Thurgau

Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

2008

Inhaltsverzeichnis

A. Allgemeines — Seite

I. Obergericht
1. Personelles 5
2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde 5
3. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Zivil- und Strafsachen 7
4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen 11
5. Rechtsetzung 12
6. Verschiedenes 13
7. Umsetzung der eidgenössischen Prozessordnungen 18

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht 19
III. Zivil- und Strafgerichte 20

B. Statistische Angaben

I. Obergericht 29
II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle 39
III. Bezirksgerichte 40
IV. Friedensrichterämter 53
V. Bezirksämter 54
VI. Konkursamt 55
VII. Betreibungsämter 56

C. Entscheide

Bundesrecht 58
Staatsverträge 190
Kantonales Recht 194

D. Gesetzesregister 2008 — 243

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 erstatten wir Ihnen Bericht über die Tätigkeit der thurgauischen Zivil- und Strafgerichte, des kantonalen Konkursamts sowie der Friedensrichter- und Betreibungsämter im Jahr 2008.

Das Berichtsjahr war von den Diskussionen um die Umsetzung der eidgenössischen Prozessordnungen im Kanton geprägt. Für die Justiz ist wichtig, dass moderne, zweckmässige und eigenständige Lösungen gewählt werden, die sich nicht an finanziellen Überlegungen oder an althergebrachten Vorstellungen orientieren, sondern zugunsten der Bevölkerung auf die Grundsätze der Effizienz ausgerichtet sind.

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

Frauenfeld, im April 2009

Das Obergericht des Kantons Thurgau

Der Präsident:
Thomas Zweidler

Die Obergerichtsschreiberin:
Dr. Barbara Merz

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

A. Allgemeines

I. Obergericht

1. Personelles

Auf den 31. Mai 2008 endete die Amtszeit von Oberrichter Guido Rupper. Nachdem er schon vorher dem damaligen Kriminalgericht angehört hatte, wurde Guido Rupper 1992 als nebenamtlicher Oberrichter gewählt. Für seine langjährige Tätigkeit zugunsten der thurgauischen Justiz gebührt ihm grosser Dank. Als seinen Nachfolger wählten Sie Thomas Pleuler, lic.iur., Rechtsanwalt. Er konnte sein Amt auf den 1. September 2008 antreten.

Bei den Ersatzrichtern trat ebenfalls per Ende Mai 2008 Rechtsanwalt Dr. Christoph Kradolfer zurück, der dieses Amt beim Obergericht seit 1996 ausgeübt hatte. Auch ihm gebührt der Dank für seine Mitarbeit. Als seine Nachfolgerin bezeichneten Sie Rechtsanwältin Caroline Kapfhamer-Kuhn.

Die Personalkapazität bei den Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern liegt nach wie vor bei 4,35 Stellen. Bei der Obergerichtskanzlei sind es unverändert 3,6 Stellen.

2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde

a) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 173 Berufungsverfahren eingeschrieben. Erledigt werden konnten insgesamt 167 Berufungsverfahren, davon 33 in Fünfer- und 134 in Dreierbesetzung. Die Zahl der beim Obergericht insgesamt hängigen Berufungsverfahren stieg damit von Ende 2007 auf Ende 2008 leicht von 64 auf 70 Verfahren.

Im Berichtsjahr wurden 264 Rekurse und Beschwerden anhängig gemacht; das Obergericht konnte 262 entsprechende Verfahren erledigen.

Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen, Rekurse und Beschwerden) im Jahr 2008 insgesamt 437 Fälle ein, während 429 Fälle erledigt werden konnten.

Bei Jahresbeginn 2008 waren beim Obergericht total 113 Verfahren hängig. Von den gesamthaft 516 Verfahren, die im Jahr 2008 eingingen, waren Ende des Jahres 408 Fälle (79%) erledigt (2007: 80%; 2006: 74%). Insgesamt wurden im Berichtsjahr 512 Verfahren erledigt, und 120 Verfahren waren Ende 2008 noch hängig.

b) Von den neun Berufungsverfahren, die beim Obergericht Ende 2007 überjährig waren, konnten im Jahr 2008 vier Fälle erledigt werden. Von den im Jahr 2007 eingegangenen Fällen waren zwei Verfahren am Ende des Berichtsjahrs noch hängig. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2008 bei sieben Fällen (2007: neun Fälle; 2006: acht Fälle).

Beim Obergericht ist ein Rekursverfahren hängig, welches überjährig, mithin vor dem 31. Dezember 2007 eingegangen ist. Dieses Verfahren ist auf Wunsch beider Parteien sistiert.

c) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 92 Berufungsverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang der Akten bis zum Versand des Entscheids) von 7,2 Monaten auf; 2007 waren es 7,9 Monate, 2006 8,7 Monate. Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 2,3 Monate (2007: 2,5 Monate; 2006: 2,6 Monate).

Die im Berichtsjahr materiell erledigten 158 Rekurs- und Beschwerdeverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des Entscheids) von 2,5 Monaten auf (2007: 2,5 Monate; 2006: 2,6 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 (2007: 0,5 Monate; 2006: 0,5 Monate).

d) Das Obergerichtspräsidium erledigte im Berichtsjahr im Immaterialgüterrecht drei Massnahmeverfahren; zwei Massnahmegesuche wurden geschützt, und in einem Verfahren verglichen sich die Parteien.

3. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Zivil- und Strafsachen

a) Die

Tätigkeit der unteren Gerichtsbehörden

gab im Allgemeinen zu keinen Beanstandungen Anlass.

b) Das Obergericht hatte sich mit insgesamt fünfzehn

Aufsichtsbeschwerden gegen Bezirksgerichte, Bezirksgerichtliche Kommissionen und Bezirksgerichtspräsidien

zu befassen. Von solchen Aufsichtsbeschwerden waren sieben der acht Bezirksgerichte betroffen.

Sieben Aufsichtsbeschwerden wies das Obergericht ab, und auf zwei Beschwerden konnte nicht eingetreten werden. Eine Aufsichtsbeschwerde wurde zurückgezogen. Drei Aufsichtsbeschwerden wurden zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben. Eine Be-

schwerde wurde geschützt, und eine Beschwerde wurde teilweise geschützt.

In einem Fall wurde die Aufsichtsbeschwerde gegenstandslos, weil das Gerichtspräsidium die verlangte Massnahmeverfügung mittlerweile erlassen hatte; das Obergericht stellte fest, das Gerichtspräsidium räume selbst ein, dass trotz der besonderen Erschwernisse jenes Verfahrens letztlich eine gewisse Rechtsverzögerung vorliege. In einem anderen Verfahren, welches zufolge des Versands des Entscheids gegenstandslos wurde, hielt das Obergericht demgegenüber fest, für die Einreichung einer Aufsichtsbeschwerde habe von vornherein kein Anlass bestanden: So verständlich es sei, dass eine Partei - eigentlich jede Partei - sie betreffende Entscheide raschmöglichst in Händen haben wolle, so sehr dürfe sie dessen ungeachtet nicht ausser Acht lassen, dass die Gerichtsbehörden einerseits unzählige Fälle zu bearbeiten hätten, und dass sie andererseits dabei zwangsläufig Prioritäten setzen müssten. Ein drittes Aufsichtsbeschwerdeverfahren wurde nach einer Intervention des Obergerichtspräsidiums gegenstandslos: Das zuständige Gerichtspräsidium wollte sich an die kantonale Regelung des fürsorgerischen Freiheitsentzugs halten, die angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Fällen vorsorglicher Einweisung keinen Bestand mehr haben kann.

In einem Fall wurde eine Aufsichtsbeschwerde teilweise geschützt, nachdem die Vorinstanz in einem Rückweisungsentscheid des Obergerichts angewiesen worden war, weitere Abklärungen zu treffen; das Obergericht hielt fest, bei der Umsetzung sei eine gewisse Verzögerung des Verfahrens zu bejahen, und die Vorinstanz wurde ersucht, die notwendigen Beweismassnahmen rasch voranzutreiben. Eine Aufsichtsbeschwerde wurde geschützt, weil das zuständige Gerichtspräsidium den Erlass einer Verfügung zu lange hinausgezögert hatte: Das Obergericht gestand dem Gerichtspräsidium zwar zu, dass es damit im Gesamtzusammenhang der Streitigkeiten zwischen den Prozessparteien habe zusätzliche Kosten, weitere Streitpunkte sowie unnütze Rechts-

mittelverfahren vermeiden wollen; das Obergericht hielt aber auch fest, der Richter habe - von Ausnahmefällen abgesehen - nicht zu entscheiden, ob die Rechtsausübung seitens einer Partei sinnvoll sei oder überhaupt in ihrem eigenen Interesse liege.

c) Die

Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen, Einzelrichterinnen und Einzelrichter

erledigten in Zivil- und Strafsachen 2008 insgesamt 2'290 Prozesse (ohne summarisches Verfahren), nämlich 1'544 Zivilprozesse und 746 Strafprozesse; 2007 waren es 2'233 Fälle und 2006 2'303 Fälle. Gleichzeitig wurden im Berichtsjahr insgesamt 2'391 Prozesse neu eingeschrieben; 2007 waren es 2'273 Prozesse und 2006 2'312 Prozesse. Die gesamte Zahl der Pendenzen lag Ende 2008 bei 1'139 Prozessen; Ende 2007 waren es 1'041 Fälle und Ende 2006 1'042 Fälle. Demgegenüber stieg die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) wieder an (2008: 240 Fälle; 2007: 213 Fälle; 2006: 197 Fälle). Darunter finden sich allerdings 29 unechte Pendenzen, d.h. Fälle, welche aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder im Einverständnis mit den Parteien sistiert sind.

Im summarischen Verfahren erledigten die

Gerichtspräsidien

im Jahr 2008 3'919 Fälle; 2007 waren es 4'285 Fälle und 2006 4'477 Fälle.

