Thurgau

Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

2013

Inhaltsverzeichnis

A. Jahresbericht — Seite

I. Personelles
1. Obergericht 9
2. Bezirksgerichte 9
3. Zwangsmassnahmengericht 11
4. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 11

II. Tätigkeit der Gerichtsbehörden
1. Obergericht 16
2. Bezirksgerichte 25
3. Zwangsmassnahmengericht 27
4. Rechtsmittel an das Bundesgericht 28

III. Tätigkeit der Schlichtungsbehörden
1. Friedensrichterämter 30
2. Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz 31
3. Schlichtungsbehörden in Mietsachen 31

IV. Schuldbetreibung und Konkurs
1. Beschwerden 33
2. Konkursamt 33
3. Betreibungsämter 35

V. Tätigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 36

VI. Rechtsetzung 40

VII. Stellungnahmen und Mitberichte 42

VIII. Verschiedenes
1. Allgemeines 49
2. Obergericht 50
3. Bezirksgerichte 54
4. Friedensrichterämter 55
5. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 55

IX. Verzeichnis der Justizbehörden 59

B. Statistische Angaben

I. Obergericht 75
II. Bundesgerichtlich erledigte Fälle 88
III. Zwangsmassnahmengericht 89
IV. Bezirksgerichte 90
V. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 103
VI. Friedensrichterämter 106
VII. Konkursamt 107
VIII. Betreibungsämter 108

C. Entscheide 109

D. Gesetzesregister 2013 321

Das Obergericht hält fest an dem Grundsatze, dass nur gründliche und gediegene Vorträge mit dem Anstande, welchen die Anwälte den Gerichten schuldig sind, sich vereinbaren, und dass leidenschaftliche Ausfälle gegen Partheien ebenso wenig sich eignen, dem Anwaltsstand die Achtung der Gerichte und der öffentlichen Meinung zu sichern, als dieselben den Mangel an Rechtsgründen ersetzen werden.

(RBOG 1839 S. 9)

Die Parteiverhandlungen vor Obergericht wiesen seit einiger Zeit Mängel auf, welche eine Abhülfe erheischten. So gaben die Anwälte ihren Vorträgen sehr häufig eine Ausdehnung, die in keinem richtigen Verhältniss zum Unfang des zu behandelnden Stoffes stand, und wurde dadurch für die Abwicklung der Prozesse unnöthiger Weise zu viel Zeit beansprucht. Dies rührte zum Theil davon her, dass Unerhebliches weitschweifig erörtert wurde, zum Theil hatte es seinen Grund in der wiederholten Anführung derselben Thatsachen.

(RBOG 1882 S. 7)

In diesen Bereich gehören nicht nur unnötige Weitschweifigkeit und Vorbringen, die mit der Sache nichts zu tun haben, oder offensichtlich abwegige Sach- und Rechtsdarstellungen; dasselbe gilt, wenn es eine Partei unterlässt, sich auch nur im minimalsten Umfang mit dem angefochtenen Entscheid auseinander zu setzen, auf die dortigen Erwägungen Bezug zu nehmen und ihrer Mitwirkungspflicht nachzukommen.

(Obergericht, 8. September 2003, SW.2003.12)

Das Obergericht des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

Sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren

Gestützt auf § 37 Abs. 2 der Kantonsverfassung und § 2 Abs. 5 des Gesetzes über die Zivil- und Strafrechtspflege erstatten wir Ihnen den Bericht über die Tätigkeit der thurgauischen Zivil- und Strafgerichte, des Zwangsmassnahmengerichts, der Friedensrichterämter und der Schlichtungsbehörden, des Konkursamts und der Betreibungsämter sowie der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Jahr 2013.

Das Berichtsjahr war im Wesentlichen von der konkreten Umsetzung des am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts geprägt. Trotz gewisser Schwierigkeiten sind die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in ihren vielfältigen Aufgaben insgesamt gut gestartet.

Wir ersuchen Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Kantonsrätinnen und Kantonsräte, um Genehmigung unseres Rechenschaftsberichts.

Frauenfeld, im April 2014

Das Obergericht des Kantons Thurgau

Der Präsident:
Thomas Zweidler

Der Leitende Obergerichtsschreiber:
Giovanni Schramm

Datenübernahme und Druck: Trionfini, Satz Druck Verlag AG
8595 Altnau

A. Jahresbericht

I. Personelles

1. Obergericht

a) Beim Obergericht ergaben sich 2013 keine personellen Änderungen.

b) Die Personalkapazität bei den Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern des Obergerichts liegt nach wie vor bei 5,3 Stellen. Bei der Obergerichtskanzlei sind es 4,2 Stellen.

2. Bezirksgerichte

a) Beim Bezirksgericht Münchwilen trat lic.iur. Sabrina Künzler-Baumann im Berichtsjahr als Leitende Gerichtsschreiberin zurück. Als Gerichtsschreiber wurde neu lic.iur. Peter Meili gewählt; neuer Leitender Gerichtsschreiber ist Marc Bühler.

b) Das

Gesamtpensum der Berufsrichterinnen und Berufsrichter

an den Bezirksgerichten wird durch Verordnung des Obergerichts geregelt. Es beträgt derzeit nach wie vor 1'500%. Dasjenige der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber liegt bei 1'240%. Insgesamt sind es mithin - ohne nebenamtliche Gerichtsmitglieder und Ersatzmitglieder sowie ohne Kanzleipersonal - 27,4 Stellen.

c) Im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Wiederherstellung des Haushaltgleichgewichts (Änderung der Verordnung des Grossen Rates über die Besoldung des Staatspersonals) beschloss Ihr Rat für die Zukunft eine

Reduktion der Besoldungen der Berufsrichterinnen und Berufsrichter an den Bezirksgerichten.

Es ist sehr zu bedauern, dass zu diesem Punkt nicht einmal ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt wurde. Das Obergericht ist der Auffassung, dass es sich um einen ebenso unnötigen wie unausgewogenen Eingriff in einen Teil des Besoldungssystems handelt; die langfristigen Kosten dieses Eingriffs werden die letztlich geringfügigen Einsparungen wahrscheinlich deutlich übersteigen. Ausserdem wird die Personalrekrutierung zukünftig jedenfalls nicht erleichtert: Zwar wird es für Richterämter stets genügend Bewerbungen geben; entscheidend ist aber, dass die Bewerberinnen und Bewerber auch die nötigen Qualifikationen aufweisen.

d) Beim Bezirksgericht Weinfelden ergaben sich personelle Probleme im Zusammenhang mit dem

Mutterschaftsurlaub einer Berufsrichterin.

Seit langem fehlt es an einer Lösung, wie die entstehenden Engpässe bei einem längeren Ausfall einer Berufsrichterin oder eines Berufsrichters behoben werden sollen. Erfreulicherweise hat sich diese Schwierigkeit bisher nur selten gestellt. Im konkreten Fall bewilligte das Obergericht am 17. Juni 2013 eine befristete Erhöhung des gesamten Richterpensums des Bezirksgerichts um 20%; im Übrigen musste der personelle Engpass mit einer zusätzlichen Praktikantenstelle und weitgehenden organisatorischen Massnahmen aufgefangen werden. Solche Übergangsmassnahmen vermögen die aus einer längeren Abwesenheit eines Gerichtsmitglieds durch Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft resultierenden Schwierigkeiten nur ungenügend zu lösen und sind auch

aus rechtsstaatlicher Sicht nicht nur wenig befriedigend, sondern auch sehr problematisch. Die im Berichtsjahr eingereichte Motion zur "Ergänzung des Gesetzes über die Zivil- und Strafrechtspflege (ZSRG)" der Kantonsrätinnen und Kantonsräte Alex Frei, Hans Munz, Helen Jordi, Erwin Imhof und Inge Abegglen strebt an, dass das Obergericht auf Antrag eines Bezirksgerichts in begründeten Fällen, namentlich wegen Schwangerschaft, Krankheit oder Unfall einer Berufsrichterin oder eines Berufsrichters, für eine beschränkte Zeit ausserordentliche Ersatzrichterinnen und Ersatzrichter ernennen kann und deren Befugnisse bestimmt. Das Obergericht ist der Auffassung, dass die Zielsetzung dieser Motion nicht nur sinnvoll, sondern dringend notwendig ist; die aufgrund einer solchen Lösung entstehenden finanziellen Belastungen sind angesichts der versicherungsrechtlichen Gegebenheiten nur gering.

3. Zwangsmassnahmengericht

Beim Zwangsmassnahmengericht ergaben sich im Berichtsjahr keine personellen Änderungen. Das Zwangsmassnahmengericht besteht aus einem vollamtlichen Präsidenten und zwei nebenamtlichen Richtern, welche mit einem Pensum von je 50% arbeiten. Angesichts seiner besonders gearteten Tätigkeit sind für das Zwangsmassnahmengericht weder Ersatzmitglieder noch Gerichtsschreiberinnen oder Gerichtsschreiber vorgesehen.

4. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

a) Die Präsidien der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nahmen ihre Vorbereitungsarbeiten mit reduziertem Pensum ab dem 1. August 2012 auf; die Mitglieder der Behörden arbeiteten zum grössten Teil ab dem 1. Oktober 2012 mit ihrem definitiven Pensum, insbesondere für organisatorische Vorbereitungsarbeiten, für den Besuch

von Ausbildungs- und Weiterbildungskursen sowie für die Aktenübernahme von den bisher zuständigen kommunalen Vormundschaftsbehörden.

b) Das Gesamtpensum der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und ihrer Fachsekretariate wird durch Verordnung des Obergerichts geregelt. Es liegt für die Behörden bei 1'960% und für die Fachsekretariate bei 2'000%. Insgesamt sind es mithin 39,6 Stellen.

c) Das Problem liegt derzeit vor allem beim

Personalbedarf der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.

Bei der Vorbereitung der Einführung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts waren über die Personalstrukturen der früheren Vormundschaftsbehörden im Kanton Thurgau keine verlässlichen Zahlen erhältlich. Der Regierungsrat stellte bei seinen Anträgen zur Umsetzung des neuen Rechts auf den Vergleich mit schon früher professionell organisierten kommunalen Behörden und entsprechende Umfragewerte der Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) ab, was bezogen auf den Kanton Thurgau einen Durchschnitt von 39 Vollzeitstellen ergeben hätte; ausgehend von der durchaus berechtigten Annahme, dass das revidierte Erwachsenenschutzrecht mit einem Mehraufwand von etwa 15-20% verbunden sei, schlug der Regierungsrat für den ganzen Kanton insgesamt 45 Vollzeitstellen vor (20 Stellen in den Behörden, 25 Stellen in den Fachsekretariaten). Aufgrund der politischen Vorgaben wurde die Stellenzahl in der Folge auf insgesamt 39,6 Stellen begrenzt. Ob dieser Personalbestand tatsächlich ausreicht, ist höchst zweifelhaft, wird sich aber im Einzelnen erst zeigen, wenn die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Normalbetrieb funktionieren können.

d) Für die

Startphase

war der Personalbestand jedenfalls eindeutig zu tief, was zu entsprechenden Problemen führte. Die Gründe dafür sind allerdings sehr vielfältig: Im Nachhinein muss die Vorbereitungszeit für die Einführung des neuen Rechts als zu kurz eingeschätzt werden; das gilt insbesondere für die Personalselektion, die Definition der Arbeitsprozesse und die Erarbeitung der Instrumente, die Implementierung der Software-Lösung, die Einbettung in die kantonalen Organisationsstrukturen und die Teambildung der neuen Behörden. Ausserdem konnte das Fallvolumen der fünf Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nur teilweise vorausgesehen werden, und der Bearbeitungsaufwand erwies sich in gewissen Bereichen als deutlich grösser als erwartet, insbesondere bei der fürsorgerischen Unterbringung, bei der Anpassung der altrechtlichen Massnahmen und bei der Umsetzung der neuen Vorgaben im Bereich der Vermögensverwaltung. Auch der Neueingang von Gefährdungsmeldungen wurde wohl unterschätzt: Zum einen sind die neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden anonymer als die früheren Vormundschaftsbehörden auf der Ebene der Gemeinden, so dass sich die Bürgerinnen und Bürger eher an diese anonymere Stelle wenden, und zum anderen werden offenbar aus der Bevölkerung zu hohe und teils falsche Erwartungen in die neuen Behörden gesetzt. Zudem mussten die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden aufgrund der neuen bundesrechtlichen Vorschriften die Betriebsabläufe gegenüber dem bisher üblichen Vorgehen der früheren kommunalen Vormundschaftsbehörden in wesentlichen Bereichen überarbeiten. Dazu kamen Schwierigkeiten mit der EDV-Lösung. Die bisher zuständigen Gemeinden übergaben ausserdem teils Fälle, die seit einiger Zeit nicht mehr bearbeitet worden waren, und die Zusammenarbeit mit den - zum Teil ebenfalls neu besetzten und zudem teilweise einem gewissen Personalwechsel unterworfenen - Berufsbeistandschaften musste sich ebenso einspielen, wie diejenige mit den Gemeinden neu koordiniert werden musste (Schnittstellen, Zuständigkeiten, Kommunikation). In diesem

Zusammenhang hatten teilweise auch die Gemeinden falsche Erwartungen; es war nie die Meinung, durch das neue Recht würden die kommunalen Sozialdienste entlastet. Als weitere Schwierigkeit ist zu beachten, dass gewisse Probleme im Zusammenspiel zwischen den Gemeinden einerseits und den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden andererseits systemimmanent sind: Aufgrund der gesetzlichen Regelung entstehen notgedrungen Reibungsflächen, wenn kantonale Behörden anordnen, was vorzukehren ist, und die Gemeinden die Kosten dieser Anordnungen tragen müssen. Im Rahmen der vom Bundesrecht vorgeschriebenen Interdisziplinarität brachten die Mitarbeitenden der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden aufgrund ihres Werdegangs und insbesondere ihrer Ausbildung auch sehr unterschiedliche Voraussetzungen mit, wozu differierende Vorstellungen über Tätigkeit und Aufgaben kamen; Juristen denken anders als Finanzfachleute und diese wiederum anders als Psychologen oder Sozialarbeiter. Ein besonderes Problem stellte dabei dar, dass bei vielen Behördenmitgliedern das juristische Know-how für das Abfassen von Entscheiden fehlt, was schon deshalb zu Engpässen führte, weil die Juristen alle Entscheide mehrfach überarbeiten müssen. In vielen Verfahren sind von den Behörden zusätzliche Informationen und Unterlagen einzufordern, und das neue Recht verlangt überdies auch genauere Kontrollen bei den Revisionen der von den Mandatsträgerinnen und Mandatsträgern geführten Beistandschaftsrechnungen.

e) Die

Arbeitsmenge

beanspruchte die Mitarbeitenden der Behörden und der Fachsekretariate teilweise bis an die Grenzen der Belastbarkeit; teils kam es deshalb zu Austritten und leider auch zu gesundheitsbedingten Ausfällen. Die daraus resultierenden personellen Probleme konnten durch befristete Anstellungen nur zu einem Teil kompensiert werden, was die übrigen Mitarbeitenden zusätzlich belastete; ausserdem bringt jeder Wechsel weitere Probleme mit sich, da wieder eine Einarbeitung nötig ist, was

Ressourcen bei den übrigen Mitarbeitenden bindet. Dazu kommt noch, dass Mitarbeitende in einer befristeten Anstellung oft kündigen, sobald sie eine feste Anstellung finden.

f) Anzumerken ist immerhin, dass diese Probleme der Thurgauer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Wesentlichen genau den Schwierigkeiten entsprechen, die sich diesen Behörden im ersten "Betriebsjahr" in anderen Kantonen stellten. Wird auf gewisse Medienmitteilungen über die Situation in anderen Regionen abgestellt, darf wohl davon ausgegangen werden, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Thurgau im Vergleich dazu noch verhältnismässig gut gestartet sind.

g) Die Situation hat sich im Thurgau mittlerweile nur teilweise normalisiert, und es wird - sobald aussagekräftiges statistisches Material vorliegt - aufgrund eines interkantonalen Vergleichs zu prüfen sein, ob der heutige Personalbestand längerfristig auszureichen vermag. Aus heutiger Sicht ist dies allerdings stark zu bezweifeln. Dabei wird insbesondere zu beachten sein, dass wieder neue Aufgaben auf die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zukommen werden, insbesondere in naher Zukunft im Zusammenhang mit der gemeinsamen elterlichen Sorge und in wenigen Jahren aufgrund des Adoptionsrechts, das revidiert werden soll.

II. Tätigkeit der Gerichtsbehörden

1. Obergericht

a) Das Obergericht arbeitet grundsätzlich in zwei Abteilungen mit je drei Richterinnen und Richtern sowie je zwei Ersatzmitgliedern. Die erste Abteilung behandelt im Wesentlichen Strafberufungen, Zivilberufungen im summarischen Verfahren sowie Beschwerden in Zivilsachen und im Kindes- und Erwachsenenschutz. Die zweite Abteilung ist demgegenüber mit den Zivilberufungen im ordentlichen Verfahren sowie den Beschwerden in Strafsachen und in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen befasst; ausserdem behandelt sie - vorbehältlich der beim Obergerichtspräsidium verbleibenden immaterialgüterrechtlichen Massnahmenverfahren - alle erstinstanzlichen Verfahren. Von dieser Grundbesetzung kann allerdings aus zureichenden Gründen abgewichen werden, insbesondere zur Vermeidung von Ausstandsproblemen und zum Ausgleich der Pensen der Gerichtsmitglieder. Die Einzelheiten finden sich in der auf der Webseite des Obergerichts publizierten Geschäftsordnung (www.obergericht.tg.ch).

b) Im Jahr 2013 gingen beim Obergericht insgesamt 691 Verfahren ein (2012: 571 Verfahren; 2011: 606 Verfahren). Gleichzeitig konnten im Berichtsjahr 658 Verfahren erledigt werden (2012: 575 Verfahren; 2011: 639 Verfahren).

c) Von den gesamthaft 691 Verfahren, die beim Obergericht im Jahr 2013 eingingen, waren Ende des Jahres bereits 573 Fälle (83%) erledigt (2012 und 2011: je 84%).

d) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht insgesamt 178 Berufungsverfahren eingeschrieben (2012: 149 Verfahren; 2011: 156 Verfahren). Erledigt werden konnten im Jahr 2013 154 Berufungsverfahren (2012: 153 Verfahren; 2011: 184 Verfahren). Die Zahl der beim Obergericht insgesamt hängigen Berufungsverfah-

ren stieg damit von Ende 2012 auf Ende 2013 von 44 auf 68 Verfahren; Ende 2011 waren es noch 48 Verfahren gewesen.

e) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 349 Beschwerden anhängig gemacht (2012: 299 Verfahren; 2011: 367 Verfahren). Umgekehrt konnte das Obergericht im Jahr 2013 insgesamt 353 Beschwerdeverfahren erledigen (2012: 300 Verfahren; 2011: 372 Verfahren).

f) Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen und Beschwerden) im Jahr 2013 insgesamt 527 Fälle ein, während 507 Fälle erledigt werden konnten (Erledigungen bei den Hauptgeschäften 2012: 453 Verfahren; 2011: 556 Verfahren).

g) Ende 2012 war beim Obergericht ein überjähriges Berufungsverfahren hängig. Von den im Jahr 2012 eingegangenen Fällen waren am Ende des Berichtsjahrs noch fünf Verfahren unerledigt. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2013 bei sechs Fällen (2012: ein Fall; 2011: sechs Fälle).

h) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 72 Berufungsverfahren in Zivilsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang der Akten bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 4,2 Monaten auf (2012: 5,2 Monate; 2011: 4,7 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 1,2 Monate (2012: 1,5 Monate; 2011: 1,0 Monate).

i) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 30 Berufungsverfahren in Strafsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang der Akten bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 6,3 Monaten auf (2012: 7,5 Monate; 2011: 5,1 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich

begründeten Urteils) durchschnittlich 1,4 Monate (2012: 1,8 Monate; 2011: 1,8 Monate). Die gesetzliche Frist für die Urteilsbegründung in Strafsachen liegt bei zwei Monaten, ausnahmsweise drei Monaten.

j) Die im Jahr 2013 materiell erledigten 116 Beschwerdeverfahren in Strafsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 1,8 Monaten auf (2012: 2,9 Monate; 2011: 1,9 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,5 Monate (2012: 0,9 Monate; 2011: 0,5 Monate).

k) Die im Jahr 2013 materiell erledigten 178 Beschwerdeverfahren in Zivilsachen (einschliesslich Kindes- und Erwachsenenschutzrecht) und im Bereich SchKG wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 1,6 Monaten auf (2012: 1,9 Monate; 2011: 2,0 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,5 Monate (2012 und 2011: je 0,6 Monate).

l) Die Geschäftslast des Obergerichts ist damit wieder gestiegen. Die Zahl der materiell erledigten Berufungs- und Beschwerdeverfahren lag in den Jahren 2006 bis 2010 durchschnittlich bei 291 Verfahren. Im Jahr 2011 stieg sie auf 376 Verfahren, und im Jahr 2012 sank sie auf 324 Verfahren. Im Jahr 2013 stieg die Zahl der materiell erledigten Berufungs- und Beschwerdeverfahren demgegenüber auf 396 Verfahren. Immerhin bleibt zu beachten, dass diese Zahlen - und das gilt letztlich für alle Zahlen in diesem Rechenschaftsbericht, vor allem bei den Gerichten - kaum einen Eindruck über den mit einem Verfahren verbundenen Arbeitsaufwand wiedergeben, denn es ist, um beispielsweise von der aktuellen Situation beim Obergericht auszugehen, ein erheblicher Unterschied, ob ein Verfahren nur ein Dutzend

Seiten an Akten umfasst, oder ob die Verfahrensakten insgesamt über 70 Bundesordner füllen.

m) Das Obergerichtspräsidium erledigte im Berichtsjahr zwei

immaterialgüterrechtliche Massnahmenverfahren.

Im einen Fall wurde der Gesuchsgegnerin einstweilen verboten, bestimmte Handelsnamen, Warenzeichen, Kennzeichen, Domainnamen und Slogans zu verwenden und die Behauptungen aufzustellen, eine bestimmte Warenkollektion stehe in ihrem Eigentum, und entsprechende Rechnungen seien deshalb an sie zu bezahlen. Der Gesuchstellerin wurde Frist zur Klage im ordentlichen Verfahren angesetzt.

Im anderen Fall hatte die Gesuchstellerin geltend gemacht, der Gesuchsgegner verwende zu Unrecht Foto- und Textmaterial, das er von der Gesuchstellerin erhalten habe, obwohl die entsprechenden Zusammenarbeitsverträge gekündigt seien; damit verstosse er gegen Markenrecht sowie Urheberrecht und betreibe unlauteren Wettbewerb. Das Massnahmegesuch wurde abgewiesen, da der Gesuchsgegner die Marke der Gesuchstellerin gar nicht verwende, die Urheberschaft an den Fotos nicht glaubhaft gemacht sei und es sich beim angeblich von der Gesuchstellerin erfundenen Slogan um einen urheberrechtlich nicht geschützten, relativ banalen und häufig verwendeten Werbespruch handle. Im Übrigen seien weder die Berechtigung der Kündigung der Zusammenarbeitsverträge noch der drohende Nachteil glaubhaft gemacht.

n) Beim Obergericht waren zu Beginn des Berichtsjahrs insgesamt fünf

erstinstanzliche Streitigkeiten

hängig. Neu wurden zwei solcher Verfahren eingeschrieben, und drei Verfahren konnten im Berichtsjahr erledigt werden. Es wird auf Tabelle 2 verwiesen.

o) Das Obergericht ist als einzige kantonale Instanz die zuständige Behörde nach dem

Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen.

In diesem Zusammenhang ging im Berichtsjahr ein Verfahren ein, welches durch Vergleich erledigt werden konnte. 2012 war kein Verfahren zu verzeichnen; 2011 waren zwei Verfahren eingegangen.

p) Beim Obergericht wurden im Berichtsjahr zwei

Schutzschriften

in immaterialgüterrechtlichen Angelegenheiten deponiert; 2012 war es eine Schutzschrift, und 2011 waren es sieben Schutzschriften gewesen. Schutzschriften werden hinterlegt, wenn die Befürchtung besteht, gegen die betreffende Partei drohe die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme; die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn diese das entsprechende Verfahren einleitet, und die Eingabe wird sechs Monate nach Einreichung nicht mehr beachtet.

q) Das Obergericht hatte sich mit insgesamt 24

Aufsichtsbeschwerden

beziehungsweise Beschwerden wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung zu befassen.

In Zivilsachen wurden insgesamt sieben Aufsichtsbeschwerden eingereicht.

Fünf Aufsichtsbeschwerden richteten sich gegen die Bezirksgerichte. Das Obergericht wies alle fünf Beschwerden ab. In einem Fall verlangte der Beschwerdeführer zu Unrecht die nochmalige Eröffnung eines Entscheids, obwohl das Verfahren längst rechtskräftig abgeschlossen war. In einem anderen Verfahren musste festgestellt werden, es komme trotz aller Sorgfalt immer wieder vor, dass bei der Abfassung oder Zustellung von Urteilen Fehler passierten, sei es wegen der EDV, sei es wegen des Zeitdrucks, unter dem die Gerichte arbeiteten; deshalb sehe das Gesetz auch die Möglichkeit der Berichtigung von Entscheiden vor. In zwei weiteren Fällen konnte das Obergericht feststellen, dass das Verfahren seitens der Vorinstanz zügig vorangetrieben worden war; im einen Fall waren die Verzögerungen nur darauf zurückzuführen, dass der Beschwerdeführer immer wieder neue Eingaben eingereicht hatte, welche alsdann der Gegenpartei zuzustellen waren, um deren rechtliches Gehör zu wahren, und im anderen Fall hatte sich das Verfahren lediglich deshalb verzögert, weil der Beschwerdeführerin alle Dokumente rechtshilfeweise ins Ausland zugestellt werden mussten. Auch in einem weiteren Fall waren der Vorinstanz keine Fehler im Vorgehen anzulasten; das Obergericht betonte ausdrücklich, die erstinstanzliche Verfahrensleitung sei grundsätzlich nicht gehalten, das Scheidungsverfahren während eines hängigen Berufungsverfahrens gegen eine Massnahmenverfügung voranzutreiben, und insbesondere sei das Gericht nicht gehalten, für das Massnahmeverfahren die gesamten Verfahrensakten zu kopieren.

Zwei der Beschwerden wurden gegen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden erhoben. Beide Beschwerden wurden abgewiesen. Im einen Fall hielt das Obergericht fest, eine Rechtsverzögerung sei nicht ersichtlich; die Vorinstanz habe innert einer angemessenen Frist entschieden. Im anderen Fall betonte das Obergericht, die Akten zeigten sehr deutlich, dass das in Frage stehende Familiensystem sehr komplex sei, und insoweit sei es völlig verständlich, dass die entsprechenden Abklärungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine gewisse Zeit in Anspruch nähmen. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass das Vorgehen der Behörde unzweckmässig oder nicht sachgerecht sei. Vielmehr scheine die Beschwerdeführerin Mühe zu haben, wenn eine Behörde nicht genau das vorkehre, was sie selber für richtig erachte. Deshalb komme auch der von ihr gewünschte Wechsel der zuständigen Person der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht in Betracht, da sich mit einer neuen Person über kurz oder lang wieder dieselben Probleme stellen würden, wie sie jetzt schon bestünden.

In Strafsachen wurden insgesamt 17 Aufsichtsbeschwerden gegen die Staatsanwaltschaft eingereicht.

Fünf dieser Beschwerden wurden geschützt und fünf Beschwerden wurden teilweise geschützt. In sechs Fällen erfolgte eine Rückweisung der Sache an die Staatsanwaltschaft, und auf eine Beschwerde wurde nicht eingetreten.

In acht Aufsichtsbeschwerdeverfahren stellte das Obergericht eine Rechtsverzögerung fest; in fünf dieser Fälle wurde ausserdem auch noch Frist für den nächsten Verfahrensabschnitt angesetzt. In weiteren fünf (denselben Fall betreffenden) Verfahren stellte das Obergericht fest, der Anspruch beschuldigter Personen auf Teilnahme an Beweiserhebungen gelte - von Ausnahmen abgesehen - auch für die Einvernahme von Mitbeschuldigten, unabhängig davon, ob gegen diese Mitbeschuldigten ein separates Verfahren geführt werde; ebenso stehe der beschuldigten Person ein Recht auf Einsicht in die Befragungsprotokolle der Mitbeschuldigten zu. Aufgrund einer Aufsichtsbeschwerde

wurde das Verfahren an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen, weil dem angefochtenen Entscheid eine genügende Begründung fehlte; die Begründung des Entscheids einer Strafbehörde könne sich nie auf einen blossen Hinweis auf die Eingabe eines Verfahrensbeteiligten beschränken, denn der Kern der Begründung müsse in den grundlegenden Überlegungen der entscheidenden Behörde bestehen.

r) Das Obergericht ist kantonale Zentralbehörde für die

Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen.

In diesem Zusammenhang übermittelte das Obergerichtspräsidium den Bezirksgerichtspräsidien und anderen Behörden im Berichtsjahr 114 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland zum Vollzug (2012: 111 Ersuchen; 2011: 87 Ersuchen). Zum grössten Teil handelte es sich dabei um Zustellungen von Vorladungen oder Rechtsschriften, teils aber auch um Beweisaufnahmen, insbesondere um Abklärungen über die sozialen und finanziellen Verhältnisse einer Person, meistens im Zusammenhang mit strittigem Kinderunterhalt, oder um die Einvernahme von Zeugen. Demgegenüber mussten von der Zentralbehörde nur gerade zwei Rechtshilfeersuchen aus dem Thurgau weitergeleitet werden (2012: zwei Ersuchen; 2011: drei Ersuchen); der Grund liegt darin, dass die zivilrichterlichen Behörden im Thurgau aus Praktikabilitätsgründen zum direkten Verkehr mit den zuständigen ausländischen Behörden berechtigt sind. Das Obergericht leitete für sich selbst 41 Rechtshilfeersuchen ins Ausland.

s) Die

Rechtshilfe in Strafsachen

ist demgegenüber - vorbehältlich reiner Akteneinsichtsbegehren - Sache der Generalstaatsanwaltschaft.

t) Die Obergerichtskanzlei führt für das Obergerichtspräsidium das

Dolmetscherregister.

Ende 2013 waren in diesem Register insgesamt 142 Dolmetscherinnen und Dolmetscher für 52 Sprachen verzeichnet. Als Dolmetscher in Zivil- und Strafsachen müssen in der Regel Personen eingesetzt werden, die im Dolmetscherregister oder in einem entsprechenden Register eines anderen Kantons eingetragen sind. Ist keine solche Person verfügbar, können andere Personen eingesetzt werden, sofern die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen als gegeben erscheinen. In das Register werden handlungsfähige, gut beleumdete Personen aufgenommen, welche die deutsche Sprache und eine Fremdsprache grundsätzlich in Wort und Schrift beherrschen und damit Gewähr für eine korrekte und vollständige Übersetzung bieten.

u) Die Zahl der von der Obergerichtskanzlei gesamthaft ausgestellten

Rechtskraftbescheinigungen

lag im Berichtsjahr 2013 bei 724. Im Jahr 2012 waren es 694 Rechtskraftbescheinigungen gewesen; im Jahr 2011 waren es noch 964 Rechtskraftbescheinigungen, während es in den Vorjahren noch 1'300 bis 1'400 Bescheinigungen pro Jahr gewesen waren. Der deutliche Rückgang hängt vorab damit zusammen, dass die zivilprozessuale Beschwerde im Regelfall keine aufschiebende Wirkung hat; deshalb enthalten bereits die erstinstanzlichen Entscheide - insbesondere im summarischen Verfahren - einen Rechtskraft- und Vollstreckbarkeitsvermerk.

2. Bezirksgerichte

a) Die interne Organisation der Gerichte wird in den

Geschäftsordnungen der Bezirksgerichte

geregelt. Das Obergericht genehmigte am 16. und 24. Januar 2013 Änderungen der Geschäftsordnungen der Bezirksgerichte Arbon, Frauenfeld und Weinfelden. Die Geschäftsordnung jedes Bezirksgerichts ist im Internet (www.bezirksgericht.tg.ch) publiziert.

b) Die

Tätigkeit der Bezirksgerichte

gab im Allgemeinen zu keinen Beanstandungen Anlass.

c) Insbesondere die Bezirksgerichte wurden mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung und Strafprozessordnung auf den Anfang des Jahres 2011 neu organisiert. Auch wenn in einzelnen Punkten stets noch Verbesserungen möglich sind, hat sich diese

neue Gerichtsorganisation

in den ersten drei Jahren ihres Bestehens insgesamt betrachtet sehr gut bewährt. Ebenso hat sich auch die Arbeit mit der neuen Zivilprozessordnung und der Strafprozessordnung eingespielt, auch wenn klar festzustellen ist, dass der Aufwand für die Gerichte - insbesondere im Strafprozess, teils aber auch im Zivilprozess - deutlich höher ist als unter dem alten Recht.

d) Die

Bezirksgerichte sowie die Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte

erledigten im Berichtsjahr insgesamt 1'503 Prozesse in Zivil- und Strafsachen (ohne summarisches Verfahren), nämlich 1'247 Zivilprozesse und 256 Strafprozesse (2012: 1‘547 Fälle; 2011: 1'726 Fälle). Auf der anderen Seite wurden im Berichtsjahr insgesamt 1'551 Prozesse neu eingeschrieben (2012: 1‘574 Prozesse; 2011: 1'605 Prozesse). Die gesamte Zahl der Pendenzen lag Ende 2013 bei 648 Prozessen (2012: 616 Fälle; 2011: 614 Fälle). Demgegenüber blieb die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) gegenüber dem Vorjahr relativ konstant bei 126 Fällen per Ende 2013 (2012: 131 Fälle; 2011: 130 Fälle). Darunter finden sich 10 unechte Pendenzen, d.h. Fälle, welche aufgrund gesetzlicher Vorschriften (zum Beispiel bei Konkurs einer Partei) oder im Einverständnis mit den Parteien sistiert sind (2012: 10 Fälle; 2011: 13 Fälle).

e) Im summarischen Verfahren erledigten die

Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte

im Berichtsjahr insgesamt 3'800 Fälle, was etwa dem Mass des Vorjahrs entspricht (2012: 3'841 Fälle; 2011: 3'475 Fälle).

f) Die

Geschäftslast der Bezirksgerichte

ist relativ konstant geblieben. Die gesamte Zahl der erledigten Verfahren bei den Bezirksgerichten sowie ihren Einzelrichterinnen und Einzelrichtern lag im Berichtsjahr 2013 bei 5'303 Verfahren. Im Jahr 2012 waren es 5'388 Verfahren gewesen, und im Jahr 2011 waren es 5'201 Verfahren.

g) Die Zahl der im Berichtsjahr von den Bezirksgerichten erledigten Strafprozesse bewegte sich im Rahmen der Vorjahre: 2013 waren es 256 Verfahren gegenüber 280 Verfahren im Jahr 2012 und 195 Verfahren im Jahr 2011. Dabei wirkte sich besonders aus, dass der Zeitaufwand für die von den Gerichten zu behandelnden Strafprozesse gegenüber dem früheren Recht deutlich gestiegen ist.

h) Im Jahr 2013 wurden beim Obergericht zwei Gesuche um

Bestellung eines Ersatzgerichts

für das an sich zuständige Bezirksgericht eingereicht. In beiden Fällen wurde das Gesuch durch das Gericht selbst eingereicht und seitens des Obergerichtspräsidiums ein Ersatzgericht eingesetzt. In der Regel wird der Einsatz eines Ersatzgerichts notwendig, wenn Mitglieder oder Mitarbeitende eines Gerichts oder deren Verwandte an einem Prozess beteiligt sind; alsdann soll jeder Anschein von Befangenheit vermieden werden.

i) Die Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte führten im Berichtsjahr insgesamt 16

Rechtshilfeeinvernahmen

für andere, insbesondere auch ausländische Gerichtsbehörden durch; 2012 waren es 25 Einvernahmen und 2011 noch 22 Einvernahmen gewesen.

3. Zwangsmassnahmengericht

a) Die interne Organisation des Zwangsmassnahmengerichts wird in der Geschäftsordnung geregelt, welche im Internet publiziert ist (www.zwangsmassnahmengericht.tg.ch).

b) Das Zwangsmassnahmengericht erledigte im Jahr 2013 insgesamt 416 Verfahren (2012: 478 Verfahren; 2011: 495 Verfahren). Im Vordergrund standen 246 Verfahren im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft (insbesondere Haftanordnung, Haftverlängerung und Haftüberprüfung) sowie 162 Verfahren wegen Überwachungsmassnahmen (insbesondere Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und Überwachung mit technischen Geräten). Es wird auf Tabelle 13 verwiesen.

c) Neben diesen Hauptbereichen fallen in die Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts auch die Genehmigung weiterer Zwangsmassnahmen und zusätzliche Entscheide, wie etwa die Genehmigung des Einsatzes verdeckter Ermittler und gegebenenfalls die Zusicherung der Anonymität, die Entsiegelung von Akten im Zusammenhang mit einem Berufsgeheimnis, die Anordnung einer DNA-Massenuntersuchung, die Anordnung der Überwachung von Bankbeziehungen und die Genehmigung der Notsuche.

4. Rechtsmittel an Bundesgericht und Bundesstrafgericht

a) Im Berichtsjahr erledigte das Bundesgericht in Lausanne insgesamt 76 Rechtsmittel, welche die Zivil- und Strafjustiz des Kantons Thurgau betrafen. Von diesen 76 Rechtsmitteln wurde eines geschützt und sieben teilweise geschützt. 15 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 52 Fällen trat das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht ein, und ein Fall wurde anderweitig erledigt. Im Jahr 2012 wurden von 76 Rechtsmitteln sieben geschützt und drei teilweise geschützt, und im Jahr 2011 waren es von 85 Rechtsmitteln acht, die ganz oder teilweise geschützt wurden. Es wird auf Tabelle 12 verwiesen.

b) Von den 760 Rechtsmitteln, bei welchen das Bundesgericht in den letzten zehn Jahren (2004 bis 2013) Entscheide des Obergerichts überprüfte, wies es das Rechtsmittel in 260 Fällen (35%) ab. In

391 Fällen (51%) trat es auf das Rechtsmittel nicht ein, und 33 Fälle (4%) wurden anderweitig erledigt. In 44 Fällen (6%) wurde das Rechtsmittel geschützt und in weiteren 32 Fällen (4%) teilweise geschützt.

c) Das Bundesstrafgericht in Bellinzona hatte sich im Berichtsjahr nicht mit Fällen des Obergerichts zu befassen.

III. Tätigkeit der Schlichtungsbehörden

1. Friedensrichterämter

Der ganze Kanton ist derzeit in 18 Friedensrichterkreise eingeteilt. Eine Friedensrichterin und ein Friedensrichter sind je in zwei Kreisen tätig. Die Friedensrichterämter unterstehen der Aufsicht des Bezirksgerichtspräsidiums und der Oberaufsicht des Obergerichts.

Im Berichtsjahr führten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter in insgesamt 1'210 Streitfällen das Schlichtungsverfahren durch (2012: 1'233 Fälle; 2011: 1'057; je ohne Einrechnung der Urteilsvorschläge). Davon wurden 628 Fälle (rund 52%) durch Vergleich oder Rückzug erledigt; in 582 Fällen (rund 48%) wurde eine Klagebewilligung an das zuständige Gericht erteilt. In 35 weiteren Verfahren kam es zu einem Urteilsvorschlag, und in 47 Fällen konnte das Friedensrichteramt einen einzelrichterlichen Entscheid fällen; damit entschieden die Friedensrichterinnen und Friedensrichter insgesamt in 82 Fällen als Einzelgericht (2012: 93 Fälle; 2011: 78 Fälle; je unter Einrechnung der Urteilsvorschläge).

Das Obergericht behandelte im Berichtsjahr vier Beschwerden gegen Entscheide der Friedensrichterämter (2012: sechs Beschwerden; 2011: fünf Beschwerden). Eine Beschwerde wurde abgewiesen, und eine Beschwerde wurde zurückgezogen. In zwei Fällen erfolgte eine Rückweisung der Streitsache zu neuem Entscheid: Im einen Fall fehlte dem Friedensrichteramt die Zuständigkeit, weil auch bei der Miete eines Parkplatzes nur eine Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde in Mietsachen besteht. Im anderen Fall hatte das Friedensrichteramt die Eingabe einer Partei versehentlich als Klageanerkennung gewertet.

2. Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz

Bei der kantonalen Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, die der Aufsicht des Obergerichts untersteht, gingen im Jahr 2013 zwei neue Schlichtungsbegehren ein (2012: zwei Begehren; 2011: drei Begehren). Eines dieser beiden neu eingegangenen Schlichtungsverfahren betreffend Diskriminierung wegen Schwangerschaft und Lohnforderung konnte abgeschlossen werden; mit den Parteien wurde ein Vergleich erzielt. Das andere Verfahren betreffend Diskriminierung und Lohnforderung war am Jahresende noch pendent.

3. Schlichtungsbehörden in Mietsachen

a) Die Schlichtungsbehörden in Mietsachen sind kommunal organisiert. Derzeit bestehen in den 80 Politischen Gemeinden im Kanton insgesamt 73 Schlichtungsbehörden, nachdem sich einzelne Gemeinden für diese Aufgabe zusammengeschlossen haben. Zum Teil haben ausserdem mehrere Schlichtungsbehörden dasselbe Präsidium. Die Schlichtungsbehörden in Mietsachen unterstehen der Aufsicht des Bezirksgerichtspräsidiums und der Oberaufsicht des Obergerichts.

Im Jahr 2013 wurden von den Schlichtungsbehörden in Mietsachen insgesamt 716 Verfahren erledigt. In 343 Fällen (48%) wurde eine Einigung erreicht. In 154 Fällen (22%) musste festgestellt werden, dass sich die Parteien nicht einigen konnten. In 21 Fällen (3%) wurde der Urteilsvorschlag von den Parteien angenommen, und in 21 Fällen (3%) wurde eine Klagebewilligung erteilt. In 7 Fällen (1%) entschied die Schlichtungsbehörde direkt. Die übrigen 170 Streitsachen (23%) wurden anderweitig (durch Nichteintreten oder Rückzug, infolge Gegenstandslosigkeit oder Überweisung) erledigt.

Die Geschäftslast der Schlichtungsbehörden in Mietsachen bewegte sich im Rahmen des Vorjahrs. 2013 waren es 716 erledigte Fälle. 2012 wurden 709 Fälle erledigt, und 2011 waren es 641 Fälle. Die Anzahl der Verfahren schwankt seit Jahren zwischen 600 und 800 Fällen pro Jahr.

b) Das Obergericht hatte im Berichtsjahr zwei Beschwerden gegen Entscheide der Schlichtungsbehörden in Mietsachen zu behandeln. Die eine Beschwerde wurde abgewiesen, und die andere Beschwerde wurde zurückgezogen. 2012 waren es fünf Beschwerden und 2011 eine Beschwerde gewesen.

IV. Schuldbetreibung und Konkurs

1. Beschwerden

Die Zahl der Beschwerden und Gesuche an das Obergericht im Bereich des SchKG ist nur leicht gestiegen: 2013 waren es 28 Fälle (2012: 16 Fälle; 2011: 18 Fälle).

Die Zahl der Beschwerden an die Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen ist ebenfalls gestiegen: Im Jahr 2013 waren es insgesamt 82 Beschwerden gegenüber 60 Beschwerden im Jahr 2012 und 52 Beschwerden im Jahr 2011. Die durchschnittliche Verfahrensdauer lag bei zwei Monaten (2012: 1,3 Monate; 2011: 1,5 Monate). Es wird auf die Tabellen 11 und 26 verwiesen.

2. Konkursamt

Im Berichtsjahr wurden insgesamt 333 Konkursverfahren erledigt und 339 Konkurse eröffnet. Es wird auf die Tabelle 31 verwiesen.

Die Anzahl der Konkurseröffnungen ist damit gegenüber den Vorjahren relativ stabil geblieben (2013: 339 Konkurseröffnungen; 2012: 317 Konkurseröffnungen; 2011: 324 Konkurseröffnungen). Dabei haben die Firmenkonkurse wieder leicht abgenommen. Im Gegensatz zu den Vorjahren führte bei den 165 Firmenkonkursen nur in 15 Fällen (2012: 7 Fälle; 2011: 36 Fälle; 2010: 52 Fälle) ein Mangel in der Organisation zur konkursamtlichen Liquidation. Bei den Privatkonkursen war gegenüber dem Vorjahr eher wieder ein Rückgang zu verzeichnen (2013: 44 Privatkonkurse; 2012: 60 Privatkonkurse; 2011: 49 Privatkonkurse). Die Zahl der Erbschaftsliquidationen nahm hingegen wieder zu (2013: 130 Fälle; 2012: 105 Fälle; 2011: 113 Fälle);

nach wie vor betrifft etwa jedes dritte Verfahren eine Erbschaftsliquidation.

Wiederum musste eine grosse Zahl von Konkursen mangels Aktiven eingestellt werden (2013: 175 Konkursverfahren; 2012: 154 Konkursverfahren; 2011: 173 Konkursverfahren), und ebenso mussten zahlreiche Fälle als summarische Verfahren geführt werden (2013: 140 Verfahren; 2012: 139 Verfahren; 2011: 126 Verfahren). Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf rund 35 Mio. Franken (2012: rund 49 Mio.; 2011: rund 42 Mio.).

Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts hielt sich im Rahmen der Vorjahre (Ende 2013: 163 Verfahren; Ende 2012: 157 Verfahren; Ende 2011: 147 Verfahren). Alle neu eröffneten Verfahren konnten durch das Konkursamt selbst durchgeführt werden; nur für Inventarisation, Verwaltung oder Verwertung mussten vereinzelt externe Hilfspersonen beigezogen werden. Zurzeit ist kein Verfahren bei einer ausseramtlichen Konkursverwaltung pendent.

Auf Ende des Berichtsjahrs hat die Zahl der überjährigen Verfahren wieder leicht zugenommen: Ende 2013 waren es 21 Verfahren gegenüber 16 Verfahren Ende 2012 und 21 Verfahren Ende 2011. Von den Ende 2013 insgesamt pendenten 163 Konkursverfahren wurden 142 Verfahren im Jahr 2013 eröffnet, 14 Verfahren im Jahr 2012, vier Verfahren im Jahr 2011 und drei Verfahren in früheren Jahren.

Bei den Firmen und selbstständig erwerbenden Konkursiten ergab sich folgende Aufteilung nach Branchen: 21% Baubranche, 17% Gross- und Detailhandel, 8% Produktionsbetriebe, 50% Dienstleistungsbetriebe, 4% Immobilien.

Das Konkursamt bearbeitete ausserdem 14 Rechtshilfefälle (2012: 24 Rechtshilfefälle; 2011: 23 Rechtshilfefälle).

3. Betreibungsämter

a) Die Zahl der von den Betreibungsämtern ausgestellten Zahlungsbefehle ist im Verhältnis zu den Vorjahren praktisch gleich geblieben; 2013 waren es 72'099 Zahlungsbefehle gegenüber 72'918 Zahlungsbefehlen im Jahr 2012 und 71'677 Zahlungsbefehlen im Jahr 2011. Die Zahl der Pfändungsvollzüge blieb ebenfalls relativ konstant: 2013: 38'883; 2012: 40'472; 2011: 40'815. Im Berichtsjahr waren 29'780 Verwertungen zu verzeichnen; im Jahr 2012 kam es zu 34'650 Verwertungen und im Jahr 2011 zu 33'712 Verwertungen. Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 32 verwiesen.

b) In den nächsten Jahren sind keine altersbedingten Rücktritte von Betreibungsbeamtinnen und Betreibungsbeamten zu erwarten; umgekehrt stehen auch nur sehr wenige wählbare Kandidatinnen und Kandidaten zur Verfügung, was bei unerwarteten Rücktritten zu Problemen führen könnte. Die Lehrlingsausbildung der Betreibungsämter, mit welcher vor einigen Jahren begonnen wurde, zeitigt insofern nur geringen Erfolg, als die jungen Leute nach Abschluss der Lehre in der Regel noch zu wenig reif und erfahren sind, um in der vielfältigen und teils auch sehr herausfordernden und belastenden Tätigkeit als Sachbearbeiterin oder Sachbearbeiter im Schuldbetreibungswesen zu bestehen. Um die Attraktivität dieser Stellen zu erhöhen, sollte - sobald die entsprechenden finanziellen Möglichkeiten gegeben sind - die Besoldung der Betreibungsbeamtinnen und Betreibungsbeamten derjenigen der Grundbuchverwalter und Notare angepasst werden.

V. Tätigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

a) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind entsprechend den fünf Bezirken organisiert. Sie unterstehen der fachlichen Aufsicht durch das Obergericht. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden arbeiten eng mit den Berufsbeistandschaften zusammen, die von den Gemeinden organisiert und finanziert werden.

b) Die interne Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden wird in deren

Geschäftsordnungen

geregelt. Das Obergericht genehmigte am 13. November 2013 die Geschäftsordnung der Behörden von Frauenfeld, Kreuzlingen, Münchwilen und Weinfelden. Diese Geschäftsordnungen sind im Internet (www.tg.ch) publiziert.

c) Das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht schuf unter anderem verschiedene neue Rechtsinstitute wie den Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung, stärkte die rechtlichen Möglichkeiten der Angehörigen urteilsunfähiger Personen und verbesserte den Schutz urteilsunfähiger Personen, die in Einrichtungen leben, sowie den Rechtsschutz bei der fürsorgerischen Unterbringung. Der Hauptzweck des neuen Gesetzes war indessen der

Ersatz der früher standardisierten vormundschaftlichen Massnahmen

durch eine Beistandschaft, welche massgeschneiderte Lösungen ermöglicht, damit im Einzelfall nur so viel staatliche Betreuung erfolgen muss, wie wirklich nötig ist. Die Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes wurden bei einer Fachbehörde konzentriert, wobei die wesentlichen Verfahrensgrundsätze im Sinn eines vereinheitlichten Standards neu im Bundesrecht verankert sind. Dabei wurde bei

der Gestaltung des Verfahrens dem Schutz der Grundrechte besonders Rechnung getragen. Dies führt in vielen Fällen zwangsläufig dazu, dass die Verfahrensführung aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben komplizierter wird, während die grösseren Möglichkeiten bei den erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen zwangsläufig und häufig auch eine genauere Abklärung des Sachverhalts bedingen.

d) Der operative Start der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden erfolgte am 1. Januar 2013, wobei aufgrund der personellen Engpässe teilweise gewisse

Startschwierigkeiten

entstanden, insbesondere im Zusammenhang mit einem schwer voraussehbaren Fallvolumen, der Überarbeitung der Betriebsabläufe, den Problemen mit der EDV, den verschärften Vorschriften für Rechnungsrevisionen, der Übergabe von Fällen in suboptimalem Zustand durch die Gemeinden sowie der Koordination mit den neuen Berufsbeistandschaften und den Gemeinden.

e) Die

Interdisziplinarität der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

hat sich grundsätzlich bewährt, und bei der Teambildung wurden grosse Fortschritte erzielt. Immerhin ist festzustellen, dass der durch das neue Recht bedingte relativ grosse Bedarf an juristischem Know-how eher unterschätzt wurde.

f) Die

Zusammenarbeit mit den Gemeinden und den Berufsbeistandschaften

hat sich noch nicht überall gleich gut eingespielt. Das hängt auch damit zusammen, dass es in einzelnen Berufsbeistandschaften zu personellen Wechseln kam, und dass auch dort teils das notwendige juristi-

sche Knowhow fehlt, so dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde öfters unterstützend eingreifen musste. Abgesehen davon sind einzelne Berufsbeistandschaften personell überaus knapp dotiert. Leider kommt noch dazu, dass auch der Ausbaustand der Sozialdienste in den einzelnen Gemeinden sehr grosse Unterschiede aufweist.

g) Trotz gewisser Anfangsschwierigkeiten, die mindestens in einzelnen Bereichen zwangsläufig auch zu Verzögerungen in der Fallbearbeitung führten, lässt sich insgesamt feststellen, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Jahr 2013 gut gestartet sind. Das Obergericht durfte feststellen, dass von wenigen Ausnahmen abgesehen insbesondere die Abfassung der Entscheide, die Aktenführung und die Protokollierung bei diesen Behörden auf einem sehr guten Stand sind.

h) Bei den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden wurden im Berichtsjahr 6'183 Verfahren eröffnet und 4'231 Verfahren erledigt. Bei diesen 4'231 erledigten Verfahren stand die Anordnung, Änderung und Aufhebung gesetzlicher Massnahmen sowie die Berichts- und Rechnungsprüfung mit insgesamt 2'291 Verfahren im Vordergrund. Die 1'940 übrigen Verfahren verteilten sich im Wesentlichen auf die Übernahme und Übertragung von gesetzlichen Massnahmen (223 Verfahren), auf fürsorgerische Unterbringungen (93 Verfahren), auf Inventare (135 Verfahren), auf behördliche Mitwirkungen (197 Verfahren), auf den Wechsel der Mandatsperson (313 Verfahren), auf vorsorgliche Massnahmen (39 Verfahren), auf Vorsorgeaufträge und Patientenverfügungen (68 Verfahren), auf Kinderbelange (771 Verfahren wie Adoption, Kindesvermögen, persönlicher Verkehr, elterliche Sorge, Unterhalt, Vaterschaft), auf die Beurteilung von Beschwerden (46 Verfahren) sowie auf prozessuale Fragen (53 Verfahren) wie etwa Akteneinsicht, Entbindung vom Amtsgeheimnis, Kindesvertretung, Stundung und Erlass. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden führten Ende 2013 3'890 laufende Massnahmen; gemäss der Vormundschaftsstatistik waren es Ende 2012 3'364 Massnahmen. Es wird auf die Tabellen 27 bis 29 verwiesen.

i) Das Obergericht erledigte im Jahr 2013 insgesamt 46 Beschwerden gegen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. 23 Beschwerden wurden abgewiesen, auf eine Beschwerde wurde nicht eingetreten und sechs weitere Beschwerden wurden zurückgezogen. Sieben Beschwerden wurden gegenstandslos, davon drei Fälle, weil die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ihren eigenen Entscheid in Wiedererwägung gezogen hatte. Lediglich zwei Beschwerden wurden geschützt, fünf Beschwerden wurden teilweise geschützt, und zwei Beschwerden wurden für weitere Abklärungen und zu neuem Entscheid an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zurückgewiesen. Es wird auf die Tabellen 6 und 7 verwiesen.

j) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden haben gemäss der obergerichtlichen Verordnung mit einem

Pikettdienst

sicherzustellen, dass innerhalb des Kantons rund um die Uhr ein Behördenmitglied erreichbar ist. Dieser Pikettdienst kam im Berichtsjahr rund 30mal zum Einsatz.

k) Im Zusammenhang mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht sind verschiedene

Zuständigkeitsfragen

nicht klar geregelt. In Fällen, in welchen Personen aus anderen Kantonen in Psychiatrischen Kliniken im Thurgau fürsorgerisch untergebracht werden, hielt das Obergerichtspräsidium daran fest, dass sich daraus keine Zuständigkeit einer Thurgauer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zur Beurteilung dieser fürsorgerischen Unterbringung ergibt, auch wenn der betreffende Kanton eine Zuständigkeit am Ort der Klinik vorsieht. Das Obergericht des Kantons Zürich hat diese Haltung mit einem Grundsatzentscheid vom 25. April 2013 nun akzeptiert.

VI. Rechtsetzung

Am 26. November 2013 revidierte das Obergericht seine

Verordnung zum Kindes- und Erwachsenenschutz

in einzelnen Punkten:

Bei der Bestimmung über die Mitteilungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden an Amtsstellen und an Drittpersonen wurden zwei Präzisierungen der Verordnung vorgenommen. Ausserdem wurde eine separate Vorschrift über die Meldungen an die Einwohnerämter aufgenommen, welche eine praktikablere Lösung als bisher bringt: Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde meldet dem Einwohneramt der Politischen Gemeinde, in welcher die betroffene Person ihren Hauptwohnsitz hat, zusammen mit den notwendigen Kontaktadressen die Anordnung, Übertragung, Übernahme, Änderung oder Aufhebung von umfassenden Beistandschaften sowie von anderen Beistandschaften unter Angabe der Art der Beistandschaft sowie einer allfälligen Einschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person. Zu melden ist ferner die Feststellung oder der Verlust der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags für eine dauernd urteilsunfähige Person sowie die Anordnung, Übertragung, Übernahme, Änderung oder Aufhebung einer Vormundschaft über eine minderjährige Person. Meldepflichtig sind schliesslich auch andere Entscheide, welche einen Einfluss auf den Wohnsitz einer Person haben, insbesondere im Zusammenhang mit der Obhut über minderjährige Personen. Das Einwohneramt der Gemeinde ist bezüglich der erhaltenen Informationen allerdings an das Amtsgeheimnis gemäss Art. 451 ZGB gebunden und ohne eine besondere rechtliche Grundlage - unter Vorbehalt von Mitteilungen an andere Einwohnerämter - nicht berechtigt, diese Informationen an andere Amtsstellen oder Dritte weiterzugeben.

Was die Information der Behörden durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden anbelangt, sieht der Bund im Zusammenhang mit der von Nationalrat Rudolf Joder eingereichten Parlamentarischen Initiative zur Publikation von Erwachsenenschutzmassnahmen eine Revision beziehungsweise Ergänzung der massgebenden bundesrechtlichen Bestimmungen vor; dem entsprechenden Vorentwurf fehlt diesbezüglich allerdings noch die Präzision.

Ferner wurden in der revidierten Verordnung des Obergerichts aufgrund der Erfahrungen in der Praxis die Regelfristen für die Abgabe und die Prüfung der Beistandschaftsrechnungen und Beistandschaftsberichte von zwei Monaten auf vier Monate heraufgesetzt, da es in solchen Fällen - von Ausnahmen abgesehen, denen aber speziell Rechnung getragen werden kann - an der Dringlichkeit fehlt. Ausserdem wurde bezüglich der Rechnungslegung der Beistände für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden die Möglichkeit geschaffen, betreffend der Auslagen zugunsten der verbeiständeten Person Pauschalierungen zuzulassen; diese Bestimmung soll - insbesondere auch bei der Prüfung der Rechnungen von privaten Personen, die eine Beistandschaft führen - unnötige Detaillierungen vermeiden.

VII. Stellungnahmen und Mitberichte

a) Am 22. Januar 2013 erstattete das Obergericht seinen Mitbericht zum

Entwurf für ein Bundesgesetz über das Strafregister-Informations-System VOSTRA.

Das Obergericht hielt dabei fest, grundsätzlich könne es sich dem Entwurf durchaus anschliessen, auch wenn die Regelungen teilweise etwas gar detailliert erschienen. Hingegen sei das Obergericht mit der vorgesehenen Regelung in einem Punkt nicht einverstanden: Es sei absolut unnötig, auch noch eine elektronische Kopie des Originalentscheids im Volltext abzuspeichern. Es treffe insbesondere nicht zu, dass die Arbeit der Strafjustizbehörden erleichtert werde; vielmehr bestehe die grosse Gefahr, dass bezüglich der Vorstrafen nur noch die Daten im Strafregister beachtet und die Akten nicht mehr beigezogen würden. Damit verbunden sei das Problem, dass die Daten im Strafregister abgefragt werden könnten, ohne dies gegenüber den Betroffenen offen zu legen. Die blossen Erleichterungen, die bei Beanstandungen der Einträge durch Betroffene entstünden, wögen diese Nachteile keineswegs auf.

b) Gegenüber dem Bundesamt für Justiz liess sich das Obergericht am 30. Mai 2013 zu den geplanten

Parallelabkommen zu den Europäischen Verordnungen im Bereich der Zivilrechtshilfe

vernehmen. Das Obergericht wies darauf hin, dass die Rechtshilfe im Bereich der Zustellungen und der Beweisaufnahmen relativ problemlos ablaufe. Insofern müsste die Schaffung eines Parallelregimes zu den Haager Übereinkommen wesentliche Vorteile bringen, was indessen nicht der Fall sei. Im Thurgau sei das Obergericht Empfangsstelle, und Übermittlungsstellen seien - von Ausnahmen abgesehen - die zustellen-

den Gerichte; eine Lösung, die kantonale Zentralbehörde als Übermittlungsstelle einzusetzen, wäre ein Rückschritt. Die direkte Zustellung an den Empfänger im Ausland wäre eine geringfügige Erleichterung, doch sei sich das Obergericht nicht sicher, ob umgekehrt angesichts der heutigen Unzuverlässigkeit der Post die direkte Zustellung vom Ausland an Empfänger in die Schweiz nicht ein Problem darstellen könnte. Was mit der Einführung von Fristen bewirkt werden könne, sei unsicher, nachdem sich bisher kaum Probleme ergeben hätten. Mit der Schaffung neuer Formblätter werde das Verfahren jedenfalls nur komplizierter, ohne dass ein nennenswerter Gewinn ersichtlich wäre. Die Verwendung von modernen Kommunikationstechnologien sei schon bisher nach Absprache mit Erfolg praktiziert worden und funktioniere auch ohne weitere Rechtsgrundlage bestens. Zusammenfassend sehe das Obergericht in der Schaffung eines Parallelregimes mehr Nachteile als Vorteile. Der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass die Zustellung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen aus Deutschland und Österreich unter allen Titeln abgelehnt werde.

c) Am 14. August 2013 hielt das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit als Mitbericht zum

Vorentwurf zum Bundesgesetz über Verbesserungen beim Informationsaustausch zwischen Behörden im Umgang mit Waffen

fest, die vorgesehenen Gesetzesänderungen seien zweckmässig, auch wenn sie teils reichlich kompliziert erschienen. Was die vorgesehene Meldepflicht in der Strafprozessordnung anbelange, sei zur Vermeidung unnützer Mehrfachmeldungen davon auszugehen, dass die Meldung hängiger Strafuntersuchungen durch die Staatsanwaltschaft erfolgen müsse.

d) Am 19. November 2013 schloss sich das Obergericht im Rahmen des Mitberichts zum Entwurf für eine

Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (gewerbsmässige Gläubigervertretung)

der Idee, die gewerbsmässige Vertretung im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren im Rahmen des heutigen Art. 27 SchKG freizugeben, grundsätzlich an. Gleichzeitig betonte das Obergericht indessen, es sei strikte dagegen, darunter auch die SchKG-Summarsachen zu ziehen. Es treffe nicht zu, dass das Rechtsöffnungsverfahren nur "eine Weiterführung des Betreibungsverfahrens von in der Regel geringer Komplexität" sei. Gerade in Rechtsöffnungsverfahren stellten sich heute sehr häufig recht komplexe Fragen im Zusammenhang insbesondere mit dem Unterhaltsrecht und dem internationalen Zivilprozessrecht, vorab dem Lugano-Übereinkommen. Auf der anderen Seite könne von "qualifizierten" gewerbsmässigen Vertretern keine Rede sein; vielmehr sei ausserordentlich bedenklich, wie viele selbsternannte Rechtsberater und Inkassofirmen sowie mager ausgebildete Rechtsagenten und Vermögensberater den Markt bevölkerten. Deshalb sei im Kanton Thurgau die berufsmässige Vertretung in SchKG-Summarsachen stets den Anwältinnen und Anwälten vorbehalten gewesen. Die vom Bund nun vorgesehene Öffnung werde zu einer Vielzahl von völlig unnützen Verfahren führen, und zwar letztlich zugunsten einer bestimmten Branche, aber auf Kosten der Gläubiger. Ausserdem werde auch der Steuerzahler unnötig belastet, da die vom Bund vorgegebenen Tarife für die Gebühren der gerichtlichen Summarverfahren im Bereich des SchKG bei weitem nicht kostendeckend seien.

e) Gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit begrüsste das Obergericht am 5. September 2013 im Zusammenhang mit dem Mitbericht zur

Änderung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs betreffend das Verbrechen der Aggression und Kriegsverbrechen

die vorgesehenen Änderungen. Das gelte sowohl für die Erweiterung des Tatbestands des Kriegsverbrechens als auch für die individualstrafrechtliche Sanktionierung des Verbrechens der Aggression. Gerade weil die Pönalisierung der Aggression einen wichtigen Beitrag zum friedlichen Zusammenleben der Völker und zur Achtung der Menschenrechte leisten könne, sei ein Zuwarten mit einer Aufnahme des Verbrechens der Aggression ins schweizerische Strafrecht nicht sinnvoll; die diesbezügliche Argumentation sei zwar verständlich, aber nicht zwingend.

f) Am 15. November 2013 äusserte sich das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zur Motion von Kantonsrätin Kathrin Erni zur

"Neuorganisation der Schlichtungsbehörden".

Das Obergericht hielt dabei fest, die Schlichtungsbehörden in Mietsachen hätten eine durchaus zufriedenstellende Entlastungswirkung für die Bezirksgerichte, und die Schlichtungs- oder Erledigungsquote liege bei den Schlichtungsbehörden in einem sehr guten Bereich. Es treffe zu, dass sich die 80 Thurgauer Gemeinden in insgesamt 73 Schlichtungsbehörden organisiert hätten. Zwar wären zusätzliche Zusammenschlüsse durchaus sinnvoll, doch sei nicht zu verkennen, dass zahlreiche Schlichtungsbehörden insoweit "zusammenarbeiteten", als sie dieselbe Präsidentin oder denselben Präsidenten hätten. Die in der Motion angesprochene Professionalität der Schlichtungsbehörden sei ein sehr relativer Begriff; Professionalität bei einer Schlichtungsbehörde könne im Bereich Schlichtungs- sowie Verhandlungs- und Ver-

gleichstechnik oder aber im Bereich rechtlicher Kenntnisse und schliesslich im Bereich Immobilien bestehen. Der grössere Teil der Gemeinden verfüge über Schlichtungsbehörden mit Personen mit Anwaltspatent und/oder rechts- oder wirtschaftswissenschaftlichem Hochschulabschluss im Präsidium oder im Aktuariat oder über Immobilienfachleute im Präsidium; aus dieser Sicht lasse sich keineswegs generell sagen, es fehle den Schlichtungsbehörden an genügender Professionalität. Zwar habe es einen Fall gegeben, in welchem das Obergericht eine Ersatzbehörde habe einsetzen müssen, weil die Gemeinde es versäumt habe, rechtzeitig die Wahl der Schlichtungsbehörde vorzunehmen, doch handle es sich um einen Einzelfall, wie er, seit es die Schlichtungsbehörden in Mietsachen gebe, nur dieses eine Mal vorgekommen sei. Es sei richtig, dass gerade für kleinere Gemeinden mit den Schlichtungsbehörden ein relativ grosser Aufwand entstehe, doch lasse sich dieser Umstand praktisch bei jeder öffentlichen Aufgabe anführen, die von den Gemeinden wahrgenommen werden müsse; das Problem liege nicht bei den Schlichtungsbehörden, sondern darin, dass viele Gemeinden nach wie vor eine unwirtschaftliche Grösse aufweisen würden.

Die Schlichtungsbehörden auf Bezirksebene zu führen, erscheine nicht als sinnvoll, zumal die Ortskenntnisse unter Umständen gerade in mietrechtlichen Streitigkeiten eine relativ grosse Bedeutung aufweisen könnten. Eine Angliederung der Schlichtungsbehörden in Mietsachen an die Bezirksgerichte sei organisatorisch schwierig und unwirtschaftlich. Insbesondere die Lösung, dass ein Gerichtsschreiber das Präsidium der Schlichtungsbehörde führe, sei aus verschiedenen Gründen nicht sinnvoll.

Besondere Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der Zuständigkeit zwischen Schlichtungsbehörden in Mietsachen und Friedensrichterämtern seien bisher nicht entstanden. Probleme hätten sich nur im Bereich von Aberkennungsklagen, soweit sie mit Mietstreitigkeiten zusammenhingen, sowie mit Streitigkeiten aus landwirtschaftlicher Pacht ergeben; beide Probleme seien längst befriedigend gelöst.

Angesichts der bisherigen gesetzgeberischen Bemühungen im Zusammenhang mit den Friedensrichterämtern erscheine es wenig sinnvoll, die bestehende Organisation bereits wieder zu ändern. Der einzige Grund, der für eine Änderung des bestehenden Zustands spreche, sei die Tatsache, dass die friedensrichterliche Tätigkeit relativ viel Zeit für den Amtsinhaber absorbiere, was bei grösseren Ämtern dazu führen könne, dass dem Amtsinhaber verhältnismässig wenig Zeit für seine Führungsaufgabe als Chef des Betreibungsamts bleibe. Geringe Auslastung der Friedensrichterämter bedeute nicht zwingend auch geringe Professionalität, zumal das Schwergewicht keineswegs allein auf dem juristischen Fachwissen liege, sondern eher auf dem Verhandlungsgeschick sowie auf der Gabe, die hinter rechtlichen Auseinandersetzungen häufig steckenden psychologischen Gegebenheiten zu erkennen, und auf der Fähigkeit, zwischen den Beteiligten zu vermitteln und ihnen individuell sinnvolle und angepasste Lösungen zu präsentieren. Abgesehen davon sei die Auslastung gar nicht so gering: Von den 18 Friedensrichterämtern behandelten 16 Ämter über 40 Fälle pro Jahr. Was die Professionalität der Friedensrichter betreffe, seien in den letzten Jahren im Bereich der Weiterbildung grosse Anstrengungen unternommen worden. Ernsthafte Verbesserungen könnten nur erreicht werden, wenn für das Amt des Friedensrichters eine juristische Ausbildung gefordert werde, was indessen der Rechtstradition widerspreche und nur teurer werde.

