>13</sup>; ein Auskunftsgesuch also nicht mehr möglich. Wer ein Auskunftsrecht ausserhalb des Prozesses befürworte, verkenne, dass damit sämtliche Schutzvorkehrungen und Interessenabwägungen des (Zivilprozess-)Gesetzgebers unterlaufen würden. Auch die in den Prozessordnungen vorgesehenen Abläufe und Formen für das Beweisverfahren würden umgangen. Ausserdem bezwecke das DSG gerade nicht die Beweismittelbeschaffung im Zivilprozess. Ein anderes Motiv für ein Auskunftsbegehren der einen Partei an die Gegenpartei während eines hängigen Zivilprozesses sei aber schwer vorstellbar<sup>14</sup>. Die Frage, wie Urkunden im Besitz der Gegenpartei in den Prozess eingeführt würden, sei abschliessend in den Prozessgesetzen geregelt<sup>15</sup>. Wiget/Schoch sehen in der Anwendung des DSG weiter einen Widerspruch zum Prinzip der Verfahrensökonomie. Zudem sei nur der Richter des laufenden, ersten Zivilprozesses (Hauptverfahren) in der Lage, vor dem Hintergrund des Hauptverfahrens abzuschätzen, welche Teile einer Datensammlung allenfalls relevant seien, nicht aber der zweite Richter, der über das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht zu entscheiden hätte.

---

<sup>12</sup> Rosenthal/Jöhri, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz (Hrsg.: Rosenthal/Jöhri), Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 2 N. 30 ff.

<sup>13</sup> Zumindest soweit das Verhältnis zwischen den Prozessbeteiligten betroffen sei.

<sup>14</sup> Ausnahmen seien denkbar, beispielsweise, wenn ein Zivilprozess zwischen zwei Parteien auf die Bezahlung einer einzigen Rechnung beschränkt sei und das Auskunftsbegehren offensichtlich und unzweifelhaft nicht im Zusammenhang mit dem Streit um diese eine Rechnung gestellt werde (Wiget/Schoch, Das Auskunftsrecht nach DSG - eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?, in: AJP 2010 S. 1007 Fn. 82).

<sup>15</sup> Wiget/Schoch, S. 1007

Ausnahmen seien nur denkbar, wenn das Auskunftsbegehren thematisch unzweifelhaft nicht im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand des hängigen Zivilprozesses stehe<sup>16</sup>.

gg) Maurer-Lambrou/Kunz führen grundsätzlich aus, Voraussetzung für die Nichtanwendbarkeit des DSG sei, dass die Verfahrensgesetze einen gleichwertigen Schutz wie das DSG böten. Bleibe eine Behörde während der Hängigkeit untätig oder sei ein Verfahren lediglich eröffnet worden, damit die Daten nicht dem DSG unterlägen, müsse das DSG nach einem Jahr wieder Anwendung finden<sup>17</sup>. Bei den Strafverfahren stelle sich das Problem, ab wann ein Strafverfahren hängig sei und ob gerichtspolizeiliche Ermittlungsverfahren ebenfalls von der Anwendung des DSG ausgenommen seien. Wann ein Strafprozess hängig sei, müsse von Fall zu Fall und unter Beizug des entsprechenden Strafverfahrensgesetzes ermittelt werden. Spätestens jedoch nach einem Jahr sollte das DSG auf die in einem solchen Verfahren verwendeten Daten wieder angewendet und diese nicht mehr von der Ausnahme erfasst werden<sup>18</sup>.

hh) Gemäss Rudolph bedeute der Ausnahmetatbestand von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG nicht, dass ein Arbeitgeber, der sich mit seinem Arbeitnehmer in einem hängigen Prozess befinde, gestützt auf diese Bestimmung einfach die Auskunft über das Personaldossier verweigern könne. Der Ausschlusstatbestand beziehe sich nur auf das Verfahren selber, also etwa auf die Gerichtsakten; ausserhalb finde das Gesetz nach wie vor regulär Anwendung<sup>19</sup>.

ii) Waldmann/Bickel sprechen sich für eine Beschränkung der Ausnahmeklausel auf die unmittelbare Verfahrenstätigkeit aus. Die Ausnahmeklausel klammere sodann nur die verfahrensbezogene Datenbearbeitung im Zeitraum aus, in dem das Verfahren hängig sei<sup>20</sup>.

c) Die Vorinstanz referierte zutreffend die Praxis des Bundesgerichts und die Lehre. Sie erwog, ein Grossteil der Lehre sei der Ansicht, dass sich die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG nur auf die unmittelbare Verfahrenstätigkeit und damit nur auf das Verfahren selber beziehe. Ferner sei ein anderes Motiv als die mögliche Beweisausforschung während eines laufenden Zivil- beziehungsweise Strafverfahrens durchaus denkbar. Der Berufungsbeklagte habe dargetan, dass er überprüfen wolle, ob die Berufungsklägerin die Daten über ihn datenschutzkonform bearbeitet habe. Eine extensive Interpretation der Ausnahmeklausel und damit ein Rücktritt des DSG könnten dazu führen, dass die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht mehr angemessen geschützt werde. Die Annahme, dass ein laufendes Zivil- oder Strafverfahren eine Sperr-

---

<sup>16</sup> Wiget/Schoch, S. 1007

<sup>17</sup> Maurer-Lambrou/Kunz, Basler Kommentar, 3.A., Art. 2 DSG N. 27

<sup>18</sup> Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 2 DSG N. 31

<sup>19</sup> Rudolph, Das Recht des Arbeitnehmers auf Einsicht in sein Personaldossier, in: AJP 2014 S. 1674 mit Verweis auf Rosenthal/Jöhri, Art. 2 DSG N. 32

<sup>20</sup> Waldmann/Bickel, in: Datenschutzrecht (Hrsg.: Belser/Epiney/Waldmann), Bern 2011, § 12 N. 30 f.

wirkung für Auskunftsbeglehen nach dem DSG bewirke, könne unter Umständen zu einem stossenden Ergebnis führen. Ein Vorermittlungsverfahren wie im vorliegenden Fall, das über mehrere Jahre hinweg andauere, könnte demnach dazu führen, dass ein Arbeitnehmer den Schutz seiner Persönlichkeit nicht mehr angemessen wahrnehmen könne. Die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen würden dadurch übermässig eingeschränkt. Streitigkeiten über ein Auskunftsbeglehen, das unabhängig eines Straf- oder Zivilverfahrens gestellt werde, seien demzufolge im datenschutzrechtlich vorgesehenen Verfahren zu entscheiden. Die Parteien des vorliegenden Verfahrens seien unbestrittenermassen auch Parteien in einem Strafverfahren und in einem Arrestverfahren (das mittlerweile rechtskräftig erledigt ist). Dieser Umstand sei jedoch bei der Frage zu berücksichtigen, ob eine rechtsmissbräuchliche Verwendung des Instituts des datenschutzrechtlichen Auskunftsbeglehen vorliege. Zusammengefasst sei das Gericht aus diesen Gründen der Auffassung, dass sich der Ausschlussstatbestand nur auf ein Zivil- oder Strafverfahren selbst beziehe und das DSG ausserhalb eines laufenden Verfahrens regulär Anwendung finde. Das DSG sei demnach auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

d) aa) Die Übersicht zeigt, dass Auslegungen mit einer grossen Brandbreite möglich sind. Die unterschiedlichen Lehrmeinungen liegen bei näherer Betrachtung allerdings nicht weit auseinander. Einigkeit herrscht darüber - was nicht weiter verwunderlich ist, ergibt sich das doch direkt aus dem Gesetz -, dass das DSG nicht gilt, wenn es um Daten betreffend das hängige Verfahren (hier: das Strafverfahren) geht. Andererseits ist nach keiner Lehrmeinung das DSG überhaupt nicht - nie - anwendbar, solange das (Straf-) Verfahren hängig ist, unabhängig davon, um was für Daten es geht. Strittig ist letztlich nur, wie der verbleibende Anwendungsbereich des DSG vom Anwendungsbereich der einschlägigen Verfahrensordnung abzugrenzen ist.

bb) Damit erweist sich einerseits der von der Berufungsklägerin geforderte strikte Ausschluss des DSG als nicht haltbar. Es leuchtet in der Tat nicht ein, weshalb zum Beispiel ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber Daten, die er für eine Bewerbung verwenden will, nicht erhältlich machen können sollte, weil zwischen ihnen ein - möglicherweise komplizierter und lange dauernder - Prozess hängig ist. Vielmehr ist eine Abgrenzung der Geltungsbereiche nötig.

cc) Andererseits ist auch die Rechtsauffassung der Vorinstanz nicht haltbar. Die Vorinstanz hätte sich vielmehr mit der konkreten Abgrenzung, insbesondere mit dem von der Berufungsklägerin behaupteten engen Zusammenhang zwischen dem Auskunftsbeglehen und dem hängigen (Straf-)Verfahren, auseinandersetzen müssen. Im Grunde erkannte das die Vorinstanz,

verlegte die Prüfung indessen in die Beurteilung der materiellen Anspruchsvoraussetzungen<sup>21</sup>. Damit läuft die Argumentation der Vorinstanz auf eine grundsätzliche Weitergeltung des DSG und gegen den gesetzlichen Ausnahmetatbestand<sup>22</sup> hinaus.

dd) Zusammengefasst gilt: Greift die Ausnahmeklausel von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG, verdrängt die einschlägige Verfahrensordnung grundsätzlich das DSG. Hingegen bleibt das DSG anwendbar, wenn die gewünschten Auskünfte keinen engen Zusammenhang mit dem Streitgegenstand des hängigen Verfahrens haben. Hilfreich ist die relativ aktuelle Botschaft zur Totalrevision des DSG vom 15. September 2017 zu dieser Thematik: "Wesentliches Abgrenzungskriterium für die Nichtanwendbarkeit des DSG ist somit zusammenfassend, ob funktional betrachtet ein unmittelbarer Zusammenhang zu einem (Gerichts-)Verfahren besteht oder nicht. Ein solcher liegt vor, wenn die fragliche Bearbeitung von Personendaten konkrete Auswirkungen auf dieses Verfahren oder dessen Ausgang oder die Verfahrensrechte der Parteien haben kann"<sup>23</sup>. Das ist handhabbar und wird den Interessen beider Parteien gerecht.

e) aa) Ausgangslage ist hier das Strafverfahren der Staatsanwaltschaft gegen den Berufungsbeklagten mit der Berufungsklägerin als Straf- und Zivilklägerin. Die Strafuntersuchung wurde betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung (zum Nachteil der Berufungsklägerin) und Geldwäscherei eröffnet und auf die Tatbestände Betrug und Urkundenfälschung ausgedehnt. Die Tatvorwürfe betreffen die Tätigkeit des Berufungsbeklagten als Arbeitnehmer (in Führungsfunktion) der Berufungsklägerin. Basis der Tatvorwürfe und grundlegende Tatvoraussetzung sind gefälschte Dokumente. Das dem Berufungsbeklagten vorgeworfene Tatvorgehen - von der Berufungsklägerin teilweise minutiös behauptet - setzt zudem eine gewisse Raffinesse voraus. Für die Untermauerung der Tatvorwürfe - erst recht für deren Beweis - sind die vom Berufungsbeklagten als leitendem Angestellten der Berufungsklägerin produzierten Akten - nebst weiteren Beweismitteln, insbesondere zu den Geldflüssen - von grosser Bedeutung. Damit ist ein enger Zusammenhang zwischen

---

<sup>21</sup> Wiget/Schoch, für die Motiv eines Auskunftsbegehrens während eines Zivilprozesses an die Gegenpartei in der Regel die Ausforschung oder Beschaffung von Beweismitteln unter Umgehung der Verfahrensvorschriften der ZPO ist, was weder vom historischen Gesetzgeber gewollt noch vom Zweck des DSG gedeckt sei und zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde, und für die deshalb das DSG zwischen den Parteien eines hängigen Zivilprozesses grundsätzlich nicht anwendbar ist, argumentieren genau umgekehrt: Selbst wenn man das DSG für anwendbar hielte, müsste ein solches Auskunftsbegehren als zweckwidrig und damit als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Allenfalls könnte die Gegenpartei auch gestützt auf Art. 9 Abs. 3 DSG [recte wohl: Art. 9 Abs. 4 DSG] die Auskunft verweigern. Angesichts der Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG und in Anbetracht der Tatsache, dass das Prozessverhältnis zwischen den Parteien umfassend in der ZPO geregelt sei, halten sie es jedoch für richtiger, dem DSG die Anwendung überhaupt zu versagen (S. 1007 mit Fn. 85). Selbst Wiget/Schoch halten aber Ausnahmen für denkbar, wenn das Auskunftsbegehren thematisch unzweifelhaft nicht im Zusammenhang mit dem Streitgegenstand des hängigen Zivilprozesses steht (S. 1007).

<sup>22</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG

<sup>23</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 S. 7014

den Daten des Berufungsbeklagten und dem hängigen Strafverfahren gegen den Berufungsbeklagten mit der Zivilklage der Berufungsklägerin gegen den Berufungsbeklagten in grundsätzlicher Hinsicht gegeben.

bb) Ein Auskunftsbegehren in einer solchen Situation ist nicht mit einem normalen "Regel-Auskunftsbegehren" eines Auskunftsberechtigten gegenüber einem Auskunftspflichtigen in einer unbelasteten Situation zu vergleichen. Ein allgemeines, pauschales Auskunftsbegehren genügt nicht mehr, wenn - wie hier - die Daten über den Arbeitnehmer (Berufungsbeklagter) grundsätzlich beziehungsweise potentiell relevant sind für den komplexen hängigen Prozess zwischen der Arbeitgeberin (Berufungsklägerin) und dem Arbeitnehmer (Berufungsbeklagter). Vielmehr obliegt es dem auskunftsberechtigten und auskunftsbegehrenden Berufungsbeklagten, substantiiert darzutun, um welche konkreten Auskünfte es ihm geht. Denn erst und nur, wenn dies klar ist, kann die Gegenpartei konkret und substantiiert ihre Argumente gegen die Auskunftserteilung vorbringen (sei es zum Geltungsbereich, zum Rechtsmissbrauch oder zur Interessenabwägung). Andernfalls wäre die Berufungsklägerin beziehungsweise generell jeder Auskunftspflichtige gezwungen, zu jedem einzelnen Datenvorgang über den Berufungsbeklagten respektive über den Auskunftersuchenden den Zusammenhang mit dem hängigen Verfahren darzutun. Das ginge zu weit, denn auf diese Weise könnte der Ausnahmetatbestand von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO letztlich mit einem mehr oder weniger pauschalen Auskunftsgesuch trotz offensichtlichen, grundsätzlichen Zusammenhangs zwischen Daten und hängigem Verfahren ausgehebelt werden.

f) aa) Prüft man das Auskunftsbegehren des Berufungsbeklagten unter dieser Prämisse, ergibt sich sofort, dass das pauschale Auskunftsbegehren gemäss Satz 1 nicht genügt, denn es zielt zweifellos auf eine Vielzahl von Daten, für welche das DSGVO wegen des hängigen Strafverfahrens nicht anwendbar ist. Zu prüfen bleiben die sechs in Satz 2 mit einem konkreten Begriff bezeichneten Datenbereiche, soweit aus der Bezeichnung klar wird, was damit gemeint ist (was hier der Fall ist). Andere nachvollziehbar bezeichnete oder umschriebene konkrete Daten, über die er Auskunft möchte, machte der Berufungsbeklagte in seinen Parteivorträgen nicht geltend.

bb) Die Auskunft über "Lohndaten" ist unproblematisch. Dabei kann es ohne weitere Präzisierungen um nichts anderes als um die Höhe der Monats- beziehungsweise Jahreslöhne des Berufungsbeklagten während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses mit der Berufungsklägerin gehen. Inwiefern diese einen Zusammenhang mit dem hängigen Strafverfahren haben könnten, ist nicht ersichtlich.

cc) Das Gleiche gilt für die "Versicherungsdaten (insbesondere sämtliche D&O-Versicherungspolice, die den Kläger [Berufungsbeklagter] betreffen)". Ob der Berufungsbeklagte



über die D&O-Versicherungen seine Verteidigungskosten erhältlich machen will, ist unerheblich beziehungsweise hindert den Auskunftsanspruch nicht. Es geht - vorläufig - nur darum, dass der Berufungsbeklagte Auskunft über den Inhalt dieser ihn betreffenden Policen haben will. Zwar macht die Berufungsklägerin insoweit einen Zusammenhang mit dem hängigen Strafverfahren geltend. Indessen werden damit nicht im Entferntesten die Tatvorwürfe tangiert. Vielmehr hat der Berufungsbeklagte durchaus einen Anspruch darauf zu prüfen, ob er aus den Policen irgendwelche Ansprüche geltend machen kann, zum Beispiel auf Erstattung von Verteidigungskosten in einem Verfahren mit der Berufungsklägerin auf der Gegenseite.

dd) Die "Disziplinarmaßnahmen", über welche der Berufungsbeklagte Auskunft begehrt, werden nicht weiter umschrieben. Unter dem Aspekt des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien fragt sich, ob Disziplinarmaßnahmen einschlägig geregelt sind. Das ist nicht der Fall, weder im obligationenrechtlichen Arbeitsvertrag<sup>24</sup> noch im ArG<sup>25</sup>. Mögliche Grundlagen dafür sind Personalreglemente, einzelarbeitsvertragliche Regelungen oder Gesamtarbeitsverträge. Auch ohne solche Regelungen ist der Arbeitgeber berechtigt, gestützt auf die Arbeits-, Treue-, Sorgfalts- und Weisungsbefolgungspflicht des Arbeitnehmers und gestützt auf sein Weisungsrecht, vertrags- oder weisungswidriges Verhalten zu disziplinieren (zum Beispiel mit einem Verweis, einer Mahnung, einer Verwarnung oder einer Kündigung). Dass solche allfälligen Disziplinarmaßnahmen gegen den Berufungsbeklagten einen Zusammenhang mit dem hängigen Strafverfahren haben könnten, kann ausgeschlossen werden, weil die Berufungsklägerin gemäss ihrer eigenen Darstellung von den Tatvorwürfen beziehungsweise von den behaupteten Tathandlungen des Berufungsbeklagten keine Kenntnis hatte. Das hätte sie aber gehabt, wenn sie wegen solcher Handlungen Disziplinarmaßnahmen ergriffen hätte. Damit ist das Auskunftsbegehren zu schützen, soweit es allfällige Disziplinarmaßnahmen gibt<sup>26</sup>.

ee) Auch in Bezug auf die "Korrespondenz zwischen dem Kläger (Berufungsbeklagter) und der Beklagten (Berufungsklägerin)" ist aus den gleichen Gründen davon auszugehen, dass kein Zusammenhang zum hängigen Strafverfahren besteht. Wenn es anders wäre, hätte die Berufungsklägerin entsprechend zumindest in diesem Umfang Kenntnis von den behaupteten Tathandlungen des Berufungsbeklagten gehabt, was sie gemäss ihrer Darstellung indessen gerade nicht hatte. Problematisch wäre es allenfalls, wenn der Berufungsbeklagte um Auskunft über sämtliche Korrespondenz, die er im Namen der Berufungsklägerin als Arbeitgeberin führte, ersuchen würde. Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

---

<sup>24</sup> Art. 319 ff. OR

<sup>25</sup> Arbeitsgesetz, SR 822.11

<sup>26</sup> Die Berufungsklägerin behauptet, keine Kenntnis von solchen Massnahmen zu haben.

ff) Für "Bonusvereinbarungen" gilt das Gleiche wie für "Lohndaten", zumal man Bonusvereinbarungen als Teil der Lohndaten betrachten könnte.

gg) Auch punkto "Beurteilungen", was nicht anders verstanden werden kann als Mitarbeiterbeurteilungen über den Berufungsbeklagten als Arbeitnehmer durch die Berufungsklägerin als Arbeitgeberin, ist kein Zusammenhang mit dem hängigen Strafverfahren ersichtlich.

g) Zusammengefasst bleibt das DSG für die sechs vom Berufungsbeklagten konkret genannten Datenbereiche mangels Zusammenhangs mit dem hängigen Strafverfahren anwendbar. Darüber hinaus greift der Ausnahmetatbestand gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG.

3. Zusammenfassend ist die Berufung teilweise begründet. Die Klage ist im genannten Umfang betreffend die sechs Datenbereiche zu schützen. Soweit mit der Klage Pauschalauskünfte verlangt werden, ist sie abzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 30. Juni 2022, ZBR.2021.28

#### **14. Kein Interessennachweis erforderlich für Auskunftsrecht nach Datenschutzgesetz; Bestimmtheit des Rechtsbegehrens**

(Art. 8 Abs. 1 DSG; Art. 328b OR)

1. Der Berufungsbeklagte erhob gegen die Berufungsklägerin Klage auf Auskunftserteilung nach Datenschutzgesetz und verlangte namentlich die Herausgabe von Lohndaten, Versicherungsdaten, Disziplinar massnahmen, Korrespondenz zwischen dem Berufungsbeklagten und der Berufungsklägerin, Bonusvereinbarungen und Beurteilungen. Das Bezirksgericht schützte die Klage und verpflichtete die Berufungsklägerin, dem Berufungsbeklagten Auskunft über sämtliche ihn betreffenden Daten zu erteilen. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin Berufung. Die Berufungsklägerin stellt sich insbesondere auf den Standpunkt, auf die Klage sei mangels Rechtsschutzinteresses und wegen zu unbestimmten Rechtsbegehrens nicht einzutreten.

2. a) Das DSG<sup>1</sup> bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden<sup>2</sup>. Gemäss Art. 8 Abs. 1 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Der Inhaber der Datensammlung muss der betroffenen Person alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten (lit. a) und den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger (lit. b) mitteilen<sup>3</sup>. Der Inhaber der Datensammlung kann gemäss Art. 9 Abs. 1 DSG<sup>4</sup> die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht (lit. a) oder es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist (lit. b). Der private Inhaber einer Datensammlung kann zudem die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit eigene überwiegende Interessen es erfordern und er die Personendaten nicht Dritten bekannt gibt<sup>5</sup>. Eine Einschränkung muss im konkreten Fall stets verhältnismässig sein<sup>6</sup>. Der Inhaber der Datensammlung muss angeben, aus welchem Grund er die Auskunft verweigert, einschränkt oder aufschiebt<sup>7</sup>.

b) Art. 8 DSG sorgt für Transparenz beim Bearbeiten von Personendaten. Das Recht auf Auskunft verwirklicht einen Teil des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) und der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV). Es ist eines der zentralen Elemente des Datenschutzrechts. Die durch die Auskunft verschaffte Kenntnis der betroffenen Person darüber,

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1

<sup>2</sup> Art. 1 DSG

<sup>3</sup> Art. 8 Abs. 2 DSG

<sup>4</sup> Marginale: "Einschränkung des Auskunftsrechts"

<sup>5</sup> Art. 9 Abs. 4 DSG

<sup>6</sup> Rosenthal, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz (Hrsg.: Rosenthal/Jöhri), Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 9 N. 4

<sup>7</sup> Art. 9 Abs. 5 DSG

dass und welche Daten über sie bearbeitet werden, ist Voraussetzung für die Wahrnehmung ihrer weiteren Rechte und Ansprüche<sup>8</sup>. Das Auskunftsrecht soll es der betroffenen Person erleichtern, ihre datenschutzrechtlichen Ansprüche durchzusetzen, indem es ihr ermöglicht, Kenntnis davon zu erhalten, wer überhaupt Daten über sie bearbeitet. Es gibt der betroffenen Person das Recht auf Auskunft über die Bearbeitung ihrer Daten und bildet damit sozusagen das Gegenstück zur Informationspflicht gemäss Art. 14 und 18a DSGVO. Ohne dieses Recht wären die betroffenen Personen kaum in der Lage, ihre Ansprüche aus dem Datenschutzrecht geltend zu machen oder überhaupt erst herauszufinden, ob und welche Daten über sie bearbeitet werden<sup>9</sup>.

c) Das Recht zur Erteilung einer Auskunft setzt ein entsprechendes Gesuch des Berechtigten ("Jede Person"<sup>10</sup>) an den Inhaber einer Datensammlung voraus<sup>11</sup>. Der Inhalt des Auskunftsgesuchs ist nicht geregelt. Allerdings muss darin die gesuchstellende, betroffene Person klar ersichtlich sein sowie, dass sie Auskunft über die sie betreffenden Daten in einer Datensammlung verlangt. Nicht erforderlich ist dagegen, dass die Datensammlung genau anzugeben ist, aus welcher die Informationen verlangt werden. Grundsätzlich ist zu empfehlen, dass die betroffene Person möglichst genau benennt, worüber sie Auskunft wünscht. Ein pauschales Begehren für sämtliche Datensammlungen eines bestimmten Inhabers ist aber zulässig. Eine Begründung ist nicht erforderlich<sup>12</sup>. Selbstverständlich kann der Auskunftspflichtige Rückfragen stellen, um den Anwendungsbereich des Auskunftersuchens zu klären und gegebenenfalls auch im Interesse des Antragstellers einzuschränken<sup>13</sup>. Die Auskunft hat sämtliche erforderlichen Informationen zu enthalten; sie muss vollständig und richtig sein. Immerhin ist eine Teilauskunft zulässig, wenn das Gesuch nur eine solche umfasst oder wenn das Gesetz eine Ausnahme respektive eine Beschränkung der Auskunft vorsieht. Ob eine Auskunft vollständig ist, muss jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls (insbesondere unter Einbezug des konkreten Auskunftersuchens) beurteilt werden<sup>14</sup>. Der Inhaber der Datensammlung wird zunächst abklären müssen, ob in der Datensammlung überhaupt Daten der betroffenen Person bearbeitet werden. Ist dies nicht der Fall, so muss er dies dem Betroffenen in einer sogenannten Negativmeldung mitteilen. Enthält die Datensammlung hingegen Daten der betroffenen Person, so sind die Angaben gemäss Art. 8 Abs. 2 DSGVO mitzuteilen<sup>15</sup>. Dafür, dass der Inhaber der Datensammlung wahrheitsgemäss und vollständig Auskunft erteilt hat,

---

<sup>8</sup> Rudin, in: Datenschutzgesetz (Hrsg.: Baeriswyl/Pärli), Bern 2015, Art. 8 N. 1; Gramigna/Maurer-Lambrou, Basler Kommentar, 3.A., Art. 8 DSGVO N. 1 f.

<sup>9</sup> Widmer, in: Datenschutzrecht (Hrsg.: Passadelis/Rosenthal/Thür), Basel 2015, N. 5.2

<sup>10</sup> Art. 8 Abs. 1 DSGVO; das Recht steht demnach allen natürlichen und juristischen Personen zu (Widmer, N. 5.8).

<sup>11</sup> Widmer, N. 5.6

<sup>12</sup> Widmer, N. 5.20; Rosenthal, Art. 8 DSGVO N. 11 f.

<sup>13</sup> Rosenthal, Art. 8 DSGVO N. 11

<sup>14</sup> Widmer, N. 5.23

<sup>15</sup> Widmer, N. 5.29 f.

ist im Streitfall er beweispflichtig<sup>16</sup>. Indessen vermag die blosser Behauptung der betroffenen Person, die ihr erteilte Auskunft sei unvollständig oder unwahr, für sich allein keine Grundlage dafür zu bieten, dass dies tatsächlich so ist<sup>17</sup>.

d) Das Auskunftsrecht steht den Berechtigten voraussetzungslos zu. Die Person, welche im Sinn von Art. 8 DSG Auskunft verlangt, muss kein Interesse an der Auskunftserteilung nachweisen oder auch nur geltend machen<sup>18</sup>. Unerheblich ist ausserdem, ob über sie tatsächlich Daten bearbeitet werden; dies herauszufinden ist ja gerade der Zweck des Auskunftsbegehrens<sup>19</sup>.

e) Der Grundsatz, wonach kein Interesse an der Ausübung des Auskunftsrechts dargetan werden muss, wird durch eine Reihe von Bestimmungen relativiert. Beim Antrag um Auskunft über die Personendaten eines Verstorbenen nach Art. 1 Abs. 7 VDSG<sup>20</sup> ist ein Interesse nachzuweisen. Die Interessen der gesuchstellenden Person werden sodann relevant, wenn bei der Frage der Einschränkung des Auskunftsrechts (Art. 9 und 10 DSG<sup>21</sup>) eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss, oder wenn es gilt, dem Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Verwendung des Auskunftsrechts entgegenzutreten. Insbesondere um dem Auskunftsverpflichteten und allenfalls dem Gericht die für die im Rahmen von Art. 9 und 10 DSG vorgesehene Abwägung der gegenseitigen Interessen notwendigen Grundlagen zu verschaffen, kann es geboten sein, ein Interesse darzutun<sup>22</sup>. Ob der Auskunftsberechtigte ein Interesse an der verlangten Auskunft darzutun vermag, ist gemäss Bundesverwaltungsgericht nur dann überhaupt entscheidrelevant, wenn der Auskunftsverpflichtete massgebliche Gründe für deren Verweigerung vorbringt, da nur in diesem Fall eine Interessenabwägung vorzunehmen ist; andernfalls könnte der Auskunftsberechtigte sein Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses geltend machen<sup>23</sup>. Der Auskunftsverpflichtete muss das Vorliegen etwaiger Rechtfertigungsgründe nachweisen, die ihn nach Art. 9 oder 10 DSG berechtigen, die verlangte Auskunft zu verweigern, einzuschränken oder aufzuschieben. Er ist dabei nicht an die dem Auskunftersuchenden nach Art. 9 Abs. 4 DSG bereits mitgeteilten Gründe gebunden<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> BGE vom 10. Dezember 2020, 4A\_125/2020, Erw. 3.1.2; BGE vom 17. September 2015, 1C\_59/2015, Erw. 3.2

<sup>17</sup> Widmer, N. 5.36

<sup>18</sup> Rudin, Art. 8 DSG N. 16; Gramigna/Maurer-Lambrou, Art. 8 DSG N. 4; BGE vom 10. Dezember 2020, 4A\_125/2020, Erw. 3.4.3; BGE 141 III 127 f.; BGE 138 III 432

<sup>19</sup> Rudin, Art. 8 DSG N. 16

<sup>20</sup> Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.11

<sup>21</sup> Art. 10 DSG regelt Einschränkungen des Auskunftsrechts für Medienschaffende.

<sup>22</sup> Gramigna/Maurer-Lambrou, Art. 8 DSG N. 42; Rudin, Art. 8 DSG N. 16; Rosenthal, Art. 8 DSG N. 12

<sup>23</sup> Gramigna/Maurer-Lambrou, Art. 8 DSG N. 42 mit Hinweis auf BVGE vom 28. Februar 2013, A-5176/2012, Erw. 4.4.6

<sup>24</sup> Rosenthal, Art. 15 DSG N. 94

f) Die Rechtsansprüche sind in Art. 15 DSG umschrieben. Klagen zum Schutz der Persönlichkeit richten sich gemäss Art. 15 Abs. 1 DSG nach den Art. 28, 28a sowie 28I ZGB<sup>25</sup>. Die klagende Partei kann insbesondere verlangen, dass die Datenbearbeitung gesperrt wird, keine Daten an Dritte bekannt gegeben oder die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden<sup>26</sup>. Über Klagen zur Durchsetzung des Auskunftsrechts entscheidet das Gericht im vereinfachten Verfahren nach der ZPO<sup>27</sup>. Die klageweise Durchsetzung des Auskunftsrechts nach Art. 8 DSG ist in den Ansprüchen nach Art. 15 Abs. 1 DSG nicht enthalten. Die Verweigerung der Auskunft stellt auch keine Persönlichkeitsverletzung dar. Die Möglichkeit, das Auskunftsrecht auch gerichtlich durchzusetzen, ergibt sich aus Art. 15 Abs. 4 DSG zwar nur implizit, ist aber unbestritten<sup>28</sup>. Da es sich beim Auskunftsrecht um ein subjektives, höchstpersönliches Recht handelt, kann es von der betroffenen Person im Fall einer Verletzung (beispielsweise durch Verweigerung einer Auskunft oder durch Erteilung nur einer Teilauskunft) gegenüber privaten Personen auf zivilprozessualen Weg durchgesetzt werden<sup>29</sup>. Es handelt sich um ein absolutes Recht der betroffenen Person, welches im Rahmen von Art. 8 ff. DSG zu beurteilen ist und eine Vorstufe zum eigentlichen datenschutzrechtlichen Verfahren darstellen kann; mit der Ausübung des Auskunftsrechts erfolgt in der Regel noch keine materielle Beurteilung der Rechtslage<sup>30</sup>.

g) Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass im zu beurteilenden Fall das eingeklagte Auskunftsrecht das frühere Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien beschlägt. Gemäss Art. 328b Satz 1 OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des DSG<sup>31</sup>. Diese Bestimmung basiert auf dem in Art. 328 OR geregelten Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Sie wurde mit Inkrafttreten des DSG erlassen. Der Gesetzgeber hielt diese Ergänzung für notwendig, weil kaum ein anderes Rechtsverhältnis Anlass zu einer solch umfangreichen und langandauernden Bearbeitung von Personendaten gebe und der Arbeitnehmer wegen seiner rechtlichen und tatsächlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber besonders geschützt werden müsse. Art. 328b OR konkretisiert somit die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Bereich der Datenbearbeitung<sup>32</sup>. Art. 328b OR definiert Zweck und Grenzen der erlaubten Datenbearbeitung und konkretisiert damit als "lex specialis" die in Art. 4 Abs. 2 und 3 DSG verankerten Bearbeitungsgrundsätze der Verhältnismässigkeit und der Zweckbindung; der Arbeitgeber muss ein berechtigtes Interesse an der Datenbearbeitung haben und darf die Daten nur soweit nötig und für den Zweck, für den sie beschafft wurden, bearbeiten.

---

<sup>25</sup> Art. 15 Abs. 1 Satz 1 DSG

<sup>26</sup> Art. 15 Abs. 1 Satz 2 DSG

<sup>27</sup> Art. 15 Abs. 4 DSG

<sup>28</sup> Rosenthal, Art. 15 DSG N. 93

<sup>29</sup> Widmer, N. 5.51

<sup>30</sup> Wermelinger, in: Datenschutzgesetz (Hrsg.: Baeriswyl/Pärl), Bern 2015, Art. 15 N. 35 f.

<sup>31</sup> Art. 328b Satz 2 OR

<sup>32</sup> Papa/Pietruszak, in: Datenschutzrecht (Hrsg.: Passadellis/Rosenthal/Thür), Basel 2015, N. 17.1 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7.A., Art. 328b OR N. 1

Aufgrund des allgemeinen Verweises auf das DSG muss der Arbeitgeber zudem auch die übrigen Bearbeitungsgrundsätze (Art. 4 ff. DSG), die Bestimmungen über das Auskunftsrecht (Art. 8 und 9 DSG) sowie die Bestimmungen über das Bearbeiten von Personendaten durch Privatpersonen (Art. 12 bis 15 DSG) beachten<sup>33</sup>. Art. 328b OR ist anwendbar, wenn ein Arbeitsverhältnis besteht oder bestanden hat, ebenso im Hinblick auf ein mögliches Arbeitsverhältnis (Bewerbungsphase)<sup>34</sup>.

h) Zusammenfassend kann das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG zum einen grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses geltend gemacht werden. Die Darlegung des Interesses an der Auskunft kann nötig werden, um dem Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Auskunftsrechts entgegenzutreten oder um eine nach Art. 9 oder 10 DSG gebotene Abwägung der gegenseitigen Interessen zu ermöglichen<sup>35</sup>. Zum andern sind pauschale Auskunftsbegehren grundsätzlich zulässig. Analog gilt hier, dass Konkretisierungen nötig werden können, um beispielsweise den Geltungsbereich des DSG bestimmen zu können, insbesondere wenn sich der Auskunftsverpflichtete auf einen Ausnahmetatbestand<sup>36</sup> beruft.

3. Aus der Rechtsnatur und dem Zweck des Auskunftsrechts ergibt sich, dass die von der Berufungsklägerin geltend gemachten Eintretensvoraussetzungen hier nicht anwendbar sind. Weder muss das Rechtsbegehren so bestimmt wie für übliche zivilrechtliche Rechtsbegehren formuliert sein, noch braucht es ein besonderes schützenswertes Interesse. Das im Grundsatz pauschal formulierte Auskunftsbegehren des Berufungsbeklagten mit sechs mit einem Begriff bezeichneten Datenbereichen, über die insbesondere Auskunft zu erteilen sei, ist entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin somit zulässig. Die von der Berufungsklägerin gegen das Eintreten erhobenen Einwände sind erst bei der materiellen Beurteilung zu prüfen: Einerseits beim Entscheid über den Geltungsbereich des DSG, andererseits bei den materiellen Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs.

Dass allenfalls bereits erhaltene Auskünfte einer (nochmaligen) Auskunftserteilung nicht entgegenstehen, ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. a Satz 1 VDSG. Danach kann eine angemessene Beteiligung an den Kosten ausnahmsweise verlangt werden, wenn der antragstellenden Person in

---

<sup>33</sup> Papa/Pietruszak, N. 17.5 f.; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328b OR N. 3 mit der Präzisierung, dass Art. 328b OR richtig betrachtet ein elementares Prinzip des DSG durchbricht, indem Datenbearbeitungen nicht mehr grundsätzlich zulässig, sondern grundsätzlich unzulässig sind, es sei denn, sie sind durch den Bezug zur Eignung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags gerechtfertigt.

<sup>34</sup> Papa/Pietruszak, N. 17.9; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328b OR N. 4

<sup>35</sup> BGE 138 III 432

<sup>36</sup> Art. 2 Abs. 2 DSG

den zwölf Monaten vor dem Gesuch die gewünschten Auskünfte bereits mitgeteilt wurden und kein schutzwürdiges Interesse an einer neuen Auskunftserteilung nachgewiesen werden kann<sup>37</sup>.

Obergericht, 2. Abteilung, 30. Juni 2022, ZBR.2021.28

---

<sup>37</sup> Ein schutzwürdiges Interesse ist insbesondere gegeben, wenn die Personendaten ohne Mitteilung an die betroffene Person geändert wurden (Art. 2 Abs. 1 lit. a Satz 2 VDSG).



## **15. Ausstand von Behördenmitgliedern der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, wenn der Rechtsvertreter einer Partei Ersatzrichter am Obergericht ist**

(Art. 47 Abs. 1 ZPO)

1. In einem Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist die Gegenpartei von einem Anwalt vertreten, der gleichzeitig Ersatzrichter am Obergericht ist und dort in der Abteilung einsitzt, welche über Beschwerden gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde urteilt. Im Beschwerdeverfahren ist strittig, ob die Behördenmitglieder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Beschwerdegegnerin) befangen sind, weil der Anschein erweckt wird, diese entscheiden im Sinn des Rechtsvertreters der Gegenpartei, um ihn sich als Ersatzrichter in anderen Verfahren günstig zu stimmen.

2. a) Für die Mitglieder sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gelten die Ausstandsregeln gemäss der ZPO<sup>1</sup>. Nach Art. 47 Abs. 1 ZPO muss eine Person unter anderem in den Ausstand treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse hat, in einer anderen Stellung in der gleichen Sache tätig war, mit einer Partei verheiratet, verwandt oder verschwägert ist, oder wenn sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder ihrer Vertretung, befangen sein könnte. Eine Partei, die eine Person ablehnen will, hat dem Gericht beziehungsweise der Behörde unverzüglich ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat. Die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen<sup>2</sup>. Die betroffene Person nimmt zum Gesuch Stellung<sup>3</sup>. Wird der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten, so entscheidet das Gericht beziehungsweise die Behörde<sup>4</sup>.

b) Zur Annahme eines Ausstandsgrunds müssen Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit erwecken. So werden allgemein Voreingenommenheit und Befangenheit nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten aufscheinen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Das Misstrauen in die Unvoreingenommenheit muss vielmehr in objektiver Weise begründet erscheinen. Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit und Voreingenommenheit hervorrufen. Für die Ablehnung wird nicht verlangt, dass der Richter tatsächlich befangen ist<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> § 19 Abs. 1 KESV (Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, RB 211.24)

<sup>2</sup> Art. 49 Abs. 1 ZPO

<sup>3</sup> Art. 49 Abs. 2 ZPO

<sup>4</sup> Art. 50 Abs. 1 ZPO; § 19 Abs. 3 KESV

<sup>5</sup> BGE 147 III 91 f.

c) Ausstandsgründe beziehen sich auf das Verhältnis zwischen einer bestimmten Gerichtsperson respektive eines bestimmten Behördenmitglieds und einer bestimmten Partei beziehungsweise ihrem Anliegen. Deshalb ist jede Gerichtsperson und jedes Behördenmitglied einzeln und mit personenspezifischer Begründung abzulehnen. Die pauschale Ablehnung des Spruchkörpers mit der allgemeinen Kritik, das Gericht beziehungsweise die Behörde sei als solche "institutionell" befangen, ist nicht zulässig, wohl aber die kumulierte individuelle Ablehnung jeder im Spruchkörper tätigen Person<sup>6</sup>. Der Ausstand eines gesamten Spruchkörpers soll respektive darf nur aus erheblichen Gründen bewilligt werden, weil eine solche Zuteilung einer Streitsache an ein anderes als das primär zuständige Gericht beziehungsweise als die primär zuständige Behörde die Garantie des Art. 30 Abs. 1 BV stärker tangiert als der Ausstand eines einzelnen Gerichtsmitglieds oder Behördenmitglieds<sup>7</sup>. Befangenheit darf im Interesse einer beförderlichen Rechtspflege nicht leichthin angenommen werden; es darf kein Missbrauch zur Ausschaltung des verfassungsmässig vorgesehenen Spruchkörpers getrieben werden können. Mithin darf nicht leichthin auf Ausstandsgründe geschlossen werden, sondern es bedarf stets konkreter Tatsachen, welche das Misstrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters beziehungsweise Behördenmitglieds objektiv rechtfertigen<sup>8</sup>.

d) Ausstandsgründe beziehen sich meist auf die Frage, ob besondere Umstände betreffend das Verhältnis zwischen einem Richter beziehungsweise einem Behördenmitglied und einer Partei bei objektiver Betrachtung geeignet sind, den Anschein der Befangenheit des Richters beziehungsweise des Behördenmitglieds zu erwecken. Indessen ist es denkbar und von der Rechtsprechung ebenso anerkannt, dass - wie hier - besondere Gegebenheiten hinsichtlich des Verhältnisses zwischen einem Richter beziehungsweise einem Behördenmitglied und einem Parteivertreter die Voreingenommenheit des Ersteren begründen können<sup>9</sup>.

3. a) Der von der Beschwerdeführerin genannte RBOG 2007 Nr. 21 ist für die hier zu beurteilende Sache nicht einschlägig, da er eine andere Konstellation betrifft. Die in RBOG 2007 Nr. 21 angesprochene Konstellation läge vor, wenn es um den Ausstand des Rechtsanwalts als Richter ginge. Dazu hielt das Obergericht fest, es könne ein Ausstandsgrund vorliegen, wenn die Gefahr bestehe, dass der Ersatzrichter sich von den Interessen seines Klienten beeinflussen lasse, auch wenn dieser mit dem hängigen Verfahren nichts zu tun habe<sup>10</sup>. Vorliegend geht es um eine

---

<sup>6</sup> Kiener, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 49 N. 2; Weber, Basler Kommentar, 3.A., Art. 49 ZPO N. 2; Rüetschi, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 49 ZPO N. 4; Wullschleger, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 49 N. 2; Livschitz, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Baker & McKenzie), Bern 2010, Art. 49 N. 2; PKG 2013 Nr. 10 Erw. 4.b

<sup>7</sup> BGE 105 Ia 157 (Regeste) und 164

<sup>8</sup> Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 32 N. 18

<sup>9</sup> BGE 133 I 3 f.

<sup>10</sup> RBOG 2007 Nr. 21 Erw. 4.c

allenfalls sachfremde Beeinflussung der Mitglieder der Beschwerdegegnerin, weil der Anwalt einer Partei gleichzeitig Ersatzrichter am Obergericht ist.

b) aa) Die Konstellation hier entspricht vielmehr jener von BGE 133 I 1. Gemäss der Regeste dieses Entscheids tangiert der Umstand, dass der Anwalt einer Partei gleichzeitig bei der Rechtsmittelinstanz ein richterliches Nebenamt ausübt, das Gebot der Waffengleichheit der Parteien nicht. Dort brachte der Beschwerdeführer - wie hier - vor, die Offenheit seines Prozesses werde durch den Umstand infrage gestellt, dass der Rechtsanwalt der Gegenpartei gleichzeitig Richter der Rechtsmittelinstanz sei<sup>11</sup>. Das Bundesgericht erkannte, es stehe die Konstellation zur Diskussion, dass ein Parteivertreter gleichzeitig - in Drittverfahren - ein Richteramt bekleide. Beide Parteien hätten ihren Rechtsanwalt selbst ausgewählt. Es stehe ihnen frei, unter den zugelassenen Anwälten denjenigen zu mandatieren, der ihnen am besten geeignet erscheine, um ihre Interessen wirksam zu verfolgen. Im kantonalen Verfahren habe der Beschwerdeführer in allgemeiner Weise auf die Gefahr der Einschüchterung hingewiesen, die bei einem Anwalt aufkommen könnte, wenn er einem als Parteivertreter auftretenden nebenamtlichen Richter der Rechtsmittelinstanz gegenüberstehe. Er habe aber nicht behauptet, diese Gefahr sei auch in seinem konkreten Fall gegeben. Im Gegenteil habe sein Anwalt das Ausstandsbegehren durchaus selbstbewusst vorgetragen<sup>12</sup>.

Weiter erwog das Bundesgericht, im Zivilprozess des Beschwerdeführers habe der Gegenanwalt einzig eine Parteirolle inne und könne keine richterlichen Funktionen ausüben. Insbesondere sei er bei einem Weiterzug der Sache an das Kassationsgericht als Richter ausgeschlossen. Ebenso müsse er in seiner Eigenschaft als Kassationsrichter in Drittverfahren im gleichen Rechtsgebiet in den Ausstand treten, falls er dort an einem Präjudiz über sachverwandte Streitfragen mitwirken würde. Aus diesen Gründen lasse sich annehmen, dass die unterinstanzlichen Zürcher Gerichte im einzelnen Prozess klar zwischen der Stellung des vor ihnen auftretenden Anwalts als einseitiger Parteivertreter und dessen richterlicher Tätigkeit am Kassationsgericht in Drittverfahren trennen könnten. Bei dieser Sachlage seien die Bedenken, dass ein unterinstanzlicher Richter gegenüber einem Anwalt wegen dessen oberinstanzlichen Richteramts innerlich nicht mehr frei sei, nicht angebracht. Einerseits ziehe der unterinstanzliche Richter keinen persönlichen Vorteil daraus, dass seine Entscheide von der Rechtsmittelinstanz geschützt würden. Andererseits werde seine Stellung ebenso wenig dadurch erschüttert, dass ein Rechtsmittelentscheid anders ausfalle als sein eigener Entscheid. Damit gehe die Beziehung eines unterinstanzlichen Richters zu einem Anwalt, der gleichzeitig Mitglied einer Rechtsmittelinstanz sei, im Allgemeinen nicht wesentlich über die Kollegialität unter Mitgliedern desselben Gerichts hinaus. Der Kritik verschiedener Autoren, wonach die berufliche Beziehung zwischen dem als Anwalt auftretenden Richter und seinen mit der Sache befassten Richterkollegen über die üblichen sozialen Bindungen hinausgehe, könne

---

<sup>11</sup> BGE 133 I 3

<sup>12</sup> BGE 133 I 4 f.

aber nicht jede Berechtigung abgesprochen werden. Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung habe eine Ausstandspflicht in derartigen Fällen aber verneint, woran festzuhalten sei. Sie gründe auf der Überlegung, dass die Mitglieder eines Kollegialgerichts in ihrer Stellung voneinander unabhängig seien. Der pauschale Vorwurf, ein als Anwalt auftretendes Gerichtsmitglied besitze bei seinen Kollegen regelmässig erhöhte Autorität beziehungsweise einen Insidervorteil, vermöge die genannte Praxis nicht umzustossen. Die Gerichtsmitglieder seien persönlich - und nicht etwa als Team - dem Recht verpflichtet. Im Ergebnis erscheine die Neutralität unterinstanzlicher Richter objektiv nicht dadurch gefährdet, dass ein Parteivertreter gleichzeitig im Nebenamt Mitglied einer Rechtsmittelinstanz sei. Eine Ausstandspflicht könne jedoch gegeben sein, wenn konkrete Umstände auf mangelnde Unvoreingenommenheit des unterinstanzlichen Richters schliessen liessen<sup>13</sup>.

bb) Nichts anderes ergibt sich aus BGE 139 I 121. Dort liess es das Bundesgericht sogar zu, dass ein Ersatzrichter - in Drittverfahren - als Anwalt vor dem eigenen Gericht (Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau) auftrat. Dem Bundesgericht zufolge stellte dieser Umstand die Unbefangenheit der Richterkolleginnen und -kollegen nicht generell infrage. Vielmehr müssten über die äusseren Gegebenheiten funktioneller und organisatorischer Natur hinaus Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit der einzelnen Gerichtsmitglieder zu begründen vermöchten<sup>14</sup>. Es verwies auf seine Rechtsprechung in BGE 133 I 1<sup>15</sup> und stellte schliesslich fest, der Beschwerdeführer bringe ausser dem pauschalen Vorwurf der fehlenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit konkret nichts vor, was auf Befangenheit der einzelnen Mitglieder des Gerichts schliessen liesse. Sodann sei festzuhalten, dass die Stellung der Ersatzrichter am Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau sowohl in quantitativer Hinsicht bei der Fallzuteilung wie auch in qualitativer Hinsicht von derjenigen der nebenamtlichen Richter abweiche. So hätten die Ersatzrichter des Thurgauer Verwaltungsgerichts bis Ende 2012 an den Plenarsitzungen, sofern sie überhaupt anwesend gewesen seien, lediglich beratende Stimme gehabt, seit 1. Januar 2013 auch das nicht mehr. Auch verfügten die Ersatzrichter am Thurgauer Verwaltungsgericht über keine Infrastruktur am Gericht<sup>16</sup>.

cc) Die in Erw. 3.b.aa und bb dargelegte Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht zuletzt in BGE 147 I 179 f.

---

<sup>13</sup> BGE 133 I 8 ff.

<sup>14</sup> BGE 139 I 121 (Regeste)

<sup>15</sup> BGE 139 I 126 f.

<sup>16</sup> BGE 139 I 128 f.; gleich verhält es sich beim Obergericht: Die Stellung der Ersatzrichter des Obergerichts weicht sowohl in quantitativer Hinsicht bei der Fallzuteilung wie auch in qualitativer Hinsicht von derjenigen der vollamtlichen Obergerichter ab. Die Ersatzrichter nehmen nicht an den Plenarsitzungen teil (§ 25 Abs. 1 ZSRV [Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege, RB 271.11]); ausserdem verfügen sie über keine Infrastruktur am Gericht.

c) Wie in BGE 133 I 1 wählten die Parteien auch hier ihre Rechtsanwälte selbst aus. Die von der Beschwerdeführerin gerügte generelle Gefahr der Einschüchterung oder des dem Parteivertreter Gefallenwollens stellt gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>17</sup> keinen hinreichenden Ausstandsgrund dar. Der Rechtsanwalt der Gegenpartei hat im Fall hier einzig eine Parteirolle inne und ist bei einem Weiterzug der Sache an das Obergericht als Ersatzrichter ausgeschlossen. Bei einer solchen Konstellation ist laut Bundesgericht anzunehmen, dass die Beschwerdegegnerin ohne weiteres zwischen der Stellung des vor ihr auftretenden Anwalts als einseitiger Parteivertreter und dessen richterlicher Tätigkeit am Obergericht in Drittverfahren trennen kann. Die Neutralität der Beschwerdegegnerin beziehungsweise deren Mitglieder erscheint objektiv nicht dadurch gefährdet, dass der Rechtsanwalt gleichzeitig Ersatzrichter am Obergericht ist. Um den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit von einzelnen Mitgliedern der Beschwerdegegnerin zu begründen, braucht es konkrete Vorkommnisse. Solche macht die Beschwerdeführerin nur mit Bezug auf zwei Behördenmitglieder geltend, womit das Ausstandsgesuch und infolgedessen auch die Beschwerde betreffend alle weiteren, anderen Behördenmitglieder und Funktionäre der Beschwerdegegnerin unbegründet ist.

Obergericht, 2. Abteilung, 22. März 2022, ZPR.2022.1

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 16. Juni 2022 ab (5A\_350/2022).

---

<sup>17</sup> Welche etwa Weber, Art. 47 ZPO N. 37, zusammenfasst. Rüetschi, Art. 47 ZPO N. 60, hält unter Verweis auf BGE 133 I 1 Erw. 6.5.2 fest, dass es das Bundesgericht als zulässig erachtet, dass der Anwalt der einen Partei Mitglied der Rechtsmittelinstanz ist. Vgl. auch Wullschleger, Art. 47 ZPO N. 46 ff., insbesondere N. 46b; Diggelmann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 47 N. 29; Livschitz, Art. 47 ZPO N. 12



## **16. Streitwertberechnung bei vorsorglichen Massnahmen; Bestätigung von RBOG 2001 Nr. 1; Anforderungen an die Herabsetzung rechtskräftiger Unterhaltszahlungen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen**

(Art. 92 ZPO; Art. 261 Abs. 1 ZPO; Art. 303 Abs. 1 ZPO)

1. Mit Entscheid vom 3. November 2021 des Einzelrichters des Bezirksgerichts wurde der Beschwerdeführer zur Bezahlung von Unterhalt an sein im Januar 2021 geborenes Kind verpflichtet. Am 22. März 2022 verlangte der Beschwerdeführer im Rahmen vorsorglicher Massnahmen eine Reduktion dieser Unterhaltszahlungen. Der Einzelrichter wies das Gesuch ab, wogegen der Beschwerdeführer Beschwerde erhob.

2. a) aa) Mit Berufung sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar<sup>1</sup>. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt<sup>2</sup>. Nicht berufungsfähige erstinstanzliche Entscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Beschwerde anfechtbar<sup>3</sup>.

bb) Als Streitwert gilt derjenige Betrag, welcher im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils noch streitig ist. Bei Teil- und Zwischenentscheiden, wozu auch vorsorgliche Massnahmen gehören, ist der Streitwert der Hauptsache massgebend<sup>4</sup>. Bei wiederkehrenden Nutzungen oder Leistungen gilt der Kapitalwert, wobei bei ungewisser oder unbeschränkter Dauer der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung als Kapitalwert gilt<sup>5</sup>. Das Bundesgericht folgt diesem Grundsatz auch bei (vorsorglichen) Unterhaltszahlungen. So geht die bundesgerichtliche Rechtsprechung davon aus, dass keine Schätzung der Verfahrensdauer beziehungsweise der Zeitdauer, innert welcher Unterhaltszahlungen geschuldet sind, vorzunehmen ist<sup>6</sup>.

In der Lehre ist diese Rechtsprechung im Zusammenhang mit Unterhaltszahlungen auf Kritik gestossen. Mindestens in gewissen Fällen - beispielsweise wenn im Rahmen eines Eheschutzverfahrens die Einleitung des Scheidungsverfahrens bereits absehbar sei, wenn das Alter

---

<sup>1</sup> Art. 308 Abs. 1 lit. a und b ZPO

<sup>2</sup> Art. 308 Abs. 2 ZPO

<sup>3</sup> Art. 319 lit. a ZPO

<sup>4</sup> Spühler, Basler Kommentar, 3.A., Art. 308 ZPO N. 9

<sup>5</sup> Art. 92 ZPO

<sup>6</sup> BGE 137 III 196 (betreffend Schuldneranweisung); BGE 133 III 395; BGE vom 13. Juni 2016, 5A\_224/2016, Erw. 1.4; BGE vom 12. November 2016, 5A\_588/2014, Erw. 1.1; vgl. jedoch BGE vom 11. Februar 2022, 5A\_120/2021, Erw. 1.1, wo das Bundesgericht die Frage, ob die Streitwertgrenze erreicht wurde unter Hinweis darauf, dass bei vorsorglichen Massnahmen sowohl bei der Beschwerde in Zivilsachen als auch bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde lediglich die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden könne, offenlässt.

der berechtigten Person statistisch auf eine wesentlich kürzere Lebenserwartung schliessen lasse oder bei vorsorglichen Unterhaltszahlungen - rechtfertige sich eine Berücksichtigung der geschätzten Dauer der Unterhaltspflicht betreffend die Streit- beziehungsweise Kapitalisierungswertberechnung im jeweiligen Einzelfall<sup>7</sup>.

Die diesbezügliche kantonale Rechtsprechung ist uneinheitlich. Soweit ersichtlich, folgen die Kantone Basel-Landschaft<sup>8</sup>, Graubünden<sup>9</sup> und Solothurn<sup>10</sup> der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und wenden auch bei vorsorglichen Massnahmen und insbesondere im Rahmen von in Eheschutzverfahren zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen den zwanzigfachen Kapitalisierungswert an. Demgegenüber gehen mindestens die Kantone Bern<sup>11</sup> und Zürich<sup>12</sup> davon aus, dass bei vorsorglichen Massnahmen eine Kapitalisierung beziehungsweise Addition nur auf das Dreifache der jährlichen Leistung vorzunehmen ist.

Das Obergericht des Kantons Thurgau geht bei vorsorglichen Massnahmen von einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von zwei Jahren aus. Die Praxis zeigt, dass diese Annahme nach wie vor zutreffend ist. Prozesse betreffend vorsorgliche Massnahmen können im Normalfall innert zwei Jahren abgeschlossen werden, selbst wenn ein Rechtsmittel ergriffen wird. Die Dauer eines Verfahrens um vorsorgliche Massnahmen, insbesondere in einem familienrechtlichen Prozess, ist abschätzbar. Daher rechtfertigt es sich, an dieser Praxis festzuhalten. Für die Berechnung des Streitwerts ist entsprechend grundsätzlich auf das Zweifache der jährlichen Unterhaltsbeiträge abzustellen. Bei ausserordentlichen Umständen kann es sich im Einzelfall rechtfertigen, von diesem Grundsatz abzuweichen.

b) aa) Der angefochtene Entscheid hat vorsorgliche Massnahmen zum Inhalt. Ob das Rechtsmittel der Berufung oder der Beschwerde zu ergreifen ist, entscheidet sich danach, ob die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.00 erreicht wird.

---

<sup>7</sup> Diggelmann, in: ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 92 N. 7; Kölz, in: Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 92 N. 4; Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 3.A., Art. 92 ZPO N. 6; Stein-Wigger, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 92 N. 10 und 12; Sutter-Somm/Seiler, in: Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Seiler), Zürich 2021, Art. 92 N. 5

<sup>8</sup> Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 29. Dezember 2020, 400 20 204, Erw. 1; Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 25. Oktober 2016, 400 16 00, Erw. 1

<sup>9</sup> Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden vom 4. Mai 2016, ZK1 2015 20 und ZK1 2015 26, Erw. 2.b

<sup>10</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 27. Mai 2020, ZKBER.2020.25, Erw. II.1.2

<sup>11</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 31. Mai 2019, ZK 2019 158 und ZK 2019 160, Erw. II.2.1

<sup>12</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. Juni 2020, LY200008-O/PC200009, Erw. 5.2



bb) Die aktuell zu bezahlenden Kindesunterhaltsbeiträge belaufen sich auf Fr. 1'665.00 im Monat. Der Berufungskläger beantragte sowohl vor Vorinstanz als auch vor Obergericht deren Herabsetzung auf Fr. 750.00. Strittig ist somit die Differenz von Fr. 915.00. Die Vorinstanz geht von einer Verfahrensdauer von weniger als einem Jahr aus und kommt daher zum Ergebnis, dass der Streitwert von Fr. 10'000.00 nicht erreicht sei.

cc) Wie ausgeführt, ist von einer zweijährigen Verfahrensdauer und damit vom Doppelten des jährlichen Unterhaltsbetrags auszugehen. Eine Verfahrenserledigung innert dieser Frist erscheint daher auch im vorliegenden Fall realistisch. Gründe, welche dagegensprechen würden, sind nicht ersichtlich.

dd) Ausgehend von einer zweijährigen Kapitalisierung beträgt der Streitwert Fr. 21'960.00<sup>13</sup>. Damit ist die Streitwertgrenze für die Zulässigkeit der Berufung erreicht<sup>14</sup>.

3. a) aa) Unter dem Kapitel der Unterhalts- und Vaterschaftsklage regelt Art. 303 ZPO die vorsorglichen Massnahmen. Demgemäss kann der Beklagte, sofern das Kindesverhältnis feststeht, verpflichtet werden, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen<sup>15</sup>. Fraglich ist, ob Art. 303 ZPO in Konstellationen wie der vorliegenden anwendbar ist, da einerseits der Unterhaltspflichtige als Kläger auftritt und dieser andererseits eine Herabsetzung verlangt, während Art. 303 Abs. 1 ZPO sich auf vorläufige Zahlungen beziehungsweise Hinterlegungen von Unterhaltszahlungen bezieht, welche durch den "Beklagten"<sup>16</sup> zu leisten sind.

Inhaltlich geht es um vorsorgliche Massnahmen, für welche die allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 ZPO vorliegen müssen. Wie zu zeigen sein wird, sind bereits diese nicht gegeben, womit auf die Frage der Anwendbarkeit von Art. 303 ZPO nicht weiter eingegangen werden muss.

bb) Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender

---

<sup>13</sup> 24 x Fr. 915.00

<sup>14</sup> Anzumerken bleibt, dass bereits bei einer Verfahrensdauer von 11 Monaten die Grenze von Fr. 10'000.00 erreicht würde (11 x Fr. 915.00 = Fr. 10'065.00).

<sup>15</sup> Art. 303 Abs. 1 ZPO

<sup>16</sup> Der Gesetzestext meint wohl den Vater; vgl. jedoch zum Beispiel Stalder/van de Graaf, in: Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 303 N. 5, wonach im Abänderungsverfahren auch die unterhaltspflichtige Person klagende Partei sein kann.

Nachteil droht<sup>17</sup>. Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme setzt einen materiellrechtlichen Anspruch des Gesuchstellers gegenüber dem Gesuchsgegner voraus<sup>18</sup>. Der Verfügungsanspruch bildet regelmässig den Gegenstand des Hauptsacheverfahrens<sup>19</sup>. Der Verfügungsanspruch beziehungsweise die Tatsachen, die den Verfügungsanspruch begründen, sind von der gesuchstellenden Partei nicht voll zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen<sup>20</sup>. Für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme muss weiter ein Verfügungsgrund gegeben sein, nämlich die Gefahr eines nicht oder nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils aufgrund einer zu befürchtenden oder sogar bereits vorliegenden Verletzung des Verfügungsanspruchs und damit die Gefahr eines zumindest nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils im Fall des Zuwartens mit dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme; der Erlass einer vorsorglichen Massnahme muss zeitlich dringlich sein. Neben dem Verfügungsanspruch ist folglich ein Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz beziehungsweise ein genügendes Rechtsschutzinteresse erforderlich<sup>21</sup>. Der nicht oder nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil besteht in einer Beeinträchtigung des Gesuchstellers in seiner materiellen Rechtsstellung: Wird die vorsorgliche Massnahme nicht erlassen, besteht die Gefahr, dass der glaubhaft gemachte zivilrechtliche Anspruch<sup>22</sup> überhaupt nicht mehr oder nur noch mit erheblichen Schwierigkeiten verwirklicht werden kann<sup>23</sup>.

cc) Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist ein sehr strenger Massstab anzulegen, wenn darum ersucht wird, bereits vorgängig des Entscheids in der Sache im Rahmen vorsorglicher Massnahmen eine rechtskräftige Unterhaltsregelung abzuändern. Insbesondere bei der Herabsetzung oder Aufhebung von Unterhaltszahlungen müssen besondere Umstände vorliegen; beispielsweise wenn dem Schuldner die Zahlung während der Dauer des Prozesses aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage und nach Abwägung der Interessen des Gläubigers nicht mehr zugemutet werden kann. Dafür muss der Schuldner in prekären wirtschaftlichen Verhältnissen auf die Reduktion bereits während des Herabsetzungsprozesses dringend angewiesen sein<sup>24</sup>. Zudem müssen liquide tatsächliche Verhältnisse vorliegen, welche den Verfahrensausgang abschätzen lassen können<sup>25</sup>.

---

<sup>17</sup> Art. 261 Abs. 1 lit. a und b ZPO

<sup>18</sup> Sogenannter Verfügungsanspruch

<sup>19</sup> Vgl. Kofmel Ehrenzeller, in: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 261 N. 5

<sup>20</sup> Kofmel Ehrenzeller, Art. 261 ZPO N. 6

<sup>21</sup> Kofmel Ehrenzeller, Art. 261 ZPO N. 7

<sup>22</sup> Verfügungsanspruch

<sup>23</sup> Kofmel Ehrenzeller, Art. 261 ZPO N. 8

<sup>24</sup> BGE 118 II 228 f.; BGE vom 4. Dezember 2012, 5A\_732/2012, Erw. 3.2

<sup>25</sup> BGE vom 22. März 2005, 5P.414/2004, Erw. 4.4

Die (teilweise auch jüngere) kantonale Rechtsprechung folgt den bundesgerichtlichen Grundsätzen<sup>26</sup>; so auch die Praxis des hiesigen Obergerichts. Bereits im Jahr 2001 wurde festgehalten, dass vorsorgliche Massnahmen nur zurückhaltend erlassen werden sollen. Angebracht erschienen sie bei Dringlichkeit entweder zeitlicher Art, was zum Beispiel dann der Fall sein könne, wenn eine Abänderung der Obhut im Hinblick auf den Beginn eines neuen Schuljahrs erfolgen soll, oder bei bevorstehenden Ferien im Ausland, bei Dringlichkeit sachlicher Art, beispielsweise bei akuter Gefährdung des Kindeswohls, oder wenn besondere Umstände, wie eine Verzögerungstaktik der beklagten Partei, vorliegen würden. Generell erschienen die Massnahmen analog den Voraussetzungen aller vorsorglichen Massnahmen dann als gerechtfertigt, wenn ein objektives Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz bestehe, beziehungsweise wenn ein nicht unerheblicher Nachteil drohe und eine positive Hauptsachenprognose zumindest glaubhaft gemacht werde. Bezüglich Unterhaltsbeiträge sei in aller Regel keine Notwendigkeit ersichtlich, dem Urteil in der Hauptsache vorzugreifen. Eine objektiv gegebene sofortige Dringlichkeit für die Erhöhung oder Herabsetzung des einst gesprochenen Unterhaltsbeitrags liege kaum je vor; ein allfälliger Nachteil dieser Praxis beschränke sich auf das Risiko, die vor der Rechtskraft des Folgeprozesses zu wenig oder zu viel bezahlten Beträge nicht mehr einfordern zu können oder nicht mehr zurückzuerhalten<sup>27</sup>.

An dieser Praxis ist nach wie vor festzuhalten. Es liegt daher am Berufungskläger, nebst den allgemeinen Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zusätzlich besondere Umstände glaubhaft zu machen, welche eine sofortige Herabsetzung der Unterhaltszahlungen rechtfertigen. Dazu muss er ebenso glaubhaft machen, dass die aktuellen Zahlungen ihn in eine prekäre wirtschaftliche Lage bringen, wie er ein aktuelles Rechtschutzinteresse aufzuzeigen hat. Insbesondere betreffend seine wirtschaftliche Situation werden liquide tatsächliche Verhältnisse verlangt.

b) aa) Der Berufungskläger bringt in seiner Rechtsmitteleingabe erstmals vor, die Mutter lasse ihn praktisch jeden Monat für die rückständigen Unterhaltszahlungen betreiben. Es würden daher weitere Verlustscheine ausgestellt, was für ihn den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil habe, dass es für ihn schwieriger werde, später eine andere Anstellung zu finden oder eine eigene Wohnung zu mieten. In den Akten des Berufungsklägers befindet sich zwar ein Pfändungsprotokoll betreffend Lohnpfändung des Berufungsklägers. Der Berufungskläger belässt es aber in Bezug auf die monatlichen Betreibungen und das Ausstellen von Verlustscheinen bei einer unbelegten und auch nicht glaubhaft gemachten Behauptung. Sollten aufgrund einer rückwirkenden (teilweisen) Aufhebung seiner Unterhaltspflicht die entsprechenden Forderungen dahinfallen,

---

<sup>26</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Juli 2019, LY190018, Erw. III.1.2; Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. August 2017, LY170010, Erw. II.A.1; Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 8. Juni 2018, ZKBER.2018.30, Erw. II.2.1.1; Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 2. Oktober 2015, ZK 2015 234, Erw. III.3.2.3

<sup>27</sup> RBOG 2001 Nr. 1 Erw. 2.c

so könnte er als Betreibener ohne weiteres feststellen lassen, dass die entsprechende Schuld nicht mehr besteht<sup>28</sup>. Selbst wenn seine Behauptungen glaubhaft gemacht worden wären, wäre darin deshalb kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu sehen. Somit hilft dem Berufungskläger die Berücksichtigung dieser Noven im Berufungsverfahren nichts.

bb) Der Berufungskläger macht denn auch kein aktuelles Rechtschutzinteresse geltend. Er hält vielmehr fest, dass es für ihn, je mehr Verlustscheine er habe, umso schwieriger werde, später eine andere Anstellung zu finden oder allenfalls eine eigene Wohnung zu mieten. Damit zeigt er aber gerade, dass er zurzeit weder auf Wohnungs- noch Arbeitsstellensuche ist, bei welcher die Verlustscheine eine Rolle spielen könnten. Damit kann er kein aktuelles Rechtschutzinteresse nachweisen.

cc) Der Berufungskläger wurde am 3. November 2021 rechtskräftig zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen zugunsten seines Kindes verpflichtet. Per 22. März 2022 machte der Berufungskläger eine diesbezügliche Abänderungsklage rechtshängig. Das bedeutet, dass eine Ermässigung (oder Aufhebung) der Unterhaltsverpflichtung auch im Hauptsacheverfahren schon ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage angeordnet werden kann, soweit die Umstände des Einzelfalls nicht dagegensprechen. Der Berufungskläger hat demnach, wenn es zu einer Reduktion der Unterhaltsbeiträge kommen sollte, abgesehen von einer zeitlich verzögerten Anpassung seiner Pflichten und Berücksichtigung seiner Leistungen, keinen finanziellen Nachteil. Wie die Vorinstanz richtig feststellte, besteht sein finanzielles Risiko einzig darin, dass allenfalls zu viel bezahlte Unterhaltsbeträge nicht sofort zurückgefordert werden könnten. Dies wurde durch den Berufungskläger jedoch nicht geltend gemacht. Genauso wenig hat er glaubhaft gemacht, wie dadurch für ihn ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstehen soll. Insbesondere macht der Berufungskläger nicht glaubhaft, im Rahmen von Betreibungen würde sein Existenzminimum verletzt. Bezüglich seines Einkommens liegen zudem keine liquiden Verhältnisse vor, welche für den Erlass vorsorglicher Massnahmen notwendig wären.

Aufgrund seines Alters, des Alters seines unterhaltsberechtigten Kindes und der damit verbundenen Dauer seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht erscheint es zudem wenig wahrscheinlich, dass allenfalls bis Rechtskraft des Abänderungsverfahrens zu viel bezahlte Unterhaltsbeiträge nicht mit künftig noch zu leistenden Beiträgen<sup>29</sup> verrechnet werden könnten. Der Berufungskläger unterlässt es somit, glaubhaft zu machen, inwiefern ihm durch die einstweilen weiterhin bestehende Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil entstehen soll. Es besteht somit kein Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz. Fehlt die Voraussetzung des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, so fehlt eine der kumulativen

---

<sup>28</sup> Art. 85a Abs. 1 SchKG

<sup>29</sup> Auch unter Beachtung von Art. 125 Ziff. 2 OR

Voraussetzungen zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Auf eine Prüfung der Hauptsachenprognose kann somit verzichtet werden, wobei festzuhalten bleibt, dass auf deren Voraussetzungen in der Beschwerdeschrift nicht hingewiesen wurde. Dabei bleibt auch zu beachten, dass der Entscheid, dessen Abänderung verlangt wird, erst wenige Monate vor Einleitung des Abänderungsprozesses gefällt wurde. Die veränderten Verhältnisse sind somit mindestens in zeitlicher Hinsicht nicht ohne weiteres ersichtlich.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. September 2022, ZR.2022.39



## 17. Berücksichtigung von Unterhaltszahlungen als Einkommensbestandteil bei der unentgeltlichen Rechtspflege

(Art. 117 lit. a ZPO; Art. 29 Abs. 3 BV)

1. a) Der Vater hat drei minderjährige Kinder, zwei Kinder aus einer im Jahr 2022 geschiedenen Ehe und den Beschwerdeführer, der aus einer früheren Beziehung stammt. Der Vater klagte beim Bezirksgericht auf Aufhebung beziehungsweise Reduktion der Unterhaltszahlung an den Beschwerdeführer, da sich seine finanziellen Verhältnisse aufgrund der Scheidung wesentlich verändert hätten.

b) Der Beschwerdeführer, vertreten durch seine Mutter, stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, welches vom Einzelrichter des Bezirksgerichts abgewiesen wurde. Im Bedarf des Beschwerdeführers und seiner Mutter rechnete er den (noch) vom Vater geschuldeten Kindesunterhalt von Fr. 852.00 als Einkommen an. Es resultierte ein Überschuss von knapp Fr. 1'300.00 monatlich. Damit sei es dem Beschwerdeführer möglich, die anfallenden Prozess- und Anwaltskosten innert eines Jahres zu bezahlen. Er sei somit nicht bedürftig. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) Die Prozesskosten eines minderjährigen Kindes gehören zur Unterhaltspflicht der Eltern gemäss Art. 276 Abs. 1 ZGB. Diese sind gehalten, für die Prozesskosten ihrer minderjährigen Kinder aufzukommen<sup>1</sup>. Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint<sup>2</sup>. Die unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 ff. ZPO dient dem Zugang zum Gericht. Mit dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege soll eine nicht über genügend finanzielle Mittel verfügende Partei in den Stand versetzt werden, zur Durchsetzung ihrer Rechte einen Prozess zu führen. Es soll ihr, gleich wie einer vermögenden Partei, der Zugang zum Gericht ungeachtet ihrer Bedürftigkeit gewährleistet sein<sup>3</sup>. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand<sup>4</sup>. Als bedürftig gilt eine Person dann, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind<sup>5</sup>. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich grundsätzlich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen und andererseits die Einkommens-

---

<sup>1</sup> BGE 127 I 206

<sup>2</sup> Art. 117 ZPO; RBOG 2012 Nr. 13 Erw. 3.a

<sup>3</sup> BGE 144 III 537

<sup>4</sup> Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO

<sup>5</sup> BGE 135 I 223; BGE 128 I 232

und Vermögensverhältnisse<sup>6</sup>. Soweit das Vermögen einen angemessenen Notgroschen übersteigt, ist es der gesuchstellenden Partei - ungeachtet der Art der Vermögensanlage - grundsätzlich zuzumuten, dieses Vermögen zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden<sup>7</sup>. Das Institut des Notgroschens soll verhindern, dass eine Person zur Führung eines Prozesses auch ihre letzten finanziellen Notreserven aufbrauchen muss<sup>8</sup>. Mittellosigkeit im Sinn von Art. 117 lit. a ZPO ist kein absoluter, sondern ein relativer Begriff, der sich jeweils aufgrund der konkreten wirtschaftlichen Verhältnisse der gesuchstellenden Person und im Hinblick auf die jeweilige Streitsache beurteilt<sup>9</sup>. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem Einkommen und dem Notbedarf sowie im Vermögen der gesuchstellenden Person ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen<sup>10</sup>. Der Überschuss sollte eine Tilgung der Prozesskosten innerhalb von einem beziehungsweise bei aufwändigeren Prozessen innerhalb von zwei Jahren ermöglichen<sup>11</sup>.

b) Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs<sup>12</sup>. Bei bereits vor dem Zeitpunkt der Gesuchstellung rechtskräftigen Unterhaltsverpflichtungen ist entscheidend, ob und inwieweit Zahlungen erfolgen. Nach dem Effektivitätsgrundsatz<sup>13</sup> können der gesuchstellenden Person nur Ausgaben angerechnet werden, die tatsächlich und regelmässig anfallen; dasselbe gilt spiegelbildlich für Einnahmen<sup>14</sup>. Der Nachweis der effektiven Bezahlung kann etwa durch Kontoauszüge, Einzahlungsscheine oder ähnliche Dokumente erbracht werden<sup>15</sup>. Auf der Aktivseite bewirkt der Effektivitätsgrundsatz, dass dem Gesuchsteller - mit Aus-

---

<sup>6</sup> BGE 135 I 223; BGE vom 13. September 2016, 5A\_279/2016, Erw. 5.3; BGE vom 26. Februar 2015, 5A\_761/2014, Erw. 3.1; RBOG 2012 Nr. 8 Erw. 2.a

<sup>7</sup> BGE 144 III 537; RBOG 2012 Nr. 8 Erw. 2.b

<sup>8</sup> BGE vom 28. April 2017, 5A\_216/2017, Erw. 2.4; BGE vom 26. Oktober 2010, 5A\_612/2010, Erw. 2.3; Emmel, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 117 N. 7

<sup>9</sup> Huber, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 117 N. 16

<sup>10</sup> BGE 118 Ia 370 f.; BGE vom 28. Januar 2008, 5A\_663/2007, Erw. 3.1; RBOG 2018 Nr. 6

<sup>11</sup> BGE vom 13. September 2016, 5A\_279/2016, Erw. 5.3; BGE vom 28. Januar 2008, 5A\_663/2007, Erw. 3.1; BGE vom 11. September 2007, 4A\_87/2007, Erw. 2.1; RBOG 2018 Nr. 6; Huber, Art. 117 ZPO N. 17

<sup>12</sup> BGE 135 I 223; BGE 122 I 6; BGE vom 26. Februar 2015, 5A\_761/2014, Erw. 3.1; Huber, Art. 117 ZPO N. 20

<sup>13</sup> Emmel, Art. 117 ZPO N. 5; Huber, Art. 117 ZPO N. 19

<sup>14</sup> BGE 135 I 227; BGE vom 14. Mai 2020, 2C\_274/2020, Erw. 3.4; BGE vom 19. August 2016, 5D\_49/2016, Erw. 2.3; BGE vom 8. April 2014, 5A\_32/2014, Erw. 3.3; BGE vom 31. Juli 2013, 4A\_319/2013, Erw. 2.2; Emmel, Art. 117 ZPO N. 11; Huber, Art. 117 ZPO N. 19 i.V.m. 26

<sup>15</sup> Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2019, N. 134



nahme von Fällen des Rechtsmissbrauchs - kein hypothetisches oder zukünftiges Einkommen angerechnet werden darf<sup>16</sup>. Die Berücksichtigung von Vermögen setzt voraus, dass dieses im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs tatsächlich vorhanden und verfügbar ist<sup>17</sup>. Jegliche Aufrechnung von hypothetischem Vermögen oder zukünftigem Vermögensanfall ist unzulässig<sup>18</sup>.

c) Der Entscheid über die Gewährung oder Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege erwächst als prozessleitende Verfügung nur in formelle, nicht jedoch in materielle Rechtskraft<sup>19</sup>. Eine Behörde ist daher verpflichtet, auf ein neues Gesuch einzutreten, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand<sup>20</sup>. Beim Vorliegen von echten Noven steht es daher frei, ein neues Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen<sup>21</sup>.

d) aa) Bezüglich der Berücksichtigung der Unterhaltszahlungen zugunsten des Beschwerdeführers als Bestandteil des Einkommens seiner Mutter gibt es im Grundsatz zwei Berechnungsmethoden: Bei der ausgabenvermindernden Methode bleibt der Barunterhalt auf der Aktivseite unberücksichtigt, weil er für die Auslagen des Kindes zweckgebunden ist. Spiegelbildlich dazu werden auf der Passivseite die Auslagen für das Kind<sup>22</sup>, zu deren Zweck der Unterhaltsbeitrag ausgerichtet wird, ausgeblendet. Bei der einkommensvermehrenden Methode wird der Barunterhalt auf der Aktivseite zwar berücksichtigt; bei der Bedarfsberechnung werden dafür die Auslagen für das Kind aufgeführt<sup>23</sup>.

bb) Je nach Sachverhalt ist zu unterscheiden<sup>24</sup>: Im Mankofall ist es sachgerechter, den Kinderunterhaltsbeitrag zum Einkommen aufzurechnen und auf der anderen Seite im Rahmen der Gesamtrechnung auch die höheren Kosten für das Kind zum erweiterten Existenzminimum des Gesuchstellers zu berücksichtigen. Diese einkommensvermehrende Lösung entspricht den realen Verhältnissen und ist gegenüber der ausgabenvermindernden Methode zu bevorzugen, weil bei

---

<sup>16</sup> Wuffli, Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2015, N. 133

<sup>17</sup> BGE 118 Ia 370 f.

<sup>18</sup> Wuffli, N. 134

<sup>19</sup> BGE vom 27. Februar 2019, 5A\_872/2018, Erw. 3.3.2

<sup>20</sup> Bühler, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 119 ZPO N. 68c f.

<sup>21</sup> BGE vom 20. März 2018, 5A\_886/2017, Erw. 3.3.2; BGE vom 29. September 2015, 5D\_112/2015, Erw. 4.4.2

<sup>22</sup> Erweiterter Grundbedarf, Krankenkasse, Wohnkostenanteil

<sup>23</sup> Bühler, Die Prozessarmut, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung (Hrsg.: Schöbi), Bern 2001, S. 148; Wuffli, N. 227; Wuffli/Fuhrer, N. 238 ff.

<sup>24</sup> Bühler, Prozessarmut, S. 148; Huber, Art. 117 ZPO N. 33; Wuffli, N. 230. f.; Wuffli/Fuhrer, N. 243 f.

jener sämtliche Ausgaben für das Kind ausgeklammert werden, obwohl der vom anderen Ehegatten geleistete Unterhaltsbeitrag dazu nicht ausreicht und in der Realität der Gesuchsteller selber für die Kosten aufzukommen hat<sup>25</sup>.

cc) Das Bundesgericht hat sich in einem Entscheid aus dem Jahr 1989<sup>26</sup> dafür ausgesprochen, dass - ausser in wenigen Ausnahmefällen - die ausgabenvermindernde Berechnungsmethode gilt, womit bei der Abklärung der Bedürftigkeit nur das Einkommen der gesuchstellenden Person selbst berücksichtigt werden darf<sup>27</sup>. Anders verhält es sich mit dem Betreuungsunterhalt, welcher zwar rechtlich einen Anspruch des Kindes darstellt, wirtschaftlich aber dem betreuenden Elternteil zukommen soll. Dieser Betreuungsunterhalt wird dem Einkommen der hauptsächlich betreuenden Person angerechnet<sup>28</sup>. Demgemäss ist im Grundsatz von der ausgabenvermindernden Berechnungsmethode auszugehen, wobei die Anwendung der einkommensvermehrenden Berechnungsmethode aber ebenso zielführend sein kann.

3. a) Soweit der Beschwerdeführer rügt, dass die Unterhaltsbeiträge nicht als Einkommen berücksichtigt werden dürften, wenn gerade dieser Kindesunterhalt umstritten sei, ist ihm nicht zu folgen. Aufgrund der Scheidung und der in der Hauptsache hängigen Klage auf Abänderung des Unterhaltsvertrags und Aufhebung beziehungsweise Anpassung der Unterhaltsbeiträge für den Beschwerdeführer ist eine Veränderung zwar wahrscheinlich, beziehungsweise es ist damit zu rechnen. Die Vorinstanz hat mit dem Scheidungsurteil Kenntnis vom Bedarf der anderen beiden Kinder erhalten und ebenso von der Tatsache, dass sich der Vater verpflichtete, den Barbedarf eines Kindes vollumfänglich und den Barbedarf seines anderen Kindes im Umfang von Fr. 500.00 monatlich zu tragen. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Kinder<sup>29</sup> werden die Unterhaltsbeiträge für den Beschwerdeführer jedoch nicht vollständig entfallen. Ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang sich diese Veränderungen auswirken, ist jedoch nicht klar und war für die Vorinstanz im Zeitpunkt des Entscheids über die unentgeltliche Rechtspflege auch nicht absehbar. Sollte sich die Unterhaltsverpflichtung in massgeblichem Umfang reduzieren, wäre auf den Entscheid zurückzukommen.

b) Auf der Einkommensseite des Beschwerdeführers und seiner Mutter wurde mit Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege neben dem Erwerbseinkommen der Mutter unter der Position sonstige Einkünfte (Kinderalimente) der Betrag von Fr. 852.00 deklariert. Aus dem Kontoauszug

---

<sup>25</sup> Wuffli, N. 230. f.; Wuffli/Fuhrer, N. 243 f.

<sup>26</sup> BGE 115 Ia 325

<sup>27</sup> BGE 115 Ia 325 (Regeste); BGE vom 23. Mai 2018, 5A\_726/2017, Erw. 4.4.2; BGE vom 15. Januar 2014, 5A\_661/2013, Erw. 4.3; BGE vom 24. März 2005, 7B.35/2005, Erw. 4.2; vgl. aber BGE vom 27. Juni 2008, 4A\_231/2008, Erw. 4.2, in welchem das Bundesgericht die von der Vorinstanz angewendete einkommensvermehrende Berechnungsmethode geschützt hat.

<sup>28</sup> BGE vom 23. Mai 2018, 5A\_726/2017, Erw. 4.4.3; Jent-Sørensen, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 117 N. 28; Wuffli/Fuhrer, N. 246

<sup>29</sup> Vgl. BGE 137 III 59 (Regeste)

der Mutter des Beschwerdeführers geht hervor, dass dieser Betrag, der sich auf den rechtskräftigen Unterhaltsvertrag stützt, für die Monate Januar bis März 2022 effektiv eingegangen ist. Daran ändern auch die Verlustscheine gegen den Vater für die von der Gemeinde bevorschussten Unterhaltsbeiträge für die Zeit von Mai 2018 bis Februar 2021 nichts. Dieser Unterhaltsbeitrag gilt einstweilen weiter und gestützt darauf kann der Beschwerdeführer auch die ihm zustehenden Unterhaltsbeiträge bei allfälliger Nichtbezahlung bevorschussen lassen.

c) Daher hat die Vorinstanz weder geltendes Recht verletzt noch den Sachverhalt willkürlich festgestellt, indem sie die Unterhaltsbeiträge des Beschwerdeführers als Einkommensposition berücksichtigt hat.

