Thurgau

Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

2012

Inhaltsverzeichnis

A. Jahresbericht Seite

I. Personelles
1. Obergericht 9
2. Bezirksgerichte 10
3. Zwangsmassnahmengericht 11
4. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 12

II. Tätigkeit der Gerichtsbehörden
1. Obergericht 13
2. Bezirksgerichte 20
3. Zwangsmassnahmengericht 23
4. Rechtsmittel an Bundesgericht / Bundesstrafgericht 24

III. Tätigkeit der Schlichtungsbehörden
1. Friedensrichterämter 25
2. Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz 26
3. Schlichtungsbehörden in Mietsachen 26

IV. Schuldbetreibung und Konkurs
1. Beschwerden 28
2. Konkursamt 28
3. Betreibungsämter 30

V. Tätigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 31

VI. Rechtsetzung 32

VII. Stellungnahmen und Mitberichte 38

VIII. Verschiedenes
1. Allgemeines 41
2. Obergericht 44
3. Bezirksgerichte 53
4. Zwangsmassnahmengericht 54
5. Friedensrichterämter 54
6. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 55

IX. Verzeichnis der Justizbehörden 59

B. Statistische Angaben

I. Obergericht 75
II. Bundesgerichtlich erledigte Fälle 86
III. Zwangsmassnahmengericht 87
IV. Bezirksgerichte 88
V. Friedensrichterämter 101
VI. Konkursamt 102
VII. Betreibungsämter 103

C. Entscheide

I. Bundesrecht 106
II. Staatsverträge 291

D. Gesetzesregister 2012

I. Bundesrecht 295
II. Staatsverträge 307

Bücher sind wie Brillen, durch welche die Welt betrachtet wird; schwachen Augen freilich nötig, zur Stütze, zur Erhaltung. Aber der freie Blick ins Leben erhält das Auge gesünder.

(Ludwig Feuerbach, "Schriftsteller und Mensch", 1834)

Auf ein Lot Jurisprudenz kommt ein Zentner Lebens- und Menschenkenntnis.

(Gustav Radbruch, "Einführung in die Rechtswissenschaft", 1952)

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 2012.

Das Berichtsjahr war im Wesentlichen von den Vorbereitungsarbeiten für das am 1. Januar 2013 in Kraft getretene neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und den weiteren auf diesen Zeitpunkt hin in Kraft gesetzten Änderungen - wie insbesondere etwa dem neuen Beurkundungsrecht der Anwältinnen und Anwälte - geprägt.

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

Frauenfeld, im April 2013

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) An Ihrer Wahlsitzung vom 30. Mai 2012 bestätigte Ihr Rat den Präsidenten, die fünf Mitglieder und die vier Ersatzmitglieder des Obergerichts im Amt.

b) Am 29. Juni 2012 wählte das Obergericht Dr. Elisabeth Thürer erneut als Vizepräsidentin.

c) Im Sommer 2012 kündigte die Leitende Obergerichtsschreiberin, Dr. Barbara Merz, nachdem sie vom Regierungsrat zur Präsidentin der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Frauenfeld gewählt worden war. Dr. Barbara Merz war während nicht weniger als 27 Jahren für das Obergericht tätig gewesen und prägte in dieser Zeit die Tätigkeit des Obergerichts wesentlich mit.

An ihrer Stelle wählte das Obergericht im Juni 2012 lic.iur. Giovanni Schramm, Rechtsanwalt, Hosenruck, zum Leitenden Obergerichtsschreiber auf den 1. September 2012.

d) Die Personalkapazität bei den Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern des Obergerichts liegt seit 1. Januar 2013 bei 5,3 Stellen. Bei der Obergerichtskanzlei sind es nach wie vor 4,2 Stellen.

2. Bezirksgerichte

a) Im Frühling 2012 fanden die Gesamterneuerungswahlen bei den Bezirksgerichten statt.

Beim Bezirksgericht Arbon trat Werner Straub, der dem Gericht seit dem Jahr 1992 als Ersatzmitglied angehört hatte, auf das Ende der Amtsdauer zurück. An seiner Stelle wurde Ralph Brunner, Personalberater, als Ersatzmitglied gewählt. Im Übrigen ergaben sich keine personellen Veränderungen.

Beim Bezirksgericht Frauenfeld traten auf das Ende der Amtsperiode die Bezirksrichter Peter Hefti und Stefan Bünter zurück, die dem Gericht seit 2000 beziehungsweise 2004 angehört hatten. Als Nachfolger wurden Martin Aebersold, Berufsschullehrer, und Marianne Guhl Gsell, Ing.Agr., Bibliothekarin, gewählt. Die übrigen Mitglieder und Ersatzmitglieder wurden wiedergewählt.

Beim Bezirksgericht Kreuzlingen ergaben sich aufgrund der Wahlen keine personellen Veränderungen.

Beim Bezirksgericht Münchwilen trat Peter Haas auf Ende der Amtszeit als Bezirksrichter zurück; er hatte dem Gericht seit dem Jahr 1996 angehört. Neu gewählt wurde Angela Haltiner, Unternehmerin. Die übrigen Mitglieder und Ersatzmitglieder des Bezirksgerichts wurden in ihrem Amt bestätigt.

Beim Bezirksgericht Weinfelden ergaben sich aufgrund der Wahlen keine personellen Veränderungen.

b) Das Gesamtpensum der Berufsrichterinnen und Berufsrichter an den Bezirksgerichten beträgt derzeit nach wie vor 1'500% und dasjenige der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber 1'240%.

c) Bei den Berufsrichterinnen und Berufsrichtern sowie den Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern der Bezirksgerichte sind die Geschlechter in ausgeglichenem Mass vertreten: Derzeit sind es 17 Frauen auf insgesamt 32 Stellen.

d) Das Bezirksgericht Frauenfeld wählte auf anfangs März 2012 lic.iur.oec. Stefanie Bächinger, Rechtsanwältin, als Gerichtsschreiberin.

e) Beim Bezirksgericht Münchwilen trat auf Ende Mai 2012 Peter Eggenberger als Leitender Gerichtsschreiber zurück. Als Gerichtsschreiber wurde neu MLaw Marc Bühler, Rechtsanwalt, gewählt; neue Leitende Gerichtsschreiberin ist lic.iur. Sabrina Künzler-Baumann, Rechtsanwältin.

3. Zwangsmassnahmengericht

Der Präsident und die Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts wurden von Ihnen für die Amtsperiode 2012 bis 2016 in ihrem Amt bestätigt. 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) Das Pensum der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und ihrer Fachsekretariate wurde vom Obergericht in der Verordnung zum Kindes- und Erwachsenenschutz vom 22. Oktober 2012 im Detail geregelt.

Der gesamte Beschäftigungsgrad der Präsidien und Mitglieder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beträgt für den Bezirk Arbon 410%, für den Bezirk Frauenfeld 500%, für den Bezirk Kreuzlingen 330%, für den Bezirk Münchwilen 330% und für den Bezirk Weinfelden 390%. Der gesamte Beschäftigungsgrad der Fachsekretariate der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beträgt für den Bezirk Arbon 410%, für den Bezirk Frauenfeld 500%, für den Bezirk Kreuzlingen 330%, für den Bezirk Münchwilen 330% und für den Bezirk Weinfelden 430%.

b) Der Regierungsrat wählte im April 2012 die Präsidentinnen und Präsidenten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie Ende Mai 2012 die Mitglieder dieser Behörden.

c) Die Anstellung der Mitarbeitenden der Fachsekretariate erfolgte durch die Präsidien der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Sommer 2012.

d) Bei den Mitgliedern der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind die Geschlechter in ausgeglichenem Mass vertreten; derzeit sind es 17 Frauen auf insgesamt 28 Stellen. Bei den Fachsekretariaten sind es demgegenüber 18 Frauen auf 24 Stellen.

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 Einzelheiten finden sich in der auf der Webseite des Obergerichts publizierten Geschäftsordnung (www.obergericht.tg.ch). Im Lauf des Berichtsjahrs wurde die Geschäftsordnung insofern geändert, als ab Januar 2013 die Beschwerden aus dem Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der 1. Abteilung übertragen wurden; die 2. Abteilung übernimmt stattdessen neu die Schuldbetreibungs- und Konkursbeschwerden und - vorbehältlich der beim Obergerichtspräsidium verbleibenden immaterialgüterrechtlichen Massnahmeverfahren - alle erstinstanzlichen Verfahren.

b) Im Jahr 2012 gingen beim Obergericht insgesamt 571 Verfahren ein (2011: 606 Verfahren; 2010: 599 Verfahren). Gleichzeitig konnten im Berichtsjahr 575 Verfahren erledigt werden (2011: 639 Verfahren; 2010: 589 Verfahren).

c) Von den gesamthaft 571 Verfahren, die beim Obergericht im Jahr 2012 eingingen, waren Ende des Jahres bereits 477 Fälle (84%) erledigt (2011: 84%; 2010: 79%).

d) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 149 Berufungsverfahren eingeschrieben (2011: 156 Verfahren; 2010: 189 Verfahren). Erledigt werden konnten im Jahr 2012 insgesamt 153 Berufungsverfahren (2011: 184 Verfahren; 2010: 195 Verfahren). Die Zahl der beim Obergericht insgesamt hängigen Berufungsverfahren sank damit von Ende 2011 auf Ende 2012 von 48 auf 44 Verfahren; Ende 2010 waren es noch 76 Verfahren gewesen.

e) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 299 Beschwerdeverfahren anhängig gemacht (2011: 367 Verfahren; 2010: 302 Verfahren). Umgekehrt konnte das Obergericht im Jahr 2012 insgesamt 300 Beschwerdeverfahren erledigen (2011: 372 Verfahren; 2010: 292 Verfahren).

f) Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen und Beschwerden) im Jahr 2012 insgesamt 448 Fälle ein, während 453 Fälle erledigt werden konnten (Erledigungen bei den Hauptgeschäften 2011: 556 Verfahren; 2010: 487 Verfahren).

g) Von den sechs Berufungsverfahren, die beim Obergericht Ende 2011 überjährig waren, konnten im Jahr 2012 fünf Fälle erledigt werden. Von den im Jahr 2011 eingegangenen Fällen war am Ende des Berichtsjahrs kein Berufungsverfahren mehr hängig. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2012 bei einem Fall (2011 und 2010: je sechs Fälle).

h) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 78 Berufungsverfahren in Zivilsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Falls bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 5,2 Monaten auf (2011: 4,7 Monate; 2010: 9,4 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 1,5 Monate (2011: 1,0 Monate; 2010: 2,6 Monate). Die Zahlen des Jahres 2010 lassen sich mit den Angaben für 2011 und 2012 allerdings insofern nur schlecht vergleichen, als ab dem Jahr 2011 ein Teil der Berufungen das summarische Zivilverfahren betraf, welches schon aufgrund der gerichtsinternen Prioritäten eine kürzere Verfahrensdauer aufweisen muss.

i) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 26 Berufungsverfahren in Strafsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Falls bis zum Versand des begründeten Ent-

scheids) von 7,5 Monaten auf (2011: 5,1 Monate; 2010: 7,1 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 1,8 Monate (2011: 1,8 Monate; 2010: 2,9 Monate). Die gesetzliche Frist für die Urteilsbegründung in Strafsachen liegt seit 2011 bei zwei Monaten, ausnahmsweise drei Monaten.

j) Die im Jahr 2012 materiell erledigten 92 Beschwerdeverfahren in Strafsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 2,9 Monaten auf (2011: 1,9 Monate; 2010: 2,3 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,9 Monate (2011 und 2010: je 0,5 Monate). Die Zahlen von 2010 lassen sich mit den Angaben für 2011 und 2012 allerdings nur bedingt vergleichen, da im Jahr 2010 bloss rund zwanzig Strafbeschwerden zu behandeln waren.

k) Die im Jahr 2012 materiell erledigten 128 Beschwerdeverfahren in Zivilsachen und im Bereich SchKG wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 1,9 Monaten auf (2011: 2,0 Monate; 2010: 2,4 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,6 Monate (2011 und 2010: je 0,6 Monate).

l) Das Obergerichtspräsidium erledigte im Berichtsjahr ein

immaterialgüterrechtliches Massnahmeverfahren.

In diesem Fall, in welchem sich die Gesuchstellerin auf das Markenschutzgesetz und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb berief, verbot das Obergerichtspräsidium der Gesuchsgegnerin im April 2012 superprovisorisch, einen bestimmten Faltprospekt in Verkehr zu bringen oder bringen zu lassen; der Grund lag darin, dass die Gesuchsgegnerin in diesem Prospekt Bildmaterial der Gesuchstellerin, teils auch noch mit deren Marke, verwenden wollte. Aufgrund dieses Entscheids zogen die Parteien es vor, sich in einem Vergleich zu einigen.

m) Beim Obergericht waren zu Beginn des Berichtsjahrs acht

erstinstanzliche Streitigkeiten

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

n) 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 kein Verfahren ein. 2011 waren zwei mittlerweile erledigte Verfahren eingegangen; 2010 war kein Fall zu verzeichnen. Solche Fälle sind aufgrund der internationalen Verflechtungen regelmässig sehr aufwändig und zudem kostenintensiv, da das Bundesrecht - bei Kostenfreiheit für die Parteien - einerseits die Durchführung einer Mediation durch Fachleute vorsieht

und andererseits zwingend eine anwaltliche Vertretung für die Kinder verlangt.

o) Beim Obergericht wurde im Berichtsjahr nur eine

Schutzschrift

in immaterialgüterrechtlichen Angelegenheiten deponiert; 2011 waren es sieben und 2010 drei 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 beziehungsweise der betreffenden Partei retourniert.

p) Das Obergericht hatte sich mit insgesamt 19

Beschwerden wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung

zu befassen.

In Zivilsachen wurde keine Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerde eingereicht.

In Strafsachen wurden 18 Aufsichtsbeschwerden gegen die Staatsanwaltschaft und eine Aufsichtsbeschwerde gegen ein Bezirksgericht erhoben. Neun Beschwerden wurden abgewiesen, und drei Beschwerden wurden zurückgezogen. Auf eine Beschwerde konnte nicht eingetreten werden, und sechs Beschwerden wurden geschützt.

In drei dieser sechs Beschwerdeverfahren stellte das Obergericht eine Rechtsverzögerung fest und wies die Staatsanwaltschaft an, das Verfahren unverzüglich fortzusetzen. In einem weiteren Fall wurde eben-

falls eine Rechtsverzögerung festgestellt, wobei darauf hingewiesen wurde, die Beschwerde sei gegenstandslos geworden, nachdem die Staatsanwaltschaft mittlerweile aktiv geworden sei. In einem Fall hielt das Obergericht fest, es stelle eine Rechtsverweigerung (und Rechtsverzögerung) dar, wenn mehrfache berechtigte Anfragen der am Strafverfahren Beteiligten von der Untersuchungsbehörde nicht innert nützlicher Frist beantwortet würden. In einem weiteren Fall wies das Obergericht die Staatsanwaltschaft an, einem Opfer Einsicht in die vollständigen Akten zu gewähren (vgl. Entscheid Nr. 24).

q) 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 111 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland zum Vollzug (2011: 87 Ersuchen; 2010: 103 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 (2011: drei Ersuchen; 2010: neun 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 50 Rechtshilfeersuchen ins Ausland.

Die Rechtshilfe in Strafsachen ist demgegenüber - vorbehältlich reiner Akteneinsichtsbegehren - Sache der Generalstaatsanwaltschaft.

r) Die Obergerichtskanzlei führt für das Obergerichtspräsidium das

Dolmetscherregister.

Ende 2012 waren in diesem Register insgesamt 132 Dolmetscherinnen und Dolmetscher für 53 Sprachen verzeichnet. Als Dolmetscher in Zivil- und Strafsachen sind Personen einzusetzen, 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 Gewähr für eine korrekte und vollständige Übersetzung bieten.

s) Die Obergerichtskanzlei stellte im Jahr 2012 gesamthaft 694 Rechtskraftbescheinigungen aus. Im Jahr 2011 waren es 964 Rechtskraftbescheinigungen gewesen; im Jahr 2010 waren es noch 1'365 Bescheinigungen. Der Rückgang hängt vorab damit zusammen, dass die zivilprozessuale Beschwerde im Regelfall keine aufschiebende Wirkung hat; deshalb enthalten bereits die Entscheide der ersten Instanz - 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 7. Mai 2012 und am 16. Januar 2013 verschiedene kleinere Änderungen in den Geschäftsordnungen der Bezirksgerichte Frauenfeld, Arbon und Weinfelden. Die Geschäftsordnung jedes Bezirksgerichts ist auf dem Internet (www.bezirksgericht.tg.ch) publiziert.

b) Die

Tätigkeit der Bezirksgerichte

gab im Allgemeinen zu keinen Beanstandungen Anlass.

c) Die

Bezirksgerichte sowie die Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte

erledigten im Berichtsjahr insgesamt 1'547 Prozesse in Zivil- und Strafsachen (ohne summarisches Verfahren), nämlich 1'267 Zivilprozesse und 280 Strafprozesse (2011: 1'726 Fälle; 2010: 2'531 Fälle). Auf der anderen Seite wurden im Berichtsjahr insgesamt 1'574 Prozesse neu eingeschrieben (2011: 1'605 Prozesse; 2010: 2'201 Prozesse). Die gesamte Zahl der Pendenzen lag Ende 2012 bei 616 Prozessen (2011: 614 Prozesse; 2010: 898 Prozesse). Demgegenüber blieb die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) gegenüber dem Vorjahr konstant bei 131 Fällen per Ende 2012 (2011: 130 Fälle; 2010: 189 Fälle). Darunter finden sich zehn unechte Pendenzen, d.h. Fälle, welche aufgrund

gesetzlicher Vorschriften (zum Beispiel bei Konkurs einer Partei) oder im Einverständnis mit den Parteien sistiert sind (2011: 13 Fälle; 2010: 26 Fälle).

d) Im summarischen Verfahren erledigten die

Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte

im Berichtsjahr insgesamt 3'841 Fälle (2011: 3'475 Fälle; 2010: 3'960 Fälle).

e) Damit lag die

gesamte Zahl der erledigten Verfahren

bei den Bezirksgerichten sowie ihren Einzelrichterinnen und Einzelrichtern im Berichtsjahr bei 5'388 Verfahren. Im Jahr 2011 waren es noch 5'201 Verfahren gewesen, und im Jahr 2010 waren es 6'491 Verfahren.

f) Die Zahl der seitens der Bezirksgerichte im ordentlichen und vereinfachten Verfahren erledigten Zivilprozesse lag im Berichtsjahr mit 1'267 Verfahren rund 320 Verfahren unter dem durchschnittlichen Mass von 1'591 Verfahren in den Jahren 2006 bis 2011. Umgekehrt ist die Zahl der Erledigungen im summarischen Verfahren gegenüber dem Vorjahr um rund 360 Fälle gestiegen.

g) Auf der anderen Seite ist die Zahl der im Berichtsjahr von den Bezirksgerichten erledigten Strafprozesse gegenüber dem Jahr 2011 wieder erheblich gestiegen: 2012 waren es 280 Verfahren gegenüber 195 Verfahren im Vorjahr; in den Jahren vor 2010 waren es noch rund 700 Fälle pro Jahr gewesen. Dieser Rückgang gegenüber dem Jahr 2010 ist darauf zurückzuführen, dass aufgrund der neuen Strafprozessordnung ein Grossteil der Straffälle mit einem Strafbefehl der

Staatsanwaltschaft erledigt werden kann. Eine wesentliche Entlastung entstand daraus für die Bezirksgerichte freilich nicht, da es sich bei den weggefallenen Verfahren weitgehend um Fälle handelte, welche für die Berufsrichterinnen und Berufsrichter der Bezirksgerichte nur einen verhältnismässig geringen Arbeitsaufwand verursachten. Gleichzeitig ist der Zeitaufwand für die von den Bezirksgerichten zu behandelnden Strafprozesse aufgrund des neuen Rechts markant gestiegen. Es ist zu hoffen, dass mit der vom Bund im September 2012 nun wenigstens beschlossenen Änderung der komplizierten Protokollierungsvorschriften gewisse Verbesserungen erreicht werden können.

h) Im Jahr 2012 wurden vier Gesuche um

Bestellung eines Ersatzgerichts

für das an sich zuständige Bezirksgericht eingereicht. In allen vier Fällen wurde das Gesuch durch das Gericht selbst eingereicht und 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 25

Rechtshilfeeinvernahmen

für andere, insbesondere auch ausländische Gerichtsbehörden durch; 2011 waren es 22 Einvernahmen und 2010 noch 29 Einvernahmen gewesen.

3. Zwangsmassnahmengericht

a) Das Zwangsmassnahmengericht erledigte im Jahr 2012 insgesamt 478 Verfahren (2011: 495 Verfahren).

b) Im Vordergrund standen 234 Verfahren im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft (insbesondere Haftanordnung, Haftverlängerung und Haftüberprüfung sowie Ersatzmassnahmen) sowie 238 Verfahren wegen Überwachungsmassnahmen (insbesondere Genehmigung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und der Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten). Es wird auf Tabelle 11 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, die Genehmigung der Notsuche.

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

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 wurden sieben geschützt und drei teilweise geschützt. 27 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 38 Fällen trat das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht ein, und ein Fall wurde anderweitig erledigt. Es wird auf Tabelle 10 verwiesen.

b) Von den 735 Rechtsmitteln, bei welchen das Bundesgericht in den letzten zehn Jahren (2003 bis 2012) Entscheide des Obergerichts überprüfte, wies es das Rechtsmittel in 273 Fällen (37%) ab. In 352 Fällen (48%) trat es auf das Rechtsmittel nicht ein, und 36 Fälle (5%) wurden anderweitig erledigt. In 48 Fällen (7%) wurde das Rechtsmittel geschützt und in weiteren 26 Fällen (3%) teilweise geschützt.

c) Das Mass von Fällen, in welchen das Bundesgericht ein Rechtsmittel gegenüber einem obergerichtlichen Entscheid ganz oder teilweise schützte, liegt damit durchschnittlich bei etwa 10%. Die durchschnittliche Aufhebungsquote durch das Bundesgericht lag in den letzten Jahren gesamtschweizerisch demgegenüber bei rund 11 bis 12%.

d) Das Bundesstrafgericht hatte sich im Berichtsjahr nicht mit Fällen des Obergerichts zu befassen.

III. Tätigkeit der Schlichtungsbehörden

1. Friedensrichterämter

a) Der 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.

b) Im Berichtsjahr führten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter in insgesamt 1'233 Streitfällen das Schlichtungsverfahren durch (2011: 1'057; 2010: 1'140 Fälle; je ohne Einrechnung der Urteilsvorschläge). Hievon wurden 618 Fälle (rund 50%) durch Vergleich oder Rückzug erledigt; in 615 Fällen (rund 50%) wurde eine Klagebewilligung an das zuständige Gericht erteilt. In 42 weiteren Verfahren kam es zu einem Urteilsvorschlag, und in 51 Fällen konnte das Friedensrichteramt einen einzelrichterlichen Entscheid fällen; damit entschieden die Friedensrichterinnen und Friedensrichter insgesamt in 93 Fällen als Einzelgericht (2011: 78 Fälle; 2010: 396 Fälle; je unter Einrechnung der Urteilsvorschläge).

c) Das Obergericht behandelte im Berichtsjahr sechs Beschwerden gegen Entscheide der Friedensrichterämter (2011: fünf Beschwerden). Zwei Beschwerden wurden abgewiesen. Demgegenüber wurden zwei Beschwerden geschützt, und in zwei weiteren Fällen erfolgte eine Rückweisung der Streitsache zu neuem Entscheid. In einem Fall hatte das Friedensrichteramt übersehen, dass die Klägerin ihre Aktivlegitimation nicht nachgewiesen hatte, und in zwei Fällen waren die Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht geregelt worden; in einem weiteren Fall fehlte das Protokoll des Entscheidverfahrens (vgl. auch Entscheide Nr. 11 und 12).

2. Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz

Bei der kantonalen Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, die der Aufsicht des Obergerichts untersteht, gingen im Jahr 2012 zwei neue Schlichtungsbegehren ein (2011: drei Begehren; 2010: zwei Begehren). Ausserdem wurde ein Fall behandelt, der schon im Vorjahr eingegangen war, bei dem es um sexuelle Belästigung, fristlose Rachekündigung und Lohnnachforderung ging; in diesem Fall kam es zu einer Einigung der Parteien. Im zweiten Fall betreffend Diskriminierung wegen Schwangerschaft und Lohnforderung einigten sich die Parteien nur teilweise, so dass für die übrigen Rechtsbegehren eine Klagebewilligung ausgestellt werden musste. Im dritten Fall, bei dem es um Diskriminierung wegen Nicht-Beschäftigung und Entschädigungsforderung ging, schlossen die Parteien nach der Verhandlung einen Vergleich.

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.

b) Im Berichtsjahr behandelten die Schlichtungsbehörden in Mietsachen insgesamt 709 Verfahren. In 345 Fällen (49%) kam es zu einer Einigung der Parteien, und in 142 Fällen (20%) musste die Nichteinigung der Parteien festgestellt werden. In 25 Fällen (4%) wurde der Urteilsvorschlag der Schlichtungsbehörde angenommen, und in 16 Fällen (2%) musste die Klagebewilligung ausgestellt werden, nach-

dem der Urteilsvorschlag abgelehnt worden war. In 14 Verfahren (2%) fällte die Schlichtungsbehörde einen Entscheid. 167 Fälle (23%) wurden anderweitig erledigt (durch Nichteintreten oder Rückzug, infolge Gegenstandslosigkeit oder Überweisung).

c) Die Geschäftslast der Schlichtungsbehörden in Mietsachen ist wieder etwas gestiegen: 2012 waren es 709 erledigte Fälle, 2011 noch 641 erledigte Fälle; im Jahr 2010 waren es 697 Fälle. Allerdings schwankt die jährliche Anzahl der Verfahren schon seit Jahren zwischen 600 und 800 Fällen.

d) Das Obergericht behandelte im Berichtsjahr fünf Beschwerden gegen Entscheide der Schlichtungsbehörden in Mietsachen (2011: eine Beschwerde). Zwei Beschwerden wurden abgewiesen, und auf eine Beschwerde wurde nicht eingetreten. Bei zwei Beschwerdeverfahren erfolgte eine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zu neuer Verhandlung; in beiden Fällen waren die zwingenden Vorladungsfristen nach ZPO nicht eingehalten worden (vgl. Entscheid Nr. 9).

IV. Schuldbetreibung und Konkurs

1. Beschwerden

Die Zahl der Beschwerden und Gesuche an das Obergericht im Bereich des SchKG hielt sich im Rahmen der Vorjahre: 2012 waren es 16 Fälle (2011: 18 Fälle; 2010: 17 Fälle).

Die Zahl der Beschwerden an die Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen ist nur leicht gestiegen: Im Jahr 2012 waren es insgesamt 60 Beschwerden gegenüber je 52 Beschwerden in den Jahren 2011 und 2010. Die durchschnittliche Verfahrensdauer lag bei 1,3 Monaten (2011: 1,5 Monate; 2010: 1,3 Monate). Es wird auf die Tabellen 9 und 24 verwiesen.

2. Konkursamt

Im Berichtsjahr wurden insgesamt 307 Konkursverfahren erledigt und 317 Konkurse eröffnet.

Die Anzahl der Konkurseröffnungen ist gegenüber den Vorjahren stabil geblieben (2011: 324 Konkurseröffnungen; 2010: 320 Konkurseröffnungen). Dabei haben die Firmenkonkurse wieder leicht abgenommen. Im Gegensatz zum Vorjahr führte von den 152 Firmenkonkursen nur in sieben Fällen (2011: 36 Fälle; 2010: 52 Fälle) ein Mangel in der Organisation zur konkursamtlichen Liquidation. Bei den Privatkonkursen war gegenüber dem Vorjahr ein Zuwachs von 22% zu verzeichnen (2012: 60 Privatkonkurse; 2011: 49 Privatkonkurse; 2010: 42 Privatkonkurse). Die Zahl der Erbschaftsliquidationen nahm wieder leicht ab (2012: 105 Fälle; 2011: 113 Fälle; 2010: 104 Fälle); nach

wie vor betrifft aber etwa jedes dritte Verfahren eine Erbschaftsliquidation.

Wiederum musste eine grosse Zahl von Konkursen mangels Aktiven eingestellt werden (2012: 154 Konkursverfahren; 2011 und 2010: je 173 Konkursverfahren), und ebenso mussten zahlreiche Fälle als summarische Verfahren geführt werden (2012: 139 Verfahren; 2011: 126 Verfahren; 2010: 140 Verfahren). Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf rund 49 Mio. Franken (2011: rund 42 Mio.; 2010: rund 69 Mio.).

Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts hielt sich im Rahmen der Vorjahre (Ende 2012: 157 Verfahren; Ende 2011: 147 Verfahren; Ende 2010: 139 Verfahren; vgl. Tabelle 26). 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.

Im Berichtsjahr konnte die Zahl der überjährigen Fälle leicht reduziert werden. Von den Ende 2012 pendenten 157 Konkursverfahren wurden 141 Verfahren im Jahr 2012 eröffnet, 13 Verfahren im Jahr 2011 und drei Verfahren in früheren Jahren.

Bei den Firmen und selbstständig erwerbenden Konkursiten ergab sich folgende Aufteilung nach Branchen: 24% Baubranche, 13% Gross- und Detailhandel, 6% Produktionsbetriebe, 53% Dienstleistungsbetriebe, 3% Immobilien, 1% Kapitalgesellschaften.

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

3. Betreibungsämter

Die Zahl der von den Betreibungsämtern ausgestellten Zahlungsbefehle ist im Verhältnis zu den Vorjahren wieder leicht gestiegen; 2012 waren es 72'918 Zahlungsbefehle gegenüber 71'677 Zahlungsbefehlen im Jahr 2011 und 71'711 Zahlungsbefehlen im Jahr 2010. Die Zahl der Pfändungsvollzüge blieb demgegenüber relativ konstant: 2012: 40'472; 2011: 40'815; 2010: 40'607. Im Berichtsjahr waren 34'650 Verwertungen zu verzeichnen; im Jahr 2011 kam es zu 33'712 Verwertungen und im Jahr 2010 zu 32'680 Verwertungen. Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 27 verwiesen.

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.

V. Tätigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

a) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind ab 1. Januar 2013 entsprechend den Bezirken organisiert. Sie unterstehen der fachlichen Aufsicht des Obergerichts. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden arbeiten eng mit den Berufsbeistandschaften zusammen, die von den Gemeinden organisiert und finanziert werden.

b) Die Präsidien dieser Behörden nahmen ihre Vorbereitungen mit einem reduzierten Pensum von 40% ab dem 1. August 2012 auf. Ab dem 1. Oktober 2012 arbeiteten die Mitglieder der Behörden bereits weitgehend mit ihrem definitiven Pensum. Sie übernahmen neben den organisatorischen Vorbereitungsarbeiten und dem Besuch von Kursen sukzessive die Akten der hängigen Fälle von den bisherigen kommunalen Vormundschaftsbehörden, wie dies der Regierungsrat in seiner Übergangsverordnung vom 26. Juni 2012 vorgesehen hatte.

c) Die Fachsekretariate der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nahmen ihre Arbeit teils im Herbst 2012, teils ab Januar 2013 auf.

d) Soweit dies heute schon festzustellen ist, sind die Kindes- und Erwachsenenbehörden im Jahr 2013 gut gestartet. Allerdings ist die interdisziplinäre Zusammenarbeit dieser Behörden in der Praxis nicht leichthin umzusetzen, und leider ergaben sich gewisse Anfangsschwierigkeiten mit dem EDV-System "CaseNet", welches den gestellten Anforderungen zeitweise nur beschränkt zu genügen vermochte.

e) Jede Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde regelt ihre interne Organisation in einer Geschäftsordnung. Um zuerst die nötigen Erfahrungen sammeln zu können, dürfen die Behörden die Geschäftsordnung erst im Sommer 2013 erlassen und publizieren.

VI. Rechtsetzung

a) Auf den 1. Juni 2012 trat die neu eingefügte Bestimmung über das

Amtsgelübde

in der Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege (ZSRV) in Kraft.

Gemäss dem bis Ende 2010 geltenden Gerichtsorganisationsgesetz war für die Gerichtsmitglieder, Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber der Bezirksgerichte sowie für die Friedensrichterinnen und Friedensrichter die Ablegung eines Amtsgelübdes vorgeschrieben. Dabei war im Einzelnen geregelt, wer vor welcher Behörde das Gelübde abzulegen hatte; die entsprechenden Formeln fanden sich im Dekret über den Amtseid vom 4. September 1865, abgeändert durch den Beschluss des Regierungsrates betreffend Amtsgelübde vom 10. September 1875. Dieses Dekret wurde vom Grossen Rat mit seiner neuen Geschäftsordnung vom 22. März 2000 aufgehoben. Im Anhang zur Geschäftsordnung wurden nur die Formeln für die vor dem Grossen Rat abzulegenden Amtsgelübde festgelegt; damit fehlte es an einer Formel für das vor den Gerichten abzulegende Amtsgelübde. Das Obergerichtspräsidium wies am 28. Mai 2002 die Bezirksgerichte darauf hin, entweder könne die frühere Formel gemäss dem Dekret von 1865/1875 oder mit entsprechender Anpassung die Formel gemäss Anhang zur Geschäftsordnung des Grossen Rates verwendet werden; beide Formeln seien gleichwertig. Mit dem auf den 1. Januar 2011 in Kraft gesetzten Gesetz über die Zivil- und Strafrechtspflege wurde dem Antrag des Regierungsrates folgend das Amtsgelübde für die richterlichen Behörden vom Grossen Rat an sich abgeschafft. Bei der Revision der Geschäftsordnung des Grossen Rates wurden die Formeln für das Amtsgelübde der kantonalen Richter indessen wieder in den Anhang der Geschäfts-

ordnung aufgenommen. Auf den damit geschaffenen Widerspruch zum neuen Gesetz hingewiesen, beschloss der Grosse Rat, das Amtsgelübde für die Mitglieder der kantonalen Gerichte beizubehalten. Daraufhin entschied das Obergericht, das Amtsgelübde für die Mitglieder und Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte, für die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber des Obergerichts und der Bezirksgerichte sowie für die Friedensrichterinnen und Friedensrichter auf dem Verordnungsweg ebenfalls wieder einzuführen. Diese Regelung trat formell am 1. Juni 2012 in Kraft und galt damit grundsätzlich nur für Personen, die das Amt nach dem 1. Juni 2012 antraten. Um unnötige Unterschiede zu vermeiden, nahm das Obergericht indessen bei den Berufsrichterinnen und Berufsrichtern der Bezirksgerichte sowie bei den Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern des Obergerichts, die ihr Amt am 1. Januar 2011 oder später angetreten hatten, das Amtsgelübde ebenfalls noch ab, und es legte den Bezirksgerichten nahe, für ihre nebenamtlichen Mitglieder und Ersatzmitglieder, ihre Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber sowie für die Friedensrichterinnen und Friedensrichter gleich vorzugehen.

b) Am 22. Oktober 2012 änderte das Obergericht seine

Verordnung über die personelle Organisation der Bezirksgerichte.

Eingefügt wurde einerseits eine Bestimmung über das Gesamtpensum des Kanzleipersonals der Bezirksgerichte, und andererseits wurde das Obergerichtspräsidium ermächtigt, nach Absprache mit dem Departement für Justiz und Sicherheit sowie dem Personalamt Richtlinien über die besoldungstechnische Einreihung der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber zu erlassen.

c) Am selben Tag beschloss das Obergericht eine Änderung seiner

Verordnung über die Information in Zivil- und Strafgerichtsverfahren und die Akteneinsicht durch Dritte (Informationsverordnung).

Neben einer redaktionellen Anpassung wurde die bisherige eingeschränkte Regelung über die Mitteilung von Strafurteilen an das Migrationsamt mit Rücksicht auf das mittlerweile geänderte Bundesrecht aufgehoben.

d) Ebenfalls am 22. Oktober 2012 nahm das Obergericht verschiedene Anpassungen der

Verordnung über die Zivil- und Strafrechtspflege (ZSRV)

vor. Dabei ging es um kleinere Änderungen bezüglich der Rechtskraftbescheinigung für Urteile des Bundesgerichts und für Urteilsdispositive, wenn keine Begründung verlangt wurde. Die bisher nur im Sinn einer Übergangslösung in der Verordnung geregelte Notsuche wurde der neuen Fassung des Polizeigesetzes angepasst, und mit Blick auf die Schaffung einer besonderen Inkassostelle wurde vorgeschrieben, dass Entscheide, bei denen zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf Verfahrenskosten verzichtet wird oder Offizialanwaltsentschädigungen zugesprochen werden, dieser Stelle mitzuteilen sind. Weitere Änderungen betrafen die Archivierung der Akten von Einspracheverfahren, die vom Bezirksgericht gar nicht behandelt werden mussten, sowie die Akten der Inkassoverfahren. Ausserdem wurde entsprechend einer früheren Weisung des Obergerichts vorgeschrieben, dass für die Auszahlung von Offizialanwaltshonoraren nicht die Rechtskraft des Entscheids abgewartet werden muss. Der Begriff der Verfahrensakten wurde genauer definiert, und gleichzeitig wurde klargestellt, dass für das Inkasso separate Akten geführt werden dürfen. Neu erfolgt ferner die Auszahlung von Parteientschädigungen oder von Honoraren für Offizialmandate in strafgerichtlichen Verfahren

nicht mehr durch das Gericht, sondern durch die Staatsanwaltschaft, sofern diese am Verfahren beteiligt ist.

e) Das Obergericht nahm am 22. Oktober 2012 einige wesentliche Änderungen seiner

Verordnung zum Anwaltsgesetz (Anwaltsverordnung)

vor. Die Zulassungsvoraussetzungen zur Anwaltsprüfung wurden genauer und transparenter geregelt, ebenso die Eignungsprüfung und das Gespräch für die Prüfung der beruflichen Fähigkeiten gemäss BGFA. Ausserdem wurden die Themen der Anwaltsprüfung um das Beurkundungs- und Beglaubigungsrecht erweitert. Ferner wurde eine Erweiterung bezüglich des vorgeschriebenen Versicherungsnachweises und der entsprechenden Überprüfungsbefugnisse nötig, und als Übergangsbestimmung wurde eine Pflicht der Anwältinnen und Anwälte statuiert, nach Inkrafttreten der Änderungen des Anwaltsgesetzes mit Bezug auf die neu geforderte Höhe der Versicherungssumme und die Meldeverpflichtung der Versicherung einen entsprechenden Nachweis zu erbringen. Schliesslich erfolgte eine Klarstellung mit Bezug auf die unterschiedlichen Arten von administrativrechtlichen Verfahren gegenüber Anwälten.

Detaillierte Vorschriften mussten insbesondere zur Beurkundungs- und Beglaubigungstätigkeit der Anwältinnen und Anwälte erlassen werden. Für die Beurkundung und Beglaubigung gelten vorbehältlich des Bundesrechts im Wesentlichen die Vorschriften des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch, und die Bestimmungen der Verordnung des Regierungsrates über das Grundbuch- und Notariatswesen finden sinngemäss Anwendung. Die Anwältin oder der Anwalt als Urkundsperson verwendet für öffentliche Urkunden ein Deckblatt, welches gemäss der vom Obergericht genehmigten elektronischen Formatvorlage auf urkundentauglichem, säurefreiem Papier hergestellt worden ist. Bei der Unterschrift sowie über den Einband benutzt die Urkundsperson einen

Urkundsstempel mit dem Kantonswappen und der Umschrift "Öffentliche Urkundsperson". Die Bezeichnung "Notarin" oder "Notar" oder entsprechende Übersetzungen im Stempel und bei der Unterschrift sind nicht gestattet. Im Urkunds- oder Beglaubigungstext kann die Urkundsperson hingegen auf die ihr durch das kantonale Recht verliehene Beurkundungskompetenz und die entsprechenden Bestimmungen hinweisen. Bei für den Gebrauch in fremdsprachigen Regionen bestimmten Dokumenten darf im übersetzten Text zudem darauf hingewiesen werden, dass der Urkundsperson nach kantonalem Recht notarielle Funktionen zukommen. Die Urkunde ist so in einem Einband zu heften, dass die einzelnen Teile nicht ohne weiteres voneinander getrennt werden können; Beilagen, die Bestandteil der Urkunde bilden, sind mit der Urkunde nach Möglichkeit ebenfalls zu verbinden. Die Anwältinnen und Anwälte haben ein Beurkundungsregister, eine Beglaubigungskontrolle und eine Aktensammlung zu führen.

f) Im Zusammenhang mit der Beurkundungs- und Beglaubigungskompetenz der Anwältinnen und Anwälte wurde mit einer Änderung vom 22. Oktober 2012 in der

Verordnung über den Anwaltstarif in Zivil- und Strafsachen

die Entschädigung geregelt. Die Entschädigung für Beurkundungen und Beglaubigungen bemisst sich nach dem Aufwand. Diese umfasst die mit Beurkundungen und Beglaubigungen notwendigerweise verbundenen Tätigkeiten, namentlich für die Feststellung der Identität, das Ermitteln des Parteiwillens, die Ausfertigung der Urkunde, die Rechtsbelehrung und für den Beurkundungsakt; in der Entschädigung nicht enthalten hingegen ist das Honorar für Beratung, rechtliche und tatsächliche Abklärungen und andere Dienstleistungen. Die vom Obergericht festgesetzten Ansätze können bis auf höchstens das Doppelte erhöht werden, wenn die Beurkundung oder Beglaubigung in einer Fremdsprache vorzunehmen ist, oder wenn die Urkundsperson ausserhalb der üblichen Geschäftszeiten beansprucht wird, oder wenn

mit dem Geschäft eine besondere Verantwortung verbunden ist, wenn Urkunden und Dokumente ausländischen Rechts betroffen sind, oder wenn sonst ausserordentlicher Zeitaufwand anfällt.

g) Ebenfalls am 22. Oktober 2012 erliess das Obergericht die neue

Verordnung über den Kindes- und Erwachsenenschutz (Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, KESV).

Diese Verordnung wurde aufgrund des Inkrafttretens der entsprechenden Änderungen des ZGB und des EG ZGB erforderlich. Bei den einzelnen Regelungen wurden nach Möglichkeit ähnliche Grundlagen wie für die Gerichte geschaffen, zum einen aus Gründen der Einheitlichkeit, zumal es sich bei den KESB letztlich um Behörden mit gerichtlichen Kompetenzen handelt, und zum anderen, da die KESB verfahrensrechtlich wie die Gerichte auf der ZPO basieren und deshalb auch organisatorisch eine ähnliche Basis benötigen. Die Vorschriften in der KESV entsprechen dementsprechend weitgehend sinngemäss den Regelungen in der ZSRV. Notwendig waren insbesondere detailliertere Bestimmungen zur Organisation und zur Arbeitsweise der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, zu den Beistandschaften - insbesondere auch zur Zusammenarbeit zwischen den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden einerseits und den Berufsbeistandschaften andererseits - sowie zur fürsorgerischen Unterbringung. Dazu kamen die Ausführungsbestimmungen zum Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und vor dem Obergericht als Beschwerdeinstanz.

VII. Stellungnahmen und Mitberichte

a) Gegenüber der vorberatenden Kommission des Grossen Rates nahm das Obergericht am 4. April 2012 Stellung zu den vorgesehenen Gesetzesänderungen im Zusammenhang mit der

Parlamentarischen Initiative "Konsequente Rückforderung der unentgeltlichen Prozessführung".

Das Obergericht hielt im Wesentlichen fest, entgegen dem Entwurf müsse die Rechtskraft von Entscheiden nicht abgewartet werden, zumal sich in diesem Punkt, wenn die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werde, im Rechtsmittelverfahren in der Regel nichts mehr ändere; der Aufwand sei auf diese Weise für die Gerichte wesentlich geringer. Eine blosse Auskunftspflicht der Steuerbehörden genüge nicht; die Finanzverwaltung müsse in jedem Fall die Steuerakten beiziehen. Die blosse periodische Überprüfung der Steuerdaten im Sinn von Steuerfaktoren sei zwecklos, und zwar schon mit Blick auf die relativ hohen Freibeträge beim Vermögen. Was die Kosten beziehungsweise den Personalaufwand der neuen Inkassostelle anbelange, seien bei einem Beizug der Steuerakten mit Rücksicht auf die zu überprüfenden Fälle und mit Blick auf den relativ grossen Aufwand bei eigentlichen Rückforderungsverfahren sowie den Umstand, dass die Inkassostelle eine relativ umfangreiche Datenbank führen müsse, bei einer zweijährlichen Überprüfung etwa 150-250 Stellenprozent nötig.

b) Am 4. April 2012 nahm das Obergericht gegenüber dem Personalamt Stellung zur vorgesehenen

Besoldungsreduktion bei den Praktika.

Das Obergericht hielt im Wesentlichen fest, die Praktikantenlöhne seien in der Ostschweiz und in Zürich vergleichsweise hoch. Mit der vom Personalamt vorgeschlagenen Senkung um rund 10% liege der

Durchschnittslohn während des Praktikumsjahrs im Thurgau immer noch deutlich über den entsprechenden Löhnen in den Kantonen Schaffhausen und St. Gallen, ohne dass dafür Gründe erkennbar seien. Das Obergericht sei der Auffassung, dass die Praktikantenlöhne nicht um 10%, sondern um 20% gekürzt werden sollten. Soweit wollte der Regierungsrat allerdings nicht gehen.

c) Am 11. Mai 2012 teilte das Obergericht dem Departement für Justiz und Sicherheit im Rahmen der Vernehmlassung zum

Entwurf der Verordnung des Regierungsrates betreffend Aufgaben- und Dossierübertragung im Bereich des Vormundschafts- sowie des Pflegekinderwesens von den bisherigen auf die neu zuständigen Behörden (Übertragungsverordnung)

mit, es halte den Entwurf für zweckmässig und habe keine Bemerkungen.

d) Am 9. August 2012 erstattete das Obergericht seinen Mitbericht zu den

Entwürfen für eine Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes im Zusammenhang mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative.

Das Obergericht wies darauf hin, der vom Bundesrat vorgeschlagenen ersten Variante sei unbedingt der Vorzug zu geben. Das Verhältnismässigkeitsprinzip, welches Verfassungsrang habe, müsse auch bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative vom Richter berücksichtigt werden können. Der Regierungsrat vertrat in seiner Stellungnahme an den Bundesrat freilich den gegenteiligen Standpunkt.

e) Ebenfalls am 9. August 2012 erstattete das Obergericht seinen Mitbericht zum

Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des ZGB (Kindesunterhalt), der ZPO und des Zuständigkeitsgesetzes.

Das Obergericht betonte, es sei zweifelhaft, ob diese Gesetzesänderung tatsächlich notwendig sei. Zum einen bringe sie kaum etwas Neues, sondern schreibe im Wesentlichen nur die bisherige Gerichtspraxis fest. Zum anderen aber führten solche Zusatz- und Zwischenvorlagen gerade im Familienrecht zu einer unnötigen Schwächung der Rechtssicherheit. Inhaltlich sei gegen die vorgesehenen Änderungen nichts einzuwenden. Allerdings sei zu bedauern, dass der Grundsatz der Mankoteilung wegen der Unterschiede im Sozialhilferecht der Kantone nicht durchgesetzt werden könne.

VIII. Verschiedenes

1. Allgemeines

a) Das Prinzip der

Justizöffentlichkeit

und die daraus abgeleiteten Informationsrechte sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts von zentraler rechtsstaatlicher Bedeutung. Sie sorgen für eine genügende Transparenz in der Rechtspflege, was eine demokratische Kontrolle durch das Volk erst ermöglicht, und bedeuten damit eine Absage an jede Form geheimer Kabinettsjustiz. Aus verschiedenen Gründen ist es den Medien indessen nur sehr beschränkt möglich, die Gerichtsberichterstattung in einem ausreichenden Ausmass zu pflegen; abgesehen davon werden viele Verfahren aufgrund der neuen gesetzlichen Regelungen heute ohnehin ohne öffentliche Verhandlung durchgeführt, so dass die Medienvertreter nicht ohne weiteres an die notwendigen Informationen kommen. Um eine genügende Information der Öffentlichkeit sicherzustellen, sollten die Gerichte in solchen Fällen nach Möglichkeit selbst die Medien über wichtige Verfahren und deren Erledigung orientieren können. Die Informationsverordnung des Obergerichts regelt diese Frage einlässlich und schafft damit die entsprechenden rechtlichen Grundlagen. Genügende Möglichkeiten, solche Medienmitteilungen auch tatsächlich zu verfassen und zu publizieren, sind aufgrund der Personalsituation bei den Gerichten einstweilen aber nur in sehr beschränktem Mass gegeben. Das Obergericht strebt daher die Schaffung einer Medienstelle für die Zivil- und Strafjustiz an, denn nur so kann die Justiz ihrer auch in der Zivilprozessordnung geregelten Pflicht zur Information und zur Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit auch wirklich nachkommen. Eine solche, dem Obergericht angegliederte Medienstelle lässt sich voraussichtlich ohne nennenswerten finanziellen Zusatzaufwand ver-

wirklichen; voraussichtlich wird die dem Obergericht angegliederte Stelle im Jahr 2015 ihre Arbeit mit einem Pensum von 20-30% aufnehmen können.

b) Am 19. Oktober 2012 führte das Obergerichtspräsidium erstmals einen

Gerichtsschreiber-Tag

durch. Diese Tagung für die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber des Obergerichts und der Bezirksgerichte stand unter dem Thema "Arbeit an der Sprache ist Arbeit am Gedanken" und wurde von Oberrichter Stefan Stucki, Vizepräsident des Obergerichts des Kantons Bern, und dem Obergerichtspräsidenten gestaltet. Ausserdem wurden auch noch aktuelle Fragen im Zusammenhang mit der Protokollierung an Gerichtssitzungen behandelt; als Referentin wirkte Susanne Pfeiffer-Munz vom Bezirksgericht Kreuzlingen.

c) Der finanzielle

Nettoaufwand

für das Obergericht betrug im Jahr 2012 insgesamt 2,857 Mio. Franken (2011: 2,853 Mio.; 2010: 2,355 Mio.). Der Nettoaufwand war im Jahr 2011 aufgrund der Änderungen der Bundesgesetzgebung (Ausdehnung des Beschwerderechts bei Haftsachen aufgrund des Strafbehördenorganisationsgesetzes) gestiegen und hat sich im Jahr 2012 aufgrund von personellen Einsparungen in nur sehr geringem Mass erhöht.

Der Nettoaufwand für die Bezirksgerichte betrug im Jahr 2012 9,275 Mio. Franken und lag damit zwar unter dem Budget von 9,772 Mio. Franken, aber deutlich über den Vorjahren (2011: 8,032 Mio.; 2010: 8,234 Mio.). Immerhin ist zu beachten, dass den

Bezirksgerichten im Berichtsjahr erstmals über 0,3 Mio. Franken an Informatikkosten verrechnet wurden. Im Übrigen sind die Gründe für den höheren Nettoaufwand vielfältig. Immerhin machten die höheren Raumkosten sowie die Kosten für die von den Gerichten gegenüber dem Vorjahr mehr behandelten Straffälle sowie geringere Gebühreneinnahmen insgesamt zusammen rund 0,75 Mio. Franken aus.

Der Nettoaufwand für das Zwangsmassnahmengericht betrug im Jahr 2012 0,738 Mio. Franken und lag damit etwas unter dem Vorjahr (2011: 0,742 Mio.). Die Kosten für die frühere Anklagekammer lagen im Jahr 2010 noch bei 0,776 Mio.

Der Nettoaufwand für alle Gerichte (einschliesslich Verwaltungsgericht und Rekurskommissionen sowie Anwaltskommission) betrug im Jahr 2012 insgesamt 17,429 Mio. Franken und lag damit deutlich unter dem budgetierten Betrag von 18,665 Mio. Franken, umgekehrt aber höher als gemäss den Staatsrechungen der beiden Vorjahre (2011: 14,042 Mio.; 2010: 13,889 Mio.). Allerdings machten schon die Kosten für die neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 2,030 Mio. Franken aus (Budget: 2,62 Mio. Franken).

d) Im Zusammenhang mit den notwendigen

Massnahmen zur Wiederherstellung des Haushaltsgleichgewichts

wurde die Zahl der Praktikantenstellen bei den Bezirksgerichten ab 2013 auf je drei Stellen beschränkt. Gleichzeitig wurden die Bezirksgerichte aufgefordert, die Rahmen für die Verfahrensgebühren besser auszuschöpfen. Die daraus resultierenden Einsparungen beziehungsweise Mehreinnahmen gemäss Finanzplan 2013 bis 2016 liegen bei etwa Fr. 300'000.00 pro Jahr.

Die Justiz ist gerne bereit, zu einer Verbesserung des Haushaltsgleichgewichts beizutragen. Das zeigt sich etwa darin, dass neben der Her-

absetzung der bezirksgerichtlichen Stellen für Praktikantinnen und Praktikanten seitens des Obergerichts ohne weiteres auch die Reduktion der Praktikantenlöhne unterstützt und mit den neuen Richtlinien die Anfangsbesoldungen bei den Gerichtsschreibern des Obergerichts und der Bezirksgerichte begrenzt wurden. Die nunmehr vorgesehene Reduktion der Richterlöhne erscheint demgegenüber nicht nur als unsympathische, sondern auch als wenig sinnvolle Massnahme, zumal sie erst nach einigen Jahren und nur in geringem Ausmass greift.

2. Obergericht

a) Das Obergericht hielt seine

Plenarsitzungen

im Berichtsjahr am 17. April, 11. Mai, 12. September und 1. Oktober in Frauenfeld ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

Weiterbildungsveranstaltungen

teil: Besucht wurden Tagungen und Seminare zum neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, zu aktuellen Fragen des Zivilprozesses, zum Strafprozessrecht, zum Immaterialgüterprozess, zum Stressmanagement im Justizalltag, zum Bundesgesetz über Kindesentführungen, zum Thema Justiz und Psychiatrie sowie zur Rechtsinformatik.

Je eine Delegation des Obergerichts besuchte ausserdem den Tag der Richterinnen und Richter in Luzern sowie die vom Bundesgericht durchgeführte eidgenössische Justizkonferenz. Das Obergerichtspräsidium nahm ausserdem auf Einladung des Bundesministeriums für

Justiz an der österreichischen RichterInnenwoche in Pichl bei Schladming teil.

c) Am 15. März 2012 wies das Obergerichtspräsidium die Bezirksgerichte darauf hin, bei

Entscheiden über den fürsorgerischen Freiheitsentzug

würden unterschiedliche Rechtsmittelbelehrungen verwendet. Es sei nicht ganz klar, welches Rechtsmittel Anwendung finden solle. In den Kantonen herrsche eine unterschiedliche Praxis. Da es nicht um eine vermögensrechtliche Angelegenheit gehe, könnte Art. 308 ZPO Anwendung finden, was für die Berufung sprechen würde; umgekehrt betone die Lehre, die Beschwerde sei Nachfolgerechtsmittel für den früheren Rekurs des kantonalen Rechts. Tatsache sei indessen, dass bereits ab 1. Januar 2013 aufgrund des neuen Vormundschaftsrechts die Beschwerde gegeben sei. Daher werde empfohlen, da dies prozessual in diesem Bereich praktisch ohnehin keine Rolle spielt, als Rechtsmittel die Beschwerde anzugeben.

d) Im Juli 2012 erliess das Obergerichtspräsidium die

Richtlinien für die besoldungstechnische Einreihung

der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber des Obergerichts und der Bezirksgerichte.

e) Ebenfalls im Juli 2012 wurde den Bezirksgerichten ein

Merkblatt über die Rechtsstellung der nebenamtlichen Mitglieder der Bezirksgerichte

übermittelt.

f) Die

Einsicht in Verfahrensakten der Bezirksgerichte,

die über die Kenntnisnahme richterlicher Entscheide hinausgeht, bedarf für inländische Verwaltungsbehörden nach der Informationsverordnung einer Bewilligung des Obergerichts. Das Obergericht erteilte in zwei Fällen eine entsprechende Bewilligung.

g) Am 31. Juli 2012 wies das Obergerichtspräsidium die Bezirksgerichte darauf hin, bei

Akteneinsichtsbegehren des Strassenverkehrsamts

genügten die strassenverkehrsrechtlichen Bestimmungen als gesetzliche Grundlage für eine vollständige Akteneinsicht. Ein separater Entscheid des Obergerichts sei in solchen Fällen nicht mehr notwendig.

h) Die

Akteneinsicht für ausländische Verwaltungsbehörden

ist in der Informationsverordnung relativ streng geregelt. So verweigerte das Obergericht einem deutschen Landratsamt die Einsicht in die vollständigen Strafprozessakten und beschränkte die Kenntnisgabe auf die massgebenden richterlichen Entscheide.

i) Entsprechend der Informationsverordnung des Obergerichts erteilte das Obergerichtspräsidium insgesamt 31 Medienleuten neu die

Zulassung als Gerichtsberichterstatterin oder Gerichtsberichterstatter

an unseren Straf- und Zivilgerichten. Die Zulassung von 12 Medienleuten ist umgekehrt erloschen. Für 28 Medienleute wurde die Zulassung verlängert. Gleichzeitig wurde im Herbst 2012 eine

Bereinigung der Liste der zugelassenen Medienleute durchgeführt. Am Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau insgesamt 78 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter in Zivil- und Strafsachen zugelassen.