Eine Angliederung der Schlichtungsbehörden an die Friedensrichterämter könne sinnvoll wohl nur darin bestehen, dass die Friedensrichterin oder der Friedensrichter als Vorsitzende der Schlichtungsbehörden eingesetzt würden. Das würde für viele Gemeinden zu einem deutlichen Verlust an juristischem oder immobilienrechtlichem Knowhow führen.

Zusammenfassend seien die Mängel, welche die heutige organisatorische Regelung der Schlichtungsbehörden in Mietsachen sowie der Friedensrichterämter einschliesslich der Kombination mit den Betreibungsämtern unbestreitbar aufweise, im Wesentlichen nicht systembedingt, sondern weitgehend personenbezogen. Jedenfalls seien keine organisatorischen Änderungen zu sehen, welche generell und ohne weiteres zu markanten Verbesserungen führen könnten.

g) Am 28. November 2013 liess sich das Obergericht zur vorgesehenen

Änderung der Verordnung des Regierungsrates über die Gebühren der kantonalen Verwaltungsbehörden

vernehmen. Das Obergericht wies darauf hin, es sei eher unsicher, ob die vorgesehene Änderung der Verordnung, welche die Mahngebühren betrifft, in einem Rechtsöffnungsverfahren ohne weiteres standhalte. Das Problem liege insbesondere darin, dass eine Kompetenzdelegation des Gesetzgebers in diesem Punkt an den Regierungsrat nicht ersichtlich sei. Dementsprechend werde die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage empfohlen.

VIII. Verschiedenes

1. Allgemeines

Aus verschiedenen Gründen ist es den Medien nur sehr beschränkt möglich, die Gerichtsberichterstattung in einem ausreichenden Ausmass zu pflegen; abgesehen davon werden viele Verfahren aufgrund der neuen gesetzlichen Regelungen ohnehin ohne öffentliche Verhandlung durchgeführt, so dass die Medienvertreter nicht ohne weiteres an die notwendigen Informationen kommen. Um dem Prinzip der

Justizöffentlichkeit

zu genügen und um eine ausreichende Transparenz in der Rechtspflege zu erzielen, sieht das Obergericht die Schaffung einer Medienstelle vor. Diese Medienstelle wird allgemeine Anlauf- und Auskunftsstelle für die Medien im Bereich der Zivil- und Strafjustiz sein; sie soll in Absprache mit den zuständigen Gerichtsvorsitzenden Medienmitteilungen verfassen und verbreiten, die Gerichte bei der Medienarbeit beraten und die Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter der Medien bei ihrer Arbeit unterstützen. Offen ist derzeit noch, inwieweit die Medienstelle noch weitere Aufgaben im Bereich der Öffentlichkeitsarbeit wahrnehmen kann. Es ist vorgesehen, dass diese dem Obergericht angegliederte Medienstelle zu Beginn des Jahres 2015 ihre Arbeit mit einem Pensum von 25-35% aufnehmen kann.

2. Obergericht

a) Das Obergericht hielt seine drei

Plenarsitzungen

im Berichtsjahr am 16. Januar, 17. April und 13. November 2013 im Obergerichtsgebäude in Frauenfeld ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

Weiterbildungsveranstaltungen

teil: Besucht wurden zehn Tagungen und Seminare zum Zivilprozessrecht, zur Rechtsinformatik, zur Aussagepsychologie, zum neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und zur Kommunikation von Gerichten sowie zur Optimierung von Gerichtsurteilen.

Je eine Delegation des Obergerichts nahm ausserdem am Tag der Richterinnen und Richter in Luzern sowie an der vom Bundesgericht durchgeführten eidgenössischen Justizkonferenz teil.

Ein Mitglied des Obergerichts absolvierte den CAS-Kurs "Prozessführung" des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen.

Ein Gerichtsschreiber des Obergerichts besuchte im Hinblick auf die Schaffung einer Medienstelle den CAS-Kurs "Professionelle Medienarbeit" des MAZ und der Hochschule für Wirtschaft Zürich.

c) Im Berichtsjahr wurde die Frage des

Auftretens von Ersatzrichterinnen und Ersatzrichtern vor dem eigenen Gericht

diskutiert. In einem Entscheid vom 12. April 2013, der das Thurgauer Verwaltungsgericht betraf, hielt das Bundesgericht fest, es wäre zwar grundsätzlich zu begrüssen, wenn ein Richter vor dem Gericht, dem er ersatzweise angehöre, nicht als Parteivertreter auftrete, doch lasse sich weder aus der Bundesverfassung noch aus der EMRK ein entsprechendes generelles Verbot ableiten; vielmehr sei es dem zuständigen Gesetzgeber anheimgestellt, ob er über die verfassungs- und konventionsrechtlichen Erfordernisse hinausgehen und einer Ersatzrichterin oder einem Ersatzrichter die (berufsmässige) Vertretung Dritter vor dem Gericht, dem er angehöre, untersagen wolle. In der Folge beschloss das Verwaltungsgericht, dass seine Ersatzmitglieder ab 2016 nicht mehr vor dem eigenen Gericht auftreten dürfen. Für das Obergericht stellt sich das Problem insofern nicht so akzentuiert, als das Pensum seiner Ersatzmitglieder - von besonderen Situationen abgesehen - eher relativ klein ist. Eine Lösung, wie sie das Verwaltungsgericht getroffen hat, kommt für das Obergericht nicht in Betracht, da den Ersatzmitgliedern in ihrer Anwaltstätigkeit alsdann praktisch der gesamte Bereich der Zivil- und Strafrechtspflege verschlossen wäre; damit wäre die Rekrutierung von erfahrenen Anwältinnen und Anwälten als Ersatzmitglieder des Obergerichts kaum noch möglich. Wollte dem vom Bundesgericht als begrüssenswert betrachteten Anliegen Rechnung getragen werden, müsste sinnvollerweise eine neue gesetzliche Regelung in dem Sinn getroffen werden, dass als Ersatzmitglieder des Obergerichts die Berufsrichterinnen und Berufsrichter der Bezirksgerichte bezeichnet würden.

d) Entsprechend der Informationsverordnung des Obergerichts erteilte das Obergerichtspräsidium insgesamt 59 Medienleuten neu die

Zulassung als Gerichtsberichterstatterin oder Gerichtsberichterstatter

an unseren Straf- und Zivilgerichten. Die Zulassung von 15 Medienleuten ist umgekehrt erloschen. Für 13 Medienleute wurde die Zulassung verlängert. Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau insgesamt 122 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter in Zivil- und Strafsachen zugelassen.

e) Das Obergerichtspräsidium erteilte gestützt auf die Informationsverordnung zwei Personen für einen vor einem Bezirksgericht verhandelten Prozess eine

vorübergehende Zulassung

zur Gerichtsberichterstattung. 2012 wurden zwei und 2011 vier solcher vorübergehender Bewilligungen erteilt.

f) Das

EDV-Programm JURIS

ist seit dem Jahr 2008 bei allen Bezirksgerichten eingeführt worden; das System hat sich grundsätzlich bewährt. Nach wie vor noch nicht in das System integriert werden konnte der elektronische Rechtsverkehr. Hingegen konnte der elektronische Austausch von Geschäftsdaten unter den Gerichts- und Strafverfolgungsbehörden im Berichtsjahr weiter verbessert werden.

g) Von der Möglichkeit des

elektronischen Rechtsverkehrs

wird nach wie vor in nur geringem Mass Gebrauch gemacht. Damit die Parteien ihre Eingaben an die gerichtlichen Behörden in elektronischer Form einreichen können, müssen gewisse Voraussetzungen erfüllt sein; notwendig ist insbesondere eine anerkannte qualifizierte elektronische Signatur des Absenders, und die Übermittlung hat sodann über eine anerkannte Zustellplattform (virtuelles Postfach) oder über die spezifische Eingabeadresse der Behörde (Kontaktformular) zu erfolgen. Der elektronische Rechtsverkehr umfasst im Kanton Thurgau vorerst nur den Empfang von Eingaben, nicht aber die Zustellung durch die Behörden.

h) Auf Anfrage des Departements für Justiz und Sicherheit beantwortete das Obergerichtspräsidium im Herbst 2013 die Fragen der Geschäftsprüfungs- und Finanzkommission des Grossen Rates zur

Praxis zur unentgeltlichen Rechtspflege.

Dabei wurde darauf hingewiesen, dass der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege durch die Prozessordnungen (ZPO und StPO) konkretisiert werde und insoweit nur das Bundesrecht massgebend sei; allerdings könnten die bisherigen kantonalen Grundsätze in den Details nach wie vor Anwendung finden, mindestens solange das Bundesgericht keine detaillierten Standards festsetze. Die Frage, wann die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werden könne, bleibe zudem ein Entscheid der zuständigen Behörde im Einzelfall; insoweit könnten ohnehin nur Richtlinien für den Regelfall und keine verbindlichen Vorschriften erlassen werden. Im Thurgau werde im Zusammenhang mit der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege schon seit 1998 nicht mehr von den SKOS-Richtlinien ausgegangen; massgebend sei vielmehr das betreibungsrechtliche Existenzminimum. Jedoch sei es nicht zulässig, auf das reine betreibungsrechtliche Existenzminimum

abzustellen; so müssten Steuern und allenfalls andere Schuldverpflichtungen, deren Höhe und Fälligkeitsdaten feststünden, bei der Beurteilung der Bedürftigkeit berücksichtigt werden, soweit sie tatsächlich bezahlt würden. Ausserdem seien auf den Grundbeträgen generelle Zuschläge zu gewähren, die je nach Kanton zwischen 15-30% schwankten; das Bundesrecht gehe von einem angemessenen Zuschlag von 10-30% aus, und nach der Lehre erscheine ein Zuschlag von etwa 20% als angezeigt. Im Kanton Thurgau gilt seit 2009 für die unentgeltliche Rechtspflege ein Zuschlag auf den Grundbeträgen von in der Regel 25% als massgebend. Allerdings handelt es sich nur um einen Regelsatz; massgebend sind die Verhältnisse des Einzelfalls, da durchaus Fälle denkbar sind, in welchen es sich rechtfertigt, diesen prozentualen Zuschlag zu über- oder zu unterschreiten.

i) Für das Obergerichtsgebäude muss aus Sicherheitsgründen und zur Verbesserung der betrieblichen Abläufe der

Empfangsbereich

neu gestaltet werden. Die entsprechenden Arbeiten wurden im Frühling 2014 aufgenommen.

3. Bezirksgerichte

a) Derzeit besuchen zwei Berufsrichterinnen und Berufsrichter der Bezirksgerichte den Zertifikatslehrgang "Judikative" an der Schweizerischen Richterakademie; fünf Berufsrichterinnen und Berufsrichter haben den Lehrgang bereits abgeschlossen. Aufgrund des Verordnungsrechts des Obergerichts ist der Besuch dieses Lehrgangs für neu gewählte Berufsrichterinnen und Berufsrichter obligatorisch.

b) Alle Bezirksgerichte können derzeit unter günstigen Bedingungen in ansprechend gestalteten Räumlichkeiten und mit einer guten Infrastruktur arbeiten.

c) Das Bezirksgericht Münchwilen ist einstweilen noch an zwei Standorten untergebracht, einerseits in den bisherigen Räumen in Eschlikon und andererseits im früheren Gebäude des Bezirksamts in Münchwilen. Die Sitzungen werden seit Mitte 2013 in einem provisorischen Sitzungssaal im "Dreitannen" in Sirnach abgehalten. Mit dem Umbau des Gerichtshauses in Münchwilen wurde bereits begonnen; das Gericht wird die neuen Räume im Frühling 2015 beziehen können.

4. Friedensrichterämter

Das Obergericht ermöglichte den interessierten Friedensrichterinnen und Friedensrichtern den Besuch von geeigneten Weiterbildungskursen; besucht wurden insgesamt acht Kurstage. Ausserdem konnte ein Friedensrichter den entsprechenden CAS-Lehrgang absolvieren.

5. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

a) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Münchwilen konnte im Jahr 2013 das Provisorium an der Standbachstrasse in Sirnach verlassen; dieses hatte üblichen Anforderungen an brauchbare Büroräume kaum zu genügen vermocht. Die Behörde konnte nun neue und gut geeignete Räumlichkeiten an der Wilerstrasse in Sirnach beziehen.

b) Das Obergerichtspräsidium führte am 22. August 2013 mit den Präsidentinnen und Präsidenten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden die jährliche Konferenz durch. Neben personellen Fragen und Problemen der Infrastruktur wurden verschiedene Punkte zum Verfahren und zur Statistik besprochen. So wurde vereinbart, dass Anhörungen in einfachen und geeigneten Fällen durch qualifizierte Personen im Fachsekretariat, wie Psychologen oder Sozialarbeiter, durchgeführt werden dürfen.

Das deutsche Reichsgericht definierte in einem Urteil vom 17. März 1879 den Begriff "Eisenbahn":

Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport grosser Gewichtsmassen beziehungsweise die Erzielung einer verhältnismässig bedeutenden Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist und durch diese Eigenart in Verbindung mit den ausserdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektrizität, tierischer oder menschlicher Muskeltätigkeit, bei geeigneter Ebene der Bahn auch schon durch die eigene Schwere der Transportgefässe und deren Ladung usw.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismässig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützliche oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist.

(RGZ Band I, Seite 247, 252)

Dies löste folgende Definition des Begriffs "Reichsgericht" aus:

Ein Reichsgericht ist eine Einrichtung, welche eine dem allgemeinen Verständnis entgegenkommen sollende, aber bisweilen durch sich nicht ganz vermeiden lassende, nicht ganz unbedeutende beziehungsweise verhältnismässig gewaltige Fehler im Satzbau auf der schiefen Ebene des durch verschnörkelte und ineinander geschachtelte Perioden ungeniessbar gemachten Kanzleistils herabgerollte Definition, welche eine das menschliche Sprachgefühl verletzende Wirkung zu erzeugen fähig ist, liefert.

(Ludwig Reiners, Deutsche Stilkunst, 1943)

IX. Verzeichnis der Behörden

(Stand Anfang April 2014)

Obergericht

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1986	Zweidler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt	1955
Vizepräsidentin:	1992	Thürer Elisabeth, Dr.iur., Rechtsanwältin	1953
Mitglieder:	1997	Reinhard François H., lic.iur., Rechtsanwalt	1952
	2000	Hausammann Peter, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
	2000	Glauser Jung Anna Katharina, lic.iur., Rechtsanwältin	1963
	2011	Ogg Marcel, Dr.iur., Rechtsanwalt	1971
Ersatzmitglieder:	1992	Hebeisen Andreas, lic.iur., Rechtsanwalt	1958
	2008	Kapfhamer-Kuhn Caroline, lic.iur., Rechtsanwältin	1974
	2011	Brandenberger-Amrhein Fabienne, lic.iur., Rechtsanwältin	1974
	2011	Weber Mario, lic.iur., Rechtsanwalt	1971

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Leitender Gerichtsschreiber:	2012	Schramm Giovanni, lic.iur., Rechtsanwalt	1955
Gerichts-schreiberinnen, Gerichtsschreiber:	1992	Soliva Thomas, Dr.iur., Rechtsanwalt	1959
	2006	Schneider Karin, lic.iur., Fürsprecherin	1971
	2011	Trepp Olivia, lic.iur., Rechtsanwältin	1973
	2011	Maj Pietro, lic.iur., Rechtsanwalt	1965
	2011	Koller Aline, MLaw, Rechtsanwältin	1983

Zwangsmassnahmengericht

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2011	Dünki Rolf M., lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Mitglieder:	2011	Möller Niels, lic.iur., Rechtsanwalt	1971
	2011	Schwander Kurt, lic.iur., Rechtsanwalt	1951

Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1997	Nussmüller Reinhold, lic.iur., Rechtsanwalt	1959
Mitglieder:	1997	Zülle Ernst, Arbeitnehmervertreter	1959
Mitglieder:	1997	Büchi Susanne, Arbeitgebervertreterin	1952
	2009	Holliger-Schalch Deborah, MLaw HSG	1983
Sekretariat:	1997	Muggli Marianne	1947

Bezirksgericht Arbon

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2000	Zanoni Ralph, lic.iur., Rechtsanwalt	1958
Vizepräsident:	1989	Kaufmann Urs, Dr.iur., Rechtsanwalt	1955
Berufsrichter:	2006	Diezi Dominik, Dr.iur., Rechtsanwalt	1973
Berufsrichterin:	2011	Trinkler Mirjam, lic.iur., Rechtsanwältin	1979
nebenamtliche Mitglieder:	1996	Luginbühl Marianne, Personalassistentin	1950
	2000	Heeb Hanspeter, lic.iur., EDV-Experte	1959
	2000	Abegglen Inge, Laborantin	1950
	2011	Rosenast Schlatter Doris, Versicherungsspezialistin	1958
Ersatzmitglieder:	2000	Oswald Migg, dipl. Bauing. HTL	1957
	2011	Burri-Bräm Katharina, med.pract., Ärztin	1953
	2012	Brunner Ralph, Betriebsökonom FH	1959
Leitende Gerichtsschreiberin:	2006	Sutter Heer Silke, lic.iur.	1964
Gerichtsschreiberin:	2006	Reinhardt-Schmid Franziska, lic.iur., Rechtsanwältin	1976
Gerichtsschreiber:	2011	Roth Jürg, M.A. HSG, Rechtsanwalt	1979

Bezirksgericht Frauenfeld

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1992	Fuchs Rudolf, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsident:	2008	Hunziker René, lic.iur., Rechtsanwalt	1971
Berufsrichterin:	2003	Steiger Eggli Christine, lic.iur.	1956
Berufsrichterin:	2011	Herzog Irene, lic.iur., Rechtsanwältin	1974
nebenamtliche Mitglieder:	2000	Anderegg Doris, kaufmännische Angestellte	1951
	2011	Frei Marianna, Pflegefachfrau Psychiatrie	1962
	2012	Aebersold Martin, Berufsschullehrer	1952
	2012	Guhl Gsell Marianne, Ing.Agr., Bibliothekarin	1952
Ersatzmitglieder:	2004	Peter Liselotte, dipl. Bäuerin, Lehrerin	1961
	2011	Maute Wolfgang, Dr.iur. HSG	1958
	2011	Rohr Christoph, dipl. Masch.Ing. ETH	1957

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Leitender Gerichtsschreiber:	1992	Allan Colin, lic.iur., M.C.J.	1962
Gerichts-schreiberinnen:	2010	Marti Nadine, lic.iur., Rechtsanwältin	1983
	2014	Hanselmann Fabienne, lic.iur., Rechtsanwältin	1986

Bezirksgericht Kreuzlingen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1992	Haubensak Urs, Dr.iur., Rechtsanwalt	1949
Vizepräsidentin:	2011	Faller Graf Ruth, lic.iur., Rechtsanwältin	1969
Berufsrichter:	2011	Pleuler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt	1972
nebenamtliche Mitglieder:	1999	Dahinden Silvia, Pharma-Assistentin	1953
	1992	Werner Roland, Landwirt	1955
	2008	Fäsi-Egloff Christina, dipl. Pflegefachfrau HF	1965
	2008	Imhof Erwin, Grenzwachtoffizier a.D.	1951
Ersatzmitglieder:	2000	Nufer Dieter, Landwirt	1947
	2004	Gisler Thomas, dipl. Augenoptikermeister	1960
	2011	Schrembs Enzo, Wirtschaftsjurist ZFH	1981
Leitende Gerichtsschreiberin:	1989	Pfeiffer-Munz Susanne, Dr.iur., Rechtsanwältin	1949
Gerichts-schreiberinnen:	2011	Rossi Fabienne, lic.iur., Rechtsanwältin	1984
	2011	Thür Brechbühl Suzanne, lic.iur., Rechtsanwältin	1962

Bezirksgericht Münchwilen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1987	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsident:	2011	Inauen Cornel, Dr.iur.	1976
Berufsrichterin:	2011	Schüler-Widmer Nina, lic.iur.	1974
nebenamtliche Mitglieder:	1996	Obrecht Urs, Architekt HTL	1949
	2011	Oswald Markus, Notar, Grundbuchverwalter	1951
	2011	Senn Ulrich, Leiter Rechtsdienst	1947
	2012	Haltiner Angela, Unternehmerin	1962
Ersatzmitglieder:	1998	Holenstein Marta, kaufmännische Angestellte	1953
	2007	Eugster Désirée, Mentalcoach	1975
	2008	Koller Brunner Susanna, Schulpräsidentin	1957
Leitender Gerichtsschreiber:	2012	Bühler Marc, MLaw, Rechtsanwalt	1984
Gerichtsschreiber:	2013	Meili Peter, lic.iur.	1981

Bezirksgericht Weinfelden

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2009	Schmid Pascal, lic.iur., Rechtsanwalt	1976
Vizepräsidentin:	2000	Bommer Marianne, lic.iur., Rechtsanwältin	1966
Berufsrichterin:	2011	Spring Claudia, lic.iur., Rechtsanwältin	1977
nebenamtliche Mitglieder:	2002	Grünig Hermann, Rektor	1954
	2008	Uhlmann Heinz, Kaufmann	1960
	2008	Tobler-Pfosser Alexandra, Gemeinderätin	1961
	2011	Tschopp Erwin, Schreinermeister	1953
Ersatzmitglieder:	2000	Brunner Otto, dipl. Handelslehrer HSG	1963
	2008	Sommer Daniel, Kunststoff Techniker TS/HF	1966
	2011	Jordi Helen, kaufm. Angestellte, Stadträtin	1957
Leitender Gerichtsschreiber:	2008	Romano Emmanuele, lic.iur., Rechtsanwalt	1978
Gerichtsschreiber:	2011	Gächter Markus, lic.iur.	1981
Gerichtsschreiberin:	2011	Schilling Andrea, lic.iur., Rechtsanwältin	1980

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Arbon

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2012	Hildebrand Andreas, lic.iur., Rechtsanwalt	1960
Vizepräsident:	2012	Traber Beat, dipl. Sozialarbeiter FH	1965
Mitglieder:	2012	Günthör Rosmarie, Sozialarbeiterin HFS	1959
		vakant	
		vakant	
Fachsekretariat:	2012	Glogg Dominik, MLaw, Aktuar	1980
	2013	Ehrbar Manuela, Fachspezialistin	1972
	2013	Frangi Petra, Fachspezialistin	1958
	2013	Schär Daniel, Finanzspezialist	1970
	2013	Brändle Erika, Sachbearbeiterin	1958

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Frauenfeld

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsidentin:	2012	Merz Barbara, Dr.iur., lic.phil. I, Rechtsanwältin	1954
Vizepräsident:	2012	Schlierenzauer Beat, dipl. Sozialarbeiter FH	1956
Mitglieder:	2012	Gämperle Fabiola, MLaw	1985
	2012	Inauen René, dipl. Sozialpädagoge HFS	1958
	2012	Kaufmann Sybille, dipl. Sozialpädagogin FH	1962
	2012	Haag Jürg, lic.phil. I	1956
	2013	Crameri Simone, dipl. Sozialarbeiterin FH	1963
Fachsekretariat:	2012	Kern André, Sozialversicherungsfachmann	1969
	2013	Koch Iris, Fachfrau Finanz- und Rechnungswesen	1963
	2012	Maulà Monica, Fachfrau Finanz- und Rechnungswesen	1974
	2013	Mosimann Rachel, MLaw, Rechtsanwältin	1985
	2013	Zurbriggen Nathalie, MLaw, Rechtsanwältin	1984
	2012	Bisig Monika, Sachbearbeiterin	1958
	2013	Boos Verena, Sachbearbeiterin	1953
	2013	Pietrocola Claudia, Sachbearbeiterin	1968

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreuzlingen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2012	Jordi Christian, lic.iur., dipl. Handelslehrer	1975
Vizepräsidentin:	2012	Reutimann Daniela, Ehe- und Familientherapeutin	1967
Mitglieder:	2012	Koch Benno, Organisationsberater	1957
	2012	Pfändler-Hartmann Sandra, systemische Beraterin	1972
	2012	Ulrich-Huber Sabrina, lic.iur. HSG	1975
Fachsekretariat:	2012	Grossenbacher Daniel, Finanzfachmann	1962
	2012	Megert Sabrina, lic.iur., Aktuarin	1984
	2012	Lang Beatrice, Sachbearbeiterin	1965
	2012	Bold Cornelia, Sachbearbeiterin	1967
	2013	Zollikofer-Blöchlinger Marlies, Psychotherapeutin FH	1954

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Münchwilen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsidentin:	2012	Schwarz Etter Katrin, lic.iur., Rechtsanwältin	1963
Vizepräsident:	2012	Ziörjen-Gerosa René, Sozialpädagoge FH	1956
Mitglieder:	2012	Angehrn Eilinger Susanna Maria, Sozialarbeiterin FH	1961
	2012	Zwingli-Bühler Simone, ehem.Vormundschaftssekretärin	1957
	2013	Della Valle Salvatore, M.A. HSG in Law	1985
Fachsekretariat:	2013	Bosshart René, Finanzfachmann	1972
	2012	Gallo-Grillo Marianna, Sachbearbeiterin	1971
	2012	Steg-Ruckstuhl Cornelia, Sachbearbeiterin	1966
	2012	Thüler Caroline, lic.phil., Psychologin	1976
	2013	Horber Salome, lic.iur., Rechtsanwältin, Aktuarin	1984
	2013	Haelg Simone, lic.iur.	1981

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Weinfelden

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsidentin:	2012	Semadeni Röthlisberger Claudia, lic.iur.	1970
Vizepräsidentin:	2012	Nater Lilo, ehem. Vormundschaftssekretärin / dipl. Kindergärtnerin	1956
Mitglieder:	2012	Breitenmoser Claudia, Pädagogin	1961
	2012	Oberhänsli Bettina, lic.phil., Klinische Psychologin FSP	1978
	2014	Madonna Morena, Sozialpädagogin FH	1979
Fachsekretariat:	2012	Sia Valeria, Leiterin Sekretariat	1984
	2012	Honegger Rosina, Sachbearbeiterin	1977
	2012	Lenz Kieliger Beatrice, Betriebsökonomin FH	1961
	2012	Madonna Morena, Sozialpädagogin FH	1979
	2013	Bleiker Regina, MLaw	1986

Friedensrichter- und Betreibungsämter

Bezirk Arbon

Kreis Amriswil	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Högger Hansjörg
Kreis Arbon	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Huber Thomas
Kreis Romanshorn	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Fröhlich René

Bezirk Frauenfeld

Kreis Diessenhofen	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Dubach Daniel
Kreis Felben-Wellhausen	Friedensrichterin und Betreibungsbeamtin	Brägger-Fingerle Claudia
Kreis Frauenfeld	Friedensrichterin und Betreibungsbeamtin	Meier Erika
Kreis Müllheim	Friedensrichterin und Betreibungsbeamtin	Brägger-Fingerle Claudia
Kreis Steckborn	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Ueltschi Rolf

Bezirk Kreuzlingen

Kreis Kemmental	Friedensrichter	Scherb Walter
	Betreibungsbeamter	Szabo Kurt
Kreis Kreuzlingen	Friedensrichter	Flammer Franz
	Betreibungsbeamter	Dörflinger Michael
Kreis Tägerwilen	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Strässle Willi

Bezirk Münchwilen

Kreis Aadorf	Friedensrichterin und Betreibungsbeamtin	Johannsen Verena-Baffj
Kreis Sirnach	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Sträuli Martin

Bezirk Weinfelden

Kreis Bischofszell	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Stuber Beat
Kreis Bürglen	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Szabo Kurt
Kreis Märstetten	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Weiler René
Kreis Sulgen	Friedensrichter und Betreibungsbeamter	Dubach Ernst
Kreis Weinfelden	Friedensrichter	Szabo Kurt
	Betreibungsbeamtin	Ledermann-Nänni Claudia

B. Statistische Angaben

zum Geschäftsbericht der Gerichte, der Friedensrichterämter sowie des Konkursamts und der Betreibungsämter

I. Obergericht

1. Allgemeines

Tabelle 1. Tätigkeitsübersicht

	2013	2012	2011
Sitzungen	**117**	101	122
Plenum	**3**	4	5
Dreierbesetzung	**114**	97	117
Einschreibungen	**691**	571	606
erstinstanzliche Verfahren	**2**	2	6
Berufungsverfahren	**178**	149	156
Beschwerdeverfahren	**349**	299	367
übrige Verfahren	**162**	121	77
erledigte Verfahren	**658**	575	639
erstinstanzliche Verfahren	**3**	5	4
Berufungsverfahren	**154**	153	184
Beschwerdeverfahren	**353**	300	372
übrige Verfahren	**148**	117	79
pendente Berufungsverfahren Ende Jahr	**68**	44	48
davon Eingang vor dem 1. Januar 2013	**6**	1	6

2. Zivilrechtspflege

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

	hängig per 1.1.13	neu	erledigt per 31.12.13
Urheberrecht	1	-	-
Erfindungspatente	1	-	-
Fabrik- und Handelsmarken	2	-	-
Geschäftsfirmen	1	-	1
Wettbewerbsbehinderungen	-	1	1
Rückführung eines Kindes	-	1	1
Total	**5**	**2**	**3**
2012 waren es	8	2	5
2011 waren es	6	6	4

Tabelle 3. Berufungsverfahren gegen Entscheide der Bezirksgerichte sowie der Einzelrichterinnen und Einzelrichter in Zivilsachen

Bezirk	Zahl	erledigt durch materiellen Entscheid				erledigt durch anderen Entscheid			
		unbe-gründet	be-gründet	teilweise be-gründet	Rück-weisung an Vor-instanz	Rück-zug und Aner-kennung	Ver-gleich	nicht einge-treten	ander-weitig erledigt
Arbon	17	9	-	1	1	-	3	2	1
Frauenfeld	15	6	1	4	2	1	-	1	-
Kreuzlingen	24	7	2	2	6	1	1	5	-
Münchwilen	14	8	2	3	-	-	1	-	-
Weinfelden	18	7	1	5	2	-	1	2	-
Rückweisung BuGer	3	-	-	2	1	-	-	-	-
Total	**91**	**37**	**6**	**17**	**12**	**2**	**6**	**10**	**1**
2012 waren es	94	40	5	19	14	3	6	6	1
2011 waren es	126	41	17	12	6	15	24	5	6

In diesen 91 Berufungsverfahren waren 100 Berufungen sowie drei Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:

Personenrecht	
- Schutz der Persönlichkeit	2
Familienrecht	
- Ehescheidung	14
- Änderung Scheidung/Trennung	2
- Eheschutzmassnahmen	6
- vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsprozess	8
- Unterhalt	3
- übriges Familienrecht	8
Erbrecht	
- Erbteilung	1
- übriges Erbrecht	1
Sachenrecht	
- Eigentum	4
- beschränkte dingliche Rechte	6
- Besitz und Grundbuch	1
- übriges Sachenrecht	1
Obligationenrecht	
- unerlaubte Handlung	4
- Schuldübernahme	1
- Kauf und Tausch	2
- Miete	5
- Arbeitsvertrag	8
- Leihe	1
- Werkvertrag	1
- Auftrag	2
- übrige Innominatverträge	1
- Aktiengesellschaft	1
- aktienrechtliche Verantwortlichkeit	1
- Handelsregister	1
Betreibungsrechtliche Prozesse	4
Übriges Zivilrecht	1
Verschiedenes	1

Tabelle 4. Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Bezirksgerichte sowie der Einzelrichterinnen und Einzelrichter in Zivilsachen nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	25	14	3	1	1	6	-
Frauenfeld	32	20	4	-	1	4	3
Kreuzlingen	42	27	4	-	2	6	3
Münchwilen	18	9	2	-	-	5	2
Weinfelden	41	22	7	-	2	9	1
Friedensrichterämter	4	1	-	-	2	-	1
Schlichtungsbehörden	2	1	-	-	-	-	1
Rückweisung BuGer	1	-	-	-	1	-	-
Total	**165**	**94**	**20**	**1**	**9**	**30**	**11**
2012 waren es	148	79	15	7	15	17	15
2011 waren es	204	91	23	17	10	36	27

* inkl. Rückzug und Anerkennung

In diesen 165 Beschwerdeverfahren waren 177 Beschwerden zu beurteilen.

Tabelle 5. Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Bezirksgerichte sowie der Einzelrichterinnen und Einzelrichter in Zivilsachen nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
SchKG							
- Rechtsöffnung	53	28	4	-	5	14	2
- Konkurseröffnung	26	9	13	-	-	3	1
- übrige Beschwerden nach SchKG	12	7	-	-	1	3	1
Klares Recht							
- Ausweisung	15	11	-	-	-	2	2
- übrige Beschwerden	1	1	-	-	-	-	-
ZGB/OR							
- ZGB	5	3	-	-	-	2	-
- OR	14	9	-	-	2	1	2
ZPO							
- Kostenbeschwerden	8	7	1	-	-	-	-
- Erledigungsentscheide	1	-	-	-	-	-	1
- unentgeltliche Prozessführung	12	8	1	-	1	2	-
- übrige Beschwerden	15	11	-	1	-	2	1
Total	**165**	**94**	**20**	**1**	**9**	**30**	**11**
2012 waren es	148	79	15	7	15	17	15
2011 waren es	204	92	22	17	10	36	27

* inkl. Rückzug und Anerkennung

Tabelle 6. Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rück-weisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	8	5	1	1	-	-	1
Frauenfeld	15	5	1	1	-	1	7
Kreuzlingen	5	3	-	2	-	-	-
Münchwilen	7	3	-	-	1	-	3
Weinfelden	11	7	-	1	1	-	2
Total	**46**	**23**	**2**	**5**	**2**	**1**	**13**

* inkl. Rückzug und Anerkennung

Tabelle 7. Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abge-wiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückwei-sung an Vorinstanz	nicht eingetreten	ander-weitig erledigt*
- Vorsorgeauftrag	-	-	-	-	-	-	-
- Patientenverfügung	-	-	-	-	-	-	-
- Beistandschaft	18	8	-	1	2	1	6
- Fürsorgerische Unterbringung	10	4	-	2	-	-	4
- übrige Beschwerden	18	11	2	2	-	-	3
Total	**46**	**23**	**2**	**5**	**2**	**1**	**13**

* inkl. Rückzug und Anerkennung

3. Strafrechtspflege

Tabelle 8. Berufungsverfahren gegen Urteile der Bezirksgerichte

Bezirk	Zahl	erledigt durch materiellen Entscheid				erledigt durch anderen Entscheid		
		unbe-gründet	be-gründet	teilweise be-gründet	Rückwei-sung an Vorinstanz	Rückzug	nicht einge-treten	ander-weitig erledigt
Arbon	10	3	1	1	-	1	4	-
Frauenfeld	13	5	1	-	1	2	4	-
Kreuzlingen	13	4	-	2	-	5	2	-
Münchwilen	12	4	-	2	-	4	2	-
Weinfelden	14	3	-	3	-	4	4	-
Rückweisung BuGer	1	-	-	1	-	-	-	-
Total	**63**	**19**	**2**	**9**	**1**	**16**	**16**	**-**
2012 waren es	59	14	5	6	1	21	11	1
2011 waren es	58	23	1	17	3	9	4	1

In diesen 63 Berufungsverfahren waren 76 Berufungen sowie eine Anschlussberufung zu beurteilen.

Die Berufungen wurden eingelegt:

- von der Staatsanwaltschaft: 16 Fälle
- von den Angeklagten: 52 Fälle
- von den Privatklägern: 8 Fälle

Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:

Strafgesetzbuch	
- Delikte gegen Leib und Leben	13
- Delikte gegen das Vermögen	18
- Ehrverletzungen	1
- Delikte gegen die sexuelle Integrität	3
- Delikte gegen die öffentliche Gewalt	2
- Delikte gegen die Rechtspflege	2
- Delikte gegen die Amts- und Berufspflicht	1
Bundesgesetz über den Strassenverkehr	15
Bundesgesetz über die Betäubungsmittel	2
Nebenstrafrecht des Bundes	5
Verschiedene Geschäfte	1

Weitere Geschäfte:

Das Obergericht hatte zwei Verfahren betreffend Wiederaufnahme eines Strafverfahrens beziehungsweise Revision eines Strafurteils zu behandeln.

Tabelle 9. Beschwerdeverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Generalstaatsanwaltschaft	3	2	1	-	-	-	-
Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsstraffälle	10	1	-	-	5	3	1
Staatsanwaltschaft Bischofszell	39	10	6	4	9	6	4
Staatsanwaltschaft Frauenfeld	36	19	4	1	4	3	5
Staatsanwaltschaft Kreuzlingen	23	6	3	6	2	4	2
Jugendanwaltschaft	10	4	1	-	1	2	2
Zwangsmassnahmengericht	22	9	4	-	2	2	5
Bezirksgerichte	11	7	2	-	-	1	1
Polizei-Kommando	-	-	-	-	-	-	-
Keine Vorinstanz	5	1	1	-	-	2	1
Total	**160**	**59**	**22**	**12**	**23**	**23**	**21**
2012 waren es	136	63	13	6	10	24	20
2011 waren es	150	62	16	10	10	30	22

* inkl. Rückzug und Anerkennung

Tabelle 10. Beschwerdeverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abge-wiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückwei-sung an Vorinstanz	nicht eingetreten	ander-weitig erledigt*
Rechtsverzögerung / Rechtsverweigerung	17	-	5	5	6	1	-
Nichtanhandnahme / Einstellung	61	28	3	2	13	12	3
Untersuchungshaft / Sicherheitshaft	25	9	6	-	1	2	7
Zwangsmassnahmen	10	3	-	-	-	2	5
Beweis	5	1	1	-	1	2	-
Ausstand	3	3	-	-	-	-	-
Kosten	9	-	2	4	1	2	-
Verfahrenserledigung Gerichte	4	4	-	-	-	-	-
Übrige Beschwerden	26	11	5	1	1	2	6
Total	**160**	**59**	**22**	**12**	**23**	**23**	**21**
2012 waren es	136	63	13	6	10	24	20
2011 waren es	150	62	16	10	10	30	22

* inkl. Rückzug und Anerkennung

4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen

Tabelle 11. Gesuche und Beschwerden

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	Rückzug	nicht eingetreten	anderweitig erledigt	durchschnittliche Verfahrensdauer
Als obere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter	24	12	-	2	5	-	4	1	49 Tage
Als Aufsichtsbehörde im Konkurswesen									
- Gesuche	-	-	-	-	-	-	-	-	-
- Beschwerden	4	2	1	-	-	-	1	-	53 Tage
Total	**28**	**14**	**1**	**2**	**5**	**-**	**5**	**1**	**50 Tage**
2012 waren es	16	11	-	1	-	-	3	1	42 Tage
2011 waren es	18	15	1	-	1	-	1	-	50 Tage

II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle

Tabelle 12. Art des Rechtsmittels und der Erledigung

	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt
Beschwerde						
in Zivilsachen	42	4	1	4	32	1
in Strafsachen	30	9	-	3	18	-
in Betreibungssachen	4	2	-	-	2	-
Total	**76**	**15**	**1**	**7**	**52**	**1**
2012 waren es	76	27	7	3	38	1
2011 waren es	85	26	3	5	49	2

III. Zwangsmassnahmengericht

Tabelle 13. Tätigkeitsübersicht

	Total Erledigungen	Haftfälle				Überwachungsmassnahmen			weitere Fälle
		Anordnung	Verlängerung	Überprüfung	übrige Fälle	Post- und Fernmeldeverkehr	technische Überwachungsgeräte	übrige Fälle	
Total	**416**	**134**	**69**	**13**	**30**	**108**	**3**	**51**	**8**
2012 waren es	**478**	**149**	49	17	19	133	22	83	6
2011 waren es	**495**	**137**	**47**	12	13	146	61	65	14

IV. Bezirksgerichte

1. Geschäftsführung der Bezirksgerichte (ohne eherechtliche Verfahren)

Tabelle 14. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen **	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2013	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	70	105	54	16	2
Frauenfeld	74	81	40	13	4
Kreuzlingen	96	86	63	22	-
Münchwilen	56	89	72	18	-
Weinfelden	151	64	30	8	3
Total	**447**	**425**	**259**	77	**9**
2012 waren es	381	429	238	80	9
2011 waren es**	444	512	444	107	12

* Als unechte Pendenzen gelten insbesondere Verfahren, die zufolge Konkurses einer Partei sistiert sind, ebenso Opferhilfeprozesse, die nur zur Fristwahrung eingeleitet wurden, und ähnliche Prozesse.

** inkl. eherechtliche Verfahren

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 15. Erledigte Prozesse nach Gegenstand

Bezirk	Zahl	Gegenstand						
		Personenrecht	Familienrecht	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
Arbon	28	-	-	3	5	20	-	-
Frauenfeld	19	1	-	2	1	14	1	-
Kreuzlingen	49	-	5	5	10	19	10	-
Münchwilen	24	-	5	-	-	19	-	-
Weinfelden	28	-	8	5	1	12	1	1
Total	**148**	**1**	**18**	**15**	**17**	**84**	**12**	**1**
2012 waren es	171	6	24	9	16	83	9	24
2011 waren es	163	11	5	14	15	108	6	4

Tabelle 16. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
			anderer Entscheid		
		Materieller Entscheid	Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten
Arbon	28	6	10	4	8
Frauenfeld	19	4	9	3	3
Kreuzlingen	49	22	12	10	5
Münchwilen	24	3	15	4	2
Weinfelden	28	13	10	3	2
Total	**148**	**48**	**56**	**24**	**20**
2012 waren es	171	84	41	20	26
2011 waren es*	370	182	73	68	47

* inkl. eherechtliche Verfahren

B. Strafrechtspflege

Tabelle 17. Überweisungen und Erledigungen der Bezirksgerichte in Fünferbesetzung

Bezirk	Überweisungen					Erledigungen			Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neueingänge	Total	Verfahrensart		Urteil	Beschluss /Verfügung	Total	
				ordentlich	abgekürzt				
Arbon	6	4	10	9	1	7	1	8	2
Frauenfeld	4	7	11	11	-	6	2	8	3
Kreuzlingen	3	10	13	13	-	5	-	5	8
Münchwilen	6	8	14	14	-	1	-	1	13
Weinfelden	2	2	4	4	-	3	-	3	1
Total	**21**	**31**	**52**	**51**	**1**	**22**	**3**	**25**	**27**
2012 waren es	16	17	33	33	-	8	4	12	21
2011 waren es	28	10	38	36	2	19	3	22	16

Tabelle 18. Überweisungen und Erledigungen der Bezirksgerichte in Dreierbesetzung

Bezirk	Überweisungen								Erledigungen			Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neueingänge	Total	Verfahrensart					Urteil	Beschluss /Verfügung	Total	
				ordentlich	abgekürzt	Einsprachevorfahren	Jugendstrafverfahren	Nachverfahren				
Arbon	5	75	80	19	13	40	1	7	42	16	58	22
Frauenfeld	14	58	72	20	13	35	2	2	42	12	54	18
Kreuzlingen	13	50	63	10	10	39	-	4	37	8	45	18
Münchwilen	14	52	66	31	8	21	1	5	20	8	28	38
Weinfelden	20	40	60	7	4	42	2	5	30	16	46	14
Total	**66**	**275**	**341**	**87**	**48**	**177**	**6**	**23**	**171**	**60**	**231**	**110**
2012 waren es	88	246	334	133	36	162	3	-	179	89	268	66
2011 waren es	62	199	261	96	24	140	1	-	94	79	173	88

2. Geschäftsführung der Bezirksgerichte und der Einzelrichterinnen und Einzelrichter in eherechtlichen Verfahren

Tabelle 19. Tätigkeitsübersicht (ohne summarische Verfahren)

Bezirk	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
		Total	davon Eingang vor dem 1.1.2013	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	154	44	11	-
Frauenfeld	158	25	2	-
Kreuzlingen	122	50	7	-
Münchwilen	122	46	6	-
Weinfelden	105	34	4	-
Total	**661**	**199**	**30**	**-**
2012 waren es	670	209	33	-

* Als unechte Pendenzen gelten insbesondere sistierte Verfahren.

Tabelle 20. Erledigte Prozesse nach Gegenstand, Erledigungsart und Instanz

Bezirk	Zahl	Gegenstand			Erledigungsart							
					Bezirksgericht				Einzelrichterin oder Einzelrichter			
						anderer Entscheid				anderer Entscheid		
		Ehescheidungs- / Ehetrennungsverfahren	Abänderungsklagen	Eheungültigkeit / Ehenichtigkeit	materieller Entscheid	Vergleich	Rückzug/ Anerkennung	Gegenstandslosigkeit /Nichteintreten	materieller Entscheid	Vergleich	Rückzug/ Anerkennung	Gegenstandslosigkeit /Nichteintreten
Arbon	160	135	25	-	10	-	-	-	110	14	20	6
Frauenfeld	167	145	22	-	3	-	-	1	137	14	12	-
Kreuzlingen	123	109	14	-	11	-	-	-	92	-	19	1
Münchwilen	116	99	17	-	9	1	2	1	93	2	7	1
Weinfelden	105	94	11	-	20	1	2	4	73	1	2	2
Total	**671**	**582**	**89**	**-**	**53**	**2**	**4**	**6**	**505**	**31**	**60**	**10**
2012 waren es	656	588	68	-	56	6	7	3	492	23	59	10
2011 waren es	867	628	239	-	-	-	-	-	-	-	-	-

3. Geschäftsführung der Einzelrichterinnen und Einzelrichter

Tabelle 21. Tätigkeitsübersicht (ohne eherechtliche und summarische Verfahren)

Bezirk	Sitzungen **	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2013	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	192	129	48	9	-
Frauenfeld	215	90	23	1	-
Kreuzlingen	62	120	65	4	-
Münchwilen	77	53	22	1	-
Weinfelden	216	73	32	4	1
Total	**762**	**465**	**190**	**19**	**1**
2012 waren es	770	475	169	18	1
2011 waren es	623	1'093	170	23	1

* Als unechte Pendenzen gelten insbesondere Verfahren, die zufolge Konkurses einer Partei sistiert sind, ebenso Opferhilfeprozesse, die nur zur Fristwahrung eingeleitet wurden, und ähnliche Prozesse.

** inkl. eherechtliche Verfahren

Tabelle 22. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahrensart		Gegenstand						
		ordentlich	vereinfacht	Personenrecht	Familienrecht	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
Arbon	125	1	124	1	21	-	9	91	2	1
Frauenfeld	84	23	61	1	6	1	9	61	5	1
Kreuzlingen	93	5	88	2	10	-	7	71	3	-
Münchwilen	47	15	32	1	3	-	1	42	-	-
Weinfelden	79	2	77	-	11	1	2	58	7	-
Total	**428**	**46**	**382**	**5**	**51**	**2**	**28**	**323**	**17**	**2**
2012 waren es	440	82	358	4	41	1	20	351	21	2
2011 waren es	501	195	306	9	18	5	42	413	14	-

Tabelle 23. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	nach Erledigungsart				Rechtshilfeeinvernahmen
		materieller Entscheid	anderer Entscheid			
			Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten	
Arbon	125	47	13	19	46	1
Frauenfeld	84	29	40	12	3	4
Kreuzlingen	93	29	39	17	8	5
Münchwilen	47	14	22	8	3	2
Weinfelden	79	27	24	13	15	4
Total	**428**	**146**	**138**	**69**	**75**	**16**
2012 waren es	440	148	169	85	38	25
2011 waren es*	1'161	708	234	164	55	22

* inkl. eherechtliche Verfahren

Tabelle 24. Einzelrichterliche Tätigkeit im summarischen Verfahren (ohne SchKG)

Bezirk	klares Recht		vorsorgliche Massnahmen Ehescheidung / -trennung	Eheschutzmassnahmen	Vormerkung von Bauhandwerkerpfandrechten	Kraftloserklärung von Wertpapieren	übrige Verfügungen nach ZGB und OR	Total
	Ausweisung von Mietern und Pächtern	andere						
Arbon	50	44	15	54	23	14	94	294
Frauenfeld	41	5	22	63	22	35	73	261
Kreuzlingen	29	9	15	23	15	19	75	185
Münchwilen	20	2	11	45	15	9	43	145
Weinfelden	39	2	11	45	10	14	90	211
Total	**179**	**62**	**74**	**230**	**85**	**91**	**375**	**1'096**
2012 waren es	177	48	67	247	78	125	364	1'106
2011 waren es	154	53	68	237	63	51	357	983

Tabelle 25. Einzelrichterliche Tätigkeit im summarischen Verfahren in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen

Bezirk	Rechts-öffnungs-gesuche	Konkurs-begehren	Insolvenz-erklärun-gen	Konkurs-eröff-nungen	Fest-stellung neuen Vermögens	Arrest-gesuche	übrige Ent-scheide nach SchKG	Total
Arbon	337	100	15	79	39	10	111	691
Frauenfeld	346	83	16	19	33	14	84	595
Kreuzlingen	220	134	8	40	28	13	119	562
Münchwilen	162	48	16	24	27	3	3	283
Weinfelden	268	127	14	33	48	10	73	573
Total	**1'333**	**492**	**69**	**195**	**175**	**50**	**390**	**2'704**
2012 waren es	1'391	497	89	163	129	43	423	2'735
2011 waren es	1'270	466	60	176	93	43	384	2'492

Tabelle 26. Beschwerden gegen die Betreibungsämter

Bezirk	Zahl	Erledigungsart					durchschnittliche Verfahrensdauer
		abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt	
Arbon	17	8	3	1	3	2	55 Tage
Frauenfeld	18	7	2	2	7		76 Tage
Kreuzlingen	15	12	3	-	-	-	52 Tage
Münchwilen	20	12	2	3		3	74 Tage
Weinfelden	12	4	1	1	5	1	32 Tage
Total	**82**	**43**	**11**	**7**	**15**	**6**	**60 Tage**
2012 waren es	60	24	10	6	4	16	38 Tage
2011 waren es	52	25	7	4	9	7	46 Tage

V. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

Tabelle 27. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	eröffnete Verfahren	erledigte Verfahren	Pendenzen Ende Jahr
Arbon	1'282	887	395
Frauenfeld	1'431	1'041	390
Kreuzlingen	1'002	614	388
Münchwilen	1'059	831	228
Weinfelden	1'409	858	551
Total	**6'183**	**4'231**	**1'952**

Tabelle 28. Erledigte Verfahren nach Gegenstand

Bezirk	Fürsorgerische Unterbringung	Anordnung gesetzlicher Massnahmen*	Änderung gesetzlicher Massnahmen	Aufhebung gesetzlicher Massnahmen	Berichtsprüfung	Inventar	Patientenverfügung	übrige Verfahren	Total
Arbon	10	205	10	56	241	37	-	328	887
Frauenfeld	23	196	10	79	278	32	-	423	1'041
Kreuzlingen	21	218	6	29	100	2	-	238	614
Münchwilen	10	170	20	44	208	29	1	349	831
Weinfelden	29	193	22	41	165	35	2	371	858
Total	**93**	**982**	**68**	**249**	**992**	**135**	**3**	**1'709**	**4'231**

* inkl. Überführung ins neue Recht und Vollzug gerichtlicher Massnahmen

Tabelle 29. Errichtete und abgeschlossene Massnahmen

Bezirk	errichtete Massnahmen				von auswärts über-nommene Mass-nahmen	abge-schlossene Mass-nahmen*	nach auswärts über-tragene Mass-nahmen	laufende Mass-nahmen per 31.12.2013
	Total	neu errichtete	von Gerichten zum Vollzug ange-ordnete	ins neue Recht über-führte				
Arbon	165	95	9	61	33	137	17	929
Frauenfeld	211	96	5	110	15	158	23	830
Kreuzlingen	269	106	9	154	9	73	20	578
Münchwilen	171	100	7	64	23	116	35	675
Weinfelden	174	99	15	60	21	98	23	878
Total	**990**	**496**	**45**	**449**	**101**	**582**	**118**	**3'890**

* inkl. die im Hinblick auf die Überführung ins neue Recht vom System abgeschlossenen Massnahmen

VI. Friedensrichterämter

Tabelle 30. Geschäftsumfang

Kreis	Als Sühnebeamter behandelt			Als Einzelrichter erledigt		
	Total	Vergleich/ Rückzug	erteilte Klagebewilligungen	Total	Urteilsvorschlag	materieller Entscheid
Arbon	85	39	46	14	3	11
Amriswil	78	42	36	2	1	1
Romanshorn	66	37	29	5	1	4
Frauenfeld	150	92	58	8	1	7
Diessenhofen	40	27	13	1	-	1
Felben	38	28	10	1	1	-
Müllheim	27	15	12	2	2	-
Steckborn	48	21	27	-	-	-
Kreuzlingen	153	70	83	13	4	9
Kemmental	38	19	19	4	1	3
Tägerwilen	83	22	61	1	1	-
Aadorf	114	61	53	13	5	8
Sirnach	62	40	22	-	-	-
Weinfelden	42	14	28	3	2	1
Bischofszell	62	36	26	5	3	2
Bürglen	35	15	20	2	2	-
Märstetten	62	38	24	6	6	-
Sulgen	27	12	15	2	2	-
Total	**1'210**	**628**	**582**	**82**	**35**	**47**
2012 waren es	1'233	618	615	93	42	51
2011 waren es	1'057	540	517	78	22	56

VII. Konkursamt

Tabelle 31. Geschäftsumfang

	2013	2012	2011
Pendenzen aus dem Vorjahr	**157**	147	139
Neueingänge	**339**	317	324
Erledigungen im Berichtsjahr	**333**	307	316
Pendenzen Ende Jahr	**163**	157	147
Konkurseröffnungen			
Firmenkonkurse	**165**	152	162
Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen)	**44**	60	49
Nachlasskonkurse (ausgeschlagene Erbschaften)	**130**	105	113
Total Neueingänge	**339**	317	324
Konkurserledigungen			
Widerruf	**2**	3	2
Aufhebung des Konkurses	**16**	11	14
Einstellung mangels Aktiven	**175**	154	173
Schlusserklärung			
nach summarischem Verfahren	**140**	139	126
nach ordentlichem Verfahren	**-**	-	1
Total Konkurserledigungen	**333**	307	316

VIII. Betreibungsämter

Tabelle 32. Geschäftsumfang

	Zahlungsbefehle	Pfändungsvollzüge	Verwertungen
Arbon	7'628	4'516	4'148
Amriswil	4'578	2'862	2'712
Romanshorn	5'066	3'453	2'677
Frauenfeld	8'945	5'046	4'682
Diessenhofen	2'042	1'505	1'176
Felben	1'480	717	603
Müllheim	1'695	827	696
Steckborn	2'958	1'651	1'427
Kreuzlingen	6'757	3'147	1'898
Kemmental	1'867	796	479
Tägerwilen	2'628	1'358	1'060
Aadorf	6'316	2'534	2'335
Sirnach	5'782	2'743	3
Weinfelden	2'447	1'222	900
Bischofszell	3'300	2'033	1'745
Bürglen	2'690	1'280	995
Märstetten	2'685	1'500	1'067
Sulgen	3'235	1'693	1'177
Total	**72'099**	**38'883**	**29'780**
2012 waren es	72'918	40'472	34'650
2011 waren es	71'677	40'815	33'712

C. Entscheide

des Obergerichts

und

des Obergerichtspräsidiums

I. BUNDESRECHT

1. **Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kommt gerichtliche Unabhängigkeit zu** (Art. 30 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 439 Abs. 1 ZGB; § 16 Abs. 1 EG ZGB).

1. a) Der Beschwerdeführer bestreitet die gerichtliche Unabhängigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Deren Mitglieder würden durch den Regierungsrat, also durch die Exekutive, bestimmt. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sei daher nicht von anderen staatlichen Organen unabhängig; überdies verletze die Wahl durch den Regierungsrat die Gewaltenteilung. Der Richter müsse von der Regierung, dem Gesetzgeber sowie den Parteien unabhängig sein. Er dürfe nicht an Weisungen gebunden und niemandem Rechenschaft schuldig sein. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde unterliege aber schon von Bundesrechts wegen einer Aufsichtsbehörde der Exekutive, und zudem bestimme der Thurgauer Regierungsrat deren Präsidenten und Sitz sowie Büroräumlichkeiten.

b) Bei ärztlich angeordneter Unterbringung kann die betroffene Person das zuständige Gericht anrufen[1]. Die Kantone bezeichnen das für Beschwerden gemäss Art. 439 ZGB zuständige Gericht[2]. Im Kanton Thurgau ist dies die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde[3]. Damit kann ihr der Kanton auch die von Art. 439

---

1 Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

2 Guillod, in: FamKommentar Erwachsenenschutz (Hrsg.: Büchler/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 439 ZGB N 9

3 § 58 Abs. 2 EG ZGB

ZGB vorgesehenen gerichtlichen Funktionen übertragen[4]. Was unter "Gericht" zu verstehen ist, ergibt sich aus der Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK. Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung, sondern auf die tatsächliche Ausgestaltung des entsprechenden Spruchkörpers an. Das Gericht muss unparteiisch und unabhängig sein. Zudem ist das Verfahren so zu organisieren, dass die Sache laut Art. 6 Ziff. 1 EMRK "in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird". Entscheidende Bedeutung hat schliesslich, dass das Gericht die rechtserheblichen Tatsachen selber erhebt, die Rechtssätze auf den in einem rechtsstaatlichen Verfahren ermittelten Sachverhalt anwendet und die die Parteien bindenden Entscheidungen selber fällt. Im Gegensatz zu einer Verwaltungsbehörde kann ein Gericht die Entscheidungsfindung nicht delegieren. Die gewählten Richter müssen sich sowohl bezüglich Sachverhaltsfeststellung als auch der Rechtsfindung persönlich eine Meinung bilden. Sie müssen deshalb die für den Entscheid relevanten Akten auch selber studiert haben[5]. Als Gericht im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 30 Abs. 1 BV gilt eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft. Sie braucht nicht in die ordentliche Gerichtsstruktur eines Staates eingegliedert zu sein, muss jedoch organisatorisch und personell, nach der Art ihrer Ernennung, der Amtsdauer, dem Schutz vor äusseren Beeinflussungen und nach ihrem äusseren Erscheinungsbild sowohl gegenüber anderen Behörden als auch gegenüber den Parteien unabhängig und unparteiisch sein[6].

Das zentrale Kriterium des Unabhängigkeitsgebots besteht in der Forderung, dass die erkennende Instanz mit Bezug auf ihre Rechtsprechungstätigkeit an keinerlei Weisungen gebunden sein darf und

---

4 Guillod, Art. 439 ZGB N 9
5 Geiser/Etzensberger, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 439 ZGB N 28
6 BGE vom 18. Januar 2013, 5C_1/2012, Erw. 4.2

niemandem Rechenschaft ablegen muss. Dabei soll insbesondere die Beeinflussung der Judikative durch die Exekutive ausgeschlossen werden. Der Europäische Gerichtshof untersucht im Zusammenhang mit der Prüfung der gerichtlichen Unabhängigkeit den Bestellungsmodus und die Amtsdauer der Richter sowie die im staatlichen Recht vorgesehenen Schutzmöglichkeiten gegen die Ausübung äusseren Drucks. Der Forderung nach einem unabhängigen Gericht wird auf nationaler Ebene am zweckmässigsten durch die Statuierung von festen Amtsdauern, während denen die Richter nur wegen ausserordentlicher Gründe abgesetzt werden dürfen, Rechnung getragen. Ferner vermag auch die Bestellung der Richter mittels Wahl durch das Parlament oder das Volk Gewähr für eine unabhängige Justizbehörde zu bieten. Das heisst allerdings nicht, dass die Einsetzung eines Gerichts durch die Exekutive automatisch das Prinzip der Unabhängigkeit verletzt. Solange das von der Regierung bestellte Gremium im Rahmen seiner Amtsausübung faktisch und rechtlich weisungsfrei ist und innerhalb seiner Amtsdauer nur unter erschwerten Bedingungen abgesetzt werden kann, ist den Anforderungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch in diesen Fällen Genüge getan[7].

c) Der Regierungsrat wählt die Mitglieder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und bestimmt deren Präsidenten[8]. Nach § 32 KV beträgt die Amtsdauer der Personen und Behördenmitglieder, die vom Volk oder vom Grossen Rat gewählt werden oder für die das Gesetz die Wahl auf Amtsdauer vorsieht, vier Jahre. Es dürfte sich um ein Versehen handeln, dass die Amtsdauer bei den Behördemitgliedern der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt wird; jedenfalls ergibt sich aus den entsprechenden Wahlbeschlüssen des Regierungsrates, dass die Behördemitglieder der

---

7 Bezgovsek, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und das steuerrechtliche Verfahren, Zürich 2002, S. 69 f.

8 § 16 Abs. 1 und 4 EG ZGB

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde auf eine Amtsdauer von vier Jahren gewählt sind.

§ 16 Abs. 1 EG ZGB hält ausdrücklich fest, dass der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gerichtliche Unabhängigkeit im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zukommt. Um die gerichtliche Unabhängigkeit zu wahren, übt denn auch nicht der Regierungsrat, sondern das Obergericht die fachliche Aufsicht über die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde aus. In diesem Zusammenhang erlässt es auch die nötigen Bestimmungen[9]. Einzig die administrative Aufsicht obliegt dem Regierungsrat[10]. Das Obergericht genehmigt die Geschäftsordnung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und bestimmt den Beschäftigungsgrad der Präsidien, der Mitglieder und der Fachsekretariate der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde[11]. Das Obergericht kann als Aufsichtsbehörde nötigenfalls Disziplinarmassnahmen gegen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde treffen und deren Mitglieder letztlich auch disziplinarisch entlassen, genauso wie es dies auch bei den Bezirksgerichten tun kann[12]. Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde richtet sich ergänzend zu demjenigen gemäss ZGB sinngemäss nach den auch für die Bezirksgerichte geltenden Bestimmungen der ZPO[13]. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist somit gegenüber anderen Behörden wie auch gegenüber den Parteien unabhängig und in der Rechtsprechung nicht weisungsgebunden. Ihre Entscheide beruhen auf vollständiger Sachverhaltsermittlung und freier Rechtsanwendung und sind verbindlich, unter Vorbehalt der Anfechtung beim Obergericht, das auf Beschwerde hin wiederum sämtliche Tat- und Rechtsfragen uneingeschränkt prüfen

---

9 § 11c Abs. 2 EG ZGB
10 § 11 Abs. 1 Ziff. 3 EG ZGB
11 § 16a Abs. 2 und 3 EG ZGB
12 §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 1 und 18 Abs. 1 Ziff. 3 VerantwG
13 Art. 450f ZGB; § 42 EG ZGB; § 29 Abs. 1 KESV

kann. Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kommt somit ohne Zweifel gerichtliche Unabhängigkeit im Sinn von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu. Sie ist bezüglich ihrer Rechtsprechung an keine Weisungen gebunden, ihre Mitglieder sind auf Amtsdauer gewählt, und sie trifft in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen.

Obergericht, 1. Abteilung, 29. Mai 2013, KES.2013.15

2. **Gemeinsame elterliche Obhut im Eheschutzverfahren** (Art. 176 Abs. 3 ZGB)

1. Die Berufungsklägerin stellte im Eheschutzverfahren den Antrag, ihr sei die Obhut über die drei gemeinsamen Kinder jeweils von Montag bis Freitag, ab ungefähr 6.30 Uhr bis ungefähr 19.00 Uhr, in der Familienwohnung sowie an mindestens einem Wochenende pro Monat bei sich zu Hause zuzuteilen, wohingegen der Vater die Kinder in der verbleibenden Zeit betreuen solle. Sie sei im Weiteren zu berechtigen, ihre Kinder jährlich während vier Wochen in den Schulferien zu sich in die Ferien zu nehmen. Der Berufungsbeklagte war mit dieser Regelung grundsätzlich einverstanden, brachte aber gewisse Vorbehalte betreffend die Erwerbstätigkeit und den persönlichen Unterhaltsanspruch der Berufungsklägerin an. Damit stellten die Parteien letztendlich übereinstimmend den Antrag, es sei ihnen die gemeinsame Obhut über die drei Kinder einzuräumen.

2. a) Die Vorinstanz erwog in einem Satz, dass eine gemeinsame elterliche Obhut gesetzlich nicht möglich sei, und verwies dabei

auf Six[14]. Diese Auffassung widerspricht aber der herrschenden Lehre[15] und - soweit ersichtlich - auch der Rechtsprechung[16].

b) Es entspricht dem grundsätzlich auf die Erhaltung der Ehe ausgerichteten Zweck eines Eheschutzverfahrens, dass die richterliche Instanz möglichst wenig autoritativ eingreifen und keine einschneidenden Änderungen anordnen sollte. Eheschutzmassnahmen müssten, soweit möglich, das Auseinanderfallen der Familie vermeiden und die Voraussetzungen für eine Bewältigung der ehelichen Schwierigkeiten schaffen. In der Lehre wird daher gefordert, die Eltern seien im Hinblick auf die Kontinuität der Beziehung zu ihren Kindern möglichst stark an der weiteren Betreuung und Erziehung zu beteiligen. Sind die Eltern bereit, im Interesse der Kinder weiterhin zusammenzuwirken, kann es sich rechtfertigen, im Eheschutzverfahren ein gemeinsames elterliches Obhutsrecht anzuordnen. Voraussetzung ist, dass dies die Eltern beantragen und das Wohl des Kindes nicht eine andere Regelung erfordert. Es bestehen für eine solche Regelung, im Unterschied zur Kinderzuteilung bei der Scheidung, keine rechtlichen Hindernisse. Der Begriff "nötige Massnahmen" kann daher auch die Anordnung einer gemeinsamen elterlichen Obhut bedeuten[17]. Die Bestimmungen über das Kindesverhältnis[18] sehen zudem vor, dass bei Aufhebung des gemeinsamen Haushalts die elterliche Sorge einem Ehegatten allein zugeteilt werden kann, wobei auch nur die Obhut einem Ehegatten allein zugeteilt werden kann (in maiore minus). Der Gesetzestext schliesst damit - als Kann-Vorschrift - nicht aus, die

---

14 Six, Eheschutz - Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2008, N 2.07

15 Bräm, Zürcher Kommentar, Art. 176 ZGB N 83 f.; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 176 ZGB N 44a; Dolder/Diethelm, Eheschutz, in: AJP 2003 S. 665

16 Vgl. BGE vom 28. August 2001, 5P.173/2001, Erw. 7; BGE 123 III 452; ZR 103, 2004, Nr. 25

17 Bräm, Art. 176 ZGB N 83

18 Art. 297 Abs. 2 ZGB

elterliche Sorge bei den Ehegatten gemeinsam zu belassen. Oberste Richtschnur ist auf jeden Fall das Kindeswohl. Unter diesem Gesichtspunkt wäre die gemeinsame elterliche Obhut im Hinblick auf die Kontinuität der Beziehung der Kinder zu beiden Eltern an sich zu begrüssen. Die gemeinsame elterliche Obhut stellt jedoch hohe Anforderungen an die getrennt lebenden Elternteile und deren Gesprächs- und Kooperationsbereitschaft und dient nur dann dem Kindeswohl, wenn sie einigermassen harmonisch ausgeübt wird. Dies heisst nicht, dass die Eltern in allen das Kind betreffenden Fragen gleicher Meinung sein müssen; jedoch sollte zumindest in den zentralen Fragen - wozu auch gehört, ob die Obhut über das Kind gemeinsam ausgeübt werden soll - ein grundsätzlicher Konsens bestehen[19].

3. a) Angesichts der Feststellung der Vorinstanz, wonach im Rahmen des Eheschutzes eine gemeinsame Obhut der getrennt lebenden Eltern rechtlich nicht möglich sei, beantragte die Berufungsklägerin im Berufungsverfahren die Übertragung der elterlichen Obhut. Im Eventualstandpunkt verlangte sie die Einräumung eines Besuchsrechts im Rahmen der bisher von ihr für die Betreuung der Kinder aufgewendeten Zeit in der ehelichen Liegenschaft, welchen Antrag auch der Berufungsbeklagte als Hauptantrag übernahm. Nach wie vor sind beide Parteien aber offensichtlich der Auffassung, dass das Wohl der Kinder am besten gewahrt wäre, wenn die bisher gelebte Rollenteilung beibehalten würde, wonach die Berufungsklägerin jeweils von Montag bis Freitag tagsüber die Kinder in der ehelichen Wohnung betreut und nach Rückkehr des Berufungsbeklagten von der Arbeit sich in ihre eigene Wohnung zurückzieht, wohingegen dieser die Betreuungsaufgabe über Nacht bis zum Morgen übernimmt.