Obergericht, 1. Abteilung, 6. Juli 2022, ZR.2022.28



## 18. Keine Nachfrist bei versäumter Duplik

(Art. 223 ZPO; Art. 234 ZPO)

1. Zwischen den Parteien ist ein Forderungsprozess vor Bezirksgericht hängig. Dieses forderte den Beschwerdeführer im Rahmen des Schriftenwechsels auf, die Duplik bis 28. September 2021 einzureichen. Am 29. September 2021 liess der Beschwerdeführer ein auf den 28. September 2021 datiertes Fristerstreckungsgesuch der Schweizer Post übergeben. Das Bezirksgericht wies das Fristerstreckungsgesuch mit verfahrensleitender Verfügung ab, schloss den Schriftenwechsel und stellte die Vorladung zur Hauptverhandlung in Aussicht. Gegen diese prozessleitende Verfügung erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. Unbestritten blieb, dass das Fristerstreckungsgesuch vom 28. September 2021 erst am 29. September 2021 der Schweizer Post übergeben wurde. Es erweist sich grundsätzlich als verspätet, was der Beschwerdeführer nicht bestreitet. Der Vollständigkeit halber ist zudem festzuhalten, dass der Beschwerdeführer kein Fristwiederherstellungsgesuch<sup>1</sup> gestellt hat. Es bleibt somit zu prüfen, ob der Beschwerdeführer aus Art. 223 Abs. 1 ZPO etwas zu seinen Gunsten ableiten kann.

3. a) aa) Nach Art. 223 Abs. 1 ZPO setzt das Gericht der beklagten Partei eine kurze Nachfrist, wenn diese die Klageantwort versäumte. Nach unbenutzter Frist trifft das Gericht einen Endentscheid, sofern die Angelegenheit spruchreif ist. Andernfalls lädt es zur Hauptverhandlung vor. Der Beschwerdeführer macht im Kern geltend, Art. 223 Abs. 1 ZPO sei analog auf die Duplik anwendbar, wenn das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel durchführe und die Klageschrift nicht alle oder nicht die wesentlichen Tatsachenbehauptungen enthalten habe.

bb) Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Nach dem in Art. 1 Abs. 1 ZGB verankerten Auslegungsverständnis stellt der Wortlaut einer Rechtsnorm nicht die äusserste Grenze der Interpretation dar, sondern der korrekt ermittelte Normsinn. Folge dieses Methodenkonzepts ist, dass der Analogieschluss (noch) als Element der Auslegung im Sinn von Art. 1 Abs. 1 ZGB zu verstehen ist<sup>2</sup>.

cc) Die (Gesetzes-)Analogie überträgt eine im Gesetz aufgefundene Regelung auf einen vergleichbaren, aber nicht gleich geregelten Lebenssachverhalt. Der Analogieschluss kommt infrage, wenn der Wortsinn einer oder mehrerer gesetzlicher Vorschriften zu kurz geraten ist und Sachverhalte nicht miteinschliesst, die nach den massgebenden Wertungen des Gesetzgebers

---

<sup>1</sup> Art. 148 Abs. 1 ZPO

<sup>2</sup> Emmenegger/Tschentscher, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 1 ZGB N. 160 und 379; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 1 N. 202; BGE 134 IV 302; BGE 128 IV 274

erfasst werden sollten<sup>3</sup>. Die zulässige Analogie setzt erstens voraus, dass die gesetzliche Regelung tatsächlich ergänzungsbedürftig ist. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht einfach übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - mitentschieden, bleibt kein Raum für eine analoge Rechtsanwendung. Zweitens beschränkt sich die Gesetzesanalogie auf wertungsmässig gleich gelagerte Anwendungskonstellationen. Die Unterschiede zwischen dem gesetzlich geregelten und dem ungeregelt gebliebenen Sachverhalt dürfen nicht zu gross sein; im Gegenteil müssen diese wertungsmässig gleich liegen<sup>4</sup>.

dd) Nach dem Konzept der ZPO können sich die Parteien zwei Mal uneingeschränkt zum Tatsächlichen äussern<sup>5</sup>. Als Regelfall sieht das Gesetz den einfachen Schriftenwechsel vor. Ein zweiter Schriftenwechsel findet statt, wenn es die Verhältnisse erfordern<sup>6</sup>. Nach einem doppelten Schriftenwechsel können die Parteien in der Hauptverhandlung nur unter den - engen - Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen. Bleibt es beim einfachen Schriftenwechsel, können (und müssen) die Parteien ihren Tatsachenvortrag zu Beginn der Hauptverhandlung halten<sup>7</sup>.

ee) Die Folgen der Säumnis regelt das Gesetz gesondert für die Klageantwort in Art. 223 ZPO<sup>8</sup>. Die Botschaft zur ZPO rechtfertigt diese Spezialregelung mit der Tragweite der Klageantwort. Es handle sich um eine "ganz entscheidende Parteiäusserung"<sup>9</sup>. Die durch eine Fristerstreckung eintretende Verfahrensverzögerung wird mit Blick auf die materielle Wahrheitsfindung bewusst in Kauf genommen<sup>10</sup>. Ausgehend von dieser Zwecksetzung, dem insofern klaren Wortlaut und der systematischen Stellung innerhalb der ZPO, ergibt sich, dass der Gesetzgeber in Art. 223 ZPO bewusst einen Sonderfall regelte. Somit ist bereits fraglich, ob eine Regelungslücke vorliegt, welche den vom Beschwerdeführer gewollten Analogieschluss zulässt.

ff) Bei einem einfachen Schriftenwechsel verschiebt sich der zweite Tatsachenvortrag der Parteien in die Hauptverhandlung. Art. 234 Abs. 1 ZPO regelt die Folgen der Säumnis an der Hauptverhandlung wie folgt: Bleibt eine Partei säumig, berücksichtigt das Gericht die Eingaben, die nach Massgabe des Gesetzes eingereicht worden sind. Im Übrigen kann es seinem Entscheid unter Vorbehalt von Art. 153 ZPO die Akten sowie die Vorbringen der anwesenden Partei zu

---

<sup>3</sup> Hausheer/Jaun, Art. 1 ZGB N. 202

<sup>4</sup> Hausheer/Jaun, Art. 1 ZGB N. 205; vgl. auch Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 ZGB N. 309

<sup>5</sup> BGE 144 III 67 ff.; BGE 141 III 486

<sup>6</sup> Art. 225 ZPO

<sup>7</sup> Art. 229 Abs. 2 ZPO; BGE vom 6. September 2021, 4A\_50/2021, Erw. 2.3 (zur Publikation vorgesehen)

<sup>8</sup> Marginalie: "Versäumte Klageantwort"

<sup>9</sup> Die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7339

<sup>10</sup> Killias, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 223 ZPO N. 6

Grunde legen<sup>11</sup>. Bei Säumnis beider Parteien wird das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben<sup>12</sup>. Bei einem einfachen Schriftenwechsel führt die Säumnis einer Partei mit dem zweiten ihr zustehenden Tatsachenvortrag also zur Weiterführung des Verfahrens. Diese Säumnisfolge unterscheidet sich deutlich von Art. 223 Abs. 1 ZPO. In der gesetzlichen Konzeption soll nur einmal - bei der Klageantwort - eine Verzögerung in Kauf genommen werden, weil die beklagte Partei säumig war<sup>13</sup>. Würde Art. 223 Abs. 1 ZPO auf die schriftliche Duplik angewendet, entstünde ein Wertungswiderspruch zu Art. 234 Abs. 1 ZPO. Die Folgen der Säumnis wären unterschiedlich je nachdem, ob das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel durchführt oder nicht. Diese Konsequenz wäre wenig sachgerecht, zumal das Gericht in der Frage, ob es einen zweiten Schriftenwechsel anordnen will, über erhebliches Ermessen verfügt. Die analoge Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO auf die schriftliche Duplik würde demnach zu einer mit den gesetzgeberischen Wertungen schwer zu vereinbarenden Privilegierung der beklagten Partei führen.

gg) Die Rechtsprechung hat es zudem bis jetzt abgelehnt, das Konzept des doppelten Sachvortrags der ZPO aufzuweichen. So entschied das Bundesgericht in BGE 144 III 481, die Rückdatierung der Rechtshängigkeit nach Art. 63 ZPO setze voraus, dass die klagende Partei die identische Rechtschrift einreiche. Könnte der Kläger in der Zwischenzeit seine Klage ändern oder verbessern, wäre er im Vergleich zur beklagten Partei, der nur zwei Sachvorträge zustehen, bevorteilt.

b) Der Beschwerdeführer weist an sich zutreffend auf die Problematik hin, dass die klagende Partei durch einen eher dürftigen ersten Tatsachenvortrag die gesamte Behauptungs- und Bestreitungslast auf den zweiten Tatsachenvortrag verschiebt. Indessen steht es der Klägerin - als Ausfluss der Verhandlungsmaxime<sup>14</sup> - frei, wann und wie sie dem Gericht die anspruchsbegründenden Sachverhalte darlegt<sup>15</sup>. Mit einem wenig gehaltvollen ersten Sachvortrag läuft die Klägerin selbst Gefahr, die anspruchsbegründenden Sachverhalte nicht rechtsgenügend ins Verfahren einzuführen. Die beklagte Partei wiederum kann sich bei einem nicht substantiierten klägerischen Vortrag damit begnügen, die geltend gemachten Tatsachen allgemein zu bestreiten. Die Vor- und Nachteile einer solchen Prozessstrategie lasten mit anderen Worten nicht einseitig auf der beklagten Partei. Mit Blick auf die hier zu klärende Frage, ob ein Analogieschluss von Art. 223 Abs. 1 ZPO auf die Duplik angezeigt ist, führt die Argumentation des Beschwerdeführers daher nicht weiter.

c) Es ergibt sich somit, dass Art. 223 Abs. 1 ZPO eine in sich geschlossene Regelung enthält, die im Zusammenhang mit Art. 234 ZPO zu sehen ist. Nur bei versäumter Klageantwort ist

---

<sup>11</sup> Art. 234 Abs. 1 ZPO

<sup>12</sup> Art. 234 Abs. 2 Satz 1 ZPO

<sup>13</sup> Für das vereinfachte Verfahren vgl. BGE 146 III 297 ff.

<sup>14</sup> Art. 55 Abs. 1 ZPO

<sup>15</sup> Vgl. dazu Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2.A., N. 4.13 ff.

eine Nachfrist zu gewähren, nicht aber bei einer versäumten Duplik. Letzteres würde zu einer Aufweichung des Konzepts des doppelten Sachvortrags und zu einer Privilegierung der beklagten Partei führen. Die Voraussetzungen für einen Analogieschluss sind demnach nicht erfüllt.

Obergericht, 1. Abteilung, 22. Dezember 2021, ZR.2021.48



**19. Im Rechtsöffnungsverfahren gestützt auf ein Scheidungsurteil mit Volljährigenunterhalt ist nicht zu prüfen, ob ein Lehrabschluss eine angemessene Erstausbildung darstellt und auf einem gemeinsamen Ausbildungsplan beruht.**

(Art. 81 Abs. 1 SchKG; Art. 277 Abs. 2 ZGB)

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Scheidungsurteil verpflichtet, der Beschwerdegegnerin - seiner Tochter - bis zur Volljährigkeit, respektive bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung, monatlich Kindesunterhalt zu bezahlen. Die Beschwerdegegnerin erhob Betreibung gegen den Beschwerdeführer für ausstehende Unterhaltsbeiträge. Das Bezirksgericht beseitigte den vom Beschwerdeführer dagegen erhobenen Rechtsvorschlag und erteilte der Beschwerdegegnerin definitive Rechtsöffnung. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren Entscheid eines schweizerischen Gerichts oder einer schweizerischen Verwaltungsbehörde, so wird gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG die definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft.

b) Tilgung und Stundung müssen bewiesen werden, glaubhaft machen genügt - anders als bei Einwendungen gegen einen provisorischen Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG - nicht. Der Beweis der Tilgung und Stundung muss gemäss dem Wortlaut des Gesetzes durch Urkunden geleistet werden<sup>1</sup>.

c) Tilgung ist nicht nur Zahlung, sondern jeder zivilrechtliche Untergang der Forderung nach Erlass des Entscheids. Als Tilgungsgründe kommen zum Beispiel auch Schuldenerlass, Verrechnung oder die Erfüllung einer Resolutivbedingung infrage<sup>2</sup>.

d) Das Urteil, welches ausdrücklich die Zahlung von Unterhalt über die Volljährigkeit hinaus anordnet, stellt einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar, wenn es die geschuldeten Unterhaltsbeiträge betragsmässig festlegt und deren Dauer bestimmt. Eine Kindesunterhaltsrente, die bis zum Ende der beruflichen Ausbildung zu bezahlen ist, ist resolutiv bedingt. Steht die Leistungspflicht des Schuldners gemäss dem definitiven Rechtsöffnungstitel unter einer auflösenden Bedingung, ist grundsätzlich Rechtsöffnung zu erteilen. Die Rechtsöffnung ist indes zu verweigern, wenn der Schuldner den Eintritt der Resolutivbedingung durch Urkunden zweifelsfrei nachweist, wobei

---

<sup>1</sup> BGE 136 III 625; BGE 124 III 503; Staehelin, Basler Kommentar, 3.A., Art. 81 SchKG N. 4; Vock/Aeppli-Wirz, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Hrsg.: Kren Kostkiewicz/Vock), 4.A., Art. 81 N. 4 und 9; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9.A., § 19 N. 54; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 232

<sup>2</sup> BGE 144 III 195; BGE 124 III 503; Staehelin, Art. 81 SchKG N. 14; Vock/Aeppli-Wirz, Art. 81 SchKG N. 8; Stücheli, S. 233

das Erfordernis des Urkundenbeweises wegfällt, wenn der Gläubiger den Eintritt der Bedingung vorbehaltlos anerkennt oder wenn dieser notorisch ist<sup>3</sup>. Ist der Schuldner hierzu nicht in der Lage, so wird die Rechtsöffnung erteilt, und der Schuldner muss eine materielle Klage auf Feststellung des Eintritts der Resolutivbedingung gemäss Art. 85a SchKG, respektive Rückforderung des Bezahlten gemäss Art. 86 SchKG, verlangen<sup>4</sup>. Ob eine berufliche Ausbildung innert vernünftiger Frist absolviert wird, kann im Rechtsöffnungsverfahren üblicherweise nicht abgeklärt werden<sup>5</sup>. Es ist nicht Aufgabe des Rechtsöffnungsrichters, heikle Fragen des materiellen Rechts oder solche, bei deren Antwort das Ermessen eine wichtige Rolle spielt, zu entscheiden, da dies dem Sachrichter vorbehalten ist<sup>6</sup>. Insofern ist es auch nicht Sache des Rechtsöffnungsgerichts, zu bestimmen, welche Ausbildung "angemessen" ist<sup>7</sup>.

e) Die grundsätzliche Rechtsöffnungsqualität des Scheidungsurteils wurde nicht bestritten. Die definitive Rechtsöffnung ist somit zu erteilen, sofern nicht der Beschwerdeführer durch Urkunden beweist, dass die Resolutivbedingung - wie behauptet - eingetreten ist beziehungsweise, dass die betriebene Unterhaltsforderung die Zeit nach Abschluss einer für die Beschwerdegegnerin angemessenen Ausbildung betrifft. Eine vorbehaltlose Anerkennung des Eintritts der Resolutivbedingung durch die Beschwerdegegnerin liegt nicht vor.

3. Zur Frage der gemeinsamen Entwicklung eines Ausbildungsplans äusserte sich die Beschwerdegegnerin nicht. Daraus lässt sich jedoch nicht auf eine Anerkennung des Eintritts der Resolutivbedingung schliessen. Immerhin ist in sachverhaltlicher Hinsicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer tatsächlich von der Ausbildungs- beziehungsweise Berufsplanung der Beschwerdegegnerin faktisch ausgeschlossen wurde. Eine ungerechtfertigte Verweigerung des Zusammenwirkens kann bei klageweiser Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs bei der persönlichen beziehungsweise wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Unterhaltspflicht berücksichtigt werden. Materiell gilt dabei, dass sich das Kind nachvollziehbaren, auf seine Anliegen Rücksicht nehmenden Argumenten der Eltern zu unterziehen hat<sup>8</sup>. Die Interessen des Kindes und der Eltern - zumal diese bei geschiedenen Eltern unter Umständen auch unterschiedlich sein können - (ermessensweise) gegeneinander abzuwägen<sup>9</sup>, kann indessen nicht im Rechtsöffnungsverfahren erfolgen, sondern nur in einem ordentlichen Verfahren. Zudem wird der Sachrichter einen ungenügenden Einbezug eines Elternteils in die Planung kaum mit einer Verneinung oder Reduktion der Unterhaltsverpflichtung sanktionieren, wenn die Planung trotz des fehlenden Einbezugs im Interesse

---

<sup>3</sup> BGE 144 III 195; BGE 143 III 568; BGE vom 20. April 2020, 5D\_198/2019, Erw. 2.1; Staehelin, Art. 80 SchKG N. 45; Vock/Aeppli-Wirz, Art. 80 SchKG N. 23; vgl. Stücheli, S. 116

<sup>4</sup> Staehelin, Art. 80 SchKG N. 45; Vock/Aeppli-Wirz, Art. 80 SchKG N. 23; Stücheli, S. 116

<sup>5</sup> BGE vom 23. März 2020, 5A\_719/2019, Erw. 3.3.1; Staehelin, Art. 80 SchKG N. 47a

<sup>6</sup> BGE 124 III 503

<sup>7</sup> Bachofner, Neues und Bewährtes zum Rechtsöffnungsverfahren, in: BJM 2020 S. 8

<sup>8</sup> Fountoulakis/Breitschmid, Basler Kommentar, 6.A., Art. 277 ZGB N. 9

<sup>9</sup> Aeschlimann/Schweighauser, in: FamKommentar Scheidung (Hrsg.: Schwenger/Fankhauser), 3.A., Allgemeine Bemerkungen zu Art. 276-293 ZGB N. 67

des Kindes und insgesamt vernünftig ist. Erst recht kommt eine solche Sanktionierung im Rechtsöffnungsverfahren nicht infrage.

4. a) Der Beschwerdeführer macht weiter die Erlangung einer angemessenen Ausbildung durch die Beschwerdegegnerin - und damit den Eintritt der Resolutivbedingung seiner Unterhaltspflicht ihr gegenüber - mit dem Lehrabschluss geltend. Angemessen ist eine Ausbildung, wenn das geplante (und realistische) Ausbildungsziel erreicht ist. Ob darin Zweit- und Zusatzausbildungen eingeschlossen sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere den getroffenen Absprachen und der Zumutbarkeit, aber auch vom konkreten Ausbildungsgang<sup>10</sup>.

b) Wenn sich Kind und Vater oder Mutter nicht darüber einigen können, ob nach dem Lehrabschluss im konkreten Fall eine angemessene Ausbildung vorliegt und damit die Voraussetzungen von Art. 277 Abs. 2 ZGB weggefallen sind, muss dies auf Klage hin gerichtlich in einem ordentlichen Verfahren geprüft werden, in dem die Parteien umfassend ihren Standpunkt darlegen und ihre Beweismittel dazu offerieren können<sup>11</sup>. Nur so kann diese unter Umständen schwierige Frage überhaupt entschieden werden. Der Beschwerdeführer verkennt dies, wenn er seine eigene Auffassung dazu als klar und gleichsam einzig mögliche Auslegung und Würdigung darstellt. Die Beschwerdegegnerin legte demgegenüber in ihrem Rechtsöffnungsbegehren ihren Ausbildungsplan mit den bisherigen und zukünftigen Ausbildungsschritten dar. Sie machte geltend, sie habe seit der Oberstufe einen Ausbildungsplan und diesen auch systematisch verfolgt. Die weiterführende Ausbildung im Bereich der höheren Berufsausbildung sei gemäss dem schweizerischen Bildungswesen der Erstausbildung zuzurechnen.

c) Damit kann hier gerade nicht von einem klaren Fall einer angemessenen Ausbildung aufgrund einer abgeschlossenen Lehre gesprochen werden. Die Vorinstanz erwog somit zutreffend, dass es nicht Sache des Rechtsöffnungsrichters ist, sondern Sache des ordentlichen Richters, diese Frage zu entscheiden. Folge daraus ist zwingend die Erteilung der Rechtsöffnung. Weder hat das Rechtsöffnungsgericht über die materiellen Einwände des Beschwerdeführers gegen das Fehlen einer angemessenen Ausbildung der Beschwerdegegnerin zu entscheiden, noch kann es die Unterhaltspflicht sistieren, bis das ordentliche Gericht darüber entschieden hat, zumal ein solches Verfahren gar nicht anhängig ist.

Obergericht, 2. Abteilung, 17. März 2022, BR.2022.2

---

<sup>10</sup> Fountoulakis/Breitschmid, Art. 277 ZGB N. 12; Aeschlimann/Schweighauser, Allgemeine Bemerkungen zu Art. 276-293 ZGB N. 58 f.

<sup>11</sup> Vgl. Fountoulakis/Breitschmid, Art. 277 ZGB N. 23 und Art. 286 ZGB N. 13



**20. Eine verspätete Aberkennungsklage ist ohne Erlass eines Nichteintretensentscheids als negative Feststellungsklage entgegenzunehmen.**

(Art. 83 Abs. 2 SchKG; Art. 83 Abs. 3 SchKG; Art. 85a SchKG)

1. a) Der Einzelrichter des Bezirksgerichts erteilte dem Beschwerdeführer in einer Betreuung gegen die Beschwerdegegnerin provisorische Rechtsöffnung. In der Folge erhob die Beschwerdegegnerin Aberkennungsklage beim Bezirksgericht. Dieses trat zufolge nicht rechtzeitig erfolgter Klageeinreichung auf die Aberkennungsklage nicht ein (Dispositiv-Ziffer 1). Es entschied weiter, dass es die Klage als negative Feststellungsklage entgegennehme und unter einer neuen Verfahrensnummer führe (Dispositiv-Ziffer 2), dass der von der Beschwerdegegnerin geleistete Kostenvorschuss als Kostenvorschuss im neuen Verfahren gutgeschrieben werde (Dispositiv-Ziffer 3) und dass über die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Endentscheid im neuen Verfahren befunden werde (Dispositiv-Ziffer 4).

b) Der Beschwerdeführer beantragte in der Beschwerde, die Dispositiv-Ziffer 4 betreffend Kosten- und Entschädigungsfolgen sei aufzuheben, und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm für das Aberkennungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Der Beschwerdeführer machte zusammengefasst geltend, beim vorinstanzlichen Nichteintretensentscheid handle es sich um einen Endentscheid nach Art. 236 ZPO, weshalb die Kosten und Entschädigungen gemäss Art. 104 Abs. 1 ZPO zwingend zu verlegen gewesen wären.

2. a) Der Betriebene kann innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung auf dem Weg des ordentlichen Prozesses beim Gericht des Betreuungsorts auf Aberkennung der Forderung klagen. Unterlässt er dies oder wird die Aberkennungsklage abgewiesen, so werden die Rechtsöffnung sowie gegebenenfalls die provisorische Pfändung definitiv<sup>1</sup>. Ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlags kann der Betriebene jederzeit vom Gericht des Betreuungsorts feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist<sup>2</sup>.

b) Sowohl bei der Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG als auch bei der Klage gemäss Art. 85a SchKG handelt es sich im Kern um gewöhnliche (negative) Feststellungsklagen mit gewissen betreibungsrechtlichen Wirkungen<sup>3</sup>: Wie die Aberkennungsklage nach Art. 83

---

<sup>1</sup> Art. 83 Abs. 2 und 3 SchKG

<sup>2</sup> Art. 85a Abs. 1 SchKG

<sup>3</sup> Stanchieri/van der Stroom, Rechtshängigkeit bei fehlender Zuständigkeit und falscher Verfahrensart, in: SJZ 2021, S. 760

Abs. 2 SchKG bezweckt die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG in materieller Hinsicht die rechtskräftige Feststellung des Nichtbestands der Betreibungsforderung<sup>4</sup>. In betreibungsrechtlicher Hinsicht führt die fristgerechte Einreichung der Aberkennungsklage ohne weiteres zur Einstellung der Betreibung; bei der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG hat das Gericht die vorläufige Einstellung zu verfügen<sup>5</sup>. Die Aberkennungsklage kann nur innert 20 Tagen nach erteilter provisorischer Rechtsöffnung angehoben werden. Demgegenüber ist die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG an keine Frist gebunden; der Betriebene kann jederzeit klagen, auch dann, wenn er die Frist für die Aberkennungsklage verpasst hat<sup>6</sup>. Der Zweck der Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG besteht insbesondere darin, Rechtsschutz zu bieten, wenn eine Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG gerade nicht mehr möglich ist<sup>7</sup>.

c) Ob die Aberkennungsklage rechtzeitig erhoben wurde, entscheidet das angerufene Gericht von Amtes wegen. Wurde die Klage zu spät eingereicht, war darauf im früheren Recht nicht einzutreten. Seit der Revision des SchKG im Jahr 1994 ist jede zu spät eingereichte Aberkennungsklage als negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG entgegenzunehmen<sup>8</sup>.

3. a) Den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz folgend, lief die 20-tägige Frist zur Anhebung der Aberkennungsklage ungenutzt ab; die von der Beschwerdegegnerin fünf Tage nach Fristablauf eingereichte Klage erfolgte zu spät. Folglich war die zu spät eingereichte Aberkennungsklage als negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG entgegenzunehmen. Dabei ist das Aberkennungsverfahren nach Feststellung des Fristversäumnisses unverändert als Verfahren betreffend negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG weiterzuführen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers dauert das Prozessrechtsverhältnis mit den gleichen Parteien und unverändert bestehenden Rechtsbegehren unter dem gleichen Lebenssachverhalt an. Das ursprüngliche Verfahren bleibt rechtshängig und wird ab Feststellung des Fristversäumnisses bei gleichem Verfahrensstand unter neuem Titel und neuer Verfahrensnummer fortgesetzt. Der Beschwerdeführer wird vorliegend nicht nochmals neu zur Klageantwort aufgefordert; der erste Schriftenwechsel ist abgeschlossen. Es findet eine prozessuale Umdeutung der Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG in eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG statt. Die

---

<sup>4</sup> Wobei Art. 85a SchKG der klagenden Partei über die positive Feststellung des Nichtbestands hinaus die Möglichkeit eröffnet, das "Nicht-mehr-Bestehen" einer Forderung sowie deren Stundung feststellen zu lassen; vgl. Bangert, Basler Kommentar, 3.A., Art. 85a SchKG N. 8; vgl. Brönnimann, in: Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Hrsg.: Hunkeler), 2.A., Art. 85a N. 2; Tenchio, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Diss. Zürich 1999, S. 85.

<sup>5</sup> Vgl. Bangert, Art. 85a SchKG N. 8; vgl. Tenchio, S. 86

<sup>6</sup> Bangert, Art. 85a SchKG N. 8; vgl. Tenchio, S. 84 und 92; vgl. Vock/Aeppli-Wirz, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Hrsg.: Kren-Kostkiewicz/Vock), 4.A., Art. 85a N. 5

<sup>7</sup> BGE vom 28. August 2012, 4A\_131/2012, Erw. 3.5; BGE vom 2. Juni 2003, 7B.76/2003, Erw. 3

<sup>8</sup> Staehelin, Basler Kommentar, 3.A., Art. 83 SchKG N. 32 mit weiteren Hinweisen; vgl. Tenchio, S. 93 Fn. 408; vgl. Vock/Aeppli-Wirz, Art. 83 SchKG N. 20; vgl. Stanchieri/van der Stroom, S. 760; vgl. auch BGE vom 28. August 2012, 4A\_131/2012, Erw. 3.5

Vergabe einer neuen Verfahrensnummer hat lediglich eine ordnende Funktion im Rahmen der Geschäftsverwaltung der Gerichte; es handelt sich trotz zweier unterschiedlicher Verfahrensnummern nicht um zwei separate Verfahren.

b) Entsprechend hat das Gericht die verspätet eingereichte Aberkennungsklage nicht zu erledigen und ein neues Verfahren betreffend negative Feststellungsklage anhand zu nehmen. Schliesslich sind die beiden Rechtsbehelfe von Art. 83 Abs. 2 und Art. 85a SchKG im Kern materiell nahezu identisch, wenngleich sich die betreibungsrechtlichen Wirkungen unterscheiden. Es wäre daher verfehlt, auf eine verspätete Aberkennungsklage nicht einzutreten, nur um die klagende Partei auf den Weg der nach wie vor zulässigen (negativen) Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG zu verweisen<sup>9</sup>. Damit existiert nach Entgegennahme der beziehungsweise Umdeutung in eine negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG auch gar keine Aberkennungsklage (mehr), die noch erledigt werden könnte. Die Vorinstanz hätte somit - der herrschenden Lehre folgend - keinen Nichteintretensentscheid betreffend Aberkennungsklage fällen dürfen.

c) Fehlerhafte Entscheide sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Die Nichtigkeit eines Entscheids ist von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten<sup>10</sup>. Die Vorinstanz trat im angefochtenen Entscheid nicht auf die Aberkennungsklage ein; gleichzeitig nahm sie diese jedoch als negative Feststellungsklage entgegen und führte das Verfahren unter neuer Verfahrensnummer (weiter). Bei dieser Ausgangslage war die Fehlerhaftigkeit des Nichteintretensentscheids in Bezug auf die Aberkennungsklage für die Parteien, wenn nicht bereits offensichtlich, so doch spätestens unter Beizug der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung leicht erkennbar. Die Vorinstanz hat entschieden, ohne dass es etwas zu entscheiden gab. Sodann wird die Rechtssicherheit durch Annahme der Nichtigkeit von Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids nicht ernsthaft gefährdet: Die Situation nach Annahme der Nichtigkeit ist keine andere wie vorher. Damit erweist sich Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids - unabhängig von den gestellten Parteianträgen - als nichtig und demnach unbeachtlich.

d) Die Entgegennahme einer verspäteten Aberkennungsklage als negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG und Fortführung des Verfahrens unter einer neuen Verfahrensnummer ist den Parteien durch die Verfahrensleitung mittels einfacher prozessleitender Verfügung

---

<sup>9</sup> Vgl. Stanchieri/van der Stroom, S. 760

<sup>10</sup> BGE 138 II 503; BGE 137 I 275; BGE 133 II 367; BGE vom 13. April 2018, 6B\_692/2017, Erw. 2; BGE vom 3. Juni 2016, 2C\_72/2016, Erw. 5.1

in Briefform - als Bestätigung der weiteren Rechtshängigkeit<sup>11</sup> - mitzuteilen. Die Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids, wonach die Aberkennungsklage als negative Feststellungsklage entgegengenommen und unter einer neuen Verfahrensnummer geführt wird, entspricht in inhaltlicher Sicht einer solchen Mitteilung. Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 (betreffend Umbuchung des geleisteten Kostenvorschusses auf die neue Verfahrensnummer) sowie die angefochtene Dispositiv-Ziffer 4 (betreffend Aufschub des Kosten- und Entschädigungsentscheids bis zum Endentscheid im Verfahren betreffend negative Feststellungsklage) sind allesamt als prozessleitende Verfügungen zu qualifizieren und entsprechen der zutreffenden, im Entscheid begründeten Absicht der Vorinstanz, das rechtshängige Verfahren bei gleichem Verfahrensstand unter neuem Titel (negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG) und neuer Verfahrensnummer fortzusetzen. Dass die prozessleitenden Verfügungen in den Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4 durch die Vorinstanz in Dreierbesetzung - anstatt wie üblich durch den verfahrensleitenden Bezirksrichter allein - getroffen wurden, schadet dabei nicht<sup>12</sup>.

e) Infolge Nichtigkeit der Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids betreffend Nichteintreten auf die Aberkennungsklage ist der angefochtene Entscheid nicht als Endentscheid im Sinn von Art. 236 ZPO zu qualifizieren. Bei den übrigen Anordnungen handelt es sich lediglich um prozessleitende Verfügungen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz deshalb bei der gegebenen und für die Parteien erkennbaren Ausgangslage zu Recht keinen Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen getroffen. Es fehlt (noch) an einer Anspruchsgrundlage.

4. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids betreffend Nichteintreten auf die Aberkennungsklage zufolge Nichtigkeit unbeachtlich ist und (noch) kein Endentscheid vorliegt. Der Beschwerdeführer hat daher gestützt auf Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Obergericht, 1. Abteilung, 5. Januar 2022, ZR.2021.47

---

<sup>11</sup> Vgl. Art. 62 ZPO

<sup>12</sup> Vgl. Art. 124 Abs. 1 und 2 ZPO



## **21. Keine Prüfung der Voraussetzungen von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 261 Abs. 1 ZPO bei der negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG**

(Art. 85a SchKG; Art. 261 Abs. 1 ZPO)

1. a) Gegen die Berufungskläger läuft je eine Lohnpfändung. Sie reichten beim Bezirksgericht eine Feststellungs- und Rückforderungsklage gestützt auf Art. 85a f. SchKG ein und beantragten als vorsorgliche Massnahme, das Betreibungsamt sei anzuweisen, die Betreibungen gegen sie vorläufig einzustellen und die Verteilung von gepfändeten Beträgen an die Berufungsbeklagten auszusetzen, bis das Hauptsacheverfahren betreffend die negative Feststellungsklage und die Aufhebung der Betreibung rechtskräftig abgeschlossen sei.

b) Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts wies das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mangels hinreichender Substantiierung ab. Insbesondere seien weder die zeitliche Dringlichkeit der beantragten vorläufigen Einstellungen der Betreibungen noch der nicht leicht wiedergutmachende Nachteil durch die Aussetzung der Verteilung der gepfändeten Beträge genügend glaubhaft gemacht worden. Dagegen erhoben die Berufungskläger Berufung.

2. a) Nach Art. 85a Abs. 1 SchKG kann der Betriebene ungeachtet eines allfälligen Rechtsvorschlags jederzeit vom Gericht des Betreibungsorts feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist. Erscheint dem Gericht die Klage als sehr wahrscheinlich begründet, so stellt es die Betreibung vorläufig ein; in der Betreibung auf Pfändung oder auf Pfandverwertung vor der Verwertung oder, wenn diese bereits stattgefunden hat, vor der Verteilung<sup>1</sup>. Bei der vorläufigen Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG handelt es sich um eine besondere vorsorgliche Massnahme mit eigenen inhaltlichen Vorgaben, wobei Art. 269 lit. a ZPO die Bestimmungen des SchKG über sichernde Massnahmen bei der Vollstreckung von Geldforderungen ausdrücklich vorbehält<sup>2</sup>. Die Möglichkeit der vorläufigen Einstellung der Betreibung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG stellt eine abschliessende Ordnung dar<sup>3</sup>. Dabei legt der Gesetzestext nahe, wenn auch nicht eindeutig, dass das Gericht hier von Amtes wegen auch ohne entsprechenden Antrag des Betriebenen zu prüfen hat, ob diese vorsorgliche Massnahme getroffen werden soll<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 85a Abs. 2 Ziff. 1 SchKG

<sup>2</sup> BGE vom 16. April 2020, 4A\_580/2019, Erw. 3.3; Vock/Aeppli-Wirz, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Hrsg.: Kren Kostkiewicz/Vock), 4.A., Art. 85a N. 10; Terekhov, Neuerung im Betreibungsregisterrecht - von den diversen Schwachstellen des Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG, in: zzz 2019 S. 230

<sup>3</sup> BGE vom 16. April 2020, 4A\_580/2019, Erw. 3.3; Huber, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 269 N. 5; Güngerich, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 269 ZPO N. 11

<sup>4</sup> Bangert, Basler Kommentar, 3.A., Art. 85a SchKG N. 19; Brönnimann, in: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar (Hrsg.: Hunkeler), 2.A., Art. 85a N. 12

b) Nach Eingang der Klage hat das Gericht die Parteien anzuhören und die bereits vorgelegten Beweismittel zu würdigen<sup>5</sup>. Dies erfolgt im Hinblick auf die vom Gericht zu treffende Hauptsachenprognose, ob die negative Feststellungsklage "sehr wahrscheinlich begründet" ist. Das Beweismass für die Hauptsachenprognose ist höher als jenes der üblicherweise für vorsorgliche Massnahmen verlangten überwiegenden Wahrscheinlichkeit. "Sehr wahrscheinlich begründet" bedeutet, dass die Prozesschance des Schuldners deutlich besser erscheinen muss, als jene des Gläubigers. Anders als beim Glaubhaftmachen genügt ein blosses Überwiegen der Prozesschancen des Klägers nicht; umgekehrt kann auch keine offensichtlich begründete Begründetheit verlangt werden<sup>6</sup>.

c) aa) Betreibungsrechtliches Ziel der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG ist die Aufhebung oder Einstellung der Betreuung. Entsprechend hat die Klage nur während laufender Betreuung einen Sinn, das heisst, solange eine Betreuung vorliegt, die überhaupt noch eingestellt oder aufgehoben werden kann. In der Betreuung auf Pfändung muss die Klage vor Verteilung des Verwertungserlöses angehoben werden. Der Betreuungsschuldner ist nicht mehr "Betriebener" im Sinn des Gesetzes, wenn die Fristen zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens<sup>7</sup> oder des Verwertungsbegehrens<sup>8</sup> im Fall der Betreuung auf Pfändung unbenutzt abgelaufen sind. Auf eine nach diesem Zeitpunkt anhängig gemachte Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG darf somit nicht mehr eingetreten werden<sup>9</sup>. Ein Verwertungsbegehren ist nicht erforderlich, wenn sich das gepfändete Objekt selbst in Schweizer Geld umgesetzt hat<sup>10</sup>. Solange bei einer Lohnpfändung der Arbeitgeber die gepfändeten Beträge monatlich an das Betreibungsamt überweist, bedarf es keines Verwertungsbegehrens<sup>11</sup>.

bb) Art. 85a Abs. 2 SchKG bestimmt nach einhelliger Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung wiederum nicht etwa den spätestmöglichen Zeitpunkt in dem Sinn, dass eine vorläufige Einstellung jederzeit, das heisst auch vor einer Pfändung erfolgen könnte, solange dies vor der Verwertung beziehungsweise Verteilung geschehe. Vielmehr hat das Gericht das Betreibungs-

---

<sup>5</sup> Art. 85a Abs. 2 SchKG

<sup>6</sup> Bangert, Art. 85a SchKG N. 19 und 21; Vock/Aeppli-Wirz, Art. 85a SchKG N. 12; Brönnimann, Art. 85a SchKG N. 11; Wagner, Die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG, in: AJP 2021 S. 1463; Terekhov, S. 230

<sup>7</sup> Art. 88 Abs. 2 SchKG

<sup>8</sup> Art. 116 Abs. 2 i.V.m. Art. 121 SchKG

<sup>9</sup> Bangert, Art. 85a SchKG N. 14; Brönnimann, Art. 85a SchKG N. 6 ff.

<sup>10</sup> Frey/Staible, Basler Kommentar, 3.A., Art. 116 SchKG N. 8; Rüetschi, in: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkommentar (Hrsg.: Hunkeler), 2.A., Art. 116 N. 7

<sup>11</sup> Frey/Staible, Art. 116 SchKG N. 31; Rüetschi, Art. 116 SchKG N. 25

verfahren so lange lauzenzulassen, bis der Gläubiger durch dieses selbst Sicherheit für die Forderung erhält, das heisst in der Spezialexécution bis zur Pfändung. Vorher kann die Betreibung nicht vorläufig eingestellt werden<sup>12</sup>.

3. a) In den Beteiligungen für die geltend gemachte Forderung der Berufungsbeklagten wurde die Pfändung der künftigen Einkommen der Berufungskläger verfügt. Aus den Akten geht hervor, dass die gepfändeten Beträge regelmässig von den Arbeitgebern der Berufungskläger an das Beteiligungsamt überwiesen werden. Die Stellung eines Verwertungsbegehrens ist nicht notwendig. Die Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG kann somit während laufender Lohnpfändung erhoben werden (allerdings nur für denjenigen Teil des gepfändeten Einkommens, welcher noch nicht an die Berufungsbeklagten verteilt wurde), wobei in diesem Verfahrensstadium auch die vorläufige Einstellung der Beteiligungen nach Art. 85a Abs. 2 SchKG möglich ist.

b) Da das Gericht auch von Amtes wegen zu prüfen hat, ob die vorläufige Einstellung der Beteiligungen als vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 85a Abs. 2 SchKG angeordnet werden soll, mussten die Berufungskläger als Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren nicht darlegen, dass im Übrigen die (allgemeinen) Voraussetzungen von Art. 261 ZPO für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorliegen. Es traf sie - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - somit keine Substantiierungspflicht. Dies betrifft sowohl die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit als auch der Drohung eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils. Diese beiden Voraussetzungen, welche im allgemeinen Massnahmenverfahren nach Art. 261 ZPO verlangt werden, sind der besonderen vorsorglichen Massnahme von Art. 85a Abs. 2 SchKG bereits inhärent: Art. 85a SchKG soll dem Beteilbenden die Möglichkeit geben, zu verhindern, dass er zur Vermeidung der Vollstreckung in sein Vermögen dem Beteiligenden eine Nichtschuld oder eine Schuld vor Fälligkeit bezahlen muss. Der Beteiligende erreicht diesen Zweck indessen nur dann, wenn das Gericht nach Anhörung der Parteien und Würdigung der Beweismittel die negative Feststellungsklage als sehr wahrscheinlich begründet erachtet und deshalb die Beteiligungen vorläufig einstellt. Erlangt der Beteiligende diesen vorläufigen Schutz nicht und wird dementsprechend der Konkurs eröffnet oder werden die Pfändungsstücke verwertet, so wird der Kläger zwar möglicherweise einen weitergeführten Feststellungsprozess gewinnen, inzwischen jedoch entweder zur Abwendung von Pfändung, Pfandverwertung oder Konkurs die Beteiligungsforderung bezahlen oder die Pfändung beziehungsweise Pfandverwertung und die darauffolgende Verteilung hinnehmen und eine Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG anstreben müssen<sup>13</sup>.

c) Demzufolge kann das Gesuch um vorläufige Einstellung der Beteiligungen nicht mit der Begründung abgewiesen werden, das Massnahmegesuch sei nicht hinreichend substantiiert

---

<sup>12</sup> BGE vom 16. April 2020, 4A\_580/2019, Erw. 3.3; Bangert, Art. 85a SchKG N. 22; Vock/Aeppli-Wirz, Art. 85a SchKG N. 13; Brönnimann, Art. 85a SchKG N. 14

<sup>13</sup> Bangert, Art. 85a SchKG N. 10

worden. Insbesondere die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme von Art. 261 ZPO - die zeitliche Dringlichkeit und der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil - ergeben sich bereits aus der Art. 85a SchKG zugrundeliegenden Konstellation und sind bei der Prüfung der vorläufigen Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG nicht massgebend.

Obergericht, 2. Abteilung, 24. Februar 2022, ZBS.2022.4

## **22. Noven im Beschwerdeverfahren gegen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung sind bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zulässig.**

(Art. 174 SchKG; Art. 190 ff. SchKG; Art. 194 Abs. 1 SchKG)

Gemäss Art. 194 Abs. 1 SchKG ist Art. 174 SchKG auch auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgte Konkursöffnung anwendbar. Demnach kann diese mit Beschwerde nach der ZPO angefochten werden<sup>1</sup>. Zudem sind abweichend von Art. 326 Abs. 1 ZPO, der Noven im Beschwerdeverfahren ausschliesst, Noven im Beschwerdeverfahren gegen Entscheide des Konkursgerichts gemäss Art. 326 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG zulässig. Das Gesetz unterscheidet zwei Novengruppen: Die erste Gruppe bilden die unechten Noven, welche vor dem angefochtenen Entscheid entstanden sind. Ihre Regelung findet sich in Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG, wonach die Parteien neue Tatsachen geltend machen können, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Bei der zweiten Novengruppe handelt es sich um echte Noven, welche nach dem angefochtenen Entscheid entstanden sind<sup>2</sup>. Sie sind in Art. 174 Abs. 2 SchKG geregelt und stellen Konkurshinderungsgründe dar. Der Schuldner hat die Zahlungsfähigkeit mit der Beschwerde glaubhaft zu machen und mit dieser auch die Urkunden für den Beweis der Konkursaufhebungsgründe einzureichen, zumal sich gemäss der bundesgerichtlichen Praxis die Konkurshinderungsgründe innert der Rechtsmittelfrist verwirklicht haben und geltend gemacht werden müssen<sup>3</sup>. Gleichsam sind in Bezug auf die Frage der Zahlungseinstellung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG Noven auch noch im Beschwerdeverfahren bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zulässig, damit die Eröffnung eines nicht angebrachten Konkurses verhindert werden kann<sup>4</sup>. Nach Ablauf der Beschwerdefrist vorgebrachte Noven dagegen bleiben unberücksichtigt.

Obergericht, 2. Abteilung, 6. Dezember 2022, BR.2022.40

---

<sup>1</sup> Art. 174 Abs. 1 SchKG

<sup>2</sup> Giroud/Theus Simoni, Basler Kommentar, 3.A., Art. 174 SchKG N. 17

<sup>3</sup> BGE 139 III 491 ff.; BGE 136 III 294 ff.

<sup>4</sup> Brunner/Boller/Fritschi, Basler Kommentar, 3.A., Art. 190 SchKG N. 29b



### **23. Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen gestützt auf Art. 260 Abs. 1 SchKG an ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrats der Konkursitin sowie an dieser nahestehende Personen**

(Art. 260 Abs. 1 SchKG)

1. a) Im Kollokationsplan einer konkursiten Aktiengesellschaft führte das Konkursamt unter anderem Ansprüche der ehemaligen Verwaltungsrätin X der Konkursitin, von deren Ehemann und der Z GmbH (Verfahrensbeteiligte) sowie der beiden Beschwerdeführer auf. In der Folge trat das Konkursamt der X sowie deren Ehemann, der Z GmbH und den Beschwerdeführern die Verantwortlichkeitsansprüche gestützt auf Art. 260 Abs. 1 SchKG ab.

b) In ihrer Beschwerde gegen die Verfügung des Konkursamts machten die Beschwerdeführer geltend, die Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche an X, deren Ehemann und die Z GmbH sei nichtig. Wer selbst kollozierter Gläubiger sei, könne sich nicht einen gegen sich gerichteten (Verantwortlichkeits-)Anspruch abtreten lassen. Die Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen, welche sich namentlich gegen X richteten, an X, deren Ehemann sowie an die Z GmbH, einem Familienunternehmen der Eheleute, sei rechtsmissbräuchlich. Die Abtretung der Verantwortlichkeitsansprüche gegen X an diese Personen bezwecke offensichtlich, die Klageführung gegen X zu sabotieren. Dasselbe gelte für die Abtretung von möglichen Verantwortlichkeitsansprüchen gegen den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten der Konkursitin, Y, da es sich bei ihm um den Sohn von X und deren Ehemann handle. Jedenfalls liege ein krasser Interessenkonflikt vor, welcher die Klageführung der Beschwerdeführer in notwendiger Streitgenossenschaft mit den Verfahrensbeteiligten illusorisch mache.

2. a) Die Abtretung nach Art. 260 SchKG ist ein zwangsvollstreckungs- und prozessrechtliches Institut eigener Art<sup>1</sup>. Einem kollozierten Gläubiger wird nicht eine Forderung mit materiellrechtlicher Wirkung abgetreten. Vielmehr wird der Gläubiger berechtigt, im Namen der Masse eine Forderung gegen einen Masseschuldner durchzusetzen<sup>2</sup>. Bei einem erfolgreichen Prozess geht der Erlös an die Masse, wobei sich der prozessierende Gläubiger vorab aus dem Erlös befriedigen kann. Ein Überschuss ist der Masse abzuliefern<sup>3</sup>. Der Sinn und Zweck von Art. 260 SchKG besteht darin, die Aktiven der Masse zu erhöhen, indem den einzelnen Massegläubigern die Gelegenheit gegeben wird, einen Anspruch zu verfolgen, den die Gesamtheit der Gläubiger nicht selbst durchsetzen will<sup>4</sup>. Dabei bilden die Gläubiger, die sich für ein Vorgehen nach Art. 260 SchKG entscheiden, eine notwendige Streitgenossenschaft<sup>5</sup>. Über den ihnen abgetretenen Anspruch kann das

---

<sup>1</sup> "Sui generis"

<sup>2</sup> Bachofner, Basler Kommentar, 3.A., Art. 260 SchKG N. 1

<sup>3</sup> Art. 260 Abs. 2 SchKG

<sup>4</sup> BGE 145 III 104; BGE 132 III 345 f.

<sup>5</sup> BGE 121 III 494 f.

Gericht nur unter Einbezug aller entscheiden; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind die Gläubiger indessen nicht zu gemeinsamem Handeln verpflichtet. Einzelne Gläubiger können sich durch unterschiedliche Anwälte vertreten lassen, sich widersprechende Behauptungen aufstellen oder ganz auf die Verfolgung des Anspruchs verzichten<sup>6</sup>. Unklar bleibt jedoch, wie das angerufene Gericht mit unterschiedlichen Behauptungen, Bestreitungen und Beweisanträgen zu einem Urteil gelangen soll. In der Lehre wird die Frage aufgeworfen, ob in solchen Konstellationen ein prozessuales Günstigkeitsprinzip gelte<sup>7</sup>. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass die effektive und effiziente Durchsetzung der abgetretenen Masseansprüche ein koordiniertes Vorgehen der Gläubiger bedingt<sup>8</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts soll die Konkursverwaltung im Bedarfsfall Weisungen erteilen<sup>9</sup>.

b) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Abtretung einer Masseforderung an einen kollozierten Gläubiger, der selbst Schuldner der abgetretenen Forderung ist, unzulässig<sup>10</sup>. Diese Rechtsprechung kann sich auf eine doppelte Begründung stützen. Zum einen würde die Abtretung einer Masseforderung an den Schuldner dieser Forderung zu einem offensichtlichen Konflikt mit den Interessen der Masse führen<sup>11</sup>. Zum anderen stellt die im Rahmen von Art. 260 SchKG erteilte Prozessführungsbefugnis ein Nebenrecht der kollozierten Forderung dar<sup>12</sup>. Materiellrechtlich gesehen bleibt die Forderung durch die Abtretung zwischen dem ursprünglichen Schuldner und der Masse bestehen. In einem späteren Prozess würde der Schuldner sowohl auf der Kläger- als auch auf der Beklagtenseite stehen. Dogmatisch gesehen kann aber niemand eine Forderung gegen sich selbst einklagen<sup>13</sup>.

c) Die Abtretung einer Masseforderung an eine Person, die zugleich deren Schuldner ist, kann mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG gerügt werden. Da es sich bei Art. 260 SchKG um ein zwangsvollstreckungsrechtliches Institut handelt, geht es aber nicht um die Frage der Aktivlegitimation, die in einem allfälligen Hauptprozess zu klären wäre. Demgegenüber steht eine materiellrechtliche Frage im Vordergrund, wenn die Prozessberechtigung eines Gläubigers, der sich eine Forderung nach Art. 260 SchKG abtreten liess, aus anderen Gründen bestritten wird. Sobald es nicht mehr um die konkursrechtliche Frage nach der Identität des kollozierten Gläubigers und

---

<sup>6</sup> Vgl. BGE 144 III 554; BGE 138 III 634 f.; Bachofner, Art. 260 SchKG N. 98 und 104

<sup>7</sup> Bachofner, Art. 260 SchKG N. 104

<sup>8</sup> Bachofner, Art. 260 SchKG N. 105 ff.

<sup>9</sup> BGE 145 III 104 f.

<sup>10</sup> BGE 145 III 105 f.; Bachofner, Art. 260 SchKG N. 43; Schober, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (Hrsg.: Kren Kostkiewicz/Vock), 4.A., Art. 260 N. 4

<sup>11</sup> Bachofner, Art. 260 SchKG N. 43

<sup>12</sup> BGE 132 III 346

<sup>13</sup> BGE 39 I 463 f.; diesen Entscheid bestätigte das Bundesgericht unter anderem in BGE 145 III 101.



des Anspruchsgegners geht, liegt die Zuständigkeit beim in der Sache selbst zuständigen Gericht<sup>14</sup>. Beispielsweise ist bei einer dem Gläubiger nahestehenden Person zu prüfen, ob sich der Gläubiger rechtsmissbräuchlich verhält, wenn er sich einen Anspruch gegen die ihm nahestehende Person abtreten lässt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre insbesondere dann von Rechtsmissbrauch auszugehen, wenn der Gläubiger bei einem erfolgreichen Prozess wirtschaftlich gesehen aus seinem eigenen Vermögen befriedigt werden würde (zum Beispiel in Konzernverhältnissen)<sup>15</sup>.

d) Dass im Verfahren nach Art. 17 ff. SchKG einzig die formelle Identität<sup>16</sup> zwischen kolloziertem Gläubiger und Anspruchsgegner der abgetretenen Forderung zu prüfen ist, ergibt sich im Übrigen aus der Rechtsnatur der betreibungs- und konkursrechtlichen Beschwerde. Diese ist ein zwangsvollstreckungsrechtliches Institut, das der Korrektur von Amtshandlungen der Vollstreckungsbehörden dient<sup>17</sup>. Überall dort, wo sich materiellrechtliche Fragen stellen, ist hingegen das Gericht anzurufen. Der Gegenstand des ordentlichen Zivilprozesses muss klar vom Streitgegenstand im Verfahren nach Art. 17 ff. SchKG abgegrenzt werden. Sobald eine Streitigkeit zumindest reflexhaft eine materiellrechtliche Problemstellung berührt, ist der Entscheid darüber dem Gericht - und nicht den Aufsichtsbehörden - vorbehalten<sup>18</sup>. Aus Sicht der übrigen Gläubiger, die zumindest faktisch auf eine koordinierte Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche angewiesen sind, ist dieses Ergebnis wohl wenig befriedigend. Es entspricht aber der bundesgerichtlichen Praxis und der auf zwangsvollstreckungsrechtliche Fragen zugeschnittenen Rechtsnatur der Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG.

3. a) Es steht fest und ist nicht bestritten, dass X und Y zumindest temporär im Verwaltungsrat der Konkursitin sassen. X ist zudem (zusammen mit ihrem Ehemann) mit einer Darlehensforderung (dritter Klasse) im Kollokationsplan aufgelistet. Weiter kollozierte das Konkursamt eine anscheinend faustpfandgesicherte Forderung der Z GmbH. Der Ehemann von X ist Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der Z GmbH und X ist Gesellschafterin mit Einzelunterschrift. Das Konkursamt trat sämtliche Verantwortlichkeitsansprüche der Konkursitin unter anderem der Z GmbH, X und deren Ehemann ab.

b) Eine konkursrechtlich unzulässige Abtretung nach Art. 260 SchKG liegt nur vor, wenn formelle Identität im Sinn der dargelegten Rechtsprechung zwischen dem Gläubiger, der sich eine

---

<sup>14</sup> BGE 145 III 107: "En revanche, si la qualité du débiteur figurant à l'inventaire est contestée au motif que le créancier cessionnaire, pourtant formellement distinct, se confond matériellement avec lui, cette question ne relève plus de la compétence de l'administration de la faillite mais de celle du juge du fond."

<sup>15</sup> BGE 145 III 107 f.

<sup>16</sup> Bachofner, Art. 260 SchKG N. 44: "(...) wenn der Gläubiger formell mit dem Schuldner übereinstimmt"

<sup>17</sup> Cometta/Möckli, Basler Kommentar, 3.A., Art. 17 SchKG N. 1

<sup>18</sup> Vgl. Cometta/Möckli, Art. 17 SchKG N. 12

Forderung abtreten lässt, und dem späteren Anspruchsgegner besteht. Nachfolgend gilt es im Verhältnis zu den einzelnen Abtretungsgläubigern zu prüfen, ob diese Identität gegeben ist. Nicht im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen sind materiellrechtliche Einwände gegen die Prozessführungsbefugnis.

c) aa) In Bezug auf X liegt formelle Identität vor. Sie ist kollozierte Gläubigerin und Zessionarin im Sinn von Art. 260 SchKG der Verantwortlichkeitsansprüche. In einem späteren Verantwortlichkeitsprozess wäre X selbst potenziell Beklagte. Die formelle Identität erstreckt sich jedoch nur auf die unmittelbar gegen sie selbst gerichteten und ihr abgetretenen Ansprüche. Wie das Konkursamt zutreffend ausführt, wurden ihr nicht bestimmte, sondern alle Verantwortlichkeitsansprüche "pauschal" - sozusagen im Bündel - abgetreten. Damit ist X berechtigt, Verantwortlichkeitsansprüche auch gegen andere Organe der Konkursitin durchzusetzen. Fraglich ist, ob die Abtretung dieser weiteren Verantwortlichkeitsansprüche zulässig war. Die Antwort hängt davon ab, ob und wie X zusammen mit den anderen Organen für einen allfälligen Schaden der Konkursitin haftet.

bb) Materiellrechtlich gesehen ist jedes Organ für den durch sein Verhalten verursachten Schaden haftbar<sup>19</sup>. Der Verantwortlichkeitsanspruch richtet sich stets gegen eine bestimmte Person, nicht aber gegen ein Kollektiv. Dies gilt zumindest im Innenverhältnis zwischen den Organen. Im Aussenverhältnis sieht Art. 759 OR die sogenannte differenzierte Solidarität vor. Diese bedeutet, dass der Umfang der Ersatzpflicht einer solidarisch haftenden Person im Aussenverhältnis individuell bestimmt wird. Die haftpflichtige Person kann demnach den Geschädigten gegenüber geltend machen, dass ihn kein oder nur ein geringes Verschulden treffe oder für ihn allenfalls ein anderer Herabsetzungsgrund nach Art. 43 Abs. 1 und Art. 44 OR gelte<sup>20</sup>. Nach Art. 759 Abs. 2 OR steht den Gläubigern sodann die Möglichkeit einer Gesamtklage gegen sämtliche Organ offen. Die Klage richtet sich auf den Gesamtschaden, und es ist Aufgabe des Gerichts, im Aussenverhältnis die Ersatzpflicht eines jeden Einzelnen festzulegen<sup>21</sup>.

cc) Die durch Art. 759 OR umschriebene differenzierte Solidarität fasst aus Sicht der Gläubiger Ansprüche gegenüber mehreren Schuldern zusammen. Die Verpflichtung geht prinzipiell auf Erfüllung der ganzen Schuld<sup>22</sup>. Diese Betrachtungsweise stimmt jedoch nur im Aussenverhältnis. Aus Sicht des Schuldners bleibt es bei der Haftung für individuell verursachten Schaden. Es gibt keine überkausale Haftung im Verantwortlichkeitsrecht<sup>23</sup>. Die von Art. 759 OR gefor-

---

<sup>19</sup> Gericke/Waller, Basler Kommentar, 5.A., Art. 759 OR N. 3

<sup>20</sup> BGE 141 V 91; Gericke/Waller, Art. 759 OR N. 4

<sup>21</sup> Gericke/Waller, Art. 759 OR N. 7

<sup>22</sup> Kratz, Berner Kommentar, Bern 2015, Art. 143 OR N. 31 f.

<sup>23</sup> Gericke/Waller, Art. 759 OR N. 3

derte differenzierte Solidarität beruht sodann auf materiellrechtlichen Erwägungen. Erst unter Berücksichtigung des Einzelverschuldens kann das mit der Hauptsache befasste Gericht die Haftungsquoten festlegen.

dd) Demnach ergibt sich, dass ein Organ trotz im Aussenverhältnis geltender Solidarität immer nur für individuelles Verhalten haftet. Die differenzierte Solidarität im Aussenverhältnis richtet sich nach dem materiellrechtlichen Verschulden einzelner Organe. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich nicht, bereits im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 ff. SchKG einzig gestützt auf die solidarische Haftung eines Organs mit anderen Organen die Abtretung nach Art. 260 SchKG auszuschliessen. Wie das Konkursamt zutreffend darlegt, muss es einem Organ offenstehen, gegenüber anderen Organen Verantwortlichkeitsansprüche durchzusetzen.

ee) Demnach war die Abtretung von Ansprüchen gegenüber anderen Organen an X zulässig. Nicht mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu vereinbaren ist einzig die Abtretung der gegen X gerichteten Ansprüche an sie selber. Die Beschwerde ist insofern zu schützen.

d) In Bezug auf den Ehemann von X fehlt die formelle Identität im Sinn der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Dass der Ehemann eine nahestehende Person von X ist, genügt allein noch nicht für die Annahme einer zwangsvollstreckungsrechtlichen Unwirksamkeit der Abtretung nach Art. 260 SchKG. Vielmehr ist es eine materiellrechtliche Frage, ob der Ehemann von X seine Prozessführungsbefugnis gegenüber X und Y rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt. Zudem muss es dem Ehemann von X offenstehen, Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber anderen (faktischen oder formellen) Organen durchzusetzen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt daher abzuweisen.

e) Y ist kein kollozierter Gläubiger der Konkursitin und an ihn wurden keine Rechtsansprüche der Masse abgetreten. Das geltend gemachte Näheverhältnis kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zur Unwirksamkeit der Abtretung an X und deren Ehemann sowie die Z GmbH führen. Die Beschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

f) Die Z GmbH steht in einem Näheverhältnis zu X. Formell gesehen handelt es sich jedoch um eine eigenständige juristische Person. Die Konstellation ist vergleichbar mit der in BGE 107 III 91 beurteilten Ausgangslage. Das Bundesgericht erachtete es als materiellrechtliche Frage, ob sich eine Kollektivgesellschaft die Verantwortlichkeitsansprüche gegen ein Mitglied des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft, das zugleich bei ihr Gesellschafter ist, abtreten lassen

kann. Auch hier geht es im Kern nicht (mehr) um eine konkursrechtliche Problematik. Die Beschwerde ist in diesem Punkt ebenfalls abzuweisen.

Obergericht, 1. Abteilung, 7. Juni 2022, BS.2022.5

## **24. Rechtsmittel gegen den Nichteintretensentscheid betreffend das Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens**

(Art. 265a SchKG; Art. 308 ff. ZPO)

1. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts trat auf das Begehren des Schuldners um Bewilligung des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens zufolge Nichtleistens des Kostenvorschusses nicht ein. Gemäss der Rechtsmittelbelehrung kann dagegen Berufung erhoben werden.

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

b) Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag gemäss Art. 265a Abs. 1 SchKG dem Richter des Betreibungsortes vor. Dieser hört die Parteien an und entscheidet; gegen den Entscheid ist kein Rechtsmittel zulässig. Der Richter bewilligt laut Art. 265a Abs. 2 SchKG den Rechtsvorschlag, wenn der Schuldner seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darlegt und glaubhaft macht, dass er nicht zu neuem Vermögen gekommen ist. Bewilligt der Richter den Rechtsvorschlag nicht, stellt er gemäss Art. 265a Abs. 3 Satz 1 SchKG den Umfang des neuen Vermögens fest. Vermögenswerte Dritter, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt, kann der Richter nach Art. 265a Abs. 3 Satz 2 SchKG pfändbar erklären, wenn das Recht des Dritten auf einer Handlung beruht, die der Schuldner in der dem Dritten erkennbaren Absicht vorgenommen hat, die Bildung neuen Vermögens zu vereiteln. Der Schuldner und der Gläubiger können laut Art. 265a Abs. 4 SchKG innert 20 Tagen nach der Eröffnung des Entscheids über den Rechtsvorschlag beim Richter des Betreibungsorts Klage auf Bestreitung oder Feststellung des neuen Vermögens einreichen.

3. a) In RBOG 2020 Nr. 19 hielt das Obergericht gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts fest, dass sich Art. 265a Abs. 1 Satz 2 SchKG (kein Rechtsmittel) nur auf materielle Entscheide über das Vorliegen neuen Vermögens beziehe. Wenn dagegen der erstinstanzliche Richter - so wie hier - mangels formeller Voraussetzungen zur Geltendmachung der Einrede des

fehlenden neuen Vermögens einen Abschreibungsentscheid ohne Anspruchsprüfung (Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit, Anerkennung oder Rückzug) erlassen habe, oder wenn ein Entscheid lediglich mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten werde, sei im Bereich von Art. 265a Abs. 1 SchKG eine Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO an das Obergericht zulässig<sup>1</sup>.

b) Ob diesfalls - als primäres Rechtsmittel - auch die Berufung infrage kommt, hat das Obergericht bislang nicht entschieden. Huber/Sogo schreiben dazu, in diesem Fall stünden die gewöhnlichen Rechtsmittel an die obere kantonale Instanz gemäss der ZPO offen. Allerdings scheide die Berufung gemäss der Rechtsprechung in analoger Anwendung von Art. 309 lit. b ZPO aus, sodass (stets) mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO vorzugehen sei<sup>2</sup>. Dafür verweisen Huber/Sogo auf einen Entscheid der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 2017. In jenem Fall trat das erstinstanzliche Einzelgericht - wie im Fall hier - auf das Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens nicht ein, weil der Schuldner den ihm auferlegten Kostenvorschuss auch nach Ansetzung einer Nachfrist nicht bezahlt hatte. Dagegen erhob der Schuldner beim Obergericht des Kantons Zürich Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO. Das Obergericht des Kantons Zürich erwog, (zuerst) stelle sich die Frage, welches Rechtsmittel zu ergreifen sei. An sich seien erstinstanzliche Erledigungsentscheide im summarischen Verfahren (in vermögensrechtlichen Angelegenheiten bei gegebenem Mindeststreitwert, Art. 308 Abs. 2 ZPO) mit Berufung anzufechten, wenn diese nicht nach Art. 309 ZPO ausgeschlossen sei. Der angefochtene Entscheid sei mit den in Art. 309 lit. b ZPO genannten betriebsrechtlichen Summarsachen vergleichbar. Dass dieser Entscheid dort nicht ausdrücklich genannt werde, werde damit begründet, dass dagegen nach Art. 265a Abs. 1 SchKG grundsätzlich ohnehin kein (kantonales) Rechtsmittel gegeben sei. Sei ausnahmsweise doch ein solches Rechtsmittel zulässig, so sei es in sinngemässer Anwendung von Art. 309 lit. b ZPO die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO. Dass die Vorinstanz in der Rechtsmittelbelehrung zu ihrem Entscheid auf dieses Rechtsmittel hingewiesen habe, sei deshalb nicht zu beanstanden<sup>3</sup>.

c) Das Obergericht des Kantons Thurgau ist anderer Auffassung als das Obergericht des Kantons Zürich:

aa) Grundsätzlich ist jeder erstinstanzliche Entscheid der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit berufungsfähig. Dementsprechend hält Art. 308 Abs. 1 ZPO fest, mit Berufung anfechtbar sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide (lit. a) und erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (lit. b). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist

---

<sup>1</sup> RBOG 2020 Nr. 19 Erw. 2.b mit Verweis auf die diesbezüglich einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung

<sup>2</sup> Huber/Sogo, Basler Kommentar, 3.A., Art. 265a SchKG N. 31b

<sup>3</sup> ZR 2017 Nr. 36 S. 122 f.

die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 beträgt<sup>4</sup>. Alsdann spielt es keine Rolle, ob der Entscheid im ordentlichen (Art. 219-242 ZPO), vereinfachten (Art. 243-247 ZPO), summarischen (Art. 248-270 ZPO) oder in einem familienrechtlichen Verfahren (Art. 271-307a ZPO) erging. Die Berufung ist nur ausgeschlossen, sofern das Gesetz dies ausdrücklich anordnet<sup>5</sup>. Art. 309 ZPO enthält einen Ausnahmekatalog; in den dort genannten Fällen ist die Berufung unzulässig. Insbesondere die Aufzählung in Art. 309 lit. b ZPO<sup>6</sup> darf und kann nur schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht anders als abschliessend verstanden werden<sup>7</sup>. Art. 309 ZPO ist demnach restriktiv auszulegen<sup>8</sup>. Solange eine Berufung möglich ist, erscheint die Erhebung eines anderen Rechtsmittels als unzulässig<sup>9</sup>.

bb) Berufungsfähig sind insbesondere auch Nichteintretensentscheide, da es sich dabei um Endentscheide handelt<sup>10</sup>. Es spielt keine Rolle, ob es um ein Sachurteil oder ein Prozessurteil geht, 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 muss<sup>11</sup>.

cc) Das Gesetz schliesst die Berufung gegen einen erstinstanzlichen Nichteintretensentscheid betreffend das Begehren um Bewilligung des Rechtsvorschlags mangels neuen Vermögens nicht aus, namentlich auch nicht in Art. 309 lit. b ZPO. Die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.00 ist hier mit Blick auf die Betreibungsforderung klar erreicht. Damit war der Nichteintretensentscheid mit Berufung anfechtbar. Die erstinstanzliche Rechtsmittelbelehrung ist folglich korrekt.

Obergericht, 2. Abteilung, 21. Juni 2022, ZBS.2022.11

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 29. September 2022 nicht ein (5A\_622/2022).

---

<sup>4</sup> Art. 308 Abs. 2 ZPO

<sup>5</sup> Sterchi, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 308 ZPO N. 5

<sup>6</sup> Die Berufung ist in den folgenden Angelegenheiten des SchKG unzulässig: Aufhebung des Rechtsstillstandes (Art. 57d SchKG), Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages (Art. 77 SchKG), Rechtsöffnung (Art. 80-84 SchKG), Aufhebung oder Einstellung der Betreibung (Art. 85 SchKG), Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung (Art. 185 SchKG), Arrest (Art. 272 und 278 SchKG) und Entscheide, die nach SchKG in die Zuständigkeit des Konkurs- oder des Nachlassgerichts fallen.

<sup>7</sup> Es steht nicht "namentlich" oder "insbesondere". Vielmehr handelt es sich um eine ganz konkrete, abgegrenzte Aufzählung von gewissen, ausgewählten Angelegenheiten des SchKG mit Angabe des oder der Artikel im SchKG, ausser im hier klar nicht gegebenen Fall von Ziff. 7; Spühler, Basler Kommentar, 3.A., Art. 309 ZPO N. 3; vgl. Reetz/Theiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 309 N. 15 ff.

<sup>8</sup> Spühler, Art. 309 ZPO N. 1

<sup>9</sup> Spühler, Art. 308 ZPO N. 1

<sup>10</sup> Reetz/Theiler, Art. 308 ZPO N. 16

<sup>11</sup> Sterchi, Art. 308 ZPO N. 11





**25. Arrestgrund: Entscheidend ist, ob dem Gläubiger mögliches Vollstreckungssubstrat entzogen wird beziehungsweise werden soll, wozu nur Vermögenswerte der Arrestschuldnerin - und nicht auch solche der Verwaltungsräte - zählen.**

(Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG)

1. Die Beschwerdegegnerin stellte gegen die Beschwerdeführerin, eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht, ein Arrestbegehren. Gegen den Arrestbefehl erhob die Beschwerdeführerin Einsprache, welche das Bezirksgericht abwies. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde.

2. a) aa) Gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG liegt ein Arrestgrund vor, wenn der Schuldner in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Vermögensgegenstände beiseite schafft, sich flüchtig macht oder Anstalten zur Flucht trifft. Dieser Arrestgrund setzt kumulativ einen objektiven und einen subjektiven Tatbestand voraus; er verlangt - neben der Absicht des Schuldners - entweder das Beiseiteschaffen von Vermögensgegenständen oder die Flucht oder Fluchtvorbereitung<sup>1</sup>. Mit dem Arrestgrund des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG soll der Gläubiger vor Machenschaften des Schuldners geschützt werden, die auf Vereitelung einer Belangung am schweizerischen Betreibungsort zielen<sup>2</sup>.

bb) Die objektiven Umstände im Sinn von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG liegen in erster Linie im Beiseiteschaffen von Vermögenswerten. Dieser Sachverhalt umfasst sowohl das Verstecken, Wegbringen oder Weggeben als auch das Veräussern (zu Schleuder-<sup>3</sup> oder Dumpingpreisen)<sup>4</sup> oder Belasten, ja sogar das Zerstören und Beschädigen der Vermögenswerte. Ausschlaggebend ist der Umstand, dass der Schuldner Vermögenswerte, die dem Gläubiger grundsätzlich als Vollstreckungssubstrat zur Verfügung stehen können, dieser Verwendungsmöglichkeit entzieht<sup>5</sup>.

cc) Der Arrestgrund gemäss Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG setzt jedoch entgegen seinem strikten Wortlaut nicht voraus, dass effektiv Vermögensgegenstände beiseite geschafft worden sind, denn mit der Vollendung der objektiven Merkmale käme jeder Arrest zu spät; vielmehr genügt es, dass der Wille des Schuldners, dem Gläubiger Vollstreckungssubstrat zu entziehen,

---

<sup>1</sup> BGE vom 14. Dezember 2021, 5A\_672/2021, Erw. 4.1; BGE vom 9. August 2010, 5A\_306/2010, Erw. 6.2.1

<sup>2</sup> BGE 119 III 93

<sup>3</sup> BGE vom 14. Dezember 2021, 5A\_672/2021, Erw. 4.1

<sup>4</sup> Die Veräusserung zu Marktpreisen führt nicht zu einem Entzug von Vollstreckungssubstrat für die Gläubiger.

<sup>5</sup> Stoffel, Basler Kommentar, 3.A., Art. 271 SchKG N. 69; BGE vom 13. Januar 2000, 5P.403/1999, Erw. 2.c; BGE 119 III 93

aus konkreten Vorbereitungshandlungen ersichtlich ist, wobei bloss Absichtsausserungen zum Nachweis dieses Willens nicht genügen<sup>6</sup>.

dd) Wichtigstes Tatbestandsmerkmal von Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist das subjektive Element, die "Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen". Beiseiteschaffen, Flucht oder Fluchtvorbereitung bilden Indizien für diese Absicht, genügen aber für sich allein nicht. Wie bei allen subjektiven Tatbestandselementen muss auch hier aus den Umständen auf die Absicht geschlossen werden. Als solche kommen in Betracht: Das Bestehen erheblicher unbeglichener Verbindlichkeiten; das Bestehen von Verbindlichkeiten in einem im Verhältnis zu den Mitteln drohenden Ausmass; das unkooperative, hinauszögernde Verhalten des Schuldners; andere laufende Betreibungsverfahren; nicht aber die alleinige Absicht, sich ins Ausland zu begeben<sup>7</sup>.

ee) Die bloss Möglichkeit, dass der Arrestschuldner im Zeitpunkt der Vollstreckung vermögenslos sein könnte, weil er zum Beispiel seinen Lebensstil nicht mit den laufenden Einkünften decken kann, oder dass andere Gläubiger das Vermögen beanspruchen, begründet ebenfalls keinen Arrestgrund. Das schweizerische Zwangsvollstreckungsrecht kennt keinen allgemeinen Sicherungstatbestand bei einer Vermögensgefährdung<sup>8</sup>.

b) Die Problematik der gesuchstellerischen Darstellung liegt insbesondere darin, dass nur allgemein von geplanten Investitionen der beiden Verwaltungsräte der Beschwerdeführerin die Rede ist. Entscheidend für den Arrestgrund des Beiseiteschaffens von Vermögenswerten ist indessen, ob dem Gläubiger mögliches Vollstreckungssubstrat entzogen wird beziehungsweise werden soll. Solches Vollstreckungssubstrat können grundsätzlich nur Vermögenswerte der Beschwerdeführerin als Arrestschuldnerin sein. Es geht um Vermögenswerte der Gesellschaft, nicht der Verwaltungsräte<sup>9</sup>. Im Arrestgesuch fehlen einigermassen konkrete Ausführungen darüber, dass die beiden Verwaltungsräte Vermögenswerte der Beschwerdeführerin (welche?) verstecken, wegbringen, weggeben, zu Schleuder- oder Dumpingpreisen veräussern, belasten etc. wollen (was genau?). Das zeigt sich exemplarisch an den beiden Grundstücken der Beschwerdeführerin, die verarrestiert werden sollen: Die Beschwerdegegnerin brachte dazu lediglich die Behauptung vor, diese würden "sicherlich demnächst verkauft", und der Erlös werde "mit grösster Wahrscheinlichkeit nach X fliessen". Konkrete Behauptungen werden indes nicht gemacht und Beweismittel dafür nicht genannt. Behauptungen über Investitionen, welche die beiden Verwaltungsräte im Ausland

---

<sup>6</sup> BGE vom 4. Oktober 2006, 5P.256/2006, Erw. 2.1

<sup>7</sup> Stoffel, Art. 271 SchKG N. 71; Kren Kostkiewicz, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Hrsg.: Kren Kostkiewicz/Vock), 4.A., Art. 271 N. 49 ff.

<sup>8</sup> Frenkel, Informationsbeschaffung zur Glaubhaftmachung der Arrestvoraussetzungen sowie Auskunftspflichten im Arrestvollzug, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012, S. 74 f.

<sup>9</sup> Zumindest solange, als nicht substantiiert dargetan wird, dass die Verwaltungsräte Vermögenswerte der Gesellschaft an sich genommen haben.

getätigt haben beziehungsweise tätigen wollen oder werden, sind deshalb von vornherein irrelevant<sup>10</sup>. Solche Investitionen dieser beiden natürlichen Personen wären nur dann relevant, wenn sich die beiden dafür aus dem Vermögen der Gesellschaft bedienen. Das müsste substantiiert dargetan werden. Eine pauschale Behauptung, das sei so, genügt nicht, zumal solches Verhalten strafbar wäre.

c) Mangels substantiiertes Behauptungen über das mögliche Beiseiteschaffen von Vermögenswerten der Beschwerdeführerin (der Gesellschaft) laufen Ausführungen über eine allfällige Flucht der beiden Verwaltungsräte ins Leere. Denn solange die juristische Person als Arrestschuldnerin mit eben nicht (glaubhaft gemachten) beiseite geschafften Vermögenswerten noch in der Schweiz ist respektive hier ihren Sitz hat, spielt es keine Rolle, wenn Verwaltungsräte - unter Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben - allenfalls nicht in der Schweiz leben oder ins Ausland ziehen wollten.

Obergericht, 2. Abteilung, 5. Mai 2022, BR.2021.49

---

<sup>10</sup> Abgesehen davon sind diese Behauptungen nicht zu berücksichtigen, weil sie sich erst aus den Beilagen ergeben und nicht im Arrestgesuch substantiiert sind.



## **26. Zulässigkeit der Ergänzung eines Kollokationsplans nach Art. 57 KOV um eine versehentlich nicht genannte zweite Gläubigerin einer kollozierten Forderung**

(Art. 57 KOV; Art. 67 Abs. 3 KOV; Art. 17 Abs. 1 SchKG; Art. 260 Abs. 1 SchKG)

1. Die Beschwerdeführerin wurde im Kollokationsplan nachträglich im Sinn von Art. 57 KOV handschriftlich als zweite Gläubigerin für eine gemeinsame Forderung neben dem Beschwerdeführer ergänzt. Das Konkursamt trat der Beschwerdeführerin, dem Beschwerdeführer und weiteren Gläubigern die Verantwortlichkeitsansprüche (nach Art. 752 ff. OR) gestützt auf Art. 260 Abs. 1 SchKG ab. Die Beschwerdeführer erhoben gegen den Ermächtigungsentscheid Beschwerde, wobei die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin strittig ist.

2. Zur Beschwerde nach Art. 17 f. SchKG ist legitimiert, wer ein schutzwürdiges, praktisches und im Entscheidzeitpunkt aktuelles Interesse am Ausgang des Verfahrens aufweist. Dieses Interesse ist nicht (mehr) gegeben, wenn sich die Gutheissung der Beschwerde vollstreckungsrechtlich nicht auswirken würde. Kann nur noch die Rechtswidrigkeit einer fehlerhaften Behördenhandlung festgestellt werden, ist auf die Beschwerde mangels aktuellem und praktischem Interesse nicht einzutreten<sup>1</sup>.

3. a) Der Kollokationsplan führt nur den Beschwerdeführer als kollozierten Gläubiger auf. Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass die Beschwerdeführer ausdrücklich im Namen beider Ehepartner ihre Forderung anmelden liessen. Dem Konkursamt unterlief in der Folge ein Erfassungsfehler. Die Sachbearbeiterin ergänzte den Kollokationsplan daraufhin handschriftlich und setzte den Namen der Beschwerdeführerin neben denjenigen des Beschwerdeführers. Bei dieser Ausgangslage ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin fraglich. Das Beschwerdeverfahren würde sich nur auf ihre Rechtsstellung auswirken, wenn sie als kollozierte Gläubigerin zu betrachten wäre. Die Verfahrensbeteiligten - die anderen Gläubiger - bestreiten ihre Beschwerdelegitimation ausdrücklich. Beim Beschwerdeführer ist die Legitimation hingegen offenkundig und unbestritten.

b) Der Kollokationsplan bildet die Grundlage des Konkursverfahrens. Er enthält die erwarhten Forderungen und die Rangordnung der Gläubiger<sup>2</sup>. Der Kollokationsplan wird beim Konkursamt zur Einsicht aufgelegt<sup>3</sup> und die Auflegung muss in den gleichen Blättern publiziert werden

---

<sup>1</sup> BGE 120 III 108 f.; BGE vom 17. April 2018, 5A\_555/2017, Erw. 1.2; Maier/Vagnato, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (Hrsg.: Kren Kostkiewicz/Vock), 4.A., Art. 17 N. 8; Cometta/Möckli, Basler Kommentar, 3.A., Art. 17 SchKG N. 40 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 247 Abs. 1 SchKG

<sup>3</sup> Art. 249 Abs. 1 SchKG

wie die Konkurseröffnung<sup>4</sup>. Nach Art. 65 Abs. 1 KOV darf die Konkursverwaltung die im Kollokationsplan getroffenen Entscheidungen nur solange abändern, als nicht eine Klage gegen die Masse oder einen anderen Gläubiger angehoben wurde. Die Änderung ist neu zu publizieren<sup>5</sup>. Von der Änderung des Kollokationsplans abzugrenzen ist dessen Abänderung, Erläuterung und Vervollständigung im Sinn von Art. 57 KOV. Dem Konkursamt wird durch diese Bestimmung die Gelegenheit eingeräumt, untergeordnete Mängel des Kollokationsplans zu bereinigen. Insbesondere Verfahrensmängel können durch eine Abänderung im Sinn von Art. 57 KOV korrigiert werden<sup>6</sup>. Eine erneute Auflage ist nicht erforderlich. Die Änderung darf handschriftlich und beglaubigt als Randbemerkung des Kollokationsplans erfolgen<sup>7</sup>.

c) Die Ergänzung des Kollokationsplans wurde unstrittig nicht erneut publiziert. Die Form der Änderung lässt darauf schliessen, dass das Konkursamt von einer Abänderung im Sinn von Art. 57 KOV ausging. Auch die Beschwerdeführer machen geltend, es handle sich um keine materiellrechtliche Änderung. Tatsächlich veränderte sich der Aussagegehalt des Kollokationsplans durch die Aufnahme der Beschwerdeführerin nicht massgeblich; insbesondere blieb das Quantum der kollozierten Forderungen gleich. Die Tragweite der handschriftlichen Ergänzung spricht dafür, von einer Abänderung im Sinn von Art. 57 KOV auszugehen. Die Beschwerdeführerin ist folglich als kollozierte Gläubigerin zu betrachten.

d) aa) Selbst, wenn - mit den Verfahrensbeteiligten - eine Änderung im Sinn von Art. 67 KOV anzunehmen wäre, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Weder der ursprüngliche Kollokationsplan noch der handschriftlich ergänzte Kollokationsplan wurde angefochten. Sämtliche Gläubiger erhielten spätestens mit der Anzeige der Abtretung Kenntnis von der Kollokation der Beschwerdeführerin. Keiner der Gläubiger hat dies jedoch angefochten. Bei dieser Ausgangslage könnte die Beschwerdeführerin nur dann als nicht kollozierte Gläubigerin gelten, wenn die Ergänzung des Kollokationsplans als nichtig zu betrachten wäre.

bb) Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. Unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest<sup>8</sup>. Die Nichtigkeit, das heisst die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, ist nur ausnahmsweise anzunehmen. Materiellrechtliche Mängel führen im Regelfall zur Anfechtbarkeit, nicht aber zur Nichtigkeit einer Verfügung<sup>9</sup>. Erweist sich eine Verfügung

---

<sup>4</sup> Art. 67 Abs. 1 KOV (Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter, SR 281.32)

<sup>5</sup> Art. 67 Abs. 2 KOV

<sup>6</sup> Milani/Wohlgemuth, in: Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV). Kommentar (Hrsg.: Milani/Wohlgemuth), Zürich/St. Gallen 2016, Art. 57 N. 7

<sup>7</sup> Vgl. Milani/Wohlgemuth, Art. 57 KOV N. 23 ff.

<sup>8</sup> Art. 22 Abs. 1 SchKG

<sup>9</sup> Cometta/Möckli, Art. 22 SchKG N. 9

aus den in Art. 22 Abs. 1 SchKG genannten Gründen als nichtig, ist die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen verpflichtet, die Nichtigkeit festzustellen<sup>10</sup>.

cc) Die erneute Publikation eines geänderten Kollokationsplans schützt die weiteren Gläubiger vor einer unvorhergesehenen Veränderung im Bestand der Gläubigergesamtheit oder der angemeldeten Forderungen. Insofern schützt Art. 67 Abs. 3 KOV die Interessen von Dritten im Sinn von Art. 22 Abs. 1 SchKG. Die Besonderheit der vorliegenden Konstellation liegt darin, dass nicht eine neue Forderung kolloziert wurde. Das Konkursamt ergänzte vielmehr einen bereits bestehenden Forderungseintrag um den Namen der Beschwerdeführerin. Dadurch wurde die Rechtsstellung der übrigen Gläubiger nicht tangiert. Diese hätten sich, wenn sie mit der Forderung der Beschwerdeführer nicht einverstanden gewesen wären, rechtzeitig dagegen zur Wehr setzen müssen. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern öffentliche Interessen durch die nachträgliche Korrektur des Kollokationsplans verletzt worden sein sollten. Demnach wäre nicht von einer Nichtigkeit auszugehen, sollte tatsächlich eine publikationspflichtige Änderung nach Art. 67 Abs. 3 KOV vorliegen.

e) Die Beschwerdelegitimation von beiden Beschwerdeführern ist somit zu bejahen und auf die Beschwerde ist folglich einzutreten.

Obergericht, 1. Abteilung, 7. Juni 2022, BS.2022.5

---

<sup>10</sup> Cometta/Möckli, Art. 22 SchKG N. 16





## 27. "Lex mitior" bei Änderung der Verkehrsregelverordnung betreffend die Höchstgeschwindigkeit

(Art. 2 Abs. 2 StGB; Art. 90 Abs. 1 SVG; Art. 90 Abs. 2 SVG)

1. Der Berufungsbeklagte fuhr mit einem Sachtransportanhänger auf der Autobahn mit einer Geschwindigkeit von 119 km/h. Im Berufungsverfahren stellte sich die Frage, ob er nach aktueller oder im Zeitpunkt der Tat geltenden Strassenverkehrsgesetzgebung zu bestrafen ist.