Zusammenfassend erledigten die Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen sowie die Gerichtspräsidien im Berichtsjahr insgesamt 6'209 Verfahren; 2007 waren es 6'518 Verfahren und 2006 6'780 Verfahren gewesen.

d) Im Jahr 2008 musste sich das Obergericht nur in einem Fall mit einem Gesuch um

Einsetzung eines Ersatzgerichts

für das ordentliche Gericht befassen, doch wurde das Begehren retourniert: Werde für vom Gerichtspräsidium gesprochene Gebühren Rechtsöffnung verlangt, sei nach ständiger Praxis nicht ein Ersatzgericht einzusetzen, sondern das Vizepräsidium des Bezirksgerichts zur Behandlung des Rechtsöffnungsbegehrens zuständig.

e) Im Berichtsjahr führten die

Friedensrichterinnen und Friedensrichter

in insgesamt 1'469 Streitfällen das Vermittlungsverfahren durch (2007: 1'446 Fälle; 2006: 1'358 Fälle). Hievon wurden 413 Fälle (rund 28%) durch Vergleich erledigt; in 301 Fällen (rund 20%) wurde keine Weisung verlangt. In 755 Fällen (rund 52%) wurde die Weisung an das zuständige Gericht ausgestellt. In 36 weiteren Verfahren konnte das Friedensrichteramt einen einzelrichterlichen Entscheid fällen.

f) Das Obergericht führt die Oberaufsicht über die

Schlichtungsbehörden in Mietsachen.

Im Jahr 2008 wurde in 41% der Fälle eine Einigung erreicht. In 17% der Fälle musste festgestellt werden, dass sich die Parteien nicht einigen konnten; in 10% hatte die Schlichtungsbehörde zu entscheiden. 32% der Streitsachen wurden anderweitig (durch Nichteintreten oder Rückzug, infolge Gegenstandslosigkeit oder Überweisung) erledigt.

Die Geschäftslast der Schlichtungsbehörden in Mietsachen ist deutlich gestiegen: 2008 wurden 752 Fälle behandelt. 2007 und 2006 waren es je 612 Fälle gewesen.

g) Die

Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz

hatte im Jahr 2008 zwei Schlichtungsbegehren zu behandeln. In einem Fall betreffend diskriminierende, fristlose Kündigung konnte zwischen den Parteien ein Vergleich erzielt werden. In einem weiteren Schlichtungsverfahren wegen sexueller Belästigung, missbräuchlicher Kündigung und Lohnnachforderung musste mangels Einigung der Parteien eine Weisung ausgestellt werden, doch wurde der Prozess nicht weiterverfolgt, indem die Weisung beim Gericht nicht eingereicht wurde.

h) Zusammenfassend konnten die

Schlichtungsbehörden und Friedensrichterämter

im Berichtsjahr in total 1'267 Fällen, die andernfalls von den bezirksgerichtlichen Instanzen zu beurteilen gewesen wären, eine Einigung der Parteien oder eine anderweitige Erledigung erzielen. 2007 waren es 1'112 Fälle und 2006 noch 1'049 Fälle gewesen.

4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen

a) Die Zahl der Beschwerden und Gesuche an das Obergericht im Bereich des SchKG sank im Berichtsjahr: 2008 waren es 18 Fälle, während es 2007 29 Fälle und 2006 21 Fälle gewesen waren. Die Zahl der Beschwerden an die Bezirksgerichtspräsidien als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen sank auf 49 Fälle gegenüber 70 Beschwerden gegen die Betreibungsämter im Jahr 2007 und 66 Beschwerden im Jahr 2006. Es wird auf die Tabellen 8 und 22 verwiesen.

b) Im Berichtsjahr wurden 301 Konkursverfahren erledigt und 298 Konkurse eröffnet. Im Gegensatz zum Vorjahr nahm die Zahl der Privatkonkurse deutlich zu, während die Firmenkonkurse zurück gingen. Die Erbschaftsliquidationen hielten sich im Rahmen des Vorjahrs. Rund die Hälfte aller Konkurse musste wiederum mangels Aktiven eingestellt werden. Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf rund 110 Mio. Franken. Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts hielt sich im Rahmen der Vorjahre (146 Verfahren Ende 2008; 149 Verfahren Ende 2007; 142 Verfahren Ende 2006; vgl. Tabelle 25). Von diesen Verfahren ist nur gerade eines bei einer ausseramtlichen Konkursverwaltung hängig.

c) Die Zahl der von den Betreibungsämtern ausgestellten Zahlungsbefehle stieg im Verhältnis zum Vorjahr leicht; 2008 waren es 65'350 gegenüber 63'458 im Jahr 2007 und 69'068 im Jahr 2006. Die Zahl der Pfändungsvollzüge blieb einigermassen konstant: 37'618 im Jahr 2008 gegenüber 37'448 im Jahr 2007 und 39'490 im Jahr 2006. Im Berichtsjahr waren 30'164 Verwertungen zu verzeichnen; im Jahr 2007 waren es 31'127 Verwertungen und im Jahr 2006 33'432 Verwertungen. Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 26 verwiesen.

5. Rechtsetzung

Am 14. Februar 2008 änderte das Obergericht seine

Verordnung zum Lugano-Übereinkommen.

Die Änderung betraf vorab einen redaktionellen Punkt. Gleichzeitig wurde in § 2 der Verordnung klargestellt, dass für die Rechtsbehelfe sinngemäss die Bestimmungen über das Rekursverfahren gelten, soweit es nicht ohnehin um ein Rechtsöffnungsverfahren geht.

6. Verschiedenes

a) Das Obergericht hielt seine

Plenarsitzungen

im Berichtsjahr am 14. Februar in Frauenfeld, am 17. April in Steckborn und am 12. Juni im Kloster Fischingen ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

Weiterbildungsveranstaltungen

teil: Besucht wurden der Richtertag in Luzern, das Rechtsinformatikseminar in Bern, ein Seminar über Vergleichsverhandlungen in Gerzensee sowie ein solches über das Opferhilferecht in Zürich.

c) 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 98 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland (2007: 112 Ersuchen; 2006: 95 Ersuchen). Demgegenüber mussten von der Zentralbehörde nur gerade vier Rechtshilfeersuchen aus dem Thurgau weitergeleitet werden (2007 und 2006 je sechs Ersuchen); der Grund liegt darin, dass die thurgauischen Gerichtsbehörden zum direkten Verkehr mit den zuständigen ausländischen Behörden berechtigt sind.

d) Am 9. Mai 2008 nahm das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit Stellung zu den neu vorgesehenen

Regelungen zum Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen.

Das Obergericht hielt fest, es unterstütze die mit der Revision beabsichtigten Hauptziele: Es sei zu begrüssen, dass die bisherigen unübersichtlichen Bestimmungen für alle Parteien verständlicher und einfacher werden sollten, und dass die Veränderung der Mietzinse einer klaren, nachvollziehbaren Regelung unterworfen werde. Eine politische Frage sei, inwieweit die Mietzinsentwicklung generell an die Teuerung und nicht mehr an die Hypothekarzinsen gekoppelt werden solle. Nicht nachvollziehbar sei, weshalb das "Instrument der Vergleichsmiete" ausschliesslich den Schlichtungsbehörden in Mietsachen und den Gerichten zur Verfügung gestellt werden solle, wie dies in Art. 270 OR vorgesehen sei: Wenn es auch den Mietenden und Vermietenden möglich sei, aussagekräftige und reelle Vergleiche anstellen zu können, verhindere dies spätere Auseinandersetzungen. Aus der Sicht des Obergerichts sei es sinnvoll, bei den Schlichtungsbehörden nicht nur weiterhin eine paritätische Besetzung vorzusehen, sondern gleichzeitig auch zu verlangen, dass diese Behörde über entsprechende Fachkompetenz verfüge.

e) Gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit nahm das Obergericht am 15. August 2008 Stellung zu den vorgesehenen neuen

Regelungen gegen den unlauteren Wettbewerb.

Das Obergericht unterstützte das mit der Änderung beabsichtigte Hauptziel, einen besseren materiellen Schutz vor einzelnen unlauteren Geschäftspraktiken (Adressbuchschwindel, Schneeballsysteme, missbräuchliche Allgemeine Geschäftsbedingungen) zu bieten und für Dienstleistungen eine verbesserte Preistransparenz zu erreichen. Die beiden neuen Bestimmungen Art. 3a und 3b UWG sowie die Korrektur beziehungsweise Ergänzung von Art. 8 und 16 UWG dienten diesen Anliegen bestmöglich. Es sei sinnvoll, die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen direkt im UWG zu regeln; dadurch würden insbesondere Sonderregelungen in diversen Spezialgesetzen verhindert. Begrüsst werde auch die Möglichkeit, die Öffentlichkeit über unlautere

Verhaltensweisen einzelner Unternehmen zu informieren, um weiteren Schaden zu vermeiden oder zumindest zu mildern.

f) Am 8. Oktober 2008 äusserte sich das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zur vorgesehenen

Dolmetscherregelung.

Vorab wies das Obergericht darauf hin, es bestehe weder eine Notwendigkeit noch eine Zuständigkeit des Regierungsrates, im Rahmen dieser Dolmetscher-Regelung die Qualitätsanforderungen festzulegen. Die vorgesehenen Stundenansätze reichten bei Dolmetschern für spezielle Sprachen und bei Dolmetschern, die aus dem Ausland beigezogen würden, nicht aus; für solche Fälle sei eine besondere Klausel vorzusehen. Eingedenk des Umstands, dass viele Dolmetscher gerade bei den Gerichten pro Jahr nur gerade zwei bis drei Mal beschäftigt würden, gehe die gesamte Regelung etwas weit. Die Regelung würde verständlicher, wenn ihr Inhalt auf eine Seite beschränkt werden könnte.

g) Am 23. Dezember 2008 hielt das Obergericht in seiner Vernehmlassung an das Departement für Justiz und Sicherheit fest, es begrüsse die vorgesehenen

gesetzlichen Massnahmen gegen Zwangsheiraten.