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

vorübergehende Zulassung

zur Gerichtsberichterstattung. 2011 wurden vier und 2010 fünf solcher vorübergehender Bewilligungen erteilt.

k) 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 verwirklicht werden.

l) 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.

m) Mit Schreiben vom 9. Januar 2012 ergänzte und präzisierte das Obergerichtspräsidium, wie die

Statistik der Friedensrichterämter

zu gestalten sei.

n) Das Obergerichtspräsidium hielt gegenüber dem Amt für Handelsregister und Zivilstandswesen am 3. Mai 2012 fest, die

Rechtskraftbescheinigung bei Scheidungsurteilen

könne erst nach Eintritt der Rechtskraft ausgestellt werden. Werde gegen ein Scheidungsurteil die Berufung erklärt, müsse demnach abgewartet werden, bis feststehe, ob mit einer allfälligen Anschlussberufung nicht auch noch der Scheidungspunkt angefochten werde. Sobald die Anträge für das Berufungsverfahren feststünden, werde gemäss der ZSRV seitens der zuständigen Verfahrensleitung des Obergerichts die Teilrechtskraft gegenüber den Parteien und der Vorinstanz von Amtes wegen bescheinigt. Die Teilrechtskraftbescheinigung enthalte den ausdrücklichen Hinweis an die Vorinstanz, dass die Meldung an das Zivilstandsamt vorgenommen werden könne. Mit dieser Lösung werde den Regelungen in der Zivilstandsverordnung in genügendem Mass Rechnung getragen.

o) Am 8. Juni 2012 betonte das Obergerichtspräsidium gegenüber den Bezirksgerichten zu den

Mitteilungen an das Migrationsamt in Familien- und in Strafsachen,

dass die Gerichtsbehörden gestützt auf das Ausländerrecht dem kantonalen Migrationsamt unaufgefordert zivil- und strafrechtliche Urteile zu melden hätten, soweit Ausländerinnen und Ausländer davon betroffen seien. Ebenso seien dem Migrationsamt unaufgefordert und in jedem Fall Ungültigerklärungen von Ehen, Trennungen und Scheidungen von Ausländerinnen und Ausländern sowie entsprechende vormundschaftliche Massnahmen mitzuteilen. Dementsprechend würden die Bezirksgerichte ersucht, insbesondere Trennungs- und Scheidungsurteile, welche Ausländerinnen und Ausländer beträfen, im Dispositiv auch dem Migrationsamt mitzuteilen; die Rechtskraft des Entscheids brauche nicht abgewartet zu werden. Mit Bezug auf Strafsachen könne die seinerzeit in Absprache mit dem Departement für Justiz und Sicherheit getroffene einschränkende Lösung über die Mitteilungen an das Migrationsamt, wie sie in der Informationsverordnung des Obergerichts bisher enthalten gewesen sei, nicht mehr beibehalten werden. Es seien dementsprechend dem Migrationsamt sämtliche Strafurteile, welche Ausländerinnen und Ausländer beträfen, im Dispositiv zuzustellen.

p) Am 2. August 2012 hielt das Obergerichtspräsidium gegenüber den Bezirksgerichten zur

Übermittlung der Akten bei Strafberufungen

fest, nach der gesetzlichen Regelung übermittle das erstinstanzliche Gericht die Berufungsanmeldung nach der Ausfertigung des begründeten Entscheids zusammen mit den Akten der Berufungsinstanz. Dabei gebe es nach bisheriger Praxis zwei Vorgehensweisen: Entweder sende die Bezirksgerichtskanzlei den Appellationsbrief und die Akten direkt

nach dem Versand des begründeten Urteils an das Obergericht und liefere die Zustellungsbescheinigungen nach Eintreffen nach, oder die Gerichtskanzlei warte den Erhalt der Zustellungsbescheinigungen ab und überweise diese zusammen mit dem Appellationsbrief und den Akten. In umfangreichen Verfahren könne für die Erstellung des Appellationsbriefs allerdings relativ grosser Aufwand entstehen; umgekehrt müsse das Obergericht den Fall nach Einreichung einer Berufungsanmeldung buchen können, zumal der Verzicht auf eine Berufungserklärung zu einem Nichteintretensentscheid führe. Um unnützen Aufwand für die Erstellung des Appellationsbriefs zu vermeiden, werde für solche Fälle eine dritte Variante vorgeschlagen: Die Bezirksgerichtskanzlei übermittle dem Obergericht nach deren Eingang eine Kopie der Berufungsanmeldung sowie eine Kopie des Urteilsdispositivs. Gehe alsdann beim Obergericht eine Berufungserklärung ein, fordere das Obergericht den Appellationsbrief und die Akten bei der Bezirksgerichtskanzlei an. Diese Lösung stehe allerdings unter zwei Voraussetzungen: Zum einen müsse die Übermittlung des Appellationsbriefs und der Akten nach entsprechender Aufforderung durch die Obergerichtskanzlei rasch erfolgen. Zum anderen sei es in allen Fällen notwendig, dass dem Obergericht unaufgefordert und sobald wie möglich eine Kopie des begründeten Urteils zusammen mit Kopien der Empfangsbescheinigungen zugestellt werde; andernfalls könne das Obergericht nicht kontrollieren, wann die Frist für die Berufungserklärung ablaufe.

q) Am 22. November 2012 erinnerte das Obergerichtspräsidium die Bezirksgerichte daran, dass gemäss der VOSTRA-Verordnung der

Eintrag der Strafurteile im Strafregister

innert zwei Wochen nach Rechtskraft zu erfolgen habe. Laut der Verordnung des Regierungsrates habe die entsprechende Meldung durch die Staatsanwaltschaft an die Koordinationsstelle innert sieben Tagen zu ergehen. Die jeweils zuständige Abteilung der Staatsanwaltschaft sei

deshalb darauf angewiesen, dass ihr zweimal im Monat mitgeteilt werde, welche Urteile in Rechtskraft erwachsen seien.

r) Am 19. Dezember 2012 wies das Obergerichtspräsidium die Bezirksgerichte darauf hin, es sei leider öfters festzustellen, dass die

Gebührenrahmen zu wenig ausgeschöpft

würden. Zwar müsse gerade in der heutigen Zeit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass viele Parteien nur über beschränkte Geldmittel verfügten. Der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit solcher Parteien könne auch ausserhalb der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rahmen der Gebührenverordnung Rechnung getragen werden. In allen anderen Fällen bestehe aber kein Grund, zulasten des Staates zu tiefe Verfahrensgebühren anzusetzen; das gelte einerseits mit Blick auf den staatlichen (Personal-)Aufwand, insbesondere bei Kollegialgerichten, andererseits aber auch, weil aufgrund des Streitwerts alsdann häufig ein Missverhältnis zwischen Anwaltshonoraren und Verfahrensgebühr entstehe. Es werde daran erinnert, dass eine Interpolation nur bei den Honorarrahmen gemäss Anwaltstarif vorgesehen sei, nicht aber bei den Verfahrensgebühren. Der Grund liege darin, dass die Gebührenansätze mit der Steigerung der Kosten für die Justiz nur in sehr eingeschränktem Mass Schritt gehalten hätten. Die Gebührenverordnung sehe zudem ohnehin überlappende Gebührenrahmen vor, so dass eine Interpolation sinnvoll gar nicht möglich sei. Je nach Komplexität eines Falls rechtfertige es sich mithin durchaus, an den oberen Gebührenrahmen zu gehen. Bei den betreibungsrechtlichen Verfahren, vorab bei Rechtsöffnungen, sei zu beachten, dass die Gebührenverordnung zum SchKG zulasten der Kantone teils ausserordentlich tiefe Gebühren vorsehe. Eine Interpolation in diesem Bereich sei nicht gerechtfertigt; vielmehr seien die Gebührenrahmen möglichst auszuschöpfen.

s) Am 11. Dezember 2012 teilte das Obergerichtspräsidium den Präsidien der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden mit, entsprechend dem Verordnungsrecht seien den Einwohnerregistern nur Massnahmen zu melden, die eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit zur Folge hätten. Die Ausstellung von

Handlungsfähigkeitszeugnissen

sei nach wie vor Sache der Gemeinden, welche diese Aufgabe schon bisher wahrgenommen hätten. Wenn eine Person indessen ausdrücklich eine entsprechende Bescheinigung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verlange, sei die Behörde verpflichtet, eine solche Bescheinigung auszustellen.

t) Gleichzeitig hielt das Obergerichtspräsidium fest, die

Regelung der Gebühren

in der Gebührenverordnung des Grossen Rates sowie die Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung enthielten alles, was bezüglich der Gebühren geregelt werden müsse. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden seien nicht berechtigt, die bestehenden Regelungen zu ergänzen oder einzuschränken. Denkbar seien höchstens Absprachen zwischen den Behörden über die Gebühren bei eigentlichen Massengeschäften.

u) Für das Obergerichtsgebäude muss aus Gründen der Sicherheit und der Praktikabilität der

Empfangsbereich

neu und sicherer gestaltet werden. Die entsprechenden Arbeiten wurden in das Budget 2014 eingegeben.

3. Bezirksgerichte

a) Im Herbst 2012 haben fünf Berufsrichterinnen und Berufsrichter der Bezirksgerichte den Zertifikatslehrgang "Judikative" an der Schweizerischen Richterakademie abgeschlossen. Zwei Berufsrichterinnen und Berufsrichter werden ab 2013 diesen Lehrgang absolvieren. Aufgrund des Verordnungsrechts des Obergerichts ist der Besuch dieses Lehrgangs für neu gewählte Berufsrichterinnen und Berufsrichter obligatorisch.

b) Das Bezirksgericht Arbon konnte seinen bisherigen Standort im Rathaus sowie im Gebäude des früheren Bezirksamts im Sommer 2012 verlassen und die neuen Räumlichkeiten im Saurer-Areal beziehen. In diesem ansprechend gestalteten Gebäude an der Schlossgasse bestehen sehr gute Bedingungen für den Gerichtsbetrieb.

c) Das Bezirksgericht Frauenfeld kann im Konsumhof "Trauben" unter grundsätzlich guten Bedingungen arbeiten; auch die Parkplatzsituation hat sich entschärft. Im Berichtsjahr konnten sämtliche Archivbestände - auch jene der früheren Bezirksgerichte Diessenhofen und Steckborn - im "Trauben" zusammengeführt werden.

d) Das Bezirksgericht Kreuzlingen konnte das Provisorium an der Nationalstrasse 19 aufgeben und im Herbst 2012 die neuen, definitiven Räumlichkeiten im "Garden City" beziehen. Die neuen Räume sind genügend gross sowie hell und freundlich gestaltet; das gilt insbesondere auch für die beiden Gerichtssäle.

e) Das Bezirksgericht Münchwilen ist wie bis anhin an zwei Standorten untergebracht, einerseits in den bisherigen Räumen in Eschlikon und andererseits im früheren Gebäude des Bezirksamts in Münchwilen. Die Sitzungen werden wie bisher im Gerichtshaus in Münchwilen abgehalten. Vorgesehen ist ein Umbau beziehungsweise eine Erweiterung dieses Gerichtshauses; in der Abstimmung vom September 2012

stimmte die Gemeinde Münchwilen dem entsprechenden Baukredit zu. Damit wird das Bezirksgericht voraussichtlich ab etwa 2014 neue Räume an einem einzigen Standort beziehen können.

f) Das Bezirksgericht Weinfelden konnte seine neuen Räumlichkeiten vis-à-vis vom Bahnhof Weinfelden - im Gebäude der Raiffeisenbank - Ende Oktober 2011 beziehen. Die dem Gericht zur Verfügung stehenden Räume sind für den Gerichtsbetrieb sehr gut geeignet. Für die Verhandlungen des Kollegialgerichts wird allerdings nach wie vor der bisherige Gerichtssaal im Rathaus Weinfelden genutzt.

4. Zwangsmassnahmengericht

Das Zwangsmassnahmengericht arbeitet unter guten Bedingungen im Haus "Daheim" an der Staubeggstrasse in Frauenfeld.

5. Friedensrichterämter

a) Das Obergericht ermöglichte wiederum interessierten Friedensrichterinnen und Friedensrichtern den Besuch von geeigneten Weiterbildungskursen. Drei Friedensrichterinnen und Friedensrichter absolvierten den Lehrgang CAS für Friedensrichter, der vom Herbst 2011 bis Frühling 2013 dauerte, und schlossen im April 2013 mit dem Zertifikat ab.

b) Auf Anfrage des Verbands Thurgauer Friedensrichter und Betreibungsbeamter hielt das Obergericht am 30. März 2012 fest, es könne angesichts der gestiegenen fachlichen Anforderungen tendenziell durchaus das Anliegen unterstützen, die Besoldung der Friedensrichterinnen und Friedensrichter sowie der Betreibungsbeamtinnen und Betreibungsbeamten derjenigen der Grundbuchverwalter und Notare

anzupassen. Allerdings erscheine es im jetzigen Zeitpunkt aus finanziellen Gründen als zwecklos, einen entsprechenden Vorstoss unternehmen zu wollen; vielmehr müsse abgewartet werden, bis sich die finanzpolitische Lage im Kanton verbessert habe.

6. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

a) Für alle Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) konnten weitgehend brauchbare räumliche Lösungen gefunden werden: Für die KESB Arbon an der Schlossgasse in Arbon, im gleichen Gebäude wie das Bezirksgericht; für die KESB Frauenfeld an der Zürcherstrasse 237a in Frauenfeld; für die KESB Kreuzlingen im Garden City in Kreuzlingen, ebenfalls im gleichen Gebäude wie das Bezirksgericht; für die KESB Weinfelden an der Bahnhofstrasse in Weinfelden, auch im gleichen Gebäude wie das Bezirksgericht. Einzig die KESB Münchwilen musste einstweilen ein Provisorium an der Standbachstrasse in Sirnach beziehen, welches üblichen Anforderungen an brauchbare Büroräume kaum zu genügen vermag. Immerhin wird auch für diese Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Juni 2013 an der Wilerstrasse in Sirnach eine definitive und bessere Lösung bereit stehen.

b) Alle Mitglieder der Behörden und teils auch die Mitarbeitenden der Fachsekretariate besuchten ab Herbst 2012 die von der KOKES (Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz) durchgeführten Kurse zum neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

Sie gehen nachts spazieren und finden einen Mann in einer Blutlache liegen. Sie knien nieder, ziehen ihm das Messer aus der Brust ... In diesem Augenblick hören Sie Schritte, und plötzlich kommt Ihnen Ihre Situation zu Bewusstsein:
Der Tote kann nicht mehr für Sie zeugen - und Sie rennen davon, wie von Furien gejagt. Aber man fängt Sie ... In dieser Situation würden auch Sie beten für verständnisvolle, psychologisch geschulte Richter.

(nach Curt Goetz, "Hokuspokus", 1926)

IX. Verzeichnis der Justizbehörden

(Stand April 2013)

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
	1997	Büchi Susanne, Arbeitgebervertreterin	1952
Ersatzmitglied:	2009	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, lic.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, Personalberater	1959
Leitende Gerichtsschreiberin:	2006	Sutter Heer Silke, lic.iur.	1964
Gerichtsschreiberin:	2006	Reinhardt-Schmid Franziska, lic.iur., Rechtsanwältin	1976
Gerichtsschreiber:	2011	Roth Jürg, MLaw, Rechtsanwalt	1979

Bezirksgericht Frauenfeld

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1992	Fuchs Rudolf, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsidentin:	2003	Steiger Eggli Christine, lic.iur.	1956
Berufsrichter:	2008	Hunziker René, lic.iur., Rechtsanwalt	1971
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
	2011	Scholz Anja, MLaw, Rechtsanwältin	1983
	2012	Bächinger Stefanie, lic.iur.oec., Rechtsanwältin	1982

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, Marketingfrau	1975
	2008	Koller Brunner Susanna, Schulpräsidentin	1957
Leitende Gerichtsschreiberin:	2011	Künzler-Baumann Sabrina, lic.iur., Rechtsanwältin	1968
Gerichtsschreiber:	2012	Bühler Marc, MLaw, Rechtsanwalt	1984

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, Kleingewerbler	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
	2012	Reber Claudia, lic.phil., Sozialpsychologin	1963
	2012	Wild Susanne, Sozialpädagogin HFS	1966
Fachsekretariat	2012	Glogg Dominik, MLaw, Aktuar	1980
	2013	Ehrbar Manuela, Fachspezialistin	1970
	2013	Frangi Petra, Fachspezialistin	1958
	2013	Schär Daniel, Finanzspezialist	1970

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
	2012	Maulà Monica, Fachfrau Finanz- und Rechnungswesen	1974
	2013	Zurbriggen Nathalie, MLaw, Rechtsanwältin	1984
	2012	Bisig Monika, Sachbearbeiterin	1958
	2012	Frey Kira, Sachbearbeiterin	1966
	2012	Weber Nicole, Sachbearbeiterin	1963

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 Zarba Beatrice, Sachbearbeiterin	1965
	2012	Bold Cornelia, Sachbearbeiterin	1967
	2013	Zollikofer-Blöchlinger Marlies, dipl. Psychologin 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	Frischknecht Markus, Sozialarbeiter FH	1963
	2012	Zwingli-Bühler Simone, ehem. Vormundschaftssekretärin	1957
Fachsekretariat	2013	Bosshart René, Finanzfachmann	1972
	2012	Della Valle Salvatore, M.A. HSG in Law, Aktuar	1985
	2012	Gallo-Grillo Marianna, Sachbearbeiterin	1971
	2012	Steg-Ruckstuhl Cornelia, Sachbearbeiterin	1966
	2012	Thüler Caroline, lic.phil., Psychologin	1976

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Weinfelden

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsidentin:	2012	Semadeni Röthlisberger Claudia, lic.iur.	1970
Vizepräsidentin	2012	Nater Lilo, ehemalige Vormundschafts-sekretärin / dipl. Kindergärtnerin	1956
Mitglieder:	2012	Breitenmoser Claudia, Pädagogin	1961
	2012	Hofstetter Urs, Betriebsökonom BVS	1960
	2012	Oberhänsli Bettina, lic.phil., Klinische Psychologin FSP	1978
Fachsekretariat	2012	Sia Valeria, Leiterin Sekretariat	1984
	2012	Honegger Rosina, Sachbearbeiterin	1977
	2012	Frischknecht Daniela, MLaw	1983
	2012	Lenz Kieliger Beatrice, Betriebsökonomin FH	1961
	2012	Madonna Morena, Sozialpädagogin FH	1979

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 Betreibungsbeamter	Scherb Walter Szabo Kurt
Kreis Kreuzlingen	Friedensrichter Betreibungsbeamter	Flammer Franz 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

	2012	2011	2010
Sitzungen	**101**	122	108
Plenum	**4**	5	5
Dreierbesetzung	**97**	117	77
Einschreibungen	**571**	606	599
erstinstanzliche Verfahren	**2**	6	4
Berufungsverfahren	**149**	156	189
Beschwerdeverfahren	**299**	367	302
übrige Verfahren	**121**	77	104
erledigte Verfahren	**575**	639	589
erstinstanzliche Verfahren	**5**	4	-
Berufungsverfahren	**153**	184	195
Beschwerdeverfahren	**300**	372	292
übrige Verfahren	**117**	79	102
pendente Berufungsverfahren Ende Jahr	**44**	48	76
davon Eingang vor dem 1. Januar 2012	**1**	6	6

2. Zivilrechtspflege

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

	hängig per 1.1.12	neu	erledigt per 31.12.12
Urheberrecht	1	-	-
Erfindungspatente	1	-	-
Design	1	-	1
Fabrik- und Handelsmarken	2	-	-
Geschäftsfirmen	-	1	-
weitere Zivilsachen	1	1	2
Rückführung eines Kindes	2	-	2
Total	**8**	**2**	**5**
2011 waren es	6	6	4
2010 waren es	2	4	-

Tabelle 3. Berufungsverfahren gegen Zivilurteile der Bezirksgerichte sowie der Einzelrichterinnen und Einzelrichter

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	10	1	2	1	4	-	1	1	-
Frauenfeld	21	10	1	4	1	2	-	2	1
Kreuzlingen	22	10	2	3	5	-	1	1	-
Münchwilen	26	11	-	8	2	-	3	2	-
Weinfelden	13	7	-	3	1	1	1	-	-
Rückweisung BuGer	2	1	-	-	1	-	-	-	-
Total	**94**	**40**	**5**	**19**	**14**	**3**	**6**	**6**	**1**
2011 waren es	126	41	17	12	6	15	24	5	6
2010 waren es	130	42	6	14	7	22	14	22	3

In diesen 94 Berufungsverfahren waren 121 Berufungen sowie drei Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:

Personenrecht	
- Schutz der Persönlichkeit	5
- übriges Personenrecht	2
Familienrecht	
- Ehescheidung	5
- Änderung Scheidungsurteil	1
- Eheschutzmassnahmen	15
- vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsprozess	8
- Unterhalt	1
- übriges Familienrecht	10
Erbrecht	1
Sachenrecht	
- beschränkte dingliche Rechte	8
- übriges Sachenrecht	1
Obligationenrecht	
- unerlaubte Handlung	1
- ungerechtfertigte Bereicherung	1
- Kauf und Tausch	3
- Miete	7
- Arbeitsvertrag	4
- Leihe	1
- Werkvertrag	2
- Auftrag	6
- einfache Gesellschaft	1
- Aktiengesellschaft	3
- aktienrechtliche Verantwortlichkeit	1
Unlauterer Wettbewerb	1
Betreibungsrechtliche Prozesse	3
Übriges Zivilrecht	2
Verschiedenes	1

Tabelle 4. Beschwerdeverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	22	13	4	-	1	2	2
Frauenfeld	29	14	4	3	-	7	1
Kreuzlingen	32	18	2	-	2	6	4
Münchwilen	25	17	2	2	2	-	2
Weinfelden	28	13	1	2	6	1	5
Friedensrichterämter	6	2	2	-	2	-	-
Schlichtungsbehörden	5	2	-	-	2	1	-
Rückweisung BuGer	1	-	-	-	-	-	1
Total	**148**	**79**	**15**	**7**	**15**	**17**	**15**
2011 waren es	204	91	23	17	10	36	27
2010 waren es	249	106	40	34	12	44	13

* inkl. Rückzug und Anerkennung

In diesen 148 Beschwerdeverfahren waren 175 Beschwerden zu beurteilen.

Tabelle 5. Beschwerdeverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abge-wiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückwei-sung an Vorinstanz	nicht eingetreten	ander-weitig erledigt*
SchKG							
- Rechtsöffnung	47	29	1	3	1	7	6
- Konkurseröffnung	17	6	6	-	2	2	1
- übrige Beschwerden nach SchKG	5	4	-	-	-	1	-
Klares Recht							
- Ausweisung	12	8	-	-	1	2	1
- übrige Beschwerden	5	3	-	1	1	-	-
ZGB/OR							
- fürsorgerische Freiheitsentziehung	3	-	-	-	1	-	2
- übrige Beschwerden	9	3	1	-	2	3	-
ZPO							
- Kostenbeschwerden	10	5	2	2	1	-	-
- Erledigungsentscheide	6	3	1	-	2	-	-
- unentgeltliche Prozessführung	14	8	1	1	3	1	-
- übrige Beschwerden	19	10	2	-	1	1	5
Total	**148**	**79**	**15**	**7**	**15**	**17**	**15**
2011 waren es	204	92	22	17	10	36	27
2010 waren es	249	106	40	34	12	44	13

* inkl. Rückzug und Anerkennung

3. Strafrechtspflege

Tabelle 6. 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	7	-	1	1	-	4	1	-
Frauenfeld	16	6	-	3	-	5	2	-
Kreuzlingen	16	4	2	2	-	6	2	-
Münchwilen	9	3	-	-	-	4	2	-
Weinfelden	10	1	2	-	-	2	4	1
Rückweisung BuGer	1	-	-	-	1	-	-	-
Total	**59**	**14**	**5**	**6**	**1**	**21**	**11**	**1**
2011 waren es	58	23	1	17	3	9	4	1
2010 waren es	65	27	11	20	-	4	3	-

In diesen 59 Berufungsverfahren waren 73 Berufungen sowie fünf Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die Berufungen wurden eingelegt:

- von der Staatsanwaltschaft: 19 Fälle
- von den Angeklagten: 43 Fälle
- von den Privatklägern: 11 Fälle

Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:

Strafgesetzbuch	
- Delikte gegen Leib und Leben	7
- Delikte gegen das Vermögen	10
- Ehrverletzungen	2
- Delikte gegen die Freiheit	2
- Delikte gegen die sexuelle Integrität	5
- Delikte gegen die Familie	2
- gemeingefährliche Delikte	2
- Urkundenfälschung	2
- Delikte gegen die Rechtspflege	3
- Delikte gegen die Amts- und Berufspflicht	1
Bundesgesetz über den Strassenverkehr	14
Bundesgesetz über die Betäubungsmittel	2
Nebenstrafrecht des Bundes	5
Kantonales Strafrecht	1
Verschiedene Geschäfte	1

Weitere Geschäfte:

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

Tabelle 7. Beschwerdeverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abge-wiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückwei-sung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Generalstaatsanwaltschaft	2	2	-	-	-	-	-
Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsstraffälle	7	5	-	-	-	1	1
Staatsanwaltschaft Bischofszell	17	7	2	-	5	1	2
Staatsanwaltschaft Frauenfeld	32	10	5	-	2	12	3
Staatsanwaltschaft Kreuzlingen	28	11	5	3	-	4	5
Jugendanwaltschaft	14	7	-	-	2	2	3
Zwangsmassnahmengericht	17	12	-	1	-	-	4
Bezirksgerichte	9	5	1	2	-	-	1
Polizei-Kommando	2	-	-	-	-	2	-
Keine Vorinstanz	4	2	-	-	-	1	1
Total	**136**	**63**	**13**	**6**	**10**	**24**	**20**
2011 waren es	150	62	16	10	10	30	22
2010 waren es	21	8	6	7	-	-	-

* inkl. Rückzug und Anerkennung

Tabelle 8. Beschwerdeverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abge-wiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückwei-sung an Vorinstanz	nicht eingetreten	ander-weitig erledigt*
Rechtsverzögerung / Rechtsverweigerung	19	9	6	-	-	1	3
Nichtanhandnahme / Einstellung	38	14	2	1	4	12	5
Untersuchungshaft / Sicherheitshaft	18	11	-	2	-	-	5
Zwangsmassnahmen	25	15	2	1	-	4	3
Beweis	1	-	-	-	-	1	-
Ausstand	3	2	-	-	-	-	1
Kosten	10	2	2	1	4	1	-
Verfahrenserledigung Gerichte	3	1	-	-	-	1	1
Übrige Beschwerden	19	9	1	1	2	4	2
Total	**136**	**63**	**13**	**6**	**10**	**24**	**20**
2011 waren es	150	62	16	10	10	30	22
2010 waren es	21	8	6	7	-	-	-

* inkl. Rückzug und Anerkennung

4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen

Tabelle 9. 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	12	9	-	1	-	-	2	-	40 Tage
Als Aufsichtsbehörde im Konkurswesen									
- Gesuche	-	-	-	-	-	-	-	-	
- Beschwerden	4	2	-	-	-	-	1	1	47 Tage
Total	**16**	**11**	**-**	**1**	**-**	**-**	**3**	**1**	**42 Tage**
2011 waren es	18	15	1	-	1	-	1	-	50 Tage
2010 waren es	17	10	1	2	1	1	2	-	50 Tage

II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle

Tabelle 10. Art des Rechtsmittels und der Erledigung

	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt
Beschwerde						
in Zivilsachen	41	14	4	-	22	1
in Strafsachen	31	11	3	3	14	-
in Betreibungssachen	4	2	-	-	2	-
Total	**76**	**27**	**7**	**3**	**38**	**1**
2011 waren es	85	26	3	5	49	2
2010 waren es	97	27	8	1	57	4

III. Zwangsmassnahmengericht

Tabelle 11. Tätigkeitsübersicht

	Total Erledigungen	Haftfälle				Überwachungsmassnahmen			weitere Fälle
		Anordnung	Verlängerung	Überprüfung	übrige Fälle	Post- und Fernmeldeverkehr	technische Überwachungsgeräte	übrige Fälle	
Total	**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 12. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen **	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2012	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	54	72	43	21	1
Frauenfeld	79	111	40	9	2
Kreuzlingen	82	113	76	23	5
Münchwilen	55	61	36	13	-
Weinfelden	111	72	43	14	1
Total	**381**	**429**	**238**	**80**	**9**
2011 waren es**	444	512	444	107	12
2010 waren es**	823	1'808	746	173	26

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

** Inklusive eherechtliche Verfahren

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 13. Erledigte Prozesse nach Gegenstand

Bezirk	Zahl*	Gegenstand						
		Personenrecht	Familienrecht	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
Arbon	17	-	1	1	-	13	2	-
Frauenfeld	35	1	-	3	2	20	-	9
Kreuzlingen	64	1	7	3	7	26	5	15
Münchwilen	25	3	10	-	1	9	2	-
Weinfelden	30	1	6	2	6	15	-	-
Total	**171**	**6**	**24**	**9**	**16**	**83**	**9**	**24**
2011 waren es	163	11	5	14	15	108	6	4
2010 waren es	453	10	40	11	63	279	23	9

* 2010 inkl. 18 Ehrverletzungsverfahren

Tabelle 14. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
		Materieller Entscheid	anderer Entscheid		
			Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten
Arbon	17	10	4	2	1
Frauenfeld	35	20	10	2	3
Kreuzlingen	64	24	16	6	18
Münchwilen	25	17	3	3	2
Weinfelden	30	13	8	7	2
Total	**171**	**84**	**41**	**20**	**26**
2011 waren es*	370	182	73	68	47
2010 waren es*	1'411	987	190	169	65

* Inklusive eherechtliche Verfahren

B. Strafrechtspflege

Tabelle 15. 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	5	11	11	-	4	1	5	6
Frauenfeld	1	5	6	6	-	1	1	2	4
Kreuzlingen	2	3	5	5	-	2	-	2	3
Münchwilen	4	2	6	6	-	-	-	-	6
Weinfelden	3	2	5	5	-	1	2	3	2
Total	**16**	**17**	**33**	**33**	**-**	**8**	**4**	**12**	**21**
2011 waren es	28	10	38	36	2	19	3	22	16
2010 waren es	68	81	149	149	-	107	13	120	29

Tabelle 16. 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	Einsprache verfahren	Jugendstrafverfahren				
Arbon	16	43	59	38	4	17	-	33	21	54	5
Frauenfeld	11	70	81	33	6	40	2	48	19	67	14
Kreuzlingen	15	47	62	14	16	32	-	44	5	49	13
Münchwilen	21	41	62	18	10	33	1	27	21	48	14
Weinfelden	25	45	70	30	-	40	-	27	23	50	20
Total	**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
2010 waren es	228	487	715	549	-	166	-	551	110	661	54

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

Tabelle 17. Tätigkeitsübersicht (ohne summarische Verfahren)

Bezirk	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
		Total	davon Eingang vor dem 1.1.2012	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	155	50	7	-
Frauenfeld	178	34	4	-
Kreuzlingen	117	51	7	-
Münchwilen	135	40	8	-
Weinfelden	85	34	7	-
Total	**670**	**209**	**33**	**-**

* Als unechte Pendenzen gelten insbesondere sistierte Verfahren.

Tabelle 18. Erledigte Prozesse nach Gegenstand, Erledigungsart und Instanz

Bezirk	Zahl	Gegenstand		Erledigungsart							
				Bezirksgericht				Einzelrichterin oder Einzelrichter			
					anderer Entscheid				anderer Entscheid		
		Ehescheidungs/ Ehetrennungsverfahren	Abänderungsklagen	materieller Entscheid	Vergleich	Rückzug/ Anerkennung	Gegenstandslosigkeit /Nichteintreten	materieller Entscheid	Vergleich	Rückzug/ Anerkennung	Gegenstandslosigkeit /Nichteintreten
Arbon	144	122	22	11	1	-	-	98	6	24	4
Frauenfeld	174	161	13	4	-	-	2	147	7	11	3
Kreuzlingen	110	97	13	9	-	-	-	90	-	11	-
Münchwilen	135	124	11	14	-	-	1	103	8	8	1
Weinfelden	93	84	9	18	5	7	-	54	2	5	2
Total	**656**	**588**	**68**	**56**	**6**	**7**	**3**	**492**	**23**	**59**	**10**
2011 waren es	867	628	239	-	-	-	-	-	-	-	-

3. Geschäftsführung der Einzelrichterinnen und Einzelrichter

Tabelle 19 Tätigkeitsübersicht (ohne eherechtliche und summarische Verfahren)

Bezirk	Sitzungen **	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2012	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	180	124	45	2	-
Frauenfeld	220	94	21	3	1
Kreuzlingen	83	93	43	2	-
Münchwilen	91	68	18	5	-
Weinfelden	196	96	42	6	-
Total	**770**	**475**	**169**	**18**	**1**
2011 waren es**	623	1'093	170	23	1
2010 waren es	425	393	152	16	-

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

** Inklusive eherechtliche Verfahren

Tabelle 20. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahrensart		Gegenstand						
		ordentlich	vereinfacht*	Personenrecht	Familienrecht	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
Arbon	102	2	100	-	15	-	5	78	3	1
Frauenfeld	96	47	49	1	13	-	6	68	8	-
Kreuzlingen	92	6	86	-	5	-	4	77	5	1
Münchwilen	70	18	52	1	-	-	1	67	1	-
Weinfelden	80	9	71	2	8	1	4	61	4	-
Total	**440**	**82**	**358**	**4**	**41**	**1**	**20**	**351**	**21**	**2**
2011 waren es	501	195	306	9	18	5	42	413	14	-
2010 waren es	339	164	175	-	-	-	9	318	9	3

* 2010 beschleunigte Verfahren

Tabelle 21. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	nach Erledigungsart				Rechtshilfeeinvernahmen
		materieller Entscheid	anderer Entscheid			
			Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten	
Arbon	102	41	31	20	10	4
Frauenfeld	96	37	39	19	1	8
Kreuzlingen	92	31	33	18	10	3
Münchwilen	70	19	26	19	6	5
Weinfelden	80	20	40	9	11	5
Total	**440**	**148**	**169**	**85**	**38**	**25**
2011 waren es*	1'161	708	234	164	55	22
2010 waren es	339	138	116	57	28	29

* Inklusive eherechtliche Verfahren

Tabelle 22. 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	58	24	8	49	21	31	71	262
Frauenfeld	40	5	16	69	15	46	68	259
Kreuzlingen	26	8	12	45	23	19	87	220
Münchwilen	19	5	19	51	7	14	59	174
Weinfelden	34	6	12	33	12	15	79	191
Total	**177**	**48**	**67**	**247**	**78**	**125**	**364**	**1'106**
2011 waren es	154	53	68	237	63	51	357	983
2010 waren es	168	117	70	260	64	59	474	1'212

Tabelle 23. 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	316	102	20	46	33	4	110	631
Frauenfeld	354	85	24	30	34	3	96	626
Kreuzlingen	272	101	14	40	13	21	128	589
Münchwilen	173	80	11	24	19	5	6	318
Weinfelden	276	129	20	23	30	10	83	571
Total	**1'391**	**497**	**89**	**163**	**129**	**43**	**423**	**2'735**
2011 waren es	1'270	466	60	176	93	43	384	2'492
2010 waren es	1'405	589	63	177	119	72	323	2'748

Tabelle 24. Beschwerden gegen die Betreibungsämter

Bezirk	Zahl	Erledigungsart					durchschnittliche Verfahrensdauer
		abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt	
Arbon	11	3	3	-	1	4	35 Tage
Frauenfeld	16	8	1	1	2	4	46 Tage
Kreuzlingen	5	2	-	-	-	3	49 Tage
Münchwilen	20	6	5	4	-	5	31 Tage
Weinfelden	8	5	1	1	1	-	34 Tage
Total	**60**	**24**	**10**	**6**	**4**	**16**	**38 Tage**
2011 waren es	52	25	7	4	9	7	46 Tage
2010 waren es	52	34	5	2	6	5	39 Tage

V. Friedensrichterämter

Tabelle 25. Geschäftsumfang

Kreis	Als Sühnebeamter behandelt			Als Einzelrichter erledigt		
	Total	Vergleich/ Rückzug	erteilte Klagebewilligungen	Total	Urteilsvorschlag	materieller Entscheid
Arbon	91	35	56	6	1	5
Amriswil	66	32	34	5	2	3
Romanshorn	78	40	38	12	5	7
Frauenfeld	149	79	70	18	4	14
Diessenhofen	29	20	9	-	-	-
Felben-Wellhausen	63	45	18	2	2	-
Müllheim	64	43	21	3	3	-
Steckborn	40	16	24	-	-	-
Kreuzlingen	125	60	65	7	3	4
Kemmental	44	21	23	2	2	-
Tägerwilen	83	21	62	-	-	-
Aadorf	122	71	51	19	8	11
Sirnach	70	36	34	9	5	4
Weinfelden	50	14	36	3	1	2
Bischofszell	47	30	17	3	3	-
Bürglen	46	18	28	1	1	-
Märstetten	41	20	21	1	-	1
Sulgen	25	17	8	2	2	-
Total	**1'233**	**618**	**615**	**93**	**42**	**51**
2011 waren es	1'057	540	517	78	22	56
2010 waren es	1'140	364	776	396	348	48

VI. Konkursamt

Tabelle 26. Geschäftsumfang

	2012	2011	2010
Pendenzen aus dem Vorjahr	**147**	139	141
Neueingänge	**317**	324	320
Erledigungen im Berichtsjahr	**307**	316	322
Pendenzen Ende Jahr	**157**	147	139
Konkurseröffnungen			
Firmenkonkurse	**152**	162	174
Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen)	**60**	49	42
Nachlasskonkurse (ausgeschlagene Erbschaften)	**105**	113	104
Total Neueingänge	**317**	324	320
Konkurserledigungen			
Widerruf	**3**	2	3
Aufhebung des Konkurses	**11**	14	6
Einstellung mangels Aktiven	**154**	173	173
Schlusserklärung			
nach summarischem Verfahren	**139**	126	140
nach ordentlichem Verfahren	**-**	1	-
Total Konkurserledigungen	**307**	316	322

VII. Betreibungsämter

Tabelle 27. Geschäftsumfang

	Zahlungsbefehle	Pfändungsvollzüge	Verwertungen
Arbon	7'452	4'735	4'434
Amriswil	4'847	2'969	2'892
Romanshorn	5'065	3'611	2'689
Frauenfeld	9'405	5'112	4'808
Diessenhofen	2'112	1'542	1'271
Felben-Wellhausen	1'580	778	645
Müllheim	1'876	898	768
Steckborn	2'549	1'526	1'205
Kreuzlingen	6'880	3'550	2'163
Kemmental	1'989	843	481
Tägerwilen	2'594	1'320	1'053
Aadorf	6'344	2'733	2'463
Sirnach	6'076	3'028	3'072
Weinfelden	2'598	1'541	1'257
Bischofszell	3'174	1'804	1'535
Bürglen	2'686	1'262	950
Märstetten	2'511	1'397	1'057
Sulgen	3'180	1'823	1'907
Total	**72'918**	**40'472**	**34'650**
2011 waren es	71'677	40'815	33'712
2010 waren es	71'711	40'607	32'680

C. Entscheide

des Obergerichts

und

des Obergerichtspräsidiums

I. BUNDESRECHT

1. Keine Notleitung für eine Jagdhütte, die kraft öffentlichen Rechts nicht bewohnt werden darf (Art. 691 ZGB)

1. Der Berufungskläger ist Eigentümer einer Parzelle, deren Wasserversorgung durch eine rund 250 Meter lange Leitung erfolgt, welche durch die Grundstücke der Berufungsbeklagten führt. Da diese die Wasserleitung still legten, reichte der Berufungskläger Klage ein und beantragte, die Berufungsbeklagten seien zu verpflichten, die Durchleitung des Wassers zu seiner Parzelle zu erdulden. Weiter sei das Grundbuchamt anzuweisen, das Durchleitungsrecht zu Gunsten seiner Parzelle und zu Lasten der Parzellen der Berufungsbeklagten einzutragen. Der Einzelrichter wies die Klage ab.

2. a) Gemäss Art. 691 Abs. 1 ZGB ist jeder Grundeigentümer verpflichtet, die Durchleitung von Röhren und Leitungen zur Versorgung und Entsorgung gegen volle Entschädigung zu gestatten, wenn ein anderes Grundstück sonst nicht oder nur mit unverhältnismässigen Kosten erschlossen werden kann. Das Recht auf Durchleitung aus Nachbarrecht kann in den Fällen nicht beansprucht werden, in denen das kantonale Recht oder das Bundesrecht auf den Weg der Enteignung verweist[1]. Verlangt es der Berechtigte oder der Belastete, so werden die Durchleitungen auf Kosten des Berechtigten als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen. Das Durchleitungsrecht kann einem gutgläubigen Erwerber auch ohne Eintragung entgegengehalten werden[2].

---

[1] Art. 691 Abs. 2 ZGB
[2] Art. 691 Abs. 3 ZGB

b) Das Notrecht muss zur bestimmungsgemässen Nutzung eines Grundstücks erforderlich sein[3]. Das Bestehen eines privatrechtlichen Durchleitungsanspruchs beurteilt sich grundsätzlich nach privatrechtlichen und nicht nach öffentlich-rechtlichen Kriterien. Der Rahmen für die bestimmungsgemässe Nutzung des berechtigten Grundstücks wird jedoch durch das öffentliche Recht gesetzt. Ist eine in Aussicht genommene Nutzung des berechtigten Grundstücks aus öffentlich-rechtlichen Gründen auf absehbare Zeit nicht möglich, so stellt diese Nutzung keine bestimmungsgemässe Nutzung des berechtigten Grundstücks dar und kann deshalb nicht zu einem nachbarrechtlichen Durchleitungsrecht berechtigen. Im Fall der gerichtlichen Durchsetzung des Durchleitungsrechts hat deshalb der Zivilrichter vorfrageweise zu prüfen, ob der in Aussicht genommenen Nutzung öffentliches Recht offenkundig entgegensteht[4]. Mit den sich im Zusammenhang mit der Einräumung eines Notwegs ergebenden Schnittstellen zum öffentlichen Recht befasste sich unlängst auch das Bundesgericht[5]; diese Rechtsprechung findet auch auf Notleitungen Anwendung[6]. An dieser Schnittstelle ist laut Bundesgericht mit Bezug auf die bestimmungsgemässe Nutzung des Grundstücks, von der die Einräumung eines Notwegs oder einer Notleitung abhängt, das öffentliche Recht massgebend. Liegt das Land in der Bauzone, so ist das Erstellen eines Wohnhauses eine bestimmungsgemässe Nutzung. Wo besondere Nutzungsformen einer Bewilligung bedürfen, ist das Zivilgericht an die öffentlich-rechtliche Beurteilung durch die zuständigen Behörden gebunden, soweit sich deren rechtskräftige Entscheide nicht als absolut nichtig erweisen. Das Zivilgericht hat hingegen über alle weiteren

---

3 Rey, Basler Kommentar, Art. 691 ZGB N 5; Meyer-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 691 ZGB N 39; Brücker, Das nachbarrechtliche Durchleitungsrecht, Diss. Zürich 1991, S. 51

4 Brücker, S. 52 f.

5 BGE 136 III 130 ff.

6 Vgl. Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13.A., § 101 N 55 ff.

Voraussetzungen des Anspruchs auf Einräumung eines Notwegs oder einer Notleitung zu entscheiden[7].

3. a) Unbestritten ist, dass die Baute des Berufungsklägers nicht in der Bauzone, sondern in der Landschaftsschutzzone LS-G (Geotopschutz) liegt, in welcher die Erstellung von Bauten und Anlagen untersagt ist. Da die Baute aber vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Raumplanung[8] errichtet worden ist, geniesst sie gestützt auf Art. 24c Abs. 1 RPG Bestandesschutz, und sie kann gemäss Art. 24c Abs. 2 RPG mit Bewilligung der zuständigen Behörde erneuert, teilweise geändert, massvoll erweitert oder wiederaufgebaut werden, sofern sie rechtmässig erstellt oder geändert worden ist.

b) Auf das Erfordernis eines Baugesuchs für eine Erneuerung der Liegenschaft wurde der Berufungskläger bereits anlässlich einer Aussprache und eines Augenscheins hingewiesen. Ein solches Baugesuch für die Umnutzung der Waldhütte in ein Wohnhaus wurde in der Folge eingereicht, jedoch wieder zurückgezogen. Nach dem Rückzug hielt der Kantonsforstingenieur in einem Schreiben fest, mit der Wohnsitznahme des Berufungsklägers habe eine Zweckänderung der Parzelle stattgefunden, welche einer Baubewilligung bedürfe. Das Amt für Bau und Umwelt der Gemeinde bestätigte, die Liegenschaft sei nie als Wochenendhaus bewilligt worden; für eine solche Nutzung sei ein nachträgliches Baugesuch (Zweckänderung) einzureichen. Nachdem kein Gesuch eingegangen war, stellten die Planungs- und Baukommission und das Amt für Bau und Umwelt der Gemeinde fest, das Gebäude auf der Parzelle dürfe ausschliesslich als Waldhütte, ohne jegliche Wohnzwecke, genutzt werden.

---

7 BGE 136 III 134
8 Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700

c) An diese unmissverständliche Einschätzung ist der Zivilrichter gebunden, zumal die öffentlich-rechtliche Beurteilung angesichts der Lage der Parzelle in der Landschaftsschutzzone LS-G (Geotopschutz) nicht offensichtlich unrichtig ist. Die Benutzung der Baute als (Wochenend-)Wohnhaus stellt somit kraft zwingenden öffentlichen Rechts keine bestimmungsgemässe Nutzung der Parzelle dar. Daran vermag die Bezeichnung der Baute als "Wochenendhaus" im Zusammenhang mit der Einräumung eines Näherbaurechts nichts zu ändern, denn der Grundbuchverwalter hatte, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, nebst seiner Zuständigkeit nur zu prüfen, ob die Anmeldung von der verfügungsberechtigten Person ausgeht und ob der Rechtsgrund die erforderliche Form erfüllt[9]. Darüber, ob es sich bei der Baute tatsächlich um ein "Wochenendhaus" handelte, hatte er nicht zu befinden. Daher kommt dem Grundbuch diesbezüglich auch keine verstärkte Beweiskraft im Sinn von Art. 9 ZGB zu[10].

4. a) Zu beurteilen bleibt die vom Berufungskläger an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz aufgestellte - und im Berufungsverfahren unter Zuhilfenahme verspätet vorgebrachter Noven untermauerte - Behauptung, die Zufuhr fliessenden Wassers respektive sanitäre Anlagen wie Nasszellen, Koch- und Abwaschstellen gehörten zur bestimmungsgemässen Nutzung einer Jagdhütte. Als Beleg dafür legte der Berufungskläger an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz einen Auszug aus dem Internet ins Recht, in welchem eine Jagdhütte mit fliessendem Wasser im Raum Köln/Bonn zur Miete angeboten wird.

b) Auf Notrechte kann man sich - wie es der Name schon sagt - nur im Notfall berufen, das heisst, wenn ohne sie der Zweck, dem das Grundstück dienen soll, sich entweder gar nicht oder nur mit

---

9 Art. 965 ZGB; Schmid, Basler Kommentar, Art. 965 ZGB N 29 ff.
10 Schmid/Lardelli, Basler Kommentar, Art. 9 ZGB N 27

unverhältnismässigen Mehrkosten erreichen lässt[11]. Somit besteht kein Anspruch auf Einräumung einer Notleitung, wenn damit lediglich luxuriöse Bedürfnisse befriedigt werden sollen[12].

c) Bei einer (Wald- oder) Jagdhütte, die kraft öffentlichen Rechts gerade nicht für Wohnzwecke benutzt werden darf, stellt die Zufuhr fliessenden Wassers eine Annehmlichkeit dar, ohne welche die Baute gleichwohl bestimmungsgemäss benutzt werden kann. Eine Jagdhütte am Waldrand von A. liegt jedenfalls nicht derart fern jeglicher Zivilisation, dass die Jäger längere Zeit, namentlich gar nachts, darin verweilen müssten und dann womöglich auf fliessendes Wasser angewiesen wären, ohne welches ihnen letztlich die Jagd verunmöglicht oder zumindest arg erschwert würde. Die Ausstattung der erwähnten Jagdhütte im Raum Köln/Bonn belegt für hiesige Verhältnisse nichts; ausserdem erweist sich deren Ausstattung doch eher als luxuriös und nicht nur als zweckmässig.

d) Fehlt nun aber nur schon die Voraussetzung der Erforderlichkeit des Notrechts zur bestimmungsgemässen Nutzung des Grundstücks, so erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen, namentlich die von den Berufungsbeklagten bestrittene unverhältnismässige Verteuerung der Leitungserstellung ohne Inanspruchnahme ihrer Grundstücke. Somit ist die Berufung mit Bezug auf die Anträge auf Duldung und Eintragung eines Durchleitungsrechts unbegründet.

Obergericht, 2. Abteilung, 10. Januar 2012, ZBR.2011.79

Auf die Beschwerde in Zivilsachen trat das Bundesgericht am 27. September 2012 nicht ein; die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wies es ab, soweit es darauf eintrat (5A_362/2012).

---

11 Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 101 N 55
12 Meier-Hayoz, Art. 691 ZGB N 39; Rey, Art. 691 ZGB N 5

2. Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs (Art. 62 und 66 OR; Art. 60 Abs. 2 OR; Art. 4 Satz 2, 38 Abs. 2 und 56 Abs. 2 LG; Art. 109 und 333 Abs. 3 Satz 4 StGB).

1. Die Berufungsbeklagten übergaben Ende 2007/Anfang 2008 der in der Mitte eines nach dem Schneeballsystem funktionierenden Schenkkreises angelangten Berufungsklägerin je Fr. 15'000.00 und hofften auf Vermehrung des einbezahlten Betrags. Die Vorinstanz schützte die Klage der Berufungsbeklagten auf Rückzahlung der einbezahlten Beträge.

2. a) Die Rückabwicklung eines erfüllten oder teilweise erfüllten nichtigen Vertrags erfolgt nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts. Gemäss Art. 62 Abs. 1 OR hat die Bereicherung zurückzuerstatten, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist. Dies ist auch unbestritten. Die Berufungsklägerin beruft sich indessen - im Wesentlichen mit den gleichen Argumenten, die sie gegen die Nichtigkeit vorbrachte - auf Art. 66 OR, wonach nicht zurückgefordert werden kann, was in der Absicht gegeben worden ist, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen.

b) Das Bundesgericht schloss sich in BGE 134 III 444 f.[13] der herrschenden Lehre an, die Art. 66 OR auf die Fälle eigentlichen Gaunerlohns beschränkt. Bei einem synallagmatischen Vertrag sei nicht einzusehen, weshalb gleichermassen an einem objektiv widerrechtlichen Rechtsgeschäft beteiligte Parteien ungleich behandelt

---

[13] Änderung der Rechtsprechung

werden sollten. Der Umstand, dass eine dieser Parteien ihre vertragliche Verpflichtung schon erfüllt habe, erscheine angesichts des Mangels in der Entstehung des Vertrags zufällig. Der eigentliche Zweck von Art. 66 OR, die Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Handelns durch den Ausschluss der Rückforderung auch privatrechtlich zu sanktionieren, komme im Wortlaut von Art. 66 OR insofern zum Ausdruck, als für die erfolgte Leistung die "Absicht" verlangt werde, damit einen rechtwidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen. Mit der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre[14] ist die Rückforderung nach Art. 66 OR somit nur ausgeschlossen, wenn die Leistungen zur Anstiftung oder Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens erfolgten, also nur für den sogenannten Gaunerlohn. Sofern der Zweck der verletzten Norm nicht eindeutig den Ausschluss der Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen erfordert, sind diese daher im Fall der Vertragsnichtigkeit zurückzuerstatten.

c) Weder ist die Einzahlung in einen Schenkkreis ein Gaunerlohn noch fordert das Lotterieverbot, das auf Schenkkreise anwendbar ist, eindeutig den Ausschluss der Rückerstattung bereits erbrachter Leistungen. Deshalb fallen die Einzahlungen in Schenkkreise nicht unter das Rückforderungsverbot von Art. 66 OR, sondern sind zurückzubezahlen. Für den von der Berufungsklägerin auch in diesem Zusammenhang behaupteten Wertungswiderspruch gelten die gleichen Überlegungen, die im Zusammenhang mit der Nichtigkeit angestellt und dargelegt wurden. Zu ergänzen und klarzustellen bleibt, dass - wie sich aus dem Sinn und Zweck der Lotteriegesetzgebung ergibt - entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin unerheblich ist, inwieweit sie als Organisatorin oder Verantwortliche mit dem Schenkkreis verbunden ist. Es reicht aus, wenn sie Zahlungen von neu in den

---

[14] Vgl. BGE 134 III 444; Schulin, Basler Kommentar, Art. 66 OR N 4 f.

Schenkkreis Eintretenden entgegennimmt. Die Berufungsklägerin ist nicht eine den Berufungsbeklagten "gleichgestellte Teilnehmerin". Im Unterschied zu den Berufungsbeklagten hat sie nicht nur einen Einsatz geleistet, sondern als in der Mitte des Schenkkreises angelangte Teilnehmerin auch Zahlungen entgegengenommen.

3. a) Die Gründung eines Schenkkreises, dessen Zweck darin besteht, weitere Personen zum Beitrag durch Zahlung eines Einsatzes zu veranlassen, ist der Ausgabe einer Lotterie im Sinn von Art. 4 Satz 1 und Art. 38 Abs. 1 LG gleichzustellen und daher in Anwendung von Art. 56 Abs. 2 LG gemäss Art. 38 Abs. 1 LG strafbar[15].

Strafbar ist gemäss Art. 56 Abs. 2 i.V.m. 38 Abs. 1 LG auch die Durchführung einer lotterieähnlichen Unternehmung, worunter nach Art. 4 Satz 2 LG alle Handlungen fallen, die dem Zweck einer solchen Veranstaltung dienen. In Berücksichtigung der in Art. 4 Satz 2 LG betreffend die Lotterien im Einzelnen genannten Durchführungshandlungen macht sich somit etwa strafbar, wer das Bestehen eines Schenkkreises bekannt macht oder wer einer bestimmten Person den Beitritt zu einem Schenkkreis durch Leistung eines Einsatzes anbietet oder empfiehlt. Durchführungshandlungen können nicht nur von den Mitgliedern des Schenkkreises, sondern auch von Drittpersonen vorgenommen werden, die ihm nicht angehören[16]. Der Teilnehmer einer Kettenbriefaktion beispielsweise, der die im Spielplan vorgesehenen Handlungen vornimmt, ist nicht Einleger, sondern wirkt an der Durchführung der verbotenen Lotterie mit und ist als selbstständiger Täter strafbar. In dem BGE 97 IV 248 zugrunde liegenden Fall hatte der Beschuldigte nicht bloss einen Kettenbrief zum Preis von Fr. 10.00 erworben, sondern auch dem an erster Stelle genannten Teilnehmer

---

[15] BGE 132 IV 85
[16] BGE 132 IV 85

Fr. 10.00 bezahlt, den Kettenbrief beim Unternehmer unter gleichzeitiger Bezahlung von Fr. 10.00 gegen drei neue Briefe eingelöst und diese in der Folge an drei neue Teilnehmer weiterverkauft, wodurch er sich offensichtlich nicht nur auf das Einlegen in eine lotterieähnliche Unternehmung beschränkt, sondern an deren Durchführung mitgewirkt hatte[17]. Nach der Lotteriegesetzgebung strafbar sein müssen auch die Ausrichtung der Gewinne und die Verwendung des Ertrags aus einer Lotterie oder lotterieähnlichen Unternehmung. Dies liegt gerade im Zweck einer solchen Veranstaltung und gehört zu den Durchführungshandlungen und/oder dient der Weiterführung dieser Unternehmung[18].

Die Leistung eines Einsatzes zwecks Beitritts in einen "Schenkkreis" ist dem Kauf eines Loses bei einer Lotterie, mithin dem Einlegen in eine Lotterie, gleichzustellen und daher als solche gemäss Art. 38 Abs. 2 i.V.m. Art. 56 Abs. 2 LG nicht strafbar[19].

b) aa) Die Vorinstanz warf der Berufungsklägerin in zweifacher Hinsicht strafbares Verhalten vor; einerseits durch das Anwerben von Personen für den Schenkkreis, andererseits durch die Entgegennahme von acht Zahlungen von je Fr. 15'000.00 aus dem Schenkkreis. Beide Sachverhalte sind zugestanden.

bb) Die Berufungsklägerin setzt sich mit der Tatbestandsvariante der Entgegennahme von Zahlungen aus dem Schenk-

---

17 BGE 132 IV 86

18 Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass seit 1. April 2012 gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. r i.V.m. Art. 38 Abs. 1 UWG auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird, wer jemandem die Lieferung von Waren, die Ausrichtung von Prämien oder andere Leistungen zu Bedingungen in Aussicht stellt, die für diesen hauptsächlich durch die Anwerbung weiterer Personen einen Vorteil bedeuten und weniger durch den Verkauf oder Verbrauch von Waren oder Leistungen (Schneeball-, Lawinen- oder Pyramidensystem).

19 BGE 132 IV 86 f. sowie 88

kreis nicht auseinander. Sie spricht nur (mehrmals) davon, sie habe sich auf der gleichen Stufe wie die Berufungsbeklagten befunden, und die Zahlung eines Lotterieeinsatzes sei nicht strafbar. Tatsächlich standen indessen die Berufungsklägerin und die Berufungsbeklagten nicht auf der gleichen Stufe. Zwischen ihnen bestand ein grosser und entscheidender Unterschied: Die Berufungsklägerin leistete nicht nur wie die Berufungsbeklagten einen Lotterieeinsatz, sondern sie strich - im Zentrum des Schenkkreises angekommen - aus der verbotenen Lotterie einen stattlichen Gewinn von Fr. 105'000.00 ein[20]. Auch wenn das Bundesgericht die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis bisher nicht ausdrücklich als strafbare Widerhandlungen gegen das Lotteriegesetz aufführte, ist der aufgezeigte Unterschied als strafrechtlich relevant zu qualifizieren. Die Entgegennahme von Zahlungen geht über die straflose Leistung eines Einsatzes hinaus; sie fördert die Verbreitung der Schenkkreise. Mit der Entgegennahme der Zahlung scheidet die in der Mitte des Schenkkreises angekommene Person aus dem Schenkkreis aus und ermöglicht erst die Teilung des Schenkkreises und damit die Weiterführung des Schneeballsystems. Die Entgegennahme der Zahlung ist daher eine Handlung, die im Sinn von Art. 4 Satz 2 LG dem Zweck des Schenkkreises dient und damit strafbar gemäss Art. 56 Abs. 2 i.V.m. Art. 38 Abs. 1 LG ist.

cc) Bei diesem Ergebnis kann die Frage offen gelassen werden, ob mit dem von der Berufungsklägerin zugestandenen Anwerbungsversuch von zwei Freunden angesichts ihrer Einwände ein strafbares Verhalten rechtsgenüglich erstellt ist.

4. Hingegen beträgt die Verjährungsfrist für Verstösse gegen Art. 38 LG entgegen der Auffassung der Vorinstanz und offenbar auch der Parteien nicht sieben Jahre. Die Strafdrohung von Art. 38 Abs. 1

---

[20] Fr. 120'000.00 abzüglich Einsatz von Fr. 15'000.00

LG - Gefängnis oder Haft bis zu drei Monaten beziehungsweise gemäss Art. 333 Abs. 2 lit. c StGB[21] neu Geldstrafe bis zu 90 Tagessätzen oder Busse bis zu Fr. 10'000.00 - führt zwar gemäss Art. 103 StGB[22] und Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB zu einer Verfolgungsverjährung von sieben Jahren. Das Lotteriegesetz vom 8. Juni 1923 ist aber am 1. Januar 1924 in Kraft getreten und wurde seither nie geändert[23]. Folglich kommt Art. 333 Abs. 3 Satz 4 StGB[24] zur Anwendung. Nach dieser Bestimmung ist die Tat auch dann eine Übertretung, wenn sie in einem anderen Bundesgesetz, das vor 1942 in Kraft getreten ist, mit einer Gefängnisstrafe bedroht ist, die drei Monate nicht übersteigt. Der Grund für diese Ausnahmeregelung liegt darin, dass das vor 1942 geltende Bundesstrafrecht die Unterscheidung zwischen Vergehen und Übertretung nicht kannte[25]. Weil Art. 38 Abs. 1 LG eine Gefängnisstrafe von nicht über drei Monaten oder eine Geldstrafe von nicht über 90 Tagessätzen vorsieht, liegt eine Übertretung des Nebenstrafrechts vor, für welche die Strafverfolgung gemäss Art. 109 StGB in drei Jahren verjährt.

Obergericht, 2. Abteilung, 15. Mai 2012, ZBR.2012.12

---

21 Nach dieser Bestimmung wird Gefängnis unter sechs Monaten durch Geldstrafe ersetzt, wobei einem Monat Freiheitsstrafe 30 Tagessätze Geldstrafe zu höchstens Fr. 3'000.00 entsprechen.

22 Gemäss Art. 103 StGB sind Übertretungen Taten, die mit Busse bedroht sind.

23 BGE 129 IV 108

24 Marginalie: Anwendung des Allgemeinen Teils auf andere Bundesgesetze

25 Wiprächtiger, Basler Kommentar, Art. 333 StGB N 26

3. **Dokumentationspflicht des Zahnarztes** (Art. 400 Abs. 1 OR)

1. Nach herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts ist ein Eingriff in die körperliche Integrität - wozu auch das Ziehen und Behandeln von Zähnen gehört - rechtswidrig, sofern nicht die Einwilligung des Patienten vorliegt[26]. Das Erfordernis einer klaren Einwilligung leitet sich direkt aus dem Recht des Patienten auf persönliche Freiheit und auf körperliche Integrität ab, welches ein absolut geschütztes Rechtsgut ist. Der Arzt, der ohne Information und Einwilligung des Patienten operiert, handelt widerrechtlich und haftet für den angerichteten Schaden, ungeachtet ob nun in seinem Verhalten eine Verletzung seiner Pflichten als Beauftragter oder eine Verletzung absoluter Rechte, somit eine unerlaubte Handlung, gesehen wird. Das widerrechtliche Verhalten betrifft den ganzen Eingriff und damit alle einzelnen Handlungen, aus denen er sich zusammensetzt, mögen sie auch medizinisch korrekt ausgeführt worden sein. Der Arzt ist diesfalls zum Ersatz allen Schadens aus dem totalen oder partiellen Misserfolg der Behandlung verpflichtet, auch wenn ihm kein Kunstfehler vorgeworfen werden kann. Das vom Patienten getragene Risiko des medizinischen Eingriffs geht somit bei fehlender Aufklärung und damit mangelnder Einwilligung auf den Arzt über[27].