2. a) aa) Nach Art. 90 Abs. 1 SVG wird mit Busse bestraft, wer Verkehrsregeln des Strassenverkehrsgesetzes oder der Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt. Gestützt auf 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.

bb) Der Bundesrat beschränkt die Geschwindigkeit der Motorfahrzeuge auf allen Strassen<sup>1</sup>. Die allgemeine Höchstgeschwindigkeit für Fahrzeuge beträgt unter günstigen Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen 120 km/h auf Autobahnen<sup>2</sup>. Abweichende signalisierte Höchstgeschwindigkeiten gehen den allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten vor, ebenso niedrigere Höchstgeschwindigkeiten für einzelne Fahrzeugarten nach Art. 5 VRV und für einzelne Fahrzeuge nach Anordnung der zuständigen Behörde<sup>3</sup>. Die Höchstgeschwindigkeit betrug gemäss der im Tatzeitpunkt geltenden aVRV<sup>4</sup> 80 km/h für Anhängerzüge<sup>5</sup>. Die ab dem 1. Januar 2021 in Kraft getretene VRV sieht für leichte Motorwagen mit Anhänger, sofern das Gesamtgewicht des Anhängers 3,5 t nicht übersteigt, auf Autobahnen eine Höchstgeschwindigkeit von 100 km/h vor<sup>6</sup>.

b) Eine Tat, die vor Inkrafttreten des geltenden Rechts begangen wurde, wird nach neuem Recht beurteilt, wenn dieses für den Täter das mildere ist<sup>7</sup>. Der Sachtransportanhänger auf dem Radarfoto ist nur zu einem sehr kleinen Teil beladen. Unklar ist, um welches Anhängermodell es sich handelt. Der Berufungsbeklagte gab anlässlich der Berufungsverhandlung an, dass der Anhänger leer ungefähr 700 kg wiege. In Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" ist folglich davon auszugehen, dass der Anhänger ein Gesamtgewicht von unter 3,5 t aufwies und grundsätzlich geeignet war, mit einer Geschwindigkeit von 100 km/h zu fahren. Das neue Recht

---

<sup>1</sup> Art. 32 Abs. 2 SVG

<sup>2</sup> Art. 4a Abs. 1 lit. d VRV (Verkehrsregelverordnung, SR 741.11)

<sup>3</sup> Art. 4a Abs. 5 VRV

<sup>4</sup> Verkehrsregelverordnung, SR 741.11

<sup>5</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 aVRV

<sup>6</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. c VRV

<sup>7</sup> Grundsatz der "lex mitior", Art. 2 Abs. 2 StGB; BGE vom 1. Juni 2022, 6B\_231/2022, Erw. 2.1 (zur Publikation vorgesehen)

erweist sich für den Berufungsbeklagten deshalb als milder, weshalb ihm bei einer rechtserheblichen Geschwindigkeit von 119 km/h entsprechend nur eine Überschreitung der fahrzeug- beziehungsweise bauartbedingten Höchstgeschwindigkeit von 19 km/h vorgeworfen werden kann. Es liegt somit objektiv eine Verkehrsregelverletzung gemäss Art. 90 Abs. 1 SVG vor, die mit einer Busse von Fr. 180.00 geahndet wird<sup>8</sup>.

c) Zusammengefasst hat sich der Berufungsbeklagte der einfachen Verkehrsregelverletzung schuldig gemacht.

Obergericht, 1. Abteilung, 30. Mai 2022, SBR.2022.17

---

<sup>8</sup> Art. 1 lit. a OBV (Ordnungsbussenverordnung, SR 314.11) mit Verweis auf Bussenliste 1, Ziffer 303.3 lit. d

## 28. Fahrlässige Mittäterschaft bei einem Unterlassungsdelikt

(Art. 11 StGB; Art. 12 Abs. 3 StGB; Art. 222 Abs. 1 StGB)

1. Den drei Berufungsklägern A, B und C wird vorgeworfen, gemeinsam mit D fahrlässig den Grossbrand auf dem Areal der E AG verursacht zu haben. Das Bezirksgericht sprach die drei Berufungskläger der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst schuldig, wogegen alle Berufung erhoben. Im Berufungsverfahren ist unter anderem strittig, ob eine Mittäterschaft bei der fahrlässigen Tatbegehung möglich ist.

2. a) Gemäss Art. 222 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer fahrlässig zum Schaden eines andern oder unter Herbeiführung einer Gemeingefahr eine Feuersbrunst verursacht.

b) aa) Nach Art. 12 Abs. 3 StGB handelt fahrlässig, 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 ist<sup>1</sup>.

bb) Ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Herbeiführung einer Feuersbrunst setzt somit voraus, dass der Täter den Erfolg durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht hat. Sorgfaltswidrig ist ein Verhalten, 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. Wo besondere Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten, bestimmt sich das Mass der zu beachtenden Sorgfalt in erster Linie nach diesen Vorschriften. Dies schliesst nicht aus, dass der Vorwurf der Fahrlässigkeit auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze, wie etwa den allgemeinen Gefahrensatz, gestützt werden kann. Denn einerseits begründet nicht jeder Verstoss gegen eine gesetzliche oder für bestimmte Tätigkeiten allgemein anerkannte Verhaltensnorm den Vorwurf der Fahrlässigkeit, und andererseits kann ein Verhalten sorgfaltswidrig sein, auch wenn nicht gegen eine bestimmte Verhaltensnorm verstossen wurde. Die im Einzelfall zu beachtende Vorsicht bestimmt sich durch die konkreten Umstände und die persönlichen Verhältnisse des Täters, weil naturgemäss nicht alle tatsächlichen Gegebenheiten in Vorschriften gefasst werden können<sup>2</sup>. Nach dem allgemeinen Gefahrensatz hat derjenige, welcher eine gefährliche Handlung ausführt, alles Zumutbare zu unternehmen, dass die Gefahr nicht zu einer Verletzung fremder Rechtsgüter führt<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 12 Abs. 3 StGB

<sup>2</sup> BGE 143 IV 140; BGE 140 II 9 ff.; BGE 135 IV 64 f.

<sup>3</sup> Donatsch/Tag, Strafrecht I, 9.A., S. 351

cc) Eine weitere Grundvoraussetzung für eine Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Fahrlässigkeitshaftung bildet die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Von einer pflichtwidrigen Unvorsicht oder Unsorgfalt kann nur die Rede sein, wenn der Erfolgseintritt für den Täter überhaupt vorhersehbar war. Jenseits des Vorhersehbaren kann kein Strafbarkeitsvorwurf erhoben werden. Die Vorhersehbarkeit ist gegeben, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie seiner Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der geschützten Rechtsgüter hätte erkennen können und müssen. Die Geschehensabläufe, die zum eingetretenen Erfolg führten, müssen für den Täter mindestens in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar gewesen sein. Das Bundesgericht beurteilt die Voraussehbarkeit in der Regel nach dem Massstab der Adäquanz. Das heisst, es ist danach zu fragen, ob nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung mit einem Erfolg der eingetretenen Art zu rechnen war<sup>4</sup>. In Fällen, bei denen bei der beschuldigten Person Anzeichen von verminderten Kenntnissen oder Fähigkeiten vorlagen, relativierte das Bundesgericht diese allgemeine Formel allerdings und wandte einen individualisierten Sorgfaltsmassstab an, indem es zwar die objektive Voraussehbarkeit im Sinn der Adäquanztheorie bejahte, aber die individuelle Voraussehbarkeit aufgrund von reduzierten Kenntnissen oder Unerfahrenheit verneinte<sup>5</sup>. Ob eine Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen oder zu begünstigen, muss ex ante, das heisst vom Zeitpunkt des Handelns aus, beurteilt werden. Massgebend sind die individuellen Kenntnisse und das Wissen der beschuldigten Person zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Handlung, denn die nachträgliche (bessere) Kenntnis der Zusammenhänge darf nicht darüber entscheiden, ob eine Handlung im Zeitpunkt ihrer Vornahme erlaubt oder verboten war<sup>6</sup>. Wie das Bundesgericht wiederholt betont hat, darf der Begriff der Pflichtverletzung nicht so verstanden werden, dass darunter jede Handlung oder Unterlassung verstanden werden kann, die bei einer rückblickenden Betrachtung den Schaden verursacht hat oder ihn hätte vermeiden können<sup>7</sup>.

c) Der Tatbestand der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst kann auch durch pflichtwidriges Unterlassen im Sinn von Art. 11 StGB erfüllt werden<sup>8</sup>. Voraussetzung ist eine Rechtspflicht zur Vornahme der unterlassenen Handlung (Garantenstellung) sowie die Möglichkeit, diese Handlung vorzunehmen. Ein unechtes Unterlassungsdelikt liegt vor, wenn im Gesetz wenigstens die Herbeiführung des Erfolgs durch Tun ausdrücklich mit Strafe bedroht wird, der Be-

---

<sup>4</sup> BGE 148 IV 43 f.; BGE 143 IV 140; BGE 140 II 10; BGE vom 14. Mai 2012, 6B\_518/2011, Erw. 4.3 (nicht publiziert in BGE 138 IV 124); BGE 135 IV 64 f.

<sup>5</sup> BGE vom 18. Mai 2017, 6B\_1091/2016, Erw. 3.2.3; BGE vom 6. März 2001, 6S.728/1999, Erw. 3; vgl. auch Elsener, "Das hätte man wissen müssen!" - Der Rückschaufehler und sein Einfluss auf das Fahrlässigkeitsdelikt, in: sui generis 2015 N. 24 ff.; Niggli/Maeder, Basler Kommentar, 4.A., Art. 12 StGB N. 94 ff.

<sup>6</sup> BGE 135 IV 64 f.

<sup>7</sup> BGE 148 IV 44; BGE 130 IV 12; BGE vom 12. Mai 2011, 6B\_948/2010, Erw. 3.1.1; Thommen/Farag-Jaussi, Feuer und Flamme für Brandschutzvorschriften, in: sui generis 2020 N. 32

<sup>8</sup> Roelli, Basler Kommentar, 4.A., Art. 222 StGB N. 3

schuldigte durch sein Tun den Erfolg tatsächlich hätte abwenden können und infolge seiner Garantenstellung dazu auch verpflichtet war, sodass die Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Tun als gleichwertig erscheint. Für die Annahme einer Garantenstellung genügt nicht jede, sondern nur eine qualifizierte Rechtspflicht; ein moralisches Gebot kann nicht genügen. Rechtsprechung und Lehre unterscheiden zwischen Obhutspflichten, das heisst Garantenstellungen zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes gegen alle ihm drohenden Gefahren, und Überwachungspflichten, das bedeutet Garantenstellungen zur Überwachung bestimmter Gefahrenquellen zum Schutz unbestimmt vieler Rechtsgüter. Eine Garantenstellung kann sich aus Gesetz, Vertrag, einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft oder aus der Schaffung einer Gefahr ergeben. Eine Garantenstellung wird folglich angenommen, wenn der Täter aufgrund einer besonderen Rechtsbeziehung verpflichtet ist, ein Rechtsgut vor allen oder bestimmten Gefahren zu schützen, oder wenn er durch sein Tun eine Gefahr schuf oder eine solche vergrösserte und deshalb gehalten ist, dafür zu sorgen, dass die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt<sup>9</sup>.

d) aa) Das StGB enthält keine gesetzliche Regelung zur Mittäterschaft. Wirken mehrere Personen bei einer Tat zusammen, ist bei Vorsatzdelikten gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Mittäter anzusehen, "wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung des Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, sodass er als Hauptbeteiligter dasteht; dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falls und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt"<sup>10</sup>. Folglich werden jedem Mittäter auch die Tatbeiträge der anderen zugerechnet, und es wird nicht mehr danach gefragt, ob ein Mittäter allein alle Tatbestandsmerkmale erfüllt hat, sondern ob die Mittäter den Taterfolg mit ihren Tatbeiträgen gemeinsam verursacht haben<sup>11</sup>.

bb) Da es bei Fahrlässigkeitsdelikten definitionsgemäss an einem Vorsatz hinsichtlich der Herbeiführung des Taterfolgs fehlt, kann es hier zum Voraus keine Mittäterschaft im Sinn der vorgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung geben. In der Lehre ist denn auch strittig, ob bei fahrlässigem Zusammenwirken überhaupt eine mittäterschaftliche Tatbegehung möglich ist. Nach einem Teil der Lehre fällt strafbare Mittäterschaft hier zum Voraus ausser Betracht. Ein anderer Teil der Lehre befürwortet dagegen die Möglichkeit einer Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten, wenn auch mit unterschiedlichen dogmatischen Begründungen und unter voneinander abweichenden Voraussetzungen<sup>12</sup>. Häring plädiert für eine dogmatische Neukonzeption für vorsatzloses, aber hinsichtlich des fahrlässigen Verhaltens bewusstes Zusammenwirken. Mittäterschaft bei Fahrlässigkeitsdelikten, mit der Folge, dass die einzelnen Tatbeiträge allen Beteiligten

---

<sup>9</sup> BGE 141 IV 251 f.; BGE vom 8. Januar 2013, 6B\_342/2012, Erw. 2.5

<sup>10</sup> BGE 135 IV 155; BGE 133 IV 82; BGE 130 IV 66

<sup>11</sup> Forster, Basler Kommentar, 4.A., Vor Art. 24 StGB N. 7 f.

<sup>12</sup> Forster, Vor Art. 24 StGB N. 21 ff.; Niggli/Maeder, Art. 12 StGB N. 134 f.; ausführlich Häring, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: *sui generis* 2018 N. 6 ff. und Literaturverweise in Fn. 8, 10 und 12

wechselseitig zuzurechnen sind, soll nach dieser Auffassung gegeben sein, wenn im Einzelfall folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (1.) Die Beteiligten fassen einen gemeinsamen Handlungsentschluss zur arbeitsteiligen Vornahme der natürlichen Handlungen, deren sorgfaltswidrige Ausführung zum Fahrlässigkeitserfolg geführt haben; (2.) sie führen den gemeinsamen Handlungsentschluss in arbeitsteiligem Zusammenwirken aus; (3.) dabei erbringt jeder Einzelne einen wesentlichen Einzelbeitrag, der sich für ihn als individuelle Sorgfaltspflichtverletzung erweist; (4.) die Handlungen aller Beteiligten müssen den Fahrlässigkeitserfolg gemeinsam (natürlich) kausal verursacht haben; und (5.) der Fahrlässigkeitserfolg muss für jeden Beteiligten vorhersehbar und vermeidbar sowie jedem Beteiligten individuell objektiv zurechenbar sein<sup>13</sup>.

cc) Das Bundesgericht befasste sich verschiedentlich mit Fällen, welche mitunter die Mitwirkung mehrerer Personen an Fahrlässigkeitsdelikten zum Gegenstand hatten. Die Frage stellte sich zunächst im Zusammenhang mit verschiedenen Verkehrsdelikten. In einem Entscheid aus dem Jahr 1972 erkannte es, dass sich nicht nur der Lenker, sondern mit ihm auch der Halter eines Motorfahrzeugs der fahrlässigen Körperverletzung schuldig machen könne, wenn er dieses einem fahrunfähigen Lenker überlasse, der anschliessend mit einem Fussgänger zusammenstosse. Darüber hinaus sei auch bei Fahren in angetrunkenem Zustand nicht nur derjenige strafbar, der sein Fahrzeug einem Angetrunkenen überlasse, "sondern beispielsweise auch der für seine Kollegen bestimmende Anführer eines Trinkgelages"<sup>14</sup>. Von dieser Erwägung distanzierte es sich in einem Entscheid von 1987 wieder und liess die Frage ausdrücklich offen, ob Mittäterschaft möglich sei bezüglich einer Person, die an der Führung des Fahrzeugs nicht massgeblich beteiligt war. Es stellte jedoch gleichzeitig klar, dass der Passagier, der in einem Fahrzeug mitfahre, das vom angetrunkenen Halter geführt werde, sich allein dadurch nicht der Mittäterschaft schuldig machen könne, da das eigene Interesse ein Motiv für das Mitfahren sei, aber kein Tatbeitrag<sup>15</sup>. Drei Jahre später entschied das Bundesgericht, dass beim Tatbestand des Fahrens in angetrunkenem Zustand nur Täter sein könne, wer das Fahrzeug führe und eine (fahrlässige) Mittäterschaft des Mitfahrers ausgeschlossen sei<sup>16</sup>. In einem Leitentscheid aus dem Jahr 2000 hielt es fest, allerdings im Zusammenhang mit der Mittäterschaft beim Vorsatzdelikt und ohne vertiefte Erörterung der Frage, dass fahrlässige Mittäterschaft (generell) nicht denkbar sei<sup>17</sup>.

Ausserhalb von strassenverkehrsrechtlichen Fällen legte das Bundesgericht 1987 mit BGE 113 IV 58 ("Rolling Stones") den Grundstein für die Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft. In diesem Fall liessen zwei Angeklagte jeweils einen grossen Stein einen Abhang zu einem Fluss hinunterrollen, von denen einer einen Fischer tödlich verletzte, der sich am Fuss des Ab-

---

<sup>13</sup> Häring, N. 27 ff., insbesondere N. 33

<sup>14</sup> BGE 98 IV 11

<sup>15</sup> BGE 113 IV 84

<sup>16</sup> BGE 116 IV 71

<sup>17</sup> BGE 126 IV 84

hangs im Fluss aufhielt. Obwohl nicht bekannt war, welcher der beiden Steine den Tod des Fischers letztlich verursacht hatte, bejahte das Bundesgericht die Kausalität der Tatbeiträge beider Beschuldigten, indem es ausführte, es sei "[b]ei einer derartigen Konstellation [...] nicht danach zu fragen, ob der jeweilige Einzelbeitrag für den tatbestandsmässigen Erfolg kausal geworden ist, sondern ob die Kausalität zwischen der gemeinsam vorgenommenen Gesamthandlung und dem eingetretenen Erfolg zu bejahen ist". Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn "die sorgfaltswidrige Handlung gemeinsam beschlossen und in der Folge in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang gemeinsam durchgeführt wird, wobei es der zufälligen Arbeitsteilung überlassen bleibt, wer welchen Stein ins Rollen bringt"<sup>18</sup>.

Im Bundesgerichtsentscheid 6B\_477/2011 vom 24. November 2011 spielten drei Jugendliche mit Feuerwerkskörpern, worauf eine alte Lagerhalle in Brand geriet. Es stand fest, dass der Beschwerdeführer zwar Feuerwerkskörper angezündet und weggeworfen hatte, mithin sorgfaltswidrig handelte, der Brand aber von Feuerwerkskörpern verursacht worden war, welche die beiden anderen Jugendlichen danach abgefeuert hatten. Entgegen der Vorinstanz verneinte das Bundesgericht hier eine Mittäterschaft mit der Begründung, weil der Beschwerdeführer den Feuerwerkskörper, der den Brand verursachte, weder angezündet noch geworfen habe, fehle es an der Kausalität. Weiter hielt es fest, dass die Tatsache allein, dass der Beschwerdeführer mit den anderen Jugendlichen in der Umgebung von brennbaren Objekten sorgfaltswidrig Feuerwerkskörper abgefeuert habe, nicht ausreiche, um ihn als Mittäter der Straftat zu betrachten. Ebenso wenig begründe der Umstand, dass er nichts gegen das sorgfaltswidrige Abfeuern der Feuerwerkskörper durch seine beiden Kollegen unternommen habe, eine Strafbarkeit, weil ihm keine Garantienpflicht obliegen habe<sup>19</sup>.

Mit dem Leitentscheid BGE 143 IV 361 ("Flying Rockets") knüpfte das Bundesgericht ausdrücklich an die Rechtsprechung von BGE 113 IV 58 an und bestätigte diese im Ergebnis. Zu beurteilen war der Fall von zwei Cousins, die gemeinsam den Beschluss gefasst hatten, auf den Sitzplatz einer Parterrewohnung zu gehen und von dort aus Feuerwerksraketen zu zünden. Eine der abgefeuerten Raketen steckte einen Balkon in Brand, wobei sich aber nicht mehr klären liess, wer von den beiden Männern die brandauslösende Rakete gezündet hatte. In tatsächlicher Hinsicht stellte das Bundesgericht zunächst fest, dass die beiden Beschuldigten einzig beschlossen hätten, vier Raketen zu starten, und zwar jeder deren zwei, die Art und Weise des Startens aber nicht Gegenstand der Absprache gewesen sei, sondern diese jeder für sich bestimmt habe. Weiter hielt es fest, dass jede Form mittäterschaftlichen Verhaltens einen (allenfalls auch bloss konkludent) gefassten Beschluss voraussetze; dieser Beschluss müsse bezüglich aller Komponenten des sorg-

---

<sup>18</sup> BGE 113 IV 59 f.

<sup>19</sup> BGE vom 24. November 2011, 6B\_477/2011, Erw. 1.3

faltswidrigen gemeinsamen Unternehmens in subjektiver Hinsicht in jeder Eventualität nachgewiesen sein<sup>20</sup>. In Bezug auf eine fahrlässig begangene Gesamthandlung müsse mithin der Beschluss zur Vornahme einer sorgfaltswidrigen Handlung nachgewiesen sein. Das Sachgericht habe in diesem Zusammenhang die relevanten Tatsachen möglichst erschöpfend darzustellen<sup>21</sup>. Im konkreten Fall hob das Bundesgericht den Schuldspruch der Vorinstanz schliesslich auf, weil der gemeinsame Beschluss einer sorgfaltswidrigen Handlung (subjektiv) nicht nachgewiesen war.

dd) Zusammenfassend bestätigte BGE 143 IV 361 im Ergebnis die Strafbarkeit eines gemeinsam und fahrlässig verursachten Erfolgs. Soweit Lehre und Rechtsprechung eine "fahrlässige Mittäterschaft" demgegenüber generell ausschliessen, ist dies durch BGE 143 IV 361 überholt<sup>22</sup>. Zugleich präzisiert dieser Entscheid die beweisrechtlichen Anforderungen, die bei fahrlässigem Zusammenwirken erfüllt sein müssen. Der Rückgriff auf die juristische Konstruktion einer "Gesamthandlung" dient letztlich dazu - analog der Figur der Mittäterschaft -, Beweisschwierigkeiten in Bezug auf die Einzeltatbeiträge bei gemeinsam vorgehenden Tätern zu überwinden. Wie das Bundesgericht mit BGE 143 IV 361 klarstellte, darf der mit der Annahme einer Gesamthandlung einhergehende Zurechnungseffekt jedoch nicht dazu dienen, das Beweisergebnis zu übergehen. Ein gemeinsamer und strafbarkeitsbegründender Handlungsentschluss muss folglich in jedem Fall beweismässig rechtsgenügend erstellt sein<sup>23</sup>.

3. a) Der Sachverhalt ist vorliegend in wesentlichen Teilen unbestritten. Erstellt ist, dass sich die Berufungskläger am Tatabend auf dem Betriebsgelände der E AG in einer früher errichteten "Hütte" aus Paloxen<sup>24</sup> aufhielten. Sie entzündeten zwei Kerzen, wobei einzig A zugab, eine der zwei Kerzen angezündet zu haben. Wer die zweite Kerze anzündete, konnte nicht mehr eruiert werden. Die Berufungskläger verliessen ihre "Hütte" anschliessend, ohne die zwei Kerzen zu löschen. Umstritten ist demgegenüber, ob die brennenden Kerzen tatsächlich die Ursache des später auf dem Firmengelände ausgebrochenen Feuers waren. Diese Frage kann offenbleiben, wie sich im Folgenden zeigt. Damit erübrigt es sich auch, auf die von den Berufungsklägern vorgebrachte Kritik am Brandermittlungsbericht einzugehen.

b) Soweit die Parteien im Berufungsverfahren die Frage aufwerfen, ob der Bundesgerichtsentscheid BGE 113 IV 58 oder BGE 143 IV 361 anwendbar sei, ist darauf nicht näher einzugehen. Die Entscheide widersprechen sich nicht. Vielmehr präzisiert der zeitlich nachfolgende

---

<sup>20</sup> BGE 143 IV 372

<sup>21</sup> BGE 143 IV 371 f.

<sup>22</sup> Vgl. Häring, N. 61; Ehmann/Bertschinger, Von "rolling stones" zu "flying rockets" - Die fahrlässige Mittäterschaft erneut auf dem bundesgerichtlichen Prüfstand, in: *forum* 2018 S. 137 ff.

<sup>23</sup> BGE 143 IV 371

<sup>24</sup> Paloxen sind auf der Basis von Transportpaletten gebaute Behälter mit festen Seitenwänden rundherum. Vorliegend handelte es sich um Paloxen aus Kunststoff.



BGE 143 IV 361 den vorangehenden BGE 113 IV 58 in Bezug auf die beweismässigen Anforderungen an den Entschluss zur Vornahme einer Gesamthandlung. Die Annahme einer mittäter-schaftlichen Tatbegehung setzt ein entsprechendes Beweisfundament voraus und darf nicht dazu dienen, ein unsicheres Beweisergebnis gleichsam zu überspielen.

c) aa) Ansatzpunkt des Strafbarkeitsvorwurfs bildet bei gemeinschaftlicher fahrlässiger Tatbegehung ein gemeinsamer Entschluss<sup>25</sup>. Die publizierte Bundesgerichtspraxis bezieht sich bei ihren Ausführungen soweit ersichtlich ausschliesslich auf durch aktives Tun begangene Delikte. Der vorliegende Fall wirft aber die Frage auf, woran anzuknüpfen ist, wenn sowohl ein aktives Tun als auch ein Unterlassen als relevante Tathandlung im Raum stehen. Die Jugendanwaltschaft wirft den Berufungsklägern in den Strafbefehlen sowohl ein aktives Tun als auch ein Unterlassen vor. Die Berufungskläger hätten einerseits - aktiv - gemeinsam die Kerzen entfacht, andererseits es - passiv - unterlassen, die Kerzen vor dem Weggehen zu löschen<sup>26</sup>.

Aus BGE 143 IV 361 ist zu schliessen, dass unabhängig von der Begehungsform des Delikts der gemeinsame Entschluss zu einem sorgfaltswidrigen Verhalten den Strafbarkeitsvorwurf beziehungsweise die wechselseitige Zurechnung der einzelnen Handlungsbeiträge zur Tat nach sich zieht<sup>27</sup>. Könnte der Vorwurf einer strafbaren Gesamthandlung auch an Verhaltensweisen anknüpfen, die ihrerseits nicht sorgfaltswidrig sind, wäre praktisch jedes Zusammenwirken mehrerer Personen mit schädigenden Auswirkungen im sozialen Verkehr potenziell strafbar. Gerade weil die Figur der "fahrlässigen Mittäterschaft" zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit auf unvorsätzliches Verhalten führt, gilt es, den Ausgangspunkt des Strafbarkeitsvorwurfs möglichst klar zu definieren. In Bezug auf diesen Punkt muss der gemeinschaftliche Entschluss strikt bewiesen sein<sup>28</sup>.

In der Lehre kritisiert zwar Häring die bundesgerichtliche Betrachtungsweise und bringt vor, massgebend sei nicht, ob der Entschluss selbst sorgfaltswidrig sei, sondern ob sich die Täter gemeinschaftlich zu einer "unsorgfältigen Handlungsvornahme"<sup>29</sup> entschieden hätten. Im zu beurteilenden Fall führt jedoch diese Literaturmeinung zu keinem von der Bundesgerichtspraxis abweichenden Ergebnis. Nicht das Entfachen der Kerzen - unter Aufsicht, im Freien und in feuchter Umgebung - kann als sorgfaltswidrig in einem strafrechtlichen Sinn bezeichnet werden. Strafrechtlich allenfalls vorwerfbar und potenziell pflichtwidrig war vorliegend vielmehr, dass die Berufungskläger die brennenden Kerzen stehen liessen und sich vom Ort des Geschehens entfernten. Ansatzpunkt

---

<sup>25</sup> BGE 143 IV 371 f.

<sup>26</sup> Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen vgl. Niggli/Muskens, Basler Kommentar, 4.A., Art. 11 StGB N. 52 mit weiteren Hinweisen

<sup>27</sup> BGE 143 IV 371, vgl. dazu Häring, N. 52, wonach der gemeinsame Handlungsentschluss den "Dreh- und Angelpunkt" dieses Urteils bilde.

<sup>28</sup> Vgl. BGE 143 IV 371 f.

<sup>29</sup> Häring, N. 53

für einen gemeinsamen Entschluss zu einem sorgfaltswidrigen Verhalten war demnach ein Unterlassen. Soweit die Vorinstanz von einem aktiven Tun ausgeht, ist ihr nicht zu folgen.

bb) Verbrechen oder Vergehen können auch durch Untätigbleiben begangen werden; strafbar ist dieses Unterlassen jedoch nur, wenn es pflichtwidrig erfolgt, wenn also eine Pflicht zum aktiven Handeln besteht<sup>30</sup>. Die mit den Entscheiden BGE 113 IV 58 und BGE 143 IV 361 begründete Rechtsfigur einer gemeinschaftlichen fahrlässigen Tatbegehung löst einzig die Beweis- und Kausalitätsprobleme, die bei gemeinschaftlicher (fahrlässiger) Tatbegehung auftauchen, wenn die einzelnen Tatbeiträge der Beteiligten nicht nachgewiesen sind. Sie begründet aber keine eigenständige Handlungspflicht bei Unterlassungsdelikten. Der Strafbarkeitsvorwurf bei einem Unterlassungsdelikt setzt daher auch im Kontext einer "fahrlässigen Mittäterschaft" eine Pflicht zum aktiven Handeln voraus. Diese Handlungspflicht kann nicht aus dem gemeinsam beschlossenen Verhalten, das zur Annahme einer "fahrlässigen Mittäterschaft" führt, abgeleitet werden<sup>31</sup>. Ob eine Person aktiv tätig werden muss, hängt vielmehr von den ihr individuell zurechenbaren Verpflichtungen ab<sup>32</sup>. Eine nur moralische Handlungspflicht genügt nach den allgemeinen Grundsätzen nicht<sup>33</sup>. Fehlt es bei einem Beschuldigten aber an einer solchen (individuellen) Handlungspflicht, kann nicht von einem pflichtwidrigen Unterlassen ausgegangen werden, selbst wenn von einer Gesamthandlung auszugehen wäre.

cc) aaa) Der Berufungskläger A entzündete eine der zwei Kerzen. Aus der von ihm geschaffenen Gefahr leitet sich im Prinzip eine Handlungspflicht ab. Der allgemeine Gefahrensatz verpflichtete ihn, die geschaffene Brandgefahr unter Kontrolle zu halten. Allerdings ist nicht bewiesen, dass tatsächlich die von A angezündete Kerze den Grossbrand auslöste. Auch wenn er die von ihm angezündete Kerze ausgelöscht hätte, hätte die zweite (noch brennende) Kerze mit der gleichen Wahrscheinlichkeit den Brand auslösen können. Das Löschen "seiner" Kerze durch A hätte folglich den Eintritt des Erfolgs nicht höchstwahrscheinlich verhindert. Die hypothetische Kausalität zwischen dem Unterlassen von A und dem eingetretenen Erfolg ist demnach nicht erstellt.

bbb) Wer von den Berufungsklägern die zweite Kerze angezündet hatte, konnte nicht geklärt werden. In tatsächlicher Hinsicht ist deshalb zugunsten von B davon auszugehen, dass er selbst keine der Kerzen anzündete. Er hatte deshalb keine Garantenstellung und war nicht verpflichtet, die Kerzen zu beaufsichtigen und beim Verlassen zu löschen. Selbst wenn es

---

<sup>30</sup> Art. 11 StGB

<sup>31</sup> Ebenso Ehmann/Bertschinger, S. 142 f.

<sup>32</sup> Vgl. BGE vom 24. November 2011, 6B\_477/2011, Erw. 1.3, wobei das Bundesgericht zunächst eine "fahrlässige Mittäterschaft" verneinte und prüfte, ob den Beschwerdeführer eine individuelle Handlungspflicht treffe.

<sup>33</sup> Siehe Erw. 2.c vorstehend

einen gemeinsamen Entschluss gegeben hätte, es zu unterlassen, die brennenden Kerzen zu löschen, wäre daraus beziehungsweise aus seiner Zustimmung dazu, keine Verpflichtung für B entstanden, die nicht von ihm angezündeten Kerzen zu löschen. Eine Strafbarkeit von B scheidet somit ebenfalls aus.

ccc) In Bezug auf den Berufungskläger C verhält es sich schliesslich gleich wie bei B. Nachdem von den Strafuntersuchungsbehörden nicht geklärt werden konnte, wer von den Berufungsklägern die zweite Kerze angezündet hatte, ist zu seinen Gunsten zu vermuten, dass nicht er es gewesen ist. Mangels einer Handlungspflicht kann C folglich ebenfalls kein strafbares Verhalten in Bezug auf den Brand vorgeworfen werden.

dd) Im Ergebnis sind A, B und C nicht strafbar. A war zwar verpflichtet, die von ihm angezündete Kerze auszulöschen, doch ist die hypothetische Kausalität zwischen diesem Unterlassen und dem Erfolg nicht gegeben. Bei B und C scheidet der Strafbarkeitsvorwurf daran, dass ihnen nicht nachgewiesen werden kann, dass sie eine der Kerzen selbst entfachten. Damit fehlt es an den tatsächlichen Grundlagen für die Annahme einer Handlungspflicht.

d) aa) Im Weiteren wäre auch in beweismässiger Hinsicht die Gesamthandlung im Sinn der Bundesgerichtsentscheide BGE 113 IV 58 und BGE 143 IV 361 nicht erstellt. Nach dem Gesagten müsste dazu ein gemeinsamer Handlungsentschluss in Bezug auf das Unterlassen des Löschens der Kerzen vorgelegen haben. Dieser Handlungsentschluss müsste sodann vor dem Weggehen gefasst worden sein und jedem Berufungskläger auch in subjektiver Hinsicht zweifelsfrei nachgewiesen werden können.

bb) Die Aussagen der Berufungskläger und von D, der am Tatabend ebenfalls vor Ort war, zeigen auf, dass dem unterlassenen Löschen der Kerzen kein gemeinsamer Entschluss im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorausging. Gestützt auf ihre konstanten und glaubhaften Aussagen ist vielmehr davon auszugehen, dass, nachdem die Kerzen angezündet worden waren, eine oder mehrere Paloxen vom Stapel heruntergeworfen wurden, was Lärm verursachte, und die Berufungskläger darauf - ohne vorherige Absprache oder dergleichen - von den Paloxenstapeln hinunterkletterten. Die Motivation lässt sich nicht restlos nachvollziehen. Entweder verliessen sie die Örtlichkeit, weil sie Angst hatten, ob des Lärms entdeckt zu werden, oder sie gingen mit Blick auf die fortgeschrittene Zeit nach Hause. Die Beweggründe der Berufungskläger können letztlich aber offenbleiben. Erstellt ist, dass die Berufungskläger erst später, auf dem Kiesweg, die noch brennenden Kerzen bemerkten. Damit ist zwar erstellt, dass die Berufungskläger die Örtlichkeit in gegenseitiger Absprache gemeinsam verliessen. Insofern liegt ein (konkludenter) Entschluss vor. Jedoch genügt es nach BGE 143 IV 361 nicht, dass sich mehrere Personen über

ein gefahreneigtes Verhalten verständigen<sup>34</sup>. Der strafrechtlich relevante Entschluss muss sich vielmehr auf "jede Eventualität" des Tatgeschehens beziehen und nachgewiesen sein<sup>35</sup>. Vorliegend bildeten die noch brennenden Kerzen aber überhaupt keinen Teil des gemeinsamen Entschlusses, und die Berufungskläger nahmen folglich auch keine konkrete Risikoabschätzung vor, die sich auf "jede Eventualität" des Tatgeschehens bezog. Bei dieser Ausgangslage hat ein Freispruch zu erfolgen, weil die Annahme einer Gesamthandlung nicht den stringenten Nachweis eines gemeinsamen Tatentschlusses substituieren darf<sup>36</sup>.

e) Zu keinem anderen Ergebnis führt die Annahme einer aktiven Tatbegehung. Selbst wenn, entgegen den vorstehenden Ausführungen, an das Anzünden der Kerzen angeknüpft würde - und nicht an das Unterlassen des Löschens - wäre eine Gesamthandlung nicht mit dem erforderlichen Beweismass erstellt. Wird auf das Beweisergebnis der Vorinstanz abgestellt, dann ist ein Entschluss im Sinn von BGE 143 IV 361 nicht erstellt. Die Vorinstanz nimmt zwar an, die Berufungskläger hätten sich zu dritt mindestens konkludent entschieden, die Kerzen auf der Paloxe anzuzünden, und der Beschluss habe auch umfasst, dass die Kerzen auf der konkreten Paloxe angezündet würden. Daraus, dass die Kerzen schliesslich am besagten Ort angezündet wurden, kann jedoch nicht geschlossen werden, dass alle Berufungskläger gleichsam den übereinstimmenden Willen hatten, die Kerzen sorgfaltswidrig abzubrennen. Es verhält sich hier gleich wie in BGE 143 IV 361. Erstellt ist lediglich das gemeinsame Zusammenwirken bei der Schaffung einer (abstrakten) Gefahr, hier das Anzünden der Kerzen. Ein weitergehender gemeinsamer Entschluss ist dagegen nicht bewiesen. Nach der bundesgerichtlichen Praxis wäre aber gerade diese weitergehende Entschlusskomponente strikt zu beweisen. Erforderlich wäre beispielsweise eine gemeinsame Risikoabschätzung. Die Berufungskläger hätten sich in Bezug auf den späteren Erfolg irgendwie gegenseitig verständigen müssen. Das wäre etwa der Fall, wenn einer der Berufungskläger die Gefahr eines Brandes - bereits beim Anzünden, jedenfalls aber vor dem Weggehen ohne die Kerzen zu löschen - angesprochen hätte und sie sich gemeinsam gegen das Löschen der Kerzen entschieden hätten. Eine solche (oder vergleichbare) Diskussion fand aber auf dem Paloxenstapel nicht statt, womit ein konkludenter Entschluss in Bezug auf das Brandrisiko nicht erstellt ist. Bei dieser Ausgangslage hat gestützt auf BGE 143 IV 361 ein Freispruch zu erfolgen.

4. a) Die Strafbarkeit der Berufungskläger scheitert an einem weiteren Punkt, und zwar unabhängig davon, ob eine aktive oder eine passive Tathandlung unterstellt wird. Der Tatbestand der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst ist unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit nicht erfüllt.

---

<sup>34</sup> BGE 143 IV 370; kritisch und ausdrücklich gegen diese Rechtsprechung Häring, N. 52

<sup>35</sup> BGE 143 IV 371; kritisch Häring, N. 55 f.

<sup>36</sup> BGE 143 IV 371

b) Für die Beurteilung, wie die Entflammbarkeit und die Brennbarkeit der Paloxen von Dritten eingeschätzt wurden, kann zunächst auf die Aussagen der leitenden Mitarbeitenden der E AG abgestellt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Aussagen nach dem Brand erfolgten und die Tatsache der relativ leichten Entzündbarkeit zu diesem Zeitpunkt bereits bekannt war. Dennoch schilderten sowohl der Betriebsleiter wie auch der Geschäftsführer des Unternehmens, dass sie die Paloxen selbst nicht für ernsthaft brandgefährdet hielten. Dies, trotz ihrer (gegenüber den Berufungsklägern) wesentlich grösseren Lebenserfahrung und obwohl sie im beruflichen Alltag immer wieder mit den Paloxen zu tun hatten, für den sicheren Umgang mit denselben verantwortlich waren und folglich auch über weitergehende Kenntnisse über deren konkrete Eigenschaften verfügen mussten. Bezüglich der Paloxen wurde denn im internen Qualitätssicherungssystem auch nicht von einer akuten Brandgefahr ausgegangen. Hätte man die Paloxen als relativ leicht entflammbar angesehen, wären zusätzliche Brandschutzmassnahmen zu treffen gewesen. Dass diese Einschätzung nicht allein bei den Leitungspersonen des Betriebs vorlag, zeigt der Umstand, dass der Lagerchef der E AG bei seiner Nachschau auf dem Dach nach dem früheren Vorfall lediglich den aufgefundenen Brandbeschleuniger entfernte, nicht aber die Streichhölzer und die Kerzen. Dies zeigt, dass man zwar davon ausging, die Paloxen könnten möglicherweise unter Zuhilfenahme von Brandbeschleuniger in Brand gesteckt werden, nicht aber allein mit Streichhölzern und Kerzen.

c) Wäre für jedermann klar gewesen, dass die Paloxen brennen könnten, hätte der polizeiliche Brandermittler auch keine Veranlassung gehabt, dies den an der Tatrekonstruktion Anwesenden speziell und unabhängig von einem konkreten Brandversuch zu demonstrieren. Sodann war es bei den durchgeführten Brandversuchen offensichtlich auch nicht so, dass die Kerzen die Paloxen ohne weiteres zu entzünden vermocht hätten. So erloschen die Kerzen in der Grundanlage des Versuchs problemlos, und nur durch die Hinzunahme weiterer Faktoren konnte ein Brand erzeugt werden. Wie es der polizeiliche Brandermittler vor Vorinstanz selber ausführte, hatten die diversen durchgeführten Brandversuche auch (nur) den Zweck aufzuzeigen, dass eine Brandentstehung unter gewissen Bedingungen möglich war und "dass Kunststoff so zu brennen anfangen könnte".

d) Kinder und Jugendliche verfügen im Vergleich zu Erwachsenen über ein eingeschränktes Gefahrenbewusstsein. Die Fähigkeit, potenzielle Gefahren einer Situation bereits im Vorfeld wahrzunehmen, die Gefährdungsmomente korrekt einzuschätzen und zu beurteilen, mit welchem Verhalten diesen adäquat zu begegnen ist, muss sich bei ihnen zuerst entwickeln<sup>37</sup>. Die Berufungskläger A, B und C waren zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Tat 13, 15 und 14 Jahre alt. Zum damaligen Zeitpunkt waren sie deshalb gegenüber einer durchschnittlichen Referenzperson

---

<sup>37</sup> Vgl. zum Beispiel <https://www.bfu.ch/de/ratgeber/risikokompetenz> (zuletzt abgerufen am 17. Oktober 2022)

nur eingeschränkt in der Lage, die konkrete Situation und die mit ihrem Handeln verbundenen Gefahren korrekt wahrzunehmen und einzuschätzen. Von einer reduzierten Fähigkeit, mögliche Kausalverläufe vorherzusehen, ist ausserdem auch auszugehen, weil sie ihre (Schul-)Ausbildung noch nicht abgeschlossen hatten. Wie dargelegt, sagten die drei Berufungskläger während der Strafuntersuchung denn auch übereinstimmend, konstant und glaubhaft aus, sie seien davon ausgegangen, die Kerzen würden niederbrennen und von selbst erlöschen. Selbst Erwachsene mit einschlägigem Wissen gingen nicht ernsthaft davon aus, dass Kerzen in der Lage sein würden, die Paloxen zu entzünden. Vor diesem Hintergrund kann umso weniger davon ausgegangen werden, dass die jugendlichen Berufungskläger mit ihren individuellen (verminderten) Fähigkeiten und Kenntnissen und dem damaligen Wissen den eingetretenen Kausalverlauf voraussehen konnten.

e) Daran ändert nichts, dass sich die Berufungskläger am Morgen nach dem Brand darüber austauschten, ob sie für den Brand verantwortlich sein könnten. Vielmehr zeigt sich in diesen Unterhaltungen gerade, dass die Kerzen selbst nach dem Brand aus Sicht der Jugendlichen lediglich eine denkbare Brandursache waren. Ebenso wenig kann davon ausgegangen werden, der Brand sei für B individuell voraussehbar gewesen, weil er in der Jugendfeuerwehr war. Erstellt ist diesbezüglich nur die Mitgliedschaft als solche, nicht aber, wie lange B in der Jugendfeuerwehr war und welche Kenntnisse er dort konkret erwarb. Schliesslich kann auch daraus, dass die Verantwortlichen der E AG C bei einem Gespräch einige Wochen vor dem Brand darüber informiert haben sollen, dass die Paloxen brennen könnten, keine individuelle Voraussehbarkeit abgeleitet werden. Aus den Aussagen der Betroffenen geht lediglich hervor, dass die Brandgefahr beiläufig erwähnt wurde, die hauptsächliche Gefahr aber in einem Unfallgeschehen gesehen und entsprechend auch hauptsächlich thematisiert wurde; diese thematische Schwerpunktlegung korrespondiert denn auch mit der oben dargelegten tatsachenwidrigen Risikoeinschätzung der leitenden Mitarbeitenden der E AG hinsichtlich der Brennbarkeit der Paloxen.

f) Zusammenfassend konnte und musste keiner der jugendlichen Berufungskläger mit seinem damaligen Wissen und seinen individuellen Kenntnissen und Fähigkeiten voraussehen, dass die Kerzen die Kunststoffpaloxe unter den gegebenen Umständen tatsächlich entzünden könnten. Die Berufungskläger wären deshalb auch unter dem Gesichtspunkt der Voraussehbarkeit freizusprechen.

5. Zusammenfassend sind A und B vollumfänglich freizusprechen. C wurde von der Vorinstanz wegen zweier weiterer Anklagesachverhalte rechtskräftig verurteilt; vom Vorwurf der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst ist C ebenfalls freizusprechen.

## 29. Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung wegen Beschimpfung bei Retorsion

(Art. 177 Abs. 3 StGB; Art. 310 StPO)

1. Der Beschwerdeführer stellte bei der Polizei Strafantrag gegen den Beschwerdegegner, weil Letzterer ihn mit den Worten "Ficksch jetzt alli?" beschimpft habe. Damit habe der Beschwerdegegner wohl die Freundin des Beschwerdeführers und deren - bei der Beschimpfung anwesende - Schwiegertochter gemeint. Der Beschwerdeführer habe daraufhin vor sich hingesagt: "Kein Wunder bist du nicht Schweizer geworden", und dass der Beschwerdegegner ein "dummer Siech" sei. Die Staatsanwaltschaft verzichtete im angefochtenen Entscheid gestützt auf Art. 8 StPO auf eine Strafverfolgung wegen Retorsion im Sinn von Art. 177 Abs. 3 StGB. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. Gestützt auf Art. 310 Abs. 1 StPO verfügt die Staatsanwaltschaft die Nichtanhandnahme, sobald aufgrund der Strafanzeige oder des Polizeirapports feststeht, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind (lit. a), Verfahrenshindernisse bestehen (lit. b) oder aus den in Art. 8 StPO genannten Gründen auf eine Strafverfolgung zu verzichten ist (lit. c). Gemäss Art. 8 Abs. 1 StPO sehen Staatsanwaltschaft und Gerichte von der Strafverfolgung ab, wenn das Bundesrecht es vorsieht, namentlich unter den Voraussetzungen der Art. 52, 53 und 54 StGB. Sie verfügen in diesen Fällen, dass kein Verfahren eröffnet oder das laufende Verfahren eingestellt wird<sup>1</sup>. Die Aufstellung in Art. 8 Abs. 1 StPO ist nicht abschliessend; die Bestimmung erfasst sämtliche denkbaren Fälle, in denen das Bundesrecht ein Absehen von Strafverfolgung ermöglicht oder gebietet<sup>2</sup>. Darunter fallen nicht nur Bundesbestimmungen, die den Verzicht auf die Strafverfolgung vorsehen, sondern auch solche, die die Strafbefreiung ermöglichen<sup>3</sup>. Gemäss Art. 310 Abs. 2 StPO richtet sich das Verfahren im Übrigen nach den Bestimmungen über die Verfahrenseinstellung. Die Einstellung ist gestützt auf Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO (unter anderem) zulässig, wenn nach gesetzlicher Vorschrift auf Strafverfolgung oder Bestrafung verzichtet werden kann.

3. a) aa) Wer jemanden in anderer Weise durch Wort, Schrift, Bild, Gebärde oder Tätlichkeiten in seiner Ehre angreift, wird nach Art. 177 Abs. 1 StGB, auf Antrag, mit Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen bestraft. Hat der Beschimpfte durch sein ungebührliches Verhalten zu der Beschimpfung unmittelbar Anlass gegeben, so kann der Richter den Täter gemäss Art. 177 Abs. 2 StGB von Strafe befreien. Ist die Beschimpfung unmittelbar mit einer Beschimpfung oder Tätlichkeit

---

<sup>1</sup> Art. 8 Abs. 4 StPO

<sup>2</sup> Fiolka/Riedo, Basler Kommentar, 2.A., Art. 8 StPO N. 9

<sup>3</sup> Roth/Villard, Commentaire romand, 2.A., Art. 8 StPO N. 17b

erwidert worden, so kann der Richter gestützt auf Art. 177 Abs. 3 StGB einen oder beide Täter von Strafe befreien.

bb) Bei den Bestimmungen von Art. 177 Abs. 2 StGB (Provokation) und Art. 177 Abs. 3 StGB (Retorsion) handelt es sich nicht um Rechtfertigungs-, sondern um fakultative Strafbefreiungsgründe<sup>4</sup>. Abs. 2 ist ein Spezialfall zu Art. 48 lit. b StGB<sup>5</sup>; Abs. 3 stellt wiederum einen Spezialfall zu Abs. 2 dar<sup>6</sup>.

cc) Das Bundesgericht sieht den Grund für die Strafbefreiung vor allem im Affekt des Täters. Das Gesetz zwingt jedoch nicht zu so enger Auslegung: Wie bei Abs. 3 lässt es hier im Bagatellbereich Selbstjustiz zu<sup>7</sup>. Der Richter kann von Strafe absehen, wenn die streitenden Teile sich selber schon an Ort und Stelle Gerechtigkeit verschafft haben und der Streit zu unbedeutend ist, als dass das öffentliche Interesse nochmalige Sühne verlangen würde<sup>8</sup>.

b) aa) Nach dem Wortlaut von Art. 177 Abs. 3 StGB kann das Gericht einen oder beide Täter von Strafe befreien. Daraus folgern Trechsel/Lehmkuhl, nur der urteilende Richter sei zum Entscheid gemäss Art. 177 Abs. 3 StGB zuständig, nicht die Untersuchungsorgane<sup>9</sup>. Die bei Trechsel/Lehmkuhl für ihre Meinung angeführten Entscheide - RS 1974 Nr. 758 und PKG 1991 Nr. 50 - stammen jedoch aus der Zeit (weit) vor Erlass der StPO.

bb) Hingegen erläutert Ege, während nach früherer Gesetzesordnung teilweise davon ausgegangen worden sei, dass nur der urteilende Richter für den Entscheid über die Strafbefreiung zuständig sei, ermögliche Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO der Staatsanwaltschaft heute die Verfahrenseinstellung im Vorverfahren<sup>10</sup>. Fiolka/Riedo sehen es ebenso: In manchen Bestimmungen des Bundesrechts ist ihnen gemäss nur davon die Rede, dass der Richter von Strafe absieht. In all diesen Fällen komme nun aber nach Massgabe von Art. 8 StPO, der dem Absehen von Strafe eine neue Gestalt verliehen habe, eine Einstellung durch Staatsanwaltschaft und Gericht in Betracht. Auch in all diesen Fällen wäre es nämlich unsinnig, die Ermittlungen voranzutreiben oder die Angelegenheit gar vor Gericht zu bringen, obwohl feststehe, dass bei einem beliebigen Schuldigen von Strafe abzusehen wäre<sup>11</sup>. Und auch Riklin hält dafür, dass Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO die Staatsanwaltschaft bei Vorliegen der Voraussetzungen bereits im Vorverfahren ermächtigt, aus

---

<sup>4</sup> BGE 109 IV 43; Riklin, Basler Kommentar, 4.A., Art. 177 StGB N. 19; Trechsel/Lehmkuhl, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 4.A., Art. 177 N. 7

<sup>5</sup> Art. 48 lit. b StGB lautet: Das Gericht mildert die Strafe, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist.

<sup>6</sup> Riklin, Art. 177 StGB N. 20; Trechsel/Lehmkuhl, Art. 177 StGB N. 7 f.

<sup>7</sup> Trechsel/Lehmkuhl, Art. 177 StGB N. 7; Riklin, Art. 177 StGB N. 19

<sup>8</sup> BGE 72 IV 21; BGE 82 IV 181; Trechsel/Lehmkuhl, Art. 177 StGB N. 8; Riklin, Art. 177 StGB N. 29

<sup>9</sup> Trechsel/Lehmkuhl, Art. 177 StGB N. 8

<sup>10</sup> Ege, Der Affekt im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 2017, S. 293 f. und 303

<sup>11</sup> Fiolka/Riedo, Art. 8 StPO N. 114



Gründen der Opportunität das Verfahren einzustellen<sup>12</sup>. Grädel/Heiniger präzisieren sodann, aufgrund des Gesetzestextes und der Materialien könne als gesichert gelten, dass das Verfahren auch dann eingestellt werden dürfe, wenn das materielle Recht keine Verfahrenseinstellung, sondern nur eine Strafbefreiung vorsehe<sup>13</sup>.

cc) Unter der Herrschaft der StPO ist somit nicht ersichtlich, weshalb Art. 177 Abs. 2 und 3 StGB nicht eine gesetzliche Vorschrift im Sinn von Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO sein sollte, beziehungsweise diese nicht unter Art. 310 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 8 Abs. 1 StPO fallen sollte. Die StPO als jüngeres Recht geht diesbezüglich älterem Recht von Art. 177 Abs. 2 und 3 StGB vor. Damit ist die Staatsanwaltschaft ermächtigt, bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 177 Abs. 2 und 3 StGB bereits im Vorverfahren im Sinn der Opportunität das Verfahren einzustellen beziehungsweise nicht anhand zu nehmen<sup>14</sup>. Allerdings hat sich die Staatsanwaltschaft dabei Zurückhaltung aufzuerlegen, ihre Kompetenz dazu bleibt auf eindeutige Bagatellfälle beschränkt.

4. a) Aus den eigenen Aussagen des Beschwerdeführers ergibt sich unmissverständlich, dass er auf die im Sinn von Art. 177 Abs. 1 StGB wohl beleidigende Frage beziehungsweise Äusserung des Beschwerdegegners unmittelbar selbst mit einer Formalinjurie<sup>15</sup> reagiert hat, indem er den Beschwerdegegner als "dumme Siech" betitelte.

b) aa) Wenn der Beschwerdeführer sodann aussagte, er wisse nicht, ob der Beschwerdegegner seine Verbalinjurie gehört habe, ergibt sich, dass der Beschwerdeführer zumindest damit rechnete respektive in Kauf nahm, dass es der Beschwerdegegner hört. Der Beschwerdegegner seinerseits weiss nicht, ob ihn der Beschwerdeführer beleidigt habe. Er machte geltend, er müsse viele Medikamente nehmen und könne daher nicht mehr nachvollziehen, was bei jener Begegnung mit dem Beschwerdeführer vorgefallen sei.

bb) Selbst wenn der Beschwerdegegner die Bemerkung "dumme Siech" nicht hörte, so wäre die Tat aber nicht einfach straflos, sondern sie wäre nur, aber immerhin, nicht vollendet, und es fehlte der Taterfolg. Indes ist der Täter gemäss Art. 22 Abs. 1 StGB auch strafbar, wenn der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht eintritt; er kann diesfalls allerdings milder be-

---

<sup>12</sup> Riklin, Art. 177 StGB N. 22

<sup>13</sup> Grädel/Heiniger, Basler Kommentar, 2.A., Art. 319 StPO N. 21

<sup>14</sup> BGE vom 4. Januar 2012, 1B\_383/2011, Erw. 3.1 (zur Nichtanhandnahme einer Strafuntersuchung gestützt auf Art. 177 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 310 Abs. 1 lit. c und Art. 8 Abs. 1 StPO); vgl. in diesem Sinn auch Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 31. März 2021, BES.2020.139, Erw. 3.3.2; Entscheidung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 9. Februar 2016, 470 15 275, Erw. 4.2

<sup>15</sup> Eine Formalinjurie - man spricht auch von reinem Werturteil oder Verbalinjurie - ist ein blosser Ausdruck der Missachtung, ohne dass sich die Aussage erkennbar auf bestimmte, dem Beweis zugängliche Tatsachen stützt (Riklin, Vor Art. 173 StGB N. 44).

straf werden. Somit läge auch im Fall, dass der Beschwerdegegner die Formalinjurie des Beschwerdeführers nicht gehört haben sollte, eine versuchte Beschimpfung im Sinn von Art. 177 Abs. 1 StGB vor.

c) Es liegt somit ein Fall einer Retorsion im Sinn von Art. 177 Abs. 3 StGB vor: Die Beschimpfung (Verbalinjurie) des Beschwerdegegners ("Ficksch jetzt alli?") wurde unmittelbar mit einer Beschimpfung (Verbalinjurie) des Beschwerdeführers ("dumme Siech") erwidert. Weiter handelt es sich dabei ganz offensichtlich um Selbstjustiz im Bagatellbereich. Dass die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung nicht anhand nahm, ist somit nicht zu beanstanden. Der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer noch weitergehend am Verhalten des Beschwerdegegners stört (und umgekehrt), vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern, denn dies führt nicht dazu, dass zwingend eine Strafuntersuchung wegen Beschimpfung zu eröffnen wäre.

5. Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 10. Februar 2022, SW.2021.131

### **30. Verletzung des Anwaltsgeheimnisses; Voraussetzungen für eine Verfahrenseinstellung**

(Art. 321 Ziff. 1 StGB; Art. 321 Ziff. 2 StGB; Art. 13 BGFA; Art. 319 StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft eröffnete gestützt auf die Strafanzeige des Beschwerdeführers eine Strafuntersuchung gegen dessen (ehemaligen) Rechtsanwalt (Beschwerdegegner) betreffend Verletzung des Berufsgeheimnisses. Der Beschwerdegegner soll der Rechtsschutzversicherung A Informationen und Dokumente zukommen lassen haben, wodurch er Geheimnisse offenbart habe, die er aus dem Mandatsverhältnis mit dem Beschwerdeführer erfahren habe und für dessen Weitergabe er vom Beschwerdeführer nicht vom Berufsgeheimnis entbunden worden sei. Gegen die Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) Bei der Frage, ob ein Strafverfahren über eine definitive Verfahrenseinstellung durch die Untersuchungsbehörde erledigt werden kann, gilt der Grundsatz "im Zweifel für die Anklageerhebung"<sup>1</sup>. Dieser Grundsatz ist nicht ausdrücklich in der StPO geregelt; er ergibt sich aber gestützt auf Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 StPO aus dem Legalitätsprinzip<sup>2</sup>. Der Grundsatz "im Zweifel für die Anklageerhebung" bedeutet, dass eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft nur bei klarer Straflosigkeit oder offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden darf. Bei der Beurteilung dieser Frage verfügt die Staatsanwaltschaft über einen gewissen Ermessensspielraum<sup>3</sup>. Dabei gilt nach der Praxis von Bundes- und Obergericht folgende Faustregel: Ist ein Freispruch wahrscheinlicher als eine Verurteilung, kann die Staats- oder Jugendanwaltschaft das Strafverfahren einstellen. Halten sich die Wahrscheinlichkeiten eines Freispruchs oder einer Verurteilung etwa die Waage, oder ist ein Freispruch genauso wahrscheinlich wie eine Verurteilung, ist Anklage zu erheben. Ist eine Verurteilung wahrscheinlicher als ein Freispruch, muss die Staatsanwaltschaft anklagen<sup>4</sup>. Bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage hat nicht sie über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs zu entscheiden, sondern das zur materiellen Beurteilung zuständige Gericht<sup>5</sup>. Diese Faustregel gilt grundsätzlich unabhängig von der Schwere der infrage stehenden Delikte. Dies gebietet schon Art. 7 Abs. 1 StPO, wonach die Strafbehörden verpflichtet sind, ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt

---

<sup>1</sup> "In dubio pro duriore"

<sup>2</sup> BGE 138 IV 190; BGE 138 IV 91; BGE 137 IV 227

<sup>3</sup> BGE 138 IV 190

<sup>4</sup> RBOG 2013 Nr. 29 Erw. 2.c.aa

<sup>5</sup> BGE 143 IV 243

werden (Legalitätsprinzip). Die Ausnahmen ergeben sich aus Art. 8 StPO. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die objektiven Tatbestandselemente offensichtlich nicht erfüllt sein, um einstellen zu dürfen<sup>6</sup>.

b) Diese Faustregel entbindet die Staatsanwaltschaft nicht von der Pflicht, vor der Einschätzung über die Chancen einer Verurteilung und eines Freispruchs die massgeblichen Sachverhalte genügend abzuklären. Eine korrekte Einschätzung der Wahrscheinlichkeiten einer Verurteilung oder eines Freispruchs kann erst erfolgen, wenn keine erheblichen Details offen bleiben, die noch geklärt werden können und die für die Entscheidung über die Einstellung oder die Anklageerhebung von Bedeutung sind<sup>7</sup>. Der Grundsatz "in dubio pro duriore" ist unter Würdigung der im Einzelfall gegebenen Umstände zu handhaben<sup>8</sup>.

3. a) Der Beschwerdeführer begründete seine Strafanzeige damit, der beschuldigte Beschwerdegegner habe mit der Mitteilung, er habe das Mandat beendet, der A die gesamte "bisher mit [dem Beschwerdeführer] geführte Korrespondenz" geschickt. Dieses Schreiben ist an die A, Rechtsanwältin B, adressiert. Es enthält folgenden Text:

"In eingangs erwähnter Angelegenheit habe ich mit E-Mail vom [Datum] an [den Beschwerdeführer] die Beendigung des Mandats mitgeteilt, wir konnten uns hinsichtlich des haftpflichtrechtlich ersatzfähigen Differenzschadens nicht einig werden, womit die weitere Zusammenarbeit nicht sinnvoll ist.

Aufgrund der Mandatsbeendigung erhalten Sie in der Beilage die Detailaufstellung der Rechtsvertretungskosten für die Prüfung der Sach- und Rechtslage sowie die bisher mit [dem Beschwerdeführer] geführte Korrespondenz.

Für die angenehme Zusammenarbeit und das mir entgegengebrachte Vertrauen bedanke ich mich. Bei Fragen stehe ich gerne zur Verfügung."

Die Formulierung des Satzteils betreffend die Nennung der Beilagen im zweiten Absatz lässt in der Tat die Auslegung zu, der Beschuldigte habe der A die Detailaufstellung der Rechtsvertretungskosten und die mit dem Beschwerdeführer geführte Korrespondenz geschickt. Wortlaut und Grammatik sprechen dafür, wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt. Der beschuldigte Beschwerdegegner macht demgegenüber geltend, auch der Satzteil "... sowie die bisher mit [dem Beschwerdeführer] geführte Korrespondenz" beziehe sich auf die Detailaufstellung der Rechtsvertretungskosten. Zugestellt habe er (nur) die Detailaufstellung der Rechtsvertretungskosten (mit

---

<sup>6</sup> BGE 138 IV 91 f.; wohl zu weitgehend die Lehre, soweit sie verlangt, dass ein Tatbestandselement "ganz offensichtlich" nicht gegeben sein darf (Landshut/Bosshard, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens], 3.A., Art. 319 N. 19; Grädel/Heiniger, Basler Kommentar, 2.A., Art. 319 StPO N. 9)

<sup>7</sup> RBOG 2013 Nr. 29 Erw. 2.c.bb; Wohlens, "In dubio pro duriore", in: forumpoenale 2011 S. 374

<sup>8</sup> BGE 138 IV 190; BGE 138 IV 91; BGE vom 28. Dezember 2012, 1B\_113/2012, Erw. 6.2; BGE vom 1. November 2012, 1B\_77/2012, Erw. 2.2

Einzahlungsschein). Diese beinhalte die Rechtsvertretungskosten für die erfolgte Prüfung der Sach- und Rechtslage sowie für die mit dem Mandanten geführte Korrespondenz. [...] Korrekt - im Sinn und entsprechend der Auslegung des Beschwerdeführers - wäre die Formulierung gewesen, die Versicherung erhalte in der Beilage die Detailaufstellung der Rechtsvertretungskosten "für die Prüfung der Sach- und Rechtslage und der bisher mit [dem Beschwerdeführer] geführten Korrespondenz" oder "... für die Prüfung der Sach- und Rechtslage sowie für die bisher mit [dem Beschwerdeführer] geführte Korrespondenz". Für die Auslegung des Beschwerdegegners spricht zudem der Umstand, dass es üblich ist, der Rechtsschutzversicherung (oder auch dem Gericht oder dem Mandanten) eine detaillierte Kosten- beziehungsweise Honorarnote mit allen Aufwandpositionen und mit der Angabe des Aufwands und der Barauslagen zu senden, nicht aber zusätzlich auch die mit dem Mandanten geführte Korrespondenz. Es ist auch kein Sinn erkennbar, diese Korrespondenz mit der Honorarnote mitzuschicken. Das vom Beschwerdeführer genannte Motiv - der Beschuldigte habe damit seinen Aufwand dokumentieren wollen, der höher sei als gemäss Vorgabe der Rechtsschutzversicherung - überzeugt nicht. Der Aufwand wird durch die Honorarnote beziehungsweise durch die Rechnung selber dokumentiert, indem jede Position und auch jedes einzelne Schreiben zwischen dem Beschuldigten und dem Beschwerdeführer dokumentiert und ausgewiesen wird; dies entspricht dem Sinn und Zweck der Honorarnote. Wenn einzelne Positionen oder die Rechnung insgesamt nicht plausibel erscheinen, kann nachgefragt werden.

b) Entscheidend ist indessen nicht die Frage, wie die Formulierung des Beschuldigten auszulegen ist, sondern ob der Beschuldigte der A tatsächlich die Korrespondenz zwischen ihm und dem Beschwerdeführer zustellte. Diese Frage verneint die Staatsanwaltschaft zutreffend. Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers stellte sie nicht einfach auf eine telefonische Auskunft der A ab. Vielmehr wies die Staatsanwaltschaft die A mit Herausgabebefehl (Editionsverfügung) an, der Staatsanwaltschaft - unter anderem - herauszugeben: "Insbesondere eingereichtes Schreiben [des Beschwerdegegners] vom [Datum] samt aller Beilagen". Die A kam dem nach und reichte der Staatsanwaltschaft die vom Beschwerdegegner erhaltenen Unterlagen ein. Dieser Eingabe lagen die herausverlangten Unterlagen bei, die bei der A vorhanden waren. Dazu gehörten das umstrittene Schreiben des Beschwerdegegners, die dem Schreiben beiliegende Rechnung (Honorar- beziehungsweise Kostennote) sowie der ebenfalls beiliegende Einzahlungsschein. Vorsichtshalber fragte die Staatsanwaltschaft bei der A in Bezug auf die Beilagen zum diesem Schreiben nochmals konkret nach und erhielt die Antwort, dem Schreiben hätten lediglich die Rechnung sowie der Einzahlungsschein beigelegt. Damit erfüllte die Staatsanwaltschaft ihre Aufgabe und klärte den Tatvorwurf gemäss Strafanzeige rechtsgenügend ab. Es gibt keinen Anhaltspunkt, weshalb die A entgegen einem staatsanwaltlichen Herausgabebefehl nicht alle Beilagen zu einem Schreiben eines Drittanwalts - beziehungsweise des Anwalts eines ihrer Rechtsschutzversicherten - herausgeben und auf Nachfrage der Staatsanwaltschaft dreist lügen sollte. Abgesehen davon ist auch kein Motiv ersichtlich, weshalb die A so etwas machen sollte. Insbesondere ist schliesslich

nicht ersichtlich (und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargetan), was für einen Vorteil die A von einem solchen Verhalten haben könnte.

c) Zusammengefasst stellt sich der Vorwurf gemäss Strafanzeige, der Beschwerdegegner habe der A die Korrespondenz mit seinem Mandanten weitergeleitet, als unbegründet heraus.

4. a) Der Beschwerdeführer macht aber auch geltend, der Beschwerdegegner habe das Berufsgeheimnis mit einer E-Mail an Rechtsanwältin B der A verletzt. Diesen Tatvorwurf erhob der Beschwerdeführer in einem Schreiben an die Staatsanwaltschaft und wiederholte ihn rund einen Monat später in einem weiteren Schreiben. Die Staatsanwaltschaft referierte diesen Tatvorwurf im angefochtenen Entscheid, prüfte ihn aber nicht. Diese Prüfung ist nachzuholen. Davon abgesehen werden könnte lediglich, wenn die Eventualbegründung der Staatsanwaltschaft zum Hauptvorwurf gemäss Strafanzeige zuträfe, aus rechtlichen Gründen könne ohnehin keine Berufsgeheimnisverletzung vorliegen, weil der Beschwerdeführer den Beschuldigten durch die Annahme der AVB der A vom Berufsgeheimnis gegenüber der Rechtsschutzversicherung entbunden habe.

b) Diese Auffassung trifft nicht zu; jedenfalls widerspricht sie der (wohl herrschenden) Lehre: Gemäss Fellmann ist zu beachten, dass die Verpflichtung (zum Beispiel in den AVB) des Anspruchsberechtigten (gegenüber der Rechtsschutzversicherung), mithin des Beschwerdeführers, den externen Anwalt, hier den Beschwerdegegner, der Versicherung gegenüber vom Berufsgeheimnis zu befreien, diesen noch nicht befreit. Will der externe Anwalt daher dem Rechtsschutzversicherer auf dessen Verlangen oder spontan Auskünfte erteilen, hat er seinen Klienten aufzufordern, ihn vom Berufsgeheimnis zu befreien. Gleichzeitig muss er ihm erläutern, weshalb dies erforderlich ist. Ohne eine solche Befreiung durch den aufgeklärten Klienten ist er nicht befugt, den Rechtsschutzversicherer zu informieren<sup>9</sup>. Laut Schiller kann der Klient zwar auch stillschweigend in die Offenlegung einwilligen. Massgebend sei das Vertrauensprinzip. Eine Einwilligung sei in dem Umfang zu vermuten, als eine Offenlegung zur Erfüllung des Mandats nötig oder sinnvoll erscheine. In diesem Rahmen dürften vertrauliche Informationen der Gegenpartei, einem Dritten, einer Behörde oder einem Gericht bekannt gegeben werden, auch wenn sich dies im Nachhinein als kontraproduktiv erweise. Dabei sei dem Anwalt ein grosszügiger Ermessensspielraum einzuräumen<sup>10</sup>. Dem ist zuzustimmen, zumal Schiller zutreffend festhält, das Mandat, den Klienten nach aussen zu vertreten, impliziere notwendigerweise eine entsprechende Einwilligung in die Offenlegung<sup>11</sup>. Hier geht es indessen nicht um die Erfüllung des Mandats, sondern um den Kontakt zwischen dem Anwalt und der Rechtsschutzversicherung seines Klienten, insbesondere im Zusammenhang mit der Honorarforderung des Anwalts, welche die Rechtsschutzversicherung bezahlen

---

<sup>9</sup> Fellmann, Anwaltsrecht, 2.A., N. 1932 mit Verweis auf Fuhrer, Basler Kommentar, Basel 2013, Art. 32 VAG N. 47 und Stoessel, Verhältnis Rechtsanwalt - Rechtsschutzversicherung: Einige ausgewählte Fragen, in: Anwaltsrevue 2000 S. 6 f.

<sup>10</sup> Schiller, Schweizerisches Anwaltsrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 602

<sup>11</sup> Schiller, N. 602

soll. Gemäss Schiller ist - entgegen der grundsätzlichen Möglichkeit der stillschweigenden Offenlegung - eine Einwilligung des Klienten zur Offenlegung von vertraulichen Informationen gegenüber seiner Versicherung nicht ohne weiteres anzunehmen, auch wenn diese bei ungünstigem Ausgang der Sache leistungspflichtig wird. Gleiches müsse gelten für die Orientierung der Rechtsschutzversicherung, die für Rechtskosten des Klienten aufkomme. Das Anwaltsmandat könne auch erfüllt werden, ohne dass die Versicherung leiste, und der Klient könne darauf verzichten, die Versicherungsdeckung in Anspruch zu nehmen. Ausser in eindeutigen Fällen sei der Umfang der Offenlegung mit dem Klienten abzusprechen<sup>12</sup>.

c) Nach Massgabe dieser Lehrmeinungen kommt eine Einstellung bezüglich der E-Mail des Beschwerdegegners mit der Argumentation der Staatsanwaltschaft nicht infrage. Damit ist die Sache zu weiteren Abklärungen an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

5. In der Beschwerdereplik erhob der Beschwerdeführer schliesslich auch noch neu den Vorwurf, bereits die Aussage des Beschwerdegegners, "... wir konnten uns hinsichtlich des haftpflichtrechtlich ersatzfähigen Differenzschadens nicht einig werden...", in seinem Schreiben an die A stelle eine unzulässige Preisgabe von Klienten-Informationen dar. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob dieser Vorwurf von der Strafanzeige des Beschwerdeführers abgedeckt ist, ob mithin dieses Schreiben zum gleichen Lebensvorgang gehört wie der - allerdings unbegründete - Hauptvorwurf, der Beschwerdegegner habe die Korrespondenz als Beilage mit diesem Schreiben offengelegt. Inhaltlich muss nämlich aus dem Strafantrag hervorgehen, für welchen Sachverhalt die strafrechtliche Verfolgung beantragt wird<sup>13</sup>. Ist der - soweit überblickbar - erstmals in der Beschwerdereplik erhobene Vorwurf nicht von der Strafanzeige beziehungsweise dem Hauptvorwurf (Offenlegung der Korrespondenz) abgedeckt, wäre der in der Replik erhobene Vorwurf nach Ablauf der Antragsfrist von Art. 31 StGB erfolgt. Dies erstmals beziehungsweise erstinstanzlich zu beurteilen, ist indes Sache der Staatsanwaltschaft, nicht der Beschwerdeinstanz.

6. Damit ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 8. November 2022, SW.2022.80

---

<sup>12</sup> Schiller, N. 606

<sup>13</sup> Donatsch, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar (Hrsg.: Donatsch), 21.A., Art. 30 N. 4; Riedo, Basler Kommentar, 4.A., Art. 30 StGB N. 54





### 31. Keine Geltung des Verschlechterungsverbots in Bezug auf Schutzmassnahmen gemäss Jugendstrafgesetzbuch

(Art. 12 ff. JStG; Art. 391 Abs. 2 StPO)

1. Das Bezirksgericht sprach den Berufungskläger nach JStG mehrerer teilweise schwerer Delikte schuldig und ordnete für ihn (unter anderem) die Schutzmassnahmen der offenen Unterbringung und der ambulanten Behandlung an. Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger Berufung. In der Folge wurde er wegen des Verdachts auf Begehung weiterer Straftaten festgenommen. An der Berufungsverhandlung eröffnete die Verfahrensleitung den Parteien, dass sich im Hinblick auf die bisherige Entwicklung des Berufungsklägers die Frage stellen könnte, ob anstelle einer offenen Unterbringung auch eine geschlossene Unterbringung zu prüfen sei, sofern an der Massnahme festhalten werde.

2. a) Art. 391 Abs. 2 StPO verankert das Verschlechterungsverbot<sup>1</sup>. 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 konnten<sup>2</sup>, was vorliegend jedoch nicht der Fall ist. Das Verschlechterungsverbot ist ein Institut des schweizerischen Strafprozessrechts. Es findet keine Grundlage in der EMRK<sup>3</sup> oder dem UNO-Pakt II<sup>4</sup>. Der Sinn des Verschlechterungsverbots besteht darin, dass die beschuldigte Person nicht durch die Befürchtung, strenger angefasst zu werden, von der Ausübung eines Rechtsmittels abgehalten wird<sup>5</sup>. Ob eine unzulässige Verschlechterung vorliegt, bestimmt sich durch Vergleich des Dispositivs des angefochtenen Entscheids mit demjenigen im Rechtsmittelverfahren<sup>6</sup>. 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 Tat<sup>7</sup>.

b) Zum Umfang des Verschlechterungsverbots im Massnahmenrecht nimmt die Lehre uneinheitlich Stellung<sup>8</sup>. Ein Teil der Lehre scheint davon auszugehen, Art. 391 Abs. 2 StPO sei vollumfänglich anwendbar<sup>9</sup>. Verhängt die Berufungsinstanz erstmals und zusätzlich zu einer Strafe

---

<sup>1</sup> "Reformatio in peius"

<sup>2</sup> Art. 391 Abs. 2 StPO

<sup>3</sup> BGE 146 IV 182

<sup>4</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2

<sup>5</sup> BGE 144 IV 200; BGE 144 IV 43; BGE 142 IV 90 f.

<sup>6</sup> BGE 142 IV 136; BGE 139 IV 289

<sup>7</sup> BGE 139 IV 282 (Regeste)

<sup>8</sup> Vgl. Heer, Basler Kommentar, 4.A., Art. 56 StGB N. 23

<sup>9</sup> 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

eine Massnahme, verletzt sie nach diesem Ansatz das Verschlechterungsverbot<sup>10</sup>. Andere Lehrmeinungen halten dafür, das Verschlechterungsverbot gelte im Massnahmenrecht nicht absolut<sup>11</sup>. 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 Behandlung und Besserung des Täters zielen, sollen hingegen keine Schlechterstellung bewirken<sup>12</sup>. Jedenfalls zulässig ist nach der Rechtsprechung die sogenannte Massnahmensubstitution: Das Berufungsgericht kann eine ambulante Massnahme in eine stationäre umwandeln, denn das Gesetz selbst sieht die nachträgliche Anordnung einer stationären Massnahme vor, und es wäre wenig effizient, dem Gericht im Rechtsmittelverfahren eine Befugnis abzuspochen, die ihm der Gesetzgeber nach Rechtskraft des Urteils ohne weiteres einräumt<sup>13</sup>.

c) Vorliegend ordnete die Vorinstanz die Schutzmassnahme der offenen Unterbringung an. Die geschlossene Unterbringung stellt eine besondere Modalität der offenen Unterbringung dar. Überdies lässt Art. 18 Abs. 1 JStG die spätere Umwandlung der Massnahme ausdrücklich zu. Damit liegt eine mit der Massnahmensubstitution vergleichbare Ausgangslage vor. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn das Verschlechterungsverbot im Berufungsverfahren für eine Frage gelten würde, auf die nach Rechtskraft des Urteils gestützt auf Art. 18 Abs. 1 JStG zurückgekommen werden dürfte. Das Verschlechterungsverbot stünde der Anordnung einer geschlossenen Massnahme demnach nicht entgegen.

Obergericht, 1. Abteilung, 7. April 2022, SBR. 2021.87

---

<sup>10</sup> Heer, Art. 56 StGB N. 29 mit Verweis auf Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 1492 ff.

<sup>11</sup> Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4.A., N. 2151 mit Verweis auf die Bundesgerichtspraxis

<sup>12</sup> Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 391 N. 16

<sup>13</sup> BGE 144 IV 117

## 32. Kein Ausstand einer Staatsanwältin wegen mehrerer (behaupteter) "Fehlleistungen"

(Art. 56 lit. f StPO)

1. Der Gesuchsteller wurde von zwei Polizisten des Kantons X, B und C, als Fahrzeuglenker auf Thurgauer Hoheitsgebiet angehalten. Ihm wird vorgeworfen, trotz Führerausweisentzugs gefahren zu sein; seine Beifahrerin und Halterin des gefahrenen Fahrzeugs, A, soll ihm das Fahrzeug überlassen haben. Die Staatsanwaltschaft eröffnete ein Strafverfahren gegen den Gesuchsteller und A; zuständige Staatsanwältin ist die Gesuchsgegnerin. In der Folge machten der Gesuchsteller und A geltend, mit der Verkehrskontrolle auf Thurgauer Hoheitsgebiet hätten die beiden ausserkantonalen Polizisten ihre Amtsgewalt rechtswidrig zu ihrem Nachteil ausgeübt und dadurch den Straftatbestand des Amtsmissbrauchs erfüllt. Die Gesuchsgegnerin eröffnete eine Strafuntersuchung gegen die beiden Polizisten wegen Amtsmissbrauchs. In der Folge ersuchte der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin, im Verfahren gegen die Polizisten in den Ausstand zu treten. Die Gesuchsgegnerin leitete das Gesuch mit Antrag auf Abweisung an das Obergericht weiter.

2. a) aa) Die Ausstandsgründe für die in einer Strafbehörde tätigen Justizpersonen sind in Art. 56 StPO geregelt. Diese Bestimmung konkretisiert Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie Art. 29 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 BV. Zu den Strafbehörden gehören neben den Gerichten<sup>1</sup> die Strafverfolgungsbehörden, darunter die Organe der Staatsanwaltschaft<sup>2</sup>. Von den in Art. 56 lit. a-e StPO geregelten besonderen Ausstandsgründen abgesehen (persönliches Interesse an der Strafsache, Vorbefassung in anderer Stellung, persönliche Beziehung zu Parteien usw.), tritt ein Staatsanwalt oder eine Staatsanwältin gemäss Art. 56 lit. f StPO in den Ausstand, wenn diese Justizperson "aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei oder deren Rechtsbeistand, befangen sein könnte"<sup>3</sup>. Mit dem vom Gesuchsteller nebst der Generalklausel von Art. 56 lit. f StPO angerufenen Art. 56 lit. a StPO soll verhindert werden, dass die in der Strafbehörde tätige Person in eigener Sache beziehungsweise in einer Sache, von der sie direkt oder indirekt selber betroffen ist (Eigeninteresse), entscheidet<sup>4</sup>.

bb) Befangenheit einer staatsanwaltlichen Untersuchungsleiterin oder eines Untersuchungsleiters ist nach der Praxis des Bundesgerichts nicht leichthin anzunehmen. Zu bejahen ist sie, wenn nach objektiver Betrachtung besonders krasse oder ungewöhnlich häufige Fehlleis-

---

<sup>1</sup> Art. 13 StPO

<sup>2</sup> Art. 12 lit. b StPO

<sup>3</sup> BGE vom 21. Januar 2021, 1B\_395/2020 und 1B\_409/2020, Erw. 7.1; BGE vom 18. August 2020, 1B\_278/2020, Erw. 3.1

<sup>4</sup> Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 56 N. 11

tungen der Untersuchungsleitung vorliegen, die bei gesamthafter Würdigung eine schwere Verletzung der Amtspflichten darstellen und sich einseitig zulasten einer der Prozessparteien auswirken<sup>5</sup>. Diesbezüglich sind primär die zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gegen beanstandete Verfahrenshandlungen auszuschöpfen<sup>6</sup>.

cc) Auch voreilige präjudizielle Äusserungen der Untersuchungsleitung können in begründeten Einzelfällen geeignet sein, objektive Zweifel an ihrer Unparteilichkeit zu begründen. Dies kann zum Beispiel zutreffen, wenn die Untersuchungsleitung nicht gewillt erscheint, ihren unzulässigen, vom zuständigen Verfahrensgericht gerügten Standpunkt zu ändern. Sodann können sich Verfahrenssituationen ergeben, in denen die Staatsanwaltschaft bereits vor Abschluss der Strafuntersuchung in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht zum Gegenstand der Untersuchung Stellung nimmt und dabei unter Umständen auch ihre aufgrund des jeweiligen Verfahrensstands vorläufig gebildete Meinung offenlegt. Dabei darf und muss aber, sofern nicht besondere gegenteilige Anzeichen vorhanden sind, vorausgesetzt werden, dass die Untersuchungsleitung in der Lage ist, ihre vorläufige Beurteilung des Prozessstoffs entsprechend dem jeweils neusten Stand des Verfahrens ständig zu überprüfen und bei Vorliegen neuer Tatsachen und Argumente auch zu revidieren. Ein solches Vorgehen vermag in der Regel keine Parteilichkeit oder Befangenheit objektiv zu begründen. "Ungeschickte Äusserungen" eines Staatsanwaltes kommen als Ausstandsgrund nur infrage, wenn es sich dabei um eine schwere Verfehlung gegenüber der betroffenen Partei handelt<sup>7</sup>.

dd) Die Bildung und Nennung einer Schuldhypothese bilden für sich noch keine Parteilichkeit des Staatsanwalts oder der Staatsanwältin. Es ist aber erforderlich, dass die Staatsanwaltschaft belastende und entlastende Umstände mit gleicher Sorgfalt untersucht<sup>8</sup>. Ausstandsbegründend ist eine krass einseitige Beweisführung<sup>9</sup>.

b) aa) Will eine Partei den Ausstand einer in einer Strafbehörde tätigen Person verlangen, hat sie der Verfahrensleitung gemäss Art. 58 Abs. 1 StPO ohne Verzug ein entsprechendes Gesuch zu stellen, sobald sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhält; die den Ausstand begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen. Die betroffene Person nimmt nach Art. 58 Abs. 2 StPO zum Gesuch Stellung.

Der Ausstand ist demnach so früh wie möglich, das heisst in den nächsten Tagen nach Kenntnisnahme, zu verlangen, wobei die Umstände des Einzelfalls und das Verfahrensstadium zu

---

<sup>5</sup> BGE 143 IV 74 f.; BGE 141 IV 180; BGE 138 IV 146

<sup>6</sup> BGE 114 Ia 158 f.