---

[19] ZR 103, 2004, Nr. 25

b) Trotz dieser Praxis und obwohl die Berufungsklägerin in der bisherigen Rollenteilung mehrheitlich für die Kinderbetreuung verantwortlich war, stellte die Vorinstanz die Kinder unter die Obhut des Berufungsbeklagten, welcher aufgrund seiner Erwerbstätigkeit in Zürich nicht in der Lage sein dürfte, die Kinder tagsüber zu betreuen. Würde nicht die Berufungsklägerin unter der Woche die Kinder betreuen, wäre der Berufungsbeklagte diesbezüglich auf die Hilfe Dritter angewiesen. Eine persönliche Betreuung durch den Berufungsbeklagten in dieser Phase wäre somit nicht möglich, weshalb sich die von der Vorinstanz getroffene Lösung mit Blick auf das Kindeswohl von vornherein als problematisch erweist[20]. Es stellt sich deshalb einzig die Frage, ob die bisher im gegenseitigen Einvernehmen praktizierte Regelung weitergeführt oder ob die Obhut auf die Mutter übertragen werden soll, was auch eine Zuweisung der Familienwohnung an die Berufungsklägerin zur Folge hätte. Die bisher gelebte Regelung ist zu bevorzugen, da sie grundsätzlich letztlich dem Wunsch beider Parteien entspricht und dem Wohl der Kinder am besten Rechnung trägt. Einer solchen Lösung steht auch der Umstand nicht entgegen, dass mit dem Hauptantrag der Berufungsklägerin die alleinige Übertragung der Obhut verlangt war, während im Eventualstandpunkt die Einräumung eines Besuchsrechts an den Wochentagen sowie an jedem zweiten Wochenende verlangt wurde, da mit diesen Begehren offensichtlich auf die (unzutreffende) Feststellung der Vorinstanz reagiert wurde, wonach eine gemeinsame Obhut rechtlich gar nicht möglich sei. Da in Kinderbelangen von Amtes wegen das Kindeswohl gewahrt werden muss[21], und weil der Richter dementsprechend nicht an die Begehren der Parteien gebunden ist, kann er ohne weiteres auch auf frühere Anträge zurückkommen und eine gemeinsame Obhut anordnen. Die Regelung einer gemeinsamen Obhut hat gegenüber der alleinigen

---

[20] Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 176 ZGB N 45
[21] Bräm, Art. 176 ZGB N 75 und 78

Zuteilung der Obhut an den Vater den Vorteil, dass sie den bisherigen Verhältnissen entspricht und die (wechselseitige) Betreuung der Kinder durch einen Elternteil persönlich sicherstellt.

c) Zusammenfassend ist die Obhut über die Kinder den Parteien gemeinsam zuzuteilen. Die Berufungsklägerin übernimmt die Betreuung der Kinder von Montag bis Freitag jeweils morgens ab etwa 6.30 Uhr bis abends etwa 19.00 Uhr in der Familienwohnung sowie an zwei Wochenenden pro Monat bei sich zu Hause. Der Berufungsbeklagte betreut die Kinder in der übrigen verbleibenden Zeit in der Familienwohnung. Jeder Elternteil ist berechtigt, mit den Kindern jährlich während vier Wochen in den Schulferien die Ferien zu verbringen.

Obergericht, 1. Abteilung, 5. Februar 2013, ZBR.2013.1

3. Eintragung im automatisierten Polizeifahndungssystem (RIPOL) und Hinterlegung der Ausweisschriften zur Verhinderung einer möglichen Kindesentführung (Art. 307 Abs. 1 ZGB)

1. Ein Pakistani und eine Deutsche heirateten 2001 in Pakistan. Aus dieser Verbindung ging 2004 ein Sohn hervor. 2012 wurde die Ehe in der Schweiz geschieden. Das Kind wurde unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt. Dem Vater wurde ein Besuchs- und Ferienrecht eingeräumt, wobei die im Rahmen des Eheschutzentscheids angeordnete Besuchsbeistandschaft bestätigt wurde. Ausserdem wurde der Vater unter Androhung der Ungehorsamsstrafe angewiesen, seine Ausweisschriften für die Dauer der Ausübung des Besuchsrechts bei der zuständigen Behörde zu hinterlegen. Ferner wurde es dem Vater untersagt, mit seinem Sohn die Schweiz zu verlassen. Dieses Eheschei-

dungsurteil erwuchs 2013 in Rechtskraft. In der Folge gelangte die Beiständin an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und beantragte weitere Kindesschutzmassnahmen, da die Gefahr einer Entführung des Kindes durch den Vater minimiert werden müsse. Daraufhin beschloss die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, es sei im automatisierten Polizeifahndungssystem (RIPOL) einzutragen, dass das Kind die Schweiz weder allein noch in Begleitung von Drittpersonen verlassen dürfe, ausgenommen in Begleitung seiner Mutter oder gestützt auf eine notariell beglaubigte Vollmacht der Inhaberin der elterlichen Sorge. Ausserdem wies die Behörde den Vater an, den biometrischen Ausländerausweis (Niederlassungsbewilligung C) nach Erhalt bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu hinterlegen. Gegen diesen Entscheid erhob der Vater Beschwerde und beantragte sinngemäss, es sei auf eine Eintragung im automatisierten Polizeifahndungssystem zu verzichten. Ebenso sei von der Anweisung, wonach er den biometrischen Ausländerausweis nach Erhalt bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu hinterlegen habe, abzusehen.

2. a) aa) Soweit der Beschwerdeführer die Eintragung im automatisierten Polizeifahndungssystem (RIPOL)[22] anfocht, stellt sich vorab die Frage, inwieweit der Beschwerdeführer durch diese Anordnung überhaupt beschwert ist. Vater und Sohn wohnen beide in derselben Ortschaft, weshalb das Besuchs- und Ferienrecht des Beschwerdeführers durch diese Massnahme nicht beeinträchtigt wird. Mit anderen Worten wird der Beschwerdeführer den Kontakt zu seinem Kind auch nach der Eintragung wie bis anhin pflegen können. Der Vermerk erfolgt im Interesse des Kindes, und der Antrag der Beiständin an die Vorinstanz, wonach zusätzliche Kindesschutzmassnahmen zu ergreifen seien, wurde in Absprache mit der Kindesmutter als Inhaberin der elterlichen Sorge gestellt. Die Eintragung ist mit keinerlei

---

[22] Vgl. Art. 1 RIPOL-Verordnung vom 15. Oktober 2008 (SR 361.0)

Nachteilen für das Kind verbunden und bezweckt einzig, eine allfällige Entführung des Kindes nach Pakistan zu verhindern. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann er aus dem Eheschutzentscheid, wonach der Richter ein entsprechendes Begehren der Kindesmutter auf Eintragung abgewiesen hatte, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Jener Entscheid erging im summarischen Verfahren, und es kommt ihm nach Eintritt der Rechtskraft des Ehescheidungsurteils keine Bedeutung mehr zu. Kindesschutzmassnahmen können jederzeit beantragt werden, und es war, nachdem das Ehescheidungsurteil rechtskräftig wurde, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zuständig, mit Blick auf den Antrag der Beiständin einen Entscheid zu fällen. Zusammenfassend ist auf die Beschwerde in diesem Punkt mangels Beschwer nicht einzutreten[23].

bb) Doch selbst wenn auf diesen Antrag eingetreten werden wollte, wäre er abzuweisen. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass der Beschwerdeführer anlässlich der Anhörung über seine Zukunftspläne keine Angaben machen wollte. Immerhin gab der Beschwerdeführer zu Protokoll, dass er schon möchte, dass sein Sohn seine Familie in Pakistan sehen könnte. Die Vorinstanz hielt auch mit Recht fest, dass sich eine (zwangsweise) Rückführung des Kindes aus Pakistan mangels einer staatsvertraglichen Grundlage[24] als schwierig erweisen würde. Aufgrund des Umstands, dass der Beschwerdeführer seinen Sohn mit seiner pakistanischen Familie in Kontakt bringen möchte, was in der Schweiz nicht möglich ist, und angesichts der Schwierigkeiten, die eine allfällige Rückführung des Kindes aus Pakis-

---

23 Zürcher, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 59 N 90

24 Das Haager Kindesentführungsübereinkommen vom 25. Oktober 1980 (HKÜ, SR 0.211.230.02) wurde von Pakistan nicht ratifiziert (vgl. www.hcch.net/Übereinkommen/Nr. 28/Statustabelle).

tan zur Folge hätte, erscheint die Eintragung im RIPOL als gerechtfertigt.

b) Der Beschwerdeführer focht auch die Anweisung an, wonach er den biometrischen Ausländerausweis (Niederlassungsbewilligung C) nach Erhalt bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu hinterlegen habe. Diese Anordnung steht auf dem Boden der bereits mit der Scheidungskonvention eingegangenen Verpflichtung, für die Dauer der Ausübung des Besuchsrechts die Ausweisschriften bei der zuständigen Behörde zu hinterlegen, welche Regelung in das Scheidungsurteil übernommen wurde. Dabei umfasst der Begriff "Ausweisschriften" nicht nur den Reisepass des Beschwerdeführers, sondern auch weitere Dokumente wie den Ausländerausweis. Gegen die Anweisung ist somit nichts einzuwenden. Der Beschwerdeführer vermochte in der Beschwerde denn auch keine nachvollziehbaren Gründe anzuführen, weshalb er sich nunmehr einer der Scheidungskonvention und dem Scheidungsurteil entsprechenden Anordnung widersetzen will. Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

Obergericht, 1. Abteilung, 20. November 2013, KES.2013.45

4. **Vorläufiger Obhutsentzug aufgrund einer qualifizierten Körperverletzung zum Nachteil eines Säuglings** (Art. 310 Abs. 1 ZGB)

1. Die Beschwerdeführer sind die Eltern von X, geboren am 13. März 2013. Am 20. April 2013 brachten die Eltern X wegen Fiebers in ein Kinderspital. Kurz darauf meldete das Kinderspital der Staatsanwaltschaft, bei X seien unklare Schädel-/Hirnverletzungen (Schädelbruch und Blutungen) festgestellt worden, welche auf eine

mögliche Kindesmisshandlung schliessen liessen. Die Staatsanwaltschaft eröffnete ein Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer wegen qualifizierter einfacher Körperverletzung zum Nachteil von X und meldete dies gleichentags der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Tags zuvor hatte der Beschwerdeführer an einer polizeilichen Einvernahme zu Protokoll gegeben, er habe am 19. April 2013 aus Verzweiflung über das ständige Weinen von X deren Kopf mit seinen Händen gegen seinen Bauch und anschliessend gegen das Sofa gedrückt.

2. a) Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes[25]. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist dazu auch gegenüber Kindern verpflichtet, die bei Pflegeeltern untergebracht sind oder sonst ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft der Eltern leben[26].

b) Erfordern es die Verhältnisse, so ernennt die Kindesschutzbehörde dem Kind einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt[27]. Sie kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, namentlich die Vertretung des Kindes bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruchs und anderer Rechte sowie die Überwachung des persönlichen Verkehrs[28]. Die elterliche Sorge kann entsprechend beschränkt werden[29]. Errichtet die Kindesschutzbehörde eine Beistandschaft, so hält sie im Entscheiddispositiv die Aufgaben des Beistands und allfällige Beschränkungen der elterlichen Sorge fest[30].

---

25 Art. 307 Abs. 1 ZGB
26 Art. 307 Abs. 2 ZGB
27 Art. 308 Abs. 1 ZGB
28 Art. 308 Abs. 2 ZGB
29 Art. 308 Abs. 3 ZGB
30 Art. 314 Abs. 3 ZGB

c) Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die Kindesschutzbehörde es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen[31].

Die Gefährdung muss darin liegen, dass das Kind in der elterlichen Obhut nicht so geschützt und gefördert wird, wie es für seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung nötig wäre. Unerheblich ist, auf welche Ursachen die Gefährdung zurückzuführen ist: Sie können in den Anlagen oder in einem Fehlverhalten des Kindes, der Eltern oder der weiteren Umgebung liegen. Desgleichen spielt keine Rolle, ob die Eltern ein Verschulden an der Gefährdung trifft. Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Entziehung. Alle Kindesschutzmassnahmen müssen erforderlich sein (Subsidiarität), und es sind immer die mildesten erfolgsversprechenden Massnahmen anzuordnen (Proportionalität); diese sollen elterliche Bemühungen nicht ersetzen, sondern ergänzen (Komplementarität). Die Entziehung der elterlichen Obhut ist daher nur zulässig, wenn andere Massnahmen ohne Erfolg geblieben sind oder von vornherein als ungenügend erscheinen[32].

d) Die behördlichen Massnahmen sollen das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherstellen. Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass die erforderlichen Massnahmen rechtzeitig angeordnet und durchgeführt werden. Damit der vom Gesetz angestrebte Schutzzweck verwirklicht werden kann, ist es oft unumgänglich, gewisse notwendige Massnahmen schon während des Verfahrens anzuordnen. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird deshalb ermächtigt, vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des

---

31 Art. 310 Abs. 1 ZGB

32 BGE vom 17. Mai 2013, 5A_188/2013, Erw. 3; BGE vom 12. März 2012, 5A_701/2011, Erw. 4.2.1

Verfahrens zu treffen. Angesichts des Zwecks einer durch die Dauer des Verfahrens begrenzten vorsorglichen Anordnung, die voraussichtlich später durch eine definitive Massnahme ersetzt werden soll, ist dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Beachtung zu schenken[33].

3. a) aa) Die Beschwerdeführer wehren sich gegen den Obhutsentzug mit Fremdplatzierung ihrer Tochter. Sie werfen der Vorinstanz vor, diese habe den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt und keine milderen Massnahmen, um einer allfälligen Gefährdung begegnen zu können, geprüft. Der Beschwerdeführer habe aus einer Überforderungssituation gehandelt und im Strafverfahren dargelegt, wie es zum bedauerlichen Vorfall gekommen sei, und dass es sich dabei um ein einmaliges ausserordentliches Versagen gehandelt habe. Die Akten ergäben keinerlei Auskunft darüber, dass er sich weitere Entgleisungen habe zuschulden kommen lassen. Daraus könne auch nicht der Schluss gezogen werden, aufgrund seines Vorlebens müsse davon ausgegangen werden, dass er in einer gleichen Situation sich wiederum eine derartige Entgleisung zuschulden kommen lassen würde. Aus dem Bericht des Facharztes, welcher im Auftrag der Staatsanwaltschaft die Suizidgefahr beim Beschwerdeführer habe abklären müssen, ergebe sich, dass der Beschwerdeführer realisiert habe, was er mit seiner Handlungsweise bewirkt habe. Der Beschwerdeführer bedaure das Geschehene und verarbeite es. Das Strafverfahren beziehungsweise die Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzugs schwebe wie ein Damoklesschwert über ihm und sei geeignet, ihn von weiterem strafbaren Tun abzuhalten. Darüber hinaus habe er sich bereits über seinen Hausarzt mit einem Psychiater in Verbindung gesetzt und mache gegenwärtig eine entsprechende Therapie. Die

---

[33] Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7077

Vorinstanz hätte zumindest ausführen müssen, aus welchen Gründen andere Massnahmen nicht in Frage kämen. Es sei beispielsweise durchaus denkbar, dass dem Beschwerdeführer Auflagen gemacht würden, wonach er von der Pflege des Kindes Abstand zu nehmen habe und sich weiterhin einer psychotherapeutischen Behandlung unterziehen müsse, die Eltern einen engen Kontakt mit der Kinderspitex hätten oder eine enge Beistandschaft geführt werde. An die Verhältnismässigkeit der vorsorglichen Massnahme sei auch deshalb ein äusserst strenger Massstab anzuwenden, weil die vorsorgliche Massnahme in den allermeisten Fällen den endgültigen Entscheid präjudiziere.

bb) Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid damit, den staatsanwaltschaftlichen Akten folgend habe sich der Beschwerdeführer seit der Geburt seiner Tochter zunehmend überfordert gefühlt und am Abend des 19. April 2013 die Kontrolle über sich verloren, nachdem er das weinende Baby nicht habe beruhigen können. Die Verletzungen von X seien derart schwer gewesen, dass anfänglich nicht klar gewesen sei, ob sie überhaupt überleben werde. X befinde sich noch in einem Alter, in welchem ausgeprägtes Schreien zur normalen Entwicklung gehöre. Es sei davon auszugehen, dass die Eltern, insbesondere der Vater, auch nach der Entlassung von X aus der Kinderklinik wieder in ähnliche Stresssituationen geraten könnten, zumal Kinder mit einer Hirnverletzung gemäss den Auskünften des Kinderspitals speziell dazu neigen würden, unruhig zu sein. Es müsse damit gerechnet werden, dass X zukünftig noch mehr weinen beziehungsweise schreien werde. Zur Gefährdung des Kindeswohls sei es bereits nach einer sehr kurzen Elternzeit von fünf Wochen gekommen. Die durch das laufende Strafverfahren bedingten Stressfaktoren würden sich zusätzlich belastend auf die Eltern auswirken. Eine erneute Überforderungssituation sei deshalb nicht auszuschliessen. Zwar habe sich der Beschwerdeführer zusammen mit seiner Frau in eine psychologische Behandlung begeben, doch sei diese zu kurz, um mit Sicher-

heit ein adäquates Verhalten in Überforderungssituationen garantieren zu können. Deshalb müsse bei X von einer Gefährdung des Kindeswohls für den Fall der Rückkehr in die elterliche Obhut ausgegangen werden. Dieser Gefährdung könne nur mit einer Fremdplatzierung von X und nicht mit milderen Massnahmen begegnet werden. Eine mildere Massnahme, wie beispielsweise Weisungen oder eine enge Beistandschaft, genügten hier nicht, um der Gefährdung des Kindeswohls begegnen zu können, zumal diese Massnahmen auch nicht vollumfänglich kontrollierbar seien. Da die Eltern zusammenlebten, sei es ferner nicht möglich, den Obhutsentzug nur für den Vater auszusprechen.

b) Im Beschwerdeverfahren geht es einzig um den vorläufigen Obhutsentzug und die vorläufige Fremdplatzierung von X, welche bereits seit 20. April 2013 nicht mehr bei ihren Eltern lebt. Hier ist nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen für diese vorsorglichen Massnahmen, namentlich die hier umstrittene Verhältnismässigkeit, gegeben sind. Dabei sind die verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen abzuwägen. Für den definitiven Entscheid über den Obhutsentzug wird die Vorinstanz voraussichtlich weitere Abklärungen zu treffen haben. Nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist ferner der Umfang des Besuchsrechts der Eltern.

c) aa) Am Abend des 19. April 2013 drückte der Beschwerdeführer den Kopf seiner damals rund fünf Wochen alten Tochter mehrmals stark gegen seinen Bauch und einmal gegen das Sofa, damit sie zu weinen aufhöre. Dadurch zog sich X Hirnverletzungen zu, welche voraussichtlich zu einer motorischen und einer kognitiven Beeinträchtigung führen werden; insbesondere wird damit gerechnet, dass das Sehvermögen von X stark beeinträchtigt sein wird.

bb) Durch das aggressive Verhalten des Vaters hat X mithin schon massiven (bleibenden) Schaden erlitten. Zu Recht geht die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde davon aus, dass die Gefahr einer erneuten Überforderungssituation des Beschwerdeführers

nach wie vor besteht. X wird angesichts ihres Alters weiterhin oft und womöglich sogar noch vermehrt weinen, denn das Kinderspital wies in seinem Bericht darauf hin, dass Kinder mit einer Hirnverletzung, wie X sie habe, sehr unruhig sein könnten, vor allem auch nachts. Zwar besucht der Beschwerdeführer offenbar eine Therapie, über deren Verlauf aktuell allerdings noch nichts bekannt ist. Mit der Vorinstanz muss jedoch davon ausgegangen werden, dass die Zeit für eine Stabilisierung des Beschwerdeführers durch die Psychotherapie noch nicht ausreicht. Um X vor weiteren Übergriffen seitens des Beschwerdeführers zu schützen, ist die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen unumgänglich. Mit einer vorübergehenden Fremdplatzierung von X kann einer weiteren Kindeswohlgefährdung zweifelsfrei begegnet werden.

cc) Es ist auch nicht ersichtlich, mit welchen milderen Massnahmen der Gefahr für X entgegengetreten werden könnte. Die Überforderungssituation des Beschwerdeführers hing insbesondere mit dem Weinen von X zusammen, welchem er ausgesetzt sein wird, solange er mit ihr zusammen lebt. Weinattacken können auch nachts auftreten, und Überreaktionen sind nicht im Voraus planbar. Die von den Beschwerdeführern genannten Massnahmen, wie Auflagen an den Beschwerdeführer, von der Pflege des Kindes Abstand zu nehmen oder sich einer weiteren psychotherapeutischen Behandlung unterziehen zu müssen sowie Kontakt mit der Kinderspitex aufzunehmen, sind nicht kontrollierbar und vermögen die Gefahr - jedenfalls zumindest vorläufig - noch nicht gänzlich zu bannen. Auch der Präsident der Fachkommission Kinderschutz ist der Meinung, dass die Eltern für eine Unterbringung von X bei ihnen eine klare Unterstützung, Schulung und engmaschige Überwachung in Form eines Netzes bräuchten, um eine erneute Traumatisierung mit hoher Sicherheit zu vermeiden. Dies gelte sowohl während das Kind in einer Pflegefamilie untergebracht sei, als auch im Hinblick darauf, dass sie möglicherweise die Pflege des

Kindes mit geeigneter Unterstützung später wieder übernehmen könnten.

d) Zusammenfassend sind die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen ohne weiteres gerechtfertigt, weshalb sich die Beschwerde als unbegründet erweist. Die Interessen am Schutz des zwischenzeitlich rund drei Monate alten Säuglings sind deutlich höher zu gewichten als die Interessen der Beschwerdeführer, die das Kind bereits seit bald zwei Monaten nicht mehr in ihrer Obhut haben und den Kontakt mit dem Kind mit Besuchen aufrechterhalten können.

Obergericht, 1. Abteilung, 3. Juli 2013, KES.2013.22

5. **Präzisierung des Umfangs der Mitwirkungsbeistandschaft; Beschränkung des Rechts der Beiständin, die Post zu öffnen** (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1, 394, 395, 396 und 391 Abs. 3 ZGB)

1. a) Die Beschwerdeführerin ist verbeiständet und leidet an einer schizoaffektiven Störung nebst einer arteriellen Hypertonie und Diabetes mellitus. Sie lebt nach einer psychotischen Dekompensation im Alterswohnheim.

b) Nachdem die Beschwerdeführerin Waren bei Kauf- und Versandhäusern in einer ihr Vermögen verzehrenden Höhe bestellt hatte, ersuchte die Beiständin um Anpassung der Beistandschaft.

c) Die Vorinstanz hob in der Folge die für die Beschwerdeführerin errichtete (altrechtliche) Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft auf und ordnete eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung in Kombination mit einer Mitwirkungsbeistandschaft an, mit der Wirkung, dass Spontankäufe

nur mit Zustimmung der Beiständin rechtsgültig abgeschlossen werden können. Die Beiständin wurde unter anderem mit folgenden Aufgaben beauftragt:

- die Beschwerdeführerin beim Erledigen der finanziellen Angelegenheiten zu vertreten, insbesondere ihr Einkommen und Vermögen sorgfältig zu verwalten und ihre Verpflichtungen zu gewährleisten;

- die Post zu öffnen;

- bei Spontaneinkäufen mitzuwirken.

2. a) aa) Nach Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB errichtet die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Beistandschaft, wenn eine volljährige Person beispielsweise wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann.

bb) Der Begriff der psychischen Störung umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie. Die weit gefasste Wendung des "ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands" dient als Auffangtatbestand insbesondere für den Schutz Betagter, bei denen gleichartige Defizite wie bei Menschen mit einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Störung auftreten. Erfasst sind ausserdem extreme Fälle von Unerfahrenheit oder von Misswirtschaft. Menschen mit geistiger Behinderung, psychischer Störung oder ähnlichem in der

Person liegendem Schwächezustand sind grundsätzlich als urteilsfähig zu betrachten[34].

cc) Zusätzlich zum Schwächezustand ist erforderlich, dass die betroffene Person als Folge des Schwächezustands die eigenen Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht oder nicht zweckmässig besorgen kann, also ihr die Fähigkeit zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts in Bezug auf die zu erledigende Angelegenheit fehlt oder diese derart beeinträchtigt ist, dass eigenverantwortliches Entscheiden nicht mehr möglich oder zumindest erschwert ist. Diese Unfähigkeit zum Handeln kann auch darin bestehen, dass der Betroffene nicht zweckmässig in seinem wohlverstandenen Interesse tätig zu werden vermag, es beispielsweise aufgrund seines Schwächezustands unterlässt, einen berechtigten Anspruch auf Sozialhilfeleistungen geltend zu machen, sei es aus Nachlässigkeit oder Überforderung, sei es aus Unbilligkeit, und so in eine finanzielle Notlage gerät[35]. Das Unvermögen kann ein vollständiges oder ein teilweises sein; sein Ausmass wird die Art der anzuordnenden Beistandsmassnahme und den Umfang der dem Beistand zu übertragenden Aufgaben beeinflussen[36].

b) aa) Gestützt auf Art. 394 Abs. 1 ZGB wird eine Vertretungsbeistandschaft errichtet, wenn die hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss. Errichtet die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung, so bestimmt sie gemäss Art. 395 Abs. 1 ZGB die Vermögenswerte, die vom Beistand oder von der Beiständin verwaltet werden sollen. Sie

---

34 Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (Hrsg.: KOKES), Zürich/St. Gallen 2012, N 5.9; Schmid, Erwachsenenschutz Kommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 390 ZGB N 6 f.

35 Henkel, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 390 ZGB N 17 f.

36 Meier, in: FamKommentar Erwachsenenschutz (Hrsg.: Büchler/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 390 ZGB N 20

kann Teile des Einkommens oder das gesamte Einkommen, Teile des Vermögens oder das gesamte Vermögen oder das gesamte Einkommen und Vermögen unter die Verwaltung stellen.

bb) Auf die Handlungsfähigkeit hat die Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft grundsätzlich keinen Einfluss. Allerdings kann gestützt auf Art. 394 Abs. 2 ZGB eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit ausdrücklich verfügt werden. Eine solche Beschränkung kann sich auf die gesamten übertragenen Aufgaben und Aufgabenbereiche oder nur auf einen Teil davon beziehen und bewirkt im Umfang der angeordneten Einschränkung der Handlungsfähigkeit eine Alleinzuständigkeit und mithin eine ausschliessliche Vertretungsbefugnis des Mandatsträgers[37].

c) Gestützt auf Art. 396 Abs. 1 ZGB wird eine Mitwirkungsbeistandschaft errichtet, wenn bestimmte Handlungen der hilfsbedürftigen Person zu deren Schutz der Zustimmung des Beistands oder der Beiständin bedürfen. Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person wird von Gesetzes wegen entsprechend eingeschränkt[38]. Die Mitwirkungsbeistandschaft beinhaltet keine Vertretung durch den Mandatsträger, sondern eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit mittels eines entsprechenden Mitwirkungsvorbehalts. Der Beistand kann nicht anstelle der verbeiständeten Person handeln, ist nicht deren Vertreter; handelndes Subjekt bleibt die verbeiständete Person, deren Handlung jedoch erst mit der Zustimmung des Beistands rechtswirksam wird[39].

3. a) Laut dem Beschluss der Vormundschaftsbehörde leidet die Beschwerdeführerin unter anderem an einer schizoaffektiven

---

[37] Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, N 5.35 f.
[38] Art. 396 Abs. 2 ZGB
[39] Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, N 5.44; Henkel, Art. 396 ZGB N 19 ff.

Störung. Nach einer psychotischen Dekompensation infolge Absetzens der Medikation führte dies zu einem fürsorgerischen Freiheitsentzug in der Psychiatrischen Klinik. Es besteht somit ein Schwächezustand im Sinn von Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

b) Auch die Unterstützungsbedürftigkeit der Beschwerdeführerin ist zu bejahen, nachdem bereits seit längerem eine altrechtliche Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft besteht[40] und sich der Zustand der Beschwerdeführerin inzwischen nicht verbessert hat. Das Gegenteil ist der Fall, denn seit ihrem Aufenthalt in der Psychiatrischen Klinik wohnt die Beschwerdeführerin nicht mehr selbstständig in einer eigenen Wohnung, sondern in einem Alterswohnheim. Bereits vor ihrem Klinikeintritt hatte sie laut Sitzungsprotokoll der Vormundschaftsbehörde die Unterstützung des psychiatrischen Pflegedienstes benötigt. Die Verwaltungs- und Vertretungsbeistandschaft erwies sich bis anhin für die Beschwerdeführerin als hilfreich. Die Voraussetzungen nach Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB für die Anordnung einer Beistandschaft sind somit erfüllt.

c) aa) Der altrechtlichen Vertretungsbeistandschaft im Sinn von Art. 392 Ziff. 1 aZGB - wie sie bei der Beschwerdeführerin angeordnet war - entspricht die heutige Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 ZGB, wobei das bisher geltende Recht die Möglichkeit, die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person in bestimmten einzelnen Bereichen einzuschränken[41], nicht kannte[42]. Die Vermögens-

---

40 Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 aZGB (in der bis 31. Dezember 2012 gültigen Fassung)
41 Vgl. Art. 394 Abs. 2 ZGB
42 Meier, Art. 394 ZGB N 15

verwaltungsbeistandschaft im Sinn von Art. 393 Ziff. 2 aZGB wird heute in Art. 395 ZGB geregelt[43].

bb) Die Beschwerdeführerin war schon vor dem Erlass des angefochtenen Entscheids zur Erledigung ihrer dringenden Angelegenheiten von ihrer Beiständin vertreten worden. Im angefochtenen Entscheid werden diese Angelegenheiten näher definiert. So hat die Beiständin bei Bedarf für eine geeignete Wohnsituation für die Beschwerdeführerin besorgt zu sein und sie bei allen in diesem Zusammenhang erforderlichen Handlungen zu unterstützen und zu vertreten, für das gesundheitliche und soziale Wohl sowie hinreichende medizinische Betreuung zu sorgen und die Beschwerdeführerin bei den dafür erforderlichen Handlungen zu vertreten, die Beschwerdeführerin beim Erledigen der administrativen Angelegenheiten soweit nötig zu vertreten, insbesondere im Verkehr mit Behörden, Ämtern, Banken, Post, Versicherungen und sonstigen Institutionen und sie beim Erledigen der finanziellen Angelegenheiten zu vertreten, insbesondere ihr Einkommen und Vermögen sorgfältig zu verwalten und ihre Verpflichtungen zu gewährleisten. Eine Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft im Sinn von Art. 394 Abs. 1 sowie Art. 395 Abs. 1 und 2 ZGB im gleichen Rahmen, wie sie bis anhin für die Beschwerdeführerin bereits bestanden hatte, ist nach wie vor gerechtfertigt. Diesbezüglich ist der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

4. a) Die Vorinstanz verfügte im angefochtenen Entscheid nebst der bisherigen Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft zusätzlich eine Mitwirkungsbeistandschaft "mit der Wirkung, dass Spontankäufe nur mit Zustimmung der Beiständin rechtsgültig abgeschlossen werden können". Begründet wurde diese neue Massnahme damit, die Beschwerdeführerin habe in der Vergangenheit regelmässig

---

[43] Vgl. Meier, Art. 395 ZGB N 1

spontane Einkäufe getätigt, was zum Verzehr ihres Vermögens geführt habe. Die Massnahme dränge sich auf, um die Beschwerdeführerin rechtzeitig vor einer Überschuldung zu schützen.

b) Nebst den allgemeinen Voraussetzungen für die Errichtung einer Beistandschaft ist für die Mitwirkungsbeistandschaft erforderlich, dass die hilfsbedürftige Person zwar selber handeln kann, aber in der Weise vor sich selber oder vor Dritten geschützt werden muss, dass sie gewisse Handlungen nur mit Zustimmung des Beistands rechtsgültig vornehmen kann[44]. Das Schutzbedürfnis liegt darin begründet, dass die betroffene Person ihre Angelegenheiten nicht zweckmässig besorgt, ja sogar gegen ihre wohlverstandenen eigenen Interessen handelt. Dabei muss es sich um relevante Angelegenheiten handeln, beispielsweise um ungerechtfertigte Kreditaufnahmen oder das Ausrichten von Schenkungen in nicht alltäglichem Umfang[45].

c) aa) Die Beschwerdeführerin wohnt derzeit in einem Alterswohnheim. Die Heimkosten betragen gemäss Monatsbudget netto, das heisst nach Abzug des Beitrags der Krankenversicherung, pro Tag Fr. 150.10. Die Beschwerdeführerin verfügt über ein Gesamteinkommen von Fr. 3'389.66 pro Monat. Sie ist somit nicht in der Lage, die monatlichen Ausgaben selber finanzieren zu können, weshalb für sie Ergänzungsleistungen beantragt wurden. Bei Personen, die dauernd oder längere Zeit in einem Heim oder Spital leben, werden bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen als Ausgaben - nebst den Beiträgen an die Sozialversicherungen und einem jährlichen Pauschalbetrag für die obligatorische Krankenpflegeversicherung - die Tagestaxe und ein vom Kanton zu bestimmender Betrag für die persönlichen Auslagen berücksichtigt[46]. Im Kanton Thurgau entspricht dieser Betrag

---

44 Art. 396 Abs. 1 ZGB
45 Henkel, Art. 396 ZGB N 6 f.
46 Art. 10 Abs. 2 und 3 ELG

bei einem Aufenthalt in einem Altersheim 25% und in einem Pflegeheim 15% des Betrags für den allgemeinen Lebensbedarf für Alleinstehende[47]. Der Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf für Alleinstehende beziffert sich aktuell auf Fr. 19'210.00[48]. Die Beschwerdeführerin als Bewohnerin eines Alters- und Pflegeheims wird daher über die Ergänzungsleistungen mit einem monatlichen Betrag von höchstens Fr. 400.00 für persönliche Auslagen finanziert[49].

bb) Aus dem Klienten-Kontojournal für das Jahr 2012, das die Beiständin für die Beschwerdeführerin führte, ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin namentlich im Juni, Juli und September diverse Auslagen für Kleider, Haushalt, Kosmetik, Bücher und CDs zusätzlich zu den Barauslagen für den laufenden Unterhalt von monatlich Fr. 800.00 tätigte. So gab die Beschwerdeführerin im Juni 2012 knapp Fr. 5'000.00 zusätzlich aus. Im Juli 2012 waren es rund Fr. 1'000.00. Im September 2012 sind rund Fr. 2'600.00 unter dem Titel "Diverse Auslagen" im Journal verzeichnet. Dies zeigt somit, dass die Beschwerdeführerin teilweise wesentlich mehr als monatlich Fr. 400.00 für persönliche Auslagen ausgab.

cc) Anlässlich ihrer Anhörung sagte die Beschwerdeführerin aus, sie sei sich bewusst gewesen, dass sie in der Vergangenheit Bestellungen getätigt habe, die über das Budget hinausgegangen seien. Sie sei in diesem Punkt entgleist.

d) aa) Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin auch im Jahr 2013 wiederum einige Bestellungen vornahm. So wurde eine Rechnung einer Buchhandlung über einen Gesamtbetrag von Fr. 125.60 eingereicht. Bei einem Versandzentrum bestellte

---

47 § 6 des Gesetzes über Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, RB 831.3
48 Art. 10 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 ELG
49 25% von Fr. 19'210.00 / 12

die Beschwerdeführerin offenbar diesen Winter einen Anhänger für Fr. 149.00 und eine Kaffeemaschine, deren Lieferung für Mitte April vorgesehen war. Bei zwei Verlagen bestellte sie Schnupperabos. Ferner bestellte die Beschwerdeführerin für sich bei einem Versandzentrum einen Armreif für Fr. 555.95.

bb) Die Gefahr, dass die Beschwerdeführerin nach wie vor über Versandhäuser Waren bestellt, die ihr Budget sprengen, besteht somit weiterhin, und die Anordnung einer Mitwirkungsbeistandschaft ist damit gerechtfertigt. Allerdings ist der Umfang der Beistandschaft weiter zu präzisieren, denn der Begriff "Spontaneinkäufe" ist zu wenig aussagekräftig, zumal er insbesondere auch kleine Barkäufe umfasst. Die Beschwerdeführerin erhält monatlich ein Taschengeld von Fr. 240.00, welches für sie frei verfügbar ist und ihr weiterhin auch für "Spontaneinkäufe" zur Verfügung steht. Ein Schutzbedürfnis besteht nur insofern, als die Beschwerdeführerin über diesen ihr zugestandenen Freibetrag hinaus Einkäufe auf Rechnung und Kredit tätigt, welche das Budget bei weitem übersteigen (können). Es ist daher eine Mitwirkungsbeistandschaft anzuordnen, mit der Wirkung, dass Käufe auf Rechnung oder auf Kredit nur mit Zustimmung der Beiständin rechtsgültig abgeschlossen werden können. Ziff. 2 des Dispositivs ist entsprechend anzupassen.

5. a) Die Vorinstanz ordnete weiter an, die Beiständin sei berechtigt, die Post der Beschwerdeführerin zu öffnen. Damit sollen unüberlegte Käufe verhindert werden.

b) aa) Das Korrespondenzgeheimnis ist sowohl durch Art. 8 EMRK (Schutz der Privatsphäre) als auch durch Art. 13 Abs. 1 BV garantiert; die Einschränkung des Grundrechts bedarf gemäss Art. 36 Abs. 1 BV einer gesetzlichen Grundlage, welche in Art. 391

Abs. 3 ZGB enthalten ist[50]. Dem Grundsatz nach darf deshalb der Beistand oder die Beiständin keine Einsicht nehmen in die Korrespondenz ohne Einwilligung der betroffenen Person. Falls diese die Einwilligung verweigert, die Einsichtnahme in die Korrespondenz jedoch als notwendig erscheint, kann die Erwachsenenschutzbehörde die Beiständin dazu ausdrücklich ermächtigen[51].

bb) In der Praxis wird ein Beistand üblicherweise zum Beispiel die AHV-Ausgleichskasse, Pensionskasse, Bank, Postfinance sowie Liegenschaftsverwaltung, Heimleitung und andere Adressaten über die ihm zustehende Vertretungsbefugnis als Beistand gemäss Art. 394, 395 oder 398 ZGB informieren und gestützt darauf die direkte Abwicklung der Geschäfte mit ihm anordnen, anstatt die Post beim Verbeiständeten zu behändigen oder zu sich umleiten zu lassen. Ein solch direktes Korrespondieren mit den Geschäftspartnern fällt einerseits nicht unter den Begriff "Post öffnen", und andererseits besteht bei einem solchen Vorgehen auch faktisch für den Beistand kein Anlass, die Post des Verbeiständeten zu öffnen, weshalb er auch keine entsprechende Ermächtigung benötigt, weder von der verbeiständeten Person noch von Behörden. Ist es im Ausnahmefall unumgänglich, die Post der verbeiständeten Person mit entsprechender Ermächtigung zu öffnen, hat der Beistand mit grösstmöglicher Zurückhaltung vorzugehen, die Post möglichst in Anwesenheit der verbeiständeten Person zu öffnen und darauf zu achten, dass das Schriftgeheimnis nicht verletzt wird, das heisst von aussen erkennbar persönliche Briefe dürfen nicht ohne Zustimmung der verbeiständeten Person oder nur aus einem anderen Rechtfertigungsgrund geöffnet werden[52].

---

50 Meier, Art. 391 ZGB N 30
51 Meier, Art. 391 ZGB N 31 f.
52 Henkel, Art. 391 ZGB N 26, 28

c) aa) Damit die Beiständin ihre Mitwirkung im Zusammenhang mit Käufen der Beschwerdeführerin auf Rechnung oder Kredit überhaupt wahrnehmen kann, ist sie darauf angewiesen, über die per Post erfolgte Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und Versand- oder Kaufhäusern rechtzeitig informiert zu sein. Um dieses Ziel erreichen zu können, ist es indessen nicht notwendig, dass die Beiständin sämtliche Post öffnen darf. Vom Recht der Beiständin, die Post der Beschwerdeführerin zu öffnen, sind daher persönliche Briefe auszunehmen. Dabei handelt es sich regelmässig um Briefe, die äusserlich erkennbar keinen Absender mit Geschäftsadresse oder Behördenadresse aufweisen.

bb) Über die Frage, wie die Beiständin die Post öffnen darf, lässt sich dem angefochtenen Entscheid nichts entnehmen. Zum Antrag der Beiständin, wonach alle Post via Berufsbeistandschaft umgeleitet werden soll, äusserte sich die Vorinstanz nicht. Angesichts des massiven Eingriffs in die persönliche Freiheit ist eine Umleitung nicht gerechtfertigt. Verhältnismässiger wäre, dass abgesehen von der persönlichen Post an die Beschwerdeführerin die restlichen Briefe vom Heim zurückbehalten und alsdann mit der Beiständin und der Beschwerdeführerin zusammen geöffnet würden. Dies braucht nicht täglich zu geschehen. Die Beiständin kann diese Aufgabe auch einer Mitarbeiterin oder einem Mitarbeiter beziehungsweise einer Bezugsperson im Heim delegieren. Das Ziel, Einkäufe zu verhindern, welche das Budget sprengen, lässt sich auch so erreichen.

Obergericht, 1. Abteilung, 8. Mai 2013, KES.2013.13

6. **Ausnahmen vom Grundsatz, wonach die gerichtliche Beschwerdeinstanz die betroffene Person als Kollegium anhört** (Art. 450e Abs. 4 ZGB)

1. Der Beschwerdeführer wurde durch ärztliche Anordnung fürsorgerisch untergebracht, nachdem er wegen Sachbeschädigung und auffälligen Verhaltens von der Polizei aufgegriffen worden war. Dagegen erhob er Beschwerde. Die Vorinstanz hörte den Beschwerdeführer durch das verfahrensleitende Mitglied an.

2. a) Bei ärztlich angeordneter Unterbringung kann die betroffene Person das zuständige Gericht anrufen[53]. Im Kanton Thurgau ist dies die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde[54]. Das Verfahren richtet sich sinngemäss nach den Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz nach Art. 450a bis 450e ZGB[55]. Die gerichtliche Beschwerdeinstanz muss die betroffene Person in der Regel als Kollegium anhören[56]. Diese Vorschrift deckt sich mit jener in Art. 447 Abs. 2 ZGB für das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und dient wie dort der Wahrung der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person sowie der Sachverhaltsermittlung[57]. Ausnahmsweise kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Anhörung an eine Delegation oder an ein Einzelmitglied der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde delegieren, sofern die Anhörung für die Kollegialbehörde entbehrlich ist. Dies dürfte aber eher selten der Fall sein. Ein Verzicht auf die Anhörung ist

---

53 Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB
54 § 58 Abs. 2 EG ZGB
55 Art. 439 Abs. 3 ZGB; Geiser/Etzensberger, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 439 ZGB N 38
56 Art. 450e Abs. 4 ZGB
57 Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (Hrsg.: KOKES), Zürich/St. Gallen 2012, N 12.22

möglich, z.B. wenn die betroffene Person eine solche ablehnt oder diese aus anderen - beispielsweise gesundheitlichen - Gründen unmöglich ist[58] oder wenn Gefahr in Verzug ist. Schliesslich kann auf eine Anhörung durch den gesamten Spruchkörper verzichtet werden, wenn dem Grundsatz der Interdisziplinarität nicht entscheidendes Gewicht zukommt. Liegt beispielsweise im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bereits ein schlüssiges sozialpsychologisches Gutachten vor, kann es sich rechtfertigen, dass die persönliche Anhörung einzig durch das Behördemitglied mit juristischem Sachverstand durchgeführt wird[59]. Damit wird an der bisher geltenden Regel nicht mehr festgehalten, wonach bei Verfahren der fürsorgerischen Freiheitsentziehung die mündliche Einvernahme der betroffenen Person vor dem Kollegium (des Gerichts erster Instanz) zwingend und eine Delegation an einen Gerichtsausschuss unzulässig war; nach neuem Recht ist eine Delegationsmöglichkeit ausnahmsweise zulässig[60].

Der Anspruch auf mündliche Anhörung besteht nur vor der ersten gerichtlichen Instanz. Im daran anschliessenden Rechtsmittelverfahren vor zweiter gerichtlicher Instanz ist nur noch das rechtliche Gehör zu gewähren[61].

b) Die Vorinstanz gab zur Begründung, weshalb sie auf eine Befragung im Dreiergremium verzichtet habe, zeitliche und organisatorische Gründe an, ohne diese näher zu bezeichnen.

---

58 Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, N 10.18; vgl. auch § 54 Abs. 1 KESV

59 Auer/Marti, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 447 ZGB N 35

60 Steck, in: FamKommentar Erwachsenenschutz (Hrsg.: Büchli/Häfeli/Leuba/Stettler), Bern 2013, Art. 447 ZGB N 20; so auch ausdrücklich in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7080

61 Geiser, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 450e ZGB N 25

c) Die Anhörung im Kollegium stellt eine Ordnungsvorschrift dar. Dies bedeutet, dass diese bei nicht ordnungsgemässer Anhörung gültig bleibt. Art. 447 Abs. 2 ZGB sagt denn auch ausdrücklich, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde höre die betroffene Person "in der Regel" als Kollegium an. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind damit zulässig. Den Regelfall stellt folglich die Dreierbesetzung dar. Falls diese aus sachlichen, organisatorischen oder persönlichen Gründen nicht möglich ist, kommt die Zweierbesetzung zum Zug. Nur in Ausnahmefällen kann eine Einerdelegation statthaft sein. Allerdings müssen alsdann die Gründe für den Einsatz einer solchen Einerdelegation kurz, aber nachvollziehbar dargelegt werden, wobei organisatorische Gründe - wie Abwesenheiten der übrigen Behördemitglieder oder Schwierigkeiten, angesichts der übrigen Belastungen einen vernünftigen Termin für die Dreier- oder Zweierbesetzung zu finden - durchaus genügen können. Die Anhörung der Vorinstanz in Einerdelegation war folglich nicht unzulässig, sondern nur ungenügend begründet. Für das Obergericht ist auch aus den Akten nicht ersichtlich, weshalb die Anhörung nicht im Kollegium durchgeführt werden konnte. Da die Anhörung letztlich jedoch formell gültig bleibt, die Sache im Übrigen materiell klar war und sich in der Zwischenzeit nicht grundlegend verändert hat, rechtfertigt sich eine nochmalige Anhörung durch das Obergericht nicht. Vielmehr ist auf die Akten abzustellen, zumal der Beschwerdeführer nicht geltend macht, welche neuen oder bisher zu wenig beachteten Aspekte sich bei einer erneuten Anhörung ergeben könnten.

Obergericht, 1. Abteilung, 29. Mai 2013, KES.2013.15

7. **Honorar des Erbenvertreters** (Art. 595 Abs. 3, 602, 554 ZGB)

1. a) Mit Entscheid vom 20. August 2013 nahm die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Kenntnis vom Jahresbericht 2012 des Erbenvertreters der Erbengemeinschaft sowie von der entsprechenden Buchhaltung und auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 500.00 der Erbengemeinschaft.

b) Fristgerecht erhob eine Erbin Beschwerde gegen die Rechnung des Erbenvertreters. Dieser unterscheide zwischen "Front" und "Buchhaltung", doch sei nicht ersichtlich, was mit "Front" gemeint sei; auf ihre entsprechende Anfrage seien nur die Beispiele wiederholt worden, die sie selbst aufgeführt habe. Da es nur um ein Dutzend Positionen gehe, könnten ohne grossen Aufwand und ohne zusätzliche Kostenfolgen die Details angegeben werden.

2. a) Der Erbenvertreter steht unter der Aufsicht der ernennenden Behörde. Für den Erbschaftsverwalter bei der amtlichen Liquidation ist die Aufsicht der Behörde in Art. 595 Abs. 3 ZGB ausdrücklich vorgesehen, verbunden mit der Befugnis der Erben, bei der Aufsichtsbehörde gegen die vom Erbschaftsverwalter "beabsichtigten oder getroffenen Massregeln Beschwerde zu erheben". In Rechtsprechung und Lehre ist unbestritten, dass dies in gleicher Weise auch für den Erbschaftsverwalter gemäss Art. 554 ZGB, für den Willensvollstrecker und für den behördlich bestellten Erbenvertreter gilt[62]. Jedem einzelnen Erben steht mithin die Befugnis zu, sich bei der Behörde über die Geschäftsführung des Erbenvertreters und gegen einzelne Anordnun-

---

[62] BGE vom 8. Juli 2003, 5P.83/2003, Erw. 1; BGE 54 II 200; Schaufelberger/Keller, Basler Kommentar, Art. 602 ZGB N 49 ff.; Escher, Zürcher Kommentar, Art. 602 ZGB N 81, N 83; Tuor/Picenoni, Berner Kommentar, Art. 602 ZGB N 59; SJZ 79, 1983, S. 111; SJZ 25, 1928/29, S. 265 Nr. 183

gen desselben zu beschweren. Die Bezeichnung der Behörde, welche die Aufsicht ausübt und bei welcher sich die Erben gegen getroffene oder auch erst beabsichtigte Massregeln beschweren können, obliegt nach Art. 54 SchlT ZGB den Kantonen. Gemäss § 172 Ziff. 23 ZPO TG war der Bezirksgerichtspräsident für die Bestellung eines Erbenvertreters und dessen Beaufsichtigung im Sinn von Art. 602 Abs. 3 ZGB zuständig; heute gilt § 33 ZSRV, wonach in allen Fällen, in welchen die kantonale Gesetzgebung in Angelegenheiten des Zivilgesetzbuchs und des Obligationenrechts die zuständige Behörde nicht bezeichnet, die Einzelrichterin oder der Einzelrichter des Bezirksgerichts zuständig ist.

b) Die Überprüfungsbefugnis der Aufsichtsbehörde ist allerdings beschränkt. Behördliche Aufsicht bedeutet, dass die Aufsichtsbehörde vom Erbenvertreter Auskünfte über seine Tätigkeit verlangen, ihm konkrete Empfehlungen oder Weisungen erteilen, einzelne seiner Handlungen aufheben und ihn gegebenenfalls absetzen kann. Um über die Tätigkeit des Erbenvertreters informiert zu sein, kann und soll sie von ihm periodisch Berichterstattung verlangen. Krasse Fälle von Pflichtverletzungen vorbehalten, wird die Aufsichtsbehörde in der Regel erst nach entsprechender Anzeige oder Beschwerde aktiv[63]. Die Aufsicht beschränkt sich auf eine Überprüfung der formellen Korrektheit und Angemessenheit der Massnahmen des Erbenvertreters; materielle Rechtsfragen sind demgegenüber durch den ordentlichen Richter zu entscheiden. Der Erbenvertreter verfügt innerhalb der ihm gesetzten Grenzen über ein weites Ermessen. Aufgabe der Aufsichtsbehörde ist es nur, bei willkürlichen oder offenbar unsachlichen Handlungen des Erbenvertreters einzuschreiten. Eine eigentliche Ermessensprüfung oder die Überprüfung, ob eine Entscheidung von mehreren vertretbaren Entscheidungsmöglichkeiten angemessen oder

---

[63] Schaufelberger/Keller, Art. 602 ZGB N 50 f.

sachgerecht war, steht der Aufsichtsbehörde nicht zu[64]. Prüft die Aufsichtsbehörde die Handlungen des Erbenvertreters nur auf Willkür hin, muss sie sich mit einzelnen Rügen nicht bis ins letzte Detail auseinandersetzen; es genügt, wenn sie allfällige Beschwerden summarisch prüft und auch ihre Beschwerdeentscheide summarisch begründet[65].

c) Streitigkeiten zwischen dem Erbenvertreter und den Erben über die Entschädigung sind grundsätzlich nicht von der Aufsichtsbehörde über den Erbenvertreter zu beurteilen, sondern vom ordentlichen Gericht, denn bei der Entschädigung handelt es sich nicht um eine Frage des Verfahrens, sondern um eine solche des Bestands und Umfangs einer zivilrechtlichen Forderung[66]. Hier ist allerdings im Wesentlichen nicht die Entschädigung als solche strittig, sondern die Art und Weise ihrer Abrechnung.

d) Der Erbenvertreter hat Anspruch auf eine Vergütung, welche derjenigen des Willensvollstreckers entspricht[67] und von der einsetzenden Behörde festgesetzt wird[68]. Diese Kosten sind vom Nachlass zu tragen[69].

e) Der Erbenvertreter wurde mit Entscheid der Vizepräsidentin des Bezirksgerichts vom 14. September 2009 eingesetzt, und sein Honorar wurde dabei auf Fr. 200.00 pro Stunde festgesetzt. Für das Jahr 2012 (November 2011 bis November 2012) stellte er insgesamt 14 Stunden in Rechnung, nämlich 9½ Stunden für "Buchhaltung" und 4½ Stunden für "Front", wobei offensichtlich ist, was mit

---

64 Abt/Weibel, Praxiskommentar Erbrecht, 2.A., Art. 602 ZGB N 78; Karrer/Vogt/Leu, Basler Kommentar, Art. 595 ZGB N 22
65 VVGE (OW) 2007 und 2008 Nr. 15, S. 53 Erw. 2.3
66 VVGE (OW) 2007 und 2008 Nr. 15, S. 53 Erw. 7
67 Vgl. BGE 129 I 330
68 BGE vom 26. Juni 2003, 5C.83/2003
69 Tuor/Picenoni, Art. 602 ZGB N 60

"Front" im Grundsatz gemeint ist; dieser Punkt ist an sich auch nicht mehr strittig. Wird die Entschädigung eines Erbenvertreters nach Stundenaufwand berechnet, versteht es sich von selbst, dass er bei der Rechnungstellung aufzulisten hat, wann dieser Aufwand entstanden ist; diese Datumsangaben sind in der Rechnung denn auch enthalten. Ebenso ist es zweckmässig, wenn auch angegeben wird, worum es bei den entsprechenden Terminen im Einzelnen ging. Dieses Prinzip gilt indessen einerseits im Sinn der Kostenminimierung und andererseits aus Gründen der Verhältnismässigkeit nicht ausnahmslos. Die Vorinstanz hielt dementsprechend fest, es sei vertretbar, im Sinn einer Kostenvermeidung nicht bei jeder Position die Art der Tätigkeit des Erbenvertreters anzugeben. Dem ist im Rahmen dieser summarischen Prüfung ohne weiteres zuzustimmen, jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden, wo im Zusammenhang mit der Verwaltung einer Liegenschaft mit offenbar sechs Mietparteien für ein ganzes Jahr gerade einmal 4½ Stunden für Arbeiten an der "Front" geltend gemacht werden. Hier kommt noch hinzu, dass der Erbenvertreter für die Buchhaltung ohnehin einen günstigeren Tarif verrechnete: Er machte für die Buchhaltungsarbeiten nur Fr. 125.00 pro Stunde geltend, obwohl er entsprechend dem Einsetzungsbeschluss vom 14. September 2009 Fr. 200.00 verrechnen dürfte. Wenn ein Erbenvertreter eine um mehr als Fr. 700.00 günstigere Rechnung stellt, als er dürfte, ist es überaus befremdend und "pingelig", noch über die Gründe für 4½ Stunden Arbeiten an der "Front" pro Jahr diskutieren zu wollen.

Obergericht, 1. Abteilung, 9. Oktober 2013, ZR.2013.46

Das Bundesgericht trat am 14. November 2013 auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht ein (5D_211/2013).

8. **Regelung der Nebenkosten im Mietvertrag** (Art. 1, 18, 257a OR)

1. a) Die Beschwerdegegner (Eheleute) sind Mieter einer 5.5-Zimmerwohnung. Gemäss dem Mietvertrag mit der Beschwerdeführerin beträgt der monatliche Mietzins für die Wohnung Fr. 1'090.00 netto und Fr. 120.00 für vier Parkplätze. Zudem sind Nebenkosten von Fr. 100.00 "akonto" geschuldet. Im Oktober 2009 mieteten die Beschwerdegegner von der Beschwerdeführerin überdies eine Garage für monatlich Fr. 150.00, wobei die Nebenkosten gemäss Vertrag "pauschal" verrechnet würden.

b) Am 14. September 2012 stellte die Beschwerdeführerin erstmals eine Heiz- und Nebenkostenabrechnung für die Zeit vom 1. Januar 2012 bis 30. Juni 2012 und forderte von den Beschwerdegegnern den Restbetrag von Fr. 1'542.75[70] ein.

2. a) Die Vorinstanz erwog, dem klaren Wortlaut des Mietvertrags, der für einen Konsens bezüglich der Akontozahlung der Nebenkosten spreche, stehe das Verhalten der Beschwerdeführerin vor, während und nach Vertragsabschluss gegenüber. Dieses indiziere einen Konsens bezüglich der pauschalen Zahlungsart der Nebenkosten. Trotz des entgegenstehenden Wortlauts hätten die Beschwerdegegner aufgrund des Verhaltens der Beschwerdeführerin darauf vertrauen dürfen, die Nebenkosten seien wie bisher mit monatlich Fr. 100.00 pauschal geschuldet.

b) Die Beschwerdeführerin führte hingegen aus, die Beschwerdegegner hätten im Jahr 2006 einen Vertrag unterschrieben, in

---

[70] Nebenkosten von insgesamt Fr. 2'142.75 abzüglich Akontozahlungen von Fr. 600.00

welchem eine Akontoregelung enthalten sei. Dabei handle es sich um eine im Mietrecht übliche Regelung ohne Fremdheitscharakter. Das Kreuz bei "akonto" könne gar nicht übersehen werden. Mit ihren eigenen Unterschriften unter die Akontoregelung hätten die Beschwerdegegner bestätigt, diese tatsächlich zur Kenntnis genommen zu haben. Damit liege ein tatsächlicher Konsens vor. Es sei unglaubwürdig und unbewiesen, dass beide Beschwerdegegner diese klare Regelung im Vertrag nicht bemerkt haben sollten. Im Zusammenhang mit der Kündigung und dem Neuabschluss des Mietvertrags seien A und B als Zeugen angerufen worden. Sie könnten bestätigen, dass die Beschwerdegegner im Übergang von der Kündigung zum Neuabschluss des Mietvertrags korrekt behandelt worden seien, und dass es nichts gebe, was "nicht bemerkt" oder "übersehen" worden sei. Dass die Zeugen nicht einvernommen worden seien, stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

Sicher liege aber ein normativer Konsens vor. Beide Parteien hätten den Vertrag unterzeichnet und dürften deshalb nach Treu und Glauben davon ausgehen, er enthalte die massgeblichen Willensäusserungen der Parteien. Mit der Unterschrift werde der objektive Sinn des Wortlauts bekräftigt. Dies gelte auch für die Akontozahlung. Nach Treu und Glauben habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass mit dem Wort "akonto" auch akonto und nicht "pauschal" gemeint gewesen sei. Sie habe insbesondere nicht davon ausgehen müssen, dass die Beschwerdegegner den Wortlaut nicht gelesen beziehungsweise Teile des Wortlauts übersehen hätten. Gleichermassen hätten die Beschwerdegegner die Erklärungen der Beschwerdeführerin auch verstehen müssen. Dass die Beschwerdegegner im Mietrecht wenig beschlagen seien, sei nicht behauptet worden, weshalb dies von der Vorinstanz zu Unrecht berücksichtigt worden sei. Die fehlende Beschlagenheit aus den für schweizerische Verhältnisse fremden Namen der Beschwerdegegner abzuleiten, gehe nicht an, weil Namen nicht dazu dienten, Mietrechtskenntnisse auszudrücken. Dass die

Beschwerdegegner im Jahr 2006 auf den Fortbestand der pauschalen Zahlungsart vertraut hätten, sei unbewiesen und unglaubwürdig. Wer eine Akontoregelung unterzeichne, könne sich nicht auf das Vertrauen berufen und behaupten, er habe nicht verstanden beziehungsweise übersehen, was er unterzeichne. Zudem sei es ungewöhnlich, dass gleich beide Beschwerdegegner den Vertrag nicht gelesen, aber unterzeichnet hätten. Im Übrigen habe die Beschwerdegegnerin den Vertrag erstmals unterzeichnet, weshalb sie sich nicht auf ein Vertrauen aufgrund früherer Verträge berufen könne.

Zutreffend sei, dass in den Jahren 2006 bis 2010 keine Nebenkostenabrechnungen erstellt worden seien. Dies sei aber kein Argument dafür, einen Vertrag nicht zu studieren, bevor er unterzeichnet werde, und daraus könne keine Vertrauensposition abgeleitet werden. Dass die Beschwerdeführerin die Nebenkosten nicht abgerechnet habe, stelle keine Willenserklärung dar, sondern sei allenfalls eine Vertragsverletzung. Nicht korrekt sei, dass die Beschwerdegegner nicht auf die Systemänderung aufmerksam gemacht worden seien. Bis zur Heiz- und Nebenkostenabrechnung im Jahr 2012 habe es bezüglich des Vertrauens der Beschwerdegegner nichts zu bestärken gegeben. Wer mit der Heiz- und Nebenkostenabrechnung zuwarte, verwirke keine Rechte und schaffe kein Vertrauen dahingehend, dass eine ausdrücklich abgemachte Akontoabrechnung auf einmal als Pauschale zu verstehen sei. Die Beschwerdegegner hätten auch nicht darauf vertrauen dürfen, dass die Akontozahlungen ungefähr den tatsächlichen Aufwendungen entsprächen. Dass die tatsächlichen Nebenkosten für sechs Monate von Fr. 2'142.75 über das Dreifache der Akontozahlungen von Fr. 600.00 ausmachten, sei nicht relevant. Die Nachzahlung habe sich auf Fr. 1'542.75 (26,9%) belaufen. Erfahrungsgemäss betrügen die Nebenkosten heute bis 25% des Nettomietzinses. Wenn überhaupt ein Vertrauen der Beschwerdegegner zu schützen wäre, dann in dem Sinn, dass mit den Akontozahlungen 30% bis 35% der

tatsächlichen Kosten abgedeckt gewesen wären. Der Rest wäre auf jeden Fall nachzuzahlen.

c) Die Beschwerdegegner hielten entgegen, der Beschwerdegegner habe bereits vor dem Jahr 2006 drei Mietverträge mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen. Seit dem Jahr 1998 sei das Kreuz bei den Nebenkosten immer bei "pauschal" gemacht worden. Die Beschwerdegegner seien irakische Staatsangehörige, die im Jahr 1991 als Flüchtlinge in die Schweiz gekommen und als solche anerkannt worden seien. Bis dahin hätten sie überhaupt keine Kenntnisse der deutschen Sprache gehabt. Ihre knappen finanziellen Verhältnisse hätten im Jahr 2006 zur Kündigung des Mietverhältnisses geführt. Den Wechsel von Pauschal- zu Akontozahlungen hätten die Beschwerdegegner nicht bemerkt, und sie seien nie darauf aufmerksam gemacht worden. Grund für den neuen Vertrag im Jahr 2006 sei zum einen die Rücknahme der Kündigung und zum anderen die Mitverpflichtung der Ehefrau als Vertragspartnerin gewesen. Die Beschwerdeführerin habe die Nebenkosten dann sechs Jahre lang weiterhin pauschal - und damit entgegen dem angeblich klaren Inhalt des Vertrags - abgerechnet, weshalb es sogar durchaus sein könne, dass das Kreuz nur versehentlich bei "akonto" gesetzt worden sei. Die Unterlassung einer jährlichen Nebenkostenabrechnung bei einer Akontoregelung wäre eine klare Vertragsverletzung, wie sie bei einer Immobilienfirma wie der Beschwerdeführerin nicht zu erwarten sei. Wenn diese Immobilienfirma vorher die technischen Mittel zur Eruierung der Nebenkosten nicht gehabt habe, hätte sie auch keine Akontoregelung vereinbaren dürfen. Unter Berücksichtigung der jahrelangen Fortsetzung (sechs Jahre) der früheren "Pauschal-Praxis" sei es absurd zu behaupten, es sei nicht möglich, die Akontoregelung gemeinsam zu übersehen. Wenn die Pauschalbeiträge tatsächlich derart weit unter den tatsächlichen Nebenkosten gelegen hätten, dann gäbe es keine andere plausible Erklärung, als dass auch die Beschwerdeführerin den Systemwechsel übersehen hatte. Die Beschwerdegegner hätten erst mit diesem Verfahren den

Systemwechsel bemerkt und zunächst keine Ahnung gehabt, warum sie plötzlich eine Nebenkostenabrechnung erhielten. Zudem hätten nicht nur die Beschwerdegegner als Ausländer mit einer fremden Muttersprache diesen Systemwechsel nicht bemerkt, sondern offenbar auch weitere Mieter. Die Beschwerdegegnerin sei sprachlich und im Mietrecht noch weniger bewandert als der Beschwerdegegner, und sie habe keinen Anlass gehabt, einen neuen, ansonsten praktisch identischen Mietvertrag nicht mitzuunterzeichnen oder auch nochmals ganz genau zu überprüfen. Ob die genannten Personen bereits vor erster Instanz als Zeugen angerufen worden seien, werde bestritten. Unklar sei ohnehin, was diese Personen bezeugen sollten. Die Beschwerdegegner hätten nach über 14 Jahren erstmals eine Nebenkostenabrechnung erhalten. Der Systemwechsel habe auf dem Papier acht Jahre nach dem Einzug der Beschwerdegegner stattgefunden. Schliesslich sei auch das Verhältnis zwischen den vertraglichen Akontozahlungen und den tatsächlichen Nebenkosten relevant. Die Beschwerdegegner zahlten monatliche Nebenkosten von Fr. 100.00, mithin Fr. 1'200.00 pro Jahr. Dies ergebe bei einer Wohnfläche von 77,8 m^2 Fr. 15.40 pro m^2, was über dem Betrag liege, bei welchem der "Kassensturz" zu einer Überprüfung der Heizkosten rate. Die Beschwerdegegner hätten daher nicht damit rechnen müssen, dass ein Betrag nachbelastet werde, der mehr als dreieinhalb Mal höher liege.

3. a) Nebenkosten sind das Entgelt für Leistungen des Vermieters oder eines Dritten, die mit dem Gebrauch der Mietsache zusammenhängen. Sie sind vom Mieter nur zu bezahlen, wenn er dies mit dem Vermieter besonders vereinbart hat[71]. Sofern die Nebenkosten nicht im Mietzins inbegriffen sind, kann der Vermieter die Kosten entweder mit einer monatlichen Pauschale, mit monatlichen Akontozahlungen oder nach Rechnungstellung beziehungsweise tatsächlicher

---

[71] Art. 257a OR; SVIT-Kommentar Mietrecht, 3.A., Art. 257-257b OR N 18

Belastung weiterverrechnen[72]. Erhebt der Vermieter die Nebenkosten aufgrund einer Abrechnung, muss er diese jährlich mindestens einmal erstellen und dem Mieter vorlegen[73]. Auch bei monatlichen Akontozahlungen gilt die jährliche Abrechnungspflicht. Werden Akontozahlungen vereinbart, muss der Mieter am Ende der Abrechnungsperiode mit einer zum Teil beträchtlichen Nachforderung rechnen[74].

Der Begriff "Akontozahlung" deutet darauf hin, dass es sich bei den unter diesem Titel erbrachten monatlichen Leistungen bloss um vorläufige Zahlungen handelt, die gemäss korrekt zu erfolgender Abrechnung an die jährlich aufgelaufenen und vom Mieter vertragsgemäss geschuldeten Nebenkosten anzurechnen sind. Die Vereinbarung der Akontozahlung unter Abrechnungspflicht muss deshalb nach Treu und Glauben dahingehend ausgelegt werden, dass die Differenz zwischen den geleisteten Akontozahlungen und dem durch die Abrechnung festgestellten tatsächlichen vertraglichen Anspruch auszugleichen ist, sei es durch einen Nachschuss des Schuldners oder eine Rückleistung des Gläubigers[75].

b) Gemäss Art. 1 Abs. 1 OR ist zum Abschluss eines Vertrags die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Ist der Konsens streitig, prüft der Richter vorab, ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geäussert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben; der Streit wird also durch Auslegung der in Frage stehenden Erklärungen entschieden[76]. Der

---

72 SVIT-Kommentar Mietrecht, Art. 257-257b OR N 26a

73 Art. 4 der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG)

74 SVIT-Kommentar Mietrecht, Art. 257-257b OR N 26b

75 BGE 132 III 28; Lachat/Béguin, in: Das Mietrecht für die Praxis (Hrsg.: Lachat et al.), 8.A., N 14/2.5 ff.

76 Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Bd. I, 9.A., § 4 N 309 ff.; Wiegand, Basler Kommentar, Art. 18 OR N 8

Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen[77]. Die in Art. 18 Abs. 1 OR verankerte Auslegung nach dem Willensprinzip gilt uneingeschränkt auch für formbedürftige Verträge. Auch bei ihnen ist der Wille der Parteien ohne Begrenzung durch den Vertragswortlaut zu erforschen[78].

Wenn jede Partei die andere tatsächlich richtig verstanden hat, so liegt ein natürlicher[79] Konsens vor. Wenn mindestens eine der Parteien die andere nicht tatsächlich richtig verstanden hat, kommt das Vertrauensprinzip zum Zug. Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der objektive Sinn eines Erklärungsverhaltens massgebend. Für die Feststellung dieses Sinns hat sich der Auslegende in die Lage des Empfängers zu versetzen, und er hat zu ermitteln, wie der Empfänger - im damaligen Zeitpunkt und unter Würdigung aller ihm erkennbaren Umstände - das Erklärungsverhalten in guten Treuen als verständig und redlich Urteilender beziehungsweise als vernünftiger und korrekter Mensch verstehen durfte und musste[80]. Führt die Auslegung zur Annahme einer Willenserklärung, die mit der Gegenerklärung übereinstimmt, ist der Konsens im Umfang der Übereinstimmung erstellt; es liegt ein normativer[81] Konsens vor[82].

c) Die Behauptungs- und Beweislast für Bestand und Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden sub-

---

77 Art. 18 Abs. 1 OR
78 BGE 121 III 124
79 Auch "tatsächlicher" oder "innerer" Konsens genannt
80 Gauch/Schluep, § 2 N 207 ff.; BGE 132 III 27 f.
81 Auch "rechtlicher" oder "äusserer" Konsens genannt
82 Gauch/Schluep, § 4 N 316 f.

jektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet[83].