2. Die Aufklärung muss umfassend sein, was voraussetzt, dass der Arzt den Patienten über den Eingriff ausreichend unterrichtet, damit dieser seine Zustimmung dazu in Kenntnis der Sachlage geben kann. Der Arzt muss den Patienten somit mit klaren und verständlichen Worten so umfassend wie möglich aufklären, und zwar über die

---

[26] Wiegand, in: Handbuch des Arztrechts (Hrsg.: Honsell), Zürich 1994, S. 180

[27] BGE 133 III 128 = Pra 96, 2007, Nr. 105 S. 719; BGE vom 11. November 2009, 4A_485/2009, Erw. 1.3; Wiegand, S. 182

Diagnose, die Therapie, die Aussichten, über die Alternativen zur vorgeschlagenen Behandlung[28], die Risiken[29], die Heilungschancen, über eine mögliche spontane Entwicklung der Krankheit sowie über die finanziellen Fragen. Einschränkungen der Aufklärungspflicht oder sogar Ausnahmen von derselben sind nur in genau umschriebenen Fällen zugelassen, beispielsweise dann, wenn es um alltägliche Handlungen geht, die keine besondere Gefahr und keine endgültige oder dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich bringen, wenn eine Dringlichkeit vorliegt, die an Notstand grenzt, oder wenn sich im Verlauf einer Operation eine offensichtliche Notwendigkeit ergibt, eine weitere Operation vorzunehmen[30].

3. Es obliegt dem Arzt zu beweisen, dass er den Patienten ausreichend aufgeklärt und dass er vor dem Eingriff eine Einwilligung erhalten hat, die der Patient in voller Kenntnis der Umstände abgegeben hat. Liegt eine solche Einwilligung nicht vor oder kann der Arzt diese beziehungsweise eine gehörige Aufklärung nicht nachweisen und entfällt - wie hier - auch die Möglichkeit einer hypothetischen Einwilligung des Patienten, haftet der Arzt für den aus der Behandlung entstandenen Schaden[31].

Daraus ergibt sich die Pflicht des (Zahn-)arztes, eine Dokumentation zu erstellen, die es ihm ermöglicht, der Aufklärungspflicht nachzukommen, wobei sich die Pflicht, eine Heilbehandlung zu do-

---

28 Vgl. Wiegand, S. 139 ff.

29 Vgl. Wiegand, S. 134 ff.

30 BGE 133 III 129 = Pra 96, 2007, Nr. 105 S. 720; BGE 117 Ib 203 f.; ZBl 97, 1996, S. 281 f.

31 BGE 133 III 129 f. = Pra 96, 2007, Nr. 105 S. 720 f.; BGE vom 11. November 2009, 4A_485/2009, Erw. 1.3; vgl. auch BGE 108 II 62 ff. = Pra 71, 1982, Nr. 122 S. 300 f.; Schmid, Beweislast, Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr im Arzthaftungsprozess?, in: HAVE 2005, S. 234

kumentieren, privatrechtlich direkt aus Art. 400 Abs. 1 OR herleitet[32]. Entsprechend schuldet der Zahnarzt dem Patienten die ausführliche, sorgfältige, wahre und vollständige Dokumentation der zahnärztlichen Behandlung. Diese Dokumentation muss er schriftlich anlegen. Es ist daher allgemein anerkannt, dass der Zahnarzt eine Krankengeschichte führen muss, damit er unter anderem in der Lage ist, jederzeit über den Stand seiner Bemühungen Rechenschaft abzulegen[33]. Über den Mindestinhalt der Krankengeschichte sagt Art. 400 Abs. 1 OR zwar nichts aus, jedoch ergeben sich Art, Inhalt und Umfang aus dem Zweck der Dokumentation: Therapiesicherung, Sicherung der Rechenschaftsablegung und Beweissicherung[34]. Eine sorgfältige Krankengeschichte muss deshalb in chronologischer Ordnung mindestens drei Elemente aufweisen: Erstens die Sachverhaltsfeststellungen des Zahnarztes samt Anamnese, den Krankheitsverlauf und die sich daraus ergebende Diagnose, zweitens die angeordneten Therapieformen und drittens den Ablauf und Gegenstand der Aufklärung des Patienten. Bezüglich der sorgfältigen Aufklärung ist in der Krankengeschichte festzuhalten, ob überhaupt aufgeklärt wurde und, wer, wann und in welchem Umfang den Patienten über die Risiken des Krankheitsverlaufs sowie über die Chancen und Risiken einer geplanten Heilbehandlung aufgeklärt hat. Dabei genügt es nicht, in der Krankengeschichte nur ganz allgemein zu vermerken, der Patient sei über die geplante Behandlung und ihre möglichen Komplikationen informiert worden[35]. Den Beweis für eine genügende Aufklärung verschafft nur ein ausführlicher Vermerk über das Aufklärungsgespräch in der Krankengeschichte mit der Angabe von Ort und Zeit der Aufklärung, der Person des Aufklärenden, einer stichwortartigen Zusammenfassung des Gesprächsgegenstands sowie

---

32 Wiegand, S. 197 f.

33 Fellmann, in: Arztrecht in der Praxis (Hrsg.: Kuhn/Poledna), 2.A., S. 136; Fellmann, Berner Kommentar, Art. 400 OR N 44

34 Fellmann, S. 137

35 Wiegand, S. 152, S. 198 f.; Fellmann, S. 137

dem Datum der Erstellung des Vermerks. Dagegen wäre es unzulässig und auch sachlich nicht gerechtfertigt, das Erbringen des Beweises der Aufklärung von weitergehenden Erfordernissen abhängig zu machen, wie beispielsweise vom Verwenden von Tonträgern, vom Beisein von Zeugen oder der Protokollierung[36]. Neben der fortlaufenden Führung der Krankengeschichte gehört zu einer ordnungsgemässen Dokumentation die Aufbewahrung aller Zusatzdokumente, wie etwa von Röntgenbildern[37].

Zwar knüpft das Auftragsrecht keine unmittelbaren materiellen Rechtsfolgen an das Unterlassen einer ordnungsgemässen Dokumentation, jedoch können die rechtlichen Konsequenzen für den Zahnarzt gravierend sein, wenn er keine oder eine mangelhafte Dokumentation über Diagnose, Behandlung und Aufklärung des Patienten führt. Es ist davon auszugehen, dass der Zahnarzt in allen Bereichen, in denen eine Dokumentationspflicht besteht, im Fall des Unterlassens einer ordnungsgemässen Dokumentation die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat. Dem Zahnarzt wird mithin der Beweis, dass er den Patienten ordnungsgemäss aufgeklärt hat, misslingen, wenn seine Aufklärungsdokumentation ungenügend ist. Allerdings hat er die Möglichkeit, diesen Beweis mit anderen Beweismitteln, wie Zeugen, zu erbringen, deren Beweiswert im Vergleich zu einer ordnungsgemässen Krankengeschichte allerdings fraglich sein kann[38].

Obergericht, 2. Abteilung, 14. August 2012, ZBR.2012.11

---

36 Wiegand, S. 152 f.
37 Fellmann, S. 137; Wiegand, S. 199
38 Wiegand, S. 204 f.; Fellmann, S. 138; Jetzer, Die ärztliche Dokumentationspflicht und der Beweis des Behandlungsfehlers, in: ZBJV 148, 2012, S. 324

4. Bei der Auflösung eines Konkubinats ist zwischen innerer und äusserer Liquidation zu unterscheiden (Art. 548 ff. OR).

1. a) Die von der Vorinstanz präsentierte "Gleichung", wonach das Konkubinatsverhältnis eine einfache Gesellschaft darstelle, welche wiederum einheitlich zu liquidieren sei, mit der Konsequenz, dass hiefür die Parteien oder der Richter einen Liquidator einzusetzen hätten, erweist sich als zu einfach. Es steht nämlich ausser Frage, dass in der einfachen Lebensgemeinschaft der persönliche, nicht der vertragsrechtliche Charakter überwiegt[39]. Zudem ist zu beachten, dass bei der Liquidation einer einfachen Lebensgemeinschaft die freiwillige Übereinkunft jedwelchen Rechtsnormen vorgeht[40]. Die einfache Lebensgemeinschaft, welche heute eine akzeptierte Lebensform und häufig als eheähnlich zu qualifizieren ist, verlangt deshalb nicht zwingend die Anwendung von Gesellschaftsrecht. Vielmehr stehen je nach ausdrücklichem oder konkludentem Parteiwillen auch die analoge Anwendung des Eherechts - namentlich des Güterrechts - und des Sachenrechts zur Diskussion. Ferner ist im Auge zu behalten, dass auf die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Partnern der einfachen Lebensgemeinschaft Gesellschaftsrecht stets nur insoweit anwendbar ist, als ein Bezug zur Gemeinschaft gegeben ist. Ob und inwieweit die konkreten Umstände die Anwendung der Regeln über die einfache Gesellschaft erlauben, ist somit in jedem einzelnen Fall näher zu prüfen. Keineswegs ausgeschlossen ist daher auch, dass zwischen den Partnern nebst der einfachen Gesellschaft noch besondere Auftrags- oder sonstige Vertragsverhältnisse bestehen[41]. Entscheidend ist, welche

---

39 Vgl. bereits BGE 108 II 207
40 BGE 108 II 207 f.
41 BGE 108 II 208 f., bestätigt in BGE vom 29. Februar 2008, 4A_482/2007, Erw. 1.4

Lebensbereiche der gemeinsamen Zweckverfolgung untergeordnet werden.

b) Für die Liquidation einer einfachen Gesellschaft gilt zum einen der Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation, wonach sämtliche Rechtsverhältnisse abzuwickeln und alle Aktiven und Passiven zu verteilen sind. Solange dies nicht geschehen ist, kann kein Gesellschafter einen einzelnen gesellschaftsrechtlichen Anspruch geltend machen. Zum anderen haben die Gesellschafter, anders als Erben und Miteigentümer, keinen Anspruch auf Realteilung oder Zuweisung einzelner Gegenstände, sondern bloss Anspruch auf einen Geldbetrag (Versilberungsprinzip)[42]. Insoweit ist der Vorinstanz grundsätzlich beizupflichten. Indes schenkte die Vorinstanz zwei Aspekten zu wenig Beachtung: Einerseits den verschiedenen zwischen den Parteien abgeschlossenen Vereinbarungen und andererseits dem Unterschied zwischen externer und interner Liquidation.

c) aa) Mit der Auflösung der einfachen Gesellschaft ändert deren Zweck, und die Gesellschaft tritt in die Liquidationsphase und wird zur Abwicklungsgesellschaft. Die Liquidation hat zum Zweck, die Vollbeendigung der Gesellschaft herbeizuführen, das heisst die im Verlauf der Gesellschaftsdauer errichteten Strukturen wieder abzubauen und das gemeinschaftliche Gesellschaftsvermögen wieder in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter überzuführen. Die Liquidation beginnt mit dem Eintritt eines Auflösungsgrunds und dauert bis zur vollständigen Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern und Dritten (externe beziehungsweise äussere Liquidation) sowie den Gesellschaftern untereinander (interne beziehungsweise innere Liquidation). Der Zweck der Liquidation ist erfüllt, wenn sämtliche Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten beendet sind, die

---

[42] Staehelin, Basler Kommentar, Art. 548/9 OR N 3 f.

Aktiven der Gesellschaft versilbert sind, die Schlussbilanz erstellt ist und somit die Voraussetzungen für die Verteilung des Liquidationsgewinns beziehungsweise -verlusts auf die einzelnen Gesellschafter vorliegen[43].

bb) Mit der Auflösung der Gesellschaft hat jeder Gesellschafter das Recht, die Durchführung der Liquidation zu verlangen und allenfalls gerichtlich geltend zu machen. Dieses Recht ist ein unverjährbares Gestaltungsrecht. Die Liquidation ist in erster Linie Aufgabe der Liquidatoren; beim Richter kann also nicht schlechthin die Liquidation der Gesellschaft begehrt werden, sondern lediglich die Vornahme spezifischer Handlungen (zum Beispiel die Veräusserung eines gemeinsamen Aktivums oder die Tilgung einer Gesellschaftsschuld aus der Gesellschaftskasse)[44]. Der Ablauf der Liquidation bei der einfachen Gesellschaft ist in Art. 548 ff. OR geregelt und umfasst folgende Schritte: Bestimmung der Liquidationsordnung und der Liquidatoren, Erstellen einer Liquidationseröffnungsbilanz, Schaffung der Voraussetzungen für verteilungsfähiges Vermögen durch Einziehung von Forderungen, Versilberung von Gegenständen und Einforderung der ausstehenden Gesellschafterbeiträge, Rückerstattung der Einlagen und Leistung von Auslagenersatz, Verteilung des noch vorhandenen Gesellschaftsvermögens sowie das Erstellen einer Liquidationsschlussbilanz[45].

cc) Zu unterscheiden ist die äussere von der inneren Liquidation. Die äussere oder externe Liquidation betrifft die Abwicklung der Rechtsbeziehungen zu Dritten, die innere oder interne Liquidation die Auseinandersetzung zwischen den einzelnen Gesellschaftern. Zur inneren Liquidation zählen namentlich die Rückerstattung der

---

43 Handschin/Vonzun, Zürcher Kommentar, Art. 548-551 OR N 1 f.
44 Handschin/Vonzun, Art. 548-551 OR N 11 f.
45 Handschin/Vonzun, Art. 548-551 OR N 14

Einlagen, der Ersatz der Auslagen und Aufwendungen sowie die Verteilung der nach der Tilgung der Schulden verbleibenden Gesellschaftsaktiven oder -passiven. Die Unterscheidung in innere und äussere Liquidation rechtfertigt sich durch die völlig unterschiedlichen Interessenlagen, die diesen zu Grunde liegen. Die äussere Liquidation ist ein Vorgang, der primär durch das gemeinsame Interesse der Gesellschafter an einem möglichst hohen Liquidationsergebnis bestimmt ist. Interessensgegensätze unter den Gesellschaftern sind hier die Ausnahme. Bei der inneren Liquidation dagegen geht es letztlich darum, welche Gesellschafter was oder wie viel aus der Gesellschaft entnehmen können, weshalb bei diesem Vorgang die individuellen Interessen der Gesellschafter stärker aufeinander stossen. Die beiden Vorgänge unterliegen daher auch nicht den gleichen Regeln. Insbesondere besteht bei der inneren Liquidation die Funktion der Liquidatoren (nur) darin, Vorschläge zu machen, und, wenn deren Scheitern feststeht, allenfalls eine gerichtliche Lösung einzuleiten[46]. Den Liquidatoren obliegt vielmehr die Durchführung der äusseren Liquidation gestützt auf die vereinbarte oder vom Richter festgelegte Liquidationsordnung, nicht aber der inneren Liquidation[47].

Die innere Liquidation erfolgt durch alle Gesellschafter gemeinsam nach der Durchführung der äusseren Liquidation und ist mit der Ausgleichung der in der Schlussbilanz festgestellten Ansprüche abgeschlossen. Die innere Liquidation erfolgt in mehreren Schritten: In einem ersten Schritt wird die Höhe der Auslagen und Verwendungen im Sinn von Art. 537 OR festgestellt. Der Betrag, der sich nach Durchführung der äusseren Liquidation und nach Abzug des Gesamtbetrags des Auslagen- und Verwendungsersatzes ergibt, ist der Liquidationswert der Gesellschaft. Nach Abzug der Einlagen der Gesellschafter

---

46 Handschin/Vonzun, Art. 548-551 OR N 16 ff.
47 Handschin/Vonzun, Art. 548-551 OR N 54

resultiert ein Gewinn oder ein Verlust, der entsprechend den Regeln über die Gewinnverteilung beziehungsweise die Verlustbeteiligung zu verteilen ist[48]. Scheitert die einvernehmliche Durchführung der inneren Liquidation und damit auch die Erstellung der Schlussbilanz, können die Berechtigten nach Abschluss der äusseren Liquidation klageweise vorgehen. Die Ansprüche können trotz fehlender Schlussbilanz direkt vom einzelnen Gesellschafter mit einer Leistungsklage geltend gemacht werden. Die Klage ist gegen diejenigen Gesellschafter zu richten, die im Rahmen der inneren Liquidation zu Ausgleichszahlungen verpflichtet sind. Der Richter befindet dabei zunächst vorfrageweise über die Höhe des Gesellschaftsvermögens und anschliessend über die Höhe der Ansprüche des klagenden Gesellschafters[49]. Zusammengefasst kann intern liquidiert und dementsprechend gegen die übrigen Gesellschaftsmitglieder auf Teilung des Gesellschaftsvermögens geklagt werden, wenn die Schulden bezahlt sind und die Aktiven aus Bargeld bestehen.

d) Mit Blick auf das Versilberungsprinzip ist zu präzisieren, dass dieser Grundsatz nur soweit geht, als Vermögenswerte veräussert werden müssen, die zur Durchführung der externen Auseinandersetzung erforderlich sind. Das Gesellschaftsvermögen muss nicht vollständig in Bargeld umgewandelt werden, sondern nur in dem Umfang, der nötig ist, die Schulden der Gesellschaft zu begleichen. Eine darüber hinausgehende Realisierung von Vermögenswerten ist aber nicht ausgeschlossen und kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn dadurch die Teilung erleichtert wird[50]. In der Lehre[51] wird

---

48 Handschin/Vonzun, Art. 548-551 OR N 161 ff.

49 Handschin/Vonzun, Art. 548-551 OR N 197; Staehelin, Art. 548/9 OR N 12 sowie Art. 550 OR N 10

50 Handschin/Vonzun, Art. 548-551 OR N 10 und 127

51 Handschin/Vonzun, Art. 548-551 OR N 176 mit weiteren Hinweisen; Staehelin, Art. 548/9 OR N 4

allerdings mehrheitlich die Auffassung vertreten, auch in der internen Liquidation seien Werte zu versilbern, wenn keine Einigung darüber zustande kommt, welchem Gesellschafter die Sache in natura zugewiesen werden soll, denn die Sonderordnung des Gesellschaftsrechts gehe den Bestimmungen über die Aufhebung des gemeinsamen Eigentums gemäss Art. 651 ZGB vor. Die Zuweisung in natura gegen den Willen eines Gesellschafters bei der Liquidation sei nur gestützt auf eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung möglich. Siegwart[52] hält demgegenüber dafür, dass eine Zuweisung von Sachwerten an einen Gesellschafter durch den Liquidator oder den Richter zulässig sei, wenn sich diese als zweckmässig erweise und nur so erfolge, dass die Schuldentilgung nicht erschwert und die Mitgesellschafter nicht geschädigt würden.

2. a) Die Parteien unterstellten im Konkubinatsvertrag die von ihnen gemeinsam bewohnte Liegenschaft, an welcher sie durch die Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils vom Berufungskläger auf die Berufungsbeklagte Miteigentum zu je einem Zweitel begründet hatten, ausdrücklich nicht der gesellschaftsrechtlichen Liquidation. Vielmehr trafen sie im Kaufvertrag vom 20. September 2001, mit welchem der hälftige Miteigentumsanteil übertragen wurde, für die Belange der Liegenschaft eine selbstständige Regelung. Diese "gesonderte Behandlung" der Liegenschaft zog sich dabei wie ein roter Faden durch den Konkubinatsvertrag. Unter Ziff. 1.2 des Konkubinatsvertrags wurde festgehalten, dass bezüglich der gemeinsamen Liegenschaft der gleichentags unterzeichnete und notariell beurkundete "Abtretungsvertrag mit Begründung von Miteigentum zur Hälfte" gelte. Dass der Abtretungsvertrag in der Urkunde selber als "Kaufvertrag" bezeichnet wurde, spielt dabei keine Rolle. Gemäss Ziff. 1.4 des Konkubinatsvertrags war die Miteigentumsgemeinschaft an der Liegenschaft

---

[52] Siegwart, Zürcher Kommentar (Zürich 1938), Art. 548/549/550 OR N 38

unabhängig von der Auflösung der Lebensgemeinschaft gesondert zu kündigen und per Ablauf der vereinbarten Kündigungsfrist zu liquidieren. In Ziff. 2 des Konkubinatsvertrags wurde mit Blick auf die Liegenschaft vermerkt, dass die Parteien im entsprechenden Abtretungsvertrag abschliessend die gegenseitigen Rechte und Pflichten während des Konkubinats und die Liquidation bei Auflösung der Lebensgemeinschaft regeln würden. Die Liegenschaft und alles, was damit zusammenhänge, stünden ausserhalb der mit dem Konkubinatsvertrag begründeten Vermögensrisikogemeinschaft. Es würden ausschliesslich die separaten Regeln gemäss Abtretungsvertrag gelten. Ausgenommen von dieser Sonderregelung seien einzig die ordentlichen (laufenden) Liegenschaftenkosten, für welche Ziff. 4 des Konkubinatsvertrags anwendbar sein solle. Ferner ist zu beachten, dass die Parteien im Kaufvertrag und somit ausserhalb des Konkubinatsvertrags eine selbstständige Regelung für den geplanten Um- und Ausbau der Liegenschaft und für die zukünftigen Investitionen vereinbarten. Überdies wurde in Ziff. 3.2 des Konkubinatsvertrags ausdrücklich vermerkt, dass die Zahlungen der Berufungsbeklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb des hälftigen Miteigentumsanteils an der Liegenschaft (inklusive der Ersatzzahlungen für vorgeschossene Umbaukosten) und die Zahlungen des Berufungsklägers für diesen Umbau nicht vom Konkubinatsvertrag erfasst seien, sondern dass dafür der separate Abtretungsvertrag mit den entsprechenden Liquidationsregeln gelte. In Ziff. 4 des Kaufvertrags wurde zudem festgehalten, der Konkubinatsvertrag sei nicht Bestandteil des Kaufvertrags.

b) Damit vereinbarten die Parteien, dass - mit Ausnahme der laufenden Liegenschaftenkosten - alles, was die Liegenschaft betreffe, ausserhalb der Regeln über das Konkubinat stehe. Insbesondere war das Miteigentum an der Liegenschaft nach eigenen Regeln entsprechend Ziff. 5 des Kaufvertrags zu liquidieren. Wie bereits ausgeführt, sind die Lebenspartner frei, einerseits einen Konkubinatsvertrag abzuschliessen und diesem bestimmte Lebenssachverhalte

beziehungsweise Vermögenswerte zu unterstellen, und andererseits für andere Lebenssachverhalte beziehungsweise andere Vermögenswerte gesonderte Regelungen, insbesondere zur Liquidation, zu treffen. In diesem Zusammenhang sei an das Wesen des Konkubinats und an dessen Nähe zur Ehe erinnert. Es ist nicht einsehbar, weshalb es für zwei eigenverantwortliche Erwachsene, die sich zu einer einfachen Lebensgemeinschaft zusammengefunden haben, nicht möglich sein soll, für bestimmte Teile des Vermögens gesonderte und somit andere Liquidationsregeln zu vereinbaren. Ebenso wenig erscheint es als gerechtfertigt, ihnen höhere Hürden aufzustellen, als beispielsweise für das eheliche Güterrecht[53] gelten.

c) Aus den vorangehenden rechtstheoretischen Ausführungen zur Liquidation der einfachen Gesellschaft ergeben sich folgende Erkenntnisse: Zum einen ist eine Liquidation mit Einsetzung eines Liquidators im Rahmen einer Gestaltungsklage nur für die äussere Liquidation notwendig. Die innere Liquidation, bei welcher es letztendlich um die Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter den Gesellschaftern geht, erfordert demgegenüber keinen Liquidator und ist einer Leistungsklage des einen Gesellschafters gegen einen andern zugänglich. Die Berufungsbeklagte machte hier zu keinem Zeitpunkt substantiierte Behauptungen, wonach (auch) Rechtsbeziehungen mit Dritten zu klären seien. Insofern kann hier die Klage - entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten - von vorneherein nicht am Erfordernis der Einsetzung eines Liquidators scheitern. Zum anderen ist der Einwand, die Klage müsse abgewiesen werden, weil sie die Einheitlichkeit der Liquidation verletze, bei der inneren Liquidation nicht zielführend, denn der Richter beurteilt diejenigen Vermögenswerte, welche - von beiden Parteien - (substantiiert) vorgetragen und bewiesen oder anerkannt wurden. Was die eine Partei, sei es bewusst oder unbewusst,

---

[53] Art. 182 ZGB: Das eheliche Güterrecht befürwortet die Privatautonomie.

zu Ungunsten der anderen Parteien nicht vorbringt, kann die andere Partei in den Prozess einbringen. Was eine Partei zu ihren Ungunsten nicht ins Feld führt, wird nicht beurteilt und bleibt unbeachtet. Die interne Liquidation ist diesbezüglich vergleichbar mit der Erbteilung oder mit der güterrechtlichen Auseinandersetzung. Die Parteien sorgen aus ureigenem Interesse dafür, dass alles miteinbezogen wird. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, ist dies hinzunehmen, genau gleich wie auch in anderen Zivilprozessen nicht (substantiiert) behauptete und bewiesene Sachverhalte unberücksichtigt bleiben. Wenn nun die Berufungsbeklagte zudem Forderungen der Gesellschaft gegenüber dem Berufungskläger behauptete, steht dies der internen Liquidation ebenfalls nicht entgegen; vielmehr kann dieser Umstand im Rahmen der inneren Liquidation vorgebracht und geprüft werden. Das Gericht hat somit zusammenfassend gestützt auf die Behauptungen der Parteien und das Ergebnis eines allfälligen Beweisverfahrens vorfrageweise das zu verteilende Gesellschaftsvermögen festzustellen[54] und anschliessend über die Höhe der Ansprüche des Berufungsklägers zu befinden. Überdies ist anzumerken, dass eine von einem Liquidator erstellte Liquidationseröffnungsbilanz für die interne Liquidation - entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten - nicht erforderlich ist. Ein Liquidator wäre gar nicht in der Lage, eine Liquidationseröffnungsbilanz zu erstellen, wenn sich die Gesellschafter - wie hier - (bereits) über Fragen der Bewertung der Vermögenswerte nicht einig sind. Der Liquidator vertritt die Interessen der Gesellschaft respektive die Interessen aller Gesellschafter gegenüber Dritten. Er ist aber gerade nicht befugt, im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern zu entscheiden. Diese Aufgabe obliegt dem Richter.

---

[54] Lediglich der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass auch ein Liquidator nicht garantieren kann, dass die durch ihn vorgenommene Liquidation sämtliche Vermögenswerte erfasst.

d) Die Vorinstanz verwies auf BGE vom 17. Dezember 2009, 4A_443/2009, Erw. 3.2, und auf BGE vom 24. Februar 2006, 4C.416/2005, Erw. 3.3, wonach die Liquidation von allen Gesellschaftern oder von einem Liquidator vorzunehmen sei, der mangels anderweitiger Regelung vom Richter eingesetzt werden könne. Diese Erwägungen des Bundesgerichts stehen der vorangehenden Darstellung nicht entgegen, zumal sich diese höchstrichterlichen Ausführungen auf die externe Liquidation bezogen. In der nachfolgenden Erw. 3.4 von BGE 4C.416/2005 bezog sich das Bundesgericht auf die innere Liquidation und hielt fest, dass die Ernennung eines Liquidators nicht (mehr) erforderlich sei, wenn keine äusseren Liquidationshandlungen mehr vorzunehmen seien. Diesfalls könne jeder Gesellschafter mittels Leistungsklage die Ausrichtung des Liquidationsanteils verlangen. Dabei habe der Richter vorfrageweise über die gesamte interne Liquidation, den Umfang des Gesellschaftsvermögens, die Höhe der Auslagen, den Wert und die Rückerstattung der Einlagen sowie über den Anteil am Gewinn zu entscheiden.

Der Berufungskläger machte hier - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht einzelne Forderungen gegen die einfache Lebensgemeinschaft beziehungsweise die einfache Gesellschaft, sondern mittels Leistungsklage einen Liquidationsanteil geltend. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Liquidation wurde damit nicht verletzt. Dieses Prinzip steht somit einer materiell-quantitativen Behandlung der Klage - einschliesslich der "Forderung aus Konkubinatsverhältnis" - nicht entgegen.

3. a) Die Vorinstanz wies die Klage (auch) mit der Begründung ab, das Versilberungsprinzip sei verletzt, weil die Fahrzeuge der Parteien noch im Gesamteigentum der Parteien stünden; keine der Parteien habe gegen den Willen der anderen einen Anspruch auf Zuweisung dieser Fahrzeuge.

b) Das Versilberungsprinzip stand hier der Klage nicht entgegen. Nach einem Teil der Lehre ist die Realteilung bei der internen Liquidation zulässig. Es ist hier aber auch kein schutzwürdiges Interesse für die Weigerung eines Gesellschafters, einem Mitgesellschafter die Übernahme einer Sache zum Verkehrswert zu überlassen, ersichtlich. Das Prinzip, wonach die Gesellschafter keinen Anspruch auf Realteilung oder Zuweisung einzelner Gegenstände, sondern bloss auf einen Geldbetrag haben, mag bei klassischen einfachen Gesellschaften seine Berechtigung haben; auf die Auflösung von Lebensgemeinschaften passt eine solche strikte Regel jedoch nicht. In diesem Punkt erscheinen güterrechtliche oder sachenrechtliche Auflösungsbestimmungen[55] zweckmässiger. Bei Konkubinaten dürften regelmässig Objekte von der Auflösung betroffen sein, welche während der Lebensgemeinschaft nur oder hauptsächlich von einer Partei genutzt wurden und dieser auch fortan gute Dienste leisten könnten. Es wäre unsinnig, wenn die eine Partei eine Übernahme dieser Gegenstände durch die andere Partei verhindern und eine mit Kosten verbundene Versilberung durchsetzen könnte. Dies muss umso mehr gelten, als destruktives Verhalten zwischen den ehemaligen Lebenspartnern im Rahmen der Auflösung von Lebensgemeinschaften nicht ausgeschlossen werden kann.

Die Berufungsbeklagte verwies im Rahmen des Behauptungsverfahrens auf die Fahrzeuge sowie auf Teile des Mobiliars, welche zwar "aufgeteilt", aber nicht versilbert worden seien. Damit wurde von keiner Seite in Abrede gestellt, dass diese Objekte nach der Konkubinatsauflösung der einen oder anderen Partei real zugeführt wurden; nicht einig waren sich die Parteien aber hinsichtlich der Bewertung dieser Gegenstände. Unterschiedliche Standpunkte nahmen die Parteien auch hinsichtlich der Frage ein, ob der Konkubinatsver-

---

[55] Art. 205 Abs. 2 ZGB; Art. 654 Abs. 2 i.V.m. Art. 651 Abs. 1 ZGB

trag hinsichtlich der Fahrzeuge eine Versilberung vorschreibe oder nicht. Im vorliegenden Fall ist nicht erstellt, dass die Parteien mit dem Konkubinatsvertrag den wirklichen oder tatsächlichen Willen erklärten[56], die Fahrzeuge dem Versilberungsprinzip zu unterstellen. Es ist zwar unbestritten, dass die Autos nicht in Ziff. 3.1, wo ausdrücklich von "Aufteilung" des Mobiliars die Rede war, sondern von Ziff. 3.2 des Konkubinatsvertrags erfasst wurden. Inhaltlich lag der Unterschied dieser Vertragsbestimmungen aber nicht in der "Art der Liquidation" (Realteilung oder Versilberung), sondern vielmehr im Moment der "Bewertung" der Objekte. Die Vermögenswerte gemäss Ziff. 3.2 - so namentlich Bankguthaben, Eurotaxwerte für Fahrzeuge, Rückkaufswerte für Lebensversicherungen - lassen sich auf einfache und klare Weise beziffern, während das Mobiliar gemäss Ziff. 3.1 des Konkubinatsvertrags bloss geschätzt werden kann. Vor diesem Hintergrund lässt der Konkubinatsvertrag nicht zweifelsfrei den Schluss zu, die Parteien hätten tatsächlich den Willen gehabt, die Fahrzeuge zu versilbern. Lässt sich der wirkliche Wille der Parteien nicht mehr (mit Sicherheit) feststellen, ist mittels Auslegung der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien "mutmasslich" gehabt haben[57]. Dabei sind sämtliche Umstände miteinzubeziehen, namentlich auch das Verhalten der Parteien nach Vertragsabschluss[58]. Hier blieb unbestritten, dass die Parteien nach Auflösung der einfachen Lebensgemeinschaft je einen Teil des Mobiliars und je ein Fahrzeug mitnahmen. Somit nahmen die Parteien eine reale Zuweisung der Objekte vor. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Parteien in der Folge um die wertmässige Anrechnung stritten. Damit ist hier von einem mutmasslichen Parteiwillen auszugehen, wonach die vormaligen Konkubinatspartner gegen Anrechnung des Zeitwerts die behändigten Gegenstände sollen behal-

---

56 Art. 18 Abs. 1 OR
57 BGE 133 III 409, 132 III 274 f.
58 Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, AT I, 9.A., N 1212 ff. mit weiteren Hinweisen

ten können. Im Ergebnis ist hier davon auszugehen, dass die Parteien auch in Bezug auf die Fahrzeuge eine Realteilung vereinbarten. Angesichts dieses Befunds erscheint im Übrigen die (nachträgliche prozessuale) Berufung auf das Versilberungsprinzip durch den Berufungskläger als widersprüchlich, mithin als rechtsmissbräuchlich[59].

Obergericht, 2. Abteilung, 22. Dezember 2011, ZBR.2011.61

5. **Einberufung einer Generalversammlung nach Einleitung der Liquidation** (Art. 699 Abs. 3 und 736 ff. OR)

1. a) An der ordentlichen Generalversammlung wurde einstimmig die Liquidation der Aktiengesellschaft im Sinn von Art. 736 Ziff. 2 OR beschlossen und ein Liquidator ernannt. Ein Aktionär mit einem Anteil von 50% an der Aktiengesellschaft in Liquidation gelangte an das Bezirksgericht und beantragte, es sei am Sitz der Gesellschaft eine Generalversammlung einzuberufen. Dabei seien die Durchführung einer Sonderprüfung, der Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung über die Geschäftsjahre 2009 und 2010, der Antrag auf Durchführung einer ordentlichen Revision der Jahresrechnungen über die Geschäftsjahre 2008 ff. und die Wahl einer Revisionsstelle zu traktandieren.

b) Die Einzelrichterin wies das Gesuch um Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung ab; der Aktionär führte dagegen Berufung.

---

[59] Art. 2 Abs. 2 ZGB

2. a) Unter Hinweis auf die Lehre erwog die Vorinstanz zutreffend, gestützt auf Art. 699 Abs. 3 OR könne ein Aktionär oder eine Aktionärsgruppe, die zusammen mindestens 10% des Aktienkapitals im Sinn von Art. 620 Abs. 1 OR vertreten würden, vom Verwaltungsrat der AG die Einberufung einer Generalversammlung verlangen. Die Minderheitsaktionäre, welche die Einberufung einer Generalversammlung anbegehrt hätten, könnten an den Richter gelangen und die Einberufung durchsetzen, wenn der Verwaltungsrat nicht binnen angemessener Frist dem Begehren nachkomme. Der gerichtliche Prüfungsgegenstand der Einberufungsklage ist kontrovers. Das Bundesgericht hielt in einem Entscheid fest, der Antrag auf Einberufung einer Generalversammlung werde im Fall seiner Geltendmachung vor Gericht lediglich daraufhin geprüft, ob die formellen Voraussetzungen für den Antrag gegeben seien. Demgemäss müsse die Verwaltung dem Gesuch nachkommen, wenn die formellen Voraussetzungen erfüllt seien. Sie sei nicht berechtigt, darüber zu entscheiden, ob die beantragten Traktanden sinnvoll seien oder nicht[60]. Dubs/Truffer vertreten hingegen die Auffassung, auch die materiell-rechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen eines Begehrens seien zu prüfen[61]. Böckli differenziert: Ist der Antrag nichtig, ist das Begehren abzuweisen. Erscheint der angestrebte Beschluss hingegen inhaltlich als nur anfechtbar, genügt dies nicht zur Rückweisung des Begehrens. Ein Begehren, das auf einen anfechtbaren Beschluss abzielt, ist allerdings zurückzuweisen, wenn der Rechtsmangel so gravierend ist, dass der Verwaltungsrat im Fall seiner Gutheissung selbst zur Anfechtung verpflichtet wäre und im Licht der herrschenden Lehre und bekannten Gerichtspraxis der Beschluss mit grosser Wahrscheinlichkeit aufgehoben würde[62]. Schliesslich ist nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz von Art. 2

---

60 BGE vom 4. Juni 2002, 4C.272/2001, Erw. 5.2
61 Dubs/Truffer, Basler Kommentar, Art. 699 OR N 18
62 Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4.A., § 12 N 71c ff.

Abs. 2 ZGB ein Begehren abzuweisen, wenn sich die gesuchstellende Partei wider Treu und Glauben oder rechtsmissbräuchlich verhält[63].

b) Es macht in der Tat keinen Sinn, einem Begehren auf Einberufung einer Generalversammlung stattzugeben, wenn mit Sicherheit oder mit grösster Wahrscheinlichkeit absehbar ist, dass der angestrebte Beschluss rechtlich keinen Bestand haben wird. Inwieweit die Prüfungsbefugnis des Richters bei einem Begehren um Einberufung einer Generalversammlung geht, kann letztlich aber offen gelassen werden, da das Verhalten des Berufungsklägers auch rechtsmissbräuchlich ist.

3. a) Die Vorinstanz erwog mit zutreffender Begründung, die Generalversammlung könne jederzeit eine freiwillige Auflösung mit Liquidation beschliessen. Die aufgelöste Gesellschaft tritt gemäss Art. 738 OR in Liquidation. Sie bleibt uneingeschränkt rechts- und handlungsfähig. Die Befugnisse der Organe der Gesellschaft werden mit dem Eintritt der Liquidation gemäss Art. 739 Abs. 2 OR auf die Handlungen beschränkt, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind, ihrer Natur nach jedoch nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können. Die Gesellschaft erstrebt nunmehr als einziges Ziel die Auflösung der rechtlichen Bindungen und die Verflüssigung des Vermögens, was die Verwertung der Aktiven und die Tilgung der Schulden bedingt, um danach die Verteilung eines allfälligen Liquidationsüberschusses unter die Aktionäre vornehmen zu können[64]. Die Abwicklung mündet in die Liquidations-Schlussbilanz

---

63 Verbot unnützer Rechtsausübung, widersprüchliches Verhalten, Zweckentfremdung von Normen; vgl. Gehri, Basler Kommentar, Art. 52 ZPO N 4 ff. mit zahlreichen Hinweisen; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 86 N 1b

64 Stäubli, Basler Kommentar, Art. 738 OR N 3 mit Hinweisen; Böckli, § 17 N 23

mit einem Schlussbericht[65]. Die Abnahme der Liquidations-Schlussabrechnung obliegt der Generalversammlung[66].

b) Der Berufungskläger machte geltend, mit BGE 123 III 473 sei der Liquidationszweck völlig neu umschrieben worden. Er diene vorab der Gewinnoptimierung. Die Befugnisse der Generalversammlung würden durch die Auflösung und den Eintritt in das Liquidationsverfahren nicht beschränkt. Aufgrund der Möglichkeit des Widerrufs der Liquidation sowie des dadurch erweiterten Liquidationszwecks würden sich die Kompetenzen der Generalversammlung im Vergleich zur Auffassung der Vorinstanz erheblich erweitern. Dieser Auffassung steht an sich schon der Gesetzeswortlaut von Art. 739 Abs. 2 OR entgegen. Zudem dürfte in der Regel der Liquidationszweck, mithin die Erzielung eines möglichst grossen Liquidationsergebnisses, ohne weiteres neben dem in den Statuten genannten Gesellschaftszweck bestehen können[67]. Ferner hat der vom Berufungskläger zitierte BGE 123 III 473 ff. entgegen seiner Auffassung nichts am Liquidationszweck geändert. Das Bundesgericht machte sich lediglich die Auffassung der Lehre zu eigen, es müsse die Möglichkeit eines Liquidationswiderrufs durch die Generalversammlung gegeben sein, so lange der Aktiv- und Passivbestand (durch Versilberung und Schuldenrückzahlung) noch nicht zu einem wesentlichen Teil verschwunden und mit der Vermögensverteilung noch nicht begonnen worden sei[68].

c) Im vorliegenden Fall ist ein Widerruf der Liquidation nicht mehr möglich, selbst wenn das Vermögen noch nicht verteilt wäre. Gemäss der von der Generalversammlung genehmigten Liquidations-Schlussbilanz stehen den Aktiven Passiven in derselben Höhe

---

65 Böckli, § 17 N 25; Stäubli, Art. 745 OR N 3 f.
66 Böckli, § 17 N 28 Ziff. 5; Stäubli, Art. 745 OR N 5
67 Vgl. Stäubli, Art. 738 OR N 3 (2. Absatz)
68 Böckli, § 17 N 9 mit Hinweisen

gegenüber. Das Aktienkapital und die Reserven wurden durch den Verlustvortrag verzehrt. Bereits aus diesem Grund müsste die Aktiengesellschaft, falls die Generalversammlung die Liquidation widerrufen sollte, unverzüglich konkursamtlich liquidiert werden, weil kein Aktienkapital mehr vorhanden wäre. Der Handelsregisterführer könnte einer solchen Änderung der Eintragung mangels Nachweises des entsprechenden Aktienkapitals nicht entsprechen. An diesem Umstand ändert auch die Tatsache nichts, dass zwei Prozesse gegen die Aktiengesellschaft hängig sind. Es handelt sich einerseits um dieses Verfahren und andererseits um ein solches betreffend Auszahlung von Dividenden. Würde in letztgenanntem Verfahren der Berufungskläger obsiegen, hätte dies lediglich zur Folge, dass auch die noch vorhandenen Aktiven für die Dividendenausschüttung Verwendung finden müssten und damit nicht mehr zur Verteilung herangezogen werden könnten.

d) Die Ausführungen des Berufungsklägers über den Zweck der Liquidation vermögen nicht darüber hinwegzutäuschen, dass die Liquidation bis auf die Verteilung der restlichen Aktiven grundsätzlich abgeschlossen ist. Zudem genehmigte die Generalversammlung die entsprechende Liquidations-Schlussbilanz vom 30. September 2009. Ob diese Genehmigung zu Recht erfolgte, kann und darf nicht geprüft werden, da der Berufungskläger die entsprechenden Beschlüsse nicht im Sinn von Art. 706 OR innert der Frist von zwei Monaten[69] anfocht. Damit sind sämtliche Rechnungen bis 30. September 2009 definitiv genehmigt, und darüber kann die Generalversammlung keine Beschlüsse mehr fassen.

e) Dem Protokoll der Generalversammlung kann ferner entnommen werden, dass der Berufungskläger bereits damals eine Sonderprüfung beantragte. Dieser Antrag wurde jedoch nicht zur

---

[69] Art. 706a OR

Abstimmung gebracht. Auch diesbezüglich hätte der Berufungskläger die Generalversammlungsbeschlüsse anfechten können und müssen. Abgesehen davon verbleibt nach Abnahme der Liquidations-Schlussbilanz kein Raum mehr für eine Sonderprüfung. Dem Berufungskläger geht es offensichtlich nur darum, die verpassten Anfechtungsfristen durch neuerliche Beschlüsse über bereits im Zusammenhang mit der Abnahme der Liquidations-Schlussbilanz behandelte Geschäfte wieder aufleben zu lassen. Zu Recht bezeichnete die Vorinstanz dieses Verhalten aber als rechtsmissbräuchlich.

Obergericht, 1. Abteilung, 15. Februar 2012, ZBR.2011.106

6. **Kein Rechtsschutzinteresse auf Feststellung eines Werkmangels** (Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118; Art. 368 Abs. 2, 366 Abs. 2, 98 Abs. 1 OR; Art. 88 ZPO)

1. Die Besteller klagten gegen die Unternehmerin und beantragten, sie seien zu ermächtigen, gemäss Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 auf Kosten der Unternehmerin einen Dritten nach ihrer Wahl für die Durchführung der Nachbesserung des mangelhaften Werks auf ihrem Grundstück zu beauftragen. Die Unternehmerin bestritt die Verursachung eines Werkmangels und beantragte Abweisung der Klage. Die Vorinstanz trat auf die Klage nicht ein. Dagegen erhoben die Besteller Berufung.

2. Wie jede Klage setzt auch die Feststellungsklage ein Rechtsschutzinteresse voraus. Weil mit der Feststellungsklage weder eine Leistung noch eine Veränderung der Rechtslage angestrebt wird, sondern nur die Feststellung eines bereits bestehenden Rechtszustands, geht bei der Feststellungsklage das notwendige Feststellungsinteresse über das allgemeine Rechtsschutzinteresse hinaus. Das allgemeine

Interesse, die eigenen Rechte und Pflichten zu kennen, genügt nicht[70]. Nach der Lehre und Rechtsprechung ist ein ausreichendes Feststellungsinteresse insgesamt von drei kumulativen Voraussetzungen abhängig: Erstens muss Unsicherheit über den Bestand des fraglichen Rechts oder Rechtsverhältnisses bestehen. Zweitens muss der Fortbestand dieser Unsicherheit für den Kläger unzumutbar sein, da er dadurch in der Ausübung seiner Rechte oder in seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird. Drittens muss die Feststellungsklage geeignet und grundsätzlich das einzige Mittel sein, um diese Unsicherheit zu beseitigen. Insbesondere darf der klagenden Partei keine Leistungs- oder Gestaltungsklage zur Verfügung stehen[71].

3. a) Die erste Voraussetzung lag hier vor. Es herrschte Unsicherheit über den Bestand des durch die Berufungskläger geltend gemachten Rechts auf Ersatzvornahme, weil die Voraussetzungen der Nachbesserung durch einen Dritten unter Abwälzung der Kosten auf die Unternehmerin von der Berufungsbeklagten bestritten wurden. So stellte die Berufungsbeklagte bereits die Verursachung eines Werkmangels in Abrede.

b) Hinsichtlich der zweiten Voraussetzung, wonach für die klagende Partei der Fortbestand der Unsicherheit aufgrund der eingeschränkten wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit "unzumutbar" sein muss, bestehen Präjudizien. Eine solche Unzumutbarkeit wurde etwa angenommen bei der Ungewissheit über den Bestand von (in Betreibung gesetzten) Forderungen von Fr. 77'000.00 und Fr. 14'000.00 gegen einen Anwalt oder von Fr. 37'942.90 gegen eine andere natürliche Person. Verneint wurde die Unzumutbarkeit dage-

---

70 Schenker, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Baker & McKenzie), Bern 2010, Art. 88 N 4

71 BGE 133 III 287, 131 III 324 f.; Schenker, Art. 88 ZPO N 6; Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 210

gen bei einer ungewissen Forderung über Fr. 10,6 Millionen gegen eine Bank mit einer Bilanzsumme von über Fr. 1 Milliarde und eigenen Mitteln von Fr. 96 Millionen[72]. Ein Teil der Lehre[73] vertritt dabei die Auffassung, dass die Hürde der Unzumutbarkeit tief angesetzt werden sollte. Die Berufungskläger legten in der Berufung dar, es sei für sie mit Blick auf die Ersatzvornahme nicht zumutbar, im Ungewissen darüber zu bleiben, ob sie die Nachbesserungskosten, welche dem Dritten zu bevorschussen wären, von der Berufungsbeklagten zurückfordern könnten oder nicht. Inwiefern obige Praxis auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden kann, wo es nicht um eine Geldforderung geht, kann indessen offen bleiben, weil es an der dritten Voraussetzung, wonach die Feststellungsklage das einzige Mittel zur Beseitigung der Unsicherheit sein muss, fehlte.

c) Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung[74] kann der Besteller, der berechtigt ist, einen Werkmangel auf Kosten des Unternehmers durch einen Dritten beheben zu lassen, sich die Kosten vom Unternehmer bevorschussen lassen. Verschiedene Gründe sprechen nach dem Bundesgericht für eine solche Bevorschussungspflicht: Vorab sei dem Unternehmer als der vertragsuntreuen Partei nach dem Grundsatz von Treu und Glauben[75] zuzumuten, die Kosten der Nachbesserung vorzufinanzieren. Sodann solle der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht nicht selbst erfüllen wolle oder könne, nicht besser gestellt werden als der Unternehmer, der seine Nachbesserungspflicht sogleich selbst erfülle, und schliesslich komme dem Besteller ein evidentes Interesse an der finanziellen Absicherung der Ersatz-

---

72 Füllemann, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar (Hrsg.: Brunner/Gasser/ Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 88 N 9 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie des Zürcher Handelsgerichts; Meier, S. 211 mit weiteren Hinweisen

73 Füllemann, Art. 88 ZPO N 10; Meier, S. 211

74 BGE 136 III 275 f., 128 III 416 ff.

75 Art. 2 ZGB

vornahme zu, während dem Unternehmer nur eine Pflicht überbunden werde, die er später ohnehin zu erfüllen habe. Diese Rechtsprechung gilt für die Nachbesserung durch einen Dritten unabhängig vom Rechtsgrund[76], denn die Interessenlage ist dieselbe[77]. Den Berufungsklägern stand mit der Möglichkeit, die Ersatzvornahme von der Berufungsbeklagten bevorschussen zu lassen, eine Leistungsklage zur Verfügung, womit ein Feststellungsinteresse von vorneherein entfiel. Damit fällt aber auch die Argumentation in der Berufungseingabe in sich zusammen: Mit der Leistungsklage auf Bevorschussung der mutmasslichen Kosten der Ersatzvornahme konnten die Berufungskläger das angeblich "grosse Risiko" ausschalten, Nachbesserungsarbeiten durch einen Dritten ausführen zu lassen und damit Investitionen zu tätigen, bevor feststand, ob die verlangten Nachbesserungsarbeiten überhaupt geschuldet waren oder nicht. Die Frage der Rechtmässigkeit der verlangten Nachbesserungsarbeiten hätte denn auch Gegenstand des Forderungsprozesses betreffend Bevorschussung gebildet, in welchem Verfahren der Berufungsbeklagten als Unternehmerin auch sämtliche Einwände zur Verfügung gestanden wären. Damit waren die Berufungskläger nicht auf die Feststellungsklage angewiesen, um die Unsicherheit zu beseitigen. Deshalb verneinte die Vorinstanz das Feststellungsinteresse zu Recht.

Obergericht, 2. Abteilung, 17. Januar 2012, ZBR.2011.84

---

76 Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118; Art. 368 Abs. 2, 366 Abs. 2, Art. 98 Abs. 1 OR

77 Vgl. BGE 128 III 417 f.; Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 157-190, Art. 169 N 17b am Ende, mit Hinweis auf Gauch, Werkvertrag, 3.A., Zürich 1985, N 1280; Gauch, N 1816

7. Steht die Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung bereits vor Vorinstanz fest, ist der Entscheid darüber ins Dispositiv aufzunehmen (Art. 95 Abs. 3 und Art. 122 ZPO).

1. Die Vorinstanz schrieb das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege mit Offizialanwalt als gegenstandslos ab, da ihr infolge Obsiegens keine Kosten angefallen seien. Die Beschwerdeführerin verwies demgegenüber auf Art. 122 Abs. 2 ZPO und machte geltend, aufgrund des Verhaltens des Beschwerdegegners sei sicher, dass die Geltendmachung der Parteientschädigung nur über den Weg der Schuldbetreibung führen und langwierige Rechtsöffnungsverfahren nach sich ziehen würde.

2. a) Soweit die unentgeltlich prozessierende Partei im Prozess obsiegt, trägt die Gegenpartei die Prozesskosten, worunter auch eine Parteientschädigung nach Art. 95 Abs. 3 ZPO fällt. Das Gericht hat über den Honoraranspruch des Offizialanwalts allerdings auch dann zu entscheiden, wenn es die Prozesskosten vollumfänglich der Gegenpartei auferlegt, weil ein unentgeltlicher Rechtsbeistand, falls die Gegenpartei für die Parteientschädigung nicht mit Erfolg belangt werden kann, aus der Staatskasse zu entschädigen ist[78]. Die Festsetzung einer Parteientschädigung entbindet deshalb die zuständige Behörde nicht davon, über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung zu entscheiden. Gegenstandslosigkeit ergibt sich allenfalls mit Bezug auf die Gerichtskosten: Sofern eine Partei grundsätzlich Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wird ein Gesuch um Befreiung der Gerichtskosten, falls im Verfahren keine Gerichtskosten gesprochen oder diese dem Prozessgegner auferlegt werden, gegen-

---

[78] Emmel, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 122 N 11

standslos, weil die gesuchstellende Partei gerade keine Verfahrenskosten zu tragen hat[79].

b) Wie über das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung zu entscheiden ist, hängt - sofern die übrigen Voraussetzungen wie Bedürftigkeit, fehlende Aussichtslosigkeit und Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung erfüllt sind - davon ab, ob die Parteientschädigung vom Prozessgegner - allenfalls auf dem Weg der Zwangsvollstreckung - eingebracht werden kann. Uneinbringlichkeit ist gegeben, wenn die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei unsicher ist[80]. Steht die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei fest, wird die von ihr zu bezahlende Parteientschädigung im Urteil zugesprochen. Ist die Uneinbringlichkeit der Entschädigung hingegen bloss wahrscheinlich, ist die Parteientschädigung für den Fall der Uneinbringlichkeit ins Urteil aufzunehmen und von deren späterem Nachweis abhängig zu machen. Der Entscheid über die unentgeltliche Verbeiständung kann im Urteil auch ausgesetzt werden, um darüber erforderlichenfalls später und in Ergänzung des Urteils zu entscheiden. Zeigt sich erst hinterher, dass die Parteientschädigung nicht einbringlich ist, so setzt das Gericht die Entschädigung auf Gesuch hin alsdann nachträglich noch fest. Dem Offizialanwalt ist nicht gestattet, vom Verbeiständeten eine zusätzliche Entschädigung zu verlangen. Mit der Zahlung der Parteientschädigung aus der Staatskasse geht der Anspruch im Umfang der geleisteten Entschädigung auf den Kanton über. Für die allfällige Differenz der Offizialanwaltsentschädigung zum vollen ordentlichen Honorar verbleibt die Forderung gegenüber der Gegenpartei hingegen beim Offizialanwalt[81].

---

79 BGE vom 9. Februar 2009, 5A_849/2008, Erw. 2.2.1
80 BGE vom 9. Februar 2009, 5A_849/2008, Erw. 2.2.2
81 Emmel, Art. 122 ZPO N 14 f.

c) Den Nachweis der Uneinbringlichkeit hat der Offizialanwalt zu erbringen, wobei an diesen Nachweis keine allzu grossen Anforderungen zu stellen sind und blosses Glaubhaftmachen genügt. Der Offizialanwalt muss also zunächst versuchen, das (volle) Honorar bei der Gegenpartei erhältlich zu machen. Bleiben diese Bemühungen erfolglos oder sind sie von Beginn weg offensichtlich aussichtslos, kann gegenüber dem Kanton eine "angemessene" Entschädigung geltend gemacht werden[82].

3. a) Die Bedürftigkeit der Beschwerdeführerin ist offensichtlich. Sie ist Schülerin und besucht die Kantonsschule, die sie im Januar 2013 beenden wird. Ihren Lebensunterhalt finanzierte sie durch die monatlichen Unterhaltszahlungen des Beschwerdegegners von Fr. 1'200.00, welche dieser per 1. Oktober 2012 angeblich einstellte und vorher nur unvollständig bezahlte. Offenbar erhält die Beschwerdeführerin weder von ihrer Mutter noch vom Staat Unterstützungsbeiträge. Auch die übrigen Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wie die fehlende Aussichtslosigkeit und die Notwendigkeit anwaltlichen Beistands, sind hier ohne weiteres erfüllt.

b) Somit ist zu prüfen, ob die der Beschwerdeführerin zustehende Parteientschädigung vom Beschwerdegegner erhältlich gemacht werden kann. Vor Vorinstanz machte die Beschwerdeführerin nicht geltend, eine allfällige Parteientschädigung sei uneinbringlich. Daher hatte die Vorinstanz mangels Antrags auch nicht darüber zu befinden. Der Beschwerdegegner wies vor Vorinstanz darauf hin, er werde ab 1. Oktober 2012 arbeitslos sein. Zudem habe er eine neue Familie gegründet und bis anhin noch keine neue Stelle gefunden. Es sei zu berücksichtigen, dass der Lohn bei den offerierten Stellen bis

---

82 Huber, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 122 N 14; Rüegg, Basler Kommentar, Art. 122 ZPO N 4

anhin bei höchstens Fr. 160'000.00 pro Jahr liege. Dazu reichte er eine Lohnofferte der Firma A vom 10. August 2012 ein, wonach ihm ein Einkommen von Fr. 147'563.70 netto (einschliesslich Kinderzulagen, Familienzulage und Spesenpauschale von Fr. 350.00) zustehe. Ferner reichte er ein Schuldenverzeichnis des Jahres 2011 ein, welches indessen, da die Vermögensverhältnisse nicht bekannt sind, nicht aussagekräftig ist. Die Schulden von insgesamt Fr. 1'308'703.00 bestehen überdies zur Hauptsache aus einer Hypothek bei der Bank B von Fr. 1'155'500.00. Weitere Angaben über die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdegegners finden sich in den Akten nicht. Folglich war eine allfällige Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung vor Vorinstanz jedenfalls nicht offensichtlich.

c) Im Beschwerdeverfahren sind neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel ausgeschlossen[83], weshalb das von der Beschwerdeführerin eingereichte Schreiben des Beschwerdegegners vom 8. Oktober 2012 nicht berücksichtigt werden kann. Die Zahlungsunfähigkeit des Beschwerdegegners erscheint angesichts der hier zur Verfügung stehenden Akten auch nicht als wahrscheinlich, weshalb die Entschädigung ihres Anwalts auch nicht "für den Fall der Uneinbringlichkeit" hätte ins Urteil aufgenommen werden müssen. Zusammengefasst sind die Voraussetzungen für die Zusprache eines Offizialanwaltshonorars im Sinn von Art. 122 Abs. 2 ZPO daher (noch) nicht erfüllt.

4. a) Weiter stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz den Entscheid über die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt im Hinblick auf Art. 122 Abs. 2 ZPO wenigstens dem Grundsatz nach hätte entscheiden müssen. Praktische Überlegungen sprechen dafür, dass dieser Entscheid ausgesetzt und erst dann beurteilt wird, wenn die Parteientschädigung tatsächlich uneinbringlich ist. Es kann allerdings

---

[83] Art. 326 Abs. 1 ZPO

sinnvoll sein, das Offizialhonorar bereits im Urteil festzusetzen, vor allem wenn dieses nach dem Aufwand bemessen wird und dieser nach Abschluss des Verfahrens einfacher beurteilt werden kann als Monate später. Gegen die Aufschiebung des Entscheids spricht auch der Umstand, dass Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege aufgrund der aktuellen Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheids zu prüfen sind; diese können sich innerhalb von zwei bis drei Jahren - insbesondere bei Jugendlichen - ändern, so dass die Bedürftigkeit erst nachträglich entstehen oder zwischenzeitlich wegfallen kann. Zusammenfassend erscheint es als gerechtfertigt, in - bezüglich Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei - unklaren Situationen die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege mit Offizialanwalt bereits mit dem Entscheid in der Hauptsache zu prüfen. Hingegen kann darauf verzichtet werden, wenn (noch) keine Veranlassung zur Annahme besteht, die Parteientschädigung sei uneinbringlich.

b) Der Beschwerdegegner ersuchte aus finanziellen Gründen um Abänderung der Unterhaltszahlungen; er machte geltend, er habe eine neue Familie mit zwei, bald drei Kindern und erziele höchstens ein Einkommen von Fr. 160'000.00. Selbst wenn der Beschwerdegegner momentan arbeitslos wäre, hätte er Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung. Bei einem Jahreseinkommen von gegen Fr. 100'000.00 oder noch mehr darf angenommen werden, der Beschwerdegegner sei in der Lage, für die Parteientschädigung aufzukommen, auch unter Berücksichtigung seiner familiären Verhältnisse.

c) Der angefochtene Entscheid ist daher weder in Bezug auf die Verfahrenskosten noch die unentgeltliche Rechtspflege mit Offizialanwalt willkürlich. Folglich ist die Beschwerde unbegründet. Die Beschwerdeführerin kann, sollte die Parteientschädigung wider Erwarten nicht einbringlich sein, im Zusammenhang mit dem Nachweis der Uneinbringlichkeit um nachträgliche Prüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ersuchen.