Es sei sinnvoll, den Zivilstandsämtern mit der vorgesehenen Prüfungsmöglichkeit "eine klarere Rolle im Kampf gegen Zwangsheiraten" zu geben. Eine blosse Klagemöglichkeit genüge nicht, zumal die unter Zwang Handelnden häufig gerade nicht in der Lage seien, sich selber zu wehren. Da es für die Zivilstandsbehörden nicht einfach sei, Zwangsheiraten und Zwangseintragungen tatsächlich zu erkennen, werde die gezielte Information der Verlobten und Eintragungswilligen zu einer wichtigen Aufgabe der Zivilstandsbehörden. Als sinnvoll erscheine auch die vorgesehene Änderung des IPRG mit Bezug auf die

Gründe für eine Anerkennungsverweigerung. Der Verzicht auf einen neuen Straftatbestand werde als zweckmässig erachtet, da der Tatbestand der Nötigung die Zwangsheirat bereits umfasse. Ein spezieller Tatbestand bringe nur wenig, zumal tatsächlich die Befürchtung bestehe, dass eine verschärfte Strafdrohung den Loyalitätskonflikt, in dem sich das Opfer regelmässig gegenüber dem Täter befinde, noch vergrössern und sich nachteilig auf die Kooperationsbereitschaft mit den Behörden auswirken könnte.

h) Am 5. September 2008 wies das Obergerichtspräsidium die Gerichtspräsidien im Zusammenhang mit der

Aktenübermittlung in Rechtsmittelverfahren

auf die neuen Bestimmungen der Geschäftsführungsverordnung hin. Im Rekurs- und Beschwerdeverfahren sei dem Obergericht mit den Prozessakten ein Aktenverzeichnis zu übersenden, sofern sich die Akten nicht auf wenige Unterlagen beschränkten; das gelte ohne weiteres auch im summarischen Verfahren. Zudem erfolge die Rückgabe der Akten an die Parteien im Eheschutzverfahren und in eherechtlichen Massnahmeverfahren sowie in umfangreichen Summarverfahren erst nach Rechtskraft des Endentscheids. In den übrigen summarischen Verfahren sowie bei einem Vergleich der Parteien seien die Parteiakten in der Regel nach der Erledigung der Streitsache in der betreffenden Instanz zurückzusenden.

i) Mit Schreiben vom 14. März 2008 wies das Obergerichtspräsidium die Bezirksgerichte und Friedensrichterämter darauf hin, dass es entgegen der früheren Praxis nicht mehr zulässig sei, einen Entscheid, der keinem kantonalen Rechtsmittel unterliege, mit dem Hinweis zu versehen, dagegen sei kein Rechtsmittel gegeben. Unabhängig von der umstrittenen Frage, ob es sich bei der Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht um ein ordentliches oder um ein ausserordentliches Rechtsmittel handle, gelte die Pflicht, einen

Entscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung

zu versehen, auch dann, wenn der Entscheid nur mit Verfassungsbeschwerde angefochten werden könne. Damit seien insbesondere die Urteile der Einzelrichterinnen und Einzelrichter bis zu einem Streitwert von Fr. 2'000.00 sowie die Entscheide der Friedensrichterinnen und Friedensrichter gemäss § 43 Abs. 2 ZPO mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen.

j) Entsprechend seiner Informationsverordnung erteilte das Obergericht 24 Medienleuten die

Zulassung als Gerichtsberichterstatterin / Gerichtsberichterstatter

an unseren Straf- und Zivilgerichten; umgekehrt ist die Zulassung von 18 Medienleuten erloschen. Ausserdem wurde für 15 Medienleute die Zulassung verlängert. Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau demnach 66 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter zugelassen.

Das Obergerichtspräsidium erteilte ausserdem in zwei Fällen eine vorübergehende Bewilligung für einen einzelnen Prozess.

k) Das

EDV-Programm JURIS

ist mit dem Jahr 2008 nun bei allen Bezirksgerichten eingeführt worden. Mit diesem System wurde anfangs 1995 zuerst das Bezirksgericht Frauenfeld ausgerüstet, wobei davon ausgegangen wurde, die Einführung bei allen Gerichten könne Ende 1996 abgeschlossen werden. Im Rechenschaftsbericht 1996 bedauerte das Obergericht, dass JURIS erst in Arbon, Frauenfeld und Kreuzlingen habe eingeführt werden können, so dass "den Bezirksgerichten teilweise nach wie vor zeitgemässe

Arbeitsmittel und nützliche Kontrollmöglichkeiten" fehlten. Es ist erfreulich, dass dieses Ziel nun nach etwa zwölf Jahren erreicht werden konnte.

l) Am 24. April 2008 traf sich das Obergericht in St. Gallen zu einem Erfahrungsaustausch mit dem Kantonsgericht St. Gallen. Am 17. September 2008 besuchte das Obergericht des Kantons Schaffhausen das Obergericht in Frauenfeld; damit verbunden war eine Orientierung über sicherheitspolizeiliche Fragen bei der Thurgauer Kantonspolizei.

7. Umsetzung der eidgenössischen Prozessordnungen

Das Obergericht äusserte sich am 14. März 2008 im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zu den vorgesehenen Umsetzungserlassen im Zusammenhang mit der eidgenössischen Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung und Zivilprozessordnung (Zusammenfassung in RBOG 2007 S. 18 ff.).

Im Juli 2008 verabschiedete der Regierungsrat seine Botschaft an den Grossen Rat zur Neueinteilung der Bezirke und zur Umsetzung des Schweizerischen Strafprozess- und Zivilprozessrechts. Damit sich die Betroffenen frühzeitig mit der Materie befassen konnten, orientierte das Obergerichtspräsidium die Präsidien der Bezirksgerichte und die Vizepräsidien der Bezirksgerichte mit erweiterter Organisation sowie alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bezirksgerichte per E-Mail über die im regierungsrätlichen Entwurf vorgesehenen Änderungen; die Mitglieder und Ersatzmitglieder der Bezirksgerichte wurden ihrerseits durch die Bezirksgerichtspräsidien informiert. Dabei erfolgte selbstverständlich der deutliche Hinweis, es sei offen, inwieweit das Parlament den Vorschlägen der Regierung folgen werde.

Das Obergericht wird im Jahr 2009 daran gehen können, sein Verordnungsrecht den neuen Bestimmungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts anzupassen.

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht

Die Zahl der an das Bundesgericht weitergezogenen Entscheide stieg gegenüber dem Vorjahr. Von den insgesamt 87 Rechtsmitteln, die das Bundesgericht im Berichtsjahr erledigte, wurden drei geschützt und acht teilweise geschützt. 24 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 47 Fällen trat das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht ein, und fünf Fälle wurden anderweitig erledigt. Es wird auf Tabelle 9 verwiesen.

III. Zivil- und Strafgerichte

(Stand Anfang April 2009)

Obergericht

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1986	Zweidler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt	1955
Vizepräsidentin:	1992	Thürer Elisabeth, Dr.iur., Rechtsanwältin	1953
vollamtliche Mitglieder:	1997	Reinhard François H., lic.iur., Rechtsanwalt	1952
	2000	Hausammann Peter, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
nebenamtliche Mitglieder:	1986	Rutishauser Hans-Rudolf, Grundbuchverwalter	1947
	2000	Glauser Jung Anna Katharina, lic.iur., Rechtsanwältin	1963
	2004	Pauli Helene, lic.iur.	1962
	2008	Pleuler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt	1972
Ersatzmitglieder:	1992	Entress Humbert, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
	1992	Hebeisen Andreas, lic.iur., Rechtsanwalt	1958
	2008	Kapfhamer-Kuhn Caroline, lic.iur., Rechtsanwältin	1974

Obergerichts-schreiberin:	1985	Merz Barbara, Dr.iur./lic.phil. I, Rechtsanwältin	1954
Obergerichts-sekretärinnen und -sekretäre:	1992	Soliva Thomas, Dr.iur., Rechtsanwalt	1959
	2001	Gubler Klaus, lic.iur., Rechtsanwalt	1971
	2006	Schneider Karin, lic.iur., Fürsprecherin	1971
	2007	Zumbach Tobias, lic.iur., Rechtsanwalt	1976

Obergerichtskanzlei
(8500 Frauenfeld, Telefon 052 724 18 18;
Telefax 052 724 18 24)

Kanzlei:	Beutler Andrea Gallo-Grillo Marianna Peter-Staubli Doris Pfeiffer Sylvia
Weibelin:	Bisig Monika

Bezirksgerichte, Bezirksgerichtliche Kommissionen und Gerichtspräsidien

Bezirk Arbon

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2000	Zanoni Ralph, lic.iur., Rechtsanwalt	1958
Vizepräsidenten:	1989	Kaufmann Urs, Dr.iur., Rechtsanwalt	1955
	2006	Diezi Dominik, lic.iur., Rechtsanwalt	1973
Mitglieder:	1996	Luginbühl Marianne, Personalassistentin	1950
	2000	Heeb Hanspeter, lic.iur.	1959
	2000	Abegglen Inge, Laborantin	1950
	2008	Tanner Moritz, Landwirt	1950
Ersatzmitglieder:	2004	Thierbach Mirjam, Sekretärin	1962
	1992	Straub Werner, Bauschlosser	1943
	2000	Oswald Migg, dipl. Bauing. HTL	1957
Gerichtsschreiberin:	2006	Sutter Heer Silke, lic.iur.	1964
Gerichtssekretärin:	2006	Schmid Franziska, lic.iur.	1976

Bezirk Bischofszell

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1990	Munz Hans, Dr.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsident:	1992	Strickler Hanspeter, Dr.oec., Rechtsanwalt	1955
Mitglieder:	1996	Frauenfelder Sibylle, Psychotherapeutin	1946
	2000	Lindenmann Emil, Unternehmer	1942
	2000	Bosshard Veronika, Restauratorin	1946
	2002	Rosenast Schlatter Doris, Hausfrau	1958
Ersatzmitglieder:	2000	Ohnemus Monika, Hausfrau/Katechetin	1958
	2002	Brüschweiler Urs, dipl. Bauführer	1955
	2002	Eggenberger-Marbert Pia, MPA, Hausfrau	1957
Gerichtsschreiber:	2002	Alde Michael, lic.iur., Rechtsanwalt	1969
Gerichtssekretär:	2005	Dünner Peter, lic.iur., Rechtsanwalt	1967

Bezirk Diessenhofen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1980	Nater Bruno, Dr.iur., Rechtsanwalt	1948

Vizepräsident:	1996	Roost Emil, Zollbeamter	1941
Mitglieder:	1996	Möckli Ernst, Landwirt	1943
	2000	Dubach Ruedi, Gewerkschaftssekretär	1948
	2000	Bürgin Heinz, Maschinenmechaniker	1959
Ersatzmitglieder:	1996	Herrmann Lotte, Chem. HTL	1946
	2000	Frei Marianna, Psychiatriekrankenschwester	1962
	2008	Rohr Christoph, dipl. Masch. Ing. ETH, lic.oec. HSG	1957
Gerichtsschreiber:	2000	Rüedi Beat, lic.iur., Rechtsanwalt	1962

Bezirk Frauenfeld

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1992	Fuchs Rudolf, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsidentin:	2003	Steiger Christine, lic.iur.	1956
Vizepräsident:	2008	Hunziker René, lic.iur., Rechtsanwalt	1971
Mitglieder:	2000	Anderegg Doris, kaufm. Angestellte	1951