<sup>7</sup> BGE vom 21. Januar 2021, 1B\_395/2020 und 1B\_409/2020, Erw. 7.3; BGE vom 18. August 2020, 1B\_278/2020, Erw. 3.3

<sup>8</sup> Art. 6 Abs. 2 StPO

<sup>9</sup> BGE vom 18. August 2020, 1B\_278/2020, Erw. 4.2

berücksichtigen sind. Andernfalls verwirkt der Anspruch. Nach der Rechtsprechung gilt ein Ausstandsgesuch, das sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrunds eingereicht wird, als rechtzeitig. Unzulässig ist jedenfalls ein Zuwarten während zwei Wochen<sup>10</sup>.

bb) Bei Ausstandsgesuchen, die auf einer Gesamtwürdigung ungewöhnlich häufiger Fehlleistungen der Untersuchungsleitung beruhen, ergibt sich allerdings ein Spannungsfeld. Für jede einzelne Fehlleistung eine Anfechtung vorauszusetzen, erschiene prozessökonomisch nicht sinnvoll, würden die Strafverfahren doch dadurch übermässig belastet, da eine seriöse Rechtsvertreterin oder ein seriöser Rechtsvertreter sich verpflichtet sähe, jedes fragwürdige Verhalten der Staatsanwaltschaft formell anzufechten und überdies jedes Mal noch ein Ausstandsgesuch einzureichen. Ist demnach vernünftigerweise nicht damit zu rechnen, dass ein möglicherweise problematisches Verhalten zu einer Ausstandspflicht führt, besteht keine Verpflichtung, unverzüglich ein Ausstandsgesuch zu stellen. Dadurch verwirkt zwar die Möglichkeit, das Gesuch allein mit diesem einen Ereignis zu begründen; nicht ausgeschlossen wird aber, darauf später zusammen mit neu hinzugetretenen Umständen zurückzukommen, sofern nicht missbräuchlich ein bloss vorgeschobener neuer Grund angerufen wird, der nicht ernstlich für die Begründung eines Ausstands geeignet ist<sup>11</sup>. Demnach ist es nicht zulässig, das erkannte Spannungsfeld in dem Sinn aufzulösen, dass der zeitlich letzte Umstand, der den Ausschlag für ein Ausstandsgesuch gibt, für sich allein materiell begründet und damit für den Ausstand ausreichend sein muss. Vielmehr zeichnet sich die Variante eines Gesamtverhaltens gerade dadurch aus, dass ein fragwürdiges Verhalten, das für sich allein keinen Ausstand rechtfertigt, zusammen mit früheren Handlungen den ausreichenden Anschein von Befangenheit begründet<sup>12</sup>. Es handelt sich dabei beim zeitlich letzten Umstand um den entscheidenden Faktor, der zu einer die Ausstandspflicht bejahenden Gesamtwürdigung führt; sozusagen um den Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt. Eigentliche Rechtswidrigkeit oder krasse Fehlerhaftigkeit der zuletzt beanstandeten Verhaltensweise ist demnach nicht erforderlich. Diese hat einzig grundsätzlich tauglich zu erscheinen, zusammen mit früheren Umständen den Anschein von Befangenheit zu begründen. So lässt etwa eine einmalige deplatzierte, aber nicht allzu schwerwiegende Äusserung eine Person noch nicht als befangen erscheinen; hat sie jedoch schon früher wiederholt solche Bemerkungen gemacht oder sich sonst deplatziert verhalten, kann die für sich allein nicht ausreichende Äusserung genügend Anlass für ein Ausstandsgesuch bilden, mit dem auch alle früheren fragwürdigen Verhaltensweisen geltend gemacht werden können. In der Folge sind denn auch alle diese Umstände für die Beurteilung des

---

<sup>10</sup> BGE vom 23. September 2020, 1B\_315/2020, Erw. 4.1; BGE vom 3. März 2020, 1B\_18/2020, Erw. 3.1; BGE vom 28. Februar 2020, 1B\_496/2019, Erw. 3.3; BGE vom 27. Januar 2020, 1B\_559/2019, Erw. 2.2; BGE vom 7. Juni 2019, 1B\_120/2019, Erw. 2.2; BGE vom 2. Mai 2019, 1B\_76/2019, Erw. 2.2; BGE vom 8. Juni 2015, 1B\_100/2015, Erw. 4.1

<sup>11</sup> BGE vom 22. Dezember 2020, 1B\_266/2020, 1B\_270/2020 und 1B\_276/2020, Erw. 4.2.2

<sup>12</sup> BGE vom 18. August 2020, 1B\_278/2020, Erw. 4.7

Anscheins von Befangenheit gesamthaft zu würdigen und es ist gestützt darauf über die Ausstandspflicht zu befinden.

3. a) Vorab ist mit der Gesuchsgegnerin nicht erkennbar, inwiefern diese von der Sache selber direkt oder indirekt betroffen wäre oder in eigener Sache agierte. Damit geht es (nur) noch um den Ausstand nach Art. 56 lit. f StPO.

b) aa) Die Gesuchsgegnerin teilte dem Gesuchsteller am 5. Mai 2021 mit, sie beabsichtige, die Strafuntersuchung gegen die beiden beschuldigten Polizisten betreffend Amtsmissbrauch zum Nachteil des Gesuchstellers aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse einzustellen. Tags darauf ersuchte der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin um Zustellung der Akten. Am 7. Mai 2021 gewährte die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller Akteneinsicht und stellte dessen Rechtsvertreterin die unter den Beilagen erwähnten Akten zur Einsichtnahme zu. Darunter befanden sich auch die Eröffnungsverfügungen gegen die beiden Polizisten vom 3. Mai 2021. Am 25. Mai 2021 vermutete der Gesuchsteller, die ihm zugestellten Akten seien nicht vollständig, da daraus einzig die verfahrenstechnische Abklärung betreffend Ermächtigungsverfahren vom 5. Mai 2021 und der Beizug der Untersuchungsakten aus dem Verfahren gegen den Gesuchsteller vom 3. Mai 2021 hervorgehe. Am 27. Mai 2021 antwortete die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller, die ihm am 7. Mai 2021 zur Einsicht zugestellten Akten seien vollständig. Damit durfte und musste der Gesuchsteller davon ausgehen, dass die Gesuchsgegnerin am 3. Mai 2021 gegen die beiden Polizisten eine Strafuntersuchung eröffnete, gemäss gleichentags erstellter Aktennotiz die darin erwähnten Akten aus dem Verfahren gegen den Gesuchsteller beizog und am 5. Mai 2021 zur Erkenntnis gelangte, dass sie vor der Eröffnung der Strafuntersuchung keine Ermächtigung einzuholen habe, um sodann den Parteien gleichentags die Einstellung der Strafuntersuchung mitzuteilen.

Wenn sich daraus für den Gesuchsteller Ende Mai 2021 der Ausstandsgrund von Art. 56 lit. f StPO ergab, war er gemäss Art. 58 Abs. 1 StPO gehalten, ohne Verzug ein entsprechendes Ausstandsgesuch zu stellen. Da der Gesuchsteller dies nicht innert sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrunds Ende Mai 2021 tat, sondern damit bis zum 10. November 2021 zuwartete, ist der Anspruch insofern verwirkt.

bb) Gleiches gilt auch mit Bezug auf den mit Eingabe vom 3. Dezember 2021 neu vorgebrachten Ausstandsgrund, die Gesuchsgegnerin habe den Gesuchsteller erst am 1. November 2021 über die Durchführung der Befragungen der beiden Polizisten informiert. Während die Terminumfrage sodann zunächst vermuten lassen habe, die beiden würden unmittelbar nacheinander befragt, habe die Gesuchsgegnerin am 4. November 2021 informiert, dass die Befragungen nicht am selben Datum stattfänden. Damit könnten sich die beiden beschuldigten Polizisten

über die Antworten zu den gestellten Fragen abstimmen. (Auch) dieses Vorgehen erwecke den Anschein der Befangenheit, da es sich eindeutig zugunsten der Beschuldigten auswirke, einer objektiven Sachverhaltsabklärung entgegenstehe und bei Beschuldigten ohne Beamtenstatus regelmässig anders gehandhabt werde. Mit den vorgesehenen Befragungen an verschiedenen Daten unterlasse es die Gesuchsgegnerin erneut, sämtliche Vorkehrungen für eine objektive Abklärung zu treffen, was den Verdacht der Befangenheit begründe.

Mit E-Mail vom 4. November 2021 bedankte sich die Gesuchsgegnerin beim Gesuchsteller für die Rückmeldung betreffend die Anfrage bezüglich möglicher Einvernahmeterminen. Sodann bat die Gesuchsgegnerin den Gesuchsteller, sich den 9. Dezember 2021 ab 14:15 Uhr für die Einvernahme der Polizeibeamtin B zu reservieren. Für den Einvernahmetermin des anderen beschuldigten Polizisten C werde die Gesuchsgegnerin sich mit einer neuen Terminumfrage melden. Für den Gesuchsteller war damit - wie er in seiner Stellungnahme vom 3. Dezember 2021 unmissverständlich ausführt - klar, dass die Befragungen der beiden beschuldigten Polizisten nicht am gleichen Datum stattfinden. Also hätte er dies im Ausstandsgesuch vom 10. November 2021 als ausstandsbegründend vorbringen müssen. Das tat der Gesuchsteller nicht, wobei dafür nicht genügt, dass er gleichzeitig mit dem Ausstandsgesuch beantragte, die Einvernahmen unmittelbar nacheinander durchzuführen. Dass die Gesuchsgegnerin die Einvernahmen an verschiedenen Tagen durchführte, wusste er. Also musste er dieses Verhalten, wenn er es als ausstandsbegründend im Sinn von Art. 56 lit. f StPO erachtete, auch als Ausstandsgrund vorbringen. Damals wäre dies noch innert sechs bis sieben Tage nach Kenntnis des Ausstandsgrunds erfolgt. Am 3. Dezember 2021 aber ist das Vorbringen klar verspätet und damit verwirkt. Der Gesuchsteller hätte mit anderen Worten am 10. November 2021 den Umstand, dass die Befragungen der beiden beschuldigten Polizisten nicht am gleichen Datum stattfinden, als Ausstandsgrund und Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt, vorbringen müssen. Gleichzeitig hätte er dann auch noch die Eröffnung der Untersuchung am 3. Mai 2021 und umgehende Ankündigung der Verfahrenseinstellung am 5. Mai 2021 als Ausstandsgrund vorbringen können.

4. a) Zwar ist der weitere, am 10. November 2021 erhobene Vorwurf des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin habe erst auf ausdrückliche Aufforderung der Polizei des Kantons X und somit verspätet das Ermächtigungsverfahren eingeleitet, worüber sie den Gesuchsteller nicht informiert habe, nicht verspätet und nicht verwirkt, sofern der Gesuchsteller davon erst durch die ihm am 4. November 2021 gewährte Akteneinsicht erfuhr; er könnte, wäre dies der letzte Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt, die ansonsten verwirkten Ausstandsgründe wieder aufleben lassen. Dem ist indessen nicht so, weil dieses Vorbringen nicht ausstandsbegründend ist.

b) Wie der Gesuchsteller bereits seit der Aktenzustellung am 7. Mai 2021 wusste, ging die Gesuchsgegnerin gemäss Aktennotiz vom 5. Mai 2021 aufgrund eigener Konsultation des hierfür anwendbaren Gesetzes des Kantons X davon aus, dass dieses Gesetz nicht anwendbar sei, wenn - wie hier - die verdachtsweise amtsmissbräuchliche Handlung im Kanton Thurgau geschehen sei, womit das Ermächtigungsverfahren in X entfalle. So falsch dies mit Blick auf den anderslautenden Entscheid der Beschwerdeinstanz des Kantons X auch gewesen sein mag, die Aktennotiz zeigt, dass die Gesuchstellerin eigene rechtliche Überlegungen anstellte, die frei jeglicher Voreingenommenheit oder Befangenheit sind. Sodann leitete die Gesuchstellerin, kaum hatte sie die Polizei X am 8. Juli 2021 eines Besseren belehrt, umgehend am 13. Juli 2021 das Ermächtigungsverfahren bei der Beschwerdeinstanz des Kantons X ein. Dass sie dem Gesuchsteller - ebenso wenig wie den beiden davon weit mehr betroffenen beschuldigten Polizisten - keine Kopie zustellte, ist nicht zu beanstanden. Wer als Partei bei einer Behörde oder einem Gericht ein Verfahren einleitet, hat das verfahrenseinleitende Schriftstück den Gegenparteien nicht in Kopie zuzustellen. Dies besorgt die angerufene und zum Entscheid darüber berufene Instanz. So war es auch hier: Am 5. August 2021 orientierte die Beschwerdeinstanz des Kantons X den Gesuchsteller darüber. Damit ist das Ausstandsgesuch vom 10. November 2021 auch insofern verspätet und damit verwirkt. Wäre dem nicht so, fehlte materiell jedenfalls jegliches ausstands begründendes Verhalten der Gesuchsgegnerin.

c) Damit fehlt ein späteres und anderes Verhalten der Gesuchsgegnerin, das einen Ausstand zu begründen vermöchte. Es macht den Anschein, der Gesuchsteller habe hier missbräuchlich einen bloss vorgeschobenen neuen Grund angerufen, der nicht ernstlich für die Begründung eines Ausstands geeignet ist. Abgesehen davon begründete der Gesuchsteller weder in seinem Ausstandsgesuch vom 2. November 2021 noch in seiner Stellungnahme vom 3. Dezember 2021 rechtsgenügend, dass und inwiefern das gesamte Verhalten der Gesuchsgegnerin den Anschein der Befangenheit begründen könnte. Er machte lediglich geltend, die beabsichtigte Einstellung und die unterbliebenen Untersuchungshandlungen trotz des ausgewiesenen Abklärungsbedarfs zeigten die Haltung der Gesuchsgegnerin (Fehler 1). Sie habe es zudem pflichtwidrig unterlassen, die notwendigen Ermächtigungen einzuholen (Fehler 2). Zudem habe sie die Befragung der Beschuldigten nach über einem Jahr falsch aufgegleist (Fehler 3). Es lägen somit wiederholt schwerwiegende Verfahrensfehler vor, die den Anschein der Befangenheit begründeten. Insbesondere Fehler 1 und 3 zeigten deutlich, dass die Gesuchsgegnerin den Fall nicht so behandle, als würde es sich um gewöhnliche Beschuldigte handeln. Insgesamt bestehe begründetes Misstrauen in die Unparteilichkeit der Gesuchsgegnerin. Diese Argumentation krankt bereits daran, dass jedenfalls das vom Gesuchsteller als Fehler 2 bezeichnete Verhalten der Gesuchsgegnerin keinesfalls ein fragwürdiges Verhalten ist. Auch die beabsichtigte Verfahrenseinstellung stellt kein fragwürdiges Verhalten dar. Selbst wenn die Gesuchsgegnerin das Verfahren eingestellt hätte, was sie indessen



gerade nicht tat, hätte diese Verfügung auf dem Rechtsmittelweg angefochten und überprüft werden können. Schliesslich liegen keine wiederholt schwerwiegenden Verfahrensfehler vor.

5. Zusammenfassend ist das Ausstandsgesuch abzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 16. Dezember 2021, SW.2021.129



### **33. Anforderungen an die Dokumentation von informellen Befragungen der Polizei zu Beginn der Ermittlungen**

(Art. 78 Abs. 1 StPO; Art. 141 Abs. 2 StPO; Art. 158 StPO)

1. Ein Mann wurde in seinem Wohnhaus tot aufgefunden. In den Akten befinden sich sechs Aktennotizen zu informellen Befragungen von Zeugen durch die Polizei kurz nach der Tat. Der Berufungskläger macht im Berufungsverfahren geltend, die Polizei habe die Protokollierungsvorschriften missachtet.

2. Gemäss Art. 78 Abs. 1 StPO werden die Aussagen der Parteien, Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen laufend protokolliert. Die Bestimmungen über die Protokollierung von Einvernahmen sind zwingender Natur. Ihre Beachtung ist Voraussetzung für die Gültigkeit des Protokolls und damit gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO Erfordernis für die Verwertbarkeit der Aussage<sup>1</sup>. Davon ausgenommen sind allenfalls polizeiliche Abklärungen in der Anfangsphase der Ermittlungen mit summarischer Rapportierung<sup>2</sup>. Das Bundesgericht hielt zur Problematik von nicht protokollierten Vorgesprächen allerdings fest, dass in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Interessen die Protokollierungspflicht grundsätzlich streng zu handhaben sei. Die Protokollierung erst ermögliche den beschuldigten Personen, wie auch andern am Verfahren beteiligten Personen (Geschädigte oder Opfer), die Wahrnehmung ihrer Rechte und sei Grundlage für die Wahrheitssuche, das schliesslich auszusprechende Urteil und die Überprüfung durch Rechtsmittelinstanzen<sup>3</sup>. Die Frage, wie lange die Polizei informelle Befragungen durchführen darf, ohne eine förmliche Protokollierung und ohne die rechtsbelehrenden Hinweise von Art. 158 StPO, ist teilweise strittig. Der Polizei ist grundsätzlich zuzugestehen, bei einem Vorfall mit unklaren Verhältnissen bezüglich der Beteiligung informelle Fragen an angetroffene Personen zu stellen, um herauszufinden, wer überhaupt sachdienliche Aussagen machen kann, und wer als potentiell beschuldigte Person oder als zu befragende Person in einer anderen Rolle infrage kommt. Insofern besteht eine gewisse Grauzone, welche sich indes in engen Grenzen halten muss. Die Informationspflicht nach Art. 158 StPO darf jedenfalls nicht unterlaufen werden, indem möglichst lange lediglich informelle Gespräche geführt werden<sup>4</sup>. Das Gleiche muss auch für die Protokollierungsvorschriften gelten, welche ebenfalls der Gewährleistung der Rechte der am Verfahren beteiligten Personen und der Wahrheitsfindung dienen. Nicht (korrekt) protokollierte, polizeiliche Befragungen sind daher nur in sehr engen Grenzen und ganz zu Beginn der Ermittlungen zulässig.

---

<sup>1</sup> Vgl. BGE vom 22. Februar 2013, 6B\_492/2012, Erw. 1.4

<sup>2</sup> Brüscheiler/Nadig/Schneebeili, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 78 N. 2

<sup>3</sup> BGE vom 8. Mai 2006, 1P.399/2005, Erw. 3.1

<sup>4</sup> RBOG 2015 Nr. 20 Erw. 3

3. a) Bei den von der Verteidigung des Berufungsklägers bemängelten Befragungen handelt es sich um sechs von der Polizei durchgeführte Befragungen mit Personen zum Tötungsdelikt. All diese Befragungen fanden innert nur drei Wochen seit dem Tod des Opfers statt, die ersten beiden sogar schon am Folgetag. In diesem Zeitpunkt befanden sich die Ermittlungen noch in einem frühen Stadium, in dem es grundsätzlich zulässig ist, Personen vorab informell zu befragen, um abzuklären, ob diese zur Erstellung des Sachverhalts etwas beitragen können oder welche Rolle ihnen zukommen könnte.

b) Wie aus den Aktennotizen der Polizei zu diesen Befragungen ersichtlich ist, hatten alle diese Personen nichts Wesentliches zum Sachverhalt beizutragen: Die ersten beiden Personen waren Nachbarn des Opfers, beide berichteten weder von verdächtigen Vorkommnissen noch kannten sie das Opfer persönlich oder hätten etwas zu seinem Umfeld sagen können. Die zweite Person berichtete einzig, dass das Opfer mit "randständigen Personen" zu tun gehabt habe. Die dritte Person wurde befragt, weil der Verdacht bestand, dass sie mit dem Opfer persönlich verkehrt habe, was sie jedoch verneinte; sie habe nur zweimal Arbeiten am Auto des Opfers in ihrer Garage ausgeführt. Die vierte Person stand offenbar unter dem Verdacht, mit ihrem Auto am Haus des Opfers vorbeigefahren zu sein, was sie - für den befragenden Polizisten, der auf eine "Falschablesung" schloss, offenbar glaubhaft - verneinte. Die fünfte Person hatte mit dem getöteten Mann gemäss eigenen Angaben seit rund zwei Jahren vor dessen Tod keinen Kontakt mehr und konnte demnach ebenfalls keine sachdienlichen Informationen machen. Die letzte Person habe das Opfer nur von "Wirtshausbesuchen" gekannt und es eher gemieden; Angaben zum Umfeld des getöteten Mannes machte sie keine.

c) Nachdem die informellen Befragungen nichts Wesentliches ergaben und die Ermittlungen noch im Anfangsstadium waren, ist es nicht zu beanstanden, dass es die Polizei bei den informellen, lediglich dokumentierten, aber nicht protokollierten Befragungen beliess. Diese sechs Aussagen sind daher grundsätzlich verwertbar.

### **34. Anpassung des informellen Dispositivs im Berufungsverfahren bei einem offensichtlichen Versehen**

(Art. 83 StPO)

Die Entschädigung des Berufungsklägers für das Berufungsverfahren beträgt Fr. 4'525.00. Da er zur Hälfte obsiegt, hat der Staat ihn mit Fr. 2'262.50 zuzüglich 7,7% Mehrwertsteuer zu entschädigen. Im informell versandten Dispositiv wurde irrtümlich die gesamte Entschädigung zugesprochen. Dieses offensichtliche Versehen im informell versandten Urteilsdispositiv ist entsprechend anzupassen<sup>1</sup>.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. März 2022, SBR.2021.74

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (6B\_1468/2022).

---

<sup>1</sup> Vgl. Art. 83 Abs. 1 StPO



**35. Auf die Teilnahme der Officialverteidigung an einer Einvernahme kann die beschuldigte Person auch im Fall einer notwendigen Verteidigung verzichten.**

(Art. 130 StPO; Art. 141 StPO)

1. Im Berufungsverfahren ist strittig, ob die Einvernahme des Berufungsklägers zur Eröffnung seiner Festnahme verwertbar ist, weil seine (notwendige) Verteidigung daran nicht teilnahm.

2. Die beschuldigte Person muss unter anderem zwingend verteidigt werden, wenn die Untersuchungshaft einschliesslich einer vorläufigen Festnahme mehr als zehn Tage gedauert hat<sup>1</sup> oder ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, eine freiheitsentziehende Massnahme oder eine Landesverweisung droht<sup>2</sup>. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird<sup>3</sup>. Sind die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen<sup>4</sup>. Die Strafuntersuchung gilt als eröffnet, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn die Staatsanwaltschaft Zwangsmassnahmen anordnet. Der Eröffnungsverfügung kommt mithin lediglich deklaratorische Wirkung zu<sup>5</sup>. Wurden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor eine Verteidigerin oder ein Verteidiger bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet<sup>6</sup>. Unter bestimmten Voraussetzungen muss die beschuldigte Person daher verteidigt sein, allenfalls sogar gegen ihren Willen<sup>7</sup>. Zwar ist im Fall einer notwendigen Verteidigung ein Totalverzicht auf eine Verteidigung nach Art. 130 StPO ausgeschlossen. Hingegen kann die beschuldigte Person zusammen mit der Verteidigung im Einzelfall und im Rahmen der Wahl der Verteidigungsstrategie darauf verzichten, dass die Verteidigung an einer bestimmten Beweiserhebung teilnimmt<sup>8</sup>. Das Obergericht des Kantons Bern entschied damit übereinstimmend, dass die notwendige Verteidigung selbst beziehungsweise die beschuldigte Person zusammen mit der Verteidigung auf die Teilnahme an

---

<sup>1</sup> Art. 130 lit. a StPO

<sup>2</sup> Art. 130 lit. b StPO

<sup>3</sup> Art. 131 Abs. 1 StPO

<sup>4</sup> Art. 131 Abs. 2 StPO

<sup>5</sup> BGE 141 IV 24

<sup>6</sup> Art. 131 Abs. 3 StPO; BGE vom 15. März 2019, 6B\_75/2019, Erw. 1.3.1

<sup>7</sup> Ruckstuhl, Basler Kommentar, 2.A., Art. 130 StPO N. 1

<sup>8</sup> Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 131 N. 14a; anders hingegen bei der Anwesenheit an der Hauptverhandlung, vgl. BGE 113 Ia 223.

einer Einvernahme verzichten kann, jedenfalls solange, als eine ausreichende und wirksame Wahrung der Interessen der beschuldigten Person im Verfahren trotzdem gewährleistet ist<sup>9</sup>.

3. Die Rüge der Verteidigung des Berufungsklägers ist unbegründet. Zwar ist es zutreffend, dass im Zeitpunkt der Befragung ein Fall notwendiger Verteidigung nach Art. 130 StPO vorlag, nachdem damals bereits (verdeckte) Zwangsmassnahmen gegen ihn verfügt worden waren und ein Verdacht gegen ihn wegen vorsätzlicher Tötung bestand, womit ihm eine Freiheitsstrafe von deutlich mehr als einem Jahr drohte. Die Staatsanwaltschaft wies den Berufungskläger zu Beginn der Befragung denn auch - korrekt - darauf hin, dass er in diesem Verfahren verteidigt werden müsse:

"[Staatsanwaltschaft]

Sie müssen in diesem Verfahren verteidigt werden. Sie haben bereits heute Morgen auf Ihren eigenen Wunsch hin die Gelegenheit, mit [einem Anwalt] Kontakt aufzunehmen. Der Anwalt hat Sie instruiert und verzichtet auf die Teilnahme an der jetzigen Einvernahme. Ist das für Sie in Ordnung?

[Berufungskläger]

Ja, das ist in Ordnung, dass er jetzt nicht hier ist. Er wird morgen zu mir kommen."

Das Protokoll der Befragung wurde vom Berufungskläger und der befragenden Person unterzeichnet. Dass die darin vermerkte Belehrung und der Verzicht auf die Anwesenheit des notwendigen Verteidigers nicht den Tatsachen entsprechen sollte, wird weder geltend gemacht noch wäre dies ersichtlich. Es ist daher davon auszugehen, dass der Berufungskläger in Rücksprache mit seiner damaligen Verteidigung auf deren Anwesenheit bei der Hafteinvernahme verzichtete. Der Verzicht auf die (Anwesenheit der) Verteidigung ist nach Art. 130 StPO im Einzelfall grundsätzlich zulässig. Die Festnahmeeröffnung dauerte zudem nur etwa zehn Minuten und bestand im Wesentlichen aus dem Vorhalt der Haftgründe. Eine ausführliche Befragung zur Sache fand nicht statt. Der Berufungskläger beschränkte sich zudem darauf, seine Unschuld zu beteuern und machte geltend, er werde sich zur Sache äussern, nachdem er mit seinem Anwalt geredet habe. Diese Aussagen sprechen ebenfalls dafür, dass er sich vorab mit seiner Verteidigung besprach und sie eine gemeinsame Strategie für die Einvernahme festlegten. Anhaltspunkte dafür, dass während dieser Einvernahme eine ausreichende und wirksame Wahrung der Interessen des Berufungsklägers nicht mehr gewährleistet gewesen wäre, bestanden somit nicht. Der Verzicht war

---

<sup>9</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. Februar 2016, SK 2015 24, in: Can 2016 Nr. 61 S. 171 (Regeste) und 179



damit zulässig, und die Staatsanwaltschaft durfte die Einvernahme in Abwesenheit der notwendigen Verteidigung durchführen.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43



### 36. Anforderungen an einen rückwirkenden Entzug der amtlichen Verteidigung

(Art. 134 Abs. 1 StPO)

1. a) Der Beschwerdeführer wurde vom Bezirksgericht am 12. April 2021 in einem Strafverfahren gegen zwei beschuldigte Personen als deren amtlicher Verteidiger eingesetzt. Mit prozessleitender Verfügung vom 9. Juni 2021 erachtete das Bezirksgericht die dargelegten finanziellen Verhältnisse der beschuldigten Personen als nicht nachvollziehbar, weshalb es sie aufforderte, ihre finanziellen Verhältnisse offen zu legen und weitere Unterlagen sowie eine Aufstellung der monatlichen Ein- und Ausgaben einzureichen. Dieser Aufforderung kamen sie nach. In der Folge sprach das Bezirksgericht die beschuldigten Personen am 22. Juni 2021 schuldig und auferlegte ihnen die Verfahrenskosten. Es entzog den beschuldigten Personen in diesem Entscheid rückwirkend die amtliche Verteidigung (durch den Beschwerdeführer). Gegen den Widerruf der amtlichen Verteidigung sowie die Festsetzung und Verlegung der Verfahrenskosten erhob der Beschwerdeführer in eigenem Namen Beschwerde.

2. a) Angefochten ist der rückwirkende Entzug der amtlichen Verteidigung.

b) aa) Die Verfahrensleitung ordnet eine amtliche Verteidigung an, wenn bei notwendiger Verteidigung die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine Wahlverteidigung bestimmt, der Wahlverteidigung das Mandat entzogen wurde oder sie es niedergelegt hat und die beschuldigte Person nicht innert Frist eine neue Wahlverteidigung bestimmt<sup>1</sup>. Liegt kein Fall der notwendigen Verteidigung vor, ordnet die Verfahrensleistung eine amtliche Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist<sup>2</sup>. Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist die Verteidigung namentlich geboten, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre<sup>3</sup>. 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 ist<sup>4</sup>.

Mittellosigkeit oder Bedürftigkeit ist nach der Rechtsprechung dann gegeben, wenn die beschuldigte Person die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt<sup>5</sup>. Konkret bemisst sich die Bedürftigkeit aus einer Gegenüberstellung der gesamten finanziellen

---

<sup>1</sup> Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO

<sup>2</sup> Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO

<sup>3</sup> Art. 132 Abs. 2 StPO

<sup>4</sup> Art. 132 Abs. 3 StPO

<sup>5</sup> BGE 124 I 2; RBOG 2018 Nr. 6; Ruckstuhl, Basler Kommentar, 2.A., Art. 132 StPO N. 23

Verhältnisse der gesuchstellenden Partei auf der einen und ihrer notwendigen Auslagen zum Lebensunterhalt auf der anderen Seite, unter gleichzeitiger Berücksichtigung der mutmasslichen Prozesskosten. Auszugehen ist grundsätzlich vom betriebsrechtlichen Existenzminimum, wobei auf dem Grundbetrag ein Zuschlag von 25% zu machen ist. Ein allfälliger Überschuss zwischen Einkommen und Notbedarf ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Prozesskosten in Beziehung zu setzen. Dabei sollte der monatliche Überschuss ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre, zu tilgen<sup>6</sup>.

Gemäss Art. 429 Abs. 2 Satz 1 StPO muss die Strafbehörde den Entschädigungsanspruch von Amtes wegen prüfen. Dies bedeutet indessen nicht, dass die Strafbehörde im Sinn des Untersuchungsgrundsatzes von Art. 6 StPO alle für die Beurteilung des Entschädigungsanspruchs bedeutsamen Tatsachen von Amtes wegen abzuklären hat. Sie hat aber die Parteien zur Frage mindestens anzuhören und gegebenenfalls gemäss Art. 429 Abs. 2 Satz 2 StPO aufzufordern, ihre Ansprüche zu beziffern und zu belegen<sup>7</sup>. Die beschuldigte Person trifft insofern eine Mitwirkungspflicht. Fordert die Behörde die beschuldigte Person auf, ihre Ansprüche zu beziffern und reagiert diese nicht, kann gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung von einem (impliziten) Verzicht auf eine Entschädigung ausgegangen werden<sup>8</sup>.

bb) Fällt der Grund der amtlichen Verteidigung dahin, so widerruft die Verfahrensleitung das Mandat<sup>9</sup>. Dabei ist eine rückwirkende Aufhebung der amtlichen Verteidigung grundsätzlich ausgeschlossen. Gelangt die Behörde zur Auffassung, die Voraussetzungen hätten von Anfang an nicht vorgelegen, ist die amtliche Verteidigung grundsätzlich lediglich mit Wirkung ex nunc aufzuheben. Eine rückwirkende Aufhebung kommt nur bei offensichtlich formeller oder materieller Fehlerhaftigkeit infrage<sup>10</sup>. Dafür setzt die bundesgerichtliche Rechtsprechung weiter voraus, dass das Interesse an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts gegenüber dem Interesse des Betroffenen auf Schutz des berechtigten Vertrauens überwiegt<sup>11</sup>. Somit hat die Verfahrensleitung eine Interessenabwägung vorzunehmen. Widerruft die Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung ohne Interessenabwägung ex tunc, ist ein Entscheid bereits aus formellen Gründen fehlerhaft<sup>12</sup>.

Die Abwägung des öffentlichen Interesses an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts und dem durch Treu und Glauben gebotenen Schutz des berechtigten Vertrauens des Ver-

---

<sup>6</sup> RBOG 2018 Nr. 6; Ruckstuhl, Art. 132 StPO N. 2

<sup>7</sup> BGE 146 IV 335 f.; BGE 144 IV 209; BGE vom 19. Dezember 2019, 6B\_4/2019, Erw. 5.2.5

<sup>8</sup> BGE 146 IV 336; BGE vom 22. Februar 2018, 6B\_632/2017, Erw. 2.3

<sup>9</sup> Art. 134 Abs. 1 StPO

<sup>10</sup> Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 134 N. 7a

<sup>11</sup> BGE 137 I 71 f.; BGE vom 19. Dezember 2012, 1B\_632/2012, Erw. 2.2

<sup>12</sup> BGE vom 19. Dezember 2012, 1B\_632/2012, Erw. 2.3

fügungsadressaten in den Fortbestand der fehlerhaften Verfügung ist unter Würdigung aller Aspekte des Einzelfalls vorzunehmen. Der Schutz des Vertrauens geht in der Regel unter anderem dann vor, wenn der Betroffene von der ihm durch die Verfügung eingeräumten Befugnis bereits Gebrauch gemacht hat<sup>13</sup>. Bei dieser Abwägung ist, selbst wenn die Verfahrensleitung ihren Ermessensspielraum bei der Auslegung von Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO ausgeschöpft oder möglicherweise sogar überdehnt hat, die Gewährung der amtlichen Verteidigung nicht von vornherein unvertretbar, wenn sich die Gewährung der amtlichen Verteidigung mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt. Unter diesen Umständen ist das Interesse, sie unter dem Gesichtspunkt der richtigen Durchführung des objektiven Rechts rückwirkend zu korrigieren, gering<sup>14</sup>. So schliesst die vorzunehmende Interessenabwägung einen rückwirkenden Widerruf grundsätzlich aus. Andernfalls liesse man die Verteidigung das Risiko tragen, für ihre Arbeit, für welche sie vom Staat eingesetzt wurde, die sie im Vertrauen auf die Einsetzung aufgenommen hat und wozu sie ja auch verpflichtet war, nicht entschädigt zu werden<sup>15</sup>. Demgemäss bestehen hohe Hürden um eine amtliche Verteidigung rückwirkend aufheben zu können.

c) aa) Vorliegend wurde die amtliche Verteidigung mit Entscheid vom 22. Juni 2021 rückwirkend aufgehoben, ohne eine Abwägung des Interesses an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts und des Interesses des Beschwerdeführers auf Schutz des berechtigten Vertrauens in die Richtigkeit der Verfügung vom 12. April 2021 betreffend Einsetzung der amtlichen Verteidigung vorzunehmen. Somit ist die rückwirkende Aufhebung der amtlichen Verteidigung bereits aus formellen Gründen zu bemängeln<sup>16</sup>.

bb) Aus materieller Sicht ist zwar nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die finanziellen Verhältnisse, insbesondere die Schuldentilgung, als nicht nachvollziehbar betrachtet und gewisse Bedarfspositionen nicht anerkennt. Dies lässt den Rückschluss zu, dass die finanziellen Verhältnisse, insbesondere die Schuldentilgung, unklar beziehungsweise nicht belegt sind. Grund der Abweisung des Gesuchs kann damit nur die mangelhaft substantiierte Darlegung der finanziellen Verhältnisse und die fehlenden Belege gewisser behaupteten Bedarfspositionen sein. So hält die Vorinstanz selbst ausdrücklich fest, die Beschuldigten hätten ihre Mittellosigkeit mit den eingereichten Unterlagen nicht glaubhaft machen können. Von einer offensichtlich fehlenden Mittellosigkeit kann jedoch vorliegend nicht ausgegangen werden. Es ist bekannt, dass zum massgebenden Zeitpunkt hohe Schulden bestanden, wobei lediglich unbelegt ist, inwiefern diese Schulden tatsächlich abbezahlt werden. So kann den beschuldigten Personen nicht vorgeworfen werden, ihnen sei bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um amtliche Verteidigung bewusst

---

<sup>13</sup> BGE vom 19. Dezember 2012, 1B\_632/2012, Erw. 2.2; BGE vom 27. Januar 2014, 6B\_698/2013, Erw. 5.2.2

<sup>14</sup> BGE vom 19. Dezember 2012, 1B\_632/2012, Erw. 2.3

<sup>15</sup> Ruckstuhl, Art. 134 StPO N. 1

<sup>16</sup> BGE vom 19. Dezember 2012, 1B\_632/2012, Erw. 2.3

gewesen, dass sie über genügend finanzielle Mittel verfügen würden. Somit kann auch das Ergebnis nicht gerade zu offensichtlich fehlerhaft sein. Schliesslich durfte der Beschwerdeführer als Betroffener davon ausgehen, dass das Gericht die Mittellosigkeit - wie in der Verfügung selbst festgehalten - als erstellt erachtet, ansonsten es das Gesuch abgewiesen oder weitere Unterlagen verlangt hätte. Auch wenn die Vorinstanz das Gesuch um amtliche Verteidigung ohne eindeutigen, nachvollziehbaren Nachweis der finanziellen Verhältnisse gutgeheissen hat, so ist die Gewährung der amtlichen Verteidigung nicht von vornherein unhaltbar. Gerade auch vor dem Hintergrund, dass der Vorinstanz bei der Einsetzung einer amtlichen Verteidigung ein gewisser Ermessensspielraum zusteht, kann den Beschuldigen beziehungsweise dem Beschwerdeführer schwer vorgeworfen werden, sie hätten von einer offensichtlichen Fehlerhaftigkeit der Verfügung vom 12. April 2021 ausgehen müssen. Somit durfte der Beschwerdeführer aufgrund der rechtskräftigen Einsetzung als amtlicher Verteidiger auf das auftragsrechtliche Verhältnis zwischen ihm als amtlicher Verteidiger und dem Staat vertrauen, und eine mögliche Fehlerhaftigkeit war nicht erkennbar.

cc) Nicht einleuchtend ist, auf welcher Grundlage die Vorinstanz ihre Erwägung stützt, eine Verletzung der Mitwirkungspflicht berechtigte zu einer rückwirkenden Aufhebung der amtlichen Verteidigung. Einerseits kann aufgrund der fristgerecht nachgereichten Unterlagen nicht von einem Verzicht ausgegangen werden. Daran ändert auch der Umstand, dass einige Dokumente fehlten, nichts. Sodann wurde eine weitere Darlegung anlässlich der Hauptverhandlung seitens der beschuldigten Personen angeboten. Andererseits lässt die vorgeworfene fehlende Mitwirkung der Beschuldigten keine offensichtliche Fehlerhaftigkeit der Verfügung vom 12. April 2021 erkennen. Besonders zu beachten ist, dass die beschuldigten Personen erst nach der Gutheissung des Gesuchs um amtliche Verteidigung zur Mitwirkung, namentlich zur Einreichung von weiteren Unterlagen, aufgefordert wurden. Die Vorinstanz bemängelt explizit die Mitwirkung nach Gutheissung des Gesuchs. Für den Zeitraum davor wird die Mitwirkung der Beschuldigten von der Vorinstanz nicht beanstandet. Somit kann auch nicht vorgehalten werden, es habe betreffend die Verfügung vom 12. April 2021 ein offensichtlicher Fehler an der Mitwirkung bestanden, und schon gar nicht, dass die Betroffenen diesen hätten erkennen müssen. Weil die Vorinstanz das Gesuch gutheiss ohne weitere von den beschuldigten Personen angebotenen Unterlagen einzufordern, durfte der Beschwerdeführer darauf vertrauen, dass das Gericht weitere Unterlagen und damit eine weitere Mitwirkung nicht für erforderlich erachtete. Es lässt sich keine offensichtlich fehlerhafte Mitwirkung erkennen, welche am 12. April 2021 zu einem offensichtlich fehlerhaften Entscheid hätte führen können.

dd) Im Ergebnis wiegt das Interesse, die Verfügung vom 12. April 2021 unter dem Gesichtspunkt der richtigen Durchführung des objektiven Rechts rückwirkend zu korrigieren, gering. Der Beschwerdeführer wurde von der zuständigen Stelle rechtmässig als amtlicher Verteidiger eingesetzt. Diese Einsetzung als amtlicher Verteidiger ist nicht derart unhaltbar, dass der

rechtskundige Beschwerdeführer eine mögliche Fehlerhaftigkeit hätte erkennen müssen und sich nicht hätte darauf verlassen dürfen. Hinzu kommt, dass er mit der Verfügung vom 12. April 2021 auch zur Mandatsausübung verpflichtet wurde. Sein Vertrauen in den Bestand der Verfügung vom 12. April 2021 ist damit schutzwürdiger als das Interesse an der rückwirkenden Korrektur und Durchführung des objektiven Rechts.

Mangels offensichtlicher Fehlerhaftigkeit und mangels überwiegenden Interesses an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts kann das Gesuch um amtliche Verteidigung nicht rückwirkend aufgehoben werden. Vielmehr ist dem Grundsatz Rechnung zu tragen, womit eine rückwirkende Aufhebung ausgeschlossen ist. Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen.

Obergericht, Einzelrichter, 8. November 2022, SW.2022.102





### 37. Zuverlässigkeit einer Lasergeschwindigkeitsmessung

(Art. 139 Abs. 1 StPO; Art. 9 VSKV-ASTRA; Art. 90 Abs. 2 SVG)

1. Der Berufungskläger wird beschuldigt, seinen Personenwagen am 10. April 2019 auf einer Strasse ausserorts mit rechtserheblichen 119 km/h, und damit 39 km/h schneller als erlaubt, gelenkt zu haben. Die ihm vorgeworfene Geschwindigkeit wurde mit einer mobilen Messstation von einem Polizisten mit einer "Radarpistole" (Lasergeschwindigkeitsmessung) gemessen; die Messung wurde zudem als Videodatei aufgezeichnet. Das Bezirksgericht verurteilte den Berufungskläger wegen fahrlässiger grober Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 2 SVG, wogegen er Berufung erhob und insbesondere geltend machte, dass auf die Geschwindigkeitsmessung des Lasermessgeräts nicht abgestellt werden könne.

2. a) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann auf eine Geschwindigkeitsmessung abgestellt werden, sofern diese von einer geschulten Person mit einem Lasergeschwindigkeitsmessgerät, für das ein gültiges Eichzertifikat vorliegt, fachgerecht<sup>1</sup> durchgeführt wurde<sup>2</sup>. Fehlmessungen sind bei regelkonformer Nutzung dank der Zulassung des Messgeräts ausgeschlossen und würden sich darin zeigen, dass das Gerät einzelne Ergebnisse als ungültig ausweist<sup>3</sup>. Gemäss Art. 9 VSKV-ASTRA<sup>4</sup> sind die im Zusammenhang mit Geschwindigkeitsüberschreitungen erfassten Messwerte zusammen mit der Verkehrssituation bildlich zu dokumentieren. Dass die gefahrene Geschwindigkeit allein gestützt auf das Video mit Sicherheit ermittelt werden kann, ist keine Voraussetzung der Verwertbarkeit der Messergebnisse<sup>5</sup>. Ebensowenig muss die Videokamera, mit der die Aufzeichnung erfolgt, geeicht sein; eine Eichung ist nur für das Messmittel, also das Lasergeschwindigkeitsmessgerät, erforderlich<sup>6</sup>.

b) aa) Das Eichzertifikat des Lasergeschwindigkeitsmessgeräts liegt in den Akten. Die Eichung erfolgte am 13. März 2019 mit Gültigkeit bis zum 31. März 2020. Sie erfolgte demnach weniger als einen Monat vor der umstrittenen Messung. Dem Bericht der Kantonspolizei Thurgau kann sodann entnommen werden, dass der messende Polizist im Sommer 2018 am Lasergerät ausgebildet wurde. Auf der in den Akten liegenden Videoaufnahme der Messung sind zudem keine Anhaltspunkte ersichtlich, die auf eine nicht fachgemässe Durchführung der Messung hindeuten

---

<sup>1</sup> "De lege artis"

<sup>2</sup> BGE vom 27. April 2017, 6B\_1029/2016, Erw. 3.2 ff.; vgl. auch BGE vom 10. Januar 2022, 6B\_884/2021, Erw. 2.6.2 ff.

<sup>3</sup> BGE vom 10. Januar 2022, 6B\_884/2021, Erw. 2.6.5.1

<sup>4</sup> Verordnung des Bundesamtes für Strassen (ASTRA) vom 22. Mai 2008 zur Strassenverkehrskontrollverordnung, SR 741.013.1

<sup>5</sup> BGE vom 10. Januar 2022, 6B\_884/2021, Erw. 2.6.3; vgl. auch BGE vom 13. April 2018, 6B\_1013/2017, Erw. 2.5

<sup>6</sup> BGE vom 27. April 2017, 6B\_1029/2016, Erw. 3.2.3 ff.

würden. Daran ändern die Einwendungen des Berufungsklägers, dass es sich um ein flaches Fahrzeug handle, bei dem der Laser "abrutschen" könne, nichts. Das Gerät überprüfte die eigenen Messergebnisse und zeigte gültige Messungen in grüner Schrift an. Aufgrund der Zulassung des Geräts ist grundsätzlich davon auszugehen, dass es dabei korrekt zwischen gültigen und ungültigen Messergebnissen unterschied. Dass die Geschwindigkeit nicht immer an der exakt gleichen Stelle gemessen wurde, schadet nicht, da das Gerät die Messungen jedes Mal einzeln als gültig auswies.

bb) Nichts zu seinen Gunsten lässt sich sodann aus der Behauptung des Berufungsklägers ableiten, für das Videogerät beziehungsweise die Kopplung zwischen Videogerät und Lasermessgerät läge keine Eichung vor. Eine solche ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht erforderlich.

cc) aaa) Soweit der Berufungskläger geltend machte, aus den Daten der Messung sei ersichtlich, dass diese falsch sei, ist folgendes anzumerken: Auf dem Video ist erkennbar, dass der Berufungskläger um 11:08:42 mit einer Geschwindigkeit von 93 km/h, entsprechend 25.83 m/s, in einer Distanz von 387.8 m vom Messgerät entfernt erfasst wurde. Um 11:08:45 wurde er mit 108 km/h beziehungsweise 30 m/s sowie in einer Distanz von 325.3 m und um 11:08:48 mit 123 km/h, entsprechend 34.16 m/s, und in einer Distanz von 225.6 m gemessen.

bbb) Die gefahrenen Distanzen von der ersten zur zweiten und der zweiten zur dritten Messung von 62.5 m beziehungsweise 99.7 m, total 162.2 m, lassen sich anhand des Videos plausibilisieren. Ein manuelles Nachrechnen der Distanz ist anhand der unterbrochenen Leitlinie in der Mitte der Strasse möglich, da ein Strich einschliesslich Unterbruch eine Einheitslänge von 9 m aufweist<sup>7</sup>. Der Berufungskläger fuhr von der ersten zur zweiten Messung ungefähr an 7.5 unterbrochenen Strichen vorbei, was 67.5 m entsprechen würde; von der zweiten zur dritten Messung passierte er schätzungsweise 10.5 Striche, entsprechend 94.5 m; das ergibt total 18 Striche beziehungsweise 162 m. Dieses Ergebnis entspricht ungefähr den im Video angegebenen Distanzen. Gestützt darauf besteht kein Zweifel, dass die Distanzen im Video korrekt sind. Das gleiche Ergebnis ergäbe sich im Übrigen, wenn - entgegen den Behauptungen des Berufungsklägers - davon ausgegangen würde, dass die Pfosten an der Strassenseite durchschnittlich 50 m Abstand aufweisen<sup>8</sup>. Nachdem indes die Distanz anhand der Leitlinie verifiziert werden kann, kann offenbleiben, welchen Abstand die Pfosten tatsächlich hatten.

---

<sup>7</sup> Vgl. beispielsweise Ausführungsbestimmungen zur Signalisationsverordnung, Teil 3: Markierungen vom 1. Juli 2020 des Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt, S. 5 oder Verkehrsordnung der Verkehrstechnischen Abteilung der Kantonspolizei Zürich vom 28. Oktober 2020 betreffend Markierungen auf Haupt- und Nebenstrassen

<sup>8</sup> Der Berufungskläger fuhr von der ersten zur dritten Geschwindigkeitsmessung an etwa  $3\frac{1}{3}$  Pfosten vorbei, was bei einem Abstand von 50 m der Pfosten einer Distanz von rund 167 m entsprechen würde.

ccc) Die angezeigten Zeiten auf dem Video wurden lediglich in (ganzen) Sekunden festgehalten. Da die drei Messungen innert wenigen Sekunden stattfanden, ist es für die Prüfung der Geschwindigkeitsmessung mittels einer Weg-Zeit-Berechnung, wie sie der Berufungskläger im Berufungsverfahren vornahm, entscheidend, ob zwischen den einzelnen Messungen ganze Sekunden verstrichen oder nicht. Ergänzend ist daher festzuhalten, dass die erste gültige Messung auf dem Video nach circa 2.75 Sekunden erfolgte, die zweite rund 4.95 Sekunden nach Beginn des Videos und die dritte nach total rund 8.05 Sekunden Videolaufzeit. Zwischen den ersten beiden Messungen lagen daher - entgegen der Behauptung des Berufungsklägers - nicht volle drei Sekunden, sondern lediglich etwa 2.2 Sekunden, zwischen der zweiten und der dritten schätzungsweise 3.1 Sekunden.

ddd) Wird angenommen, der Berufungskläger habe zwischen den drei Geschwindigkeitsmessungen gleichmässig beschleunigt, ergäbe sich gestützt auf die gemessenen Geschwindigkeiten zwischen der ersten und der zweiten Messung eine durchschnittliche Geschwindigkeit von 100.5 km/h<sup>9</sup> beziehungsweise 27.92 m/s und zwischen der zweiten und der dritten von 115.5 km/h<sup>10</sup> beziehungsweise 32.08 m/s, über die gesamte Distanz durchschnittlich 108 km/h<sup>11</sup> beziehungsweise 30 m/s. Bei einer gemessenen Strecke zwischen der ersten und der zweiten Messung von 62.5 m und einer geschätzten Dauer von 2.2 Sekunden würde die durchschnittliche Geschwindigkeit bei einer gleichmässigen Beschleunigung 28.41 m/s oder 102.27 km/h betragen. Die Distanz zwischen der zweiten und dritten Messung betrug 99.7 m, wofür der Berufungskläger schätzungsweise 3.1 Sekunden brauchte, was bei einer gleichmässigen Beschleunigung einer durchschnittlichen Geschwindigkeit von 33.23 m/s beziehungsweise 119.64 km/h entsprechen würde. Auf die ganze Distanz zwischen erster und dritter Messung ergäbe sich bei einer Distanz von 162.2 m und einer Dauer von rund 5.3 Sekunden eine durchschnittliche Geschwindigkeit von 110.17 km/h. Die anhand des Videos geschätzten durchschnittlichen Geschwindigkeiten weichen von der aufgrund der tatsächlich gemessenen Geschwindigkeiten berechneten Durchschnittsgeschwindigkeit nur unerheblich ab. Zu Recht ging die Vorinstanz zudem davon aus, dass mit dem Personenwagen, mit dem der Berufungskläger unterwegs war, die gemessene Beschleunigung möglich ist<sup>12</sup>. Insgesamt ist das Messergebnis daher plausibel. Entgegen den Vorbringen des Berufungsklägers vermag damit die Nachrechnung anhand der gemessenen und aufgezeichneten Daten keine Zweifel am Ergebnis der Geschwindigkeitsmessungen zu wecken, sondern plausibilisiert diese Ergebnisse vielmehr.

---

<sup>9</sup> Durchschnitt aus 93 km/h und 108 km/h

<sup>10</sup> Durchschnitt aus 108 km/h und 123 km/h

<sup>11</sup> Durchschnitt aus 93 km/h und 123 km/h

<sup>12</sup> Der Berufungskläger war mit einem BMW M850i unterwegs, welcher gemäss Angaben des Herstellers eine Leistung von 530 PS hat und innert 3,9 Sekunden von 0 auf 100 km/h beschleunigen kann, vgl. <https://www.bmw.ch/de/bmw-neuwagen/8-series/gran-coupe/showroom/bmw-8er-gran-coupe-technische-daten.html#tab-2-0>.

dd) Nichts anderes ergibt sich aus dem Abstand zum LKW. Auf dem Video ist ersichtlich, dass der LKW, der während der Messung hinter dem Berufungskläger fuhr, bei der ersten Messung etwa sieben Striche der Leitlinien hinter dem Berufungskläger fuhr, bei der zweiten Messung etwa schon neun und bei der dritten ca. 13. Der Abstand des LKW vergrösserte sich damit von der ersten zur zweiten Messung um schätzungsweise 18 m und von der zweiten zur dritten Messung um etwa 36 m. Insgesamt vergrösserte sich der Abstand zum LKW zwischen der ersten und der dritten Messung um rund 54 m und damit - entgegen den Behauptungen des Berufungsklägers - erheblich. Von der ersten zur zweiten Messung legte der LKW daher circa 44.5 m<sup>13</sup> zurück, was bei einer geschätzten Dauer von 2.2 Sekunden eine durchschnittliche Geschwindigkeit von 20.23 m/s, also rund 72.82 km/h, ergibt. Von der zweiten zur dritten Messung ist der LKW schätzungsweise 63.7 m<sup>14</sup> in 3.1 Sekunden gefahren, also mit einer durchschnittlichen Geschwindigkeit von 21.23 m/s beziehungsweise 76.44 km/h. Zwischen der ersten und dritten Messung entspräche das einer durchschnittlichen Geschwindigkeit von 73.49 km/h. Diese Geschwindigkeit erscheint für einen LKW bei den - wie der Berufungskläger geltend machte - schmalen Strassenverhältnissen und nachdem unmittelbar vor der ersten Messung ein paar Häuser passiert wurden, ebenfalls plausibel.

c) Zusammenfassend ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass kein Anlass für Zweifel am Messergebnis besteht.

d) Der Berufungskläger beantragte, es sei ein Gutachten zu erstellen zur Frage, ob die Messung korrekt war beziehungsweise wie schnell er gefahren sei. Das Berufungsverfahren beruht im Grundsatz auf den bereits erhobenen Beweisen<sup>15</sup>. Soweit erforderlich erhebt das Berufungsgericht - von Amtes wegen oder auf Parteiantrag hin - zusätzliche Beweise<sup>16</sup>. Geht das Gericht davon aus, der Sachverhalt sei bereits genügend geklärt und zusätzliche Beweise würden das Beweisergebnis nicht verändern, darf es in antizipierender Beweiswürdigung von den Parteien gestellte Beweisergänzungsanträge abweisen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Strafverfahren wird dadurch nicht verletzt<sup>17</sup>. Wie gesehen wurde die Messung ordnungsgemäss mit einem frisch geichteten Gerät und von einem geschulten Polizisten durchgeführt. Anhaltspunkte dafür, am Ergebnis der Messung zu zweifeln, bestehen - entgegen den Vorbringen des Berufungsklägers - nicht.

---

<sup>13</sup> 62.5 m abzüglich 18 m

<sup>14</sup> 99.7 m abzüglich 36 m

<sup>15</sup> Art. 389 Abs. 1 StPO; BGE 143 IV 414

<sup>16</sup> Art. 389 Abs. 3 StPO

<sup>17</sup> BGE 136 I 236 f.; BGE 134 I 148; BGE vom 7. Mai 2015, 6B\_899/2014, Erw. 1.2; vgl. auch BGE 129 I 154

Der Antrag des Berufungsklägers auf Erstellung eines Gutachtens wird daher in antizipierter Beweiswürdigung abgewiesen.

Obergericht, 1. Abteilung, 11. April 2022, SBR.2021.49

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 9. November 2022 ab, soweit es darauf eintrat (6B\_747/2022).



### 38. Verwertung von unverwertbaren Beweismitteln zugunsten der beschuldigten Person

(Art. 140 StPO; Art. 141 StPO)

Nach Art. 140 StPO unzulässigerweise erhobene Beweise, namentlich auch durch Täuschung erhobene Beweise, sind absolut unverwertbar, auch zugunsten der beschuldigten Person<sup>1</sup>. Die herrschende Lehre und verschiedene kantonale Gerichte gehen hingegen davon aus, dass das Verwertungsverbot nach Art. 141 StPO ein Belastungsverbot darstelle und damit diese Beweise zur Entlastung der beschuldigten Personen verwendet werden dürfen<sup>2</sup>. Dieser Auffassung kann so pauschal nicht gefolgt werden. Allein schon die Stellung im Gesetz spricht dafür, dass Verwertungsverbote nach Art. 140 und Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Soweit das Gesetz als Folge der Verletzung einer Bestimmung ein Verwertungsverbot ausdrücklich im Sinn von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO statuiert, handelt es sich um ein absolutes Verwertungsverbot, sofern das Gesetz nicht selber eine andere Rechtsfolge vorsieht, wie etwa in Art. 147 Abs. 4 StPO. Absolut unverwertbar nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO sind namentlich: Erklärungen der Parteien, die wegen des Scheiterns des abgekürzten Verfahrens aus den Akten zu entfernen sind<sup>3</sup>; Befragungen in einer falschen Rolle, bei der das Gesetz die Unverwertbarkeit anordnet<sup>4</sup>; ebenso Befragungen, bei denen die Hinweise nach Art. 158 Abs. 1 StPO unterblieben<sup>5</sup>. In den übrigen Fällen, namentlich bei nach Art. 141 Abs. 2 StPO unverwertbaren Beweismitteln oder sofern das Gesetz dies ausdrücklich erlaubt<sup>6</sup>, ist gegen eine Verwertung eines an sich unverwertbaren Beweismittels zugunsten einer beschuldigten Person auf deren ausdrücklichen Antrag hin nichts einzuwenden. Es obliegt den beschuldigten Personen respektive ihren Verteidigungen, konkret einzelne bereits aus den Akten entfernte oder als unverwertbar bezeichnete Aktenstücke zu benennen, sofern sie der Ansicht sind, diese seien zu ihren Gunsten zu verwenden. Entgegen der seitens der Staatsanwaltschaft geäußerten Auffassung bleiben diese Beweismittel zu Lasten der antragstellenden Person unverwertbar<sup>7</sup>.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43

---

<sup>1</sup> Gless, Basler Kommentar, 2.A., Art. 140 StPO N. 72 und Art. 141 StPO N. 114

<sup>2</sup> Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 141 N. 42 mit weiteren Hinweisen; Gless, Art. 141 StPO N. 116; vgl. auch Entscheidung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. April 2013, UH120368, Erw. II.3.2.3.b

<sup>3</sup> Art. 362 Abs. 4 StPO

<sup>4</sup> Bei fälschlicherweise nicht als beschuldigte Person befragten Personen nach Art. 158 Abs. 2 StPO und nicht als Zeugen befragten Personen nach Art. 177 Abs. 1 StPO, nicht aber bei einer fälschlicherweise nicht als Auskunftsperson einvernommenen Person.

<sup>5</sup> Art. 158 Abs. 2 StPO

<sup>6</sup> Teilnahmerechte, Konfrontationsrechte

<sup>7</sup> Dies ist etwa in Art. 147 Abs. 4 StPO ausdrücklich so vorgesehen.





### 39. Absolute Unverwertbarkeit der Einvernahme wegen Vorspiegelung einer unzutreffenden Beweislage

(Art. 140 Abs. 1 StPO)

1. Im Jahr 2010 wurde ein Mann in seinem Wohnhaus tot aufgefunden. Die Ermittlungen ergaben, dass mehrere Personen an der Tötung beteiligt waren. Der Berufungskläger wurde - gemeinsam mit weiteren beschuldigten Personen - vom Bezirksgericht für diese und weitere Taten verurteilt, wogegen er Berufung erhob. Im Berufungsverfahren ist strittig, ob seine Einvernahmen im Zusammenhang mit diesem Tatvorwurf verwertbar sind.

2. a) Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO bei der Beweiserhebung untersagt. Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, sind in keinem Fall verwertbar<sup>1</sup>.

b) Eine Täuschung nach Art. 140 Abs. 1 StPO ist gegeben, wenn die Staatsanwaltschaft einen Irrtum hervorruft, also ein Auseinanderfallen von Wahrheit und Vorstellung über Rechtsfragen oder Tatsachen auslöst<sup>2</sup>. Strafverfolgungsbehörden dürfen das Vorliegen von belastenden Beweismitteln, wie etwa Aussagen von Zeugen und Zeuginnen oder mitbeschuldigten Personen oder das Vorhandensein von DNA-Spuren, ebenso wenig vorspiegeln, um ein Geständnis zu erlangen, wie eine Wahrheitspflicht<sup>3</sup>. Unzulässig ist auch die Behauptung, die Tat sei bereits bewiesen<sup>4</sup>, oder die Darstellung einer nicht feststehenden Tatsache als erwiesen<sup>5</sup>. Die Beweiserhebung - und damit die Verwertung der Aussagen - bleibt solange unzulässig, als die hervorgerufene Täuschung weiterbesteht. Ein hervorgerufener oder aufrechterhaltener Irrtum der befragten Person darf auch in späteren Einvernahmen nicht ausgenutzt werden.

3. a) Die Staatsanwaltschaft führte mit dem Berufungskläger die Festnahmeeröffnung im Zusammenhang mit dem Tötungsdelikt durch. Nach erfolgter Rechtsbelehrung startete die Befragung unter dem Titel "Dringender Tatverdacht" wie folgt:

"[Staatsanwaltschaft]

Sie stehen im dringenden Verdacht, eine vorsätzliche Tötung zum Nachteil [des getöteten

---

<sup>1</sup> Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO

<sup>2</sup> Gless, Basler Kommentar, 2.A., Art. 140 StPO N. 47

<sup>3</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 47

<sup>4</sup> BGE vom 18. April 2018, 6B\_990/2017, Erw. 2.4.3; Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 140 N. 10

<sup>5</sup> Wohlers, Art. 140 StPO N. 10

Mannes] begangen zu haben. Die Tat war am [Datum], also etwas mehr als vor einem Jahr. Es waren mehrere Personen an der Tat beteiligt. Wie äussern Sie sich zum Tatverdacht?

[Berufungskläger]

Ich kann beweisen, dass ich unschuldig bin. Ich habe das nicht gemacht.

Wie können Sie das beweisen?

Ich werde mit meinem Anwalt reden und dann werde ich beweisen, dass ich unschuldig bin. Sie müssen mich dann bezahlen. Eine Frage, bitte ....

Ja?

Haben Sie Beweise, dass ich diesen Mann gemordet habe und dass ich dort war?

Ja. Darum sind Sie hier.

Ok, ich kann beweisen, dass das nicht stimmt. Ich unterschreibe jetzt 25 Jahre Gefängnis, hier an diesem Tisch, wenn Sie mir beweisen können, dass ich diesen Mann in seiner Wohnung gemordet habe. (...)"

b) Aus Sicht der Staatsanwaltschaft lagen im Zeitpunkt dieser Befragung konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der Berufungskläger (zumindest) um die ungefähre Tatzeit herum allenfalls in der Umgebung des Tatorts befunden hatte. Auch sprachen die Aussagen aus dem Umfeld des Opfers als Indizien für eine mögliche Täterschaft des Berufungsklägers. Ein direkter Beweis dafür, dass der Berufungskläger selber in der Nähe des Tatorts und an der Tötung des Opfers auf irgendeine Weise beteiligt war, lag der Staatsanwaltschaft hingegen weder in Form einer Aussage noch als Rückschluss aus Mobiltelefonauswertungen oder dergleichen vor. Es gab dannzumal lediglich einen Verdacht und Indizien für eine Beteiligung an der Tötung. Indem die Staatsanwaltschaft gegenüber dem Berufungskläger trotzdem behauptete, sie könne beweisen, dass er am Tatort gewesen sei und den Mann getötet habe, täuschte sie ihn daher über die damals vorliegenden Beweise gegen ihn. Sie behauptete zu Unrecht, seine Tatbeteiligung sei bereits bewiesen und erweckte damit beim Berufungskläger falsche Vorstellungen über die Beweislage gegen ihn. Die Äusserung der Staatsanwaltschaft ist - der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>6</sup> folgend - als täuschend im Sinn von Art. 140 Abs. 1 StPO zu qualifizieren. Daran ändert nichts, dass der Berufungskläger auch nach dieser Täuschung seine Tatbeteiligung vehement bestritt. Zum einen kann es nicht angehen, das Bejahen einer unzulässigen Beweiserhebungsmethode im Sinn von Art. 140 Abs. 1 StPO vom Eintreten eines "Erfolgs" abhängig zu machen, insbesondere da in dieser Bestimmung auch die Folter oder Drohungen untersagt werden. Verwerflich

---

<sup>6</sup> BGE vom 18. April 2018, 6B\_990/2017, Erw. 2.4.3

und damit absolut verboten ist die Methode an sich; ob sie bei der beschuldigten Person Wirkung zeigt, sodass diese ihr Aussageverhalten ändert, oder nicht, muss irrelevant bleiben. Zum andern kann ohnehin nicht ausgeschlossen werden, dass der Berufungskläger anders ausgesagt hätte, wenn ihm zu Beginn der Befragung nicht eine unzutreffende Beweislage vorgespiegelt worden wäre. Dass eine solche Täuschung geeignet ist, gerade im frühen Verfahrensstadium das Aussageverhalten einer Person zu beeinflussen, ist gerichtsnotorisch.

4. a) Rund neun Monate später wurde der Berufungskläger erneut staatsanwaltschaftlich zum Tötungsdelikt befragt. Zu Beginn dieser Befragung hielt ihm die Verfahrensleitung unter dem Titel "Zur Sache" folgendes vor:

"[Staatsanwaltschaft]

Sie wurden am [Datum] letztmals von der [Polizei] im Rahmen einer delegierten Einvernahme zum Vorwurf der Beteiligung am Tötungsdelikt vom [Datum] zum Nachteil [des getöteten Mannes] einvernommen. Sie stellen sich nach wie vor auf den Standpunkt, an diesem Delikt nicht beteiligt zu sein. Weiter haben Sie noch immer keine sinnvolle Erklärung geliefert, weshalb Sie sich zum Tatzeitpunkt am Tatort befunden haben. Möchten Sie heute zum dem Ihnen vorgeworfenen Tötungsdelikt etwas Neues erzählen?

[Berufungskläger]

Ich war nicht dort. Sie haben eine Einvernahme gemacht mit [einem Mitbeschuldigten]. Er hat erzählt, wie sie [den Mann] getötet haben. Er hat gesagt, dass ich das nicht gewesen sei.

([Die Staatsanwaltschaft] erklärt, dass nachgewiesen werden könne, dass er am Tatort gewesen sei zur Tatzeit. Zudem erklärt sie die verschiedenen Teilnahmeformen an einem Delikt).

Ich erzähle Ihnen, ich habe nichts zu tun mit dieser Tötung und ich habe niemanden geschickt. Am ersten Tag, als Sie mich verhaftet haben, da haben Sie mir zwei Papiere gegeben (Auszüge aus Haftantrag). Sie haben gesagt, ich hätte [den Mann] getötet.

Ich sage heute das Gleiche wie damals: Ich kann nachweisen, dass Sie zur Tatzeit am Tatort waren. Ich will wissen warum.

Ich war nicht dort. Die anderen haben einen Raub gemacht."

b) Mithin hielt die Staatsanwaltschaft auch neun Monate nach der Festnahmeeröffnung daran fest, sie könne nachweisen, dass der Berufungskläger zur Tatzeit am Tatort gewesen sei. Ihre Äusserung entsprach jedoch nach wie vor nicht der Aktenlage; ein direkter Beweis für die Anwesenheit des Berufungsklägers am Tatort lag unverändert nicht vor. Umso mehr, da ein Mitbeschuldigter zwischenzeitlich eingestand, bei der Tat vor Ort gewesen zu sein, und er zu keinem

Zeitpunkt behauptete, gesehen zu haben, dass auch der Berufungskläger dort gewesen sei, was der Verfahrensleitung bekannt war. Der Mitbeschuldigte gab einzig zu Protokoll, es könne sein, dass sich der Berufungskläger auch in der Nähe vom Tatort aufgehalten habe. Zudem hielt er von Beginn weg fest, dass der Berufungskläger erst nach dem Überfall über das Geschehen informiert worden sei. Insofern war die Behauptung von der Staatsanwaltschaft, der Berufungskläger sei nachweislich "zur Tatzeit" am Tatort gewesen, irreführend.

c) Unter Berücksichtigung dessen war auch diese Äusserung, sprich das Festhalten an der unzutreffenden Behauptung, die Anwesenheit des Berufungsklägers am Tatort zur Tatzeit sei bewiesen, täuschend im Sinn von Art. 140 Abs. 1 StPO.

5. a) Zusammenfassend sind somit sowohl die Äusserungen der Staatsanwaltschaft an der Einvernahme bei der Festnahmeeröffnung wie auch diejenigen an der Einvernahme neun Monate später als Täuschung im Sinn von Art. 140 Abs. 1 StPO zu qualifizieren. Die beiden Einvernahmen sind daher nach Art. 141 Abs. 1 StPO unverwertbar.

b) Zu prüfen bleiben die Verwertbarkeitsfolgen für die weiteren Befragungen des Berufungsklägers durch Polizei und Staatsanwaltschaft. Als Ausgangspunkt dient dabei die Täuschung an der Festnahmeeröffnung. Die Unverwertbarkeit der Aussagen wegen der Täuschung hält solange an, wie Letztere weiterbesteht. Betroffen sein könnten indes ausschliesslich die Befragungen zum Tötungsdelikt. Wie sich die Täuschung auf die Aussagen des Berufungsklägers zu anderen Tatbeständen hätte auswirken sollen, ist nicht ersichtlich.

c) Der Berufungskläger wurde durch die Aussagen der Staatsanwaltschaft an der Festnahmeeröffnung sowie erneut neun Monate später getäuscht. Ausdrücklich richtiggestellt wurden die unzutreffenden Behauptungen gegenüber dem Berufungskläger nie, weshalb die Täuschung grundsätzlich für die folgenden Einvernahmen fortwirkte. Die Wirkung der Täuschung dauerte unter diesen Umständen entweder bis zu dem Zeitpunkt fort, an dem die behaupteten Beweise vorgelegt hätten und dem Berufungskläger vorgehalten wurden und die ursprünglich falschen Behauptungen damit zugetroffen hätten, oder aber bis der Berufungskläger sich selber ein Bild davon machen konnte, was die Staatsanwaltschaft beweisen kann - oder eben auch nicht. Ersteres trat nicht ein, gibt es doch nach wie vor weder einen direkten Beweis dafür, dass der Berufungskläger persönlich zur Tatzeit am Tatort gewesen wäre noch dafür, dass er selber den Mann direkt getötet hätte. Massgebend ist daher der Zeitpunkt, an dem sich der Berufungskläger aus den Akten selber ein sicheres Bild über die Beweislage machen konnte. Im Verlauf der Ermittlungen wurden dem Berufungskläger laufend verschiedene Beweismittel, wie Antennenstandorte oder Aussagen dritter Personen, vorgehalten. Erst mit der vollständigen Akteneinsicht aber konnte er sich ein umfassen-

des Bild über die Beweislage machen und sich vergewissern, dass nicht weitere, (noch) nicht vorgehaltene Beweismittel in den Akten sind. Dabei ist zu beachten, dass die Strafverfolgungsbehörden bereits zu einem frühen Zeitpunkt weitere Tatverdächtige im Visier hatten, die vor den Einvernahmen des Berufungsklägers im Zusammenhang mit dem Tötungsdelikt verhaftet wurden. Dass bis zur Anklageerhebung formell kein einheitliches Verfahren geführt wurde, die Staatsanwaltschaft also gegen jeden Beschuldigten separat ermittelte und separate Aktenbestände führte, spielt keine Rolle, zumal hier die Voraussetzungen für getrennte Verfahren ohnehin nicht gegeben waren. Der Berufungskläger konnte - solange er keine Kenntnis von diesen Akten nehmen konnte - nicht mit Sicherheit ausschliessen, dass sich darin keine ihm bisher nicht vorgehaltenen oder offengelegten belastenden Beweise befinden. Aufgrund dessen ist eine Fernwirkung der Täuschung bis zur vollständigen Einsicht des Berufungsklägers in alle Verfahrensakten zu bejahen, und zwar in seine eigenen und auch in diejenigen aller anderen am Tötungsdelikt Beteiligten.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43



#### **40. Verwertbarkeit von Einvernahmen, bei denen die einvernommene Person von Anfang an in der falschen Parteiorole befragt wurde oder die Parteiorole nachträglich wechselte**

(Art. 141 Abs. 1 StPO; Art. 141 Abs. 2 StPO; Art. 158 Abs. 2 StPO; Art. 177 Abs. 1 StPO; Art. 181 Abs. 1 StPO)

1. Im Jahr 2010 eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen mehrere verdächtige Personen wegen eines gemeinsam verübten Delikts. Im Lauf der Ermittlungen traten weitere Sachverhalte und verdächtige Personen hinzu. Die Staatsanwaltschaft führte gegen jede beschuldigte Person ein eigenes Strafverfahren mit einem separaten Aktenbestand. Die Berufungskläger wurden vom Bezirksgericht verurteilt, wogegen sie Berufung erhoben. Im Berufungsverfahren ist strittig, ob die einvernommenen Personen in der richtigen Rolle befragt wurden, was die Konsequenzen für die Verwertbarkeit sind, wenn dies verneint wird, und wie sich ein nachträglicher Rollenwechsel auf die Verwertbarkeit der Einvernahmen auswirkt.

2. a) aa) Zeugin oder Zeuge ist nach Art. 162 StPO eine an der Begehung einer Straftat nicht beteiligte Person, die der Aufklärung dienende Aussagen machen kann und nicht Auskunftsperson ist. Mitbeschuldigte Personen, gegen die bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, können als Zeuge oder Zeugin einvernommen werden<sup>1</sup>. Dies setzt freilich voraus, dass die mitbeschuldigte Person nicht aus einem anderen Grund als nach Art. 178 lit. f StPO als Auskunftsperson zu befragen ist.

bb) Als Auskunftsperson wird nach Art. 178 StPO unter anderem einvernommen, wer ohne selber beschuldigt zu sein, als Täterin, Täter, Teilnehmerin oder Teilnehmer der abzuklärenden Straftat oder einer anderen damit zusammenhängenden Straftat nicht ausgeschlossen werden kann (lit. d), als mitbeschuldigte Person zu einer ihr nicht selber zur Last gelegten Straftat zu befragen ist (lit. e) oder in einem andern Verfahren wegen einer Tat, die mit der abzuklärenden Straftat in Zusammenhang steht, beschuldigt ist (lit. f). Die Auskunftspersonen nach Art. 178 lit. b-g StPO sind nicht zur Aussage verpflichtet; für sie gelten sinngemäss die Bestimmungen über die Einvernahme der beschuldigten Person<sup>2</sup>. Die Strafbehörden machen die Auskunftspersonen zu Beginn der Einvernahme auf ihre Aussagepflicht oder ihre Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechte aufmerksam<sup>3</sup>.

cc) Als beschuldigte Person gilt nach Art. 111 Abs. 1 StPO die Person, die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer

---

<sup>1</sup> BGE 144 IV 111 f.; Donatsch, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 178 N. 36

<sup>2</sup> Art. 180 Abs. 1 StPO

<sup>3</sup> Art. 181 Abs. 1 StPO

Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird. Polizei oder Staatsanwaltschaft weisen die beschuldigte Person nach Art. 158 Abs. 1 StPO zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hin, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden (lit. a), sie die Aussage und die Mitwirkung verweigern kann (lit. b), sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen (lit. c) und sie eine Übersetzerin oder einen Übersetzer verlangen kann (lit. d). Einvernahmen der beschuldigten Person ohne diese Hinweise sind nicht verwertbar<sup>4</sup>.

Beweise, die die StPO als unverwertbar bezeichnet, sind in keinem Fall verwertbar<sup>5</sup>.

b) aa) Wurde eine Person als Zeuge oder Zeugin einvernommen, sind ihre Aussagen gegen sie als beschuldigte Person nicht verwertbar<sup>6</sup>, egal ob von Anfang an hätte klar sein sollen, dass sie beschuldigte Person ist oder ob sich das erst später im Verfahren herausstellt<sup>7</sup>. Mit anderen Worten ist hier irrelevant, ob die Rolle als Zeuge oder Zeugin im Zeitpunkt der Befragung (noch) korrekt oder aber von Beginn an fehlerhaft war, da so oder anders nicht alle Verfahrensrechte berücksichtigt wurden, die für die neue Rolle als beschuldigte Person relevant sind<sup>8</sup>.

Wurde eine Person ursprünglich zu Recht als Zeuge oder Zeugin einvernommen und ergibt sich erst aufgrund eines später eingetretenen Umstands, dass sie als Auskunftsperson hätte befragt werden sollen, bleibt ihre Aussage verwertbar<sup>9</sup>. Anders ist es hingegen, wenn bereits im Zeitpunkt der Einvernahme die Befragung als Zeuge oder Zeugin falsch war und sie richtigerweise als Auskunftsperson zu befragen gewesen wäre. In diesem Fall ist die Aussage nach Art. 141 Abs. 2 StPO unverwertbar<sup>10</sup>. Dies deshalb, weil es gegen Art. 180 Abs. 1 StPO verstösst, eine Person unter Aussagezwang und Wahrheitspflicht zu befragen, die das Recht hat, die Aussage zu verweigern und sich nicht selbst zu belasten<sup>11</sup>.

bb) Wurde eine Person (korrekt) als Auskunftsperson befragt, und stellt sich erst im Nachhinein heraus, dass diese Person als Zeuge oder Zeugin einzuvernehmen gewesen wäre, bleibt die Einvernahme verwertbar<sup>12</sup>. Unverwertbar ist die Aussage hingegen, wenn die Befragung als Auskunftsperson statt als Zeuge oder Zeugin bereits im Zeitpunkt der Einvernahme falsch

---

<sup>4</sup> Art. 158 Abs. 2 StPO

<sup>5</sup> Art. 141 Abs. 1 StPO

<sup>6</sup> Donatsch, Art. 178 StPO N. 17; Moser/EI-Hakim, Verwertbarkeit von Einvernahmen eines Zeugen oder einer Auskunftsperson bei einem Rollenwechsel, in: forumpoenale 2018 S. 304; Ruckstuhl, Basler Kommentar, 2.A., Art. 158 StPO N. 4

<sup>7</sup> Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 4

<sup>8</sup> Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 4; vgl. auch BGE vom 20. Juni 2018, 6B\_9/2018, Erw. 1.3

<sup>9</sup> Donatsch, Art. 178 StPO N. 23

<sup>10</sup> Donatsch, Art. 178 StPO N. 16

<sup>11</sup> Vgl. Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 4 allerdings zum Rollenwechsel bei einer beschuldigten Person.

<sup>12</sup> Donatsch, Art. 178 StPO N. 15; Kerner, Basler Kommentar, 2.A., Art. 178 StPO N. 15



war<sup>13</sup>. Solche Einvernahmen sind mangels Hinweis auf die Zeugnis- und Wahrheitspflichten absolut unverwertbar<sup>14</sup>.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Polizei mangels entsprechender Befugnis im Kanton Thurgau<sup>15</sup> keine Zeugen und Zeuginnen einvernehmen darf, weshalb solche Befragungen im staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahren von der Polizei nicht durchgeführt werden dürfen<sup>16</sup>. Unzulässig ist es auch, eine Person, die richtigerweise als Zeuge oder Zeugin zu befragen wäre, durch die Polizei delegiert als Auskunftsperson befragen zu lassen. Das Gesetz legt die Rollen von zu befragenden Personen verbindlich fest; eine Ausnahme in der Zuweisung dieser Rolle zugunsten einer delegierten Einvernahme ist gerade nicht vorgesehen. Eine solche Ausnahme würde auch Sinn und Zweck des Gesetzes widersprechen, das verlangt, dass Zeugen und Zeuginnen unter Wahrheitspflicht und Aussagezwang auszusagen haben, was bei einer Auskunftsperson gerade nicht der Fall ist. Es hat bei den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen zur Einvernahme von Zeugen beziehungsweise Zeuginnen durch die Polizei zu bleiben; nämlich einerseits im Rahmen des selbstständigen polizeilichen Ermittlungsverfahrens, in dem nach Art. 179 Abs. 1 StPO alle nicht als beschuldigte Personen in Betracht kommenden Personen (also auch potentielle Zeugen und Zeuginnen) vorerst als Auskunftspersonen befragt werden müssen und andererseits nach Eröffnung des staatsanwaltschaftlichen Untersuchungsverfahrens, sofern der Kanton nach Art. 142 Abs. 2 StPO Angehörige der Polizei hierzu ausdrücklich ermächtigt hat<sup>17</sup>.

cc) Das Bundesgericht hat die Frage, ob die von der beschuldigten Person in der Befragung als Auskunftsperson gemachten Angaben im gegen sie als beschuldigte Person geführten Verfahren verwertet werden können, bisher offen gelassen<sup>18</sup>. In der Lehre ist die Frage umstritten. Der überwiegende Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass die Aussagen einer im Zeitpunkt der Befragung verfahrensfehlerhaft als Auskunftsperson einvernommenen Person (da bereits ein konkreter Tatverdacht vorlag) nach Art. 158 Abs. 2 StPO absolut unverwertbar sind<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> Vgl. Donatsch, Art. 179 StPO N. 13; Hasler, Rollenwechsel im Strafverfahren, Zürich 2019, S. 324 ff. und 336

<sup>14</sup> Art. 177 Abs. 1 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO; anderer Ansicht: Donatsch, Art. 178 StPO N. 14

<sup>15</sup> Gemäss Art. 179 Abs. 2 i.V.m. Art. 142 Abs. 2 StPO dürfen Kantone delegierte Zeugeneinvernahmen durch die Polizei erlauben; im Kanton Thurgau besteht keine entsprechende Befugnis. Anmerkung: Gemäss § 39a ZSRG (Gesetz über die Zivil- und Strafrechtspflege, RB 271.1; in Kraft seit 1. Januar 2022) können Angehörige der Kantonspolizei in begründeten Einzelfällen und im Auftrag der Staatsanwaltschaft Zeuginnen und Zeugen einvernehmen.

<sup>16</sup> Donatsch, Art. 179 StPO N. 13; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 179 N. 5

<sup>17</sup> Was im Kanton Thurgau nicht der Fall ist. Anmerkung: siehe Fn. 15

<sup>18</sup> BGE vom 24. August 2018, 6B\_208/2015, Erw. 1.4; BGE vom 23. Mai 2016, 1B\_48/2016, Erw. 2.5.2; vgl. auch BGE 141 IV 28

<sup>19</sup> Ebnetter/Heimgartner, Von der Auskunftsperson zur beschuldigten Person - Verwertbarkeit vormaliger Aussagen?, in: AJP 2018 S. 269, wobei sie sich jedoch für eine relative Unverwertbarkeit aussprechen; Godenzi, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 158 N. 42; Riklin, Art. 158 StPO N. 6; Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 4; vgl. auch BGE vom 20. Juni 2018, 6B\_9/2018, Erw. 1.3, allerdings betreffend eine Zeugeneinvernahme.

Was die Verwertbarkeit der Aussagen von einer im Zeitpunkt der Befragung zu Recht als Auskunftsperson einvernommenen Person angeht, sind die Ansichten differenziert: Der überwiegende Teil der Lehre geht davon aus, dass die Aussagen einer Auskunftsperson bei einem (echten) Rollenwechsel zur beschuldigten Person grundsätzlich gegen sie nicht verwertbar sind. Im Detail gehen die Meinungen indes auseinander: Ein Teil der Lehre geht von absoluter Unverwertbarkeit aus<sup>20</sup>. Ein Teil hält diese Aussagen für absolut unverwertbar, soweit der Auskunftsperson der Vorhalt auf die Rechte einer beschuldigten Person nach Art. 158 Abs. 1 StPO nicht gemacht wurde, namentlich auch darauf, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden sei und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden, wobei ein sinngemässer Hinweis nicht genüge<sup>21</sup>. Ein weiterer Teil der Lehre erachtet die Aussagen für verwertbar, sofern folgende (sinngemässen) Hinweise erfolgt sind: (1) Aussage und Mitwirkungsrecht, (2) dass die Aussagen gegen die befragte Person als Beweismittel verwendet werden können, (3) dass sie die Unterstützung eines Übersetzers und die Anwesenheit eines Rechtsanwalts verlangen könne sowie (4) Verfahrensgegenstand und Stand des Verfahrens<sup>22</sup>. Einzig Riklin hält solche Aussagen ohne weiteres für verwertbar, weil die Rechte der Auskunftsperson und der beschuldigten Person "in den entscheidenden Punkten deckungsgleich" seien<sup>23</sup>.

c) Nach herrschender Lehre sind Aussagen, die eine beschuldigte Person in der Rolle als Zeuge machte, demnach absolut unverwertbar nach Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 StPO. Gleiches gilt für im Zeitpunkt der Befragung fälschlicherweise als Auskunftsperson einvernommene beschuldigte Personen (unechter Rollenwechsel). Unverwertbar sind die Einvernahmen als Auskunftsperson auch dann, wenn sich erst im Nachhinein herausstellt, dass sie als beschuldigte Person zu befragen gewesen wäre und ihr nicht mindestens ein Vorhalt nach Art. 158 StPO gemacht wurde. Ebenfalls unverwertbar sind sodann Einvernahmen von Personen, die im Zeitpunkt der Befragung fälschlicherweise als Auskunftspersonen statt als Zeuge beziehungsweise Zeugin befragt wurden und umgekehrt. Das Verwertungsverbot wirkt in allen Fällen auch gegenüber Dritten, namentlich Mitbeschuldigten.

---

<sup>20</sup> Petermann, Auskunftsperson oder Beschuldigter?, in: AJP 2012 S. 1058 f.; Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 928 (mit Ausnahme von einer Einvernahme als Auskunftsperson nach Art. 178 lit. f StPO)

<sup>21</sup> Donatsch, Art. 178 StPO N. 19; Epprecht/Gfeller, Verwertbarkeit von Aussagen nach dem Rollenwechsel von der Auskunftsperson zur beschuldigten Person, in: AJP 2017 S. 1283; Godenzi, Art. 158 StPO N. 43; Kerner, Art. 178 StPO N. 17, der zusätzlich verlangt, dass die befragte Person keinen "Verlust an materiellen Verteidigungsrechten" erlitten hatte und auf eine Wiederholung verzichtete; Moser/El-Hakim, S. 306, die dafürhalten, dass der Auskunftsperson zudem deutlich zu verstehen zu geben ist, dass ein Rollenwechsel nicht ausgeschlossen sei und diesfalls die Aussagen verwertbar wären; Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 5

<sup>22</sup> Ebnetter/Heimgartner, S. 269

<sup>23</sup> Riklin, Art. 158 StPO N. 5

Verwertbar sind hingegen Einvernahmen, soweit sich bei einer als Zeuge oder Zeugin einvernommenen Person erst im Nachhinein erweist, dass sie als Auskunftsperson zu befragen gewesen wäre und umgekehrt.

d) Die obgenannten Ausführungen gelten auch für im Ausland rechtshilfweise durchgeführte Einvernahmen, da auf die Frage der Verwertbarkeit im Schweizer Verfahren Schweizer Recht anwendbar ist<sup>24</sup>.