4. a) Im Mietvertrag vom 29. März / 18. April 2006 vereinbarten die Parteien in Bezug auf die Nebenkosten Akontozahlungen von monatlich Fr. 100.00. Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung reichten die Beschwerdegegner drei weitere Mietverträge ein. Der erste Mietvertrag zwischen dem Beschwerdegegner und der Beschwerdeführerin datiert vom 5. Februar / 8. Juli 1998, der zweite vom 20. / 30. Januar 2000 und der dritte vom 28. Januar / 1. Februar 2005. Gemäss diesen drei Mietverträgen wurden die Nebenkosten jeweils "pauschal" vergütet. Der letzte Mietvertrag ist mit dem aktuellen Mietvertrag vom 29. März / 18. April 2006 identisch - ausgenommen davon ist die Regelung der Nebenkosten; während im Vertrag aus dem Jahr 2005 die Nebenkosten noch "pauschal" vergütet wurden, sind sie beim aktuellen Mietvertrag "akonto" geschuldet.

Der Systemwechsel in Bezug auf die Nebenkostenabrechnung im Jahr 2006 ist unbestritten. Dass die Beschwerdeführerin ihre Mieter damals auf den Systemwechsel aufmerksam gemacht hatte, machte sie nicht substantiiert geltend. Obwohl hier die Untersuchungsmaxime[84] gilt, entbindet diese die Parteien nicht von ihrer Substantiierungspflicht. Grundsätzlich bleibt es Sache der Parteien, das Tatsächliche des Streits und die Beweismittel zu nennen[85]. Die Zeugen A und B jedoch wurden nur allgemein im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss genannt und nicht ausdrücklich als Zeugen offeriert. Es wurde auch nicht behauptet, sie könnten die Aufklärung über den Systemwechsel bezeugen. Unbestritten ist zudem, dass die Beschwerdeführerin bis im Jahr 2012 keine Schlussabrechnungen über

---

83 BGE 121 III 123
84 Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 ZPO
85 Mazan, Basler Kommentar, Art. 247 ZPO N 13

die Nebenkosten erstellt hatte. Unter diesen Umständen ist es glaubhaft, dass die Beschwerdegegner bei der Vertragsunterzeichnung im Jahr 2006 wie bis anhin von einer pauschalen Nebenkostenabrechnung ausgingen. Damit hat die Beschwerdeführerin den Nachweis des natürlichen Konsenses nicht erbracht. Da sie hiefür jedoch die Beweislast trägt[86], haben die Beschwerdegegner nicht zu beweisen, dass sie den Systemwechsel bei der Vertragsunterzeichnung übersahen.

b) Folglich ist der mutmassliche Parteiwille aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen und der normative Konsens zu ermitteln. Der Wortlaut des Vertrags ist dabei nicht allein ausschlaggebend. Zu berücksichtigen sind auch die Umstände, unter denen die Erklärungen abgegeben wurden, und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste[87].

Die Beschwerdeführerin bestritt, die Beschwerdegegner nicht auf die Systemänderung aufmerksam gemacht zu haben. Sie führte aus, der Vertrag aus dem Jahr 2006 sei bezüglich der Akontoregelung klar und enthalte mietrechtliche Standards. Es müsse mündlich nicht nochmals erklärt werden, was im schriftlichen Vertrag klar geregelt sei. Fest steht damit, dass der Beschwerdegegner seit dem Jahr 1998 Mieter der 5.5-Zimmerwohnung der Beschwerdeführerin ist und der Mietvertrag in den Jahren 2000, 2005 und 2006 erneuert wurde. Bei der Neugestaltung des Vertrags im Jahr 2006 wurde bezüglich der Nebenkostenabrechnung ein Systemwechsel vorgenommen; neu waren die Nebenkosten nicht mehr "pauschal", sondern "akonto" geschuldet. Über diesen Systemwechsel informierte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegner nicht ausdrücklich, und sie machte auch nicht

---

86 Art. 8 ZGB
87 BGE 132 III 28

geltend, das Mietverhältnis sei im Jahr 2006 aufgrund des Systemwechsels neu abgeschlossen worden. Unter diesen Umständen konnte die Beschwerdeführerin nicht darauf vertrauen, dass die Beschwerdegegner den Systemwechsel bemerkten, da dieser lediglich durch das Setzen des Kreuzes bei "akonto" - bei ansonsten gleichbleibenden Mietvertragsformularen - erfolgte; der Systemwechsel geschah damit nicht in offensichtlicher Weise. Die in den Nebenkosten berücksichtigten Kosten wurden bereits in den früheren Verträgen vereinbart.

Nachdem die Beschwerdeführerin trotz des Systemwechsels weiterhin keine Nebenkostenabrechnung erstellte und mit den Beschwerdegegnern die tatsächlichen Nebenkosten nicht abrechnete, durften diese - insbesondere bei dem hier massgebenden Mietvertrag vom 29. März / 18. April 2006 - davon ausgehen, die Nebenkosten seien pauschal geschuldet. Da eine Akontovereinbarung zudem nicht nur eine Nachschusspflicht des Mieters beinhaltet, sondern auch eine Rückleistungspflicht des Vermieters, kann die Abrechnung der Nebenkosten - wie sie in der Verordnung über Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vorgeschrieben wird - somit auch eine Forderung des Mieters gegenüber dem Vermieter begründen. Der Vermieter kann deshalb nicht nur für den Fall eine Nebenkostenabrechnung erstellen, dass die Akontozahlungen des Mieters seine Ausgaben für die Nebenkosten nicht decken. Wenn wie hier während 14 Jahren keine Nebenkostenabrechnungen erstellt wurden, durften die Beschwerdegegner nach Treu und Glauben davon ausgehen, die Nebenkosten würden wie bis anhin pauschal abgerechnet. Hinzu kommt, dass der bereits im Jahr 2006 erfolgte Systemwechsel mangels Aufklärung seitens der Beschwerdeführerin leicht zu übersehen war. Hingegen durfte die Beschwerdeführerin nicht annehmen, die Beschwerdegegner hätten die Nebenkostenregelung im Vertrag vom 29. März / 18. April 2006 so verstanden, dass sie mit einer Nachzahlung von Nebenkosten rechnen müssten, zumal sie bis zu diesem Zeitpunkt keine Nebenkostenabrechnungen erstellt hatte und sie dazu insbeson-

dere im Zeitpunkt, als sie den Systemwechsel vorgenommen hatte, offensichtlich noch gar nicht in der Lage war, die Nebenkosten detailliert abzurechnen, da die technischen Voraussetzungen hiefür fehlten. Die objektive Vertragsauslegung nach dem Vertrauensprinzip ergibt - wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte - einen normativen Konsens, wonach die Parteien eine pauschale Nebenkostenvergütung vereinbarten.

c) Da die Beschwerdeführerin die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom normativen Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt, hat sie hier die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

Obergericht, 1. Abteilung, 25. September 2013, ZR.2013.34

9. **Auskunftsrecht nach Art. 8 Abs. 1 DSG** (Art. 9 Abs. 4 DSG; Art. 2 Abs. 2 ZGB)

1. Nach Art. 8 Abs. 1 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Das Auskunftsrecht stellt ein Grundprinzip des Datenschutzes dar, das der betroffenen Person ermöglicht, diese Daten zu kontrollieren mit dem Ziel, die Einhaltung der Grundsätze wie rechtmässige Beschaffung der Daten, Treu und Glauben bei der Bearbeitung, Richtigkeit der Daten und Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung in der Rechtswirklichkeit zu überprüfen und deren Durchsetzung zu ermöglichen. Das Auskunftsrecht steht damit am Anfang

der übrigen Rechte nach dem DSG und ist Voraussetzung für deren Wahrnehmung, da es Kenntnis verschafft[88].

2. Wie jedes andere Recht steht auch das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG unter dem Vorbehalt des offenbaren Rechtsmissbrauchs gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB[89]. Diesfalls wird kein Rechtsschutz gewährt.

a) Das Bundesgericht erwog in BGE 138 III 431 f., ob das Auskunftsrecht missbräuchlich ausgeübt werde, sei stets von den Umständen des Einzelfalls abhängig. In Lehre und Rechtsprechung seien Fallgruppen anerkannt worden, in denen typischerweise ein offenbarer Missbrauch vorliege. So werde etwa Rechtsmissbrauch angenommen bei zweckwidriger Verwendung eines Rechtsinstituts zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Institut nicht schützen wolle. Die Beweislast für die Umstände, die auf Rechtsmissbrauch schliessen liessen, trage derjenige, der sich auf Rechtsmissbrauch berufe. Das Datenschutzgesetz diene dem Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet würden. In Übereinstimmung mit dieser Zwecksetzung gelte das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG primär als Institut zur Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes. Es ermögliche der betroffenen Person, die über sie in einer Datensammlung eines Dritten bearbeiteten Daten zu kontrollieren mit dem Ziel, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze, wie Beschaffung der Daten mit rechtmässigen Mitteln oder Gewährleistung der Richtigkeit der Daten und der Verhältnismässigkeit ihrer Bearbeitung, in der Rechtswirklichkeit zu überprüfen und durchzusetzen. Das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG könne grundsätzlich ohne Nachweis eines Interesses geltend gemacht werden; vorbehalten

---

88 Gramigna/Maurer-Lambrou, Basler Kommentar, Art. 8 DSG N 1; Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 8 N 1

89 Rosenthal/Jöhri, Art. 9 DSG N 2

bleibe aber das Rechtsmissbrauchsverbot. Rechtsmissbrauch falle in Betracht, wenn das Auskunftsrecht zu datenschutzwidrigen Zwecken eingesetzt werde, etwa um sich die Kosten einer Datenbeschaffung zu sparen, die sonst zu bezahlen wären. Zu denken sei auch an eine schikanöse Rechtsausübung ohne wirkliches Interesse an der Auskunft, lediglich um den Auskunftspflichtigen zu schädigen. Eine zweckwidrige Verwendung des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts und damit Rechtsmissbrauch sei wohl auch anzunehmen, wenn das Auskunftsbegehren einzig zum Zweck gestellt werde, die (spätere) Gegenpartei auszuforschen und Beweise zu beschaffen, an die eine Partei sonst nicht gelange, denn das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG wolle nicht die Beweismittelbeschaffung erleichtern oder in das Zivilprozessrecht eingreifen[90].

b) Zu dieser Rechtsprechung äusserten sich in der Lehre Bracher/Tavor[91]. Sie stellten fest, es sei in den letzten Jahren vereinzelt darüber diskutiert worden, ob der Anwendungsbereich des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts im Vorfeld eines Zivilprozesses zu beschränken sei. In BGE 138 III 425 ff. habe sich das Bundesgericht mit dieser Frage eingehend auseinandergesetzt und die Anwendbarkeit des DSG bestätigt. Unter Vorbehalt einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung könne somit auch das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht zur Vorbereitung eines Zivilprozesses geltend gemacht werden. Der mit Spannung erwartete Entscheid habe für Aufsehen gesorgt. Es scheine die Befürchtung zu bestehen, dass das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht die zivilprozessualen Regeln der Stoffsammlung ausheble und verpönte Beweisausforschungen ermögliche.

---

90 BGE 138 III 431 f.

91 Bracher/Tavor, Das Auskunftsrecht nach DSG - Inhalt und Einschränkung im Vorfeld eines Zivilprozesses, in: SJZ 109, 2013, S. 45 ff.

3. Die Berufungsklägerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, weil sie sich in ihren Erwägungen in pauschaler und zu wenig differenzierter Weise auf den Leitentscheid BGE 138 III 425 ff. abgestützt habe, ohne sich eingehend mit den konkreten Umständen des Einzelfalls auseinanderzusetzen. Tatsächlich ging die Vorinstanz ausführlich auf die Problematik der Anwendbarkeit des DSG ein, während sie sich zum behaupteten Rechtsmissbrauch und zu den angeblichen überwiegenden Eigeninteressen der Berufungsklägerin nur oberflächlich und ohne Einbezug der fallspezifischen Besonderheiten äusserte. Zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör[92] gilt es nachfolgend auf diese Aspekte einzugehen.

4. a) aa) Materiell rügt die Berufungsklägerin im Wesentlichen, der Berufungsbeklagte habe durch den Unfall vom 3. November 2004, wenn überhaupt, eine Distorsion der Halswirbelsäule oder umgangssprachlich ein "Schleudertrauma der Schweregrade I oder II" erlitten. Die Verletzungen seien weder bildlich noch durch Labortests oder durch andere Methoden erfassbar, womit sie allein in der persönlichen Wahrnehmung des Patienten gründeten. In der Praxis bedeute dies, dass der untersuchende Arzt in höchstem Mass auf die Angaben des Patienten angewiesen sei, was wiederum zur Folge habe, dass bei nicht korrekten Angaben des Patienten auch die gestellte(n) Diagnose(n) nicht richtig sei(en). Folglich komme es stark, wenn nicht gar allein, auf die Integrität und Glaubwürdigkeit des Patienten an. Träten alsdann in den Aussagen des Patienten wesentliche Inkohärenzen und Widersprüche auf, so sähen sich die Versicherungen oft gezwungen, die Aussagen mittels Observationen zu überprüfen. Weil es sich hier so verhalten habe, habe die Berufungsklägerin am 10. Januar und 12. Juli 2011 einer Detektivfirma entsprechende Observationsaufträge erteilt. Die Observationsergebnisse und die daraus gewonnenen Erkenntnisse

---

[92] Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 53 Abs. 1 ZPO

wolle sie dem Berufungsbeklagten noch nicht preis geben, denn einerseits brauche dieser diese Resultate für eine Bezifferung der Schadenersatzforderung nicht, und andererseits sei das einzige Motiv des Berufungsbeklagten in einer verpönten Beweisausforschung zu sehen, sei mithin bloss prozessualer Natur. Der Berufungsbeklagte erführe mit den Observationsunterlagen nichts Neues über sich selbst, wisse doch niemand besser als er, was er könne und was nicht. So habe denn ein "ehrlicher Schleudertraumapatient" auch nichts zu befürchten, stimme doch das Observationsmaterial mit den tatsächlichen Gegebenheiten überein. Folglich könne es dem Berufungsbeklagten auch nicht um die Überprüfung der Richtigkeit der Daten gemäss Art. 5 DSG gehen. Sofern das Observationsmaterial aber zeige, dass der Berufungsbeklagte hinsichtlich seiner körperlichen Beschwerden übertreibe, habe eine Offenlegung zur Folge, dass der Berufungsbeklagte über den Wissensstand der Berufungsklägerin in Kenntnis gesetzt würde, mit der Konsequenz, dass der in der Klage zu schildernde Sachverhalt entsprechend angepasst werden könnte. Der Berufungsbeklagte könnte somit bereits in der Klage allfällige aus den Observationen ersichtliche und für die behaupteten Beschwerden aussergewöhnliche körperliche Betätigungen so beschreiben, dass jegliche Argumente in der Klageantwort ins Leere führten. Bei nicht objektivierbaren Beschwerden wie dem Schleudertrauma werde die Glaubwürdigkeit des Patienten aber an dem von diesem in der Klage fixierten Sachverhalt beziehungsweise an dem in der Klage behaupteten Gesundheitszustand gemessen. Würden nun bereits mit der Klage allfällige Argumente der Berufungsklägerin pariert, könne die Glaubwürdigkeit des Berufungsbeklagten nicht mehr überprüft werden. Das Aufzeigen von unglaubwürdigen Aussagen werde der Berufungsklägerin verunmöglicht. Dabei sei es für sie zentral, Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Berufungsbeklagten zu streuen. Dies gelinge, wenn der Berufungsbeklagte erst in einer allfälligen Replik Stellung beziehen könne, müsse er sich doch dann an die in der Klage beschriebenen Beschwerden halten oder sich auf Kosten seiner Glaubwürdigkeit widersprechen. Somit miss-

brauche der Berufungsbeklagte das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG allein aus prozesstaktischen Gründen.

bb) Die Berufungsklägerin macht somit zusammengefasst geltend, die vom Berufungsbeklagten genannten Gründe seien nur vorgeschoben, denn in Tat und Wahrheit gehe es diesem einzig und allein darum, die Ergebnisse und Erkenntnisse aus der Observation in die Begründung seiner Schadenersatzklage so einzubauen, dass seine Glaubwürdigkeit auch durch die Klageantwort der Berufungsklägerin nicht mehr in Frage gestellt werden könne. Für diese Behauptung trägt die Berufungsklägerin die Beweislast, wobei ihr das Recht auf entsprechende Beweisabnahme zusteht[93]. Folglich hätte die Vorinstanz für dieses von der Berufungsklägerin behauptete Motiv Beweis abnehmen müssen, zumal es bereits in der Klageantwort vorgebracht wurde. Hievon kann aber abgesehen werden, wenn von vorneherein feststeht, dass kein (offenbarer) Rechtsmissbrauch vorliegt.

b) Zwar muss der Berufungsbeklagte sein Auskunftsbegehren nicht begründen[94], doch ist die Darlegung des Interesses an der Auskunft notwendig, um dem Vorwurf der rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Auskunftsrechts entgegen zu treten. Ebenso kann die nach Art. 9 Abs. 4 DSG gebotene Abwägung der gegenseitigen Interessen erfordern, dass der um Auskunft Ersuchende seine Interessen darlegt[95]. Folglich kommt den (wahren) Interessen des Berufungsbeklagten, die dieser mit der Geltendmachung seines Auskunftsrechts verfolgt, entscheidende Bedeutung zu.

aa) Der Berufungsbeklagte argumentiert, wegen der Herausgabeverweigerung der Berufungsklägerin könne er die ihm

---

93 Art. 152 Abs. 1 ZPO
94 Rosenthal/Jöhri, Art. 8 DSG N 12
95 BGE 138 III 432

gemäss DSG zustehenden Rechte nicht wahrnehmen, nämlich die Rechtmässigkeit und Richtigkeit der Daten zu überprüfen und gegebenenfalls die Sperrung, Berichtigung oder Löschung unrichtiger Daten zu verlangen. Auch könne er wegen der Herausgabeverweigerung nicht verhindern, dass allenfalls falsche Daten an Dritte gelangten, mit deren Daten vermischt und schliesslich neue unrichtige Daten geschaffen würden.

bb) Hiezu führt die Berufungsklägerin aus, Observationsmaterialien seien, anders als die in BGE 138 III 425 ff. herausverlangten Entscheidgrundlagen der auskunftspflichtigen Bank, nicht einfach richtig oder falsch. Observiert und festgehalten werde nur, wie sich eine Person, wenn sie sich unbeobachtet fühle, verhalte. In der Folge beurteile der externe Aktengutachter, ein Arzt, die Befunde aus übergeordneter Sicht, setze sie in Beziehung zueinander und zu den Lebensumständen des Observierten und bewerte sie schliesslich. Im Haftpflichtprozess unterlägen solche Gutachten alsdann der freien richterlichen Beweiswürdigung. Folglich passe das Kriterium der Richtigkeit der Daten gemäss Art. 5 Abs. 1 DSG weder für die Observationsergebnisse noch für das Aktengutachten.

cc) Mit dem Berufungsbeklagten ist davon auszugehen, dass Observationsmaterialien durchaus überprüfbar sind, basieren sie doch regelmässig auf einer Auswahl von Videosequenzen und dem subjektiv wertenden Bericht des dem Auftraggeber verpflichteten Observierenden, der nach seiner Auffassung Unwesentliches weglässt oder wegschneidet. Somit wäre das Material durchaus einer Überprüfung hinsichtlich Objektivität beziehungsweise Ausgewogenheit in der Auswahl zugänglich. Doch auch unabhängig von einer allfälligen tendenziösen Berichterstattung seitens des Observierenden lassen sich Bildaufnahmen, zugehörige schriftliche Aufzeichnungen sowie auswertende (ärztliche) Stellungnahmen auf die Schutzfunktionen des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts hin überprüfen, das der betroffenen Person ermöglicht, das gesammelte Datenmaterial auf Rechtmässigkeit

in der Beschaffung und Weitergabe sowie auf Richtigkeit, aber auch auf Treu und Glauben und Verhältnismässigkeit in der Bearbeitung zu kontrollieren[96]. Somit beruft sich der Berufungsbeklagte für sein Auskunftsersuchen durchaus auf datenschutzkonforme Motive und Interessen.

c) Sollte der Berufungsbeklagte daneben (vor)prozessuale Ziele verfolgen, so lassen diese das Auskunftsbegehren (noch) nicht als (offenbar) rechtsmissbräuchlich erscheinen.

aa) Das Rechtsmissbrauchsverbot[97] bezweckt nicht, die Interessenlage zu Gunsten des Auskunftsverpflichteten zu verschieben, sondern dient dazu, "Unbilligkeiten und Ungerechtigkeiten" in der Anwendung des Rechts zu verhindern[98]. Dementsprechend ist ein Auskunftsbegehren nicht schon deshalb rechtsmissbräuchlich, weil die Datenüberprüfung auch im Hinblick auf einen allfälligen Schadenersatzprozess vorgenommen werden soll[99].

bb) Der Berufungsbeklagte bestreitet nicht, dass er das Auskunftsbegehren auch mit Blick auf seine Schadenersatzforderung beziehungsweise auf die Rückzahlungsforderung der Berufungsklägerin gestellt habe, welche zwischenzeitlich im Umfang von Fr. 400'000.00 in Betreibung gesetzt worden sei. Allein um diese Rückzahlungsforderung und um die in diesem Zusammenhang gegen den Berufungsbeklagten eingeleitete Betreibung drehen sich die im Berufungsverfahren ins Recht gelegten Beilagen der Parteien sowie deren Eingaben vom 13. März respektive 19. März 2013. Ob die

---

96 Gramigna/Maurer-Lambrou, Art. 8 DSG N 1
97 Art. 2 Abs. 2 ZGB
98 Vgl. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13.A., S. 58 N 15
99 BGE 138 III 433

Eingabe der Berufungsklägerin vom 13. März 2013 aus dem Recht zu weisen ist, wie der Berufungsbeklagte mit Stellungnahme vom 19. März 2013 verlangt, kann indessen offen bleiben, weil mehr als der bereits vor Vorinstanz vorgetragene Umstand, wonach die Berufungsklägerin angeblich zu Unrecht erbrachte Zahlungen zurückverlange, gar nicht entscheidrelevant ist. Dabei geht es dem Berufungsbeklagten gemäss eigener Darstellung konkret darum, nicht innert den vergleichsweise kurzen zivilprozessualen Fristen eine Überprüfung der Daten auf ihre Richtigkeit und Rechtmässigkeit hin vornehmen zu müssen. Mit anderen Worten befürchtet der Berufungsbeklagte, allfällige medizinische oder sachverhaltsmässige Abklärungen nicht mehr rechtzeitig in Auftrag geben zu können[100]. Damit will der Berufungsbeklagte jene Zeit zur Verfügung haben, welche ihm das DSG dafür auch lässt. Darin ist aber kein (offenbarer) Rechtsmissbrauch zu erkennen. Zwar schliesst ein solches Motiv nicht aus, dass der Berufungsbeklagte die Daten auch will, um die Observationsergebnisse und -erkenntnisse in einer zukünftigen Schadenersatzklage zu berücksichtigen. Der Berufungsbeklagte weist aber darauf hin, ein solches Vorgehen sei gar nicht mehr möglich, weil er sich bereits mehrfach gegenüber Ärzten, Gutachtern, Case-Managern und Versicherungsmitarbeitern zu seinem Gesundheitszustand geäussert habe. Dabei sei er völlig unbefangen vom Ergebnis einer Observation gewesen. Somit seien die Befürchtungen der Gegenpartei, wonach er in einer allfälligen Klage die bereits mehrfach vorgebrachten Behauptungen neu darlegen könne, unbegründet. Zwar ist diese Behauptung mangels medizinischer Berichte in den Akten nicht belegt, doch ist davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte in den rund 8½ Jahren seit dem Unfall mehrfach zu seinen Beschwerden beziehungsweise zu seinem physischen Zustand befragt wurde. Nach der Berufungsklägerin soll dem

---

[100] Daran vermag die auch Möglichkeit von Fristerstreckungen nach Art. 144 Abs. 2 ZPO nichts zu ändern.

Gutachten des Schweizerischen Instituts für Versicherungsmedizin (SVIM) beispielsweise zu entnehmen sein, dass der Berufungsbeklagte von einem "Dauerschwindel", welcher immer - Tag und Nacht - vorhanden sei, berichtet habe. Zudem habe der Berufungsbeklagte gegenüber den Ärzten des SVIM erklärt, er fahre über längere Strecken Auto und sogar auch Velo. Damit bestünden Widersprüche, welche bereits vor der Observation zu Tage getreten seien. Wenn dem aber so ist, überschätzt die Berufungsklägerin die Möglichkeiten des Berufungsbeklagten, den Sachverhalt in einer allfälligen Klage zum Zweck der Richterbeeinflussung an die Observationsergebnisse anzupassen. Das Gericht, das den Haftpflichtfall gegebenenfalls zu beurteilen haben wird, wird die Vorbringen des Berufungsbeklagten in der Klagebegründung durchaus im Kontext zu würdigen wissen. Dazu gehört auch, dass der Berufungsbeklagte die Klagebegründung in Kenntnis der Observationsmaterialien verfasste, und dass es sich dabei um blosse Parteibehauptungen handelt. Das Gericht wird dabei auch ohne weiteres die Angaben des Berufungsbeklagten in den medizinischen Akten zu den Observationsmaterialien in Bezug setzen können.

d) Das Bundesgericht erwog in BGE 138 III 433, es stehe nicht fest, dass die um Auskunft ersuchende Partei Beweisurkunden verlangt habe, an die sie in einem (späteren) Zivilprozess nicht gelangen könnte. Dies gilt auch für diesen Fall, zumal die Berufungsklägerin mehrfach in Aussicht stellte, alle Akten prozessual vorzulegen. Wann dies allerdings der Fall sein wird, ist ebenso offen wie die vom Berufungsbeklagten aufgeworfene Frage, wie es sich denn mit der Herausgabe verhielte, wenn er bloss eine Teilklage erheben sollte. Weiter fragt sich auch, wie es sich verhielte, wenn noch lange nicht geklagt werden sollte; diesfalls wäre die Berufungsklägerin - gemäss eigener Darstellung - zur Herausgabe des Observationsmaterials nicht bereit. Es besteht die Gefahr, dass aus der bloss "aufgeschobenen" eine endgültige Herausgabeverweigerung würde mit der Konsequenz, dass der Berufungsbeklagte die Datensammlung der Berufungsklägerin über-

haupt nie überprüfen könnte. Ein solches Ergebnis kann aber nicht im Sinn des Datenschutzes sein.

e) Zusammenfassend ist nicht von einem (offenbaren) rechtsmissbräuchlichen Auskunftsbegehren auszugehen.

5. Der private Inhaber einer Datensammlung kann gemäss Art. 9 Abs. 4 DSG die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit eigene überwiegende Interessen es erfordern und er die Personendaten nicht Dritten bekannt gibt.

a) aa) Das Bundesgericht nannte in BGE 138 III 433 ff. als Beispiele überwiegender Interessen des Auskunftspflichtigen die Befürchtung einer Wirtschaftsspionage, Gefährdungen oder Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsrechte des Auskunftspflichtigen oder auch überwiegende finanzielle Interessen. Das Bundesgericht erwog, es sei stets eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei zunächst der Auskunftspflichtige seine Interessen darzutun habe. Diese seien sodann auf ihre Berechtigung zu prüfen und den Interessen des Auskunftsersuchenden gegenüberzustellen. Nur sofern Erstere die Letzteren überwögen, könne die Auskunft verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden. Zum Vorwurf, das Auskunftsbegehren sei nur zur Beweisausforschung gestellt worden, führte das Bundesgericht aus, es sei nicht erstellt, dass die Auskunftsersuchenden sich einen von der Zivilprozessordnung nicht vorgesehenen Vorteil verschaffen wollten oder eine eigentliche Beweisausforschung beziehungsweise eine verpönte "fishing expedition" betrieben. Sie verlangten vielmehr lediglich Auskunft über Daten betreffend ihre eigene Person im Rahmen der bei der auskunftspflichtigen Bank gehaltenen Konto- und Depotbeziehungen. Über diese Daten aber habe die Bank ohnehin auch gestützt auf Art. 400 OR Auskunft erteilen müssen, wobei der Anspruch auf Rechenschaftsablegung nach Art. 400 OR selbst dann nicht ausgeschlossen sei, wenn sich die beauftragte Bank damit Schadenersatzansprüchen aussetze.

bb) Damit erweist sich die Kritik der Berufungsklägerin am angefochtenen Entscheid insofern als zutreffend, als die Vorinstanz allzu pauschal auf BGE 138 III 425 ff. abstellte und dabei ausblendete, dass das Bundesgericht in jenem Entscheid von fehlender Beweisausforschung ausging, sowie, dass sich das Bundesgericht mit Blick auf die Herausgabepflicht der Bank (auch) auf Art. 400 OR stützte, welche Bestimmung infolge Fehlens eines Auftragsverhältnisses zwischen den Parteien hier nicht anwendbar ist. Damit konnte das Bundesgericht im genannten Entscheid auf eine eigentliche Interessenabwägung verzichten.

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist somit in einem ersten Schritt die Schutzwürdigkeit der angerufenen eigenen Interessen des Auskunftspflichtigen zu prüfen. Nur wenn diese zu bejahen ist, sind in einem zweiten Schritt die Interessen des Auskunftspflichtigen gegen jene des Auskunftsberechtigten abzuwägen. Ein allfälliges Interesse des Auskunftspflichtigen an der Anwendbarkeit zivilprozessualer Regeln im Vorfeld eines sich abzeichnenden Prozesses bildet keinen Einschränkungsgrund im Sinn von Art. 9 Abs. 4 DSG. Vielmehr gelten für Auskunftsbegehren, die vor Rechtshängigkeit eines Zivilprozesses gestellt werden, selbst dann die Regeln des Datenschutzrechts, wenn sich ein Prozess anbahnt. Eine Einschränkung des Auskunftsrechts im Vorfeld eines Zivilprozesses ist deshalb nur zulässig, wenn das angerufene Interesse im vorgenannten Sinn schutzwürdig ist und das Interesse des Auskunftspflichtigen überwiegt. Dem ist so, wenn der Auskunftsberechtigte im konkreten Fall datenschutzfremde Interessen verfolgt, etwa, wenn es ihm (primär oder allein) darum geht, seine Schadenersatzansprüche abzuklären. Zu beachten ist dabei jedoch, dass die Interessenabwägung nicht pauschal, sondern für jede Personenangabe beziehungsweise für jedes Aktenstück gesondert vorzunehmen ist. Selbst bei Bejahung überwiegender eigener Interessen

des Auskunftspflichtigen muss daher sorgfältig geprüft werden, wie weit dessen Einschränkungsrecht im Einzelfall konkret reicht[101].

6. a) Die Berufungsklägerin erklärt, ihr privates (finanzielles) Interesse wie auch dasjenige (öffentliche) der Versichertengemeinschaft bestehe darin, nur haftpflichtrechtlich erwiesene Leistungen erbringen zu müssen. Sie habe auch ein schützenswertes Interesse an der Wahrheitsfindung sowie daran, Versicherungsbetrug in einem möglichst frühen Stadium zu erkennen, weshalb die Observation des Berufungsbeklagten berechtigt gewesen sei. Wenn die Observationsergebnisse bereits im Vorfeld eines Prozess herauszugeben seien, könne der Berufungsbeklagte allfällige Widersprüche bereits in der Klageschrift zunichte machen, indem er in der ersten Stellungnahme eines Prozesses die Behauptungen bereits so aufstelle, dass die Berufungsklägerin die Glaubwürdigkeit nur noch schwer in Zweifel ziehen könne. Wenn die Observationsergebnisse hingegen bis nach der Klage zurück behalten würden, könne der Berufungsbeklagte eine allfällige Anpassung an das Observationsmaterial erst in einem zweiten Schriftenwechsel vornehmen, was dem Gericht die Überprüfung der Glaubwürdigkeit ermögliche. Demgegenüber habe der Berufungsbeklagte bislang nur prozessuale Interessen geltend gemacht, beziehungsweise gehe es ihm allein darum, die gegen ihn gerichteten Forderungen abzuwehren und die von ihm geltend gemachten Forderungen einzuklagen. Es gelte hier eine ähnliche Interessenabwägung vorzunehmen wie bei einer Persönlichkeitsverletzung durch Observation. Eine mit der Observierung durch Privatdetektive einhergehende Persönlichkeitsverletzung erachte das Bundesgericht als im überwiegenden privaten und öffentlichen Interesse, weil andernfalls die Versicherung und die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen zu erbringen hätten. Dies gelte zumindest dann, wenn - wie hier - der Versicherte

---

[101] Bracher/Tavor, S. 50; Rosenthal/Jöhri, Art. 9 DSG N 17

Fr. 2'000'000.00 fordere, welchen Betrag das Bundesgericht als "erheblich" qualifiziert habe. Während mit der Observation allerdings eine definitive Persönlichkeitsverletzung einhergehe, werde bei einer bloss aufgeschobenen Auskunft nur vorübergehend in die Persönlichkeitsrechte eingegriffen, weshalb die Eingriffsanforderungen hier tiefer anzusetzen seien. Letztlich sei die Abwägung ein Anwendungsfall des Verhältnismässigkeitsprinzips. Folglich müsse der Eingriff in die Persönlichkeit zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich sein, und schliesslich seien Zweck und Mittel so auszugestalten, dass den Interessen eines jeden Beteiligten mindestens angemessen Rechnung getragen werde. Eignung und Erforderlichkeit seien gegeben, weil die Glaubwürdigkeit des angeblichen "Schleudertraumapatienten" nur schwer zu überprüfen sei, wenn der Sachverhalt bereits im Zeitpunkt der Klage fixiert und so zurecht gebogen werde, dass sie, die Berufungsklägerin, mit ihren Einwänden ins Leere stosse. Ferner sei zu beachten, dass die Auskunft nur vorübergehend verweigert werde, womit der Eingriff in die Persönlichkeit weniger einschneidend sei als im Fall von BGE 138 III 425 ff. Beschränkt sei der Eingriff aber auch dadurch, dass nur gerade die Observationsergebnisse zurückbehalten würden. Diese aber brauche der Berufungsbeklagte für den von ihm einzuleitenden Prozess nicht.

b) Dem hält der Berufungsbeklagte entgegen, der behauptete temporäre Aufschub der Akteneinsicht komme von der Wirkung her einer umfassenden Verweigerung gleich. Eine "Aggravation oder Simulation" sei von keinem behandelnden oder begutachtenden Mediziner attestiert worden. Vielmehr habe der psychiatrische Gutachter dies unter Hinweis auf ein konsistentes Gesamtbild sogar ausdrücklich verneint. Somit habe ein begründeter Anfangsverdacht für eine Observation gefehlt, womit diese unzulässig respektive rechtswidrig gewesen sei. Durch die Einsicht in die entsprechenden Akten könne aber gezeigt werden, dass die gesammelten Unterlagen unrechtmässig und wertlos seien und die Haltung der Berufungsklägerin nicht zu stützen ver-

möchten. Dazu passe, dass die Berufungsklägerin nicht in der Lage sei, konkrete betrügerische Absichten aufzuzeigen. Bezeichnenderweise erfolge die überwiegende Anzahl von Observationen zur Abklärung von sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen. Die Argumentation der Berufungsklägerin, wonach die verfrühte Herausgabe von Observationsakten deren spätere Verwendung zunichte mache, könne demnach nicht richtig sein, ansonsten sich im Sozialversicherungsbereich eine Observation regelmässig als sinnlos erwiese, da deren Erkenntnisse zur Wahrung des rechtlichen Gehörs vor Erlass der Verfügung der versicherten Person offen zu legen seien. Dies zeige, dass es der Berufungsklägerin gar nicht um die von ihr bloss vorgeschobene "Wahrheitsfindung" gehe. Vielmehr wolle die Versicherungsgesellschaft ihn durch Vorenthalten der Akten unter Druck setzen respektive ihm die Akten irgendwann zu einem ungünstigen Zeitpunkt zukommen lassen. Entgegen der Darstellung der Berufungsklägerin habe er gar keine prozessualen Gründe für die beantragte Einsicht vorgebracht. Ihm gehe es um die Prüfung der Rechtmässigkeit und Richtigkeit der Daten, aber auch um die Verhältnismässigkeit der Datenbeschaffung sowie darum, ob die Daten nach Treu und Glauben bearbeitet worden seien. Schliesslich beabsichtige er, den Bestand der von der Berufungsklägerin gegen ihn geltend gemachten Forderung sowie den Bestand eigener haftpflichtrechtlicher Ansprüche gegenüber der Berufungsklägerin zu prüfen. Demgegenüber wolle ihm die Berufungsklägerin mit Blick auf die kurzen Fristen in einem allfälligen künftigen Zivilprozess ein Vorgehen in gleichem zeitlichen Umfang, wie es ihr möglich sei, verweigern.

c) aa) Sowohl bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit einer Observation als auch bei der Prüfung der Zulässigkeit der Einschränkung des Auskunftsrechts nach Art. 8 DSG ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Indessen braucht das Ergebnis nicht dasselbe zu sein, zumal sich der Prüfgegenstand unterscheidet. Die Rechtmässigkeit der Observation ist an dieser Stelle aber nicht zu beurteilen.

Tatsache ist, dass der Berufungsbeklagte observiert wurde und entsprechende Ergebnisse existieren. Zu beurteilen ist vielmehr einzig das Interesse der Berufungsklägerin an der Verweigerung der Auskunft bis zur Klagebegründung durch den Berufungsbeklagten respektive das Interesse des Berufungsbeklagten an der Auskunft.

bb) aaa) Es stellt sich somit die Frage, ob der Berufungsklägerin ein schutzwürdiges Interesse zukommt, die Observationsergebnisse einstweilen zurückzubehalten. Die Berufungsklägerin machte im Kern geltend, dieses Interesse bestehe in der Sicherstellung der Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Berufungsbeklagten in einem zukünftigen Haftpflichtprozess. Nur so lasse sich gewährleisten, dass das Gericht die Beschreibung des Gesundheitszustands durch den Berufungsbeklagten auf Kohärenz und Stimmigkeit überprüfen könne, und dass keine unberechtigten Zahlungen geleistet würden.

bbb) Wie bereits im Zusammenhang mit der Prüfung des Vorwurfs des Rechtsmissbrauchs dargelegt, wird das Gericht, das den Haftpflichtfall dereinst zu beurteilen haben wird, die Vorbringen des Berufungsbeklagten in der Klagebegründung durchaus im Kontext zu würdigen wissen, wozu auch gehört, dass das Gericht zu berücksichtigen wissen wird, dass der Berufungsbeklagte die Klagebegründung in Kenntnis der Observationsmaterialien verfasste, und dass es sich dabei um blosse Parteibehauptungen handelt. Das Gericht wird dabei auch ohne weiteres die Angaben des Berufungsbeklagten in den medizinischen Akten zu den Observationsmaterialien in Bezug setzen können. Damit fehlt es aber seitens der Berufungsklägerin mit Blick auf die (einstweilige) Zurückbehaltung der Akten bereits an einem schutzwürdigen Interesse. Somit scheint die Verweigerung der Herausgabe der Observationsmaterialien im Hinblick auf die Verhältnismässigkeitsprüfung weder geeignet noch notwendig, um die Glaubwürdigkeit des Berufungsbeklagten zu beurteilen.

ccc) Wollte eine beschränkte Eignung und damit auch beschränkte Erforderlichkeit bejaht werden, stünde diese in keinem Verhältnis zum höher zu gewichtenden Interesse des Berufungsbeklagten, die Rechtmässigkeit und Richtigkeit der gesammelten Daten sowie die Angemessenheit der Datenbearbeitung zu überprüfen. Dieses dem Berufungsbeklagten vom DSG gewährte Recht darf nicht unterwandert werden, bloss um der Berufungsklägerin ein prozessuales "Überraschungsmoment" zu ermöglichen. Somit fiele auch eine Interessenabwägung zu Ungunsten der Berufungsklägerin aus.

d) Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die Berufungsklägerin sich überhaupt noch auf Art. 9 Abs. 4 DSG stützen kann, oder ob ihr dies allenfalls verwehrt ist, weil sie die besagten Personendaten bereits Dritten bekanntgab.

7. Somit erweist sich die Berufung als unbegründet. Die Berufungsklägerin wird verpflichtet, dem Berufungsbeklagten Einsicht in alle ihn betreffenden Akten im Zusammenhang mit dem Verkehrsunfall vom 3. November 2004 zu gewähren.

Obergericht, 2. Abteilung, 14. Mai 2013, ZBR.2013.10

10. **Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bei gleichzeitigem Ersuchen um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist keine unnötige Rechtsvorkehr, welche die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Schlichtungsverfahren ausschliesst; Entscheidkompetenz** (Art. 117 f., 303 Abs. 1, 263 ZPO; § 45b ZSRV)

1. Der 20-jährige Beschwerdeführer erhob am 24. Januar 2013 Klage gegen seinen Vater auf Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen und

ersuchte um Durchführung einer Schlichtungsverhandlung. Für das Schlichtungsverfahren sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege mit Offizialanwalt zu bewilligen. Gleichentags reichte er beim Bezirksgericht ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein und beantragte auch für dieses Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege mit Offizialanwalt. Das Friedensrichteramt leitete das Gesuch, soweit es die Bewilligung eines Offizialanwalts betraf, am 25. Januar 2013 an das Bezirksgericht weiter.

2. a) Die Vorinstanz wies für das Schlichtungsverfahren das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverbeiständung ab. Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, die Vorinstanz habe nur über die Frage der Offizialverbeiständung entscheiden dürfen. Soweit sie die unentgeltliche Prozessführung verweigert habe, sei der angefochtene Entscheid aufzuheben, weil darüber der Friedensrichter noch nicht entschieden habe.

b) Gemäss § 45b Abs. 1 ZSRV entscheidet über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung die Friedensrichterin oder der Friedensrichter selbstständig. Wird die Bestellung einer Offizialvertretung verlangt, sind die Akten laut § 45b Abs. 2 ZSRV zum Entscheid an die Einzelrichterin oder den Einzelrichter des Bezirksgerichts zu überweisen. § 45b ZSRV wurde mit Beschluss des Obergerichts vom 23. November 2011 eingefügt und trat am 1. Januar 2012 in Kraft. Im Kommentar zum Vernehmlassungsentwurf zu dieser Änderung wurde darauf hingewiesen, diese Bestimmung präzisiere die Zuständigkeit bei der unentgeltlichen Rechtspflege mit Offizialanwalt. Dabei war das Obergericht der Meinung, über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung entscheide der Friedensrichter selbstständig auch in dem Fall, in dem gleichzeitig um die Bestellung einer Offizialvertretung für das Schlichtungsverfahren ersucht wird. Das geht aus den Erläuterungen zu den aufgrund des Vernehmlassungsverfahrens vorgeschlagenen Änderungen der Verordnungsentwürfe eindeutig hervor. Dort wurde festgehalten, es erscheine nicht sinnvoll, die

Zuständigkeit zur Bestellung eines Offizialanwalts den Friedensrichtern zu übertragen. Einerseits gehe es (beim unentgeltlichen Rechtsbeistand) rasch um deutlich höhere Beträge, als die Verfahrenskosten vor Friedensrichter ausmachen könnten. Andererseits sei der Umstand in Kauf zu nehmen, dass auf diese Weise in seltenen Fällen widersprüchliche Entscheide entstehen könnten, indem das Friedensrichteramt zufolge Bedürftigkeit die unentgeltliche Rechtspflege bewillige, während der Einzelrichter die Bestellung eines Offizialanwalts mangels Bedürftigkeit ablehne. Abgesehen davon seien im Rechtsmittelverfahren entsprechende Korrekturen möglich.

Daraus folgt, dass die Auffassung des Beschwerdeführers zutreffend ist, die Vorinstanz hätte nicht über die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung entscheiden dürfen. Dieser Entscheid ist dem Friedensrichteramt vorbehalten. Die Vorinstanz hat allein über die Bewilligung einer Offizialvertretung im Schlichtungsverfahren zu entscheiden.

3. Hauptstreitpunkt dieses Beschwerdeverfahrens ist die Frage, ob die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens vor dem Friedensrichteramt als unnötige Rechtsvorkehr bezeichnet werden kann, wenn gleichzeitig im Zusammenhang mit einer Unterhaltsklage das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt wird. Die Vorinstanz bejahte dies und bewilligte daher für das Schlichtungsverfahren die Offizialvertretung nicht.

a) Laut Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO umfasst die unentgeltliche Rechtspflege die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. Die Offizialvertretung kann bereits zur Vorbereitung des Prozesses bestellt werden. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat gemäss Art. 117 ZPO eine Person, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Der

Rechtsgrund der Aussichts- beziehungsweise Nichtaussichtslosigkeit kann prozess-, verfahrens-, materiellrechtlicher oder tatsächlicher Natur sein[102]. Als aussichtslos sind Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren, und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet[103].

b) Steht das Kindesverhältnis fest, kann gemäss Art. 303 Abs. 1 ZPO bei Unterhalts- und Vaterschaftsklagen der Beklagte im Rahmen vorsorglicher Massnahmen[104] verpflichtet werden, angemessene Beiträge an den Unterhalt des Kindes zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen. Das Verfahren richtet sich nach den Art. 248 ff., insbesondere 252 ff. und 261 ff. ZPO (summarisches Verfahren), jedoch mit den in den Art. 295 ff. ZPO vorgesehenen Besonderheiten[105].

Unterschiedliche Auffassungen bestehen zur Frage, ob vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 ZPO bereits vor der Einreichung der Unterhaltsklage verlangt oder erlassen werden können, oder ob Voraussetzung für vorsorgliche Massnahmen die Rechtshängigkeit der Hauptklage ist.

---

[102] Bühler, Berner Kommentar, Art. 117 ZPO N 233a; Rüegg, Basler Kommentar, Art. 117 ZPO N 19

[103] Bühler, Art. 117 ZPO N 228 mit Hinweisen

[104] Marginalie zu Art. 303 ZPO

[105] Spycher, Berner Kommentar, Art. 303 ZPO N 3 f.; Steck, Basler Kommentar, Art. 303 ZPO N 18 ff.

aa) Gemäss Art. 281 Abs. 1 aZGB[106], der durch Art. 303 Abs. 1 ZPO ersetzt wurde, trifft das Gericht auf Begehren des Klägers für die Dauer des Prozesses die nötigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die Klage eingereicht ist. Gestützt auf diese (aufgehobene) Bestimmung des Kindesrechts geht - soweit überblickbar - der überwiegendere Teil der Lehre davon aus, vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 ZPO könnten frühestens von der Erhebung der Klage an verfügt werden[107]. Nach dieser Auffassung gilt Art 303 Abs. 1 ZPO als "lex specialis" zu Art. 261 ff. ZPO. Letztere kommen zur Anwendung, sofern Art. 303 f. ZPO keine abweichende Regelung treffen[108]. Gestützt auf diese Auffassung können vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 303 Abs. 1 ZPO frühestens ab Einreichung eines Schlichtungsgesuchs beantragt werden, das laut Art. 62 Abs. 1 ZPO die Rechtshängigkeit begründet. Alsdann gelangt Art. 263 ZPO, wonach das Gericht der gesuchstellenden Partei Frist zur Einreichung der Klage setzt, wenn die Klage beim Erlass vorsorglicher Massnahmen noch nicht rechtshängig ist, nicht zur Anwendung[109]. In diesem Fall kommt auch Art. 198 lit. h ZPO nicht zum Zug, wonach das Schlichtungsverfahren entfällt, wenn das Gericht Frist für eine Klage gesetzt hat[110].

---

106 In der Fassung bis 31. Dezember 2010

107 Steck, Art. 303 ZPO N 23; Breitschmid, Basler Kommentar (4.A.), Art. 281 aZGB N 1; Roelli/Meuli-Lehni, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Hrsg.: Breitschmid/Rumo-Jungo), 2.A., Art. 280-284 ZGB N 7 (Art. 303 ZPO); Baumann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 303 N 3; van de Graaf, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer), Basel 2010, Art. 303 N 3

108 Thormann, Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Baker & McKenzie), Bern 2010, Art. 303 N 1

109 Vgl. Sprecher, Basler Kommentar, Art. 263 ZPO N 5

110 Vgl. Zürcher, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 263 N 4; Infanger, Basler Kommentar, Art. 198 ZPO N 25

bb) Wird davon ausgegangen, das Verfahren bei vorsorglichen Massnahmen nach Art. 303 Abs. 1 ZPO richte sich nach Art. 261 ff. ZPO, können vorsorgliche Massnahmen gestützt auf Art. 263 ZPO auch vor der Rechtshängigkeit der Hauptsache beantragt werden. Infolge der in dieser Bestimmung vorgesehenen gerichtlichen Fristansetzung für den Hauptprozess entfällt gemäss Art. 198 lit. h ZPO der Schlichtungsversuch[111]. Voraussetzung dafür, dass überhaupt Frist zur Einreichung der Klage ohne Sühneverfahren im Sinn von Art. 263 i.V.m. 198 lit. h ZPO angesetzt wird, ist allerdings die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Die gesuchstellende Partei muss mithin mit ihrem Gesuch ganz oder teilweise durchgedrungen sein. Ein abgewiesenes Gesuch verlangt und erlaubt keine Prosequierungsfrist, sofern der das Gesuch abweisende Richter nicht von sich aus vorsorgliche Massnahmen anordnet[112].

c) Ob vorsorgliche Massnahmen gestützt auf Art. 303 Abs. 1 ZPO erst mit der Rechtshängigkeit der Hauptklage (Unterhaltsklage) verlangt werden können, oder ob gestützt auf Art. 263 ZPO die Rechtshängigkeit bei Massnahmen nach Art. 303 ZPO nicht Voraussetzung ist, kann hier offen gelassen werden. Bereits angesichts der unterschiedlichen Lehrmeinungen kann es nicht als unnötige Rechtsvorkehr bezeichnet werden, gleichzeitig mit einem Massnahmengesuch auch die Unterhaltsklage einzuleiten. Gleich ist zu entscheiden, wenn auf eine der Auffassungen abgestellt würde:

aa) Ist die Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen Voraussetzung, musste der Beschwerdeführer gleichzeitig mit dem Massnahmebegehren die Unterhaltsklage rechtshängig machen, da andernfalls der Massnahmerich-

---

[111] Spycher, Art. 303 ZPO N 4
[112] Sprecher, Art. 263 ZPO N 7; Güngerich, Berner Kommentar, Art. 263 ZPO N 2

ter mangels Rechtshängigkeit der Hauptklage auf das Massnahmengesuch nicht eintreten würde.

bb) Können vorsorgliche Massnahmen gestützt auf Art. 303 Abs. 1 i.V.m 263 ZPO bereits vor Rechtshängigkeit der Unterhaltsklage verlangt werden, ist das Vorgehen des Beschwerdeführers, gleichzeitig die Hauptklage einzuleiten, ebenfalls nicht als unnütze Rechtsvorkehr zu betrachten. Unterhalt kann gestützt auf Art. 279 Abs. 1 ZGB für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung verlangt werden. Würde der Beschwerdeführer nur vorsorgliche Massnahmen beantragen, liefe er Gefahr, des Unterhalts für die Vergangenheit teilweise verlustig zu gehen. Zwar kann auch im Rahmen vorsorglicher Massnahmen Unterhalt für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung verlangt werden[113]. Voraussetzung ist aber, dass der vorsorgliche Massnahmenentscheid (zumindest teilweise) gutgeheissen wird. Wird das Massnahmengesuch abgewiesen, stellt sich die Frage der Fristansetzung im Sinn von Art. 263 ZPO nicht, und der Unterhaltsgläubiger muss das Schlichtungsverfahren einleiten, da Art. 198 lit. h ZPO nicht zur Anwendung gelangt. Alsdann verliert er entsprechend dem Zeitraum, der zwischen dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und dem Schlichtungsgesuch liegt, seinen Anspruch auf rückwirkende Leistung von Unterhaltsbeiträgen, da er mit dem Schlichtungsgesuch wiederum nur Unterhaltsbeiträge rückwirkend für ein Jahr und die Zukunft verlangen kann.

Vorsorgliche Massnahmen setzen voraus, dass ein der gesuchstellenden Person zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist, und dass ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht und Dringlichkeit sowie

---

[113] Van de Graaf, Art. 303 ZPO N 2; Steck, Art. 303 ZPO N 23

Verhältnismässigkeit die Massnahme rechtfertigen[114]. Dies gilt auch für vorsorgliche Massnahmen nach Art. 303 Abs. 1 ZPO[115]. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist für einen Rechtssuchenden nicht immer leicht vorherzusagen. Selbst wenn Art. 263 ZPO im Zusammenhang mit Massnahmen nach Art. 303 Abs. 1 ZPO zur Anwendung gelangen sollte, muss es einem Unterhaltsgläubiger daher grundsätzlich erlaubt sein, im Sinn eines sorgfältigen Prozessierens gleichzeitig mit dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen auch die Unterhaltsklage einzuleiten.

An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer keine Unterhaltsbeiträge für die Vergangenheit, sondern lediglich für die Zukunft beantragte. Die Durchführung einer Schlichtungsverhandlung kann unter Umständen insofern erfolgreich sein, als sich die Parteien einigen und somit ein Unterhaltsprozess vermieden werden kann. Auch aus diesem Grund ist es nicht gerechtfertigt, die Einleitung des Schlichtungsverfahrens als unnötige Rechtsvorkehr zu bezeichnen.

d) Im Schlichtungsverfahren kommt dem Erfordernis der Nichtaussichtslosigkeit entsprechend dem Sinn und Zweck dieses Verfahrens, nach Möglichkeit eine gütliche Einigung zu erzielen, in der Regel nur eingeschränkte Bedeutung zu[116]. Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ist offensichtlich und unbestritten. Fragen liesse sich höchstens, ob für das Schlichtungsverfahren eine anwaltliche Vertretung notwendig ist. Dies ist bei einem 20-jährigen Lehrling für einen Unterhaltsprozess wohl zu bejahen. Das gilt hier umso mehr, als die Vorinstanz für das Massnahmeverfahren die unentgeltliche Pro-

---

[114] Vgl. Treis, Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Baker & McKenzie), Bern 2010, Art. 261 N 3
[115] Steck, Art. 303 ZPO N 18
[116] Bühler, Art. 117 ZPO N 260

zessführung mit Offizialvertreter bewilligte. Somit sind die Voraussetzungen für die Gewährung der Offizialvertretung im Schlichtungsverfahren erfüllt. Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet.

Obergericht, 1. Abteilung, 20. März 2013, ZR.2013.11

11. **Ein Teilentscheid über den Streitwert führt nicht zu einem Endentscheid und ist daher unzulässig** (Art. 125 lit. a und 237 Abs. 1 ZPO).

1. Die Berufungskläger beantragten im Rahmen eines Teilentscheids die Feststellung, dass der Streitwert für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren Fr. 31'400.00 betrage.

Zur Begründung dieses Antrags machten die Berufungskläger geltend, vor Friedensrichter seien sich die Parteien einig gewesen, dass der Streitwert Fr. 30'000.00 übersteige. Über verlässliche Anhaltspunkte hätten die Berufungskläger allerdings noch nicht verfügt. Eine provisorische Zusammenstellung der Willensvollstreckerin, die sie nach dem Vermittlungsverfahren erhalten hätten, habe ihnen erlaubt, den Streitwert in der Klageschrift auf Fr. 31'400.00 zu beziffern. Das Bezirksgericht, das den Prozess 15 Monate lang geführt habe, sei ebenfalls von diesem Streitwert ausgegangen. Auch nach Übernahme des Verfahrens durch die Vorinstanz sei es bei diesem Streitwert geblieben. Die Vorinstanz habe den Streitwert erst im angefochtenen Entscheid auf mindestens Fr. 4 Mio. festgelegt, womit die Prozesskosten explodiert seien. Als Folge davon sähen sich die Berufungskläger plötzlich mit Gerichtskosten von Fr. 81'000.00 und Parteientschädigungen von Fr. 113'000.00 konfrontiert. Wenn die Berufungskläger von Anfang an für den Fall der Klageabweisung mit derart hohen Verfahrenskosten hätten rechnen müssen, hätten sie sich diesen Pro-

zess gar nicht oder höchstens mit Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege leisten können. Gleiches gelte für das Berufungsverfahren. Ob die Berufung durchgeführt werden könne, hänge deshalb entscheidend davon ab, wie das Obergericht den Streitwert bemesse. Sollte es für das Berufungsverfahren wider Erwarten von einem Streitwert in Millionenhöhe ausgehen, sähen sich die Berufungskläger aus rein ökonomischen Gründen gezwungen, auf eine Berufung im Hauptpunkt zu verzichten und das eingelegte Rechtsmittel auf eine Kostenbeschwerde zu reduzieren. Damit liege ein Fall von Art. 125 lit. a ZPO vor: Mit einem Vorentscheid über die Frage des für das Berufungsverfahren massgeblichen Streitwerts und gegebenenfalls über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werde das Berufungsverfahren vereinfacht. Gehe das Obergericht von einem Streitwert von Fr. 31'400.00 aus, werde das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hinfällig, und es könne über die Frage der Ungültigkeit des Testaments entschieden werden. Bei Annahme eines Streitwerts im Berufungsverfahren in Millionenhöhe sähen die Berufungskläger aus wirtschaftlichen Gründen keine Möglichkeit, ihr materielles Anliegen auch noch durch das Obergericht und allenfalls das Bundesgericht beurteilen zu lassen. Sie müssten den Weiterzug auf eine Teilanfechtung der Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Entscheids beschränken. Die Berufung wäre bloss noch als Beschwerde zu behandeln, und die reduzierten Anträge müssten neu formuliert werden. Mit einem Teilentscheid erhielten die Parteien zugleich Gelegenheit, die entscheidend gewordene Frage des Streitwerts nötigenfalls vorab durch das Bundesgericht klären zu lassen.

2. a) Gemäss Art. 125 lit. a ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung des Prozesses insbesondere das Verfahren auf einzelne Fragen beschränken. Die Beschränkung des Verfahrens auf einzelne Fragen oder einzelne Rechtsbegehren setzt grundsätzlich voraus, dass der Entscheid über diese Fragen oder Rechtsbegehren die Herbeiführung eines Endentscheids oder zumindest eines Zwischenentscheids

erlaubt, gegen den ebenfalls ein Rechtsmittel ergriffen werden kann[117]. Zu den einzelnen Fragen, auf die das Verfahren sinnvollerweise beschränkt werden kann, zählen insbesondere Prozess- und Anspruchsvoraussetzungen, deren Verneinung zu einem Endentscheid führt[118], sowie Teilaspekte ("Stufen") bei Stufenklagen (Vereinfachung eines in der Regel komplexen Verfahrens)[119]. Die Fälle möglicher Verfahrensbeschränkungen sind aber nicht abschliessend geregelt[120].

b) Die Art. 124 - 128 ZPO gehören zu den Allgemeinen Bestimmungen[121] und regeln im 1. Kapitel des 9. Titels die Prozessleitung, namentlich die Grundsätze, die Prozessvereinfachung, die Sistierung, die Überweisung sowie die Verfahrensdisziplin. Art. 125 ZPO gilt für alle Verfahrensarten[122] und daher auch für das Berufungsverfahren[123]. Die Rechtsmittelinstanz kann demnach das Berufungsverfahren auf einzelne Fragen oder auf einzelne Berufungsbegehren beschränken. Dabei gilt es zweierlei zu beachten: Unter dem Aspekt der Prozessökonomie sind die Voraussetzungen für den Erlass eines Teil- oder Zwischenentscheids genau zu prüfen. Unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs der Parteien auf ein Urteil innert angemessener Frist ist tendenziell Zurückhaltung geboten.

c) Ein Teilentscheid des Obergerichts über die Höhe des Streitwerts führt in diesem Verfahren nicht zu einem Endentscheid. Das wäre nur der Fall, wenn mit diesem Entscheid ein Streitwert

---

117 Bornatico, Basler Kommentar, Art. 125 ZPO N 5

118 In ersterem Fall durch einen Nichteintretensentscheid, in letzterem Fall durch einen Sachentscheid

119 Kaufmann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 125 N 7; Bornatico, Art. 125 ZPO N 6 f.

120 Frei, Berner Kommentar, Art. 125 ZPO N 3

121 1. Teil

122 Frei, Art. 125 ZPO N 2

123 Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2011, N 1061 mit Hinweisen

bestimmt würde, der eine Berufung ausschlösse. Voraussetzung für die Herbeiführung eines sofortigen Endentscheids durch eine abweichende Beurteilung der Rechtsmittelinstanz ist eine entsprechende rechtliche Situation wie beispielsweise die Frage der Verjährung. Der Hinweis der Berufungskläger, sie sähen sich bei einem Streitwert in Millionenhöhe aus ökonomischen Gründen gezwungen, auf eine Berufung im Hauptpunkt zu verzichten, erfüllt diese Voraussetzung nicht.

d) Ebenso wenig würde die Beschränkung des Berufungsverfahrens auf die Frage des Streitwerts (und allenfalls der unentgeltlichen Rechtspflege) zu einem anfechtbaren Zwischenentscheid führen. Ein solcher kann gemäss Art. 237 Abs. 1 ZPO getroffen werden, wenn durch eine abweichende Beurteilung der Rechtsmittelinstanz sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann. Eine abweichende Beurteilung des Streitwerts durch das Bundesgericht würde nicht einen Endentscheid herbeiführen. Es würde lediglich der Streitwert letztinstanzlich festgelegt, während materiell nichts entschieden wäre. Geklärt wäre nur, mit welchen Gerichts- und Parteikosten die Parteien zu rechnen hätten. Darum geht es den Berufungsklägern denn auch, wie sich aus der Berufungsbegründung ergibt. Dieses Interesse reicht indessen für die Fällung eines Zwischenentscheids und damit für die Beschränkung des Berufungsverfahrens auf diese Frage nicht aus.

e) Ein Teilentscheid über den Streitwert käme auch wegen der Interessen der Gegenparteien nicht in Frage. Diese haben ein legitimes Interesse daran, dass möglichst ohne Weiterungen und Verzögerungen über die Frage entschieden wird, wer Erbe und Vermächtnisnehmer ist.

f) Auch die Prozessökonomie spricht gegen den beantragten Teilentscheid. Das Obergericht kann ohne weiteres gleichzeitig über den Streitwert und die materielle Frage entscheiden. Gleiches dürfte auch in einem allfälligen Verfahren vor Bundesgericht gelten.

Bei einem Teilentscheid ergäben sich Verzögerungen und unnötiger Aufwand.

g) Schliesslich bleibt festzuhalten, dass die Beurteilung der Kostenrisiken eines Prozesses mit den gesamten möglichen Kosten einschliesslich allfälliger Rechtsmittelverfahren zu den üblichen Obliegenheiten der Prozessparteien gehört. Täuscht sich eine Partei über tatsächliche Grundlagen oder rechtliche Folgerungen oder schätzt sie die Kosten falsch ein, hat sie dies selbst zu verantworten.

Obergericht, 2. Abteilung, 24. Oktober 2012, ZBR.2012.46

12. **Die Erhebung von Berufung und Beschwerde in einer Eingabe ist zulässig; die Verweisung der güterrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren ist ein prozessleitender Entscheid und nicht berufungsfähig** (Art. 125 lit. b, 283 Abs. 2, 308 Abs. 1 und 319 ZPO).

1. a) Der Rechtsmittelkläger erhebt in seiner Berufung zugleich separat Beschwerde wegen Rechtsverzögerung. Die Rechtsmittelbeklagte wirft die Frage auf, inwieweit eine Beschwerde für die Rüge der Rechtsverzögerung zulässig sei, wenn das ordentliche Rechtsmittel der Berufung zur Verfügung stehe.

b) Nach Art. 319 lit. c ZPO sind Fälle von Rechtsverzögerung mit Beschwerde anfechtbar. Grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, dass der Berufungskläger Beschwerde und Berufung in einer Eingabe erhebt. Aus Gründen der Verfahrensökonomie werden die beiden Verfahren (Berufung und Beschwerde) gestützt auf Art. 125 lit. c ZPO

vereinigt[124]. Gleichwohl sind für die Berufung und Beschwerde die jeweiligen einschlägigen Bestimmungen zu beachten.

2. a) Der Ehemann stützt die Berufung, mit welcher er die Ablehnung seines Antrags auf Verweisung des Güterrechts ad separatum anficht, auf Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO. Gemäss dieser Bestimmung sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide mit Berufung anfechtbar.

b) Die Verweisung der güterrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren stützt sich direkt auf die Spezialbestimmung von Art. 283 Abs. 2 ZPO. Prozessual geht es um eine Spezialvorschrift zu Art. 125 lit. b ZPO, wonach das Gericht zur Vereinfachung des Prozesses Klagen trennen kann[125]. Hiebei handelt es sich um einen prozessleitenden Entscheid[126]. Sowohl der Entscheid, das Güterrecht in ein Separatverfahren zu verweisen, als auch derjenige, eine solche Verweisung ad separatum zu verweigern, sind als prozessleitende Verfügungen nicht berufungsfähig[127]. Mit Berufung anfechtbar sind gemäss Art. 308 Abs. 1 ZPO nebst den hier nicht interessierenden Entscheiden über vorsorgliche Massnahmen nur erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide. Der Ausschluss vom Anwendungsbereich der Berufung rechtfertigt sich, weil solche Verfügungen einzig der Fortführung des Verfahrens innerhalb der mit der Sache befassten Instanz dienen, das Verfahren weder ganz noch teilweise beenden und grund-

---

124 Vgl. Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2011, N 1053

125 Staehelin, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 125 N 8

126 Staehelin, Art. 125 ZPO N 3; Kaufmann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 125 N 3

127 Fankhauser, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 283 N 13

sätzlich jederzeit während des Verfahrens ohne Begründung abgeändert werden können[128]. Somit ist auf die Berufung nicht einzutreten.

3. a) Zulässiges Rechtsmittel wäre die Beschwerde. Sie steht offen, wenn nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht.

b) Damit stellt sich die Frage, ob die Berufung als Beschwerde behandelt werden kann.

Ein unzulässiges Rechtsmittel kann unter Umständen unter Wahrung der Interessen der Gegenpartei und der Prozessökonomie in ein anderes gültiges Rechtsmittel umgewandelt werden. Die unrichtige Bezeichnung eines Rechtsmittels darf sich für den Rechtsmittelkläger nicht nachteilig auswirken, sofern die Anforderungen an das richtige Rechtsmittel erfüllt sind und die Rechte der Gegenpartei nicht beeinträchtigt wurden. Das Rechtsmittel muss zudem rechtzeitig, das heisst innert der massgeblichen Rechtsmittelfrist, eingereicht worden sein[129]. Wenn das falsche Rechtsmittel aufgrund einer falschen Rechtsmittelbelehrung eingereicht wurde, ist nach Massgabe des Vertrauensschutzes dafür zu sorgen, dass weder der rechtsmittelführenden noch der rechtsmittelbeklagten Partei Nachteile erwachsen[130].

c) Der Rechtsmittelkläger macht geltend, die Abweisung seines Antrags, das Güterrecht sei ad separatum zu verweisen, unterliege der Berufung, widrigenfalls der Beschwerde. Die Umwandlung

---

128 Seiler, N 403; Reetz/Theiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 308 N 8

129 Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2.A., § 25 N 23 f.; vgl. auch Reetz, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Vorbemerkungen zu den Art. 308 - 318 N 51

130 Seiler, N 929

des Rechtsmittels entspricht damit dem Willen des Rechtsmittelklägers. Zudem war die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz unrichtig. Dies darf dem Rechtsmittelkläger nicht zum Nachteil gereichen. Der rechtsmittelbeklagten Partei erwuchsen durch die falsche Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile. Mit seiner Eingabe vom 26. Februar 2013 hielt der Rechtsmittelkläger auch die 10-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 321 Abs. 2 ZPO ein. Die unzulässige Berufung wird deshalb als Beschwerde entgegengenommen.

d) Der Beschwerdeführer macht weiterhin geltend, die abgelehnte Abtrennung des Güterrechts ermögliche es der Ehefrau, ehelichen Unterhalt zu generieren. Dies kann einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinn von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO begründen. Da die übrigen Beschwerdevoraussetzungen erfüllt sind, ist somit auf das Rechtsmittel einzutreten.

Obergericht, 2. Abteilung, 18. Juni 2013, ZBR.2013.16

13. Die Zustellfiktion ist auf die erste Aufforderung zur Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch nicht anwendbar (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO).

1. Nach Eingang des Rechtsöffnungsbegehrens forderte die Vorinstanz den Beschwerdeführer mit eingeschriebenem Brief zur Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch auf; der Beschwerdeführer holte dieses Schreiben bei der Post nicht ab, so dass es an die Vorinstanz zurückging. Diese stellte den Brief mit Hinweis auf den Fristenlauf nochmals mit gewöhnlicher Post zu.