Obergericht, 1. Abteilung, 14. November 2012, ZR.2012.67

8. Unentgeltliche Prozessführung und Prozesskostenvorschuss; Pflicht zur Auflösung eines Sperrkontos trotz drohender Konventionalstrafe (Art. 117 ZPO; Art. 163 ZGB)

1. a) Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens verlangten beide Parteien für sich die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt. Der Einzelrichter wies beide Gesuche ab. Aufgrund der finanziellen Verhältnisse habe der Ehemann die gesamten Gerichtskosten zu tragen und für sämtliche Anwaltskosten, d.h. auch für diejenigen der Ehefrau, aufzukommen.

b) Der Ehemann verwahrt sich dagegen mit dem Hinweis, es existiere wohl ein Bankkonto mit einem Saldo von Fr. 72'320.29; dabei handle es sich indessen um ein Sperrkonto, auf welches Zahlungen gemäss dem Übernahmevertrag hinsichtlich einer allfälligen späteren Übernahme einer Billardhalle geleistet worden seien. Er könne nicht ohne Einwilligung des Mitkontoinhabers über die rund Fr. 70'000.00 verfügen; ausserdem enthalte der Übernahmevertrag eine Konventionalstrafe für den Fall eines einseitigen Rücktritts. Wenn überhaupt, könne selbst ein Anteil des Saldos dieses Kontos erst langfristig und unter grossen Schwierigkeiten realisiert werden. Einen Kredit in ausreichender Höhe könne er gestützt auf das Sperrkonto nicht erhältlich machen.

2. a) Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel zur Finanzierung der Prozesskosten verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint[84]. Nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und demnach bedürftig ist, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen

---

[84] Art. 117 ZPO

notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen der Familie erforderlich sind. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Betroffenen. Zu berücksichtigen sind sowohl seine Einkommens- als auch Vermögensverhältnisse[85]. Zum beweglichen Vermögen gehören Bankkonten, Wertpapiere oder fällige Forderungen; strittige Ansprüche haben aber unberücksichtigt zu bleiben. Zumutbar ist es auch, Mittel aus einer noch unverteilten Erbschaft verfügbar zu machen.

b) Beweglichem Vermögen kommt jedoch in einem bestimmten Ausmass der Charakter einer Notreserve, eines "Notgroschens" für laufende und künftige Bedürfnisse, zu. Die Freibeträge sind nicht pauschal festzusetzen, sondern in Würdigung der konkreten Umstände wie Alter, Gesundheit und Höhe des laufenden Vermögensverzehrs zu bemessen[86]. Diesen Notgroschen anzutasten, darf vom Gesuchsteller nicht verlangt werden. Hinsichtlich des darüber hinausgehenden Vermögens ist er hingegen unbesehen der Art der Vermögensanlage verpflichtet, dieses zur Finanzierung des Prozesses zu verwenden, bevor dafür öffentliche Mittel bereitzustellen sind[87]. Die Art der Vermögensanlage beeinflusst allenfalls die Verfügbarkeit der Mittel, nicht aber die Zumutbarkeit, sie vor der Beanspruchung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung anzugreifen.

3. Unbestritten blieb, dass die Ehefrau derzeit über keine finanziellen Möglichkeiten verfügt, um für die Gerichts- und Anwaltskosten

---

85 BGE 135 I 223 f.; Rüegg, Basler Kommentar, Art. 117 ZPO N 7

86 Rüegg, Art. 117 ZPO N 15; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, Basel 2008, S. 85 f.; BGE vom 11. Februar 2009, 9C_874/2008, Erw. 2.2.1, 3.2; BGE vom 11. September 2007, 4A_87/2007, Erw. 2.1

87 Rüegg, Art. 117 ZPO N 15; Huber, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 117 N 35 ff.; Jent-Sørensen, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar (Hrsg.: Oberhammer), Basel 2010, Art. 117 N 24

aufzukommen. Der Ehemann bestreitet des Weitern nicht, dass er gestützt auf Art. 163 ZGB der Ehefrau einen Prozesskostenvorschuss zu entrichten hat, sofern er über genügende finanzielle Mittel verfügt.

4. a) Zieht man den erweiterten Grundbedarf des Ehemanns sowie die monatlichen Unterhaltsbeiträge von seinem Verdienst ab, verbleiben Fr. 55.00. Dass der Ehemann mit diesem Betrag nicht für die zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten aufkommen kann, bedarf keiner langen Ausführungen.

b) Der Ehemann verfügt nun aber zusammen mit X über ein Konto bei der Thurgauer Kantonalbank, welches einen Saldo von Fr. 72'320.29 aufweist. Dabei handelt es sich um ein Sperrkonto, auf welches der Ehemann Zahlungen überwies (und allenfalls noch immer überweist), die er im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag zwischen ihm und X betreffend Kauf einer Billardhalle leistete. Die Vereinbarung enthält eine Klausel, wie beim Rücktritt vom Vertrag vorzugehen ist. Die Parteien vereinbarten für diesen Fall, dass die erworbenen Geschäftsanteile gemäss geleistetem Kaufpreis an die Verkäufer zurückgingen, dass der durch die Verkäufer abgezogene Betrag aus dem Sperrkonto vollumfänglich auszugleichen sei, dass das Sperrkonto zu Gunsten des Ehemanns aufzulösen und dass die zurücktretende Partei eine Konventionalstrafe von Fr. 30'000.00 zu bezahlen habe, wobei sich, sofern der Käufer den Rücktritt erkläre, dieser Betrag ab dem dritten Jahr um jährlich 5% erhöhe.

c) Aus dieser Bestimmung geht klar hervor, dass der Ehemann jederzeit vom Vertrag zurücktreten kann. Alsdann wird ihm das Guthaben auf dem Sperrkonto abzüglich Konventionalstrafe ausbezahlt. Diesen Rücktritt nunmehr zu erklären und sich auf diese Weise ein finanzielles Polster zu verschaffen, kann und muss von ihm verlangt werden. Es ist nicht Sache des Staates, die gerichtlichen Auseinandersetzungen der Parteien zu finanzieren, während der Ehemann gleichzeitig erwiesenermassen für den Kauf einer Unternehmung spart.

d) Wird das Sperrkonto aufgelöst, verbleiben nach Bezahlung der Konventionalstrafe rund Fr. 36'000.00. Selbst wenn dem Ehemann hievon Fr. 20'000.00 als Notgroschen belassen werden, was jedoch angesichts seines Alters und seiner guten Gesundheit an sich gar nicht notwendig ist, bleibt ein "Rest" von Fr. 16'000.00. Diese Summe reicht ohne weiteres für die Bezahlung aller Gerichts- und Anwaltskosten, d.h. somit sowohl seiner eigenen als auch derjenigen der Ehefrau im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren. Die Vorinstanz kam somit im Ergebnis zu Recht zum Schluss, der Ehemann sei nicht bedürftig; er ist vielmehr in der Lage, nicht nur die eigenen, sondern auch die durch das Eheschutzverfahren anfallenden Auslagen der Ehefrau zu übernehmen. Nachdem sein Anspruch auf Rücktritt vom Übernahmevertrag und Auszahlung des auf dem Sperrkonto liegenden Guthabens[88] vertraglich vorgesehen und auch geregelt ist, muss diese Abrechnung innert nützlicher Frist vorgenommen werden können. Denkbar ist indessen auch - statt der Rückabwicklung des Übernahmevertrags -, dass X dem Ehemann gestattet, vom Sperrkonto einen Betrag zu beziehen, der diesem die Bezahlung der Gerichts- und Anwaltskosten erlaubt.

Obergericht, 1. Abteilung, 11. Januar 2012, ZBR.2011.112

9. **Die Vorladungsfrist ist zwingend einzuhalten** (Art. 134 ZPO).

1. Die Schlichtungsbehörde schrieb das Verfahren wegen Anfechtung der Kündigung zufolge unentschuldigten Nichterscheinens

---

88 Abzüglich Konventionalstrafe

der klagenden Partei als gegenstandslos ab. Der Kläger führte Beschwerde.

2. Vorladungen sind gemäss Art. 134 ZPO mindestens zehn Tage vor dem Erscheinungstermin zu versenden. Hier erfolgte der Versand der Vorladung auf den 20. Februar 2012 am 15. Februar 2012; damit wurde die Vorladungsfrist nicht eingehalten. Dementsprechend ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache zur korrekten Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Obergericht, 1. Abteilung, 4. April 2012, ZR.2012.18

10. **Die Zustellfiktion ist auf die Anzeige der Konkursverhandlung nicht anwendbar** (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO; Art. 34 Abs. 1 und 168 SchKG).

1. Die Vorinstanz eröffnete auf Antrag der Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Entscheid den Konkurs über den Beschwerdeführer.

2. a) Die Vorladung zur Konkursverhandlung wurde am 31. Juli 2012 zur Post gegeben und dem Beschwerdeführer am 2. August 2012 zur Abholung gemeldet. Da er die Vorladung nicht abholte, ging sie am 10. August 2012 an die Vorinstanz zurück.

b) Stellt das Gericht eine Vorladung oder einen Entscheid 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 (Zustellfiktion). 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 Konkursandrohung sowie dem Ablauf der letztmaligen Zahlungsfrist von zwanzig Tagen einerseits und der Einreichung des Konkursbegehrens andererseits kann indessen eine beträchtliche Zeitspanne liegen. Die Konkursandrohung begründet folglich kein Prozessrechtsverhältnis vor dem Konkursrichter[89]; erst durch das Konkursbegehren wird das Gerichtsverfahren auf Konkurseröffnung hängig. Die Zustellfiktion ist somit auf die Zustellung der Anzeige der Konkursverhandlung nicht anzuwenden. Das bedeutet hier, dass keine korrekte Vorladung erging, so dass der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache zu neuer Durchführung der Konkursverhandlung und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

Obergericht, 1. Abteilung, 23. Oktober 2012, BR.2012.44

11. Bei teilweiser Anerkennung der Klage im Schlichtungsverfahren sind die Kosten aufzuteilen (Art. 207, 95 ff., 106 ff. ZPO).

1. a) Anlässlich der Schlichtungsverhandlung wurde ein Teil der Klagebegehren anerkannt; für die übrigen Begehren stellte der Friedensrichter die Klagebewilligung aus. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden nicht geregelt.

b) Die Beschwerdeführer forderten, dass hinsichtlich derjenigen Klagepunkte, welche von der Beschwerdegegnerin aner-

[89] BGE 138 III 225 ff.; ZR 104, 2005, S. 174 ff.

kannt worden seien, die Schlichtungsbehörde von Amtes wegen über die Festsetzung und Verteilung der Kosten zu entscheiden habe. Eine Klageanerkennung habe die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids. Die Klagebewilligung beziehe sich nur auf Ziff. 3 ihres Rechtsbegehrens, welches die Aufteilung von Sanierungskosten auf die Gemeinschaft und die einzelnen Stockwerkeigentümer betreffe. Die von ihnen angefochtenen Beschlüsse der Stockwerkeigentümerversammlung seien dagegen nicht mehr Gegenstand des Verfahrens. Art. 207 ZPO regle nicht, wie zu verfahren sei, wenn die Klage von der beklagten Partei anerkannt werde und das Verfahren insoweit vor dem Friedensrichter seinen Abschluss finde. Diese Frage beantworte sich nach den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ff. ZPO. Danach würden die Gerichtskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Anerkennung der Klage gelte die beklagte Partei als unterliegend. Folglich hätte der Friedensrichter die Kosten des Schlichtungsverfahrens verteilen müssen, und zwar zulasten der Beschwerdeführer, soweit sich die Parteien nicht hätten einigen können und die Klagebewilligung erteilt worden sei, und zulasten der Beschwerdegegnerin im Umfang der Klageanerkennung. Würden die Kosten des Schlichtungsverfahrens bei einer Teileinigung nicht vom Friedensrichter geregelt, laufe die klagende Partei Gefahr, im anschliessenden Prozess als unterliegende Partei die gesamten Kosten des Schlichtungsverfahrens tragen zu müssen. Das Gericht habe nämlich keine Möglichkeit, Kosten bezüglich eines Streitgegenstands zu verlegen, über den sich die Parteien bereits vor dem Friedensrichter geeinigt hätten.

c) Die Beschwerdegegnerin machte hingegen geltend, Art. 207 ZPO regle die Kosten des Schlichtungsverfahrens abschliessend. Hier sei eine Klagebewilligung erteilt worden, und gemäss Art. 207 Abs. 1 lit. c ZPO würden die Kosten des Schlichtungsverfahrens in diesem Fall der klagenden Partei, also den Beschwerdeführern, auferlegt. Selbst wenn der Auffassung der Beschwerdeführer gefolgt und die definitive Verlegung der Kosten des Friedensrichteramts im

Sinn von Art. 104 ff. ZPO vorgenommen würde, sei zu berücksichtigen, dass die Ziff. 1 und 2 des Rechtsbegehrens des Hauptverfahrens gegenüber Ziff. 3 vom Streitwert her völlig unbedeutend seien. Aus diesem Grund und in Anwendung von Art. 207 Abs. 1 lit. c ZPO habe der Friedensrichter die Kosten nur den Beschwerdeführern überbunden.

2. a) Für das Schlichtungsverfahren gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Prozesskosten gemäss Art. 95 ff. ZPO. In Art. 207 ZPO findet sich zudem eine besondere Regelung zur Kostenverteilung. Die Gerichtskosten sind die Gebühren für die Beanspruchung der Justizbehörden. Der Gebührenrahmen für die Schlichtungs- und die Entscheidgebühr ergibt sich sodann aus dem anwendbaren kantonalen Tarif[90].

b) Wird die Klagebewilligung erteilt und reicht der Kläger die Klage ein, hat er zwar für die Kosten des Schlichtungsverfahrens aufzukommen, doch werden im nachfolgenden Prozess die Kosten zur Hauptsache geschlagen und zusammen mit den Prozesskosten verteilt. Unterliegt die beklagte Partei im Prozess, hat sie im Umfang ihres Unterliegens die Kosten des Schlichtungsverfahrens an die klagende Partei zurückzuerstatten[91]. Anerkennt die beklagte Partei die gestellten Rechtsbegehren im Verfahren vor der Schlichtungsbehörde, so hat sie in analoger Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO die Verfahrenskosten zu tragen[92].

---

90 Dolge/Infanger, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 69

91 Art. 207 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 ZPO; Honegger, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 207 N 5

92 Honegger, Art. 207 ZPO N 7 f.; Gloor/Umbricht Lukas, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Oberhammer), Basel 2010, Art. 207 N 9 f.

c) In Verfahren mit einem bestimmbaren Streitwert erhebt der Friedensrichter eine streitwertabhängige Gebühr[93]. Gleiches gilt für die Verfahrenskosten im gerichtlichen Verfahren. Der massgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitwerts ist dabei der Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht. Dies ist nicht der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, da diese bereits mit der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs eintritt[94]. Der Streitwert eines gerichtlichen Verfahrens wird somit vermindert, wenn die beklagte Partei die Klageforderung vor der Schlichtungsbehörde teilweise anerkannt oder wenn die klagende Partei ihren Anspruch nach dem Schlichtungsversuch, der ohne Einigung geblieben ist, reduziert hat[95]. Zudem gilt als massgebender Zeitpunkt zur Bestimmung der Identität des Streitgegenstands die Einreichung der Klage beim Gericht. Hat ein Schlichtungsversuch stattgefunden, ist das Verfahren zwar bereits mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs rechtshängig geworden. Die Festlegung des Streitgegenstands wird bei den Wirkungen der Rechtshängigkeit jedoch gerade nicht genannt[96]. Das Rechtsbegehren der klagenden Partei beziehungsweise der Streitgegenstand wird daher erst mit der Ausstellung der Klagebewilligung auf seinen Wortlaut fixiert[97]. Kommt es im Schlichtungsverfahren zu einer Teileinigung zwischen den Parteien - beispielsweise in Form einer Teilanerkennung - so ist die Teileinigung ins Protokoll aufzunehmen, während für diejenigen Streitfragen, über welche die Parteien sich uneinig bleiben, die Schlichtungsbehörde über den noch verbleibenden strittigen Teil eine teilweise Klagebewilligung ausstellt, einen Urteilsvorschlag unterbreitet oder einen Entscheid fällt[98].

---

93 § 7 GebV
94 Art. 62 ZPO; Rüegg, Basler Kommentar, Art. 91 ZPO N 7
95 Rüegg, Art. 91 ZPO N 7
96 Vgl. Art. 64 ZPO
97 Frei/Willisegger, Basler Kommentar, Art. 227 ZPO N 4
98 Vgl. Egli, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Schwander/Gasser), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 209 N 8; Gloor/Umbricht Lukas, Art. 208 ZPO N 6

d) Eine Teilanerkennung bewirkt folglich, dass der anerkannte Teil der Klage nicht mehr Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens bildet. Dies führt dazu, dass diesem bei der Kostenverteilung durch das Gericht nicht mehr Rechnung getragen werden kann. Da auch im Schlichtungsverfahren die allgemeinen Grundsätze der Kostenverteilung gelten, ist die Anerkennung der Klage durch die beklagte Partei auch dann zu berücksichtigen, wenn sie nur teilweise erfolgt. Die Anerkennung der Klage entspricht gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO einem Unterliegen und führt dazu, dass die anerkennende Partei im Schlichtungsverfahren die Kosten zu tragen hat[99]. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Dementsprechend hätte der Friedensrichter hier, nachdem die Beschwerdegegnerin einen Teil der Rechtsbegehren anerkannte, die unbestritten gebliebenen Kosten für das Schlichtungsverfahren aufteilen müssen.

e) Die Beschwerdeführer beantragten die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Die Beschwerdeinstanz kann jedoch, wenn sie die Beschwerde schützt und die Angelegenheit spruchreif ist, neu entscheiden. Angesichts des geringen Streitwerts und aus prozessökonomischen Gründen würde sich rechtfertigen, die Kosten im Beschwerdeverfahren selber zu verteilen. Da die Beschwerdeführer jedoch nicht darlegten, welcher Streitwert den einzelnen Rechtsbegehren zukommt, dies aus den Akten nicht ersichtlich und der Friedensrichter mit der Streitsache besser vertraut ist, wird die Sache zurückgewiesen.

Obergericht, 1. Abteilung, 19. September 2012, ZR.2012.51

---

[99] Art. 207 ZPO im Umkehrschluss; Art. 106 Abs. 1 ZPO

12. Pflicht zur Protokollführung im Entscheidverfahren vor der Schlichtungsbehörde (Art. 235 Abs. 1 und Art. 212 ZPO)

1. Die Schlichtungsbehörde kann in vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis zum Streitwert von Fr. 2'000.00 entscheiden, sofern die klagende Partei einen entsprechenden Antrag stellt[100]. Wird dieser Antrag gestellt und macht die Schlichtungsbehörde von ihrer Entscheidkompetenz Gebrauch, hat sie zuerst ein formloses Schlichtungsverfahren durchzuführen. In diesem Stadium des Verfahrens dürfen die Aussagen der Parteien nicht protokolliert werden[101]. Nach dem erfolglosen Schlichtungsversuch ist das Schlichtungsverfahren formell zu schliessen, wenn die Schlichtungsbehörde einen Entscheid fällen will. Der Abschluss des Schlichtungsverfahrens ist im Protokoll festzuhalten, und das Entscheidverfahren ist formell zu eröffnen[102]. Im Entscheidverfahren amtet der Friedensrichter als erstinstanzlicher erkennender Richter[103]. Trotz Mündlichkeit und niedrigem Streitwert handelt es sich um ein vollwertiges Erkenntnisverfahren, weshalb der Friedensrichter in der Ausübung seiner Spruchkompetenz keine Billigkeitserwägungen heranziehen darf; vielmehr muss er sich bei seinem Entscheid auf rein rechtliche Überlegungen stützen[104]. Sodann gelten für das Entscheidverfahren vor der Schlichtungsbehörde die Bestimmungen des vereinfachten Verfahrens und ergänzend des ordentlichen Verfahrens sinngemäss[105].

---

[100] Art. 212 Abs. 1 ZPO
[101] Art. 205 Abs. 1 ZPO
[102] Infanger, Basler Kommentar, Art. 212 ZPO N 13
[103] Rickli, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 212 ZPO N 8
[104] Rickli, Art. 212 ZPO N 12
[105] Rickli, Art. 212 ZPO N 13

2. Gemäss Art. 235 Abs. 1 ZPO hat das Gericht über jede Verhandlung Protokoll zu führen. Die Pflicht zur Protokollführung über für den Entscheid wesentliche Verhandlungen, Abklärungen und Beweiserhebungen ergibt sich bereits aus dem Verfassungsrecht[106] und ist Teil des Anspruchs auf rechtliches Gehör[107]. Die Protokollierung der mündlichen Vorträge der Parteien im Entscheidverfahren ist auch im Hinblick auf ein Rechtsmittelverfahren unumgänglich. Der Entscheid der Schlichtungsbehörde kann nämlich nur mit Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO angefochten werden. Im Beschwerdeverfahren kann lediglich eine unrichtige Rechtsanwendung und/oder eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden[108]. Im Beschwerdeverfahren sind daher keine neuen Anträge, keine neuen Tatsachenbehauptungen und keine neuen Beweismittel zulässig. Die Beschwerdeinstanz ist somit darauf angewiesen, dass die Anträge und die Behauptungen der Parteien sowie die von ihnen eingereichten Beweismittel von der Schlichtungsbehörde protokolliert werden. Nur so kann sie beurteilen, ob Noven geltend gemacht werden oder nicht[109].

3. Die Vorinstanz lud die Parteien am 25. April 2012 zur Schlichtungsverhandlung auf den 26. Juni 2012 ein. Dem unbegründeten Entscheid vom 16. August 2012 folgend stellte der Beschwerdegegner mündlich den Antrag auf Entscheid durch die Schlichtungsbehörde im Sinn von Art. 212 ZPO. Ein Protokoll über das im Anschluss an das Schlichtungsverfahren durchgeführte Entscheidverfahren liegt nicht in den Akten. Auch aus dem begründeten Entscheid der Vorinstanz lassen sich die Argumente der Parteien nicht entnehmen. Ebenso

---

[106] Art. 29 Abs. 2 BV
[107] Pahud, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 235 ZPO N 3; BGE 124 V 390
[108] Art. 320 ZPO
[109] BGE 124 V 391

wenig finden sich in den vorinstanzlichen Akten die Beweisunterlagen der Parteien. Es ist daher nicht möglich zu beurteilen, welche Behauptungen und Beweismittel im Beschwerdeverfahren neu und damit unzulässig sind. Da die Beschwerdeinstanz mit eingeschränkter Kognition urteilt[110], ist eine Heilung dieses formellen Fehlers im Beschwerdeverfahren nicht möglich[111]. Der angefochtene Entscheid ist deshalb aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese entsprechend den Regeln von Art. 219 ff. ZPO das Entscheidverfahren durchführt und im Sinn von Art. 212 ZPO entscheidet oder den Parteien im Sinn von Art. 210 ZPO einen Urteilsvorschlag vorlegt.

Obergericht, 1. Abteilung, 28. November 2012, ZR.2012.64

13. Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung bei Unkenntnis vom Klagerückzug; Beendigung des Verfahrens (Art. 241 Abs. 2, Art. 117 ff. ZPO)

1. a) Am 13. Juni 2012 reichte die Beschwerdegegnerin beim Bezirksgericht die Scheidungsklage ein. Der Beschwerdeführer ersuchte am 19. Juni 2012 beim Regionalgericht in einem anderen Kanton um Erlass von Eheschutzmassnahmen und beantragte für das Massnahmeverfahren die unentgeltliche Prozessführung.

b) Am 5. Juli 2012 beantragte die Beschwerdegegnerin die unentgeltliche Rechtspflege und zog die Scheidungsklage zurück. Sie begründete den Rückzug der Scheidungsklage damit, dass der Be-

---

110 Art. 320 ZPO
111 RBOG 2011 Nr. 1; BGE 130 II 562

schwerdeführer deren Abweisung beantrage und zwischenzeitlich um Erlass von Eheschutzmassnahmen ersucht habe.

c) Am 10. Juli 2012 schrieb die Einzelrichterin das Verfahren zufolge Klagerückzugs als erledigt ab. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege hiess die Einzelrichterin gut. Gleichentags ersuchte der Beschwerdeführer beim Bezirksgericht um unentgeltliche Rechtspflege mit Offizialanwalt.

d) Die Vorinstanz führte in ihrem Entscheid aus, die Wirkung der unentgeltlichen Rechtspflege halte höchstens bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens an; hier habe das Verfahren am 5. Juli 2012 mit dem Klagerückzug geendet. Deswegen sei das vom Beschwerdeführer gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 9. Juli 2012 verspätet erfolgt, und es könne nicht darauf eingetreten werden.

2. Der Beschwerdeführer beantragte schliesslich, ihm sei für das Verfahren vor Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege mit Offizialanwalt zu bewilligen.

3. a) Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint[112]. Die Wirkungen der unentgeltlichen Rechtspflege treten grundsätzlich erst ab Einreichung des Gesuchs ein, das vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden kann[113]. Ausnahmsweise kann die unentgeltliche Rechtspflege auch rückwirkend bewilligt werden[114]. Sie dauert bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens, für das sie bewilligt wor-

---

[112] Art. 117 ZPO
[113] Art. 119 Abs. 1 ZPO
[114] Art. 119 Abs. 4 ZPO

den ist, sofern sie nicht zuvor entzogen wird oder die betroffene Partei darauf verzichtet[115].

b) Ein Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids[116]. In den bisherigen kantonalen Prozessordnungen war unterschiedlich geregelt, ob der Rückzug den Prozess selbst beendet oder ob dies erst durch den Abschreibungsbeschluss geschieht, in welchem das Gericht den Klagerückzug zu Protokoll nimmt, allfällige Kosten festsetzt und die Klage für erledigt erklärt. Nach dem "Berner Modell" führte die Prozesshandlung zur unmittelbaren Beendigung des Verfahrens; dessen nachfolgende Abschreibung hatte lediglich deklaratorischen Charakter und war demzufolge auch nicht mit Rechtsmitteln anfechtbar. Die Prozesshandlung wurde aber erst durch den gerichtlichen Abschreibungsbeschluss einem rechtskräftigen Titel gleichgestellt. Demgegenüber war nach dem "Zürcher Modell" für die Beendigung des Verfahrens durch Klagerückzug, Klageanerkennung oder Vergleich ein Beschluss beziehungsweise eine Verfügung erforderlich, mit dem oder der das Verfahren abgeschrieben wurde. Die ZPO hat sich für das "Berner Modell" entschieden[117]. Oberhammer vertritt mit Hinweis auf Leuenberger die Meinung, dass die Wirkung des Klagerückzugs, nämlich die Beendigung des Verfahrens, erst dann eintritt, wenn diese Prozesshandlung auch durch einen Erledigungsentscheid bekundet wird; mithin sei der Klagerückzug erst zusammen mit dem Abschreibungsbeschluss als Entscheidsurrogat zu betrachten, was sich aus Art. 241 Abs. 3 ZPO ergebe[118].

---

115 Rüegg, Basler Kommentar, Art. 118 ZPO N 5

116 Art. 241 Abs. 2 ZPO

117 Naegeli, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Oberhammer), Basel 2010, Art. 241 N 8 ff.; Kriech, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), Zürich/St. Gallen 2011, Art. 241 N 2

118 Oberhammer, Basler Kommentar, Art. 241 ZPO N 23 f.

4. a) Der Beschwerdeführer beantragte die unentgeltliche Rechtspflege zu einem Zeitpunkt, als er vom Klagerückzug noch keine Kenntnis hatte. Die bis dahin getätigten Aufwendungen der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers erfolgten somit in Unkenntnis des Klagerückzugs. Das Verfahren war, als der Beschwerdeführer sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellte, noch nicht abgeschrieben, und der Rückzug konnte folglich noch keine Wirkung zeigen. Daher erfolgte das Gesuch rechtzeitig.

b) Die Wirkung der unentgeltlichen Rechtspflege umfasst auch Aufwendungen, die ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens anfallen. Bei nicht berufungsfähigen Entscheiden tritt die Rechtskraft beispielsweise mit deren Eröffnung ein[119]. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst alsdann auch die Aufwendungen, welche im Zusammenhang mit dem Studium des Entscheids und der allfälligen Prüfung der Frage, ob ein Rechtsmittel ergriffen werden soll, anfallen. Ebenso können auch vorprozessuale Aufwendungen eines Offizialanwalts im Rahmen eines Offizialmandats entschädigt werden.

c) Der Beschwerdeführer durfte sich im Übrigen auch nach dem Grundsatz von Treu und Glauben darauf verlassen, dass er das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege rechtzeitig stellte. Der angefochtene Entscheid verletzt insofern das Gleichbehandlungsgebot, als die Beschwerdegegnerin mit ihrem Klagerückzug den Termin der Verfahrensbeendigung festsetzen und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bis zu diesem Zeitpunkt stellen konnte. Dieses Gesuch stellte sie denn auch gleichzeitig mit dem Klagerückzug, lediglich vier Tage vor dem Beschwerdeführer.

---

[119] Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 24 N 7

d) Damit ist das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege als rechtzeitig zu betrachten, und ihm ist für das Verfahren vor Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt zu bewilligen. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich auch die Frage nach der Verletzung des rechtlichen Gehörs insoweit, als die Vorinstanz den Beschwerdeführer nicht sofort über den Klagerückzug informierte, sondern erst sechs Tage später mit der Abschreibungsverfügung.

Obergericht, 1. Abteilung, 19. September 2012, ZR.2012.58

14. Superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts: Verfahren; Bedeutung der Schutzschrift (Art. 265 und 270 ZPO; Art. 839 ZGB)

1. a) Die Beschwerdegegnerin gelangte an den Einzelrichter und beantragte, es sei zu ihren Gunsten auf dem Grundstück der Beschwerdeführer ein Bauhandwerkerpfandrecht als vorläufige Eintragung vorzumerken. Das Grundbuchamt sei anzuweisen, die vorläufige Eintragung umgehend vorzumerken. Diesen Rechtsbegehren sei im Sinn von Art. 265 ZPO sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei Folge zu geben. Zudem sei der Beschwerdegegnerin für die gerichtliche Geltendmachung ihres Anspruchs auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eine Frist von einem Monat ab Rechtskraft des Entscheids über die Vormerkung der vorläufigen Eintragung anzusetzen.

b) Mit Entscheid des Einzelrichters wurde auf der Liegenschaft der Beschwerdeführer zugunsten der Beschwerdegegnerin ein Bauhandwerderpfandrecht als vorläufige Eintragung vorgemerkt. Gleichzeitig wurde das Grundbuchamt angewiesen, die vorläufige Ein-

tragung vorzumerken. Der Beschwerdegegnerin wurde für die gerichtliche Geltendmachung ihres Anspruchs auf definitive Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts eine Frist von 30 Tagen angesetzt, ansonsten die Vormerkung beziehungsweise vorläufige Eintragung dahinfalle. Auf die Durchführung eines Bestätigungsverfahrens verzichtete der Einzelrichter ausdrücklich und verpflichtete die Beschwerdegegnerin zur Bezahlung der Verfahrenskosten.

2. a) Das Gericht kann bei besonderer Dringlichkeit die vorsorgliche Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anordnen. Mit dieser Anordnung lädt das Gericht die Parteien zu einer Verhandlung vor, die unverzüglich stattzufinden hat, oder setzt der Gegenpartei eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme. Nach Anhörung der Gegenpartei entscheidet das Gericht unverzüglich über das Gesuch[120].

b) Die Vorinstanz verzichtete auf die Durchführung des Bestätigungsverfahrens, prüfte aber im Rahmen der superprovisorischen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts die von einer am Verfahren nicht beteiligten GmbH mittels einer Schutzschrift im Sinn von Art. 270 Abs. 1 ZPO erhobenen Einwände. Wenn eine Schutzschrift vorliegt, hat der Richter nach Eingang des superprovisorischen Gesuchs im Rahmen von dessen Prüfung auch die Ausführungen in der Schutzschrift zu würdigen[121]. Allerdings ist den vorinstanzlichen Akten keine Schutzschrift zu entnehmen, weshalb deren Inhalt nicht bekannt ist. Daran vermag mit Blick auf das Novenrecht[122] auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren eine Schutzschrift vom 30. März einreichte, zumal unklar ist, ob es sich hiebei überhaupt um die gleiche Stellungnahme handelte, datierte

---

[120] Art. 265 Abs. 1 und 2 ZPO
[121] Sprecher, Basler Kommentar, Art. 265 ZPO N 25
[122] Art. 326 Abs. 1 ZPO

doch die im angefochtenen Urteil erwähnte Schutzschrift vom 14. Mai. Gemäss den Erwägungen im angefochtenen Urteil wurde mit der Schutzschrift eine Bankgarantie als Sicherheit angeboten, welche allerdings von der Vorinstanz als unzureichend eingestuft wurde. Zwar ist diese Feststellung für die trotz anerbotener Sicherheit verfügte sofortige Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts von Bedeutung[123], doch hätte danach den Beschwerdeführern die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben werden müssen[124].

c) Nur wenn eine Schutzschrift dazu führt, dass das Gesuch insgesamt abgewiesen wird, erübrigt sich das Bestätigungsverfahren. Ist hingegen ein Superprovisorium angeordnet worden, das die Gegenpartei in irgendeiner Weise belastet, muss ihr das Bestätigungsverfahren gleichwohl offenstehen. Sie muss sich äussern können zu den Vorbringen der gesuchstellenden Partei und den Anordnungen des Richters, die sie beide im Zeitpunkt der Abfassung der Schutzschrift noch nicht kennen konnte[125]. Insofern kann sich die Beschwerdegegnerin nicht auf den Standpunkt stellen, den Beschwerdeführern sei im vorinstanzlichen Verfahren durch die Schutzschrift bereits in genügender Weise das rechtliche Gehör gewährt worden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 53 Abs. 1 ZPO erfordert, dass die Gegenpartei zu sämtlichen relevanten Punkten Stellung nehmen kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gilt absolut und kann auch nicht mit der Begründung verweigert werden, dass die Anhörung zu keinem anderen Ergebnis führe. Sofern das Gesuch des Unternehmers nicht von vornherein offensichtlich unzulässig oder unbegründet war, ist vor dem Entscheid ein kontradiktorisches Verfahren durchzuführen. Mit anderen Worten ist dem betroffenen Grundeigentümer das Recht zur

---

[123] Vgl. Art. 839 Abs. 3 ZGB
[124] Art. 265 Abs. 2 ZPO
[125] Sprecher, Art. 265 ZPO N 36

Stellungnahme einzuräumen, von dem er in einer schriftlichen Eingabe oder in einer Verhandlung Gebrauch machen kann[126].

3. Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist ein schwerwiegender Verfahrensmangel, welcher die Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz rechtfertigt[127]. Damit wird die Streitsache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die Vorinstanz wird das Bestätigungsverfahren durchzuführen haben, mithin den Beschwerdeführern das Recht einräumen müssen, zum Gesuch Stellung zu beziehen. Bis zum neuen Entscheid bleibt die Vormerkung der vorläufigen Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts im Grundbuch bestehen.

Obergericht, 1. Abteilung, 3. Oktober 2012, ZBR.2012.51

15. Verweigerung der Herausgabe von Urkunden seitens des Gläubigers im Rechtsöffnungsverfahren; Rechtsfolge (Art. 81 Abs. 1 SchKG; Art. 2 Abs. 1 ZGB; Art. 276 Abs. 3 ZGB)

1. Der Einzelrichter erteilte für ausstehenden Mündigenunterhalt definitive Rechtsöffnung. Der Beschwerdeführer machte geltend, die Beschwerdegegnerin habe für die im Entscheid aufgeführte Periode einen Eigenverdienst erzielt, welchen sie sich nicht anrechnen lassen wolle. Gemeinsam mit X habe er beim Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin Einsicht in deren Lohnabrechnungen erhalten; die Aushändigung von Kopien sei ihm jedoch verweigert worden. X habe seine

---

126 Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage, Zürich 2011, N 620

127 Freiburghaus/Afheldt, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 327 N 11

Feststellungen schriftlich festgehalten und der Vorinstanz eingereicht; diese habe die schriftliche Bestätigung allerdings nicht beachtet. Er könne die Einkünfte der Beschwerdegegnerin nicht mittels Urkunden beweisen, da sie ihm diese nicht zur Verfügung stelle.

2. a) Ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, hat seinen Anspruch im ordentlichen Prozess geltend zu machen[128]. Beruht die Forderung allerdings auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid, so kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlags (definitive Rechtsöffnung) verlangen[129]. In diesem Fall wird die definitive Rechtsöffnung erteilt, wenn nicht der Betriebene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft[130].

b) Eine in einem Urteil zugesprochene Kinderunterhaltsrente berechtigt in der Regel nur zur Rechtsöffnung bis zur Mündigkeit des Kindes, da der Scheidungsrichter nur über die Ansprüche von minderjährigen Kindern befinden kann, es sei denn, im Urteil sei ausnahmsweise bei kurz bevorstehender Mündigkeit des Kindes auch über seine Ansprüche gemäss Art. 277 Abs. 2 ZGB entschieden worden. Dann muss die Höhe des Unterhalts bis zum Abschluss der Ausbildung beziffert sein; der blosse Hinweis auf Art. 277 ZGB genügt nicht[131].

---

[128] Art. 79 Abs. 1 Satz 1 SchKG
[129] Art. 80 Abs. 1 SchKG
[130] Art. 81 Abs. 1 SchKG
[131] Staehelin, Basler Kommentar, Art. 80 SchKG N 47

c) Die Eltern sind von der Unterhaltspflicht grundsätzlich in dem Mass befreit, als dem Kind zugemutet werden kann, den Unterhalt aus seinem Arbeitserwerb oder anderen Mitteln zu bestreiten[132].

3. a) Unbestritten ist, dass sich die Beschwerdegegnerin für ihre Forderung auf einen Titel für die definitive Rechtsöffnung - das Urteil betreffend Unterhalt - stützen kann, und dass der Beschwerdeführer den darin festgesetzten Unterhaltszahlungen nicht nachgekommen ist.

b) Fraglich ist allerdings, ob der Beschwerdeführer die behauptete Tilgung der Schuld mit Urkunden nachzuweisen hat oder ob der Urkundennachweis durch die Beschwerdegegnerin wider Treu und Glauben vereitelt wurde.

4. a) Das Obergericht hat in RBOG 1995 Nr. 15 festgehalten, der Rechtsöffnungsrichter könne die von Gesetzes wegen eintretende Befreiung von der Unterhaltspflicht gemäss Art. 276 Abs. 3 ZGB überprüfen. Es werde indessen vorausgesetzt, dass völlig liquide Verhältnisse vorlägen und namentlich der Urkundenbeweis erbracht werde. Nicht einzusehen sei, weshalb die Einrede des Alimentenschuldners, er sei von Gesetzes wegen von der Unterhaltspflicht nach Art. 276 Abs. 3 ZGB befreit, nicht zu prüfen sei. So wie das Kindesverhältnis die Grundlage für die Beitragsschuld darstelle, sei auch die wirtschaftliche Unselbstständigkeit des Kindes Voraussetzung für die Beitragspflicht. Allerdings sei es dem Rechtsöffnungsrichter nicht zuzumuten, bezüglich der Einrede der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des Kindes Abklärungen vorzunehmen beziehungsweise ein Beweisverfahren durchzuführen. Dies ergebe sich schon aus dem Wesen des Rechtsöffnungsverfahrens, in welchem der Schuldner, wolle er die

---

[132] Art. 276 Abs. 3 ZGB

befreiende Einwendung der Tilgung erheben, nach Art. 81 Abs. 1 SchKG auf den Urkundenbeweis angewiesen sei. Daher werde in der Regel kein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Auch die Durchführung von Zeugeneinvernahmen oder weitere Abklärungen würden die Absicht, ein schnelles und auf die reine Vollstreckung beschränktes Verfahren zu bieten, regelmässig sprengen. Ob und inwieweit eine Befreiung von der Unterhaltspflicht im Sinn von Art. 276 Abs. 3 ZGB gerechtfertigt sei, lasse sich nur aufgrund der konkreten Umstände beurteilen. Daher dürfe es in der Regel selten vorkommen, dass sich die Voraussetzungen von Art. 276 Abs. 3 ZGB durch Urkunden beweisen liessen[133].

b) Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin wurde dieser Rechtsprechung in BGE 124 III 501 nicht widersprochen. Stattdessen wurde präzisierend festgehalten, der Urkundenbeweis sei auch für das Ausmass der Tilgung zu erbringen, was in jenem Fall nicht möglich war, weil die Unterhaltsbeiträge für die Kinder nicht einzeln, sondern als pauschaler Unterhaltsbeitrag für die Ehefrau - zusammen mit den beiden Kindern - vereinbart worden war. Die berufliche Selbstständigkeit eines Kindes vermochte demnach keine Tilgung der Schuld in einer genau bestimmten Höhe zu beweisen. Das Bundesgericht hielt jedoch ausdrücklich fest, dass die Tilgung der Schuld nicht nur durch Zahlung, Schulderlass, Verrechnung oder Erfüllung einer Resolutivbedingung erfolgen könne, sondern auch gestützt auf jeden anderen zivilrechtlichen Grund[134].

5. a) Richtig ist die Feststellung der Vorinstanz, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, den Nachweis für den von der Beschwerdegegnerin erzielten Lohn zu erbringen. Allerdings hat er

---

[133] RBOG 1995 Nr. 15
[134] BGE 124 III 503 = Pra 88, 1999, Nr. 137 S. 733

glaubhaft dargelegt, ihm sei zwar Einsicht in die Lohnunterlagen gewährt, die Herausgabe jener Unterlagen in Kopie hingegen verweigert worden. Dementsprechend legte er seiner Gesuchsantwort vor Vorinstanz die schriftliche Erklärung über den Inhalt der Lohnabrechnungen von X bei, welchem ebenfalls Einsicht in die Lohnunterlagen gewährt worden war.

b) Die Vorinstanz befasste sich nicht mit der Frage, ob die Unterhaltspflicht zumindest teilweise noch weiterbestanden hätte, wenn das behauptete Einkommen durch Urkunden hätte nachgewiesen werden können. Wäre die Unterhaltspflicht verneint worden, so hätte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin auffordern müssen, die entsprechenden Unterlagen nachzureichen, da die Verweigerung von Kopien bei laufendem Rechtsöffnungsverfahren einer Vereitelung der Beweismöglichkeiten des Schuldners durch die Gläubigerin gleichkommt. Dies widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und grenzt gar an Rechtsmissbrauch. Das Rechtsmissbrauchsverbot soll nämlich die Durchsetzung bloss formaler Rechte verhindern, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen stehen[135]. Auch die Verpflichtung zur beförderlichen Behandlung der Streitsache vermag daran nichts zu ändern, räumte doch die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das Recht zur Stellungnahme innert zehn Tagen ein. Die Pflicht zur beförderlichen Behandlung des Rechtsöffnungsverfahrens läge im Übrigen im Interesse der Beschwerdegegnerin, welche durch die Herausgabe von Kopien einer Verschleppung des Verfahrens hätte entgegenwirken können.

c) Die Beschwerdegegnerin bestätigte im Beschwerdeverfahren ausdrücklich, dem Beschwerdeführer sei die Herausgabe von Kopien der Urkunden verweigert worden. Zum konkreten Inhalt der

---

[135] Honsell, Basler Kommentar, Art. 2 ZGB N 24

Lohnabrechnungen äusserte sie sich jedoch nicht. Träfe die Behauptung des Beschwerdeführers bezüglich der Höhe der Lohnzahlungen zu, würde der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin für diese Zeit - gestützt auf Art. 276 Abs. 3 ZGB - keinen Unterhalt schulden oder die Schuld wäre zumindest während dieser Periode untergegangen. Da anzunehmen ist, dass die Höhe des behaupteten Einkommens zutrifft, dies jedoch nicht durch Urkunden nachgewiesen wurde, weil dem Beschwerdeführer die entsprechenden Urkunden nur zur Einsicht und nicht als Kopie überlassen wurden, wird die Streitsache an die Vorinstanz zurückgewiesen. Diese hat die in Frage stehenden Lohnabrechnungen von der Beschwerdegegnerin einzufordern.

Obergericht, 1. Abteilung, 14. November 2012, BR.2012.58

16. Unter Androhung einer Strafanzeige abgegebene Schuldanerkennung als Titel für die provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 Abs. 1 SchKG; Art. 29 OR)

1. a) Der Beschwerdeführer bezog von der Versicherungsgesellschaft Kranken- und Unfalltaggelder. Die Versicherungsgesellschaft liess den Beschwerdeführer zum Zweck der Feststellung allfälliger Arbeitsaktivitäten durch einen privaten Ermittler überwachen. Am 19. Mai 2009 schlossen der Beschwerdeführer und die Versicherungsgesellschaft eine Rückzahlungsvereinbarung ab. Darin anerkannte der Beschwerdeführer, der Versicherungsgesellschaft Fr. 29'147.00, bestehend aus Fr. 20'860.00 "Taggeld" sowie Fr. 8'287.00 "Ermittlungskosten", zu schulden; dabei erklärte sich die Versicherungsgesellschaft bereit, bei rechtzeitigem Eingang der Ratenzahlungen auf den Ersatz der Ermittlungskosten zu verzichten und den von ihr geforderten Betrag auf Fr. 20'860.00 zu reduzieren. Gleichzeitig verpflichtete sich

der Beschwerdeführer, diesen Betrag in monatlichen Raten von Fr. 500.00 zurückzuzahlen.

b) Da keine Zahlung erfolgte, betrieb die Versicherungsgesellschaft den Beschwerdeführer, worauf dieser Recht vorschlug. Die Einzelrichterin erteilte für den Betrag von Fr. 20'860.00 provisorische Rechtsöffnung.

2. a) Beruht die in Betreibung gesetzte Forderung auf einer durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Der Richter spricht diese aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht[136]. Eine Schuldanerkennung ist eine Willenserklärung des Schuldners, worin er anerkennt, eine bestimmte Geldsumme bei deren Fälligkeit zu bezahlen oder als Sicherheitsleistung zu hinterlegen. In der Schuldanerkennung muss der Verpflichtungsgrund nicht genannt sein. Aus der Schuldanerkennung muss der unmissverständliche und bedingungslose Wille des Betriebenen hervorgehen, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbare und fällige Summe zu bezahlen[137]. Der Schuldner kann glaubhaft machen, dass seine Verpflichtung infolge eines Willensmangels[138] ungültig sei. Bei einem aussergerichtlichen Vergleich sind Willensmängel jedoch insoweit ausgeschlossen, als sie Punkte betreffen, die durch den Vergleich geregelt werden sollen. Für die unter Androhung einer Strafanzeige abgegebene Schuldanerkennung kann provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, soweit ein innerer Zusammenhang zwischen dem Gegenstand der Anzeige und der ver-

---

[136] Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG
[137] Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 21
[138] Art. 23 ff. OR

langten Leistung besteht und der Drohende keinen übermässigen Vorteil erlangen will[139].

b) Die Geltendmachung von Willensmängeln betrifft Einwendungen im Sinn von Art. 82 Abs. 2 SchKG, die der Schuldner glaubhaft zu machen hat und für die er die Beweislast trägt[140]. Für die Glaubhaftmachung einer Einwendung im Sinn von Art. 82 Abs. 2 SchKG reicht die blosse Behauptung nicht. Umgekehrt bedarf es auch nicht eines eigentlichen Beweises; vielmehr reicht es aus, wenn der Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte überwiegend geneigt ist, an die Wahrheit der Einwände zu glauben, oder wenn er erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Standpunkts des Betreibungsgläubigers haben muss[141]. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für ihr Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte. Das Beweismass der Glaubhaftmachung ist vom Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit abzugrenzen. Die Wahrscheinlichkeit muss lediglich in dem Sinn überwiegen, als für die Verwirklichung der behaupteten, die Rechtsöffnung hindernden Tatsachen mehr sprechen muss als dagegen[142].

3. a) Die vom Beschwerdeführer unterzeichnete Vereinbarung vom 19. Mai 2009 stellt für den zurückzuzahlenden Betrag von Fr. 20'860.00 sowie die monatlichen Raten à Fr. 500.00 eine Schuldanerkennung im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar. Diese Schuldan-

---

139 Staehelin, Art. 82 SchKG N 97

140 BGE vom 16. Februar 2010, 5A_771/2009, Erw. 4.2

141 BGE vom 11. Juni 2008, 5A_217/2008, Erw. 5; Staehelin, Art. 82 SchKG N 87; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 349 f.

142 BGE vom 16. März 2012, 5A_881/2011, Erw. 3.3

erkennung kann durch die Glaubhaftmachung von Einwendungen und Einreden entkräftet werden.

b) Der Beschwerdeführer führte gegen die Schuldanerkennung unter anderem Willensmängel ins Feld. Mit Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 6. Oktober 2009 und somit binnen Jahresfrist[143] berief sich der Beschwerdeführer insbesondere auf Erregung gegründeter Furcht gemäss Art. 29 OR.

Die Erregung gegründeter Furcht soll darin bestanden haben, dass die Beschwerdegegnerin Nachteile (Pressepublikation und Kundeninformation) in Aussicht gestellt habe. Dem hielt die Beschwerdegegnerin entgegen, es sei dem Beschwerdeführer lediglich das Vorgehen in Betrugsfällen aufgezeigt worden, für den Fall, dass keine Einigung erzielt werden könne.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es grundsätzlich erlaubt, jemandem eine Strafanzeige anzudrohen, wenn ein begründeter Verdacht besteht. Die Drohung mit einer an sich zulässigen Strafanzeige wird jedoch widerrechtlich, wenn zwischen dem Straftatbestand, der angezeigt werden soll, und der gestellten Forderung kein sachlicher Zusammenhang besteht oder wenn versucht wird, mit der Drohung einen ungerechtfertigten Vorteil zu erlangen. Der Nachweis für die tatsächliche Bedrohung und die kausale Einwirkung der Furcht auf die abgegebene Willenserklärung ist von der unter Furcht stehenden Vertragspartei zu erbringen[144].

Aufgrund der Sachdarstellung der Beschwerdegegnerin ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer erklärt wurde, dass er aufgrund des gesammelten Bildmaterials mit einer allfälligen Strafan-

---

[143] Art. 31 Abs. 1 OR
[144] BGE vom 19. Dezember 2006, 4C.214/2006, Erw. 4

zeige und einer Verurteilung wegen Betrugs rechnen müsse. Die Unterzeichnung der Vereinbarung auf Rückzahlung der (zu Unrecht) bezogenen Taggelder stand damit in sachlichem Zusammenhang mit dem angedrohten Strafverfahren. Dass die Schuldanerkennung durch Erregung gegründeter Furcht zustande gekommen sein soll, ist daher nicht glaubhaft. Daran vermag auch der Hinweis auf die angedrohte Pressepublikation und Kundeninformation nichts zu ändern, handelt es sich doch hiebei um blosse Behauptungen, was mit Blick auf Art. 82 Abs. 2 SchKG nicht genügt.

Obergericht, 1. Abteilung, 5. September 2012, BR.2012.37

17. Zulässigkeit der Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG nach Rückzug des Rechtsvorschlags (Art. 2 ZGB; Art. 52 und 88 ZPO)

1. Die Berufungskläger haben die negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG erhoben. Diese Klage hat eine Doppelnatur: Sie entfaltet sowohl materiell-rechtliche (Feststellung der Nichtschuld) als auch betreibungsrechtliche Wirkung (Aufhebung oder Einstellung der Betreibung)[145]. Entsprechend ihrer betreibungsrechtlichen Komponente hat die Klageerhebung nur während laufender Betreibung einen Sinn, das heisst nur solange eine Betreibung vorliegt, die überhaupt noch eingestellt oder aufgehoben werden kann. In der Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung muss die Klage deshalb spätestens vor der Verteilung des Verwertungserlöses angehoben werden[146]. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht die Klage jedoch

---

[145] BGE 129 III 198, 127 III 43, 125 III 151
[146] Bodmer/Bangert, Basler Kommentar, Art. 85a SchKG N 14

nur offen, wenn der Zahlungsbefehl mangels rechtzeitig erhobenen Rechtsvorschlags oder wegen dessen definitiver Beseitigung oder dessen vorbehaltlosen Rückzugs - wie hier - rechtskräftig geworden ist[147]; damit drohen Vollstreckungsmassnahmen, konkret die Verwertung der retinierten Gegenstände. Folglich ist das rechtliche Interesse der Berufungskläger an der Klage nach Art. 85a SchKG gegeben.

2. a) Die Vorinstanz trat auf die Klage nach Art. 85a SchKG deshalb nicht ein, weil sie den Rückzug der Rechtsvorschläge als rechtsmissbräuchlich im Sinn von Art. 2 ZGB qualifizierte, womit die Berufungskläger kein schutzwürdiges Interesse an der Klage hätten.

b) aa) Gemäss Art. 2 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz. Es handelt sich damit um eine Schranke aller Rechtsausübung, welche auch im Bereich des Zivilprozessrechts gilt[148]. Nach Art. 52 ZPO haben alle am Verfahren beteiligten Personen nach Treu und Glauben zu handeln. Als Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs werden unter anderem die unnütze Rechtsausübung (fehlendes Interesse), die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts (zweckwidrige Rechtsausübung oder Institutsmissbrauch), wozu auch die missbräuchliche Inanspruchnahme verfahrensrechtlicher Befugnisse gezählt wird, sowie widersprüchliches Verhalten unterschieden[149].

---

147 Pra 96, 2007, Nr. 59; BGE 125 III 152, 127 III 43 ff.; Equey/Vonzun, Mittel und Wege zur Beseitigung der negativen Auswirkungen des Betreibungsregistereintrags grundloser Betreibungen, in: AJP 2011 S. 1341

148 Honsell, Basler Kommentar, Art. 2 ZGB N 3 f.; Gehri, Basler Kommentar, Art. 52 ZPO N 1

149 Honsell, Art. 2 ZGB N 38 f., 43 f., 51

bb) Die unnütze Rechtsausübung (fehlendes Interesse) ist teilweise mit dem Begriff der Schikane deckungsgleich. Sie schliesst nicht nur das Fehlen eines schutzwürdigen Interesses an der Rechtsausübung, sondern auch eine auf irgendwelche Unbill oder Belästigung gerichtete Absicht mit ein. Fehlt das Interesse oder ist es nur von geringer Schutzwürdigkeit, wird die Rechtsausübung zur Schikane[150].

cc) Zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts liegt vor, wenn ein mit diesem verknüpftes subjektives Recht in einer Weise ausgeübt wird, die über dessen Sinn hinausgeht oder dasselbe gar in Frage stellt. Der Rückgriff auf das Rechtsinstitut darf also mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck geradezu nichts mehr zu tun haben oder diesen gar "ad absurdum" führen. Das Rechtsmissbrauchsverbot untersagt die Verwendung des Klagerechts zur Verfolgung zweckwidriger Ziele, sodass ein schutzwürdiges Interesse an der materiellen Beurteilung der formal offen stehenden Klage nach Treu und Glauben nicht mehr angenommen werden kann, weil es in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht. Der institutionelle Missbrauch eines Klagerechts führt zum Verlust des Rechtsschutzinteresses[151].

dd) Rechtsmissbräuchlich kann auch widersprüchliches Verhalten[152] sein, das als solches treuwidrig erscheint. Es gibt zwar keinen allgemeinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln, doch greift in vielen Fällen schutzwürdiges Vertrauen darauf ein, dass sich der Prozesspartner konsequent verhalten werde. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt rechtsmissbräuchliches Verhalten nur vor, wenn das frühere Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründete, das durch die neue Handlung enttäuscht wurde.

---

150 Honsell, Art. 2 ZGB N 38 f.
151 Honsell, Art. 2 ZGB N 24, 51, 56, 64 f.
152 Venire contra factum proprium.

Der Vertrauende muss also Dispositionen getroffen haben, die sich angesichts der neuen Situation nunmehr als nachteilig erweisen, das heisst der Vertrauende setzt prozessrelevante oder tatsächliche Handlungen, die er ohne den vom Prozessgegner geschaffenen Vertrauenstatbestand so nicht getätigt hätte[153].

c) Die Vorinstanz begründete ihr Nichteintreten auf die Klage nach Art. 85a SchKG mit dem Fehlen des Rechtsschutzinteresses, was sie einerseits mit dem prozessualen Institutsmissbrauch, anderseits mit dem widersprüchlichen Verhalten der Berufungskläger begründete. Den Institutsmissbrauch erblickte die Vorinstanz darin, dass die Berufungskläger die vom Gesetzgeber als blossen Notbehelf für nachlässige Betriebene, welche es versäumt haben, rechtzeitig Rechtsvorschlag zu erheben, konzipierte Klage nach Art. 85a SchKG für andere Zwecke missbrauchten. Sinn und Zweck der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG sei es gerade nicht, der betriebenen Person eine möglichst günstige, im Vergleich zu anderen schnellere und zu einer endgültigen Entscheidung führende Vorgehensvariante zur Verfügung zu stellen. Widersprüchlich war nach Ansicht der Vorinstanz das Verhalten der Berufungskläger deshalb, weil sie sich durch ihre bewussten und gewollten Rückzüge der Rechtsvorschläge dieses Schutzes entledigten, dann aber mit der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG diesen Schutz wieder anbegehrten. Der Berufungsbeklagte qualifizierte zusätzlich die Aufforderung der Berufungskläger an das Betreibungsamt, ihn nicht über den Rückzug der Rechtsvorschläge zu orientieren, als krass missbräuchlich und schädigend.

---

[153] Honsell, Art. 2 ZGB N 43

3. a) Wie die Vorinstanz entschied auch der Einzelrichter des Bezirksgerichts Meilen in einem Fall[154], in dem die Betriebene die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlags bewusst hatte verstreichen lassen, um danach die Klage nach Art. 85a SchKG erheben zu können[155]. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts Meilen befand, aus der bundesrätlichen Botschaft zum revidierten SchKG[156] ergebe sich, dass Sinn und Zweck der Klage nach Art. 85a SchKG nicht sei, dem Betriebenen eine möglichst günstige, im Vergleich zu anderen schnellere und zu einer endgültigen Entscheidung führende Vorgehensweise zur Verfügung zu stellen. Diese Klage sei vielmehr als zusätzliche Verteidigungsmöglichkeit, als Notbehelf[157], für den nachlässigen Schuldner konzipiert, der es versäumt habe, sich rechtzeitig zu verteidigen. Die anwaltlich vertretene Betriebene dagegen hätte die Betreibung mittels Rechtsvorschlags einstweilen zum Stillstand bringen und hernach die allgemeine negative Feststellungsklage erheben können. Stattdessen habe sie durch ihren Verzicht auf die Erhebung des Rechtsvorschlags die ihr nun drohende Pfändung bewusst in Kauf genommen, um mit der Rechtskraft des Zahlungsbefehls die formale Voraussetzung für die aus ihrer Sicht günstigere Klage zu schaffen. Somit erweise sich die Berufung der Klägerin auf ihr Klagerecht als zweckwidrig und daher als rechtsmissbräuchlich. Der Bestand oder Nichtbestand der in Betreibung gesetzten Forderung hätte im Rahmen der allgemeinen negativen Feststellungsklage geklärt werden können; bei Gutheissung führe dies auch zur Aufhebung des Einsichtsrechts Dritter. Somit biete die Klage nach Art. 85a SchKG nur gerade noch den Vorteil des beschleunigten Verfahrens. Allein daraus ergebe sich kein Rechtsschutzinteresse, lasse

---

154 Verfügung vom 24. August 2009
155 ZR 109, 2010, Nr. 6
156 BBl 1991 III 69
157 Die Bezeichnung der Klage gemäss Art. 85a SchKG als "blosser Notbehelf" findet sich in der Lehre und Rechtsprechung zahlreich; vgl. statt vieler Bodmer/Bangert, Art. 85a SchKG N 14a; Brönnimann, in: Kurzkommentar SchKG (Hrsg.: Hunkeler), Basel 2009, Art. 85a N 6.

sich doch ein schützenswerter Anspruch auf möglichst rasche Feststellung der Nichtschuld weder aus den Gesetzesmaterialien noch der Rechtsprechung oder Literatur zu Art. 85a SchKG ableiten. Wenn das Bundesgericht in BGE 125 III 149 selbst jenem Schuldner die Klage nach Art. 85a SchKG versagt habe, dessen Betreibung aufgrund der Erhebung des Rechtsvorschlags vorläufig eingestellt sei und der ein erhebliches Interesse daran habe, dass eine ungerechtfertigte Betreibung Dritten so rasch als möglich nicht mehr zur Kenntnis gebracht werde, müsse dies umso mehr für denjenigen Schuldner gelten, gegen den die Betreibung noch laufe. Wenn der Schuldner nämlich immerhin mittels Rechtsvorschlags zu erkennen gebe, dass er die Forderung für nicht gerechtfertigt halte, erscheine sein Interesse an der Verweigerung einer kreditschädigenden Betreibungsauskunft schützenswerter als in dem Fall, da er sich der Betreibung nicht einmal mit dem ihm ohne jeglichen Aufwand zur Verfügung stehenden Mittel des Rechtsvorschlags widersetze[158].

b) Anders entschied die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich[159]. Das Zürcher Obergericht erachtete es in einem Fall, dem der gleiche Sachverhalt zu Grunde lag, welcher hier zu beurteilen ist, als nicht rechtsmissbräuchlich, wenn der Betriebene den Rechtsvorschlag unterlässt oder zurückzieht, um damit die Voraussetzungen für die Klage nach Art. 85a SchKG zu schaffen[160]. Die Klägerin strebe mit ihrer Klage die Aufhebung der fraglichen, aus ihrer Sicht unbegründeten Betreibung und, damit zusammenhängend, deren

---

[158] Anders Kälin, Das Feststellungsinteresse nach Art. 85a SchKG - Besprechung von ZR 109, 2010, Nr. 6, in: AJP 2010 S. 800. Danach kann Art. 2 Abs. 2 ZGB als Korrekturnorm überhaupt nicht zur Anwendung gelangen, da das Rechtsmissbrauchsverbot eine Vorschrift für die einzelfallbezogene Billigkeitskorrektur darstelle, womit ein absolut unbilliges und das Gerechtigkeitsempfinden gröblich tangierendes Ergebnis verhindert werden solle.