	2000	Hefti Peter, lic.oec.publ., Kaufmann	1947
	2004	Bünter Stefan, Betriebsökonom HWV	1960
	2004	Oswald Markus, Notar, Grundbuchverwalter	1951
Ersatzmitglieder:	1989	Bodmer Stuber Ruth, Kindergärtnerin	1957
	2004	Peter Liselotte, Bäuerin	1961
	2008	Peter Keller Sabina, Kauffrau	1965
Gerichtsschreiber:	1992	Allan Colin, lic.iur.	1962
Gerichtssekretärin:	2004	Herzog Irene, lic.iur., Rechtsanwältin	1974

Bezirk Kreuzlingen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1989	Grauer Hans Ulrich, lic.iur., Rechtsanwalt	1944
Vizepräsident:	1992	Haubensak Urs, Dr.iur., Rechtsanwalt	1949
Mitglieder:	1999	Dahinden Silvia, Hausfrau	1953
	2000	Werner Roland, Landwirt	1955
	2008	Fäsi-Egloff Christina, dipl. Pflegefachfrau	1965

	2008	Imhof Erwin, Grenzwachtoffizier	1951
Ersatzmitglieder:	2000	Andres-Brändle Edith, Sekretärin/Hausfrau	1952
	2000	Nufer Dieter, Landwirt	1947
	2004	Gisler Thomas, Optiker	1960
Gerichtsschreiberin:	1989	Pfeiffer-Munz Susanne, Dr.iur., Rechtsanwältin	1949
Gerichtssekretärinnen:	1994	Looser Hürsch Karin, Dr.iur., Rechtsanwältin	1963
	2003	Faller Graf Ruth, lic.iur., Rechtsanwältin	1969

Bezirk Münchwilen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1987	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsident:	2000	Bögli Roman, Dr.iur., Rechtsanwalt	1963
Mitglieder:	1992	Meili Rita, Hausfrau	1946
	1996	Obrecht Urs, Architekt	1949
	1996	Haas Peter, Landwirt	1963
	2008	Tobler Alexandra, Sozialfachfrau	1961

Ersatzmitglieder:	1998	Holenstein Marta, kaufm. Angestellte	1953
	2007	Eugster Désirée, Marketingplanerin	1975
	2008	Koller Brunner Susanna, Schulpräsidentin	1957
Gerichtsschreiber:	1992	Wenger Stefan, lic.iur., Rechtsanwalt	1959
Gerichtssekretärin:	2009	Widmer Nina, lic.iur.	1974

Bezirk Steckborn

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1991	Schwarz René, Dr.iur., Rechtsanwalt	1950
Vizepräsident:	1984	Tschanen Christian, Bauunternehmer	1946
Mitglieder:	1994	Iseli Suzanne, dipl. Bäuerin	1953
	1988	Spitzli-Wilhelm Martin, Versicherungsagent	1947
	1992	Ullmann Claus, Agr.Ing. HTL	1957
Ersatzmitglieder:	2004	Maute Wolfgang, Dr.iur.	1958
	2008	Guhl Marianne Ing. Agr. ETH	1952
	2008	Mühlebach Heinrich, Bankangestellter	1958

Gerichtsschreiber:	1986	Dünki Rolf, lic.iur., Rechtsanwalt	1956

Bezirk Weinfelden

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2009	Schmid Pascal, lic.iur., Rechtsanwalt	1976
Vizepräsidentin:	2000	Bommer Marianne, lic.iur., Rechtsanwältin	1966
Mitglieder:	2000	Schmidheiny Vreni, Methodiklehrerin	1954
	2002	Grünig Hermann, Rektor	1954
	2004	Forrer Walter, Dr.med.dent.	1950
	2008	Uhlmann Heinz, Kaufmann	1960
Ersatzmitglieder:	1992	Müller Ruth, kaufm. Angestellte	1957
	2000	Brunner Otto, mag.oec.	1963
	2008	Hugentobler Brigitte, Zivilstandsbeamtin	1960
Gerichtsschreiberin:	1997	Thür Brechbühl Suzanne, lic.iur., Rechtsanwältin	1962
Gerichtssekretär:	2008	Romano Emmanuele, lic.iur.	1978

B. Statistische Angaben

zum Geschäftsbericht der gerichtlichen Behörden
sowie des Konkursamts und der Betreibungsämter

I. Obergericht

1. Allgemeines

Tabelle 1. Tätigkeitsübersicht

	2008	2007	2006
Sitzungen	**126**	106	99
Plenum	**4**	2	3
Fünferbesetzung	**29**	24	20
Dreierbesetzung	**93**	80	76
Einschreibungen	**516**	514	514
erstinstanzliche Verfahren	**3**	3	5
Berufungsverfahren	**173**	163	179
davon in Fünferbesetzung	**40**	34	30
davon in Dreierbesetzung	**133**	129	149
Rekursverfahren	**222**	249	224
Beschwerdeverfahren	**42**	45	36
übrige Verfahren	**76**	54	70
erledigte Verfahren	**512**	544	514
erstinstanzliche Verfahren	**5**	1	4
Berufungsverfahren	**167**	191	173
davon in Fünferbesetzung	**33**	39	32
davon in Dreierbesetzung	**134**	152	121
Rekursverfahren	**221**	253	219
Beschwerdeverfahren	**41**	48	35
übrige Verfahren	**78**	51	80
Pendente Berufungsverfahren Ende Jahr	**70**	64	96
davon Eingang vor dem 1. Januar 2008	**7**	9	8

Von den sieben überjährigen Berufungsverfahren sind drei Prozesse aufgrund gesetzlicher Bestimmungen bzw. im Einverständnis der Parteien sistiert.

2. Zivilrechtspflege

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

	hängig per 1.1.08	neu	erledigt per 31.12.08
Urheberrecht	1	1	2
Erfindungspatente	2		1
Fabrik- und Handelsmarken	1	1	2
	4	**3**	**5**
2007 waren es	2	3	1
2006 waren es	1	5	4

Tabelle 3. Berufungsverfahren gegen Zivilurteile der Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen und Einzelrichter

Bezirk	Zahl	erledigt durch Urteil				erledigt durch Verfügung/Beschluss			
		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	20	4	2	5	2	6	-	1	-
Bischofszell	12	2	-	2	-	3	2	3	-
Diessenhofen	1	-	1	-	-	-	-	-	-
Frauenfeld	13	3	1	2	-	5	2	-	-
Kreuzlingen	36	4	1	5	1	15	3	7	-
Münchwilen	23	6	1	2	1	9	2	2	-
Steckborn	6	2	1	1	1	1	-	-	-
Weinfelden	9	4	-	1	1	2	-	1	-
Rückweisung BuGer	1	-	-	-	1	-	-	-	-
Total	**121**	**25**	**7**	**18**	**7**	**41**	**9**	**14**	**-**
2007 waren es	121	28	9	21	6	26	8	21	2
2006 waren es	117	31	7	18	4	21	16	15	5

In diesen 121 Berufungsverfahren waren 136 Berufungen sowie vier Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:

Personenrecht	
- Schutz der Persönlichkeit	2
Familienrecht	
- Ehescheidung	25
- Änderung Scheidung/Trennung	9
- Unterhalt	8
- übriges Familienrecht	4
Erbrecht	
- Herabsetzung	1
- Erbteilung	1
Sachenrecht	
- beschränkte dingliche Rechte	2
- übriges Sachenrecht	3
Obligationenrecht	
- unerlaubte Handlung	2
- Kauf und Tausch	6
- Miete	8
- Pacht	1
- Arbeitsvertrag	19
- Werkvertrag	8
- Auftrag	4
- Kommission	1
- übrige Innominatverträge	7
Betreibungsrechtliche Prozesse	
- Aberkennung	2
- Kollokation	3
- übriges Betreibungsrecht	2
Übriges Zivilrecht	
- Versicherungsvertrag	2
- Forderung aus Eisenbahnhaftpflicht	1

Tabelle 4. Rekursverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	50	13	8	8	5	11	5
Bischofszell	16	1	3	3	1	8	-
Diessenhofen	5	1	-	4	-	-	-
Frauenfeld	28	10	4	5	-	4	5
Kreuzlingen	72	23	3	7	1	34	4
Münchwilen	15	7	2	-	-	4	2
Steckborn	19	5	1	7	1	4	1
Weinfelden	15	6	4	1	-	3	1
Friedensrichterämter	1	-	1	-	-	-	-
Rückweisung BuGer	-	-	-	-	-	-	-
Revision	-	-	-	-	-	-	-
Total	**221**	**66**	**26**	**35**	**8**	**68**	**18**
2007 waren es	253	91	49	36	6	59	12
2006 waren es	219	83	31	27	7	55	16

* inkl. Rückzug und Anerkennung

In diesen 221 Rekursverfahren waren 243 Rekurse sowie sieben Anschlussrekurse zu beurteilen.