2. Stellt das Gericht eine Vorladung oder einen Entscheid (oder eine Fristansetzung) durch eingeschriebene Postsendung zu und wird

die Postsendung nicht abgeholt, so gilt die Zustellung gemäss Art. 138 Abs. 3 ZPO am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, sofern der Adressat mit einer Zustellung rechnen musste. Voraussetzung ist mithin, dass ein Prozessrechtsverhältnis besteht, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten und dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können, die das Verfahren betreffen. Zwischen der Zustellung des Zahlungsbefehls beziehungsweise der Erhebung des Rechtsvorschlags einerseits und dem Rechtsöffnungsbegehren andererseits kann indessen eine beträchtliche Zeitspanne liegen. Die Zustellung des Zahlungsbefehls beziehungsweise die Erhebung des Rechtsvorschlags begründet folglich - ebenso wie die Konkursandrohung - kein Prozessrechtsverhältnis vor dem Rechtsöffnungsrichter[131]; erst durch das Rechtsöffnungsbegehren wird das Gerichtsverfahren betreffend Rechtsöffnung hängig. Die Zustellfiktion ist somit auf die Zustellung der ersten Aufforderung zur Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch nicht anzuwenden. Das bedeutet hier, dass keine korrekte Fristansetzung für die Antwort zum Rechtsöffnungsgesuch erging, so dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache zu neuer Durchführung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Daran ändert nichts, dass die Fristansetzung später auch noch mit A-Post versandt wurde, denn dafür fehlen Belege sowohl für den Versand als auch für die Zustellung.

Obergericht, 1. Abteilung, 11. September 2013, BR.2013.60

---

[131] BGE 138 III 225 ff., 130 III 396; vgl. RBOG 2012 Nr. 10; ZR 104, 2005, Nr. 43, S. 174 ff.

14. **Kein Rechtsmittel gegen superprovisorische Massnahmen im Eheschutzverfahren** (Art. 265 ZPO)

1. a) Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts verfügte auf Antrag der Beschwerdegegnerin im Rahmen einer superprovisorischen Anordnung im Eheschutzverfahren, die eheliche Wohnung werde der Beschwerdegegnerin zugeteilt, und dem Beschwerdeführer werde verboten, dieses Grundstück und das Haus zu betreten. Der Beschwerdeführer wurde verpflichtet, der Beschwerdegegnerin an ihren und den Unterhalt der vier gemeinsamen, unmündigen Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Der Beschwerdeführer wurde aufgefordert, seine Gesuchsantwort innert 14 Tagen zusammen mit bestimmten Belegen einzureichen.

b) Mit Beschwerde beantragte der Beschwerdeführer, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben.

2. Strittig ist im Wesentlichen die Zulässigkeit des angefochtenen Entscheids. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz stütze sich auf Art. 265 ZPO, was jedenfalls bezüglich Geldzahlungen klar unzulässig sei. Im Eheschutzverfahren seien vorsorgliche Massnahmen nicht zulässig. Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen betreffend Leistung von Geldzahlungen komme nur ausnahmsweise und in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen in Betracht; eine solche Anordnung sei auch nicht notwendig, da die Beschwerdegegnerin gegebenenfalls durch die Möglichkeit der rückwirkenden Unterhaltszahlung in ihrem Anspruch geschützt werden könne. Hier sei eine vorsorgliche Massnahme schon deshalb nicht notwendig, weil die Beschwerdegegnerin über genügend eigene Mittel verfüge.

3. a) In der ZPO ist kein Rechtsmittel gegen kantonal erstinstanzliche Entscheide über superprovisorische Massnahmen vorgesehen, wobei auch für den Fall der Ablehnung einer superprovisorischen

Anordnung keine Ausnahme gemacht wurde[132]. Zwar stellt eine superprovisorische Verfügung letztlich auch eine prozessleitende Verfügung dar, doch fehlt es am nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil, da mit dem noch folgenden Entscheid über die vorsorgliche Massnahme die Sache ohnehin neu beurteilt wird[133]; jedenfalls müsste ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil behauptet und substantiiert werden, wofür es nicht genügt, dass Unterhaltsbeiträge allenfalls später zurückbezahlt werden müssten, zumal der Beschwerdeführer selbst behauptet, die Beschwerdegegnerin befinde sich in guten finanziellen Verhältnissen. Nachdem die Vorinstanz eine superprovisorische Anordnung getroffen hat, besteht dagegen keine Beschwerdemöglichkeit. Aus dieser Sicht kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

b) Nach früherem kantonalem Recht stand in Fällen, in welchen kein Rechtmittel gegeben war, unter Umständen die Möglichkeit zur Verfügung, Aufsichtsbeschwerde zu führen[134]. Heute ist in Fällen von Rechtsverzögerung und formeller Rechtsverweigerung die Beschwerde gemäss ZPO gegeben[135], während das kantonale Recht eine subsidiäre Aufsichtsbeschwerde bei anderen Amtspflichtverletzungen durch richterliche Behörden vorsieht[136]. Im vorliegenden Fall liegt indessen weder eine Rechtsverzögerung noch eine Rechtsverwei-

---

132 BGE 137 III 419; BBl 2006 S. 7356; Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 265 N 3; Sprecher, Basler Kommentar, Art. 265 ZPO N 32; Treis, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Baker & McKenzie), Bern 2010, Art. 265 N 8 f.; Zürcher, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 265 N 12; Kofmel Ehrenzeller, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Oberhammer), Basel 2010, Art. 265 N 6

133 Güngerich, Berner Kommentar, Art. 265 ZPO N 17

134 Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 234 N 5a; RBOG 2005 Nr. 22, 2003 Nr. 7, 2002 Nr. 20, 1989 Nr. 37

135 Art. 319 lit. c ZPO; Sterchi, Berner Kommentar, Art. 319 ZPO 16

136 § 16 ZSRV

gerung vor, und ob von einer anderweitigen Amtspflichtverletzung gesprochen werden könnte, ist mindestens reichlich zweifelhaft. Selbst wenn die entsprechenden Voraussetzungen indessen gegeben wären, könnte das Obergericht als Aufsichtsbehörde nur eingreifen, wenn dafür triftige Gründe bestünden.

4. a) Solche triftige Gründe bestehen indessen offensichtlich nicht. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ist die Rechtslage, was die Anordnung superprovisorischer Massnahmen im Eheschutzverfahren anbelangt, (noch) keineswegs klar:

b) Das Zürcher Obergericht entschied am 8. Februar 2012, LE110069-O, die ZPO sehe im Eheschutzverfahren keine vorsorglichen Massnahmen vor, im Gegensatz zu Scheidungsverfahren oder Unterhaltsklagen; dabei handle es sich nicht um eine Gesetzeslücke, würden doch Scheidungen und Unterhaltsklagen im ordentlichen Verfahren behandelt, während für Eheschutzbegehren das summarische Verfahren zur Anwendung komme. Gemäss der ZPO könne die Leistung einer Geldzahlung nur dann als vorsorgliche Massnahme verfügt werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich so vorgesehen sei, wobei die ZPO die möglichen Fälle abschliessend aufzähle, so dass kein Raum für eine analoge Weichenstellung bestehe, da nicht anzunehmen sei, das Gesetz sei diesbezüglich unvollständig redigiert.

c) Das Bundesgericht entschied am 15. August 2012, dass die Beantwortung dieser Rechtsfragen einer eingehenden Auseinandersetzung mit den einschlägigen rechtlichen Grundlagen bedürfe, insbesondere mit Art. 262 lit. e ZPO, dessen wertungsmässiger Übereinstimmung mit weiteren Normen des Unterhaltsrechts und der Frage, ob im Bereich der Eheschutzverfahren, die trotz ihres summarischen Charakters und der allfälligen Dringlichkeit der Regelung eine gewisse

Zeit dauern könnten, eine ungewollte Lücke vorliege. Die Rechtslage sei deshalb nicht dermassen klar, dass entsprechende Rechtsbegehren ohne weiteres als aussichtslos gelten könnten[137].

d) Mit Entscheid vom 21. September 2012, LE120052-O/U, hielt das Zürcher Obergericht zwar daran fest, im Gesetz seien an sich für das Eheschutzverfahren keine vorsorglichen Massnahmen vorgesehen. Gleichzeitig präzisierte es aber, für Kinderbelange (Obhut, Besuchsrecht) könnten sich allerdings Ausnahmen ergeben, soweit das Kindeswohl eine sofortige, vorläufige Regelung dringend erheische. Für diesen Fall sei allerdings regelmässig von den bisher, vor der Trennung gelebten Verhältnissen auszugehen (und seien diese gegebenenfalls wiederherzustellen), dagegen nicht von den von einer Partei eigenmächtig geschaffenen neuen Verhältnissen.

e) In der Literatur wird von nicht wenigen Autoren die Ansicht vertreten, während eines Eheschutzverfahrens seien vorsorgliche oder auch superprovisorische Massnahmen zulässig[138], wobei ein entsprechender Bedarf insbesondere damit begründet wird, dass sich auch Eheschutzverfahren in die Länge ziehen können[139]. Auch bezüglich der Frage des Kindesunterhalts und teilweise auch des Ehegattenunterhalts finden sich Stimmen in der Literatur, die eine entsprechende vorsorgliche Regelung nicht ausschliessen oder befürworten[140].

---

137 BGE vom 15. August 2012, 5A_212/2012, Erw. 2

138 Pfänder Baumann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 273 N 10; Schwander, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Gehri/Kramer), Zürich 2010, Art. 273 N 9; Vouilloz, Les procédures du droit de la famille, in: Jusletter vom 11. Oktober 2010

139 Gasser/Rickli, Art. 273 ZPO N 5

140 Spycher, Berner Kommentar, Art. 271 ZPO N 15; Vetterli, in: FamKomm Scheidung (Hrsg.: Schwenzer), Bd. II, 2.A., Art. 271 ZPO N 15; Schweighauser, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 303 N 28; Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, Art. 281-284 aZGB N 14

f) Obwohl auch nach früherem Recht das Eheschutzverfahren dem Summarium unterlag, kamen im Eheschutz ohne weiteres superprovisorische Anordnungen in Betracht. Vorläufige (superprovisorische) Verfügungen, gegen die kein Rechtsmittel gegeben war und welche mit dem Erlass formell rechtskräftig und damit auch vollstreckbar wurden, berechtigten zur definitiven Rechtsöffnung, auch wenn sie im Eheschutzverfahren erlassen wurden. Ebenso wurde es als zulässig betrachtet, im Eheschutzverfahren superprovisorisch Unterhaltsbeiträge zu verfügen. Dabei konnten die entscheidenden Faktoren grob geschätzt werden, einschliesslich des Bedarfs der Unterhaltsberechtigten und der Frage, ob der Unterhaltspflichtige aufgrund seiner Tätigkeit in der Lage sei, diesen Bedarf und seinen eigenen Notbedarf zu decken[141].

g) Ein Bedarf für die Möglichkeit, im Eheschutzverfahren nötigenfalls auch superprovisorische Anordnungen treffen zu können, besteht nach wie vor. Das Argument, diesbezüglich liege keine Gesetzeslücke vor, weil Scheidungen und Unterhaltsklagen im ordentlichen Verfahren behandelt würden, während für Eheschutzbegehren das summarische Verfahren zur Anwendung komme, erscheint einerseits als formalistisch, da dabei nur das Zivilprozessrecht losgelöst vom Familienrecht betrachtet wird, und andererseits als reichlich blauäugig, da Eheschutzverfahren trotz der allfälligen Dringlichkeit der Regelung eine nicht zu unterschätzende Zeit dauern können und in gewissen Fällen der Rechtsschutz deutlich zu spät kommen kann, wenn nicht vorsorgliche oder gegebenenfalls auch superprovisorische Massnahmen getroffen werden dürfen. Falls aber tatsächlich zutreffen sollte, dass das Gesetz superprovisorische Anordnungen im Eheschutzverfahren generell ausschliesst, ist nicht zu erkennen, wie mangels einer genügenden gesetzlichen Regelung für Kinderbelange wie Obhut und

---

[141] RBOG 2005 Nr. 22

Besuchsrecht plötzlich eine Ausnahme (contra legem?) gelten soll, soweit das Kindeswohl eine sofortige, vorläufige Regelung dringend erheischt. Ebenso wenig ist zu erkennen, weshalb, falls solche Ausnahmen denkbar wären, sie alsdann nicht auch für die Leistung von Unterhaltszahlungen, jedenfalls für den Kinderunterhalt, gelten sollten.

Obergericht, 1. Abteilung, 31. Juli 2013, ZR.2013.38

15. **Anfechtung der Nebenfolgen einer Scheidungskonvention wegen Willensmängeln und Unangemessenheit** (Art. 289 ZPO)

1. Die Berufungsklägerin beantragt die Aufhebung ihres Verzichts auf einen Unterhaltsbeitrag gemäss Ziff. 3 der Scheidungskonvention wegen Willensmängeln und sinngemäss wegen Unangemessenheit. Die Ehescheidung an sich ficht sie nicht an.

2. a) aa) Gemäss Art. 289 ZPO kann die Scheidung der Ehe auf gemeinsames Begehren nur wegen Willensmängeln mit Berufung angefochten werden. Willensmängel liegen vor, wenn der Entschluss zur Scheidung mit einem Mangel in der Willensbildung behaftet ist. In Analogie zum Obligationenrecht fallen darunter die Übervorteilung[142], die absichtliche Täuschung[143], die Furchterregung[144] und der Grundlagenirrtum[145].

---

[142] Art. 21 OR
[143] Art. 28 OR
[144] Art. 29 f. OR
[145] Art. 24 OR

Art. 289 ZPO bezieht sich nur auf den Scheidungspunkt, also auf die Auflösung der Ehe, und ist grundsätzlich nicht anwendbar auf die Nebenfolgen der Scheidung. Entscheidsurrogate wie der Klagerückzug, die Klageanerkennung und der Vergleich beruhen nicht auf eigener materieller Rechtsfindung durch das Gericht, weshalb ihnen keine Entscheidqualität zukommt. Sie unterliegen daher weder der Berufung noch der Beschwerde. In Bezug auf materielle oder prozessuale Mängel des Vergleichs ist die Revision mithin primäres und ausschliessliches Rechtsmittel[146]. Umstritten ist, ob auch die rechtskräftig genehmigte Scheidungsvereinbarung als Entscheidsurrogat zu behandeln ist. Nach der Ansicht eines Teils der Lehre stellt die Scheidungsvereinbarung eine besondere Art des gerichtlichen Vergleichs dar. Da Willensmängel die Unwirksamkeit des Vergleichs begründeten und somit als Revisionsgründe gälten, unterstehe die Scheidungsvereinbarung als gerichtlicher Vergleich nur der Revision gemäss Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO[147]. Für die Anfechtung der Scheidungswirkungen, denen beide Ehegatten ausdrücklich nach reiflicher Überlegung und im Rahmen eines vom Gericht kontrollierten Verfahrens zugestimmt hätten, stehe kein ordentliches Rechtsmittel zur Verfügung[148]. Demgegenüber kann nach einem anderen Teil der Lehre auch die Scheidungsvereinbarung Gegenstand eines Berufungsverfahrens sein. Entscheidend für diese Frage sei die rechtliche Qualifikation der Scheidungsvereinbarung. Gestützt auf Art. 279 Abs. 2 ZPO sei die genehmigte Vereinbarung über die Scheidungsfolgen in das Urteilsdispositiv aufzunehmen. Mit der gerichtlichen Genehmigung werde die Scheidungskonvention zum vollwertigen Urteilsbestandteil erhoben und verliere im Gegensatz zum Prozessvergleich ihren privatrechtlichen Charak-

---

146 BGE 139 III 134 mit Hinweisen

147 Van de Graaf, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer), Basel 2010, Art. 289 N 2 mit Hinweisen; Herzog, Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Baker & McKenzie), Bern 2010, Art. 289 N 5

148 Graber, Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, S. 151

ter[149]. Als Bestandteil des Urteils unterstehe somit die genehmigte Scheidungskonvention der Anfechtung mittels ordentlicher Rechtsmittel[150]. Diese Lehrmeinung überzeugt, zumal aus prozessökonomischer Sicht unsinnig wäre, die Parteien zu zwingen, zuerst auf die Rechtskraft des Entscheids zu warten, um dagegen Revision zu erheben[151].

bb) Bei den vereinbarten Scheidungsfolgen steht die Berufung wegen Willensmängeln im Vordergrund. Sodann kann gerügt werden, die richterliche Genehmigung hätte nicht erteilt werden dürfen, weil die Vereinbarung unklar, unvollständig oder offensichtlich unangemessen[152], hinsichtlich der beruflichen Vorsorge gesetzeswidrig[153] oder widerrechtlich sei oder gegen zwingendes Recht verstosse[154]. In Bezug auf die Kinderbelange greifen allerdings die vollen Berufungsgründe nach Art. 310 ZPO, denn hier herrscht die Offizialmaxime, und eine verbindliche Regelung in einer Vereinbarung ist gestützt auf Art. 296 Abs. 3 ZPO nicht möglich[155].

b) Da sich die Berufungsklägerin auf Willensmängel und Unangemessenheit beruft, ist auf die Berufung einzutreten.

Obergericht, 2. Abteilung, 20. August 2013, ZBR.2013.42

---

149 BGE vom 17. Januar 2013, 5A_721/2012, Erw. 3.2.1; BGE vom 12. Dezember 2011, 5A_493/2011, Erw. 1

150 Fankhauser, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 289 N 7; Bähler, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Art. 289 N 5; Spycher, Berner Kommentar, Art. 289 ZPO N 7; Bornhauser, Rechtsmittel in konventionsbasierten Scheidungsverfahren, in: FamPra.ch 2013, S. 120 f.

151 Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N 321

152 Art. 279 Abs. 1 ZPO

153 Art. 280 Abs. 1 lit. c ZPO

154 Gasser/Rickli, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St.Gallen 2010, Art. 289 N 3

155 Spycher, Art. 289 ZPO N 7 und 9; Bähler, Art. 289 ZPO N 5 und 7 f.; Seiler, N 321; Bornhauser, S. 121; Fankhauser, Art. 289 ZPO N 7; Gasser/Rickli, Art. 289 ZPO N 3

16. **Alternativbegehren sind unzulässig** (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

1. Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung schriftlich und begründet einzureichen. Die Berufungseingabe hat aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird[156], und sie hat - obwohl in der ZPO nicht ausdrücklich erwähnt - die Berufungsanträge zu enthalten[157]. Dies ergibt sich einerseits aus der Begründungspflicht, da eine Begründung notwendigerweise Anträge voraussetzt, die mit der Begründung substantiiert werden[158], und andererseits aus den auch für die Berufung geltenden Art. 221 Abs. 1 lit. b und 244 Abs. 1 lit. b ZPO[159].

2. Aus dem Rechtsbegehren muss sowohl für das Gericht als auch für die Gegenpartei hervorgehen, inwieweit der eingeklagte Anspruch weiterhin strittig ist. Nur korrekt gestellte Anträge erlauben der Rechtsmittelinstanz die Vorprüfung der Berufung[160], und die Gegenpartei kann darüber befinden, ob sie Anschlussberufung erklären will[161]. Ferner werden nur im Umfang der Berufungsanträge die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Entscheids aufgeschoben[162]. Der Berufungskläger hat daher bestimmt zu erklären, welche Änderungen im Dispositiv des angefochtenen Entscheids ver-

---

156 BGE vom 27. August 2012, 5A_438/2012, Erw. 2.2; BGE 138 III 375

157 Sterchi, Berner Kommentar, Art. 311 ZPO N 14; Reetz/Theiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 311 N 34; Mathys, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Baker & McKenzie), Bern 2010, Art. 311 N 13

158 BGE 137 III 618 f.

159 Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2011, N 872; Reetz/Theiler, Art. 311 ZPO N 33; Hungerbühler, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 311 N 10; BGE 138 III 216

160 Art. 312 Abs. 1 ZPO

161 Art. 313 ZPO

162 Art. 315 Abs. 1 ZPO

langt werden[163]. Da die Berufung in erster Linie ein reformatorisches Rechtsmittel ist[164], darf sich der Berufungskläger nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern muss einen Antrag in der Sache stellen[165]. Der Antrag zur Sache muss dabei in den Berufungsanträgen beziehungsweise in den Rechtsbegehren der Berufungsschrift selbst und nicht bloss in der Begründung gestellt werden[166]. Die Berufungsanträge sind so zu formulieren, dass sie bei Gutheissung der Berufung zum Urteil erhoben werden können[167]. Dementsprechend ist der hier von der Berufungsklägerin gestellte Antrag auf "Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids oder Rückweisung an die Vorinstanz" unzureichend[168].

3. Ein Alternativbegehren beziehungsweise eine alternative Anspruchshäufung, in welcher eine von mehreren Leistungen nach Wahl der Gegenpartei oder des Gerichts gefordert wird, ist unzulässig[169]. Eine solche unzulässige alternative Anspruchshäufung liegt auch dann vor, wenn die klagende Partei mehrere sich gegenseitig ausschliessende Begehren stellt, ohne darzulegen, welches der Begehren sie als Hauptbegehren und welches sie als Eventualbegehren betrachtet. Der Grund für deren Unzulässigkeit liegt darin, dass es nicht der freien Entscheidung des Gerichts überlassen werden kann zu bestimmen, welchen Anspruch es letztlich der klagenden Partei zusprechen soll[170].

---

163 Reetz/Theiler, Art. 311 ZPO N 34
164 Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO
165 Seiler, N 874; Hungerbühler, Art. 311 ZPO N 17; BGE 133 III 489; Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. November 2012, RT120148, Erw. 1b
166 Reetz/Theiler, Art. 311 ZPO N 34
167 Hungerbühler, Art. 311 ZPO N 14; BGE 137 III 619
168 Vgl. Kunz, in: ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308 bis 327a ZPO (Hrsg.: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber), Basel 2013, Art. 311 N 63; Sterchi, Art. 311 ZPO N 15
169 RBOG 2008 Nr. 37 S. 213
170 Rüetschi, Anmerkung zum BGE vom 7. Dezember 2006, 5C.66/2006, in: sic! 2007, S. 440 mit Hinweisen

Insofern erweist sich der als Alternativbegehren verfasste Berufungsantrag der Berufungsklägerin als unzulässig.

Obergericht, 2. Abteilung, 28. Februar 2013, ZBR.2012.85

17. **Anwendbares Recht im Verfahren der SchKG-Beschwerde; Angabe der konkreten Rechtsmittelinstanz in der Rechtsmittelbelehrung** (Art. 17, 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG; Art. 238 lit. f ZPO)

1. a) Die Beschwerdeführer erhoben beim Bezirksgericht Aufsichtsbeschwerde sowohl gegen die Pfändung des Lohns der Beschwerdeführerin als auch gegen eine Verfügung des Betreibungsamts.

b) Der Einzelrichter des Bezirksgerichts trat als untere Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs auf die Beschwerde nicht ein. Er erwog, die Beschwerde, datiert vom 16. Dezember 2012 (Poststempel 17. Dezember 2012) gegen die Pfändung, welche spätestens am 21. November 2012 zugestellt worden sei, halte die zehntägige Beschwerdefrist[171] nicht ein und sei somit verspätet. Auch wenn davon ausgegangen würde, die Beschwerdefrist habe erst mit der Kenntnisnahme der Adresse der Rechtsmittelinstanz zu laufen begonnen[172], was am 30. November 2012 erfolgt sei, wäre die Beschwerde verspätet.

c) Mit Beschwerde vom 5. Februar 2013 beantragten die Beschwerdeführer, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben. Sie

---

[171] Art. 17 Abs. 2 SchKG

[172] Die Rechtsmittelbelehrung enthielt den Hinweis auf die Aufsichtsbehörde, ohne die konkrete Adresse zu nennen.

machten geltend, sie hätten die Lohnpfändung rechtzeitig angefochten, weil ihnen die zuständige Aufsichtsbehörde einschliesslich der Adresse erst am 8. Dezember 2012 bekannt gegeben worden sei.

2. a) Die Vorinstanz erwog, das SchKG sehe keine Norm vor, welche die Betreibungsbehörden zum Anbringen einer Rechtsmittelbelehrung verpflichten würde, und auch das kantonale Recht kenne keine solche Norm. Das SchKG schreibe in Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 lediglich vor, die Beschwerdeentscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde müssten mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden. Aus der Bundesverfassung ergebe sich keine Verpflichtung der Behörden, jeden Entscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Wenn die Pfändungsurkunde dennoch eine Rechtsmittelbelehrung enthalte, hätten sich die Beschwerdeführer zwar nach Treu und Glauben auf diese verlassen dürfen. Die fehlende explizite Bezeichnung der konkreten Aufsichtsbehörde mit Adressangabe sei indessen keine Pflichtverletzung des Betreibungsamts. Der in der Rechtsmittelbelehrung verwendete Ausdruck "bei der Aufsichtsbehörde" sei nach dem Zusammenhang auf die Aufsichtsbehörde zu beziehen, der das Betreibungsamt unterstehe. Welches die für das Betreibungsamt zuständige Aufsichtsbehörde sei, lasse sich bereits dessen Webseite entnehmen. Zudem habe das Betreibungsamt auf das Schreiben der Beschwerdeführer bezüglich der fehlenden Adressangabe der Aufsichtsbehörde umgehend reagiert und mit Antwort vom 29. November 2012 als Aufsichtsbehörde das Bezirksgericht mit Adresse bezeichnet. Da die Beschwerdeführer nicht geltend gemacht hätten, sie hätten das entsprechende Antwortschreiben nicht beziehungsweise verspätet erhalten, sei davon auszugehen, dass ihnen dieses am 30. November 2012 zugestellt worden sei und sie ab diesem Zeitpunkt von der Anschrift der Aufsichtsbehörde Kenntnis erhalten hätten.

b) aa) Das SchKG enthält für das Verfahren der betreibungsrechtlichen Beschwerde gewisse Minimalvorschriften; im Übrigen verweist es in Art. 20a Abs. 3 SchKG auf das kantonale Recht. An

diesem Hinweis auf kantonales Recht änderte sich auch nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) nichts. Soweit die Kantone für das Beschwerdeverfahren auf die ZPO verweisen, gilt sie als kantonales Recht[173]. Das thurgauische Recht enthält allerdings keine Bestimmungen, welche das Beschwerdeverfahren konkretisieren. Gemäss steter Praxis des Obergerichts unter dem Geltungsbereich der Thurgauischen Zivilprozessordnung[174] kamen als subsidiäres Verfahrensrecht analog die Bestimmungen der ZPO TG zur Anwendung[175]. Da diese mit Inkrafttreten der ZPO aufgehoben wurde, sind die Bestimmungen der ZPO, insbesondere des Beschwerdeverfahrens nach Art. 319 ff. ZPO, sinngemäss subsidiär anwendbar.

bb) Art. 238 lit. f ZPO verlangt für alle Entscheide eine Rechtsmittelbelehrung, sofern die Parteien auf die Rechtsmittel nicht verzichtet haben. Eine Rechtsmittelbelehrung macht allerdings nur dann einen Sinn, wenn die Rechtsmittelinstanz so konkret angegeben wird, dass eine Zustellung durch die Post möglich ist. Dies bedeutet, dass in der Rechtsmittelbelehrung die konkrete Rechtsmittelinstanz zu benennen ist, welche für die Behandlung des Rechtsmittels zuständig ist. Die Begriffe Rechtsmittelinstanz, Beschwerdeinstanz, Berufungsinstanz oder eben Aufsichtsbehörde genügen somit nicht. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz reicht auch die Angabe der konkreten Rechtsmittelinstanz auf der Webseite nicht, sondern diese ist in der Rechtsmittelbelehrung selbst anzuführen. Das Betreibungsamt hätte folglich in der Rechtsmittelbelehrung den Einzelrichter des Bezirksgerichts beziehungsweise allgemein das Bezirksgericht als (untere) Aufsichtsbehörde nennen müssen. Es kann weder angenommen werden, es sei allgemein bekannt, dass die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen der Einzelrichter des Bezirksgerichts ist,

---

173 Cometta/Möckli, Basler Kommentar, Art. 20a SchKG N 1
174 ZPO TG
175 RBOG 1998 Nr. 5; vgl. RBOG 1991 Nr. 14 (Revision), 1984 Nr. 26 (Novenrecht)

noch dass bekannt ist, welches Bezirksgericht für welche Gemeinde zuständig ist. Dies gilt umso mehr, als seit dem 1. Januar 2011 die Behördenorganisation neu geregelt wurde. Da die Post eine an das Bezirksgericht oder das Obergericht des Kantons Thurgau adressierte Sendung ohne weiteres korrekt zustellt, könnte auf die genaue Adressangabe verzichtet werden, zumal ohnehin Postfächer bedient werden. Indessen ist die Angabe der konkreten Adresse ohne jeglichen Aufwand möglich. Das Betreibungsamt hat dies offenbar auch eingesehen, denn die Verfügung vom 29. November 2012 betreffend die Reduktion der Wohnkosten enthielt eine vollständige, korrekte Rechtsmittelbelehrung.

cc) Überdies ergibt sich zwar aus der Bundesverfassung keine Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung, doch das SchKG geht über die verfassungsrechtlichen Minimalansprüche hinaus[176]. Es schreibt in Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 SchKG den kantonalen Aufsichtsbehörden ausdrücklich vor, die Entscheide mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Zu bezeichnen sind das Rechtsmittel, die Instanz, an welche das Rechtsmittel zu richten ist, und die Rechtsmittelfrist[177]. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Anforderungen für die Aufsichtsbehörden gelten sollen, nicht aber für die Betreibungsämter, deren Verfügungen bei den Aufsichtsbehörden anzufechten sind.

c) Folglich ist massgebend, wann den Beschwerdeführern das Bezirksgericht als zuständige Aufsichtsbehörde bekanntgegeben worden war.

Obergericht, 2. Abteilung, 21. Februar 2013, BS.2013.6

---

[176] Cometta/Möckli, Art. 20a SchKG N 18
[177] Cometta/Möckli, Art. 20a SchKG N 19

18. **Sturz aus Balkontüre bei fehlendem Balkon; strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers und des Bauleiters; Selbstverschulden** (Art. 125, 11 StGB; Art. 328 OR)

1. a) Von Mitte September bis Ende Oktober 2006 liess X an seiner Liegenschaft das als Terrasse für die Wohnung im ersten Geschoss dienende Flachdach sowie den Balkon der von ihm bewohnten Wohnung im zweiten Stock sanieren. Die Bauarbeiten wurden von Y als verantwortlichem Bauleiter geplant und koordiniert.

b) Am 26. Oktober 2006 begab sich Z in die Wohnung von X, um als Putzfrau die üblichen Haushaltsarbeiten zu erledigen. Kurz nach sieben Uhr morgens öffnete sie die Balkontüren und die geschlossenen Fensterläden, trat aus der Türe hinaus und stürzte 2,85 Meter in die Tiefe. Dabei erlitt sie eine instabile Fraktur des zweiten Lendenwirbels, einen Verrenkungsbruch des linken Fusses sowie eine Blasenentleerungsstörung durch Quetschung des Rückenmarkendes.

2. a) Wer fahrlässig einen Menschen am Körper oder an der Gesundheit schädigt, wird gemäss Art. 125 Abs. 1 StGB auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Ist die Schädigung schwer, so wird der Täter gestützt auf Art. 125 Abs. 2 StGB von Amtes wegen verfolgt.

b) Im Hinblick auf den Sachverhalt ist unbestritten, dass Z am Morgen des 26. Oktober 2006 auf den Balkon gelangen wollte, dabei wegen des Fehlens des Balkons in die Tiefe stürzte und sich schwere Verletzungen zuzog. Umstritten ist einzig, ob den Berufungsklägern eine Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

3. a) Gemäss des zur Tatzeit in Kraft gestandenen Art. 18 Abs. 3 aStGB wird ein Verbrechen oder Vergehen fahrlässig begangen, wenn dieses darauf zurückzuführen ist, dass der Täter die Folge seines

Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist. Mit dem seit 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Art. 12 Abs. 3 StGB wurde das Recht inhaltlich nicht geändert. Da das neue Recht für den Täter nicht milder ist[178], kommt in Bezug auf die Fahrlässigkeit noch das alte Recht zur Anwendung[179].

b) aa) Ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Körperverletzung setzt 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 Vorsicht, zu der ein Täter verpflichtet ist, wird letztlich durch die konkreten Umstände und seine persönlichen Verhältnisse

---

178 Art. 2 Abs. 2 StGB
179 BGE vom 24. Oktober 2012, 6B_468/2012 und 6B_469/2012, Erw. 2.4

bestimmt, weil naturgemäss nicht alle tatsächlichen Gegebenheiten in Vorschriften gefasst werden können[180].

bb) Die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe müssen für den Täter mindestens in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sein[181]. Das Handeln des Täters muss die Ursache des Erfolgs, aber zusätzlich auch geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen, was nur dann nicht der Fall ist, wenn ganz aussergewöhnliche Umstände hinzutreten, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden musste, welche derart schwerwiegend sind, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache alle anderen mitverursachenden Faktoren - namentlich das Verhalten des Angeschuldigten - in den Hintergrund drängen[182]. Sodann muss der Erfolg für den möglichen Täter bei eigenem pflichtgemässem Verhalten ausgeblieben beziehungsweise vermeidbar gewesen sein[183].

cc) Haben mehrere Personen durch ihr unsorgfältiges Handeln zu der Gefahr beigetragen, auf die der Erfolg zurückgeht, so ist jeder von ihnen Nebentäter des Delikts, gleichviel ob er die den Erfolg unmittelbar herbeiführende Handlung vorgenommen oder nur einen anderen zu deren Vornahme veranlasst, sie ermöglicht oder gefördert hat[184].

c) aa) Nach Art. 11 Abs. 1 StGB kann ein Verbrechen oder Vergehen auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen

---

[180] BGE 135 IV 64
[181] Trechsel/Jean-Richard, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 2.A., Art. 12 N 38
[182] BGE 130 IV 10
[183] Jenny, Basler Kommentar, Art. 12 StGB N 79
[184] Jenny, Art. 12 StGB N 106; Trechsel/Jean-Richard, Art. 12 StGB N 44

werden. Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtsstellung dazu verpflichtet ist, namentlich auf Grund des Gesetzes, eines Vertrags, einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft oder der Schaffung einer Gefahr[185]. Wer pflichtwidrig untätig bleibt, ist gestützt auf den entsprechenden Tatbestand nur strafbar, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte[186].

bb) Für die Annahme einer Garantenstellung genügt nicht jede, sondern nur eine qualifizierte Rechtspflicht. Der Täter muss sich in einer Situation befinden, die ihn gerade in diesem Punkt verpflichtet, ein bestimmtes Gut gegen unbestimmte Gefahren zu schützen oder die Verwirklichung bekannter Risiken, denen unbestimmte Rechtsgüter ausgesetzt sind, zu verhindern, damit seine Unterlassung dem Fall der Verursachung des Erfolgs durch ein aktives Tun gleichgestellt werden kann[187]. An die Stelle des Kausalzusammenhangs bei den erfolgsbezogenen Begehungsdelikten tritt bei den Unterlassungsdelikten die Möglichkeit der Erfolgsabwendung, das heisst die Handlungsmöglichkeiten und die hypothetische Kausalität[188]. Eine hypothetische Kausalität besteht, wenn durch eine Handlung des Unterlassenden der Taterfolg hätte verhindert werden können[189]. Für die Zurechnung des Erfolgs genügt es, wenn das Verhalten des Täters mindestens mit einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs bildete[190].

---

185 Art. 11 Abs. 2 StGB
186 Art. 11 Abs. 3 StGB
187 BGE 134 IV 259 f. = Pra 98, 2009, Nr. 25 S. 138
188 Seelmann, Basler Kommentar, Art. 11 StGB N 26
189 Seelmann, Art. 11 StGB N 29
190 BGE 121 IV 290

4. a) aa) Z war in der Wohnung von X als Putzfrau tätig und von diesem hierfür angestellt. Die Vorinstanz stellte daher für das Mass der von X zu beachtenden Sorgfalt zu Recht auf die aus dem Arbeitsverhältnis fliessende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ab.

bb) Nach Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden, und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen. Gestützt auf Art. 328 Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs oder Haushalts angemessen sind, soweit es ihm mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann.

cc) Dementsprechend hat der Arbeitgeber für eine einwandfreie Beschaffenheit der Arbeitsräume und anderer vom Arbeitnehmer zu benutzender Räume zu sorgen, Maschinen und Geräte mit den erforderlichen Schutzvorrichtungen versehen zu lassen und den Arbeitsablauf möglichst gefahrlos zu gestalten. Er hat ferner den Arbeitnehmer auf Gefahren hinzuweisen, ihn zu instruieren und für geeignete Überwachung bezüglich der Einhaltung der Sicherheitsvorkehrungen zu sorgen[191].

---

[191] Portmann, Basler Kommentar, Art. 328 OR N 10; Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Art. 328 OR N 17

b) aa) Z gab in der persönlichen Befragung durch die Polizei an, sie sei vor dem 26. Oktober 2006 längere Zeit nicht mehr bei X gewesen. Sie habe sich an diesem Morgen zu X begeben, und sie hätten noch einige Worte miteinander gewechselt. Er habe ihr noch von seinen Ferien erzählt. Sie sei ungefähr um 6.00 Uhr bei ihm gewesen, und kurz vor 7.00 Uhr habe er die Wohnung verlassen. X sagte aus, er sei wegen der Bauarbeiten am 18. September 2006 in die Ferien gereist und am 10. Oktober 2006 in seine Wohnung zurückgekehrt. Er habe anschliessend noch zweimal zu Hause genächtigt, das letzte Mal vom Mittwoch, 25. Oktober 2006, auf Donnerstag, 26. Oktober 2006. Er habe mit Z vereinbart, dass sie etwa zweimal im Monat seine Wohnung säubere. Er habe ihr jeweils eine SMS geschrieben; sie sei ja auch im Besitz eines Hausschlüssels.

bb) Es ist davon auszugehen, dass Z - ausser am 26. Oktober 2006 - während der Bauarbeiten nie in der Wohnung von X war, da während dessen Ferienabwesenheit keine Reinigungsarbeiten notwendig waren. Sie war daher nicht über die Bauarbeiten orientiert. Weil Z von der A-strasse her direkt das Gebäude betrat, konnte sie auch von aussen her nicht feststellen, dass der Balkon fehlte, umso mehr, als es bei ihrer Ankunft um 6.00 Uhr noch dunkel war[192].

cc) Unbestritten ist, dass X am Morgen des 26. Oktober 2006 wusste, dass der Balkon der Wohnung fehlte. Er hätte daher seine Angestellte auf diesen Umstand aufmerksam machen müssen. Alternativ hätte er sicherstellen müssen, dass sich die Balkontür nicht einfach öffnen lasse. Es genügte nicht, die Balkontür und die Balkonläden einfach zu schliessen. Diese hätten entweder verriegelt werden müssen, so dass sie nicht mehr hätten geöffnet werden können,

---

[192] Sonnenaufgang war am 26. Oktober 2006 erst gegen 8.00 Uhr; vgl. www.sunrise-and-sunset.com; Schweiz; Frauenfeld; Oktober 2006.

oder es hätte zumindest ein gut sichtbarer Gefahrenhinweis an die Balkontür angebracht werden müssen. Der Unfall hätte sich somit durch ganz einfache und kostengünstige Massnahmen verhindern lassen, zu welchen der Berufungskläger aufgrund seiner Fürsorgepflichten als Arbeitgeber verpflichtet gewesen wäre.

dd) X kann sich nicht darauf berufen, dass Z die Wäsche nicht wie beabsichtigt auf dem Balkon hätte aufhängen sollen, sondern wie üblich in den Wohnungsräumlichkeiten, weil es auf den Grund, weshalb sie auf den Balkon treten wollte, gar nicht ankommt. X machte nicht geltend, er habe Z je (strikte) verboten, die Balkontüre zu öffnen und auf den Balkon zu treten. Er hätte somit damit rechnen müssen, dass sie im Verlauf ihrer Tätigkeit, sei es, um die Wohnung zu lüften, sei es auch, um eine Pause zu machen, die Balkontür und die entsprechenden Fensterläden öffnen und auf den Balkon treten könnte.

5. a) aa) Y hatte sich verpflichtet, einerseits die Planungsarbeiten für die Sanierung des Flachdachs durchzuführen und andererseits die Bauleitung und Koordination zu gewährleisten.

bb) Zum Aufgabenbereich der Bauleitung gehört die Realisierung eines Bauprojekts bis und mit Abschlussphase, die Aufsicht über die Ausführung der Arbeiten und die Koordination der verschiedenen Unternehmer. Der Aufgabenbereich der Bauleitung ist bezüglich der Bauausführung umfassend; ihr kommt die Funktion zu, die Baustelle zu organisieren und zu überwachen. Es gehört zu den Pflichten eines Bauleiters, sich regelmässig persönlich ein Bild über den Zustand der Baustelle und den Fortschritt der Bauarbeiten zu machen

und gegebenenfalls Anordnungen, auch im Sicherheitsbereich, zu treffen[193].

cc) Der Bauleiter muss die durch die Umstände gebotenen Sicherheitsvorkehrungen anordnen und generell für die Einhaltung der anerkannten Regeln der Baukunde sorgen. Diese Pflicht besteht unabhängig davon, ob die gefährdeten Personen dem Bauleiter direkt unterstellt sind. Kann die Bauleitung jederzeit durch Anordnungen und Weisungen in den Gang der Arbeiten eingreifen, muss sie sicherstellen, dass die Sicherheitsvorschriften beachtet werden. Ansonsten gehört die Überprüfung der Arbeit eines beigezogenen Spezialisten nicht zum Pflichtenkreis des bauleitenden Architekten. Dieser muss jedoch einschreiten, wenn er eine Verletzung elementarer Sicherheitsvorschriften feststellt. Dies gilt insbesondere, wenn dadurch eine Gefahr für die körperliche Integrität oder das Leben Dritter hervorgerufen wird[194].

dd) Es besteht daher eine Garantenstellung des Bauleiters aus Ingerenz, welche sich mit den gleichen Überlegungen wie bei der Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde nach Art. 229 StGB auch für den Tatbestand von Art. 125 StGB herleiten lässt[195]. Wie weit die strafrechtliche Verantwortung einer am Bau beteiligten Person reicht, bestimmt sich auf Grund von gesetzlichen Vorschriften, vertraglichen Abmachungen oder der ausgeübten Funktionen sowie nach den jeweiligen konkreten Umständen. Die Verantwortung für die Verhütung von Unfällen kann in gewissen Grenzen

---

193 BGE vom 16. Februar 2009, 6B_969/2008, Erw. 3.3

194 BGE vom 27. August 2012, 1B_184/2012, Erw. 4.4; BGE vom 11. Februar 2010, 6B_1016/2009, Erw. 5.2.2

195 BGE vom 11. Februar 2010, 6B_1016/2009, Erw. 5.1; BGE vom 3. November 2009, 6B_516/2009, Erw. 3.3.1; BGE vom 3. August 2004, 6P.58/2003, Erw. 5.2 und 5.3

delegiert werden, wenn für die nötige Instruktion und Überwachung gesorgt wird[196].

b) aa) Y hätte veranlassen müssen, dass die notwendigen Sicherheitsmassnahmen während der Bauphase getroffen werden. Dazu gehört auch, den Ausgang beim Balkon so zu sichern, dass niemand hinabstürzen kann. Dabei genügte es insbesondere nicht, den Mieter im ersten Stock anzuweisen, die Balkontüre und Fensterläden einfach zu schliessen; Y hätte vielmehr sicherstellen müssen, dass sich die Balkontüre und die Fensterläden nicht ohne weiteres öffnen liessen, oder dass ein Gefahrenhinweis oder eine bauliche Sperre angebracht würden. Dies hätte auch vor dem Beginn der Bauarbeiten und mit der Zustimmung von X erfolgen können. Entgegen der Ansicht von Y trifft daher nicht zu, dass er für die Anordnung der notwendigen Sicherheitsvorkehren zwingend das Hausrecht von X hätte verletzen und ein Strafverfahren wegen Hausfriedensbruchs hätte riskieren müssen.

bb) Y war darüber informiert worden, dass der Eigentümer der Wohnung während der Bauarbeiten in die Ferien reisen werde. Er ging zudem davon aus, dass zur Wohnung nur X, der Mieter der Wohnung im ersten Stock und die Mutter von X Zugang hätten. Ob seine Annahme auch tatsächlich zutraf, überprüfte er jedoch gar nicht. Er bedachte nicht, dass allenfalls Familienmitglieder oder Dritte, wie die Putzfrau oder auch andere Handwerker, Zugang zur Wohnung haben könnten, was eine Sicherung des Ausgangs beim Balkon notwendig machte. Ob eine Haftung von Y auch zu bejahen wäre, wenn jemand unbefugt die Wohnung betreten und danach gestürzt wäre, ist in diesem Verfahren nicht zu prüfen.

---

[196] BGE vom 11. Februar 2010, 6B_1016/2009, Erw. 5.2.1

cc) Wohl hatte während der Bauarbeiten ein Notdach bestanden, welches entsprechend schwere Stürze wahrscheinlich verhindert hätte, doch war dieses am Vorabend des 26. Oktober 2006 abgebaut worden. Bis zur Montage des Balkons am nachfolgenden Tag blieb somit die Baustelle vollständig ungesichert, was sich der verantwortliche Bauleiter als Unterlassung, welche zur schweren Körperverletzung des Opfers führte, anrechnen lassen muss. Dass der Abbruch des Gerüsts und des Notdachs nicht durch den Bauleiter selber, sondern durch eine andere Bauunternehmung erfolgte, ist dabei nicht von Bedeutung, denn es oblag Y als Bauleiter, für die Koordination der verschiedenen Unternehmer und die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften zu sorgen.

6. a) Entgegen der Ansicht beider Berufungskläger liegt auch kein kausalitätsunterbrechendes Selbstverschulden von Z vor.

b) aa) Zunächst kann Z nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie den Balkon überhaupt betreten wollte, denn das Betreten des Balkons war ihr nicht verboten worden, und es bestehen aufgrund der Akten auch keine Anzeichen dafür, dass sie jemals darüber informiert worden war, dass es nicht sicher sei, den Balkon zu betreten. Ob ihr Pflichtenheft Aufgaben enthielt, für welche das Betreten des Balkons notwendig gewesen wäre, ist unter diesen Umständen völlig unerheblich. Im Übrigen kann für eine Putzfrau nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung im Rahmen ihrer üblichen Aufgaben jederzeit und in vielerlei Hinsicht Anlass bestehen, während der Reinigungsarbeiten den Balkon der zu reinigenden Wohnung zu betreten, sei es um einen Besen auszuschütteln, sei es um einen Teppich zu klopfen, sei es um einen nassen Lappen auszuwringen, oder sei es um den Balkon zu fegen oder zu wischen.

bb) Weiter kann Z nicht vorgeworfen werden, dass sie den Balkon betreten wollte, obwohl die Fensterläden geschlossen waren, denn für geschlossene Fensterläden können verschiedenste

Gründe vorliegen. Damit, dass die Fensterläden aus Sicherheitsgründen geschlossen waren, weil sich hinter der Balkontüre kein Balkon befand, musste Z nicht rechnen. Dies gilt auch, wenn in der Wohnung von X nur gerade dieser eine Fensterladen geschlossen war.

cc) Ferner ist Z auch nicht anzulasten, dass sie nach dem Öffnen der Fensterläden und der Balkontüre nicht bemerkte, dass der Balkon abmontiert worden war. Wer in einer Wohnung eine Balkontüre aufmachen kann, der muss sich beim Heraustreten nicht noch zuerst vergewissern, ob sich dort tatsächlich ein Balkon befindet, sondern kann sich auf die Existenz eines Balkons (oder einer sichernden Abschrankung) verlassen. Es ist daher nicht von Bedeutung, welche Handgriffe Z zum Öffnen der Fensterläden vornahm, und ob sie auch bei Dunkelheit aufgrund des aus dem Zimmer dringenden Lichtscheins das fehlende Geländer oder den fehlenden Balkonboden hätte erkennen können.

Obergericht, 1. Abteilung, 3. Juni 2013, SBR.2012.44

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 24. März 2014 ab, soweit es darauf eintrat (6B_885/2013).

19. **Zechprellerei** (Art. 149 StGB)

1. Die Beschwerdeführerin stellte bei der Kantonspolizei Strafantrag gegen den Beschwerdegegner wegen Zechprellerei. Der Beschwerdegegner habe seit März 2013 in einem ihrer Privatzimmer logiert, wobei er ihr am 5. eines jeden Monats einen Mietzins von Fr. 800.00 entrichtet habe. Am 5. Juni 2013 habe er ihr gesagt, es gebe Probleme mit der Lohnzahlung, weshalb er erst am 20. Juni 2013 bezahlen könne. Am 19. Juni 2013 habe sie den Beschwerdegegner das letzte Mal angetroffen. Tags darauf habe sie festgestellt, dass er ausge-

zogen sei, ohne ihr den Monat Juni 2013 bezahlt zu haben. Deshalb schulde ihr der Beschwerdegegner 20 Tage à Fr. 26.50, zuzüglich Fr. 30.00 für die Endreinigung des Zimmers, insgesamt somit Fr. 560.00. Die Staatsanwaltschaft verfügte, es werde keine Untersuchung an die Hand genommen, weil der Tatbestand der Zechprellerei nicht erfüllt sei.

2. a) Zechprellerei im Sinn von Art. 149 StGB begeht, wer sich in einem Gastgewerbebetrieb beherbergen, Speisen oder Getränke vorsetzen lässt oder andere Dienstleistungen beansprucht und den Betriebsinhaber um die Bezahlung prellt.

aa) Die Staatsanwaltschaft nahm auf den Basler Kommentar und somit auf den Kommentator Arzt[197] Bezug. Dieser plädiert für eine Abschaffung oder wenigstens für eine restriktive Auslegung des Straftatbestands der Zechprellerei. Entsprechend seien "Bed & Breakfast", Campingplätze, Spitäler, Taxis usw. nicht unter Art. 149 StGB zu subsumieren.

bb) Unter "Bed & Breakfast", kurz "B&B", wird eine Unterkunft bei Privaten, in deren Preis immer ein Frühstück enthalten ist, verstanden. Pensionen dagegen gibt es mit oder ohne Frühstück. Davon abgesehen sind keine weiteren Unterschiede auszumachen[198]. Mit dem Ausschluss der "B&B-Betriebe" steht Arzt im Kreis jener wenigen Autoren, welche sich zum Begriff des "Gastwirtschaftsbetriebs" überhaupt geäussert haben, allein da[199].

---

[197] Arzt, Basler Kommentar, Art. 149 StGB N 10

[198] Vgl. Begriffsumschreibung "bed and breakfast" in "Wikipedia"

[199] Nicht geäussert haben sich: Donatsch, in: StGB Kommentar (Hrsg.: Donatsch), 19.A., Art. 149 N 1 ff.; Stratenwerth/Jenny/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 7.A., § 16 N 44 ff.; Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3.A., Art. 149 N 1 ff.; Donatsch, Strafrecht III, 10.A., S. 260 ff.

aaa) Nach Trechsel/Crameri wird der Inhaber eines Gastgewerbebetriebs, also eines gewerbsmässigen Beherbergungs- und Bewirtungsbetriebs, von Art. 149 StGB geschützt, und zwar unabhängig davon, ob ein Patent besteht oder nicht. Eine Pension ist immer ein Betrieb nach Art. 149 StGB. Auch Kliniken geniessen den Schutz, nicht dagegen die blosse Zimmervermietung oder ein Zeltplatz[200]. Nach diesen Autoren ist ein "B&B-Betrieb" somit nicht vom Anwendungsbereich von Art. 149 StGB ausgeschlossen.

bbb) Der heutige Art. 149 StGB ist seit 1. Januar 1995 in Kraft und entspricht weitestgehend dem früheren Art. 150 aStGB[201]. Nach jenem Art. 150 aStGB wurde, wer sich in einem Gasthaus oder in einer Pension beherbergen liess, wer sich in einer Wirtschaft oder in einer Pension Speisen oder Getränke vorsetzen liess, und den Wirt um die Bezahlung prellte, auf Antrag, mit Gefängnis, Haft oder Busse bestraft. Hiezu hielten Schubarth/Albrecht fest, unter "Gasthaus" seien auch Hotels, Motels und Jugendherbergen sowie Privatunterkünfte zu verstehen, nicht aber die Miete eines Campingplatzes[202].

ccc) Die Rechtsprechung musste sich mit dem Straftatbestand der Zechprellerei - soweit ersichtlich - nur vereinzelt auseinandersetzen. BGE 125 IV 124 ff. betraf einen Hotelbetrieb. Das Bundesgericht setzte sich aber in diesem Entscheid mit dem Begriff

---

200 Trechsel/Crameri, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 2.A., Art. 149 N 3

201 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen das Vermögen und Urkundenfälschung) vom 24. April 1991, in: BBl 1991 II 1028: "Entgegen dem Entwurf der Expertenkommission schlagen wir Ihnen vor, den Tatbestand der Zechprellerei - von einer kleinen Korrektur abgesehen - unverändert beizubehalten".

202 Schubarth/Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, BT, Bd. 2, Bern 1990, Art. 150 N 4

"Gastwirtschaftsbetrieb" nicht weiter auseinander. Auch BGE 75 IV 15 ff. beinhaltet diesbezüglich keine weiterführenden Erwägungen. Das Obergericht des Kantons Zürich erwog in ZR 56, 1957, Nr. 62, die Geschädigte habe sich vor dem Untersuchungsrichteramt als Pensionsinhaberin ausgegeben. Aus ihren weiteren Ausführungen ergebe sich aber, dass sie dem Angeklagten und dessen Ehefrau lediglich ein Zimmer vermietet habe. Diese Tatsache sowie der Umstand, dass sie während der schönen Jahreszeit allgemein Zimmer vermietet habe, mache sie indessen aber noch nicht zur Inhaberin einer Pension oder eines Gasthauses im Sinn von Art. 150 aStGB. Das Kantonsgericht Graubünden stellte in PKG 1998 Nr. 30 fest, zu den Betrieben des Gastgewerbes, deren Inhaber den verstärkten strafrechtlichen Schutz gegen betrugsähnliche Machenschaften ihrer Gäste geniessen, gehörten nebst den im Gesetz ausdrücklich genannten Gasthäusern, Pensionen und Wirtschaften auch die Hotels. Geschützt seien dabei nicht nur die Forderungen für Unterkunft, Verpflegung und Getränke, sondern ebenso jene für andere typische Dienstleistungen wie die Taxen für Telefongespräche, das Entgelt für die Besorgung der Wäsche und dergleichen mehr. Nach der offenbar seit längerer Zeit nicht mehr überprüften bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei der Wirt geprellt, wenn er sich in seiner Erwartung, für die Beherbergung oder Bewirtung des Gastes bezahlt zu werden, enttäuscht sehe.

b) aa) aaa) Die Beschwerdeführerin beherbergte den Beschwerdegegner unbestritten in einem ihrer Privatzimmer, welche sie mit Möbeln und Fernseher, Kühlschrank, Bett- und Frotteewäsche ausgestattet anbot. Frühstück gab es gemäss Prospekt "auf Wunsch im Haus oder im Garten", wobei diesfalls ein anderer, höherer Preis geschuldet war.

bbb) Allerdings steht (noch) nicht zweifelsfrei fest, welche Dienstleistungen hier von der Beschwerdeführerin im Einzelnen erbracht wurden, wurde doch bislang allein der Beschwerdegegner protokollarisch zur Sache befragt. Gemäss seinen Ausführungen

beinhaltete die Entschädigung in Höhe von monatlich Fr. 800.00 die Benutzung des Zimmers, des WCs und der Dusche auf dem Flur sowie die zeitweise Nutzung der Küche im Parterre. "Essen" sei nicht eingeschlossen gewesen; zudem habe er "selber waschen und reinigen müssen". Sollten diese Ausführungen zutreffen, so wäre tatsächlich von einer "reinen Zimmervermietung" auszugehen, womit Art. 149 StGB nach einem Teil der Lehre und Rechtsprechung nicht anwendbar wäre[203]. Ob dem hier indessen so war, ist aber (noch) unklar. Die Staatsanwaltschaft wird nicht umhin kommen, dazu auch die Beschwerdeführerin einzuvernehmen.

bb) Allein der Umstand, dass der Beschwerdegegner monatelang bei der Beschwerdeführerin logierte und mit ihr dafür eine Entschädigung von pauschal Fr. 800.00 pro Monat vereinbart hatte, schliesst die Anwendbarkeit von Art. 149 StGB nicht aus, trifft doch der Straftatbestand der Zechprellerei keine dahingehende Unterscheidung. Ansonsten wäre ein Gast, welcher längere Zeit in einem Hotel logiert und eine Pauschale aushandelt, kein Zechpreller, wenn er das Hotel um die Bezahlung prellt.

c) Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft ist die Anwendbarkeit von Art. 149 StGB nicht ohne weiteres zu verneinen. Es ist durchaus denkbar, dass der Logierbetrieb der Beschwerdeführerin im Verhältnis zum Beschwerdegegner einen Gastgewerbebetrieb im Sinn von Art. 149 StGB darstellte. Dazu ist (auch) die Beschwerdeführerin zu befragen. Handelte es sich um einen Gastgewerbebetrieb, ist weiter abzuklären, ob der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin um die Bezahlung prellte. Zusammenfassend erfolgte die Nichtanhandnahmeverfügung vom 6. September 2013 zu Unrecht.

Obergericht, 2. Abteilung, 31. Oktober 2013, SW.2013.120

---

[203] Trechsel/Crameri, Art. 149 StGB N 3; ZR 1957 Nr. 62

20. **Konsequenzen bei Verzögerungen durch Verteidigungsstrategien im Haftprüfungsverfahren** (Art. 5 Abs. 2, 227 StPO)

1. Der Beschwerdeführer ist seit Mitte 2012 in Untersuchungshaft. Mit Verfügung vom 4. April 2013 verlängerte das Zwangsmassnahmengericht die Untersuchungshaft um weitere sechs Monate. Am 22. April 2013 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde und verlangte die unverzügliche Freilassung.

2. Befindet sich eine beschuldigte Person in Haft, so wird ihr Verfahren vordringlich durchgeführt[204]. Für die Beurteilung, ob das Beschleunigungsgebot verletzt wurde, spielt nicht nur das Verhalten der Behörden, sondern auch das Verhalten der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung eine Rolle. Die beschuldigte Person kann zwar nicht für Verzögerungen verantwortlich gemacht werden, die aus dem Ausüben prozessualer Rechte oder Möglichkeiten resultieren. Nicht dazu gezählt werden können jedoch Verzögerungen, die durch Verteidigungsstrategien entstehen[205].

3. Die Staatsanwaltschaft bringt vor, die Verteidigung des Beschwerdeführers habe den angefochtenen Entscheid erneut am letzten Tag der Frist bei der Post abgeholt, obwohl erkennbar gewesen sei, dass es sich um eine Zustellung des Zwangsmassnahmengerichts gehandelt habe. Dadurch habe die Verteidigung die gesetzliche Beschwerdefrist von sich aus von zehn auf insgesamt 17 Tage erstrecken können, obwohl ihr das Dispositiv des Entscheids bereits vorgängig per Fax zugestellt worden sei. Dieses Verhalten der Verteidigung

---

[204] Art. 5 Abs. 2 StPO

[205] Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 5 N 8, 11; Summers, Basler Kommentar, Art. 5 StPO N 2, 9 ff.

vertrage sich nicht mit der Waffengleichheit. Die Staatsanwaltschaft habe nämlich innert drei Stunden eine begründete Beschwerde einzureichen, wenn das Zwangsmassnahmengericht die Anordnung von Untersuchungshaft ablehne. Von einem Handeln im Interesse des Mandanten beziehungsweise von einer sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung im Sinn des Anwaltsgesetzes[206] könne jedenfalls nicht mehr die Rede sein.

4. Die Verteidigung äussert sich dazu nicht. Tatsächlich erscheint es stossend, wenn die Verteidigung der Staatsanwaltschaft Trölerei vorwirft, gleichzeitig aber die ihr eingeschrieben zugestellten Sendungen konsequent erst am letzten Tag der Frist bei der Post abholt und jede Frist dann noch voll ausschöpft. Wie das Obergericht bereits ausführte, ist die Zustellung durch eingeschriebene Postsendung weder zwingend noch die einzige Möglichkeit. Art. 85 Abs. 2 StPO erlaubt die Zustellung auch auf andere Weise, insbesondere durch die Polizei. Der Verteidiger läuft daher Gefahr, sollte er weiterhin in Haftfällen die siebentägige Abholfrist systematisch ausschöpfen, dass ihm die Staatsanwaltschaft die Sendungen polizeilich zustellt.

Obergericht, 2. Abteilung, 26. Juni 2013, SW.2013.45

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 11. September 2013 ab (1B_261/2013).

---

[206] Art. 12 lit. a BGFA

21. **Anforderungen an den Inhalt des Strafbefehls, wenn dieser als Anklageschrift gilt** (Art. 9 Abs. 1, 325 StPO)

1. a) Das aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK abgeleitete und nunmehr in Art. 9 Abs. 1 StPO festgeschriebene Anklageprinzip gewährleistet das rechtliche Gehör und die Verteidigungsrechte des Angeklagten (Informationsfunktion). Die Anklageschrift bestimmt den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion)[207].

b) Eine Durchbrechung des Akkusationsprinzips bildet das Strafbefehlsverfahren, bei dem die Untersuchungsbehörde selbst den Strafbefehl ausfällt[208]. Erhebt der Beschuldigte indessen Einsprache gegen den Strafbefehl und hält die Staatsanwaltschaft daran fest, so übernimmt der Strafbefehl im anschliessenden Hauptverfahren vor Gericht die Funktion der Anklageschrift[209]. Dies hat zur Folge, dass der Strafbefehl den Anforderungen des Anklagegrundsatzes schon von Anfang an zu genügen hat[210].

c) aa) Gestützt auf Art. 325 Abs. 1 StPO bezeichnet die Anklageschrift zunächst den Ort und das Datum, die anklageerhebende Staatsanwaltschaft, das Gericht, an welches sich die Anklage richtet, die beschuldigte Person und ihre Verteidigung und die geschädigte Person[211]. Weiter hat sie möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum,

---

[207] BGE vom 18. Juli 2013, 6B_45/2013, Erw. 2.2

[208] Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 9 N 4

[209] Art. 356 Abs. 1 StPO

[210] Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg 2012, S. 309

[211] Art. 325 Abs. 1 lit. a-e StPO

Zeit, Art und Folgen der Tatausführung zu beschreiben[212], und es sind die nach Auffassung der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen aufzuführen[213].

bb) Damit die Anklageschrift (oder der Strafbefehl) der Informations- und Umgrenzungsfunktion genügt, muss sie hinreichend präzise formuliert sein. Die Anklage hat die dem Angeklagten zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe genügend konkretisiert sind[214]. Die Vorwürfe müssen sich aus der Anklageschrift selber ergeben; ein Hinweis auf Akten ist nicht zulässig[215]. Es muss für das Gericht und für alle Verfahrensbeteiligten klar ersichtlich sein, durch welches nach Ort und Zeit näher bestimmte konkrete Verhalten die beschuldigte Person welchen Straftatbestand in welcher Form verwirklicht haben soll. Der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt muss nicht nur die Subsumtion aller objektiven, sondern auch der subjektiven Tatbestandsmerkmale ermöglichen[216]. Bei Fahrlässigkeitsdelikten sind insbesondere die objektiven und subjektiven Umstände auszuführen, welche das Verhalten als unvorsichtige Pflichtwidrigkeit erscheinen lassen[217]. Es ist dazu insbesondere möglichst genau darzulegen, inwiefern es der Angeklagte an der Beachtung der gebotenen Sorgfalt oder Vorsicht habe fehlen lassen[218]. Der Detaillierungsgrad der Anklage ist nicht gesetzlich vorgegeben, sondern hängt namentlich von der Komplexität des konkreten Falls ab[219]. Dabei gilt, dass je schwerer ein Tatvorwurf

---

212 Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO
213 Art. 325 Abs. 1 lit. g StPO
214 BGE 133 IV 245
215 Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2.A., N 1267
216 Wohlers, Art. 9 StPO N 11 f.
217 Heimgartner/Niggli, Basler Kommentar, Art. 325 StPO N 35; Wohlers, Art. 9 StPO N 13
218 BGE 120 IV 356
219 Niggli/Heimgartner, Basler Kommentar, Art. 9 StPO N 47; Schmid, N 1267

wiegt, desto höhere Anforderungen an die Umschreibungsdichte der Anklage zu stellen sind[220]. Überspitzt formalistische Anforderungen dürfen an die Anklageschrift aber nicht gestellt werden[221]. So führen kleinere Ungenauigkeiten in den Orts- und Zeitangaben nicht zur Unbeachtlichkeit der Anklage[222].

d) Die Anklageschrift darf im Verlauf des gerichtlichen Verfahrens nicht geändert oder auf weitere Personen oder Sachverhalte ausgedehnt werden. Gemäss dem aus dem Anklagegrundsatz abgeleiteten Immutabilitätsprinzip fixiert diese das Prozess- und Urteilsthema für alle urteilenden Instanzen. Der Beschuldigte soll nicht nur genau wissen, welches Verhalten ihm vorgeworfen wird; er soll sich zudem in allen Instanzen mit den gleichen Vorwürfen auseinandersetzen müssen und sich nicht plötzlich mit anderen beziehungsweise neuen Anklagepunkten konfrontiert sehen. Dieser Grundsatz ist aber vorab aus prozessökonomischen Gründen gemildert. Es ist zulässig, ja notwendig, mangelhafte, fehlerhafte oder unvollständige Anklagen zu berichtigen oder gar um neue Delikte zu erweitern[223]. Entsprechend kann das (erstinstanzliche) Gericht die Anklage gestützt auf Art. 329 Abs. 2 StPO zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurückweisen. Gemäss Art. 333 Abs. 1 StPO gibt das Gericht der Staatsanwaltschaft Gelegenheit, die Anklage zu ändern, wenn nach seiner Auffassung der in der Anklageschrift umschriebene Sachverhalt einen anderen Straftatbestand erfüllen könnte, die Anklageschrift aber den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht. Zudem kann das

---

220 Niggli/Heimgartner, Art. 9 StPO N 49; BGE vom 26. Oktober 2011, 6B_432/2011, Erw. 2.2; BGE vom 7. Februar 2008, 6B_333/2007, Erw. 2.1.4; BGE vom 7. Dezember 2007, 6B_528/2007, Erw. 2.1.4

221 BGE vom 18. Juli 2013, 6B_45/2013, Erw. 2.2; BGE vom 6. Februar 2013, 6B_606/2012, Erw. 1.3

222 BGE vom 26. Oktober 2011, 6B_432/2011, Erw. 2.2; BGE vom 7. Februar 2008, 6B_333/2007, Erw. 2.1.4

223 Schmid, N 210

Gericht nach Art. 333 Abs. 2 StPO der Staatsanwaltschaft gestatten, die Anklage zu erweitern, falls während des Hauptverfahrens neue Straftaten der beschuldigten Person bekannt werden.

2. a) Im Strafbefehl wurde dem Berufungskläger "Ungenügendes Sichern der Ladung - Verlieren einer ungesicherten Abstellstütze des Wechselcontainers am Anhänger" vorgeworfen. Beim Anhänger handle es sich um einen Sachentransportanhänger der Marke "A"; Halterin sei die X AG. Es seien zehn Fahrzeuge mit der verlorengegangenen und auf der Überholspur liegenden Abstellstütze kollidiert, wobei grosser Sachschaden, zwischen Fr. 10'000.00 und Fr. 15'000.00, entstanden sei. Tatort sei B; Tatzeit 27. November 2011, 19.35 Uhr. Das Fahrzeug sei ein Lastwagen der Marke "C". Ferner führt der Strafbefehl folgende angewendeten Strafbestimmungen an: Art. 93 Ziff. 2 SVG, Art. 219 Abs. 1 lit. a VTS i.V.m. Art. 29 SVG und Art. 57 Abs. 1 VRV.

b) Wie die Vorinstanz zu Recht erläuterte, wird dem Berufungskläger im Strafbefehl vorgeworfen, er habe eine Abstellstütze am Wechselcontainer am Anhänger verloren, weil er die Ladung ungenügend gesichert habe. Auch geht aus dem Strafbefehl hervor, welches Fahrzeug und welchen Anhänger der Berufungskläger gelenkt haben soll. Mit der Angabe des Tatorts und der Tatzeit wusste der Berufungskläger auch, in Bezug auf welche Fahrt ihm die angeblich ungenügende Sicherung vorgeworfen wurde. Dass der Strafbefehl dabei nicht den Zeitpunkt und den Ort der Sicherung, sondern denjenigen des Verlusts der Ladung erwähnte, würde - für sich allein genommen - nicht zur Unbeachtlichkeit der Anklage führen. Im Strafbefehl fehlen allerdings auch jegliche Ausführungen zum subjektiven Tatbestand. Der Berufungskläger konnte daraus nicht entnehmen, welche konkreten Handlungen ihm bei der Sicherung der Ladung vorgeworfen wurden.

c) Dies ergibt sich auch nicht ohne weiteres aus den im Strafbefehl zitierten Bestimmungen. Gemäss Art. 93 Ziff. 2 SVG wird mit Busse bestraft, wer ein Fahrzeug führt, von dem er weiss oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit wissen kann, dass es den Vorschriften nicht entspricht, oder wer als Halter oder wie ein Halter für die Betriebssicherheit eines Fahrzeugs verantwortlich ist und wissentlich oder aus Sorglosigkeit den Gebrauch des nicht den Vorschriften entsprechenden Fahrzeugs duldet[224]. Nach Art. 219 Abs. 1 lit. a VTS gilt ein Fahrzeug als nicht vorschriftsgemäss, wenn dauernd, zeitweilig oder für bestimmte Fälle vorgeschriebene Teile fehlen oder den Vorschriften nicht entsprechen. Art. 29 SVG schreibt vor, dass Fahrzeuge nur in betriebssicherem und vorschriftsgemässem Zustand verkehren dürfen. Sie müssen so beschaffen und unterhalten sein, dass die Verkehrsregeln befolgt werden können und dass Führer, Mitfahrende und andere Strassenbenützer nicht gefährdet und die Strassen nicht beschädigt werden. Der Führer hat sich nach Art. 57 Abs. 1 VRV zu vergewissern, dass Fahrzeug und Ladung in vorschriftsgemässem Zustand sind und das erforderliche Zubehör, wie das Pannensignal, vorhanden ist. Namentlich nach Reparaturen und Waschen des Fahrzeugs muss er die Bremsen prüfen. Ohnehin könnte die blosse Auflistung der (angeblich) erfüllten Tatbestände auch eine kurzgefasste Tatumschreibung nicht ersetzen[225].

d) aa) Im Einspracheverfahren teilte die Staatsanwaltschaft dem Berufungskläger mit, sie halte am Strafbefehl fest. Es sei unbestritten, dass der Berufungskläger fahrlässig gehandelt habe. Indem er die Sicherung nicht vollständig geprüft habe, habe er seine Sorgfaltspflicht als Lenker verletzt. Durch eine manuelle Prüfung der Stütze wäre der Verlust der Abstellstütze zu verhindern gewesen.