[159] Beschluss vom 8. September 2010

[160] ZR 109, 2010, Nr. 69 = BlSchK 75, 2011, S. 247

Löschung aus dem Register an, um das aufgrund des Eintrags entstandene Misstrauen von Zulieferern zu beseitigen. Weder dieses Ziel noch der Rückzug des Rechtsvorschlags zu dessen Herbeiführung seien schikanös oder stünden mit der Zwangsvollstreckung in keiner Weise in Zusammenhang. Vielmehr bezwecke die Klage nach Art. 85a SchKG in betreibungsrechtlicher Hinsicht gerade die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung. Auch wenn das Bundesgericht[161] das Interesse an der Entfernung eines Betreibungsregistereintrags im Rahmen von Art. 85a SchKG für den Fall der durch Rechtsvorschlag gehemmten Betreibung nicht als ausreichend ansehe, bedeute das nicht, dass es generell nicht schützenswert wäre. Aber selbst wenn sich der Rückzug eines Rechtsvorschlags zur Schaffung der Voraussetzungen für die Erhebung der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG nicht mit deren Natur vertragen sollte, führe dies für sich allein noch nicht dazu, das Vorgehen als völlig zweckentfremdet zu bezeichnen. Die Praxis des Bundesgerichts verweise nämlich lediglich auf das vom SchKG vorgesehene System der Verteidigungsmittel des Schuldners, das je nach Stadium der Betreibung unterschiedlich ausgestaltet sei. Danach stehe dem Schuldner vorerst grundsätzlich der Rechtsvorschlag zur Verfügung, nach erteilter Rechtsöffnung die Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG, bei durch Urkunden beweisbarer Tilgung oder Stundung der Schuld die rein betreibungsrechtliche Klage nach Art. 85 SchKG und bei erfolgter Bezahlung eines nicht geschuldeten Betrags unter Betreibungszwang die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG. Zur Vervollständigung dieses Verteidigungssystems habe der Gesetzgeber schliesslich auch noch Art. 85a SchKG eingeführt. Daraus könne allerdings nicht gefolgert werden, die erwähnten Behelfe müssten in jedem Fall nacheinander ergriffen werden, auch nicht aus der Bezeichnung der Klage als Notbehelf, denn eine Vorgehensweise, welche nicht mit der vom Gesetzgeber in erster Linie vorge-

---

[161] Vgl. BGE 125 III 149

sehenen übereinstimme, begründe noch keine Rechtsmissbräuchlichkeit. Schliesslich fehlten auch Dispositionen der Beklagten, die sich als nachteilig erwiesen. Insgesamt sei nicht ersichtlich, mit welchem grundlegenden Prinzip der Rechtsordnung sich das von der Klägerin gewählte Vorgehen nicht vertragen oder zu welchen elementaren ethischen Anforderungen es in offensichtlichem Widerspruch stehen solle. Abschliessend sei klarzustellen, dass sich die Erwägungen des Bundesgerichts, namentlich in BGE 125 III 149[162], zu einem allfälligen Interesse des Betriebenen an der Erhebung der negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG nach erhobenem Rechtsvorschlag lediglich auf im Zeitpunkt der Klageanhebung noch derart gehemmte Betreibungen bezogen hätten. Aus der Verneinung eines schutzwürdigen Interesses in diesen Fällen könne somit nicht auf die Rechtsmissbräuchlichkeit des Vorgehens geschlossen werden. Vielmehr sei der zu entscheidende Fall bislang noch nicht höchstrichterlich beurteilt worden.

4. Die Begründung des Obergerichts des Kantons Zürich überzeugt. Zu ergänzen ist sie wie folgt:

a) Dem SchKG lässt sich weder explizit noch implizit entnehmen, die Erhebung der negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG sei nach erfolgtem Rückzug des Rechtsvorschlags ausgeschlossen. Gemäss Gesetz beziehungsweise Bundesgericht ist lediglich vorausgesetzt, dass der Kläger nach wie vor betrieben und die

---

[162] Zur Kritik: Vgl. Tenchio, Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Diss. Zürich 1999, S. 65 ff., der das Feststellungsinteresse trotz gültig erhobenem Rechtsvorschlag mit einlässlicher Begründung bejaht. Ebenso das Obergericht des Kantons Zürich in einem vor BGE 125 III 149 gefällten Entscheid (ZR 98, 1999, Nr. 16). Später sprach das Obergericht des Kantons Solothurn von einem überwiegenden Teil der Lehre, welcher die bundesgerichtliche Rechtsprechung ablehne (BlSchK 71, 2007, S. 66 f. und 67, 2003, S. 230).

Betreibung nicht durch Rechtsvorschlag gestoppt ist[163]. Beide Voraussetzungen sind hier erfüllt. Folglich muss der Betriebene die Möglichkeit haben, zunächst den Rechtsvorschlag vorbehaltlos zurückzuziehen, um danach die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG zu erheben.

b) Wird ein Rechtsinstitut einem vom Gesetzgeber nicht bedachten Zweck zugeführt, so liegt Rechtsmissbrauch nur vor, wenn der Rückgriff auf das Rechtsinstitut mit dem vom Gesetzgeber angestrebten Zweck überhaupt nichts mehr zu tun hat oder diesen gar "ad absurdum" führt[164]. Mit anderen Worten ist der Institutsmissbrauch nur sehr zurückhaltend anzunehmen.

Im Vernehmlassungsverfahren zum revidierten SchKG wurden vereinzelt Bedenken gegen das neue Verteidigungsinstrument des Schuldners geäussert. Befürchtet wurde unter anderem eine missbräuchliche Klageerhebung. Dem hielt der Bundesrat in der Botschaft zum revidierten SchKG[165] entgegen, diese Kritik übersehe, dass der Vorschlag den Interessen der Gläubiger durchaus und ausgewogen Rechnung trage, indem der Richter dem Betreibungsverfahren nämlich vorbehältlich von Abs. 2 von Art. 85a SchKG vorderhand seinen Lauf lassen müsse. Wenn der bundesrätliche Vorschlag trotz der geäusserten Bedenken zum Gesetz wurde, ist es nicht angezeigt, den Berufungsklägern Rechtsmissbrauch vorzuwerfen, nur weil sie von der Klage nach Art. 85a SchKG Gebrauch machten. Wenn sie dabei die Klage nicht in der vom historischen Gesetzgeber gedachten Konstellation erheben, darf dies nicht schon allein deswegen als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Dafür bräuchte es ein fehlendes schutzwürdiges Interesse

---

[163] Bodmer/Bangert, Art. 85a SchKG N 14; Equey/Vonzun, S. 1341; Kälin, S. 800; Pra 96, 2007, Nr. 59; BGE 127 III 43 ff., 125 III 152
[164] Honsell, Art. 2 ZGB N 51
[165] BBl 1991 III 70

der Berufungskläger oder nutzlos gewordene Dispositionen des Berufungsbeklagten beziehungsweise ganz generell ein Verhalten, das dem Berufungsbeklagten in unbilliger Weise nachteilig wäre.

c) Der Berufungsbeklagte betrieb den Berufungskläger mehrfach und liess auch dessen Sachen in seinen Räumlichkeiten mehrfach retinieren; ebenfalls zitierte er den Berufungskläger mehrfach vor die Schlichtungsbehörde in Mietsachen. Gegenüber der Berufungsklägerin kam dies einmal vor. Die Klagebewilligungen liess der Berufungsbeklagte danach jeweils verfallen; er bemühte sich also nicht mehr weiter um die Beseitigung der Rechtsvorschläge. Damit waren die Betreibungen in der Schwebe, und gemäss Art. 8a SchKG kann jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, die Protokolle und Register der Betreibungs- und der Konkursämter einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen. Ein solches Interesse ist insbesondere dann glaubhaft gemacht, wenn das Auskunftsgesuch in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags erfolgt. Die Betreibungsämter geben Dritten von einer Betreibung nur keine Kenntnis, wenn die Betreibung nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids aufgehoben wurde, der Schuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegte oder der Gläubiger die Betreibung zurückgezogen hat. Schliesslich erlischt das Einsichtsrecht Dritter fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens.

Im Geschäftsleben kommt Registereinträgen über Betreibungen eine erhebliche Tragweite zu, da Betreibungsregisterauskünfte im Allgemeinen dahingehend interpretiert werden, dass nur in einer verschwindend kleinen Anzahl von Fällen völlig grundlos betrieben wird. Dies führt insbesondere bei Betreibungen über namhafte Beträge dazu, dass die Kredit- und Vertrauenswürdigkeit des Betriebenen leidet, unabhängig davon, ob die eingeleitete Betreibung begründet ist oder nicht. Hier haben die betriebenen Berufungskläger somit ein erhebliches tatsächliches Interesse, in einem Feststellungsprozess ein Urteil zu erwirken, mit dem sie gegenüber einsichtsberechtigten Dritten

- namentlich Vermietern, Arbeitgebern und Kreditgebern - die Grundlosigkeit der Betreibungen jederzeit belegen können[166].

Dagegen könnte für den Berufungsbeklagten lediglich nachteilig sein, dass die Berufungskläger mit der Klagemöglichkeit nach Art. 85a SchKG den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über den Bestand oder Nichtbestand seiner Forderung bestimmten, da er die Substantiierungs- und Beweislast für den Bestand seiner Forderung trägt, mit der Folge, dass mangelnde Substantiierung zu Anspruchsverlust führt[167]. Dies machte der Berufungsbeklagte jedoch weder geltend noch zeigte er mit seinen Ausführungen auf, inwiefern es ihm im Zeitpunkt der Klageerhebung unzumutbar gewesen wäre, den Beweis seines Anspruchs anzutreten. Schliesslich fiele der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs dann eher auf ihn zurück, wenn er nach zweimalig gestelltem Schlichtungsbegehren plötzlich behaupten wollte, er werde von den Berufungsklägern zur Unzeit in einen Prozess gezwungen. Zusammengefasst überwiegt hier das Interesse der Berufungskläger an schnellstmöglicher Gewissheit betreffend den Bestand oder Nichtbestand der Forderung gegenüber einem allfälligen Interesse des Berufungsbeklagten, nach seinen Betreibungs-, Retentions- und Schlichtungsbegehren mit der Klageeinreichung bei Gericht noch zuzuwarten.

Da den Berufungsklägern folglich ein erhebliches schutzwürdiges Interesse an der Klärung der Rechtslage zukommt und dem Berufungsbeklagten gleichzeitig kein Nachteil erwächst, erweist sich das Vorgehen der Berufungskläger nicht als verpöntes widersprüchliches Verhalten nach Art. 2 ZGB.

---

166 BGE vom 25. März 2010, 4A_459/2009, Erw. 2.1; BGE 120 II 24

167 BGE vom 25. März 2010, 4A_459/2009, Erw. 2.1; BGE 120 II 23, 95 II 621; Bodmer/Bangert, Art. 85a SchKG N 4; Brönnimann, Art. 85a SchKG N 24

d) Zu beurteilen bleibt das Argument, es gebe in dieser Konstellation deshalb keinen Raum für die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG, weil sich der Betriebene, der Rechtsvorschlag erhoben habe, mit der allgemeinen Feststellungsklage zur Wehr setzen könne[168]. Richtig ist zwar, dass die Berufungskläger auch die Möglichkeit gehabt hätten, den Rechtsvorschlag nicht zurückzuziehen und gegen den Berufungsbeklagten die allgemeine Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO zu erheben. Bei der allgemeinen Feststellungsklage steht jedoch das Feststellungsinteresse als Ausprägung des Rechtsschutzinteresses nicht von Gesetzes wegen fest, sondern ist vom Kläger im Einzelfall nachzuweisen[169], wogegen bei der Klage nach Art. 85a SchKG der Nachweis eines besonderen Feststellungsinteresses nicht erforderlich ist; es genügt die Tatsache, dass eine Person betrieben ist[170]. Das Feststellungsinteresse ergibt sich diesfalls bereits aus dem Gesetz (Art. 85a SchKG); eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Betreibungsschuldners und jenen des Betreibungsgläubigers entfällt[171]. Um dagegen zur allgemeinen Feststellungsklage legitimiert zu sein, muss die klagende Partei zunächst eine Unsicherheit, Ungewissheit oder Gefährdung ihrer Rechtsstellung darlegen. Sodann muss sie nachweisen, dass die Fortdauer dieser Rechtsungewissheit für sie unzumutbar wäre. Als weitere kumulative Voraussetzung darf die Behebung der Ungewissheit nicht auf andere Weise möglich sein, zum Beispiel durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage[172]. Namentlich bei negativen Feststellungsklagen ist zudem auch auf die Interessen des Beklagten Rücksicht zu nehmen. Wer auf Feststellung klagt, dass eine Forderung nicht besteht, zwingt damit den beklagten Gläubiger zu vorzeitiger Prozessführung. Damit wird die Regel durchbrochen, dass

---

168 ZR 109, 2010, Nr. 6 S. 35 Erw. 3.3
169 Oberhammer, Basler Kommentar, Art. 88 ZPO N 1 ff.
170 Bodmer/Bangert, Art. 85a SchKG N 4, 12
171 Schmid, Negative Feststellungsklagen, in: AJP 2002 S. 781
172 Bodmer/Bangert, Art. 85a SchKG N 12; Gehri, Art. 59 ZPO N 8

grundsätzlich der Gläubiger und nicht der Schuldner den Zeitpunkt für die Geltendmachung eines Anspruchs bestimmt. Der vorzeitige Prozess kann den Gläubiger benachteiligen, wenn er zur Beweisführung gezwungen wird, bevor er dazu bereit und in der Lage ist[173]. Folglich kann nicht gesagt werden, das Erheben der allgemeinen Feststellungsklage wäre für die Berufungskläger ebenso attraktiv gewesen. Es hätte das Risiko bestanden, dass auf ihre Klage mangels genügenden Nachweises eines hinreichenden Feststellungsinteresses nicht eingetreten worden wäre, während bei der negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG die Tatsache des Betriebenseins genügte. Es muss hier jedoch nicht entschieden werden, welches Vorgehen optimaler gewesen wäre, denn letztlich muss es einem Kläger, vorbehältlich des hier verworfenen Rechtsmissbrauchs, unbenommen sein, das ihm besser passende Rechtsmittel beziehungsweise Vorgehen frei zu wählen und dabei allenfalls vorgängig noch Rechtsvorkehren treffen zu können, welche erst die Voraussetzungen für eine Klage schaffen. Dazu kann auch die Bitte des Betriebenen an den Betreibungsbeamten gehören, den Gläubiger nicht umgehend über den Rückzug des Rechtsvorschlags zu orientieren. Einerseits ging es den Berufungsklägern hier nur um ein oder zwei Tage; andererseits macht diese Bitte allein ihr Vorgehen noch nicht rechtsmissbräuchlich.

Obergericht, 2. Abteilung, 3. April 2012, ZBR.2012.8

---

[173] BGE vom 25. März 2010, 4A_459/2009, Erw. 2.1; BGE 120 II 23, 95 II 621

18. **Prozessführungsrecht des Abtretungsgläubigers** (Art. 260 SchKG; Art. 170 OR)

1. Unbestritten ist, dass der Forderung des Beschwerdeführers ein definitiver Rechtsöffnungstitel, nämlich das Urteil des Obergerichts, zugrunde liegt. Der Beschwerdegegner machte nicht geltend, die Forderung sei getilgt, gestundet oder verjährt, sondern berief sich sinngemäss darauf, das Urteil sei nicht vollstreckbar, da die Forderung des Beschwerdeführers im Konkursverfahren, in welchem sich dieser die Rechte der Prozessführung gestützt auf Art. 260 SchKG hatte abtreten lassen, noch nicht rechtskräftig kolloziert worden sei. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer verfüge gestützt auf Art. 260 SchKG nur über eine suspensiv bedingte Aktivlegitimation und sei daher im Rechtsöffnungsverfahren nicht klageberechtigt.

2. a) Gemäss Art. 260 Abs. 1 SchKG kann jeder Konkursgläubiger die Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet hat.

b) Bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG handelt es sich um ein betreibungs- und prozessrechtliches Institut sui generis. Die Abtretungsgläubiger handeln zwar im Prozess in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko, werden durch die Abtretung indes nicht Träger des abgetretenen Anspruchs; abgetreten wird ihnen nur das Prozessführungsrecht der Masse[174]. Damit verbunden ist das Privileg, sich vor allen anderen Konkursgläubigern aus dem allfällig erstrittenen Prozessergebnis im Umfang der eigenen Konkursforderung zu befriedigen. Das Prozessmandat erscheint demnach als Mittel zur

---

[174] BGE 121 III 492

Herbeiführung einer Vorzugsdeckung der eigenen Konkursforderung[175].

c) Zum Abtretungsbegehren legitimiert ist jeder Konkursgläubiger, der im Kollokationsplan berücksichtigt wurde. Selbst einem abgewiesenen Gläubiger darf wenigstens eine bedingte Abtretung nicht verwehrt werden, sofern er den Entscheid rechtzeitig mit Beschwerde oder Kollokationsklage angefochten hat[176]. Wird seinem Begehren entsprochen, so wird die Abtretung unbedingt; wird es abgewiesen, fällt sie dahin[177]. Das Prozessführungsrecht gemäss Art. 260 SchKG stellt ein eigentliches Nebenrecht der Konkursforderung dar, das im Sinn von Art. 170 OR dem Schicksal dieser Konkursforderung folgt. Als Substrat muss also eine Konkursforderung vorhanden sein. Das Prozessmandat kann daher nur mit der Konkursforderung selbst zediert oder verpfändet werden. Umgekehrt fällt diese Abtretung dahin oder muss widerrufen werden, wenn der Schuldner der Konkursmasse beziehungsweise des Konkursiten zahlt, bevor der Abtretungsgläubiger Vorkehren zur Eintreibung der Forderung getroffen hat oder der Konkurs selbst widerrufen oder eingestellt wird. Desgleichen entfällt die Legitimation zur weiteren Verfolgung des abgetretenen Rechtsanspruchs der Masse, wenn im Kollokationsprozess festgestellt wird, dass eine Konkursforderung gar nie bestanden habe. Stets ist somit vorausgesetzt, dass der Abtretungsgläubiger Konkursgläubiger ist und es auch bleibt[178].

3. a) Bis zum Abschluss des Kollokationsprozesses gilt aber immer noch die Abtretung nach Art. 260 SchKG, welche auch das

---

175 BGE 113 III 137, 109 III 29

176 Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8.A., § 47 N 48; Berti, Basler Kommentar, Art. 260 SchKG N 28; BGE 128 III 291

177 Amonn/Walther, § 47 N 48

178 BGE 109 III 29

Recht zur Durchsetzung der abgetretenen Ansprüche auf dem Vollstreckungsweg beinhaltet. Eine Bedingung ist weder in der Abtretung noch im Rechtsöffnungstitel enthalten, weshalb der Abtretungsgläubiger die erstrittenen Ansprüche auch durchsetzen kann. Erst über das Ergebnis ist in einem weiteren Schritt abzurechnen[179].

b) Sollte der Kollokationsprozess völlig zu Ungunsten des Beschwerdeführers ausfallen und die Kollokation verweigert werden, so hätte dies zur Folge, dass er der Masse den gesamten Prozessgewinn abliefern muss. Obwohl dabei die Gefahr besteht, dass der Abtretungsgläubiger der Masse den Überschuss nicht abliefert, wie der Beschwerdegegner zu befürchten scheint, besteht kein Grund, die Rechtsöffnung zu verweigern. Die Besonderheit der Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse nach Art. 260 SchKG liegt gerade darin, dass das Verwertungsergebnis in erster Linie den das Risiko der Prozessführung übernehmenden Konkursgläubigern zukommt und die Masse nur den Überschuss erhält[180]. Das Risiko, dass die Masse den Überschuss nicht erhältlich machen kann, besteht nicht nur, wenn - wie hier - der Kollokationsprozess bei der Verwertung der Abtretungsforderung noch nicht abgeschlossen ist, sondern auch, wenn die Abtretungsforderung höher ist als die kollozierte Forderung oder wenn der Abtretungsgläubiger bereits von Abschlagsverteilungen[181] profitieren konnte[182].

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde zu schützen, und in der Betreibung ist definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Obergericht, 1. Abteilung, 14. November 2012, BR.2012.46

---

[179] Art. 86 KOV
[180] BGE 113 III 22
[181] Art. 266 SchKG
[182] Vgl. BGE 113 III 20 ff.

19. **Ausländerarrest; genügender Bezug der Forderung zur Schweiz** (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG)

1. Der Gläubiger kann für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen, wenn einer der in Art. 271 Abs. 1 SchKG genannten Gründe vorliegt. Es ist Sache des Gläubigers, dem Arrestrichter den Arrestgrund anzugeben, auf den er sein Gesuch stützt. Dabei genügt es, wenn er ihn glaubhaft macht. Die Subsumtion des vom Arrestgläubiger vorgebrachten Sachverhalts unter einen der Tatbestände von Art. 271 SchKG ist eine vom Arrestrichter zu entscheidende Rechtsfrage[183].

2. a) Im Arrestbegehren stützte sich der Beschwerdeführer auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG. Nach dieser Bestimmung liegt ein Arrestgrund vor, wenn der Schuldner nicht in der Schweiz wohnt, kein anderer Arrestgrund gegeben ist, die Forderung aber einen genügenden Bezug zur Schweiz aufweist oder auf einer Schuldanerkennung im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG beruht.

b) Die Vorinstanz stellte dazu fest, es handle sich bei der Forderung um Ansprüche der in Deutschland wohnhaften Parteien aus einem Mietverhältnis über ein sich in Deutschland befindliches Mietobjekt, womit ein Bezug der Forderung zur Schweiz nicht ersichtlich sei. Der Beschwerdeführer wandte dagegen im Beschwerdeverfahren ein, es sei ein vertragswidriges Verschieben von Vermögensgegenständen in die Schweiz gegeben. Der Beschwerdeführer habe gegenüber dem Beschwerdegegner sein Vermieterpfandrecht ausgesprochen. Dessen ungeachtet habe der Beschwerdegegner eigenmächtig seine

---

[183] Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1997/99, Art. 271 N 18, 20

Wohnung geräumt und die darin noch befindlichen restlichen werthaltigen Gegenstände entwendet. In Anbetracht der Arbeitsstelle des Schuldners in der Schweiz sei davon auszugehen, dass der Schuldner diese in die Schweiz abgesetzt habe.

c) Fehlt - wie hier - eine Schuldanerkennung, bedarf der Ausländerarrest eines genügenden Bezugs der Forderung zur Schweiz[184]. Dieses Kriterium ist erfüllt, wenn das Interesse des Gläubigers an der Rechtsverfolgung am Arrestort durch Anknüpfungselemente des Anspruchs mit der Schweiz begründet ist, die in Anbetracht der Gesamtumstände als gegenüber dem Interesse des Schuldners auf ungestörten Besitz überwiegend erscheinen. Dabei sind die Berührungspunkte der Forderung mit der Schweiz abzuwägen gegenüber den Bezugspunkten des Falls zu anderen Staaten, in welchen für die Parteien ein Forum zumutbarer Rechtsverfolgung besteht. Im Hinblick auf die Möglichkeit einer raschen Korrektur im Einspracheverfahren ist im Zweifel eine weite Auslegung angezeigt[185]. Ein genügender Bezug zur Schweiz kann sich beispielsweise ergeben, wenn der Wohnsitz des Gläubigers in der Schweiz liegt[186], wenn Anknüpfungspunkte bestehen, welche nach dem IPRG einen Bezug zur Schweiz darstellen, der einen schweizerischen Gerichtsstand oder schweizerisches Recht zur Anwendung zu bringen vermag[187], oder wenn die Arrestforderung mit einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz in Zusammenhang steht[188].

d) Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, besteht hier kein genügender Bezug der Forderung zur Schweiz: Es handelt sich um Ansprüche aus einem Mietvertrag, welcher über eine Mietsache in

---

[184] Stoffel, Basler Kommentar, Art. 271 SchKG N 88
[185] Stoffel, Art. 271 SchKG N 89
[186] Stoffel, Art. 271 SchKG N 91
[187] Stoffel, Art. 271 SchKG N 92
[188] Stoffel, Art. 271 SchKG N 93

Deutschland abgeschlossen wurde. Beide Vertragsparteien haben ihren Wohnsitz in Deutschland. Der einzige im Arrestbegehren geltend gemachte Bezug zur Schweiz ist die Behauptung, der Beschwerdegegner arbeite in der Schweiz. Diese Arbeitstätigkeit steht aber mit der mietrechtlichen Forderung in keinem Zusammenhang.

Zusammenfassend wurde ein Arrestgrund nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG nicht glaubhaft gemacht.

Obergericht, 1. Abteilung, 25. Januar 2012, BR.2011.83

20. Territorialitätsprinzip auf dem Rhein; Voraussetzungen für das Inverkehrsetzen von Booten auf schweizerischen Gewässern einschliesslich der Grenzgewässer (Art. 3 StGB; Art. 31 Abs. 1 und 46 BSG; Art. 153 BSV)

1. Die Vorinstanz sprach den Berufungskläger des fahrlässigen Führens eines Schiffs mit Motor ohne Schiffsausweis und ohne Haftpflichtversicherung schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 200.00. Der Berufungskläger sei mit einem selbstgebauten Schiff mit Motor auf dem Rhein unterwegs gewesen und habe weder einen Schiffsausweis noch eine Haftpflichtversicherung vorweisen können.

2. Im Kernpunkt bestreitet der Berufungskläger die Strafrechtshoheit der Schweiz zur Ahndung der im Strafbefehl genannten Straftatbestände; er sei auf deutschem Hoheitsgebiet gestellt und von dort unfreiwillig von der Seepolizei auf schweizerisches Gebiet geschleppt

worden, weshalb Art. 13 Ü-SchB[189] nicht greife. Massgebend sei hingegen Ziff. I Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum Ü-SchB. Die Schweiz habe kein Gesuch um Übernahme der Strafverfolgung der auf deutschem Gebiet begangenen Widerhandlungen des Berufungsklägers gestellt. Es fehle mithin die Ermächtigung Deutschlands zur Verfolgungsübernahme durch die Schweiz, weshalb ihre Zuständigkeit nicht gegeben sei.

3. a) Die nationale Strafgewalt hat völkerrechtliche Grenzen, welche einseitige Übergriffe auf fremde Gebietshoheit verbieten[190]. Diese unter dem Begriff "Territorialhoheit" zusammengefassten Schranken besagen einerseits, dass der Staat seine Strafgesetze auf alle Handlungen anwenden darf, die auf seinem Territorium begangen wurden, und andererseits, dass der Staat Handlungen, die ausserhalb seines Territoriums begangen wurden, nur ausnahmsweise in Bezug auf einzelne Personengruppen als Täter oder Opfer oder auf einzelne bestimmte Handlungen bestrafen darf[191]. Das Territorialprinzip ist als einziger Grundsatz allen Staaten eigen und in der Schweiz in Art. 3 Abs. 1 StGB auch auf Gesetzesstufe festgehalten[192]. Infolgedessen gilt das schweizerische Strafrecht grundsätzlich für alle im Inland verübten Strafhandlungen.

b) Gemäss Art. 8 Abs. 1 StGB gilt ein Verbrechen oder Vergehen als da begangen, wo der Täter es ausführt oder pflichtwidrig untätig bleibt, und da, wo der Erfolg eingetreten ist[193]. Als Ausführung der Tat gilt jedes einzelne tatbestandsmässige Verhalten. Nach kon-

---

189 Übereinkommen vom 1. Juni 1973 über die Schifffahrt auf dem Bodensee (mit Zusatzprotokoll), SR 0.747.223.11

190 Popp/Levante, Basler Kommentar, vor Art. 3 StGB N 3

191 Oehler, Internationales Strafrecht, Köln 1973, S. 151

192 Vgl. BGE 108 IV 146; Popp/Levante, vor Art. 3 StGB N 16

193 Ubiquitätsprinzip; Trechsel/Vest, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel et al.), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 8 N 1

stanter Bundesgerichtspraxis genügt dabei bereits eine teilweise Erfüllung des Straftatbestands auf schweizerischem Gebiet[194].

c) Die Vorinstanz hat korrekt ausgeführt, dass das Territorial-[195] und das Ubiquitätsprinzip[196] auch für Übertretungen[197], das Nebenstrafrecht[198] und damit für das Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt[199] gelten[200]. Demnach ist die Strafrechtshoheit der Schweiz gegeben, wenn der Berufungskläger mit seinem selbstgebauten Schiff auch auf dem schweizerischen Teil des Rheins zwischen Konstanz und Schaffhausen unterwegs war beziehungsweise schweizerisches Hoheitsgebiet befahren hat.

4. Soweit der Berufungskläger einwendet, die Strafrechtshoheit der Schweiz sei nicht gegeben, da sie kein Gesuch um Übernahme der Verfolgung im Sinn von Ziff. I Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum ÜSchB gestellt habe, verkennt er die Tragweite des Territorialprinzips. Nach dem klaren Wortlaut von Ziff. I Abs. 1 dieses Zusatzprotokolls ist ein solches Gesuch nur dann als Voraussetzung für die Strafverfolgung zu stellen, wenn der ersuchende Staat Zuwiderhandlungen ahnden will, die im anderen Vertragsstaat begangen wurden. Dies ist hier gerade nicht der Fall, denn der Berufungskläger hat sich nur für jene Widerhandlungen zu verantworten, die er in der Schweiz begangen haben soll.

---

194 BGE vom 2. Oktober 2012, 6B_251/2012, Erw. 1.3; BGE vom 13. September 2011, 6B_74/2011, Erw. 2.3
195 Art. 3 Abs. 1 StGB
196 Art. 8 Abs. 1 StGB
197 Art. 104 StGB
198 Art. 333 Abs. 1 StGB
199 BSG, SR 747.201
200 Art. 54 Abs. 1 BSG

5. a) Die Vorinstanz stellte zu Recht fest, der Berufungskläger habe nie bestritten, dass er mit seinem Gefährt auch auf dem schweizerischen Teil des Rheins gefahren sei. Erst anlässlich der Berufungsverhandlung widerrief der Berufungskläger seine frühere Aussage und behauptete, er sei nie auf thurgauischem Gebiet gefahren.

b) Gemäss Art. 10 Abs. 2 StPO würdigt das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung. Massgebend ist die freie persönliche Meinung des Richters, der nach gewissenhafter Prüfung zu entscheiden hat, ob eine bestimmte Tatsache als erwiesen betrachtet werden darf. Dabei kommt es allein darauf an, dass der Richter ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln in eigener Gewissensverantwortung die an sich möglichen Zweifel überwindet und von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist[201].

c) Auf ein Geständnis kann nicht ohne nähere Prüfung abgestellt werden; vielmehr ist es ein Beweismittel, das im Rahmen der richterlichen Würdigung auf seine materielle Richtigkeit, gegebenenfalls anhand anderer Beweismittel, überprüft werden muss, und zwar im Hinblick auf seine Glaubwürdigkeit und Vollständigkeit sowie auf die näheren Umstände und Beweggründe der Tat[202]. Es ist aber zu berücksichtigen, dass das Geständnis zwar nur ein Beweismittel unter mehreren ist; es bildet jedoch eine relativ sichere Basis für die Verurteilung[203].

d) Der Widerruf eines Geständnisses ist ein untrügliches Zeichen dafür, dass sich der Beschuldigte im Lauf des Verfahrens mit den ihm gegenüber erhobenen Beschuldigungen auseinandergesetzt hat

---

[201] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 151 N 7
[202] Zweidler, § 151 StPO TG N 38
[203] Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 14. Februar 2012, SK1 11 38, Erw. 4b

und sich deswegen zur Änderung seiner Haltung veranlasst fühlt. Ein Geständniswiderruf weist somit darauf hin, dass bisher massgebende innere oder äussere Einflüsse weggefallen sind, oder aber dass solche Einflüsse neu auf den Beschuldigten einwirken. Da dem Geständnis im Strafverfahren keine Dispositionswirkung zukommt, haben im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung Geständnis und Widerruf grundsätzlich das gleiche Gewicht. Für die Ermittlung der materiellen Wahrheit gilt es, anhand der Untersuchung der Beweggründe, die zu den widersprüchlichen Aussagen geführt haben, deren Glaubwürdigkeit und Ernsthaftigkeit gegeneinander abzuwägen. Das echte Geständnis ist nach Motiv, Anlass, Zeitpunkt und Form in der Regel "stimmig"[204].

e) Anlässlich einer Einvernahme verweigerte der Berufungskläger bei den Fragen nach der Einwasserungsstelle und der zurückgelegten Strecke die Aussage, gab aber zu, er sei den Rhein hinab gefahren; er habe sich den Rhein hinab treiben lassen. Nachdem die Staatsanwältin dem Berufungskläger die einzelnen Schritte des weiteren Verfahrens erläutert hatte, gab er spontan zu Protokoll, dass er auf thurgauischen Gewässern gefahren sei. Er erwähnte ferner, dass er unten am Rhein eingewassert habe und die deutschen Behörden über die Unsicherheit der thurgauischen Gewässer informieren werde. Der Berufungskläger hat somit von sich aus, ohne danach gefragt zu werden, zugegeben und mit seiner Unterschrift bekräftigt, dass er mit seinem selbstgebauten Boot auch auf thurgauischem Gebiet unterwegs war. Diese klare Aussage hat er vor der Vorinstanz nicht widerrufen. Erst im Berufungsverfahren behauptete er erstmals, dass er nie auf thurgauischem Gebiet gefahren sei. Er hat aber nicht erwähnt, wo er auf deutschem Gebiet das Boot eingewassert habe, und wo das Schiff auf deutschem Gebiet den gewöhnlichen Standort habe. Wer spontan

---

[204] RBOG 1992 Nr. 47

in einem von ihm unterzeichneten Protokoll einen bestimmten Sachverhalt zugibt und diese Aussage später, erst nach Vorliegen des erstinstanzlichen Urteils, widerruft und durch vage und nicht überprüfbare Behauptungen ersetzt, ohne dabei eine Erklärung zum früheren spontanen Geständnis abzugeben, ist nicht glaubwürdig[205]. Damit bestehen keine rechtserheblichen Zweifel, dass der Berufungskläger mit seinem selbstgebauten Schiff auch auf dem thurgauischen Teil des Rheins unterwegs war. Die Strafrechtshoheit der Schweiz ist somit gegeben. Die Vorinstanz hat daher korrekt ihre örtliche Zuständigkeit bejaht, weshalb auf ihre zutreffenden Ausführungen verwiesen werden kann.

Der Berufungskläger ist schliesslich darauf aufmerksam zu machen, dass gemäss Art. 41 Abs. 1 StPO die Anfechtung des Gerichtsstands unverzüglich zu erfolgen hat. Im Übertretungsstrafverfahren ist mit der Einsprache der Antrag auf Überprüfung der örtlichen Zuständigkeit zu stellen. Im erstinstanzlichen Hauptverfahren oder gar erst im Berufungsverfahren können die Parteien die Gerichtsstandsfrage nicht mehr beurteilen lassen, weil der Antrag offensichtlich verspätet ist[206].

6. Der Berufungskläger bestritt im Berufungsverfahren die Rechtmässigkeit der Kontrolle durch die Kantonspolizei auf deutschem Gebiet zu Recht nicht mehr, liess er sich doch auf dem Rhein mit einem selbstgebauten und äusserst auffälligen Doppelrumpfboot mit einer schwimmenden und dampfenden Metallgrillpfanne im Schlepptau treiben. Die Originalität der Konstruktion kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass deren Betriebssicherheit, Stabilität und Manövrierfähigkeit als zweifelhaft erschienen, weshalb die polizeiliche Kon-

---

[205] Zweidler, § 151 StPO TG N 40
[206] Kuhn, Basler Kommentar, Art. 41 StPO N 5

trolle gestützt auf Art. 11 Abs. 2 V-SchURh[207] nicht nur zulässig, sondern geradezu geboten war. Es ist nämlich gerichtsnotorisch, dass es an schönen Sommernachmittagen auf dem Rhein von Fahrzeugen aller Art wimmelt und die Kursschiffe dadurch teilweise erheblich behindert werden. Zudem ereignen sich immer wieder Unfälle mit leider auch tödlichem Ausgang[208].

7. Der Berufungskläger bestreitet nicht, dass seine Schiffskonstruktion mit einem kleinen Motor versehen war, stellt sich aber auf den Standpunkt, dass ein Motor mit einer Leistung von lediglich 175 Watt kein Motor im Rechtssinn sei, da die daraus resultierende Schubkraft keine selbstständige Beförderung des Schiffs erlaube. Der Motor habe lediglich die Wirkung eines Quirls gehabt und sei lediglich als Hilfe in einem allfälligen Ausnahmefall gedacht. Es sei daher weder eine Bewilligung noch eine Haftpflichtversicherung erforderlich gewesen.

8. a) Die Schifffahrt wird in der Schweiz vom Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt und von der dazu erlassenen Verordnung[209] geregelt. Internationale Vereinbarungen und die darauf beruhenden Vorschriften gehen jedoch vor[210].

b) Das Ü-SchB regelt die Schifffahrt auf dem Bodensee für den Bereich des Obersees einschliesslich des Überlinger Sees[211]. Der V-SchURh regelt hingegen die Schifffahrt auf dem Untersee und auf

---

[207] Vertrag vom 1. Juni 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Schifffahrt auf dem Untersee und dem Rhein zwischen Konstanz und Schaffhausen, SR 0.747.224.31

[208] Thurgauer Zeitung Online, 7. August 2012: "Ohne Schwimmweste lauert der Tod".

[209] Verordnung über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern, Binnenschifffahrtsverordnung, BSV, SR 747.201.1

[210] Art. 1 Abs. 3 BSG und Art. 1 Abs. 2 BSV

[211] Art. 1 Abs. 1 Ü-SchB

den Rheinstrecken zwischen Konstanz (Strassen- und Eisenbahnbrücke) und Schaffhausen (Strassenbrücke Schaffhausen-Feuerthalen)[212]. Gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Ü-SchB und Art. 6 V-SchURh haben die Vertragsstaaten für die Schifffahrt einheitliche Vorschriften zu erlassen[213]; von der Schweiz wurden sie in der Verordnung über die Schifffahrt auf dem Bodensee[214] umgesetzt.

c) Gemäss Art. 14.01 Abs. 1 BSO dürfen Fahrzeuge mit Maschinenantrieb - d.h. Fahrzeuge mit eigener in Tätigkeit gesetzter Antriebskraft[215] - nur in Betrieb genommen werden, wenn sie durch die zuständige Behörde zugelassen sind[216]. Die Stärke der Antriebskraft ist dabei irrelevant. Es sei der Vollständigkeit halber erwähnt, dass auch nach den deutschen Zulassungsvorschriften Wasserfahrzeuge mit einer Antriebsmaschine, deren effektive Nutzleistung nicht mehr als 2,21 KW beträgt, lediglich von der Kennzeichnungspflicht, nicht jedoch von der Zulassungspflicht befreit sind[217]. Schliesslich ist der Berufungskläger darauf hinzuweisen, dass im Handel[218] Aussenborder-Bootsmotoren mit Leistungen ab 120 Watt angeboten werden. Der Motor Rhino Cobold V18 entwickelt zum Beispiel eine maximale Leistung von 120 Watt und ist zugelassen für Boote mit einem Maximalgewicht von 500 kg[219]. Der Rhino R VX 28 ist vergleichbar mit

---

212 Art. 1 V-SchURh

213 Vgl. Graf-Schelling, Die Hoheitsverhältnisse am Bodensee, Diss. Zürich 1978, S. 22 ff.

214 Bodensee-Schifffahrts-Ordnung, BSO, SR 747.223.1

215 Art. 0.02 lit. b BSO

216 Art. 14.01 Abs. 1 BSO konkretisiert die Zulassungsprüfungspflicht gemäss Art. 6 Abs. 1 Ü-SchB und Art. 7 Abs. 1 V-SchURh.

217 § 2 Ziff. 2 der Verordnung der Bundesrepublik Deutschland über die Kennzeichnung von auf Binnenschifffahrtsstrassen verkehrenden Kleinfahrzeugen, Binnenschifffahrt-Kennzeichnungsverordnung, KIFzKV-BinSch

218 Vgl. www.sea-sports.de

219 Vgl. www.sea-sports.de/seapowerangebot-rhino-cobold-elektro-aussenborder-bootsmotor-p-2703-3.htlm

dem vom Berufungskläger an seine Schiffskonstruktion angebrachten Motor, da er nur eine geringfügige, um 5 Watt höhere Leistung (180 statt 175 Watt) entwickelt. Dieser Motor ist für Boote bis zu einem Gewicht von 800 kg zugelassen[220].

d) Gestützt auf Art. 6 Abs. 3 Ü-SchB und Art. 7 Abs. 3 V-SchURh darf jeder Vertragsstaat die Zulassung eines Fahrzeugs zum Verkehr vom Bestehen einer Haftpflichtversicherung abhängig machen. Demnach steht fest, dass die Zulassungsvorschriften gemäss Art. 31 BSG und Art. 153 BSV im Einklang mit den internationalen Vereinbarungen gemäss Ü-SchB und V-SchURh stehen und somit Bestandteil des geltenden Rechts für die Schifffahrt auf dem Bodensee, dem Überlinger See, dem Untersee und dem Rhein zwischen Konstanz und Schaffhausen darstellen.

9. Der Berufungskläger hat keinen Wohnsitz in der Schweiz. Aus den Akten geht der gewöhnliche Standort der Schiffskonstruktion nicht eindeutig hervor, dürfte aber im Kanton Schaffhausen liegen. Der Berufungskläger unterhält nämlich eine Postfachadresse in Neuhausen und war 2011 Nationalratskandidat im Kanton Schaffhausen. Ferner hat der Berufungskläger nur die Zulassungspflicht, nie jedoch die Zulassungszuständigkeit der Schweiz bestritten. Ausserdem wäre gemäss Art. 6 Abs. 2 Ü-SchB und Art. 7 Abs. 2 V-SchURh die Zulassungszuständigkeit der Schweiz auch dann gegeben, wenn sein Schiff keinen gewöhnlichen Standort in einem der Vertragsstaaten hätte. Demnach steht fest, dass das Schiff des Berufungsklägers nicht vor Abschluss einer Haftpflichtversicherung bei einem vom Bundesrat

---

[220] Vgl. www.sea-sports.de/rhino-elektro-aussenborder-bootsmotor-vx28-p-2497-3.html

ermächtigten Unternehmen[221] in den Verkehr gebracht werden konnte[222].

10. Es steht somit fest, dass der Berufungskläger sich des Führens eines Schiffs ohne den erforderlichen Schiffsausweis[223] und ohne Haftpflichtversicherung[224] schuldig machte.

Obergericht, 1. Abteilung, 29. Oktober 2012, SBR.2012.31

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 21. März 2013 ab, soweit es darauf eintrat (6B_191/2013).

21. Voraussehbarkeit einer plötzlich auftretenden Fahrunfähigkeit; Bedeutung einer mit dem Hausarzt durchgeführten Probefahrt (Art. 12 Abs. 3 und 125 Abs. 2 StGB; Art. 31 Abs. 2 SVG)

1. Die Berufungsklägerin geriet am 31. August 2007 aus medizinischen Gründen - wahrscheinlich aufgrund einer Bewusstlosigkeit - mit ihrem Fahrzeug auf die Gegenfahrbahn und kollidierte frontal mit einem korrekt entgegenkommenden Fahrradfahrer. Dieser erlitt schwere Kopf- und Oberkörperverletzungen, welche zu bleibenden Schädigungen führten; er ist heute querschnittgelähmt.

2. a) Zu beurteilen ist im Berufungsverfahren einzig, ob sich die Berufungsklägerin der Gefahr des möglichen Eintritts der Fahrun-

---

221 Art. 35 BSG
222 Art. 31 Abs. 1 BSG und Art. 153 Abs. 1 BSV
223 Art. 46 Abs. 1 BSG
224 Art. 46 Abs. 2 BSG

fähigkeit hätte bewusst sein und dementsprechend auf das Lenken eines Fahrzeugs hätte verzichten müssen.

b) Die Berufungsklägerin macht im Wesentlichen geltend, sie habe nicht gewusst und auch nicht wissen müssen oder können, dass sie am Unfalltag plötzlich bewusstlos und damit fahrunfähig werde. Selbst wenn vor dem Juni 2004 gelegentlich Bewusstlosigkeiten aufgetreten sein sollten, so sei dadurch nicht belegt, dass dies auch später, insbesondere im Zeitpunkt zwischen der mit dem Hausarzt durchgeführten Probefahrt im Jahr 2005 und dem Unfallereignis im August 2007, der Fall gewesen sei. Auch aufgrund des Umstands, dass sie zwei Tage vor dem Unfall ihren Hausarzt aufgesucht habe, könne nicht auf eine Fahrunfähigkeit am Unfalltag geschlossen werden. Ausserdem hätten die Kribbelmissempfindungen sowie die Nackenbeschwerden, welche sie zum Hausarztbesuch veranlasst hätten, keinen Zusammenhang mit der plötzlich aufgetretenen Bewusstlosigkeit. Ferner habe ihr Hausarzt im Jahr 2005 die Fahrtauglichkeit nach einer positiv verlaufenen Probefahrt bejaht.

3. a) Die Berufungsklägerin schlug im Juni 2001 ihren Kopf an einer zu kleinen Tür an und stürzte rückwärts auf ihren Hinterkopf. Dabei erlitt sie eine Rissquetschwunde an der Stirn, eine Bewusstlosigkeit unklarer Dauer, eine Amnesie sowie Nausea mit Erbrechen. In der Folge stellten sich Nacken- und Kopfschmerzen, Schwindelepisoden sowie eine erhebliche kognitive Beeinträchtigung ein. Von November 2001 bis Januar 2002 wurde die Berufungsklägerin stationär behandelt; es wurde festgestellt, dass aufgrund der Schwindelsymptomatik und der kognitiven Defizite eine Fahreignung aktuell nicht gegeben sei. Im Oktober/November 2002 war die Berufungsklägerin sodann in einer Rehabilitationsklinik. Dort berichtete sie unter anderem, sie leide an Schwindelattacken; es handle sich um wiederholte sekundenlange Absenzen und synkopenartige Ereignisse.

b) Gemäss Arztbericht des Facharztes für Neurologie vom 1. Juni 2004 hatte diesem die Berufungsklägerin mitgeteilt, es seien seit dem Unfallereignis, jedoch in den letzten Monaten vor seiner Begutachtung verstärkt, wiederholt plötzlich Bewusstlosigkeiten aufgetreten, infolge derer die Berufungsklägerin auch schon gestürzt sei und sich dabei verletzt habe. Gemäss den Angaben des Ehemanns verdrehe sie plötzlich die Augen und sinke bewusstlos zu Boden. Die Symptomatik trete etwa alle zwei Wochen auf, eher gegen den späteren Abend. Provoziert werden könnten diese Bewusstlosigkeiten nach vermehrter körperlicher Anstrengung, vermehrter Konzentration und vermehrtem Stress. Er halte die Patientin für nicht fahrtauglich, insbesondere da sie nicht merke, wann die Bewusstlosigkeiten auftreten würden. Den Angaben der Patientin nach fahre sie weiterhin Auto.

c) Diesem Bericht war ein neuropsychologisches Teilgutachten vorausgegangen. Dem Neuropsychologen gegenüber hatte die Berufungsklägerin ausgesagt, sie mache kleinere Einkäufe selbst mit dem Auto, müsse aber immer früh vormittags fahren, damit sie jeweils den gleichen Parkplatz habe, ansonsten sie das Auto nicht mehr finde. Sie fahre nur kurze Strecken im Bereich der Nachbardörfer, weil sie mit dem Autofahren Probleme habe (Konzentration, Reaktion); ihr Mann habe sie schon einige Male holen müssen, da sie sich nicht mehr fähig gefühlt habe heimzufahren. Bei sehr starken Kopfschmerzen fahre sie nicht Auto. Der Gutachter hielt fest, aufgrund der neuropsychologischen Defizite, insbesondere der schwer eingeschränkten Aufmerksamkeitsfunktion, der Verlangsamung in der Informationsverarbeitung und des Reaktionsvermögens, sei die Fahreignung zum Führen eines Motorfahrzeugs derzeit eindeutig nicht gegeben, was mit der Berufungsklägerin und ihrem Ehemann besprochen worden sei. Auf ihren Wunsch hin sei ihnen diesbezüglich eine schriftliche Bestätigung abgegeben worden.

d) Nach dem Unfall ordnete das Strassenverkehrsamt eine verkehrsmedizinische Begutachtung der Berufungsklägerin an. Das

Institut für Rechtsmedizin der Universität Zürich erachtete die Fahreignung der Berufungsklägerin aus verkehrsmedizinischer Sicht "klar als absolut nicht gegeben." Es sei von einer "bis dato ursächlich unklaren, offenbar anfallsartig auftretenden, komplexen neurologischen Grunderkrankung (epileptische DD psychogene Anfälle) bei Zustand nach Schädelhirntrauma 2001" auszugehen. Offenbar bestünden auch weiterhin kognitive Einbussen sowie unklare, rezidivierende, verkehrsmedizinisch bekanntermassen äusserst problematische und gefährliche sowie, bei aktiver Teilnahme am Strassenverkehr, selbst- und fremdgefährdende Sensationen und Bewusstseinsstörungen. Die aktuell ärztlich verordneten Medikamente beeinträchtigten zusätzlich allesamt die Fahrfähigkeit, insbesondere auch in kombinierter Wechselwirkung.

4. a) Damit steht fest, dass die Berufungsklägerin aufgrund ihres im Jahr 2001 erlittenen Schädelhirntraumas grundsätzlich nicht mehr fahrtüchtig war, was ihr vom Neuropsychologen mitgeteilt und zusätzlich schriftlich bestätigt worden war. Obwohl sie um diese Fahruntüchtigkeit wusste, gab sie gegenüber dem Neurologen im Mai 2004 an, weiterhin Auto zu fahren. Gleichzeitig gab sie an, nach wie vor unter plötzlich auftretenden Bewusstlosigkeiten zu leiden. Der Hausarzt der Berufungsklägerin bestätigte in seinem vertrauensärztlichen Bericht vom Juli 2006 an den Vertrauensarzt der Versicherung, es bestehe eine gewisse Stabilisierung auf tiefem Niveau, weshalb davon auszugehen ist, dass die erwähnten Einschränkungen zu jenem Zeitpunkt weiterhin bestanden. Allein schon wegen dieser plötzlich auftretenden Bewusstlosigkeiten und auch aufgrund der ihr schriftlich vom Neuropsychologen bestätigten Fahrunfähigkeit musste die Berufungsklägerin wissen, dass das Führen eines Motorfahrzeugs eine zu grosse Gefahr für die übrigen Strassenbenützer beinhalten würde, sollte eine plötzliche Bewusstlosigkeit während der Fahrt auftreten. Dabei ist unerheblich, ob die Berufungsklägerin auch von der negativen Einschätzung des Neurologen Kenntnis erlangte. Da die Berufungsklägerin wusste, dass die Abklärung beim Neurologen nur des-

halb erfolgte, weil sie immer noch an plötzlich auftretenden Bewusstlosigkeiten litt, deren Ursache unklar war, wäre es an ihr gelegen, sich genau über seine Meinung zu erkundigen, bevor sie wieder ein Auto lenkte.

b) Wie die Vorinstanz weiter richtig feststellte, suchte die Berufungsklägerin den Hausarzt zudem am 28. August 2007 auf, weil sie schon längere Zeit Nackenschmerzen hatte, welche der Hausarzt als muskuläre Verspannungen beurteilte. Nach den Aussagen der Berufungsklägerin hatte sie zwei Tage vor dem Unfall Beschwerden im Arm und deswegen den Arzt aufsuchen müssen. Trotz dieser Schmerzattacken und der Nackenstarre und ihrer Schlafstörungen war die Berufungsklägerin nun aber am 31. August 2007 der Meinung, sie sei in der Lage, ein Fahrzeug zu führen, was ihr zum Vorwurf zu machen ist. Aufgrund ihres gesundheitlichen Zustands hätte sie von sich aus auf das Führen eines Motorfahrzeugs verzichten müssen, zumal ihr das mehrfach von den Ärzten so mitgeteilt worden war.

5. a) Daran vermag auch die mit ihrem Hausarzt durchgeführte, positiv verlaufene Probefahrt im Jahr 2005 nichts zu ändern. Zum einen blieb die Berufungsklägerin auch nach jener Probefahrt selbst dafür verantwortlich, zu entscheiden, ob sie sich aufgrund ihrer Befindlichkeit überhaupt als fahrtauglich einschätzen und damit ein Fahrzeug lenken durfte. Es gehört zu den in Art. 31 Abs. 2 SVG statuierten Sorgfaltspflichten jedes Fahrzeugführers, eine allfällige Fahrunfähigkeit zu erkennen und bei einem solchen Zustand kein Fahrzeug zu führen[225]. Zum anderen hatte der Hausarzt sie angewiesen, nur Auto zu fahren, falls sie sich nicht schläfrig oder schwindlig fühle; zudem sei ihr abgeraten worden, nachts Auto zu fahren. Dies bestätig-

---

[225] Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2.A., N 501

te der Arzt auch in seiner Befragung als Auskunftsperson. Die mit dem Hausarzt durchgeführte Fahrprobe durfte die Berufungsklägerin daher nicht als Freipass für ein künftiges Lenken des Motorfahrzeugs betrachten, sondern sie musste die mit dem Hausarzt ausdrücklich gemachten Einschränkungen beachten und im Zweifelsfall auf das Führen eines Motorfahrzeugs verzichten.

b) Auch ändert daran nichts, dass die Staatsanwaltschaft nicht konkret nachwies, dass die Berufungsklägerin in den letzten drei Monaten vor dem Unfall bewusstlos geworden war. Einerseits lässt sich der genaue Gesundheitszustand der Berufungsklägerin bei Antritt der Fahrt ohnehin nicht mehr durch einen direkten Beweis ermitteln, weshalb hier ein durch die verschiedenen ärztlichen Gutachten erbrachter Indizienbeweis zulässig ist[226]. Andererseits gilt entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin[227] im Fall von Epileptikern nicht grundsätzlich die Regel, dass lediglich eine Fahrabstinenz von drei Monaten seit dem letzten Anfallereignis verlangt wird. Gemäss den aktualisierten Richtlinien der Verkehrskommission der Schweizerischen Liga gegen Epilepsie (Epilepsie-Liga) vom 10. Mai 2006[228] ist die Fahrtauglichkeit bei einer aktiven Epilepsie in der Regel aufgehoben. Eine Erst- oder Wiederzulassung als Motorfahrzeuglenker steht unter der Voraussetzung einer dem Einzelfall angepassten periodischen fachneurologischen Beurteilung sowie Überprüfung der Fahrtauglichkeit; sie kann in der Regel nur erfolgen, wenn eine Anfallsfreiheit von einem Jahr besteht.

6. Der Berufungsklägerin ist daher vorzuwerfen, dass sie sich trotz ihrer gesundheitlichen Beschwerden am 31. August 2007 ans

---

[226] BGE vom 20. Juli 2012, 6B_217/2012, Erw. 2.2.2; BGE vom 28. Februar 2011, 6B_1047/2010, Erw. 3.2; BGE vom 13. Dezember 2010, 6B_781/2010, Erw. 3.2

[227] Mit Hinweis auf BGE 103 Ib 34

[228] Vgl. www.epi.ch/_files/Fahrtauglichkeit/Epilepsie_und_Autofahren_D.pdf

Steuer setzte und so das Risiko einging, nicht während der gesamten Fahrt in der Lage zu sein, ihr Fahrzeug sicher zu führen[229]. Das Verhalten der Berufungsklägerin führte unmittelbar zu schweren Verletzungen des Opfers. Dass ein solcher Unfall geschehen kann, wenn ein Lenker die Kontrolle über das Fahrzeug verliert, musste ihr bewusst gewesen sein. Dementsprechend hat sich die Berufungsklägerin der fahrlässigen Körperverletzung im Sinn von Art. 125 Abs. 2 StGB schuldig gemacht. Die Berufungsklägerin ist aber nicht zusätzlich wegen grober Verkehrsregelverletzung[230] und wegen Fahrens in fahrunfähigem Zustand[231] zu verurteilen, da die Gefährdungstatbestände des SVG durch den Verletzungstatbestand von Art. 125 Abs. 2 StGB konsumiert wurden[232]. Eine (kumulative) Verurteilung aufgrund der Gefährdungstatbestände wäre nur möglich, wenn neben der verletzten Person noch eine Drittperson konkret gefährdet worden wäre[233]. Die konkrete Gefährdung weiterer Personen bildete aber nicht Gegenstand des Strafbefehls, weshalb eine Verurteilung ausgeschlossen ist, da damit das Anklageprinzip verletzt würde[234].

Obergericht, 1. Abteilung, 17. Dezember 2012, SBR.2012.36

---

229 Schaffhauser, N 501
230 Art. 90 Ziff. 2 SVG
231 Art. 91 Abs. 2 SVG
232 Roth/Keshelava, Basler Kommentar, Art. 125 StGB N 7
233 BGE 91 IV 215; BGE vom 12. Dezember 2011, 6B_493/2011, Erw. 7.1
234 Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 356 Abs. 1 StPO

22. **Rechtfertigende Notwehr bei Körperverletzung** (Art. 15, 122, 123 StGB)

1. Nachdem X an der Bar eine Stange Bier bestellt hatte, rempelte Y ihn an. X verliess mit seinem Bier in der Hand das Lokal. Kurze Zeit später trat Y ebenfalls vor die Tür, ergriff X mit einer Hand am Hals und würgte ihn. Um sich aus dem Würgegriff zu befreien, schlug X sein noch fast volles Bierglas gegen den Kopf von Y. Dabei zog sich Y Rissquetschwunden im Gesicht zu. Die Vorinstanz verurteilte X wegen versuchter schwerer Körperverletzung und vollendeter einfacher Körperverletzung, weil er sich nicht in einer Notwehrsituation befunden habe.