Tabelle 5. Rekursverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
SchKG							
- Rechtsöffnung	93	19	6	16	1	48	3
- Konkurseröffnung	23	6	7	-	-	6	4
- übrige Rekurse nach SchKG	3	1	1	-	-	-	1
Befehlsverfahren							
- Handhabung klaren Rechts	4	2	1	-	-	-	1
- Ausweisung	17	9	1	-	-	6	1
- übrige Rekurse im Befehlsverfahren	3	-	-	1	-	1	1
ZGB/OR							
- vorsorgliche Massnahmen bei Ehescheidung/-trennung	12	5	1	5	1	-	-
- Eheschutzmassnahmen	24	8	1	10	2	1	2
- fürsorgerische Freiheitsentziehung	4	1	-	-	1	-	2
- übrige Rekurse nach ZGB/OR	5	1	1	1	1	1	-
ZPO							
- Revision	-	-	-	-	-	-	-
- Kostenrekurs	-	-	-	-	-	-	-
- Erledigungsbeschlüsse	14	4	2	1	2	3	2
- unentgeltliche Prozessführung	10	5	5	-	-	-	-
- übrige Rekurse nach ZPO	9	5	-	1	-	2	1
Total	**221**	**66**	**26**	**35**	**8**	**68**	**18**
2007 waren es	253	91	49	36	6	59	12
2006 waren es	219	83	31	27	7	55	16

* inkl. Rückzug und Anerkennung

Tabelle 6. Beschwerdeverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abge-wiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückzug	nicht einge-treten	gegen-standslos
Bezirksgerichte	1	-	-	-	-	1	-
Bezirksgerichtliche Kommissionen	3	2	-	-	-	1	-
Gerichtspräsidien	11	5	1	1	1	-	3
Friedensrichterämter	-	-	-	-	-	-	-
Total	**15**	**7**	**1**	**1**	**1**	**2**	**3**
2007 waren es	9	3	-	-	-	1	5
2006 waren es	7	2	1	-	-	1	3

3. Strafrechtspflege

Tabelle 7. Berufungsverfahren gegen Urteile der Bezirksgerichte und der Bezirksgerichtlichen Kommissionen

Bezirk	Zahl	erledigt durch Urteil				erledigt durch Verfügung/Beschluss		
		unbe-gründet	be-gründet	teilweise be-gründet	Rückwei-sung an Vorinstanz	Rückzug	nicht einge-treten	ander-weitig erledigt
Arbon	4	-	-	1	-	-	1	2
Bischofszell	6	2	1	2	-	1	-	-
Diessenhofen	-	-	-	-	-	-	-	-
Frauenfeld	4	3	-	-	-	1	-	-
Kreuzlingen	16	9	1	3	1	1	1	-
Münchwilen	5	1	1	2	-	1	-	-
Steckborn	4	2	-	-	-	1	1	-
Weinfelden	2	1	-	-	-	1	-	-
Rückweisung BuGer	5	2	2	1	-	-	-	-
Total	**46**	**20**	**5**	**9**	**1**	**6**	**3**	**2**
2007 waren es	70	35	8	13	1	9	2	2
2006 waren es	59	30	5	6	1	12	3	2

In diesen 46 Berufungsverfahren waren 52 Berufungen sowie acht Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die Berufungen wurden eingelegt:

- von der Staatsanwaltschaft: 5 Fälle
- von den Angeklagten: 40 Fälle
- von Geschädigten und Opfern: 4 Fälle
- von Parteien im Privatstrafverfahren: 3 Fälle

Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:

Strafgesetzbuch	
- Delikte gegen Leib und Leben	6
- Delikte gegen das Vermögen	13
- Ehrverletzungen	3
- Delikte gegen die Freiheit	3
- Delikte gegen die Familie	2
- gemeingefährliche Delikte	1
- Delikte gegen die öffentliche Gewalt und das Ausland	1
- Delikte gegen die Rechtspflege	1
Bundesgesetz über den Strassenverkehr	8
Bundesgesetz über die Betäubungsmittel	1
Nebenstrafrecht des Bundes	5
verschiedene Geschäfte	2

Weitere Geschäfte:

Das Obergericht hatte zwei Wiederaufnahmegesuche sowie drei spätere Verfahren (Umwandlung von gemeinnütziger Arbeit) zu behandeln.

Das Obergericht erledigte ausserdem neun Beschwerden nach Strafprozessrecht. Hievon wurden sechs abgewiesen, zwei geschützt und eine teilweise geschützt.

4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen

Tabelle 8. 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	9	7	-	-	1	-	1	-	49 Tage
Als Aufsichtsbehörde im Konkurswesen									
- Gesuche	1	-	1	-	-	-	-	-	8 Tage
- Beschwerden	8	4	-	2	-	1	1	-	52 Tage
Total	**18**	**11**	**1**	**2**	**1**	**1**	**2**	**-**	**47 Tage**
2007 waren es	29	20	1	4	1	1	1	1	46 Tage
2006 waren es	21	12	5	-	1	-	-	3	47 Tage

II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle

Tabelle 9. Art des Rechtsmittels und Erledigung

	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt
Beschwerde						
in Zivilsachen*	58	18	-	-	35	5
in Strafsachen	18	5	3	5	5	-
in Betreibungssachen	9	1	-	3	5	-
Verfassungsbeschwerde						
in Zivilsachen**	2	-	-	-	2	-
in Strafsachen	-	-	-	-	-	-
Total	**87**	**24**	**3**	**8**	**47**	**5**
2007 waren es	63	29	2	-	30	2
2006 waren es	47	25	1	-	18	3

* inkl. einer Berufung nach altem Recht

** inkl. einer staatsrechtlichen Beschwerde nach altem Recht

III. Bezirksgerichte

1. Geschäftsführung der Bezirksgerichte

Tabelle 10. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2008	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	29	34	27	9	1
Bischofszell	12	25	11	-	-
Diessenhofen	6	8	2	-	-
Frauenfeld	33	43	34	12	4
Kreuzlingen	29	66	73	32	4
Münchwilen	21	28	49	31	-
Steckborn	16	20	27	14	1
Weinfelden	33	24	25	8	-
Total	**179**	**248**	**248**	**106**	**10**
2007 waren es	187	277	226	88	5
2006 waren es	193	239	227	85	11

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

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 11. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahren			Gegenstand							
		ordentliches	Untersuchungsverfahren	beschleunigtes	Personenrecht	Familienrecht		Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
						Vaterschaften	andere					
Arbon	19	19	-	-	-	-	-	4	3	11	-	1
Bischofszell	8	8	-	-	1	-	-	1	-	6	-	-
Diessenhofen	6	6	-	-	-	-	-	1	-	5	-	-
Frauenfeld	19	19	-	-	-	-	-	3	1	15	-	-
Kreuzlingen	49	45	-	4	-	-	-	-	4	42	3	-
Münchwilen	10	8	-	2	-	-	-	1	3	5	1	-
Steckborn	12	9	3	-	-	1	2	4	-	4	1	-
Weinfelden	12	12	-	-	-	-	-	-	-	12	-	-
Total	**135**	**126**	**3**	**6**	**1**	**1**	**2**	**14**	**11**	**100**	**5**	**1**
2007 waren es	160	139	9	12	8	2	6	9	12	108	12	3
2006 waren es	122	105	6	11	1	3	3	9	7	88	9	2

Tabelle 12. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
		Urteil	Verfügung/Beschluss		
			Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten
Arbon	19	6	10	3	-
Bischofszell	8	3	1	3	1
Diessenhofen	6	-	2	3	1
Frauenfeld	19	6	7	3	3
Kreuzlingen	49	23	15	7	4
Münchwilen	10	2	3	2	3
Steckborn	12	6	5	-	1
Weinfelden	12	6	6	-	-
Total	**135**	**52**	**49**	**21**	**13**
2007 waren es	160	68	42	27	23
2006 waren es	122	51	37	22	12

B. Strafrechtspflege

Tabelle 13. Überweisungen und Erledigungen

Bezirk	Überweisungen			Erledigungen			Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neu-eingänge	Total	Urteil	Verfügung/ Beschluss	Total	
Arbon	5	11	16	11	2	13	3
Bischofszell	6	11	17	11	3	14	3
Diessenhofen	-	2	2	2	-	2	-
Frauenfeld	5	30	35	12	7	19	16
Kreuzlingen	3	20	23	16	-	16	7
Münchwilen	7	17	24	9	1	10	14
Steckborn	1	8	9	4	2	6	3
Weinfelden	6	11	17	11	-	11	6
Total	**33**	**110**	**143**	**76**	**15**	**91**	**52**
2007 waren es	44	104	148	98	17	115	33
2006 waren es	43	94	137	81	12	93	44

2. Geschäftsführung der Bezirksgerichtlichen Kommissionen

Tabelle 14. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2008	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	81	313	125	10	2
Bischofszell	136	219	64	1	-
Diessenhofen	14	34	11	-	-
Frauenfeld	153	336	124	10	4
Kreuzlingen	89	331	150	28	2
Münchwilen	50	225	114	30	-
Steckborn	21	109	47	18	-
Weinfelden	108	208	104	16	7
Total	**652**	**1'775**	**739**	**113**	**15**
2007 waren es	627	1'611	699	115	14
2006 waren es	590	1'693	694	101	15

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

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 15. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahren			Gegenstand							
					Familienrecht							
		ordentliches	Untersuchungsverfahren	beschleunigtes	Ehescheidungen/ Ehetrennungen	andere	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten	Ehrverletzungsklagen
Arbon	212	28	172	12	137	34	-	3	30	1	1	6
Bischofszell	159	10	137	12	103	34	-	-	19	2	-	1
Diessenhofen	23	1	21	1	14	7	-	-	2	-	-	-
Frauenfeld	178	17	142	19	119	29	1	2	25	1	-	1
Kreuzlingen	215	18	177	20	130	45	-	3	33	2	-	2
Münchwilen	134	14	108	12	91	20	-	2	19	1	-	1
Steckborn	69	5	61	3	55	6	2	6	-	-	-	-
Weinfelden	114	20	84	10	65	26	-	1	20	-	-	2
Total	**1'104**	**113**	**902**	**89**	**714**	**201**	**3**	**17**	**148**	**7**	**1**	**13**
2007 waren es	1'127	147	891	89	732	194	3	9	159	12	7	11
2006 waren es	1'061	130	861	70	706	165	-	16	147	4	7	16

Tabelle 16. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
		Urteil	Verfügung/Beschluss		
			Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten
Arbon	212	140	19	44	9
Bischofszell	159	115	6	28	10
Diessenhofen	23	21	1	-	1
Frauenfeld	178	130	18	22	8
Kreuzlingen	215	172	12	22	9
Münchwilen	134	104	5	13	12
Steckborn	69	60	4	3	2
Weinfelden	114	92	11	8	3
Total	**1'104**	**834**	**76**	**140**	**54**
2007 waren es	1'127	849	96	150	32
2006 waren es	1'061	798	77	154	32

B. Strafrechtspflege

Tabelle 17. Überweisungen und Erledigungen

Bezirk	Überweisungen				Erledigungen				Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neu-eingänge	Total	davon Ein-sprachen gegen Strafver-fügungen	Urteil	Verfü-gung/Be-schluss	Total	davon Ein-sprachen gegen Strafver-fügungen	
Arbon	30	97	127	10	80	20	100	7	27
Bischofszell	19	55	74	9	55	9	64	8	10
Diessenhofen	2	11	13	1	10	2	12	1	1
Frauenfeld	12	143	155	11	93	29	122	10	33
Kreuzlingen	29	113	142	17	123	-	123	17	19
Münchwilen	12	99	111	8	72	4	76	6	35
Steckborn	6	44	50	7	38	6	44	6	6
Weinfelden	33	74	107	11	86	4	90	8	17
Total	**143**	**636**	**779**	**74**	**557**	**74**	**631**	**63**	**148**
2007 waren es	111	509	620	87	414	63	477	67	143
2006 waren es	166	618	784	90	596	77	673	76	111