---

[224] Seit 1. Januar 2013 entspricht dies Art. 93 Abs. 2 lit. a und b SVG; der Wortlaut wurde nicht geändert.

[225] BGE vom 10. Januar 2011, 6B_899/2010, Erw. 2.5

Unterlasse der Fahrer eine vollständige Überprüfung der Ladung, sei immer mit einem Verlust oder dergleichen zu rechnen.

bb) Dieses Schreiben vermag die gravierenden Mängel des Strafbefehls nicht zu kompensieren. Die Kernelemente eines Tatbestands sind in der Anklageschrift aufzuführen; dies gilt auch für den Strafbefehl im Einspracheverfahren, weil er dann als Anklageschrift gilt, denn der Prozessgegenstand kann nur verbindlich fixiert werden, wenn die wesentlichen Elemente im Strafbefehl aufgeführt sind und sich nicht aus verschiedenen Schriftstücken zusammensetzen. Auf die Akten verwiesen werden kann allenfalls im Zusammenhang mit untergeordneten Lücken des Strafbefehls, wie sie hier aber nicht vorliegen.

Obergericht, 1. Abteilung, 2. Oktober 2013, SBR.2013.20

22. **Geschwindigkeitsschätzung durch Polizeibeamte** (Art. 10 Abs. 2 StPO; Art. 32, 90 SVG)

1. a) Mit Strafbefehl sprach die Staatsanwaltschaft den Berufungskläger wegen grober und einfacher Verletzung der Verkehrsregeln schuldig. Er sei innerorts mit mindestens 70 km/h gefahren und habe, als er auf dem Trottoir eine junge Frau gesehen habe, Zwischengas gegeben und hinunter geschaltet, wodurch der Motor unnötig hochgedreht und Lärm erzeugt worden sei. Dabei sei ihm sein Kollege X mit gleicher Geschwindigkeit und einem Abstand von lediglich 5 bis 10 m gefolgt.

b) Das Bezirksgericht erachtete die Einsprache des Berufungsklägers als unbegründet und sprach ihn der groben und der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln schuldig. Im Berufungsverfahren beantragte der Berufungskläger, er sei vom Vorwurf der groben

Verletzung der Verkehrsregeln im Sinn von Art. 90 Ziff. 2 SVG freizusprechen, indes der einfachen Verletzung der Verkehrsregeln gemäss Art. 90 Ziff. 1 SVG in zweifacher Hinsicht schuldig zu sprechen. Beantragt wurde zudem die Durchführung eines Augenscheins am Ort, wo sich die Verkehrsregelverletzungen zugetragen hatten.

2. a) Das Gericht würdigt die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung[226]. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung besagt, dass die Organe der Strafrechtspflege frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung darüber entscheiden, ob sie eine Tatsache für bewiesen halten. Der Grundsatz will sicherstellen, dass der Richter nicht verpflichtet ist, etwas als erwiesen zu erachten, wenn es dies nach seiner Überzeugung nicht ist, oder umgekehrt etwas als nicht erwiesen anzusehen, worüber für ihn kein Zweifel besteht[227]. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung kommt es weder auf die Zahl der für oder gegen ein bestimmtes Beweisergebnis sprechenden Beweismittel an, noch kommt bestimmten Arten von Beweismitteln ein Vorrang beziehungsweise ein Übergewicht gegenüber anderen Arten von Beweismitteln zu. Entscheidend ist allein der Beweiswert der konkret vorhandenen Beweismittel[228], beim Personalbeweis also die Glaubwürdigkeit der Person und - vor allem - die Glaubhaftigkeit der Angaben, welche diese Person gemacht hat. Sind die Angaben glaubhaft, kann die Verurteilung auf diese auch dann gestützt werden, wenn andere Personen das Gegenteil behaupten[229].

---

[226] Art. 10 Abs. 2 StPO
[227] BGE 133 I 36
[228] Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 10 N 27; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 10 N 5
[229] Wohlers, Art. 10 StPO N 27

b) Im Strassenverkehrsrecht wird wenn immer möglich auf Sachbeweise in Form von Foto- oder Videoaufnahmen zurückgegriffen. Diese haben den Vorteil, dass sie in der Regel den Rechtsverstoss eindeutig festhalten[230]. Der Personalbeweis erhält erst dann grosse Bedeutung, wenn Messungen und Aufzeichnungen wie hier gänzlich fehlen. Stimmen dabei die Aussagen von Zeugen und des Beschuldigten nicht überein, müssen die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte eine Abwägung anhand der Glaubwürdigkeit der Zeugen sowie der beschuldigten Person und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen vornehmen, wobei es sich bei den Belastungszeugen häufig um Polizeibeamte handelt[231].

c) Das Bundesgericht zieht in Fällen, in denen "Aussage gegen Aussage" steht, verschiedene Kriterien heran. Was die Glaubhaftigkeit von belastenden Zeugenaussagen betrifft, ist diese besonders hoch, wenn kein konkreter Verdacht für eine absichtliche Falschaussage vorliegt[232], und wenn die gemachten Angaben präzise und widerspruchsfrei sind[233]. Ferner berücksichtigt das Bundesgericht, dass sich Zeugen bei Falschaussagen strafbar machen würden. Bei Polizeibeamten wird in solchen Fällen insbesondere auch beachtet, dass sie sich zusätzlich in Gefahr bringen würden, ihre Arbeitsstelle zu verlieren[234]. Schliesslich stellt das Bundesgericht auch darauf ab, dass Polizisten aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung beispielsweise Abstände richtig einschätzen können und insbesondere bei Verkehrskontrollen

---

230 Bock, Messmittel im Strassenverkehr, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2010 (Hrsg.: Schaffhauser), St. Gallen 2010, S. 99 ff., 131 ff.

231 Vgl. etwa BGE vom 28. September 2012, 6B_355/2012, Erw. 2.2.2; BGE vom 28. September 2012, 6B_225/2012, Erw. 1.5; BGE vom 28. Juni 2012, 6B_110/2012, Erw. 3.3

232 BGE vom 28. September 2012, 6B_355/2012, Erw. 2.2.2, 2.8; BGE vom 18. Juni 2009, 6B_262/2009, Erw. 3.3

233 BGE vom 8. Februar 2007, 1P.792/2006, Erw. 3.3

234 BGE vom 26. April 2012, 6B_132/2012, Erw. 2.4.3

und/oder Patrouillenfahrten gerade darauf fokussiert sind, Verkehrsregelverstösse festzustellen[235]. Im Gegensatz dazu geht das Bundesgericht bei der Beurteilung der Aussagen der beschuldigten Fahrzeuglenker davon aus, dass diese ein Interesse daran haben, entlastende Angaben zu machen[236]. Zudem berücksichtigt das Bundesgericht, ob die Aussagen widersprüchlich sind, und ob der Fahrzeuglenker Teile der belastenden Aussagen als wahr bestätigt[237].

d) Die Schätzung von Distanzen, Zeiten und Geschwindigkeiten ist häufig mit Unsicherheiten behaftet, aber keineswegs ausgeschlossen[238]. Mithin ist auch die Ermittlung einer Geschwindigkeitsüberschreitung durch blosse Schätzung grundsätzlich rechtlich zulässig, unterliegt jedoch aufgrund der einer solchen Bewertung anhaftenden erheblichen Ungenauigkeit strengen Anforderungen und ist nur mit erheblicher Zurückhaltung als verlässlich anzusehen[239]. Allerdings sind zur Überwachung des Verkehrsgeschehens eingesetzte Polizeibeamte aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Berufserfahrung durchaus in der Lage, bei eigenen Beobachtungen die Distanz zweier hintereinanderfahrender Fahrzeuge relativ zuverlässig einzuschätzen; dabei ist die Dauer der Berufserfahrung der Polizeibeamten nicht einmal entscheidend, da es zu ihrer täglichen Arbeit gehört, Distanzen einzuschätzen[240]. Ebenso kann unter Umständen auch auf Zeugenaussagen von Polizeibeamten abgestellt werden, die im Rahmen einer

---

235 BGE vom 26. April 2012, 6B_132/2012, Erw. 2.4.3; BGE vom 16. November 2010, 6B_700/2010, Erw. 1.5.2

236 BGE vom 26. April 2012, 6B_132/2012, Erw. 2.4.4; BGE vom 20. September 2011, 6B_441/2011, Erw. 2.2 ff.

237 BGE vom 28. Juni 2012, 6B_110/2012, Erw. 3.3; BGE vom 26. April 2012, 6B_132/2012, Erw. 2.4.3. Vgl. zum Ganzen: Cohen, Strafverfahrensrecht, in: forumpoenale 1/2013, S. 14 f.

238 Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 151 N 53

239 Hentschel, Strassenverkehrsrecht, 39.A., § 3 StVO N 63

240 BGE vom 16. November 2010, 6B_700/2010, Erw. 1.5.2

Nachfahrt die Geschwindigkeit vom Tacho ablesen[241]. Gleichzeitig dürfen aber auch erhebliche Überschreitungen der zulässigen Höchstgeschwindigkeit durch widerspruchsfreie Zeugenaussagen von Polizeibeamten durchaus als schlüssig bewiesen gelten, denn in der Verkehrsüberwachung geschulte Polizeibeamte sind in der Lage, die Geschwindigkeit eines vorbeifahrenden Personenwagens richtig zu schätzen[242]. Während die Schätzung durch ungeschulte Personen, nachts und bei beleuchteten Strassen ebenso besonders kritisch zu würdigen sind wie Geschwindigkeitsschätzungen anhand der akustischen Wahrnehmung der Fahrzeuggeräusche, haben Schätzungen von hohen Geschwindigkeitsübertretungen durch erfahrene Polizeibeamte deshalb durchaus Beweiswert[243], insbesondere, wenn die Wegstrecke lange genug ist, wobei eine Wegstrecke von 100 bis 200 m genügt[244]. Solche Schätzungen sind vorab dann von Relevanz, wenn die mutmasslich gefahrene Geschwindigkeit erheblich über der rechtlich zulässigen liegt. Um der Rechtsmittelinstanz indessen eine Überprüfung der Grundlagen der Schätzung zu ermöglichen, muss das Urteil erkennen lassen, dass sich der Richter der grundsätzlichen Unzuverlässigkeit dieser Methode bewusst ist und aus welchen Gründen er gleichwohl bestehende Bedenken für ausgeräumt hält, besonders mit Blick auf die konkreten Örtlichkeiten, die gefahrene Wegstrecke, die Zeit- und Lichtverhältnisse sowie den Blickwinkel, aus welchem der Zeuge den Verkehrsregelverstoss wahrgenommen hat[245]. Die Feststellung der Geschwindigkeit von Fahrzeugen durch Schätzungen eines Polizeibeamten ist also möglich, wobei solchen Schätzungen mit Vorsicht zu begegnen ist[246], zumal die Aussagen von Polizeibeamten nicht grundsätzlich ein grösse-

---

241 BGE vom 16. November 2010, 6B_700/2010, Erw. 1.6.2
242 Zweidler, § 151 StPO N 53 S. 612
243 Beck/Berr, OWi-Sachen im Strassenverkehrsrecht, 5.A., N 436 ff.
244 Entscheid des VwGH Wien vom 14. Dezember 1990, Az. 86/18/0082, mit Hinweisen; vgl. Zweidler, § 151 StPO N 53 S. 612; vgl. RBOG 1999 Nr. 32
245 Beschluss des OLG Karlsruhe vom 19. Juni 2008, Az. 1 Ss 25/08, mit Hinweisen
246 Beschluss des BayObLG vom 20. Oktober 2000, Az. 2 ObOWi 500/00

res Gewicht haben als die Aussagen anderer Personen[247]. Welcher Beweiswert entsprechenden Aussagen von Polizeibeamten zukommt, ist somit eine Frage, die im Rahmen üblicher Beweiswürdigung nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden ist[248]. Im Regelfall dürfte es sich im Übrigen rechtfertigen, im Zusammenhang mit der geschätzten Geschwindigkeit einen angemessenen Toleranzwert abzuziehen, der allerdings nicht im Detail beziffert und begründet werden muss[249].

3. a) Die Geschwindigkeitsbeschränkung am Ort des Geschehens beträgt 50 km/h.

b) aa) Der als Zeuge einvernommene Verkehrspolizist Y ist Chef der mobilen Verkehrsüberwachung und führte im Kanton Thurgau die Abstandsmessungen ein. Anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme gab er zu Protokoll, der Berufungskläger sei mit gegen 100 km/h unterwegs gewesen. Er sei näher an 100 km/h wie an 80 km/h gewesen. Auf Nachfrage hin, der Berufungskläger habe gesagt, er sei höchstens mit 70 km/h gefahren, sagte der Verkehrspolizist: "Das war 100prozentig nicht so; es war viel schneller". Es sei ein haarsträubendes Manöver gewesen, das die beiden geboten hätten, und man könne von Glück reden, sei nicht mehr passiert. Die Strecke, die er habe sehen können, sei von der A-Strasse bis zur Einmündung in die B-Strasse gegangen. Auf dem restlichen Stück habe man sie einfach kommen hören, denn die Motorengeräusche seien ja vorher gewesen.

bb) Der als Zeuge einvernommene Verkehrspolizist Z arbeitet laut eigenen Angaben seit 25 Jahren täglich auf der Strasse und führt Verkehrskontrollen durch. Er sei selber auch mit dem Lasermessgerät unterwegs. An der staatsanwaltlichen Einvernahme sagte

---

247 Zweidler, § 151 StPO N 105
248 BGHSt 23, 213; vgl. RBOG 1999 Nr. 32
249 BGE vom 26. April 2012, 6B_132/2012, Erw. 2.3.2

er aus, er habe die Geschwindigkeit der Fahrzeuge zwischen 90 und 100 km/h geschätzt. Im Rapport habe er aber zu Gunsten von X 80 bis 100 km/h geschrieben. Auf Nachfrage hin, der Berufungskläger habe ausgesagt, er sei nie schneller als 70 km/h gefahren, gab Z an, der Berufungskläger sei sicher schneller als 70 km/h gefahren. Seine persönliche Einschätzung sei 90 bis 100 km/h gewesen. Dies sei in dem Bereich gewesen, in dem die beiden Fahrzeuge an ihnen vorbei gefahren seien. Der Abstand zwischen den beiden Fahrzeugen habe ungefähr 5 m betragen. Im Rapport habe er zu Gunsten von X 5 bis 10 m geschrieben. Der Abstand zwischen den beiden Fahrzeugen sei jedenfalls viel zu gering gewesen. Wenn der vordere eine Bremsung hätte einleiten müssen, aus welchen Gründen auch immer, dann wäre der hintere noch nicht einmal zum Bremsen gekommen. Er könne nicht sagen, wie der Berufungskläger und X vom C-Kreisel bis zum Restaurant D gefahren seien. Was er sicher sagen könne, sei, dass sie vom Kreisel her kommend in hohe Drehzahlen beschleunigt hätten.

Beide sagten damit übereinstimmend aus, der Berufungskläger sei mit gegen 100 km/h beziehungsweise zwischen 90 bis 100 km/h unterwegs gewesen. Beide Fahrzeuge seien mit einem sehr geringen Abstand hintereinander her gefahren; man hätte kein anderes Fahrzeug dazwischen gebracht.

cc) Der Berufungskläger führte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, es sei keine genaue Geschwindigkeitsmessung erfolgt. Es könne deshalb auch sein, dass er bloss 68 km/h gefahren sei.

c) Es besteht kein Anlass, an der Glaubwürdigkeit der unter Strafdrohung bei Falschaussagen einvernommenen Polizeibeamten als Zeugen zu zweifeln. Die Schilderungen der Polizeibeamten als Zeugen beruhen auf ihren eigenen Beobachtungen vor Ort. Sie unterschieden bei ihren Aussagen deutlich, was sie selber gesehen und was sie bloss gehört hatten. Sie konnten das Fahrzeug über eine genügend

lange Wegstrecke beobachten, und weder bezüglich der Tageszeit noch hinsichtlich der Lichtverhältnisse bestehen irgendwelche Bedenken, auf ihre Aussagen abzustellen. Ihre Schilderungen fielen insgesamt klar, differenziert und in sich widerspruchslos aus. Ebenso wenig war ein Grund ersichtlich, weshalb die beiden Verkehrspolizisten den Berufungskläger zu Unrecht hätten beschuldigen sollen. Die langjährigen Verkehrspolizisten waren denn auch aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung durchaus in der Lage, die Geschwindigkeit wie auch die Distanz zweier hintereinanderfahrender Fahrzeuge relativ zuverlässig einzuschätzen. Die Aussagen der beiden Verkehrspolizisten können als glaubhaft erachtet werden; auf diese kann deshalb grundsätzlich abgestellt werden, zumal bereits die Staatsanwaltschaft einen genügend grossen Toleranzwert berücksichtigte.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Juli 2013, SBR.2013.18

23. **Internationaler und interkantonaler Gerichtsstandskonflikt** (Art. 40 Abs. 2 StPO; Art. 88 IRSG)

1. a) Die Beschwerdeführerin erstattete im Thurgau bei der Staatsanwaltschaft gegen Y und den Beschwerdegegner X Strafanzeige wegen Betrugs, Unterschlagung, Misswirtschaft, Unterdrückung von Urkunden und versuchter Veruntreuung. Die Staatsanwaltschaft ersuchte die Staatsanwaltschaft im Kanton Tessin um Übernahme des Verfahrens gegen den Beschwerdegegner sowie des Verfahrens gegen Y. Die Tessiner Staatsanwaltschaft teilte mit, sie sei bereit, Rechtshilfe zu leisten. Weil indessen die beiden Verfahren mit der Strafuntersuchung gegen X zusammenhingen, die in Italien geführt werde, seien die italienischen Behörden für alle Strafverfahren zuständig.

b) Die Thurgauer Staatsanwaltschaft stellte das Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner in Anwendung von Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO ein, weil Prozessvoraussetzungen fehlten. Da die örtliche Zuständigkeit definitiv nicht im Kanton Thurgau liege und der Beschwerdegegner seinen Wohn- und Arbeitsort im Kanton Tessin habe, sei das Strafverfahren einzustellen. Sämtliche Bemühungen, das Verfahren an die Tessiner Staatsanwaltschaft abzutreten, seien ins Leere gelaufen. Es bleibe der Anzeigeerstatterin überlassen, ob sie in Bezug auf den Beschwerdegegner die Akten am Wohnsitz von X, mithin bei der Staatsanwaltschaft in Rom, einreichen wolle oder nicht. Die Beschwerdeführerin beantragte mit Beschwerde, die Angelegenheit sei zur Fortsetzung des Verfahrens an die (Thurgauer) Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

2. Es lassen sich vorliegend zwei Konflikte unterscheiden: Einerseits ein nationaler (interkantonaler) Gerichtsstandskonflikt[250] zwischen den Kantonen Thurgau und Tessin und andererseits ein internationaler Gerichtsstandkonflikt[251] zwischen der Schweiz und Italien.

3. a) Gemäss Art. 88 IRSG kann ein anderer Staat um Übernahme der Strafverfolgung wegen einer der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Tat ersucht werden, wenn seine Gesetzgebung die Verfolgung und die gerichtliche Ahndung der Tat zulässt und der Verfolgte sich dort aufhält und seine Auslieferung an die Schweiz unzweckmässig oder unzulässig ist, oder wenn der Verfolgte diesem Staat ausgeliefert wird und die Übertragung der Strafverfolgung eine bessere soziale Wiedereingliederung erwarten lässt. Als Rechtshilfe

---

250 Art. 40 Abs. 2 StPO

251 Art. 85 ff. des Bundesgesetzes über die Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG; SR 351.1): Sogenannte stellvertretende Strafverfolgung

wird in der Lehre[252] (auch) die Zusammenlegung eines im Ausland angehobenen Verfahrens mit einem im Inland laufenden Verfahren bezeichnet. Die Hilfe liegt dann in der Abtretung des Verfahrens oder des Strafanspruchs. Der ersuchte Staat ist aber grundsätzlich frei, das Abtretungsbegehren anzunehmen[253]. Für ein entsprechendes Ersuchen an das Ausland ist das Bundesamt[254] zuständig; es handelt auf Antrag der kantonalen Behörde[255]. Für den Fall der Abtretung an einen anderen Staat, mithin bei "ausgehenden Ersuchen", finden sich im Gesetz darüber hinaus keine Regelungen[256].

b) Können sich demgegenüber die Strafverfolgungsbehörden verschiedener Kantone über den Gerichtsstand nicht einigen, unterbreitet gemäss Art. 40 Abs. 2 StPO die Staatsanwaltschaft des Kantons, der zuerst mit der Sache befasst war, die Frage unverzüglich, in jedem Fall vor der Anklageerhebung, dem Bundesstrafgericht zum Entscheid.

4. a) Auch wenn es der Thurgauer Staatsanwaltschaft letztlich unbenommen wäre, eine Übertragung der Strafverfolgung an das Ausland im Sinn von Art. 88 IRSG zu beantragen, rechtfertigt es sich vorgängig einer allfälligen Abtretung des Verfahrens an einen anderen Staat, den Gerichtsstandskonflikt zwischen den betroffenen Schweizer Strafbehörden zu lösen[257]. Die Thurgauer Staatsanwaltschaft hätte deshalb das Verfahren nicht einfach einstellen dürfen, sondern hätte sich an das Bundesstrafgericht zwecks Festlegung der örtlichen Zuständigkeit wenden müssen. Danach hätte die national zuständige

---

252 Popp, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001, N 87
253 Popp, N 307
254 Popp, N 90: Bundesamt für Polizei
255 Art. 30 Abs. 2 IRSG
256 Popp, N 480
257 Die Thurgauer Strafbehörden erachten sich ja als nicht zuständig und lehnen eine Strafverfolgung ab.

Strafbehörde die Möglichkeit gehabt, mit einem Antrag an das zuständige Bundesamt um die Abtretung des Strafverfahrens an Italien zu ersuchen. Falls Italien dieses Ersuchen alsdann abgelehnt hätte, hätte sich der (ersuchende) innerstaatlich zuständige Kanton mit dem Verfahren zu befassen[258].

b) Weder kann sich die Thurgauer Staatsanwaltschaft der Verfolgung der dem Beschwerdegegner vorgeworfenen Delikte mit dem Hinweis auf die Zuständigkeit der Tessiner Strafverfolgungsbehörden und deren Weigerung, das Verfahren zu übernehmen, entziehen, noch sind die Behörden des Kantons Tessin befugt, die Übernahme der Strafverfolgung mit dem Argument abzulehnen, ihrer Auffassung nach - wohl in analoger Anwendung von Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO - seien die italienischen Strafbehörden zuständig, welche ein Verfahren gegen den Haupttäter X führten. Vielmehr wären die Tessiner Behörden gehalten gewesen, deswegen beim zuständigen Bundesamt einen Antrag zu stellen, damit Italien das Verfahren übernehme. Wie bereits ausgeführt, rechtfertigt es sich aber, vorab den Zuständigkeitskonflikt zwischen den Thurgauer und den Tessiner Strafbehörden zu lösen. Diesen Gerichtsstandskonflikt hat nicht das Obergericht zu entscheiden, sondern gestützt auf Art. 40 Abs. 2 StPO das Bundesstrafgericht.

5. Damit ist die Beschwerde zu schützen und die Sache zur Beschreitung des ordentlichen Weges zur Übertragung des Strafverfahrens an das Ausland beziehungsweise zur Lösung des interkantonalen Gerichtsstandskonflikts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 4. April 2013, SW.2013.12

---

258 Es ist hier allerdings fraglich, ob Italien das Verfahren übernimmt, zumal sich dieser Staat bereits ablehnend äusserte.

24. **Begründungsanforderungen an eine Verfügung der Staatsanwaltschaft** (Art. 80 Abs. 2 und 3 StPO)

1. Der Schweizerische Verband X erhob gegen die Y AG Strafanzeige wegen Verstosses gegen das Gesundheitsgesetz[259] und das UWG[260]. Die Staatsanwaltschaft teilte den Parteien mit, sie gehe davon aus, dem Verband X komme Parteistellung zu. Die Y AG machte geltend, dem Verband fehle die Parteistellung. Die Staatsanwaltschaft verfügte, der Verband X sei nicht Partei. Zur Begründung erwog sie: "Der Vertreter der Y AG respektive deren Exponenten legten eine ausführliche Stellungnahme zur Parteistellung ins Recht (vgl. Beilage). Dieser ist bezüglich Parteistellung nichts entgegenzusetzen und wird hiermit vollumfänglich als Begründung übernommen." Der Verfügung legte die Staatsanwaltschaft die Eingabe der Y AG bei.

2. Die Staatsanwaltschaft machte im Beschwerdeverfahren geltend, ein Entscheid über die Parteistellung sei eine einfache verfahrensleitende Verfügung, an deren Begründung keine übertriebenen formalistischen Anforderungen zu stellen seien. Der Hinweis auf eine der Verfügung beigelegte Begründung müsse genügen.

3. a) Gemäss Art. 80 Abs. 1 StPO ergehen Entscheide, in denen über Straf- und Zivilfragen materiell befunden wird, in Form eines Urteils. Die anderen Entscheide ergehen in Form eines Beschlusses, wenn sie von einer Kollektivbehörde gefällt werden, und in Form einer Verfügung, wenn sie von einer Einzelperson gefällt werden. Nach Art. 80 Abs. 2 StPO ergehen Entscheide schriftlich und werden begründet. Einfache verfahrensleitende Beschlüsse und Verfügungen brauchen gestützt auf Art. 80 Abs. 3 StPO weder besonders ausgefer-

---

[259] RB 810.1
[260] Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241

tigt noch begründet zu werden; sie werden im Protokoll vermerkt und den Parteien in geeigneter Weise eröffnet.

b) Art. 80 Abs. 2 StPO statuiert eine allgemeine Begründungspflicht. Die Begründungspflicht ist wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 107 StPO und damit desjenigen auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK[261]. Bei einfachen verfahrensleitenden Beschlüssen und Verfügungen kann auf eine (besondere) Begründung verzichtet werden. Was unter solchen Beschlüssen und Verfügungen zu verstehen ist, wird vom Gesetzgeber nicht näher präzisiert; dies wird der Praxis überlassen[262]. Es handelt sich dabei um die sich in jedem Verfahren ergebenden verfahrensleitenden Beschlüsse und Verfügungen, bei denen es mit Blick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör der Parteien weder sinnvoll noch erforderlich ist, dass sie begründet und/oder gesondert ausgefertigt werden, wie zum Beispiel Vorladungen, die Bestellung eines amtlichen Verteidigers oder die Abweisung von Beweisanträgen während der Hauptverhandlung. Häufig sind Entscheide betroffen, die nicht sofort, sondern erst mit dem Endentscheid anfechtbar sind[263]. Eine Begründung ist hingegen regelmässig erforderlich, wenn solche Entscheide für die Verfahrensbeteiligten unmittelbar nachteilig sein können, mithin in deren Rechtsstellung eingreifen, wie dies insbesondere bei Zwangsmassnahmen der Fall ist[264].

4. a) Parteien im Strafverfahren sind die beschuldigte Person, die Staatsanwaltschaft im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren und die Privatklägerschaft[265]. Als Privatklägerschaft gilt die geschädigte

---

[261] Brüschweiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 80 N 2
[262] Stohner, Basler Kommentar, Art. 80 StPO N 16
[263] Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2.A., Art. 80 N 5
[264] Stohner, Art. 80 StPO N 17; Schmid, Art. 80 StPO N 6
[265] Art. 104 Abs. 1 StPO

Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen[266]. Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör; sie haben namentlich das Recht, die Akten einzusehen, an Verfahrenshandlungen teilzunehmen, einen Rechtsbeistand beizuziehen, sich zur Sache und zum Verfahren zu äussern und Beweisanträge zu stellen[267]. Der Entscheid über die Parteistellung hat somit grundlegende Bedeutung für die Verfahrensrechte der betroffenen Person und ist kein einfacher verfahrensleitender Entscheid, weshalb er zu begründen ist.

b) Nichts anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Y AG aus Art. 84 Abs. 5 StPO. Danach eröffnet die Strafbehörde einfache verfahrensleitende Beschlüsse oder Verfügungen den Parteien schriftlich oder mündlich. Art. 84 Abs. 5 StPO steht in keinem Widerspruch zu Art. 80 Abs. 3 StPO. Beide Bestimmungen enthalten den Begriff der "einfachen verfahrensleitenden Beschlüsse oder Verfügungen". Auch Art. 84 Abs. 5 StPO bezieht sich auf Anordnungen, die nur das Verfahren selbst betreffen und nicht in die verfahrensrechtliche Stellung der Parteien eingreifen[268]. Solche Entscheide - und nur solche - müssen nicht begründet und nicht schriftlich eröffnet werden.

5. a) Die Begründung soll gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl der Betroffene wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid

---

[266] Art. 118 Abs. 1 StPO
[267] Art. 107 Abs. 1 lit. a-e StPO
[268] Arquint, Basler Kommentar, Art. 84 StPO N 11

stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken[269]. Umfang und Tiefe der Begründung haben sich an der Eingriffsintensität des Entscheids sowie dessen Bedeutung für Parteien und Verfahren zu orientieren[270]. Die Begründungspflicht ist nicht nur ein bedeutsames Element transparenter Entscheidfindung, sondern dient zugleich auch der wirksamen Selbstkontrolle der Behörde[271].

b) Die Begründung des Entscheids einer Strafbehörde kann nie aus einem blossen Hinweis auf eine Eingabe einer Partei oder eines Verfahrensbeteiligten bestehen. Der Kern der Begründung besteht in den grundlegenden Überlegungen der entscheidenden Behörde selber; sie hat darzulegen, warum sie so und nicht anders entschieden hat. Gefragt sind die Überlegungen der Behörde, nicht einer Partei oder eines Verfahrensbeteiligten. Ohne Darstellung dieser grundlegenden Erwägungen ist es nicht möglich, den Entscheid der Behörde zu verstehen und anzufechten. Erst im Rahmen der Darlegung der eigenen Überlegungen sind Hinweise auf Rechtsprechung, Lehre, Gutachten und Akten möglich und zulässig. Dem Bürger in eigenen Worten kurz zu erklären, weshalb ein Entscheid gefällt wurde, ist sodann auch eine Frage des Respekts gegenüber dem Rechtsuchenden und des behördlichen Anstands.

c) Zwar haben Rechtsmittelinstanzen gestützt auf Art. 82 Abs. 4 StPO die Möglichkeit, für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts auf die Begründung der Vorinstanz zu verweisen. Ein solcher Hinweis ist aber nur möglich,

---

[269] BGE 133 I 277, 129 I 236, 126 I 102 f.
[270] Brüschweiler, Art. 80 StPO N 2; Schmid, Art. 80 StPO N 4
[271] BGE 112 Ia 109

weil den Parteien bereits ein hinreichend begründeter Entscheid eines Gerichts oder einer Behörde vorliegt. Bei Hinweisen auf Eingaben von Parteien und Verfahrensbeteiligten[272] ist hingegen grösste Vorsicht geboten, denn eine Begründung, die sich ohne jegliche eigene Würdigung auf die Argumente einer Partei stützt, birgt die Gefahr, den Anschein zu erwecken, nicht mehr unbefangen und objektiv zu entscheiden. Das Vorgehen der Staatsanwaltschaft ist auch unter diesem Aspekt nicht nachvollziehbar.

6. Zusammengefasst fehlt dem angefochtenen Entscheid eine hinreichende Begründung. Der kurze Hinweis in der Beschwerdeantwort, eine Vereinigung könne, sofern sich die Straftat nicht gegen sie selber richte, nicht unmittelbar verletzt und damit nicht Geschädigte oder Partei sein, genügt nicht. Abgesehen davon verletzte die Staatsanwaltschaft mit ihrem blossen Hinweis auf die Eingabe der Y AG den Anspruch auf das rechtliche Gehör so schwer, dass nur eine Rückweisung in Frage kommt. Im Übrigen liegt eine weitere Verletzung des Anspruchs des Verbands X auf rechtliches Gehör darin, dass die Staatsanwaltschaft ihr die Stellungnahme der Y AG nicht mindestens zur Kenntnisnahme mit freigestellter Stellungnahme zustellte, bevor sie diese als Begründung übernahm[273]. Indem der Verband X im Beschwerdeverfahren zu dieser Eingabe Stellung nehmen konnte, ist dieser Mangel allerdings geheilt.

Obergericht, 2. Abteilung, 14. November 2013, SW.2013.85

---

[272] Hinweise im Text oder in Fussnoten als Hilfe zum schnellen Auffinden der Argumente der Parteien und Verfahrensbeteiligten, mit denen sich das Gericht oder die Behörde befasst, sind natürlich ausgenommen.

[273] Art. 109 Abs. 2 StPO; Haffner/Fischer, Basler Kommentar, Art. 109 StPO N 21 ff.

25. **Akteneinsicht und Teilnahmerechte von Mitangeschuldigten** (Art. 101 f., 108, 147 Abs. 1 StPO)

1. a) Wegen des dringenden Verdachts der Beteiligung an einem Tötungsdelikt wurden A, B, C und der Beschwerdeführer in Untersuchungshaft versetzt. Der Tatbeteiligung ebenfalls dringend verdächtigt werden D, der in Deutschland inhaftiert ist, sowie E und F, die in der Türkei flüchtig sind. Die Staatsanwaltschaft verfügte gegenüber dem Beschwerdeführer, ihm werde die Akteneinsicht in die Beschuldigteneinvernahmen der übrigen Tatverdächtigen verweigert[274].

b) Der Beschwerdeführer beantragte mit Beschwerde, es sei ihm Einsicht in die Einvernahmeprotokolle der übrigen Angeschuldigten zu gewähren. Er führte aus, mit den von der Staatsanwaltschaft geführten separaten Verfahren würden seine Einsicht- und Teilnahmerechte zu Unrecht beschnitten.

2. a) Das Obergericht hatte bereits eine Beschwerde des Beschwerdeführers betreffend Akteneinsicht und Teilnahmerechte geschützt, eine Rechtsverweigerung festgestellt und die Staatsanwaltschaft angewiesen, dem Beschwerdeführer die Einsicht in die Einvernahmeprotokolle der Mitbeschuldigten und die Teilnahme an den künftigen Einvernahmen von Mitbeschuldigten, Zeugen und Auskunftspersonen zu gewähren, sofern sie nicht innert vierzehn Tagen entsprechende Beschränkungen begründet verfüge. Diese Anweisung nahm die Staatsanwaltschaft zum Anlass, dem Beschwerdeführer mit der angefochtenen Verfügung die Akteneinsicht in die Einvernahmen der Mitbeschuldigten zu verweigern. Dabei erwog die Staatsanwaltschaft, die Verfügung beschränke sich auf das Akteneinsichtsrecht.

---

[274] Gleichlautende Verfügungen erliess die Staatsanwaltschaft auch gegenüber A, B und C. Die Mitbeschuldigten erhoben ebenfalls Beschwerde.

Allfällige Beschränkungen des Teilnahmerechts an künftigen Einvernahmen würden zu gegebener Zeit verfügt.

b) Der Beschwerdeführer beantragt zwar ausschliesslich die Gewährung von Akteneinsicht in die Einvernahmeprotokolle seiner sechs Mitbeschuldigten. Indessen wirft er der Staatsanwaltschaft in der Beschwerdebegründung auch die Verletzung seiner Teilnahmerechte vor.

c) Es trifft zu, dass die Staatsanwaltschaft von einer engen Verknüpfung von Akteneinsicht und Teilnahmerecht ausgeht und dem Beschwerdeführer das Teilnahmerecht an den Einvernahmen von anderen Tatbeteiligten generell abspricht. Dies läuft - trotz der Erwägungen im früheren Beschwerdeentscheid des Obergerichts - auf eine (fortdauernde) Rechtsverweigerung hinaus. Zwar traf die Staatsanwaltschaft betreffend die Teilnahmerechte noch keine Verfügungen, und der Beschwerdeführer stellte diesbezüglich auch keinen Antrag. Allerdings wird aufgrund der Haltung, die sich aus der angefochtenen Verfügung und der Beschwerdeantwort ergibt, deutlich, dass die Staatsanwaltschaft gewillt ist, die Teilnahmerechte des Beschwerdeführers weiterhin einzuschränken. Daher ist nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer sich bezüglich der ihm zustehenden Teilnahmerechte äusserte. Ferner trifft die Beschwerdeinstanz in den (parallelen) Beschwerdeverfahren von A, B und C Anordnungen hinsichtlich der Teilnahmerechte. Um Ungleichheiten zwischen den Mitbeschuldigten mit Bezug auf das Akteneinsichtsrecht zu verhindern, sind Erwägungen zu den Teilnahmerechten auch ohne einen entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers unabdingbar.

3. a) Die Staatsanwaltschaft macht geltend, gegen jeden der sechs Mitbeschuldigten des Beschwerdeführers werde ein eigenes Verfahren geführt und in jenen (separaten) Verfahren sei der Beschwerdeführer nicht Partei. Sie stellt in Aussicht, die Aussagen der "Mittäter" des Beschwerdeführers "zu gegebenem Zeitpunkt" durch

deren Einvernahme als Auskunftsperson im Sinn von Art. 178 lit. f StPO ins Verfahren des Beschwerdeführers einfliessen zu lassen. Damit verstrickt sich die Staatsanwaltschaft in einen Widerspruch: Sollte ihre Auffassung zutreffen, braucht es die von ihr angekündigten Verfügungen nicht[275], mit denen sie dem Beschwerdeführer bei künftigen Einvernahmen der Mitbeschuldigten in deren Verfahren die Teilnahme verweigern will.

b) Die Auffassung der Staatsanwaltschaft ist angesichts von BGE 139 IV 25 ff.[276] und des früheren Entscheids des Obergerichts unzutreffend und auch unter Berücksichtigung der - vor jenem Bundesgerichtsentscheid publizierten - Minderheitsmeinung von Schäfer[277] nur schwer verständlich.

Der Anspruch beschuldigter Personen auf Teilnahme an Beweiserhebungen gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO gilt grundsätzlich auch für die Einvernahme von Mitbeschuldigten[278]. Allerdings sieht das Gesetz gemäss Bundesgericht Ausnahmen von diesem Grundsatz (der Parteiöffentlichkeit) vor. Demnach kann die Staatsanwaltschaft - - ähnlich wie bei der Akteneinsicht nach Art. 101 Abs. 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 besteht. Falls die Befragung des Mitbeschuldigten sich auf untersuchte Sachverhalte bezieht, die den (noch nicht einvernommenen) Beschuldigten persönlich betreffen und zu

---

[275] Die Staatsanwaltschaft spricht in der Beschwerdeantwort im Zusammenhang mit den "übrigen wichtigsten Beweisen" gemäss Art. 101 Abs. 1 StPO denn auch selbst von einem blossen "obiter dictum".

[276] BGE vom 10. Oktober 2012, 1B_264/2012

[277] Die Teilnahme an Einvernahmen von Mittätern - Theorie und Praxis, in: forumpoenale 2013 S. 39 ff.

[278] Vgl. Schleiminger, Basler Kommentar, Art. 147 StPO N 5

denen ihm noch kein Vorhalt gemacht werden konnte, darf der Beschuldigte von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Die blosse Möglichkeit der abstrakten "Gefährdung des Verfahrensinteresses" durch rechtmässiges prozesstaktisches Verhalten rechtfertigt hingegen noch keinen Ausschluss von den Einvernahmen[279]. Ebensowenig genügt für einen pauschalen Ausschluss der Parteiöffentlichkeit von Einvernahmen die blosse Möglichkeit, dass der wegen Kollusionsgefahr Inhaftierte sein späteres Aussageverhalten jenem von Mitbeschuldigten anpassen könnte[280].

c) Gestützt auf diese Rechtsprechung kann die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer die Teilnahme an Einvernahmen der Mitbeschuldigten somit nicht mit dem Hinweis verweigern, es werde gegen jeden Mitbeschuldigten ein separates Verfahren geführt.

4. a) Mit der gleichen Begründung, mit der die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer die Teilnahme an Einvernahmen von Mitbeschuldigten verweigert, verwehrt sie ihm die Einsicht in deren Befragungsprotokolle. Kann aber mit dieser Begründung die Teilnahme nicht verweigert werden, gilt dies (erst recht) für die Verweigerung der Einsicht in die Befragungsprotokolle. Die Akteneinsicht stellt eine "mediatisierte Form" der Teilnahme an der Einvernahme dar. Statt unmittelbar zu hören, wie der Mitbeschuldigte sich einlässt, kann der Beschuldigte dessen Aussagen nachlesen. Damit ist die Lektüre des Protokolls eine schwächere Form der Teilnahme an den Aussagen des Mitbeschuldigten als deren unmittelbare Kenntnisnahme in der Einvernahme selbst, bei der noch die Möglichkeit besteht, Fragen zu

---

[279] BGE 139 IV 37
[280] BGE 139 IV 39

stellen. Die Akteneinsicht ist damit eine schwächere Form der Informationsbeschaffung über die Aussagen des Mitbeschuldigten[281].

b) Straftaten sind gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO gemeinsam zu verfolgen und zu beurteilen, wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt. Dies gilt auch innerkantonal[282]. Unter Umständen kann es sogar verfassungsrechtlich geboten sein, Strafverfahren gegen Mittäter zu vereinigen, insbesondere wenn die Gefahr besteht, dass die Art und der Umfang der Beteiligung wechselseitig bestritten werden und ein Teilnehmer die Schuld dem anderen zuweisen will[283]. Solange jedoch die Staatsanwaltschaft alle sieben der gemeinschaftlichen Tötung Beschuldigten gemeinsam verfolgt, ist diese Vorgabe auch erfüllt, wenn sie für jeden Beschuldigten ein eigenes Dossier mit einer eigenen Verfahrensnummer führt. Allerdings ist zu betonen, dass die Staatsanwaltschaft mit Bezug auf das Tötungsdelikt in Anwendung von Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO materiell eine Untersuchung gegen alle Beschuldigten führen muss. Ob sie formell mehrere Verfahrensnummern führt, ist nicht massgebend. Getrennte Dossiers sind hingegen bezüglich der Delikte anzulegen, die nur einen Beschuldigten betreffen.

c) Im Übrigen ist auf die Argumentation der Staatsanwaltschaft ohnehin nicht näher einzugehen. Entscheidend ist, dass nicht angehen kann, die Gewährung von Teilnahme- und Akteneinsichtsrechten bei der Abklärung einer gemeinschaftlich verübten Straftat davon abhängig zu machen, ob ein Verfahren gegen alle Beschuldigten oder je ein separates Verfahren gegen jeden Beschuldigten geführt wird. In letzterem Fall hat jede beschuldigte Person Anspruch auf

---

281 Bommer, Zur Einschränkung des Teilnahmerechts des Beschuldigten an der Einvernahme Mitbeschuldigter, in: recht 2012 S. 150

282 Fingerhuth/Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 29 N 2; Bartetzko, Basler Kommentar, Art. 29 StPO N 3

283 BGE 134 IV 334

Teilnahme an den Einvernahmen der Mitbeschuldigten und auf Beizug und damit auch auf Einsicht in die Akten der Mitbeschuldigten[284]. Wieweit dieses Akteneinsichtsrecht geht, ob beispielsweise auch die Akten zur Person des Mitbeschuldigten davon erfasst werden, kann offen bleiben, weil es hier nur um Beweiserhebungen zur Sache geht. Kein Anspruch besteht hingegen auf Einsicht in Akten betreffend Delikte, derer der Beschwerdeführer nicht verdächtigt wird.

d) Damit erweist sich die Auffassung der Staatsanwaltschaft als unzutreffend, Art. 101 und 108 StPO kämen nicht zur Anwendung, weil diese Bestimmungen keinen Anspruch begründeten, die Akten aus getrennt geführten Strafuntersuchungen gegen andere Mitbeschuldigte einzusehen. Das Gegenteil trifft zu. Die Frage, ob dem Beschwerdeführer Einsicht in die Einvernahmeprotokolle seiner Mitbeschuldigten zu gewähren ist oder nicht, entscheidet sich allein gestützt auf diese Bestimmungen. Konkret steht lediglich Art. 101 Abs. 1 (Satz 1) StPO zur Diskussion, da die Staatsanwaltschaft die Einschränkungsmöglichkeiten gemäss Art. 108 Abs. 1 StPO nicht geltend macht. Ein allfälliger Missbrauch des Akteneinsichtsrechts im Sinn von Art. 108 Abs. 1 lit. a StPO ist somit (noch) kein Thema.

5. Nach Art. 101 Abs. 1 Satz 1 StPO haben die Parteien spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft Anspruch auf Akteneinsicht.

a) Dass die erste Einvernahme des Beschwerdeführers zum Tötungsdelikt mittlerweile stattgefunden hat, steht ausser Frage und ist unbestritten. Gegensätzlich beurteilen die Parteien dagegen die Vo-

---

[284] Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 337

raussetzung der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft.

b) aa) Zur Erhebung der wichtigsten Beweise gehören unter anderem die Einvernahmen von belastenden Mitbeschuldigten, ferner weitere Einvernahmen der beschuldigten Person zu neuen Beweismitteln[285], also auch Einvernahmen der beschuldigten Person zu Aussagen (Belastungen) von Mitbeschuldigten. Dies gilt jedenfalls, wenn die Einvernahmen der Mitbeschuldigten neue, für die Frage der Täterschaft relevante Sachverhaltselemente an den Tag fördern. In diesem Fall muss es möglich sein, die beschuldigte Person hierzu zu befragen, bevor sie vom Inhalt der entsprechenden Einvernahmen der Mitbeschuldigten Kenntnis erhält. Je nach Anzahl und Umfang dieser Einvernahmen kann die Befragung der beschuldigten Person dabei durchaus längere Zeit in Anspruch nehmen oder erst zu einem späten Zeitpunkt während der Untersuchung erfolgen. Gemäss der Praxis des Bundesgerichts gewährt die Staatsanwaltschaft Akteneinsicht nach pflichtgemässem Ermessen, wobei sie diese verweigern darf, wenn Kollusionsgefahr besteht. So war nicht zu beanstanden, dass die Untersuchungsbehörde die Akteneinsicht verweigerte, weil sie in einem Fall von vorsätzlicher Tötung oder Mord die Gefahr der Kollusion mit einem in Serbien lebenden Zeugen annahm, zumal es sich bei dieser Zeugenaussage um eines der wichtigsten Beweismittel handelte[286]. Ebenso zulässig ist die Verweigerung der Akteneinsicht vor der Durchführung einer Konfrontation, die für die Beweisführung von entscheidender Bedeutung sein könnte. Dabei betonte das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 137 IV 284, dass die offene Formulierung von

---

[285] Schmutz, Basler Kommentar, Art. 101 StPO N 15
[286] BGE vom 30. August 2011, 1B_326/2011, Erw. 2.3

Art. 101 Abs. 1 StPO alles in allem der Verfahrensleitung einen gewissen Beurteilungsspielraum verleihe, den es zu respektieren gelte[287].

bb) Es ist Sache der Staatsanwaltschaft, das bisherige Nichterheben der wichtigsten Beweise zu behaupten. Will sie sich auf Art. 101 Abs. 1 StPO berufen, muss sie glaubhaft darlegen, welche Beweise noch zu erheben sind und weshalb sie noch nicht erhoben wurden oder werden konnten. Dabei kann aus ermittlungstaktischen Gründen allerdings von der Staatsanwaltschaft nicht verlangt werden, im Rahmen des Glaubhaftmachens sämtliche Details preiszugeben.

c) aa) Kein Grund für eine Verweigerung der Einsicht in die vorhandenen Einvernahmeprotokolle der Mitbeschuldigten des Beschwerdeführers stellt der Umstand dar, dass E und F bislang noch nicht einvernommen werden konnten. In einem früheren Beschwerdeverfahren betreffend C stellte das Obergericht fest, die Staatsanwaltschaft könne die Akteneinsicht mit diesem Argument noch bis Ende 2012 verweigern. Für die Zeit danach könne sich die Staatsanwaltschaft für die Verweigerung der Akteneinsicht nicht mehr bloss darauf berufen, die zu befragenden Personen seien flüchtig.

bb) Es befinden sich der Beschwerdeführer seit Ende November 2011, A und B seit Februar 2012 sowie C seit Juli 2012 in Untersuchungshaft. Sie wurden von der Staatsanwaltschaft seither etliche Male zum Tötungsdelikt befragt. Aber auch der in Deutschland inhaftierte D konnte längst dazu einvernommen werden, zumal die Staatsanwaltschaft bereits in ihrem Haftverlängerungsgesuch betreffend den Mitbeschuldigten C im September 2012 ausgeführt hatte, dessen Befragung werde wohl mehr Klarheit bezüglich der einzelnen Tatbeiträge bringen. Damit liegen die wichtigsten Beweise insofern

---

[287] BGE vom 7. Februar 2012, 1B_597/2011, Erw. 2.2

vor, als die Mitbeschuldigten A, B, C und D zum Tötungsdelikt befragt wurden oder zwischenzeitlich befragt worden sein müssen[288]. Folglich kann die Einsicht in deren Einvernahmeprotokolle nicht (mehr) mit der Begründung verweigert werden, diese hätten noch nicht zur Sache einvernommen werden können.

Vor diesem Hintergrund und der erwähnten Rechtsprechung bleibt kein Raum für das Vorbringen der Staatsanwaltschaft, A, B, C und D müssten im Verfahren des Beschwerdeführers zuerst noch als Auskunftspersonen befragt werden.

cc) Aus dem parallel gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft hängigen Beschwerdeverfahren von C ist aktenkundig, dass die Staatsanwaltschaft im Mai und Anfang Juni 2013 A in Anwesenheit der in der Schweiz inhaftierten Mitbeschuldigten - es sind dies der Beschwerdeführer, B und C - einvernahm[289]. In jenem Beschwerdeverfahren führte die Staatsanwaltschaft aus, A habe umfassend aussagen wollen. Die Staatsanwaltschaft habe nicht gewusst, was auf sie zukomme. Trotzdem konnten an diesen Einvernahmen die Mitbeschuldigten B, C und der Beschwerdeführer teilnehmen. Bei dieser Gelegenheit gab die Staatsanwaltschaft zu Protokoll, es hörten ab jetzt alle zu. Es ist ferner gerichtsnotorisch, dass A und C im Oktober 2012 bereits schon konfrontiert worden waren. Unter diesen Umständen und angesichts der langen Verfahrensdauer sind keine Gründe ersichtlich, dem Beschwerdeführer das Einsichtsrecht in die Einvernahmeprotokolle von A, B, C und D noch zu verweigern.

---

[288] Gemäss den Akten des hängigen Haftverlängerungsverfahrens in Sachen C sagte die Staatsanwaltschaft in einer Zeugeneinvernahme im Dezember 2012, sie habe bereits unzählige Befragungen mit Auskunftspersonen, aber auch mit der mutmasslichen Täterschaft durchgeführt.

[289] Die entsprechenden Protokolle reichte die Staatsanwaltschaft ein.

dd) Nichts anderes ergibt sich hinsichtlich der Argumentation der Staatsanwaltschaft, sie müsse zuvor noch zehn Konfrontationseinvernahmen (nach Art. 146 Abs. 2 StPO) durchführen. Für blosse Vorhalte der Aussagen von Mitbeschuldigten braucht es nicht jedes Mal eine zeitaufwändige Konfrontationseinvernahme. Solche Einvernahmen werden erst (und nur) anberaumt, wenn sich zeigt, dass sich die Glaubwürdigkeit einer aussagenden Person besser beurteilen lässt, wenn sie sich nicht (nur) allein, sondern (auch) in Gegenwart der anderen (sie belastenden) Person zu äussern hat[290]. Das kann auch nach Gewährung der Akteneinsicht durchaus noch Sinn machen.

Vorbehalten bleibt der Fall, dass die Konfrontation für die Beweisführung von entscheidender Bedeutung ist. Diesbezüglich substantiiert die Staatsanwaltschaft aber nichts. Sie zeigt nicht auf, weshalb die eine oder andere Konfrontation vor der Gewährung der Akteneinsicht unabdingbar sein soll. Die pauschale Behauptung, es bleibe sonst dauerhaft im Dunkeln, was in der fraglichen Nacht wirklich geschehen sei, genügt nicht. Tatsache ist, dass von den bislang festgenommenen Tatverdächtigen nur A und C am Tatort anwesend waren; E und F, die ebenfalls am Tatort gewesen sein sollen, sind flüchtig. A und C wurden bereits schon konfrontativ einvernommen. Damit hätte die Staatsanwaltschaft darlegen müssen, weshalb weitere Konfrontationseinvernahmen vor der Gewährung der Einsicht in die Einvernahmeprotokolle unabdingbar sein sollen. Die erwähnten Umstände legen solches jedenfalls nicht nahe. Im Übrigen erwähnte die Staatsanwaltschaft schon im September 2012 in ihrem Haftverlängerungsgesuch betreffend C, die Mitangeschuldigten A, B und der Beschwerdeführer müssten konfrontiert werden. Seither sind acht Monate verstrichen.

---

[290] Häring, Basler Kommentar, Art. 146 StPO N 6

d) Zusammengefasst besteht augenscheinlich kein Grund mehr, dem Beschwerdeführer die Einsicht in die Einvernahmeprotokolle der Mitbeschuldigten A, B, C und D zu verweigern. Ebenso sind dem Beschwerdeführer aus den gleichen Gründen die Teilnahmerechte an zukünftigen[291] Beweiserhebungen grundsätzlich zu gewähren. Dagegen können Beschränkungen der Teilnahme- und Einsichtsrechte des Beschwerdeführers bezüglich Einvernahmen von neu auftauchenden Mitbeschuldigten, Zeugen und Auskunftspersonen - aus derzeit nicht bekannten Gründen - gegebenenfalls angezeigt sein. Auch soweit es um neue Delikte geht, können dem Beschwerdeführer nicht ein für allemal Teilnahmerechte gewährt werden.

e) Im Dispositiv der angefochtenen Verfügung wird die Verweigerung der Akteneinsicht auf die Beschuldigteneinvernahmen von A, B, C, D, E und F beschränkt. Bezüglich A, B, C und D ist die Einsicht in die bestehenden Befragungsprotokolle zu gewähren und der Beschwerdeführer zu deren weiteren Einvernahmen zuzulassen. Bei E und F stellt sich die Frage der Teilnahme und Einsicht in deren Befragungsprotokolle zurzeit nicht, weil diese flüchtig sind und bislang noch gar nicht befragt werden konnten. Bezüglich dieser beiden wird die Staatsanwaltschaft gegebenenfalls dereinst in Beachtung der hier gemachten Vorgaben über Teilnahme und Akteneinsicht zu entscheiden haben. Insofern ist die Beschwerde nur teilweise zu schützen.

Obergericht, 2. Abteilung, 13. Juni 2013, SW.2013.52

---

[291] Mit der Verwertbarkeit vergangener Einvernahmen hat sich nicht die Beschwerdeinstanz, sondern der Sachrichter zu befassen.

26. **Amtliche Verteidigung** (Art. 132 Abs. 1 StPO)

1. a) Wegen des Verdachts auf Widerhandlungen gegen das BetmG setzte die Zürcher Staatsanwaltschaft den Beschwerdeführer in Untersuchungshaft. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich ernannte Rechtsanwalt X in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 lit. a i.V.m. 130 lit. b StPO zum amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers. In der Folge trat die Zürcher Staatsanwaltschaft das Verfahren an die Staatsanwaltschaft im Kanton Thurgau ab.

b) Die Thurgauer Staatsanwaltschaft teilte Rechtsanwalt X mit, nach ständiger Praxis setze die Einsetzung als amtlicher Verteidiger auch bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung grundsätzlich einen Antrag und die Bedürftigkeit des Beschuldigten voraus. Bis anhin sei weder ein Gesuch um amtliche Verteidigung gestellt worden noch die Bedürftigkeit ausgewiesen. Daher sei Rechtsanwalt X noch nicht als amtlicher Verteidiger des Beschwerdeführers eingesetzt worden. Der Beschwerdeführer liess das Gesuch um Bestellung einer amtlichen Verteidigung in der Person von Rechtsanwalt X stellen. Die Staatsanwaltschaft wies dieses Gesuch ab.

2. Seitens der Staatsanwaltschaft ist unbestritten, dass ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Sie erwog indessen, Rechtsanwalt X habe sich bei der damals zuständigen Zürcher Staatsanwaltschaft als Wahlverteidiger gemeldet. Da er seit Dahinfallen der amtlichen Verteidigung im Kanton Zürich weit über ein Jahr (im Thurgau) als Verteidiger des Beschwerdeführers aufgetreten sei und dies auch weiterhin tue, werde der Beschwerdeführer von einem Wahlverteidiger vertreten und notwendig im Sinn von Art. 130 lit. b StPO verteidigt. Deshalb sei eine amtliche Einsetzung nach Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO nicht mehr notwendig. Überdies werde die amtliche Verteidigung nach Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO nur bewilligt, wenn zusätzlich auch von Mittellosigkeit auszugehen sei. Diese sei hier nicht gegeben.

3. a) Gemäss Art. 129 Abs. 1 StPO ist die beschuldigte Person berechtigt, in jedem Strafverfahren und auf jeder Verfahrensstufe einen Rechtsbeistand im Sinn von Art. 127 Abs. 5 StPO[292] mit ihrer Verteidigung zu betrauen (Wahlverteidigung). Laut Art. 130 muss die beschuldigte Person verteidigt werden, wenn die Untersuchungshaft einschliesslich einer vorläufigen Festnahme mehr als zehn Tage gedauert hat (lit. a), ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme droht (lit. b), sie wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustands oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann (lit. c), die Staatsanwaltschaft vor Gericht persönlich auftritt (lit. d) oder ein abgekürztes Verfahren durchgeführt wird (lit. e). In diesen Fällen liegt eine notwendige Verteidigung vor. Alsdann hat die Verfahrensleitung gemäss Art. 131 Abs. 1 StPO darauf zu achten, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird. Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, ist die Verteidigung nach Art. 131 Abs. 2 StPO nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen. Die Verfahrensleitung ordnet gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO eine amtliche Verteidigung bei notwendiger Verteidigung an, wenn die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine Wahlverteidigung bestimmt (Ziff. 1), oder wenn der Wahlverteidigung das Mandat entzogen wurde oder sie es niedergelegt hat und die beschuldigte Person nicht innert Frist eine neue Wahlverteidigung bestimmt (Ziff. 2). Ferner ist gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO eine amtliche Verteidigung anzuordnen, wenn die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist.

---

[292] Die Verteidigung der beschuldigten Person ist im Anwaltsregister eingetragenen Anwältinnen und Anwälten vorbehalten.

b) Die amtliche Verteidigung ist der Oberbegriff für die Offizialverteidigung im Sinn von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO und die unentgeltliche Verteidigung im Sinn von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO. Die amtliche Verteidigung zeichnet sich dadurch aus, dass deren Kosten vorweg vom Staat übernommen werden. Sie gehören zu den Verfahrenskosten und müssen von der verteidigten Person gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO zurückerstattet werden, sobald sie wirtschaftlich dazu in der Lage ist[293]. Mit der amtlichen Verteidigung soll sichergestellt werden, dass der beschuldigten Person unbesehen um ihre finanziellen Möglichkeiten eine wirksame Verteidigung im Strafverfahren möglich ist. Aus den gesetzlichen Vorgaben geht klar hervor, dass die Staatsanwaltschaft bei notwendiger Verteidigung die amtliche Verteidigung von Amtes wegen anzuordnen hat und in diesem Fall Mittellosigkeit nicht Voraussetzung ist[294]. Nur wenn die beschuldigte Person nicht notwendig im Sinn von Art. 130 StPO verteidigt werden muss, sind ein Antrag der beschuldigten Person und deren Mittellosigkeit Voraussetzung für die Anordnung der amtlichen Verteidigung. Alsdann liegt ein Anwendungsfall von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO vor. Ebenfalls eines Antrags der beschuldigten Person bedarf es, wenn im Fall der notwendigen Verteidigung bereits eine Wahlverteidigung besteht, sich aber in der Folge herausstellt, dass die beschuldigte Person mittellos ist. Dies dürfte denn auch die am häufigsten anzutreffende Konstellation sein[295]. Die seitens der Staatsanwaltschaft behauptete ständige Praxis, wonach die Einsetzung als amtlicher Verteidiger auch in Fällen der notwendigen Verteidigung einen Antrag und die

---

[293] Ruckstuhl, Basler Kommentar, Art. 132 StPO N 2 und 4; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 446

[294] Vgl. Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 954; Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2.A., S. 91; Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 740; Ruckstuhl/Wittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, N 344

[295] Vgl. Ruckstuhl, Art. 132 StPO N 3

Bedürftigkeit des Beschuldigten voraussetzt, entbehrt einer gesetzlichen Grundlage und erweist sich als rechtswidrig.

c) Die Staatsanwaltschaft anerkannte, dass angesichts einer möglichen Verurteilung in Anwendung von Art. 19 Abs. 2 BetmG mit einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr zu rechnen wäre[296] und somit (seit Einleitung des Vorverfahrens) ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Gegen die Einsetzung von Rechtsanwalt X bringt die Staatsanwalt zudem nichts vor.

d) Der Einwand der Staatsanwaltschaft, Rechtsanwalt X sei der Wahlverteidiger des Beschwerdeführers, trifft nicht zu. Rechtsanwalt X wurde auf Antrag der Zürcher Staatsanwaltschaft von der Oberstaatsanwaltschaft Zürich am 29. November 2012 gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 130 lit. b StPO als amtlicher Verteidiger im Sinn einer notwendigen Verteidigung eingesetzt. Unter diesen Umständen ist unerheblich, ob oder dass Rechtsanwalt X sich im Auftrag des Bruders und des Vaters des Beschwerdeführers bei der damals zuständigen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich gemeldet hatte. Wäre Rechtsanwalt X als erbetener Verteidiger vorstellig geworden, hätte die Zürcher Staatsanwaltschaft keinen Antrag auf Bestellung einer amtlichen Verteidigung gestellt und die Oberstaatsanwaltschaft Zürich keinen amtlichen Verteidiger eingesetzt. Abgesehen davon beauftragen häufig Angehörige einer festgenommenen Person einen Rechtsanwalt mit ersten Abklärungen, was geschehen ist und wo der Beschuldigte sich aufhält. Die Pflicht der Verfahrensleitung, für die notwendige Verteidigung besorgt zu sein[297], enthält auch die Pflicht zu klären, ob eine Wahlverteidigung vorliegt. Allein aus der Tatsache, dass sich ein Rechtsanwalt im Namen der Angehörigen des

---

[296] Massgebend ist nicht die abstrakte, sondern die konkrete Strafdrohung; BGE 120 Ia 43; Ruckstuhl, Basler Kommentar, Art. 130 StPO N 18

[297] Art. 131 Abs. 1 StPO

Beschuldigten meldet, bevor die Verfahrensleitung selbst einen notwendigen amtlichen Verteidiger einsetzte, kann nicht auf eine bestehende Wahlverteidigung geschlossen werden. Das gilt umso mehr, als auch für die notwendige amtliche Verteidigung ein Gesuch zwar nicht gestellt werden muss, aber gestellt werden kann[298].

Die Staatsanwaltschaft hat daher die beschuldigte Person im Fall notwendiger Verteidigung aufzufordern, innert (kurzer) Frist eine Wahlverteidigung zu bestimmen[299]. Bezeichnet die beschuldigte Person innert dieser Frist den Rechtsanwalt, der sich im Auftrag der Angehörigen gemeldet hat, oder einen anderen Rechtsanwalt als Wahlverteidiger, bedarf es keiner Einsetzung einer amtlichen Verteidigung. Äussert er sich hingegen - aus welchen Gründen auch immer - hiezu nicht, hat die Staatsanwaltschaft im Fall der notwendigen Verteidigung eine amtliche Verteidigung einzusetzen, ohne die Mittellosigkeit des Beschuldigten zu prüfen. Sprechen keine Gründe dagegen, wird die Staatsanwaltschaft in der Regel den Rechtsvertreter, der sich im Namen der Familie gemeldet hat, als amtlichen Verteidiger bestimmen. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Praxis des Obergerichts hinzuweisen, dass es überspitztem Formalismus gleich käme, wenn als Voraussetzung für die Umwandlung einer Wahlverteidigung in eine amtliche Verteidigung verlangt würde, dass der bereits tätig gewordene erbetene Verteidiger sein Mandat zuerst niederlegen oder der Beschuldigte den Wahlverteidiger entlassen müsste. Diese Konstellation kann etwa vorliegen, wenn ein Beschuldigter in Untersuchungshaft versetzt wurde und bereits einen Verteidiger beauftragt hat, bevor er ab dem 11. Tag Untersuchungshaft notwendig verteidigt werden muss[300]. Kein überspitzter Formalismus ist hingegen gegeben, wenn der Beschuldigte

---

298 Ruckstuhl, Basler Kommentar, Art. 131 StPO N 4

299 Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 132 N 4

300 Art. 130 lit. a StPO

bloss nicht willens ist, den beauftragten Verteidiger weiter zu mandatieren und zu bezahlen. In einem solchen Fall kann die Staatsanwaltschaft mit Blick auf die Kostenfolgen im Interesse des Staats abklären, ob der nichtbedürftige Beschuldigte, der eine Verteidigung bezahlen kann, tatsächlich im Hinblick auf eine amtliche Verteidigung seinen erbetenen Verteidiger entlässt, bevor eine amtliche Verteidigung angeordnet wird. Allerdings ist es der Staatsanwaltschaft auch in diesem Fall verwehrt, die Mittellosigkeit zu prüfen. Beendet der Beschuldigte oder der erbetene Verteidiger das Mandat tatsächlich, hat die Staatsanwaltschaft bei einer notwendigen Verteidigung unverzüglich eine amtliche Verteidigung anzuordnen. Um einem allfälligen Missbrauch[301] zu begegnen, kann darauf hingewiesen werden, dass in einem solchen Fall kein Anspruch auf Bestellung des zuvor tätig gewesenen Wahlverteidigers als amtliche Verteidigung bestehe, sondern für den Beschuldigten das Risiko der Einsetzung eines anderen Rechtsvertreters drohe.

e) Gemäss Art. 133 Abs. 1 StPO wird die amtliche Verteidigung von der im jeweiligen Verfahrensstadium zuständigen Verfahrensleitung bestellt. Fällt der Grund für die amtliche Verteidigung dahin, widerruft die Verfahrensleitung gestützt auf Art. 134 Abs. 1 StPO das Mandat. Der Bestand der amtlichen Verteidigung ist nicht an die Verfahrensleitung gebunden, welche die Verteidigung anordnete. Die von der Oberstaatsanwaltschaft Zürich angeordnete amtliche Verteidigung fiel daher mit der Übernahme des Strafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft im Kanton Thurgau nicht dahin. Die Verfahrensübernahme änderte nichts an den gegebenen Voraussetzungen für die notwendige Verteidigung. Bei der Abtretung eines Verfahrens an eine andere Staatsanwaltschaft übernimmt die neue Behörde den jeweiligen Verfahrensstand mit allen bisher ergangenen Verfügungen.