3. a) aa) In den Akten finden sich verschiedene Einvernahmen, in denen Personen als Auskunftspersonen oder Zeugen und Zeuginnen befragt wurden, obschon im Zeitpunkt der Befragung ein Strafverfahren gegen sie in gleicher Sache lief. Grund dafür ist in den meisten Fällen, dass die Staatsanwaltschaft getrennte Verfahren gegen die Beschuldigten führte, weshalb sie davon ausging, dass den Beschuldigten im Verfahren gegen die Mitbeschuldigten keine Parteistellung zukommt und sie demnach als Auskunftspersonen im Sinn von Art. 178 lit. f StPO<sup>25</sup> zu befragen sind. Das Obergericht stellte in mehreren rechtskräftigen Entscheiden fest, dass die Voraussetzungen für getrennte Verfahren nicht gegeben waren; das Bundesgericht bestätigte die Entscheide. Demnach war trotz unterschiedlicher Verfahrensnummern von einem gemeinsam geführten Untersuchungsverfahren auszugehen beziehungsweise wäre die Staatsanwaltschaft mindestens verpflichtet gewesen, für Delikte mit mehreren Verfahrensbeteiligten ein gemeinsames Verfahren zu führen. Die Befragung einer mitbeschuldigten Person als Auskunftsperson nach Art. 178 lit. f StPO zu einem Sachverhalt, welcher der befragten Person selber vorgeworfen wurde, war damit falsch, da es keine getrennten Verfahren gab beziehungsweise - mangels sachlicher Gründe - hätte geben dürfen. Wäre das Verfahren (korrekt) gemeinsam geführt worden, wären alle Mitbeschuldigten in den mutmasslich gemeinsam begangenen Sachverhalten auch gegeneinander als beschuldigte Person zu befragen gewesen, womit die Befragung als Auskunftsperson von Beginn an unzulässig respektive verfahrensfehlerhaft war. Daran ändert - entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft - nichts, dass die als Auskunftsperson befragten Personen teilweise bereits vorgängig als Beschuldigte zum gleichen Sachverhalt befragt wurden, war doch die Einvernahme als Auskunftsperson wie gesehen von Beginn an falsch. Es kommt hinzu, dass zwar eine (korrekte) Belehrung nicht vor jeder Einvernahme wiederholt werden muss. Erfolgt hingegen - wie hier - nach einer richtigen Belehrung eine falsche, erweckt dies bei der befragten Person den falschen Eindruck, die aktuellere Belehrung sei korrekt<sup>26</sup>. Dieser falsche Eindruck verstärkt sich umso mehr in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem die beschuldigte Person in einem (fälschlicherweise) getrennt geführten Verfahren gegen eine andere (beschuldigte) Person befragt wird, womit sie - mangels entsprechendem Hinweis - nicht damit rechnen musste, dass diese Einvernahme auch

---

<sup>24</sup> Gless, Internationales Strafrecht, 3.A., N. 267; vgl. auch Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 148 N. 2

<sup>25</sup> Nach dieser Bestimmung wird als Auskunftsperson einvernommen, wer in einem anderen Verfahren wegen einer Tat, die mit der abzuklärenden Straftat in Zusammenhang steht, beschuldigt ist.

<sup>26</sup> Vgl. BGE vom 5. Oktober 2021, 1B\_56/2021, Erw. 5.2

gegen sie selber verwendet werden könnte. Aus einer allfälligen bereits erfolgten korrekten Belehrung in einer vorherigen Einvernahme als beschuldigte Person kann daher nichts zugunsten des staatsanwaltschaftlichen Standpunktes abgeleitet werden. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die beschuldigten Personen vertreten waren. Im Übrigen war die Befragung als Auskunftsperson auch gestützt auf Art. 178 lit. e StPO<sup>27</sup> nicht zulässig, da die Straftaten den befragten Personen selbst zur Last gelegt wurden. Die Befragungen als Auskunftspersonen waren damit von Beginn an fehlerhaft. Soweit keine vollständige Belehrung nach Art. 158 StPO stattfand - was nie der Fall war -, sind die Einvernahmen unverwertbar.

bb) Als Grundsatz kann demnach festgehalten werden: Einvernahmen, in denen ein Beschuldigter in einer anderen Parteirole als derjenigen der beschuldigten Person befragt wurde, obwohl ihm im Zeitpunkt der Einvernahme deren Gegenstand im Rahmen des gemeinsamen (oder korrekterweise gemeinsam zu führenden) Strafverfahrens selber zur Last gelegt wurde oder mindestens bereits ein hinreichender Tatverdacht gegen ihn bestand, sind grundsätzlich gegenüber allen beschuldigten Personen unverwertbar. Richtig beziehungsweise ist die Befragung als Auskunftsperson - und nicht als beschuldigte Person - im Rahmen des gemeinsamen Verfahrens nur, soweit der Befragungsgegenstand der befragten Person nicht zur Last gelegt wird<sup>28</sup>.

b) E wurde ab seiner Verhaftung im Herbst 2011 in allen Einvernahmen, die im Aktenbestand von C abgelegt sind, in der Rolle der beschuldigten Person einvernommen. Allerdings finden sich in den Strafakten betreffend E verschiedene Befragungen, in denen er als Auskunftsperson einvernommen wurde:

Anfang des Jahres 2012 wurde E das erste Mal zum Sachverhalt 1 befragt. Da er zur Zeit der Haupttat, als die anderen Beschuldigten dem Opfer einen "Besuch" zu Hause abstatteten, in Haft war und soweit ersichtlich damals kein Verdacht auf eine Mittäterschaft bestand, befragte die Polizei ihn aus damaliger Sicht wohl zu Recht als Auskunftsperson. Erst später - mitunter auch aufgrund seiner damaligen Aussage - geriet er selbst unter Tatverdacht; schliesslich wurde er als Mittäter angeklagt. Die Rolle erweist sich damit im Nachhinein als falsch. Da eine Belehrung nach Art. 158 StPO fehlte, ist die Einvernahme absolut unverwertbar.

Anfang des Jahres 2013 befragte die Polizei E rechtshilfweise (delegiert) als Auskunftsperson im Strafverfahren eines anderen Staates wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Sachverhalt 2). Die Staatsanwaltschaft wies die Polizei vorgängig an, E rechtshilfweise als Beschuldigten zu befragen. Dem kam die Polizei, wie das Protokoll der Befragung zeigt, offensichtlich nicht nach: E wurde anfangs einzig darauf hingewiesen,

---

<sup>27</sup> Nach dieser Bestimmung wird als Auskunftsperson einvernommen, wer als mitbeschuldigte Person zu einer ihr nicht selber zur Last gelegten Straftat zu befragen ist.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 178 lit. e StPO

nicht zur Aussage verpflichtet zu sein. Im Übrigen fehlte eine Belehrung im Sinn von Art. 158 StPO gänzlich. Dass im Zeitpunkt der Befragung ein konkreter Tatverdacht gegen E bestand, die Befragung als Beschuldigter also korrekt gewesen wäre, zeigt sich allein schon darin, dass ihm zu Beginn der Einvernahme - gestützt auf aufgezeichnete Telefonate - vorgeworfen wurde, zusammen mit weiteren Personen eine Rauschgiftlieferung organisiert zu haben. Die Rollenzuweisung war somit fehlerhaft. Die Einvernahme ist im Schweizer Verfahren absolut unverwertbar, auch gegenüber den Mitbeschuldigten.

Im Sommer des Jahres 2013 wurde E als Auskunftsperson einvernommen im Strafverfahren gegen B und K betreffend den Sachverhalt 1. Die Staatsanwaltschaft führte zu diesem Zeitpunkt aber auch ein Verfahren gegen E in gleicher Sache; im Sommer des Jahres 2012 wurde er staatsanwaltschaftlich als beschuldigte Person zu diesem Sachverhalt befragt. Die Befragung als Auskunftsperson im Sommer 2013 war damit nicht korrekt. Die Rolle war im Zeitpunkt der Einvernahme falsch; die Einvernahme ist damit absolut unverwertbar.

Die gerichtlichen Befragungen von E als Auskunftsperson zu Delikten, derer er nicht angeklagt wurde, sind sodann nach Art. 178 lit. e StPO korrekt erfolgt.

c) T wurde im Februar 2013 im Strafverfahren gegen E, B und L betreffend schwere Körperverletzung, Erpressung (Gewaltanwendung) und Verbrechen gegen das BetmG<sup>29</sup> als Auskunftsperson einvernommen. Anfänglich wurde der Sachverhalt <sup>30</sup> thematisiert, in dem er Geschädigter ist. Sodann erfolgte von Seiten der Verfahrensleitung folgender Hinweis: "Bevor ich zu meinen nächsten Fragen komme, mache ich Sie explizit nochmals darauf aufmerksam, dass ihre Antworten auch gegen Sie verwendet werden können." Alsdann folgten Fragen zu einem Betäubungsmittelgeschäft über Fr. 30'000.00 unter Vorhalt eines Protokolls einer Telefonüberwachung von einem Gespräch zwischen L und B aus dem Jahr 2011, worin B zu Ersterem sagte: "Er müsse Drogen verkaufen für diese Leute, dieses Arschloch. Diesen Hurensohn, den sie geschlagen haben, diesen von [Tatort]. [B] habe mit dessen Bruder geredet, dass sei nicht [B's] Geld, 30'000.--.". Die Staatsanwaltschaft führte im Zeitpunkt der Befragung bereits ein Strafverfahren gegen T wegen des Sachverhalts 4. Im Januar 2013 ersuchte die Staatsanwaltschaft in dieser Sache das Zwangsmassnahmengericht um Genehmigung der Überwachung verschiedener Rufnummern von T und ordnete diese gleichentags an. Dass die Staatsanwaltschaft erst im März 2013 - und somit nach der Befragung vom Februar 2013 als Auskunftsperson - T (formell) mitteilte, sie müsse ein Verfahren wegen qualifizierten Betäubungsmittelhandels eröffnen, spielt keine Rolle. Das Strafverfahren gegen T war zum Zeitpunkt der Befragung als Auskunftsperson materiell bereits eröffnet,

---

<sup>29</sup> Betäubungsmittelgesetz, SR 812.121

<sup>30</sup> Sachverhalt 4 (gemeinsamer Betäubungsmittelhandel) ist die mutmassliche Vorgeschichte des Sachverhalts 3 (Erpressung zum Nachteil von T wegen Schulden aus dem gemeinsamen Betäubungsmittelhandel).

allerspätstens nachdem die Staatsanwaltschaft im Januar 2013 Zwangsmassnahmen anordnete<sup>31</sup>. Entsprechend war die Rollenzuweisung auch hier objektiv von Beginn an fehlerhaft, soweit es um diesen Lebenssachverhalt ging, und die Einvernahme ist damit vollumfänglich - da es sich nicht um voneinander unabhängige Sachverhalte handelt - absolut unverwertbar.

d) L wurde sodann im Jahr 2014 rechtshilfweise durch ein Gericht in einem anderen Staat einvernommen. Bei dieser Gelegenheit erfolgten im Wesentlichen die Schlussvorhalte zu den ihm im Schweizer Verfahren angelasteten Delikten. Hierzu wurde er korrekt als beschuldigte Person einvernommen - und verweigerte weitestgehend die Aussage. Einzig zum Sachverhalt 2, für den L in jenem anderen Staat in diesem Zeitpunkt bereits rechtskräftig verurteilt worden war, wurde er als Zeuge einvernommen. Weil gegen L (und die anderen Beschuldigten) aber weiterhin wegen anderer Delikte ein gemeinsames Verfahren geführt wurde beziehungsweise korrekterweise gemeinsam hätte geführt werden müssen, wäre er nach Art. 178 lit. e StPO als Auskunftsperson zu befragen gewesen. Die Einvernahme ist daher, soweit sie den Sachverhalt 2 betrifft, aufgrund falscher Parteirolle nicht verwertbar. Zu den übrigen Sachverhalten wurde er korrekt als beschuldigte Person befragt; die Einvernahme war klar gegliedert, und er wurde vor jedem Sachverhaltskomplex erneut auf sein Aussageverweigerungsrecht hingewiesen und über den Vorwurf informiert. Zudem wurde L zu Beginn der Einvernahme ausführlich über seine Rechte als beschuldigte Person belehrt. Nur beim Sachverhalt 2 wies die Staatsanwaltschaft darauf hin, dass das Aussageverweigerungsrecht nicht für Lebenssachverhalte gelte, für die er bereits rechtskräftig verurteilt worden sei. Unter diesen Umständen war für L klar, dass er - mit Ausnahme des Sachverhalts 2, für den er bereits verurteilt worden war - als beschuldigte Person einvernommen wurde. Dies zeigt sich gerade auch darin, dass er einzig zum Sachverhalt 2 Aussagen machte und sich bei den übrigen Vorhalten auf sein Schweigerecht berief. Die Einvernahme ist daher ausschliesslich zum Sachverhalt 2 unverwertbar, im Übrigen indes verwertbar.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43

---

<sup>31</sup> Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO

#### 41. Umfang der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten

(Art. 141 Abs. 4 StPO; Art. 141 Abs. 1 StPO; Art. 141 Abs. 2 StPO; Art. 147 Abs. 1 StPO; Art. 147 Abs. 4 StPO)

1. Im Berufungsverfahren ist strittig, ob die gestützt auf die unverwertbaren Beweismittel erhobenen Folgebeweise verwertbar sind.

2. a) Ermöglichte ein Beweis, der nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre<sup>1</sup>. Das heisst, ist der erste Beweis unabdingbare Voraussetzung<sup>2</sup> des zweiten, ist der Folgebeweis nicht verwertbar<sup>3</sup>. Die Fernwirkung gilt nicht nur für unverwertbare Beweise nach Abs. 2, sondern auch für absolut unverwertbare Beweise nach Art. 141 Abs. 1 StPO<sup>4</sup>. Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise werden aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet<sup>5</sup>.

b) Bezüglich der Frage der Fernwirkung von unverwertbaren Beweismitteln im Allgemeinen betont die Rechtsprechung, dass es darum gehen müsse, einen angemessenen Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen zu erzielen<sup>6</sup>. Während für eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten spricht, dass andernfalls die Regeln über die Beweiserhebung unterminiert würden, können indirekte Beweisverböte auf der anderen Seite der Ermittlung der materiellen Wahrheit hinderlich sein<sup>7</sup>. Im Gegensatz zur früheren Praxis wollte der Gesetzgeber in Art. 141 Abs. 4 StPO zwar eine sehr weitgehende, nicht jedoch eine absolute Fernwirkung verankern. Würde ein Verwertungsverbot von Folgebeweisen immer angenommen, wenn nicht sicher beziehungsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass der zweite Beweis nicht auch ohne den ersten, illegalen Beweis erlangt worden wäre, käme es gerade nicht zu einem "Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen". Dies entspräche nicht dem mit Art. 141 Abs. 4 StPO anvisierten Mittelweg, sondern käme einer strikten Bejahung der Fernwirkung gleich. Steht sicher fest, dass der erste Beweis keinen Einfluss auf die Erlangung des zweiten Beweises hatte, sondern letzterer auch ohne beziehungsweise unabhängig vom ersteren erhoben worden wäre, besteht grundsätzlich kein Grund für eine Unverwertbarkeit des zweiten Beweises, da der illegale Beweis nicht kausal für den zweiten Beweis war und demnach nicht von einer Fernwirkung

---

<sup>1</sup> Art. 141 Abs. 4 StPO

<sup>2</sup> "Conditio sine qua non"

<sup>3</sup> BGE 138 IV 171; BGE vom 12. März 2020, 6B\_654/2019, Erw. 3.2.3

<sup>4</sup> Gless, Basler Kommentar, 2.A., Art. 141 StPO N. 90; Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 141 N. 44

<sup>5</sup> Art. 141 Abs. 5 StPO

<sup>6</sup> BGE 138 IV 173; BGE vom 7. September 2020, 6B\_335/2020, Erw. 3.3.1

<sup>7</sup> BGE 138 IV 173; BGE 137 I 225; BGE 133 IV 333

gesprochen werden kann<sup>8</sup>. Eine Fernwirkung gemäss BGE 133 IV 329 und Art. 141 Abs. 4 StPO ist auch zu verneinen, wenn der Folgebeweis im Sinn eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs zumindest mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auch ohne den illegalen ersten Beweis erlangt worden wäre. Entscheidend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls<sup>9</sup>. Die bloss theoretische Möglichkeit, den Beweis rechtmässig zu erlangen, genügt nicht<sup>10</sup>.

Die Beweislast dafür, dass der Beweis auch ohne den unverwertbaren Beweis hätte gefunden werden können, liegt bei den Strafverfolgungsbehörden<sup>11</sup>. Dabei ist massgeblich, ob die Strafverfolgungsbehörde den Folgebeweis aufgrund des damaligen Ermittlungsstands vor Erlangung des unzulässigen Beweises (und nicht aus einer heutigen Betrachtung) ermittelt hätte<sup>12</sup>. Im Zweifel ist daher eine Fernwirkung anzunehmen<sup>13</sup>.

c) In Bezug auf das Teilnahmerecht nach Art. 147 Abs. 1 StPO hielt das Bundesgericht sodann fest, dass Aussagen, welche die befragten Personen in Einvernahmen ohne Teilnahme der beschuldigten Person machten, und die in späteren Konfrontationseinvernahmen den befragten Personen wörtlich vorgehalten werden, im Sinn von Art. 147 Abs. 4 StPO unzulässigerweise verwertet werden<sup>14</sup>. Die Durchführung einer Einvernahme ohne Teilnahme der beschuldigten Person steht einer Wiederholung der Beweiserhebung grundsätzlich nicht entgegen. Wird aber die Einvernahme wiederholt oder wird zu einem späteren Zeitpunkt eine Konfrontationseinvernahme durchgeführt, darf die Strafbehörde nicht auf die Ergebnisse der vorausgegangenen Einvernahmen zurückgreifen, soweit diese einem Beweisverbot unterliegen. Art. 147 Abs. 4 StPO hält klar fest, dass Beweise, die unter Verletzung des Teilnahmerechts erhoben worden sind, nicht zulasten der Partei verwertet werden dürfen, die nicht anwesend war. Und ebenso deutlich sieht Art. 141 Abs. 1 StPO vor, dass Beweise in keinem Fall verwertbar sind, wenn die StPO einen Beweis als unverwertbar bezeichnet. Die aus unverwertbaren Einvernahmen erlangten Erkenntnisse dürfen weder für die Vorbereitung noch für die Durchführung erneuter Beweiserhebungen verwendet werden<sup>15</sup>.

d) Das Bundesgericht hat die Frage, ob für absolut unverwertbare Beweise nach Art. 141 Abs. 1 StPO auch eine absolute Fernwirkung oder lediglich eine solche nach Art. 141

---

<sup>8</sup> BGE 138 IV 173

<sup>9</sup> BGE 138 IV 173 f.; BGE vom 7. September 2020, 6B\_335/2020, Erw. 3.3.1; BGE vom 12. März 2020, 6B\_654/2019, Erw. 3.2.3; BGE vom 15. März 2019, 6B\_75/2019, Erw. 1.4.4; BGE vom 10. Mai 2013, 6B\_640/2012, Erw. 2.1; Gless, Art. 141 StPO N. 95 und 97

<sup>10</sup> BGE 138 IV 174; BGE vom 10. Mai 2013, 6B\_640/2012, Erw. 2.1; Gless, Art. 141 StPO N. 97

<sup>11</sup> Gless, Art. 141 StPO N. 97; Wohlers, Art. 141 StPO N. 46

<sup>12</sup> Gless, Art. 141 StPO N. 95 und 97

<sup>13</sup> Wohlers, Art. 141 StPO N. 46

<sup>14</sup> BGE 143 IV 459; BGE vom 10. Juni 2021, 6B\_1080/2020, Erw. 6.1

<sup>15</sup> BGE 143 IV 460 f.; BGE vom 10. Juni 2021, 6B\_1080/2020, Erw. 5.5; BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.3



Abs. 4 StPO gelten soll, bisher offengelassen<sup>16</sup>. Die Lehre spricht sich für eine strikte Fernwirkung aus, mit der Begründung, Art. 141 Abs. 1 StPO erkläre die Beweise für "in keinem Fall verwertbar"<sup>17</sup>. Diese Ansicht überzeugt. Die Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 2 StPO ist im Gegensatz zur Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 1 StPO bereits relativiert, da entsprechende Beweise trotz Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift zur Aufklärung schwerer Straftaten verwertet werden dürfen. Da unverwertbare Beweismittel nach Abs. 1 in jedem Fall unverwertbar sind, hat dies auch für die daraus erlangten Folgebeweise zu gelten. Eine Interessenabwägung hat der Gesetzgeber im Anwendungsbereich von Art. 141 Abs. 1 StPO gerade ausschliessen wollen. Folgebeweise aus nach Art. 141 Abs. 1 StPO absolut unverwertbaren Beweismitteln sind daher ebenfalls absolut - und damit unabhängig davon, ob sie auch sonst hätten entdeckt werden können - unverwertbar.

3. Für die Verwertbarkeit von Folgebeweisen ergibt sich damit, dass diese grundsätzlich gegenüber den gleichen Personen und im gleichen Umfang wie der Erstbeweis, aus dem sie sich ergeben, nicht verwertet werden dürfen. Soweit die Erstbeweise nicht nach Art. 141 Abs. 1 StPO, sondern lediglich nach Art. 141 Abs. 2 StPO unverwertbar sind, dürfen die Folgebeweise verwertet werden, sofern sie gemäss damaligem Ermittlungsstand mit grosser Wahrscheinlichkeit auch ohne den unzulässigen Beweis ermittelt worden wären. Es obliegt der Staatsanwaltschaft, im Einzelnen geltend zu machen und zu belegen, dass sie einen konkreten Folgebeweis im Sinn der vorstehenden Erwägungen auch ohne den unverwertbaren Erstbeweis ermittelt hätte.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43

---

<sup>16</sup> BGE vom 12. März 2020, 6B\_654/2019; Erw. 3.2.3; BGE vom 27. September 2016, 6B\_976/2015, Erw. 6.4

<sup>17</sup> Gless, Art. 141 StPO N. 90; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 141 N. 12; Wohlers, Art. 141 StPO N. 44



## 42. Verletzungen der Teilnahmerechte

(Art. 147 Abs. 1 StPO; Art. 147 Abs. 4 StPO; Art. 101 StPO; Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO; Art. 148 StPO; Art. 194 Abs. 1 StPO)

1. In einem Strafverfahren mit mehreren Mitbeschuldigten und diversen Sachverhalten stellte sich in Bezug auf verschiedene Berufungskläger die Frage, ob deren Teilnahme- und Akteneinsichtsrechte gewahrt wurden.

2. a) aa) Einer beschuldigten Person ist nach Art. 101 StPO spätestens dann Akteneinsicht zu gewähren, wenn sie das erste Mal staatsanwaltschaftlich (oder delegiert durch die Polizei<sup>1</sup>) einvernommen und die wichtigen Beweise erhoben wurden<sup>2</sup>. Vorher - und damit namentlich auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren - besteht nach dem klaren Willen des Gesetzgebers kein Anspruch auf Akteneinsicht<sup>3</sup>. Art. 101 StPO stellt eine Mindestanforderung dar, vorherige Akteneinsicht ist zulässig<sup>4</sup>. Eine "erste Einvernahme" nach Art. 101 StPO liegt auch vor, wenn die Befragung nur kurz war oder die beschuldigte Person von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht; die "erste Einvernahme" kann sich bei umfangreichen Untersuchungen aber auch über mehrere Einvernahmen erstrecken<sup>5</sup>. Als wichtigste Beweise gelten etwa die Einvernahmen der Hauptbelastungszeugen und Hauptbelastungszeuginnen, Durchsuchungen und Beschlagnahmungen, Editionen relevanter Bankunterlagen, kriminaltechnische Berichte, rechtsmedizinische Gutachten oder Fotokonfrontationen<sup>6</sup>. Wenn die entsprechenden Beweismassnahmen neue, für die Frage der Täterschaft relevante Sachverhaltselemente an den Tag fördern, muss es möglich sein, die beschuldigte Person hierzu zu befragen, bevor sie vom Inhalt entsprechender Aktenteile Kenntnis hat<sup>7</sup>. Je nach Umfang der Untersuchung und Zeitaufwand für die Beschaffung von Beweisen kann die Erhebung der wichtigen Beweise durchaus längere Zeit dauern. Nachdem der Gesetzgeber mit Art. 101 StPO eine möglichst frühe Akteneinsicht wollte, erscheint es in solchen Fällen grundsätzlich angezeigt, dass die Staatsanwaltschaft der beschuldigten Person in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips teilweise Akteneinsicht betreffend bereits vorgehaltener Akten gewährt<sup>8</sup>. Zu beachten ist auch, dass eine Verweigerung der Akteneinsicht zur Notwendigkeit zusätzlicher Einvernahmen führen kann, etwa damit die beschuldigte Person einen Zeugen oder eine Zeugin mit einem erst später eröffneten Beweisstück konfrontieren kann, sodass die

---

<sup>1</sup> Schmutz, Basler Kommentar, 2.A., Art. 101 StPO N. 14

<sup>2</sup> Art. 101 Abs. 1 StPO; BGE 137 IV 174

<sup>3</sup> Vgl. BGE 137 IV 174; Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 107 N. 4a

<sup>4</sup> Brühshweiler/Grünig, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 101 N. 3

<sup>5</sup> Brühshweiler/Grünig, Art. 101 StPO N. 4; Schmutz, Art. 101 StPO N. 14

<sup>6</sup> Brühshweiler/Grünig, Art. 101 StPO N. 5; Schmutz, Art. 101 StPO N. 15

<sup>7</sup> Schmutz, Art. 101 StPO N. 15

<sup>8</sup> Brühshweiler/Grünig, Art. 101 StPO N. 6; Schmutz, Art. 101 StPO N. 15

Verweigerung der Akteneinsicht auch der Verfahrensökonomie und den Interessen des Opfers abträglich sein kann<sup>9</sup>. Nach der Praxis des Bundesgerichts besteht zu Beginn der Strafuntersuchung noch kein absoluter Anspruch auf eine vollständige Akteneinsicht. In begründeten Fällen kann allerdings schon im frühen Verfahrensstadium eine - allenfalls partielle - Akteneinsicht sachlich geboten sein, etwa betreffend relevante Haftakten in Haftprüfungsverfahren<sup>10</sup>.

bb) Wird einer beschuldigten Person die Akteneinsicht (unrechtmässig) verweigert, verletzt dies ihren Anspruch auf rechtliches Gehör<sup>11</sup>. Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwer wiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Instanz mit umfassender Kognition dazu zu äussern<sup>12</sup>. Bei ungenügender Akteneinsicht ist zur Heilung derselben die Akteneinsicht selbst zu gewähren und dafür Sorge zu tragen, dass die beschuldigte Person sich in Kenntnis dieser Akten nochmals zur Sache vernehmen lassen kann<sup>13</sup>.

b) aa) Gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO haben die Parteien sodann das Recht, bei Beweiserhebungen durch Staatsanwaltschaft und Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Die Partei oder ihre Verteidigung können die Wiederholung der Beweiserhebung verlangen, wenn die Verteidigung oder eine Partei ohne Verteidigung aus zwingenden Gründen an der Teilnahme verhindert waren. Auf eine Wiederholung kann verzichtet werden, wenn sie mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre und dem Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör, insbesondere dem Recht, Fragen zu stellen, auf andere Weise Rechnung getragen werden kann<sup>14</sup>. Vor Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft besteht der Anspruch auf Parteiöffentlichkeit hingegen nicht. Bei Beweiserhebungen durch die Polizei, etwa bei polizeilichen Einvernahmen von Auskunftspersonen gestützt auf Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO, sind die Parteien mit anderen Worten nicht zur Teilnahme berechtigt<sup>15</sup>. Auch die Verteidigung der beschuldigten Person ist im polizeilichen Ermittlungsverfahren einzig bei Einvernahmen der beschuldigten Person selber teilnahmeberechtigt. Beweise, die in Verletzung der Bestimmungen von Art. 147 StPO erhoben worden sind, dürfen nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war<sup>16</sup>. Werden Aussagen, welche die befragten Personen in Einvernahmen ohne Teilnahme der beschuldigten Person machten, in späteren Einvernahmen den befragten Personen

---

<sup>9</sup> Vgl. beispielsweise Brühshweiler/Grünig, Art. 101 StPO N. 5

<sup>10</sup> BGE 139 IV 36; vgl. BGE 143 IV 459; vgl. BGE 143 IV 403; vgl. BGE vom 10. Juni 2021, 6B\_1080/2020, Erw. 5.1

<sup>11</sup> Vgl. Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 397 N. 4

<sup>12</sup> BGE 142 II 226; BGE 126 V 132

<sup>13</sup> BGE vom 1. April 2020, 6B\_178/2019, Erw. 4.4.7 (nicht publiziert in: BGE 146 IV 201); BGE vom 26. Oktober 2017, 6B\_264/2017, Erw. 2.3; Keller, Art. 397 StPO N. 5; vgl. auch BGE 142 II 226

<sup>14</sup> Art. 147 Abs. 3 StPO

<sup>15</sup> BGE vom 16. Dezember 2021, 6B\_780/2021, Erw. 1.2 (zur Publikation vorgesehen)

<sup>16</sup> Art. 147 Abs. 4 StPO

wörtlich vorgehalten, so werden diese Aussagen im Sinn von Art. 147 Abs. 4 StPO unzulässigerweise verwertet<sup>17</sup>.

bb) Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts kann die Staatsanwaltschaft bei noch nicht einschlägig einvernommenen beschuldigten Personen - ähnlich wie bei der Akteneinsicht nach Art. 101 Abs. 1 Satz 1 StPO - im Einzelfall prüfen, ob sachliche Gründe für eine vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit bestehen. Solche Gründe liegen insbesondere vor, wenn im Hinblick auf noch nicht erfolgte Vorhalte eine konkrete Kollusionsgefahr gegeben ist. Falls die Befragung von mitbeschuldigten Personen sich auf untersuchte Sachverhalte bezieht, welche die (noch nicht einvernommene) beschuldigte Person persönlich betreffen, und zu denen ihr noch kein Vorhalt gemacht werden konnte, darf sie von der Teilnahme ausgeschlossen werden<sup>18</sup>.

c) aa) Akteneinsichts- und Teilnahmerecht sind Teil des Anspruchs einer Partei auf rechtliches Gehör<sup>19</sup>. Die Strafbehörden können das rechtliche Gehör einschränken, wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht oder dies für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist<sup>20</sup>. Nach erfolgter Einvernahme der beschuldigten Person ist eine weitere Beschränkung der Teilnahmerechte nach Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO daher (nur) noch zulässig, falls konkrete Anhaltspunkte für rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliegen, etwa wenn eine direkte Beeinflussung der Aussagen von Dritten konkret droht<sup>21</sup>. Bei einer Beschränkung nach Art. 108 StPO ist das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren<sup>22</sup> und Zurückhaltung geboten<sup>23</sup>. Die Möglichkeit, dass bereits befragte beschuldigte Personen später ihr prozesstaktisches Verhalten den Aussagen von mitbeschuldigten Personen anpassen könnten, wurde vom Gesetzgeber grundsätzlich in Kauf genommen, indem er den Parteien ein Teilnahmerecht bei sämtlichen Beweiserhebungen einräumte. Insofern hat der Gesetzgeber die Weichen zugunsten einer grosszügigen Handhabung der Parteiöffentlichkeit gestellt. Die blosser Möglichkeit einer abstrakten "Gefährdung des Verfahrensinteresses" rechtfertigt - nach erfolgter erster Einvernahme - keinen Ausschluss<sup>24</sup>. Analoges gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch für den Haftgrund der Kollusionsgefahr. Ein Ausschluss gestützt auf Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO verlangt vielmehr - auch bei inhaftierten Personen - konkrete

---

<sup>17</sup> BGE 143 IV 459; BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.1 und 1.3.3; BGE vom 10. Juni 2021, 6B\_1080/2020, Erw. 5.5

<sup>18</sup> BGE vom 4. Dezember 2012, 1B\_404/2012, Erw. 2.3; vgl. auch BGE vom 1. Mai 2020, 6B\_1214/2019, Erw. 1.3.2; gleicher Ansicht auch Lieber, Art. 108 StPO N. 4a

<sup>19</sup> Art. 107 Abs. 1 lit. a und b StPO

<sup>20</sup> Art. 108 Abs. 1 lit. a und b StPO

<sup>21</sup> BGE 139 IV 38

<sup>22</sup> Vest/Horber, Basler Kommentar, 2.A., Art. 108 StPO N. 1

<sup>23</sup> Lieber, Art. 108 StPO N. 3

<sup>24</sup> Lieber, Art. 108 StPO N. 4

Anhaltspunkte für rechtsmissbräuchliches Verhalten im Hinblick auf die fragliche Beweiserhebung<sup>25</sup>. Kein genügender Grund ist auch die mangelnde Kooperationsbereitschaft der beschuldigten Person im Verfahren. Von der Rechtsprechung als unzureichend angesehen, um einen Mitbeschuldigten von der Teilnahme auszuschliessen, wurde auch die Angst der anderen beschuldigten Personen vor dem Mitbeschuldigten, die grosse, mächtige Statur des Mitbeschuldigten und dass der Mitbeschuldigte keinen Respekt gegenüber den anderen Beschuldigten hatte,<sup>26</sup> oder die sich aus der Teilnahme an einer Einvernahme ergebende Möglichkeit, die eigenen Aussagen jenen des Mitbeschuldigten anzupassen<sup>27</sup>.

bb) Für eine Einschränkung nach Art. 108 StPO bedarf es vielmehr schwerwiegender Verfahrensverstösse, beispielweise einer Verfahrensverschleppung oder Instrumentalisierung des Verfahrens zur Unterdrückung von Beweismitteln oder Beeinflussung von Zeugen und Zeuginnen<sup>28</sup>. Zudem ist Voraussetzung, dass ein begründeter Verdacht besteht, das heisst konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Partei ihre Rechte in schwerwiegender Weise missbraucht<sup>29</sup>. Die Rechtsprechung befand etwa Briefe eines Beschuldigten, aus denen sich konkrete Anhaltspunkte für Verdunklungshandlungen ergaben<sup>30</sup> oder die Tatsache, dass gegen die beschuldigte Person ein Strafverfahren wegen Veröffentlichung von Akten aus einem früheren Strafverfahren geführt wird<sup>31</sup>, als genügend zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs.

cc) Bei der Prüfung des Ausschlussgrunds von Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO ist - nach Massgabe des jeweiligen Einzelfalls - noch weiteren Gesichtspunkten angemessen Rechnung zu tragen. Die Parteiöffentlichkeit darf unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgebots<sup>32</sup> nicht zu einer im Ergebnis unfairen Benachteiligung zwischen mitbeschuldigten Personen führen<sup>33</sup>. Einschränkungen gegenüber Verteidigern und Verteidigerinnen sind zudem nur zulässig, wenn die Verteidigung selbst Anlass für die Beschränkung gibt<sup>34</sup>. Die Einschränkungen sind sodann zu befristen oder auf einzelne Verfahrenshandlungen zu begrenzen<sup>35</sup>. Zudem haben diese in Form einer schriftlichen und anfechtbaren Verfügung zu ergehen<sup>36</sup>; eine nachträgliche Berufung auf Art. 108

---

<sup>25</sup> BGE 139 IV 38 f.; BGE vom 19. Mai 2020, 1B\_606/2019, Erw. 3.3 hielt fest, dass der Beschwerdeführer mangels konkreter Anhaltspunkte für missbräuchliches Verhalten nicht nach Art. 108 StPO von der Teilnahme ausgeschlossen werden durfte.

<sup>26</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 30. Januar 2013, BK 12 302, Erw. 7.2

<sup>27</sup> Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, vom 19. Januar 2012, BE.2011.87, Erw. 6.3

<sup>28</sup> Lieber, Art. 108 StPO N. 4

<sup>29</sup> Lieber, Art. 108 StPO N. 4; Vest/Horber, Art. 108 StPO N. 5

<sup>30</sup> LGVE 2013 I Nr. 18; die Briefe enthielten konkrete Angaben zu einzelnen Sachverhaltskomplexen und Verfahrensständen, konkrete Anfragen für Absprachen, konkrete Anregungen und Anfragen betreffend Zugaben, konkrete Anweisungen sowie Anfragen und Anregungen betreffend das Verhalten gegenüber dritten Personen.

<sup>31</sup> BGE vom 3. Oktober 2019, 1B\_319/2019, Erw. 2.3 f.

<sup>32</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO

<sup>33</sup> BGE 139 IV 39

<sup>34</sup> Art. 108 Abs. 2 StPO

<sup>35</sup> Art. 108 Abs. 3 StPO

<sup>36</sup> Vest/Horber, Art. 108 StPO N. 4

StPO ist ausgeschlossen. Ist der Grund für die Einschränkung weggefallen, so ist das rechtliche Gehör in geeigneter Form nachträglich zu gewähren<sup>37</sup>.

d) Anders gestaltet sich die Rechtslage bei Einvernahmen, die im Ausland durchgeführt werden. Dabei sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

aa) Bei Einvernahmen, die im Ausland rechtshilfeweise für das Schweizer Strafverfahren durchgeführt werden, ist den Parteien das Teilnahmerecht zu gewähren. Dem Teilnahmerecht der Parteien ist nach Art. 148 StPO allerdings bereits Genüge getan, wenn sie zuhanden der ersuchten ausländischen Behörde Fragen formulieren können, nach Eingang des erledigten Rechtshilfesuchs Einsicht in das Protokoll erhalten und schriftliche Ergänzungsfragen stellen können. Mit dem (nochmaligen) Stellen von Ergänzungsfragen nach Durchführung der Befragung wird der Partei ermöglicht, die Glaubhaftigkeit der Aussagen zu prüfen und auf die Probe zu stellen<sup>38</sup>. Auf die Frage der Verwertbarkeit im Schweizer Verfahren von im Ausland auf Ersuchen der Schweiz erfolgten Einvernahmen ist Schweizer Recht anwendbar<sup>39</sup>.

bb) Einvernahmen (und andere Beweismittel), die im Rahmen eines anderen Verfahrens zustande kamen, können im Strafverfahren beigezogen werden. Ein solcher Aktenbeizug - auch von ausländischen Akten - ist nach Art. 194 Abs. 1 StPO grundsätzlich zulässig. Nach welchen Bestimmungen die Verwertbarkeit beigezogener ausländischer Einvernahmen zu beurteilen ist, lässt sich dem Gesetz indes nicht entnehmen. Soweit sich Lehre und Rechtsprechung mit dieser Frage befassen, kommen sie - zu Recht - zum Schluss, dass sich die Rechtmässigkeit der Beweisabnahme selber nach ausländischem Recht beurteilt. Anders als in einer für das Schweizer Strafverfahren (rechtshilfeweise) durchgeführten Einvernahme stehen den hier beschuldigten Personen im ausländischen Verfahren daher - mangels Stellung als Partei im dortigen Verfahren - keine Teilnahmerechte zu. Der Tatsache, dass in ausländischen Verfahren unter Umständen nach Schweizer Rechtsauffassung grundlegende Rechte der Parteien nicht gewährt wurden, ist indes Rechnung zu tragen. So hat die Verwertung ausländischer Beweismittel, die Schweizer Recht unterliegt<sup>40</sup>, dann zu unterbleiben, wenn der ausländische Staat bei der Einvernahme elementare rechtsstaatliche Grundsätze des Schweizer Rechts missachtete<sup>41</sup>. Dies ist namentlich dann der

---

<sup>37</sup> Art. 108 Abs. 5 StPO

<sup>38</sup> Mettler, Basler Kommentar, 2.A., Art. 148 StPO N. 1

<sup>39</sup> Gless, Internationales Strafrecht, 3.A., N. 267; Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 148 N. 2

<sup>40</sup> Gless, N. 267; Wohlers, Art. 148 StPO N. 2; vgl. auch Riedi, Auslandsbeweise und ihre Verwertung im schweizerischen Strafverfahren, Zürich 2018, S. 166 f.

<sup>41</sup> Vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. August 2018, SB170055, Erw. II.5.2 f.; Riedi, S. 167; ähnlich, allerdings bei inländischem Aktenbeizug: TPF vom 2. August 2021, CA.2020.10, Erw. 2.1.3; in die gleiche Richtung auch Gless, Beweisverbote in Fällen mit Auslandbezug, in: JR 2008 S. 320 f.

Fall, wenn Beweise durch unmenschliche Behandlung erhoben wurden, keine Belehrung über Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte erfolgte oder Aussagen unter vorherig aktiv durch staatliche Behörden vorgenommener Ausschaltung der Denk- oder Willensfähigkeit zustande kamen. Ist dies nicht der Fall, sind die beigezogenen Beweise grundsätzlich verwertbar, wobei freilich im Rahmen der Beweiswürdigung die Umstände der Beweiserhebung im Ausland sowie die nicht gewährten Teilnahmerechte angemessen zu berücksichtigen sind.

e) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt das Recht auf Teilnahme an Beweiserhebungen gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO nur in demjenigen Verfahren, in welchem die Person, die das Teilnahmerecht beansprucht, Partei ist. Die beschuldigte Person kann mithin an Einvernahmen von anderen beschuldigten Personen gestützt auf Art. 147 Abs. 1 StPO nur teilnehmen, wenn diese anderen Personen im gleichen Verfahren wie sie selbst beschuldigt werden. Der Anspruch der beschuldigten Person auf Teilnahme an Beweiserhebungen gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO gilt hingegen nicht in getrennt geführten Verfahren gegen andere beschuldigte Personen. In getrennt geführten Verfahren kommt den beschuldigten Personen im jeweils anderen Verfahren keine Parteistellung zu. Die Einschränkung der Teilnahmerechte von beschuldigten Personen in getrennten Verfahren im Vergleich zu mitbeschuldigten Personen im gleichen Verfahren ist vom Gesetzgeber implizit vorgesehen und hinzunehmen<sup>42</sup>. Durch eine Verfahrenstrennung geht der beschuldigten Person (bezogen auf die Beweiserhebungen in anderen Verfahren) auch das Verwertungsverbot des Art. 147 Abs. 4 StPO verloren, weil ihr Teilnahmerecht durch ihre Abwesenheit bei der Einvernahme nicht verletzt wird<sup>43</sup>.

f) Straftaten werden gemeinsam verfolgt und beurteilt, wenn eine beschuldigte Person mehrere Straftaten verübt hat oder Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt<sup>44</sup>. Dieses Prinzip bildet seit langem ein Wesensmerkmal des schweizerischen Straf- und Strafverfahrensrechts. Es besagt unter anderem, nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit, dass mehrere Straftaten einer einzelnen Person in der Regel in einem einzigen Verfahren verfolgt und beurteilt werden müssen<sup>45</sup>. Der Grundsatz der Verfahrenseinheit bezweckt die Verhinderung sich widersprechender Urteile, sei dies bei der Sachverhaltsfeststellung, der rechtlichen Würdigung oder der Strafzumessung. Er gewährleistet somit das Gleichbehandlungsgebot<sup>46</sup>. Überdies dient er der Prozessökonomie<sup>47</sup>. Eine Verfahrenstrennung ist gemäss Art. 30 StPO nur bei Vorliegen sachlicher Gründe zulässig und muss die Ausnahme bleiben. Die sachlichen Gründe müssen objektiv sein.

---

<sup>42</sup> BGE 147 IV 191 f.; BGE 141 IV 229 f.

<sup>43</sup> BGE vom 16. November 2017, 6B\_129/2017, Erw. 1.4

<sup>44</sup> Art. 29 Abs. 1 StPO

<sup>45</sup> BGE 138 IV 219

<sup>46</sup> Art. 8 BV

<sup>47</sup> BGE 138 IV 31; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 29 N. 1



Die Verfahrenstrennung soll dabei vor allem der Verfahrensbeschleunigung dienen beziehungsweise eine unnötige Verzögerung vermeiden helfen. In der Literatur werden als sachliche Gründe etwa die bevorstehende Verjährung einzelner Straftaten oder die Unerreichbarkeit einzelner beschuldigter Personen genannt. Alle Beispiele beziehen sich auf Charakteristika des Verfahrens, des Täters oder der Tat, nicht aber auf organisatorische Aspekte auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden<sup>48</sup>. Dass umfangreiche Verfahren mit vielen Delikten und/oder beschuldigten Personen organisatorisch aufwändig und für die Verfahrensleitung herausfordernd zu führen sein können, ist daher kein Grund für eine Trennung des Verfahrens. Die Abtrennung des Verfahrens muss die Ausnahme bleiben<sup>49</sup>.

g) Einvernahmen, die in Verletzung der Teilnahmerechte einer beschuldigten Person stattfanden, dürfen nach Art. 147 Abs. 4 StPO nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war.

3. a) Art. 147 Abs. 1 StPO statuiert den Grundsatz, dass Beweiserhebungen im Untersuchungsverfahren parteiöffentlich sind. Den Beschuldigten stand im gemeinsamen Verfahren damit grundsätzlich von Beginn an, sprich ab Eröffnung der Untersuchung, das Teilnahmerecht zu. Abgestellt wird dabei auf den materiellen Begriff der Eröffnung, also jenen Zeitpunkt, in dem sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen begann, respektive in dem die Untersuchung nach Art. 309 Abs. 1 StPO zu eröffnen war<sup>50</sup>. Auch wenn Art. 309 Abs. 3 StPO eine formelle Eröffnungsverfügung verlangt<sup>51</sup>, ist das Datum dieser Verfügung nicht in jedem Fall mit der materiellen Eröffnung gleichzusetzen, da die formelle Eröffnung zuweilen verspätet (oder gar nicht) verfügt wurde. Auf die formelle Eröffnungsverfügung kann damit nicht abgestellt werden, sofern der darin genannte Zeitpunkt offensichtlich nicht in Übereinstimmung mit Art. 309 Abs. 1 StPO festgelegt wurde. Der Eröffnungsverfügung kommt lediglich deklaratorische Wirkung zu<sup>52</sup>.

b) Gemäss der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung konnte die Staatsanwaltschaft im Anfangsstadium der Untersuchung, namentlich bei zu einem Sachverhalt noch nicht einschlägig einvernommenen Beschuldigten, im Einzelfall prüfen, ob analog Art. 101 StPO sachliche Gründe für eine vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit - insbesondere Kollusionsgefahr - bestanden. Nach ihrer ersten staatsanwaltschaftlichen oder delegierten<sup>53</sup> Einvernahme zur Sache

---

<sup>48</sup> BGE 138 IV 219

<sup>49</sup> Schlegel, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 30 N. 6

<sup>50</sup> Gleich verhält es sich bei der Ausdehnung eines Strafverfahrens, zumal Art. 311 Abs. 2 StPO explizit Art. 309 Abs. 3 StPO für anwendbar erklärt; vgl. auch Omlin, Basler Kommentar, 2.A., Art. 311 StPO N. 17

<sup>51</sup> Omlin, Art. 309 StPO N. 6

<sup>52</sup> BGE 141 IV 24

<sup>53</sup> Da die Untersuchung bereits eröffnet ist, sind selbstständige polizeiliche Befragungen im Sinn von Art. 306 f. StPO (Ermittlungsverfahren) nicht mehr möglich.

war eine (weitere) Einschränkung des Teilnahmerechts in diesem Sachverhalt hingegen nur noch unter der Voraussetzung möglich, dass diese im Sinn von Art. 108 StPO (schriftlich) verfügt wurde.

4. a) Im Jahr 2011 dehnte die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung gegen B auf den Lebenssachverhalt "Tötungsdelikt" aus. B wurde festgenommen und gleichentags durch die Staatsanwaltschaft zum Tötungsdelikt befragt. Bis zu diesem Zeitpunkt durfte die Staatsanwaltschaft die Parteirechte von B vorläufig beschränken, nachdem sachliche Gründe, namentlich Kollisionsgefahr, klarerweise gegeben waren. Hingegen wäre nach der ersten Befragung die weitere Beschränkung der Parteirechte nur rechtens gewesen, wenn sie im Sinn von Art. 108 StPO schriftlich verfügt worden wäre, was indes nicht der Fall war. Dass es sich nur um die Festnahmeeröffnung handelte, B also nur kurz zur Sache einvernommen wurde, ändert nach der Rechtsprechung nichts. Auch eine kurze Einvernahme stellt eine erste Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft nach Art. 101 Abs. 1 StPO dar. B war damit ab dieser Einvernahme das Teilnahmerecht an sämtlichen Beweiserhebungen, insbesondere allen Einvernahmen betreffend das Tötungsdelikt, zu gewähren.

b) aa) C wurde erstmals im Jahr 2012 zum Tötungsdelikt befragt, einmal im Kanton A und noch einmal im Kanton Thurgau. Da C sich freiwillig bei der Polizei als "Zeuge" meldete, wurde er jeweils als Auskunftsperson und nicht als beschuldigte Person befragt, weshalb beide Befragungen unverwertbar sind. Fraglich ist, ob es sich dabei trotzdem um die erste Einvernahme von C im Sinn von Art. 101 StPO handelte. Der Staatsanwaltschaft steht gemäss der zitierten Rechtsprechung grundsätzlich das Recht zu, vor der ersten Einvernahme der beschuldigten Person ohne ihre Anwesenheit Befragungen durchzuführen und Beweise zu erheben, um ihr diese später in der ersten Einvernahme vorhalten zu können, ohne dass die beschuldigte Person bereits die Möglichkeit hatte, ihre Aussagen den vorhandenen Beweismitteln anzupassen. Da der beschuldigten Person (spätestens) nach der ersten Einvernahme die Teilnahmerechte grundsätzlich zu gewähren sind, hat die Staatsanwaltschaft diese Möglichkeit nur einmalig. Insofern erschiene es problematisch, wenn die beschuldigte Person unaufgefordert Aussagen zum Sachverhalt machen und dadurch die vorzeitige Gewährung der Teilnahmerechte provozieren könnte, bevor die Staatsanwaltschaft für die erstmaligen Vorhalte bereit ist. Diese ersten beiden Einvernahmen sind daher für die Gewährung der Teilnahmerechte nicht als "erste Einvernahme" im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzusehen.

bb) Die Staatsanwaltschaft verfügte noch am Tag dieser Einvernahme die Eröffnung der Strafuntersuchung gegen C betreffend "vorsätzliche Tötung". Damit waren C ab diesem Zeitpunkt grundsätzlich die Teilnahmerechte nach Art. 147 Abs. 1 StPO zu gewähren. Allerdings war C bis dahin noch nicht einschlägig einvernommen worden, und es lag im Hinblick auf den noch

nicht erfolgten Vorhalt Kollusionsgefahr vor, weshalb ein sachlicher Grund für die vorläufige Beschränkung der Parteiöffentlichkeit bestand: Gemäss bundesgerichtlicher Praxis darf die beschuldigte Person - im Sinn von Art. 101 Abs. 1 StPO - etwa von der Teilnahme an Befragungen von mitbeschuldigten Personen ausgeschlossen werden, solange ihr noch kein Vorhalt gemacht werden konnte. Dieser Vorhalt erfolgte hier (erst) im Rahmen einer späteren staatsanwaltschaftlichen Einvernahme. Ab diesem Zeitpunkt durfte die Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 101 Abs. 1 StPO die Teilnahmerechte von C nicht mehr beschränken. Vielmehr hätte sie die (andauernde) Einschränkung im Sinn von Art. 108 StPO (schriftlich) verfügen müssen, was sie indes nicht tat.

c) Zu den aus einem anderen Staat beigezogenen Verfahrensakten - Protokolle der Befragungen von F, von G sowie von G und F gemeinsam - ist Folgendes anzumerken: Diese Einvernahmen führten die Behörden des anderen Staates im Rahmen der von ihnen geführten Strafverfahren gegen F und G wegen des Tötungsdelikts durch. Die Einvernahmeprotokolle wurden nach Art. 194 StPO (rechtshilfweise) beigezogen und sind grundsätzlich verwertbar. Teilnahmerechte kamen den im Schweizer Verfahren Beschuldigten im Verfahren im anderen Staat nicht zu, womit diese Rechte auch nicht verletzt sind, obwohl sie an den Befragungen nicht teilnehmen oder Fragen stellen konnten. Voraussetzung einer Verwertung ist damit einzig, dass bei der Einvernahme im anderen Staat die grundlegenden Bestimmungen des Schweizer Rechts beziehungsweise der Schweizer *ordre public* nicht verletzt wurden. Den Protokollen der Befragungen ist zu entnehmen, dass beide Beschuldigten jeweils auf ihr Recht auf einen Anwalt aufmerksam gemacht wurden, sie verteidigt waren und sie über ihre Aussageverweigerungsrechte als Beschuldigte informiert wurden. Anhaltspunkte dafür, dass sie unter Druck gesetzt oder anderweitig in ihrer Willensbildung unzulässig beeinflusst worden wären, sind nicht ersichtlich. Es spricht daher nichts gegen die Verwertung dieser beigezogenen Einvernahmen. Dass den hier Beschuldigten bei diesen Einvernahmen keine Teilnahme- oder Fragerechte zukamen, ist im Rahmen der Beweiswürdigung angemessen zu berücksichtigen.

d) Gewahrt wurden die Teilnahmerechte von B, C und D sodann mit Blick auf die rechtshilfweise Einvernahme von F im Herbst 2013: Wie dem Protokoll zu entnehmen ist, konnten die Verteidiger für diese Einvernahme vorab Fragen stellen. In dem Zeitpunkt lagen ihnen jedoch (noch) keine Akten aus dem im anderen Staat gegen F geführten Strafverfahren vor, namentlich keine Einvernahmeprotokolle. Erstmals einige Monate nach dieser Einvernahme wurden ihnen verschiedene Einvernahmeprotokolle aus dem Verfahren im anderen Staat zugestellt. Nach der Zustellung des Protokolls dieser Einvernahme hatten die Parteien sodann die Gelegenheit, für die darauffolgende Befragung von F im Frühling 2014 weitere Fragen zu stellen. Von dieser Möglichkeit machten alle Verteidiger Gebrauch. Damit war die Gelegenheit zum Stellen von Ergänzungsfragen im Sinn von Art. 148 Abs. 1 lit. c StPO gewahrt. Allerdings wurde die im Beisein der damaligen Verfahrensleitung der Staatsanwaltschaft durchgeführte Einvernahme von F im Frühling 2014

aufgrund der Ausstandspflicht der damaligen Verfahrensleitung für unverwertbar erklärt und aus den Akten entfernt. Unter diesen Umständen hätten die (Ergänzungs-)Fragen der Verteidiger F nochmals gestellt werden müssen. Eine weitere rechtshilfweise Einvernahme fand jedoch nicht statt. Als sich die Unverwertbarkeit der Einvernahme vom Frühling 2014 abzeichnete, räumte die Vorinstanz den Parteien jedoch die Gelegenheit ein, Ergänzungsfragen zu stellen oder die Wiederholung von Fragen zu verlangen. Nachdem alle Verteidiger innert der gesetzten Frist keine Fragen einreichten, setzte ihnen die Vorinstanz erneut Frist an, um Fragen zu stellen, verbunden mit der Androhung, dass andernfalls auf eine erneute Befragung von F verzichtet werde. Die Verteidigung von B verzichtete in der Folge ausdrücklich auf das Stellen von Fragen, C und D liessen sich hierzu nicht vernehmen. Damit liegt ein Verzicht der Parteien auf das Stellen von Ergänzungsfragen im Sinn von Art. 148 Abs. 1 lit. c StPO vor. Das Teilnahmerecht der Beschuldigten betreffend die rechtshilfweise Einvernahme von F vom Herbst 2013 ist daher gewahrt.

e) aa) O und dessen Freundin berichteten gegenüber der Polizei, dass sie von ihnen unbekanntem Leuten bedroht worden seien. Konkret sei gedroht worden, ihnen beiden würde der "Kopf abgeschnitten", wenn sie die Schweiz nicht innert 24 Stunden verlassen würden. Folglich stand auch hier eine qualifizierte Erpressung im Raum, bei der die Polizei umgehend die Staatsanwaltschaft zu informieren hat und Letztere nach Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO sofort eine Untersuchung eröffnen muss. Zwar gab O eine Personenbeschreibung ab, die auf B passte, welcher damals wegen anderer Delikte bereits im Fokus der Strafverfolgungsbehörden stand. Gemäss ihrer eigenen Darstellung hat die Staatsanwaltschaft allerdings erst rund ein Jahr später die Täterschaft ermittelt. Weitere drei Monate später wurde B durch die Polizei erstmals (kurz) delegiert befragt. Spätestens ab diesem Zeitpunkt waren B somit - unter Vorbehalt einer schriftlichen Einschränkung nach Art. 108 StPO, welche sich nicht in den Akten findet - die Teilnahmerechte in diesem Sachverhaltskomplex zu gewähren. Dass die Strafuntersuchung (formell) erst einige Monate nach dieser Einvernahme auf diesen Lebenssachverhalt ausgedehnt wurde, ändert daran nichts.

bb) Im Unterschied zu B war I den Strafverfolgungsbehörden bereits im Anschluss an die ersten polizeilichen Befragungen als Tatverdächtiger bekannt. Sowohl O als auch dessen Freundin äusserten den konkreten Verdacht, dass die angeblichen Drohungen von I ausgegangen sein sollen; Grund sollen angebliche Lohnforderungen der Freundin gegen I gewesen sein. Zudem identifizierte O zwei der drei drohenden Personen als Angestellte des Clubs, dessen Besitzer I war. Somit bestand bereits in diesem Zeitpunkt ein Tatverdacht gegen I, und zwar wegen Anstiftung zur qualifizierten Erpressung. Folglich wären auch hier eine sofortige Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft und die Eröffnung der Untersuchung angezeigt gewesen. I wurde erstmals über ein Jahr später durch die Staatsanwaltschaft zu diesem Sachverhalt befragt. In dieser Einvernahme wurde ihm vorgehalten, er habe die anderen Beschuldigten mit der Erpressung beauftragt. Spätestens ab diesem Zeitpunkt waren I somit - unter Vorbehalt einer schriftlichen Einschränkung nach Art. 108

StPO, welche sich nicht in den Akten findet - die Teilnahmerechte in diesem Sachverhaltskomplex zu gewähren. Dass die (formelle) Eröffnungsverfügung erst von viel später datiert, ändert daran nichts.

f) Die Staatsanwaltschaft weitete die Strafuntersuchung gegen B (formell) im Sommer 2013 auf den Sachverhalt in Sachen Q und R aus. Dieser Lebenssachverhalt wurde B allerdings bereits an einer delegierten Einvernahme im Frühling 2012 vorgehalten, wenn auch ungenügend und ohne eine ausführliche Befragung zur Sache. Letzteres lag in der Verantwortung der Strafverfolgungsbehörden, zumal diese Befragung, bei der B im Wesentlichen aus anderen Kantonen übernommene Strafverfahren kurz vorgehalten wurden, nicht strafprozessual vorgeschrieben war. Das damalige Wissen der Strafverfolgungsbehörden hätte einen ausführlicheren Vorhalt ohne weiteres zugelassen, wurde doch beispielsweise Q bereits über ein Jahr zuvor mehrfach befragt und erkannte B und E als Mittäter. Spätestens ab der Einvernahme von Frühling 2012 waren B - unter Vorbehalt einer schriftlichen Einschränkung nach Art. 108 StPO, welche sich nicht in den Akten findet - daher die Teilnahmerechte in diesem Sachverhaltskomplex zu gewähren.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43



### 43. Unverwertbarkeit einer Einvernahme einer beschuldigten Person bei ungenügendem Vorhalt

(Art. 158 StPO; Art. 141 Abs. 1 StPO; Art. 141 Abs. 2 StPO; Art. 143 Abs. 1 StPO)

1. Im Berufungsverfahren ist die Frage zu klären, ob einzelne Einvernahmen der beschuldigten Personen wegen mangelnder Vorhalte unverwertbar sind.

2. a) aa) Polizei oder Staatsanwaltschaft weisen die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache unter anderem darauf hin, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden<sup>1</sup>. Nach der Rechtsprechung muss die beschuldigte Person in allgemeiner Weise und nach dem aktuellen Verfahrensstand darüber aufgeklärt werden, welches Delikt ihr zur Last gelegt wird. Dabei geht es nicht in erster Linie um den Vorhalt strafrechtlicher Begriffe oder Bestimmungen, sondern um diejenigen der konkreten äusseren Umstände der Straftat. Die Information über den Gegenstand der Strafuntersuchung ist Voraussetzung dafür, dass sich die beschuldigte Person zu den Tatvorwürfen äussern kann<sup>2</sup>. Mit anderen Worten muss der Vorhalt so konkret sein, dass die beschuldigte Person den gegen sie gerichteten Vorwurf erfassen und sich entsprechend verteidigen kann<sup>3</sup>; eine "Salamitaktik" ist somit nicht zulässig<sup>4</sup>. Im frühen Verfahrensstadium der ersten Einvernahme ist aber eine gewisse Verallgemeinerung im Hinblick auf eine erfolgreiche Durchführung der Strafuntersuchung zulässig. Massgebend ist die Tathypothese, mit welcher die Strafverfolgungsbehörde arbeitet; Letztere ist indes nicht verpflichtet, ihr gesamtes Wissen vor der ersten Einvernahme offenzulegen<sup>5</sup>.

bb) Nach dem klaren Wortlaut von Art. 158 Abs. 1 Ingress und Abs. 2 StPO ist die erste Einvernahme nicht verwertbar, wenn nicht zu Beginn ein rechtsgenügender Tatvorhalt erfolgt<sup>6</sup>. In diesem Fall hat die nächste Einvernahme neu als erste Einvernahme im Sinn von Art. 158 Abs. 1 StPO zu gelten. Das bedeutet, dass die Pflicht, zu Beginn der ersten Einvernahme einen genügenden Tatvorhalt zu machen - und die Unverwertbarkeit der Einvernahme bei Verletzung dieser Pflicht - so lange fort dauert, bis ein genügender Vorhalt erfolgt ist. Andernfalls bliebe diese Vorschrift weitgehend toter Buchstabe, und die Strafverfolgungsbehörden hätten es regelmässig

---

<sup>1</sup> Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO

<sup>2</sup> Vgl. Art. 143 Abs. 4 StPO; BGE vom 1. Mai 2018, 6B\_646/2017, Erw. 5.1 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch RBOG 2015 Nr. 20

<sup>3</sup> BGE vom 4. Dezember 2015, 6B\_1056/2015, Erw. 2.2

<sup>4</sup> RBOG 2015 Nr. 20 Erw. 2.c; Godenzi, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 158 N. 21; vgl. auch Ruckstuhl, Basler Kommentar, 2.A., Art. 158 StPO N. 22

<sup>5</sup> BGE vom 1. Mai 2018, 6B\_646/2017, Erw. 5.1 mit weiteren Hinweisen

<sup>6</sup> Art. 158 Abs. 2 und Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO; BGE vom 1. Mai 2018, 6B\_646/2017, Erw. 5.1 ff. mit weiteren Hinweisen; BGE vom 27. September 2016, 6B\_976/2015, Erw. 1.4.3; vgl. auch RBOG 2015 Nr. 20

in der Hand zu bestimmen, ob und in welchem Zeitpunkt sie die beschuldigte Person mit einem rechtsgenügenden Tatvorwurf konfrontieren wollen, was dem Normzweck offensichtlich zuwiderlief<sup>7</sup>.

Erfolgt in einer ersten Einvernahme im dargelegten Sinn der inhaltlich gesetzeskonforme Tatvorhalt nicht zu Beginn, sondern erst im Verlauf, ist grundsätzlich die Einvernahme insgesamt nicht verwertbar<sup>8</sup>. Eine lediglich partielle Unverwertbarkeit der Einvernahme bis zum betreffenden Zeitpunkt fällt ausser Betracht. Ebenfalls ist eine Einvernahme nicht verwertbar, wenn der Tatvorwurf erst aufgrund von Aussagen des Beschuldigten selber gemacht werden konnte. Beruht - umgekehrt - der Tatvorwurf nicht notwendigerweise im Sinn einer unabdingbaren Voraussetzung<sup>9</sup> auf unverwertbaren Aussagen der beschuldigten Person, spricht auch unter dem Gesichtspunkt der strikten Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO nichts gegen die Verwertbarkeit späterer Einvernahmen. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht verpflichtet sind, die detaillierte Belehrung gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO vor jeder weiteren Einvernahme zu wiederholen<sup>10</sup>. Legt die einvernehmende Person daher den Tatvorwurf nicht zu Beginn der Einvernahme offen, ergibt er sich aber in ausreichender Weise aus ihren Vorhalten und Fragen im Verlauf der Einvernahme, ist davon auszugehen, dass die beschuldigte Person für künftige Einvernahmen im Sinn von Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO genügend über den gegen sie erhobenen Vorwurf informiert ist. Dies gilt analog auch für die Fälle, in denen sich der konkrete Vorwurf gegen eine beschuldigte Person aus den Vorhalten und Fragen in einer aus anderen Gründen unverwertbaren Einvernahme von ihr oder einer mitbeschuldigten Person, an der die beschuldigte Person teilgenommen hat, ergibt<sup>11</sup>.

cc) Nach Art. 143 Abs. 1 lit. b StPO ist die einzuvernehmende Person zu Beginn der Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache unter anderem über den Gegenstand des Strafverfahrens und die Eigenschaft, in der sie einvernommen wird, zu informieren. Im Rahmen dieser Bestimmung genügt ein rudimentärer Hinweis auf den Gegenstand des Verfahrens. Eine Pflicht, die ausführliche Belehrung nach Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO vor jeder weiteren Einvernahme zu wiederholen, kann daraus nicht hergeleitet werden<sup>12</sup>. Allerdings ist die beschuldigte Person im Umfang von Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO neu zu orientieren, wenn die Ermittlungen neue Erkenntnisse oder gar eine Erweiterung des Strafverfahrens ergeben<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> BGE vom 1. Mai 2018, 6B\_646/2017, Erw. 5.3

<sup>8</sup> BGE vom 1. Mai 2018, 6B\_646/2017, Erw. 5.3; vgl. auch BGE vom 31. Oktober 2018, 6B\_489/2018, Erw. 3.2

<sup>9</sup> Sogenannte "Conditio sine qua non"

<sup>10</sup> BGE vom 1. Mai 2018, 6B\_646/2017, Erw. 5.3 mit weiteren Hinweisen

<sup>11</sup> Vgl. BGE vom 31. Oktober 2018, 6B\_489/2018, Erw. 3.4

<sup>12</sup> BGE vom 4. Dezember 2014, 6B\_518/2014, Erw. 1.5

<sup>13</sup> Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 11



b) Unter Berücksichtigung dieser Praxis ist im Folgenden zu prüfen, ob die Information zu Beginn der einzelnen (Erst-)Befragungen jeweils genügend war. Dies bemisst sich nach dem Gesagten daran, ob die beschuldigte Person sich gegen die konkreten Tatvorwürfe wehren konnte; sprich, ob sie wusste, in welchem Zeitraum sie wo welche Tat begangen haben soll<sup>14</sup>. Mit anderen Worten ist entscheidend, ob die konkreten Tatumstände gemäss aktuellem Ermittlungsstand hinreichend klar geschildert wurden. Dabei ist der anfängliche Hinweis "es ist gegen Sie ein (Vor-) Verfahren wegen (...) eröffnet worden" nicht gesondert zu sehen, sondern zusammen mit den zu Beginn der Einvernahme gestellten Fragen und gemachten Vorhalten<sup>15</sup>.

3. a) aa) D wurde zwischen Februar 2012 und April 2013 insgesamt 24 Mal polizeilich oder staatsanwaltschaftlich einvernommen. Seine erste Befragung im Februar 2012 erfolgte durch die Polizei im Kanton A gestützt auf ein Rechtshilfeersuchen einer Thurgauer Staatsanwaltschaft direkt im Anschluss an seine Verhaftung im Kanton A. Dabei wurde ihm anfangs - korrekt - eröffnet, dass er "im Zusammenhang mit einem Tötungsdelikt, begangen im Kanton TG", verhaftet worden sei und dementsprechend als beschuldigte Person einvernommen werde. Eine Befragung zur Sache fand nicht statt. Am Folgetag eröffnete die Verfahrensleitung im Kanton Thurgau die Festnahme. Dabei erfolgte anfangs folgender Hinweis: "Es ist gegen Sie ein Vorverfahren wegen Vorsätzlicher Tötung eingeleitet worden". Unter dem Titel "dringender Tatverdacht" wurde sodann zu Beginn der Befragung ausgeführt: "Sie stehen im dringenden Verdacht, eine vorsätzliche Tötung zum Nachteil [des getöteten Mannes] in [Ortschaft der Tat] begangen zu haben. Die Tat war am [Datum], also etwas mehr als vor einem Jahr. Es waren mehrere Personen an der Tat beteiligt. Wie äussern Sie sich zum Tatverdacht?". Dieser Vorhalt ist ausreichend präzise. Genannt wurden sowohl das Opfer, der Tatort als auch das Datum der Tatbegehung. Ferner erfolgte der Hinweis, dass "mehrere Personen" an der Tat beteiligt gewesen sein sollen. Damit konnten aus Sicht des Befragten keine Missverständnisse vorliegen; ihm war zweifellos bewusst, um welchen Tatvorwurf es ging, und er konnte sich dagegen verteidigen. Dass die Strafverfolgungsbehörden im Zeitpunkt der Befragungen allenfalls detailliertere Erkenntnisse hatten, ohne diese im Einzelnen vorzutragen, ändert am Gesagten nichts. Sie haben ihre Tathypothese ausreichend klar geäußert. Gemäss der zitierten Rechtsprechung waren sie nicht verpflichtet, ihr gesamtes Wissen offenzulegen. Jedenfalls kann ihnen nicht vorgeworfen werden, bereits vorher vorhandenes Wissen zurückgehalten zu haben.

Die weiteren Befragungen von D wurden jeweils mit einem der folgenden Vorhalte eröffnet: "Es ist gegen Sie ein Vorverfahren wegen vorsätzlicher Tötung eingeleitet worden" respektive "Es ist gegen Sie ein Verfahren wegen vorsätzlicher Tötung eingeleitet worden" oder "Es ist gegen Sie eine Strafuntersuchung wegen vorsätzlicher Tötung eingeleitet worden". D wusste somit, dass

---

<sup>14</sup> Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 22b

<sup>15</sup> Vgl. BGE vom 4. Dezember 2015, 6B\_1056/2015, Erw. 2.2; BGE vom 31. Oktober 2018, 6B\_489/2018, Erw. 3.2

Gegenstand dieser Befragungen das Tötungsdelikt sein würde. Entsprechend war der jeweilige einleitende Hinweis - entgegen den Rügen der Verteidigung von C - ausreichend, der (konkrete) Tatvorwurf war D seit seiner Hafteröffnung bekannt. Die Strafverfolgungsbehörden waren nicht verpflichtet, diesen jeweils im Einzelnen nochmals vorzutragen. Vielmehr begnügten sie sich zu Recht damit, ihm laufend weitere Erkenntnisse (beispielsweise aus Aussagen dritter Personen) vorzulegen. D konnte seine Verteidigungsrechte jederzeit ausüben.

bb) Einen weiteren Sachverhalt sprach D in einer Einvernahme im Jahr 2013 als Erster - und soweit ersichtlich von sich aus - an. Da die Strafverfolgungsbehörden erst in dieser Einvernahme vom Vorwurf erfuhren, ist nicht zu beanstanden, dass sie keinen Vorhalt machten. Dieser (im Berufungsverfahren noch strittige) Sachverhalt stützt sich weitgehend auf die Aussagen von D selber, weshalb ihm von Beginn an bekannt war, um was es geht, womit er auch seine Verteidigungsrechte jederzeit ausüben konnte. Im Zeitpunkt, als D in der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht zu diesem Delikt (das erste Mal korrekt als Beschuldigter) befragt wurde, war ihm zudem der Inhalt der Anklageschrift bekannt. Mithin bestanden für ihn - selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass zuvor nie ein rechtsgenügender Vorhalt erfolgte - an der Befragung vor Schranken keine Zweifel über den Anklagevorwurf. Die Einvernahmen ab Anklageerhebung sind damit verwertbar.

b) An der Befragung von C im Sommer 2012 kamen erstmals Betäubungsmitteldelikte zur Sprache. Die Befragung wurde mit dem Hinweis eröffnet, dass "gegen Sie ein Vorverfahren wegen vorsätzlicher Tötung eingeleitet worden" sei. Sodann wurden C unter anderem folgende Fragen gestellt:

Frage 1: Auf dem Festnahmebefehl der Staatsanwaltschaft [Ort] ist auch der Tatbestand "qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz" gegen Sie aufgeführt. Was sagen Sie zu diesem Vorwurf?

Frage 2: Es geht um den Vorwurf "qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz" Was sagen Sie zu diesem Vorwurf?

Frage 7: Kommen wir auf den Marihuanakonsum zu sprechen. Wie oft haben Sie Marihuana konsumiert?

Frage 35: Im August 2011 telefonierte [die Ex-Frau von U] der [Polizei] und teilte folgendes mit: Als sie am [Datum der Tat], nachmittags, die Haupteingangstüre bei sich zu Hause in [Ort] an der [Adresse] aufschloss, kam ihr C aus der Waschküche entgegen. Was sagen Sie dazu?

Frage 43: Da U bis zu seiner Festnahme an der [Adresse] in [Ort] wohnte und mit Drogen handelte, wurde die Polizei informiert. Nach dem Telefonat durchsuchte die Polizei den Luftschutzkeller beziehungsweise die Notdusche. Der Luftschutzkeller befindet sich gegenüber der Waschküche, wo Sie an diesem Tag angetroffen worden sein sollen. Dort wurde im Spülkasten versteckt 464 Gramm Heroin und 1531 Gramm Streckmittel gefunden. Was sagen Sie dazu?

Der anfängliche Hinweis in Frage 1, wonach es um "qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz" gehe, fiel zu pauschal aus und erfüllt die Anforderungen an einen rechtsgenügelichen Tatvorhalt nicht. C konnte aufgrund dessen nicht wissen, was ihm vorgeworfen wird respektive um welchen konkreten Sachverhalt es in der Befragung gehen sollte. Vielmehr hatten die eingangs gestellten Fragen ("Was sagen Sie zu diesem Vorwurf?" [...] "Haben Sie Drogen gekauft oder verkauft?") Züge einer verpönten Beweisausforschung<sup>16</sup>. Sie bezogen sich nicht auf einen (bereits vorhandenen) konkreten Verdachtsmoment. Erst auf seinen Hinweis hin, wonach er nur Marihuana konsumiert habe, wurde C sodann ab Frage 7 zu seinem Marihuanakonsum befragt. Die Einvernahme ist, soweit es um den Konsum von Betäubungsmitteln ging, nicht verwertbar. Da dieser Vorwurf indes nicht Teil des Berufungsverfahrens ist, wird darauf im Folgenden nicht weiter eingegangen. Erstmals in den Fragen 35 und 43 wurde schliesslich der später angeklagte Lebenssachverhalt geschildert. Ob angesichts der sehr offenen Formulierung darin überhaupt ein Vorhalt gesehen werden kann, muss hier nicht beantwortet werden. Selbst wenn dies nämlich der Fall wäre, erfolgte der Vorhalt verspätet: Der Gesetzeswortlaut fordert, dass "zu Beginn" ein rechtsgenügelicher Tatvorhalt zu erfolgen hat. Dies war hier - ohne ersichtlichen Grund - nicht der Fall. Damit ist die Einvernahme, (auch) soweit es darin um den Vorfall bei der Ex-Frau von U ging, gestützt auf die eingangs erwähnte Rechtsprechung nicht verwertbar.

Aufgrund des ungenügelenden Vorhalts im Sommer 2012 sind auch die Aussagen von C im Herbst 2012 zu diesem Thema nicht verwertbar, jedenfalls soweit sich die Befragung (Frage 13 bis und mit 29) auf seine früheren, nicht verwertbaren Aussagen stützt. C wurde indes auch mit den Randdatenerhebungen und Telefonlisten konfrontiert (unter anderem dokumentierte Telefonverbindungen mit U; Frage 36). Die Aussagen von C hierzu wären gemäss der zitierten Praxis dann verwertbar, wenn im Verlauf der früheren, nicht verwertbaren Befragung ein genügelender Vorhalt erfolgte, und die damaligen Aussagen von C nicht unabdingbare Voraussetzung<sup>17</sup> für die erneute Befragung waren. Vorliegend ergibt sich der Tatverdacht aus den Schilderungen der Ex-Frau von U gegenüber der Polizei. Die Aussagen von C waren daher nicht unabdingbare Voraussetzung der erneuten Befragung. Damit bleibt zu prüfen, ob der damalige Vorhalt ausreichend war. Davon ist hier auszugehen. Obschon nicht explizit genannt, war umständehalber erkennbar, was

---

<sup>16</sup> Sogenannte "fishing expedition"; diese war durchaus erfolgreich, machte C doch in der Folge bis dato unbekannte Eingeständnisse zu seinem Eigenkonsum.

<sup>17</sup> Sogenannte "conditio sine qua non"

C vorgeworfen wurde, nämlich (zumindest) der Versuch, die im Keller von U beziehungsweise dessen Ex-Frau gelagerten Drogen zu holen. Dass der Tatbeitrag nicht weiter konkretisiert wurde, ist nicht zu beanstanden, zumal die Ermittlungen damals noch am Laufen waren. Somit erfolgte im Verlauf der Befragung vom Sommer 2012 - wenn auch verspätet - ein genügender Tatvorhalt. C wusste ab diesem Zeitpunkt, welcher konkrete Sachverhalt ihm vorgeworfen wird. Soweit sich die Fragen folglich nicht explizit auf die Aussagen von C vom Sommer 2012 bezogen, sind dessen Aussagen vom Herbst 2012 zu diesem Sachverhalt - entgegen der Beanstandung der Verteidigung von C - verwertbar. Damit ist auch die spätere Einvernahme zu diesem Sachverhalt ohne weiteres verwertbar. Dafür musste der Tatvorwurf nicht im Detail wiederholt werden.

c) Im Frühling 2012 wurde E zu Strafverfahren befragt, die die Staatsanwaltschaft Thurgau von der Staatsanwaltschaft A übernehmen musste: "Wir werden nun Ihnen die bis jetzt bekannten Strafverfahren kurz der Reihe nach vorhalten, damit Sie sich dazu äussern können. Sobald wir die Originalakten haben, werden wir im Detail auf diese Strafverfahren zurückkommen". Die Vorhalte lauteten wie folgt:

Frage 2: "Thema, Drohung i.S. [O], vom [Datum]. Am [Datum] erstattete [O] bei der [Polizei] Anzeige wegen Drohung gegen 3 unbekannte Männer. Dies sei gemäss seinen Angaben vor dem Restaurant [Name] in [Ortschaft] passiert und habe ihn sowie seine Freundin [Name] betroffen. Können Sie dazu Angaben machen? Haben Sie damit etwas zu tun und/oder wissen Sie etwas darüber?"

Frage 5: "Thema, Sachbeschädigung, i.S. [O], vom [Datum]. Am [Datum] erstattete die gleiche Person also [O] bei der [Polizei] Anzeige wegen Sachbeschädigung an seinem Personwagen, gegen unbekannt. Dies sei gemäss seinen Angaben auf dem Parkplatz des Gasthauses [Name] in [Ortschaft] passiert. Können Sie dazu Angaben machen? Haben Sie damit etwas zu tun und/oder wissen Sie etwas darüber?"

Frage 16: "Thema, Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, i.S. [Q/R]. Am [Datum] wurde Q und später R festgenommen. Sie haben im Laufe der polizeilichen Ermittlungen diverse Aussagen gemacht und unter anderem Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zugegeben. Haben Sie mit diesen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu tun?"

Zwar ist anzunehmen, dass den Thurgauer Strafverfolgungsbehörden die ausserkantonalen Erkenntnisse im Zeitpunkt dieser Befragung noch nicht bekannt waren, zumal anfangs der Hinweis erfolgte, sie würden im Detail auf diese Strafverfahren zurückkommen, sobald sie die Originalakten hätten. Trotzdem ist das Vorgehen nicht zulässig. Anstatt einen konkreten Tatvorwurf vorzuhalten, wurde E jeweils mit einem offen formulierten Lebenssachverhalt konfrontiert, ohne

genauere Angaben dazu, inwiefern er daran beteiligt respektive was genau seine Rolle gewesen sein soll. Für E war nicht erkennbar, was genau ihm vorgeworfen wird beziehungsweise wie die These der Strafverfolgungsbehörden lautet. Die zitierten Fragestellungen tragen Züge einer verpönten Beweisausforschung<sup>18</sup>. Insofern ist hinsichtlich all dieser Sachverhalte von einem ungenügenden Vorhalt auszugehen. Eine eingehende Befragung zur Sache fand indes ohnehin nicht statt.

In der nächsten Befragung erfolgten ebenfalls keine genügenden Vorhalte, sondern es wurde zu Beginn lediglich darauf hingewiesen, dass es um die "Tatbestände aus A" gehe. In der Folge wurden E verschiedene Audioaufnahmen vorgespielt. Was ihm aber konkret vorgeworfen wurde, war daraus nicht erkennbar. Eine einlässlichere Befragung zum Sachverhalt zum Nachteil von O fand am im Sommer 2012 nach Eingang der Verfahrensakten statt. Dabei wurde E der gleichlautende Sachverhalt vorgehalten. Zwar wurden ihm zu Beginn der Befragung die Akten (unter anderem Polizeirapporte, Strafanträge, Fotoblätter, Sistierungsverfügungen) vorgelegt, allerdings geht seine (Tat-) Beteiligung respektive die von den Strafverfolgungsbehörden angenommene Rolle daraus nicht klar hervor. Zudem bleibt unklar, ob er genügend Zeit hatte, die Akten zu sichten, um die Beweislage erfassen zu können. Mangels Hinweis im Protokoll ist davon nicht auszugehen. Die Befragung startete sodann mit der Frage, was er über diesen Sachverhalt wisse. Erst im Verlauf der Befragungen - und damit verspätet - wurde E vorgehalten, er sei mitbeteiligt gewesen. Diese Einvernahme ist daher mangels genügendem Vorhalt zu Beginn der Befragung nicht verwertbar. Hingegen ist für die nachfolgenden Befragungen von einem genügenden Vorhalt auszugehen.

Im Sommer 2012 wurde E erneut zum Sachverhalt in Sachen Q und R befragt, nachdem die Thurgauer Polizei die ausserkantonalen Verfahrensakten erhalten hatte. Der Vorhalt erfolgte nun mit dem (wichtigen) Zusatz, dass "Sie und B belastet [werden], dass sie beide Kokain geliefert hätten". Folglich ist ab Beginn dieser Befragung von einem genügenden Vorhalt auszugehen. E konnte den Tatvorwurf erfassen und seine Verteidigungsrechte wahrnehmen.

d) Im August 2013 wurde B als beschuldigte Person zu einem Sachverhalt befragt, eingangs mit dem Hinweis, dass "gegen Sie ein Vorverfahren wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz eingeleitet worden" sei. Der befragende Polizist hielt B zu Beginn der Befragung vor, aufgrund der aufgezeichneten Telefon- und Audioüberwachungen sei belegt, dass auch B und E in dieses Geschäft involviert gewesen seien. Unmittelbar vor dieser Befragung nahm B mit seiner Verteidigung an der Befragung von E zum gleichen Sachverhalt teil. Aus dieser Einvernahme und namentlich den darin vorgehaltenen Beweismitteln gingen auch die Tatbeteiligung von B und die wesentlichen Eckdaten des vorgeworfenen Delikts hervor. Zusammen mit diesen Informationen

---

<sup>18</sup> Sogenannte "fishing expedition"

konnte B ab Beginn der Befragung seine Verteidigungsrechte ausüben, weshalb - entgegen der Rüge der Verteidigung von C - ein genügender Vorhalt im Sinn der Rechtsprechung vorliegt.

e) P wurde im Zusammenhang mit einem Sachverhalt angeklagt. Im Jahr 2013 wurde er als Auskunftsperson zu diesem Sachverhalt befragt, wobei sich diese Einvernahme nicht (mehr) in den bereinigten Strafakten befindet. In physischer Form findet sich die Einvernahme in den von der Vorinstanz ausgesonderten Verfahrensakten. Auch wenn diese Befragung aufgrund der falschen Parteirolle nicht verwertbar ist und sich der Vorwurf zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht gegen ihn richtete, war P ab diesem Zeitpunkt der Verfahrensgegenstand bekannt. Einen Monat später wurde P staatsanwaltschaftlich zu diesem Vorwurf befragt. Dabei erfolgte nach dem anfänglichen Hinweis, dass gegen ihn ein Verfahren wegen Verbrechen nach Art. 19 Abs. 2 BetrVG eingeleitet worden sei, ein detaillierter Vorhalt, der ohne weiteres genügt. Ohnehin war P in dem Zeitpunkt der konkrete Tatvorwurf zumindest teilweise bekannt, nachdem er zuvor mit seiner Verteidigung der Befragung einer anderen beschuldigten Person in der gleichen Angelegenheit beiwohnte.

4. Soweit in den obigen Erwägungen festgehalten wurde, dass der Vorhalt für eine Einvernahme nicht genügt, ist die Einvernahme nach Art. 158 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO absolut unverwertbar<sup>19</sup>, auch gegenüber den Mitbeschuldigten.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43

---

<sup>19</sup> Ruckstuhl, Art. 158 StPO N. 33

**44. Haft- und Haftverlängerungsanträge erfordern Schriftform; eine einfache E-Mail genügt diesem Formerfordernis nicht.**

(Art. 224 Abs. 2 StPO; Art. 227 Abs. 2 StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft führte gegen den Beschwerdeführer ein Strafverfahren, in dessen Rahmen er sich in Untersuchungshaft befand. Den in der Folge von der Staatsanwaltschaft per E-Mail eingereichten Haftverlängerungsantrag hiess das Zwangsmassnahmengericht gut, wogegen der Beschwerdeführer Beschwerde erhob.