3. Geschäftsführung der Bezirksgerichtspräsidien

Tabelle 18. Einzelrichterliche Tätigkeit

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2008	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	88	56	9	1	-
Bischofszell	21	28	9	-	-
Diessenhofen	3	5	2	-	-
Frauenfeld	116	71	27	1	1
Kreuzlingen	58	96	48	8	2
Münchwilen	52	64	38	7	-
Steckborn	15	22	12	2	1
Weinfelden	40	26	7	2	-
Total	**393**	**368**	**152**	**21**	**4**
2007 waren es	402	385	116	10	1
2006 waren es	390	380	121	11	1

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

Tabelle 19. Erledigte Prozesse nach Verfahren, Gegenstand und Erledigungsart

Bezirk	Zahl	nach Verfahren und Gegenstand						nach Erledigungsart				Rechtshilfeeinvernahmen
		Verfahren		Gegenstand								
		ordentliches	beschleunigtes	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten	Urteil	Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten	
Arbon	55	32	23	3	48	4	-	12	31	12	-	3
Bischofszell	26	12	14	1	25	-	-	8	13	2	3	2
Diessenhofen	3	1	2	-	3	-	-	-	2	1	-	-
Frauenfeld	52	26	26	-	50	2	-	17	20	11	4	5
Kreuzlingen	66	29	37	3	61	2	-	36	19	7	4	8
Münchwilen	51	26	25	3	48	-	-	30	13	7	1	4
Steckborn	17	11	6	1	15	1	-	12	5	-	-	1
Weinfelden	35	17	18	2	32	1	-	13	14	6	2	4
Total	**305**	**154**	**151**	**13**	**282**	**10**	**-**	**128**	**117**	**46**	**14**	**27**
2007 waren es	354	197	157	9	336	7	2	155	113	70	16	36
2006 waren es	354	212	142	7	333	9	5	157	118	54	25	29

Tabelle 20. Übrige Haupttätigkeiten gemäss ZPO

Bezirk	Befehls-verfahren	vorsorg-liche Mass-nahmen bei Ehe-scheidung /-tren-nung	Ehe-schutz-mass-nahmen	Vormer-kung von Bauhand-werker-pfand-rechten	Ausswei-sung von Mietern und Pächtern	Kraftlos-erklärung von Wert-papieren	übrige Ver-fügungen nach ZGB und OR	weitere Ver-fügungen nach ZPO	Total
Arbon	20	24	71	21	31	11	56	15	249
Bischofszell	1	1	15	2	42	5	50	7	123
Diessenhofen	2	2	4	-	2	-	4	36	50
Frauenfeld	32	14	63	10	36	15	64	102	336
Kreuzlingen	34	7	35	33	27	17	45	8	206
Münchwilen	10	7	34	8	16	1	21	9	106
Steckborn	6	6	14	4	11	3	11	12	67
Weinfelden	8	8	23	3	18	3	27	14	104
Total	**113**	**69**	**259**	**81**	**183**	**55**	**278**	**203**	**1'241**
2007 waren es	69	79	295	147	152	78	261	197	1'278
2006 waren es	76	87	292	79	157	78	244	181	1'194

Tabelle 21. Verfügungen nach SchKG

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	238	76	24	49	17	10	81	495
Bischofszell	153	45	12	18	3	7	3	241
Diessenhofen	17	28	-	6	2	-	6	59
Frauenfeld	243	83	23	26	26	5	94	500
Kreuzlingen	272	160	10	39	10	16	101	608
Münchwilen	175	92	9	7	4	13	22	322
Steckborn	81	52	2	12	6	3	21	177
Weinfelden	146	72	3	9	8	10	28	276
Total	**1'325**	**608**	**83**	**166**	**76**	**64**	**356**	**2'678**
2007 waren es	1'457	761	53	223	96	53	364	3'007
2006 waren es	1'476	896	70	248	116	48	429	3'283

Tabelle 22. Beschwerden gegen die Betreibungsämter

Bezirk	Zahl	Erledigungsart					durchschnittliche Verfahrensdauer
		abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt	
Arbon	10	5	-	2	2	1	35 Tage
Bischofszell	2	2	-	-	-	-	11 Tage
Diessenhofen	1	1	-	-	-	-	25 Tage
Frauenfeld	11	4	2	4	1	-	41 Tage
Kreuzlingen	5	1	2	-	1	1	55 Tage
Münchwilen	6	1	1	1	1	2	35 Tage
Steckborn	5	2	1	2	-	-	40 Tage
Weinfelden	9	5	2	-	-	2	49 Tage
Total	**49**	**21**	**8**	**9**	**5**	**6**	**40 Tage**
2007 waren es	70	32	15	5	6	12	40 Tage
2006 waren es	66	31	9	9	7	10	58 Tage

IV. Friedensrichterämter

Tabelle 23. Geschäftsumfang

	behandelte Fälle	verglichen wurden	keine Weisung verlangt	Weisungen wurden erteilt	einzelrichterliche Tätigkeit
Arbon	137	24	29	84	4
Romanshorn	108	25	21	62	5
Bischofszell	21	14	5	2	3
Amriswil	64	30	6	28	3
Sulgen	48	14	14	20	-
Diessenhofen	38	11	7	20	1
Frauenfeld	129	29	8	92	6
Aadorf	61	17	15	29	5
Felben-Wellhausen	51	20	6	25	-
Kreuzlingen	247	57	60	130	3
Kemmental	60	18	9	33	-
Tägerwilen	64	18	14	32	-
Münchwilen	78	22	42	14	-
Affeltrangen	57	26	11	20	1
Sirnach	72	40	2	30	1
Steckborn	60	13	12	35	-
Müllheim	37	14	4	19	-
Weinfelden	59	8	11	40	3
Bürglen	46	5	23	18	-
Kreuzlingen	32	8	2	22	1
Total	**1'469**	**413**	**301**	**755**	**36**
2007 waren es	1'446	384	271	791	49
2006 waren es	1'358	398	218	742	63

V. Bezirksämter

Tabelle 24. Tätigkeit als Strafgerichte

Bezirk	Zahl der Strafverfügungen	
	Übertretungen	Vergehen und Verbrechen
Arbon	2'377	196
Bischofszell	1'605	220
Diessenhofen	277	49
Frauenfeld	2'565	350
Kreuzlingen	2'924	540
Münchwilen	2'285	351
Steckborn	763	155
Weinfelden	1'391	172
Total	**14'187**	**2'033**
2007 waren es	15'643	2'232
2006 waren es	16'174	2'199

VI. Konkursamt

Tabelle 25. Geschäftsumfang

	2008	2007	2006
Pendenzen aus dem Vorjahr	**149**	142	139
Neueingänge	**298**	314	316
Erledigungen im Berichtsjahr	**301**	307	313
Pendenzen Ende Jahr	**146**	149	142
Konkurseröffnungen			
Firmenkonkurse	**146**	185	202
Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen)	**67**	42	50
Nachlasskonkurse (ausgeschlagene Erbschaften)	**85**	87	64
Total Neueingänge	**298**	314	316
Konkurserledigungen			
Widerruf	**-**	5	7
Aufhebung des Konkurses	**11**	15	7
Einstellung mangels Aktiven	**144**	153	180
Schlusserklärung			
nach summarischem Verfahren	**146**	133	117
nach ordentlichem Verfahren	**-**	1	2
Total Konkurserledigungen	**301**	307	313

VII. Betreibungsämter

Tabelle 26. Geschäftsumfang

	Zahlungsbefehle	Pfändungs-vollzüge	Verwertungen
Arbon	6'430	4'531	4'217
Romanshorn	4'623	3'173	2'471
Bischofszell	2'331	1'221	1'032
Amriswil	4'254	2'965	2'774
Sulgen	2'526	1'534	1'154
Diessenhofen	2'275	1'107	1'156
Frauenfeld	7'133	3'910	3'596
Aadorf	3'039	1'865	1'563
Felben-Wellhausen	1'588	719	628
Kreuzlingen	6'319	3'180	2'134
Kemmental	1'850	934	609
Tägerwilen	1'952	1'042	892
Münchwilen	3'302	1'612	1'358
Affeltrangen	2'042	1'011	876
Sirnach	4'193	2'692	745
Steckborn	2'987	1'702	1'446
Müllheim	1'927	1'000	804
Weinfelden	2'218	1'198	1'019
Bürglen	2'166	1'102	830
Märstetten	2'195	1'120	860
Total	**65'350**	**37'618**	**30'164**
2007 waren es	63'458	37'448	31'127
2006 waren es	69'068	39'490	33'432

C. Entscheide

des Obergerichts

und

des Obergerichtspräsidiums

BUNDESRECHT

1. Dauer von Massnahmeverfahren im Immaterialgüterrecht, rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)

1. a) Die Gesuchsteller verlangten Massnahmen gegen die Gesuchgegnerin mit dem Antrag, ihr sei unter Androhung der Ungehorsamsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung zu untersagen, bestimmte von ihr feilgebotene Produkte herzustellen, feilzuhalten, zu verkaufen, in Verkehr zu bringen oder in ihr Promotionsmaterial aufzunehmen. Die Gesuchsteller beriefen sich auf Designrecht und unlauteren Wettbewerb; sie hätten feststellen müssen, dass die Gesuchsgegnerin praktisch identische beziehungsweise identisch gestaltete Produkte vertreibe.

b) Der Schriftenwechsel zog sich in der Folge über mehrere Monate hin.

2. Werden mit einer Rechtsschrift neue Akten eingereicht, muss der Gegenpartei zwingend noch Gelegenheit gegeben werden, dazu Stellung zu nehmen[1]; dasselbe gilt auch, wenn in der Rechtschrift neue und erhebliche (rechtliche oder tatsächliche) Gesichtspunkte vorgebracht werden[2]. Die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung geht - der Praxis des EGMR folgend[3] - indessen über diese an sich selbstverständlichen Grundsätze hinaus und räumt dem Betroffenen - auch ohne entsprechende Anträge - ein Recht auf Replik selbst dann ein,

---

1 Vgl. Pra 91, 2002, Nr. 182
2 Vgl. BGE 111 Ia 3
3 VPB 66, 2002, Nr. 113 S. 1307 ff.; VPB 65, 2001, Nr. 129 S. 1347 ff.; VPB 61, 1997, Nr. 108 S. 961; vgl. SZIER 1999 S. 553

wenn die entsprechende Antwortschrift nach Auffassung des entscheidenden Gerichts weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht irgendwelche neuen Vorbringen enthält[4]. Dies führt zwangsläufig zur Gefahr eines nahezu endlosen Schriftenwechsels[5] und gleichzeitig zu Kollisionen mit dem Beschleunigungsgebot. Im Immaterialgüterecht empfiehlt es sich daher, wenn Rechtsbegehren tatsächlich als dringlich erscheinen, Antrag auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen zu stellen, auch wenn das Kostenrisiko höher ist.