---

[301] Abwälzung des Inkassorisikos

Dazu gehört auch die angeordnete amtliche Verteidigung. Die neue Verfahrensleitung hat indessen gestützt auf Art. 134 Abs. 1 StPO die Möglichkeit, die Voraussetzungen der amtlichen Verteidigung zu prüfen und diese allenfalls aufzuheben, wenn die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind.

f) Selbst wenn die Auffassung vertreten werden wollte, bei einer Verfahrensübernahme müsse die neue Verfahrensleitung die amtliche Verteidigung erneut anordnen, müsste sie die amtliche Verteidigung mit einer Verfügung entweder bestätigen oder verweigern. Sie kann sich hingegen nicht auf den Standpunkt stellen, der bisherige amtliche Verteidiger sei neu erbetener Verteidiger und müsse selbst tätig werden oder die amtliche Verteidigung erneut beantragen. Ein solcher Standpunkt wäre hier umso stossender, als die Thurgauer Staatsanwaltschaft anlässlich der Konfrontationseinvernahme ausdrücklich zu Protokoll erklärte, der Beschwerdeführer sei durch Rechtsanwalt X amtlich verteidigt.

g) Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Staatsanwaltschaft die Staatsfinanzen sehr wohl im Auge behalten soll. Im Fall einer notwendigen amtlichen Verteidigung im Sinn von Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO soll sie daher, wenn sie der Auffassung ist, der Beschuldigte sei zur Tragung der Anwaltskosten in der Lage, darauf hinwirken, dass der Staat die vorgeschossenen Kosten für die amtliche Verteidigung unverzüglich zurückfordert. Bei der zum Zweck der notwendigen Verteidigung angeordneten amtlichen Verteidigung kann die Rückerstattung gegenüber der nichtbedürftigen beschuldigten Person in aller Regel sofort vollstreckt werden[302].

Obergericht, 2. Abteilung, 13. Juni 2013, SW.2013.64

---

[302] Oberholzer, N 447

27. **Beurteilung eines Gutachtens über die Glaubhaftigkeit von Aussagen eines Kindes** (Art. 185, 189, 10 Abs. 2 StPO)

1. a) Der Berufungskläger und die Berufungsbeklagte sind die Eltern einer Tochter, geboren im Januar 2002, und eines Sohns, geboren im Mai 2004.

b) Nachdem die Tochter im Sommer 2006 angeblich gesagt haben soll, "dä Papi ruglet mir am Güdeli", wandte sich die Berufungsbeklagte an die Beratungsstelle des Kinderschutzzentrums St. Gallen und erkundigte sich wegen des Verdachts sexueller Übergriffe ihres Ehemanns gegenüber der gemeinsamen Tochter. Ende August 2006 zog sie mit den Kindern aus der ehelichen Wohnung aus, und im September 2006 leitete der Berufungskläger ein Eheschutzverfahren ein. Im Rahmen des Eheschutzverfahrens hörte der Bezirksgerichtspräsident die Tochter im Juni 2007 an. Dem Protokoll folgend sagte das Mädchen dabei aus, die Aussage, wonach ihr der Papi am "Güdeli gerugelt" haben soll, stimme nicht.

c) Der Bezirksgerichtspräsident veranlasste daraufhin eine Begutachtung der Tochter durch das Institut für Rechtsmedizin des Kantonsspitals St. Gallen. Im Gutachten vom 11. Juli 2007 kamen die Rechtsmediziner zum Schluss, der Befund im Genitale des Kindes spreche dafür, dass die Schleimhaut des Scheideneingangs mechanisch traumatisiert worden sei. Einerseits dürfte dies bereits vor längerer Zeit stattgefunden haben, da es bis zur Ausbildung von Synechien und Neovaskularisationen Wochen bis Monate dauere. Andererseits sprächen die nässenden Stellen an den kleinen Schamlippen sowie deren Schwellung dafür, dass die letzte Traumatisierung nur wenige Tage bis Wochen vor der Untersuchung vom 31. Mai 2007 stattgefunden habe. Die Befunde der Genitale des Kindes seien somit hochverdächtig auf das Vorliegen einer sexuellen Ausbeutung durch eine Fremdperson.

Eine Selbsthandlung, beispielsweise bei masturbatorischen Praktiken, sei praktisch ausgeschlossen.

d) Im Zusammenhang mit der Obhutszuteilung und dem Besuchsrecht veranlasste das Bezirksgerichtspräsidium eine Begutachtung der Familie und beauftragte damit Dr. phil. A.

2. a) Am 19. Juli 2007 stellte die Berufungsbeklagte gegen den Berufungskläger eine Strafanzeige. Während des Strafverfahrens stellte sich heraus, dass die Tochter im Scheidenbereich oft gerötet war, über Brennen klagte und nach wie vor nachts Windeln trug. Am 30. Juli 2007 fand im Strafverfahren eine Anhörung der Tochter durch eine Psychologin eines Forensischen Instituts statt; die Tochter sagte aus, "s'Mami" habe gesagt, sie solle allen sagen, dass "dä Papi mir am Güdeli weh gmacht hät".

b) Am 30. Juli 2007 eröffnete die Untersuchungsrichterin gegen die Berufungsbeklagte eine Strafuntersuchung wegen Verdachts der falschen Anschuldigung sowie Vernachlässigung der Erziehungs- und Fürsorgepflicht. Am 24. August 2007 antwortete das Institut für Rechtsmedizin des Kantonsspitals St. Gallen auf entsprechende Nachfrage der Untersuchungsrichterin hin, die Verletzungen des Scheidengangs und der Vaginalschleimhaut seien nicht durch die Pflege des Genital- und Analbereichs durch äussere Reinigung - auch in unsachgemässer Art - entstanden.

c) Am 25. Oktober 2007 stellte das kantonale Untersuchungsrichteramt das Strafverfahren gegen den Berufungskläger wegen des Verdachts mehrfacher sexueller Handlungen mit einem Kind ein.

3. a) Am 14. Dezember 2011 führte das Bezirksgericht die Hauptverhandlung im Strafverfahren gegen die Berufungsbeklagte betreffend falsche Anschuldigung sowie Vernachlässigung der Erziehungs- und Fürsorgepflicht durch. Es entschied gleichentags, ein

Gutachten über die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Tochter einzuholen. Im Gutachten vom 4. Mai 2012 bezeichnete lic. phil. B, Fachpsychologin für Rechtspsychologie, es aus psychologischer Sicht als denkbar, dass die Aussagen der Tochter nicht auf einem entsprechenden Erlebnis beruhten, sondern sich durch suggestive Prozesse konstruiert hätten oder eine intentionale Falschaussage darstellen würden. Insbesondere für die Hypothese einer suggerierten Falschaussage hätten sich zahlreiche Anhaltspunkte ergeben, so dass diese nicht zugunsten der Erlebnishypothese zurückgewiesen werden könne. Die Aussagen könnten somit nicht als glaubhaft qualifiziert werden. Die Entstehungsgeschichte der Aussagen zeige deutliche Hinweise auf einseitige Erwartungshaltungen und wiederholte Gespräche mit einem hohen Befragungsdruck und suggestiven Befragungstechniken. Ob diese suggestiven Einflüsse bewusst vorgenommen worden seien, oder ob es schlicht an der Sensibilität respektive am Bewusstsein für das suggestive Potenzial dieser Befragungstechniken gefehlt habe, könne aus aussagepsychologischer Sicht nicht beurteilt werden.

b) Mit Entscheid vom 15. August 2012 sprach das Bezirksgericht die Berufungsbeklagte vom Vorwurf der mehrfachen falschen Anschuldigung und der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflichten frei. Das Gericht gehe davon aus, dass sich die Tochter im Rahmen der hochstrittigen Scheidungskonstellation in einem sehr ausgeprägten Loyalitätskonflikt befunden habe, welcher als Grundlage für eine erhöhte Bereitschaft zur Aufnahme von suggestiven Angeboten anzusehen sei. Für das Gericht erscheine es gestützt auf die gesamten Akten und das Glaubhaftigkeitsgutachten als möglich, dass die Aussagen der Tochter nicht erlebnisbasiert seien, sondern auf Suggestionen beruhen würden. Es sei allerdings nicht bekannt, wer die Tochter zu diesen Aussagen gebracht habe, und ob die Suggestion bewusst erfolgt sei, womit nicht erstellt sei, dass die Berufungsbeklagte es gewesen sei, welche das Kind instruiert oder zu instrumentalisieren versucht habe, womit weder der Tatbestand der mehrfachen falschen Anschuldigung

noch derjenige der Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht erfüllt seien.

4. Die Vorinstanz erachtete das Gutachten von lic. phil. B vom 4. Mai 2012 als verständlich und stimmig; die Aktenanalyse sei sorgfältig erfolgt; Methodik und Ausgangshypothesen seien verständlich und offen gelegt worden. Das Gericht könne sich der Beurteilung der Expertin anschliessen. Es sei daher möglich, dass die Aussagen der Tochter nicht erlebnisbasiert seien, sondern auf Suggestion beruhen würden. Wer die Inhalte der Aussagen suggeriert habe, wisse man nicht, und man wisse auch nicht, ob die Suggestion bewusst erfolgt sei.

5. a) Die Prüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen ist primär Sache des Richters. Aufgabe aussagepsychologischer Sachverständiger ist es, auf Grundlage der mit wissenschaftlichen Methoden erhobenen und ausgewerteten Befunde und Anknüpfungstatsachen eine Wahrscheinlichkeitseinschätzung des Erlebnisbezugs einer Aussage abzugeben[303]. Der Sachverständige hat dabei sämtliche Akteninformationen in einem diagnostischen Prozess zu einer abschliessenden Wahrscheinlichkeitseinschätzung zu integrieren[304]. Insofern zielt der Einwand der Staatsanwaltschaft, des Opfers und des Berufungsklägers, wonach die Expertin in ihrem Gutachten vom 4. Mai 2012 Aussagen von zwei Personen "unzulässigerweise" berücksichtigt habe, ins Leere. Die Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft diese Personen entgegen dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 6 Abs. 2 StPO nicht einvernommen hat, kann nicht der Berufungsbeklagten zum Nachteil gereichen.

---

[303] Niehaus, Begutachtung der Glaubhaftigkeit von Kinderaussagen, in: FamPra.ch 2010 S. 321

[304] Niehaus, S. 335

b) Soweit die Staatsanwaltschaft und das Opfer rügen, die Gutachterin hätte angebliche Aussagen anderer Personen - welche in den Akten keine Stütze fanden - ohne Hinterfragen als Tatsachen hingenommen, verkennen sie, dass diese Aussagen im Gutachten in der indirekten Rede wiedergegeben wurden. In der indirekten oder abhängigen Rede wird im Unterschied zur direkten Rede eine Äusserung nicht so angeführt, wie sie tatsächlich gemacht wurde, sondern sie wird mittelbar durch einen Berichterstatter wiedergegeben; es wird von ihr nur berichtet. Dabei drückt der Berichterstatter durch die Wahl des Konjunktivs oder seiner Ersatzformen aus, dass er die Äusserung lediglich objektiv und neutral wiedergibt, eine Gewähr für ihre Richtigkeit aber nicht übernimmt[305].

6. Für die Begutachtung besteht grundsätzlich Methodenfreiheit[306]. Das methodische Grundprinzip besteht aber darin, eine zu überprüfende Glaubhaftigkeit einer spezifischen Aussage so lange zu negieren, bis diese Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr vereinbar ist. Der Sachverständige nimmt daher bei der Begutachtung im Sinn einer Nullhypothese zunächst an, die Aussage sei unwahr[307]. Zur Prüfung dieser Annahme hat er weitere Hypothesen zu bilden. Ergibt seine Prüfstrategie, dass die Unwahrheitshypothese mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann, so wird sie verworfen, und es gilt die Alternativhypothese, dass es sich um eine wahre Aussage handelt[308]. Die Bildung relevanter Hypothesen ist von ausschlaggebender Bedeutung für Inhalt und Ablauf einer

---

305 Vgl. Duden, Richtiges und gutes Deutsch, Band 9, 3.A., S. 355 ff.

306 Heer, Basler Kommentar, Art. 185 StPO N 1

307 BGE 128 I 85 f.; Schäfer/Sander, Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen in der Rechtsprechung des BGH, in: Begutachtung sexuell missbrauchter Kinder (Hrsg.: Fegert), Neuwied 2001, S. 64 f.

308 BGE 129 I 58, 128 I 86; Niehaus, Zur Bedeutung suggestiver Prozesse für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen in Sexualstrafsachen, in: forumpoenale 2012 S. 33

Glaubhaftigkeitsbegutachtung. Sie stellt nach wissenschaftlichen Prinzipien einen wesentlichen unerlässlichen Teil des Begutachtungsprozesses dar[309].

7. Bei Kindern können Pseudoerinnerungen durch sogenannte Aufdeckungsarbeit entstehen, im Rahmen derer verschiedene Formen suggestiver Einflussnahmen zur Anwendung gelangen. Den Ausgangspunkt bilden Verdachtsmomente des sozialen Umfelds hinsichtlich des sexuellen Missbrauchs des Kindes. Es entsteht eine einseitig ausgerichtete Erwartungshaltung beziehungsweise die feste Überzeugung, dass der Missbrauch stattgefunden hat, welche dazu führt, dass durch gezielte Befragungen des Kindes mittels suggestiver Techniken einseitig Informationen gesammelt werden, die den eigenen Verdacht immer bestätigen. Die Folgen sind fatal: Es können hier Pseudoerinnerungen an tatsächlich nicht reale Missbrauchserlebnisse entstehen, und es wird dadurch bei tatsächlichen Missbrauchserlebnissen das einzige Beweismittel, die unverfälschte Aussage des Kindes, kontaminiert und eine Strafverfolgung damit vereitelt[310]. Deshalb bestehen für die Abklärung des Wahrheitsgehalts von kindlichen Aussagen bei Verdacht auf sexuellen Kindsmissbrauch fachliche Standards. Neben der Überprüfung von Motivationslage und kognitiven Fähigkeiten hat sich die Aussageanalyse weitgehend durchgesetzt. Überprüft wird dabei die Hypothese, ob das aussagende Kind unter Berücksichtigung der Umstände, der intellektuellen Leistungsfähigkeit und der Motivlage eine solche Aussage auch ohne realen Erlebnishintergrund machen könnte. Methodisch wird das gewonnene Ergebnis im Rahmen eines hypothesengeleiteten Vorgehens durch Inhaltsanalyse und Bewertung der

---

[309] BGHSt 48, 168; vgl. BGE 129 I 58 f.
[310] Niehaus, Begutachtung, S. 333

Entstehungsgeschichte der Aussage sowie des Aussageverhaltens auf Fehlerquellen überprüft[311].

8. a) Das Gericht würdigt Gutachten prinzipiell frei, wobei es in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von Gutachten abweichen darf, und muss Abweichungen begründen[312]. Im Rahmen einer Plausibilitätskontrolle kann aber das Abstellen auf nicht schlüssige Gutachten gegen das Verbot willkürlicher Beweiswürdigung verstossen. Ein Gutachten stellt namentlich dann keine rechtsgenügliche Grundlage dar, wenn gewichtige, zuverlässig begründete Tatsachen oder Indizien die Überzeugung des Gutachtens ernstlich erschüttern. Das Gutachten muss plausibel, transparent und nachvollziehbar, mithin begründet sein[313]. Die Plausibilitätskontrolle lässt sich nur vornehmen, wenn psychiatrische oder psychologische Befunde ausführlich begründet sind. In den Gutachten ist im Einzelnen darzulegen, wie eine Diagnose entstanden ist, auf welche Diagnosesysteme sie sich stützt und welche Kriterien erfüllt sind. Die erhobenen Befunde müssen hinreichend detailliert beschrieben sein[314].

b) Das Gutachten vom 4. Mai 2012 erfüllt diese Anforderungen. Die Expertin nennt ausführlich die Quelle, auf welche sich das Gutachten stützt. Sie zitiert korrekt in der indirekten Rede die Aussagen der beteiligten Personen, berücksichtigt die Einschätzungen des Instituts für Rechtsmedizin des Kantonsspitals St. Gallen und von Dr. phil. A, beschreibt die von ihr angewandte Methodik, nennt die Untersuchungshypothesen, analysiert ausführlich die persönlichen Voraussetzungen und die Aussagetüchtigkeit sowie die Entstehungsge-

---

311 BGE 128 I 85
312 BGE 130 I 345 f. mit Hinweisen; Heer, Art. 189 StPO N 2
313 Wiprächtiger, Aussagenpsychologische Begutachtung im Strafrecht, in: forumpoenale 2010 S. 41; Heer, Art. 189 StPO N 3 mit Hinweisen
314 Wiprächtiger, S. 43

schichte und den Inhalt der Aussage. Ihre Schlussfolgerungen sind nachvollziehbar. Die Plausibilitätsanalyse fällt somit positiv aus. Es bestehen demnach keine triftigen Gründe, vom Gutachten abzuweichen.

9. a) Die Expertin führt in ihrem Gutachten aus, entsprechend der Einschätzung des Instituts für Rechtsmedizin des Kantonsspitals St. Gallen sei der Tochter zum Zeitpunkt der ersten und zweiten Befragung die Aussagetüchtigkeit grundsätzlich zuzusprechen. Sie weist aber darauf hin, dass es bei der Wiedergabe von Gesprächssequenzen zu Verzerrungen gekommen sei. Ferner seien die Einschränkungen der Aussagekompetenz von jüngeren Kindern zu berücksichtigen. Es sei unter Berücksichtigung der starken Tendenz von Kindern zur Anpassung ihres Verhaltens an die Erwartungen des Gegenübers und dem damit zusammenhängenden Verantwortungs- und Loyalitätsgefühl von einer erhöhten Bereitschaft zur Übernahme von suggestiven Angeboten auszugehen. Diese Empfänglichkeit sei gemäss aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen bei Vorschulkindern generell erhöht, weshalb Suggestivfragen bei jüngeren Kindern gänzlich zu vermeiden seien. Diese Einschätzung der Expertin deckt sich mit den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen der forensischen Psychologie[315] und steht im Einklang mit den Einschätzungen des Instituts für Rechtsmedizin des Kantonsspitals St. Gallen und von Dr. phil. A. Auch die Psychologin des Forensischen Instituts erkannte, dass angesichts der Befragungsvorgeschichte die Aussagen der Tochter je länger je mehr mit Vorsicht interpretiert werden müssten. Dies betreffe insbesondere jene Aussagen, welche die Tochter mehrmals graduell unter-

---

[315] Vgl. Wiprächtiger, S. 40 ff.; Niehaus, Begutachtung, S. 315 ff., und Bedeutung, S. 31 ff.; Schäfer/Sander, S. 52 ff.; Steller/Volbert, Glaubwürdigkeitsbegutachtung, in: Psychologie im Strafverfahren (Hrsg.: Steller/Vollbert), Bern 1997, S. 12 ff.; Volbert, Suggestibilität kindlicher Zeugen, in: Psychologie im Strafverfahren (Hrsg.: Steller/Volbert), Bern 1997, S. 40 ff.

schiedlich gemacht habe, und die in direktem handlungsspezifischen und handlungsnahen Zusammenhang mit den Vermutungen stünden. Sie kam in Bezug auf die Glaubwürdigkeit der Tochter alsdann zum Schluss, dass zwar bei der Grobeinschätzung hinreichende Zeichen für eine Glaubhaftigkeit der Aussagen bestünden. In Bezug auf eine mütterliche Induktion äusserte sie jedoch lediglich einen Verdacht, möglicherweise im Zusammenhang mit einem Münchhausen-Syndrom. Es trifft somit gerade nicht zu, dass die Einschätzung der Psychologin des Forensischen Instituts derjenigen des Gutachtens vom 4. Mai 2012 widerspricht. Die entsprechenden Einwände des Berufungsklägers, des Opfers und der Staatsanwaltschaft greifen daher nicht.

b) Dr. phil. A bestätigte die von der Psychologin des Forensischen Instituts geäusserte Suggestionsproblematik bei mehrfachen Befragungen. Er wies auf die lange Vorgeschichte hin, die mit der Kontaktaufnahme beim Kinderschutzzentrum in St. Gallen im Juli 2006 begann, und erklärte, dass Kinder aufgrund gewisser Annahmen der Befrager Antworten produzieren könnten, von deren Wahrheitsgehalt sie nachträglich selbst überzeugt seien. Dr. phil. A führte aus: "Aus aussagepsychologischer Sicht ist es ausserordentlich schwierig, die Ursachen der festgestellten vaginalen Verletzungen bei der Tochter herauszufinden. Die Tochter wird als intelligentes und kommunikatives Mädchen beschrieben. Diese Fähigkeiten erhöhen in der Regel die Phantasietätigkeit: Die Tochter kann ihre Erzählungen mit Leichtigkeit ergänzen und sie somit plausibler machen. Es ist bedauerlich und schwer nachvollziehbar, weshalb der schwerwiegende Verdacht gegen den Berufungskläger nicht sofort zur Anzeige gebracht wurde. Die lange Zeit der Verdächtigungen und Beratungen durch Fachstellen seit dem Sommer 2006 haben die Aussagen der Tochter wahrscheinlich kontaminiert, und eine Bewertung ist damit erschwert, wenn nicht gar verunmöglicht". Gerade angesichts dieser langen Vorgeschichte ist es übrigens auch wenig wahrscheinlich, dass die Berufungsbeklagte rund ein Jahr, nachdem sie sich bei einer Fachstelle wegen sexuellen Miss-

brauchs erkundigt hatte, wider besseres Wissen Strafanzeige gegen den Berufungskläger erhob.

Obergericht, 1. Abteilung, 1. Juli 2013, SBR.2012.57

28. **Untersuchungshaft: Wiederholungsgefahr ohne Vortat** (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO; Art. 187 StGB; Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK)

1. a) Die Staatsanwaltschaft verdächtigt den Beschwerdeführer der sexuellen Handlungen mit seinen Patenkindern X und Y sowie weiteren Kindern. Die Kinder waren zum Zeitpunkt des möglichen sexuellen Missbrauchs rund vier beziehungsweise sieben Jahre alt. Dazu kommt der Verdacht, im Internet Kinderpornographie konsumiert zu haben. Der Beschwerdeführer befand sich deshalb vom 4. Dezember 2012[316] bis 26. März 2013 in Untersuchungshaft.

b) Am 11. Mai 2013 informierte der Vater von X die Kantonspolizei, der Beschwerdeführer habe sich mehrfach mit seinem Sohn X getroffen. In der Folge erliess die Staatsanwaltschaft einen Vorführ- und Hausdurchsuchungsbefehl. Am 15. Mai 2013 wurde der Beschwerdeführer vorläufig festgenommen und auf Antrag der Staatsanwaltschaft vom 17. Mai 2013 in Untersuchungshaft gesetzt. Mit Beschwerde vom 24. Mai 2013 beantragte der Beschwerdeführer, die Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts sei aufzuheben, und er sei unverzüglich aus der Untersuchungshaft zu entlassen. Eventuell sei ihm im Sinn einer Ersatzmassnahme ein Kontaktverbot zu den Opfern aufzuerlegen.

---

[316] Festnahme am 3. Dezember 2012

2. Untersuchungshaft ist nach Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie Personen beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen[317].

3. a) Untersuchungshaft wegen des bis zur Entlassung am 26. März 2013 bestehenden Tatverdachts ist nur zulässig, wenn noch oder wieder Kollusionsgefahr besteht.

aa) Die Staatsanwaltschaft entliess den Beschwerdeführer am 26. März 2013 aus der Haft, weil sie offenbar bei fortbestehendem Tatverdacht[318] keine Kollusionsgefahr mehr sah. Andernfalls hätte die Staatsanwaltschaft beim Zwangsmassnahmengericht entweder um Haftverlängerung oder um Ersatzmassnahmen, insbesondere um ein Kontaktverbot, ersucht. Der Vater von X behauptete zwar, ein Kontaktverbot sei durch Rechtsanwalt R veranlasst worden; in den Akten findet sich dazu jedoch kein Hinweis. Im Haftantrag vom 17. Mai 2013 machte die Staatsanwaltschaft zudem keine seit der Haftentlassung am 26. März 2013 weiter bestehende Kollusionsgefahr geltend, womit per Ende März 2013 keine Kollusionsgefahr mehr bestand.

bb) Da kein Kontaktverbot bestand, kann nicht allein gestützt auf den unbestritten erfolgten Kontakt zwischen dem Beschwerdeführer und X wieder neu eingetretene Kollusionsgefahr angenommen werden. Dass es Ende März 2013 zu einer Kontaktaufnahme kommen werde, war nicht auszuschliessen, sodass eine allfällige Kollusionsgefahr durch ein Kontaktverbot hätte verhindert werden

---

317 Verdunkelungs- oder Kollusionsgefahr

318 Bereits im damaligen Beschwerdeverfahren war der dringende Tatverdacht unbestritten; strittig war lediglich die Kollusionsgefahr.

können. Selbst wenn sich der Beschwerdeführer in den Wochen vor seiner erneuten Festnahme am 15. Mai 2013 so verhalten hätte, dass eine Kollusionsbereitschaft hätte angenommen werden können, so vermag dies mit Bezug auf die bis Ende März 2013 untersuchten Straftaten keine Kollusionsgefahr mehr zu begründen. Diese Untersuchung ist abgeschlossen und die Beweise dafür sind gesichert. Folglich lässt sich die Untersuchungshaft damit nicht rechtfertigen.

b) aa) Ein dringender Tatverdacht bezüglich erneuter sexueller Handlungen mit X besteht, wenn aufgrund der aktuellen Untersuchungsergebnisse genügend konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat des Beschuldigten vorliegen, das heisst, wenn die Untersuchungsbehörden das Bestehen eines dringenden Tatverdachts mit vertretbaren Gründen bejahen durften. Dabei genügt der Nachweis von konkreten Verdachtsmomenten, wonach das in Frage stehende Verhalten mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die fraglichen Tatbestandsmerkmale erfüllen könnte. Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen lässt keinen Raum für ausgedehnte Beweismassnahmen. Zur Frage des dringenden Tatverdachts hat das Haftgericht weder ein eigentliches Beweisverfahren durchzuführen noch dem erkennenden Strafrichter vorzugreifen. Vorbehalten bleibt allenfalls die Abnahme eines liquiden Alibibeweises[319]. Allerdings sollte sich der Tatverdacht im Verlauf des Verfahrens in der Regel zunehmend bestätigen und verdichten[320]. Umgekehrt genügt zu Beginn der Untersuchung ein dringender Anfangsverdacht.

bb) Als Versuchsbeginn zu strafbaren sexuellen Handlungen mit einem Kind[321] betrachtet die Praxis in der Regel das Ansprechen des Opfers verbunden mit der Aufforderung zu sexuellen

---

[319] BGE 137 IV 126 f.
[320] Forster, Basler Kommentar, Art. 221 StPO N 3
[321] Art. 187 i.V.m. Art. 22 StGB

Handlungen, noch nicht aber etwa das Herumlungern auf Spielplätzen. Ein unmittelbares Ansetzen zur Begehung der Tat liegt auch dann schon vor, wenn der Täter das Kind, mit dem er gegen dessen Willen sexuelle Handlungen vornehmen will, an einen dazu besonders geeigneten Ort führt, wo er nach seinen Vorstellungen ohne weitere Zwischenschritte sogleich den sexuellen körperlichen Kontakt aufnehmen will. Will der Täter die sexuellen Handlungen aber auf freiwilliger Basis vornehmen und geht er davon aus, dass er das Kind am Tatort erst noch durch ein die sexuellen Handlungen vorbereitendes Gespräch oder andere eigene Handlungen zur Aufnahme des sexuellen Kontakts veranlassen kann, beginnt der Versuch erst damit. Bis dahin handelt es sich um straflose Vorbereitungshandlungen[322]; dies auch im Fall von Chatten im Internet, selbst wenn dabei über die Vornahme sexueller Handlungen geschrieben wird[323].

Gestützt darauf lässt sich im von der Vorinstanz beschriebenen Verhalten des Beschwerdeführers, wonach dieser mit X stundenlang durch den Wald gewandert sei, um so das Terrain für eine Wiederaufnahme der sexuellen Handlungen vorzubereiten, noch kein strafbarer Versuch zu sexuellen Handlungen mit einem Kind sehen. Als straflose Vorbereitungshandlungen sind auch das angebliche Chatten und das Schreiben eines Briefs, welcher der Beschwerdeführer X persönlich übergeben haben will, zu qualifizieren. Sollte der Beschwerdeführer X dazu angehalten haben, seine Telefonnummer unter dem Namen "A" abzuspeichern, wäre dies ebenfalls eine straflose Vorbereitungshandlung. Folglich fehlt insofern ein dringender Tatverdacht betreffend versuchte sexuelle Handlungen mit einem Kind.

---

322 Art. 187 StGB ist in der Liste gemäss Art. 260bis Abs. 1 StGB nicht enthalten.

323 Trechsel/Bertossa, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 2.A., Art. 187 N 20

cc) Dafür, dass es anlässlich der Treffen des Beschwerdeführers mit X zu strafbaren (versuchten) sexuellen Handlungen kam, spricht lediglich der Umstand, dass der Beschwerdeführer bei seiner Verhaftung nicht mehr über die nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft erworbenen Geräte - Digitalkamera, Tablet und Mobiltelefon "Sony Ericsson" - verfügte. Die nachfolgend aufgeführten Gründe lassen vermuten, der Beschwerdeführer habe sich dieser Geräte entledigt, um dadurch belastendes Beweismaterial beiseite zu schaffen:

Bereits im Entscheid vom 7. März 2013 erkannte das Obergericht, der bei weitem nicht umfassend geständige Beschwerdeführer habe in der Vergangenheit kaum etwas unversucht gelassen, um die eigenen Taten zu vertuschen oder jedenfalls zu verharmlosen. So habe er versucht, vor und anlässlich der Hausdurchsuchung belastendes Bildmaterial zu löschen, wichtige Beweismittel im Vogelspinnenterrarium zu verstecken und Passwortlisten zu löschen, was den Zugriff auf Daten erschwert habe.

Der Beschwerdeführer will dieses Mal die Kamera und das Tablet unverschlossen in seinem Auto in einer Tiefgarage zurückgelassen haben. Dabei habe er gar den Zündschlüssel stecken lassen. Als die Polizei das Auto durchsuchte, fand sie weder die Kamera noch das Tablet, worauf der Beschwerdeführer behauptete, die Geräte müssten ihm gestohlen worden sein. Selbst wenn dies nicht ausgeschlossen werden kann, so erscheint diese Begründung - aufgrund des früheren Verhaltens und im Kontext mit dem ebenfalls nicht mehr vorhandenen Mobiltelefon - wenig glaubhaft.

Der Beschwerdeführer wusste, dass ihn die Polizei suchte, weil ihn seine Grossmutter im Auftrag der Polizei angerufen und aufgefordert hatte, sich der Polizei zu stellen. Der Beschwerdeführer war sich bewusst, dass er sich wiederholt mit X getroffen hatte und dass X's Vater dies wusste. Dieser hatte ihn nämlich mit der nur X

bekannten Nummer angerufen und ihm eine "Droh-SMS" gesandt. Daher wusste er ebenfalls, dass er erneut im Verdacht stand, strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität von X begangen zu haben. Aus dem vergangenen Strafverfahren war ihm bekannt, dass die Strafverfolgungsbehörden Geräte - wie Kamera, Tablet und Mobiltelefon - nach Hinweisen auf solche Straftaten und auch auf verbotene Kinderpornographie durchsuchen würden. Hätten ihn die Inhalte auf diesen Geräten entlastet, hätte er wohl gut auf sie aufgepasst. Stattdessen machte er geltend, die Kamera und das Tablet unverschlossen in seinem Auto in einer Tiefgarage gelassen zu haben, wodurch er einen Diebstahl der Geräte geradezu provozierte, sofern sie denn überhaupt gestohlen wurden. Zudem habe er das Mobiltelefon "Sony Ericsson" wegen der befürchteten Ortung weggeworfen. Dabei hätte ihn das Telefon entlasten können, wenn darauf keine Hinweise[324] auf strafbare Handlungen gefunden worden wären. Auch die Begründung mit der befürchteten Ortung überzeugt nicht, da ihn die Polizei beziehungsweise die Grossmutter bereits darauf angerufen hatte. Dies tat diese wohl erst, nachdem die Polizei ihn zu orten versucht hatte. Selbst nach dem Anruf der Polizei beziehungsweise der Grossmutter wartete der Beschwerdeführer angeblich noch rund eine Stunde, bis er das Telefon wegwarf. Damit konfrontiert, machte der Beschwerdeführer Verfolgungswahn geltend. Auf die Frage des Staatsanwalts, wo sich der von ihm geschriebene Brief an X befinde, antwortete der Beschwerdeführer schliesslich, X habe diesen wohl vernichtet, damit man den Brief nicht finde. Folglich sollen fast alle Beweismittel in diesem Verfahren nicht mehr vorhanden sein.

dd) Insgesamt würden diese Indizien genügen, um bei Bestehen eines neuen Tatverdachts Kollusionsgefahr zu bejahen. Daraus allerdings bereits einen dringenden Tatverdacht herzuleiten,

---

[324] Filme, Fotos

erscheint problematisch, zumal X gemäss dem Informationsbericht der Polizei vom 12. Mai 2013 ausgesagt haben soll, es sei nie zu Übergriffen gekommen. Zusammenfassend fehlt damit ein dringender Anfangsverdacht bezüglich erneuter strafbarer (versuchter) sexueller Handlungen mit einem Kind.

4. a) Art. 187 Ziff. 1 StGB ist ein Verbrechen im Sinn von Art. 10 Abs. 2 StGB. Daher ist Untersuchungshaft auch wegen Ausführungsgefahr[325] oder wegen Wiederholungsgefahr möglich. Diesfalls genügt als Tatverdacht jener aus dem ersten Untersuchungsteil.

aa) Untersuchungshaft wegen Ausführungsgefahr ist gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO zulässig, wenn - mit oder ohne dringenden Tatverdacht - ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen (Präventivhaft). Die Vorinstanz verneinte Ausführungsgefahr; die Staatsanwaltschaft thematisierte diese nicht. Erforderlich ist eine Drohung, welche auch bloss konkludent erfolgen kann[326]. Die "einvernehmlichen" Treffen, bei welchen weitere sexuelle Handlungen mit einem Kind zu befürchten sind, kamen ohne Drohung zustande, und auch sonst ist hier weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Drohung ersichtlich. Daher kommt Art. 221 Abs. 2 StPO nicht zur Anwendung.

bb) Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr ist zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer

---

[325] BGE 137 IV 130
[326] BGE 137 IV 339

erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hatte[327].

Sinn und Zweck der Anordnung von Haft wegen Wiederholungsgefahr beziehungsweise Fortsetzungsgefahr ist die Verhütung von Delikten. Der Haftgrund ist somit überwiegend präventiver Natur. Die Notwendigkeit, die beschuldigte Person an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern, anerkennt Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK ausdrücklich als Haftgrund. Die Anordnung von Haft wegen Wiederholungsgefahr dient auch dem strafprozessualen Ziel der Beschleunigung, indem verhindert wird, dass sich das Verfahren durch immer neue Delikte kompliziert und in die Länge zieht. Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr ist restriktiv zu handhaben[328].

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Haft wegen Wiederholungsgefahr zulässig, wenn die Rückfallprognose sehr ungünstig ist. Die Begehung der in Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO genannten Delikte muss ernsthaft zu befürchten sein. Dabei sind insbesondere die Häufigkeit und Intensität der untersuchten Delikte sowie die einschlägigen Vorstrafen zu berücksichtigen[329]. Zudem müssen die zu befürchtenden Delikte von schwerer Natur sein[330]. Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO ist entgegen dem deutschsprachigen Gesetzeswortlaut dahin auszulegen, dass "Verbrechen oder schwere Vergehen" drohen müssen, und setzt die ernsthafte Befürchtung voraus, dass die beschuldigte Person durch Verbrechen[331] oder schwere Vergehen[332] die Sicherheit anderer

---

327 Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO: Wiederholungs- oder Fortsetzungsgefahr
328 BGE 137 IV 85
329 BGE 137 IV 86
330 BGE vom 22. April 2013, 1B_136/2013, Erw. 4.2
331 Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Art. 10 Abs. 2 StGB).
332 Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind (Art. 10 Abs. 3 StGB).

erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Strafen verübt hatte[333].

Gesetz und Rechtsprechung verlangen als weitere Voraussetzung der Präventivhaft wegen Wiederholungsgefahr, dass die beschuldigte Person bereits früher straffällig wurde. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Gefahr schwerster Gewaltverbrechen jedoch Präventivhaft wegen Wiederholungsgefahr ohne Vortat möglich[334]. In der Botschaft zur StPO[335] werde ausgeführt, der Haftgrund der Wiederholungsgefahr könne auch ausschliesslich der Gefahrenabwehr dienen; in diesem Sinn handle es sich um eine sichernde, polizeiliche Zwangsmassnahme. Weil Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO nicht verlange, dass die beschuldigte Person während der Hängigkeit des Verfahrens ein Delikt begangen habe, sei der Haftgrund der Wiederholungsgefahr in diesem Sinn zu verstehen. Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung ist zwar umstritten[336]; geht es um sexuelle Handlungen mit Kindern, besteht allerdings kein Grund, diese in Zweifel zu

---

333 BGE vom 22. April 2013, 1B_136/2013, Erw. 4.1; BGE 137 IV 85 f.; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrecht, Zürich/St. Gallen 2009, N 1024; Forster, Art. 221 StPO N 14

334 BGE 137 IV 13 = Pra 100, 2011, Nr. 90

335 Vom 21. Dezember 2005, BBl 2005 S. 1229

336 Vgl. Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 217 f. Das Bundesgericht habe sich - offenbar vom Ergebnis geleitet, dass diese Person auf keinen Fall auf freien Fuss gesetzt werden dürfe - klar vom Gesetzeswortlaut entfernt und die Annahme von Fortsetzungsgefahr auch ohne entsprechende Vortat in der Vergangenheit zugelassen, was nur so verständlich werde, wenn das Bundesgericht auch den Haftgrund der Ausführungsgefahr als erfüllt erachtet habe. Auf jeden Fall habe das Bundesgericht in einem nachfolgenden Entscheid (BGE 1B_126/2011, Erw. 3.2) unter Verweis auf den ersten ohne weiteres festgehalten, für die Annahme von Fortsetzungsgefahr müsse die beschuldigte Person bereits früher gleichartige Vortaten (also Plural) verübt haben.

ziehen. Sexuelle Handlungen mit Kindern gehören zu den gravierendsten Straftaten überhaupt, was bereits deren Unverjährbarkeit zeigt[337].

b) aa) Die Vorinstanz liess offen, ob auch Wiederholungs- oder Fortsetzungsgefahr gegeben sei. Mindestens nach dem derzeitigen Aktenstand seien keine früheren Verurteilungen bezüglich gleichartiger Delikte bekannt. Das Bundesgericht habe sich noch nie dazu geäussert, ob nach dem neuen Recht die blosse Fortsetzungsgefahr (ohne vorhergehende, den Strafuntersuchungsbehörden bekannte Straftaten) als Haftgrund für die Annahme einer Fortsetzungs- oder Wiederholungsgefahr ausreiche. Die Sicherung der Gesellschaft müsse eher über die fürsorgerische Freiheitsentziehung erfolgen.

bb) Demgegenüber führte die Staatsanwaltschaft aus, Wiederholungsgefahr als Haftgrund sei gegeben. Nachweislich und eingestandenermassen habe der Beschwerdeführer mit X sexuelle Handlungen vorgenommen[338]. Wenn er dann trotz laufender Strafuntersuchung heimlich wieder Kontakt mit X aufnehme und sich mit diesem mehrfach und über Stunden allein im Wald treffe sowie dabei Vorkehrungen treffe, damit Dritte davon nichts erführen, lägen weitere sexuelle Übergriffe auf X oder auch andere Kinder nahe. Der Beschwerdeführer selbst habe in seiner Befragung vom 15. Mai 2013 und anlässlich der Eröffnung der Festnahme von einem "durch ihn nicht steuerbaren wahnhaften Verhalten" gesprochen. Damit sei eine Begutachtung des Beschwerdeführers unumgänglich geworden. Dabei werde sich der Gutachter auch zur Gefahr künftiger Straftaten zu äussern haben. Das Gutachten liege frühestens in drei Monaten vor. Bis dahin könne der Beschwerdeführer nicht in die Freiheit entlassen werden.

---

[337] Trechsel/Capus, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 2.A., Art. 97 N 5

[338] Bis zur Entlassung aus der ersten Untersuchungshaft

cc) Dem hielt der Beschwerdeführer entgegen, er sei nicht vorbestraft, und eine (sehr) ungünstige Rückfallprognose sei nicht erstellt. Weitere strafbare Handlungen habe er nicht begangen. Eine rein hypothetische Möglichkeit weiterer Delinquenz genüge nicht. Im Übrigen habe er nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft zwei Therapien begonnen, unter anderem eine beim "FORIO" in Frauenfeld. Die Begutachtung, die er bereits am 6. Februar 2013 beantragt habe, welche die Staatsanwaltschaft damals aber noch abgelehnt habe, könne auch durchgeführt werden, wenn er sich in Freiheit befinde, da keine Gefahr weiterer einschlägiger Delinquenz bestehe. Jedenfalls könne und dürfe die Dauer der Untersuchungshaft nicht von der Zeit abhängig gemacht werden, welche für die Einholung des psychiatrischen Gutachtens benötigt werde.

c) Beim Beschwerdeführer fehlt zwar die Vortat. Dagegen sind sämtliche anderen Voraussetzungen von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO gegeben, nämlich der dringende Tatverdacht betreffend Sexualdelikte, die ernsthafte Befürchtung weiterer Delinquenz und die erhebliche Gefährdung der Sicherheit Dritter. Die Treffen des Beschwerdeführers mit X, sein Verhalten im Vorfeld dieser Treffen[339], aber auch sein Verhalten im Vorfeld seiner Festnahme - namentlich die wenig glaubhaften Gründe für das Nichtmehrvorhandensein von Kamera, Tablet und Mobiltelefon "Sony Ericsson" - lassen vor dem Hintergrund, dass Pädophilie eine (krankhafte) Veranlagung ist, ernsthaft weitere sexuelle Handlungen mit X und auch mit anderen Kindern befürchten.

Damit ist die Sicherheit (sexuelle Integrität) von X und weiteren Kindern erheblich gefährdet. Selbst annähernd vier Monate

---

[339] Kontaktaufnahme durch den Beschwerdeführer, Speichern seiner Telefonnummer im Telefonbuch von X unter dem Pseudonym "A"

Untersuchungshaft haben den Beschwerdeführer nicht davon abgehalten, nach seiner Entlassung mit einem seiner Opfer Kontakt aufzunehmen. Dies ist nicht nur ungeschickt, wie der Beschwerdeführer verharmlosend meinte. Obwohl kein Kontaktverbot erlassen wurde, hätte der Beschwerdeführer auf jeden Fall erkennen müssen, dass er X nicht kontaktieren dürfe. Folglich erscheint es geradezu geboten, den Beschwerdeführer - auch ohne abgeurteilte Vortat - wegen Wiederholungsgefahr in Untersuchungshaft zu belassen. Dies ist jedenfalls so lange angezeigt, bis erste gutachterliche Erkenntnisse vorliegen. Diese müssen nicht schon in einem umfassenden Gutachten erstattet werden, sondern können durch ein Kurzgutachten, bei welchem die Erkenntnisse auf einzelnen konkreten Fragen basieren und nicht ein lückenloses Bild vermitteln[340], erfolgen. Daher ist die Untersuchungshaft bis 16. August 2013 zulässig.

5. Da die Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr angeordnet wird, kommen Ersatzmassnahmen in Anbetracht des Verhaltens des Beschwerdeführers nach seiner Haftentlassung Ende März 2013 nicht in Betracht. Über ein Kontaktverbot zu X könnte sich der Beschwerdeführer ohne weiteres hinwegsetzen, wobei X weitere Treffen wie bis anhin kaum verraten dürfte. Zudem ist mit einem Kontaktverbot zu X die Gefahr für andere Kinder noch nicht gebannt. Die bisherigen Therapien hinderten den Beschwerdeführer nicht daran, sich mit X zu treffen.

Obergericht, 2. Abteilung, 26. Juni 2013, SW.2013.67

---

[340] Heer, Basler Kommentar, Art. 184 StPO N 9

29. **Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahrens** (Art. 319 Abs. 1 StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft verfügt gemäss Art. 319 Abs. 1 StPO die vollständige oder teilweise Einstellung des Verfahrens, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (lit. a), wenn kein Straftatbestand erfüllt ist (lit. b), oder wenn Rechtfertigungsgründe einen Straftatbestand unanwendbar machen (lit. c).

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"[341]. Dieser Grundsatz ist nicht ausdrücklich in der StPO geregelt; er ergibt sich aber gestützt auf Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 2 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 319 Abs. 1 und 324 Abs. 1 StPO aus dem Legalitätsprinzip[342].

b) Der Grundsatz "In dubio pro duriore" lässt verschiedene Umschreibungen für die Schwelle zwischen der Anklageerhebung und der Einstellung des Verfahrens zu.

aa) Die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005 erläuterte, es sei eine Einstellung möglich, wenn Gründe vorlägen "die mit Sicherheit oder doch grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Freispruch oder einer in den Wirkungen gleichen Erledigung vor Gericht führen müssten". Der Einstellungsgrund von lit. a[343] komme in Frage, wenn die Untersuchung keinen Tatverdacht erbracht habe, der eine Verurteilung erwarten lasse.

---

[341] "In dubio pro duriore"
[342] BGE 138 IV 190, 138 IV 91, 137 IV 227
[343] Im Entwurf noch Art. 320 lit. a StPO

Widersprächen sich die Beweise, so sei es nicht Sache der Staatsanwaltschaft, eine Beweiswürdigung vorzunehmen[344].

bb) In weiten Teilen der Lehre wird die restriktive Praxis vertreten, dass die Staatsanwaltschaft eine Einstellung grundsätzlich nur bei klarer Straflosigkeit oder offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen anordnen darf[345]. Kritisch zur Fortgeltung des Grundsatzes "im Zweifel für die Anklageerhebung" äusserte sich Wohlers. Er will die Staatsanwaltschaft nicht auf die Funktion beschränken, allein die Fälle auszufiltern, die eindeutig zu keiner Verurteilung führen werden. Der Staatsanwaltschaft sei vielmehr ein gewisser Freiraum zur eigenständigen Beurteilung der Sach- und Rechtslage zu gewähren. Der Staatsanwalt dürfe nur dann nicht einstellen, wenn er eine Verurteilung als wahrscheinlich einstufe[346].

cc) Das Bundesgericht relativierte die strenge Praxis indessen in BGE 138 IV 190, indem es der Staatsanwaltschaft und der Beschwerdeinstanz bei der Beurteilung dieser Frage einen Spielraum beliess, den es mit Zurückhaltung überprüfe. Hingegen sei - sofern die Erledigung mit einem Strafbefehl nicht in Frage komme - Anklage zu erheben, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher erscheine als ein Freispruch. Falls sich die Wahrscheinlichkeiten eines Freispruchs und einer Verurteilung etwa die Waage hielten, dränge sich in der Regel, insbesondere bei schweren Delikten, ebenfalls eine Anklageerhebung auf[347]. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist allerdings mit Bezug

---

344 BBl 2006 S. 1273

345 Vgl. Grädel/Heiniger, Basler Kommentar, Art. 319 StPO N 5 ff.; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 319 N 5 ff.

346 Wohlers, "In dubio pro duriore", in: forumpoenale 2011 S. 374. Allerdings dürfte nicht zutreffen, dass dieses Postulat der in der Literatur vertretenen Auffassung entspricht.

347 Ebenso BGE 138 IV 91 = Pra 101, 2012, Nr. 114

auf das der Staatsanwaltschaft zustehende Ermessen nicht einheitlich: Während im zitierten BGE 138 IV 190 von einem "gewissen Spielraum" der Staatsanwaltschaft die Rede ist, gesteht das Bundesgericht dieser Behörde in BGE 138 IV 91 sowie einem Entscheid vom 23. März 2012[348] einen "weiten"[349] beziehungsweise "erheblichen" Ermessenspielraum zu. Allerdings darf bezweifelt werden, dass diese unterschiedliche Umschreibung des Ermessensspielraums in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht zu verschiedenen Ergebnissen führt. In allen zitierten Entscheiden kam das Bundesgericht nämlich zum Schluss, falls sich die Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs oder einer Verurteilung etwa die Waage halte, dränge sich in der Regel, insbesondere bei schweren Delikten, ebenfalls eine Anklageerhebung auf[350]. Die Staatsanwaltschaft müsse grundsätzlich umso eher anklagen, je schwerer das untersuchte Delikt wiege[351], beziehungsweise sie sei grundsätzlich verpflichtet, gegen den Beschuldigten Anklage zu erheben, und dies umsomehr, wenn es sich um schwere Straftaten handle[352].

c) aa) Angesichts des Ermessenspielraums, den das Bundesgericht den Vorinstanzen einräumt, erscheint in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung folgende Faustregel als zweckmässig und sachgerecht: Ist ein Freispruch wahrscheinlicher als eine Verurteilung, kann die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren einstellen. Halten sich die Wahrscheinlichkeiten eines Freispruchs oder einer Verurteilung etwa die Waage, ist indessen Anklage zu erheben. Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz "im Zweifel für die Anklageerhebung". Ist eine Verurteilung wahrscheinlicher als ein Freispruch,

---

348 1B_528/2011, Erw. 2.4
349 "Large pouvoir d'appréciation"
350 BGE 138 IV 190
351 BGE vom 23. März 2012, 1B_528/2011, Erw. 2.4
352 BGE 138 IV 91 = Pra 101, 2012, Nr. 114 S. 800

muss die Staatsanwaltschaft anklagen. Diese Faustregel gilt grundsätzlich unabhängig von der Schwere der in Frage 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.

bb) Diese Faustregel entbindet die Staatsanwaltschaft indessen 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 für die Entscheidung über die Einstellung oder die Anklageerhebung von Bedeutung sind[353]. Der Grundsatz "in dubio pro duriore" ist unter Würdigung der im Einzelfall gegebenen Umstände zu handhaben[354].

d) Die Argumentation der Staatsanwaltschaft, ein rechtsgenüglicher Beweis sei nicht möglich, weil Aussage gegen Aussage stehe, beruht, auch wenn dies nicht ausdrücklich deklariert wird, auf der Überlegung, im Zweifel müsse der Beschuldigte freigesprochen werden. Gerade dies ist aber dem Richter vorbehalten. Deshalb ist es bei unklarer Beweislage nicht Sache der Staatsanwaltschaft als Strafuntersuchungsbehörde, eine Beweiswürdigung vorzunehmen[355]. Die

---

[353] Vgl. Wohlers, S. 375

[354] BGE 138 IV 190, 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

[355] Grädel/Heiniger, Art. 319 StPO N 8 mit Hinweis auf die Botschaft zur StPO; Schmid, Art. 319 StPO N 5; Landshut, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 319 N 16

Staatsanwaltschaft trifft ihren Entscheid über Anklageerhebung oder Einstellung des Verfahrens nach pflichtgemässem Ermessen. Ihre Aufgabe ist es, nach durchgeführter Untersuchung in vorweggenommener Würdigung der Beweise und der Rechtslage eine Prognose über den Ausgang eines allfälligen gerichtlichen Verfahrens zu treffen. Die Staatsanwaltschaft tritt dabei nicht selbst an die Stelle des Sachgerichts, sondern erwägt in Berücksichtigung der massgebenden Beweiswürdigungs- und Subsumtionsgrundsätze, welche Möglichkeiten für das Sachgericht offen stehen[356]. Dies hat zur Konsequenz, dass eine vorweggenommene Würdigung nur dort überhaupt möglich ist, wo einigermassen hinreichende Prognosekriterien bestehen. Dies gilt nicht nur für die tatsächlichen Voraussetzungen der Tat, sondern auch für die rechtliche Subsumtion eines Verhaltens[357].

Obergericht, 2. Abteilung, 16. Mai 2013, SW.2013.30

30. Falls die Voraussetzungen von Art. 352 Abs. 1 StPO erfüllt sind, hat zwingend ein Strafbefehl zu ergehen; Folgen eines fehlenden Strafbefehls

1. a) Die Privatklägerin ist Moderatorin und Redaktorin beim Schweizer Fernsehen. X ist einzelzeichnungsberechtigter Präsident des im Handelsregister eingetragenen Y-Vereins, welcher sich insbesondere dem Tierschutz widmet, eine Webseite betreibt und eine Zeitschrift herausgibt.

---

[356] Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 1395
[357] Oberholzer, N 1397

b) aa) Mit Beschluss vom 19. März 2009 verbot das Obergericht des Kantons Zürich X sowie dem Y-Verein im Rahmen eines Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen, Äusserungen über die Privatklägerin in Zusammenhang mit Tierquälerei und/oder Botox-Präparaten zu veröffentlichen, wobei die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB angedroht wurde. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 12. Juni 2009 ab, soweit es darauf eintrat.

bb) Am 1. November 2011 verbot das Obergericht des Kantons Zürich X und dem Y-Verein, Fotos der Privatklägerin und Äusserungen über ihre Person im Zusammenhang mit Botox und Tierquälerei zu veröffentlichen, unter Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinn von Art. 292 StGB. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 20. Juni 2012 ab, soweit es darauf eintrat.

c) aa) Mit Strafanzeige vom 21. Mai 2010 beantragte die Privatklägerin, X sei wegen wiederholter Widerhandlung gegen eine amtliche Verfügung im Sinn von Art. 292 StGB zu verurteilen. In der Folge erliess die Staatsanwaltschaft am 25. November 2011 einen Strafbefehl, gegen den X Einsprache erhob. Am 9. März 2012 erstattete die Privatklägerin erneut Strafanzeige gegen X, worauf die Staatsanwaltschaft die Untersuchung ausdehnte. Nach Ergänzung der Untersuchung hielt sie teilweise am Strafbefehl fest und überwies die Akten zur Durchführung des Hauptverfahrens an das Bezirksgericht, wobei eine Anklageschrift vom 10. April 2012 eingereicht wurde. Die Staatsanwaltschaft stellte den Antrag, X sei des mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen im Sinn von Art. 292 StGB und der mehrfachen Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung im Sinn von Art. 322bis StGB schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 6'000.00 (Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung: 60 Tage) zu bestrafen.

bb) Am 19. Juli 2012 beantragte die Privatklägerin die Erweiterung der Anklage, worauf die Staatsanwaltschaft am 23. Juli 2012 die Anklageschrift ergänzte. Die Staatsanwaltschaft beantragte neu, X sei des mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen im Sinn von Art. 292 StGB und der mehrfachen Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung gemäss Art. 322bis StGB schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 6'500.00 zu bestrafen, bei schuldhaftem Nichtbezahlen der Busse mit einer Ersatzfreiheitsstrafe von 65 Tagen.

d) Das Bezirksgericht fand X des mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen schuldig, hingegen der mehrfachen Nichtverhinderung einer strafbaren Veröffentlichung nicht schuldig. X erhob Berufung und beantragte, das angefochtene Urteil sei aufzuheben.

2. a) Der Berufungskläger rügte, bezüglich eines Teils der ihm gegenüber erhobenen Vorwürfe sei kein Strafbefehl ergangen, sondern direkt Anklage erhoben worden.

b) Die Vorinstanz hielt dazu fest, das Strafbefehlsverfahren sei Bestandteil des Vorverfahrens, und der Strafbefehl stelle einen Vorschlag zur aussergerichtlichen Erledigung des Straffalls[358] beziehungsweise ein Angebot zur summarischen Verfahrenserledigung dar[359]. Da Art. 352 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 StPO nicht als Kann-Vorschriften konzipiert seien, werde in der Lehre mehrheitlich die Auffassung vertreten, ein Strafbefehl habe zwingend zu ergehen, wenn

---

[358] BBl 2006 S. 1291

[359] Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, vor Art. 352-357 N 1; Schwarzenegger, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 352 N 1

die Voraussetzungen von Art. 352 Abs. 1 StPO erfüllt seien, doch sei diese Frage umstritten. Kontrovers sei zudem, ob das Gericht die Staatsanwaltschaft anweisen könne, einen Strafbefehl zu erlassen. Vom Bundesgericht seien diese Fragen offen gelassen worden[360]. Das Bezirksgericht folge der Meinung von Jeanneret[361], der sich gegen das Obligatorium des Erlasses eines Strafbefehls ausspreche, da die beschuldigte Person bei einem erstinstanzlichen Hauptverfahren von einem ordentlichen Verfahren profitieren könne, das alle Garantien eines fairen Verfahrens gewährleiste. Bei Art. 352 Abs. 1 StPO handle es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift, die der Staatsanwaltschaft den ökonomischen Einsatz ihrer Mittel nahelege. Dementsprechend könne der Staatsanwaltschaft nicht vorgeworfen werden, dass sie das Verfahren nach der Einsprache gegen den Strafbefehl ausgeweitet und schliesslich die Anklageschrift dem Bezirksgericht zur Durchführung des Hauptverfahrens übermittelt habe.

3. a) In der Lehre werden zu Art. 352 Abs. 1 StPO unterschiedliche Meinungen vertreten. Mehrheitlich wird die Auffassung geäussert, ein Strafbefehl habe zwingend zu ergehen, wenn die Voraussetzungen dazu erfüllt seien[362]; es gibt indessen Einzelmeinungen, die in die gegenteilige Richtung gehen[363].

---

360 BGE vom 21. Dezember 2012, 6B_367/2012, Erw. 3.2

361 Jeanneret, Ordonnance pénale et procédure simplifiée: une autoroute semée d'embûches?, in: Jusletter vom 13. Februar 2012, S. 2 f.

362 Schmid, Art. 352 StPO N 4; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1354; Riklin, Basler Kommentar, Art. 352 StPO N 14 f.; Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 352 N 12 f.; Schwarzenegger, Art. 352 StPO N 12; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht, Basel 2011, N 2573; Daphinoff, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Diss. Freiburg 2012, S. 271; vgl. auch Gilliéron/Killias, in: Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Basel 2011, Art. 352 N 20

363 Vgl. Jeanneret, S. 2 f.

b) Auch in der Praxis, soweit sie öffentlich bekannt ist, herrscht ein unterschiedliches Bild: Im Kanton Bern ist grundsätzlich zwingend ein Strafbefehl zu erlassen, wenn die Voraussetzungen von Art. 352 StPO gegeben sind; bei bestimmten schwereren Delikten ist allerdings vorgeschrieben, dass Anklage erhoben wird[364]. Im Kanton Schwyz hingegen hat zwingend ein Strafbefehl zu ergehen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind; weder der Staatsanwaltschaft noch einer Partei stehe ein Wahlrecht zwischen Strafbefehl und Anklage zu[365]. In dieselbe Richtung geht - allerdings aus einem anderen Zusammenhang heraus - die bisherige Rechtsprechung des Thurgauer Obergerichts; danach ist der Erlass eines Strafbefehls zwingend, wenn die Voraussetzungen nach Art. 352 Abs. 1 StPO erfüllt sind[366].

c) Das Obergericht des Kantons Zürich hielt fest, das Gericht habe nicht zu prüfen, ob anstelle einer Anklage auch ein Strafbefehl hätte ergehen können, denn Adressat von Art. 352 StPO sei nur die Staatsanwaltschaft, und die Bestimmung bleibe mangels Überprüfbarkeit durch das Gericht eine Ordnungsvorschrift. Soweit in der Lehre dagegen vorgebracht werde, eine beschuldigte Person habe durchaus ein legitimes und schützenswertes Interesse an einem möglichst diskreten Verfahren, so könnten ein solches Verfahren doch wohl einzig Geständige für sich beanspruchen, denn wer nicht geständig sei, tue kund, dass er eine genaue Abklärung wünsche, und könne nicht zugleich verlangen, dass diese unter Ausschluss der Öffentlichkeit vorgenommen werde[367]. Es geht indessen keineswegs lediglich um die Diskretion des Verfahrens: Vielmehr hat das Bundesgericht in seinem Entscheid 6B_367/2012 ausdrücklich festgehalten, es liege auf der Hand, dass die beschuldigte Person ein Interesse am Erlass eines

---

364 Weisung der Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 25. November 2010
365 Weisung Nr. 4.4 der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz
366 RBOG 2011 Nr. 27 am Ende
367 Entscheid vom 1. Juni 2011, UH110117-O

Strafbefehls haben könne, zumal sie dadurch ihres Anspruchs auf ein gerichtliches Verfahren nicht verlustig gehe. Nebst der geringeren Mediatisierung und schnelleren Verfahrenserledigung könnten aus der Sicht der beschuldigten Person vor allem auch Kostengründe für den Strafbefehl sprechen.

d) Einerseits kann es indessen keineswegs nur gerade um die Interessen der beschuldigten Person gehen; vielmehr sind auch die Interessen der anderen Verfahrensbeteiligten, insbesondere der Geschädigten, zu beachten, welche im Normalfall ein relativ grosses Interesse an einer raschen und effizienten Verfahrenserledigung haben, was für ein Obligatorium im Strafbefehlsverfahren spricht. Andererseits aber sind auch die Interessen des Staats nicht völlig ausser Acht zu lassen, der seinerseits keineswegs ein Interesse hat, dass die Staatsanwaltschaft Fälle, die sie selbst erledigen könnte, zur Erledigung noch an die Gerichte überweist. Die Voraussetzungen des Strafbefehlsverfahrens in Art. 352 Abs. 1 StPO eröffnen an sich schon für die Staatsanwaltschaft einen genügend weiten Ermessensspielraum, so dass keineswegs noch eine Notwendigkeit besteht, darüber hinaus ein Wahlrecht der Staatsanwaltschaft vorzusehen, ob sie nun einen Strafbefehl erlassen oder Anklage erheben will. Ausserdem kann nicht unerwähnt bleiben, dass mit dem Verzicht auf Erlass eines Strafbefehls auch die in § 28 Abs. 2 ZSRG vorgesehene Möglichkeit der Generalstaatsanwaltschaft, gegen Strafbefehle Einsprache zu erheben, umgangen werden kann. Soweit schliesslich der ökonomische Einsatz der Mittel durch die Staatsanwaltschaft angesprochen wird, ist nicht zu erkennen, inwieweit dies gegen das Obligatorium des Erlasses eines Strafbefehls sprechen sollte. Gerade der vorliegende Fall ist ein beredtes Beispiel dafür, zu welch unsinnigen Resultaten es führen kann, wenn die Staatsanwaltschaft auf den zeitgerechten Erlass von Strafbefehlen verzichtet und stattdessen eine Anklage erhebt. Und wenn letztlich im Zusammenhang mit Art. 352 StPO von einer blossen Ordnungsvorschrift gesprochen wird, bleibt unerwähnt, dass Art. 352

StPO in einem gewissen Sinn durchaus auch als Zuständigkeitsvorschrift verstanden werden kann; im Bereich von Zuständigkeitsfragen gibt es indessen keine Ordnungsvorschriften.

4. a) Zusammenfassend ist das Obergericht der Meinung, dass obligatorisch ein Strafbefehl zu erlassen ist, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, was in Fällen zu passieren hat, in welchen nach Auffassung des Gerichts der Erlass eines Strafbefehls entsprechend den gesetzlichen Vorschriften angebracht gewesen wäre. Soweit sich die Lehre dazu äussert, wird von den Befürwortern eines Obligatoriums des Strafbefehls davon ausgegangen, dass alsdann seitens des Gerichts eine Rückweisung der Sache an die Staatsanwaltschaft zum Erlass eines Strafbefehls zu erfolgen habe[368]. Das Obergericht des Kantons Zürich ging indessen zu Recht davon aus, es könne in dieser Frage kein Nichteintreten auf die Anklage mit der an die Staatsanwaltschaft gerichteten Weisung geben, einen Strafbefehl zu erlassen, denn ein solcher Entscheid ist in der StPO nicht vorgesehen. Weisungen an die Staatsanwaltschaft, die über eine reine Mängelbehebung hinaus gehen, wie etwa die Weisung zum Erlass eines Strafbefehls, stehen dem Gericht nicht zu[369]. Ebenso verfügt die Staatsanwaltschaft im Bereich das Strafbefehlsverfahrens über richterliche Unabhängigkeit[370]; es muss letztlich ihr überlassen bleiben, ob sie den Sachverhalt für "anderweitig ausreichend geklärt" hält, und es geht nicht an, ihr gegen die eigene Überzeugung einen Strafbefehl vorzuschreiben, der allenfalls zum Urteil wird, sei es weil der Bestrafte die Modalitäten der Einsprache nicht erfasste oder weil bereits die Zustellung scheiterte. Insbesondere mit Blick auf die Fehlerhaftigkeit des Strafbefehlsverfahrens kann nur

---

368 Riklin, Basler Kommentar, Art. 352 StPO N 14 f.; Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 352 N 12 f.; Daphinoff, S. 273
369 Stephenson/Zanulardo-Walser, Basler Kommentar, Art. 329 StPO N 12
370 Schmid, Handbuch, N 1352

der mit der Sache befasste Staatsanwalt prüfen und entscheiden, ob der Sachverhalt soweit geklärt ist, dass er es dem Beschuldigten zumuten kann, bei fehlendem Einverständnis zum Urteilsvorschlag selber tätig zu werden, ob es sich mit anderen Worten rechtfertigt, dem Beschuldigten die Initiative zu überlassen, um zu verhindern, dass er nicht zu Unrecht verurteilt wird[371]. In diesem Sinn kann es in solchen Fällen nicht zu einer Rückweisung an die Staatsanwaltschaft kommen.

Auf der anderen Seite kann es allerdings auch nicht angehen, dass ein vom Gericht aus triftigen Gründen als fehlerhaft empfundener Entscheid der Staatsanwaltschaft, auf den Erlass eines Strafbefehls zu verzichten, gar keine Folgen hat. Vielmehr ist seitens des Gerichts mindestens zu korrigieren, was sich noch korrigieren lässt, und zwar einerseits bezüglich der Kosten des Verfahrens und andererseits bezüglich einer allfälligen Mediatisierung des Verfahrens. Deshalb muss zum Einen in solchen Fällen entsprechend der früheren Praxis in Rechtsmittelverfahren der Beschuldigte bezüglich der Kosten möglichst so gestellt werden, wie wenn seine Delikte korrekt mit einem Strafbefehl beurteilt worden wären[372], denn die aus einem gerichtlichen Verfahren resultierenden Mehrkosten hat alsdann nicht die beschuldigte Person zu vertreten. Zum anderen kommen in Fällen, in welchen der Betroffene wegen des unnötigen Verzichts auf den Erlass eines Strafbefehls beziehungsweise wegen der unnötigen Anklageerhebung in schwerem Masse von einer ebenso unnötigen und ungerechtfertigten Aufmerksamkeit der Medien und der Öffentlichkeit getroffen wurde, wohl durchaus Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche in Betracht.

---

[371] Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Juni 2011, UH110117-O

[372] Vgl. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 60 N 14

b) Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass sich die Frage, ob im Sinn von Art. 352 Abs. 1 StPO ein Obligatorium für den Erlass eines Strafbefehls besteht, nur in jenen Fällen stellen kann, wo diese Bestimmung überhaupt Anwendung findet. Dies ist regelmässig gerade dann nicht der Fall, wenn es bei den zu beurteilenden Delikten ausschliesslich um Übertretungen geht, denn alsdann findet nicht Art. 352 StPO Anwendung, sondern es gelten Art. 17 und Art. 357 StPO. Bei Art. 357 StPO handelt es sich um eine Vorschrift über die sachliche Zuständigkeit, die zwingend ohne weiteres auch in jenen Kantonen ist, in welchen die Staatsanwaltschaft als Übertretungsstrafbehörde eingesetzt wurde. Geht es in einem Verfahren nur gerade um Übertretungen, darf - selbst wenn im Zusammenhang mit Art. 352 Abs. 1 StPO ein entsprechendes Wahlrecht der Staatsanwaltschaft bejaht werden wollte - seitens der Staatsanwaltschaft keine Anklage erhoben werden; auf eine solche Anklage könnte das erstinstanzliche Strafgericht mangels Zuständigkeit nicht eintreten. Daran ändert auch nichts, dass Art. 357 Abs. 2 StPO die Vorschriften über das Strafbefehlsverfahren für das Übertretungsstrafrecht als sinngemäss anwendbar erklärt, denn diese Verweisung bezieht sich nur auf Art. 353 ff. StPO, nicht aber auf Art. 352 StPO. Der Erlass eines Strafbefehls durch die Übertretungsstrafbehörde untersteht keinen weiteren Voraussetzungen, so dass Art. 352 StPO für das Übertretungsstrafrecht obsolet ist.

c) Im vorliegenden Fall wurde aufgrund von Art. 292 und Art. 322bis StGB, also nicht nur wegen Übertretungen, Anklage erhoben[373]. Nachdem der Berufungskläger mit seinem Verhalten selbst die Öffentlichkeit gesucht hat, stellt sich das Problem der Mediatisierung allerdings nicht. Was die Verfahrenskosten anbelangt, ging die Vorin-

---

[373] Dass die Anklage bezüglich der Vorwürfe gemäss dem Tatbestand von Art. 322bis StGB von vorneherein aussichtlos war, ändert daran nichts.

stanz mit den von ihr gesprochenen Gebühren ohnehin schon so tief, dass die Kosten für den Berufungskläger wohl höher gewesen wären, wenn - wie dies sinnvoll gewesen wäre - seine Delikte zeitgerecht mit Strafbefehlen geahndet worden wären. Dass trotz der Möglichkeit des Erlasses von Strafbefehlen Anklage erhoben wurde, bleibt im vorliegenden Fall somit ohne Belang.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. August 2013, SBR.2013.33

Das Bundesgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde am 22. Januar 2014 nicht ein (6B_972/2013).