2. a) aa) Gemäss Art. 66 StPO sind Verfahren vor den Strafbehörden mündlich, soweit die StPO nicht Schriftlichkeit vorsieht. Die Strafbehörden bedienen sich für ihre Mitteilungen der Schriftform, soweit die StPO nichts Abweichendes bestimmt<sup>1</sup>. Nach Art. 110 Abs. 1 StPO können Eingaben der Parteien schriftlich eingereicht oder mündlich zu Protokoll gegeben werden. Schriftliche Eingaben sind zu datieren und zu unterzeichnen. Bei elektronischer Einreichung muss die Eingabe mit einer qualifizierten elektronischen Signatur gemäss ZertES<sup>2</sup> versehen werden<sup>3</sup>.

bb) In Bezug auf die Haftverlängerung bestimmt Art. 227 Abs. 2 StPO, dass die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht das schriftliche und begründete Gesuch spätestens vier Tage vor Ablauf der Haftdauer einreichen und ihm die wesentlichen Akten beizulegen hat. Für die schriftliche Begründung des Gesuchs und die Haftakten gelten (analog) die Bestimmungen betreffend den Haftanordnungsantrag<sup>4</sup>. Gemäss Art. 224 Abs. 2 StPO reicht die Staatsanwaltschaft ihren Haftantrag schriftlich ein, begründet ihn kurz und legt die wesentlichen Akten bei.

b) aa) Das Bundesgericht befasste sich bereits mit Entscheid vom 17. Mai 2013, 1B\_160/2013, Erw. 2<sup>5</sup>, mit der Frage, ob ein mit einer einfachen E-Mail beim Zwangsmassnahmengericht eingereichter Haftantrag dieser gesetzlichen Vorgabe genügt, und es verneinte dies.

bb) Dabei erwog das Bundesgericht, im System der StPO ersetze der Haftantrag den Haftbefehl, wie er in verschiedenen kantonalen Strafprozessordnungen existiert habe und trete somit an die Stelle des provisorischen Haftbefehls; gleichzeitig stelle er die Anrufung des Zwangs-

---

<sup>1</sup> Art. 85 Abs. 1 StPO

<sup>2</sup> Bundesgesetz über die elektronische Signatur, SR 943.03

<sup>3</sup> Art. 110 Abs. 2 Satz 1 StPO

<sup>4</sup> Forster, Basler Kommentar, 2.A., Art. 227 StPO N. 2

<sup>5</sup> Das Bundesgericht verwies in mehreren Entscheiden auf diesen Entscheid, zuletzt im BGE vom 17. Juli 2019, 6B\_528/2019, allerdings jeweils nicht spezifisch im Zusammenhang mit Haftverfahren, sondern jeweils als Beleg dafür, dass die Zustellung mit einfacher elektronischer Post die einschlägigen formellen Anforderungen verletzt.

massnahmengerichts dar. Eine Kopie sollte nach Möglichkeit dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger zugestellt werden. Die Pflicht, dem Zwangsmassnahmengericht einen schriftlichen Antrag zu übermitteln, konkretisiere insbesondere den Anspruch auf rechtliches Gehör, der in Bezug auf die Haftentlassung in Art. 31 Abs. 2 BV garantiert werde. Der Beschuldigte und sein Verteidiger hätten nach Art. 225 Abs. 2 StPO das Recht, die dem Zwangsmassnahmengericht vorliegenden Akten (auf jeden Fall den Haftantrag und die Beilagen) vor der Verhandlung einzusehen. Gemäss Art. 110 Abs. 1 StPO müssten schriftliche Anträge datiert und unterschrieben sein. Die Unterschrift müsse handschriftlich im Sinn von Art. 14 OR erfolgen. Ein Schriftstück, auf dem die Unterschrift nur wiedergegeben werde (Fotokopie, Faksimile) sei ungültig. Auch eine einfache E-Mail genüge, abgesehen von der elektronischen Übermittlung mit einer gültigen elektronischen Signatur<sup>6</sup>, nicht der Schriftform<sup>7</sup>.

cc) Das Bundesgericht beschäftigte sich in der Folge mit dem Argument, angesichts der extrem kurzen Fristen nach Art. 224 Abs. 2 und Art. 226 Abs. 1 StPO könnten die Anforderungen für die Einreichung von Beschwerden nicht auf das Haftgesuch übertragen werden. Es handle sich um Fristen, die in Stunden und nicht in Tagen festgelegt seien und zudem keinen Aufschub kennen würden. Das Erfordernis eines schriftlichen Haftantrags würde es nicht mehr ermöglichen, die für die Inhaftierung geltenden Fristen einzuhalten<sup>8</sup>.

Das Bundesgericht hielt dazu fest, trotz dieser Einwände könne der klare Wortlaut von Art. 224 Abs. 2 StPO nicht ignoriert werden, der einen schriftlichen Antrag verlange, das heisse ein Dokument mit einer eigenhändigen Unterschrift. Dieses Erfordernis erkläre sich aus der Art der Verfahrenshandlung, die der Haftantrag darstelle (vorläufige Festnahme und Anrufung des Zwangsmassnahmengerichts) sowie aus den schwerwiegenden Auswirkungen auf die Situation des Beschuldigten. Die Verpflichtung, den schriftlichen Antrag an das Zwangsmassnahmengericht zu senden, hindere die Staatsanwaltschaft nicht daran, parallel dazu per E-Mail zu verfahren, um das Zwangsmassnahmengericht schnell zu benachrichtigen und es dem Zwangsmassnahmengericht zu ermöglichen, die Verhandlung kurzfristig einzuberufen. Der schriftliche Haftantrag müsse sich jedoch in den Händen des Zwangsmassnahmengerichts befinden, und zwar zu dem Zeitpunkt, in dem der Angeklagte und sein Verteidiger die Akten einsehen würden, und auf jeden Fall vor der Eröffnung des Haftbeschlusses. Die Beförderung könne per Hauspost oder durch einen Boten erfolgen, wobei die Staatsanwaltschaft noch die Möglichkeit habe, das Dokument dem Zwangsmassnahmengericht bei der in Art. 225 Abs. 1 StPO vorgesehenen Anhörung zu übergeben<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 110 Abs. 2 StPO

<sup>7</sup> BGE vom 17. Mai 2013, 1B\_160/2013, Erw. 2.1

<sup>8</sup> BGE vom 17. Mai 2013, 1B\_160/2013, Erw. 2.2

<sup>9</sup> BGE vom 17. Mai 2013, 1B\_160/2013, Erw. 2.2



dd) Folgerichtig stellte das Bundesgericht fest, dass Art. 224 Abs. 2 StPO nicht eingehalten wurde, da das Zwangsmassnahmengericht entschieden habe, ohne im Besitz des schriftlichen Antrags der Staatsanwaltschaft zu sein<sup>10</sup>.

ee) Gleich ist im Verfahren betreffend Haftverlängerung zu entscheiden, denn auch dort hat die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht gestützt auf Art. 227 Abs. 2 StPO ein schriftliches und begründetes Gesuch einzureichen. Zudem sind im Haftverlängerungsverfahren die Fristen länger bemessen als im Haftanordnungsverfahren, weshalb es sich hier noch weniger rechtfertigt, auf die gesetzlich vorgeschriebenen Formvorschriften zu verzichten.

c) aa) Gestützt auf dieses klare bundesgerichtliche Präjudiz und mit Blick auf den klaren Wortlaut und die Bedeutung der einschlägigen Gesetzesbestimmung besteht kein Spielraum für die (offenbar bestehende) Praxis des Zwangsmassnahmengerichts und der Staatsanwaltschaft, Haftanträge und Haftverlängerungsanträge nur mit einfacher E-Mail zu stellen, ohne eine schriftliche Eingabe nachzureichen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt damit als begründet.

bb) Wie das Bundesgericht jedoch feststellte, ist es durchaus zulässig, dass die Staatsanwaltschaft den Haftantrag oder den Haftverlängerungsantrag dem Zwangsmassnahmengericht zunächst per E-Mail übermittelt. Die Staatsanwaltschaft muss dem Zwangsmassnahmengericht den schriftlichen Antrag dann aber auch noch zwingend in der Form von Art. 110 StPO vor der Eröffnung des Haftbeschlusses zustellen.

d) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers folgt aus der unzulässigen Einreichung des Haftverlängerungsgesuchs mit einfacher elektronischer Post freilich nicht, dass der Beschwerdeführer deswegen ohne weiteres aus der Untersuchungshaft zu entlassen ist. Das Bundesgericht verwies dazu im Entscheid vom 17. Mai 2013, 1B\_160/2013 auf seine Rechtsprechung<sup>11</sup>, wonach Unregelmässigkeiten im Untersuchungshaftverfahren nicht zu einer sofortigen Freilassung des Beschuldigten führen, sofern die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft im Übrigen erfüllt sind. Ist dies der Fall, kann die Verletzung von Art. 224 Abs. 2 StPO

---

<sup>10</sup> BGE vom 17. Mai 2013, 1B\_160/2013, Erw. 2.3

<sup>11</sup> BGE 137 IV 118 ff. (Unregelmässigkeiten während des Verfahrens zur Anordnung oder Verlängerung der Haft); BGE 139 IV 41 ff. (14-tägiger Aufenthalt in einer auf eine Dauer von höchstens 48 Stunden ausgeichteten Zelle)

durch eine Feststellung, einen teilweisen Schutz der Beschwerde in diesem Punkt und die Auferlegung der Gerichtskosten an den Staat behoben werden<sup>12</sup>. Gleiches gilt für die Verletzung von Art. 227 Abs. 2 StPO, da das Gesetz diesbezüglich keine Unterschiede macht.

Obergericht, 2. Abteilung, 10. Februar 2022, SW.2021.148

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 6. April 2022 ab (1B\_146/2022).

---

<sup>12</sup> BGE vom 17. Mai 2013, 1B\_160/2013, Erw. 2.3

#### **45. Rückzugsfiktion des Strafantrags bei Nichterscheinen der antragsstellenden Person an der Vergleichsverhandlung wegen Desinteresses an einem Vergleich**

(Art. 316 Abs. 1 StPO)

1. a) Gestützt auf die Strafanzeige des Beschwerdeführers eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen den Beschwerdegegner betreffend üble Nachrede und Beschimpfung.

b) Die Staatsanwaltschaft lud die Parteien zu einer Vergleichsverhandlung im Sinn vom Art. 316 StPO vor. Den mehrfachen Ersuchen des Beschwerdeführers auf Absehen von einer Vergleichsverhandlung kam die Staatsanwaltschaft nicht nach. Der Beschwerdeführer teilte der Staatsanwaltschaft schliesslich mit, er habe vor dem Datum der Vergleichsverhandlung wiederholt und begründet sein Desinteresse an einem Vergleich erklärt und gelte daher als gehörig entschuldigt; aus diesem Grund sei das Strafverfahren weiterzuführen.

c) Nachdem der Beschwerdeführer an der Vergleichsverhandlung nicht erschien, stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner ein, da der Strafantrag im Sinn von Art. 316 Abs. 1 StPO als zurückgezogen gelte. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) aa) Soweit Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind, kann die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 316 Abs. 1 Satz 1 StPO die antragstellende und die beschuldigte Person zu einer Verhandlung vorladen mit dem Ziel, einen Vergleich zu erzielen. Diese Bestimmung stellt eine andere Form als die klassische autoritativ und einseitig von der Strafjustiz festgelegte Sanktion zur Verfügung. Sinn und Zweck eines Vergleichs besteht deshalb darin, einerseits die Prozessökonomie zu fördern und andererseits vor allem im Bestreben, eine befriedigende Lösung für beide Parteien herbeizuführen, die ihnen besser entspricht als eine strafrechtliche Sanktion. Abgesehen von einer möglichen rein emotionalen Befriedigung staatlich ausgeübter Vergeltung, ist eine Sanktionierung der Täterschaft für die geschädigte Person nicht sehr nützlich, insbesondere ist der entstandene Schaden damit nicht ersetzt. Die Täterschaft hat umgekehrt auch ein geringes Interesse an einer Schadenersatzleistung an die geschädigte Person, wenn sie sowieso verurteilt wird<sup>1</sup>.

bb) Bleibt die antragstellende Person von der Verhandlung fern, so gilt der Strafantrag laut Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO als zurückgezogen.

---

<sup>1</sup> Riedo, Basler Kommentar, 2.A., Art. 316 StPO N. 4

cc) Nach Art. 205 Abs. 1 StPO ist der Vorladung einer Strafbehörde Folge zu leisten. Wer verhindert ist, hat dies der vorladenden Behörde unverzüglich mitzuteilen; er oder sie hat die Verhinderung zu begründen und soweit möglich zu belegen<sup>2</sup>. Eine Vorladung kann gemäss Art. 205 Abs. 3 StPO aus wichtigen Gründen widerrufen werden. Der Widerruf wird erst dann wirksam, wenn er der vorgeladenen Person mitgeteilt worden ist. Wer einer Vorladung von Staatsanwaltschaft, Übertretungsstrafbehörde oder Gericht unentschuldig nicht oder zu spät Folge leistet, kann mit Ordnungsbusse bestraft und überdies polizeilich vorgeführt werden<sup>3</sup>.

b) aa) Die Staatsanwaltschaft berief sich insbesondere auf BGE 140 IV 118<sup>4</sup>. Darin setzte sich das Bundesgericht vor allem mit der Frage auseinander, ob eine Vergleichsverhandlung und ein Vergleich möglich sind, wenn nebst Antragsdelikten auch Officialdelikte Untersuchungsgegenstand sind. Die Frage stellte sich, weil der französische Text das Adverb "ausschliesslich" enthält<sup>5</sup>, während in der deutschen<sup>6</sup> und der italienischen<sup>7</sup> Fassung dieses Adverb fehlt<sup>8</sup>. Das Bundesgericht kam zum Schluss, ein Vergleich sei nicht ausgeschlossen, wenn das Verfahren nebst Antragsdelikten auch Officialdelikte betreffe<sup>9</sup>. Es führte den Unterschied in den Gesetzestexten auf einen Fehler im Gesetzgebungsverfahren für die französische Fassung zurück, der im Entwurf des Bundesrats nicht angepasst worden sei. Es erwog, die Lehre, welche die Divergenz der Übersetzung in den Texten nicht festgestellt habe, stehe dieser Auslegung nicht entgegen. Der Zweck der Bestimmung bestehe darin, eine gütliche Vereinbarung zwischen der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft zu finden, der es Letzterer erlaube, ihren Strafantrag zurückzuziehen und daher auf die Strafverfolgung zu verzichten. Die Vergleichsverhandlung nach Art. 316 Abs. 1 StPO zwingt die klagende Partei nur dazu, zur Verhandlung zu erscheinen. Sie habe dagegen keine Verpflichtung, ihren Strafantrag zurückzuziehen. Die Vorladung zur Vergleichsverhandlung in einem Strafverfahren, das Official- und Antragsdelikte umfasse, verursache der klagenden Partei insoweit keinen Nachteil, als der Vergleich sich nur auf die auf Antrag verfolgbaren Straftaten beziehe<sup>10</sup>.

bb) Das Bundesgericht befasste sich in BGE 140 IV 118 folglich nicht ausdrücklich mit der sich hier stellenden Frage. Die Regeste dieses Entscheids handelt denn auch nur vom französischen Wortlaut von Art. 316 Abs. 1 Satz 1 StPO, der im Unterschied zur deutschen und

---

<sup>2</sup> Art. 205 Abs. 2 StPO

<sup>3</sup> Art. 205 Abs. 4 StPO

<sup>4</sup> = Pra 2015 Nr. 6

<sup>5</sup> "Lorsque la procédure préliminaire porte exclusivement sur des infractions poursuivies sur plainte (...)"

<sup>6</sup> "Soweit Antragsdelikte Gegenstand des Verfahrens sind (...)"

<sup>7</sup> "Se il procedimento concerne reati perseguibili a querela di parte (...)"

<sup>8</sup> Vgl. BGE 140 IV 118 (Regeste)

<sup>9</sup> BGE 140 IV 118 (Regeste)

<sup>10</sup> BGE 140 IV 122 f.

italienischen Fassung das Adverb "ausschliesslich" enthält sowie vom Ergebnis, dass ein Vergleich nicht ausgeschlossen ist, wenn das Verfahren auch Officialdelikte betrifft.

c) aa) In einem neueren, nicht publizierten Entscheid beantwortete das Bundesgericht allerdings die sich hier stellende Frage. Es erwog, es sei allein Sache der Staatsanwaltschaft zu entscheiden, ob und in welchem Stadium des Verfahrens sie eine Vergleichsverhandlung anordne. Komme die antragstellende Partei ihrer Erscheinungspflicht nicht nach, werde sie nicht wie im ordentlichen Verfahren mit einer Ordnungsstrafe oder einer Zwangsmassnahme (polizeiliche Vorführung) im Sinn von Art. 205 Abs. 4 StPO belegt. Vielmehr gelte ihr Nichterscheinen von Gesetzes wegen als Rückzug des Strafantrags; folglich müsse die Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung gestützt auf Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO einstellen. Diese Regelung ermögliche eine spürbare Entlastung der Justiz und diene der Förderung der Prozessökonomie<sup>11</sup>.

Weiter hielt das Bundesgericht fest, die Lehre unterscheide zwischen begründetem und unbegründetem Nichterscheinen zur Vergleichsverhandlung und vertrete die Auffassung, dass die Rückzugsfiktion gemäss Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO nur in der letztgenannten Konstellation anwendbar sei. Auch in der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts werde nur das Nichterscheinen des Antragstellers ohne triftigen Grund mit dem Rückzug der Klage gleichgesetzt. Diese Klarstellung finde sich nicht im Gesetz, obwohl sie im Entwurf noch enthalten gewesen sei. Dieser Punkt sei nicht Gegenstand der parlamentarischen Debatte gewesen. Die StPO enthalte verschiedene Bestimmungen über die Folgen des Nichterscheinens. Dazu gehörten insbesondere die Art. 355 Abs. 2, Art. 356 Abs. 4 und Art. 407 Abs. 1 lit. a StPO, welche die Fiktion des Rückzugs der Einsprache oder der Berufung oder Anschlussberufung aufstellten. In all diesen Fällen setze die Fiktion ein ungerechtfertigtes Nichterscheinen voraus. Für den Strafantragsteller könne es nicht anders sein, weil sein Nichterscheinen zur Vergleichsverhandlung gemäss Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO einer Rücknahme des Strafantrags gleichkomme und die Einstellung des Strafverfahrens zur Folge habe<sup>12</sup>. Nach der Rechtsprechung sei ein Nichterscheinen nicht nur gerechtfertigt, wenn es sich um einen Fall höherer Gewalt, das heisse eine objektive Unmöglichkeit zu erscheinen, handle, sondern auch bei einer subjektiven Unmöglichkeit, die auf persönliche Umstände oder einen der vorgeladenen Personen nicht zurechenbaren Irrtum zurückzuführen sei<sup>13</sup>. Zur Rückzugsfiktion der Einsprache gemäss Art. 355 Abs. 2 und Art. 356 Abs. 4 StPO habe das Bundesgericht klargestellt, dass diese nur gelte, wenn aus dem ungerechtfertigten Nichterscheinen nach Treu und Glauben ein fehlendes Interesse an der Fortsetzung des Strafverfahrens abgeleitet werden könne. Das gelte

---

<sup>11</sup> BGE vom 4. Februar 2021, 6B\_1179/2020, Erw. 3.1

<sup>12</sup> BGE vom 4. Februar 2021, 6B\_1179/2020, Erw. 3.3

<sup>13</sup> BGE vom 4. Februar 2021, 6B\_1179/2020, Erw. 3.4

auch für die Fiktion des Rückzugs des Strafantrags nach Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO<sup>14</sup>. Im konkreten Fall hatte der Beschwerdeführer sein Fernbleiben damit begründet, er sei überzeugt gewesen, dass die Vergleichsverhandlung aufgrund der Corona-Massnahmen, über die er in den Zeitungen gelesen habe, abgesagt worden sei. Das Bundesgericht erkannte das Nichterscheinen des Beschwerdeführers an der Vergleichsverhandlung als nicht gerechtfertigt und leitete daraus fehlendes Interesse an der Fortsetzung des Strafverfahrens ab. Das Verhalten des Beschwerdeführers sei nicht lediglich ein Versehen und nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar. Die Vorinstanz habe daher nicht gegen Art. 316 Abs. 1 StPO verstossen, indem sie das Nichterscheinen des Beschwerdeführers als Rückzug des Strafantrags gewertet habe<sup>15</sup>.

bb) Daraus ergibt sich, dass das Bundesgericht nur an das unentschuldigte beziehungsweise ungerechtfertigte Fernbleiben von der Vergleichsverhandlung den fingierten Rückzug des Strafantrags gemäss Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO knüpft. Insoweit erweist sich die Auffassung des Beschwerdeführers als korrekt. Das bestritt indessen auch die Staatsanwaltschaft nicht.

d) aa) Bei der Rückzugsfiktion des Strafantrags nach Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO gilt folglich, was das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Rückzugsfiktion im Einspracheverfahren gegen einen Strafbefehl gemäss Art. 355 Abs. 2 StPO festhielt: Damit ein fingierter Rückzug angenommen werden darf, muss aus dem ungerechtfertigten Nichterscheinen nach Treu und Glauben ein fehlendes Interesse an der Fortsetzung des Strafverfahrens abgeleitet werden können. Von einem konkludenten Rückzug darf gemäss dem Bundesgericht nur ausgegangen werden, wenn sich aus dem gesamten Verhalten der betroffenen Person der Schluss aufdrängt, sie verzichte mit ihrem Desinteresse am weiteren Gang des Verfahrens bewusst auf den ihr zustehenden Rechtsschutz. Der vom Gesetz an das unentschuldigte Fernbleiben geknüpfte (fingierte) Rückzug setzt deshalb voraus, dass sich die beschuldigte Person der Konsequenzen ihrer Unterlassung bewusst ist und in Kenntnis der massgebenden Rechtslage auf die ihr zustehenden Rechte verzichtet. Zu verlangen ist, dass sie hinreichend über die Folgen des unentschuldigten Fernbleibens in einer ihr verständlichen Weise belehrt und namentlich auf die Rückzugsfiktion hingewiesen wurde<sup>16</sup>.

bb) Es ist unbestritten, dass hier nur Antragsdelikte Gegenstand des Strafverfahrens sind, dass die Parteien ordnungsgemäss zur Vergleichsverhandlung vorgeladen und in der Vorladung auf die Folgen des unentschuldigten Nichterscheinens zur Verhandlung, mithin auf die Rückzugsfiktion, hingewiesen wurden. Der Beschwerdeführer blieb der Vergleichsverhandlung mit der Begründung fern, er wolle keinen Vergleich abschliessen. Es stellt sich daher die Frage, ob

---

<sup>14</sup> BGE vom 4. Februar 2021, 6B\_1179/2020, Erw. 3.5

<sup>15</sup> BGE vom 4. Februar 2021, 6B\_1179/2020, Erw. 3.6 f.

<sup>16</sup> BGE vom 27. Mai 2013, 6B\_152/2013, Erw. 4.5.1 und 4.5.2

das Nichterscheinen des Beschwerdeführers an der Vergleichsverhandlung, weil er nicht am Abschluss eines Vergleichs interessiert ist, als gerechtfertigtes oder ungerechtfertigtes Fernbleiben zu qualifizieren ist.

e) aa) Das Bundesgericht hat sich - soweit ersichtlich - bislang nicht mit dieser Frage befasst. Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass die Weigerung, an einer Vergleichsverhandlung auf einen Vergleichsversuch einzusteigen, gestützt auf die Lehre als gerechtfertigtes Nichterscheinen gilt, weshalb die Rückzugsfiktion von Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht zur Anwendung gelangt.

bb) Riklin hält fest, ein entschuldigtes Ausbleiben liege vor, wenn die antragstellende Person erkläre, an Vergleichsverhandlungen nicht interessiert zu sein, und sie deshalb nicht an der Verhandlung erscheinen wolle<sup>17</sup>. Er begründet seine Auffassung nicht näher<sup>18</sup> und verweist einzig auf Goldschmid/Maurer/Sollberger. Auch diese halten in ihrem sehr frühen, aus dem Jahr 2008 stammenden Kommentar lediglich fest, eine solche Erklärung der antragsstellenden Person werde als begründete Entschuldigung akzeptiert werden müssen<sup>19</sup>.

Bommer führt unter dem Aspekt des Opfer- und Verletztenschutzes aus, je weiter der Anwendungsbereich von Art. 316 Abs. 1 StPO gezogen werde, desto wirkmächtiger werde die harsche Regel, die er enthalte: Den Verfahrensausschluss der verletzten Person, obwohl diese mit dem Strafantrag ihren Willen zur Strafverfolgung bekundet habe<sup>20</sup>. Dass entsprechend dem Vorwurf nur unentschuldigtes Ausbleiben als Dahinfallen des Strafantrags betrachtet werden könne, sei nicht ernsthaft diskutabel; entschuldigtes Fernbleiben könne nicht zum Rechtsverlust führen. Diskutabel sei einzig, ob die offene Weigerung, zum Vergleichsversuch zu erscheinen, die Absenz als entschuldigt erscheinen lasse. Das Bundesgericht sei in BGE 140 IV 118 offenbar gegenteiliger Ansicht. Damit verkomme eine Norm, deren hehres Ziel eine Versöhnung oder zumindest eine gütliche Einigung zwischen zwei Kontrahenten sei, zum Auslöser eines Prozederes, das voraussehbar weder den beiden noch dem Verfahren etwas nütze. Vernünftig begründbar sei nur der Weg, den Willen der antragstellenden Person zu respektieren, ohne daran die Rückzugsfolge zu knüpfen. Die Rückzugsfolge scheine allein dann am Platz, wenn sich aus seinem Verhalten auf ein offensichtliches Desinteresse an der weiteren Verfolgung der Straftat schliessen lasse, sodass kontrafaktisches Festhalten am Strafantrag als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen wäre<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Kommentar, 2.A., Art. 316 N. 3

<sup>18</sup> Seine nachfolgenden Ausführungen, wonach die Botschaft irre, wenn sie meine, bei der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB habe das unentschuldigte Ausbleiben der geschädigten Person keinen Strafantragsrückzug zur Folge, betrifft die hier zu entscheidende Frage nicht.

<sup>19</sup> Goldschmid/Maurer/Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, S. 306

<sup>20</sup> Bommer, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014, in: ZBJV 2017 S. 55

<sup>21</sup> Bommer, S. 56 f.

Bosshard/Landshut gibt zunächst Bommer wieder und hält alsdann fest, nur das unentschuldigte Ausbleiben der antragstellenden Person sei einem Rückzug des Antrags gleichgestellt. Erkläre die antragstellende Person, dass sie an Vergleichsverhandlungen nicht interessiert sei, weshalb sie nicht zur Vergleichsverhandlung erscheine, müsse dies als begründete Entschuldigung hingenommen werden<sup>22</sup>. Sie verweisen dazu auf Goldschmid/Maurer/Sollberger.

Schwaibold, auf den sich der Beschwerdeführer im Wesentlichen abstützt, legt zunächst die Auffassung von Bosshard/Landshut und Riklin sowie zwei weiteren Autoren dar, die Letzteren jedoch nur mit der mittlerweile unstrittigen Erwägung, nur unentschuldigtes Fernbleiben der antragstellenden Person führe zur Verfahrenseinstellung. Er hält fest, all diese Lehrmeinungen bezögen sich auf Goldschmid/Maurer/Sollberger. Diese vielfach übernommene Auffassung werde aber zum Beispiel von Perrier Depeursinge<sup>23</sup> abgelehnt<sup>24</sup>. Es sei sinnlos, wenn gesagt werde, die antragstellende Person müsse erscheinen, auch wenn sie gar nicht verhandeln wolle. Eine Vergleichsverhandlung, die ihr Ziel nicht erreichen könne, weil eine Partei das von Anfang an erkläre, sei doch für alle Beteiligten verlorene Zeit und könne mit nichts gerechtfertigt werden. Das Bundesgericht sage aber das Gegenteil: Die antragstellende Person sei ja nur verpflichtet zu erscheinen, nicht aber verpflichtet, ihren Antrag zurückzuziehen<sup>25</sup>. Eine Vergleichsverhandlung, die ihr Ziel nicht erreichen könne, dürfe gar nicht stattfinden - es sei denn, man missachte als Staatsanwalt die Persönlichkeitsrechte der antragstellenden Person und verachte zugleich seinen Anwalt. Zu sagen, man müsse erscheinen, aber weder verhandeln noch sich einigen, sei eine besondere Form des justiziellen Zynismus. Dass man auch noch angekündigtes und begründetes Nichterscheinen mit der Rückzugsfolge bestrafe, sei wohl eine neue Form von überspitztem Formalismus: Ein Gesetz werde seinem Wortlaut nach auf einen Sachverhalt angewandt, für den es nun wirklich nicht geschaffen worden sein könne. Dass sich das Bundesgericht zudem für davon dispensiert halte, die in der ganz überwiegenden Lehre vorgetragene Überlegungen auch nur zu erwähnen, geschweige denn ihnen zu folgen, sei sehr zu bedauern. Denn jede Auseinandersetzung mit der Problematik des unentschuldigtes Ausbleibens unterbleibe im Entscheid, auch in den nicht publizierten Erwägungen. Die einzig richtige Lösung hätte darin bestehen müssen, von einem nicht unentschuldigtes beziehungsweise eben einem berechtigten Ausbleiben auszugehen und damit die Grundvoraussetzung für einen Vergleich als fehlend zu erkennen<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Bosshard/Landshut, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 316 N. 7

<sup>23</sup> Commentaire romand, 2.A., Art. 316 StPO N. 21

<sup>24</sup> Schwaibold, "Bad law makes hard cases", in: forumpoenale 2015 S. 39 f.

<sup>25</sup> Dies führte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der hier nicht interessierenden Frage der Antrags- und Officialdelikte aus.

<sup>26</sup> Schwaibold, S. 41



cc) Die Lehre beantwortet die Frage folglich uneinheitlich. Die Mehrheit der Autoren bewertet das Fernbleiben der antragstellenden Person von der Vergleichsverhandlung infolge Desinteresses an einem Vergleich indessen als entschuldigtes Nichterscheinen. Sie verweisen dazu auf Goldschmid/Maurer/Sollberger, welche ihre Meinung jedoch nicht näher begründen. Es kann somit nicht unbesehen darauf abgestellt werden.

dd) Auch die Botschaft gibt über diese Frage keinen Aufschluss, sondern führt einzig aus, wenn der Vergleich scheitere oder die beschuldigte Person bei der Vergleichsverhandlung unentschuldig ausbleibe (was als fehlender Einigungswille gelte), werde das Verfahren weitergeführt<sup>27</sup>.

ee) Die Frage ist daher unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck von Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO zu beantworten.

ff) Es ist durchaus nachvollziehbar, dass die antragstellende und geschädigte Person die beschuldigte Person wegen des beanzeigten Sachverhalts bestraft sehen möchte und deshalb keine Möglichkeit für einen Vergleich sieht oder schlicht keinen Willen für einen Vergleich aufbringen will. Die antragstellende Person qualifiziert eine Vergleichsverhandlung in einem solchen Fall als unnötig und will den entsprechenden Aufwand nicht auf sich nehmen. Es kann argumentiert werden, aus einem solchen Verhalten kann nicht abgeleitet werden, dass die antragstellende Person das Verfahren nicht weiterführen will; vielmehr will sie einfach keinen Vergleich abschliessen. Wie die Staatsanwaltschaft in der Beschwerdeantwort zutreffend ausführte, ist allerdings zu beachten, dass es allein in ihrer Kompetenz liegt, eine Vergleichsverhandlung anzusetzen. Dementsprechend hat sie zu beurteilen, ob eine Vergleichsverhandlung Sinn macht. Die Staatsanwaltschaft hielt zudem zu Recht fest, die Praxis zeige, dass in den meisten Fällen, in denen zu Vergleichsverhandlungen vorgeladen werde, eine oder gar alle Beteiligten vorab angäben, keine Vergleichsverhandlungen zu wollen beziehungsweise nicht vergleichsbereit zu sein. Diese ablehnende Haltung erscheine insofern nachvollziehbar, weil in all jenen Fällen, in denen die Beteiligten bereits eine gemeinsame Lösung hätten finden können oder dies zumindest grundsätzlich wollten, es in der Regel gar nicht erst zu einer Strafanzeige komme. Die Praxis zeige jedoch auch, dass in der überwiegenden Anzahl der Fälle, in denen Vergleichsverhandlungen beziehungsweise ein Vergleich vorerst abgelehnt würden, anlässlich der Vergleichsverhandlung unter Mitwirkung der Verfahrensleitung schliesslich doch ein Vergleich erzielt werden könne. Sinn und Zweck der Vergleichsverhandlung ist, eine gütliche Einigung zwischen den Parteien zu erzielen. Es handelt sich dabei um eine Form der Konfliktbewältigung, die für alle Involvierten besser als die Bestrafung der beschuldigten Person sein kann<sup>28</sup>. Vergleichsverhandlungen machen dabei

---

<sup>27</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 S. 1268

<sup>28</sup> Bosshard/Landshut, Art. 316 StPO N. 1

vor allem zu Beginn eines Verfahrens Sinn, da es dann einfacher ist, einen Ausgleich zu finden. Je weiter das Verfahren fortgeschritten ist, desto schwieriger wird es sein, die Parteien von ihrem Standpunkt abzubringen und einen Vergleich einzugehen. Dies gilt erst recht, wenn bereits ein Entscheid ergangen ist. Könnte die antragstellende Person durch blosser Mitteilung ihres Desinteresses an einem Vergleich von der Verhandlung entschuldigt fernbleiben, bestünde die Gefahr, dass das vom Gesetzgeber bewusst geschaffene, durchaus sinnvolle Instrument des Versuchs einer gütlichen Einigung ausgehöhlt würde. Das Nichterscheinen der antragsstellenden Person an der Vergleichsverhandlung, weil sie nicht am Abschluss eines Vergleichs interessiert ist, ist somit als ungerechtfertigtes beziehungsweise unentschuldigtes Fernbleiben zu qualifizieren. Die Teilnahme der antragstellenden Person an der Vergleichsverhandlung ist ihr zudem auch deshalb zumutbar, weil sie vom Staat die Durchführung eines Strafverfahrens verlangt, welches der Staat von sich aus nicht hätte führen müssen, da es sich lediglich um Antragsdelikte handelt. Aus dem ungerechtfertigten Nichterscheinen ist daher nach Treu und Glauben ein fehlendes Interesse an der Fortsetzung des Strafverfahrens abzuleiten.

f) Das Nichterscheinen des Beschwerdeführers an der Vergleichsverhandlung ist somit als ungerechtfertigtes beziehungsweise unentschuldigtes Fernbleiben einzustufen. Der vom Beschwerdeführer geltend gemachte Entschuldigungsgrund beruhte ferner nicht auf einer objektiven oder subjektiven Unmöglichkeit, sondern einzig auf seinem subjektiven Unwillen, der Vorladung Folge zu leisten, weil er diese für sich als unzumutbar qualifizierte. So garantierte die Staatsanwaltschaft namentlich für die Einhaltung sämtlicher Corona-Massnahmen. Auch der Anreiseweg erscheint nicht als unzumutbar. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer die Vorladung hätte anfechten können, wenn er Zweifel am Sinn der Vergleichsverhandlung gehabt hätte.

3. Zusammenfassend blieb der Beschwerdeführer der Vergleichsverhandlung unentschuldig fern, weshalb gestützt auf Art. 316 Abs. 1 Satz 2 StPO ein fingierter Rückzug des Strafantrags anzunehmen ist. Die Staatsanwaltschaft stellte die Strafuntersuchung folglich zu Recht ein, und die Beschwerde ist abzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 22. März 2022, SW.2022.5

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (6B\_730/2022).

## 46. Formelle Anforderungen an einen Beweisantrag

(Art. 318 Abs. 1 StPO; Art. 318 Abs. 2 StPO; Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO)

1. a) Der Beschwerdeführer ist beschuldigte Person in einem bei der Staatsanwaltschaft X hängigen Strafverfahren.

b) Die Staatsanwaltschaft Y führt in diesem Zusammenhang ein weiteres Strafverfahren gegen verschiedene Personen, wobei sich der Beschwerdeführer in jenem Strafverfahren als Privatkläger konstituierte. Gestützt auf einen Hausdurchsuchungsbefehl durchsuchten die Untersuchungsbehörden die Räumlichkeiten des Amtes A und stellten Unterlagen und Gegenstände sicher und beschlagnahmten sie. Später hob die Staatsanwaltschaft Y diese Beschlagnahmeverfügung wieder auf und ordnete die Retournierung der beschlagnahmten Unterlagen und Gegenstände an das Amt A sowie die Vernichtung aller nicht potentiell verfahrensrelevanter Daten und Datenträger an. Auf eine vom Beschwerdeführer dagegen erhobene Beschwerde trat das Obergericht nicht ein<sup>1</sup>.

c) In der Folge stellte der Beschwerdeführer bei der Staatsanwaltschaft X den Beweisantrag, es seien die von der Staatsanwaltschaft Y in der Verfügung betreffend Aufhebung der Beschlagnahme bezeichneten Unterlagen und Gegenstände sowie elektronischen Daten und Datenträger unverzüglich zu beschlagnahmen. Die Staatsanwaltschaft X wies diesen Beweisantrag ab. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) Eine antizipierte Beweiswürdigung ist nur möglich, anfechtbar und überprüfbar, wenn ein genügend konkret begründeter Beweisantrag vorliegt. Das ergibt sich zum einen aus dem Begriff des Beweisantrags als Antrag, ein bestimmtes Beweismittel zum Nachweis eines bestimmten Umstands (sogenannte Beweistatsache) zu verwenden<sup>2</sup>. Zum anderen geht auch aus Art. 318 Abs. 2 StPO selber hervor, dass mit den Beweisanträgen die Beweiserhebung über Tatsachen verlangt wird. Die Staatsanwaltschaft kann einen Beweisantrag demzufolge nur beurteilen, wenn er genügend konkret begründet ist und insbesondere die Tatsachen nennt, über welche Beweis erhoben werden soll.

b) Der Beschwerdeführer nannte in seiner Begründung die Tatsachen nicht, über die hätte Beweis erhoben werden sollen. Er hätte zumindest ansatzweise dartun müssen, wonach gesucht werden soll, also welche Dokumente, Gegenstände oder Daten weshalb im gegen ihn

---

<sup>1</sup> RBOG 2021 Nr. 27

<sup>2</sup> Vest/Horber, Basler Kommentar, 2.A., Art. 107 StPO N. 33

geführten Strafverfahren inwiefern eine Bedeutung haben könnten. Er hätte insbesondere ausführen müssen, welche Tatvorwürfe gegen ihn mit welchen zu beschlagnahmenden Dokumenten, Gegenständen oder Daten entkräftet oder relativiert werden sollten. Es gilt dabei zu beachten, dass der abgelehnte Beweisantrag auf Beschlagnahme von unzähligen Dokumenten und Daten lautete. Die Staatsanwaltschaft kann nicht unbesehen irgendwelche Dokumente und Daten beschlagnahmen, unabhängig davon, ob sie es von Amtes wegen tut oder auf Antrag einer Partei. Vielmehr muss sie sich an die Voraussetzungen der Beschlagnahme gemäss Art. 263 ff. StPO halten. So darf sie Gegenstände und Vermögenswerte unter anderem nur beschlagnahmen, wenn sie voraussichtlich als Beweismittel gebraucht werden<sup>3</sup>. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Beschlagnahme der gesamten von der Staatsanwaltschaft Y freigegebenen Unterlagen, Gegenstände, Daten und Datenträger mit der Begründung, diese könnten enorm viel potentiell entlastendes Material für seine Verteidigung enthalten, erweist sich folglich als zu pauschal, weshalb ihn die Staatsanwaltschaft X nicht beurteilen konnte. Die Umsetzung eines solchen Antrags ohne Konkretisierung würde im Grunde genommen zu einer Beschlagnahme aufs Geratewohl und somit zu einer verbotenen Beweisausforschung<sup>4</sup> führen und jegliche Strafverfolgung lahmlegen. Es ist dabei unerheblich, dass die Dokumente, Gegenstände und Daten von einer anderen Strafverfolgungsbehörde in einem anderen Strafverfahren gegen andere Beschuldigte mit anderen Tatvorwürfen schon einmal beschlagnahmt wurden. Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführer in jenem Strafverfahren Privatkläger ist, entbindet ihn nicht davon, Beweisanträge, die er im Verfahren vor der Staatsanwaltschaft X gegen ihn als Beschuldigten stellt, konkret zu begründen. Dafür muss er sich mit den ihm angelasteten Tatvorwürfen auseinandersetzen und bezogen darauf Beweisanträge stellen. Im Fall hier dagegen hat die Staatsanwaltschaft keine Ahnung, wonach sie suchen soll.

Obergericht, 2. Abteilung, 6. Januar 2022, SW.2021.122

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 10. Oktober 2022 ab, soweit es darauf eintrat (1B\_108/2022).

---

<sup>3</sup> Art. 263 Abs. 1 lit. a StPO

<sup>4</sup> "Fishing Expedition"

## 47. Voraussetzungen für die Einstellung eines Strafverfahrens

(Art. 319 Abs. 1 StPO)

1. a) Die Staatsanwaltschaft führte ein Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner und weitere Personen unter anderem wegen Amtsmissbrauchs zugunsten des Beschwerdeführers und Gehilfenschaft zur einer Straftat. Zudem erstattete der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der - seiner Auffassung nach - rechtswidrigen Hofräumung gegen den Beschwerdegegner und weitere Personen Strafanzeige.

b) Mit Teil-Einstellungsverfügung stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen unbekannte Amtsträger der Polizei und des Amtes A sowie gegen den Beschwerdegegner wegen Amtsmissbrauchs durch angebliche Verletzung der Dokumentationspflicht an der Hofräumung auf dem Hof des Beschwerdeführers (Sachverhaltskomplex 1), gegen unbekannte Funktionäre der Polizei, unbekannte Amtsträger des Amtes A und den Beschwerdegegner wegen Amtsmissbrauchs, Sachentziehung, Diebstahls, Sachbeschädigung und Hausfriedensbruchs durch Beschädigung und Entwendung von Gegenständen und Betreten der Räumlichkeiten an der genannten Hofräumung (Sachverhaltskomplex 2) sowie gegen den Beschwerdegegner als damaligen Leiter des Amtes A wegen Amtsmissbrauchs, Freiheitsberaubung, Diebstahls, Veruntreuung und Hausfriedensbruchs im Zusammenhang mit der Durchführung und Beendigung der Hofräumung (Sachverhaltskomplex 3) ein. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) Eine Verfahrenseinstellung hat nach Art. 319 Abs. 1 StPO unter anderem zu erfolgen, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (lit. a), kein Straftatbestand erfüllt ist (lit. b), oder wenn nach gesetzlicher Vorschrift auf Strafverfolgung oder Bestrafung verzichtet werden kann (lit. e).

b) Der Entscheid über die Einstellung eines Verfahrens hat sich nach dem Grundsatz "im Zweifel für die Anklageerhebung"<sup>1</sup> zu richten. Dieser Grundsatz ist nicht ausdrücklich in der StPO geregelt; er ergibt sich aber gestützt auf Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 StPO aus dem Legalitätsprinzip<sup>2</sup>.

c) Als Faustregel gilt seit RBOG 2013 Nr. 29: Ist ein Freispruch wahrscheinlicher als eine Verurteilung, kann die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren einstellen. Halten sich die Wahrscheinlichkeiten eines Freispruchs oder einer Verurteilung in etwa die Waage, ist dagegen Anklage zu erheben. Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz "im Zweifel für die Anklageerhebung". Ist

---

<sup>1</sup> "In dubio pro duriore"

<sup>2</sup> BGE 138 IV 190; BGE 138 IV 91; BGE vom 11. Januar 2022, 6B\_160/2021, Erw. 2.2

eine Verurteilung wahrscheinlicher als ein Freispruch, muss die Staatsanwaltschaft anklagen. Diese Faustregel gilt grundsätzlich unabhängig von der Schwere der infrage stehenden Delikte. Dies gebietet schon Art. 7 Abs. 1 StPO, wonach die Strafbehörden verpflichtet sind, ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden (Legalitätsprinzip). Die Ausnahmen ergeben sich aus Art. 8 StPO<sup>3</sup>.

Vor der Einschätzung über die Chancen einer Verurteilung und eines Freispruchs sind die massgeblichen Sachverhalte genügend abzuklären. Eine korrekte Einschätzung der Wahrscheinlichkeiten einer Verurteilung oder eines Freispruchs kann erst erfolgen, wenn keine erheblichen Details offen bleiben, die noch geklärt werden können, und die für die Entscheidung über die Einstellung oder die Anklageerhebung von Bedeutung sind<sup>4</sup>.

3. a) Beim Sachverhaltskomplex 1 geht es um den Vorwurf, der Beschuldigte habe sich durch die Unterlassung der Dokumentationspflicht über die vom Amt A angeordnete Hofräumung des Amtsmissbrauchs schuldig gemacht.

b) aa) Nach Art. 312 StGB wird Amtsmissbrauch mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Den objektiven Tatbestand 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 Amtsgewalt<sup>5</sup>. Unter Amtsgewalt wird die Summe aller Machtmittel verstanden, die zur Durchführung einer amtlichen (hoheitlichen) Handlung eingesetzt werden können<sup>6</sup>. Der hinsichtlich der Tathandlung sehr allgemein umschriebene Straftatbestand ist einschränkend dahingehend auszulegen, dass nur derjenige die Amtsgewalt missbraucht, der 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 trifft<sup>7</sup>. Allerdings liegt ein Amtsmissbrauch nicht in jeder widerrechtlichen Verfügung, bei der sich im Nachhinein (etwa im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens) herausstellt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen haben. Zum einen besteht ein gewisser Ermessensspielraum, sodass erst bei einem eigentlichen Ermessensmissbrauch auch von einem Missbrauch der

---

<sup>3</sup> RBOG 2013 Nr. 29 Erw. 2.c.aa

<sup>4</sup> RBOG 2013 Nr. 29 Erw. 2.c.bb

<sup>5</sup> Heimgartner, Basler Kommentar, 4.A., Art. 312 StGB N. 6

<sup>6</sup> Trechsel/Vest, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 4.A., Art. 312 N. 3

<sup>7</sup> BGE 127 IV 211; BGE 114 IV 42; BGE 113 IV 30

Amtsgewalt auszugehen ist. Zum anderen bedarf es in subjektiver Hinsicht des diesbezüglichen Wissens und der unrechtmässigen Handlungsabsicht<sup>8</sup>. Auch der Einsatz unverhältnismässiger Mittel zu an sich legitimen Zwecken ist tatbestandsmässig. Dies ist der Fall, wenn die Mittel in wesentlicher Weise nicht mehr in Relation zum angestrebten Zweck stehen<sup>9</sup>.

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 angestrebt<sup>10</sup>.

cc) In der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, ein Missbrauch der Amtsgewalt durch Unterlassung sei in der Regel zu verneinen, da durch Passivität grundsätzlich kein Zwang ausgeübt werden könne. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre ist ein Amtsmissbrauch nach den Regeln des Unterlassungsdelikts gemäss Art. 11 StGB indessen möglich, wenn der Amtsträger es unterlässt, einen Grundrechtseingriff oder eine Zwangssituation aufzuheben, obschon er als Garant dazu verpflichtet wäre, oder wenn er den Amtsmissbrauch eines Untergebenen im Sinn einer Mit- oder Nebentäterschaft wissentlich oder willentlich geschehen lässt, obschon er die Garantienpflicht hätte einzugreifen<sup>11</sup>.

dd) Subjektiv ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz ausreicht. Nebst dem Bewusstsein über seine Sondereigenschaft muss der Täter insbesondere wissen, dass er möglicherweise seine Amtsgewalt missbraucht und dies zumindest in Kauf nehmen; er muss wissen, dass die Amtsgewalt missbräuchlich eingesetzt wird. Daran fehlt es etwa, wenn der Amtsträger im Glauben handelt, er übe seine Machtbefugnisse pflichtgemäss aus. Vorausgesetzt ist zudem die Absicht, sich oder einem Dritten einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem anderen einen Nachteil zuzufügen (Vorteils- oder Benachteiligungsabsicht), wobei Eventualabsicht genügt<sup>12</sup>.

c) Es ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer nicht dargetan, inwiefern der Beschwerdegegner in Verletzung einer Garantienpflicht allein dadurch einen Eingriff in Grundrechte des Beschwerdeführers nicht aufgehoben hat, dass er die Hofräumung ungenügend dokumentierte

---

<sup>8</sup> Heimgartner, Art. 312 StGB N. 8

<sup>9</sup> Heimgartner, Art. 312 StGB N. 11

<sup>10</sup> Heimgartner, Art. 312 StGB N. 4; BGE 127 IV 212 f.; BGE vom 8. Juli 2019, 6B\_1212/2018, Erw. 2.3; BGE vom 15. Mai 2019, 6B\_214/2019, Erw. 4.7

<sup>11</sup> BGE vom 19. November 2018, 1C\_57/2018, Erw. 3 und 5.3

<sup>12</sup> Heimgartner, Art. 312 StGB N. 22; Trechsel/Vest, Art. 312 StGB N. 7; BGE vom 19. November 2018, 1C\_57/2018, Erw. 3

oder dokumentieren liess. Der Tatvorwurf wäre - wenn er zuträfe - nur, aber immerhin, eine Amtspflichtverletzung, nicht ein strafbarer Amtsmissbrauch.

4. a) Der Sachverhaltskomplex 2 betrifft die Tathandlung "Beschädigung und Entwendung von Gegenständen und Betreten der Räumlichkeiten anlässlich der Hofräumung bei Beschwerdeführer in [Ort] vom [Datum]", begangen durch unbekannte Funktionäre der Polizei, unbekannte Amtsträger des Amtes A und den Beschwerdegegner. Insbesondere geht es dabei um den Vorwurf des Hausfriedensbruchs: Der beschuldigte Beschwerdegegner und die übrigen unbekanntes Beschuldigten hätten den Hof des Beschwerdeführers gegen dessen Willen betreten und hätten nicht nur die Stallungen durchsucht, sondern sämtliche privaten Wohnräume, ohne Hausdurchsuchungs- und Durchsuchungsbefehl, obwohl das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer bereits materiell eröffnet gewesen sei.

b) Des Hausfriedensbruchs nach Art. 186 StGB macht sich strafbar, wer unrechtmässig gegen den Willen des Berechtigten in ein Haus, in eine Wohnung, in einen abgeschlossenen Raum eines Hauses oder in einen unmittelbar zu einem Hause gehörenden umfriedeten Platz, Hof oder Garten oder in einen Werkplatz eindringt. Die Unrechtmässigkeit ist objektives Tatbestandselement. Das Betreten eines geschützten Raumes ist nicht unrechtmässig, wenn es im Rahmen einer Amtspflicht und unter Beachtung der Grenzen dieser amtlichen Befugnisse geschieht. Zu denken ist insbesondere an strafprozessuale Hausdurchsuchungen, aber auch an die Durchführung von Kontrollen der Feuerpolizei oder von Handlungen im Rahmen eines Betreibungsverfahrens<sup>13</sup>.

c) aa) Das den Beschuldigten vorgeworfene Eindringen erfolgte gestützt auf den Entscheid des Amtes A. Gestützt auf Art. 24 TSchG<sup>14</sup> wurden alle Tiere des Beschwerdeführers vorsorglich beschlagnahmt, geeignet untergebracht und bestmöglich weitervermittelt. Das Amt A und die Beschuldigten handelten damit als administrative Vollzugsbehörden im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens, nicht im Rahmen eines Strafverfahrens. Art. 39 TSchG<sup>15</sup> stellt gemäss dem Gutachten, auf das der Beschwerdeführer selber verweist, eine gesetzliche Grundlage dar für ein Zutrittsrecht der administrativen Vollzugsbehörden auch gegen den Willen des Berechtigten: Weder verlangen die Gesetzesbestimmungen eine vorgängige Anmeldung der Kontrolle noch machen sie die Kontrolle von einer richterlichen Genehmigung (Hausdurchsuchungsbefehl) abhängig.

---

<sup>13</sup> Delnon/Rüdy, Basler Kommentar, 4.A., Art. 186 StGB N. 38

<sup>14</sup> Wird festgestellt, dass Tiere vernachlässigt oder unter völlig ungeeigneten Bedingungen gehalten werden, so schreitet die zuständige Behörde unverzüglich ein. Sie kann die Tiere vorsorglich beschlagnahmen und auf Kosten der Halterin oder des Halters an einem geeigneten Ort unterbringen; wenn nötig lässt sie die Tiere verkaufen oder töten. Sie kann dafür die Hilfe der Polizeiorgane in Anspruch nehmen (Abs. 1).

<sup>15</sup> Die mit dem Vollzug dieses Gesetzes beauftragten Behörden haben Zutritt zu den Räumen, Einrichtungen, Fahrzeugen, Gegenständen und Tieren; dabei haben sie die Eigenschaft der Organe der gerichtlichen Polizei.



bb) Der Einwand des Beschwerdeführers, weil gegen ihn das Strafverfahren bereits (materiell) eröffnet gewesen sei, wäre ein Hausdurchsuchungsbefehl nötig gewesen, ist unbehelflich. Der Beschwerdeführer beruft sich für seine Argumentation zu Unrecht auf das erwähnte Gutachten. Dort steht zwar Art. 39 TSchG (und Art. 8 TSG) gälten nur für das Verwaltungsverfahren. Sei ein Strafverfahren eröffnet, gälten die kantonalen Strafprozessordnungen: Die Strafverfolgungsbehörden benötigten in aller Regel einen Hausdurchsuchungsbefehl für das Betreten von Räumlichkeiten. Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich die klare Unterscheidung zwischen Strafverfolgungsbehörden und Verwaltungsbehörden beziehungsweise zwischen Strafverfahren und Verwaltungsverfahren. Die Verfahren sind keineswegs deckungsgleich, sondern verfolgen verschiedene Zwecke mit verschiedenen Mitteln und gestützt auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Der Beschwerdeführer geht irrtümlich davon aus, sobald ein Strafverfahren gegen einen Tierhalter eröffnet sei, bleibe kein Raum mehr für ein Verwaltungsverfahren. Dafür gibt es wegen der genannten Unterschiedlichkeit der beiden Verfahren keinen vernünftigen Grund. Das Gutachten hält denn auch im Fazit zur Auslegung von Art. 39 TSchG - nebst dem bereits genannten Grundsatz der in der Zusammenfassung am Schluss als wichtigster Punkt wiederholt wird - fest, Art. 39 TSchG gelte nur für die administrativen Vollzugsbehörden, nicht für die Strafverfolgungsbehörden sowie nur im Verwaltungs-, nicht aber im Strafverfahren; die kantonalen Strafverfolgungsbehörden benötigten folglich für ihre Hausdurchsuchungen einen Hausdurchsuchungsbefehl. Daraus wird noch deutlicher, dass die vom Beschwerdeführer angemahnten Bestimmungen nur für die Strafverfolgungsbehörden gelten. Der Beschwerdegegner beziehungsweise das Amt A handelten indessen - offensichtlich - als Verwaltungsbehörde im Verwaltungsverfahren. Damit fehlt das objektive Tatbestandsmerkmal der Unrechtmässigkeit.

d) Betreffend die von der Staatsanwaltschaft verneinten Tatbestände der Sachentziehung, der Veruntreuung, des Diebstahls und des Amtsmissbrauchs im Rahmen des Sachverhaltskomplexes 3 bringt der Beschwerdeführer keine konkreten Einwände vor.

e) aa) Den Vorwurf der Sachbeschädigung, wonach anlässlich der Hofräumung - wohl seitens der anwesenden Funktionäre von Polizei und Amt A - Maschinen, Stapler und Traktoren des Beschwerdeführers benutzt und beschädigt worden seien, verwarf die Staatsanwaltschaft. Sie erwog, die blosser Behauptung oder Vermutung, ohne in tatsächlicher oder personeller Hinsicht auch nur im Geringsten etwas zu substantiieren, genüge für die Beurteilung eines Tatverdachts nicht. Den Akten liessen sich keine Hinweise auf Sachbeschädigungen entnehmen, und es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass solche vorsätzlich begangen worden wären. Dies sei auch nicht geltend gemacht worden.

bb) Dagegen wendet der Beschwerdeführer lediglich - am Schluss seiner Beschwerdebegründung - ein, schliesslich seien bei der Hofräumung Maschinen, Stapler und Traktoren benutzt und beschädigt worden. Der Einwand der Staatsanwaltschaft der fehlenden personellen Substantiierung gehe insofern fehl. Dies werde ihm nicht gelingen, da er verhaftet und weggebracht worden sei. Es obliege der Staatsanwaltschaft, bevor sie das Verfahren einstelle, erst einmal entsprechende Ermittlungen anzustellen, was sie bisher unterlassen habe. Im Übrigen seien die Schäden adhäsionsweise mit "Privatstrafklage" beziffert worden.

cc) Diesem Einwand kann allenfalls insoweit gefolgt werden, als die Personen nicht genannt werden können, die solcher Taten beschuldigt werden. Indessen trifft die Begründung der Staatsanwaltschaft zu, dass der Strafanzeiger oder Privatstrafkläger den Tatvorwurf einigermaßen nachvollziehbar darlegen muss. Pauschale Behauptungen, bestimmte Vermögenswerte seien beschädigt worden, ohne konkret darzutun, welche Gegenstände wie beschädigt wurden, genügen nicht.

5. a) Der Sachverhaltskomplex 3 betrifft die Tathandlung "im Zusammenhang mit der Durchführung und Beendigung der Hofräumung beim Beschwerdeführer" durch den Beschwerdegegner als damaligen Leiter des Amtes A. Dabei steht der Vorwurf des Amtsmissbrauchs im Vordergrund: Gemäss Staatsanwaltschaft habe das Amt A die Räumung des Hofes des Beschwerdeführers durchgezogen, obschon an diesem Tag vor Ort das akute Tierleid, auf das die angeblich vom Hof stammenden Fotoaufnahmen von B und C hingewiesen hätten, nicht vorgefunden worden sei. Dieses "Durchziehen" der Hofräumung stelle, so der Beschwerdeführer, einen Missbrauch der Amtsgewalt dar.

b) Die Staatsanwaltschaft erwog dazu, aus den Akten des Amtes A ergebe sich, dass der Hofräumung eine seit Jahren andauernde Problematik hinsichtlich der Tierschutzgesetzkonformität auf dem Hof vorangegangen sei. Bereits seit vier Jahren habe ein rechtskräftiges Teiltierhalteverbot gegen den Beschwerdeführer bestanden, das ihn verpflichtet habe, seinen Tierbestand auf 60 Tiere zu reduzieren. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass eine Gefährdung des Tierwohls vorhanden gewesen sei. Es sei nicht Aufgabe der Staatsanwaltschaft, die Rechtmässigkeit der "Sofortverfügung" in verwaltungsrechtlicher Hinsicht zu überprüfen. Hinweise darauf, dass die Hofräumung ohne Anlass oder zu sachfremden Zwecken mit einer Bevorteilungs- oder Benachteiligungsabsicht durchgeführt worden wäre, seien jedenfalls keine vorhanden. Auch die Tatsache, dass der Beschwerdegegner nach dem Eingang der Meldung nicht sofort losgeprescht sei, sondern Informationen über die Authentizität der Fotos (von B und C) abgewartet habe, spreche gegen einen Amtsmissbrauch. Missbräuchlich wäre eine Hofräumung allenfalls dann gewesen, wenn diese haltlos erfolgt wäre.

c) Diese Begründung ist sowohl in Bezug auf die Tatvorwürfe (Sachverhalt oder Sachverhaltskomplex) als auch bezüglich der Rechtsanwendung ungenügend.

aa) Die Strafanzeige begründet den Vorwurf des Amtsmissbrauchs nicht nur mit der Durchführung der Hofräumung und dem Erlass der Verfügung, gemäss der die Tiere des Beschwerdeführers "vorsorglich beschlagnahmt, geeignet untergebracht und bestmöglich weitervermittelt" werden. Vielmehr wirft der Beschwerdeführer dem Beschuldigten vor, ihm mit der Versteigerung und dem Verkauf der Tiere zum Schlachtpreis und damit weit unter dem Marktwert sein Eigentum definitiv entzogen und ihn mit der völlig unverhältnismässigen und widerrechtlichen Fortnahme und Veräusserung aller Tiere enteignet zu haben. Der Beschwerdeführer sprach denn auch von fortgesetztem Amtsmissbrauch. Dieser Tatvorwurf ist gesamthaft zu würdigen, denn die Tatvorwürfe oder die beanzeigten Tathandlungen hängen zusammen. Sie sind als aufeinander abgestimmte, zum Teil voneinander abhängige Tathandlungen zu sehen. Sie gipfelten in der Veräusserung der Tiere, womit das Eigentumsrecht des Beschwerdeführers an den Tieren definitiv erlosch. Die Weiterveräusserung (Versteigerung und Verkauf) der Tiere ist unter diesem Aspekt aus Sicht des Beschwerdeführers wohl das Gravierendste, zumal die Veräusserung gemäss ihm weit unter dem Marktwert erfolgt sein soll. Mitzuberücksichtigen ist weiter, dass der Beschwerdeführer behauptet, die Verfügung sei die einzige Rechtsgrundlage, gestützt auf die ihm seine Tiere definitiv weggenommen worden seien; ausser diesem Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen gebe es keinen weiteren Entscheid über die definitive Enteignung des Beschwerdeführers. Damit behauptet der Beschwerdeführer, dass der Beschuldigte die Tiere ohne genügende Rechtsgrundlage weiterveräussert habe. In der Tat findet sich in den Akten - soweit ersichtlich - kein anderer einschlägiger Entscheid des Amtes A, und die Staatsanwaltschaft bestreitet die Darstellung des Beschwerdeführers nicht. Damit macht es den Anschein, dass die Tiere lediglich gestützt auf eine vorsorgliche Beschlagnahme versteigert und verkauft worden sind. Das Dispositiv enthält ausdrücklich eine vorsorgliche Beschlagnahme und eine geeignete Unterbringung sowie eine bestmögliche Weitervermittlung, nicht aber einen Entzug des Eigentums (Verkauf). Damit besteht die Problematik, dass unter dem Aspekt des Grundsatzes "ne bis in idem"<sup>16</sup> keine Trennung in einzelne Sachverhaltsabschnitte möglich ist, die einzeln rechtlich beurteilt werden können. Dies gilt erst recht für die Beurteilung, ob die Tatvorwürfe unter den Tatbestand des Amtsmissbrauchs zu subsumieren sind, einen Tatbestand, der inhaltlich weit formuliert ist und dementsprechend auf vielfältige Weise begangen werden kann<sup>17</sup>. Eine gesamthafte Beurteilung ist zudem für die Prüfung des subjektiven Tatbestands unabdingbar. Wie soll ohne Beurteilung des gesamten Handelns, an-

---

<sup>16</sup> Dazu ausführlich RBOG 2020 Nr. 30

<sup>17</sup> BGE vom 9. Februar 2018, 6B\_1318/2017, Erw. 7.3

gefangen bei der Vorbereitung der Hofräumung sowie dem Erlass der vorsorglichen Beschlagnahme über die Hofräumung selber bis zur Weiterveräusserung der Tiere beurteilt werden können, ob und inwieweit sich der Beschuldigte aller relevanten Umstände bewusst war<sup>18</sup>?

bb) Abgesehen davon muss aufgrund der Akten davon ausgegangen werden, dass die Staatsanwaltschaft den Sachverhaltsteil der Veräusserung der (vorsorglich) beschlagnahmten Tiere schlicht zu beurteilen "vergass". Weder findet sich in der "Teil-Einstellungsverfügung" ein Wort darüber noch enthalten die Akten einen "Sachverhaltskomplex", der sich auf diesen Tatvorwurf bezieht.

cc) Ungenügend ist die Begründung in rechtlicher Hinsicht in erster Linie deshalb, weil die Staatsanwaltschaft schreibt, es sei nicht ihre Aufgabe, die Rechtmässigkeit der Sofortverfügung in verwaltungsrechtlicher Hinsicht zu überprüfen. Zutreffend ist, dass nicht jede Verfügung, die sich im Nachhinein als widerrechtlich herausstellt, den Tatbestand des Amtsmissbrauchs erfüllt. Indessen kann dies bei einem Ermessensmissbrauch und beim Einsatz unverhältnismässiger Mittel der Fall sein. Gerade das macht der Beschwerdeführer ausdrücklich und mit Nachdruck geltend: Der Beschuldigte habe mit vorsorglicher Massnahmenverfügung und nachfolgendem Zwang seinen gesamten Tierbestand enteignet, ohne dass dies auch nur annähernd sachlich gerechtfertigt gewesen sei, und ohne genügende Rechtsgrundlage. Dabei schildert der Beschwerdeführer die Chronologie der Ereignisse, von denen hier einige erwähnt seien: Das Teiltierhalteverbot, das nicht vollstreckt worden sei, die Deeskalationsstrategie und die vielen Hofbegehungen, der Vereinbarungsvorschlag mit einem Tierbestand von 80 Tieren, die Fotos mit Tierkadavern und abgemagerten Tieren, die den verschiedenen Behörden zugestellt worden seien, die Strafanzeige von B, die behördeninternen Besprechungen und Massnahmen sowie der Artikel in einer Zeitung fünf Tage vor der Hofräumung mit anschliessendem Shitstorm über die Thurgauer Behörden, was schliesslich zur Sitzung der "Taskforce XY" geführt habe. Der Beschwerdeführer behauptet zudem unter Verweis auf Medienzitate mehrfach und unwidersprochen, der Beschwerdegegner habe am zweiten Tag der Hofräumung gesagt, man habe nicht wirklich akutes Tierleid gesehen. Er habe kein akutes Tierleid vorgefunden, so wie es auf den Fotos der Fall gewesen sei. Die Tierhaltung sei nicht gut, aber auch keine völlige Entgleisung; man sei bei der Beschlagnahme der Tiere nicht auf Zustände wie auf den Fotos gestossen. Diese Darstellung ist nicht etwa neu, sondern ergibt sich aus den Akten und war der Staatsanwaltschaft entsprechend bekannt. Damit kommt die Staatsanwaltschaft um eine Auseinandersetzung mit den sich daraus ergebenden Fragen nicht herum. Eine Einstellung unter Verweis auf die Verfügung des Amtes A zur Hofräumung, die nicht überprüft wer-

---

<sup>18</sup> Es genügt jedenfalls nicht, wenn die Staatsanwaltschaft - bei dieser umfangreichen Aktenlage - pauschal ausführt, es seien jedenfalls keine Hinweise darauf vorhanden, dass die Hofräumung ohne Anlass oder zu sachfremden Zwecken mit einer Bevorteilungs- oder Benachteiligungsabsicht durchgeführt worden wäre.

den könne, auf "eine seit Jahren andauernde Problematik hinsichtlich der Tierschutzgesetzkonformität auf dem Hof" des Beschwerdeführers und das Teiltierhalteverbot von vier Jahren zuvor - das gerichtsnotorisch gerade nicht vollzogen wurde - genügt nicht. Auch der subjektive Tatbestand kann nicht nur mit einer pauschalen Begründung abgehandelt werden.

d) Damit ist die angefochtene Verfügung aufzuheben, soweit es um den Kern des Tatvorwurfs gegen den Beschwerdegegner geht (Vorbereitung der Hofräumung, Verfügung zur Hofräumung, Hofräumung, Wegnahme und Veräusserung der Tiere). Auf diesen Sachverhalt bezogen sind die Tatbestände des Amtsmissbrauchs, des Diebstahls und der Sachentziehung zu prüfen. Weitere Tatbestände, die mit diesem Sachverhalt erfüllt sein könnten, macht der Beschwerdeführer nicht (mehr) geltend. Auf die Ausführungen der Staatsanwaltschaft zu Freiheitsberaubung, Veruntreuung sowie Hausfriedensbruch braucht deshalb im Beschwerdeverfahren nicht eingegangen zu werden; diese Straftatbestände müssen auch bei der Neuurteilung nicht mehr geprüft werden.

Zu bestätigen ist demgegenüber die Einstellung gegenüber den unbekanntem Beschuldigten, da diese laut Staatsanwaltschaft ausdrücklich nicht Beschuldigte im Sachverhaltskomplex 3 sind, was der Beschwerdeführer nicht beanstandete.

Obergericht, 2. Abteilung, 31. Mai 2022, SW.2022.18



#### **48. Einstellung des Strafverfahrens aus Opportunitätsgründen; Präzisierung von RBOG 2014 Nr. 16**

(Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO; Art. 54 StGB)

1. Der Beschwerdeführer bog mit seinem Fahrrad von einer Nebenstrasse in die B-Strasse Richtung C ein. A fuhr mit seinem Personenwagen in die entgegengesetzte Richtung ebenfalls auf der B-Strasse und überholte auf der Gegenfahrbahn den vor ihm fahrenden Personenwagen. Zwischen dem Beschwerdeführer und A kam es zu einer Frontalkollision, bei der sich der Beschwerdeführer schwere Verletzungen zuzog. Die Staatsanwaltschaft eröffnete ein Strafverfahren gegen ihn, stellte dieses indes später gestützt auf Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO i.V.m. Art. 54 StGB wieder ein. Gegen die (Begründung der) Verfahrenseinstellung erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) Die Staatsanwaltschaft wandte den gesetzlichen Strafbefreiungsgrund von Art. 54 StGB an<sup>1</sup>. Danach sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen ist, dass eine Strafe unangemessen wäre. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass ihm trotz Nichtverurteilung Kosten auferlegt worden wären, was einer unzulässigen Verdachtsstrafe gleichkäme. Die Beschwerde richtet sich ausschliesslich gegen die Begründung der erfolgten Einstellung. Der Beschwerdeführer bestreitet, eine grobe Verletzung der Verkehrsregeln begangen zu haben, und will dies in der Einstellungsverfügung entsprechend formuliert haben. Es stellt sich daher vorab die Frage, ob der Beschwerdeführer zur Beschwerde legitimiert ist.

b) aa) Jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, kann ein Rechtsmittel ergreifen<sup>2</sup>. Das ergibt sich aus dem Wesen der Beschwerde als Rechtsmittel, das naturgemäss darauf gerichtet ist, eine günstigere Entscheidung für den Betroffenen herbeizuführen<sup>3</sup>.

bb) Definitive Verfahrenseinstellungen haben nach Schweizerischem Strafprozessrecht die rechtlichen Wirkungen eines gerichtlichen Freispruchs. Die Einstellung (oder auch der Freispruch) "mangels Beweisen" oder auch wegen eines materiellen gesetzlichen Strafbefreiungsgrunds führt nicht zu einem "Freispruch zweiter Klasse". Die Verfahrenserledigung zieht grundsätzlich die gleichen Rechtskraftwirkungen nach sich wie die Einstellung (oder der Freispruch) mangels Tatbestands oder wegen positiven Nachweises der Unschuld. Eine Einstellung mit einem

---

<sup>1</sup> Sogenannte Opportunitätseinstellung

<sup>2</sup> Art. 382 Abs. 1 StPO

<sup>3</sup> Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N. 232

Schuldvorwurf zu verbinden, wäre mit der strafrechtlichen Unschuldsvermutung nach Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 10 Abs. 1 StPO nicht vereinbar<sup>4</sup>.

cc) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht kein rechtlich geschütztes Interesse an der zusätzlichen Prüfung und positiven Feststellung, dass eine folgenlose Verfahrenseinstellung (mit Wirkung eines Freispruchs) nicht "nur" wegen eines materiell-strafrechtlichen Strafbefreiungsgrunds geboten sei, sondern dass es darüber hinaus auch noch zum vornherein an jeglicher strafrechtlichen Schuld beziehungsweise Tatbestandsmässigkeit fehle. Ein Anspruch auf gerichtliche Feststellung der Schuldlosigkeit lässt sich auch aus der Unschuldsvermutung nicht ableiten. Sie garantiert der beschuldigten Person lediglich, dass sie nicht ohne gerichtliches Urteil als schuldig erklärt wird, nicht dass ein Tatverdacht widerlegt wird<sup>5</sup>.

dd) Durch die Einstellung des Verfahrens wird die beschuldigte Person somit in der Regel nicht beschwert. Eine Ausnahme kann bestehen, wenn die Begründung und/oder das Dispositiv der Einstellungsverfügung sinngemäss einem Schuldvorwurf gleichkommen, ohne dass zuvor der gesetzliche Beweis der Schuld erbracht worden wäre<sup>6</sup>.

c) aa) Soweit der Beschwerdeführer festgestellt haben will, dass er keine schwere Verletzung der Verkehrsregeln begangen hat, fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse, da kein Anspruch auf Feststellung der Schuldlosigkeit besteht. Zu prüfen ist aber, ob ihm in der Einstellungsverfügung ein Schuldvorwurf gemacht wird.

bb) Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft machte sich der Beschwerdeführer der groben Verletzung der Verkehrsregeln nach Art. 90 Abs. 2 SVG schuldig, indem er mit seinem Fahrrad von der Nebenstrasse in die vortrittsberechtigten B-Strasse eingebogen sei, ohne seiner Pflicht, an der Wartelinie anzuhalten und den sich auf der B-Strasse befindlichen Fahrzeugen den Vortritt zu gewähren, nachzukommen. Im angefochtenen Entscheid wird demnach nicht nur eine Verdachtslage zum Ausdruck gebracht; vielmehr kommt die Begründung einem Schuldvorwurf gleich. Das verträgt sich nicht mit der Unschuldsvermutung. Insofern ist auf die Beschwerde einzutreten.

---

<sup>4</sup> BGE vom 20. April 2011, 1B\_3/2011, Erw. 2.3 mit weiteren Hinweisen

<sup>5</sup> BGE vom 20. April 2011, 1B\_3/2011, Erw. 2.4; BGE vom 28. Februar 2008, 6B\_568/2007, Erw. 5.2

<sup>6</sup> Bosshard/Landshut, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens), 3.A., Art. 322 N. 10; Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 1461, insbesondere Fn. 59; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 322 N. 7; BGE 119 IV 46; BGE vom 28. Februar 2008, 6B\_568/2007, Erw. 5.2



3. a) Die Strafbefreiungsgründe gemäss Art. 52 ff. StGB ermöglichen es den Organen der Strafrechtspflege, unter bestimmten Voraussetzungen auf die Strafverfolgung oder die Anklage beziehungsweise Verurteilung zu verzichten<sup>7</sup>.

b) Das Obergericht hielt in RBOG 2014 Nr. 16 fest, die Unschuldsvermutung verlange, dass bei einer Einstellung nach Art. 319 Abs. 1 lit. e StPO i.V.m. Art. 8 Abs. 1 StPO und Art. 54 StGB der Tatvorwurf begründet werde. Nur wo dieser erstellt sei, komme eine Einstellung gestützt auf die erwähnten Bestimmungen in Betracht. Fehle nämlich bereits ein tatbestandsmässiges, rechtswidriges oder schuldhaftes Verhalten, sei das Verfahren bereits deswegen einzustellen<sup>8</sup>.

c) Diese Rechtsprechung ist wie folgt zu konkretisieren beziehungsweise zu relativieren:

Der Verzicht auf eine Verurteilung fällt in die Kompetenz des Gerichts und stellt die Strafbefreiung im eigentlichen Sinn dar<sup>9</sup>. Eine gerichtliche Strafbefreiung setzt einen Schuldspruch voraus, das heisst die Feststellung der Tatschuld. Ist die Schuldfrage zweifelhaft, muss die beschuldigte Person freigesprochen werden; der Grundsatz "im Zweifel für den Angeklagten"<sup>10</sup> gilt für solche Fälle uneingeschränkt<sup>11</sup>.

Eine Einstellung im Vorverfahren in Form eines Verzichts auf die Weiterverfolgung hat hingegen eine andere Qualität. Der Verzicht auf die Strafverfolgung oder Anklage ist Ausdruck des verfahrensrechtlichen Opportunitätsprinzips; hier kommt es zu einem Verzicht auf die Strafverfolgung vor Klärung der Schuldfrage<sup>12</sup>. Bei einer Einstellung wird somit bewusst von einer Entscheidung über die Stichhaltigkeit der Anklage und damit von einer formellen Schuldfeststellung abgesehen. Vor einer rechtskräftigen Verurteilung darf deshalb von jemandem nicht gesagt werden, er sei schuldig. Ein Einstellungsentscheid darf keinem Schuldspruch gleichkommen beziehungsweise keine Schuldfeststellung enthalten. Es gilt weiterhin uneingeschränkt die Unschuldsvermutung<sup>13</sup>. Bei einem Verzicht auf die Strafverfolgung vor gerichtlicher Klärung der Schuldfrage sind demnach die Anforderungen, welche die EMRK und die BV an die Strafbefreiung stellen - namentlich der Grundsatz der Unschuldsvermutung -, zu beachten. Es muss ein hinreichender Tatverdacht vorliegen, der die Strafverfolgungsorgane zum Tätigwerden veranlasst. Basis eines Verzichts auf die Strafverfolgung ist in der Folge nicht eine Schuldfeststellung, sondern ein hinreichend geklärt (belastender) Sachverhalt<sup>14</sup>. Ein (belastender) Sachverhalt ist hinreichend geklärt, wenn er im Fall

---

<sup>7</sup> Trechsel/Keller, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 4.A., Vor Art. 52 N. 4

<sup>8</sup> Erw. 2.a

<sup>9</sup> Trechsel/Keller, Vor Art. 52 StGB N. 4

<sup>10</sup> "In dubio pro reo"

<sup>11</sup> Riklin, Basler Kommentar, 4.A., Vor Art. 52-55 StGB N. 30

<sup>12</sup> Riklin, Vor Art. 52-55 StGB N. 31; Trechsel/Keller, Vor Art. 52 StGB N. 4

<sup>13</sup> Riklin, Vor Art. 52-55 StGB N. 31

<sup>14</sup> Riklin, Vor Art. 52-55 StGB N. 31; Trechsel/ Keller, Vor Art. 52 StGB N. 4

einer Anklage mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schuldspruch führen würde oder wenn wenigstens für die Schuld eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, oder umgekehrt die Unwahrscheinlichkeit eines Freispruchs, falls das Verfahren durchgeführt würde<sup>15</sup>. Für die bei Art. 52 ff. StGB für die Strafbefreiung vorausgesetzte Schuld bedeutet dies im Stadium des Vorverfahrens - also vor der Verurteilung -, dass ein Schuldverdacht oder ein ausreichender Tatverdacht vorliegen muss. Es ist in dieser Prozessphase nur eine hypothetische Beurteilung der Schuldfrage zulässig. Der Fall braucht nicht weiter aufgeklärt zu werden, als es für eine entsprechende Wahrscheinlichkeitsprognose notwendig ist. Es wird lediglich ausgedrückt, dass selbst wenn die Tat bewiesen wäre, eine Sanktion unter Berücksichtigung der Tatschuld nicht notwendig erscheint. Eine behördliche Sachverhaltsfeststellung verbunden mit einem Schuldverdacht verletzt die Unschuldsvermutung nicht<sup>16</sup>.

d) Die Staatsanwaltschaft klärte den Tatvorwurf nicht abschliessend ab. Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, dass er gestützt auf die Auswertungen seines Velocomputers vor dem Unfall bereits eine grössere Strecke auf der B-Strasse zurückgelegt habe und ein Auto auf der Überholspur nicht sichtbar gewesen sei. Das Auto sei bei seinem Einbiegen in die Strasse über 130 m von der Einfahrt entfernt gewesen. Die von der Polizei ermittelte Kollisionszone sei unzutreffend. Die Staatsanwaltschaft befasste sich mit dieser Argumentation nicht. Ebenso wenig legte sie dar, wieso der Velocomputer von E, der gemäss dem Beschwerdeführer lediglich eine halbe Fahrradlänge vor ihm gefahren sowie mit einem U- oder V-Turn nach links in die B-Strasse einbogen sei und diese problemlos habe überqueren können, nicht (mit)massgebend sein könnte. Aus der von der Kriminalpolizei angefertigten und mit den GPS-Daten des Beschwerdeführers überlagerten Darstellung ist die Geschwindigkeit des überholenden Personenwagens von A nicht berücksichtigt. Es wurde zudem nicht erhoben, wann und ob der Beschwerdeführer beim Einbiegen den überholenden Personenwagen sehen konnte, und ob der Fahrzeuglenker das Überholmanöver bereits eingeleitet hatte.

e) Da die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren aus Opportunitätsgründen einstellte, war sie nicht verpflichtet, die Schuldfrage zu klären. Allerdings darf sie diesfalls - wie dargelegt - wegen der Unschuldsvermutung weder im Dispositiv noch in der Begründung einen Schuldvorwurf erheben. In Bezug auf die Begründung der Opportunitätseinstellung ist die Beschwerde somit zu schützen und die Sache an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Diese kann durch Anpassung der Begründung eine korrekte, die Unschuldsvermutung nicht verletzende Einstellungsverfügung auch ohne weitere Ermittlungen erlassen. Entscheidend ist, dass weder das Dispositiv noch die Begründung einen Tatvorwurf enthalten, sondern dass durchwegs "nur" von einem

---

<sup>15</sup> Riklin, Vor Art. 52-55 StGB N. 31

<sup>16</sup> Riklin, Vor Art. 52-55 StGB N. 31; vgl. Trechsel/Keller, Vor Art. 52 StGB N. 4; BGE vom 28. Februar 2008, 6B\_568/2007, Erw. 5.2

Tatverdacht gesprochen wird. Die Staatsanwaltschaft kann zum Beispiel ihre konkreten Überlegungen, weshalb sie den Tatverdacht nicht weiter abklärt, sondern aus Opportunität einstellt, in die Begründung der Einstellungsverfügung einfließen lassen. Oder, wenn die Begründung kurz und knapp ausfallen soll, könnte sie zum Beispiel festhalten, für den Fall, dass der Tatbestand der groben Verletzung der Verkehrsregeln erfüllt wäre, müsste die Voruntersuchung gemäss Art. 54 StGB eingestellt werden, weil der Beschwerdeführer angesichts der erlittenen Verletzungen durch den Unfall so schwer betroffen sei, dass eine Bestrafung unangemessen erscheine.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde zu schützen.

Obergericht, 2. Abteilung, 21. Juni 2022, SW.2022.44



**49. Eine Wiederherstellung der Einsprachefrist ist erst zu prüfen, nachdem das erstinstanzliche Gericht über die strittige rechtsgültige Zustellung eines Strafbefehls entschieden hat.**

(Art. 356 StPO; Art. 94 StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft sprach den Beschwerdeführer mit Strafbefehl schuldig. Weder mit eingeschriebener noch mit uneingeschriebener Sendung konnte diesem der Strafbefehl zugestellt werden. Erst am 25. Januar 2022 war die polizeiliche Zustellung an den Beschwerdeführer erfolgreich. Am 27. Januar 2022 ersuchte er einerseits um Wiederherstellung der Einsprachefrist, andererseits erhob er Einsprache gegen den Strafbefehl. Die Staatsanwaltschaft wies das Gesuch um Wiederherstellung der Frist ab. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde.

2. a) aa) Gegen den Strafbefehl kann unter anderem die beschuldigte Person bei der Staatsanwaltschaft innert zehn Tagen schriftlich Einsprache erheben<sup>1</sup>. Die Einsprachen sind zu begründen; ausgenommen ist die Einsprache der beschuldigten Person<sup>2</sup>. Ohne gültige Einsprache wird der Strafbefehl zum rechtskräftigen Urteil<sup>3</sup>. Entschliesst sich die Staatsanwaltschaft bei einer Einsprache, am Strafbefehl festzuhalten, so überweist sie die Akten unverzüglich dem erstinstanzlichen Gericht zur Durchführung des Hauptverfahrens. Der Strafbefehl gilt als Anklageschrift<sup>4</sup>. Das erstinstanzliche Gericht entscheidet über die Gültigkeit des Strafbefehls und der Einsprache<sup>5</sup>.

bb) Ist demnach die Gültigkeit der Einsprache gegen den Strafbefehl umstritten, so entscheidet darüber nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das erstinstanzliche Gericht<sup>6</sup>. Ungültig ist die Einsprache unter anderem, wenn sie verspätet ist<sup>7</sup>.

b) Allfällige Säumnisfolgen bei Fristen können mit der Wiederherstellung gemäss Art. 94 StPO behoben werden. Hat eine Partei eine Frist versäumt und würde ihr daraus ein erheblicher und unersetzlicher Rechtsverlust erwachsen, so kann sie die Wiederherstellung der Frist verlangen; dabei hat sie glaubhaft zu machen, dass sie an der Säumnis kein Verschulden trifft<sup>8</sup>. Das Gesuch ist innert 30 Tagen nach Wegfall des Säumnisgrundes schriftlich und begründet bei der

---

<sup>1</sup> Art. 354 Abs. 1 lit. a StPO

<sup>2</sup> Art. 354 Abs. 2 StPO

<sup>3</sup> Art. 354 Abs. 3 StPO

<sup>4</sup> Art. 356 Abs. 1 StPO

<sup>5</sup> Art. 356 Abs. 2 StPO

<sup>6</sup> BGE 140 IV 195

<sup>7</sup> BGE 142 IV 204

<sup>8</sup> Art. 94 Abs. 1 StPO

Behörde zu stellen, bei welcher die versäumte Verfahrenshandlung hätte vorgenommen werden sollen. Innert der gleichen Frist muss die versäumte Verfahrenshandlung nachgeholt werden<sup>9</sup>.

c) aa) Ein nicht rechtsgültig zugestellter Entscheid entfaltet indessen von vornherein keine Rechtswirkung; Fristen werden nicht ausgelöst. Einem Betroffenen kann folglich auch nicht vorgehalten werden, er habe eine Frist verpasst. Eine Wiederherstellung zufolge versäumter Frist im Sinn von Art. 94 StPO fällt insoweit ausser Betracht. Von der Möglichkeit zur Ergreifung eines Rechtsmittels oder eines Rechtsbehelfs kann selbstredend nur Gebrauch machen, wer einen Entscheid tatsächlich oder kraft Fiktion rechtsgültig erhielt<sup>10</sup>.

bb) Die Frage nach der Wiederherstellung einer Frist zur Einsprache gegen einen Strafbefehl stellt sich deshalb nur, wenn die Frist versäumt wurde. Dies setzt voraus, dass die Einsprachefrist gelaufen ist. Dies wiederum setzt voraus, dass der Strafbefehl rechtsgültig tatsächlich oder fiktiv zugestellt wurde. Gleichwohl ist die Frage der rechtsgültigen Zustellung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht von der Staatsanwaltschaft gleichsam als Vorfrage im Verfahren der Wiederherstellung gemäss Art. 94 StPO zu beurteilen, sondern vom erstinstanzlichen Gericht im Verfahren der Einsprache gemäss Art. 356 Abs. 2 StPO zu entscheiden<sup>11</sup>.

cc) Die Staatsanwaltschaft hat daher das Wiederherstellungsverfahren zu sistieren, bis das erstinstanzliche Gericht über die Gültigkeit der Einsprache und somit über die Frage entschieden hat, ob der Strafbefehl rechtsgültig gemäss Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO (fiktiv) zugestellt wurde. Die Staatsanwaltschaft darf folglich nicht über das Gesuch um Wiederherstellung der Einsprachefrist entscheiden und dieses abweisen, ohne den Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts betreffend die Gültigkeit der Einsprache abzuwarten. Über das Gesuch um Wiederherstellung muss gar nicht (mehr) entschieden werden, wenn das erstinstanzliche Gericht die Einsprache als gültig erachten sollte. Wenn die Staatsanwaltschaft vor dem Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts über die Gültigkeit der Einsprache das Wiederherstellungsgesuch abweist, ist diese Abweisung des Wiederherstellungsgesuchs aufzuheben und die Staatsanwaltschaft anzuweisen, das Wiederherstellungsverfahren zu sistieren, bis das Strafgericht über die Gültigkeit der Einsprache (und des Strafbefehls) entschieden hat<sup>12</sup>.