2. a) Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet die Frage, ob der Berufungskläger für die Y zugefügten Verletzungen wegen versuchter schwerer Körperverletzung und qualifizierter einfacher Körperverletzung zu bestrafen sei. Die Rissquetschwunden im Gesicht von Y sind objektiv als einfache Körperverletzung zu werten. Umstritten ist, ob sich der Berufungskläger in einer Notwehrsituation befand und insofern berechtigt war, den Angriff von Y auf die ihm vorgeworfene Weise abzuwehren.

b) Wird jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere gemäss Art. 15 StGB berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren. Nach der Rechtsprechung muss die Abwehr in einer Notwehrsituation nach der Gesamtheit der Umstände als verhältnismässig erscheinen. Eine Rolle spielen vor allem die Schwere des Angriffs, die durch den Angriff und die Abwehr bedrohten Rechtsgüter, die Art des Abwehrmittels und dessen tatsächliche Verwendung. Die Angemessenheit der Abwehr ist aufgrund der Situation zu beurteilen, in welcher sich der rechtswidrig Angegriffene im Zeitpunkt seiner Tat befand. Es dürfen nicht nachträglich allzu subtile

Überlegungen darüber angestellt werden, ob der Angegriffene sich nicht allenfalls auch mit anderen, weniger einschneidenden Massnahmen hätte begnügen können und sollen. Besondere Zurückhaltung ist bei der Verwendung von gefährlichen Werkzeugen zur Abwehr (Messer, Schusswaffen usw.) geboten, da deren Einsatz stets die Gefahr schwerer oder gar tödlicher Verletzungen mit sich bringt. Angemessen ist die Abwehr, wenn der Angriff nicht mit weniger gefährlichen und zumutbaren Mitteln hätte abgewendet werden können, der Täter womöglich gewarnt wurde, und der Abwehrende vor der Benutzung des gefährlichen Werkzeugs das Nötige zur Vermeidung einer übermässigen Schädigung vorkehrte. Auch ist eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter unerlässlich. Doch muss deren Ergebnis für den Angegriffenen, der erfahrungsgemäss rasch handeln muss, mühelos erkennbar sein[235]. Die Abwehr muss mit anderen Worten in zweierlei Hinsicht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren: Einerseits muss die Abwehr dem Angriff angemessen sein; unter diesem Gesichtspunkt ist verhältnismässig, was es braucht, um den Angriff zurückzuschlagen. Andererseits muss geprüft werden, ob das Verhältnis zwischen dem Wert des angegriffenen und demjenigen des verletzten Rechtsguts angemessen sei[236].

Bei der Beurteilung von Subsidiarität und Proportionalität der Abwehr darf nicht abschliessend auf die von Angreifer und Verteidiger tatsächlich verursachten oder gewollten Rechtsgutverletzungen abgestellt werden. Massgebend können nur die Schädigungen sein, mit welchen der Notwehrtäter aufgrund der konkreten Umstände im Zusammenhang mit dem Angriff beziehungsweise als Folge seiner Abwehr zu rechnen hatte. Das muss indessen nach der Situation beurteilt werden, in welcher sich der Angegriffene im Zeitpunkt der

---

[235] BGE 136 IV 51 f.

[236] Trechsel/Jean-Richard, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel et al.), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 15 N 10

Tat befand. Insbesondere ist dabei zu berücksichtigen, dass ihm alsdann in einer - in der Regel - bedrängten Lage nur wenig Zeit zum Nachdenken verbleibt. Nur wenn es für ihn offensichtlich ist, dass die Abwehr über das Notwendige hinausgeht oder in keinem angemessenen Verhältnis zum Angriff steht, darf sie als ungerechtfertigt betrachtet werden[237]. Das Bundesgericht verneinte die Angemessenheit der Abwehr beispielsweise bei der Abgabe gezielter Schüsse auf drei unbewaffnete Angreifer[238], bei einem Warnschuss in Richtung eines Hausfriedensbrechers[239] oder bei Messerstichen in den Bauch des mit Faustschlägen und mit einem Kabel Angreifenden[240].

c) Aufgrund der Akten und insbesondere der Aussagen des Berufungsklägers in der unmittelbar nach dem Vorfall durchgeführten polizeilichen Befragung sowie der Aussagen der in der gleichen Nacht befragten Auskunftspersonen sowie der auf dem Polizeiposten erhobenen medizinischen Befunde ist davon auszugehen, dass der Berufungskläger überraschend und grundlos von Y angegriffen und am Hals mit einer Hand gewürgt wurde. Ohne Frage durfte der Berufungskläger diesen Angriff unter diesen Umständen seinerseits mit Gewalt abwehren. Die Frage ist einzig, welche Mittel er im Einzelnen dabei einsetzen durfte.

d) Die Vorinstanz hielt fest, der Berufungskläger sei beim Angriff von Y beim Geländer, welches sich oben bei der Treppe befand, aufgestanden. Stehend hätte ihm eine Vielzahl von Möglichkeiten zur Verfügung gestanden, sich gegen den Angriff zu wehren. Schon ein Abdrehen, ein Schlag mit dem Knie, das Wegstossen des Arms des Angreifers mit der linken Hand oder eine Kombination dieser Mög-

---

[237] Donatsch/Tag, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8.A., S. 226 f.
[238] BGE 102 IV 69
[239] BGE 102 IV 6
[240] BGE 109 IV 7

lichkeiten hätten den Angriff ohne weiteres auch abgewehrt, und zwar mit ungleich geringeren Folgen für den Angreifer als den tatsächlich eingetretenen.

Der Berufungskläger hält dem entgegen, Würgen sei grundsätzlich als gefährlicher Angriff zu werten. Bei heftigem Würgen könne bereits nach sieben Sekunden eine Bewusstlosigkeit eintreten. Ein einziger heftiger Schlag gegen den Hals könne einen plötzlichen Blutdruckabfall durch Vaguserregung infolge Reizung des Sinus caroticus hervorrufen. Damit habe die ernsthafte und naheliegende Gefahr eines Sturzes des Angegriffenen rücklings über das Geländer bestanden, und es sei verständlich, dass der Berufungskläger dadurch in Angst und Panik geraten sei. Der Berufungskläger habe in dieser völlig überraschenden und gefährlichen Situation rasch und ohne lange Überlegungen handeln müssen, um sich aus der Gefahr zu retten.

e) Allein aus dem Umstand, dass der Berufungskläger beim Erscheinen des Angreifers aufgestanden war, kann nicht geschlossen werden, dass es für ihn ein Leichtes gewesen wäre, sich durch Abdrehen oder einen Schlag mit dem Knie aus dem Würgegriff des Angreifers zu befreien. Wie der Berufungskläger zu Recht geltend machte, bestand für ihn die konkrete Gefahr des Sturzes über das Geländer. Er stand nämlich auf dem obersten Treppenabsatz, wobei das Geländer nicht einmal bis zur Türklinke reichte. Der Angreifer würgte ihn mit einer Hand, und laut Aussagen des Berufungsklägers versuchte er auch, den Berufungskläger dabei rückwärts zu stossen. Hätte der Berufungskläger auch nur ein Bein gehoben, um sich zu verteidigen, hätte er das Gleichgewicht verlieren und ihm die Gefahr eines Sturzes drohen können. Zweifelsohne hätte der Berufungskläger mit der linken Faust gegen Y schlagen können. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz standen dem Berufungskläger jedoch nicht mehrere Sekunden Zeit zur Verfügung, um sich ein geeignetes Abwehrmittel einfallen zu lassen. Insbesondere musste er nicht zuwarten, bis er die Folgen der abgeschnittenen Blutzufuhr verspüren würde, sondern er

durfte unmittelbar auf den Angriff reagieren. In der rechten Hand hielt der Berufungskläger das noch fast volle Bier, das er kurz zuvor an der Bar bestellt und mit nach draussen genommen hatte. Nicht bekannt ist, ob der Berufungskläger Links- oder Rechtshänder ist. Da er sich mit der rechten Hand wehrte, dürfte er wohl eher Rechtshänder sein. Dies ist allerdings nicht wesentlich. Entscheidend ist vielmehr, dass er einzig und allein zuschlug, um sich aus dem Würgegriff des Angreifers zu befreien. Ob sich der Berufungskläger bei dieser unmittelbaren Reaktion auf den Angriff noch Gedanken darüber machen musste und konnte, dass er ein Glas in der Hand hielt, welches beim Zuschlagen zerbrechen und gefährliche Verletzungen hervorrufen könnte, muss bezweifelt werden. Der Berufungskläger befand sich in einer überaus bedrängten Situation, weshalb an seine Fähigkeiten, die Situation abzuwägen, nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden dürfen. Ein Vorwurf hätte dem Berufungskläger dann gemacht werden können, wenn er seine Hände beim Angriff von Y frei gehabt und während der Kampfhandlung das Glas absichtlich in die Hand genommen hätte, um damit zuzuschlagen. Es kann ihm umgekehrt auch nicht vorgehalten werden, dass er das Glas nicht fallen liess, um mit der blossen Hand zuschlagen zu können. Hätte er dies getan, so wären entsprechende Gefahren von den entstandenen Glasscherben bei einem allfälligen Sturz eines der beiden Beteiligten entstanden. Dem Berufungskläger stand überdies auch nicht die Möglichkeit offen, das Bierglas vor dem Zuschlagen auf den Boden zu stellen, da er von Y gewürgt wurde.

Der Berufungskläger war sich mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht bewusst, dass er in der Hand, mit der er schlug, noch ein Glas hielt; das Zuschlagen dürfte nahezu reflexartig erfolgt sein. Diese Schlussfolgerung drängt sich jedenfalls aufgrund der unbestrittenen Aussagen des Berufungsklägers auf, ganz abgesehen davon, dass ihm ohnehin in seiner bedrängten Lage nur wenig Zeit zum Nachdenken verblieb.

f) Zufolge rechtfertigender Notwehr ist der Berufungskläger damit vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung und der vollendeten einfachen Körperverletzung zum Nachteil von Y freizusprechen. Ob das vom Berufungskläger verwendete Bierglas als gefährlicher Gegenstand im Sinn des Gesetzes gelten muss, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

Obergericht, 1. Abteilung, 12. März 2012, SBR.2011.40

23. "Reichsführerschein" - keine unechte Urkunde, und als falsche Urkunde nicht glaubwürdig; Einziehung (Art. 251 und 252 StGB; Art. 69 StGB)

1. Der Berufungskläger ersuchte beim Strassenverkehrsamt um Ausstellung eines Schweizer Führerausweises und legte dazu einen Ausweis der "Exilregierung des 2. Deutschen Reiches" vor. Das Strassenverkehrsamt verweigerte die Umschreibung und damit die Abgabe eines Schweizer Führerausweises. Die Rekurskommission für Strassenverkehrssachen und das Bundesgericht[241] bestätigten diese Verfügung. Daraufhin beschlagnahmte das Bezirksamt den Ausweis.

2. In der Folge forderte das Strassenverkehrsamt den Berufungskläger auf, wegen Erlöschens der Haftpflichtversicherung innert zehn Tagen die Kontrollschilder abzugeben oder innert derselben Frist einen gültigen Versicherungsnachweis einzureichen. Dieser Aufforderung kam er nicht nach.

---

[241] BGE vom 9. Februar 2009, 1C_510/2008

3. Die Staatsanwaltschaft sprach den Berufungskläger der Fälschung von Ausweisen und der Nichtabgabe entzogener Kontrollschilder trotz behördlicher Aufforderung schuldig. Dieser erhob dagegen Einsprache; das Bezirksgericht hiess diese teilweise gut. Der Berufungskläger beantragte, dieses Urteil sei teilweise aufzuheben. Zur Begründung führte er zusammenfassend aus, er habe den Ausweis des Zweiten Deutschen Reiches nicht gefälscht. Er sei der Meinung gewesen, er erwerbe einen Führerausweis von jener Institution, der er angehöre, und dass dies seine Richtigkeit habe. Das Zweite Deutsche Reich sei nach wie vor existent, und es sei nur mangels Institutionen nicht regierungsfähig.

4. a) Gemäss Art. 252 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer in der Absicht, sich oder einem anderen das Fortkommen zu erleichtern, Ausweisschriften, Zeugnisse, Bescheinigungen fälscht oder verfälscht, eine Schrift dieser Art zur Täuschung gebraucht oder echte, nicht für ihn bestimmte Schriften dieser Art zur Täuschung missbraucht.

Geschütztes Rechtsgut bei der Ausweisfälschung ist das öffentliche Vertrauen, das Ausweisschriften, Zeugnissen und Bescheinigungen im Rechtsverkehr entgegengebracht wird[242]. Ausweisschriften sind Papiere, die der Feststellung der Identität, der Standes- oder Familienverhältnisse einer Person dienen[243]. Dasselbe gilt für Dokumente, die jemandem die Erteilung einer Bewilligung attestieren, zum Beispiel dem Führerausweis[244].

b) "Fälschen" meint den Fall, dass die ganze Urkunde nicht von dem darauf angegebenen oder aus ihr ersichtlichen Ausstel-

---

[242] Boog, Basler Kommentar, Art. 252 StGB N 1
[243] Boog, Art. 252 StGB N 5
[244] Rehberg, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2.A., S. 136

ler, sondern von einem anderen angefertigt wird[245]. Eine Urkunde ist echt, wenn der tatsächliche Urheber und der aus ihr ersichtliche Aussteller identisch sind. Die Urkunde ist unecht - falsch oder gefälscht - wenn sie nicht von dem aus ihr ersichtlichen Aussteller, sondern von einem anderen stammt, beziehungsweise wenn sie den Anschein erweckt, von einem anderen als ihrem tatsächlichen Urheber herzurühren. Mit anderen Worten ist die Urkundenfälschung eine Täuschung über die Identität ihres Urhebers. Echtheit ist danach die richtig dokumentierte rechtliche Zuordnung der verkörperten Erklärung zu ihrem Aussteller, und unecht ist die Urkunde, wenn sich der erkennbare Aussteller die in ihr verkörperte Erklärung nicht mehr als die seine zurechnen lassen muss[246].

c) In der Lehre ist umstritten, ob unter die Tathandlungsvarianten von Art. 252 StGB auch die Falschbeurkundung fällt, welche im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt wird[247]. Die ursprünglich naheliegende Erklärung hiefür, dass der Gesetzgeber bei der nachträglichen Einfügung der Falschbeurkundung in Art. 251 StGB vergessen hat, Art. 252 StGB entsprechend zu ergänzen, lässt sich nach der Teilrevision im Jahr 1994 nicht ohne weiteres aufrechterhalten, zumal der bundesrätliche Entwurf die private Falschbeurkundung entgegen dem Expertenentwurf beibehalten hatte[248]. Die frühere Rechtsprechung hat die Falschbeurkundung unter den Tatbestand von Art. 252 StGB gefasst, und zwar im Wesentlichen mit der Begründung, hier sei die Falschbeurkundung im Begriff des Fälschens enthalten[249].

---

245 Rehberg, S. 125
246 Boog, Basler Kommentar, Art. 251 StGB N 3
247 Rehberg, S. 138; Boog, Art. 252 StGB N 10; Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 6.A., S. 179
248 Vgl. BBl 1991 II 990 f., 1078 f.
249 BGE 70 IV 172 f.

Falschbeurkundung ist das Errichten einer echten, aber unwahren Urkunde, bei welcher der wirkliche und der in der Urkunde enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmen[250].

5. a) Die Vorinstanz warf dem Berufungskläger vor, er habe beim Strassenverkehrsamt einen Führerausweis vorgelegt, um diesen gegen einen Schweizer Führerausweis einzutauschen. Es habe sich jedoch nicht um einen Führerausweis der zuständigen deutschen Behörde - eines Landratsamts - gehandelt. Gemäss Angaben des Berufungsklägers anlässlich der Hauptverhandlung sei der Ausweis von der "Interims-Partei" ausgestellt worden. Dass es sich bei einer Partei nicht um eine staatliche Stelle handeln könne, sei offensichtlich. Damit sei aber auch klar, dass die Partei nicht berechtigt sei, Führerausweise auszustellen. Ob der Berufungskläger über die notwendigen Voraussetzungen zur Erlangung eines Führerausweises verfüge, sei damit nicht rechtsgültig bestätigt. Beim Führerausweis des Berufungsklägers handle es sich demnach um eine unechte Urkunde, also um eine Fälschung. Der Berufungskläger habe diesen Ausweis in Täuschungsabsicht - mindestens eventualvorsätzlich - dem Strassenverkehrsamt vorgelegt, um damit einen echten staatlichen Führerausweis zu erlangen. Er habe offensichtlich gewusst, dass in der Bundesrepublik Deutschland die Landratsämter und nicht die Parteien zur Ausstellung von Führerausweisen zuständig seien, und dass er somit nicht über einen von der zuständigen deutschen Behörde ausgestellten Führerausweis verfüge, welchen er gegen einen Schweizer Führerausweis hätte eintauschen können.

b) Der Berufungskläger machte demgegenüber geltend, er habe das Ausweispapier nicht gefälscht; es sei ihm vom damaligen

---

[250] Boog, Art. 251 StGB N 36 und Art. 252 StGB N 10; Trechsel/Erni, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel et al.), 2.A., Art. 252 N 5; Rehberg, S. 126

Aussteller zugestellt worden. Er habe gehofft, dass dies seine Richtigkeit habe, da in der Bundesrepublik Deutschland mit den entsprechenden Ausweispapieren Auto gefahren und dies auch bei Tagungen propagiert werde. Da er der Meinung gewesen sei, er habe einen Führerausweis von jener Institution erworben, der er angehöre, und dies auch seine Richtigkeit habe, sei er zum Strassenverkehrsamt gegangen und habe prüfen lassen wollen, ob ein Umtausch möglich sei. Er sei Bürger des Zweiten Deutschen Reiches und nicht ein Vasall der Bundesrepublik Deutschland und der dort regierenden Politiker. Das Zweite Deutsche Reich sei noch existent und nicht untergegangen. Es sei nur mangels Institutionen (noch) nicht regierungsfähig. Er habe in Spanien so auch einen Ausweis erhalten, weshalb er dies in der Schweiz ebenfalls habe machen wollen. Er fühle sich daher völlig unschuldig. Er habe auch nicht über Umwege zu einer Fahrerlaubnis kommen wollen, denn er habe nicht gewusst, dass dieser Ausweis in der Schweiz nicht gültig sei.

6. a) aa) Eine unechte Urkunde liegt dann vor, wenn der wirkliche Aussteller mit dem erkennbaren Aussteller offensichtlich nicht übereinstimmt. Als Aussteller einer Urkunde gilt derjenige, der sie eigenhändig niedergeschrieben und unterzeichnet hat, beziehungsweise dem eine Erklärung zugerechnet wird[251].

Als Aussteller des in Frage stehenden Führerscheins wird die "Exilregierung 2. Deutsches Reich" und als ausstellende Behörde die "Reichsmeldestelle Hamburg" genannt. Auf der Rückseite des Ausweises sind die Erteilungsdaten der einzelnen Fahrzeugkategorien aufgeführt. Zudem enthält der Ausweis folgenden Hinweis: "Dieser Führerschein beruht auf der gültigen Verfassung des 2. Deutschen Reiches vom 08.08.1919 (Verfassung der Weimarer Republik). Der Inhaber

---

[251] Boog, Art. 251 StGB N 3

dieses Führerscheins unterliegt damit der Gerichtsbarkeit der gültigen Gesetze des 2. Deutschen Reiches und steht der am 18.07.1990 / 0:00 Uhr erloschenen BRD exterritorial gegenüber. Zudem gelten die Bestimmungen des Reichs-Passgesetzes von 1871. Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an das Reichsministerium des Inneren: E-Post: Info(a)zweites-Deutsches-Reich.com".

Die deutsche Reichsmeldestelle ist im Internet abrufbar; bei ihr kann man online Reichsdokumente bestellen[252]. Auch die Exilregierung des Zweiten Deutschen Reiches ist mit einer eigenen Internetseite präsent[253]. Als Aussteller des hier strittigen Ausweises erscheint die Reichsmeldestelle der Exilregierung des Zweiten Deutschen Reiches, welche diesen offensichtlich auch tatsächlich erstellte. Der erkennbare und der tatsächliche Aussteller dieses Ausweises sind hier identisch.

bb) Trotz Verwendung des richtigen Namens ist die Urkunde unecht, wenn damit eine andere Person assoziiert wird. Dies kann durch das Ausnützen der Namensgleichheit oder durch die Beifügung namensergänzender irreführender Zusätze wie Berufsbezeichnung oder Titel geschehen. Auch hier muss aber eine Täuschung über die Identität des Ausstellers vorliegen, das heisst die Urkunde muss den Anschein erwecken, der Aussteller sei eine andere Person als der wirkliche Urheber. Eine blosse Titelanmassung - ohne Täuschung über die Person des Ausstellers - bewirkt noch keine unechte Urkunde[254]. Fügt eine Privatperson einen Behördenstempel bei, so liegt eine

---

252 Vgl. www.reichsmeldestelle.info/antrag/index.php; http://www.reichsmeldestelle. info/gebuehren.php

253 Vgl. http://friedensvertrag.info; http://www.reichsmeldestelle.info/verweise.html

254 Boog, Art. 251 StGB N 13

unechte Urkunde vor, wenn damit über die Identität des Ausstellers getäuscht wird[255].

Das Oberlandesgericht Stuttgart schloss in einem Entscheid vom 25. April 2006[256] eine Verwechslungsgefahr zwischen den vom "Reichspräsidenten", "Präsidenten des Deutschen Reiches" oder "Präsidenten der Nationalversammlung" ausgestellten Ausweise und amtlichen Dokumenten aus. Dasselbe muss auch für den hier strittigen Ausweis der Reichsmeldestelle Hamburg gelten. Mit dem Oberlandesgericht Stuttgart ist dafür zu halten, dass der Führerschein in seiner äusseren Aufmachung zwar eine gewisse Ähnlichkeit mit dem entsprechenden bundesdeutschen Dokument aufweisen kann, in jedem Fall aber die Elemente überwiegen, aus denen der unbefangene Betrachter sogleich unzweifelhaft ihren nichtamtlichen Charakter erkennt: Die Ausstellerbezeichnung "Exilregierung des 2. Deutschen Reiches" macht deutlich, dass es sich nicht um ein amtliches Dokument handeln kann, weil es eine solche offiziell gar nicht gibt. Auch aus den auf der Rückseite angebrachten Bemerkungen, wonach der Inhaber der Karte nicht der Gerichtsbarkeit der erloschenen Bundesrepublik Deutschland, sondern jener des Zweiten Deutschen Reiches unterliege, und dass die Verfassung von 1919 sowie das Passgesetz aus dem Jahre 1871 gälten, kann nicht ernsthaft auf ein amtliches Dokument geschlossen werden[257].

Auch das Oberlandesgericht Koblenz führte in einem Urteil vom 10. Oktober 2007[258] aus, dass eine Körperschaft "Deutsches Reich" und eine Behörde von "Gross-Berlin", welche auf einer - in

---

255 Stratenwerth/Bommer, S. 154
256 Vgl. www.justizportal-bw.de; Entscheidungen
257 Vgl. Entscheid des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 25. April 2006, N 10
258 Vgl. Entscheid des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. Oktober 2007, in: Justizblatt Rheinland-Pfalz, 14/2007, S. 378 ff.

jenem Fall strittigen - Identitätskarte als Aussteller bezeichnet wurden, nicht existent seien. Diese Begriffe seien heute selbst als Synonym für ein bestehendes Staatsgebilde beziehungsweise die Bundeshauptstadt Berlin nicht mehr gebräuchlich. Somit könne keine gedankliche Verbindung zu staatlichen Stellen der Gegenwart hergestellt werden. Zudem wertete es den Text auf dieser strittigen Identitätskarte, welcher von der Geltung der "Gerichtsbarkeit des Deutschen Reiches und der Besatzungsmächte" und der "Exterritorialität gegenüber der Rechtsordnung der am 17. Juli 1990 de jure erloschenen Bundesrepublik Deutschland" etc. spricht, als derart sinnlose Phrasen, dass es schlichtweg unmöglich sei, diese einer amtlichen Stelle der Bundesrepublik Deutschland zuzuordnen.

Aus diesen Gründen assoziiert man auch in der Schweiz die Bezeichnung "Reichsmeldestelle" nicht mit einer Behörde mit hoheitlichen Funktionen, denn auch hier sollte bekannt sein, dass es keine rechtsstaatlich anerkannte Exilregierung des Zweiten Deutschen Reiches und dementsprechend auch keine Amtsträger dieses Reiches mit hoheitlichen Funktionen gibt. Der Leser erkennt hier also sofort, dass der Aussteller nicht - beziehungsweise nicht mehr - existiert[259]. Überdies ist das Symbol des Reichsadlers sofort erkennbar und somit auch, dass es sich nicht um ein gültiges amtliches Dokument handelt. Dieses Wissen darf zumindest von jenen Personen erwartet werden, an welche die Beurkundungen in den Führerausweisen in erster Linie gerichtet sind, nämlich an die Mitarbeiter der Polizei und des Strassenverkehrsamts. Beim in Frage stehenden Führerschein handelt es sich somit nicht um eine unechte Urkunde.

---

[259] Vgl. Krüger, Strafbarkeit rund um den sog. "Reichsführerschein", in: NZV 2008, S. 611 Ziff. 1

b) Die Falschbeurkundung ist das Herstellen einer echten, aber unwahren Urkunde, das heisst die unrichtige Beurkundung einer rechtlich erheblichen Tatsache. Nicht jede schriftliche Lüge stellt jedoch eine Falschbeurkundung dar[260]. Eine Falschbeurkundung liegt nur dann vor, wenn die Schrift dazu bestimmt oder geeignet ist, gerade die erlogene Tatsache zu beweisen[261]. Die Falschbeurkundung im Sinn von Art. 251 StGB setzt allerdings unter anderem voraus, dass der Urkunde gegenüber der gewöhnlichen schriftlichen Äusserung eine erhöhte, ein besonderes Vertrauen begründende Glaubwürdigkeit zukommt[262]. Nur jenen Schriftstücken kommt strafrechtlicher Urkundencharakter zu, die eine erhöhte Glaubwürdigkeit geniessen und denen der Adressat daher ein besonderes Vertrauen entgegenbringt, sodass eine Überprüfung der Urkunde weder nötig noch zumutbar erscheint. Eine im Verhältnis zur straflosen schriftlichen Lüge erhöhte Überzeugungskraft und Glaubwürdigkeit der Urkunde kann nur angenommen werden, wenn allgemein gültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gewährleisten. Der Tatbestand der Falschbeurkundung ist restriktiv anzuwenden[263].

Zweifel bestehen hier über die Richtigkeit der in diesem Ausweis angegebenen Führerzulassungen. Der Berufungskläger gab selber zu Protokoll, der deutsche Führerausweis sei ihm vom deutschen Staat eingezogen und vernichtet worden, wobei er den Grund dafür nicht kenne. Mit einer Auskunft bei den entsprechenden Behör-

---

260 BGE 126 IV 67

261 BGE 73 IV 50

262 Boog, Art. 251 StGB N 48; Trechsel/Erni, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel et al.), 2.A., Art. 251 StGB N 9

263 BGE 123 IV 64; Weder, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch (Hrsg.: Donatsch), 18.A., Art. 251 StGB N 20 ff.; Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2.A., Art. 251 N 11; Boog, Art. 251 StGB N 40 ff.

den[264] hätte dies verifiziert werden können, was das Ergebnis jedoch auch nicht beeinflussen würde.

Dass der Führerausweis nicht von einer amtlichen Stelle ausgestellt wurde und damit keine Garantie für die Richtigkeit des Inhalts, namentlich in Bezug auf die Führerzulassung erweckt, ist offensichtlich. Zwar mag zutreffen, dass das Zweite Deutsche Reich formell nie aufgelöst wurde; indessen ist aus dem Namen der Ausstellerin, der "Exilregierung des 2. Deutschen Reiches, Reichsmeldestelle Hamburg", unschwer zu erkennen, dass es sich dabei nicht um eine mit hoheitlichen Kompetenzen ausgestattete Behörde handelt und diese folglich keine gültigen Angaben über die Führerzulassung machen kann. Das Mass an Ähnlichkeit ist hier so gering, dass der Ausweis nicht mit einem wirksamen deutschen Führerausweis verwechselt werden kann[265]. Für eine Falschbeurkundung fehlt dem Ausweis somit die notwendige Glaubwürdigkeit. So hat denn auch der Kriminaltechnische Dienst der Kantonspolizei richtigerweise festgestellt, dass es sich beim Ausweis des Berufungsklägers um ein Fantasieprodukt handelt. Bei diesem Ergebnis kann offen gelassen werden, ob der Gebrauch einer falschen Urkunde im Sinn von Art. 252 StGB überhaupt strafbar ist.

Die Tatbestandsmerkmale der Fälschung von Ausweisen sind folglich nicht erfüllt. Allenfalls könnte von einem Versuch dazu gesprochen werden; indessen wäre dieser als untauglich zu qualifizieren und somit straflos[266].

7. a) Gemäss Art. 69 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung

---

[264] Das deutsche Kraftfahrt-Bundesamt
[265] Vgl. Krüger, S. 611
[266] Art. 22 Abs. 2 StGB

von Gegenständen, die beispielsweise zur Begehung einer Straftat bestimmt waren, wenn sie unter anderem die öffentliche Ordnung gefährden. Jede Art von Straftat kann Anlasstat sein, auch ein Versuch dazu[267]. Es genügt bereits eine straflose Vorbereitungshandlung, wenn der fragliche Gegenstand ernstlich als Tatmittel in Aussicht genommen wurde und die Tat, zu deren Begehung der Gegenstand bestimmt war, ein Stadium der Verwirklichung erreicht hat, das mindestens mit Strafe bedroht ist[268]. Die allgemeine Erhältlichkeit eines Gegenstands schliesst die Einziehbarkeit nicht aus. So sind Tatwerkzeuge unabhängig davon einzuziehen, ob sie nur rechtswidrigem oder auch anderem Gebrauch dienen können[269]. Entscheidend ist die durch den Täter realisierte oder beabsichtigte Verwendung, aufgrund welcher sich beurteilt, ob der Gegenstand beispielsweise die öffentliche Ordnung gefährdet[270]. Neben dem Deliktskonnex ist erforderlich, dass vom einzuziehenden Gegenstand eine konkrete Gefährdung der öffentlichen Ordnung ausgeht. Dabei ist eine Prognose für die Zukunft nötig; vorausgesetzt ist, dass die Gefahr auch in der Zukunft besteht und somit - unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit - die Einziehung rechtfertigt[271].

b) Der beschlagnahmte Ausweis - ausgestellt am 22. Juni 2007 durch die Reichsmeldestelle Hamburg - hat keine Aussagekraft und ist für den Berufungskläger als Führerausweis unbrauchbar beziehungsweise nutzlos. Der Berufungskläger ist "Besitzer" eines Personenwagens und als selbstständiger Kaufmann tätig. Er hat sich den in Frage stehenden Führerausweis offensichtlich deshalb beschafft, um sich beim Autofahren wieder ausweisen zu können, nachdem ihm die deutschen Behörden seinen offiziellen Führerausweis eingezogen

---

[267] Baumann, Basler Kommentar, Art. 69 StGB N 6
[268] Baumann, Art. 69 StGB N 10
[269] Baumann, Art. 69 StGB N 10; BGE 125 IV 185
[270] Baumann, Art. 69 StGB N 10; BGE 114 IV 99
[271] Baumann, Art. 69 StGB N 13 f.

hatten. Der Berufungskläger musste somit beabsichtigt haben, ohne gültigen Führerausweis Auto zu fahren, was strafbar ist[272]. Einen anderen Grund für den Erwerb des in Frage stehenden Führerausweises gab der Berufungskläger jedenfalls nicht an und ist auch nicht ersichtlich. Dass der Berufungskläger nicht gewusst haben will, dass der Ausweis der Exilregierung des Zweiten Deutschen Reiches nicht als offizielle Bestätigung seiner Führerzulassung gilt, ist unglaubwürdig, nachdem der Berufungskläger früher über einen offiziellen Führerausweis der Deutschen Behörden verfügt hatte und dieser ihm wieder entzogen wurde. Gemäss Art. 14 Abs. 1 SVG wird der Führerausweis erst erteilt, wenn die amtliche Prüfung ergeben hat, dass der Bewerber die Verkehrsregeln kennt und Fahrzeuge der Kategorie, für die der Ausweis gilt, sicher zu führen versteht. Der Berufungskläger kann diesen Nachweis nicht erbringen. Indem der Berufungskläger ohne anerkannten Führerausweis Auto fährt, gefährdet er die öffentliche Ordnung. Die Verhältnismässigkeit ist mit dem Einzug ohne weiteres gewahrt, da der Ausweis für den Berufungskläger völlig nutzlos ist. Trotz Freispruchs betreffend das Fälschen von Ausweisen sind die Voraussetzungen von Art. 69 StGB folglich erfüllt, und der beschlagnahmte Ausweis ist einzuziehen.

Obergericht, 1. Abteilung, 18. Januar 2012, SBR.2011.34

24. **Akteneinsichtsrecht eines Opfers** (Art. 101 f., 107 f. StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft führt gegen X eine Strafuntersuchung unter anderem wegen sexueller Handlung mit einem Kind, dem 10-jährigen Opfer. Dieses liess erklären, sich am Strafverfahren gegen

---

[272] Art. 96 Ziff. 1 SVG

X beteiligen und Parteirechte als Straf- und Zivilkläger ausüben zu wollen. Der Rechtsanwalt des Opfers ersuchte bei der Staatsanwaltschaft um Zustellung der Untersuchungsakten. Die Staatsanwaltschaft gewährte dem Rechtsanwalt Einsicht in die Akten, die den Vorwurf der sexuellen Handlungen mit einem Kind (dem Opfer) betrafen. Die Akteneinsicht bezüglich der Auswertung des Computers von X (im Zusammenhang mit dem Vorwurf der verbotenen Pornographie[273]) wurde verweigert.

2. Das Akteneinsichtsrecht, das einen wesentlichen Bestandteil des rechtlichen Gehörs bildet[274], wird für hängige Verfahren in Art. 101 f. StPO geregelt. Art. 101 Abs. 1 StPO legt fest, die Parteien könnten spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft die Akten des Strafverfahrens einsehen. Vorbehalten bleiben nach Art. 108 Abs. 1 StPO Fälle, wo begründeter Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht, sowie Fälle, wo höher zu gewichtende öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen bestehen. Nach Art. 102 Abs. 1 StPO entscheidet die Verfahrensleitung über die Akteneinsicht, wobei sie diesfalls die erforderlichen Massnahmen trifft, um Missbräuche und Verzögerungen zu verhindern und berechtigte Geheimhaltungsinteressen zu schützen. Zur Wahrung von Geheimhaltungsinteressen bieten sich in erster Linie die Beschränkung der Einsicht auf bestimmte Aktenteile sowie die Entfernung bestimmter Aktenteile aus dem Dossier an[275]. Mit diesem Hinweis auf die praktische Umsetzung ist allerdings noch nichts gewonnen für die hier zu beantwortende Frage, ob einem Privatkläger die Einsicht in Akten betreffend einen Sachverhalt, an welchem er nicht beteiligt ist, verweigert werden darf oder nicht.

---

[273] Art. 197 StGB
[274] Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO
[275] Schmutz, Basler Kommentar, Art. 102 StPO N 3

Schmid[276] hält fest, die Akteneinsicht sei auf jene Akten beschränkt, welche die Partei zur Wahrung ihrer Interessen kennen müsse. Wenn beispielsweise in einem Verfahren mehrere Privatkläger beteiligt seien, könnten diese nur die in ihrem Fall relevanten Akten einsehen, nicht aber die Akten zu den Fällen der anderen Privatkläger. Nicht anders sieht dies Schmutz[277], soll doch auch gemäss diesem Autor das Einsichtsinteresse der Privatklägerschaft auf jene Aktenteile beschränkt sein, die mit dem Sachverhalt der eigenen Schädigung in Zusammenhang stünden. Aktenteile dagegen, die andere Sachverhalte beträfen oder nur für die Strafzumessung von Bedeutung seien, brauche die Privatklägerschaft grundsätzlich weder für die Führung der Straf- noch der Zivilklage einzusehen.

Schmutz nimmt Bezug auf Droese[278]. Droese wiederum befasst sich in seiner Dissertation im 6. Kapitel über die "Ausübung und Modalitäten der Akteneinsicht" mit dem Umfang des Akteneinsichtsrechts in sachlicher Hinsicht respektive mit der grundsätzlichen Reichweite des Einsichtsanspruchs[279]. Der Autor kommt zum Schluss, der Einsichtsanspruch sei im Grundsatz umfassend, womit dem Privatkläger in sachlicher Hinsicht grundsätzlich Einsicht in die gesamte Untersuchungsakte zustehe[280]. Indes ist auch Droese im darauffolgenden 7. Kapitel über die "Grenzen des Akteneinsichtsrechts" - der Autor gibt hier einleitend an, bislang gegenläufige Ansprüche und Interessen seien bei der Beurteilung des Umfangs des Einsichtsrechts ausgeblendet worden - der Auffassung, der Geschädigte habe mangels

---

[276] Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 101 N 10

[277] Schmutz, Art. 101 StPO N 8

[278] Schmutz, Art. 101 StPO N 10 f. mit Hinweis auf Droese, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss. Luzern 2008, S. 91 f.

[279] Droese, S. 89 ff.

[280] Droese, S. 117

Vorwurfsrelevanz kein Einsichtsinteresse, wenn Akten in keinem Zusammenhang mit den vom Geschädigten im Rahmen des tatbestandsmässigen Geschehens erlittenen Nachteilen stünden[281].

Wie Droese[282] zudem darlegt, ergeben sich aus der Bundesverfassung nicht nur der Minimalstandard für das rechtliche Gehör beziehungsweise die Akteneinsicht, sondern ebenso der "allgemeine Rechtsgrundsatz", dass die Akteneinsicht zu beschränken ist, wenn und soweit wesentliche öffentliche oder private Geheimnisinteressen die Einsichtsinteressen überwiegen. Deshalb vermöchten die in Lehre und Rechtsprechung für die grundsätzliche Vorherrschaft von Einsichts- oder Geheimnisinteressen vorgebrachten Argumente nicht zu überzeugen. Ausgehend von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit beider Interessen sei vielmehr im Einzelfall festzustellen, welches Interesse gegenüber dem anderen schliesslich überwiege[283]. Zu keinem anderen Schluss kommen Schmid[284] und Schmutz[285], wenn sie ein "vorhandenes rechtliches Interesse" vorbehalten beziehungsweise Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts für zulässig erklären, wo beispielsweise "die Privatsphäre oder Geheimhaltungsinteressen der Parteien, anderer Verfahrensbeteiligter oder Dritter tangiert seien".

3. Somit gewährt die StPO der Privatklägerschaft nicht voraussetzungslos ein umfassendes Akteneinsichtsrecht. Vielmehr ist entscheidend, ob das Interesse des Beschwerdeführers auf Einsicht in die Akten betreffend die verbotene Pornographie höher wiegt als das Interesse des Beschuldigten auf Wahrung seiner Privat- respektive Intimsphäre beziehungsweise als die von der Staatsanwaltschaft gel-

---

281 Droese, S. 119 und 149
282 Droese, S. 123
283 Droese, S. 130
284 Schmid, Praxiskommentar, Art. 101 StPO N 10
285 Schmutz, Art. 101 StPO N 10

tend gemachten öffentlichen Interessen. Damit stehen sich Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO auf der einen Seite und Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO auf der anderen Seite gegenüber.

a) Das Abwägen von Interessen setzt zunächst das Vorhandensein von Interessen voraus. In diesem Zusammenhang spricht die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer jegliches Interesse an der Einsicht in die Akten betreffend die verbotene Pornographie ab, wobei sie unter anderem geltend macht, er habe ein solches Interesse auch gar nicht substantiiert.

aa) Der Vorwurf der mangelnden Substantiierung ist unberechtigt. Vom Beschwerdeführer, dem ja gerade die Einsicht in die Akten betreffend die verbotene Pornographie verweigert wird, kann unmöglich verlangt werden, er müsse substantiiert darlegen, weshalb er diese Akten zur Wahrung seiner Rechte als Privatkläger benötige. Dazu wäre der Beschwerdeführer überhaupt erst nach Einsicht in die Akten in der Lage.

Folglich muss genügen, wenn der Beschwerdeführer grundsätzlich geltend macht, weshalb sich die weitere Straftat auf die eigene Rechtsposition auswirken kann. Dies hat der Beschwerdeführer getan, machte er doch geltend, das umfassend zu prüfende Verschulden sei wichtig für die sorgfältige Begründung und Bezifferung von Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen. Zudem wies der Beschwerdeführer darauf hin, die neu zu Tage geförderten Delikte fielen wohl in den Bereich von Art. 197 StGB, womit abermals strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität vorlägen. Die umfassende Akteneinsicht sei notwendig, um insbesondere die Bemessungsgrundlagen, die allgemeinen Umstände der Tat und das Verschulden des Beschuldigten beurteilen zu können. Zivilforderungen könnten ohne Kenntnis der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten nicht beziffert werden, womit Klagen gegen den Staat gestützt auf das OHG unausweichlich

wären. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft wurde damit das Interesse auf Akteneinsicht hinreichend substantiiert.

bb) Die Privatklägerschaft kann nur in den Punkten, die Gegenstand der Privatklage gemäss Art. 118 Abs. 1 StPO bilden, plädieren, das heisst höchstens zum Schuld- und Zivilpunkt, nicht aber zum Sanktionspunkt (Strafzumessung, auszufällende Strafen oder Massnahmen)[286]. Vor diesem Hintergrund sind für die Privatklägerschaft lediglich die Akten ihres Teilverfahrens und die Akten zur Person des Beschuldigten erforderlich, es sei denn, die weiteren Straftaten stünden mit der eigens erlittenen Tat in relevantem Konnex.

Dieser Konnex ist hier zu bejahen: Bei der Straftat zum Nachteil des Beschwerdeführers geht es um den Vorwurf der sexuellen Handlung mit einem neunjährigen Knaben. Bei der weiteren Straftat, bezüglich welcher die Staatsanwaltschaft dem Beschwerdeführer die Akteneinsicht verwehrt, geht es um Kinderpornographie. Somit besteht ein nicht unerheblicher Deliktskonnex, sei es, dass der Beschuldigte erst durch den Konsum von Kinderpornographie die Hemmung zu eigenen sexuellen Handlungen mit einem Kind überwand, sei es, dass er sich durch das Betrachten kinderpornographischer Darstellungen für eigene sexuelle Handlungen mit einem Kind stimulierte. Gerichtsnotorisch ist jedenfalls, dass pädophile Täter nicht selten gleichzeitig Kinderpornographie konsumieren, weshalb regelmässig deren Computer danach durchforstet werden, sowie, dass solche Täter oftmals mit dem Konsum von Kinderpornographie beginnen, um alsdann die angeschauten Bilder und Filme in der Realität umzusetzen. Art und Umfang der vom Beschuldigten konsumierten Kinderpornographie

---

[286] Schmid, Praxiskommentar, Art. 346 StPO N 7 f.; Hauri, Basler Kommentar, Art. 346 StPO N 17

können deshalb durchaus aufschlussreich sein, wenn es um den Schuld- und Zivilpunkt geht.

cc) Somit kommt dem Beschwerdeführer durchaus ein berechtigtes Interesse an der von ihm verlangten Akteneinsicht zu, womit in der Folge eine Abwägung mit allfälligen gegenteiligen öffentlichen oder privaten Anliegen vorzunehmen ist.

b) aa) Unter dem Titel "Interessenabwägung" machte die Staatsanwaltschaft zunächst geltend, aufgrund der äusserst heiklen Daten bestehe ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, die Akten betreffend die Kinderpornographie ausser dem Beschuldigten möglichst keinen weiteren Personen zugänglich zu machen. Dieses Anliegen überwiege ein allfälliges Interesse des Beschwerdeführers an der Akteneinsicht.

Die Staatsanwaltschaft verkennt, dass die Akten und damit auch die kinderpornographischen Bilddateien nicht irgendwelchen Drittpersonen zugänglich gemacht werden sollen, sondern dem Rechtsbeistand eines Opfers, das sich in diesem Strafverfahren als Privatkläger und somit als Partei konstituiert hat. Dabei sieht das Gesetz in Art. 102 StPO hinreichend Möglichkeiten vor, um Missbräuche der Akteneinsicht zu verhindern. So dürfen die Akten nach Art. 102 Abs. 2 StPO nur am Sitz der betreffenden Strafbehörde und bei Missbrauchsgefahr nur unter Aufsicht eingesehen werden. Zudem haben die Parteien selbst keinen Anspruch auf Zustellung der Akten. Zugestellt werden die Akten in der Regel nur Anwältinnen oder Anwälten der Parteien, welche immerhin eine ganze Reihe von fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllen müssen, um als solche tätig sein zu dürfen[287]. Auch gelten für sie eine Reihe von Berufs- und

---

[287] Art. 7 f. BGFA

Standesregeln, so unter anderem etwa die Pflicht, den Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuüben[288]. Damit bieten Anwältinnen und Anwälte grundsätzlich hinreichend Gewähr dafür, mit sensiblen Daten professionell umgehen zu können. Sind Anwältinnen oder Anwälte indessen selber Beschuldigte oder geben sie konkreten Anlass zur Annahme, die Akten zweckwidrig zu verwenden, haben sie keinen Anspruch auf Zustellung oder Überlassung der Unterlagen. Das besondere Vertrauen, das ihnen der Gesetzgeber entgegenbringt, rechtfertigt sich nur deshalb, weil sie für ihre Klientschaft und nicht in eigener Sache am Verfahren beteiligt sind und für den Fall des Missbrauchs mit straf- oder standesrechtlichen Sanktionen zu rechnen haben[289].

Nachdem hier keinerlei Anhaltspunkte für einen Missbrauch der verlangten Akten ersichtlich sind und die Staatsanwaltschaft auch keine solchen geltend machte, steht der vom Beschwerdeführer beantragten Akteneinsicht nichts entgegen.

bb) Als zusätzliches der Akteneinsicht entgegenstehendes Interesse rief die Staatsanwaltschaft den Persönlichkeitsschutz respektive die Geheim- und Intimsphäre des Beschuldigten an. Auf den Persönlichkeitsschutz berufen kann sich allerdings allein der Beschuldigte als entsprechender Rechtsträger. Dieser aber äusserte sich - trotz Gelegenheit dazu - nicht zur Beschwerde, womit fraglich ist, ob sich die Beschwerdeinstanz mit diesem Interesse überhaupt befassen kann. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben, weil das Einsichtsinteresse des Beschwerdeführers ein allfälliges gegenteiliges Interesse des Beschuldigten klar überwöge. Die Gründe dafür wurden bereits genannt: Der Beschwerdeführer beziehungsweise dessen Rechtsbeistand haben ein ausgewiesenes Interesse daran, über Art und Umfang der

---

288 Art. 12 lit. a BGFA
289 Schmutz, Art. 102 StPO N 4

vom Beschuldigten konsumierten Kinderpornographie Aufschluss zu erhalten, weil diese Parameter von Bedeutung sein können, wenn es um den Schuld- und Zivilpunkt geht. Dabei bietet der im Anwaltsregister eingetragene Rechtsbeistand des Beschwerdeführers, dem allein die Akten zugestellt werden, hinreichend Gewähr für einen professionellen und sorgfältigen Umgang mit den zweifelsohne heiklen Akten.

cc) Zwar sind die auf den Bildern zu sehenden Kinder auch Opfer verbotener sexueller Handlungen, jedoch bleiben diese anonym und sind an diesem Strafverfahren (bislang) nicht beteiligt. Dem Einsichtsinteresse der Privatklägerschaft stehen somit auch keine Interessen auf Wahrung der Privat-, Geheim- oder Intimsphäre von weiteren am Strafverfahren beteiligten Opfern oder Drittpersonen entgegen.

c) Da die zusätzliche Straftat der verbotenen Pornographie in relevantem Konnex mit der vom Beschuldigten zum Nachteil des Beschwerdeführers verübten Straftat der sexuellen Handlung mit einem Kind steht, besteht ein Einsichtsinteresse des Beschwerdeführers (auch) an dem auf dem Computer des Beschuldigten sichergestellten Bildmaterial. Diesem stehen keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen gegenüber, weshalb die Beschwerde zu schützen und die angefochtene Verfügung aufzuheben ist. Die Staatsanwaltschaft ist somit anzuweisen, dem Beschwerdeführer auch Einsicht in die Akten betreffend die dem Beschuldigten angelastete verbotene Pornographie zu gewähren.

Obergericht, 2. Abteilung, 28. Juni 2012, SW.2012.48

25. **Geschädigtenstellung der ausländischen Insolvenzverwaltung** (Art. 115, 121 Abs. 2 StPO)

1. Die Beschwerdeführerin ist die geschiedene Ehefrau von X, der in Deutschland wegen Betrugs rechtskräftig verurteilt und über den der Konkurs eröffnet wurde. Die Beschwerdeführerin schloss mit dem deutschen Insolvenzverwalter über das Vermögen von X eine Vergleichs- und Auseinandersetzungsvereinbarung ab. Sie verpflichtete sich darin unter anderem, ihr gesamtes in der Schweiz gelegenes Eigentum an die deutsche Insolvenzmasse zu übertragen.

Die Staatsanwaltschaft führt gegen die Beschwerdeführerin eine Strafuntersuchung wegen des Verdachts auf Geldwäscherei und Veruntreuung, weil diese den Verkaufserlös einer Liegenschaft in der Schweiz nicht an die deutsche Insolvenzverwaltung abgeliefert habe. In der Folge verfügte die Staatsanwaltschaft, die deutsche Insolvenzverwaltung über das Vermögen von X gelte im Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin als Geschädigte im Sinn von Art. 115 StPO. Sie erwog, durch die abredewidrige Nichtablieferung des Erlöses aus dem Verkauf der Liegenschaft in Höhe von Fr. 21,5 Mio. erscheine die Insolvenzverwaltung als Abtretungsgläubigerin unmittelbar in ihren individuellen Vermögensrechten beeinträchtigt.

2. a) Gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO gilt als Geschädigte die Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist. Damit übernimmt die StPO die bisher in den kantonalen Strafprozessgesetzen verwendete, soweit bewährte Definition der geschädigten Person (identischer Begriff: Verletzter), die an die unmittelbare Verletzung der rechtlich geschützten Interessen des Betroffenen anknüpft. Dabei steht der tatbeständlich Verletzte im Vordergrund.

Wenn die Strafnorm Interessen des Individuums[290] schützt, ist der Träger dieses Rechtsguts Geschädigter im Sinn von Art. 115 Abs. 1 StPO. Das Gesetz unterlässt es aber bewusst, im Bereich von umstrittenen Fragen Klärung zu schaffen, und überlässt insoweit die abschliessende Definition Rechtsprechung und Lehre[291].

b) Die geschädigte Person ist gemäss Art. 105 Abs. 1 lit. a StPO Verfahrensbeteiligte, während die Privatklägerschaft nebst der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 104 Abs. 1 StPO Parteistellung hat. Als Privatklägerschaft gilt gemäss Art. 118 Abs. 1 StPO die geschädigte Person, die ausdrücklich erklärt, sich am Strafverfahren als Straf- oder Zivilklägerin zu beteiligen. Die Erklärung ist gemäss Art. 118 Abs. 3 StPO spätestens bis zum Abschluss des Vorverfahrens[292] abzugeben. Art. 115 StPO äussert sich nicht weiter zu den Verfahrensrechten der geschädigten Person. Diese ergeben sich aus Art. 105 StPO, vor allem aus dessen Abs. 2. Da die Konstituierung als Partei bis zum Abschluss des Vorverfahrens erfolgen kann, sind dem Geschädigten bis zur Abgabe dieser Erklärung mindestens auf Verlangen die Verfahrensrechte[293] zuzugestehen. Der geschädigten Person sind sodann volle Parteirechte einzuräumen, wenn sie noch keine Gelegenheit hatte, sich zur Frage der Konstituierung zu äussern, etwa wenn gleich zu Beginn des Vorverfahrens eine Nichtanhandnahme, eine Einstellung oder ein Strafbefehl ergeht[294].

---

290 Eigentum, Vermögen, Ehre, Freiheit usw.

291 Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen 2009, Art. 115 N 1 f.; Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 115 N 1 und 3

292 Art. 317 f. StPO

293 Akteneinsicht nach Art. 101 StPO; Teilnahmerechte nach Art. 147 StPO; Rechtsmittellegitimation nach Art. 382 StPO

294 Schmid, Praxiskommentar, Art. 115 StPO N 4; Küffer, Basler Kommentar, Art. 105 StPO N 9; Lieber, Art. 115 StPO N 10 f.

3. a) Die Beschwerdeführerin bestritt eine unmittelbare Verletzung der Rechte des Insolvenzverwalters, womit diesem auch keine Geschädigtenstellung im Sinn von Art. 115 StPO zukommen könne. Mit der Eröffnung des Konkurses werde sowohl nach schweizerischem als auch nach deutschem Recht dem Schuldner die Befugnis entzogen, über sein dem Konkursbeschlag unterliegendes Vermögen zu verfügen. Der Gemeinschuldner bleibe aber bis zur Verwertung Rechtsträger aller seiner Vermögensbestandteile. So sei er nach wie vor Eigentümer seiner Sachen und Gläubiger seiner Forderungen. Insbesondere werde die Konkursverwaltung beziehungsweise die Konkursmasse nicht Rechtsnachfolgerin des Schuldners.

b) Das Bundesgericht erkannte im Entscheid vom 9. März 2011[295], die konkursite Gesellschaft beziehungsweise die Gemeinschuldnerin behalte in Bezug auf den Schuldpunkt die Stellung als Geschädigte im Strafverfahren bei, womit ihr die Berechtigung zur Erhebung von Rechtsmitteln im Schuldpunkt zukomme. Die schweizerische Konkursmasse und Konkursverwaltung seien insofern nicht legitimiert. Diese seien lediglich zur Geltendmachung von Adhäsionsansprüchen berechtigt. Dem entspreche die neue Regelung von Art. 121 Abs. 2 StPO, nach welcher derjenige, der von Gesetzes wegen in die Ansprüche der geschädigten Person eingetreten sei, nur zur Zivilklage berechtigt sei und nur jene Verfahrensrechte habe, die sich unmittelbar auf die Durchsetzung der Zivilklage bezögen. Als Nachfolge in diesem Sinne werde namentlich auch die Konkursmasse bei Konkurseröffnung gegen die geschädigte Person betrachtet. Daran ändere auch nichts, wenn die Konkursverwaltung als gesetzliche Vertreterin des Gemeinschuldners verstanden werde, weil eine derartige Vertretung der Konkursverwaltung nur im Rahmen ihres gesetzli-

---

[295] 6B_557/2010, Erw. 7; Sabena SA und masse en faillite ancillaire de Sabena SA gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

chen Auftrags, nämlich der Erhaltung und Verwertung der dem Gemeinschuldner zustehenden Vermögenswerte zugunsten der Gläubiger, möglich sei. Eine Vertretung als Geschädigte in einem Strafverfahren in Bezug auf den Schuldpunkt werde von dieser Vertretungsmacht aber nicht umfasst. Allerdings schloss das Bundesgericht ein solches Verständnis der Vertretungsmacht der Konkursverwaltung mit Blick auf den Geschädigtenbegriff des Strafprozessrechts des Kantons Zürich nicht schlechterdings aus.

c) aa) Unter dem Aspekt des Art. 115 StPO befriedigt eine solch rein formale Differenzierung zwischen Eigentümerstellung des Konkursschuldners und Nicht-Eigentümerstellung der Konkursmasse beziehungsweise der Konkursverwaltung nicht. Vielmehr ist hier mit der Staatsanwaltschaft die Geschädigtenstellung analog zu den Konkursdelikten zu bejahen, weil Sinn und Zweck der Vereinbarungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Insolvenzverwaltung darin bestand, Vermögenswerte in die Konkursmasse zum Zweck der Verteilung an die Gläubiger zurückzuführen. Diesen Zweck vereitelte die Beschwerdeführerin - gemäss dem Vorwurf der Staatsanwaltschaft - durch die Nichtablieferung des Verkaufserlöses betreffend die Liegenschaft in der Schweiz. Eine solche Konstellation ist ausserhalb eines Konkursverfahrens nicht denkbar. Deshalb darf bei solchen Konstellationen in Analogie zu den Konkursdelikten die Effektivität des Strafprozesses nicht wegen formaljuristischen Unklarheiten in Bezug auf die Problematik der prozessualen Stellung der Konkursverwaltung als Geschädigte beeinträchtigt werden. Informationen der Konkursverwaltungen haben eine grosse Bedeutung für die Aufklärung allfälliger Straftaten. Notwendig ist ein Zusammenwirken zwischen prozessual erfahrenen Untersuchungsbehörden und sachverständigen Konkursverwaltungen. Die Geschädigtenstellung der Konkursverwaltung ist

daher zu bejahen[296]. Zu Recht wies die Insolvenzverwaltung auch auf die Auswirkungen der von der Beschwerdeführerin verlangten rein formalen Betrachtungsweise hin: Wäre nicht der Insolvenzverwalter (beziehungsweise die Konkursmasse), sondern nur X als durch die Handlungen seiner geschiedenen Ehefrau Geschädigter zu qualifizieren, würde dies letztlich bedeuten, dass nur er als bereits Verurteilter Privatkläger sein könnte, was dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung allfälliger Straftaten der Beschwerdeführerin[297] diametral widerspräche. Zudem bestünde diesfalls der Schaden des Konkursschuldners X darin, dass ihm mit Blick auf die Vorgänge rund um die Liegenschaft in der Schweiz (gemäss dem Verdacht auf Veruntreuung) Teile des ursprünglich widerrechtlich erlangten Vermögens vorenthalten worden wären, was ein unsinniges Ergebnis wäre.

bb) Hinzu tritt, dass die nicht erfüllten Forderungen, aufgrund derer mit Blick auf die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Liegenschaft in der Schweiz der Verdacht der Veruntreuung besteht, nicht in die Konkursmasse fallende Forderungen des Konkursschuldners X sind, sondern vielmehr der Insolvenzverwaltung aufgrund der nach dem Konkurs getroffenen Vereinbarung und Abtretung als Zessionarin zustehen[298]. Darüber hinaus erscheint bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ohnehin die Konkursmasse als unmittelbar geschädigt und nicht der Konkursschuldner. Wäre der Erlös aus dem Verkauf der Liegenschaft in der Schweiz vereinbarungsgemäss an die Insolvenzverwaltung abgeführt worden, hätte sich die Konkursmasse entsprechend vergrössert, das Vermögen des Konkursschuldners allerdings nur mittelbar, nämlich im (seltenen) Fall, da

---

[296] Vgl. Brunner, Basler Kommentar, Art. 163 StGB N 37 f.

[297] Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft steht unter anderem der Vorwurf der Veruntreuung im Raum.

[298] Nur auf diesem indirekten Weg sind sie auch Forderungen des Konkursschuldners X.

vorab alle Gläubiger aus den Aktiven hätten befriedigt werden können, mithin ein Saldo geblieben wäre. Wenn sich die Konkursmasse - wie hier - mit einem Dritten in Abgeltung von konkursrechtlichen Anfechtungsansprüchen einigt, und dieser Dritte in der Folge die versprochenen Zahlungen nicht leistet, wird zunächst einmal die Masse geschädigt, mit der Konsequenz, dass die Konkursdividende kleiner wird, weshalb hier von einer unmittelbaren Verletzung der Rechte der Masse gesprochen werden kann.

4. Zu prüfen bleibt der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach dem Beschwerdegegner die Geschädigtenstellung in seiner Eigenschaft als deutschem Insolvenzverwalter verwehrt sei.

a) Das Bundesgericht schützte in BGE 137 III 631 ff. den Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 18. Mai 2011, mit dem dieses auf die Klage der deutschen Insolvenzverwaltung gegen die Beschwerdeführerin auf Erfüllung der Vergleichs- und Auseinandersetzungsvereinbarung nicht eingetreten war. Das Bundesgericht erwog[299], das internationale Konkursrecht der Schweiz stehe auf dem Boden des sogenannten "gelockerten" Territorialitätsprinzips, wobei die Lockerung darin bestehe, dass mit der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets gemäss Art. 166 IPRG die Voraussetzungen für eine zwischenstaatliche Kooperation geschaffen worden seien. Im Übrigen seien hoheitliche Akte ausländischer Rechtsträger in der Schweiz unzulässig. Darunter fielen Betreibungshandlungen und Verwertungshandlungen im Konkurs. Der ausländische Konkursverwalter sei aufgrund von Art. 166 Abs. 1 und Art. 168 IPRG in der Schweiz einzig berechtigt, die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets sowie sichernde Massnahmen zu beantragen und - nach erfolgter Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets in der Schweiz - gestützt auf Art. 171 IPRG subsidiär Anfechtungsansprüche gemäss

---

[299] BGE 137 III 633 ff.