31. **Fristenlauf, wenn anlässlich der mündlichen Eröffnung eines Urteils nicht auf die Frist für die Berufungsanmeldung aufmerksam gemacht wurde** (Art. 399, 90 Abs. 1 StPO)

1. a) Die Berufung ist dem erstinstanzlichen Gericht innert zehn Tagen seit Eröffnung des Urteils schriftlich oder mündlich zu Protokoll anzumelden[374]. Diese Frist ist nicht erstreckbar und wird auch nicht durch Gerichtsferien oder andere Umstände verlängert[375]. Die Frist läuft ab dem Tag, nachdem das Urteil eröffnet wurde[376].

b) Wird bei Postzustellung eine eingeschriebene Postsendung vom Empfänger nicht entgegengenommen, wird ihm eine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt, und es gilt die siebentägige postalische Abholfrist gemäss den Geschäftsbedingungen der Post.

---

[374] Art. 399 Abs. 1 StPO
[375] Art. 89 StPO
[376] Art. 90 Abs. 1 StPO

Eine nicht abgeholte, eingeschrieben zugestellte Gerichtsurkunde gilt - sofern sie nicht früher abgeholt wird - als am letzten Tag der Abholfrist zugestellt, falls der Adressat mit der Zustellung rechnen musste[377].

2. Der Entscheid des Bezirksgerichts wurde nach der Hauptverhandlung am 13. September 2012 mündlich eröffnet und schriftlich im Dispositiv am 14. September 2012 zur Post gegeben. Da der Berufungskläger den mit eingeschriebener Postsendung zugestellten Entscheid nicht entgegennahm beziehungsweise nicht bei der Post abholte, wurde er ihm am 26. September 2012 nochmals mit normaler Post zugestellt; dabei wurde er ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass für die Auslösung allfälliger Fristen nicht das Datum der erneuten Zustellung, sondern der siebente Tag nach der erfolglosen Zustellung massgebend sei.

3. a) Die zehntägige Frist für die Berufungsanmeldung begann, falls eine korrekte mündliche Eröffnung des Urteils erfolgte, am Tag danach zu laufen; davon scheint das Bezirksgericht auch auszugehen. Der Berufungskläger macht indessen ausdrücklich geltend, er sei in der Hauptverhandlung nicht auf die Möglichkeit der Berufung beziehungsweise auf die dafür laufende Frist aufmerksam gemacht worden. Dem Protokoll der Hauptverhandlung ist zu entnehmen, dass das Urteil mündlich eröffnet wurde, und dass dem Berufungskläger bei der mündlichen Urteilseröffnung mitgeteilt wurde, der Entscheid werde noch schriftlich zugestellt: "Das Dispositiv des Urteils wird Ihnen per Post zugestellt; dies ohne Begründung. Sie haben die Möglichkeit, innert zehn Tagen seit der Eröffnung schriftlich Berufung anzumelden und eine schriftliche Begründung zu verlangen." Davon,

---

[377] Art. 85 Abs. 4 StPO; RBOG 2001 Nr. 38 S. 204 f., 1993 Nr. 40, 1987 Nr. 45; BGE 134 V 51 f., 130 III 399, 127 I 34

dass die Frist für die Berufungsanmeldung bereits ab der mündlichen Urteilsbegründung laufen könnte, war offenbar keine Rede, und der protokollierte Hinweis kann nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, die Frist für die Berufungsanmeldung und für das Begehren um schriftliche Urteilsbegründung liefen parallel ab der Zustellung des schriftlichen Urteilsdispositivs.

b) Damit kann im vorliegenden Fall als Auslöser für beide Fristen nur die Zustellung des schriftlichen Urteilsdispositivs gelten. Massgebend ist dabei allerdings - wie bereits mit der Zustellung selbst mitgeteilt - nicht die zweite Zustellung vom 26. September 2012, sondern die erste Zustellung vom 14. September 2012, zumal der Berufungskläger nicht einmal bestreitet, dass ihm damals eine entsprechende Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt wurde.

Obergericht, 1. Abteilung, 14. Januar 2013, SBR.2012.45

32. **Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren** (Art. 3 lit. b Ziff. 1, 6 Abs. 1 und 26 Abs. 1 lit. a TSchG; Art. 3, 5, 7 Abs. 2, 9 Abs. 2 sowie 65 Abs. 1 und 2 TSchV)

1. a) Nach Art. 26 Abs. 1 lit. a Tierschutzgesetz (TSchG) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer vorsätzlich ein Tier misshandelt, vernachlässigt, es unnötig überanstrengt oder dessen Würde in anderer Weise missachtet.

aa) Wer Tiere hält oder betreut, muss sie angemessen nähren, pflegen, ihnen die für ihr Wohlergehen notwendige Beschäftigung und Bewegungsfreiheit sowie soweit nötig Unterkunft gewäh-

ren[378]. Tiere sind so zu halten, dass ihre Körperfunktionen und ihr Verhalten nicht gestört und sie in ihrer Anpassungsfähigkeit nicht überfordert sind[379]. Unterkünfte und Gehege müssen mit geeigneten Futter-, Tränke-, Kot- und Harnplätzen, Ruhe- und Rückzugsorten mit Deckung, Beschäftigungsmöglichkeiten, Körperpflegeeinrichtungen und Klimabereichen versehen sein. Fütterung und Pflege sind angemessen, wenn sie nach dem Stand der Erfahrung und den Erkenntnissen der Physiologie, Verhaltenskunde und Hygiene den Bedürfnissen der Tiere entsprechen[380]. Kaninchen müssen täglich mit grob strukturiertem Futter wie Heu oder Stroh versorgt werden sowie ständig Objekte zum Benagen zur Verfügung haben[381].

bb) Die Tierhalterin muss das Befinden der Tiere und den Zustand der Einrichtungen so oft wie nötig überprüfen. Sie muss Mängel an den Einrichtungen, die das Befinden der Tiere beeinträchtigen (können), unverzüglich beheben oder geeignete Massnahmen zum Schutz der Tiere treffen. Die Pflege soll Krankheiten und Verletzungen vorbeugen. Die Tierhalterin ist dafür verantwortlich, dass kranke oder verletzte Tiere unverzüglich ihrem Zustand entsprechend untergebracht, gepflegt und behandelt oder aber nötigenfalls getötet werden. Das arttypische Körperpflegeverhalten darf durch die Haltung nicht unnötig eingeschränkt werden. Soweit es eingeschränkt wird, muss es durch Pflege ersetzt werden. Hufe, Klauen, Nägel und Krallen sind soweit nötig regelmässig und fachgerecht zu pflegen und zu beschneiden[382].

---

378 Art. 6 Abs. 1 TSchG
379 Art. 3 lit. b Ziff. 1 TSchG; Art. 3 Abs. 1 TSchV
380 Art. 3 Abs. 2 und 3 TSchV
381 Art. 64 Abs. 1 TSchV
382 Art. 5 TSchV

cc) Unterkünfte und Gehege müssen so gebaut und eingerichtet und so geräumig sein, dass sich die Tiere arttypisch verhalten können[383]. Bei Gruppenhaltungen muss die Tierhalterin dem Verhalten der einzelnen Arten und der Gruppe Rechnung tragen, soweit nötig für Ausweich- und Rückzugsmöglichkeiten sorgen und für Tiere, die zeitweilig einzeln leben, sowie für unverträgliche Tiere separate Unterkünfte oder Absperrgehege bereitstellen[384]. Die Gehege müssen eine Bodenfläche gemäss Anhang 1 Tabelle 8 Ziff. 1 zur Tierschutzverordnung aufweisen und mindestens in einem Teilbereich so hoch sein, dass die Tiere aufrecht sitzen können. Sie müssen mit einem abgedunkelten Bereich ausgestattet sein, in den sich die Tiere zurückziehen können[385].

b) Eine Tierquälerei begeht unter anderem, wer ein Tier vernachlässigt[386].

aa) Der Begriff der Vernachlässigung steht im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 TSchG, wonach der Halter oder Betreuer eines Tiers verpflichtet ist, dieses angemessen zu nähren, zu pflegen und ihm die für sein Wohlergehen notwendige Beschäftigung und Bewegungsfreiheit sowie soweit nötig auch Unterkunft zu gewähren. Im Sinn von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG vernachlässigt wird ein Tier daher, wenn sein Halter oder Betreuer es aufgrund ungenügender Pflege (einschliesslich der nicht angemessenen medizinischen Versorgung), Ernährung, Unterbringung, Beschäftigungs- oder Bewegungsmöglichkeiten der Gefahr aussetzt, dass es in seinem Wohlergehen beeinträchtigt werden könnte[387]. Die Vernachlässigung hat mit der

---

383 Art. 7 Abs. 2 TSchV
384 Art. 9 Abs. 2 TSchV
385 Art. 65 Abs. 1 und 2 TSchV
386 Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG
387 Bolliger/Richner/Rüttimann, Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis, Bd. 1, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 113 f.

Revision im Jahr 2008 eine bedeutende Ausweitung erfahren. Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG verlangt lediglich eine "Vernachlässigung", während das alte Recht noch eine "starke Vernachlässigung" forderte, womit die Anforderungen zur Tatbestandserfüllung erheblich gesenkt worden sind. Die Streichung der Voraussetzung, dass die Vernachlässigung "stark" sein muss, hat zur Folge, dass seither auch eine leichte Vernachlässigung bereits eine Tierquälerei im Sinn des Tierschutzgesetzes darstellt. Der Übertretungstatbestand von Art. 28 Abs. 1 lit. a TSchG[388] gelangt bei der Verletzung von Tierhalterpflichten nach Art. 6 TSchG somit nur noch zur Anwendung, wenn der Verstoss absoluten Bagatellcharakter hat. In allen anderen Fällen handelt es sich um eine Vernachlässigung gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG[389].

bb) Die Vernachlässigung von Tieren ist ein echtes Unterlassungsdelikt. Das tatbestandsmässige Verhalten liegt in der Nichtvornahme einer nach Art. 6 Abs. 1 TSchG gebotenen Handlung. Der Tatbestand wird bereits dadurch erfüllt, dass einer entsprechenden Tierhalterpflicht nicht nachgekommen wird. Nicht erforderlich ist, dass beim betroffenen Tier tatsächlich Schmerzen, Leiden, Schäden, Ängste oder andere Belastungen auftreten; vielmehr liegt das Deliktsmerkmal allein in der Missachtung der Fürsorgepflicht und der dadurch erhöhten Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Wohlergehens des Tiers. Treten die Belastungen in einer gewissen Intensität tatsächlich ein, ist der Tatbestand der Misshandlung durch Unterlassung erfüllt[390]. Der Vorsatz muss sich somit nur auf das Unterlassen der jeweiligen Handlung beziehen und nicht auf die möglichen negativen Folgen für das Tier. Eine fahrlässige Vernachlässigung liegt nur vor, wenn die Handlung unabsichtlich unterlassen wurde[391].

---

388 Missachtung der Vorschriften über die Tierhaltung
389 Bolliger/Richner/Rüttimann, S. 115 f.
390 Bolliger/Richner/Rüttimann, S. 114 f.
391 Bolliger/Richner/Rüttimann, S. 120

cc) Art. 3 lit. a TSchG nennt als mögliche Würdemissachtungen nicht nur das Zufügen von Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängsten, sondern exemplarisch auch die Erniedrigung von Tieren, tief greifende Eingriffe in ihr Erscheinungsbild und ihre Fähigkeiten sowie ihre übermässige Instrumentalisierung. Die Formulierung von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG verdeutlicht, dass auch das Misshandeln, Vernachlässigen und unnötige Überanstrengen von Tieren eine Missachtung ihrer Würde bedeuten. Für die Sanktionierung bleibt die Unterscheidung indes ohne Belang, weil alle Tatbestandsvarianten unter Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG fallen und dieselben Rechtsfolgen auslösen[392].

dd) Vernachlässigungstatbestände stellen beispielsweise die Verwahrlosung der Unterkünfte, Nahrungsentzug, das Zuführen ungeeigneten Futters, mangelnde Tierpflege (einschliesslich der ungenügenden oder unangemessenen medizinischen Versorgung) oder ungenügende Beschäftigung dar. Ebenfalls als Vernachlässigung sind Fälle des sogenannten "animal hoarding"[393] zu qualifizieren. Der Begriff beschreibt das Phänomen, bei dem Menschen Tiere unkontrolliert in einer grossen Anzahl halten und in pathologischer Weise immer weitere Tiere aufnehmen, ohne in der Lage zu sein, diesen die nötige Pflege oder Nahrung zu gewähren oder für angemessene hygienische Verhältnisse zu sorgen. Die Tiere leben unter gesetzeswidrigen Haltungsbedingungen, und nicht selten kommt es zu einer völligen Verwahrlosung des Tierbestands[394].

ee) In einem Entscheid vom 14. März 2013[395] stellte sich das Bundesgericht auf den Standpunkt, es handle sich bei der

---

392 Bolliger/Richner/Rüttimann, S. 124 f.
393 Auch Tierhorten oder Tiersammelsucht genannt
394 Bolliger/Richner/Rüttimann, S. 117 ff.
395 6B_635/2012, Erw. 3.2.1 f.

Vernachlässigung- entgegen den Lehrmeinungen - nicht um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, sondern um ein Erfolgsdelikt[396], und der Tatbestand könne nur erfüllt sein, wenn die rechtswidrigen Handlungsumstände beim Tier zu Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängsten führten. Die Vernachlässigung müsse mit einer Missachtung der Tierwürde einhergehen, wie dies bei den übrigen Tatbestandsvarianten von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG der Fall sei. Von einer Missachtung der Würde sei dabei auszugehen, wenn das Wohlergehen des Tiers beeinträchtigt sei, weil Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängste nicht vermieden werden könnten. Der Auffassung des Bundesgerichts ist jedoch - wie auch Rüttimann[397] nachvollziehbar und ausführlich darlegte - nicht zu folgen[398]. Das bundesgerichtliche Verständnis der Würde des Tiers greift zu kurz, wenn diese nur dann als missachtet angesehen wird, wenn das Wohlergehen des betroffenen Tiers beeinträchtigt wird, indem ihm Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängste zugefügt werden. Aus der Formulierung von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG lässt sich nämlich nicht ableiten, dass der Tatbestand der Vernachlässigung nur erfüllt sein soll, wenn eine in Art. 3 lit. a TSchG ausdrücklich genannte Belastung des Tiers auftritt. Wer also den Pflichten nach Art. 6 Abs. 1 TSchG nicht nachkommt, begeht eine Vernachlässigung nach Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG; weitere Vorausset-

---

[396] Dies ist zwar korrekt hinsichtlich des Rechtsguts "Würde". In Bezug auf das Rechtsgut "Wohlergehen" stellt die Vernachlässigung hingegen ein abstraktes Gefährdungs- und Tätigkeitsdelikt dar (Rüttimann, Der Tierquälereitatbestand der Vernachlässigung, in: Jusletter vom 8. Juli 2013, S. 6).

[397] S. 1 ff.

[398] Das Obergericht bezeichnete schon in einem Entscheid vom 11. September 2007, SBR.2007.28, S. 8 ff., die Vernachlässigung als abstraktes Gefährdungsdelikt. Es genüge, wenn der Täter eine Pflicht zum Handeln nicht befolge und dies die Gefahr eines erheblichen Leidens für das Tier in sich berge; der Eintritt einer Gefährdung oder eines Verletzungserfolgs müsse nicht nachgewiesen werden. Diese Auslegung ergebe sich nicht nur aus dem Gesetz, sondern schon aus dem Zweck des Tierschutzgesetzes, wie er in der Botschaft des Bundesrates formuliert sei, "Massregeln für das Verhalten des Menschen dem Tier gegenüber aufzustellen, die dessen Schutz und Wohlbefinden dienen".

zungen müssen nach dem Gesetz nicht erfüllt sein[399]. Treten beim Tier tatsächlich Belastungen in Form von Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängsten auf, ist von einer Misshandlung im Sinn von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG auszugehen[400].

2. a) Gemäss dem Entscheid des Veterinäramts des Kantons Thurgau vom 9. Dezember 2011 befanden sich die Kaninchen anlässlich der unangemeldeten Kontrolle vom 6. Dezember 2011 bei der Berufungsklägerin in einem unwürdigen Zustand. Teilweise hätten die Kaninchen einen mageren, kränklichen Eindruck gemacht, hätten Bissverletzungen aufgewiesen, seien am Bauch, den Gliedmassen und um den After mit Kot verklebt gewesen, hätten überlange Krallen gehabt, und die Behältnisse seien bis zur Hälfte oder höher mit Mist und Futterresten gefüllt gewesen. Dies wurde auch im Kurzbericht des Tierschutzvereins S. vom 12. Dezember 2011 bestätigt. Die eingereichten Fotos, welche während der veterinäramtlichen Kontrolle am 6. Dezember 2011 aufgenommen wurden, dokumentieren das vernachlässigende Verhalten der Berufungsklägerin deutlich. Selbst die Berufungsklägerin bestritt weder vor Vorinstanz noch anlässlich der Berufungsverhandlung, das Misten jedenfalls in den letzten Tagen vor der Kontrolle vernachlässigt zu haben. Sie habe alles an diesem Tag putzen wollen, sei aber in Zeitnot gewesen, weil sie aufgrund einer fristlosen Kündigung eine neue Wohnung habe suchen müssen. Nach der Kontrolle habe sie alles innerhalb von zwei Tagen geputzt. Sie habe die Kaninchen nicht mehr im Garten lassen können, weil die Vermieterin die Laufgitter weggeschoben habe; daher hätten sich die Kaninchen die Krallen nicht mehr abschaben können. Zudem habe alles nur "so" ausgesehen; es sei aber gar nicht so viel gewesen. Es sei nicht so schlimm gewesen, wie die Fotos zeigten.

---

399 So ist auch die Beeinträchtigung des Wohlergehens des Tiers keine Voraussetzung (Rüttimann, S. 6).

400 Rüttimann, S. 6

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte, vernachlässigte die Berufungsklägerin ihre Pflicht zur Pflege und Betreuung der Kaninchen. Sie nahm auch Leiden und Schmerzen der Kaninchen in Kauf und missachtete die Würde auf andere Weise. Damit erfüllte die Berufungsklägerin den objektiven Tatbestand von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG.

b) Die Berufungsklägerin bestritt hingegen, absichtlich gehandelt zu haben. Sie räumte bereits vor Vorinstanz und im Strafuntersuchungsverfahren ein, sie sei sich bewusst gewesen, die Reinigung der Gehege vernachlässigt zu haben. Nicht notwendig ist, dass sich die Absicht auch auf die Folgen der Vernachlässigung, nämlich die tatsächliche Beeinträchtigung der Tiere auswirkt. Nachdem die Tiere aber teilweise bereits Verletzungen aufgewiesen hatten, die Krallen überlang waren und mindestens ein Tier derartige Verletzungen aufwies, dass es euthanasiert werden musste, wusste die Berufungsklägerin mindestens in Bezug auf das kranke Tier von diesem Zustand. Sie liess es trotzdem - angeblich aus Kostengründen - nicht tierärztlich versorgen. Damit ist auch die Absicht in Bezug auf das Quälen der Tiere, indem sie diesen Zustand akzeptierte, gegeben. Im Übrigen setzte sich die Vorinstanz mit den Einwänden der Berufungsklägerin ausführlich auseinander; es kann darauf verwiesen werden. Zu Recht bejahte die Vorinstanz daher die Erfüllung des subjektiven Tatbestands.

Obergericht, 1. Abteilung, 15. Juli 2013, SBR.2013.21

Das Bundesgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde am 21. Oktober 2013 nicht ein (6B_922/2013).

II. STAATSVERTRÄGE

33. Vollstreckung eines deutschen Versäumnisurteils (Art. 53 f., 34 Ziff. 2 LugÜ; Art. 81 Abs. 3 SchKG)

1. Der Forderung liegt ein deutsches Versäumnisurteil zugrunde, mit welchem der Beschwerdeführer zur Bezahlung von € 8'294.69 und € 469.00 je zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 9. November 2010 sowie von vorgerichtlichen Mahnkosten von € 5.00 verpflichtet wurde. Ausländische Zivilurteile und Kostenentscheide können in der Schweiz vollstreckt werden, wenn sie von einem Schweizer Richter für vollstreckbar erklärt worden sind (sogenanntes Exequatur). Die Vollstreckbarerklärung ist sodann Vorbedingung der definitiven Rechtsöffnung. Sie kann entweder vorgängig selbstständig in einem separaten Exequaturverfahren oder im Rechtsöffnungsverfahren, sowohl vorfrageweise als auch in Form eines Teilentscheids, erfolgen. Erfolgt die Vollstreckung - wie hier - aufgrund des Lugano-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007[401], so ergibt sich die Möglichkeit, den ausländischen Entscheid ohne separates Exequaturverfahren vorfrageweise vom Rechtsöffnungsrichter vollstreckbar erklären zu lassen, aus Art. 81 Abs. 3 SchKG[402].

2. a) aa) Wer die Vollstreckbarkeit beantragt, hat gemäss Art. 53 Ziff. 1 LugÜ eine Ausfertigung der Entscheidung vorzulegen, welche die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt.

---

[401] Lugano-Übereinkommen, LugÜ, SR 0.275.12
[402] Staehelin, Basler Kommentar, Art. 80 SchKG N 59 und 68a

Damit ist die Echtheit der Ausfertigung gemeint. Mit anderen Worten muss sich der Richter im Vollstreckungsstaat von der Echtheit der die Entscheidung verkörpernden Urkunde überzeugen können. Unter Entscheidung ist gemäss Definition in Art. 32 LugÜ jede von einem Gericht eines Mitgliedstaates erlassene Entscheidung zu verstehen. Dazu gehören auch Versäumnisurteile[403]. Zudem sieht Art. 53 Ziff. 2 LugÜ vor, dass neben der Ausfertigung der Entscheidung als weiteres Dokument die in Art. 54 LugÜ näher bezeichnete Bescheinigung[404] vorzulegen ist. Weiterer Verfahrensförmlichkeiten bedarf es für die Vollstreckbarerklärung nicht[405].

bb) Vom Versäumnisurteil wurde der Beschwerdegegnerin am 26. November 2012 durch die "Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle" eine Ausfertigung zum Zweck der Zwangsvollstreckung ausgestellt. Die Beamtin hielt zudem gleichentags auf der Rückseite dieser Ausfertigung fest, dass dem Beschwerdeführer dieses Urteil am 15. April 2011 persönlich zugestellt worden sei. Dieser Ausfertigung wurde ferner mittels Siegel die Bescheinigung nach Art. 54 LugÜ, unterzeichnet am 28. November 2011 vom urteilenden Richter, angeheftet. Vor diesem Hintergrund sind die Behauptungen des Beschwerdeführers, wonach kein "BRvD gültiges, amtlich legitimiertes und unterzeichnetes Urteil" bestehe beziehungsweise bis heute keine Originalschriftstücke vorgelegt worden seien, nicht zu hören. Vielmehr wurden hier sämtliche Verfahrensförmlichkeiten im Sinn von Art. 53 Ziff. 1 und 2 LugÜ für die vorfrageweise Vollstreckbarerklärung des ausländischen Entscheids erfüllt.

b) Bei der vorfrageweisen Überprüfung der Vollstreckbarerklärung im Rechtsöffnungsverfahren kann der Schuldner Einwen-

---

403 Gelzer, Basler Kommentar, Art. 53 LugÜ N 3
404 Vgl. auch Anhang 5 des LugÜ ("Formblatt")
405 Gelzer, Art. 53 LugÜ N 5

dungen gegen die Vollstreckbarerklärung vorbringen[406]. Die Vorinstanz überprüfte deshalb zu Recht, ob Anerkennungshindernisse im Sinn von Art. 34 f. LugÜ bestanden. Nach Art. 34 Ziff. 2 LugÜ wird eine ausländische Entscheidung nicht anerkannt, wenn derjenigen Partei, die sich nicht auf das Verfahren einliess, das verfahrenseinleitende Schriftstück[407] nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt wurde, dass sie sich verteidigen konnte. Der Beschwerdeführer machte geltend, es sei ihm bis heute keine Klage zugestellt worden. Diese Behauptung steht in Widerspruch zur Bescheinigung beziehungsweise zum "Formblatt" vom 28. November 2012, wonach das verfahrenseinleitende Schriftstück dem Beschwerdeführer am 18. März 2011 zugestellt wurde. Die Angabe in der Bescheinigung stimmt mit der im Recht liegenden Zustellungsurkunde der Deutschen Post überein. Nach dieser Urkunde war eine Übergabe "des Schriftstücks" in der Wohnung des Adressaten nicht möglich, weshalb das Schriftstück am 18. März 2011 in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten gelegt wurde. Die Übereinstimmung der Fotokopie dieser Zustellurkunde mit der Urschrift wurde vom deutschen Gericht am 2. April 2012 beglaubigt. Die Vorinstanz hielt in diesem Zusammenhang mit Recht fest, dass gemäss deutschem Zivilprozessrecht[408] eine Ersatzzustellung durch Einlegung in den Briefkasten zulässig ist, sofern weder der Adressat der Zustellung noch ein erwachsener Familienangehöriger oder eine in der Familie beschäftigte Person beziehungsweise ein erwachsener ständiger Mitbewohner angetroffen werden. Damit wurde - entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers - das verfahrenseinleitende Schriftstück ordnungsgemäss zugestellt. Die Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers im ausländischen Verfahren waren somit

---

406 Staehelin, Art. 80 SchKG N 68a

407 Schuler, Basler Kommentar, Art. 34 LugÜ N 34: In der Regel handelt es sich beim verfahrenseinleitenden Schriftstück um eine Klageschrift oder um eine Vorladung zu einer Verhandlung.

408 § 180 i.V.m. § 178 ZPO

nicht beschnitten, womit kein Anerkennungshindernis besteht, weshalb die Vorinstanz mit Blick auf das deutsche Versäumnisurteil mit Recht von einem Rechtsöffnungstitel im Sinn von Art. 80 SchKG ausging.

Obergericht, 1. Abteilung, 19. Juni 2013, BR.2013.25

34. **Exequaturverfahren aufgrund eines Überstellungsersuchens** (Art. 9 ff. des Übereinkommens über die Überstellung verurteilter Personen)

1. Der Gesuchsgegner, schweizerischer Staatsangehöriger, wurde in Albanien wegen Betäubungsmitteldelikten[409] rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und vier Monaten verurteilt. Der noch zu verbüssende Strafrest betrug nach Angaben der albanischen Behörden vier Jahre, fünf Monate und 28 Tage. Der Gesuchsgegner verbüsst seine Strafe in Albanien. Gestützt auf das Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen[410] ersuchte er um seine Überstellung aus Albanien in die Schweiz zur weiteren Verbüssung der Freiheitsstrafe. Das Bundesamt für Justiz überwies die Sache an das Departement für Justiz und Sicherheit (Straf- und Massnahmenvollzug), das einen Exequaturentscheid verlangte.

2. Gestützt auf Art. 105 IRSG i.V.m. Art. 32 StPO sind die Behörden des Kantons Thurgau für die Behandlung der Sache zuständig, nachdem der Gesuchsgegner früher seinen Wohnsitz in der Schweiz hatte. Die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts folgt aus Art. 55 Abs. 4 StPO.

---

[409] Transport von rund 110 kg Cannabis
[410] SR 0.343

3. a) Mit dem Übereinkommen, das für die Schweiz am 1. Mai 1988 und für Albanien am 1. August 2000 in Kraft getreten ist, wird Ausländern, denen wegen der Begehung einer Straftat die Freiheit entzogen wurde, Gelegenheit gegeben, die gegen sie verhängte Sanktion in ihrer Heimat zu verbüssen. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a des Übereinkommens setzen die zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats den Vollzug der Sanktion unmittelbar oder aufgrund einer Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung unter den in Art. 10 enthaltenen Bedingungen fort. Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b wandeln sie die Entscheidung, durch welche die Sanktion verhängt wurde, unter den in Art. 11 enthaltenen Bedingungen in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren in eine Entscheidung dieses Staates um, wobei sie die im Urteilsstaat verhängte Sanktion durch eine nach dem Recht des Vollstreckungsstaats für dieselbe Straftat vorgesehene Sanktion ersetzen. Wird der Verurteilte überstellt, so haben die zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaates mithin zwei Möglichkeiten: Sie "setzen den Vollzug der Sanktion unmittelbar oder aufgrund einer Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung unter den in Art. 10 enthaltenen Bedingungen fort"[411] oder "wandeln die Entscheidung, durch welche die Sanktion verhängt wurde, unter den in Art. 11 enthaltenen Bedingungen in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren in eine Entscheidung dieses Staates um, wobei sie die im Urteilsstaat verhängte Sanktion durch eine nach dem Recht des Vollstreckungsstaats für dieselbe Straftat vorgesehene Sanktion ersetzen"[412]. Die Schweiz hat bei der Ratifikation des Übereinkommens die Erklärung angebracht, dass sie, sofern sie Vollstreckungsstaat ist, die Anwendung des in Art. 9 Ziff. 1 lit. b des Übereinkommens vorgesehenen Verfahrens (Umwandlung der Sanktion) ausschliesst[413]. Sie wendet somit das Verfahren der Fortsetzung des Vollzugs an, wenn sie Vollstreckungsstaat ist.

---

[411] Art. 9 Ziff. 1 lit. a des Übereinkommens
[412] Art. 9 Ziff. 1 lit. b des Übereinkommens
[413] Erklärung zu Art. 3 Ziff. 3 des Übereinkommens, AS 1988 S. 759

b) Gemäss Art. 10 Ziff. 1 des Übereinkommens ist der Vollstreckungsstaat im Fall einer Fortsetzung des Vollzugs an die rechtliche Art und die Dauer der Sanktion, wie sie vom Urteilsstaat festgelegt worden sind, gebunden. Ist diese Sanktion jedoch nach Art oder Dauer mit dem Recht des Vollstreckungsstaats nicht vereinbar oder schreibt dessen Recht dies vor, so kann dieser Staat die Sanktion durch eine Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung an die nach seinem eigenen Recht für eine Straftat derselben Art vorgesehene Strafe oder Massnahme anpassen. Diese Strafe oder Massnahme muss ihrer Art nach soweit wie möglich der Sanktion entsprechen, die durch die zu vollstreckende Entscheidung verhängt worden ist. Sie darf nach Art oder Dauer die im Urteilsstaat verhängte Sanktion nicht verschärfen und das nach dem Recht des Vollstreckungsstaats vorgesehene Höchstmass nicht überschreiten (Ziff. 2).

c) Die im albanischen Strafentscheid festgelegte Art und die Dauer der Sanktion sind mit dem schweizerischen Recht vereinbar. Der Gesuchsgegner wurde in Albanien wegen Taten verurteilt, die auch in der Schweiz mit Freiheitsstrafe bedroht sind. Die ausgefällte Strafe übersteigt das Höchstmass der im schweizerischen Recht für die entsprechenden Taten vorgesehenen Strafen nicht. Zwar hat das Bundesgericht in Bezug auf Cannabis die Annahme des mengenmässig schweren Falls im Sinn von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ausgeschlossen[414]; Cannabis fällt deshalb unabhängig von der Menge nicht unter Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, weil diese Stoffe nicht geeignet sind, die körperliche und seelische Gesundheit in eine nahe liegende und ernstli-

---

[414] BGE 117 IV 314 ff. als Praxisänderung zum aus dem Jahr 1983 stammenden Leitentscheid BGE 109 IV 143 ff., gemäss dem eine Menge ab 4 kg Haschisch die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann und daher ein derartiger Sachverhalt bis im Jahre 1991 unter Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG subsumiert wurde. Die Änderung der Rechtsprechung erfolgte deshalb, weil die Annahme eines schweren Falls bei Cannabisprodukten in der Literatur auf heftige Kritik gestossen war.

che Gefahr zu bringen. Hingegen bleibt Raum für die Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. b und c BetmG. Auch eine Gewerbsmässigkeit im Sinn von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG ist allerdings nicht gegeben: Zwar bleibt gleichgültig, über welchen Zeitraum sich die gewerbsmässige Tätigkeit erstreckte, doch ist aufgrund der massgebenden albanischen Urteile nicht klar, ob ein grosser Umsatz, mithin ein Umsatz von Fr. 100'000.00 erzielt worden wäre. Entscheidend ist indessen, dass der Täter nur wegen vollendeter einfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt werden kann, wenn der gewerbsmässig erzielte Umsatz die kritische Grösse von Fr. 100'000.00 nicht erreicht und keine anderen Qualifikationsgründe vorliegen; eine Verurteilung wegen versuchter Tatbegehung ist alsdann nicht zulässig[415]. Damit ist zu prüfen, ob die vom Gesuchsgegner in Albanien begangenen Delikte nach schweizerischem Recht als bandenmässig zu qualifizieren wären.

Der Gesuchsgegner wurde aufgrund von Art. 283/a Abs. 2 des albanischen Strafgesetzbuchs verurteilt; danach wird der Verkehr mit Betäubungsmitteln (Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von und Handel mit Betäubungsmitteln) mit einer Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren bestraft, wenn er in Mittäterschaft oder mehrfach begangen wurde, wobei Art. 22 des albanischen Strafgesetzbuchs angewendet wurde (blosser Versuch aufgrund von Umständen, die vom Willen des Täters unabhängig sind). Wesentlich für den Begriff der Bande ist nach schweizerischem Recht der Organisationsgrad und die Intensität der Zusammenarbeit der Täter. Das bandenmässige Handeln zeichnet sich durch einen ausdrücklich oder konkludent geäusserten Willen der Beteiligten aus, inskünftig zur Verübung mehrerer selbstständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammen-

---

[415] BGE 129 IV 188 ff.

zuwirken[416]. Die Qualifizierung erfolgt wegen der von der Bande ausgehenden Gefährlichkeit[417], nicht jedoch aufgrund der Anzahl verübter Straftaten. Für die Annahme der Bandenmässigkeit genügt auch bloss eine verübte Straftat, solange sich der Wille der Mitglieder auf die gemeinsame Begehung einer Mehrzahl weiterer Delikte richtet[418]. Die hier in Frage stehenden Delikte wurden nicht nur in blosser Mittäterschaft begangen, sondern es liegt im Sinn des schweizerischen Rechts angesichts des Vorgehens der beteiligten Täter offenkundig Bandenmässigkeit vor, so dass gestützt auf Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG eine Höchststrafe von 20 Jahren Anwendung findet.

d) Die weitere Vollstreckung des albanischen Strafentscheids in der Schweiz erscheint unter Berücksichtigung der persönlichen Umstände des Gesuchsgegners und im Hinblick auf seine soziale Wiedereingliederung als angezeigt. Der 1957 geborene Gesuchsgegner besuchte die Primar- und Sekundarschule, absolvierte eine Lehre als Verkäufer und legte die Fachprüfung im Detailhandel ab. In den 70er Jahren soll er Menschen aus der ehemaligen DDR geschmuggelt haben, weshalb er von 1979 bis 1984 in einem Stasi-Gefängnis einsass. Nach seiner Rückkehr in die Schweiz hatte er verschiedene Arbeitsstellen inne. Ab 2001 machte er sich als Kommunikationsberater selbstständig. Er ist verheiratet. Gemäss eigenen Angaben hat er eine Vorstrafe aus dem Jahre 1989/90 wegen Betrugs, da er Arbeitslosengelder bezog, ohne einen Nebenjob zu melden. Der Gesuchsgegner wurde im Jahr 2010 vom Obergericht wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, grösstenteils qualifiziert begangen, Fahrens ohne Führerausweis sowie mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, unter Anrechnung von 55 Tagen Untersuchungshaft und unter Gewährung

---

416 Im Einzelnen: BGE 135 IV 158
417 BGE vom 16. September 2011, 6B_294/2011, Erw. 2.1
418 BGE vom 16. September 2011, 6B_294/2011, Erw. 2.1; BGE 102 IV 166

des bedingten Strafvollzugs mit einer Probezeit von zwei Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 1'400.00 verurteilt. In diesem Exequaturverfahren macht der Gesuchsgegner geltend, er habe familiäre Beziehungen nur zu Personen in der Schweiz (Mutter, Bruder, Schwester und Ehefrau), verfüge über einen schlechten Gesundheitszustand und spreche die albanische Sprache nicht; ausserdem entspreche das albanische Gefängnis europäischen Haftbedingungen und der entsprechenden Gesundheitsversorgung nicht. Gründe, weshalb nach Art. 94 Abs. 1 lit. c IRSG[419] eine Vollstreckung in der Schweiz nicht in Betracht käme, sind nicht zu erkennen. Ebenso wenig sind Gründe erkennbar, die nach Art. 95 oder 96 IRSG einer Vollstreckbarerklärung in der Schweiz entgegen stehen könnten. Insbesondere liegt auch nicht der Fall von Art. 96 lit. a IRSG vor[420].

4. Die von den albanischen Gerichten ausgefällte Freiheitsstrafe von sieben Jahren und vier Monaten beziehungsweise noch von vier Jahren, fünf Monaten und 28 Tagen ist damit für vollstreckbar zu erklären.

5. Die Vollstreckungsmodalitäten richten sich gemäss Art. 9 Ziff. 3 des Übereinkommens nach schweizerischem Recht.

Obergericht, 1. Abteilung, 17. Juli 2013, SW.2013.82

---

419 Die Vollstreckung in der Schweiz erscheint insbesondere aus einem der Gründe nach Art. 85 Abs. 1 und 2 IRSG angezeigt oder als im ersuchenden Staat ausgeschlossen.

420 Der Verurteilte hat in der Schweiz wegen anderer Taten eine freiheitsbeschränkende Sanktion verwirkt, und die nachgesuchte Vollstreckung würde offensichtlich eine schwerere Bestrafung zur Folge haben, als wenn die Gesamt-Taten in der Schweiz beurteilt würden.

III. Kantonales Recht

35. Praktikanten von ausserkantonalen Rechtsanwälten sind im Kanton Thurgau nur dann vertretungsberechtigt, wenn eine Gegenrechtsvereinbarung im Sinn von § 10 AnwV besteht.

Bezüglich der Entschädigung der Privatklägerschaft gestützt auf Art. 433 Abs. 1 StPO würdigte die Vorinstanz den der Privatklägerin entstandenen Aufwand und ging von einer vollen Entschädigung von pauschal Fr. 1'000.00 aus. Dabei übersah die Vorinstanz, dass Praktikanten von ausserkantonalen Rechtsanwälten im Thurgau zu Verhandlungen nur zugelassen und lediglich dann vertretungsberechtigt sind, wenn eine Gegenrechtsvereinbarung im Sinn von § 10 AnwV besteht[421]; entsprechende Vereinbarungen gibt es mit dem Kanton Luzern indessen nicht. Auch das BGFA[422] hat - entsprechend seinem in Art. 1 und 2 geregelten Geltungsbereich - nichts daran geändert, dass die Rechtspraktikantenbewilligung dem Fähigkeitsausweis als Rechtsanwalt nicht gleichzusetzen ist, denn sie wird gerade erteilt, um dem Praktikanten zu ermöglichen, die Ausbildung als Rechtsanwalt abzuschliessen und überhaupt erst zur Prüfung zugelassen zu werden, nach deren (allfälligem) Bestehen er den Fähigkeitsausweis (das Anwaltspatent) erwirbt; "die Praktikantenbewilligung steht in ähnlichem Verhältnis zum Anwaltspatent wie der Lernfahrausweis zum Führerausweis"[423]. Daraus folgt, dass die Praktikantin des Rechtsvertreters der Privatklägerin an der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht gar nicht

---

421 Wie etwa mit St. Gallen und Appenzell
422 Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, SR 935.61
423 Vgl. BGE 125 II 318

auftreten durfte. Der mit dieser unzulässigen Vertretung vor Gericht verbundene anwaltliche Aufwand darf bei der Parteientschädigung deshalb nicht berücksichtigt werden.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. August 2013, SBR.2013.33

Das Bundesgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde am 22. Januar 2014 nicht ein (6B_972/2013).

36. Pflicht zur Protokollführung im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (§ 56 Abs. 4, 5 und 7 KESV)

1. Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird in § 29 ff. KESV[424] geregelt. Im Rahmen einer Anhörung ist der wesentliche Inhalt der Aussagen zu protokollieren. Ist eine förmliche Anhörung nicht möglich, so ist über die Wahrnehmungen der befragenden Personen ein Protokoll zu führen. Dabei können zur Unterstützung des Protokolls Bild- oder Tonbandgeräte verwendet werden[425]. Mit Blick auf das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde finden zusätzlich die Bestimmungen der ZPO und des ZSRG sowie der ZSRV sinngemäss Anwendung[426]. Sowohl die ZSRV als auch die ZPO enthalten Vorschriften zur Protokollierung[427]. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör respektive dem Teil des Gehörsanspruchs bildenden Recht auf Akteneinsicht[428] folgt, dass

---

[424] Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung vom 22. Oktober 2012 (RB 211.24)
[425] § 56 Abs. 4, 5 und 7 KESV
[426] § 29 Abs. 1 und 2 KESV
[427] Vgl. § 72 ZSRV sowie Art. 176, 182, 193 und 235 ZPO
[428] Art. 53 Abs. 1 und 2 ZPO

entscheidrelevante Tatsachen und Ergebnisse (schriftlich oder allenfalls auf andere Weise) festzuhalten sind. Das rechtliche Gehör ist nur gewahrt, wenn die Behörde die Ausführungen der Parteien und allfälliger Dritter tatsächlich zur Kenntnis nimmt und pflichtgemäss würdigt, wofür nur Gewähr besteht, wenn sie zu Protokoll genommen werden[429]. Dies bedeutet allerdings nicht, dass sämtliche Äusserungen zu protokollieren sind. Die Ausführungen tatsächlicher Natur sind vielmehr dem "wesentlichen Inhalt nach" zu protokollieren. Wesentlich sind solche Aussagen, die zur Sache gehören und keine Wiederholungen darstellen. Die Erfassung des wesentlichen Aussageinhalts erfordert eine grosse Geschicklichkeit in der Protokollierung. Dabei hat die Aufzeichnung stets Gewähr dafür zu bieten, dass die wesentlichen Vorbringen richtig, ohne Verzerrungen und ihrem Sinngehalt nach vollständig wiedergegeben werden[430]. Entscheidrelevante Beobachtungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sowie Aussagen der involvierten Personen müssen demzufolge dokumentiert werden. Nur auf diese Weise ist es der Rechtsmittelinstanz überhaupt möglich, den angefochtenen Entscheid auf Rechtskonformität und Angemessenheit zu überprüfen. Dies gilt auch dann, wenn es sich nach anfänglicher Einschätzung um einen klaren Fall handelt.

2. Zusammenfassend wird die Vorinstanz nicht umhin kommen, die Akten zu vervollständigen und die Notwendigkeit einer Massnahme (erneut) zu prüfen.

Obergericht, 1. Abteilung, 11. September 2013, KES.2013.31

---

429 Pahud, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2010, Art. 235 N 3; Leuenberger, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 235 N 2; Willisegger, Basler Kommentar, Art. 235 ZPO N 5

430 Willisegger, Art. 235 ZPO N 29 ff.

37. Verfahrenskosten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde; Leistungen Dritter (§ 62 Abs. 1 und 2 KESV)

1. Der Einzelrichter der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nahm Vormerk vom Kindesverhältnis zwischen der unmündigen Tochter und ihrem nicht mit der Kindesmutter verheirateten Vater. Zudem genehmigte der Einzelrichter den zwischen Vater und Tochter abgeschlossenen Unterhaltsvertrag. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Verfahrensgebühr von Fr. 100.00 sowie einer "Fallpauschalen" der Berufsbeistandschaft von Fr. 250.00, auferlegte er den Eltern je zur Hälfte.

2. Dagegen erhoben die Eltern Beschwerde. Die Beschwerdeführer rügten einerseits die in Rechnung gestellten Fr. 250.00 für die Aufwendungen der Berufsbeistandschaft im Zusammenhang mit dem Unterhaltsvertrag, andererseits die inskünftig anfallenden Kosten betreffend die Regelung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Was die zweite Rüge betrifft, fehlt es an einem Anfechtungsobjekt[431]. Eine Gebühr für die Genehmigung der gemeinsamen Sorge kann erst angefochten werden, nachdem sie verfügt worden ist. Eine "hypothetische Anfechtung" ist nicht möglich. Die Beschwerde erscheint in dieser Hinsicht als verfrüht, weshalb auf das Rechtsmittel in diesem Punkt mangels eines tauglichen Anfechtungsobjekts nicht einzutreten ist[432]. Zu prüfen sind somit einzig die den Beschwerdeführern auferlegten Kosten der Berufsbeistandschaft von Fr. 250.00.

3. a) Die Kosten des Verfahrens vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bestehen aus der Verfahrensgebühr und den

---

[431] Art. 319 ZPO

[432] Zürcher, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 59 N 90; Gehri, Basler Kommentar, Art. 60 ZPO N 11

Kosten einer von der Behörde angeordneten Vertretung sowie den Barauslagen. Als Barauslagen gelten alle der Behörde entstandenen Auslagen, insbesondere für Leistungen Dritter, wie die Kosten für Gutachten und ärztliche Fachberichte sowie die Auslagen für Übersetzungen, für Publikationen und für entrichtete Gebühren[433]. Die Verfahrensgebühr der Kindes- und Erwachsenschutzbehörde bemisst sich nach § 10 Ziff. 3 GebV[434] und beträgt für Anordnungen und Entscheide des Einzelrichters Fr. 100.00 bis Fr. 1'000.00. Die Kostenverlegung wird in der Regel im verfahrenserledigenden Entscheid vorgenommen. Sie werden der betroffenen Person auferlegt, sofern nicht besondere Umstände eine andere Verlegung der Kosten oder den Verzicht auf Verfahrenskosten rechtfertigen[435].

b) Es ist vorab festzuhalten, dass die Vorinstanz die Gebühr an der unteren Limite von Fr. 100.00 festsetzte, was nur mit Rücksicht auf den sehr beschränkten Aufwand[436] möglich war. Hätte über weitere Anträge[437] befunden werden müssen, hätte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine höhere Verfahrensgebühr festsetzen müssen.

c) Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführern (auch) die "Fallpauschale" der Berufsbeistandschaft von Fr. 250.00 in Rechnung stellte, ist dies doch in § 62 Abs. 2 KESV vorgesehen. Nachdem sich die Beschwerdeführer - wie im Schreiben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als mögliche

---

433 § 62 Abs. 1 und 2 KESV

434 Verordnung des Grossen Rates über die Gebühren der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden vom 13. Mai 1992, RB 638.1

435 § 63 Abs. 1 und 2 KESV

436 Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens bildeten (einzig) die Vormerkung des Kindesverhältnisses sowie die Genehmigung des Unterhaltsvertrags.

437 Zum Beispiel über einen Antrag betreffend die Genehmigung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Variante aufgezeigt - an die Berufsbeistandschaft gewandt und darauf verzichtet hatten, selber oder mit privater Hilfe einen entsprechenden Vertrag aufzusetzen, ist der in diesem Zusammenhang bei der betroffenen Amtsperson angefallene Aufwand zu entschädigen[438]. Eine Zusammenstellung dieses Aufwands ist den Akten nirgends zu entnehmen. Es ist aber zu bedenken, dass hinsichtlich der Höhe einer "Gebühr" (auch) ein gewisser Ausgleich im Hinblick auf die Bedeutung und das Interesse des Privaten an der staatlichen Leistung zulässig ist, ebenso in beschränktem Ausmass eine Pauschalierung aus Gründen der Verwaltungsökonomie[439]. Gegen die "Fallpauschale" von Fr. 250.00 ist somit nichts einzuwenden.

Obergericht, 1. Abteilung, 11. September 2013, KES.2013.32

38. Zweite Zustellung eines Entscheids, ohne auf den Lauf der Rechtsmittelfrist hinzuweisen; Rechtsfolge (§ 77 Abs. 2 ZSRV)

1. Die Vorinstanz eröffnete auf Antrag der Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Entscheid den Konkurs über die Beschwerdeführerin. Diese führte mit einer am 3. August 2013 zur Post gegebenen Eingabe Beschwerde.

2. a) Der angefochtene Entscheid wurde am 12. Juli 2013 zur Post gegeben und von der Beschwerdeführerin dort nicht abgeholt. Damit würde an sich Art. 138 Abs. 3 ZPO Anwendung finden; gemäss dieser Bestimmung gilt die eingeschriebene Zustellung von Entscheiden

---

[438] Vgl. § 46 Abs. 5 KESV
[439] Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6.A., N 2641

am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt, wenn eine eingeschriebene Postsendung nicht abgeholt worden ist. Voraussetzung ist einzig, dass die betroffene Person mit der Zustellung rechnen musste. Hier müsste der angefochtene Entscheid damit als am 22. Juli 2013 zugestellt gelten, so dass die Beschwerdefrist am 2. August 2013 abgelaufen und die Beschwerde vom 3. August 2013 verspätet wäre. Die Vorinstanz nahm indessen am 24. Juli 2013 eine zweite Zustellung mit gewöhnlicher Post vor, ohne dabei, wie es § 77 Abs. 2 ZSRV ausdrücklich vorschreibt, auf den Lauf der Rechtsmittelfrist hinzuweisen. Aufgrund dieser zweiten Zustellung muss die Beschwerde mit Rücksicht auf den verfassungsmässigen Anspruch auf Vertrauensschutz als rechtzeitig eingereicht gelten, denn die Beschwerdefrist beginnt im vorliegenden Fall mangels eines korrekten Hinweises auf den Lauf der Rechtsmittelfrist ab dem 26. Juli 2013[440]. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn die zweite Zustellung erst nach Ablauf der ordentlichen Rechtsmittelfrist erfolgt wäre, weil nach Eintritt der Rechtskraft dem Betroffenen durch eine spätere unrichtige Auskunft (Rechtsmittelbelehrung) grundsätzlich kein Nachteil mehr erwachsen kann.

b) Im Übrigen musste die Beschwerdeführerin ohnehin nicht mit der Zustellung eines Konkursdekrets rechnen, nachdem sie auch nicht mit der Zustellung der Vorladung zu einer Konkursverhandlung rechnen musste. Auch aus dieser Sicht gilt die Beschwerde als fristgerecht eingereicht.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. August 2013, BR.2013.50

---

[440] RBOG 1989 Nr. 6; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 58 N 7; BGE 119 V 94, 115 Ia 20

39. **Gebühren der Staatsanwaltschaft** (§§ 6, 3 Abs. 2 VGG; Art. 422 StPO)

1. Bei den Verfahrenskosten kritisierte die Vorinstanz die von der Staatsanwaltschaft geltend gemachten Untersuchungskosten von insgesamt Fr. 3'449.00 (Verfahrensgebühr der Staatsanwaltschaft Fr. 600.00, zehn Seiten staatsanwaltschaftliche Einvernahme für Fr. 500.00 und 783 Seiten Strafuntersuchungsakten für Fr. 2'349.00) insofern, als die Gebühren für die 783 Kopien der Strafuntersuchungs- und Beschwerdeakten übersetzt seien; entsprechend den zulässigen Ansätzen für Kopien seien nur Fr. 174.60 zu berücksichtigen. Dementsprechend wurden die Untersuchungskosten auf Fr. 1'274.60 reduziert.

2. Die Vorinstanz reduzierte die Verfahrenskosten der Staatsanwaltschaft zu Unrecht, denn bei den Kosten für die Strafuntersuchungs- und Beschwerdeakten handelt es sich gerade nicht um blosse Kopierkosten; insofern liegt offensichtlich ein Missverständnis vor: Die Staatsanwaltschaft kann gemäss § 6 VGG[441] für eine Strafuntersuchung Verfahrenskosten von mindestens Fr. 500.00 bis höchstens Fr. 50'000.00 erheben; in umfangreichen Verfahren kann die Gebühr zudem gemäss § 3 Abs. 2 VGG bis auf Fr. 100'000.00 erhöht werden. Einen derart weiten Gebührenrahmen gibt es gemäss VGG nur in diesem Bereich[442]. Ob die Staatsanwaltschaft berechtigt wäre, die Gebühr im Einzelfall ohne weitere Begründung pauschal innerhalb des

---

[441] Verordnung des Grossen Rates über die Gebühren der Strafuntersuchungs- und Gerichtsbehörden, RB 638.1

[442] Zwar kann gemäss § 13 Abs. 2 VGG auch das Obergerichtspräsidium für seine Entscheide Gebühren bis Fr. 20'000.00 erheben, doch bezieht sich dieser Gebührenrahmen im oberen Bereich vorab auf immaterialgüterrechtliche Massnahmenverfahren, in welchen sich entsprechend hohe Gebühren regelmässig einerseits schon aufgrund des Streitwerts und andererseits aufgrund der Dringlichkeit solcher Verfahren und dem damit verbundenen zusätzlichen Arbeitsaufwand rechtfertigt.

Gebührenrahmens festzusetzen, wäre wohl eher zu bejahen, kann aber offen bleiben. Stattdessen hat sie sich - den von ihr bisher angewendeten Grundsätzen folgend - entschieden, für die Festsetzung der angemessenen Gebühr Faustregeln zu entwickeln; gemäss diesen Faustregeln wird neben einer nach Aufwand festgesetzten Pauschalgebühr eine Gebühr für staatsanwaltschaftliche Einvernahmen (und gegebenenfalls weitere Verrichtungen) sowie eine sich nach dem Aktenumfang bemessende Gebühr erhoben. Dabei mag durchaus diskutabel sein, ob diese Faustregeln sinnvoll sind oder ob es allenfalls bessere Lösungen für die Bemessung der Gebühren im Einzelfall gäbe. Entscheidend ist, abgesehen davon, dass sich bessere Lösungen ohnehin nicht ohne weiteres abzeichnen, dass der Staatsanwaltschaft in diesem Bereich einerseits eine selbstständige Entscheidungsbefugnis zukommt, und dass das von ihr gewählte System andererseits eine durchaus brauchbare Lösung darstellt, wie jedenfalls dem Umfang und damit gleichzeitig mindestens teilweise auch der Komplexität einer Strafuntersuchung Rechnung getragen werden kann.

3. Entsprechend ihren Faustregeln setzte die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall eine pauschale, dem Verfahren durchaus angemessene Verfahrensgebühr von Fr. 600.00 fest und rechnete - neben der Gebühr für die staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen -, um dem Umfang der Abklärungen Rechnung zu tragen, 783 Seiten Aktenumfang à Fr. 3.00 dazu. Gegen diese Gebührenfestsetzung ist grundsätzlich nichts einzuwenden.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. August 2013, SBR.2013.33

Das Bundesgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde am 22. Januar 2014 nicht ein (6B_972/2013).

D. Gesetzesregister 2013

I. Bundesrecht

Bundesverfassung (BV)
vom 18. April 1999 / SR 101

Art. 30 Abs. 1	Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kommt gerichtliche Unabhängigkeit zu: RBOG 2013 Nr. 1

Zivilgesetzbuch (ZGB)
vom 10. Dezember 1907 / SR 210

Art. 2 Abs. 2	Auskunftsrecht nach Art. 8 Abs. 1 DSG: RBOG 2013 Nr. 9
Art. 176 Abs. 3	Gemeinsame elterliche Obhut im Eheschutzverfahren: RBOG 2013 Nr. 2
Art. 307 Abs.1	Eintragung im automatisierten Polizeifahndungssystem (RIPOL) und Hinterlegung der Ausweisschriften zur Verhinderung einer möglichen Kindesentführung: RBOG 2013 Nr. 3
Art. 310 Abs. 1	Vorläufiger Obhutsentzug aufgrund einer qualifizierten Körperverletzung zum Nachteil eines Säuglings: RBOG 2013 Nr. 4

Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1	Präzisierung des Umfangs der Mitwirkungsbeistandschaft; Beschränkung des Rechts der Beiständin, die Post zu öffnen: RBOG 2013 Nr. 5
Art. 391 Abs. 3	Präzisierung des Umfangs der Mitwirkungsbeistandschaft; Beschränkung des Rechts der Beiständin, die Post zu öffnen: RBOG 2013 Nr. 5
Art. 394	Präzisierung des Umfangs der Mitwirkungsbeistandschaft; Beschränkung des Rechts der Beiständin, die Post zu öffnen: RBOG 2013 Nr. 5
Art. 395	Präzisierung des Umfangs der Mitwirkungsbeistandschaft; Beschränkung des Rechts der Beiständin, die Post zu öffnen: RBOG 2013 Nr. 5
Art. 396	Präzisierung des Umfangs der Mitwirkungsbeistandschaft; Beschränkung des Rechts der Beiständin, die Post zu öffnen: RBOG 2013 Nr. 5
Art. 439 Abs. 1	Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kommt gerichtliche Unabhängigkeit zu: RBOG 2013 Nr. 1
Art. 450e Abs. 4	Ausnahmen vom Grundsatz, wonach die gerichtliche Beschwerdeinstanz die betroffene Person als Kollegium anhört: RBOG 2013 Nr. 6
Art. 554	Honorar des Erbenvertreters: RBOG 2013 Nr. 7
Art. 595 Abs. 3	Honorar des Erbenvertreters: RBOG 2013 Nr. 7
Art. 602	Honorar des Erbenvertreters: RBOG 2013 Nr. 7

Obligationenrecht (OR)
vom 30. März 1911 / SR 220

Art. 1	Regelung der Nebenkosten im Mietvertrag: RBOG 2013 Nr. 8
Art. 18	Regelung der Nebenkosten im Mietvertrag: RBOG 2013 Nr. 8
Art. 257a	Regelung der Nebenkosten im Mietvertrag: RBOG 2013 Nr. 8
Art. 328	Sturz aus Balkontüre bei fehlendem Balkon; strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers und des Bauleiters; Selbstverschulden: RBOG 2013 Nr. 18

Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG)
vom 19. Juni 1992 / SR 235.1

Art. 8 Abs.1	Auskunftsrecht nach Art. 8 Abs. 1 DSG: RBOG 2013 Nr. 9
Art. 9 Abs. 4	Auskunftsrecht nach Art. 8 Abs. 1 DSG: RBOG 2013 Nr. 9

Zivilprozessordnung (ZPO)
vom 19. Dezember 2008 / SR 272

Art. 117 f.	Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bei gleichzeitigem Ersuchen um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist keine unnötige Rechtsvorkehr, die die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausschliesst; Entscheidkompetenz: RBOG 2013 Nr. 10
Art. 125 lit. a	Ein Teilentscheid über den Streitwert führt nicht zu einem Endentscheid und ist daher unzulässig: RBOG 2013 Nr. 11
Art. 125 lit. b	Die Erhebung von Berufung und Beschwerde in einer Eingabe ist zulässig; die Verweisung der güterrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren ist ein prozessleitender Entscheid und nicht berufungsfähig: RBOG 2012 Nr. 12
Art. 138 Abs. 3 lit. a	Die Zustellfiktion ist auf die erste Aufforderung zur Stellungnahme zum Rechtsöffnungsgesuch nicht anwendbar: RBOG 2013 Nr. 13
Art. 237 Abs. 1	Ein Teilentscheid über den Streitwert führt nicht zu einem Endentscheid und ist daher unzulässig: RBOG 2013 Nr. 11
Art. 238 lit. f.	Anwendbares Recht im Verfahren der SchKG-Beschwerde; Angabe der konkreten Rechtsmittelinstanz in der Rechtsmittelbelehrung: RBOG 2013 Nr. 17

Art. 263	Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bei gleichzeitigem Ersuchen um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist keine unnötige Rechtsvorkehr, die die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausschliesst; Entscheidkompetenz: RBOG 2013 Nr. 10
Art. 265	Kein Rechtsmittel gegen superprovisorische Massnahmen im Eheschutzverfahren: RBOG 2013 Nr. 14
Art. 283 Abs. 2	Die Erhebung von Berufung und Beschwerde in einer Eingabe ist zulässig; die Verweisung der güterrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren ist ein prozessleitender Entscheid und nicht berufungsfähig: RBOG 2012 Nr. 12
Art. 289	Anfechtung der Nebenfolgen einer Scheidungskonvention wegen Willensmängeln und Unangemessenheit: RBOG 2013 Nr. 15
Art. 303 Abs. 1	Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bei gleichzeitigem Ersuchen um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist keine unnötige Rechtsvorkehr, die die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausschliesst; Entscheidkompetenz: RBOG 2013 Nr. 10
Art. 308 Abs. 1	Die Erhebung von Berufung und Beschwerde in einer Eingabe ist zulässig; die Verweisung der güterrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren ist ein prozessleitender Entscheid und nicht berufungsfähig: RBOG 2012 Nr. 12

Art. 311 Abs. 1	Alternativbegehren sind unzulässig: RBOG 2013 Nr. 16
Art. 319	Die Erhebung von Berufung und Beschwerde in einer Eingabe ist zulässig; die Verweisung der güterrechtlichen Auseinandersetzung in ein separates Verfahren ist ein prozessleitender Entscheid und nicht berufungsfähig: RBOG 2012 Nr. 12

Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)
vom 11. April 1889/16. Dezember 1994 / SR 281.1

Art. 17	Anwendbares Recht im Verfahren der SchKG-Beschwerde; Angabe der konkreten Rechtsmittelinstanz in der Rechtsmittelbelehrung: RBOG 2013 Nr. 17
Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4	Anwendbares Recht im Verfahren der SchKG-Beschwerde; Angabe der konkreten Rechtsmittelinstanz in der Rechtsmittelbelehrung: RBOG 2013 Nr. 17
Art. 81 Abs. 3	Vollstreckung eines deutschen Versäumnisurteils: RBOG 2013 Nr. 33

Strafgesetzbuch (StGB)
vom 21. Dezember 1937 / SR 311.0

Art. 11	Sturz aus Balkontüre bei fehlendem Balkon; strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers und des Bauleiters; Selbstverschulden: RBOG 2013 Nr. 18
Art. 125	Sturz aus Balkontüre bei fehlendem Balkon; strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arbeitgebers und des Bauleiters; Selbstverschulden: RBOG 2013 Nr. 18
Art. 149	Zechprellerei: RBOG 2013 Nr. 19
Art. 187	Untersuchungshaft: Wiederholungsgefahr ohne Vortat: RBOG 2013 Nr. 28

Strafprozessordnung (StPO)
vom 5. Oktober 2007 / SR 312.0

Art. 5 Abs. 2	Konsequenzen bei Verzögerungen durch Verteidigungsstrategien im Haftprüfungsverfahren: RBOG 2013 Nr. 20
Art. 9 Abs. 1	Anforderungen an den Inhalt des Strafbefehls, wenn dieser als Anklageschrift gilt: RBOG 2013 Nr. 21
Art. 10 Abs. 2	Geschwindigkeitsschätzung durch Polizeibeamte: RBOG 2013 Nr. 22

	Beurteilung eines Gutachtens über die Glaubhaftigkeit von Aussagen eines Kindes: RBOG 2013 Nr. 27
Art. 40 Abs. 2	Internationaler und interkantonaler Gerichtsstandskonflikt: RBOG 2013 Nr. 23
Art. 80 Abs. 2/3	Begründungsanforderungen an eine Verfügung der Staatsanwaltschaft: RBOG 2013 Nr. 24
Art. 90 Abs. 1	Fristenlauf, wenn anlässlich der mündlichen Eröffnung eines Urteils, nicht auf die Frist für die Berufungsanmeldung aufmerksam gemacht wurde: RBOG 2013 Nr. 31
Art. 101 f.	Akteneinsicht und Teilnahmerechte von Mitangeschuldigten: RBOG 2013 Nr. 25
Art. 108	Akteneinsicht und Teilnahmerechte von Mitangeschuldigten: RBOG 2013 Nr. 25
Art. 132 Abs. 1	Amtliche Verteidigung: RBOG 2013 Nr. 26
Art. 147 Abs. 1	Akteneinsicht und Teilnahmerechte von Mitangeschuldigten: RBOG 2013 Nr. 25
Art. 185	Beurteilung eines Gutachtens über die Glaubhaftigkeit von Aussagen eines Kindes: RBOG 2013 Nr. 27
Art. 189	Beurteilung eines Gutachtens über die Glaubhaftigkeit von Aussagen eines Kindes: RBOG 2013 Nr. 27

Art. 221 Abs. 1 lit. c	Untersuchungshaft: Wiederholungsgefahr ohne Vortat: RBOG 2013 Nr. 28
Art. 227	Konsequenzen bei Verzögerungen durch Verteidigungsstrategien im Haftprüfungsverfahren: RBOG 2013 Nr. 20
Art. 319 Abs. 1	Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahrens: RBOG 2013 Nr. 29
Art. 325	Anforderungen an den Inhalt des Strafbefehls, wenn dieser als Anklageschrift gilt: RBOG 2013 Nr. 21
Art. 352 Abs. 1	Falls die Voraussetzungen von Art. 352 Abs. 1 StPO erfüllt sind, hat zwingend ein Strafbefehl zu ergehen; Folgen eines fehlenden Strafbefehls: RBOG 2013 Nr. 30
Art. 399	Fristenlauf, wenn anlässlich der mündlichen Eröffnung eines Urteils, nicht auf die Frist für die Berufungsanmeldung aufmerksam gemacht wurde: RBOG 2013 Nr. 31
Art. 422	Gebühren der Staatsanwaltschaft: RBOG 2013 Nr. 39

Bundesgesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG)
vom 20. März 1981 / SR 351.1

Art. 88	Internationaler und interkantonaler Gerichtsstandskonflikt: RBOG 2013 Nr. 23

Tierschutzgesetz (TSchG)
vom 16. Dezember 2005 / SR 455

Art. 3 lit. b Ziff. 1	Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren: RBOG 2013 Nr. 32
Art. 6 Abs. 1	Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren: RBOG 2013 Nr. 32
Art. 26 Abs. 1 lit a	Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren: RBOG 2013 Nr. 32

Tierschutzverordnung (TSchV)
vom 23. April 2008 / SR 455.1

Art. 3	Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren: RBOG 2013 Nr. 32
Art. 5	Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren: RBOG 2013 Nr. 32
Art. 7 Abs. 2	Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren: RBOG 2013 Nr. 32

Art. 9 Abs. 2	Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren: RBOG 2013 Nr. 32
Art. 65 Abs. 1/2	Auslegung des Begriffs der Vernachlässigung von Tieren: RBOG 2013 Nr. 32

Strassenverkehrsgesetz (SVG)
vom 19. Dezember 1958 / SR 741.01

Art. 32	Geschwindigkeitsschätzung durch Polizeibeamte: RBOG 2013 Nr. 22
Art. 90	Geschwindigkeitsschätzung durch Polizeibeamte: RBOG 2013 Nr. 22

II. Staatsverträge

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)
vom 4. November 1950 / SR 0.101

Art. 5 Ziff. 1 lit. c	Untersuchungshaft: Wiederholungsgefahr ohne Vortat: RBOG 2013 Nr. 28
Art. 6 Ziff. 1	Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kommt gerichtliche Unabhängigkeit zu: RBOG 2013 Nr. 1

Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ)
vom 30. Oktober 2007 / SR 0.275.12

Art. 34 Ziff. 2	Vollstreckung eines deutschen Versäumnisurteils: RBOG 2013 Nr. 33
Art. 53 f.	Vollstreckung eines deutschen Versäumnisurteils: RBOG 2013 Nr. 33

Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen
vom 21. März 1983 / SR 0.343

Art. 9 ff.	Exequaturverfahren aufgrund eines Überstellungsersuchens: RBOG 2013 Nr. 34

III. Kantonales Recht

Verordnung des Obergerichts zum Anwaltsgesetz (AnwV)
vom 13. Juni 2002 / RB 176.11

§ 10	Praktikanten von ausserkantonalen Rechtsanwälten sind im Kanton Thurgau nur dann vertretungsberechtigt, wenn eine Gegenrechtsvereinbarung im Sinn von § 10 AnwV besteht: RBOG 2013 Nr. 35

Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB)
vom 3. Juli 1991 / RB 210.1

§ 16 Abs. 1	Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kommt gerichtliche Unabhängigkeit zu: RBOG 2013 Nr. 1

Verordnung des Obergerichts zum Kindes- und Erwachsenenschutz (Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, KESV)
vom 22. Oktober 2012 / RB 211.24

§ 56 Abs. 4/5/7	Pflicht zur Protokollführung im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde: RBOG 2013 Nr. 36
§ 62 Abs. 1/2	Verfahrenskosten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde; Leistungen Dritter: RBOG 2013 Nr. 37

Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege (ZSRV)
vom 27. Mai 2010 / RB 271.11

§ 45b Abs. 1	Die Einleitung des Schlichtungsverfahrens bei gleichzeitigem Ersuchen um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist keine unnötige Rechtsvorkehr, die die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausschliesst; Entscheidkompetenz: RBOG 2013 Nr. 10
§ 77 Abs. 2	Zweite Zustellung eines Entscheids ohne auf den Lauf der Rechtsmittelfrist hinzuweisen; Rechtsfolge: RBOG 2013 Nr. 38

Verordnung des Grossen Rates über die Gebühren der Strafuntersuchungs- und Gerichtsbehörden (VGG)
vom 13. Juli 1992 / RB 638.1

§ 6	Gebühren der Staatsanwaltschaft: RBOG 2013 Nr. 39
§ 3 Abs. 2	Gebühren der Staatsanwaltschaft: RBOG 2013 Nr. 39