Obergerichtspräsidium, 29. August 2008, PO.2007.4

2. Lebensprägung: Kriterium der Entwurzelung aus dem angestammten Kulturkreis beim zur Ausreise verpflichteten ausländischen Ehegatten. Bestimmung der Lebenshaltungskosten in anderen Ländern (Art. 125 ZGB)

1. Die Parteien heirateten im Dezember 2001 in der Türkei; beide waren damals 21 Jahre alt und türkische Staatsangehörige. Seit März 2004 besitzt der Ehemann, der seit Geburt in der Schweiz lebt, das Schweizer Bürgerrecht. Im Juli 2002 liess er seine Ehefrau in die Schweiz nachziehen. Seit Februar 2005 leben die Eheleute getrennt. Kinder entsprossen der Ehe nicht. Im Juli 2006 verweigerte das Migrationsamt der Ehefrau den weiteren Aufenthalt im Kanton Thurgau, weil mit einer Wiederaufnahme der Ehegemeinschaft nicht gerechnet werden könne. Das ausländerrechtliche Verfahren ist derzeit beim Verwaltungsgericht hängig.

---

4 Vgl. Anwaltsrevue 2005 S. 73 f.

5 Vgl. Goldschmid, Auf dem Weg zum endlosen Schriftenwechsel, in: ZBJV 138, 2002, S. 281 ff.

2. Im Berufungsverfahren ist die Höhe der nachehelichen Unterhaltspflicht des Ehemanns für den Fall strittig, dass die Ehefrau aus der Schweiz weggewiesen wird und in die Türkei zurückkehren muss.

3. a) Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere gemäss Art. 125 Abs. 1 ZGB einen angemessenen Beitrag zu leisten. Abs. 2 listet dabei die wichtigsten Kriterien auf, die das Gericht zu berücksichtigen hat.

b) Der nacheheliche Unterhalt soll insbesondere den durch die Ehescheidung verursachten Veränderungen Rechnung tragen. Einerseits hat jeder Ehegatte - soweit immer möglich - für seinen Unterhalt selbst zu sorgen; anderseits ist der Ehegatte zu Unterhaltsleistungen an den anderen verpflichtet, wenn dieser seine durch die Ehe allenfalls beeinträchtigte wirtschaftliche Selbstständigkeit nicht erreichen kann[6].

4. a) Die Vorinstanz erkannte zutreffend, dass die Ehe der Parteien nicht lebensprägend war und der Ehefrau daher für den Fall der Wegweisung in die Türkei lediglich eine Überbrückungsrente gestützt auf die nacheheliche Solidarität zusteht. Der gegenteiligen Auffassung der Ehefrau kann nicht gefolgt werden: Die Ehe dauerte bis zur faktischen Trennung bloss etwas mehr als drei Jahre, wovon die Parteien zwischen dem Nachzug der Berufungsklägerin in die Schweiz im Juli 2002 und der Trennung im Februar 2005 nur gerade zweieinhalb Jahre zusammen lebten. Weil ausserdem aus der Ehe keine Kinder hervorgingen, liegt der klassische Fall einer nicht lebensprä-

---

[6] Vgl. etwa BGE vom 3. Mai 2007, 5C.31/2007, Erw. 2.2

genden, kinderlosen Kurzehe vor. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten aus ihrer Heimat in die Schweiz folgte: Nach einer in der Schweiz gelebten Ehe von nur gerade zweieinhalb Jahren Dauer oder ganz allgemein nach einem Auslandsaufenthalt von etwa fünfeinhalb Jahren liegt bei einer erwachsenen Person fraglos noch keine Entwurzelung aus ihrem bisherigen Kulturkreis vor. Die Verneinung einer Entwurzelung und damit einer Lebensprägung der Ehe schliesst aber - wie sogleich zu zeigen sein wird - nicht aus, den bei einer Rückkehr in die Türkei auf die Ehefrau zukommenden Schwierigkeiten Rechnung zu tragen.

Da der Ehe der Parteien kein lebensprägender Charakter zukommt, ist der Unterhaltsanspruch der Ehefrau für die Zeit zu bemessen, welche sie braucht, um in der Türkei beruflich Tritt zu fassen. Mit anderen Worten ist zur Festlegung des Anspruchs massgebend, wie hoch der Bedarf der Ehefrau in der Türkei ist, ab wann sie wie viel verdienen kann, und ab wann ihr Einkommen den gesamten Bedarf zu decken vermag. Grundsätzlicher Anknüpfungspunkt für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau ist deren vorehelicher Lebensstandard in der Türkei. Indessen können die Ehe und ihre Folgen nicht völlig ausgeblendet werden: So kann entgegen der Meinung des Ehemanns keine Rolle spielen, dass die Ehefrau vor der Heirat keiner Erwerbstätigkeit nachging. Sie hatte ihre Lehre rund anderthalb Jahre vor der Heirat abgeschlossen, so dass nachvollzogen werden kann, dass sie angesichts der geplanten Heirat und der deswegen ohnehin bevorstehenden Auswanderung nicht noch eine auf verhältnismässig kurze Zeit befristete Arbeitsstelle antrat. Sie lebte bei ihren Eltern und wird als Zwischenlösung wohl diesen bei der Arbeit auf dem Bauernhof zur Hand gegangen sein. Aufgrund ihrer damaligen konkreten Lebenssituation mit der bevorstehenden Heirat kann ihr dies nicht zum Nachteil gereichen. Aus der gleichen Überlegung heraus ist sodann anders als nach der Auffassung des Ehemanns auch nicht an den Lebenskosten am Wohnort der Eltern der Ehefrau, wo

diese vor der Heirat lebte, anzuknüpfen: Bei diesem Ort handelt es sich um ein kleines Bauerndorf mit nur 200 Einwohnern. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin in diesem Dorf als Schneiderin kaum eine Anstellung gefunden hätte, so dass sie es ohne Heirat verlassen hätte und in einen grösseren Ort gezogen wäre. Weil der Berufungsklägerin das kleine Dorf auch bei einer Rückkehr aus der Schweiz in beruflicher Hinsicht keine Perspektive bietet, müsste es im Grunde genommen auch im Interesse des Ehemanns sein, wenn bei der Bestimmung der Lebenshaltungskosten der Ehefrau auf die Verhältnisse in der Stadt A abgestellt wird: Zwar sind diese Kosten dort höher; dafür hat die Ehefrau im Gegenzug reelle Chancen, sich innert nützlicher Frist beruflich zu integrieren. Die Neuorientierung der Ehefrau, die durch die Auswanderung in die Schweiz und die eventuelle Rückkehr in die Türkei notwendig wird, wird dadurch wesentlich verkürzt.

b) Die Vorinstanz stellte für die Bestimmung der Lebenshaltungskosten in der Türkei auf das Rückkehrhilfeprogramm der Schweiz ab, welches offenbar von Kosten von Fr. 500.00 im Monat ausgeht. Einen Hinweis auf die konkrete Quelle dieser Angabe enthält das angefochtene Urteil nicht, was aber insofern nichts ausmacht, als es nach der Auffassung des Obergerichts im hier interessierenden Zusammenhang auf diesen Betrag aus grundsätzlichen Überlegungen ohnehin nicht entscheidend ankommen kann. Ausschlaggebend ist, dass eine staatliche Rückkehrhilfe doch eher bescheiden bemessen ist und von daher die dieser zugrundeliegenden Lebenshaltungskosten bei der Bemessung von nachehelichem Unterhalt nach Art. 125 ZGB nicht unbesehen übernommen werden können. Die OECD etwa weist die Lebenshaltungskosten in der Türkei per September 2007 mit immerhin 53% derjenigen in der Schweiz aus[7]; dieser Lebenskostenindex basiert

---

[7] Vgl. die Internetseite des Bundesamts für Migration www.swissemigration.ch; Lebenshaltungskosten: Was kostet die Welt?; Länder von A-Z; Türkei

auf den amtlich publizierten Konsumentenpreisen eines Landes, ist kaufkraft- und wechselkursbereinigt und eignet sich als Massstab für die Lebenshaltungskosten von Personen, die sich gut im Land auskennen. Der ebenfalls auf der Internetseite des Bundesamts für Migration publizierte Lebenskostenindex der UBS sowie der vom Bundesamt für Migration berechnete A&S-Index sind für die Türkei mit je 71% des Schweizer Werts (deutlich) höher als die von der OECD ermittelte Zahl. Indessen können diese beiden Indizes zur Bestimmung der Lebenshaltungskosten der Ehefrau bei einer Rückkehr in die Türkei nicht herangezogen werden: Der Index der UBS gilt für westeuropäische Expatriaten-Familien, die in Businessstädten leben. Er ist daher für die Situation der Berufungsklägerin in keiner Hinsicht einschlägig, nachdem weder die Region um die Stadt A als Businessstadt im Sinn des Indexes gelten kann noch für die Bestimmung der Lebenshaltungskosten der Ehefrau in der Türkei am westeuropäischen Lebensstandard anzuknüpfen ist. Der A&S-Index sodann ist auf Neuankömmlinge und Auslandsaufenthalter im ersten Jahr zugeschnitten. Weil die Ehefrau angesichts ihrer nur gut zweieinhalb Jahre in der Schweiz gelebten Ehe beziehungsweise des insgesamt erst fünfeinhalb Jahre dauernden Aufenthalts in der Schweiz aus der Türkei nicht entwurzelt ist, kennt sie den dortigen Markt wenigstens noch in den Grundzügen und wird daher in kürzester Zeit wissen, wo und wie sie sich günstig ihren Lebensbedarf besorgen kann. Die Ehefrau ist daher nicht mit der Zielgruppe des A&S-Indexes vergleichbar, die sich in einem vollkommen fremden Land zuerst einmal ganz grundsätzlich zurechtfinden muss und dabei mangels Kenntnissen des Markts manches Produkt zu im Vergleich zu teuren Preisen kaufen wird. Richtschnur kann daher nur der OECD-Index sein, wobei zu Lasten der Ehefrau von diesem nur mit einer nachvollziehbaren und überzeugenden Begründung abgewichen werden könnte. Auch beim vergleichsweise bescheidenen Lebensstil, den die Ehefrau in der Schweiz lebt, und dem daher entsprechend tiefen Bedarf ergeben sich nach dem Index der OECD Lebenshaltungskosten in der Türkei für die Ehefrau von mindestens