Art. 285 ff. SchKG geltend zu machen; dies gelte aber nur, wenn das schweizerische Konkursamt und die kollozierten Gläubiger auf die Anfechtungsansprüche verzichtet hätten. Ansonsten sei der ausländische Konkursverwalter nicht aktivlegitimiert, in der Schweiz Forderungsklagen einzureichen, sofern er nicht zuerst die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets erwirkt habe. Diese Rechtsprechung sei nicht durch eine kausale, sondern durch eine finale Betrachtungsweise geprägt. Es sei nicht danach zu unterscheiden, auf welchem Rechtsgrund die Forderung beruhe, die der ausländische Konkursverwalter in der Schweiz geltend mache. Vielmehr knüpfe diese Rechtsprechung stets am Zweck der in der Schweiz angehobenen Klage an. Bestehe dieser darin, das Haftungssubstrat für die Konkursgläubiger um in der Schweiz gelegene Vermögenswerte zu vergrössern, diene sie der Durchführung des (ausländischen) Konkurses, womit dem Konkursverwalter die direkte Klage wegen der territorialen Wirkung des Konkurses grundsätzlich untersagt sei. Die der Klage auf Erfüllung zugrunde liegenden Vereinbarungen zwischen der ausländischen Konkursverwaltung und der Beschwerdeführerin stellten Verwertungshandlungen[300] dar. Dabei sei ausschlaggebend, dass mit den Vereinbarungen die Verwertung von Schuldnervermögen bezweckt worden sei, und nicht, in welche Form die betreffenden Verwertungshandlungen gekleidet worden seien. Dass die Insolvenzverwaltung im Rahmen der Verwertung einen privatrechtlichen Vergleich abgeschlossen habe, ändere somit nichts an der Anerkennungsbedürftigkeit des ausländischen Konkursdekrets. Da die ausländische Konkursverwaltung nicht um diese Anerkennung in der Schweiz nachgesucht habe, sei sie nicht befugt gewesen, in der Schweiz auf Herausgabe des Verkaufserlöses zu klagen.

---

[300] Freihändiger Verkauf der Liegenschaft in der Schweiz und Überführung des Verkaufserlöses in die ausländische Konkursmasse

b) Aufgrund von BGE 137 III 631 ff. steht fest, dass der Beschwerdegegner im Strafverfahren nicht direkt als Zivilkläger im Sinn von Art. 118 Abs. 1 StPO auftreten kann[301]. Vielmehr ist er vorab auf den Weg des "Anschluss-", "Mini-" oder "IPRG-Konkurses" gemäss Art. 166 ff. IPRG zu verweisen. Dies bedeutet aber nicht, dass der Beschwerdegegner nicht Geschädigter oder Strafkläger sein kann. Das Bundesgericht entschied über die Legitimation in einem Forderungsprozess, nicht aber über die Frage, ob dem Beschwerdegegner in einem Strafverfahren die Stellung als Geschädigter zukommen könne, und wenn ja, ob eine Konstituierung als Strafkläger möglich sei. Grundsätzlich ist die Stellung als Geschädigter Voraussetzung für die Stellung als Privatkläger, nicht aber umgekehrt[302]. Es ist möglich, dass die Voraussetzungen für die Zulassung als geschädigte Person gegeben sind, nicht aber diejenigen zur Zulassung als Privatklägerschaft[303]. Zudem kann sich die Privatklägerschaft als Strafklägerin oder als Zivilklägerin oder als Straf- und Zivilklägerin am Strafverfahren beteiligen[304]; es ist nicht vorausgesetzt, dass sie beides will beziehungsweise kann. Die Stellung als Geschädigter und die Konstituierung als Strafkläger widerspricht auch Art. 166 ff. IPRG nicht. Diese Bestimmungen bezwecken, Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz in einem ausländischen Konkurs zu privilegieren. Um diesen Zweck nicht auszuhöhlen, ist der ausländische Konkursverwalter nicht aktivlegitimiert, in der Schweiz Forderungsklagen einzureichen, sofern er nicht zuerst die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets erwirkt hat[305]. Dieser ratio legis wird Genüge getan, wenn sich der Beschwer-

---

301 Hier stellt sich im Grunde nur die Frage nach der Geschädigtenstellung, weshalb die nachfolgenden Ausführungen, soweit sie sich auf den "Straf- beziehungsweise Zivilkläger" beziehen, im Sinn eines "obiter dictum" zu verstehen sind.

302 Art. 118 Abs. 1 StPO

303 Lieber, Art. 118 StPO N 2: Einer geschädigten Person kann beispielsweise infolge fehlender Urteilsfähigkeit die Privatklägerschaft verwehrt sein.

304 Art. 118 Abs. 1 StPO

305 BGE 137 III 634

degegner nicht als Zivilkläger konstituieren kann. Sinn und Zweck dieser auf ausländische Konkurse sowie Gläubiger mit Wohnsitz in der Schweiz zugeschnittenen Regelung ist aber nicht, diese Gläubiger vor inländischer Strafverfolgung zu bewahren. Vielmehr liegt es - wie bereits dargelegt - im öffentlichen Interesse, wenn die ausländische Konkursverwaltung mit den Schweizer Untersuchungsbehörden zusammenarbeitet, um in der Schweiz begangene Straftaten aufzuklären. Deshalb kann aus Art. 166 ff. IPRG nichts gegen die Zulassung des Beschwerdegegners als Geschädigter und Strafkläger im Strafverfahren abgeleitet werden, solange damit nicht den ausländischen Konkurs betreffende Rechtshandlungen verbunden sind. In Bezug auf die Stellung als Geschädigter und Strafkläger ist dies nicht der Fall, weshalb die Staatsanwaltschaft den Beschwerdegegner im Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin zu Recht als Geschädigten zuliess. Indessen wäre es dem Beschwerdegegner vor dem Hintergrund von BGE 137 III 631 ff. einstweilen verwehrt, sich als Zivilkläger zu konstituieren, weil dies nur über den in Art. 166 ff. IPRG vorgeschriebenen Weg möglich ist.

c) Zusammengefasst ist die ausländische Insolvenzverwaltung zwar nicht aktivlegitimiert, in der Schweiz Forderungsklagen einzureichen, sofern sie nicht vorgängig die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets erwirkte. Es spricht indessen nichts dagegen, sie als Geschädigte im Strafverfahren zuzulassen (und es spräche auch nichts gegen eine Konstituierung als Strafklägerin), weil damit keine hoheitlichen Handlungen im Zusammenhang mit dem ausländischen Konkurs verbunden sind, welche das in der Schweiz gelegene Vermögen betreffen.

Obergericht, 2. Abteilung, 28. Juni 2012, SW.2011.82

Das Bundesgericht trat auf eine dagegen erhobene Beschwerde am 24. Januar 2013 nicht ein (1B_529/2012).

26. Keine notwendige Verteidigung in den ersten zehn Tagen der Untersuchungshaft, auch wenn die Haft voraussichtlich länger dauert (Art. 130 lit. a, 132 Abs. 1 lit. b StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft beantragte am 6. Juli 2012 beim Zwangsmassnahmengericht die Anordnung von Untersuchungshaft für vorläufig einen Monat. Das Zwangsmassnahmengericht ordnete am 7. Juli 2012 Untersuchungshaft bis einstweilen 5. August 2012 an. Am 13. Juli bestellte die Staatsanwaltschaft für den Beschwerdeführer einen amtlichen Verteidiger. Der Beschwerdeführer focht die Haftanordnung an und rügte, er hätte im Haftanordnungsverfahren (wie auch generell) zwingend amtlich verteidigt werden müssen.

2. a) Nach Art. 382 Abs. 1 StPO kann jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, ein Rechtsmittel ergreifen. Ein rechtlich geschütztes Interesse ergibt sich daraus, dass die betreffende Person durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar in ihren Rechten betroffen, d.h. beschwert ist[306]. Die Beschwer muss im Regelfall im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheids noch gegeben sein; dies ist etwa bei inzwischen erfolgter Aufhebung einer Zwangsmassnahme nicht der Fall. Ausnahmsweise kann aber ein öffentliches Interesse an der Beurteilung des Rechtsmittels weiterhin gegeben sein, wenn sich in Zukunft wieder eine ähnliche Konstellation ergeben könnte[307].

b) Der Beschwerdeführer ist seit dem 13. Juli 2012 amtlich verteidigt. Insofern fehlt ein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Es besteht

---

[306] Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich 2010, Art. 382 N 7

[307] Lieber, Art. 382 StPO N 13; Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1458 Anm. 51; Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/ St. Gallen 2011, N 244 f.

aber ein öffentliches Interesse an einem Entscheid des Obergerichts über die Frage, ob bei einer Haftanordnung, welche voraussichtlich mehr als zehn Tage dauert, bereits ab dem ersten Tag gestützt auf Art. 130 lit. a StPO eine notwendige Verteidigung anzuordnen ist. Dazu kommt, dass in ähnlich gelagerten Fällen die Wahrscheinlichkeit besteht, dass eine amtliche Verteidigung bestellt wird, bevor das Obergericht über die Beschwerde entscheiden kann und somit eine rechtzeitige gerichtliche Überprüfung der Frage nicht möglich ist. Daher ist hier trotz Wegfalls des aktuellen Rechtsschutzinteresses auf die Beschwerde einzutreten.

3. a) Gemäss Art. 130 lit. a StPO muss die beschuldigte Person verteidigt werden, wenn die Untersuchungshaft einschliesslich einer vorläufigen Festnahme mehr als zehn Tage gedauert hat. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird[308]. Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung, sicherzustellen[309]. Wurden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor eine Verteidigerin oder ein Verteidiger bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet[310]. Die Verfahrensleitung ordnet eine amtliche Verteidigung an, wenn bei notwendiger Verteidigung die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine Wahlverteidigung bestimmt, oder der Wahlverteidigung das Mandat entzogen wurde oder sie es niedergelegt hat und die beschuldigte Person nicht innert Frist eine neue Wahlverteidigung bestimmt, oder wenn die beschuldig-

---

[308] Art. 131 Abs. 1 StPO
[309] Art. 131 Abs. 2 StPO
[310] Art. 131 Abs. 3 StPO

te Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist[311].

b) aa) Aus dem Wortlaut von Art. 130 lit. a StPO ergibt sich klar, dass die beschuldigte Person (erst) ab dem 11. Tag der Untersuchungshaft notwendig verteidigt sein muss[312]. Dies gilt auch, wenn die Staatsanwaltschaft oder das Zwangsmassnahmengericht bereits vor Ablauf der Zehntagesfrist davon ausgehen (müssten), dass die Untersuchungshaft wahrscheinlich oder gar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit länger als zehn Tage dauern wird. Allerdings ergibt sich aus dem klaren Wortlaut von Art. 130 lit. a StPO auch, dass die Staatsanwaltschaft nicht erst am 11. Tag eine Verteidigung suchen und organisieren kann; vielmehr muss die notwendige Verteidigung ab dem 11. Tag einsatz- und funktionsfähig sein[313].

bb) Hätte der Gesetzgeber beabsichtigt, dass bereits vor dem 11. Tag eine notwendige Verteidigung angeordnet werden müsse, wenn erkennbar ist, dass die Untersuchungshaft mehr als zehn Tage dauern wird, hätte er dies entsprechend formuliert, wie er dies in Art. 130 lit. b StPO tat. Gemäss dieser Bestimmung muss die beschuldigte Person verteidigt werden, wenn ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme droht. Während im Fall von Art. 130 lit. b StPO somit die Notwendigkeit der Verteidigung von der mutmasslichen Dauer der drohenden Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Massnahme abhängt, was von der Staatsanwaltschaft bereits zu Beginn des Verfahrens eine entsprechen-

---

311 Art. 132 Abs. 1 StPO

312 Ruckstuhl, Basler Kommentar, Art. 130 StPO N 12; Schmid, N 732 Anm. 194; Lieber, Art. 130 StPO N 11

313 Ruckstuhl, Art. 130 StPO N 12

de Prognose erfordert, stellt Art. 130 lit. a StPO auf die tatsächliche Dauer der Haft ab und verlangt eine Verteidigung nach zehn Tagen.

cc) Der Beschwerdeführer wurde am 5. Juli 2012 festgenommen. Die Zehntagesfrist lief am 14. Juli 2012 ab. Mit der Einsetzung einer amtlichen Verteidigung ab 13. Juli 2012 wurde die in Art. 130 lit. a StPO gesetzte Frist eingehalten.

c) Aus Art. 131 und 132 StPO kann der Beschwerdeführer nichts für seine Auffassung ableiten. Das Ziel der notwendigen Verteidigung kann nur erreicht werden, wenn die Verteidigung nach der Feststellung, dass ein Fall nach Art. 130 StPO vorliegt, unverzüglich bestellt wird[314]. Das soll Art. 131 Abs. 1 StPO gewährleisten. Bezogen auf Art. 130 lit. a StPO bedeutet dies indessen "nur" die Sicherstellung der Verteidigung ab dem 11. Tag der Haft, weil erst dann ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben ist. Art. 132 Abs. 1 StPO hat für die Beurteilung der hier zu entscheidenden Frage keine Bedeutung, denn es ergibt sich daraus nur, wann eine amtliche Verteidigung anzuordnen ist.

d) Die Frage, ob die zehntägige Frist zu lang ist[315], ist eine rechtspolitische Frage, welche der Gesetzgeber klar beantwortete. Im Verlauf des Erlasses der StPO stand ausdrücklich zur Diskussion, ob nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt notwendige Verteidigung eintreten solle: Im Entwurf war noch vorgesehen gewesen, dass bereits bei einer Untersuchungshaft von mehr als drei Tagen (für mittellose Beschuldigte) eine amtliche Verteidigung angeordnet werden könne; diese Bestimmung wurde aber im Parlament gestrichen. Sodann fand ein Antrag, welcher bereits nach fünf Tagen Untersuchungshaft die

---

[314] Schmid, N 737
[315] Ruckstuhl, Art. 130 StPO N 13

Anordnung einer notwendigen Verteidigung forderte, im Nationalrat keine Mehrheit[316]. An den klaren Willen des Gesetzgebers ist der Richter gebunden[317].

e) aa) Ruckstuhl[318], auf den sich der Beschwerdeführer beruft, vertritt die Meinung, ein Beschuldigter müsse vor dem Zwangsmassnahmengericht notwendigerweise verteidigt sein. Er räumt indessen ein, mangels entsprechender Bestimmungen werde die Auffassung vertreten, das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht sei ein Anwendungsfall von Art. 132 Abs. 2 StPO und somit müsse für dieses Verfahren eine amtliche Verteidigung organisiert werden. Für den Staat entstehe, wenn er Personen besonders in die Pflicht nehme, diesen gegenüber auch eine Fürsorge- und Obhutspflicht. Diese gebiete es, dass der Staat bei drohenden schweren Eingriffen in Freiheitsrechte diesen Personen von Amtes wegen eine Verteidigung beigebe, damit deren Interessen optimal gewahrt würden. Zur Wahrung dieser Interessen seien weder die Staatsanwaltschaft noch das Zwangsmassnahmengericht in der Lage, wenn man sich nur schon den Fall vorstelle, dass die zu inhaftierende Person von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch mache. Deshalb müsse eigentlich eine zu inhaftierende Person vor dem Zwangsmassnahmengericht notwendigerweise verteidigt sein.

bb) Diese Argumentation ändert aber nichts daran, dass der Gesetzgeber bewusst für die ersten zehn Tage der Untersuchungshaft keine notwendige Verteidigung vorschrieb. Daraus ergibt sich, dass auch für das erste Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht, das während dieser Zeit stattfindet, aus Sicht des Gesetzgebers

---

316 Lieber, Art. 130 StPO N 12
317 Art. 5 Abs. 1 und Art. 190 BV
318 Ruckstuhl, Art. 130 StPO N 13

keine Verteidigung notwendig ist. Es würde deshalb zu weit gehen, gestützt auf die staatliche Fürsorgepflicht und die Vorschriften über die amtliche Verteidigung auf dem Weg der Rechtsprechung faktisch doch eine notwendige Verteidigung für das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht einzuführen. Das (erste) Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht nach der Festnahme kann deshalb nicht als "Nicht-Bagatellfall" im Sinn von Art. 132 Abs. 2 StPO qualifiziert werden, welcher die Verteidigung gebietet. Aus Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO ergibt sich zudem, dass sich der Begriff "Bagatellfall" auf den gesamten Fall bezieht, nicht nur auf den Aspekt des Haftverfahrens. Entscheidend sind die Taten, welcher der Beschuldigte verdächtigt wird.

f) Damit bleibt die Frage, ob die Staatsanwaltschaft für das Untersuchungsverfahren oder das Zwangsmassnahmengericht für das Haftanordnungsverfahren eine amtliche Verteidigung gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b und Art. 132 Abs. 2 und 3 StPO hätten anordnen müssen. Weil kein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt, hatte die Verfahrensleitung nicht (von Amtes wegen) für eine Verteidigung zu sorgen. Vielmehr kommt eine amtliche Verteidigung gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO auf Antrag des bedürftigen Beschuldigten in Frage[319]. Die Staatsanwaltschaft hatte den Beschwerdeführer bereits in der Einvernahme vom 6. Juli 2012 auf die Möglichkeit hingewiesen, eine amtliche Verteidigung zu beantragen[320]; der Beschwerdeführer machte davon aber nicht Gebrauch. Im Übrigen war gemäss dem Aktenstand vor und zu Beginn des Haftverfahrens - in welchem ein Geständnis für einen Diebstahl eines Mobiltelefons und eines Laptops sowie für die Entwendung eines Fahrrads und der Verdacht eines weiteren gleichartigen Diebstahls vorlagen - keine Freiheitsstrafe von

---

[319] Ruckstuhl, Art. 132 StPO N 22
[320] Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO

mehr als vier Monaten (beziehungsweise entsprechende äquivalente Strafen) zu erwarten.

Obergericht, 2. Abteilung, 23. August 2012, SW.2012.76

27. Unabhängigkeit der Sachverständigen: Ärztin, die bei der Spital Thurgau AG angestellt ist (Art. 183 Abs. 3, 56 StPO)

1. Der Beschwerdeführer wird der Tatbeteiligung an einer Tötung verdächtigt, weshalb er in Untersuchungshaft versetzt wurde. Die Staatsanwaltschaft beauftragte Dr. med. X, angestellte Ärztin bei der Spital Thurgau AG, mit der Begutachtung des Beschwerdeführers zur Frage der Hafterstehungs- und Einvernahmefähigkeit. Der Beschwerdeführer wendet sich dagegen, dass Dr. X als sachverständige Person bestellt wird.

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, der Gutachterin fehle die erforderliche Unabhängigkeit. Die Spital Thurgau AG sei eine öffentlich-rechtliche AG des - strafverfolgenden - Kantons Thurgau als Alleinaktionär. Sie betreibe in der Psychiatrischen Klinik Münsterlingen ein Kompetenzzentrum für forensische Psychiatrie, welches von Dr. X geleitet werde. Die allermeisten psychiatrischen Gutachten in thurgauischen Strafverfahren stammten von diesem Kompetenzzentrum, womit dieses seine Honorareinnahmen mehrheitlich oder gar überwiegend aus forensischen Begutachtungen für die Strafverfolgungsbehörden des Kantons Thurgau generiere. Zudem solle eine besondere Vereinbarung mit den thurgauischen Strafverfolgern über Begutachtungsleistungen existieren. Unter solchen Umständen lasse sich der erforderliche Anschein der Unbefangenheit nicht mehr aufrechterhalten. Wer einen schönen, gar überwiegenden Teil seiner

Arbeit und seines Honorarumsatzes den gleichen Auftraggebern verdanke, dem fehle schon strukturell der Anschein der Unabhängigkeit.

3. a) Der Sachverständige soll unabhängig, unbefangen und unparteiisch sein[321]. Niemand darf als Sachverständiger beigezogen werden, der als Richter abgelehnt werden könnte[322]. Deshalb gelten für sachverständige Personen die gleichen Ausstandsregeln wie für Justizangehörige. Der Gesetzgeber verweist in Art. 183 Abs. 3 StPO auf die allgemeinen strafprozessualen Ausstandsgründe gemäss Art. 56 StPO. Der Anspruch auf einen unabhängigen Gutachter ist formeller Natur[323]. Befangenheit eines Sachverständigen kann nicht leichthin angenommen werden[324], wobei allerdings auch hier Umstände genügen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit objektiv zu begründen vermögen[325].

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist eine Befangenheit der sachverständigen Person in allgemeiner Weise zu vermuten, wenn konkrete Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in deren Unparteilichkeit zu erwecken. Solche Umstände lassen sich einmal aus dem persönlichen Verhalten des Betroffenen oder aus gewissen funktionellen oder organisatorischen Gegebenheiten ableiten[326]. Dabei können wirtschaftliche Beziehungen der sachverständigen Person zu einer Partei zwar durchaus eine Ausstandspflicht begründen. Allein der Umstand, dass beide in einem öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis zum gleichen Arbeitgeber stehen, genügt aber regelmässig nicht zur Annahme von Parteilichkeit. Hier kann es sich leicht ergeben, dass ein Gemeinwesen als Arbeitgeber eines Experten gleichzeitig in Justizver-

---

321 BGE 125 II 544
322 BGE 127 I 81 f.
323 BGE 125 II 546
324 Vgl. BGE 125 II 541 f., 118 II 251, 97 I 4, 94 I 421
325 BGE 125 II 545
326 Heer, Basler Kommentar, Art. 183 StPO N 22

fahren institutionell eingebunden ist, sei es etwa als anklagende Behörde. Eine Parteilichkeit ist diesfalls nur ausnahmsweise anzunehmen, etwa wenn die sachverständige Person in einem unmittelbaren Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis zum öffentlichrechtlichen Arbeitgeber steht, der überdies direkt in den Prozess involviert ist[327]. Das ist hier nicht der Fall.

Im Zusammenhang mit einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung erachtete das Bundesgericht in BGE 118 II 251 f. die Unabhängigkeit eines Sachverständigen nicht dadurch in Frage gestellt, dass Klinikärzte zumeist Beamte sind und als solche in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat stehen. Müssten solche Ärzte überhaupt als Gutachter ausgeschlossen werden, entstünden vor allem für kleinere Kantone beinahe unlösbare praktische Probleme. Das Obergericht hielt - ebenfalls im Zusammenhang mit dem fürsorgerischen Freiheitsentzug - fest, als unbefangene Sachverständige gälten fachkundige neutrale Ärzte öffentlicher Kliniken, wenngleich sie in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zum einweisenden Staat stünden. Es sei deshalb zulässig, dass Ärzte der Psychiatrischen Klinik Littenheid Gutachten über Patienten verfassten, welche in der Klinik Münsterlingen zurückbehalten würden (und umgekehrt). Zudem sei die Erstattung eines Gutachtens von einem privaten Psychiater innert nützlicher Frist nicht zu erwarten, womit die Anforderungen an die Raschheit des Verfahrens nicht erfüllt wären[328].

BGE 137 V 210 befasst sich ausführlich mit der Unabhängigkeit der medizinischen Abklärungsstelle MEDAS von der Invalidenversicherung. Das Bundesgericht erwog, unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Abhängigkeit führten nach ebenfalls gefestigter Recht-

---

[327] Heer, Art. 183 StPO N 27

[328] Nicht publizierte Entscheide des Obergerichts vom 4. Mai 2009, ZR.2009.27, S. 5 f., und vom 6. März 2009, ZR.2009.16, S. 5

sprechung der regelmässige Beizug eines Gutachters oder einer Begutachtungsinstitution durch den Versicherungsträger, die Anzahl der beim selben Arzt in Auftrag gegebenen Gutachten und Berichte sowie das daraus resultierende Honorarvolumen für sich allein genommen nicht zum Ausstand. Hinsichtlich der MEDAS als Institution gelte sinngemäss ohnehin, dass sich ein Ausstandsbegehren stets nur gegen Personen und nicht gegen Behörden richten könne; nur die für eine Behörde tätigen Personen, nicht die Behörde als solche, könnten befangen sein. Im Rahmen einer administrativen Sachverhaltsabklärung liege selbst dann kein formeller Ausstandsgrund vor, wenn von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit der MEDAS von der Invalidenversicherung auszugehen wäre, denn ein Ausstandsgrund sei nicht schon deswegen gegeben, weil jemand Aufgaben für die Verwaltung erfülle, sondern erst bei persönlicher Befangenheit[329]. Diese Grundsätze sind sinngemäss auch hier zu beachten.

b) Persönliche Befangenheit wirft der Beschwerdeführer Dr. X nicht vor, sondern allein solche aufgrund wirtschaftlicher und struktureller Abhängigkeit des Kompetenzzentrums für forensische Psychiatrie der PSK Münsterlingen von den Thurgauer Strafverfolgungsbehörden. Allerdings genügt der Umstand, dass dieses Zentrum regelmässig im Auftrag von Thurgauer Staatsanwältinnen und Staatsanwälten psychiatrische Begutachtungen durchführt, allein nicht für die Annahme fehlender Unabhängigkeit von Dr. X als Sachverständiger.

Auch wenn der Kanton Thurgau Alleinaktionär der Spital Thurgau AG ist, steht Dr. X einzig zur Spital Thurgau AG und nicht zum Kanton in einem unmittelbaren Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis. Die Spital Thurgau AG ihrerseits ist überhaupt nicht in dieses

---

[329] BGE 137 V 226 f.

Strafverfahren involviert. Das Bindeglied wäre, wenn überhaupt, allenfalls die Regierung des Kantons Thurgau; dieser fehlt aber nur schon die Möglichkeit, auf einzelne Strafverfahren Einfluss zu nehmen[330]. Schliesslich ist die Staatsanwaltschaft erst im Haupt- und Rechtsmittel-, nicht aber schon im Vorverfahren Partei[331]. In diesem Stadium gilt der Untersuchungsgrundsatz, wobei die Staatsanwaltschaft uneingeschränkt objektiv zu sein hat[332].

Zusammengefasst besteht somit nicht einmal der Anschein der Befangenheit von Dr. X. Beredtes Zeugnis dafür legt ihr Gutachten ab, das zwar im Ergebnis nicht zu Gunsten des Beschwerdeführers ausfiel, in der Begründung aber stimmig differenziert und die Schlussfolgerungen nachvollziehbar darlegt. Daher ist die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 25. September 2012, SW.2012.88

28. **Haftverlängerungsgesuch unmittelbar nach Erhalt der Haftanordnung** (Art. 226 f. StPO)

1. Am 2. April 2012, 14.00 Uhr, führte das Zwangsmassnahmengericht eine Verhandlung betreffend Haftanordnung durch. Noch gleichentags versetzte das Zwangsmassnahmengericht die Beschuldigte in Untersuchungshaft und erklärte diese bis einstweilen 14. April 2012 für zulässig. Ebenfalls am 2. April 2012 beantragte die Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht die Verlängerung der Untersu-

---

330 Art. 4 Abs. 1 StPO
331 Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO
332 Art. 6 StPO

chungshaft bis 14. Juni 2012. Sie begründete das Gesuch wie schon den Haftantrag mit dringendem Tatverdacht und Kollusionsgefahr sowie neu mit Ausführungsgefahr. Am 4. April 2012 trat das Zwangsmassnahmengericht auf das Haftverlängerungsgesuch der Staatsanwaltschaft nicht ein.

2. a) Das Nichteintreten auf das Haftverlängerungsgesuch begründete die Vorinstanz damit, es mute einigermassen befremdlich an, wenn die Staatsanwaltschaft kurz nach Erhalt des Dispositivs, jedoch noch vor Eröffnung des begründeten Entscheids betreffend die Haftanordnung und offensichtlich als Reaktion darauf, dass dem Haftantrag in zeitlicher Hinsicht nicht vollumfänglich entsprochen worden sei, bereits um Verlängerung der Haft ersuche und dafür einen neuen Haftgrund vorschiebe. Seit der Haftverhandlung hätten keine neuen Erkenntnisse gewonnen werden können; zumindest seien solche nicht präsentiert worden. Die Staatsanwaltschaft habe den Rechtsmittelweg zu beschreiten und nicht den Entscheid betreffend Haftanordnung durch ein sofortiges Haftverlängerungsgesuch in Frage zu stellen. Dies sei ein untauglicher Versuch, den Haftantrag mit neuen Haftgründen zu retten. Es sei der Staatsanwaltschaft unbenommen, vor Ablauf der bewilligten Dauer der Untersuchungshaft ein Gesuch um Haftverlängerung zu stellen, wobei sie dann aufgrund des aktuellen Untersuchungsstands darzulegen habe, dass und inwieweit die Gründe für die Weiterführung der Untersuchungshaft nach wie vor gegeben seien. In ihrer Vernehmlassung ergänzte die Vorinstanz, die Staatsanwaltschaft anerkenne selbst, noch acht Tage Zeit gehabt zu haben, ein Haftverlängerungsgesuch einzureichen. In diesen acht Tagen ergäben sich wesentliche neue Erkenntnisse, weshalb es nicht angehe, kurz nach bewilligter Untersuchungshaft bereits um Haftverlängerung zu ersuchen, ohne dass sich am Erkenntnisstand etwas geändert hätte.

b) Läuft die vom Zwangsmassnahmengericht festgesetzte Dauer der Untersuchungshaft ab, kann die Staatsanwaltschaft ein Haftverlängerungsgesuch stellen. Sie reicht dem Zwangsmassnahmen-

gericht das schriftliche und begründete Gesuch spätestens vier Tage vor Ablauf der Haftdauer ein und legt ihm die wesentlichen Akten bei[333]. Laut der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005[334] bleibt es der Staatsanwaltschaft unbenommen, bereits viel früher (im Extremfall Wochen vor Ablauf der Haftdauer) um Verlängerung der Haft nachzusuchen. Sie laufe diesfalls allerdings Gefahr, dass ihr Gesuch abgewiesen werde, weil sie nicht hinreichend nachzuweisen vermöge, dass im Zeitpunkt des Ablaufs der Haftdauer hinreichende Gründe für eine Verlängerung vorlägen. Es ist also zulässig, den Antrag auf Haftverlängerung bereits früh(er) zu stellen[335]. Die Staatsanwaltschaft durfte folglich grundsätzlich bereits unmittelbar nach Erhalt der Haftanordnung ein Haftverlängerungsgesuch stellen, und das Zwangsmassnahmengericht hätte darauf eintreten müssen.

c) Der (implizite) Vorwurf der Vorinstanz, die Staatsanwaltschaft habe rechtsmissbräuchlich[336] gehandelt, ist nicht begründet. Die Staatsanwaltschaft erfuhr im Verlauf des (späteren) Nachmittags des 2. April 2012, dass die von ihr bis 30. April 2012 beantragte Haft nur bis 14. April 2012 bewilligt wurde, und dass sie ein allfälliges Haftverlängerungsgesuch bis spätestens vier Tage vor Ablauf der Haftdauer, das heisst bis spätestens am 10. April 2012 stellen musste. Ebenfalls am 2. April 2012 wurde die Staatsanwaltschaft vom forensischen Psychiater für eine allfällige Wiederholungs- beziehungsweise Ausführungsgefahr sensibilisiert. Es ist nachvollziehbar, dass die Staatsanwaltschaft angesichts der vom 6. bis 9. April 2012 dauernden

---

333 Art. 227 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 StPO

334 BBl 2006 S. 1232 f. Unter Hinweis auf die Botschaft ebenso Forster, Basler Kommentar, Art. 227 StPO N 3 Anm. 19

335 Hug, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), Zürich 2010, Art. 227 N 5

336 Art. 3 Abs. 2 lit. a und b StPO

Osterfeiertage das Haftverlängerungsgesuch frühzeitig bei der Vorinstanz einreichen wollte. Vor diesem Hintergrund erweist sich das Vorgehen der Staatsanwaltschaft nicht als rechtsmissbräuchlich.

d) Allerdings ist zu betonen, dass das Vorgehen der Staatsanwaltschaft nur in diesem konkreten Fall als zulässig erscheint. Grundsätzlich hat die Staatanwaltschaft einen Haftentscheid, mit dem sie nicht einverstanden ist, mit Beschwerde anzufechten und im Fall zeitlicher Dringlichkeit bei der Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nach Art. 388 StPO die Verlängerung der Haft zu beantragen.

e) Alternativ hätte die Staatsanwaltschaft nach Erhalt des Nichteintretensentscheids vier Tage vor Ablauf der bewilligten Haft mit einem Haftverlängerungsgesuch erneut an die Vorinstanz gelangen und dieser nochmals die Verlängerung der Haft bis 14. Juni 2012 beantragen können, wie sie von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid dazu angehalten worden war. Der Ansicht der Staatsanwaltschaft, wonach der Nichteintretensentscheid für sie bindend sei, weshalb sie das inhaltlich gleiche Gesuch später nicht nochmals habe stellen können, ist nicht zuzustimmen, denn der hier angefochtene Nichteintretensentscheid erwuchs nicht in materielle Rechtskraft. Ob dieses Vorgehen der Staatsanwaltschaft Aussicht auf Erfolg gehabt hätte, nachdem die Vorinstanz in ihrem Nichteintretensentscheid quasi in einem "obiter dictum" die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr klar verneinte, bleibt dahingestellt.

Obergericht, 2. Abteilung, 24. April 2012, SW.2012.28

29. **Durchführung einer Beschlagnahme; Sicherungseinziehung einer Pistole** (Art. 263 Abs. 2 und 3, 266 StPO; Art. 69 StGB)

1. a) Die Staatsanwaltschaft führt gegen den Beschwerdeführer eine Strafuntersuchung wegen vorsätzlicher Tötung seiner Lebenspartnerin, die an den Folgen eines Treppensturzes starb. Der Beschwerdeführer ersuchte die Staatsanwaltschaft um Rückgabe seiner Pistole und seiner schwarzen Hose, welche die Polizei behändigt habe. Die Staatsanwaltschaft teilte ihm mit, eine Beschlagnahme oder Rückgabe der sichergestellten Gegenstände mittels Verfügung könne erst erfolgen, wenn der polizeiliche Schlussbericht mit den Beschlagnahmeanträgen vorliege. Dannzumal werde die Staatsanwaltschaft eine beschwerdefähige Beschlagnahmeverfügung bezüglich der Gegenstände erlassen, die nicht zurückgegeben werden könnten, so vermutlich auch die Waffe. Die anderen Gegenstände könne der Beschwerdeführer bei der Kriminalpolizei abholen. In der Folge beschlagnahmte die Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO i.V.m. Art. 69 StGB verschiedene Gegenstände, darunter auch die Pistole samt Munition. Zur schwarzen Hose äusserte sie sich nicht.

b) Der Beschwerdeführer beantragte, ihm sei die Pistole samt Munition auszuhändigen. Ferner sei die Staatsanwaltschaft anzuweisen, über die ausdrücklich beantragte Herausgabe einer schwarzen Hose zu entscheiden. Die Staatsanwaltschaft hielt dem entgegen, die Waffe sei mit Blick auf eine mögliche Einziehung beschlagnahmt worden. Die Hose sei nicht beschlagnahmt worden und könne vom Beschwerdeführer jederzeit abgeholt werden.

2. Gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO können Gegenstände einer beschuldigten Person beschlagnahmt werden, wenn sie voraussichtlich einzuziehen sind. Die Beschlagnahme ist laut Art. 263 Abs. 2 StPO mit einem schriftlichen, kurz begründeten Befehl anzuordnen. In

dringenden Fällen kann sie mündlich angeordnet werden, ist aber nachträglich schriftlich zu bestätigen. Ist Gefahr in Verzug, können gemäss Art. 263 Abs. 3 StPO die Polizei oder Private Gegenstände und Vermögenswerte zuhanden der Staatsanwaltschaft oder der Gerichte vorläufig sicherstellen. Dabei handelt es sich um eine "Notkompetenz" zur Sicherstellung von Gegenständen und Vermögenswerten zuhanden der Staatsanwaltschaft[337].

a) aa) Art. 263 Abs. 2 StPO regelt die Befugnis zur Anordnung einer Beschlagnahme nicht. Sie ergibt sich aber aus Art. 198 Abs. 1 StPO. Diese Bestimmung regelt die Frage für Zwangsmassnahmen und damit auch für die Beschlagnahme allgemein: Danach sind die Staatsanwaltschaft (lit. a), die Gerichte und in dringenden Fällen ihre Verfahrensleitung (lit. b) sowie in den gesetzlich vorgesehenen Fällen die Polizei (lit. c) befugt, eine Beschlagnahme anzuordnen[338]. Für Beschlagnahmungen sind demnach grundsätzlich die Staatsanwaltschaft und die Gerichte zuständig. Ist Gefahr in Verzug, droht mithin bei nicht sofortigem Zugriff etwa ein Verlust des Beweismittels oder Vermögenswerts, sind die Polizei und Private zur Sicherstellung befugt, dies wohl nicht selten im Zusammenhang mit einer vorläufigen Festnahme nach Art. 217 oder 218 StPO. Für diese vorläufige Sicherungsmassnahme braucht es keinen Befehl nach Art. 263 Abs. 2 StPO. Die Polizei übergibt die Gegenstände mit einem kurzen Bericht der Staatsanwaltschaft (oder dem Gericht). Die Staatsanwaltschaft hat anschliessend nach Art. 263 Abs. 2 und Art. 266 StPO vorzugehen; das heisst, sie hat einen Beschlagnahmebefehl zu erlassen oder das Objekt freizugeben[339]. Die gleichen Grundsätze gelten bei der Be-

---

[337] Bommer/Goldschmid, Basler Kommentar, Art, 263 StPO N 7
[338] Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 65
[339] Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 263 N 8; Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 67 und 7

schlagnahme oder polizeilichen Sicherstellung im Rahmen einer Hausdurchsuchung[340].

bb) Der Beschlagnahmebefehl hat regelmässig schriftlich zu ergehen. Ausnahmsweise ist in dringenden Fällen Mündlichkeit zugelassen, doch ist dann der Beschlagnahmebefehl hinterher schriftlich zu bestätigen. Als "dringend" wird ein Fall zu gelten haben, wenn der mit der schriftlichen Ausstellung verbundene Zeitverlust zur Folge hätte, dass die (von den Voraussetzungen her zulässige) Beschlagnahme ins Leere laufen würde, weil zu erwarten ist, dass der zu beschlagnahmende Gegenstand oder Vermögenswert nicht mehr aufzufinden ist[341]. Der Beschlagnahmebefehl hat eine kurze Begründung zu enthalten; eine ausführliche ist in der Regel nicht nötig. Deren Inhalt und Umfang ergibt sich aus seiner Funktion: Dem Betroffenen sind Grund und Reichweite des Eingriffs in das Eigentum (und allenfalls in die Wirtschaftsfreiheit) darzulegen, und dem für die Durchführung der Beschlagnahme Verantwortlichen ist eine möglichst präzise Anleitung für sein Tun zu geben. Dazu gehören unter anderem auch die Tatbestände, derentwegen die Strafuntersuchung geführt wird, und der Rechtsgrund der Beschlagnahme sowie eine kurze Darlegung, aus welchen tatsächlichen Gründen die Beschlagnahme angeordnet wird[342].

b) Das zu beurteilende Beschlagnahmeverfahren weist verschiedene formelle Mängel auf.

aa) Die Staatsanwaltschaft leitet gestützt auf Art. 16 Abs. 2 und 61 lit. a StPO vom Vorverfahren bis zur Einstellung oder Anklageerhebung das Strafverfahren. Sie ist somit in diesen Verfah-

---

340 Vgl. Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 64
341 Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 61
342 Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 62

rensabschnitten Herrin des Verfahrens[343]. Sie hat schon im polizeilichen Ermittlungsverfahren, das heisst sobald die Polizei Ermittlungen durchführt, die als Verfahrenshandlungen in einem Strafverfahren der StPO unterstehen, die Verfahrensleitung inne[344]. Im Untersuchungsverfahren liegt die Kompetenz für Beschlagnahmen grundsätzlich bei der Staatsanwaltschaft[345]. Es ist deshalb nicht haltbar, dass die Staatsanwaltschaft von der Polizei sichergestellte Gegenstände erst rund ein halbes Jahr später formell beschlagnahmt. Die Staatsanwaltschaft begründete die Verzögerung damit, eine Beschlagnahme könne erst erfolgen, wenn der polizeiliche Schlussbericht mit den Beschlagnahmeanträgen vorliege. Diese Auffassung findet in der StPO keine Stütze. Abgesehen davon, dass seit Erlass der Strafprozessordnung die Staatsanwaltschaft Herrin der Strafuntersuchung einschliesslich des Vorverfahrens ist, können Zwangsmassnahmen wie die Wegnahme von Gegenständen nicht ohne entsprechende formelle Grundlage erfolgen. In Notfällen ist die Grundlage im Nachhinein unverzüglich zu schaffen. Die Staatsanwaltschaft kann und darf sich selbstverständlich mit der Polizei besprechen, ob eine Beschlagnahme erfolgen soll oder nicht. Sie ist indessen zuständige und verantwortliche Behörde und hat die Beschlagnahme zu verfügen. Desgleichen hat sie gemäss Art. 267 Abs.1 StPO die Beschlagnahme aufzuheben, wenn der Grund dafür weggefallen ist[346].

---

343 Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, § 21 N 351; Riklin, StPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 16 N 2

344 Jent, Basler Kommentar, Art. 61 StPO N 2 f., 6 f.

345 Daneben bestehen - neben der Zuständigkeit der Polizei gemäss Art. 263 Abs. 3 StPO - im polizeilichen Ermittlungsverfahren die Sicherstellungs- beziehungsweise Beschlagnahmebefugnis gemäss Art. 306 Abs. 2 lit. a StPO und allfällige Kompetenzen gemäss kantonalem Polizeirecht; vgl. Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 8 und 67.

346 Vgl. Bommer/Goldschmid, Art. 267 StPO N 3 ff., 24 ff.

bb) Die Pistole wurde offenbar am Todestag des mutmasslichen Opfers in der Wohnung des Opfers und des Beschwerdeführers in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft von der Polizei sichergestellt. In einem solchen Fall kann von Gefahr im Verzug keine Rede sein; eine Notkompetenz der Polizei im Sinn von Art. 263 Abs. 3 StPO entfällt, wenn die Staatsanwaltschaft anwesend ist[347]. Wenn nach Auffassung der Polizei in einem solchen Fall Gegenstände oder Vermögenswerte sichergestellt werden sollen, hat sie die anwesende Staatsanwältin oder den anwesenden Staatsanwalt um eine entsprechende Anordnung zu ersuchen. Die Staatsanwaltschaft erteilt gegebenenfalls den mündlichen Beschlagnahmebefehl und liefert die schriftliche, kurz begründete Verfügung nach.

cc) Der angefochtene Beschlagnahmebefehl enthält entgegen der gesetzlichen Vorgabe keine Begründung. Schliesslich reichte die Staatsanwaltschaft im Beschwerdeverfahren das Protokoll über die polizeiliche Sicherstellung nicht ein.

3. Polizeilich sichergestellte Gegenstände sind entweder mit einer Beschlagnahmeverfügung einzubehalten oder zurückzugeben. Die Staatsanwaltschaft muss auch über die Rückgabe beschlagnahmter Gegenstände einen Entscheid fällen[348]. In Bezug auf die sichergestellte Hose liegt zwar keine Beschlagnahmeverfügung vor. Die Staatsanwaltschaft stellte in der angefochtenen Verfügung aber auch nicht fest, der Beschwerdeführer könne über die Hose wieder verfügen. Daran ändert ihre Mitteilung vom 14. Mai 2012 zuhanden des Beschwerdeführers nichts. Faktisch hatte die Staatsanwaltschaft die Hose rund ein halbes Jahr ohne entsprechende Beschlagnahmeverfügung sichergestellt. Sie wäre daher - auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und

---

[347] Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 67
[348] Bommer/Goldschmid, Art. 267 StPO N 29

Klarheit - gehalten gewesen, in der angefochtenen Verfügung auf dieses Bekleidungsstück Bezug zu nehmen, dies umso mehr, als der Beschwerdeführer ausdrücklich um Rückgabe der Hose ersucht hatte. Dies ist im Beschwerdeentscheid nachzuholen.

In der Sache ist unbestritten, dass kein Grund für die Beschlagnahme der Hose gegeben ist. Sie ist dem Beschwerdeführer daher zurückzugeben. Insoweit ist die Beschwerde zu schützen.

4. a) aa) Die Einziehungsbeschlagnahme von Gegenständen gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO knüpft über weite Strecken an die Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB an[349]. Nebst hier nicht interessierenden oder unbestrittenen Voraussetzungen verlangt die Einziehungsbeschlagnahme die Wahrscheinlichkeit, dass der Gegenstand der Einziehung unterliegt. Die Anordnung einer Beschlagnahme setzt nicht voraus, dass sich in diesem Zeitpunkt eine künftige Einziehung bereits mit Gewissheit prognostizieren lässt, denn die erst vorläufige und bruchstückhafte Kenntnis der entscheidwesentlichen Tatsachen lässt Sicherheit mit Blick auf die Einziehungsvoraussetzungen naturgemäss nicht zu. Weil es im Bereich der Zwangsmassnahmen bisher nicht gelungen ist, über abstrakte Formulierungen hinaus aussagekräftige und den Einzelfall erfassende oder umschreibende Formeln ihrer beweismässigen Voraussetzungen zu finden, lässt sich die "Wahrscheinlichkeit" der Einziehung nicht scharf von der blossen "Möglichkeit" abgrenzen. Es genügt deshalb die blosse Möglichkeit für eine Beschlagnahme, und es reicht sogar aus, dass eine spätere Einziehung "in Frage kommt"[350].

bb) Gemäss Art. 69 StGB verfügt das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung

---

[349] Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 32
[350] Bommer/Goldschmid, Art. 263 StPO N 37

von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren, oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Die Sicherungseinziehung erfordert eine Anlasstat, einen Deliktskonnex, das heisst einen Bezug der einzuziehenden Gegenstände zur Straftat, sowie eine konkrete Gefährdung für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung. Schliesslich muss die Massnahme verhältnismässig sein[351].

b) Die Staatsanwaltschaft begründet die Einziehungsbeschlagnahme der Pistole samt Munition damit, der Beschwerdeführer habe am Tatort nach der Pistole greifen wollen, als er mit der Polizei und der Staatsanwältin gesprochen habe. Eine Drohung habe nicht stattgefunden. Er habe nur gemeint, dass er seine Lebensgefährtin ja hätte erschiessen können, wenn er das gewollt hätte, worauf er die Waffe aus dem Safe habe nehmen wollen. Die Polizei habe unter diesen Umständen nicht gewollt, dass der Beschwerdeführer die Waffe zur Hand nehmen könne, wenn Drittpersonen im Haus seien, und habe diese an sich genommen. Zudem gehe es auch darum, dass sich der Beschwerdeführer nicht selber einen Schaden zufügen könne. Nach der Erhärtung des Tatverdachts der Tötung gegen den Beschwerdeführer liege es auf der Hand, dass die Staatsanwältin einer Person, die wegen eines Gewaltverbrechens in einem Strafverfahren stehe, eine Faustfeuerwaffe nicht wieder aushändigen wolle und könne.

c) Die einzuziehenden Gegenstände müssen einen Bezug zur Straftat aufweisen. Die bloss allgemeine Eignung zur Deliktsbegehung ohne solchen Deliktskonnex genügt nach Lehre und Praxis nicht

---

[351] Baumann, Basler Kommentar, Art. 69 StGB N 6 ff.

zur Einziehung[352]. Das Bundesgericht erwog im Zusammenhang mit einer Schusswaffe, die nicht der Verübung einer Straftat gedient hatte, die Vorinstanz lege nicht dar, dass die Beschwerdeführerin allein schon mit dem Besitz der Pistole ein Delikt begangen habe. Da kein Bezug zu einer Straftat festgestellt sei, rechtfertige die allgemeine Eignung der Pistole zur allfälligen deliktischen Verwendung keine Einziehung[353]. Exakt gleich verhält es sich hier. Es fehlt ein konkreter Bezug zwischen der sichergestellten Pistole und dem untersuchten Tötungsdelikt. Die Bemerkung des Beschwerdeführers am Tatort, er hätte seine Lebenspartnerin ja erschiessen können, wenn er sie tatsächlich hätte töten wollen, ist kein Deliktskonnex, auch wenn der Beschuldigte die Pistole "ins Spiel brachte". Das sieht letztlich auch die Staatsanwaltschaft so. Sie hielt fest, falls das Obergericht den Deliktskonnex verneinen und die Waffe dem Beschuldigten trotz des laufenden Verfahrens wegen eines schweren Gewaltdelikts zurückgeben wolle, würde sie dagegen nicht opponieren. Das Bundesgericht hat denn auch mehrfach festgestellt, die Sicherungseinziehung könne nicht dazu dienen, dem Problem der sich aus dem Besitz von Schusswaffen ergebenden Gefährdung der Allgemeinheit zu begegnen[354]. Damit ist die Beschwerde auch in diesem Punkt zu schützen.

Obergericht, 2. Abteilung, 9. August 2012, SW.2012.60

---

[352] BGE 129 IV 94; Baumann, Art. 69 StGB N 9
[353] BGE 129 IV 94
[354] BGE 129 IV 94

30. Voraussetzungen für eine Genugtuung nach einer vorläufigen Festnahme (Art. 429, 430 Abs. 1 lit. c, 217 StPO)

1. a) Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, hat sie nach Art. 429 Abs. 1 StPO Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte (lit. a) und der wirtschaftlichen Einbussen, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind (lit. b) sowie auf Genugtuung für besondere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug (lit. c). Nach Art. 429 Abs. 2 StPO prüft die Strafbehörde den Anspruch von Amtes wegen. Sie kann die beschuldigte Person auffordern, ihre Ansprüche zu beziffern und zu belegen. Diese Kann-Vorschrift dürfte letztlich zwingend sein, denn wird die beschuldigte Person nicht aufgefordert, ihre Ansprüche zu beziffern, und wird die Entschädigung von der Behörde in Ausübung ihres Ermessens festgesetzt, wird das rechtliche Gehör der beschuldigten Person verletzt[355].

b) Sind die Aufwendungen der beschuldigten Person allerdings geringfügig, lässt Art. 430 Abs. 1 lit. c StPO eine Herabsetzung oder Verweigerung der Entschädigung oder Genugtuung zu. Diese Bestimmung nimmt ein Prinzip auf, welches in den früheren kantonalen Strafprozessordnungen weit verbreitet war, dass nämlich nur Aufwendungen von einer gewissen Relevanz zu entschädigen waren. Zudem bringt Art. 430 Abs. 1 lit. c StPO zum Ausdruck, dass von den Bürgern die Bereitschaft erwartet wird, im Interesse der Verbrechensbekämpfung das Risiko einer materiell ungerechtfertigten Strafverfol-

---

[355] Vgl. Wehrenberg/Bernhard, Basler Kommentar, Art. 429 StPO N 31

gung bis zu einem gewissen Grad auf sich zu nehmen. Auch deshalb muss nicht jeder geringfügige Nachteil entschädigt werden[356].

Als geringfügige und nicht zu entschädigende Umtriebe nannte bereits der Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung[357] das ein- oder zweimalige Erscheinen zu Einvernahmen.

Nicht mehr geringfügige Aufwendungen im Sinn von Art. 430 Abs. 1 StPO sollen dagegen vorliegen, wenn sich der Betreffende in Haft befand. Irrelevant soll dabei sein, ob es sich um eine vorläufige Festnahme, Untersuchungshaft, Sicherheitshaft oder einen vorzeitigen Strafantritt handelte. Diesfalls soll Genugtuung regelmässig geschuldet sein, unabhängig davon, ob der Beschuldigte gegen die Haft opponierte oder nicht. Demgegenüber vermag eine Hausdurchsuchung allein noch nicht zwingend einen Anspruch auf Genugtuung zu begründen[358].

c) Die Höhe der Genugtuung für die im Zusammenhang mit der Freiheitsentziehung erlittene Unbill lässt sich naturgemäss nicht errechnen, sondern nur abschätzen[359]. Entsprechend existiert auch eine umfangreiche Praxis und Rechtsprechung zur Bemessung der Genugtuung.

aa) Im Kanton Schaffhausen wurde bei einem kurzfristigen Freiheitsentzug von wenigen Stunden, der sich im Nachhinein als ungerechtfertigt erwies, wobei keine erschwerenden Umstände vorla-

---

356 Wehrenberg/Bernhard, Art. 430 StPO N 19

357 Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Juni 2011, S. 292

358 Schmid, Strafprozessrecht, 4.A., N 1220 und 1224; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St.Gallen 2009, N 1817

359 Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6.A., § 109 N 8

gen, eine Genugtuung von Fr. 200.00 zugesprochen[360]. Im Kanton Aargau scheinen grundsätzlich Fr. 200.00 pro Tag gesprochen zu werden. In den Jahren 1998 und 1999 galten offenbar pro Tag noch rund Fr. 100.00[361]. Demgegenüber war die Praxis im Kanton Thurgau bezüglich Haftentschädigung vor Inkrafttreten der StPO restriktiver. Nach der Praxis der Anklagekammer galt in der Regel erst eine länger als drei Tage dauernde Untersuchungshaft als schwerer Eingriff in die persönlichen Verhältnisse. Eine kürzere Haftdauer konnte nicht zu einer Genugtuung führen, wenn die Folgen der Verhaftung jenen entsprachen, die üblicherweise mit einer Haft verbunden und insofern nicht aussergewöhnlich waren, wie die Benachrichtigung der Familienangehörigen und des Arbeitgebers sowie der Umstand, dass das "Erlebnis" Untersuchungshaft "nicht zu den angenehmsten des Lebens zählt"[362]. In Ausnahmefällen konnte aber auch für kürzere Untersuchungshaft eine Genugtuung gesprochen werden, etwa im Fall von zwei Tagen Haft, zweifelhaftem Vorhandensein von Haftgründen, Betroffenheit durch die Begleitumstände (Licht in der Zelle, Wohnungsdurchsuchung, erkennungsdienstliche Behandlung) bei einer psychisch ohnehin bereits angeschlagenen Person oder aber bei einem Tag Haft bei (rechtswidriger und unverhältnismässiger) Verhaftung eines Filialleiters am Arbeitsplatz, bei Vermeidbarkeit der Untersuchungshaft bei richtigem Vorgehen der Untersuchungsbehörden und bei völlig unnötiger Hausdurchsuchung[363].

bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche weiterhin aktuell bleibt, beruht die Festlegung der Genugtuungssumme auf richterlichem Ermessen. Ausgangspunkt bildet dabei die

---

[360] RStrS 2004 Nr. 500 mit Hinweis auf ABSH 2000 S. 165 ff. (es ging konkret um sieben Stunden Freiheitsentzug)
[361] AGVE 2002 Nr. 31
[362] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 65 N 23
[363] Zweidler, § 65 StPO TG N 26

Feststellung, dass das Bundesrecht keinen bestimmten Mindestbetrag festsetzt. Bei der Ausübung des Ermessens kommt den Besonderheiten des Einzelfalls entscheidendes Gewicht zu. Dabei ist zunächst die Grössenordnung der in Frage kommenden Genugtuung zu ermitteln, wobei Art und Schwere der Verletzung massgebend sind. In einem zweiten Schritt sind die Besonderheiten des Einzelfalls zu würdigen, die eine Verminderung oder Erhöhung der zuzusprechenden Summe nahelegen. Das Bundesgericht erachtet bei kürzeren Freiheitsentzügen Fr. 200.00 pro Tag als angemessene Genugtuung, sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine höhere oder eine geringere Entschädigung zu rechtfertigen vermögen. Bei längerer Untersuchungshaft (von mehreren Monaten Dauer) ist der Tagesansatz in der Regel zu senken, da die erste Haftzeit besonders erschwerend ins Gewicht fällt[364].

2. a) Am 6. April 2012, 11.15 Uhr, wurde der Beschuldigte vorläufig festgenommen; gleichentags wurden sein Zimmer und sein Spind durchsucht. Am frühen Nachmittag wurde dem Beschuldigten die vorläufige Festnahme eröffnet. Das entsprechende Protokoll nennt als Beginn der Hafteröffnung zwar als Uhrzeit 16.30 Uhr. Diese Uhrzeit ist allerdings offensichtlich unrichtig, denn als Ende der Einvernahme wurde 13.39 Uhr vermerkt. Die Befragung zur Sache erfolgte um 16.56 Uhr, welche bis 17.19 Uhr andauerte. Der Beschuldigte hatte nach Abschluss der Einvernahme weder Fragen noch Bemerkungen. Die Entlassung des Beschuldigten aus der Haft erfolgte um 17.30 Uhr.

b) Vom Geschehnisablauf her sind keine Momente feststellbar, welche für die rund sechs Stunden andauernde vorläufige

---

[364] BGE vom 15. Mai 2012, 6B_111/2012 und 6B_122/2012, Erw. 4.2; BGE vom 31. Januar 2011, 6B_574/2010, Erw. 2.3

Festnahme[365] mit Durchsuchung von Zimmer und Spind eine - wenn auch nur minimale - Genugtuung rechtfertigen würden. Dass die Kantonspolizei für die Eröffnung der vorläufigen Festnahme die Mittagszeit abwartete, hält sich wohl im von Art. 219 Abs. 1 StPO geforderten Rahmen der "Unverzüglichkeit". Allerdings wurden in der Folge fast dreieinhalb Stunden benötigt, um die Staatsanwaltschaft über die Festnahme zu informieren und den Beschuldigten zu dem gegen ihn bestehenden Verdacht polizeilich zu befragen[366]. Vor dem Hintergrund, dass die Kantonspolizei die unter Beizug einer Dolmetscherin erfolgte Befragung wohl noch vorbereiten musste, dürfte die kurz vor 17.00 Uhr erfolgte Einvernahme mit anschliessender Freilassung gerade noch im Rahmen des Vertretbaren liegen. In Anbetracht der konkreten Umstände erscheint die hier ausgestandene Haft von insgesamt rund sechs Stunden Dauer somit (noch) als ein "geringfügiger Nachteil" im Sinn von Art. 430 Abs. 1 lit. c StPO, der nicht zu entschädigen ist. Allerdings ist die Staatsanwaltschaft gehalten, die Polizei darauf hinzuweisen, dass unter dem Geltungsbereich der StPO stundenlanges "Wartenlassen" eines Beschuldigten ohne ausreichenden Grund eine Entschädigung beziehungsweise Genugtuung des Staates auslöst. Die Staatsanwaltschaft ist zudem gehalten, inskünftig in ihren Entscheiden den Verzicht auf Ausrichtung von Entschädigung oder Genugtuung infolge "Geringfügigkeit der Aufwendungen" eingehender zu begründen.

Obergericht, 2. Abteilung, 28. Juni 2012, SW.2012.54

---

[365] Art. 217 ff. StPO
[366] Art. 219 Abs. 1 und 2 StPO

31. Berechnung des Elternbeitrags an die Kosten jugendstrafrechtlicher Schutzmassnahmen und der Beobachtung (Art. 45 JStPO)

1. Gemäss Art. 45 Abs. 5 JStPO sollen sich die Eltern an den Kosten der Schutzmassnahmen und der Beobachtung im Rahmen ihrer zivilrechtlichen Unterhaltspflicht beteiligen. Bei der Berechnung des Elternbeitrags orientierte sich die Jugendanwaltschaft an den einschlägigen Richtlinien über Bemessung, Auflage und Bezug der Beiträge an die Massnahmevollzugskosten der Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich vom 15. Januar 2010. Auch bei der Ausgestaltung des Verfahrens lehnte sich die Jugendanwaltschaft an diese Richtlinien und eröffnete den Unterhaltsverpflichteten eine Einsprachefrist von zehn Tagen. Indessen fehlt im Kanton Thurgau eine gesetzliche Grundlage für dieses Vorgehen. Zwar räumt § 19 Abs. 1 Ziff. 2 VRG[367] den Behörden die Befugnis ein, ihre Entscheide ohne Begründung zu eröffnen, sofern gegen den Entscheid die Einsprache bei der gleichen Behörde zulässig ist. Diese Bestimmung enthält aber keine gesetzliche Grundlage für die Kompetenz zur Einführung eines Einspracheverfahrens, sondern nur für den Verzicht auf eine Begründung des Entscheids[368]. Ob vor oder nach dem Erlass einer Verfügung Einsprache erhoben werden kann, bestimmt das Spezialgesetz[369]. Die Einsprachemöglichkeit müsste somit in einem Bundesgesetz - beispielsweise der StPO oder der JStPO - oder einem kantonalen Erlass - z.B. dem ZSRG - vorgesehen sein. Beides ist nicht der Fall. Der Gesetzgeber des Kantons Zürich hingegen erteilte in § 38 des Straf- und Justizvollzugsgesetzes dem Regierungsrat die Kompetenz, Bestimmungen zur Regelung des Kostenbezugs zu erlassen. Dieser wiederum regelte in § 39 f.