3. a) Nachdem die Polizei dem Beschwerdeführer am 25. Januar 2022 den Strafbefehl persönlich ausgehändigt hatte, teilte dieser am 26. Januar 2022 der Staatsanwaltschaft telefonisch mit, er habe den Strafbefehl bis dahin "weder erhalten noch rechtzeitig anfechten können". Er habe "nichts in der Post gehabt [...]. Die Post müsse einen Fehler gemacht haben". In seinem Gesuch

---

<sup>9</sup> Art. 94 Abs. 2 StPO

<sup>10</sup> BGE 142 IV 205

<sup>11</sup> BGE 142 IV 205 f.

<sup>12</sup> BGE 142 IV 206

um Wiederherstellung der Einsprachefrist machte der Beschwerdeführer sodann geltend, er habe zu keiner Zeit eine Abholungseinladung im Briefkasten gehabt, trotz Postweiterleitung der alten Adresse.

b) Gestützt auf diese Vorbringen des Beschwerdeführers wie auch jene in der Beschwerdeschrift sowie die Entgegnungen der Staatsanwaltschaft dazu in der angefochtenen Verfügung und namentlich auch in der Beschwerdeantwort ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in erster Linie die von der Staatsanwaltschaft am 31. Dezember 2021 verortete Zustellung bestreitet und diese nicht gelten lässt. Daran ändern der Betreff "Wiederherstellung der Einsprache Frist" und der allein dahin gestellte Antrag nichts, zumal die Staatsanwaltschaft den offensichtlich nicht rechtskundigen Beschwerdeführer mit Telefonat vom 26. Januar 2022 anhielt, sowohl Einsprache zu erheben als auch ein Gesuch um Wiederherstellung der Einsprachefrist zu stellen. Darin müsse er darlegen, weshalb er nicht in der Lage gewesen sei, rechtzeitig Einsprache zu erheben. Richtigerweise wäre der Beschwerdeführer indessen nach seinem Vorbringen, er habe den Strafbefehl bis zur polizeilichen Zustellung gar nicht erhalten, darauf hinzuweisen gewesen, er habe diesfalls zu begründen, weshalb seiner Auffassung nach nicht von fiktiver Zustellung des Strafbefehls am 31. Dezember 2021 ausgegangen werden dürfe. Allerdings ergeben sich daraus keine rechtlichen Probleme, da die beschuldigte Person die Einsprache ohnehin nicht begründen muss.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführer nicht nur die Wiederherstellung der Einsprachefrist verlangt, sondern in erster Linie die rechtsgültige (fiktive) Zustellung des Strafbefehls bestreitet. Die Staatsanwaltschaft stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Strafbefehl sei rechtsgültig zugestellt worden. Demnach ist zuvorderst die Frage strittig, ob der Strafbefehl rechtsgültig - fiktiv - zugestellt wurde. Darüber hat gemäss Art. 356 Abs. 2 StPO das erstinstanzliche Gericht zu entscheiden. Erst danach stellt sich allenfalls die Frage der Wiederherstellung der Einsprachefrist nach Art. 94 StPO. Das Wiederherstellungsverfahren ist demnach zu sistieren, bis das erstinstanzliche Gericht über die Gültigkeit der Einsprache und somit über die Frage entschieden hat, ob der Strafbefehl (überhaupt) rechtsgültig gemäss Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO (fiktiv) zugestellt wurde. Dass so vorzugehen ist, folgt unmittelbar aus BGE 142 IV 201. Die dortige Regeste fasst die Rechtslage prägnant zusammen.

Obergericht, 2. Abteilung, 14. April 2022, SW.2022.20





## 50. Dokumentationspflicht von informellen Vorgesprächen im Vorfeld eines abgekürzten Verfahrens

(Art. 358 Abs. 1 StPO; Art. 362 Abs. 4 StPO; Art. 140 StPO)

1. In einem Strafverfahren gegen mehrere beschuldigte Personen wird der Staatsanwaltschaft vorgeworfen, dass sie informelle Absprachen und namentlich den Abschluss eines "Kronzeugendeals" mit dem Berufungskläger im Vorfeld eines abgekürzten Verfahrens zu Unrecht nicht dokumentierte.

2. a) aa) Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind<sup>1</sup>. Versprechungen oder Drohungen wie auch andere Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO bei der Beweiserhebung untersagt.

bb) Als Drohung nach Art. 140 StPO wird das Inaussichtstellen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Nachteils verstanden, um die betroffene Person zur Kooperation zu bewegen<sup>2</sup>. Verboten sind auch konkludente Drohungen<sup>3</sup>. Beispielweise sind die Drohung mit einer vorsätzlichen Misshandlung<sup>4</sup>, die Androhung von Untersuchungshaft für den Fall des ausbleibenden Geständnisses<sup>5</sup> oder eine Belehrung über den Verfahrensablauf, die den Eindruck erweckt, eine bestimmte Konsequenz sei zwingend, wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist<sup>6</sup>, unzulässig. Abzugrenzen ist die unzulässige Drohung von der zulässigen Schilderung möglicher Nachteile eines bestimmten Verhaltens - was nicht immer einfach ist. Dabei ist es grundsätzlich zulässig, die be-

---

<sup>1</sup> Art. 139 Abs. 1 StPO

<sup>2</sup> BGE vom 14. Juni 2016, 6B\_893/2015, Erw. 1.3; Gless, Basler Kommentar, 2.A., Art. 140 StPO N. 37; Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 140 N. 6

<sup>3</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 39

<sup>4</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 37; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4.A., N. 916; Schmid/Joitsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 786

<sup>5</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 37; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N. 1018

<sup>6</sup> Wohlers, Art. 140 StPO N. 7

troffene Person vor Konsequenzen ihres Verhaltens zu warnen beziehungsweise darüber zu belehren<sup>7</sup>, an deren Vernunft zu appellieren<sup>8</sup>, zutreffende Hinweise auf die Rechtslage, etwa die Folgen einer falschen Beschuldigung oder der Irreführung der Rechtspflege, zu machen<sup>9</sup>, eine gefestigte Praxis darzulegen<sup>10</sup>, auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses hinzuweisen<sup>11</sup>, anzukündigen, dass im Fall des Festhaltens an einer bestimmten Aussage die Erledigung der Sache im abgekürzten Verfahren nicht weiterverfolgt werde<sup>12</sup>, energische Vorhalte<sup>13</sup>, der dezidierte Hinweis auf Widersprüche<sup>14</sup>, das Verschweigen von Wissen oder kriminaltechnischer Erkenntnisse<sup>15</sup>, das moderate Anheben der Stimme<sup>16</sup> oder das in Zweifel ziehen des Beweiswerts einer Aussage<sup>17</sup>. Kein unzulässiger Druck liegt gemäss Bundesgericht etwa auch vor, wenn ein Polizist oder eine Polizistin die beschuldigte Person an der Einvernahme mit den vorläufigen Ermittlungsergebnissen konfrontiert und sie darauf hinweist, ihre Aussage könne demnach nicht stimmen. Auch der Hinweis, die beschuldigte Person werde allenfalls eine Nacht in Polizeihaft verbringen müssen oder es sei möglich, dass die Computer ihres Arbeitgebers durchsucht und beschlagnahmt würden, kann laut Bundesgericht noch nicht als Drohung im Sinn von Art. 140 Abs. 1 StPO eingestuft werden. Vielmehr zeige die befragende Person der beschuldigten Person damit vom Gesetz vorgesehene mögliche Zwangsmassnahmen auf<sup>18</sup>. Erforderlich ist allerdings, dass solche Hinweise sachlich geboten sind und sich darauf beschränken, die vom Gesetz oder der Rechtsprechung an ein bestimmtes Verhalten geknüpften Folgen aufzuzeigen<sup>19</sup>. Bei der Abgrenzung einer unzulässigen Drohung von einem erlaubten Hinweis ist daher gemäss Bundesgericht zu prüfen, ob die in Aussicht gestellten Rechtsfolgen in Berücksichtigung der zur Diskussion stehenden Sach- und Rechtslage strafprozessual vorgesehen sind oder nicht<sup>20</sup>. Zulässig ist das Inaussichtstellen einer zulässigen Massnahme, vorausgesetzt, es wird deutlich gemacht, dass diese nicht willkürlich zur Willensbeugung der einvernommenen Person, sondern nach sachgemässer und rechtskonformer Erwägung zum Einsatz kommen soll<sup>21</sup>.

---

<sup>7</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 37; Oberholzer, N. 918; Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Kommentar, 2.A., Art. 140 N. 3; Wohlers, Art. 140 StPO N. 7

<sup>8</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 37; Wohlers, Art. 140 StPO N. 7

<sup>9</sup> Oberholzer, N. 918; Wohlers, Art. 140 StPO N. 7

<sup>10</sup> Oberholzer, N. 918

<sup>11</sup> Oberholzer, N. 918

<sup>12</sup> BGE vom 14. Februar 2014, 6B\_336/2013, Erw. 2.5; Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3.A., Art. 140 N. 3

<sup>13</sup> Sollberger, in: Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Goldschmid/Maurer/Sollberger), Bern 2008, S. 122

<sup>14</sup> Oberholzer, N. 918; Sollberger, S. 122

<sup>15</sup> Sollberger, S. 122

<sup>16</sup> Sollberger, S. 122

<sup>17</sup> Oberholzer, N. 918

<sup>18</sup> BGE vom 14. Juni 2016, 6B\_893/2015, Erw. 1.4.1

<sup>19</sup> Oberholzer, N. 918

<sup>20</sup> BGE vom 14. Juni 2016, 6B\_893/2015, Erw. 1.3

<sup>21</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 41

cc) In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und wie weit ein Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses oder den Wegfall von Kollusions- und Verdunklungsgefahr bei einem Geständnis mit Art. 140 StPO vereinbar ist. Gless vertritt die Ansicht, dass solche Hinweise nur mit grösster Zurückhaltung und als neutrale Information gegeben werden dürfen, da sie geeignet seien, die Willensfreiheit der betroffenen Person zu beeinträchtigen, selbst wenn diese unschuldig sei; der Hinweis könne den Eindruck hinterlassen, Kooperationsbereitschaft werde belohnt und mangelnde Kooperation bestraft<sup>22</sup>. Auch gemäss Sollberger ist in solchen Fällen Zurückhaltung geboten<sup>23</sup>. Oberholzer weist darauf hin, dass mit dem Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses oder einem damit einhergehenden Wegfall der Kollusionsgefahr noch keine verbindliche Zusage gemacht werde. Es müsse aber berücksichtigt werden, dass damit in erheblichem Mass Einfluss auf die Willensbildung genommen werden könne, indem ein handfester Vorteil in Aussicht gestellt werde. Es sei aber nicht nur die in Aussicht gestellte Belohnung fähig, die Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen; die Bestrafung mangelnder Kooperationsbereitschaft sei die Kehrseite ein- und derselben Medaille<sup>24</sup>.

dd) Als Versprechen nach Art. 140 StPO wird das Inaussichtstellen gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile verstanden<sup>25</sup>. Die einvernehmende Person darf etwa nicht versprechen, bei einem Geständnis werde von der Untersuchungshaft abgesehen, obwohl die Haftvoraussetzungen gegeben sind<sup>26</sup>. Unzulässig ist auch das Versprechen, bei einem Geständnis werde die befragte Person aus der Untersuchungshaft entlassen<sup>27</sup>, das Geständnis werde sich positiv auf die Strafzumessung auswirken<sup>28</sup> oder die befragte Person erhalte bei einer Aussage gegen den Mittäter eine bedingte Strafe<sup>29</sup>. Ebenso unzulässig ist das Versprechen eines rechtlich vorgesehenen Vorteils, wenn die Gewährung willkürlich zur Gegenleistung für eine Aussage gemacht wird, insbesondere wenn die betroffene Person ohnehin Anspruch auf eine Gewährung hätte<sup>30</sup>. Zulässig ist gemäss Schmid/Jositsch hingegen das Versprechen, bei einem Geständnis könne der Fall mit einem Strafbefehl beendet werden<sup>31</sup>. Gemäss Gless sind die "informellen Verhandlungen", die einem Geständnis in einem abgekürzten Verfahren vorausgehen, nichts anderes als Versprechungen, weshalb das Beweisverwertungsverbot von Art. 362 Abs. 4 StPO umfassend gelte<sup>32</sup>. Zulässig ist so dann das Versprechen kleinerer Annehmlichkeiten, wie die Zusage von Getränken oder Zigaretten,

---

<sup>22</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 38

<sup>23</sup> Sollberger, S. 122

<sup>24</sup> Oberholzer, N. 920

<sup>25</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 42; Wohlers, Art. 140 StPO N. 8

<sup>26</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 43; Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, Art. 140 StPO N. 3; Wohlers, Art. 140 StPO N. 9

<sup>27</sup> Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 786

<sup>28</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 43, sie darf aber darauf hinweisen; Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, Art. 140 StPO N. 3; Wohlers, Art. 140 StPO N. 9

<sup>29</sup> Riedo/Fiolka/Niggli, N. 1019

<sup>30</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 44; Wohlers, Art. 140 StPO N. 9

<sup>31</sup> Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, Art. 140 StPO N. 3

<sup>32</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 45

nicht aber, wenn einem starken Raucher über längere Zeit Zigaretten oder dem explizit Durstigen ein Getränk vorenthalten werden<sup>33</sup>.

ee) Falls nicht ausgeschlossen werden kann, dass in einer Befragung mit unzulässigen Methoden gearbeitet worden ist, droht ein zwingendes Verwertungsverbot. Gemäss Wohlers haben die Strafbehörden die gesetzlichen Formen einzuhalten und auch die Möglichkeit, die Gesetzeskonformität ihrer Verfahrensführung zu gewährleisten und dies beweiskräftig zu dokumentieren. Daher werde man ein Verwertungsverbot schon annehmen müssen, wenn der Vorwurf der Anwendung unzulässiger Beweiserhebungsmethoden nicht zweifelsfrei ausgeschlossen werden könne<sup>34</sup>. Dass die unberechtigte Behauptung der Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden kein Verwertungsverbot zur Folge hat, kann durch eine saubere Protokollierung des ordnungsgemässen Vorgehens und - soweit möglich - eine Ton- und/oder Videoaufzeichnung und/oder die Anwesenheit der Verteidigung bei der Vernehmung gewährleistet werden<sup>35</sup>.

b) aa) Die Staatsanwaltschaft entscheidet auf Antrag der beschuldigten Person über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens<sup>36</sup>. Die beschuldigte Person kann den Antrag schriftlich stellen oder mündlich zu Protokoll geben<sup>37</sup>. Nicht erst der förmliche Antrag der beschuldigten Person muss den Weg in das abgekürzte Verfahren eröffnen<sup>38</sup>, die Verhandlungen können auch von der Staatsanwaltschaft angeregt werden<sup>39</sup>. Dass ein formloser Hinweis der Staatsanwaltschaft am Anfang des abgekürzten Verfahrens steht, ist daher zulässig<sup>40</sup>. Die Staatsanwaltschaft darf auch vor Eingang eines entsprechenden Antrags zurückhaltend darauf hinweisen, dass im fraglichen Fall allenfalls ein abgekürztes Verfahren infrage kommt, wenn die beschuldigte Person etwa von dieser Verfahrensart keine Kenntnis hat oder aus taktischen Gründen nicht geständig ist<sup>41</sup>. Der Staatsanwaltschaft ist es aber untersagt, die beschuldigte Person mit Versprechen unter Druck zu setzen, um ein abgekürztes Verfahren einleiten zu können<sup>42</sup>.

bb) Vor dem förmlichen Antrag erfolgen oft Vorgespräche zwischen Staatsanwaltschaft und beschuldigter Person. Das Gesetz regelt diese informellen vorgängigen Verhandlungen

---

<sup>33</sup> Gless, Art. 140 StPO N. 46; Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 786; Wohlers, Art. 140 StPO N. 8

<sup>34</sup> Wohlers, Art. 140 StPO N. 2

<sup>35</sup> Sollberger, S. 123; Wohlers, Art. 140 StPO N. 2

<sup>36</sup> Art. 358 Abs. 1 StPO

<sup>37</sup> Greiner/Jaggi, Basler Kommentar, 2.A., Art. 358 StPO N. 2; Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 1376

<sup>38</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 5

<sup>39</sup> Riklin, Art. 358 StPO N. 2; Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 1376; Schwarzenegger, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 358 N. 16

<sup>40</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 3

<sup>41</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 3; ebenfalls für eine Hinweispflicht: Schwarzenegger, Art. 358 StPO N. 16; anderer Ansicht: Thommen, Kurzer Prozess - fairer Prozess?, Habil. Bern 2013, S. 162

<sup>42</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 3; Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 1376; Schwarzenegger, Art. 358 StPO N. 16

nicht<sup>43</sup>. Die Vorgespräche dienen dazu, abzutasten, ob eine Absprache aus Sicht der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person überhaupt möglich erscheint, und um einen Kompromiss zu finden<sup>44</sup>.

cc) Im Rahmen der Verhandlungen im abgekürzten Verfahren wird es grundsätzlich als zulässig erachtet, dass die Staatsanwaltschaft Zugeständnisse sowohl im Strafmass, in der Straftat, im (bedingten) Vollzug als auch im Umfang der verfolgten Straftaten oder in deren Qualifikation macht<sup>45</sup>. Namentlich ist es auch zulässig, zur Verfolgung eines schweren Delikts auf die Verfolgung von Nebentaten zu verzichten<sup>46</sup>. Der Staatsanwaltschaft steht ein relativ grosses Ermessen zu, insbesondere auch, weil sie bei Aushandlung des Urteils im abgekürzten Verfahren den Grundsatz im Zweifel für die beschuldigte Person - und nicht für die Anklageerhebung - zu wahren hat<sup>47</sup>. Nach Greiner/Jaggi darf eine Absprache indes nicht über völlig ungeklärte Sachverhalte erfolgen; es muss in jedem Fall eine Sachverhaltsermittlung stattfinden<sup>48</sup>. Auch Schmid/Jositsch und Pieth vertreten die Ansicht, dass die informellen Verhandlungen erst dann stattfinden dürfen, wenn die Konturen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der beschuldigten Person einigermassen klar ersichtlich und so die Grundlagen vorhanden sind, damit die Parteien überhaupt über den Sachverhalt und die Sanktion verhandeln können<sup>49</sup>. Zudem muss die Nichtverfolgung gewisser Sachverhalte sachlich begründet sein<sup>50</sup>. Schwarzenegger vertritt die Ansicht, dass Verhandlungen über den Sachverhalt, sodass eine unwahre Sachverhaltsdarstellung Eingang in die Anklageschrift findet, nicht zulässig sind. Ebenso erachtet er eine rechtliche Würdigung entgegen dem nachgewiesenen Untersuchungsergebnis für unzulässig, nicht aber bei Beweisschwierigkeiten; als zulässig erachtet er Strafverfolgungsverzichte und Absprachen über Sanktionsfolgen<sup>51</sup>. Sind mehrere beschuldigte Personen beteiligt, ist bei Strafreduktionen insbesondere auch das Gebot der rechtsgleichen Behandlung zu beachten<sup>52</sup>. Allerdings darf der beschuldigten Person bei der Strafzumessung ein "Bonus" für das abgekürzte Verfahren gewährt werden<sup>53</sup>. Unzulässig wäre es allerdings, wenn die Staatsanwaltschaft mit überhöhten Strafanträgen droht, um gegenüber der beschuldigten Person mehr Verhandlungsspielraum zu erlangen, oder wenn sie die beschuldigte

---

<sup>43</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 5; Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 1377; so auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2002, BBl 2006 S. 1295

<sup>44</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 6; Riklin, Art. 358 StPO N. 2; Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, Art. 358 StPO N. 3

<sup>45</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 32 f. und 46; Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, Art. 358 StPO N. 3; Schwarzenegger, Art. 358 StPO N. 1

<sup>46</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 38

<sup>47</sup> Vgl. Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 37; Thommen, S. 185

<sup>48</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 40 f.

<sup>49</sup> Schmid/Jositsch, Handbuch, N. 1377 mit Verweis auf Botschaft, S. 1295; Pieth, Besondere Strafverfahrensarten: das abgekürzte Verfahren, in: ZStrR 2010 S. 167 f.

<sup>50</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 40 f.

<sup>51</sup> Schwarzenegger, Art. 358 StPO N. 8 und 10

<sup>52</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 44

<sup>53</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 48

Person mit Versprechungen unter Druck setzen würde<sup>54</sup>. Seitens der beschuldigten Person umfassen die möglichen Zugeständnisse neben dem Geständnis und der Regelung der zivilrechtlichen Ansprüche vor allem die Kostenfrage. Denkbar ist auch ein Verzicht auf Verfahrensrechte, etwa ein Verzicht auf die Befragung von Zeugen und Zeuginnen<sup>55</sup>. Eine Regelung zu Kronzeugen und Kronzeuginnen, also einer mitbeschuldigten Person, die für eine Straferleichterung gegen Mitbeschuldigte aussagt, wurde bei der Einführung der StPO abgelehnt. Es erscheint aber grundsätzlich zulässig, dass eine beschuldigte Person nach Durchführung des abgekürzten Verfahrens gegen mitbeschuldigte Personen aussagt; ein eigentlicher "Kronzeugendeal", bei dem der beschuldigten Person Straferleichterungen für die Aussagen gegen mitbeschuldigte Personen versprochen werden, wird indes mehrheitlich abgelehnt<sup>56</sup>.

dd) Die zwischen den Parteien in einem abgekürzten Verfahren getroffene Absprache wird in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft festgehalten. Nicht ausgewiesen werden hingegen Strafverfolgungsverzichte, Zugeständnisse bei der Subsumtion und Strafreduktionen der Staatsanwaltschaft sowie Zugeständnisse der beschuldigten Person<sup>57</sup>. Greiner/Jaggi sind der Ansicht, dass aber die eigentlichen Verhandlungen nach förmlicher Antragsstellung der beschuldigten Person und die darauf basierenden Absprachen aus den Akten ersichtlich sein müssen<sup>58</sup>. Betreffend den Aushandlungsprozess an sich und seinen Inhalt reicht nach Greiner/Jaggi gestützt auf Art. 76 Abs. 1 StPO eine Zusammenfassung mit den wesentlichen Punkten der mündlichen Verhandlungen und die Sammlung der Schreiben der Parteien zur Wahrung der Transparenz und Verfahrensfairness. Auch die informellen Verhandlungen vor Stellung des förmlichen Antrags sind beschränkt auf die wichtigsten Punkte zu dokumentieren. Gemäss Greiner/Jaggi sind diese Verhandlungen aber nicht inhaltlich zu dokumentieren, sondern es genügt, wenn deren Stattfinden und das Ergebnis aktenkundig gemacht wird<sup>59</sup>. Auch Schmid/Jositsch und Stohner vertreten in der aktuellen Auflage ihres Kommentars zur StPO die Ansicht, dass eine Dokumentierung der informellen Gespräche mit Zeitpunkt der Kontakte, Teilnehmer und Gegenstand der Verhandlungen genüge und eine eigentliche Protokollierung nicht notwendig sei<sup>60</sup>. Die von der vormaligen Verfahrensleitung in ihrer Eingabe zitierte gegenteilige Lehrmeinung aus der ersten Auflage dieses Kommentars<sup>61</sup> wurde bereits in der im Jahr 2013 erschienenen 2. Auflage fallengelassen; stattdessen

---

<sup>54</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 54

<sup>55</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 55 f.

<sup>56</sup> Vgl. Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 33, kritisch etwa Oberholzer, N. 928; Thormann, Das abgekürzte (?) Vorverfahren, in: *forum* 2011 S. 234; Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung des Bundesamts für Justiz vom Juni 2001, S. 29

<sup>57</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 62

<sup>58</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 64

<sup>59</sup> Greiner/Jaggi, Art. 358 StPO N. 64 f.

<sup>60</sup> Schmid/Jositsch, *Praxiskommentar*, Art. 358 StPO N. 3; Stohner, Abgekürzte Rechtsstaatlichkeit - Überlegungen zum abgekürzten Verfahren gemäss Art. 358 - 362 StPO, in: *forum* 2015 S. 171

<sup>61</sup> Schmid, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 358 N. 3; Schmid vertrat in der ersten Auflage seines *Praxiskommentars* noch die Ansicht, dass keine Dokumentationspflicht bestehe.

plädierte damals auch Schmid für eine minimale Dokumentationspflicht im vorgenannten Sinn<sup>62</sup>. Die zitierte Lehrmeinung entsprach vielmehr wohl schon damals nicht der herrschenden Lehre zu dieser Frage<sup>63</sup>. Schwarzenegger ist sogar der Ansicht, dass alle mündlichen und schriftlichen Erklärungen der Staatsanwaltschaft, der beschuldigten Person und weiterer beteiligter Personen im Zusammenhang mit dem abgekürzten Verfahren zu protokollieren und zu den Akten zu nehmen sind, und dies vom ersten Gespräch über eine mögliche Absprache beziehungsweise Durchführung des abgekürzten Verfahrens an und nicht erst mit der formellen Einleitung<sup>64</sup>. Ebenso sind gemäss einer Weisung der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich mit dem Entscheid über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens mündliche oder schriftliche Erklärungen der Parteien zu protokollieren, ebenso die Umstände, die zur Vereinbarung der Durchführung des abgekürzten Verfahrens geführt haben sowie das zu beantragende Strafmass, würde das ordentliche Verfahren durchgeführt<sup>65</sup>. Das erstinstanzliche Gericht müsse überprüfen können, ob die Durchführung des abgekürzten Verfahrens rechtmässig gewesen sei<sup>66</sup>. Das Bundesgericht hielt in einem das vorliegende Verfahren betreffenden Entscheid Anfang 2021 fest, die Staatsanwaltschaft sei nicht verpflichtet, die informellen Verhandlungen über ein abgekürztes Verfahren inhaltlich zu dokumentieren, zumindest nicht im Detail<sup>67</sup>.

3. Auch hier kann den Überlegungen der Vorinstanz gefolgt werden. Zu Recht geht sie von der Zulässigkeit informeller Vorgespräche im Vorfeld zu einem abgekürzten Verfahren aus. Zwar sind solche Besprechungen gemäss heutiger Lehre und Rechtsprechung aktenkundig zu machen, auch wenn eine eigentliche Protokollierung nicht verlangt wird<sup>68</sup>. Allerdings ist der Staatsanwaltschaft zugute zu halten, dass damals zumindest von Teilen der Lehre die Ansicht vertreten wurde, Gespräche dieser Art müssten nicht dokumentiert werden<sup>69</sup>. Der fehlende Hinweis in den Akten gereicht der Staatsanwaltschaft damit nicht zum Nachteil. Insbesondere lässt dieser Umstand nicht den Schluss zu, die Staatsanwaltschaft habe diese Gespräche willentlich "vertuscht". Umso mehr, als die Staatsanwaltschaft den Inhalt des Memorandums mit ihrer Eingabe als grundsätzlich korrekt taxierte, mithin bestätigte, dass es ab dem im Memorandum der Verteidigung des Berufungsklägers genannten Datum zu Gesprächen dieser Art gekommen sei. Die im Leistungsverzeichnis der Verteidigung des Berufungsklägers ausgewiesenen, teils mehrstündigen Konferenzen lassen mit der Vorinstanz nicht den Schluss zu, dass es sich dabei um unzulässige "Geheimkonferenzen"

---

<sup>62</sup> Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 358 N. 3

<sup>63</sup> Vgl. beispielsweise folgende Erstauflagen: Schwarzenegger, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 358 N. 15; Greiner/Jaggi, Basler Kommentar, Basel 2011, Art. 358 StPO N. 65

<sup>64</sup> Schwarzenegger, Art. 358 StPO N. 15; Donatsch/Schwarzenegger/Wohlens, Strafprozessrecht, 2.A., S. 312 f.

<sup>65</sup> Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich für das Vorverfahren (WOSTA) vom 9. Juni 2021, S. 263

<sup>66</sup> Schwarzenegger, Art. 358 StPO N. 19; Stohner, S. 171

<sup>67</sup> BGE vom 23. Februar 2021, 1B\_620/2020, Erw. 4.3

<sup>68</sup> BGE vom 23. Februar 2021, 1B\_620/2020, Erw. 4.3

<sup>69</sup> Vgl. Erw. 2.b.dd vorne

gehandelt haben muss. Dies wird sowohl vom Berufungskläger als auch von der damaligen Verfahrensleitung bestritten.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43



## **51. Zuständigkeit der Jugendanwaltschaft zur Einstellung des Strafverfahrens; Grundsätze der Prüfungspflicht**

(Art. 32 Abs. 1 JStPO; Art. 34 Abs. 1 JStPO; Art. 319 Abs. 1 lit. b StPO)

1. Die Jugendanwaltschaft stellte das Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner wegen Delikten zu Lasten der Beschwerdeführerin ein. Die Beschwerdeführerin focht diesen Entscheid mit Beschwerde an.

2. a) Enthält die JStPO<sup>1</sup> keine besondere Regelung, sind gemäss Art. 3 Abs. 1 JStPO die Bestimmungen der StPO<sup>2</sup> anwendbar. Laut Art. 30 Abs. 2 JStPO hat die Jugendanwaltschaft während der Untersuchung die Befugnisse und Aufgaben, die nach der StPO in diesem Verfahrensstadium der Staatsanwaltschaft zukommen. Sie ist mithin zuständig für die Einstellung des Verfahrens nach Art. 319 StPO<sup>3</sup>.

b) Die Jugendanwaltschaft verfügt gestützt auf Art. 3 Abs. 1 JStPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 lit. b StPO die vollständige oder teilweise Einstellung des Verfahrens, wenn kein Straftatbestand erfüllt ist. Diese Bestimmung kommt zur Anwendung, wenn das inkriminierte Verhalten, selbst wenn es nachgewiesen wäre, den objektiven und subjektiven Tatbestand einer Strafnorm nicht erfüllt<sup>4</sup>. Ob einzustellen oder Anklage zu erheben ist, entscheidet sich auch in diesem Fall nach dem Grundsatz "im Zweifel für die Anklageerhebung"<sup>5</sup>. Der Grundsatz bedeutet, dass eine Einstellung durch die Staats- oder Jugendanwaltschaft nur bei klarer Straflosigkeit oder offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen angeordnet werden darf. Bei der Beurteilung dieser Frage verfügt die Staats- oder Jugendanwaltschaft über einen gewissen Ermessensspielraum<sup>6</sup>. Dabei gilt nach der Praxis von Bundes- und Obergericht folgende Faustregel: Ist ein Freispruch wahrscheinlicher als eine Verurteilung, kann die Staats- oder Jugendanwaltschaft das Strafverfahren einstellen. Halten sich die Wahrscheinlichkeiten eines Freispruchs oder einer Verurteilung etwa die Waage, oder ist ein Freispruch genauso wahrscheinlich wie eine Verurteilung, ist Anklage zu erheben. Ist eine Verurteilung wahrscheinlicher als ein Freispruch, muss die Staats- oder Jugendanwaltschaft anklagen<sup>7</sup>. Bei zweifelhafter Beweis- oder Rechtslage hat nicht sie über die Stichhaltig-

---

<sup>1</sup> Jugendstrafprozessordnung, SR 312.1

<sup>2</sup> Strafprozessordnung, SR 312.0

<sup>3</sup> Vgl. Hebeisen, Basler Kommentar, 2.A., Art. 30 JStPO N. 4 ff., 8 und 18

<sup>4</sup> Grädel/Heiniger, Basler Kommentar, 2.A., Art. 319 StPO N. 9

<sup>5</sup> "In dubio pro duriore"

<sup>6</sup> BGE 138 IV 190

<sup>7</sup> RBOG 2013 Nr. 29 Erw. 2.c.aa

keit des strafrechtlichen Vorwurfs zu entscheiden, sondern das zur materiellen Beurteilung zuständige Gericht<sup>8</sup>. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen die objektiven Tatbestandselemente offensichtlich nicht erfüllt sein, um einstellen zu dürfen<sup>9</sup>.

c) Die sachliche Zuständigkeit des Jugendstrafgerichts gemäss Art. 34 Abs. 1 JStPO ist beschränkt auf Fälle der Unterbringung (lit. a), der Busse von mehr als Fr. 1'000.00 (lit. b) sowie des Freiheitsentzugs von mehr als drei Monaten (lit. c). Für die übrigen Fälle ist laut Art. 32 Abs. 1 JStPO die Jugendanwaltschaft zuständig. Es ist umstritten, ob die Jugendanwaltschaft in den von Art. 34 Abs. 1 JStPO nicht erfassten Fällen trotzdem Anklage zu erheben oder einzustellen hat. Im einen Fall wird Art. 34 Abs. 1 JStPO verletzt, im anderen Art. 352 Abs. 1 Einleitungssatz StPO, der gemäss Art. 32 Abs. 6 JStPO auch im Jugendstrafverfahren gilt. In der Lehre werden beide Auffassungen vertreten<sup>10</sup>.

d) Die Jugendanwaltschaft macht geltend, sie habe, weil sie nicht im Sinn von Art. 34 Abs. 1 JStPO Anklage erhebe, dem Grundsatz "im Zweifel für die beschuldigte Person"<sup>11</sup> folgend das Verfahren einzustellen, wenn sie von einer Verurteilung nicht überzeugt sei. Die gegenteilige Lehre - bei nicht liquiden Sachverhalten sei beim Jugendgericht Anklage zu erheben - argumentiert insbesondere damit, andernfalls könnten Jugendliche "aufs Geratewohl" sanktioniert werden, was sich rechtsstaatlich nicht vertreten lasse<sup>12</sup>. Die Beachtung der sachlichen Zuständigkeit des Strafgerichts ist ein gewichtiges Argument, ist doch deren Nichtbeachtung grundsätzlich ein Nichtigkeitsgrund. Der Befürchtung von Riedo - Sanktionierung aufs Geratewohl - lässt sich jedoch entgegen, dass sich die Jugendanwaltschaft bewusst sein muss, dass sie in solchen Verfahren je nach Verfahrensstadium nach den beiden genannten entgegengesetzten Grundsätzen vorzugehen und zu entscheiden hat. Während der Strafuntersuchung gilt "in dubio pro duriore"; die Jugendanwaltschaft hat alle relevanten Umstände abzuklären und darf nicht leichthin einen Einstellungsgrund annehmen<sup>13</sup>. Wenn aber nach diesem Grundsatz Anklage zu erheben wäre, wechselt die Beurteilungsgrundlage. Weil der Jugendanwaltschaft in den Fällen, in denen Art. 34 Abs. 1 JStPO nicht zur Anwendung gelangt, ein sachlich zuständiges Jugendgericht fehlt, beurteilt sie

---

<sup>8</sup> BGE 143 IV 243

<sup>9</sup> BGE 138 IV 91 f.; wohl zu weitgehend die Lehre, soweit sie verlangt, dass ein Tatbestandselement "ganz offensichtlich" nicht gegeben sein darf (Landshut/Bosshard, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens], 3.A., Art. 319 N. 19; Grädel/Heiniger, Art. 319 StPO N. 9).

<sup>10</sup> Für die Einstellung: Hebeisen, Art. 32 JStPO N. 5 mit Hinweisen; für die Anklage: Riedo, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013, N. 2304 f. mit Hinweisen

<sup>11</sup> "In dubio pro reo"

<sup>12</sup> Riedo, N. 2304

<sup>13</sup> So auch Hebeisen, Art. 30 JStPO N. 5; Riedo, N. 2215, dieser allerdings mit dem Zusatz, dass im Zweifelsfall Anklage zu erheben ist.

materiell den vollständig ermittelten Sachverhalt. Der Erlass eines Strafbefehls und damit eine Verurteilung<sup>14</sup> kommt indessen nur unter Beachtung der Maxime "im Zweifel für die beschuldigte Person"<sup>15</sup> als Beweislastregel und als Beweiswürdigungsregel infrage. Daraus ergibt sich, dass die Jugendanwaltschaft bei entsprechenden Zweifeln das Verfahren einzustellen hat. Die Parteien haben alsdann die Möglichkeit, die Verletzung beider Grundsätze zu rügen: Die Privatklägerschaft kann gegen eine allfällige Einstellung im Beschwerdeverfahren rügen, die Jugendanwaltschaft habe die Strafuntersuchung in Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro duriore" geführt und nicht ausreichend oder abschliessend ermittelt. Falls die Jugendanwaltschaft nicht einstellt, sondern einen Strafbefehl erlässt, kann die beschuldigte Person Einsprache erheben und sich gegen eine Sanktion mit dem Argument wehren, die Jugendanwaltschaft habe ihn in Anwendung von "in dubio pro duriore" verurteilt, statt "in dubio pro reo" einzustellen. Konsequenz dieser Betrachtungsweise ist, dass bei Entscheiden der Jugendanwaltschaft in den Fällen, für die das Jugendstrafgericht nicht zuständig ist, der Grundsatz "in dubio pro duriore" vom Grundsatz "in dubio pro reo" überlagert wird.

Obergericht, 2. Abteilung, 31. Mai 2022, SW.2022.36

---

<sup>14</sup> Freisprechende Strafbefehle sind nicht vorgesehen.

<sup>15</sup> "In dubio pro reo"



## 52. Tateinheit bei Raserfahrten

(Art 90 Abs. 3 SVG; Art. 90 Abs. 4 lit. b SVG; Art. 90 Abs. 4 lit. c SVG; Art. 90 Abs. 2 SVG)

1. Der Berufungskläger wird beschuldigt, sein Motorrad wiederholt mit massiv übersetzter Geschwindigkeit inner- und ausserorts gelenkt zu haben. Als wesentliches Beweismittel liegen vom Berufungskläger selber aufgenommene Videoaufzeichnungen in den Akten. Das Bezirksgericht verurteilte ihn wegen mehrfacher qualifiziert grober Verletzung der Verkehrsregeln sowie wegen mehrfacher grober Verletzung der Verkehrsregeln, wobei es davon ausging, dass bei den wiederholten Überschreitungen der Höchstgeschwindigkeit auf einer Fahrt Tatmehrheit vorliege. Gegen das Urteil erhob der Berufungskläger Berufung und verlangte insbesondere, es sei pro Fahrt von einer einfachen Begehung in Tateinheit auszugehen.

2. a) Die Straftatbestände des StGB, wie auch jene des Nebenstrafrechts, sind auf die einmalige Begehung durch einen Täter oder eine Täterin in einem Einzelfall ausgelegt. Die Tatbestände enthalten hingegen keine Regelung für die Sanktionierung mehrfacher Tatbestandsverwirklichung oder für das Zusammentreffen mit anderen Gesetzesverstössen. Das Recht der Konkurrenzen entscheidet, ob von mehreren verletzten Straftatbeständen alle oder nur bestimmte zur Anwendung gelangen und wie sich ein Zusammentreffen auf die Bestrafung des Täters auswirkt<sup>1</sup>. Soweit es sich um gleichartige Strafen handelt, gelangt das in Art. 49 Abs. 1 StGB verankerte Asperationsprinzip zur Anwendung. Sinn und Zweck dieser Bestimmung<sup>2</sup> besteht in der Abschwächung des Kumulationsprinzips. Die Gesamtstrafe soll bei mehrfacher, mit gleicher Strafart zu ahnender Delinquenz nicht die Summe der Einzelstrafen erreichen<sup>3</sup>.

b) Dem Recht der Konkurrenzen, wie auch der Anwendbarkeit von Art. 49 StGB, vorgelegt ist die Frage, ob im konkreten Fall Handlungsmehrheit oder Handlungseinheit besteht<sup>4</sup>. Nur eine einzige Handlung im strafrechtlichen Sinn ist zu beurteilen, wenn sich das strafrechtlich relevante Verhalten in einem Willensentschluss und einem einzigen Ausführungsakt erschöpft. Geht es hingegen um eine Vielzahl von "Handlungen", werden diese strafrechtlich unter Umständen zu einer Einheit zusammengefügt. Mehrere tatsächliche Handlungen können allerdings nur noch ausnahmsweise als Einheit zusammengefasst werden, nachdem das fortgesetzte Delikt in BGE 116 IV 121 und die verjährungsrechtliche Einheit in BGE 131 IV 83 aufgegeben wurden<sup>5</sup>. Tatbestandliche Einheit liegt vor, wenn das Gesetz selbst mehrere Handlungen zu einer Einheit verknüpft,

---

<sup>1</sup> BGE 144 IV 224 mit weiteren Hinweisen

<sup>2</sup> Sogenannte "ratio legis"

<sup>3</sup> Mathys, Leitfaden Strafzumessung, 2.A., N. 496; siehe auch Ackermann, Basler Kommentar, 4.A., Art. 49 StGB N. 10

<sup>4</sup> Ackermann, Art. 49 StGB N. 21 f.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 4.A., § 19 N. 7 f. und 21

<sup>5</sup> BGE 133 IV 266; BGE vom 6. März 2019, 6B\_783/2018, Erw. 1.5; BGE vom 19. Februar 2008, 6B\_453/2007, Erw. 3.4.1

etwa beim Tatbestand des Raubs. Eine weitere Gruppe bilden die vom Gesetz unter Strafe gestellten Mehrfachdelikte, beispielsweise die gewerbsmässige Begehung<sup>6</sup>. Darüber hinaus lässt es die Praxis des Bundesgerichts unter bestimmten Voraussetzungen zu, dass tatbestandsmässige Verhaltensweisen, die bei einer streng nach Tatbeständen unterscheidender Betrachtungsweise je eine Straftat darstellen, als eine natürliche Handlungseinheit interpretiert werden<sup>7</sup>.

c) aa) Die von der Rechtsprechung als natürliche Handlungseinheit bezeichneten Konstellationen sind genau genommen Anwendungsfälle einer juristischen Handlungseinheit, da letztlich normative Kriterien darüber entscheiden, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt<sup>8</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind an die Annahme einer solchen ("natürlichen") Handlungseinheit hohe Anforderungen zu stellen. Erforderlich ist, dass das Tätigwerden der beschuldigten Person auf einem einheitlichen Willensakt beruht und bei objektiver Betrachtung, wegen eines engen räumlich-zeitlichen Zusammenhangs, von einem zusammengehörigen Geschehen auszugehen ist<sup>9</sup>. Dazu zählen zunächst Fälle der iterativen Tatbestandsverwirklichung, beispielsweise eine "Tracht Prügel", die Tötung mit mehreren Messerstichen oder die Mitnahme mehrerer Gegenstände bei einem Ladendiebstahl, und der sukzessiven Tatbegehung, beispielsweise das Besprayen einer Mauer mit Graffiti in mehreren aufeinanderfolgenden Nächten<sup>10</sup>. Als weitere Beispiele für eine natürliche Tateinheit angeführt werden können sexuelle Handlungen mit einem Opfer während einer Nacht<sup>11</sup> beziehungsweise ohne Unterbruch<sup>12</sup>. Nicht als Handlungseinheit gelten hingegen zeitlich auseinanderfallende Einzelakte einer Diebstahls- oder Betrugsserie<sup>13</sup>. Eine Handlungseinheit fällt generell ausser Betracht, wenn zwischen den einzelnen Handlungen - selbst wenn diese aufeinander bezogen sind - ein längerer Zeitraum liegt<sup>14</sup>.

bb) Die Rechtsprechung zur Handlungseinheit beim Zusammentreffen mehrerer Widerhandlungen gegen das SVG während einer Fahrt ist uneinheitlich<sup>15</sup>.

Bejaht wurde die Handlungseinheit etwa in folgenden Fällen: Das Bundesgericht ging in einem Entscheid aus dem Jahr 1998 vom Vorliegen einer natürlichen Handlungseinheit aus bei

---

<sup>6</sup> Vgl. Ackermann, Art. 49 StGB N. 32

<sup>7</sup> BGE 133 IV 266; BGE 118 IV 92 f.; BGE vom 24. Februar 2010, 1B\_29/2010, Erw. 2.7

<sup>8</sup> Ackermann, Art. 49 StGB N. 45; Trechsel/Seelmann, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 4.A., Art. 49 N. 3

<sup>9</sup> BGE 133 IV 266; BGE vom 2. Oktober 2018, 6B\_1349/2017, Erw. 2.3; BGE vom 27. April 2018, 6B\_911/2017, Erw. 4.2.2

<sup>10</sup> BGE 131 IV 94; BGE vom 6. März 2019, 6B\_783/2018, Erw. 1.5; Trechsel/Seelmann, Art. 49 StGB N. 3; Wohlers, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar (Hrsg.: Wohlers/Gothenzi/Schlegel), 4.A., Vor Art. 49 N. 12

<sup>11</sup> Trechsel/Seelmann, Art. 49 StGB N. 3

<sup>12</sup> Ackermann, Art. 49 StGB N. 30

<sup>13</sup> Wohlers, Vor Art. 49 StGB N. 12

<sup>14</sup> BGE 131 IV 94; BGE vom 6. März 2019, 6B\_783/2018, Erw. 1.5; BGE vom 9. Oktober 2008, 6B\_25/2008, Erw. 3.3.2

<sup>15</sup> Vgl. zum Ganzen auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern vom 29. Januar 2018, SK 17 313

einem Autofahrer, der im Verlauf einer Fahrt dreimal die Höchstgeschwindigkeit ausserorts massiv überschritten hatte<sup>16</sup>. Gleichermassen qualifizierte das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2007 zahlreiche Verkehrsregelverletzungen, die auf der gleichen Fahrt über 30 km nacheinander begangen wurden, als insgesamt eine grobe Verkehrsregelverletzung<sup>17</sup>. Als Handlungseinheit qualifizierte das Bundesgericht im Jahr 2011 auch das ungenügende Anziehen der Feststellbremse und das Nichtanbringen von Unterkeilen<sup>18</sup>. Die St. Galler Verwaltungsrekurskommission entschied im Jahr 2010 in einem Fall, indem eine Mutter beim Abholen ihres Sohns aus der Spielgruppe auf dem Hin- und Rückweg an der gleichen Stelle wegen Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit geblitzt wurde, zum Schluss, es liege eine Handlungseinheit vor<sup>19</sup>. Das Obergericht des Kantons Zürich entschied im Jahr 2018 sodann in einem Fall, in dem der Beschuldigte auf seiner gesamten Fluchtfahrt die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 60 km/h durchwegs massiv überschritt, dass eine Handlungseinheit vorliege<sup>20</sup>. Ebenfalls qualifizierte das Zürcher Obergericht im Jahr 2012 das Rückwärtsfahren mit Vollgas und das kurz darauffolgende Vorwärtsfahren mit Vollgas als ein noch einheitliches brüskes Fahrmanöver<sup>21</sup>. Das Kantonsgericht von Graubünden sah in einem Entscheid aus dem Jahr 2007 sodann eine Handlungseinheit zwischen einem Rechtsüberholen und einem knappen Wiedereinbiegen als gegeben<sup>22</sup>.

Hingegen verneinte die Rechtsprechung eine Handlungseinheit in folgenden Fällen: Das Bundesgericht stützte in einem Entscheid aus dem Jahr 2007 die erfolgte Verurteilung wegen mehrfacher grober Verkehrsregelverletzung, obschon der Fahrer die Verfehlungen auf der gleichen Fahrt, auf welcher er sich mit einem anderen Fahrer ein Rennen lieferte, begangen hatte<sup>23</sup>. In einem weiteren Entscheid aus dem Jahr 2018 erwog es im Zusammenhang mit einer "Raserfahrt", im Fall bewusster Beschleunigung nach einer Baustellenausfahrt dürfe von einem neuen Willensentschluss ausgegangen werden, sodass das Verhalten des Lenkers nicht als natürliche Handlungseinheit zu qualifizieren sei<sup>24</sup>. Das Obergericht des Kantons Bern erwog sodann in einem Fall aus dem Jahr 2018, in welchem der Lenker auf einer Fahrt die maximale Höchstgeschwindigkeit ausserorts um 56 km/h, danach innerorts um 25 km/h und schliesslich ausserorts nochmals um 30 km/h überschritt, dass nicht von einem objektiv betrachtet einheitlichen Geschehen die Rede sein könne<sup>25</sup>.

---

<sup>16</sup> BGE vom 2. Juli 1998, 6S.134/1998, in: plädoyer 4/98 S. 61

<sup>17</sup> BGE vom 29. März 2008, 6B\_720/2007, Erw. 4.2

<sup>18</sup> BGE vom 25. November 2011, 6B\_613/2011, Erw. 1.2

<sup>19</sup> Entscheid der Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen vom 23. September 2010, in: GVP 2010 Nr. 34 Erw. 5.b.bb

<sup>20</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 2018, SB180040, Erw. III.5.2.c

<sup>21</sup> Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. April 2012, SB110173, Erw. II.2.2.a

<sup>22</sup> Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden vom 15. Oktober 2007, SB 07 15, Erw. 8.c

<sup>23</sup> BGE vom 6. Juli 2007, 6S.127/2007, Erw. 3.1 ff.

<sup>24</sup> BGE vom 2. Oktober 2018, 6B\_1349/2017, Erw. 2.3

<sup>25</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 29. Januar 2018, SK 17 313

Zusammenfassend ergibt sich, dass die jüngere Rechtsprechung tendenziell höhere Anforderungen an die Annahme einer Handlungseinheit bei Verkehrsdelikten stellt als die ältere Praxis. Diese Tendenz korrespondiert mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Aufgabe des fortgesetzten Delikts und der verjährungsrechtlichen Einheit sowie zur konkreten Methode bei der Strafzumessung<sup>26</sup>.

d) Die Unterscheidung von Tateinheit und Tatmehrheit wirkt sich bei der Strafzumessung im Zusammenhang mit dem Asperationsprinzip aus. Während die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts bisweilen die Bildung von Gesamtstrafen duldete, die in der Konsequenz zum Ausschluss des Asperationsprinzips in Bezug auf die einzelnen Normverstösse führte, hebt die jüngere Rechtsprechung die konkrete Methode der Strafzumessung hervor<sup>27</sup>. Soweit die Bildung einer Gesamtstrafe auf Überlegungen beruht, die deckungsgleich sind mit den Kriterien einer natürlichen (beziehungsweise juristischen) Handlungseinheit, teilen beide Betrachtungsweisen die Problematik, dass sie auf Ebene der Strafzumessung in einen Widerspruch zur konkreten Methode treten können. Legt das Gericht seiner Beurteilung eine "natürliche" Handlungseinheit zugrunde, fasst es zugleich mehrere je für sich zu betrachtende Delikte zusammen. Innerhalb der Handlungseinheit kann es in der Folge zu einer versteckten Straferhöhung kommen, weil dem Unrechtsgehalt der Deliktseinheit bei der Strafzumessung Rechnung getragen werden muss. Mit Blick auf die Gefahr einer "verdeckten Asperation" hielt das Bundesgericht fest, dass eine Gesamtbetrachtung mehrerer Delikte zu einem unerwünschten Bedeutungsverlust der Unterscheidung von Tateinheit und Tatmehrheit bei den Strafzumessungsfaktoren führe<sup>28</sup>. Insofern ist fraglich, ob die Annahme von Tateinheit oder von Tatmehrheit für die beschuldigte Person günstiger ist. Immerhin führt Tatmehrheit bei gleichartigen Strafen zum Ausschluss des Kumulationsprinzips, wohingegen bei Tateinheit keine spezifischen Regeln für die Strafzumessung innerhalb einer juristischen Handlungseinheit bestehen.

3. a) Bevor auf die Qualifikation der Fahrten als Tatmehrheit oder Tateinheit eingegangen wird, sind die Gemeinsamkeiten der umstrittenen Anklagesachverhalte festzuhalten. Der Berufungskläger wählte stets die identische oder eine sehr ähnliche Route in unmittelbarer Umgebung seines Wohnortes der E-Strasse in der Ortschaft A. Sodann zeichnete er alle (umstrittenen) Fahrten mit einer Kamera auf, was den Rückschluss zulässt, dass er vor Antritt der Fahrt einen Globalvorsatz für die später folgenden Verkehrsregelverletzungen fasste. Für einen Globalvorsatz spricht weiter, dass er sich immer im Umfeld seines Wohnortes bewegte und ortskundig war. Der Beru-

---

<sup>26</sup> Vgl. den folgenden Absatz

<sup>27</sup> BGE 144 IV 231 ff.; BGE 147 IV 245 f.; BGE vom 28. November 2018, 6B\_38/2018, Erw. 5.2

<sup>28</sup> BGE 144 IV 236; zustimmend Mathys, N. 499



fungskläger musste mit anderen Worten während der Fahrten nicht mit ihm unbekanntem Verkehrsanlagen rechnen. All dies spricht grundsätzlich für einen einheitlichen Willensentschluss und Ausführungsakt.

b) aa) Der Berufungskläger zeichnete die Fahrt gemäss Anklageziffer 1.1 mit einer Videokamera auf. Darauf ist ersichtlich, wie der Berufungskläger bei seinem damaligen Wohnsitz Richtung Bahnhof A losfuhr und zunächst dem Strassenverlauf durch A folgte. Am Ende des Dorfes bog er im Kreisel auf die Hauptstrasse nach B ab. Nach der Ausfahrt aus dem Kreisel beschleunigte er und überschritt die zulässigen Höchstgeschwindigkeiten von zuerst 50 km/h, dann 60 km/h und kurz darauf 80 km/h. Dieser Sachverhaltsabschnitt dauerte rund 15 Sekunden (Untersachverhalt 1.1.1). In der Folge fuhr er - mit weiterhin überhöhter Geschwindigkeit - auf der Hauptstrasse bis zur nächsten Ortschaft, D. Nach der Ortseinfahrt wendete er, indem er kurz über eine unbeleuchtete Strasse und dann durch die Ortschaft fuhr. Als er kurz darauf wieder auf die Hauptstrasse einbog, diesmal in entgegengesetzter Richtung, überschritt er ein weiteres Mal die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h innerorts (Untersachverhalt 1.1.2). Zwischen diesen beiden Untersachverhalten lagen zwei Minuten. Der Berufungskläger bog in der Folge von der Hauptstrasse auf die C-Strasse und beschleunigte - sobald die Strasse gerade verlief - wieder, sodass er die zulässige Höchstgeschwindigkeit weniger als eine Minute nach der letzten Überschreitung erneut überschritt (Untersachverhalt 1.1.3). Insgesamt spielten sich die unter Anklageziffer 1.1 angeklagten Untersachverhalte innerhalb von rund drei Minuten ab.

bb) Der Berufungskläger fuhr demnach von seinem Wohnort via D eine Runde, in der er ab der Ausfahrt aus A im Wesentlichen zu schnell unterwegs war, sofern es die Strassenverhältnisse erlaubten. Zwischen der ersten und der letzten Geschwindigkeitsüberschreitung lagen nur rund drei Minuten. Aufgrund des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs und der Tatsache, dass der Berufungskläger die Fahrt auf Video aufzeichnete und im unmittelbaren Umfeld seines Wohnortes unterwegs war, ist von einem einheitlichen Willensentschluss und einem zusammengehörenden Geschehen auszugehen.

Daran ändert nichts, dass der Berufungskläger zwischen den drei Untersachverhalten kurzzeitig die Geschwindigkeit drosselte. Dies war im Wesentlichen auf die Strassenverhältnisse zurückzuführen, die sich während des Wendemanövers beziehungsweise des Abbiegens kurzzeitig änderten und eine solche übersetzte Geschwindigkeit unmöglich erscheinen liessen. Dies lässt daher nicht auf ein Ablassen vom ursprünglichen Willen zum schnellen Fahren schliessen. Vielmehr scheint der Berufungskläger an seinem Willen, eine "Runde" mit übersetzter Geschwindigkeit drehen zu wollen, festgehalten zu haben, indem er sofort wieder beschleunigte, sobald es die Verhältnisse zuließen.

cc) Wie der Berufungskläger somit zu Recht ausführte, liegt Tateinheit vor. Demnach machte sich der Berufungskläger in Anklageziffer 1.1 (Untersachverhalte 1.1.1, 1.1.2 und 1.1.3) einer einfachen qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung schuldig.

c) aa) Auch die Fahrt gemäss Anklageziffer 1.2 zeichnete der Berufungskläger auf Video auf. Auf der Aufnahme ist zu sehen, wie der Berufungskläger von seinem Wohnsitz in A an Richtung Bahnhof losfuhr und sofort die innerorts zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritt. Er beschleunigte auf 102 km/h (Untersachverhalt 1.2.1), liess die Geschwindigkeit etwas abfallen, wobei er weiterhin über der zulässigen Höchstgeschwindigkeit fuhr und nur zehn Sekunden später erneut auf 102 km/h beschleunigte (Untersachverhalt 1.2.2). Danach fuhr er auf der E-Strasse mit übersetzter Geschwindigkeit weiter, bis er rund eine halbe Minute später auf die C-Strasse abbog. Umgehend danach gab er erneut Gas, sodass er wiederum die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritt, bis er eine Geschwindigkeit von 103 km/h erreichte (Untersachverhalt 1.2.3). Nach insgesamt zehn Sekunden liess er die Geschwindigkeit wieder unter die zulässige Höchstgrenze fallen. Die Geschwindigkeitsübertretungen gemäss Anklageziffer 1.2 fanden innert rund einer Minute statt.

bb) In Anklageziffer 1.2 setzte der Berufungskläger also zu einer kurzen Fahrt mit massiv übersetzter Geschwindigkeit in A an, die er nur einmal kurz beim Abbiegen unterbrach. Er liess also während der Dauer der drei angeklagten Untersachverhalte nicht von seinem Willen, schnell zu fahren, ab, sondern drosselte die Geschwindigkeit nur einmal kurz, um abbiegen zu können. Das Ganze dauerte rund eine Minute. Er zeichnete die Fahrt erneut auf Video auf und fuhr in unmittelbarer Umgebung seines Wohnortes. Es liegt ein zusammengehörendes Geschehen vor, das auf einem einheitlichen Willensakt beruht.

cc) Es handelt sich damit um eine Tateinheit, wobei von einer qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung auszugehen ist.

d) aa) Für die Fahrt gemäss Anklageziffer 1.3 liegt ebenfalls eine Videoaufzeichnung des Berufungsklägers vor. Die Aufnahme beginnt während der Fahrt auf der E-Strasse in A kurz vor der Bahnofsunterführung, wenige hundert Meter von seinem Wohnsitz entfernt. Der Berufungskläger lenkte das Motorrad - wie bereits in Anklageziffer 1.1 - durch A und bog im Kreisverkehr Ende der Ortschaft auf die Hauptstrasse Richtung B ab. Danach folgte er dem Strassenverlauf der Hauptstrasse bis nach B. Dabei überholte er ausserorts zwischen A und F mit einer Geschwindigkeit von 162 km/h einen Personenwagen (Untersachverhalt 1.3.1). Nach der Ortseinfahrt F drosselte er die Geschwindigkeit und erhöhte sie nach Ende der Ortschaft wieder. Bis kurz vor der nächsten Ortschaft hatte er keine Fahrzeuge vor sich, die er hätte überholen können. Ausgangs D überholte er die drei vor ihm fahrenden Personenwagen, wobei er eine Sicherheitslinie überfuhr

und die zulässige Geschwindigkeit innerorts um 33 km/h überschritt (Untersachverhalt 1.3.2). Gegen Ende der Ortschaft G schloss er zu den vor ihm fahrenden Personenwagen auf. Bei der Ortsausfahrt G überholte er zunächst die drei unmittelbar vor ihm fahrenden Personenwagen und kurz darauf - als es der Gegenverkehr zuließ - zwei weitere Personenwagen mit einer Geschwindigkeit von 174 km/h (Untersachverhalt 1.3.3), sodass vorerst keine weiteren Personenwagen vor ihm fuhren. Nach der nächsten Ortschaft erhöhte er auf eine Geschwindigkeit von 130 km/h (Untersachverhalt 1.3.4), bis er kurz vor der Einfahrt von B zu den vor ihm fahrenden Personenwagen aufschloss. Die unter Anklagesachverhalt 1.3 angeklagten Delikte fanden innerhalb von rund 4,5 Minuten statt.

bb) Auch hier fuhr der Berufungskläger erneut von seinem Wohnort via den Kreisel am anderen Ende von A auf die Hauptstrasse nach B. Danach setzte er zu einer Fahrt mit übersetzter Geschwindigkeit an, wobei er vor ihm fahrende Motorfahrzeuge - wenn es die Verkehrslage zuließ - überholte und bei einem Überholmanöver eine Sicherheitslinie überfuhr. Die Geschwindigkeit drosselte er jeweils kurz, wenn er zu vor ihm fahrenden Personenwagen aufschloss oder in den Ortschaften, die er auf der Hauptstrasse durchfuhr. Auch hier war das kurzzeitige Ablassen vom Fahren mit übersetzter Geschwindigkeit durch die Strassenverhältnisse und die Verkehrslage bedingt. Die vier angeklagten Untersachverhalte fanden innerhalb von nur 4,5 Minuten statt. Da der Berufungskläger die Fahrt aufzeichnete, er auf einer ihm bekannten Strecke unterwegs war und die Verkehrsregelverletzungen auf der gleichen Strasse innerhalb von nur wenigen Minuten stattfanden, ist von einem einheitlichen Willensentschluss und einem zusammengehörenden Geschehen auszugehen. Auch hier liegt Tateinheit vor.

An dieser Folgerung ändert nichts, dass der Berufungskläger neben den Geschwindigkeitsüberschreitungen auch noch eine Sicherheitslinie überfuhr. Sowohl die Beschränkung der Geschwindigkeit auf Strassen<sup>29</sup> als auch das Verbot des Überfahrens von Sicherheitslinien und Sperrflächen<sup>30</sup> sollen das Funktionieren des Strassenverkehrs und die Verkehrssicherheit sicherstellen<sup>31</sup>. Sie schützen damit dasselbe Rechtsgut: Die Sicherheit anderer Verkehrsteilnehmer. Dass verschiedene Verkehrsregeln verletzt wurden, steht der Annahme einer Tateinheit unter den gegebenen Umständen nicht im Weg.

cc) In Anklagesachverhalt 1.3 ist daher von der Begehung einer qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung auszugehen.

---

<sup>29</sup> Auf 50 km/h in Ortschaften und 80 km/h ausserhalb von Ortschaften, ausgenommen auf Autostrassen und Autobahnen, nach Art. 32 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 4a Abs. 1 lit. a und b VRV (Verkehrsregelnverordnung, SR 741.11)

<sup>30</sup> Nach Art. 34 Abs. 2 SVG i.V.m. Art. 73 Abs. 1 und Art. 78 Abs. 1 SSV (Signalisationsverordnung, SR 741.21)

<sup>31</sup> Weissenberger, Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, 2.A., Art. 34 SVG N. 18 und Art. 90 SVG N. 3; Fiolka, Basler Kommentar, Basel 2014, Art. 90 SVG N. 44

e) aa) In Anklageziffer 1.4 ist nur noch der Untersuchverhalt 1.4.2 Thema des Berufungsverfahrens. Die Staatsanwaltschaft und mit ihr die Vorinstanz gingen von mehrfacher Tatbegehung aus.

Der Berufungskläger zeichnete auch diese Fahrt auf. Das Video beginnt vor seinem Wohnhaus an der E-Strasse, wobei er erneut zuerst durch A fuhr und am Ende der Ortschaft im Kreisel auf die Hauptstrasse Richtung B abbog. In F hielt er an, um sich von seiner hinter ihm in einem Personenwagen fahrenden Ehefrau seine Jacke reichen zu lassen. Danach fuhr er vom Parkplatz ab und setzte sofort zu einem Überholmanöver an, bei dem er eine Sperrfläche überquerte, eine Geschwindigkeit von 125 km/h erreichte und eine Sicherheitslinie überfuhr. Bei diesem Manöver überholte er zwei Personenwagen und zwei Motorräder. Das Ganze dauerte knapp 20 Sekunden. Danach überholte er noch ein paar weitere Verkehrsteilnehmer, bis er wieder zu seiner (seit dem Stopp vor ihm fahrenden) Frau aufschloss.

bb) Der Berufungskläger setzte zu einem Überholmanöver an, bei dem er eine Sperrfläche und eine Sicherheitslinie überfuhr und die Höchstgeschwindigkeit überschritt. Nachdem es sich um ein einziges Überholmanöver handelt, das nur 20 Sekunden dauerte, ist bereits deshalb von einer Handlungseinheit auszugehen. Er entschloss sich zu überholen und führte diesen Entschluss in einer flüssigen Handlung aus. Dass er sich dabei weder beim Ansetzen zum Manöver von der Sperrfläche, noch während des Manövers von der zulässigen Höchstgeschwindigkeit und auch nicht beim Wiedereinbiegen von der Sicherheitslinie davon abbringen liess - und damit drei und nicht nur eine Verkehrsregel missachtete -, ist irrelevant, zumal alle das gleiche Rechtsgut schützen. Weiter hatte der Berufungskläger die Fahrt erneut gefilmt und war auf der ihm bekannten Hauptstrasse zwischen H und B unterwegs, was ebenfalls auf einen einheitlichen Willensentschluss und ein zusammengehörendes Geschehen schliessen lässt.

cc) Der Berufungskläger machte sich somit auch in Anklageziffer 1.4 einer groben Verkehrsregelverletzung schuldig.

f) aa) Die Fahrt gemäss Anklageziffer 1.6 zeichnete der Berufungskläger ebenfalls auf Video auf. Die Aufnahme beginnt beim Kreisel am Ende von A. Erneut bog der Berufungskläger auf die Hauptstrasse, diesmal allerdings in die entgegengesetzte Richtung, ein. Nach der Ortsausfahrt A überholte er den vor ihm fahrenden Personenwagen, beschleunigte bis zu einer Geschwindigkeit von 181 km/h und fuhr bis zur nächsten Ortschaft, I, mit übersetzter Geschwindigkeit weiter (Untersachverhalt 1.6.1). In I fuhr er - mit teilweise ebenfalls übersetzter Geschwindigkeit - bis zum ersten Kreisel, wendete und fuhr auf der Hauptstrasse zurück in Richtung A. Nach der Ortsausfahrt I schloss er zu dem vor ihm fahrenden Personenwagen auf. Nachdem ihn die entgegenkommenden Fahrzeuge gekreuzt hatten, setzte er zu einem weiteren Überholmanöver an, wobei er

drei Personenwagen überholte und nur eine Sekunde, bevor ihn auf der anderen Strassenseite ein entgegenkommendes Fahrzeug kreuzte, wieder auf die rechte Strassenseite einlenkte. Danach setzte er seine Fahrt mit übersetzter Geschwindigkeit fort und erreichte erst dann die angeklagte Höchstgeschwindigkeit von 193 km/h. Vor der Ortseinfahrt von A reduzierte er seine Geschwindigkeit wieder, als er auf ein vor ihm fahrendes Fahrzeug (und Gegenverkehr) traf. Im Kreisel bog er in Richtung Bahnhof A ab und fuhr zurück zu seinem Wohnort an der E-Strasse. Von Beginn der ersten bis zum Ende der zweiten Verkehrsregelverletzung dauerte die Fahrt rund zwei Minuten.

bb) Der Berufungskläger drehte demnach ab dem Kreisel via I erneut eine "Runde" mit massiv übersetzter Geschwindigkeit. Dabei überholte er mehrfach Fahrzeuge und fuhr auch innerorts teilweise zu schnell. Er liess von seinem Entschluss zum schnellen Fahren damit nicht ab, sondern mässigte sein Tempo lediglich wegen anderer Verkehrsteilnehmer und der geänderten Verkehrsverhältnisse innerorts. Es handelt sich um die flüssige Ausführung einer Fahrt, die er bis zur Ortseinfahrt A fortsetzte, wo er auf ein vor ihm fahrendes Fahrzeug traf, das er wegen Gegenverkehrs nicht mehr überholen konnte. Das Ganze dauerte ab der ersten Geschwindigkeitsüberschreitung rund zwei Minuten. Der Berufungskläger filmte zudem auch diese Fahrt und war auf einer ihm bekannten Strasse unterwegs. Zusammenfassend ist auch hier von einem einheitlichen Willensentschluss und einem zusammengehörenden Geschehen auszugehen.

cc) Der Berufungskläger machte sich damit in Anklageziffer 1.6 einer qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung schuldig.

g) Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass sich der Berufungskläger der mehrfachen groben und der mehrfachen qualifiziert groben Verkehrsregelverletzung nach Art. 90 Abs. 2 und 3 i.V.m. 4 SVG strafbar machte.

Obergericht, 1. Abteilung, 1. März 2022, SBR.2021.84

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (6B\_751/2022).



### 53. Verletzung des Konfrontationsanspruchs

(Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK; Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 60 Abs. 1 StPO; Art. 60 Abs. 2 StPO; Art. 147 Abs. 1 StPO; Art. 147 Abs. 4 StPO; Art. 148 Abs. 1 StPO)

1. In einem Strafverfahren mit mehreren Mitbeschuldigten und diversen Sachverhalten stellte sich in Bezug auf verschiedene Berufungskläger die Frage, ob deren Konfrontationsrecht gewahrt wurde.

2. a) Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch der beschuldigten Person, den Belastungszeugen und Belastungszeuginnen Fragen zu stellen und die Zeugnisse in Zweifel zu ziehen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren. Er wird als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs<sup>1</sup> auch durch Art. 32 Abs. 2 BV gewährleistet. Eine belastende Zeugenaussage ist grundsätzlich nur verwertbar, wenn die beschuldigte Person wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Belastungszeugen zu stellen<sup>2</sup>. Eine Einvernahme, die lediglich im Beisein der beschuldigten Person, aber ohne die Möglichkeit zur Stellung von Ergänzungsfragen stattfindet, genügt diesen Anforderungen nicht<sup>3</sup>. Der Begriff des Zeugen oder der Zeugin im Sinn von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist autonom und ohne formelle Bindung an das nationale Recht auszulegen. Als Aussagen von Zeugen und Zeuginnen gelten all jene, die formell zugelassen sind, dem Gericht zur Kenntnis kommen und von ihm verwendet werden können<sup>4</sup>. Das Konfrontationsrecht gilt namentlich auch betreffend die Einvernahme von Auskunftspersonen<sup>5</sup>. Damit die Verteidigungsrechte gewahrt sind, muss die beschuldigte Person in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können<sup>6</sup>. Das kann entweder zum Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Belastungszeuge oder die Belastungszeugin die (erste) Aussage macht, oder auch in einem späteren Verfahrensstadium<sup>7</sup>.

b) aa) Die (genügende) Konfrontation setzt in aller Regel voraus, dass sich die einvernommene Person in Anwesenheit der beschuldigten Person (nochmals) zur Sache äussert<sup>8</sup>. Die

---

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

<sup>2</sup> BGE 133 I 41; BGE 131 I 480; BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.4

<sup>3</sup> BGE vom 13. Dezember 2021, 6B\_1394/2020, Erw. 1.3.1

<sup>4</sup> BGE 131 I 480 f.; BGE 129 I 153 f.

<sup>5</sup> BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.4; BGE vom 24. März 2015, 6B\_1039/2014, Erw. 3.3.1

<sup>6</sup> BGE 140 IV 176; BGE 133 I 41; BGE 131 I 480; BGE 129 I 153 und 157; BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.4; BGE vom 8. November 2019, 6B\_383/2019, Erw. 8.1.2 (nicht publiziert in BGE 145 IV 470)

<sup>7</sup> BGE 131 I 480 f.; BGE 129 I 153 f.

<sup>8</sup> BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.4; BGE vom 21. April 2021, 6B\_1003/2020, Erw. 2.2; BGE vom 26. März 2018, 6B\_886/2017, Erw. 2.3.2; BGE vom 5. Mai 2017, 6B\_542/2016, Erw. 2.3 f.; BGE vom

Frage, ob bei widersprüchlichen Aussagen oder späteren Erinnerungslücken auf die ersten, in Abwesenheit der beschuldigten Person erfolgten Aussagen abgestellt werden kann, betrifft nicht die Verwertbarkeit, sondern die Würdigung der Beweise<sup>9</sup>. Beschränkt sich die Wiederholung der Einvernahme aber im Wesentlichen auf eine formale Bestätigung der früheren Aussagen, wird der beschuldigten Person verunmöglicht, ihre Verteidigungsrechte wirksam wahrzunehmen<sup>10</sup>. Verweist die befragte Person in Anwesenheit der beschuldigten Person lediglich auf die in einem früheren Zeitpunkt gemachten Aussagen und bestätigt diese pauschal als richtig, ist das Konfrontationsrecht ebenso verletzt, wie wenn die befragte Person sich weigert, in Gegenwart der beschuldigten Person ihre Belastungen zu wiederholen und deren Zusatzfragen zu beantworten oder sich anlässlich der (erstmaligen) Konfrontation nicht mehr an die Ereignisse erinnert oder nach Vorhalt lediglich ihre früheren belastenden Aussagen bestätigt. Umso mehr ist von einer Nichtverwertbarkeit der ersten Einvernahme auszugehen, wenn eine (Auskunfts-) Person in einer späteren Konfrontationseinvernahme von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht<sup>11</sup>. Die Möglichkeit zur Stellung von Ergänzungsfragen durch die Verteidigung darf nicht aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung als überflüssig angesehen werden<sup>12</sup>.

bb) Werden Einvernahmen rechtshilfweise durchgeführt, ist das Konfrontationsrecht grundsätzlich dann gewahrt, wenn der beschuldigten Person analog Art. 148 Abs. 1 StPO (mindestens einmal) die Möglichkeit eingeräumt wurde, vorab Fragen einzureichen und nach Erhalt des Protokolls Ergänzungsfragen zu stellen<sup>13</sup>. Im Einzelfall kann - sofern die beschuldigte Person vorab Kenntnis der bisherigen Einvernahme hatte - auch die einmalige Gelegenheit zum Stellen von ergänzenden Fragen genügen.

c) Aussagen von Zeugen, Zeuginnen und Auskunftspersonen dürfen in der Regel nur nach erfolgter Konfrontation zum Nachteil einer beschuldigten Person verwertet werden<sup>14</sup>, auch wenn diese ohne Verletzung von Art. 147 Abs. 1 StPO in Abwesenheit der beschuldigten Person erfolgten, etwa bei polizeilichen Einvernahmen vor Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens oder wenn Akten eines getrennt geführten Verfahrens beigezogen wurden<sup>15</sup>. Dem Anspruch, bei einer

---

6. Januar 2016, 6B\_764/2015, Erw. 1.7.3; BGE vom 28. Oktober 2014, 6B\_839/2013, Erw. 1.4.2; BGE vom 31. Oktober 2013, 6B\_369/2013, Erw. 2.3.3

<sup>9</sup> BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.4; BGE vom 21. April 2021, 6B\_1003/2020, Erw. 2.2; BGE vom 18. Dezember 2019, 6B\_1133/2019, Erw. 1.3.2; BGE vom 5. Mai 2017, 6B\_542/2016, Erw. 2.4; BGE vom 31. Oktober 2013, 6B\_369/2013, Erw. 2.3.3

<sup>10</sup> BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.4; BGE vom 5. Mai 2017, 6B\_542/2016, Erw. 2.4; BGE vom 28. Oktober 2014, 6B\_839/2013, Erw. 1.4.2; BGE vom 31. Oktober 2013, 6B\_369/2013, Erw. 2.3.3

<sup>11</sup> BGE vom 28. Juli 2021, 6B\_14/2021, Erw. 1.3.4; Summers/Scheiwiler/Studer, Das Recht auf Konfrontation in der Praxis, in: ZStrR 2016 S. 379 f

<sup>12</sup> BGE vom 1. April 2021, 6B\_1028/2020, Erw. 1.2.1

<sup>13</sup> BGE vom 10. April 2017, 6B\_961/2016, Erw. 3.4 mit Verweis auf Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers), 3.A., Art. 148 N. 3

<sup>14</sup> BGE 131 I 481

<sup>15</sup> BGE vom 17. September 2019, 6B\_120/2019, 6B\_122/2019, Erw. 2.2.1 f. mit Hinweis auf BGE 141 IV 230 und BGE 140 IV 176



Einvernahme anwesend zu sein und den Belastungszeugen und Belastungszeuginnen Fragen zu stellen, kommt insofern grundsätzlich ein absoluter Charakter zu. Er erfährt in der Praxis aber eine gewisse Relativierung, da er nur dann uneingeschränkt gilt, wenn dem Zeugnis alleinige oder ausschlaggebende Bedeutung zukommt, dieses also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt<sup>16</sup>. Nach neuerer Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte kann unter Umständen sogar ein streitiges Zeugnis mit ausschlaggebender Bedeutung ohne Konfrontation verwertbar sein, wenn ausreichend kompensierende Faktoren gegeben sind, um den Anspruch der beschuldigten Person auf ein faires Verfahren und die Überprüfung der Verlässlichkeit des Beweismittels zu gewährleisten<sup>17</sup>.

d) Auf das konventionsrechtliche Konfrontationsrecht kann zudem verzichtet werden. Die beschuldigte Person kann den Behörden aber grundsätzlich nicht vorwerfen, gewisse Personen zwecks Konfrontation nicht vorgeladen zu haben, wenn sie es unterlässt, rechtzeitig und formgerecht entsprechende Anträge zu stellen<sup>18</sup>. Diese Rechtsprechung gilt insbesondere für die Konstellation einer die beschuldigte Person belastenden polizeilichen Befragung. Auf eine solche Einvernahme darf jedenfalls dann abgestellt werden, wenn die beschuldigte Person nicht die erneute Befragung beantragte und die polizeiliche Einvernahme nicht das einzige Beweismittel darstellt<sup>19</sup>. Die beschuldigte Person verwirkt ihr Recht auf die Stellung von Ergänzungsfragen nicht dadurch, dass sie es erst im Rahmen der Berufung geltend macht<sup>20</sup>.

e) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichts kann auf eine Konfrontation der beschuldigten Person mit dem Belastungszeugen beziehungsweise der Belastungszeugin oder auf die Einräumung der Gelegenheit zu ergänzender Befragung zudem unter besonderen Umständen auch verzichtet werden, beispielsweise wenn die befragte Person berechtigterweise das Zeugnis verweigert, trotz angemessener Nachforschungen unauffindbar bleibt, dauernd oder lange Zeit einvernahmeunfähig ist oder verstorben ist<sup>21</sup>. Es ist aber auch in solchen Fällen erforderlich, dass die beschuldigte Person zum Zeugnis hinreichend Stellung nehmen kann, die Aussagen sorgfältig geprüft werden und ein Schuldspruch nicht allein darauf abgestützt wird<sup>22</sup>. Liegt allerdings der Umstand, dass die beschul-

---

<sup>16</sup> Urteil EGMR in Sachen Delta gegen Frankreich vom 19. Dezember 1990, Serie A Bd. 191-A § 37; BGE 131 I 481; BGE 129 I 154

<sup>17</sup> Urteil EGMR in Sachen Al-Khawaja und Tahery gegen Grossbritannien vom 15. Dezember 2011, Recueil Cour EDH 2011-VI S. 191 ff. § 147; BGE vom 15. Juli 2013, 6B\_670/2012, Erw. 4.3; BGE vom 10. Mai 2013, 6B\_75/2013, E. 3.3.1; BGE vom 28. Juni 2012, 6B\_125/2012, Erw. 3.3.1

<sup>18</sup> BGE vom 13. Dezember 2021, 6B\_1394/2020, Erw. 1.2.2; RBOG 2019 Nr. 16 Erw. 3.b

<sup>19</sup> BGE vom 6. März 2019, 6B\_1196/2018, Erw. 3.1

<sup>20</sup> BGE vom 30. März 2017, 6B\_1023/2016, Erw. 1.2.3; BGE vom 10. Dezember 2014, 6B\_529/2014, Erw. 5.2 (nicht publiziert in BGE 140 IV 196)

<sup>21</sup> BGE 131 I 481; BGE 124 I 285; BGE 105 Ia 397; BGE vom 1. April 2021, 6B\_1028/2020, Erw. 1.2.1; Schmid/Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3.A., N. 829

<sup>22</sup> BGE 131 I 482; BGE 124 I 286; BGE vom 31. Oktober 2013, 6B\_369/2013, Erw. 2.3.1

digte Person ihre Konfrontationsrechte nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, in der Verantwortung der Behörden, ist die unkonfrontierte Aussage gemäss Bundesgericht gänzlich unverwertbar - selbst wenn das strittige Zeugnis nicht den einzigen beziehungsweise wesentlichen Beweis darstellt<sup>23</sup>.

3. a) aa) Nach dem Gesagten ist demnach im Einzelnen zu prüfen, ob die beschuldigten Personen die Konfrontation mit einer einvernommenen Person im Verlauf des Verfahrens mindestens einmal verlangt haben<sup>24</sup>, andernfalls von einem Verzicht auszugehen ist. Dieser Grundsatz ist allerdings zu relativieren, was die Konfrontation mit Mitbeschuldigten und anderen von der Vorinstanz einvernommenen Personen anbelangt. Sämtliche Mitbeschuldigte waren im vorinstanzlichen Verfahren bei den sie betreffenden Verhandlungsblöcken anwesend. Wie von der Vorinstanz jeweils vorab angekündigt, wurden alle Mitbeschuldigten im Rahmen dieser Verhandlungen nochmals befragt. Unter diesen Umständen war ein Antrag auf Konfrontation mit den Mitbeschuldigten obsolet, da diese bereits von der Vorinstanz vorgesehen war. Dasselbe gilt für andere von der Vorinstanz einvernommene Personen. Bei der Prüfung der Konfrontation mit den Mitbeschuldigten und anderen vorinstanzlich befragten Personen ist daher davon auszugehen, dass die Beschuldigten diese nicht verlangen mussten, um sich hernach auf eine Verletzung des Konfrontationsrechts berufen zu können. Weiter ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass es den Parteien unbenommen ist, die Konfrontation mit befragten Personen auch noch im Berufungsverfahren vor den jeweiligen Verhandlungsblöcken zu verlangen.

bb) Wurde die Konfrontation mit einer einvernommenen Person verlangt, ist weiter zu prüfen, ob mindestens einmal eine (genügende) Konfrontation stattfand. Eine genügende Konfrontation setzt nach dem Gesagten voraus, dass die einvernommene Person sich mindestens einmal in Gegenwart der beschuldigten Person zur Sache äussert, wobei ein Verweis auf bisherige Aussagen beziehungsweise die Bestätigung vorheriger Aussagen ohne deren Wiederholung grundsätzlich nicht genügt. Weiter ist vorausgesetzt, dass die beschuldigte Person die Aussage in Zweifel ziehen kann, weshalb der beschuldigten Person beziehungsweise deren Verteidigung die Gelegenheit gegeben werden musste, in angemessenem Umfang Ergänzungsfragen zu stellen<sup>25</sup> und diese von der einvernommenen Person mindestens teilweise beantwortet werden mussten. Verweigerte eine einvernommene Person kategorisch und durchgehend sämtliche Ergänzungsfragen einer beschuldigten Person, ist das Konfrontationsrecht daher verletzt.

cc) Stellt die Verteidigung trotz eingeräumter Möglichkeit keine Ergänzungsfragen, ist grundsätzlich von einem Verzicht auf das Recht auf Konfrontation auszugehen. Allerdings gilt

---

<sup>23</sup> BGE 131 I 483; BGE 129 I 158; BGE vom 28. Juni 2012, 6B\_125/2012, Erw. 3.3.1; Mettler, Basler Kommentar, 2.A., Art. 147 StPO N. 33h

<sup>24</sup> Wobei es grundsätzlich genügt, wenn die beschuldigte Person die Konfrontation gegenüber der Staatsanwaltschaft vor Vorinstanz oder im Berufungsverfahren verlangt hat.

<sup>25</sup> BGE vom 13. Dezember 2021, 6B\_1394/2020, Erw. 1.3.1

es zu differenzieren: Macht die befragte Person (auch nur wenige) inhaltliche Angaben zur Sache, ist die Verteidigung zum Stellen von Ergänzungsfragen gehalten, andernfalls sie sich den Verzicht auf das Konfrontationsrecht entgegenhalten lassen muss. Verweigert die befragte Person jedoch die Aussage oder macht sie konsequent keine Angaben zur Sache, kann von der Verteidigung nicht verlangt werden, trotzdem Ergänzungsfragen zu stellen. Das Gleiche gilt, wenn sich die befragte Person zwar zur Sache äussert, allerdings klar zu erkennen gibt, pauschal keine Fragen der Verteidigung beantworten zu wollen. Es wäre überspitzt formalistisch, in dieser Konstellation von der Verteidigung zu verlangen, dass sie trotzdem ihre Fragen stellt.

dd) Die beiden Voraussetzungen zur Erfüllung des Konfrontationsrechts müssen indes nicht an derselben Einvernahme erfüllt werden: Beantwortet die befragte Person zwar die Fragen der Verteidigung, machte aber keine (für das Konfrontationsrecht genügende) Aussagen zur Sache, ist von einer genügenden Konfrontation auszugehen, sofern die beschuldigte Person vorgängig bereits einmal einer Befragung beiwohnte, in der sich die befragte Person zur Sache äusserte. Dass die beschuldigte Person Einsicht in alle Befragungsprotokolle hatte, reicht hingegen nicht aus, geht es doch gerade auch darum, dass sie sich einen persönlichen Eindruck der befragten Person verschaffen kann<sup>26</sup>.

b) Wurde das Konfrontationsrecht gewahrt, sind sämtliche Einvernahmen der befragten Person gegen die beschuldigte Person verwertbar<sup>27</sup>. Wurde das Konfrontationsrecht verletzt, sind die Aussagen gemäss der oben zitierten Rechtsprechung<sup>28</sup> trotzdem ausnahmsweise verwertbar, sofern (1) es sich nicht um den einzigen beziehungsweise um einen wesentlichen Beweis handelt, (2) der Grund für die nicht mehr mögliche Konfrontation nicht von den Behörden zu verantworten ist, (3) die Parteien die Möglichkeit hatten, sich zu den Aussagen zu äussern und (4) die Aussagen sorgfältig geprüft wurden. Die Parteien hatten im vorinstanzlichen Verfahren die Möglichkeit, sich zu den Aussagen von nicht konfrontierten Personen (und anderen Beweismitteln) ausführlich zu äussern. Auch im Berufungsverfahren konnten sie sich dazu äussern. Damit hatten und haben die beschuldigten Personen hinreichend Gelegenheit, zu den unkonfrontierten Einvernahmen Stellung zu nehmen. Im Weiteren hat die Vorinstanz die Zeugnisse sorgfältig geprüft; auch das Obergericht wird die verwendeten Einvernahmen bei den einzelnen Sachverhaltskomplexen nochmals prüfen und eine allfällige unterbliebene Konfrontation bei der Würdigung des Beweises berücksichtigen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Kriterien drei und vier für eine ausnahmsweise Verwertbarkeit unkonfrontierter Aussagen gegeben sind. Aus diesem Grund werden im Weiteren nur die Voraussetzungen eins und zwei geprüft. Handelt es sich bei der Einvernahme um den einzigen oder einen wesentlichen Beweis und/oder haben die Strafverfolgungsbehörden den Grund für die

---

<sup>26</sup> Die Rechtsprechung verlangt, dass sich die befragte Person in Anwesenheit der beschuldigten Person zur Sache äussert, vgl. Erw. 2.a vorne.