---

367 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, RB 170.1
368 Das ergibt sich schon aus der Marginalie zu § 19 VRG.
369 Vgl. Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2.A., § 30 N 46 ff.

der Verordnung über die Jugendstrafrechtspflege den Bezug von Massnahmevollzugskosten im Detail und erteilte in § 41 Abs. 1 der Verordnung über die Jugendstrafrechtspflege der Oberjugendanwaltschaft die Kompetenz zum Erlass von Richtlinien über die Bemessung, die Auflage und den Bezug der Beiträge der Verurteilten und ihrer Eltern an die Kosten des Massnahmevollzugs. Gestützt darauf war die Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich berechtigt, in Ziff. 18 ihrer Richtlinien das Einspracheverfahren einzuführen und zu regeln.

2. Von der Sache her ist das Vorgehen der Jugendanwaltschaft nicht zu beanstanden, den Kostenbeitrag der Pflichtigen zunächst nach pauschalen Ansätzen gemäss einer Richtlinie festzusetzen und den Betroffenen anschliessend die Möglichkeit einer Einsprache einzuräumen. Dies führt zu einem einfachen und raschen und damit prozessökonomischen Verfahren. Das Problem liegt darin, dass der mit dem Hinweis auf die Einsprachemöglichkeit versehene Entscheid der Jugendanwaltschaft eine falsche Rechtsmittelbelehrung enthält, weil es gesetzlich keine Einsprachemöglichkeit gibt. Kann oder müsste der Adressat einer solchen Verfügung die Fehlerhaftigkeit der "Rechtsmittelbelehrung" nicht erkennen, wird diese Verfügung wohl nicht in Rechtskraft erwachsen. Der Betroffene kann somit auch nach Ablauf der Einsprachefrist noch Beschwerde erheben oder eine korrekte, beschwerdefähige Verfügung verlangen. Um dieses Risiko auszuschliessen, müsste die Jugendanwaltschaft nach unbenütztem Ablauf der Einsprachefrist nochmals eine Verfügung erlassen und in der Rechtsmittelbelehrung auf die Beschwerde gemäss Art. 393 ff. StPO hinweisen. Das birgt allerdings das Risiko, dass der Betroffene in der Folge trotz unterlassener Einsprache Beschwerde erheben kann. Ob auf eine solche wegen widersprüchlichen oder rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nicht eingetreten werden könnte, erscheint eher fraglich, braucht an dieser Stelle aber nicht entschieden zu werden. Will analog dem im Kanton Zürich geltenden Verfahren vorgegangen werden, müsste eine entsprechende gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

3. Das Abstellen auf die Zürcher Richtlinien ist auch in materieller Hinsicht nicht unproblematisch. Das Obergericht wies im Zusammenhang mit der Bemessung des Kinderunterhaltsbeitrags nach Art. 285 Abs. 1 ZGB bereits darauf hin, es könne nicht auf Richtlinien anderer Kantone abgestellt werden, sondern es sei von Fall zu Fall zu entscheiden[370]. Auch wenn sich aufgrund der Tatsache, dass es bei der Festsetzung der Beiträge um ein Massengeschäft geht, in einem ersten Schritt die Anwendung von Richtlinien mit pauschalen Ansätzen mit einer anschliessenden Einsprachemöglichkeit durchaus rechtfertigen lässt, müsste geprüft werden, ob den unterschiedlichen Lebenshaltungskosten und Einkommensverhältnissen im Kanton Thurgau und im Kanton Zürich genügend Rechnung getragen ist. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es durchaus sinnvoll, in einem ersten Schritt in einem Verfahren mit anschliessender Einsprachemöglichkeit, dem die gesetzliche Grundlage noch zu geben wäre, nach einem einfachen System analog der Zürcher Praxis vorzugehen. Nach einer allfälligen Einsprache müsste die Jugendanwaltschaft aber im Rahmen der einschlägigen Praxis zum Kindes- und Mündigenunterhalt die Beiträge an die Massnahmenvollzugskosten festsetzen.

Obergericht, 2. Abteilung, 1. November 2012, SW.2012.97

32. **Anordnung einer Blut- und Urinprobe bei Fahrzeuglenkern** (Art. 55 SVG)

1. a) Der Beschwerdeführer, welcher mit seinem Personenwagen unterwegs war, wurde durch die Verkehrspolizei zur Kontrolle angehalten. Da er gemäss Polizeirapport "gerötete Augen aufwies und

---

[370] RBOG 2007 Nr. 4

ein merkwürdiges Verhalten an den Tag legte", führte die Polizei bei ihm einen Drogen-Schnelltest durch, welcher positiv auf Cannabis verlief. Deshalb nahm ihn die Polizei zum Polizeiposten mit, wohin auch der zuständige Amtsarzt zwecks Blut- und Urinsicherung aufgeboten wurde. Die ebenfalls orientierte Staatsanwaltschaft ordnete eine Blut- und Urinprobe an. Der Amtsarzt entnahm Blut und nahm eine Urinprobe ab. Die Auswertung der Blut- und Urinprobe ergab gemäss dem Untersuchungsbericht des Instituts für Rechtsmedizin (IRM) des Kantonsspitals St. Gallen eine Konzentration des aktiven Cannabiswirkstoffs THC (Tetrahydrocannabinol) von 4,9 µg/l; der Grenzwert liegt bei 1,5 µg/l THC.

b) Der Beschwerdeführer beantragte, der Untersuchungsbefehl sei aufzuheben, und die Staatsanwaltschaft sei anzuweisen, sämtliche Befunde, Analyseresultate, Dokumente und Ergebnisse von durch den Untersuchungsbefehl erhobenen Untersuchungen unverzüglich zu vernichten.

2. a) Der Beschwerdeführer macht geltend, der Untersuchungsbefehl sei bereits aus formellen Gründen aufzuheben, sei dieser doch allein gestützt auf das Ersuchen der Polizei (welches nicht einmal aktenkundig sei) und somit ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs erlassen worden.

b) Zwangsmassnahmen sind Verfahrenshandlungen der Strafbehörden, die in Grundrechte der Betroffenen eingreifen und beispielsweise dazu dienen, Beweise zu sichern[371]. Sie sind nur zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat die

---

[371] Art. 196 lit. a StPO

Zwangsmassnahme rechtfertigt[372]. Sie können von der Staatsanwaltschaft, den Gerichten sowie - in den gesetzlich vorgesehenen Fällen - von der Polizei angeordnet werden[373].

c) Die Staatsanwaltschaft ordnete zunächst mündlich und später schriftlich an, dass beim Beschwerdeführer als beschuldigter Person wegen des Verdachts des Fahrens in qualifiziert fahrunfähigem Zustand eine Blut- und Urinprobe zu entnehmen sei. Gleichzeitig beauftragte sie die Polizei damit, den Beschwerdeführer einem geeigneten Arzt vorzuführen und diesem namentlich die Blutentnahme in Auftrag zu geben. Damit wurde das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers nicht verletzt, denn der Anspruch auf rechtliches Gehör ist eingeschränkt oder ausgeschlossen, wenn es um dringliche Verfahrenshandlungen mit nur vorläufiger Wirkung und regelmässig nachfolgender umfassender Anfechtungsmöglichkeit geht (wie sie mit dieser Beschwerde wahrgenommen wird). Dies ist etwa bei einer Verhaftung, einer Durchsuchung oder einer Untersuchung der Fall[374].

3. a) Der Beschwerdeführer beanstandet weiter, der dringende Tatverdacht gründe allein darauf, dass gegen ihn derzeit eine völlig anders gelagerte Strafuntersuchung im Gang sei, welche nicht nach den Wünschen von Polizei und Staatsanwaltschaft verlaufe. Deshalb oder weil er sich früher angeblich einer Verkehrskontrolle entzogen habe, habe ihm die Polizei aufgelauert, als er sich auf den Weg zur Fahrzeugprüfung beim Strassenverkehrsamt gemacht habe. Es hätten bei ihm keinerlei Anzeichen von Angetrunkenheit oder Drogenkonsum bestanden. Der ärztliche Untersuchungsbefund des Amtsarztes schliesse auf unauffällige Augenbindehäute. Die Pupillen seien demnach mittelweit, also völlig normal gewesen. Wie die Polizei unter diesen

---

372 Art. 197 Abs. 1 StPO
373 Art. 198 Abs. 1 StPO
374 Vest/Horber, Basler Kommentar, Art. 107 StPO N 31

Umständen gerötete Augen habe feststellen können, sei nicht erklärbar.

b) aa) Fehlt der von Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO geforderte hinreichende Tatverdacht, ist eine Untersuchung unzulässig, und es liegt eine unzulässige Beweisausforschung oder "Fishing-Expedition" vor[375]. Eine ohne konkreten hinreichenden Tatverdacht durchgeführte Zwangsmassnahme verletzt die Unschuldsvermutung[376].

bb) Im Bereich des Strassenverkehrsrechts besteht allerdings gestützt auf Art. 55 SVG eine Besonderheit. Gemäss Art. 55 Abs. 2 SVG kann ein Fahrzeugführer bei Anzeichen von Fahrunfähigkeit, welche nicht oder nicht allein auf Alkoholeinfluss zurückzuführen sind, Voruntersuchungen wie namentlich Urin- und Speichelproben unterzogen werden. Bestehen also Hinweise dafür, dass die kontrollierte Person wegen einer anderen Substanz als Alkohol fahrunfähig ist und in diesem Zustand ein Fahrzeug geführt hat, kann die Polizei zum Nachweis von Betäubungs- oder Arzneimitteln namentlich im Urin, Speichel oder Schweiss Vortests durchführen[377].

cc) Das SVG erlegt somit auch Nichtbeschuldigten eine Duldungspflicht für Blut-, Urin- oder Speichelproben auf. Die Duldungspflicht trifft Fahrzeugführer und an Unfällen beteiligte Strassenbenützer gleichermassen[378]. Für einen Anfangsverdacht genügt dabei, wenn die Polizei bei der Kontrolle eines Fahrzeugführers Anzeichen von Fahrunfähigkeit im Sinn von Art. 55 SVG feststellt. Dafür kommen laut Bundesgericht[379] jegliche Indizien in Frage, die einen

---

375 Gfeller, Basler Kommentar, vor Art. 241-254 StPO N 43
376 Gfeller, vor Art. 241-254 StPO N 45
377 Art. 10 Abs. 2 Strassenverkehrskontrollverordnung, SKV, SR 741.013
378 Haenni, Basler Kommentar, Art. 251/252 StPO N 67
379 BGE vom 20. Juni 2011, 6B_244/2011, Erw. 3.1

entsprechenden Verdacht begründen können, wobei diese nur schon in der Person des Fahrzeuglenkers begründet sein können. Die Annahme der Fahrunfähigkeit wegen Drogeneinflusses setzt somit den Nachweis eines Fahrfehlers nicht voraus. Dabei schliesst nicht einmal ein - wie hier - unauffälliger ärztlicher Untersuchungsbefund eine Beeinflussung der Fahrfähigkeit aus. Als mögliche Indizien oder Verdachtsmomente genügt ein berauschter, müder, euphorischer, apathischer oder sonst wie auffälliger Zustand des kontrollierten Fahrzeugführers.

c) aa) Die Polizei hegte aufgrund der geröteten Augen und des sonst merkwürdigen Verhaltens des Beschwerdeführers den Verdacht, dieser stehe unter Drogeneinfluss. Sie führte deshalb einen Drogenschnelltest durch. Nachdem dieser positiv ausgefallen war, womit sich die Wahrnehmung der Polizei als zutreffend herausstellte, wurden zur genaueren Abklärung durch die Staatsanwaltschaft Urin- und Blutuntersuchungen angeordnet und durch den Amtsarzt durchgeführt. Deren Analyse ergab, dass sich im Blut des Beschwerdeführers ein Mittelwert von 4,9 µg/l THC befunden hatte. Der Grenzwert nach Art. 34 der Verordnung des ASTRA zur Strassenverkehrskontrollverordnung[380] liegt bei 1,5 µg/l THC.

bb) Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kommt es für die Annahme von Anzeichen von Fahrunfähigkeit nicht darauf an, dass er kein auffälliges Fahrverhalten an den Tag legte und möglicherweise nur deshalb kontrolliert wurde, weil ihn die Polizei als Drogenkonsumenten kannte oder aufgrund eines früheren Vorfalls ein Auge auf ihn geworfen hatte. Entscheidend ist einzig, dass aufgrund der im Polizeirapport festgestellten Auffälligkeiten auf den Konsum von Drogen geschlossen werden konnte und die Polizisten deshalb einen entsprechenden Anfangsverdacht hatten und ihn einem Drogen-

---

[380] VSKV-ASTRA, SR 741.013.1

schnelltest zuführen durften. Dies gilt umso mehr, als an den Anfangsverdacht bei Fahrzeugführern keine hohen Anforderungen gestellt werden. Dass die Polizisten mit ihrem Verdacht schliesslich richtig lagen, bestätigt die Auswertung des IRM, welche einen immerhin dreimal so hohen THC-Wert ermittelte als erlaubt. Das polizeiliche Vorgehen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit steht damit im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben.

Obergericht, 2. Abteilung, 26. Juli 2012, SW.2012.59

Das Bundesgericht trat auf eine Beschwerde am 13. September 2012 nicht ein (1B_511/2012).

33. Nicht angepasste Geschwindigkeit bei schlechten Sichtverhältnissen: Verschulden; Bedeutung von Bussenkatalogen (Art. 90 Ziff. 1, 31 Abs. 1, 32 Abs. 1 SVG; Art. 47 StGB)

1. a) Taxichauffeur X fuhr nachts bei strömendem Regen mit einem Fahrgast auf einer Hauptstrasse. Dabei bemerkte er einen quer auf der Fahrbahn liegenden Baumstamm zu spät und kollidierte mit diesem. Am Auto entstand Sachschaden. In der Folge informierte X die Polizei, worauf die Feuerwehr den Baumstamm von der Strasse entfernte.

b) Die Vorinstanz sprach X der einfachen Verletzung von Verkehrsregeln infolge Nichtanpassens der Geschwindigkeit schuldig und reduzierte die von der Staatsanwaltschaft verhängte Busse von Fr. 600.00 auf Fr. 200.00. Dagegen erhob die Staatsanwaltschaft Berufung.

2. a) Wer Verkehrsregeln gemäss SVG oder der Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt, wird mit Busse bestraft[381]. Die Bemessung der Busse richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs[382]. Gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB können Bussen bis zum Höchstbetrag von Fr. 10'000.00 ausgesprochen werden. Eine Mindestbusse schreibt das Gesetz nicht vor, sodass grundsätzlich Fr. 1.00 als minimale Busse zulässig ist. Eine Busse in einer so geringen Höhe kommt indessen nur in Frage, wenn die Busse lediglich Symbolcharakter haben soll. Ansonsten dürfte sich bei Bussen im untersten Bagatellbereich eine Busse von Fr. 10.00 als Untergrenze aufdrängen[383].

b) In der Praxis der Strafverfolgungsbehörden haben sich namentlich im Bereich der Verkehrsregelverletzungen Tabellen zur Bussenbemessung etabliert. Diese dienen einerseits der effizienten Handhabe der Bussenberechnung und andererseits der einheitlichen Rechtsanwendung[384]. Bei der Strafzumessung kann sich die Staatsanwaltschaft allerdings nur sehr beschränkt auf Empfehlungen der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz oder ähnliche Richtlinien zur Strafzumessung berufen. Das Obergericht hat es stets abgelehnt, auf solche Richtlinien abzustellen; sie mögen zwar als Referenzgrössen herangezogen werden, doch bleiben die individuellen Strafzumessungsfaktoren für die konkrete Tat eines bestimmten Täters entscheidend[385]. Der Grundsatz der Individualisierung führt im Bereich der Strafzumessung zu einer gewissen, vom Gesetzgeber beabsichtigten Ungleichheit. Sie reicht für sich allein nicht aus, um einen Ermessens-

---

381 Art. 90 Ziff. 1 SVG
382 Art. 102 Abs. 1 SVG
383 Heimgartner, Basler Kommentar, Art. 106 StGB N 6
384 Heimgartner, Art. 106 StGB N 35
385 Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 153 N 6

missbrauch anzunehmen[386]. Die Strafzumessung nach den im StGB vorgesehenen Beurteilungsmerkmalen ist wesentlich wichtiger als die Übereinstimmung einzelner Strafmasse.

c) Gemäss den allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden[387]. Verschulden im Sinn von Art. 47 StGB ist das Mass der Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs. Ausgangspunkt dieser Vorwerfbarkeit ist die Freiheit, anders handeln zu können. Der Schuldvorwurf richtet sich gegen den Täter wegen seiner Tat. Da Schuld die in der Tat aktualisierte Schuld bedeutet, ist für die Strafzumessung in erster Linie erheblich, wie gross die Schuld des Täters gewesen ist, der sich in einer konkreten Situation über strafrechtliche Gebote oder Verbote hinweggesetzt hat[388]. Bei Fahrlässigkeitsdelikten zu berücksichtigen ist das Mass der Pflichtwidrigkeit. Gleichgültiges, leichtfertiges oder rücksichtsloses Verhalten wiegt schwerer als blosse Unachtsamkeit oder eine Fehlreaktion, wie sie jedermann gelegentlich unterlaufen kann[389].

---

[386] BGE 123 IV 150
[387] Art. 47 StGB
[388] Wiprächtiger, Basler Kommentar, Art. 47 StGB N 12
[389] Wiprächtiger, Art. 47 StGB N 91

3. a) Die Vorinstanz verurteilte den Berufungsbeklagten wegen Verletzung von Art. 31 Abs. 1[390] und Art. 32 Abs. 1 SVG[391]. Sie ging zugunsten des Berufungsbeklagten davon aus, dass er mit 40 km/h unterwegs gewesen sei und eine Strecke von 10 m vor seinem Auto habe übersehen können. Er hätte demnach, um den Vorgaben der Strassenverkehrsgesetzgebung zu genügen, in der Lage sein müssen, bei einem unvermittelt und unerwartet auftauchenden Hindernis innerhalb einer Fahrstrecke von 10 m anzuhalten. Der jeweilige Anhalteweg errechne sich aus Bremsweg zuzüglich Reaktionszeit. Gemäss der Bremswegtabelle im SVG-Kommentar Giger betrage der Bremsweg bei nasser Fahrbahn und korrektem Bremsen zwischen 13,7 und 14,5 m. Die Reaktionszeit bei Bremsbereitschaft betrage 0,5 - 0,7 Sekunden. Bei einer Geschwindigkeit von 40 km/h lege ein Fahrzeug in 0,5 Sekunden rund 5,5 m zurück. Im günstigsten Fall habe der Anhalteweg damit rund 19 m betragen.

b) Gemäss Sachverhaltsfeststellung der Polizei und den Aussagen des Berufungsbeklagten sowie seines Mitfahrers regnete es zur Tatzeit heftig. Der Berufungsbeklagte schilderte während der polizeilichen Tatbestandsaufnahme, es habe in Strömen geregnet, und er habe kaum noch etwas gesehen. Der Berufungsbeklagte reduzierte angesichts der schlechten Sichtverhältnisse und der Witterung seine Geschwindigkeit im Ausserortsbereich auf etwa 40 km/h[392]. Sein

---

390 Laut Art. 31 Abs. 1 SVG muss der Führer sein Fahrzeug ständig so beherrschen, dass er seinen Vorsichtspflichten nachkommen kann.

391 Art. 32 Abs. 1 SVG besagt, dass die Geschwindigkeit stets den Umständen anzupassen ist, namentlich den Besonderheiten von Fahrzeug und Ladung, sowie den Strassen-, Verkehrs- und Sichtverhältnissen. Wo das Fahrzeug den Verkehr stören könnte, ist langsam zu fahren und nötigenfalls anzuhalten, namentlich vor unübersichtlichen Stellen, vor nicht frei überblickbaren Strassenverzweigungen sowie vor Bahnübergängen.

392 Der Berufungsbeklagte sagte aus, er sei mit ungefähr 40-50 km/h gefahren; in dubio pro reo ist von 40 km/h auszugehen, zumal die effektiv gefahrene Geschwindigkeit tiefer liegt als die auf dem Geschwindigkeitsmesser des Fahrzeugs angezeigte.

Mitfahrer, der sich auf dem Beifahrersitz befand, schilderte, die Geschwindigkeit sei seiner Ansicht nach den Verhältnissen angepasst gewesen. Vier Monate nach dem Unfall, anlässlich der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, sagte der Berufungsbeklagte erstmals aus, die von ihm als frei erkannte Sichtstrecke habe ungefähr 10 m betragen. Diese Distanzangabe wurde von der Staatsanwaltschaft indessen nie näher überprüft.

c) Der Führer muss das Fahrzeug ständig so beherrschen, dass er seinen Vorsichtspflichten nachkommen kann[393]. Das Mass der Aufmerksamkeit, welches vom Fahrzeugführer verlangt wird, richtet sich nach den gesamten Umständen, namentlich der Verkehrsdichte, den örtlichen Verhältnissen, der Zeit, der Sicht und den voraussehbaren Gefahrenquellen[394]. Zu beachten gilt, dass eine Geschwindigkeit nicht schon deshalb als übersetzt zu werten ist, weil der Fahrzeuglenker vor einem Hindernis nicht rechtzeitig anhalten konnte. Entscheidend ist vielmehr, ob der Führer die Geschwindigkeit so bemessen hat, dass er innerhalb der als frei erkannten Strecke anhalten konnte, d.h. innerhalb der Strecke, auf der weder ein Hindernis sichtbar war noch mit dem Auftauchen eines solchen gerechnet werden musste[395].

In BGE 101 IV 218 entschied das Bundesgericht, dass auf einer Kantonsstrasse auch zur Nachtzeit und bei Regen eine Geschwindigkeit von 50 km/h - 60 km/h durchaus angemessen sei, sofern nicht besondere Umstände eine Herabsetzung der Geschwindigkeit erfordern würden. Das Bundesgericht ging in diesem Entscheid davon aus, dass eine solche Geschwindigkeit bei Nacht und Regen auf der Kantons-

---

393 Art. 31 Abs. 1 SVG

394 BGE 127 II 302, 122 IV 228, 120 IV 63, 116 IV 230, 103 IV 101; BGE vom 3. Dezember 2009, 6B_867/2009, Erw. 5.3

395 Weissenberger, Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 32 SVG N 5 mit Hinweis auf BGE 103 IV 41, 99 IV 227, 84 IV 105

strasse dem Fahrzeuglenker, mit Abblendlicht unterwegs, ermögliche, bei Gefahr sofort auf Distanz des Scheinwerferlichts anzuhalten[396]. In BGE 102 IV 43 und 126 IV 91 wiederholte das Bundesgericht, dass nachts und wenn die Fahrbahn ausschliesslich durch die Scheinwerfer des Fahrzeugs beleuchtet werde, innerhalb der Reichweite der Scheinwerfer angehalten werden können müsse[397]. Weiter erkannte das Bundesgericht, dass mit unbeleuchteten Hindernissen auf der Fahrbahn gerechnet werden müsse[398].

4. a) Der Berufungsbeklagte hatte die Geschwindigkeit den Witterungs- und Sichtverhältnissen entsprechend reduziert, jedoch nicht genügend. Er befand sich auf einer Kantonsstrasse, bei der als Höchstgeschwindigkeit 80 km/h zulässig sind. Der Berufungsbeklagte nahm seine Verantwortung wahr und senkte die Geschwindigkeit auf die Hälfte des maximal Zulässigen, auf 40 km/h. Je nachdem, von welchen Parametern ausgegangen wird, hätte er allerdings die Geschwindigkeit noch mehr senken müssen, um vor dem Baum anhalten zu können[399]. Insofern ist ihm eine leichte Geschwindigkeitsüberschreitung vorzuwerfen. Damit verletzte er zwar klar und zwischenzeitlich unbestritten die massgeblichen Verkehrsregeln, nicht aber mit einem mittelschweren Verschulden, wie ihm dies die Staatsanwaltschaft vorwirft. Zu berücksichtigen gilt überdies, dass nachts auf dieser Strecke kein Verkehr herrschte und der Berufungsbeklagte die örtlichen Verhältnisse kannte. Geradezu realitätsfremd mutet es an, wenn die Staatsanwaltschaft vom Berufungsbeklagten verlangt, er hätte die Möglichkeit gehabt, sein Fahrzeug zu wenden, um eine nicht bewalde-

---

396 BGE 101 IV 220

397 Diese Rechtsprechung wurde von Weissenberger als "nicht gerade realitätsnahe" bezeichnet; vgl. Weissenberger, Art. 32 SVG N 6.

398 BGE 93 IV 39

399 Vgl. beispielsweise die Bremswegtabelle bei Giger, Strassenverkehrsgesetz, 7.A., Art. 32 SVG N 10

te Ausweichstrecke zu wählen. Auch hätte er laut Staatsanwaltschaft sein Fahrzeug anhalten und warten können, bis das Gewitter vorbei gewesen wäre. Der Berufungsbeklagte war als Taxifahrer unterwegs. Aufgrund der Wohnorte seiner beiden letzten Fahrgäste entschied er sich für diesen Weg. Hätte er einen Umweg ohne Wald gewählt, hätte er eine beträchtliche Zusatzstrecke in Kauf nehmen müssen. Seine diesbezüglichen Möglichkeiten als Taxifahrer waren aber selbstredend klar eingeschränkt. Abgesehen davon wären andere Strassen vermutlich auch mehr befahren und insofern gefährlicher gewesen. Wie die Vorinstanz überdies korrekt festhielt, hätte Anhalten auf der Strasse ebenso gefährlich sein können wie Weiterfahren. Zu Recht berücksichtigte die Vorinstanz auch die weiteren Tatumstände, nämlich dass der Berufungsbeklagte die Polizei avisierte, so dass der Baumstamm entfernt wurde und weitere Unfälle verhindert werden konnten[400]. Der Berufungsbeklagte schuf die Gefahr nicht. Er hätte auch die Polizei benachrichtigen und dann weiterfahren können. Insofern ist ihm sein vorbildliches Verhalten nach der Tat entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft durchaus zugute zu halten. Nicht massgebend sein kann dagegen, dass der Berufungsbeklagte die Reparaturkosten am Auto zu zahlen hat. Hingegen dürfte die Tatsache, dass er Taxichauffeur ist und ihn Administrativmassnahmen härter treffen als den Normalbürger, die Strafempfindlichkeit erhöhen, was grundsätzlich strafmindernd zu werten ist[401]. Im Weiteren liegen über die persönlichen Verhältnisse des Berufungsbeklagten keine negativen Angaben vor. Es gibt somit keine Veranlassung, in das vorinstanzliche Ermessen mit Bezug auf die Strafzumessung einzuschreiten.

---

400 Vgl. Wiprächtiger, Art. 47 StGB N 114

401 Wiprächtiger, Art. 47 StGB N 117: Unter dem Gesichtspunkt des Schuldausgleichs wirkt eine besondere berufliche Stellung häufig strafmindernd, weil sie es mit sich bringt, dass den Täter neben der Strafe zusätzliche Folgen treffen.

b) Der Berufungsbeklagte ist daher wegen einfacher Verletzung der Verkehrsregeln gestützt auf Art. 90 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 SVG zu verurteilen. Die ausgesprochene Busse von Fr. 200.00 ist dem Verschulden des Berufungsklägers und den persönlichen Verhältnissen angemessen und zu bestätigen. Die Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe auf zwei Tage ist adäquat und wurde auch nicht beanstandet.

Obergericht, 1. Abteilung, 4. Juni 2012, SBR.2012.17

34. **Höhere leitende Tätigkeit im Aussendienst** (Art. 3 lit. d ArG; Art. 9 ArGV 1; Art. 321c OR)

1. Überstundenarbeit, das heisst Arbeit, welche die vertraglich[402] festgelegte oder übliche Arbeitszeit überschreitet, ist vom Arbeitgeber nach Art. 321c Abs. 3 OR mit dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens 25% zu entgelten, wenn sie nicht durch Freizeit ausgeglichen wird und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Überzeit ist indessen ein Begriff aus dem Arbeitsgesetz. Sie beginnt, sobald die gesetzliche Höchstarbeitszeit überschritten wird[403]. Die Leistung von Überzeit gemäss Arbeitsgesetz schliesst die gleichzeitige Qualifikation als Überstunden gemäss Arbeitsvertragsrecht nicht aus. Im Gegensatz zu den Überstunden ist für die Überzeit aber laut Art. 13

---

402 Durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag
403 Art. 9 ff. ArG

Abs. 2 ArG zwingend ein Lohnzuschlag von 25% zu entrichten, sofern kein Ausgleich in Freizeit erfolgt[404].

2. a) Gemäss Art. 3 lit. d ArG sind Arbeitnehmer, die eine "höhere leitende Tätigkeit" ausüben, dem Arbeitsgesetz nicht unterstellt, weshalb die arbeitsgesetzliche Überzeitregelung auf sie nicht anwendbar ist. Der Begriff der höheren leitenden Tätigkeit ist in Art. 9 ArGV 1 gesetzlich umschrieben. Danach übt eine solche Tätigkeit aus, wer aufgrund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebs oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann. Im Arbeitsvertragsrecht fehlt eine entsprechende gesetzliche Regelung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt der in einem Betrieb übliche zeitliche Umfang der Arbeit für "leitende Angestellte" indessen grundsätzlich nicht, weil von leitenden Angestellten erwartet wird, dass sie mehr leisten als nur das übliche Pensum. Wegleitend ist die Überlegung, dass mit der Übernahme einer leitenden Funktion der Umfang und das Gewicht der vom Arbeitnehmer zu erfüllenden Aufgaben die Gegenleistung des Arbeitgebers in bedeutenderem Masse bestimmen als die wöchentliche Arbeitszeit und leitende Angestellte ihrer verantwortungsvollen und selbstständigen Stellung entsprechend die Arbeitszeit weitgehend frei einteilen können. Leitende Angestellte haben deshalb ohne ausdrückliche Regelung der Arbeitszeiten nur dann einen Anspruch auf Überstundenentschädigung, wenn ihnen zusätzliche Aufgaben über die vertraglich vereinbarten Pflichten hinaus übertragen werden oder wenn die ganze Belegschaft während längerer Zeit in wesentlichem Umfang Überstunden

---

[404] BGE 126 III 337 = Pra 90, 2001, Nr. 47 S. 279

leistet[405]. Soweit ist sich auch die Lehre einig. Umstritten ist aber, ob der Begriff des leitenden Angestellten im Sinn dieser Rechtsprechung und somit des Obligationenrechts demjenigen des höheren leitenden Angestellten im Sinn des Arbeitsgesetzes entspricht oder ob von einem eigenen, privatrechtlichen Begriff des leitenden Angestellten ausgegangen werden muss. Für eine autonome privatrechtliche Auslegung sprechen sich aus: Streiff/von Kaenel[406], Portmann[407], Senti[408] sowie Vischer[409]. Letzterer argumentiert allerdings widersprüchlich, verweist er doch für den Begriff des leitenden Angestellten auf BGE 126 III 340, wo die Führungskraft im Sinn des Arbeitsgesetzes definiert wird[410]. Rehbinder/Stöckli[411] lehnen an Streiff/von Kaenel an und halten fest, dass der Begriff des leitenden Angestellten durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung noch nicht restlos geklärt sei. Umstände, die für die Qualifikation des leitenden Angestellten sprächen, bildeten ein hoher Lohn, die freie Einteilung der Arbeitszeit und die Intensität der Entscheidungsgewalt. Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez[412] unterscheiden zwischen leitenden Angestellten und höheren leitenden Angestellten, ohne diese Begriffe zu umschreiben. Für die leitenden Angestellten gelte die übliche Dauer der Arbeitszeit in einem Betrieb im Allgemeinen nicht, sondern diese richte sich - bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung - nach den Umständen und entsprechend den vertraglichen Pflichten. Auf die leitenden Angestellten sei aber die Überzeitregelung des Arbeitsgesetzes anwendbar, was bei den höheren leitenden Ange-

---

405 BGE vom 5. Juni 2007, 4A_86/2007, Erw. 2.1; BGE 129 III 173
406 Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6.A., Art. 321c OR N 6
407 Portmann, Basler Kommentar, Art. 321c OR N 10 f.
408 Senti, Überstunden, in: AJP 2003 S. 384
409 Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3.A., S. 166
410 Vischer, S. 59
411 Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, Art. 321c OR N 1
412 Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3.A., Art. 321c OR N 12

stellten nicht der Fall sei. Demgegenüber scheinen Geiser/Müller[413] und Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm[414] keinen Unterschied zwischen den beiden Begriffen zu machen. Gleiches gilt für das Bundesgericht, denn es bezog sich in seinem Entscheid vom 5. Juni 2007[415] bei der Umschreibung des leitenden Angestellten im Zusammenhang mit der Entschädigung von Überstunden sowohl auf BGE 129 III 173, in welchem Urteil die Überstundenarbeit angesprochen wurde, als auch auf BGE 126 III 341, in welchem Entscheid es um die Entschädigung von Überzeit und um den Begriff der "höheren leitenden Tätigkeit" im Sinn des Arbeitsgesetzes ging. In BGE 129 III 173 verwies das Bundesgericht für den Begriff des leitenden Angestellten wiederum auf BGE 126 III 340 f.

b) Die Tendenz in der Lehre geht mit Blick auf den "leitenden Angestellten" somit in Richtung eigene, privatrechtliche Begriffsbestimmung. Wenn man dem folgen will, ist aber zu beachten, dass nicht nur auf die Höhe des Lohns und die Freiheit in der Arbeitszeitgestaltung abgestellt werden kann. Zum Begriff des leitenden Angestellten gehört eine leitende Funktion. Mit dem Bundesgericht ist deshalb davon auszugehen, dass ausschlaggebend für die Qualifikation als leitender Angestellter die Entscheidungsfreiheit ist, über die der Angestellte, namentlich auch im Budgetbereich verfügt, sowie die mit Verantwortung verbundene selbstständige Stellung im Betrieb, die eine freie Gestaltung der Arbeitszeit ermöglicht[416]. Andernfalls würde die dispositive gesetzliche Regelung zur Überstundenarbeit ausgehöhlt. Hilfreich ist auch der Hinweis von Portmann[417], wonach ein hoher

---

413 Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, S. 112 f.
414 Tobler/Favre/Monoz/Gullo Ehm, Arbeitsrecht, Lausanne 2006, Art. 321c OR N 3.5 f.
415 BGE vom 5. Juni 2007, 4A_86/2007, Erw. 2.1
416 BGE vom 5. Juni 2007, 4A_86/2007, Erw. 2.1
417 Portmann, Art. 321c OR N 10

Lohn, die freie Einteilung der Arbeitszeit sowie die Intensität der Entscheidungsgewalt Umstände seien, welche die Annahme eines leitenden Angestellten begünstigten. Streiff/von Kaenel[418] verweisen unter anderem mit folgenden Beispielen auf die kantonale Praxis: Kein leitender Angestellter war der Buchhaltungschef und Personalbetreuer ohne eigene Entscheidkompetenzen, ebenso wenig die Chefin der Personaladministration mit Fr. 95'000.00 Jahreslohn und der Abteilungsleiter ohne Einbezug in die Entscheidungen des Gesamtunternehmens, obwohl er für seine Abteilung Personal einstellen konnte. Leitender Angestellter war hingegen der auf zweiter Hierarchiestufe stehende Leiter des "département commerciale", der den Grossteil des Personals einstellte, wobei sein tiefer Lohn von monatlich Fr. 6'500.00 zuzüglich Gewinnbeteiligung deshalb nicht ins Gewicht fiel, weil die Firma eben erst gegründet worden war.

c) Der Berufungskläger war kein leitender Angestellter im Sinn dieser Ausführungen. Der von der Vorinstanz für die Qualifikation als leitender Angestellter in erster Linie genannte "Freiraum" bei der Gestaltung der Arbeitszeit und der Arbeitseinteilung kann bei einem Aussendienstmitarbeiter kein massgebendes Argument sein, weil die Aussendienstarbeit dies geradezu verlangt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann auch nicht aus der Höhe des Lohns des Berufungsklägers auf die Qualifikation als leitender Angestellter geschlossen werden. Es ist gerichtsnotorisch, dass ein Jahresbruttolohn zwischen Fr. 95'000.00 und Fr. 104'000.00 zuzüglich Spesen für einen Aussendienstmitarbeiter im Lebensmittelbereich "im Rahmen" liegt, zumal durchaus höhere Löhne vorkommen können. Vor diesem Hintergrund ist ausschlaggebend, dass dem Berufungskläger keine Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich des Betriebs beziehungsweise des Unternehmens und auch keine Kompetenzen im Bereich des Verkaufs

---

[418] Streiff/von Kaenel, Art. 321c OR N 6

als Ganzes zukamen; der Berufungskläger hatte nur in Bezug auf seine eigene Verkaufstätigkeit einen gewissen Entscheidungsspielraum. Er hatte insbesondere keinerlei Entscheidungsmacht hinsichtlich Personal und Budget. Seine Aufgabe war es - wie bei jedem Aussendienstmitarbeiter - einen möglichst hohen Umsatz zu erzielen. Bezeichnenderweise hatte der Berufungskläger denn auch keine Untergebenen. Daran vermag auch der Hinweis der Berufungsbeklagten im Rahmen des Behauptungsverfahrens, wonach dem Berufungskläger die Verkaufsleiter der Regionen "Bern" und "Welschland" unterstellt gewesen seien, nichts zu ändern. In diesem Zusammenhang bringt die Berufungsbeklagte weder genügend substantiierte Behauptungen vor, noch legt sie Aktenstücke ein, aus denen auf eine solche Unterordnung geschlossen werden könnte. Die Aufstellung der Umsätze 2008/2009 der Vertreter A, B, C, D und E ist nicht aufschlussreich. Weder im Arbeitsvertrag noch im Stellenbeschrieb ist von einer Unterordnung oder sonst von Unterstellten die Rede. Auch im Stelleninserat sucht man einen entsprechenden Hinweis vergebens. Wenn im Übrigen der Berufungskläger unterstellte Mitarbeiter gehabt hätte, wäre wohl einer dieser Angestellten sein Stellvertreter gewesen und nicht sein direkter Vorgesetzter in Person des Marketing- und Verkaufsleiters. Die Teilnahme an den wöchentlichen Betriebssitzungen ändert an dieser Beurteilung nichts, denn die Berufungsbeklagte hat nicht behauptet, damit seien Entscheidkompetenzen verbunden gewesen. Solche ergeben sich auch nicht aus dem eingereichten Protokoll der Betriebssitzung vom 6. September 2007. Aus dem Umstand, dass dem Berufungskläger die Weiterführung des eigenen Unternehmens zugestanden wurde, kann nichts zu Gunsten der Berufungsbeklagten abgeleitet werden. Wie die Kompetenzen bei der Berufungsbeklagten verteilt waren, zeigt sodann der Handelsregisterauszug. Der Verwaltungsratspräsident, Inhaber und Geschäftsführer sowie Marketing- und Verkaufsleiter der Berufungsbeklagten und seine Ehefrau waren einzelzeichnungsberechtigt, während der Berufungskläger nicht einmal über eine Kollektivprokura verfügte. Über diese verfügte demgegenüber M, der für den Betrieb

zuständig war. Keine Rolle spielt, ob die Berufungsbeklagte den Berufungskläger mittels eines Kaderformulars beurteilte, denn es ist nicht auf die von den Parteien verwendeten Begriffe, sondern auf die tatsächliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses abzustellen[419]. Deshalb braucht auch die Echtheit der mit "Kaderbeurteilung 2008" betitelten Qualifikation des Berufungsklägers nicht geprüft zu werden.

Die vorangehend aufgeführten Präjudizien stützen diese Beurteilung. Wenn eine Chefin einer Personaladministration, welche Fr. 95'000.00 pro Jahr verdiente[420], sowie ein Abteilungsleiter, der für seine Einheit Mitarbeiter einstellen konnte, jedoch nicht in die Entscheidungen des Gesamtunternehmens eingebunden war, nicht als leitende Angestellte einzustufen sind, ist es ein Verkaufsberater wie der Berufungskläger, der über keinerlei Personal und keinerlei finanziellen Kompetenzen verfügte und dem ausserhalb seiner eigentlichen Tätigkeit als Verkäufer keinerlei Befugnisse zukamen, auch nicht.

Obergericht, 2. Abteilung, 22. November 2011, ZBR.2011.53

---

[419] BGE vom 5. Juni 2007, 4A_86/2007, Erw. 2.1 mit weiteren Hinweisen
[420] Dies war vor dem Jahr 2000.

II. STAATSVERTRÄGE

35. Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Verhältnis; Zuständigkeit und anwendbares Verfahrensrecht (Art. 31 LugÜ)

1. a) Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Obergerichtspräsidiums ist gegeben:

b) Das Obergericht beurteilt als einzige kantonale Instanz Streitigkeiten betreffend Markenschutz sowie - bei einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.00 - betreffend unlauteren Wettbewerb[421]. Der Präsident des Obergerichts entscheidet in diesen Fällen über vorsorgliche Massnahmen[422]. Diese Grundsätze gelten auch, wenn Vertragsklagen, die wie im vorliegenden Fall mit einem Objekt des gewerblichen Rechtsschutzes zusammenhängen, eine Beseitigung von Störungen zum Gegenstand haben[423].

c) Verletzungen des Markenschutzrechts und Widerhandlungen gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb stellen unerlaubte Handlungen im Sinn von Art. 36 ZPO dar[424]; die entsprechenden Klagen können demnach am Sitz der geschädigten Person angehoben werden. Dasselbe gilt gestützt auf Art. 13 ZPO für Gesuche um vorsorgliche Massnahmen.

---

421 § 26 Abs. 3 ZSRG i.V.m. Art. 5 ZPO
422 § 26 Abs. 3 ZSRG
423 Vock, Basler Kommentar, Art. 5 ZPO N 4
424 Hempel, Basler Kommentar, Art. 36 ZPO N 7

d) Die Parteien haben in Ziff. 96 ihres Alleinvertriebsvertrags eine Gerichtsstandsvereinbarung für den Thurgau abgeschlossen; diese Vereinbarung erscheint nach Art. 23 LugÜ als gültig: Beide Vertragsparteien haben ihren Sitz in einem Vertragsstaat, der Gerichtsstand liegt in einem Vertragsstaat, das zuständige Gericht ist bestimmt beziehungsweise bestimmbar, die Vereinbarung wurde schriftlich abgeschlossen, und die Parteien vereinbarten ausdrücklich die Ausschliesslichkeit des gewählten Gerichtsstands. Stellen Ansprüche aus unerlaubter Handlung zugleich eine Vertragsverletzung dar, werden sie angesichts der von den Parteien gewählten Formulierung ("alle aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag stehenden Streitigkeiten") von der Gerichtsstandsvereinbarung erfasst[425]. Soweit die Gesuchstellerin auch Verletzungen des deutschen Marken- und Wettbewerbsrechts anspricht, werden solche deliktischen Ansprüche ebenfalls von der Gerichtsstandsvereinbarung erfasst[426].

e) Der vereinbarte Gerichtsstand gilt auch für vorsorgliche Massnahmen[427], auch wenn diese gegebenenfalls grenzüberschreitende Konsequenzen haben[428]. Das in der Hauptsache zuständige Gericht ist für die Anordnung einstweiliger Anordnungen zuständig, und zwar unabhängig von Art. 31 LugÜ[429]. Deshalb unterliegen von einem

---

425 Berger, Basler Kommentar, Art. 23 LugÜ N 37; Kropholler/von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9.A., Art. 23 EuGVO N 69

426 Hofmann/Kunz, Basler Kommentar, Art. 5 LugÜ N 504 ff.

427 Sprecher, Basler Kommentar, vor Art. 261 ff. ZPO N 15; Kropholler/von Hein, Art. 23 EuGVO N 103; Grolimund, in: Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht (Hrsg.: Schnyder), Art. 23 LugÜ N 59; Acocella, in: Lugano Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht (Hrsg.: Schnyder), Art. 31 LugÜ N 44

428 Favalli/Augsburger, Basler Kommentar, Art. 31 LugÜ N 185 f.; Kofmel Ehrenzeller, in: Kommentar Lugano-Übereinkommen (Hrsg.: Dasser/Oberhammer), Art. 31 N 31 f.; Berger, Art. 23 LugÜ N 73; Kropholler/von Hein, Art. 31 EuGVO N 21 f.

429 Kropholler/von Hein, Art. 31 EuGVO N 10 ff.; Kofmel Ehrenzeller, Art. 31 LugÜ N 32

Hauptsachegericht verfügte Massnahmen keinen territorialen Beschränkungen[430]. Das bedeutet, dass auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 31 LugÜ, insbesondere das Erfordernis der realen Verknüpfung[431], ohne Belang bleibt. Ob allerdings eine superprovisorische, von einem schweizerischen Richter getroffene einstweilige Anordnung insbesondere in Deutschland ohne weiteres vollstreckbar ist, braucht hier, nachdem die Gesuchstellerin ausdrücklich einen Antrag auf Erlass eines Superprovisoriums stellt, nicht geprüft zu werden[432]; jedenfalls entfällt wegen allfälliger Vollstreckungsprobleme nicht das Rechtsschutzinteresse.

f) Damit ist zusammenfassend festzustellen, dass das Obergericht zur Beurteilung der in Frage stehenden Klage zuständig, mithin Hauptsachengericht ist. Daraus folgt ohne weiteres die Zuständigkeit des Obergerichtspräsidiums für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

2. Die Zulässigkeit beantragter Massnahmen richtet sich nach schweizerischem Recht[433]. Massgebend ist damit die ZPO, aber nur für die allgemeinen Voraussetzungen von Massnahmen, wie Nachteilsprognose, Beweismass und Inhalt der Massnahme sowie Sicherheitsleistung, während sich die Hauptsachenprognose nach der lex causae richtet[434]. Insofern haben die Parteien in ihrem Alleinvertriebsvertrag eine Rechtswahl getroffen, indem auf dingliche Ansprüche, insbesondere Besitz- und Eigentumsübergang sowie Eigentumsvorbehalt des vom Vertragshändler zu übernehmenden Warenlagers deutsches Recht

---

430 Favalli/Augsburger, Art. 31 LugÜ N 185

431 Entscheide des EuGH vom 17. November 1998, Rs. C-391/95 N 37 ff., und vom 27. April 1999, Rs. C-99/96 N 41 f.; BGE 129 III 638

432 Vgl. Favalli/Augsburger, Art. 31 LugÜ N 207 ff., insbesondere N 210; Kofmel Ehrenzeller, Art. 31 LugÜ N 35

433 Art. 31 LugÜ

434 Sprecher, vor Art. 261 ff. ZPO N 20

Anwendung findet, während im Übrigen auf schweizerisches Recht, unter Ausschluss der Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts, verwiesen wird.

Präsident des Obergerichts, 12. September 2012, PO.2012.4

D. Gesetzesregister 2012

I. Bundesrecht

Zivilgesetzbuch (ZGB)
vom 10. Dezember 1907 / SR 210

Art. 2 Abs. 1	Verweigerung der Herausgabe von Urkunden seitens des Gläubigers im Rechtsöffnungsverfahren; Rechtsfolge: RBOG 2012 Nr. 15
Art. 163	Unentgeltliche Prozessführung und Prozesskostenvorschuss; Pflicht zur Auflösung eines Sperrkontos trotz Konventionalstrafe: RBOG 2012 Nr. 8
Art. 276 Abs. 3	Verweigerung der Herausgabe von Urkunden seitens des Gläubigers im Rechtsöffnungsverfahren; Rechtsfolge: RBOG 2012 Nr. 15
Art. 691	Keine Notleitung für eine Jagdhütte, die kraft öffentlichen Rechts nicht bewohnt werden darf: RBOG 2012 Nr. 1
Art. 839	Superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts: Verfahren; Bedeutung der Schutzschrift: RBOG 2012 Nr. 14

Obligationenrecht (OR)
vom 30. März 1911 / SR 220

Art. 29	Unter Androhung einer Strafanzeige abgegebene Schuldanerkennung als Titel für die provisorische Rechtsöffnung: RBOG 2012 Nr. 16
Art. 60 Abs. 2	Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs: RBOG 2012 Nr. 2
Art. 62	Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs: RBOG 2012 Nr. 2
Art. 66	Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs: RBOG 2012 Nr. 2
Art. 98 Abs. 1	Kein Rechtsschutzinteresse auf Feststellung eines Werkmangels: RBOG 2012 Nr. 6
Art. 170	Prozessführungsrecht des Abtretungsgläubigers: RBOG 2012 Nr. 18
Art. 321c	Höhere leitende Tätigkeit im Aussendienst: RBOG 2012 Nr. 34

Art. 366 Abs. 2 Kein Rechtsschutzinteresse auf Feststellung eines Werkmangels: RBOG 2012 Nr. 6

Art. 368 Abs. 2 Kein Rechtsschutzinteresse auf Feststellung eines Werkmangels: RBOG 2012 Nr. 6

Art. 400 Abs. 1 Dokumentationspflicht des Zahnarztes: RBOG 2012 Nr. 3

Art. 548 ff. Bei der Auflösung eines Konkubinats ist zwischen innerer und äusserer Liquidation zu unterscheiden: RBOG 2012 Nr. 4

Art. 699 Abs. 3 Einberufung einer Generalversammlung nach Einleitung der Liquidation: RBOG 2012 Nr. 5

Art. 736 ff. Einberufung einer Generalversammlung nach Einleitung der Liquidation: RBOG 2012 Nr. 5

SIA-Norm 118

Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 Kein Rechtsschutzinteresse auf Feststellung eines Werkmangels: RBOG 2012 Nr. 6

Zivilprozessordnung (ZPO)
vom 19. Dezember 2008 / SR 272

Art. 52 Zulässigkeit der Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG nach Rückzug des Rechtsvorschlags: RBOG 2012 Nr. 17

Art. 88	Zulässigkeit der Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG nach Rückzug des Rechtsvorschlags: RBOG 2012 Nr. 17
	Kein Rechtsschutzinteresse auf Feststellung eines Werkmangels: RBOG 2012 Nr. 6
Art. 95 ff.	Bei teilweiser Anerkennung der Klage im Schlichtungsverfahren sind die Kosten aufzuteilen: RBOG 2012 Nr. 11
Art. 95 Abs. 3	Steht die Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung bereits vor Vorinstanz fest, ist der Entscheid darüber ins Dispositiv aufzunehmen: RBOG 2012 Nr. 7
Art. 106 ff.	Bei teilweiser Anerkennung der Klage im Schlichtungsverfahren sind die Kosten aufzuteilen: RBOG 2012 Nr. 11
Art. 117 ff.	Unentgeltliche Prozessführung und Prozesskostenvorschuss; Pflicht zur Auflösung eines Sperrkontos trotz drohender Konventionalstrafe: RBOG 2012 Nr. 8
	Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung bei Unkenntnis vom Klagerückzug; Beendigung des Verfahrens: RBOG 2012 Nr. 13
Art. 122	Steht die Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung bereits vor Vorinstanz fest, ist der Entscheid darüber ins Dispositiv aufzunehmen: RBOG 2012 Nr. 7

Art. 134	Die Vorladungsfrist ist zwingend einzuhalten: RBOG 2012 Nr. 9
Art. 138 Abs. 3	Die Zustellfiktion ist auf die Anzeige der Konkursverhandlung nicht anwendbar: RBOG 2012 Nr. 10
Art. 117	Unentgeltliche Prozessführung und Prozesskostenvorschuss; Pflicht zur Auflösung eines Sperrkontos trotz Konventionalstrafe: RBOG 2012 Nr. 8
Art. 207	Bei teilweiser Anerkennung der Klage im Schlichtungsverfahren sind die Kosten aufzuteilen: RBOG 2012 Nr. 11
Art. 212	Pflicht zur Protokollführung im Entscheidverfahren vor der Schlichtungsbehörde: RBOG 2012 Nr. 12
Art. 235 Abs. 1	Pflicht zur Protokollführung im Entscheidverfahren vor der Schlichtungsbehörde: RBOG 2012 Nr. 12
Art. 241 Abs. 2	Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung bei Unkenntnis vom Klagerückzug; Beendigung des Verfahrens: RBOG 2012 Nr. 13
Art. 265	Superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts: Verfahren; Bedeutung der Schutzschrift: RBOG 2012 Nr. 14

Art. 270 Superprovisorische Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts: Verfahren; Bedeutung der Schutzschrift: RBOG 2012 Nr. 14

Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)
vom 11. April 1889/16. Dezember 1994 / SR 281.1

Art. 34 Die Zustellfiktion ist auf die Anzeige der Konkursverhandlung nicht anwendbar: RBOG 2012 Nr. 10

Art. 81 Abs. 1 Verweigerung der Herausgabe von Urkunden seitens des Gläubigers im Rechtsöffnungsverfahren; Rechtsfolge: RBOG 2012 Nr. 15

Art. 82 Abs. 1 Unter Androhung einer Strafanzeige abgegebene Schuldanerkennung als Titel für die provisorische Rechtsöffnung: RBOG 2012 Nr. 16

Art. 85a Zulässigkeit der Feststellungsklage nach Rückzug des Rechtsvorschlags: RBOG 2012 Nr. 17

Art. 168 Die Zustellfiktion ist auf die Anzeige der Konkursverhandlung nicht anwendbar: RBOG 2012 Nr. 10

Art. 260 Prozessführungsrecht des Abtretungsgläubigers: RBOG 2012 Nr. 18

Art. 271 Abs. 1 Ausländerarrest; genügender Bezug der Forderung zur Schweiz: RBOG 2012 Nr. 19

Strafgesetzbuch (StGB)
vom 21. Dezember 1937 / SR 311.0

Art. 3	Territorialitätsprinzip auf dem Rhein; Voraussetzungen für das Inverkehrsetzen von Booten auf schweizerischen Gewässern einschliesslich der Grenzgewässer: RBOG 2012 Nr. 20
Art. 12 Abs. 3	Voraussehbarkeit einer plötzlich auftretenden Fahrunfähigkeit; Bedeutung einer mit dem Hausarzt durchgeführten Probefahrt: RBOG 2012 Nr.21
Art. 15	Rechtfertigende Notwehr bei Körperverletzung: RBOG 2012 Nr. 22
Art. 47	Nicht angepasste Geschwindigkeit bei schlechten Sichtverhältnissen: Verschulden; Bedeutung von Bussenkatalogen: RBOG 2012 Nr. 33
Art. 69	"Reichsführerschein": Keine unechte Urkunde, und als falsche Urkunde nicht glaubwürdig; Einziehung: RBOG 2012 Nr. 23
	Durchführung einer Beschlagnahme; Sicherungseinziehung einer Pistole: RBOG 2012 Nr. 29
Art. 109	Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs: RBOG 2012 Nr. 2

Art. 122/123	Rechtfertigende Notwehr bei Körperverletzung: RBOG 2012 Nr. 22
Art. 125 Abs. 2	Voraussehbarkeit einer plötzlich auftretenden Fahrunfähigkeit; Bedeutung einer mit dem Hausarzt durchgeführten Probefahrt: RBOG 2012 Nr. 21
Art. 251/252	"Reichsführerschein": Keine unechte Urkunde, und als falsche Urkunde nicht glaubwürdig; Einziehung: RBOG 2012 Nr. 23
Art. 333 Abs. 3	Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs: RBOG 2012 Nr. 2

Strafprozessordnung (StPO)
vom 5. Oktober 2007 / SR 312.0

Art. 56	Unabhängigkeit der Sachverständigen: Ärztin, die bei der Spital Thurgau AG angestellt ist: RBOG 2012 Nr. 27
Art. 101 f.	Akteneinsichtsrecht eines Opfers: RBOG 2012 Nr. 24
Art. 107 f.	Akteneinsichtsrecht eines Opfers: RBOG 2012 Nr. 24

Art. 115	Geschädigtenstellung der ausländischen Insolvenzverwaltung: RBOG 2012 Nr. 25
Art. 121 Abs. 2	Geschädigtenstellung der ausländischen Insolvenzverwaltung: RBOG 2012 Nr. 25
Art. 130 lit. a	Keine notwendige Verteidigung in den ersten zehn Tagen der Untersuchungshaft, auch wenn die Haft voraussichtlich länger dauert: RBOG 2012 Nr. 26
Art. 132 Abs. 1	Keine notwendige Verteidigung in den ersten zehn Tagen der Untersuchungshaft, auch wenn die Haft voraussichtlich länger dauert: RBOG 2012 Nr. 26
Art. 183 Abs. 3	Unabhängigkeit der Sachverständigen: Ärztin, die bei der Spital Thurgau AG angestellt ist: RBOG 2012 Nr. 27
Art. 217	Voraussetzungen für eine Genugtuung nach einer vorläufigen Festnahme: RBOG 2012 Nr. 30
Art. 226 f.	Haftverlängerungsgesuch unmittelbar nach Erhalt der Haftanordnung: RBOG 2012 Nr. 28
Art. 263 Abs. 2/3	Durchführung einer Beschlagnahme; Sicherungseinziehung einer Pistole: RBOG 2012 Nr. 29
Art. 266	Durchführung einer Beschlagnahme; Sicherungseinziehung einer Pistole: RBOG 2012 Nr. 29
Art. 429	Voraussetzungen für eine Genugtuung nach einer vorläufigen Festnahme: RBOG 2012 Nr. 30

Art. 430 Abs. 1 Voraussetzungen für eine Genugtuung nach einer vorläufigen Festnahme: RBOG 2012 Nr. 30

Jugendstrafprozessordnung (JStPO)
vom 20. März 2009 / SR 312.1

Art. 45 Berechnung des Elternbeitrags an die Kosten jugendstrafrechtlicher Schutzmassnahmen und der Beobachtung: RBOG 2012 Nr. 31

Strassenverkehrsgesetz (SVG)
vom 19. Dezember 1958 / SR 741.01

Art. 31 Abs. 1 Nicht angepasste Geschwindigkeit bei schlechten Sichtverhältnissen: Verschulden; Bedeutung von Bussenkatalogen: RBOG 2012 Nr. 33

Art. 31 Abs. 2 Voraussehbarkeit einer plötzlich auftretenden Fahrunfähigkeit; Bedeutung einer mit dem Hausarzt durchgeführten Probefahrt: RBOG 2012 Nr. 21

Art. 32 Abs. 1 Nicht angepasste Geschwindigkeit bei schlechten Sichtverhältnissen: Verschulden; Bedeutung von Bussenkatalogen: RBOG 2012 Nr. 33

Art. 55 Anordnung einer Blut- und Urinprobe bei Fahrzeuglenkern: RBOG 2012 Nr. 32

Art. 90 Ziff. 1 Nicht angepasste Geschwindigkeit bei schlechten Sichtverhältnissen: Verschulden; Bedeutung von Bussenkatalogen: RBOG 2012 Nr. 33

Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt (BSG)
vom 3. Oktober 1975 / SR 747.201

Art. 31 Abs. 1 Territorialitätsprinzip auf dem Rhein; Voraussetzungen für das Inverkehrsetzen von Booten auf schweizerischen Gewässern einschliesslich der Grenzgewässer: RBOG 2012 Nr. 20

Binnenschifffahrtsverordnung (BSV)
vom 8. November 1978 / SR 747.201.1

Art. 153 Territorialitätsprinzip auf dem Rhein; Voraussetzungen für das Inverkehrsetzen von Booten auf schweizerischen Gewässern einschliesslich der Grenzgewässer: RBOG 2012 Nr. 20

Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG)
vom 13. März 1964 / SR 822.11

Art. 3 lit. d Höhere leitende Tätigkeit im Aussendienst: RBOG 2012 Nr. 34

Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)
vom 10. Mai 2000 / SR 822.111

Art. 9	Höhere leitende Tätigkeit im Aussendienst: RBOG 2012 Nr. 34

Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG)
vom 8. Juni 1923 / SR 935.51

Art. 4 Satz 2	Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs: RBOG 2012 Nr. 2
Art. 38 Abs. 2	Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs: RBOG 2012 Nr. 2
Art. 56 Abs. 2	Einzahlungen in Schenkkreise sind nicht strafbar und können zurückgefordert werden; die Entgegennahme von Zahlungen aus einem Schenkkreis ist strafbar; Verjährung des Rückforderungsanspruchs: RBOG 2012 Nr. 2

II. Staatsverträge

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. 31	Vorsorgliche Massnahmen im internationalen Verhältnis; Zuständigkeit und anwendbares Verfahrensrecht: RBOG 2012 Nr. 35