<sup>27</sup> Jedenfalls soweit sie nicht aus anderen Gründen unverwertbar sind.

<sup>28</sup> Vgl. Erw. 2.e vorne

nicht rechtzeitige Konfrontation zu vertreten, sind daher sämtliche Aussagen der einvernommenen Person gegen die beschuldigte Person, deren Recht verletzt wurde, grundsätzlich nicht verwertbar.

4. Im Folgenden wird im Einzelnen festgehalten, wo das Obergericht das Konfrontationsrecht einzelner Beschuldigter verletzt sieht.

#### 4.1 Sachverhalt 1

##### a) Konfrontationsrecht von C

aa) Zwischen C und D fand im Oktober 2012 eine Konfrontationseinvernahme zum Tötungsdelikt statt. D machte Aussagen zur Sache und beantwortete mit wenigen Ausnahmen alle Fragen der befragenden Person. Die Verteidigung von C verzichtete darauf, Ergänzungsfragen zu stellen. Gleichzeitig wies sie aber darauf hin, dass sie nicht in der Lage sei die Teilnahmerechte auszuüben, weil sie keine vollständige Akteneinsicht habe. Sobald dies der Fall sei, würde sie gerne Fragen an D stellen. Bereits am Anfang der Befragung machte die Verteidigung von C dieselben Einwände geltend. Die Staatsanwaltschaft erwiderte darauf, der Verteidigung von C sei "die vollständige Aussage von D" bereits im Zuge des Haftverlängerungsgesuchs eröffnet worden, weshalb sie sich auf die Konfrontation mit D habe vorbereiten können. Zwischen Februar 2012 und Ende August 2012 fanden jedoch insgesamt 17 weitere Befragungen von D statt, bei denen jeweils der Sachverhalt 1 Thema war. Deren Protokolle waren der Verteidigung von C im Zeitpunkt der Konfrontationseinvernahme nicht bekannt. Gemäss den bisherigen Feststellungen durfte die Staatsanwaltschaft die Einsicht in sämtliche Akten grundsätzlich bis Ende 2012 beschränken. Die Frage der Zulässigkeit der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts ist jedoch von der Frage zu unterscheiden, ob unter diesen Umständen der Konfrontationsanspruch gewahrt werden konnte. Eine genügende Konfrontation setzt voraus, dass die einvernommene Person sich mindestens einmal in Gegenwart der beschuldigten Person zur Sache äussert. Diese formelle Voraussetzung war hier gegeben. Allerdings ist es Fakt, dass die Verteidigung von C mit einer Ausnahme keine Kenntnis der früheren Aussagen von D hatte, obwohl dieser in 18 Einvernahmen umfangreich befragt wurde. C hatte daher ein ausserordentlich grosses Wissensdefizit aufgrund der verweigerten Akteneinsicht. In dieser besonderen Konstellation war es ihm nicht möglich, die Aussagen von D in Zweifel zu ziehen und auf die Probe zu stellen. Daran ändert nichts, dass sich D (auch) im Rahmen der Konfrontationseinvernahme selbst zur Sache äusserte, was im Regelfall genügen würde. Die an sich zulässige Beschränkung der Akteneinsicht war im hier zu beurteilenden Fall mit einem konkreten Nachteil für C verbunden. Der Konfrontationsanspruch von C ist unter diesen Umständen nicht gewahrt. Die (erneute) Konfrontation nach vollständiger Akteneinsicht hat die Verteidigung von C bereits an der Konfrontationseinvernahme verlangt. Diesen Antrag hat sie auch an anderer Stelle erneuert, spätestens mit der Berufungserklärung. An der gerichtlichen Befragung

vor Vorinstanz - somit nach vollständiger Akteneinsicht - machte D zwar Aussagen zum Sachverhalt und beantwortete die Fragen des Vorsitzenden, nicht aber die Ergänzungsfragen der Verteidigung von C. An allen übrigen Befragungen von D hatte C keine Möglichkeit zur Teilnahme. Eine genügende Konfrontation fand somit nicht statt.

bb) An der rechtshilfeweise durchgeführten Befragung von G Anfang 2017 beantwortete G die vorab schriftlich gestellten Fragen der Verteidigung von C. G machte schon zu einem früheren Zeitpunkt Aussagen zur Sache. Die entsprechenden Protokolle waren den Parteien bekannt. Zudem verlangte keine Partei nach der Zustellung des Einvernahmeprotokolls das Stellen weiterer Ergänzungsfragen, womit ein Verzicht vorliegt. Somit ist das Konfrontationsrecht gewahrt. Unter dem Gesichtspunkt des Konfrontationsanspruchs sind die Aussagen von G gegenüber C verwertbar.

#### b) Konfrontationsrecht von D

Zwischen C und D fand im Oktober 2012 eine Konfrontationseinvernahme statt, wobei C jegliche Aussagen verweigerte und auch die Ergänzungsfragen der Verteidigung von D nicht beantwortete. Auch an der Schlusseinvernahme machte C keine Aussagen zum Sachverhalt 1 und beantwortete die Fragen der Verteidigung von B und von E nicht. Unter diesen Umständen kann der Verteidigung von D nicht vorgeworfen werden, dass sie auf das Stellen von Ergänzungsfragen verzichtete. An der gerichtlichen Befragung vor Vorinstanz machte C fast keine Aussagen zur Sache und beantwortete die Ergänzungsfragen der Verteidigung von D nicht. Eine genügende Konfrontation fand nicht statt.

### 4.2 Sachverhalt 2

#### a) Konfrontationsrecht von B

aa) L verweigerte an der rechtshilfeweisen Befragung wie auch an der gerichtlichen Befragung im Jahr 2017 die Aussage. Beide Male stellten die Verteidiger keine Ergänzungsfragen, so auch nicht die Verteidigung von B. Hingegen machte L an der (vorgängigen) gerichtlichen Befragung im Jahr 2016 teils Aussagen zur Sache, allerdings beschränkte er sich grundsätzlich auf ein Bestreiten der Vorwürfe ("das stimmt nicht") und wollte nichts über die Vorfälle wissen ("Das weiss ich nicht"). Verschiedene Fragen beantwortete er pauschal mit "nein" und teilweise verweigerte er auch die Aussage ("Dazu möchte ich nichts sagen"). Auf die eine Ergänzungsfrage der Staatsanwaltschaft, ob er sich zur Tatzeit in der Schweiz aufgehalten habe, antwortete er, er wisse das nicht mehr. Die darauffolgende Frage des Vorsitzenden, ob er sich im ungefähren Zeitraum der Tat jemals in der Schweiz aufgehalten habe, beantwortete er mit "nein". L machte bis zu diesem

Zeitpunkt in der Einvernahme somit zwar gewisse Aussagen, allerdings belies er es weitestgehend bei einem pauschalen Bestreiten und wollte sich an die damaligen Vorkommnisse nicht erinnern. Er äusserte sich damit nicht genügend zur Sache. Die Verteidigung von B war vor diesem Hintergrund nicht gehalten, Ergänzungsfragen zu stellen. Eine genügende Konfrontation fand somit nicht statt. L ist zwischenzeitlich verstorben, weshalb eine erneute Konfrontation nicht mehr möglich ist. Dass B sein Konfrontationsrecht nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, liegt nach dem Gesagten aber nicht in der Verantwortung der Behörden.

bb) Mit O und P wurde B unstrittig nicht konfrontiert. Beide berichteten im März 2011 gegenüber der Polizei, dass sie von ihnen unbekanntem Leuten bedroht worden seien. Dabei gab O eine Personenbeschreibung ab, die auf B passt, welcher damals bereits wegen anderer Delikte im Fokus der Strafverfolgungsbehörden stand. Auch wenn die Staatsanwaltschaft ihn damals nicht schon als Tatverdächtigen ausfindig machte, so hatte sie gemäss ihren eigenen Darstellungen im Februar 2012 die mutmassliche Täterschaft ermittelt. Trotzdem schrieb sie erst im April 2013, mithin über ein Jahr später, O und P zur Aufenthaltsnachforschung aus. Zuvor hatte sie sich offenbar nicht darum bemüht, deren Aufenthalt zu eruieren und weitere Befragungen zur Wahrung des Konfrontationsrechts von B durchzuführen. Der Umstand, dass B seine Konfrontationsrechte gegenüber O oder P nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, liegt daher in der Verantwortung der Behörden. Soweit die Staatsanwaltschaft argumentiert, O habe die Schweiz ohnehin zuvor schon verlassen, verfällt sie - so die Verteidigung von B zutreffend - in Spekulation. Dass O sich lediglich als Tourist in der Schweiz aufhielt, ändert daran nichts.

P hingegen hat nachweislich im Herbst 2011 - etwa ein halbes Jahr nach Anzeigeerstattung - die Schweiz verlassen. Wird davon ausgegangen, dass der Tatverdacht erst im Februar 2012 auf B fiel, war eine Befragung von P in Anwesenheit von B - zumindest in der Schweiz - nicht mehr möglich. Der Staatsanwaltschaft ist aber wie erwähnt vorzuwerfen, dass sie erst verspätet die Aufenthaltsnachforschung veranlasst hat. Daher liegt auch die nicht (mehr) mögliche Konfrontation mit P in ihrer Verantwortung. Zudem dürfte die erst im Jahr 2012 festgestellte mutmassliche Mittäterschaft von B auch wesentlich darauf zurückzuführen sein, dass die Strafverfolgungsbehörden das Verfahren nach Anzeigeerstattung vorerst sistierten. Dies, obwohl O in seiner Aussage als Verdächtiger sowohl I als auch H und einen Dritten namentlich nannte und die weiteren Täter beschrieb. Hätten die Strafverfolgungsbehörden die Ermittlungen aufgenommen, statt das Verfahren zu sistieren, erscheint es naheliegend, dass sie noch rechtzeitig auf die Mittäterschaft von B gestossen wären und ihm das Teilnahmerecht vor der Ausreise von P hätten gewähren können.

Nachdem die Behörden die Verantwortung für die nicht erfolgten Konfrontationen tragen, wären die Aussagen beider Zeugen grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich dabei um ausschlaggebende Beweismittel handelt (was hier zweifellos der Fall ist), nicht gegen B verwertbar. Das Konfrontationsrecht gegenüber O und P ist jedoch - mangels Antrag auf Konfrontation seitens B - nicht verletzt.

b) Konfrontationsrecht von I

aa) An die rechtshilfeweise Befragung von L vom Februar 2014 wurde I respektive seine Verteidigung nicht eingeladen.

bb) Hingegen erhielt die ehemalige Verteidigung von I mit (fakultativer) Vorladung die Gelegenheit, an der Befragung von L vom November 2016 teilzunehmen. Sie verzichtete jedoch sowohl auf eine Teilnahme und stellte auch keinen Antrag auf Teilnahme oder Konfrontation für ihren Klienten; stattdessen stellte sie dem Gericht einen Fragenkatalog zu und verlangte die Zustellung des Protokolls. Insofern ist hier von einem Verzicht auf das Recht auf Konfrontation mit L auszugehen. Eine andere Beurteilung wäre allenfalls dann denkbar, wenn I selbst von der (vorgängigen) Beweisabnahme explizit ausgeschlossen worden wäre. Dies war hier indes nicht der Fall: Der vorsitzende Bezirksrichter wies im Schreiben an die ehemalige Verteidigung von I einzig darauf hin, dass er die persönliche Teilnahme der beschuldigten Personen - und damit auch von I - als nicht erforderlich erachte, weshalb diese nicht eingeladen würden, und dass die Teilnahme der Parteivertreter fakultativ sei. Bereits aufgrund dieser Formulierung ist davon auszugehen, dass die Beschuldigten durchaus zur Beweisaufnahme zugelassen worden wären, wäre dies von Seiten ihrer Parteivertreter gewünscht worden. Indem die ehemalige Verteidigung von I im Wissen darum, dass (noch) keine Konfrontation mit L stattgefunden hat, ebendies nicht verlangte, verzichtete sie auf das Konfrontationsrecht ihres Mandanten. Daran ändert nichts, dass L später an der Hauptverhandlung erneut zum Sachverhalt 2 befragt wurde, diesmal im Beisein von I und dessen Verteidigung. Im Zeitpunkt des Erhalts der Vorladung für die vorgängige Beweisabnahme - das heisst im Oktober 2016 - konnte die Verteidigung von I (noch) nicht wissen, dass von Amtes wegen eine erneute Befragung von L vor Schranken durchgeführt wird, an der I als Mitbeschuldigter von Gesetzes wegen teilzunehmen hat. Vielmehr vereinigte das Bezirksgericht das Verfahren gegen L erst im November 2016 - am Tag der vorgängigen Beweisabnahme - mit dem Verfahren gegen die übrigen Beschuldigten, nachdem das Obergericht im Frühling 2016 eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Verfahrensabtrennung und -einstellung schützte und die Sache zur neuen Beurteilung an das Bezirksgericht zurückwies. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ab. Dieser Entscheid ging Ende Oktober 2016 beim Bezirksgericht ein.

An der gerichtlichen Befragung im Juni 2017 verweigerte L sodann die Aussage. Nachdem I indes bereits zuvor auf seinen Konfrontationsanspruch verzichtete, ist dies irrelevant. Der Konfrontationsanspruch ist gewahrt.

cc) Auch I wurde nicht mit O und P konfrontiert. Im Unterschied zu B war I den Strafverfolgungsbehörden aber bereits im Anschluss an die ersten polizeilichen Befragungen als Tatverdächtiger bekannt. Sowohl O als auch P äusserten den konkreten Verdacht, dass die angeblichen Drohungen von I ausgegangen sein sollen. Zudem identifizierte O zwei der drei drohenden Personen als Angestellte eines Clubs, dessen Besitzer I war. Somit bestand bereits in diesem Zeitpunkt ein Tatverdacht gegen I. Ebenso war bekannt, dass P nur über eine befristete Aufenthaltsbewilligung verfügte und O sich gar ohne Aufenthaltstitel als Tourist in der Schweiz aufhielt<sup>29</sup>. Die Staatsanwaltschaft unterliess es trotz alledem, weitere Befragungen zur Wahrung des Konfrontationsrechts durchzuführen, sondern sistierte das Verfahren. Erst im April 2013 schrieb sie O und P zur Aufenthaltsnachforschung aus. Der Umstand, dass I seine Konfrontationsrechte nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, liegt damit in der alleinigen Verantwortung der Behörden.

Die Aussagen von O und P sind somit unabhängig davon, ob es sich dabei um ausschlaggebende Beweismittel handelt (was hier zweifellos der Fall ist), nicht gegen I verwertbar. Im Gegensatz zu B<sup>30</sup> hat I im bisherigen Verfahren bereits mehrfach die Konfrontation mit O und P verlangt. Die Einvernahmen der Beiden sind daher nicht zu Lasten von I verwertbar.

### 4.3 Sachverhalt 3

#### Konfrontationsrecht von C

a) Im Jahr 2014 wurde U im Beisein der Verteidigung von C von der Staatsanwaltschaft als Auskunftsperson zu verschiedenen Sachverhaltskomplexen befragt, nachdem ihm freies Geleit gewährt worden war. Die Vorinstanz erklärte die Befragung aufgrund falscher Parteirolle für nicht verwertbar, soweit der Sachverhalt "U" thematisiert wurde. Allerdings kann auf diese Einvernahme aufgrund des Ausstands des befragenden Staatsanwalts ohnehin ganzheitlich nicht abgestellt werden; mit verfahrensleitender Verfügung entfernte der vorsitzende Bezirksrichter diese Einvernahme als Folge der Ausstandspflicht gestützt auf den Antrag der Verteidigung von C aus den Akten respektive hob die Amtshandlung auf. Gleichzeitig hielt er fest, diese Einvernahme sei bei Bedarf zu wiederholen, wobei die Akten weiterhin verwendet werden dürften, falls eine allfällige erneute Einvernahme nicht möglich sei. Letzteres war hier indes gerade nicht der Fall. Gemäss den Feststellungen im angefochtenen Urteil reiste U im Herbst 2015 wieder in die Schweiz ein,

---

<sup>29</sup> Vgl. Erw. 4.2.a.aa vorne

<sup>30</sup> Vgl. Erw. 4.2.a.aa vorne



worauf er umgehend festgenommen wurde. Kurz darauf ersuchte der vorsitzende Bezirksrichter bei der Staatsanwaltschaft A um Einsicht in die Strafuntersuchungsakten, mit dem Hinweis, dass U nach seinem Kenntnisstand derzeit in Untersuchungshaft sei. In der Folge sandte ihm die Staatsanwaltschaft A die Protokolle zweier Einvernahmen von U, unter anderem von dessen Festnahmeeröffnung mit Ausführungen zur Fluchtgefahr mangels festem Wohnsitz. Die damalige Verfahrensleitung wusste somit, dass U im Kanton A in Haft war und im Fall der Freilassung kaum mehr zu befragen sein dürfte. Trotzdem liess sie U nicht erneut befragen, was zu dem Zeitpunkt ohne weiteres möglich gewesen wäre. Die Befragung aus dem Jahr 2014 ist folglich nur schon deshalb nicht verwertbar, weil sie trotz Möglichkeit nicht wiederholt wurde, womit die Voraussetzungen von Art. 60 Abs. 2 StPO nicht erfüllt sind.

Nach seiner Inhaftierung wurde U im Herbst 2015 im Kanton A staatsanwaltschaftlich befragt. Die Vorinstanz erklärte die dortigen Aussagen von U für verwertbar. Sie erwog, C habe spätestens ab November 2015 gewusst, dass sich U erneut in A in Untersuchungshaft befunden habe und die Staatsanwaltschaft A eine Strafuntersuchung gegen ihn führe. Aufgrund des Aktenbeizugs habe C auch gewusst, dass die Staatsanwaltschaft A wegen des Betäubungsmitteldelikts ermittle, in das sowohl C als auch U involviert gewesen sein sollen. Trotz dieses Umstands habe er auf eine Konfrontationseinvernahme mit U verzichtet. Somit habe er verhindert, dass allfällige Widersprüche in den Aussagen geklärt und ausgeräumt werden konnten. Er habe auch darauf verzichtet, dass U belastende Aussagen in seiner Gegenwart habe wiederholen können. Dies führe ohne weiteres dazu, dass die Aussagen von U auch zu Lasten von C verwertet werden dürfen, da er mit seinem Verzicht auf eine Konfrontationseinvernahme sinngemäss auch auf sein Teilnahmerecht verzichtet habe.

b) Der Auffassung der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Zwar ist es zutreffend, dass C an der Befragung von U hätte teilnehmen können. Allerdings sollte diese Befragung in dem im Kanton A gegen U geführten Strafverfahren stattfinden. Der Inhalt der von der Vorinstanz zitierten Aktennotiz, erstellt von der Staatsanwältin der Staatsanwaltschaft A, mit dem Betreff "Telefon mit [dem] Verteidiger von C" lautet wie folgt:

"[Der Verteidiger von C] wird betreffend Terminvereinbarung für die Konfrontationseinvernahme zwischen [U] und [C] kontaktiert. Anlässlich dieses Telefonates erklärt er, dass eine Konfrontationseinvernahme keinen Sinn machen würde, da er seinem Mandanten bereits vor der polizeilichen Einvernahme geraten habe, nichts zu sagen und dies ihm auch weiterhin empfehlen werde. [C] werde sich mit Sicherheit an diese Empfehlung halten. [Der Verteidiger von C] wird diese Haltung in einem Brief noch schriftlich bestätigen."

Augenscheinlich ging es der Staatsanwaltschaft A somit darum, das Konfrontationsrecht von U im gegen ihn geführten Strafverfahren zu wahren. Für die Beurteilung, ob das Konfrontationsrecht von C gewahrt ist, kann hingegen einzig das im Kanton Thurgau geführte Strafverfahren gegen C entscheidend sein. In diesem Verfahren aber fand einzig die erwähnte Befragung im Jahr 2014 im Beisein von C statt, die nicht verwertbar ist. Weitere Konfrontationseinvernahmen finden sich in den Akten nicht. Der Konfrontationsanspruch von C ist damit verletzt. Nicht angehen kann es - wie die Vorinstanz argumentierte -, dass C sein Schweigen in einem anderen Verfahren als ein Verzicht seines eigenen Rechts in seinem eigenen Strafverfahren auf Konfrontation mit U ausgelegt wird. Sein Recht auf Anwesenheit bei Aussagen von U im (Thurgauer) Verfahren gegen ihn hat keinen Zusammenhang mit der Tatsache, dass er im (im Kanton A geführten) Verfahren gegen U keine Aussagen machte. Dass die Staatsanwaltschaft A unter diesen Umständen auf eine (erneute) Vorladung und Konfrontation von C mit U verzichtete, kann C nicht zum Nachteil im vorliegenden Verfahren gereichen.

c) Eine Konfrontation scheint derzeit kaum (mehr) möglich, da U keinen Wohnsitz in der Schweiz hat. Somit bleibt zu prüfen, ob der Grund, dass C sein Konfrontationsrecht nicht (rechtzeitig) wahrnehmen konnte, in der Verantwortung der Behörden liegt. Davon ist hier ohne weiteres auszugehen. Wie dargelegt, waren der damaligen Verfahrensleitung spätestens ab Herbst 2015 die Umstände bekannt. Sie wusste, dass die Befragung aus dem Jahr 2014 nur unter dem Vorbehalt der Wiederholung oder deren Unmöglichkeit verwertbar ist. Gleichzeitig wusste sie, dass U im Kanton A inhaftiert war (womit eine erneute Befragung ohne weiteres möglich gewesen wäre) und er im Fall seiner Freilassung aufgrund seines Wohnsitzes im Ausland kaum mehr zu befragen sein dürfte. Da sie trotz alledem die erneute Befragung von U im Thurgauer Strafverfahren nicht in die Wege leitete, nachdem sie seine vorherige Einvernahme als unverwertbar deklarierte, ist die Verantwortung für die unterlassene Konfrontation bei den Behörden zu sehen. Dass die Vorinstanz fälschlicherweise davon ausging, C habe durch Nichtteilnahme an der Befragung im Herbst 2015 gültig auf sein Konfrontationsrecht verzichtet, ändert daran nichts. Ein rechtzeitiger Antrag von C auf Konfrontation mit U liegt im Übrigen vor, er hat ihn (spätestens) mit der Berufungserklärung gestellt.

d) Zusammenfassend erfolgte keine genügende Konfrontation. Die Aussagen von U vom Herbst 2015 sind daher nicht zu Lasten von C verwertbar. Gleich verhält es sich mit den Aussagen von U aus dem Jahr 2014: Nach Art. 60 Abs. 2 StPO dürfen die Strafbehörden Beweise, die in Verletzung von Art. 60 Abs. 1 StPO erhoben worden sind, nur dann berücksichtigen, wenn diese nicht wieder erhoben werden können. Dies war hier indes nicht der Fall: U war im Herbst 2015 im Kanton A inhaftiert, was den Thurgauer Behörden bekannt war, weshalb sie ihn erneut hätten befragen können. Es kommt hinzu, dass die Verwertung eines Beweismittels gestützt auf

Art. 60 Abs. 2 StPO einzig dann möglich wäre, wenn alle weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, so auch der Konfrontationsanspruch, was hier aber - wie dargelegt - gerade nicht der Fall ist.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Februar 2022, SBR.2019.43



#### **54. Alleiniges Sorgerecht nach serbischem Recht stellt gemeinsames Sorgerecht nach HKÜ dar.**

(Art. 5 lit. a HKÜ; Art. 3 HKÜ; Art. 12 Abs. 1 HKÜ; Art. 78 Abs. 3 Serbisches FamG)

1. Der Gesuchsteller und die Gesuchsgegnerin wohnten gemeinsam mit ihren beiden minderjährigen Kindern in Serbien. Während (vermeintlicher) Ferien mit den Kindern in der Schweiz teilte die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller mit, dass sie mit den Kindern nicht nach Serbien zurückkehren werde. In der Folge reichte der Gesuchsteller beim Obergericht ein Gesuch um Rückführung gemäss HKÜ<sup>1</sup> ein. In diesem Verfahren ist unter anderem strittig, ob die Gesuchsgegnerin durch das Zurückbehalten der Kinder gegen das Sorgerecht des Gesuchstellers im Sinn des HKÜ versties.

2. a) Nach Art. 12 Abs. 1 HKÜ ordnet das Gericht die sofortige Rückgabe des Kindes an, wenn dieses widerrechtlich ins Ausland verbracht oder widerrechtlich im Ausland zurückgehalten wurde. Ausnahmen von der Rückführung sind nur in den Fällen von Art. 12, 13 und 20 HKÜ zulässig. Das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes gilt nach Art. 3 HKÜ als widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (lit. a), und dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte (lit. b).

Um festzustellen, wem das Sorgerecht zugesprochen worden ist, ist ausschliesslich die Rechtsordnung des Staates heranzuziehen, in dem das Kind vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte<sup>2</sup>. Der Begriff des Sorgerechts wird im Übereinkommen vertragsautonom ausgelegt<sup>3</sup>. Art. 5 lit. a HKÜ definiert das "Sorgerecht" als die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere als das Recht, den Aufenthalt des Kindes (mit) zu bestimmen. Die vom HKÜ geschützte Sorgerechtsposition ist daher in einem weiten Sinn zu verstehen<sup>4</sup>; der Sorgerechtsbegriff nach HKÜ ist grosszügig auszulegen<sup>5</sup>. Mit dieser Definition des Sorgerechts bringt das HKÜ zum Ausdruck, dass bei Entführungsfällen gerade dem Aufenthaltsbestimmungsrecht eine besondere Bedeutung zukommt<sup>6</sup>. Unerheblich ist daher, ob das Institut im Herkunftsland als Sorgerecht aufgefasst oder als solches bezeichnet wird, solange damit die Personensorge und

---

<sup>1</sup> Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, SR 0.211.230.02

<sup>2</sup> BGE 136 III 362; BGE 133 III 696; BGE vom 12. August 2016, 5A\_513/2016, Erw. 2.3

<sup>3</sup> Zürcher, Kindesentführung und Kindesrechte, Diss. Zürich 2005, S. 79

<sup>4</sup> BGE 136 III 362

<sup>5</sup> Mazenauer, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen - Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Diss. Freiburg 2012, N. 26

<sup>6</sup> BGE 136 III 362; Pape, Internationale Kindesentführung, Frankfurt am Main 2010, S. 56

das Aufenthaltsbestimmungsrecht geregelt werden<sup>7</sup>. An die Ausübung des Sorgerechts stellt das HKÜ sodann geringe Anforderungen; ein getrennt lebender Elternteil kann sein Sorgerecht im Sinn des HKÜ ausüben, auch wenn dies nur hin und wieder oder nur im Umfang eines Besuchsrechts erfolgt<sup>8</sup>. Die tatsächliche Nichtausübung des Sorgerechts kann nur angenommen werden, wenn klar ersichtlich ist, dass sich der Inhaber des Sorgerechts nicht um sein Kind gekümmert und auf die Ausübung seines Rechts verzichtet hat; regelmässige Kontakte reichen aus, um diesen Ablehnungsgrund selbst dann zurückzuweisen, wenn das Kind bei Verwandten oder Dritten untergebracht worden ist<sup>9</sup>.

b) Die Parteien und die beiden Kinder hatten vor dem Zurückbleiben der Gesuchsgegnerin mit den Kindern in der Schweiz Wohnsitz in Serbien; der vormalige gewöhnliche Aufenthalt der Kinder ist daher in Serbien. Für die Frage, ob das Sorgerecht des Gestaltstellers mit der Rückbehaltung der Kinder in der Schweiz verletzt wurde, ist daher serbisches Recht massgeblich.

Gemäss Art. 77 Abs. 5 des FamG der Republik Serbien<sup>10</sup> übt ein Elternteil das Elternrecht aufgrund der Entscheidung des Gerichts selbstständig aus, wenn die Eltern keine Lebensgemeinschaft führen und sie eine Vereinbarung über die selbstständige Ausübung des Elternrechts schliessen und das Gericht feststellt, dass diese Vereinbarung im besten Interesse des Kindes ist. Mit der Vereinbarung über die selbstständige Ausübung des Elternrechts wird die Ausübung des Elternrechts auf denjenigen Elternteil übertragen, dem das Kind anvertraut wird<sup>11</sup>. Der Elternteil, der das Elternrecht nicht ausübt, hat gemäss Art. 78 Abs. 3 FamG das Recht und die Pflicht, Unterhalt für das Kind zu leisten, persönliche Beziehungen zum Kind zu unterhalten und gemeinsam und einvernehmlich mit dem Elternteil, der das Elternrecht ausübt, über die Fragen, die das Leben des Kindes wesentlich betreffen, zu entscheiden. Als Fragen, die das Leben des Kindes im Sinn dieses Gesetzes wesentlich betreffen, gelten gemäss Art. 78 Abs. 4 FamG insbesondere die Ausbildung des Kindes, die Vornahme grösserer medizinischer Eingriffe beim Kind, die Änderung des Wohnortes des Kindes und die Verfügung über das Kindesvermögen von grösserem Wert. Diese Rechte können den Eltern ganz oder teilweise entzogen werden<sup>12</sup>.

---

<sup>7</sup> Mazenauer, N. 25

<sup>8</sup> Pape, S. 56; Mazenauer, N. 208

<sup>9</sup> BGE 133 III 699

<sup>10</sup> Familiengesetz der Republik Serbien vom 24. Februar 2005, SG RS Nr. 18/2005, deutsche Übersetzung in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt am Main/Berlin 2022, Ordner XVII, Kapitel Serbien, S. 51 ff.

<sup>11</sup> Art. 78 Abs. 2 FamG

<sup>12</sup> Art. 81 f. FamG; Bergmann/Ferid/Henrich, S. 34

c) Im Scheidungsurteil genehmigte das serbische Gericht die Vereinbarung der Parteien und teilte die Kinder der Gesuchsgegnerin "zur Fürsorge, Pflege und Erziehung" zu, "die das elterliche Sorgerecht selbstständig" ausübt. Weiter regelte das Gericht das Besuchsrecht des Gesuchstellers sowie seine Unterhaltspflicht gegenüber der Gesuchsgegnerin und den Kindern.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesuchsgegnerin im Scheidungsurteil die selbstständige Ausübung des Elternrechts nach Art. 78 Abs. 2 FamG für die Kinder übertragen wurde. Dem Gesuchsteller steht damit kraft der gesetzlichen Bestimmungen in Art. 78 Abs. 3 FamG grundsätzlich weiterhin das Recht zu, über wesentliche Fragen des Lebens der Kinder "gemeinsam und einvernehmlich" mit der Gesuchsgegnerin zu entscheiden<sup>13</sup>. Zu diesen Fragen gehört gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung "die Änderung des Wohnortes"<sup>14</sup>. Es ist daher davon auszugehen, dass die Parteien das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder gestützt auf das Scheidungsurteil in Verbindung mit Art. 78 Abs. 3 und 4 FamG gemeinsam ausüben. Dass dem Gesuchsteller seine Mitbestimmungsrechte - sei es im Rahmen des Scheidungsverfahrens oder danach - eingeschränkt oder entzogen worden wären, ist nicht ersichtlich und machte auch die Gesuchsgegnerin nicht geltend. Vielmehr bestätigte sie an der Einigungsverhandlung, dass sie nicht gerichtlich gegen den Gesuchsteller vorgegangen sei, um seine Rechte zu beschränken beziehungsweise eine gerichtliche Zustimmung zu einem Wohnsitzwechsel der Kinder zu erwirken. Da dem Gesuchsteller nach dem anwendbaren serbischen Familienrecht ein Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder zukommt, üben die Parteien das Sorgerecht im Sinn von Art. 5 lit. a HKÜ gemeinsam aus<sup>15</sup>. Das Zurückhalten der Kinder durch die Gesuchsgegnerin in der Schweiz ohne Zustimmung des Gesuchstellers beziehungsweise gegen dessen Willen versties damit gegen das Sorgerecht des Gesuchstellers im Sinn von Art. 3 lit. a HKÜ.

d) Gemäss übereinstimmenden Aussagen der Parteien betreute der Gesuchsteller die Kinder vor deren Rückbehaltung in der Schweiz mehrmals pro Woche und im Durchschnitt an jedem zweiten Wochenende und auch in den Sommerferien. Damit übte der Gesuchsteller sein "Sorgerecht" beziehungsweise Besuchsrecht - entgegen der Behauptung der Gesuchsgegnerin - im Zeitpunkt des Zurückhaltens der Kinder offensichtlich in einem Art. 3 lit. b HKÜ genügenden Umfang aus.

---

<sup>13</sup> Art. 78 Abs. 3 FamG

<sup>14</sup> Art. 78 Abs. 4 FamG

<sup>15</sup> Vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 12. Oktober 2011, 3 K 341.10, N. 25 f.; Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg 12. Senat vom 7. Dezember 2010, OVG 12 B 3.08, N. 20 ff.

e) Das Zurückhalten der beiden Kinder durch die Gesuchsgegnerin in der Schweiz war widerrechtlich im Sinn von Art. 3 HKÜ.

Obergericht, 2. Abteilung, 2. Juni 2022, Z1.2022.1

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 2. August 2022 ab, soweit es darauf eintrat (5A\_518/2022).



## 55. Örtliche Zuständigkeit zur Beurteilung des Kindesunterhalts nach Wegzug des Kindes nach Deutschland bei hängigem Kindesschutzverfahren in der Schweiz

(Art. 2 Abs. 1 LugÜ; Art. 5 Ziff. 2 LugÜ; Art. 79 f. IPRG; Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG; Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG)

1. a) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde in A führt ein Kindesschutzverfahren in Bezug auf den Beschwerdeführer. Unabhängig davon versuchten sich dessen Eltern mithilfe einer Sozialarbeiterin auf einen Unterhaltsbeitrag zu einigen, was jedoch scheiterte. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde stellte daraufhin die Nichteinigung der Eltern betreffend Unterhalt sowie weitere Kinderbelange fest und erteilte der Mutter eine Klagebewilligung.

b) In der Folge zog die Mutter ohne die Zustimmung des Vaters mit dem Beschwerdeführer nach Deutschland. Auf Beschwerde hin stimmte das Obergericht dem Wegzug des Beschwerdeführers nach Deutschland zu und hielt fest, dass dessen Obhut bei der Mutter verbleibe. Zur Regelung des Besuchsrechts des Vaters wies das Obergericht die Sache an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zurück.

c) Danach stellte die Mutter bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde A den Antrag auf Regelung der Unterhaltsfrage für den Beschwerdeführer, auf welchen die Behörde zufolge Unzuständigkeit nicht eintrat. Dagegen erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch seine Mutter, Beschwerde.

2. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet einzig die Frage, ob die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde trotz des Wegzugs des Beschwerdeführers und seiner Mutter nach Deutschland für die Klärung der Unterhaltsfrage örtlich zuständig ist. Dabei handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die von Amtes wegen abzuklären ist<sup>1</sup>.

3. a) aa) Kindesschutzmassnahmen werden grundsätzlich von der Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes angeordnet<sup>2</sup>. Diese ist auch für die Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile<sup>3</sup> sowie für die Genehmigung von Unterhaltsvereinbarungen (ausserhalb eines hängigen gerichtlichen Verfahrens<sup>4</sup>) zuständig<sup>5</sup>. Wenn sich die Parteien allerdings nicht in einem Vertrag auf einen zu bezahlenden Kindesunterhalt

---

<sup>1</sup> § 29 Abs. 1 KESV (Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, RB 211.24) i.V.m. Art. 59 Abs. 2 lit. b und Art. 60 ZPO

<sup>2</sup> Art. 315 Abs. 1 ZGB

<sup>3</sup> Art. 298b ZGB

<sup>4</sup> Art. 287 ZGB

<sup>5</sup> Fountoulakis, Basler Kommentar, 7.A., Art. 287 ZGB N. 9; Schwenger/Cottier, Basler Kommentar, 7.A., Art. 298b ZGB N. 6

einigen, kann ausschliesslich ein Zivilgericht den Unterhaltsbeitrag verbindlich festsetzen. Entsprechend kann die Kindesschutzbehörde den Unterhalt selbst dann nicht verbindlich regeln, wenn sie in einem streitigen Verfahren die elterliche Sorge zuzuteilen hat<sup>6</sup>. Wird beim zuständigen Gericht auf Unterhalt geklagt, entscheidet dieses sodann auch über die übrigen strittigen Kinderbelange<sup>7</sup>.

bb) Bei Klagen über den Unterhalt des Kindes und weitere Kinderbelange entfällt das Schlichtungsverfahren, wenn vor der Klage an das Gericht ein Elternteil die Kindesschutzbehörde angerufen hat und vor dieser keine Einigung hat erzielt werden können<sup>8</sup>. Es genügt, wenn die Nichteinigung durch die Kindesschutzbehörde zuhanden des Gerichts (schriftlich) bestätigt wird<sup>9</sup>.

b) Im internationalen Verhältnis mit Auslandsbezug zu Deutschland richtet sich die internationale und allenfalls auch die örtliche Zuständigkeit nach den Bestimmungen des LugÜ<sup>10</sup>. Das HKsÜ<sup>11</sup> und das Haager Minderjährigenschutzübereinkommen<sup>12</sup> sind nicht auf Unterhaltssachen anwendbar<sup>13</sup>. Die beiden Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten gegenüber Kinder anzuwendende Recht regeln die Zuständigkeit nicht, weshalb sie vorliegend ebenfalls nicht relevant sind<sup>14</sup>. Das Haager Übereinkommen über die internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen ist für die Schweiz (noch) nicht in Kraft getreten und bezieht sich zudem nicht direkt auf die Zuständigkeit<sup>15</sup>. Dementsprechend findet auf die vorliegende Unterhaltsstreitigkeit mit Bezug zu Deutschland im internationalen Rahmen ausschliesslich das LugÜ Anwendung<sup>16</sup>. Einschlägig sind die allgemeine Zuständigkeitsnorm nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ und die besondere Zuständigkeitsnorm für Unterhaltssachen nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ. Diese beiden Bestimmungen stehen in alternativer Konkurrenz<sup>17</sup>.

c) aa) Gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Staates zu verklagen. Bei der Prüfung, ob eine Partei ihren Wohnsitz im Gerichtsstaat hat,

---

<sup>6</sup> Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7.A., N. 1383

<sup>7</sup> Sogenannte Kompetenzattraktion; siehe Art. 298b Abs. 3 ZGB; Schwenger/Cottier, Art. 298b ZGB N. 2a und 14

<sup>8</sup> Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO

<sup>9</sup> Gloor/Umbricht Lukas, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer/Domej/Haas), 3.A., Art. 198 N. 4a

<sup>10</sup> Art. 1 LugÜ (Lugano-Übereinkommen, SR 0.275.12)

<sup>11</sup> Art. 4 lit. e HKsÜ (Haager Kindesschutzübereinkommen, SR 0.211.231.011)

<sup>12</sup> Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, SR 0.211.231.01

<sup>13</sup> Hofmann/Kunz, Basler Kommentar, 2.A., Art. 5 LugÜ N. 378

<sup>14</sup> Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht, SR 0.211.213.01; Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht, SR 0.211.221.431

<sup>15</sup> Hofmann/Kunz, Art. 5 LugÜ N. 378

<sup>16</sup> Vgl. Oberhammer, in: Handkommentar zum Lugano-Übereinkommen (Hrsg.: Dasser/Oberhammer), 3.A., Art. 5 N. 79

<sup>17</sup> Hofmann/Kunz, Art. 5 LugÜ N. 1

wendet das Gericht gemäss Art. 59 Abs. 1 LugÜ sein eignes Recht an<sup>18</sup>. In der Schweiz ist dafür bei Vorliegen eines internationalen Verhältnisses das IPRG<sup>19</sup> massgebend, nicht aber die innerstaatlichen Bestimmungen nach Art. 23 ff. ZGB. Allerdings hat sich die Auslegung des Wohnsitzbegriffes von Art. 20 IPRG direkt an derjenigen des ZGB zu orientieren<sup>20</sup>. Nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG hat eine natürliche Person ihren Wohnsitz in dem Staat, in dem sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Es ist entscheidend, in welchem Staat sich der tatsächliche Lebensmittelpunkt befindet. Für die Begründung des Wohnsitzes müssen zwei Merkmale erfüllt sein, nämlich der physische Aufenthalt als objektives äusseres Merkmal und die Absicht dauernden Verbleibens als subjektives inneres Merkmal<sup>21</sup>.

bb) Dabei regelt Art. 2 Abs. 1 LugÜ lediglich die internationale Zuständigkeit und die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem autonomen Recht des international zuständigen Vertragsstaates. Liegt die internationale Zuständigkeit in der Schweiz, ist in aller Regel wiederum das IPRG massgebend<sup>22</sup>. Demnach sind örtlich grundsätzlich die schweizerischen Gerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes oder alternativ am Wohnsitz beziehungsweise, wenn ein solcher fehlt, am gewöhnlichen Aufenthalt des beklagten Elternteils zuständig<sup>23</sup>. Zudem ist eine Heimatzuständigkeit für den Fall vorgesehen, dass keine der Parteien einen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz begründet<sup>24</sup>.

Der Wohnsitz zur Festlegung der örtlichen Zuständigkeit bestimmt sich ebenfalls nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG und geht somit in der vorliegenden Konstellation mit dem Wohnsitzbegriff für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit einher. Der "gewöhnliche Aufenthalt" definiert sich nach Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG und befindet sich in dem Staat, in dem eine Person während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum vornherein befristet ist. In der Regel stimmen Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt überein. Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes ist, wie für jede Person, selbstständig aufgrund der faktischen Gegebenheiten festzulegen<sup>25</sup>. Er bestimmt sich insbesondere nach dem tatsächlichen Lebensmittelpunkt und den Bindungen des Kindes, der Aufenthaltsdauer, der Regelmässigkeit, der Sprachkenntnisse und den Gründen des Aufenthalts. Der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes fällt meistens mit dem Lebensmittelpunkt eines Elternteils

---

<sup>18</sup> Dallafior/Honegger, Basler Kommentar, 2.A., Art. 59 LugÜ N. 11

<sup>19</sup> Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, SR 291

<sup>20</sup> BGE vom 20. Juni 2019, 5A\_917/2018, Erw. 2.1; BGE 133 III 254; BGE 119 II 64 f.; Dallafior/Honegger, Art. 59 LugÜ N. 18; Walter/Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5.A., S. 119

<sup>21</sup> BGE 133 III 254 f.; BGE vom 20. Juni 2019, 5A\_917/2018, Erw. 2.1; BGE vom 29. Februar 2016, 5A\_1015/2015, Erw. 3.3; Dallafior/Honegger, Art. 59 LugÜ N. 19

<sup>22</sup> BGE 131 III 82; Dallafior/Honegger, Art. 2 LugÜ N. 25 ff.; Dasser, in: Handkommentar zum Lugano-Übereinkommen (Hrsg.: Dasser/Oberhammer), 3.A., Art. 2 N. 13 ff.

<sup>23</sup> Art. 79 Abs. 1 IPRG; Schwander, Basler Kommentar, 4.A., Art. 79 IPRG N. 9 f.

<sup>24</sup> Art. 80 IPRG

<sup>25</sup> Kren Kostkiewicz, Zürcher Kommentar, 3.A., Art. 20 IPRG N. 46 ff.

zusammen, wobei in der Regel die familiären Verhältnisse des minderjährigen Kindes zum obhutsberechtigten Elternteil massgeblich sind. Dabei hat ein Kind nur einen gewöhnlichen Aufenthalt<sup>26</sup>.

d) aa) Gemäss der besonderen Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ kann eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates hat, auch vor dem Gericht des Orts, an dem der Unterhaltsberechtigte seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, verklagt werden<sup>27</sup>. Die Zuständigkeitsanknüpfung an den "gewöhnlichen Aufenthalt" stellt im LugÜ einen Systembruch dar. Sie wurde eingeführt, um einen Gleichlauf zu den Haager Unterhaltsübereinkommen<sup>28</sup> zu erreichen. Entsprechend sollte sich die Auslegung des Begriffs auch an der Rechtsprechung zu den Haager Übereinkommen orientieren. Die Auslegung hat somit autonom zu erfolgen und ist nicht als Verweis auf die lex fori zu verstehen<sup>29</sup>. Daher bestimmt sich der gewöhnliche Aufenthalt in diesem Zusammenhang nicht nach dem IPRG. Nach der allgemeinen Definition der Rechtsprechung geht der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts von einer tatsächlichen Situation aus und impliziert die physische Anwesenheit an einem bestimmten Ort. Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes bestimmt sich somit nach dem tatsächlichen Lebensmittelpunkt und seinen Bindungen<sup>30</sup>. Vorausgesetzt ist eine gewisse tatsächliche Dauer des Aufenthalts sowie eine damit zusammenhängende gewisse Integration im familiären und sozialen Umfeld, wobei auch andere Faktoren wie Nationalität, Sprachkenntnisse und Einschulung eine Rolle spielen können<sup>31</sup>. Ein Aufenthalt von sechs Monaten begründet grundsätzlich einen gewöhnlichen Aufenthalt, ein solcher kann aber auch unmittelbar nach dem Wechsel des Aufenthaltsorts bestehen, wenn er aufgrund anderer Umstände dauerhaft sein soll und den bisherigen Lebensmittelpunkt ersetzen soll<sup>32</sup>.

bb) Die besondere alternative Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ bezieht sich im Gegensatz zur allgemeinen Zuständigkeit auch auf den Ort und bestimmt damit auch die örtliche Zuständigkeit<sup>33</sup>.

e) Im internationalen Verhältnis gilt zumindest in Bezug auf das LugÜ der Grundsatz "perpetuatio fori", wonach die zu Beginn des Prozesses bestehende Zuständigkeit fortdauert, wenn

---

<sup>26</sup> BGE vom 8. März 2018, 5A\_1021/2017, Erw. 5.1.2; Westenberg, Basler Kommentar, 4.A., Art. 20 IPRG N. 36

<sup>27</sup> Art. 5 Ziff. 2 LugÜ

<sup>28</sup> Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht; Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht

<sup>29</sup> BGE vom 23. April 2012, 5A\_889/2011, Erw. 4.1.1; Hofmann/Kunz, Art. 5 LugÜ N. 415; Oberhammer, Art. 5 LugÜ N. 90

<sup>30</sup> BGE vom 23. April 2012, 5A\_889/2011, Erw. 4.1.2

<sup>31</sup> BGE vom 23. April 2012, 5A\_889/2011, Erw. 4.1.2; BGE vom 18. April 2013, 5A\_164/2013, Erw. 3; Hofmann/Kunz, Art. 5 LugÜ N. 417

<sup>32</sup> BGE vom 23. April 2012, 5A\_889/2011, Erw. 4.1.2; BGE vom 11. November 2009, 5A\_650/2009, Erw. 5.2; Hofmann/Kunz, Art. 5 LugÜ N. 417; Oberhammer, Art. 5 LugÜ N. 93

<sup>33</sup> Hofmann/Kunz, Art. 5 LugÜ N. 32

der Wohnsitz als massgebliches Anknüpfungskriterium weggefallen ist<sup>34</sup>. Der massgebende Zeitpunkt für die Fixierung der Zuständigkeit fällt mit der Rechtshängigkeit für die Ausschlusswirkung im Ausland zusammen<sup>35</sup>. Das LugÜ in seiner aktuellen Fassung, welche für die Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft trat, regelt im Gegensatz zur alten Fassung<sup>36</sup> den Beginn dieser Rechtshängigkeit selbst<sup>37</sup>. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung ist folglich auch für die Fixierung der Zuständigkeit auf den in Art. 30 LugÜ vorgesehenen Zeitpunkt abzustellen<sup>38</sup>. Gemäss Art. 30 Ziff. 1 LugÜ wird das Verfahren zu dem Zeitpunkt rechtshängig, zu dem das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück bei Gericht eingereicht wird<sup>39</sup>. Sowohl das Bundesgericht in einem "obiter dictum" als auch bereits die Botschaft und die Lehre haben sich dafür ausgesprochen, dass ein Schlichtungsbegehren als verfahrensleitendes Schriftstück im Sinn von Art. 30 LugÜ angesehen werden kann und somit Rechtshängigkeit für ein Schlichtungs- oder Klageverfahren begründet<sup>40</sup>. Der Europäische Gerichtshof erklärte sodann, dass die Schlichtungsbehörde als Gericht im Sinn von Art. 62 LugÜ gilt und damit die Einreichung des Schlichtungsgesuchs im internationalen Verhältnis Rechtshängigkeit begründet<sup>41</sup>.

Allerdings genügt die blosser Einleitung eines Schlichtungsverfahrens nicht, wenn keine Einigung erfolgt und die klagende Partei anschliessend innert der Prosequierungsfrist keine Klage beim Gericht einreicht<sup>42</sup>. Denn sofern keine Ausnahme nach Art. 198 ZPO vorliegt, ist das Schlichtungsverfahren zwingende Vorstufe für die Einleitung eines Klageverfahrens, weil das Entscheidungsverfahren gemäss Art. 221 Abs. 2 lit. b ZPO ohne Klagebewilligung nicht eingeleitet werden kann<sup>43</sup>. Wird das Verfahren nicht fristgerecht fortgeführt, wird das Verfahren beendet und der Kläger muss ein neues Schlichtungsverfahren durchlaufen beziehungsweise ein neues Verfahren einleiten. In der Folge löst zwar ein Schlichtungsbegehren die Rechtshängigkeit nach Art. 30 Ziff. 1 LugÜ aus. Jedoch ist diese Wirkung insofern eine bedingte, als die klagende Partei die Klageeinleitung als

---

<sup>34</sup> Entscheid EuGH in Sachen DFDS Torline gegen SEKO vom 5. Februar 2004, C-18/02, N. 37; BGE 129 III 406; Dallafior/Honegger, Art. 2 LugÜ N. 18 f.

<sup>35</sup> BGE 129 III 406; Dallafior/Honegger, Art. 2 LugÜ N. 18 f.; Sutter-Somm/Hedinger, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 64 N. 21; Dasser, Art. 2 LugÜ N. 27 f.

<sup>36</sup> Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ehemals SR 0.275.11 (nicht mehr in Kraft)

<sup>37</sup> Feller/Meili, Schweizer Schlichtungsgesuch im euro-internationalen Verhältnis, in: SJZ 2015, S. 195; Sutter-Somm/Hedinger, Art. 64 ZPO N. 20

<sup>38</sup> Dallafior/Honegger, Art. 2 LugÜ N. 18

<sup>39</sup> Mabillard, Basler Kommentar, 2.A., Art. 30 LugÜ N. 10

<sup>40</sup> BGE vom 6. Juli 2007, 4A\_143/2007, Erw. 3.5; Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 18. Februar 2009, BBl 2009 S. 1803; Markus/Renz, Schlichter sind nach LugÜ Richter - Rechtshängigkeit nach Rechtssache Schlömp, C-467/16, in: AJP 2017 S. 1352; Feller/Meili, S. 200

<sup>41</sup> Entscheid EuGH in Sachen Brigitte Schlömp gegen Landratsamt Schwäbisch Hall vom 20. Dezember 2017, C-467/16, N. 58

<sup>42</sup> Infanger, Basler Kommentar, 3.A., Art. 209 ZPO N. 2; Alvarez/Peter, Berner Kommentar, Bern 2012, Art. 209 ZPO N. 9

<sup>43</sup> Markus/Renz, S. 1357; Feller/Meili, S. 197

notwendiger späterer Schritt zur Fortsetzung des Verfahrens vorzunehmen hat<sup>44</sup>. Ansonsten entfällt die Rechtshängigkeit mit Verfall der Klagebewilligung<sup>45</sup>.

f) Fraglich ist, ob diese Regelung betreffend Eintritt der Rechtshängigkeit auch in Fällen gilt, in denen im Sinn von Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO anstatt der Schlichtungsbehörde die Kindesschutzbehörde angerufen wird. Der Europäische Gerichtshof erklärt die Schlichtungsbehörde als Gericht im Sinn Art. 62 LugÜ, nicht aber die Kindesschutzbehörde. Auch die ZPO äussert sich im Gegensatz zur Anrufung der Schlichtungsbehörde<sup>46</sup> nicht dazu, ob die Anrufung der Kindesschutzbehörde in Unterhaltssachen Rechtshängigkeit begründet. Vielmehr werden lediglich drei Möglichkeiten - nämlich die Einleitung eines Schlichtungsgesuchs, die Mediation nach Art. 213 ZPO und die direkte Klageeinleitung (oder ein gemeinsames Scheidungsbegehren beim Gericht) - vorgesehen, um einen Prozess zu beginnen und damit Rechtshängigkeit zu begründen<sup>47</sup>. Vor den Kindesschutzbehörden findet in diesem Zusammenhang kein eigentliches förmliches Verfahren statt, und das Gesetz sieht keine Modalitäten betreffend eine schriftliche Bestätigung für durchgeführte Vermittlungstätigkeiten vor. Daher wird von der Lehre abgelehnt, dass dieses Vermittlungsverfahren vor der Kindesschutzbehörde im nationalen oder im internationalen Verhältnis in Bezug Art. 30 LugÜ Litispendenz begründet<sup>48</sup>.

Selbst wenn die Anrufung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Rechtshängigkeit begründen würde, hätte diese keine unbeschränkte Wirkung. Denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat das Einigungsverfahren vor der Kindesschutzbehörde beziehungsweise ein solches Bestätigungsschreiben lediglich eine zeitlich limitierte Geltungswirkung<sup>49</sup>. Daher würde eine allfällige Rechtshängigkeit - genauso wie nach einem Schlichtungsverfahren - dahinfliegen, wenn nicht rechtzeitig eine gerichtliche Klage eingereicht wird. In der Lehre wird in Analogie zu Art. 209 Abs. 3 ZPO eine Frist von drei Monaten ab formellem Abschluss des Vermittlungsverfahrens postuliert, nach deren Ablauf erneut eine Vermittlungstätigkeit vorgenommen werden muss, bevor der Weg an das Gericht offensteht<sup>50</sup>.

4. a) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde führt seit über eineinhalb Jahren ein Kindesschutzverfahren in Bezug auf den Beschwerdeführer. Unabhängig davon versuchten sich die Eltern - mithilfe einer Sozialarbeiterin - auf einen Unterhaltsbeitrag zu einigen. In der Folge bestätigte die Sozialarbeiterin der Mutter, dass die Unterhaltsverhandlungen gescheitert seien und sie schriftlich bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Klagebewilligung beantragen

---

<sup>44</sup> Botschaft, S. 1803; Mabillard, Art. 30 LugÜ N. 12

<sup>45</sup> Dasser, Art. 30 LugÜ N. 13 und 17 ff.; Infanger, Art. 209 ZPO N. 26

<sup>46</sup> Art. 62 Abs. 1 ZPO

<sup>47</sup> Infanger, Art. 197/198 ZPO N. 2

<sup>48</sup> Zogg, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange - verfahrensrechtliche Fragen, in: FamPra.ch 2019 S. 8

<sup>49</sup> BGE vom 26. November 2019, 5A\_459/2019, Erw. 4.1.2

<sup>50</sup> BGE vom 26. November 2019, 5A\_459/2019, Erw. 3.3.3; Gloor/Umbricht Lukas, Art. 198 ZPO N. 4a

könne. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers rief die Mutter daraufhin die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht zur Klärung der Unterhaltsfrage an, sondern um eine Klagebewilligung zu erhalten. Diesem Antrag kam die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nach und erteilte die Klagebewilligung. Dass kein vorgängiger Einigungsversuch seitens der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Sinn von Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO erfolgte, machte weder der Beschwerdeführer noch die Mutter geltend. Ihnen stand somit nach Erteilung der Klagebewilligung offen, innerhalb von drei Monaten eine Unterhaltsklage beim zuständigen Gericht einzureichen und das Verfahren fortzuführen.

Massgebend ist, dass nach Erhalt der Klagebewilligung keine Klage eingereicht wurde. Die Frage, ob ein Antrag bei der Kinderschutzbehörde betreffend Kindesunterhalt Rechtshängigkeit begründet, kann somit vorliegend offenbleiben. Denn wäre die Litispendenz eingetreten, wäre diese mangels Einreichung einer Klage beim Gericht dahingefallen. Das einer Unterhaltsklage vorangehende "Vermittlungsverfahren" vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wurde somit bereits vor dem Umzug des Beschwerdeführers nach Deutschland mit Erteilung der Klagebewilligung abgeschlossen. Eine Rechtshängigkeit in Bezug auf ein Kindesunterhaltsverfahren im Zeitpunkt des erneuten Antrags der Mutter nach dem Umzug nach Deutschland liegt nicht vor und damit auch keine Fixierung der örtlichen Zuständigkeit in A. Insofern kann sich der Beschwerdeführer zur Begründung einer Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde für die Klärung von Unterhaltsfragen nicht auf die "perpetuatio fori" berufen.

b) aa) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wäre für den neuen Antrag des Beschwerdeführers betreffend Unterhaltsregelung unter anderem dann zuständig, wenn sowohl gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ eine internationale Zuständigkeit in der Schweiz als auch gemäss Art. 79 f. IPRG eine örtliche Zuständigkeit in A bestehen würde. Die internationale Zuständigkeit liegt vor, wenn der Beschwerdegegner als Unterhaltspflichtiger seinen Wohnsitz in der Schweiz hat. Eine örtliche Zuständigkeit liegt vor, wenn entweder der Beschwerdeführer als Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder der Beschwerdegegner als Unterhaltspflichtiger seinen Wohnsitz, oder wenn ein solcher fehlt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in A hat. Der Wohnsitz und der gewöhnliche Aufenthalt bestimmen sich diesbezüglich nach Art. 20 Abs. 1 lit. a und b IPRG.

Der Beschwerdegegner wohnt in B (Kanton Thurgau), wo auch sein Aufenthalt mit der Absicht dauernden Verbleibs zu sein scheint. Indizien für einen Wohnsitz beziehungsweise einen Aufenthalt mit der Absicht dauernden Verbleibs im Ausland fehlen gänzlich und werden auch nicht behauptet. Somit ist von einem Wohnsitz in der Schweiz auszugehen, womit eine internationale Zuständigkeit der Schweizer Gerichte vorliegt.

Da ein Wohnsitz des Beschwerdegegners in der Schweiz besteht und damit eine Anknüpfung der Zuständigkeit an dessen gewöhnlichen Aufenthalt ausser Betracht fällt, ist auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Beschwerdegegners nicht weiter einzugehen. Zumal dieser dem Grundsatz nach mit dem Wohnsitz zusammenzufallen hat. Massgebend ist somit der Wohnsitz des Beschwerdegegners. Dabei fehlt dem Beschwerdegegner ein örtlicher Bezug zu A. Insbesondere lässt sich kein Aufenthalt und damit auch keine Absicht dauernden Verbleibs in A erkennen. Somit fehlt ein Wohnsitz des Beschwerdegegners in A. Der gewöhnliche Aufenthalt des Beschwerdeführers fällt dem Grundsatz nach mit dem Lebensmittelpunkt seiner Mutter als Inhaberin der Obhut zusammen, was vorliegend nicht anders sein dürfte. Der Beschwerdeführer wohnt mit seiner Mutter in Deutschland, wohin er gemäss eigener Angaben auch seinen Aufenthaltsort verlegt hat. Seit dem Umzug weisen weder der Beschwerdeführer noch seine Mutter einen örtlichen Anknüpfungspunkt zu A auf. Es fehlt somit an einem gewöhnlichen Aufenthalt des Beschwerdeführers im Sinn von Art. 20 Abs. 1 lit. b IPRG in A.

Mangels gewöhnlichen Aufenthalts des Beschwerdeführers und mangels Wohnsitz des Beschwerdegegners in A lässt sich nach Art. 79 IPRG dort keine örtliche Zuständigkeit für den Antrag betreffend Unterhaltsregelung begründen.

bb) Damit für den Antrag des Beschwerdeführers betreffend Unterhaltsregelung eine internationale und örtliche Zuständigkeit nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ vorliegen würde, müsste der Beschwerdeführer als Unterhaltsberechtigter seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt in A haben. In diesem Zusammenhang bestimmt sich der Wohnsitz nach Art. 20 Abs. 1 lit. a IPRG und der Aufenthalt autonom in Orientierung an der Auslegung des Begriffs in der Rechtsprechung zu den Haager Übereinkommen. Vorliegend lässt sich kein örtlicher Bezug des Beschwerdeführers zu A herleiten. Vielmehr erklärt der Beschwerdeführer selbst, seinen Wohnsitz / Aufenthaltsort nach Deutschland verlegt zu haben. Gerade vor dem Hintergrund, dass eine Abmeldung bei der Einwohnerkontrolle von A erfolgte und die Zustimmung zum Aufenthaltswechsel des Beschwerdeführers auf gerichtlichem Weg eingeholt wurde, ist davon auszugehen, dass dieser neue Aufenthalt den ehemaligen Lebensmittelpunkt in A ersetzt und dauerhaft sein sollte. Etwas anderes wird auch nicht behauptet. Der Beschwerdeführer hat weder einen Wohnsitz noch einen gewöhnlichen Aufenthalt in A.

Mangels Wohnsitzes und mangels gewöhnlichen Aufenthalts des Beschwerdeführers in A besteht für den Antrag betreffend Unterhaltsregelung auch keine örtliche Zuständigkeit in A nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ.

cc) Schliesslich lässt sich weder nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ i.V.m. Art. 79 f. IPRG noch nach Art. 5 Ziff. 2 LugÜ eine örtliche Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde



für den Antrag des Beschwerdeführers betreffend Unterhaltsregelung begründen. Daran ändert auch das (noch) vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hängige Kindesschutzverfahren nichts. Mangels Klageeinreichung besteht kein funktionaler Zusammenhang mehr zum Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verneinte deshalb zu Recht ihre Zuständigkeit in Bezug auf den Kindesunterhalt.

c) Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

Obergericht, 1. Abteilung, 8. November 2022, KES.2022.53



## **56. Entschädigung der amtlichen Verteidigung nach Pauschale zulässig; Relativierung gegenüber RBOG 2017 Nr. 34**

(§ 13 Abs. 2 AnwT; § 5 Abs. 1 AnwT; Art. 135 Abs. 1 StPO)

1. Der Beschwerdeführer wurde in einem Strafverfahren als amtlicher Verteidiger eingesetzt. Im Rahmen der Einstellung dieses Verfahrens entschädigte ihn die Staatsanwaltschaft mit rund Fr. 6'600.00. Der Beschwerdeführer erhob dagegen Beschwerde und verlangte eine rund doppelt so hohe Entschädigung gemäss eingereicherter Honorarnote.

2. a) Nach Art. 135 Abs. 1 StPO wird die amtliche Verteidigung nach dem Anwaltstarif des Bundes oder desjenigen Kantons entschädigt, in dem das Strafverfahren geführt wurde.

b) aa) Im Kanton Thurgau werden Officialverteidigungen und Officialvertretungen von Opfern und geschädigten Personen in Strafsachen gemäss § 13 Abs. 2 AnwT<sup>1</sup> 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 Stunde.

bb) Die ordentlichen Ansätze betragen laut § 5 Abs. 1 AnwT für die Vertretung im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren bis Fr. 4'000.00 und für die Vertretung im Gerichtsverfahren bis Fr. 5'000.00; für die Vertretung im Untersuchungs- und im Gerichtsverfahren macht die Grundgebühr bis Fr. 7'000.00 aus. In aussergewöhnlichen Fällen, insbesondere in Verfahren mit unverhältnismässig grossem oder fremdsprachigem Aktenmaterial, mit sehr umfangreicher Korrespondenz, mit aufwändiger Instruktion, mit zahlreichen Einvernahmen oder bei in anderer Weise komplizierten Verfahren kann gemäss § 5 Abs. 2 AnwT das Maximum überschritten werden. Bei gerichtlichen Beweisverfahren, die erheblichen Zeitaufwand verursachen, werden nach § 6 lit. a - c AnwT für jede zusätzliche Verhandlung oder für an deren Stelle angeordnete Schriftsätze sowie bei aufwendigen Instruktionen - beispielsweise in auswärtigen Anstalten oder unter Beizug eines Dolmetschers - Zuschläge von je 10% bis 40% berechnet.

c) In RBOG 2017 Nr. 34, worin es vorrangig um den Stundenansatz für die Entschädigung der Officialverteidigung in Strafsachen ging, erwog das Obergericht unter anderem zusammengefasst auch, der Hinweis von § 13 Abs. 2 AnwT auf die ordentlichen Ansätze gemäss §§ 5 und 6 AnwT leide an einem Widerspruch, weil sich eine Entschädigung nach Zeitaufwand jedenfalls in gewissen Fällen nicht in den von § 5 AnwT vorgegebenen Rahmentarif einbetten lasse.

---

<sup>1</sup> Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen, RB 176.31

Letztlich bleibe gar nichts anderes übrig, als die Entschädigung nach dem Zeitaufwand zu bemessen. Auf der einen Seite enthalte § 13 Abs. 2 AnwT den Grundsatz der Entschädigung nach Zeitaufwand mit einem Honoraransatz von Fr. 200.00 pro Stunde. Andererseits dürfe die maximale Gesamtgebühr gemäss den ordentlichen Ansätzen nicht überschritten werden. Eine strikte Umsetzung dieser Einschränkung würde zu einer Begrenzung des notwendigen Aufwands für die ordentlichen - nicht im Sinn von § 5 Abs. 2 AnwT aussergewöhnlichen - Fälle gemäss § 5 Abs. 1 AnwT führen<sup>2</sup>. Voraussetzung für die Entschädigung mit dem Stundenansatz von Fr. 200.00 sei und bleibe die Notwendigkeit des geltend gemachten Zeitaufwands. Erscheine eine Honorarnote für einen gewöhnlichen Fall im Sinn von § 5 Abs. 1 AnwT angesichts der Umstände des konkreten Verfahrens zu hoch, bleibe der Staatsanwaltschaft und dem Gericht nichts anderes übrig, als den geltend gemachten Zeitaufwand auf seine Notwendigkeit hin zu überprüfen. Dabei bleibe es der Staatsanwaltschaft und dem Gericht unbenommen, Honorarnoten mit ungenügend spezifizierter Aufstellung der mandatsbezogenen Tätigkeiten zur Verbesserung zurückzuweisen oder Fragen zu bestimmten Aufwandpositionen zu stellen<sup>3</sup>.

d) An dieser Rechtsprechung kann nicht vollumfänglich festgehalten werden.

aa) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, für das Anwalts-honorar Pauschalen vorzusehen. Bei einer Honorarbemessung nach Pauschalbeträgen werden alle prozessualen Bemühungen zusammen als einheitliches Ganzes aufgefasst und der effektive Zeitaufwand lediglich im Rahmen des Tarifansatzes berücksichtigt. Pauschalen nach Rahmentarifen erweisen sich aber dann als verfassungswidrig, wenn sie auf die konkreten Verhältnisse in keiner Weise Rücksicht nehmen und im Einzelfall ausserhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu den vom Rechtsanwalt geleisteten Diensten stehen<sup>4</sup>.

bb) Das Bundesgericht erwog im Entscheid BGE 143 IV 453, Honorarpauschalen dienten der gleichmässigen Behandlung und begünstigten eine effiziente Mandatsführung. Zudem würden sie das Gericht davon entlasten, sich mit der Aufstellung des erbrachten Zeitaufwands im Einzelnen auseinandersetzen zu müssen. Soweit behauptet werde, mit pauschalen Entschädigungen werde in Kauf genommen, dass notwendige Bemühungen nicht entschädigt würden, könne dieser Kritik nicht gefolgt werden. Eine Honorarbemessung nach Pauschalbeträgen betreffe die Methode der Bemessung. Sie habe den konkreten Verhältnissen im Ergebnis Rechnung zu tragen. Die Grenzen einer verfassungskonformen Festlegung des Honorars seien unabhängig von der Bemessungsmethode und dem jeweils massgebenden kantonalen Anwaltstarif zu beachten<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> RBOG 2017 Nr. 34 Erw. 3.c

<sup>3</sup> RBOG 2017 Nr. 34 Erw. 3.d

<sup>4</sup> BGE 143 IV 454; BGE 141 I 128

<sup>5</sup> BGE 143 IV 454 f.

An den Erwägungen im amtlich publizierten Entscheid BGE 141 I 124 ff., dass bei Honorarpauschalen der effektive Zeitaufwand lediglich im Rahmen des Tarifansatzes berücksichtigt werde, sei entgegen einzelnen nicht amtlich publizierten Entscheiden festzuhalten. Insbesondere setze das pauschalisierende Vorgehen nicht eine systematische "Kontrollrechnung" mit einem Stundenansatz von Fr. 180.00 voraus. Es sei nicht in das Belieben des unentgeltlichen Rechtsvertreters gestellt, durch das Aufschreiben einer übermässigen Anzahl Stunden auf die Festsetzung des Grundhonorars Einfluss zu nehmen. Richteten sich Honorarpauschalen nicht in erster Linie nach dem Umfang der Bemühungen, so sei der tatsächlich geleistete Aufwand zunächst nur sehr bedingt massgebend. Gleichwohl seien die sachbezogenen und angemessenen Bemühungen zu entschädigen. Werde mit Blick auf den in der Gebührenverordnung gesetzten Rahmen erkennbar, dass der geleistete Aufwand auch nach einem Minimalansatz zu einer Entschädigung führe, welche über das Mass dessen hinausgehe, was für Fälle der betreffenden Art üblicherweise als geboten und damit entschädigungspflichtig angesehen werde, müsse der unentgeltliche Rechtsvertreter - von sich aus, gegebenenfalls auf gerichtliche Aufforderung hin - darlegen, inwiefern zur gehörigen Erledigung des Prozessmandats ein solcher Aufwand erforderlich gewesen sei. Die blosser Auflistung von Aufwandpositionen in der Honorarnote sei hierfür nicht ausreichend<sup>6</sup>.

cc) Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht in mehreren nicht amtlich publizierten Entscheiden<sup>7</sup>. Im BGE vom 27. August 2021, 6B\_1278/2020, Erw. 6.4, hielt das Bundesgericht unter Verweis auf BGE 143 IV 454 f. ausdrücklich fest, die in den Honorarnoten ausgewiesenen Aufwände könnten Anhaltspunkte für eine Pauschalberechnung liefern, ohne dass eine eigentliche "Kontrollrechnung" respektive eine Beurteilung einzelner Positionen erforderlich wäre.

e) aa) Der Anspruch auf Entschädigung gemäss § 13 Abs. 2 AnwT geht nicht über den verfassungsrechtlichen Anspruch gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV hinaus. Dieser umfasst nicht alles, was für die Wahrnehmung der Interessen des Mandanten von Bedeutung ist, sondern nur das, was zur Wahrung der Rechte des Mandanten notwendig ist. Nach diesem Massstab bestimmt sich der Anspruch sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht, das heisst in Bezug auf den Umfang der Aufwendungen. Entschädigungspflichtig sind danach nur jene Bemühungen, die in einem kausalen Zusammenhang mit der Wahrung der Rechte im Strafverfahren stehen und die notwendig und verhältnismässig sind. Das Honorar muss allerdings so festgesetzt werden, dass der unentgeltlichen Rechtsvertretung ein Handlungsspielraum verbleibt und sie das Mandat wirksam ausüben kann<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> BGE 143 IV 455

<sup>7</sup> BGE vom 27. August 2021, 6B\_1278/2020, Erw. 6.4; BGE vom 24. September 2020, 9C\_386/2020, Erw. 4; BGE vom 17. August 2020, 8C\_278/2020, Erw. 4; BGE vom 24. Februar 2020, 5D\_163/2019, Erw. 6.1

<sup>8</sup> BGE 141 I 126

bb) Als Massstab für die Beantwortung der Frage, welcher Aufwand für eine angemessene Verteidigung im Strafverfahren nötig ist, hat der erfahrene Anwalt zu gelten, der im Bereich des materiellen Strafrechts sowie des Strafprozessrechts über fundierte Kenntnisse verfügt und deshalb seine Leistungen von Anfang an zielgerichtet sowie effizient erbringen kann<sup>9</sup>.

3. a) aa) Der in der Eröffnungsverfügung vom 8. Juli 2020 und im Rapport der Kantonspolizei an die Staatsanwaltschaft beschriebene Tatvorwurf wiegt zwar durchaus schwer, ist aber überschaubar.

bb) Das Untersuchungsverfahren verlief in engen Bahnen und war nicht kompliziert. Es waren nur relativ wenige Untersuchungshandlungen erforderlich; diese waren zudem absehbar. So fand keine Hausdurchsuchung statt, jedoch eine Durchsuchung der Aufzeichnungen der Mobiltelefone von Tatverdächtigem und Opfer. Weiter holte die Staatsanwaltschaft beim Institut für Rechtsmedizin ein fachärztliches Gutachten über die Schwere der Verletzungen des Opfers ein; der damit verbundene Aufwand des Beschwerdeführers war allerdings marginal, beschränkte er sich doch auf die zweiseitige Stellungnahme der Verteidigung. Weiter findet sich eine kurze Stellungnahme zu der von der Staatsanwaltschaft beabsichtigten Einholung eines psychiatrischen Gutachtens über den Beschuldigten.

cc) Der Beschuldigte wurde nur einmal, zu Beginn des Verfahrens, einvernommen. Das Opfer wurde zweimal befragt, einmal durch die Polizei und einmal von der Staatsanwaltschaft. Daneben gab es vier Einvernahmen Dritter: A (90 Minuten), B (120 Minuten), C (90 Minuten) sowie rechtshilfeweise D in X. An der Einvernahme in X nahm der Beschwerdeführer zwar nicht teil, er musste das entsprechende Protokoll jedoch lesen und in die Verteidigung einfließen lassen. Die Akten des Untersuchungsverfahrens umfassen rund 330 Seiten. Der amtliche Verteidiger hatte sich somit weder mit einem überdurchschnittlichen Aktenumfang noch mit zahlreichen Einvernahmen zu befassen.

b) Damit liegt - einstweilen unter Ausklammerung der Untersuchungshaft - kein aussergewöhnlicher Fall im Sinn von § 5 Abs. 2 AnwT vor; vielmehr hatte es der Beschwerdeführer mit einem durchschnittlichen Fall zu tun. Folglich ist der amtliche Verteidiger im Rahmen der Pauschale nach § 5 Abs. 1 AnwT zu entschädigen, ohne dass die von der Verteidigung geltend gemachten Aufwandpositionen im Einzelnen geprüft werden müssen.

c) aa) Die Grundgebühr für die Vertretung im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren beträgt pauschal maximal Fr. 4'000.00. Weil die Vorinstanz diesen Maximalbetrag zusprach,

---

<sup>9</sup> BGE vom 25. November 2020, 6B\_950/2020, Erw. 2.3.1; BGE vom 10. April 2017, 6B\_824/2016, Erw. 18.3.1 (nicht publiziert in BGE 143 IV 214)

bleibt im Beschwerdeverfahren im Rahmen dieser anwendbaren Pauschale kein Raum für eine Erhöhung der Entschädigung.

bb) Weiter ist gestützt auf § 6 lit. b AnwT für die drei Schriftsätze im Haftverfahren und für die Haftverhandlung vom 4. August 2020 ein Zuschlag zu gewähren; der von der Staatsanwaltschaft gewährte Zuschlag von 50% ist nicht zu beanstanden.

cc) Das von der Staatsanwaltschaft insgesamt zugesprochene Honorar von Fr. 6'000.00 entspricht bei einem Honoraransatz von Fr. 200.00 einem Aufwand von 30 Stunden. Dieses nimmt auf die konkreten Umstände gebührend Rücksicht und steht jedenfalls nicht ausserhalb jedes vernünftigen Verhältnisses zu den vom Beschwerdeführer zielgerichtet sowie effizient zu erbringenden Diensten. Weiter ist auch nicht davon auszugehen, dass damit sein Handlungsspielraum derart eingeschränkt worden wäre, dass er das Mandat nicht mehr wirksam hätte ausüben können.

d) Die Staatsanwaltschaft sprach dem Beschwerdeführer zudem Barauslagen von 2% des Honorars zu. Sie bemass die Barauslagen damit entsprechend der Honorarnote des Beschwerdeführers, worin er einen "Kleinspesenzuschlag" von 2% auf dem Honorar forderte. Zwar entspricht die Zusprechung von Barauslagen in Prozenten des Honorars nicht der Praxis im Kanton Thurgau<sup>10</sup>, jedoch sind pauschal Fr. 120.00 nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer äussert sich zudem im Beschwerdeverfahren nicht zu den zugesprochenen Barauslagen und macht auch nicht geltend, seine tatsächlichen Auslagen lägen über Fr. 120.00.

e) Damit ist die Beschwerde abzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 6. April 2022, SW.2022.12

---

<sup>10</sup> Vgl. RBOG 1996 Nr. 48





## **57. Keine Spesenpauschalen bei Barauslagen; Bestätigung von RBOG 1996 Nr. 48**

(§ 14 AnwT)

Zum Honorar hinzuzurechnen sind die Barauslagen<sup>1</sup>. Der amtliche Verteidiger machte eine Spesenpauschale von 3% seines Honorars geltend. Spesenpauschalen für die Barauslagen, die sich in Prozenten des Honorars bemessen, sind nach der Praxis des Obergerichts jedoch nicht zulässig<sup>2</sup>. Fehlen in einer Honorarnote konkrete Angaben über die Barauslagen, sind sie vom Gericht zu schätzen<sup>3</sup>.

Obergericht, 1. Abteilung, 17. Mai 2022, SBR.2022.4

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (6B\_68/2023).

---

<sup>1</sup> § 14 AnwT (Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen, RB 176.31)

<sup>2</sup> Vgl. RBOG 1996 Nr. 48

<sup>3</sup> Vgl. RBOG 1993 Nr. 42 Erw. 1.a



**58. Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach dem PolG und nach Art. 28 ff. ZGB;  
Rechtsmittel gegen Entscheid über polizeiliche Massnahmen nach § 60 Abs. 2 PolG**

(§§ 56 ff. PolG; Art. 28 ff. ZGB; § 60 Abs. 2 PolG; Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO)

1. a) Die Kantonspolizei Thurgau erliess gegen den Ehemann einen Entscheid betreffend Wegweisung, Rückkehrverbot und Kontaktsperre, mit welchem er für 14 Tage aus der ehelichen Wohnung weggewiesen und ihm ein Kontaktverbot zu seiner Ehefrau sowie zu den beiden gemeinsamen Kindern auferlegt wurde. Am darauffolgenden Tag ersuchte er das Bezirksgericht um richterliche Überprüfung dieses Entscheids.

b) In der Folge stellte die Ehefrau bei demselben Bezirksgericht ein Eheschutzgesuch.

c) Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts hob das polizeilich angeordnete Kontaktverbot des Ehemanns gegenüber den Kindern auf; die polizeilich angeordnete Wegweisung, das Rückkehrverbot sowie die Kontaktsperre gegenüber der Ehefrau wurden bis zur rechtskräftigen Erledigung des Eheschutzverfahrens aufrechterhalten. Gegen diesen Entscheid erhob der Ehemann Beschwerde.

2. a) Gegenstand des Verfahrens ist die polizeiliche Anordnung betreffend Wegweisung, Rückkehrverbot und Kontaktsperre. Dabei handelt es sich um Massnahmen der Polizei zum Schutz gegen häusliche Gewalt. Die Rechtsgebiete des Straf-, Polizei- und Zivilrechts nehmen hinsichtlich der Bekämpfung von häuslicher Gewalt unterschiedliche Funktionen wahr. Es ist von wesentlicher Bedeutung, sie entsprechend voneinander zu unterscheiden, um die polizeilichen Normen über die Wegweisung korrekt auszulegen<sup>1</sup>. Die Rechtsetzung und Rechtsanwendung des Polizeirechts steht gemäss der verfassungsmässigen Kompetenzordnung den Kantonen zu<sup>2</sup>. Das kantonale Polizeirecht dient dem unmittelbaren Schutz einer gewaltbetroffenen Person vor Ort. Sicherheitspolizeiliche Massnahmen sind in zeitlicher Hinsicht regelmässig eng beschränkt und verschaffen der gewaltbetroffenen Person eine gewisse Schonfrist, um sich über die persönlichen Umstände klar zu werden und entscheiden zu können, ob allenfalls zivilrechtliche oder strafrechtliche Schritte gegen die gefährdende Person eingeleitet werden sollen<sup>3</sup>. Deshalb gehen polizeiliche Massnahmen vielfach zivilrechtlichen Massnahmen - wie beispielsweise jenen nach Art. 28b ZGB - zeitlich vor.

b) Vorliegend wurde eine polizeiliche Schutzmassnahme angeordnet. Die Berufungsklagte stellte in der Folge zwar ein Eheschutzgesuch, allerdings keinen Antrag beziehungsweise

---

<sup>1</sup> Tiefenthal, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2018, § 16 N. 5

<sup>2</sup> Tiefenthal, § 2 N. 10; Art. 42 ff. BV

<sup>3</sup> Tiefenthal, § 16 N. 7; Hrubesch-Millauer/Vetterli, Häusliche Gewalt: die Bedeutung des Artikels 28b ZGB, in: FamPra.ch 2009 S. 553

keine Klage oder kein Gesuch um Persönlichkeitsschutz. Ein Verfahren betreffend eine zivilrechtliche Massnahme gegen häusliche Gewalt wurde somit nicht anhängig gemacht. Die von der Vorinstanz verfügte Verlängerung der Wegweisung und Kontaktsperre findet ihren Ursprung im kantonalen PolG<sup>4</sup>. Konkret wird gemäss § 60 PolG die Dauer der polizeilichen Massnahme von Gesetzes wegen erstreckt, nicht jedoch eine zivilrechtliche Massnahme eingeleitet. Schliesslich stehen hier mangels Gesuch um zivilrechtliche Massnahmen ausschliesslich polizeirechtliche Massnahmen zur Diskussion, deren Rechtmässigkeit und Geltungsdauer umstritten sind.

c) Das polizeiliche Handeln und damit deren Überprüfung richtet sich nach dem kantonal anwendbaren Verfahrensrechtspflegegesetz. So ist die einschlägige kantonale Gesetzgebung, namentlich §§ 56 bis 61 PolG, massgebend<sup>5</sup>. Demnach hat die Überprüfung einer polizeilichen Massnahme auf Gesuch hin durch die Einzelrichterin oder den Einzelrichter im summarischen Verfahren gemäss der ZPO zu erfolgen. Der Entscheid ist innert drei Arbeitstagen zu eröffnen<sup>6</sup>. Dabei ist die Rechtmässigkeit der Massnahme zum Zeitpunkt ihres Erlasses zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund war die Vorinstanz zur Überprüfung der polizeilichen Verfügung angehalten, woraufhin sie den angefochtenen Entscheid erliess.

### 3. Der Berufungskläger erhob Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid.

a) Mit Berufung sind unter anderem erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar<sup>7</sup>. Die Beschwerde stellt das Rechtsmittel gegen nicht berufungsfähige erstinstanzliche Endentscheide, Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen dar<sup>8</sup>. Nichtvermögensrechtliche Streitigkeiten sind immer berufungsfähig<sup>9</sup>. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden<sup>10</sup>. Gegen einen im summarischen Verfahren ergangenen Entscheid beträgt die Frist zur Einreichung der Berufung und Berufungsantwort je zehn Tage<sup>11</sup>. Eine Falschbezeichnung der Berufung schadet nicht, wenn die übrigen Anforderungen an die Berufung erfüllt sind<sup>12</sup>. Die Berufung muss einen Antrag (Rechtsbegehren) und eine Begründung enthalten. Der Antrag ist genau zu substantiieren und es muss ersichtlich sein, welche Ziffern des vorinstanzlichen Dispositivs angefochten werden und inwiefern sie zu ändern sind<sup>13</sup>.

---

<sup>4</sup> Polizeigesetz, RB 551.1

<sup>5</sup> Manetsch-Imholz, Polizeiliche Schutzmassnahmen bei häuslicher Gewalt, in: Opferhilferecht (Hrsg.: Gomm/Zehntner), 4.A., N. 60 und 116 ff.; Tiefenthal, § 16 N. 26

<sup>6</sup> § 60 Abs. 2 PolG

<sup>7</sup> Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO

<sup>8</sup> Art. 319 lit. a ZPO

<sup>9</sup> Spühler, Basler Kommentar, 3.A., Art. 308 ZPO N. 8

<sup>10</sup> Art. 310 ZPO

<sup>11</sup> Art. 314 Abs. 1 ZPO

<sup>12</sup> Spühler, Art. 311 ZPO N. 9

<sup>13</sup> Spühler, Art. 311 ZPO N. 12.

b) Die polizeilichen Massnahmen gegen häusliche Gewalt gemäss §§ 56 ff. PolG dienen dem unmittelbaren Schutz einer gewaltbetroffenen Person vor Ort. Die polizeilichen Massnahmen stellen eine sofort nötige Krisenintervention für eine beschränkte Dauer dar. Sie stehen im Vorfeld möglicher gerichtlicher Massnahmen und sollen einen möglichst nahtlosen Übergang zu solchen Massnahmen schaffen<sup>14</sup>.

c) Mit dem angefochtenen Entscheid wurde die polizeiliche Massnahme überprüft, welche auf beschränkte Dauer angeordnet wurde. Dabei handelt es sich um einen erstinstanzlichen Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme. Dieser nicht vermögensrechtliche Entscheid ist entgegen der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz mit Berufung anfechtbar<sup>15</sup>. Die vom Berufungskläger innert Frist von zehn Tagen angehobene Beschwerde enthält Anträge und Begründung. Vor diesem Hintergrund ist auf die als "Beschwerde" bezeichnete Rechtsmitteleingabe als (fristgerecht erhobene) Berufung im Sinn von Art. 311 f. und Art. 314 ZPO einzutreten.

Obergericht, 1. Abteilung, 8. November 2022, ZR.2022.42

---

<sup>14</sup> Botschaft zur Änderung des Polizeigesetzes (RB 551.1) vom 21. August 2006, S. 11; Botschaft für ein neues Polizeigesetz (RB.551.1) vom 8. Februar 2011, wobei der Gesetzestext von §§ 18a-18f aPolG nach der Revision des ZGB vom 18. Dezember 2008 unverändert in den Gesetzestext von §§ 56-61 des neuen Polizeigesetzes vom 9. November 2011 übernommen wurde; Tiefenthal, § 16 N. 7

<sup>15</sup> Art. 308 ZPO