Fr. 850.00 im Monat. Mit Blick auf den in der Türkei bezahlten Mindestlohn von Fr. 490.00 erscheinen Kosten in dieser Höhe freilich als sehr hoch. Der Grund für die Differenz dafür liegt offenkundig darin, dass die mit dem OECD-Index bestimmten Lebenskosten auf der Grundlage des Lebensstandards der Ehefrau in der Schweiz beruhen. Dieser ist für hiesige Verhältnisse zwar bescheiden, doch beinhaltet er allemal eine umfassende Krankenversicherung, die Kosten für moderne Kommunikationsformen sowie auch für Kulturelles wie Unterhaltung oder Ausgang. So gesehen dürfte der von der Ehefrau in der Schweiz gelebte Lebensstandard in der Türkei einem eher gehobenen Niveau entsprechen. Ein solches kann als Anknüpfung für den nachehelichen Unterhalt aber nicht massgebend sein, da sich die Ehefrau als Schneiderin in der Türkei vor ihrer Heirat ein entsprechendes Lebensniveau nicht leisten konnte. Mit anderen Worten dürften daher die Lebenshaltungskosten der Ehefrau in der Türkei bezogen auf ihren Lebensstandard vor der Heirat recht deutlich unterhalb des mit dem OECD-Index ermittelten Werts liegen. So gesehen erscheinen Lebenshaltungskosten von ermessensweise Fr. 600.00 bis Fr. 700.00 oder gemittelt Fr. 650.00 der konkreten Situation der Ehefrau angemessen.

c) Die Ehefrau wird entgegen ihrer Annahme nicht bis zu drei Jahre brauchen, um in der Türkei eine Arbeitsstelle zu finden. Sie selber wies darauf hin, dass die Stadt A, wohin sie sich im Fall der Ausweisung vernünftigerweise begeben wird, eine Hochburg der Baumwollindustrie mit entsprechend nachgelagerten Produktionsstätten sei. Dieser Umstand ist für die Ehefrau als gelernte Schneiderin bedeutsam, eröffnen ihr diese Produktionsstätten doch Möglichkeiten für Arbeit. Dass die Arbeitslosenquote in der Türkei 25% betragen solle, stellt eine blosse Schätzung dar; offiziell ausgewiesen wird eine Quote von etwa 10%, und nachdem die Ehefrau im erstinstanzlichen Verfahren noch selber ausgeführt hatte, in der Region der türkischen Ägäis liege die Zahl tiefer als im Landesdurchschnitt, ist von einer

Quote im Bereich von 7% oder 8% auszugehen. Dies entspricht etwa der Arbeitslosenquote in Deutschland und Belgien[8]. Im Zusammenhang mit der für Schweizer Verhältnisse sehr hohen Arbeitslosenquote ist freilich von Bedeutung, dass die Ehefrau hier dank ihrer Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt bewies, dass sie sich erfolgreich behaupten kann; sie hatte gemäss eigenen Angaben sogar eine Arbeitsstelle in einem Altersheim in Aussicht, die sie nur wegen des hängigen Wegweisungsverfahrens nicht antreten konnte. Schliesslich bietet auch der im Südwesten der Türkei sehr wichtige Tourismus der Ehefrau Perspektiven in beruflicher Hinsicht, wobei in dieser Branche namentlich ihre - wenn auch begrenzten - Deutschkenntnisse von erheblichem Vorteil sein dürften. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Ehefrau innerhalb von sechs Monaten nach ihrer Rückkehr in die Türkei eine Arbeitsstelle finden wird. Anfänglich wird es sich dabei möglicherweise lediglich um eine Teilzeitstelle handeln mit dem von der Vorinstanz angenommenen Monatseinkommen von Fr. 300.00. Später sollte sich die Ehefrau bezüglich Pensum und Einkommen aber steigern können. Realistisch erscheint, dass sie im zweiten Jahr nach ihrer Rückkehr etwa Fr. 450.00 verdienen kann und nach Ablauf dieses Jahres ein Einkommen zu erzielen in der Lage ist, das ihr die Bestreitung des Lebensunterhalts aus eigener Kraft ermöglicht.

Obergericht, 17. Januar 2008, ZBR.2007.75

---

8 Vgl. www.indexmundi.com; Country Facts; Deutschland beziehungsweise Belgien; Wirtschaft; Arbeitslosigkeit

3. Schuldneranweisung während eines Abänderungsverfahrens (Art. 129, 132, 177, 291 ZGB)

1. a) Die Bezirksgerichtliche Kommission schied die Ehe der Parteien und verpflichtete den Rekursgegner, der Rekurrentin Kinderalimente von Fr. 900.00 zuzüglich Kinderzulagen sowie eine Frauenrente von Fr. 1'210.00 bis 31. Juli 2009 und hernach von Fr. 800.00 bis 31. Juli 2014 zu bezahlen. Das Gerichtspräsidium wies die Arbeitgeberin des Rekursgegners an, der Rekurrentin monatlich Fr. 1'210.00 zu überweisen; diese Schuldneranweisung bezog sich auf den Frauenunterhalt. Im Abänderungsprozess reduzierte die Bezirksgerichtliche Kommission den Frauenunterhaltsbeitrag per 1. April 2007 auf Fr. 600.00 und hob ihn per 31. Dezember 2007 auf. Dieses Verfahren ist in zweiter Instanz beim Obergericht hängig. Anfangs Dezember 2007 hob das Gerichtspräsidium die Schuldneranweisung betreffend den Frauenunterhalt auf und wies das Gesuch der Rekurrentin betreffend Schuldneranweisung für die Kinderalimente ab.

b) Die Rekurrentin beantragt vor Obergericht, das Gesuch des Rekursgegners um Aufhebung der Schuldneranweisung für den Frauenunterhalt sei abzuweisen, und dasjenige der Rekurrentin bezüglich des Kinderunterhalts sei gutzuheissen.

2. a) Vernachlässigt die verpflichtete Person die Erfüllung der nachehelichen Unterhaltspflicht, kann das Gericht gemäss Art. 132 ZGB ihre Schuldner anweisen, die Zahlungen ganz oder teilweise an die berechtigte Person zu leisten. Bezüglich Kinderunterhaltsbeiträgen gilt ohne sachlichen Unterschied Art. 291 ZGB. Voraussetzung für eine Anweisung ist, dass der Schuldner die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht vernachlässigt. Der Eingriff muss verhältnismässig sein und darf nicht schon angeordnet werden, wenn nur ausnahmsweise ein Unterhaltsbeitrag ganz oder teilweise ausbleibt oder sich verzögert, ausser einmalige Versäumnis ist ein Indiz für künftige Wiederholun-

gen. Es ist nicht zu prüfen, ob der unterhaltspflichtige Ehegatte die Nichterfüllung verschuldete. Wurde der Geldbetrag an den Familienunterhalt bereits durch eine richterliche Instanz festgesetzt, entspricht die Anweisung in der Regel der Höhe dieses Unterhaltsbeitrags[9].

b) aa) Die Vorinstanz erwog, an sich wären die Voraussetzungen zur Weiterführung der Schuldneranweisung für den Frauenunterhalt gegeben, da der Rekursgegner die Unterhaltsbeiträge nie freiwillig bezahlen würde. Da aber in der Zwischenzeit der Frauenunterhaltsbeitrag reduziert und per Ende Dezember 2007 aufgehoben worden sei, und weil der Rekursgegner bereits mehr bezahlt habe, als er gemäss dem Abänderungsentscheid leisten müsste, sei die Schuldneranweisung aufzuheben.

bb) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wenn die Voraussetzungen für eine Schuldneranweisung gegeben sind, ist diese anzuordnen. Sind sie für eine bereits bestehende Schuldneranweisung noch erfüllt, darf die Schuldneranweisung nicht aufgehoben werden. Der Auffassung der Vorinstanz wäre nur zuzustimmen, wenn die Unterhaltspflicht rechtskräftig aufgehoben oder zumindest zur Zeit nicht vollstreckbar wäre. Beides ist hier nicht der Fall. Der Entscheid betreffend Abänderung des Scheidungsurteils erwuchs nicht in Rechtskraft; vielmehr focht die Rekurrentin diesen mit Berufung beim Obergericht an. Für die Dauer des hängigen Abänderungsverfahrens wurde die Unterhaltspflicht nicht mit einer vorsorglichen Massnahme aufgehoben, wobei dies gemäss Praxis des Obergerichts ohnehin nur in Ausnahmefällen möglich ist[10]. Daran ändert nichts, dass sich das Abänderungsverfahren bereits im Berufungsstadium befindet, wenn über die Frage zu entscheiden ist, ob ein Unterhaltsbeitrag vorsorglich

---

9 RBOG 2002 Nr. 2
10 RBOG 2003 Nr. 2, 2001 Nr. 1

aufzuheben ist. Abgesehen davon - und das ist entscheidend - stellte der Rekursgegner gar kein Gesuch um vorsorgliche Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung. Es müssen daher im jetzigen Zeitpunkt auch nicht die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Abänderungsprozesses geprüft werden, weil die Vorinstanz nicht vorsorglich über das Prozessthema des hängigen Hauptverfahrens - die Abänderung oder Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung - entschied, sondern lediglich über den Fortbestand der Schuldneranweisung. Im Verfahren betreffend Anordnung oder Aufhebung der Schuldneranweisung kann aber nicht vorfrageweise über den Bestand der zu sichernden Forderung entschieden werden. Die zu sichernde Forderung hängt vielmehr einzig von der derzeit massgebenden, vollstreckbaren richterlichen Anordnung ab. Im hier zu beurteilenden Fall schuldet der Rekursgegner der Rekurrentin weiterhin Beiträge an ihren Unterhalt. Die Vorinstanz hob daher die Schuldneranweisung für den Frauenunterhalt zu Unrecht auf. In dieser Hinsicht erweist sich der Rekurs als begründet.

c) aa) Die Vorinstanz verweigerte die Schuldneranweisung bezüglich der Kinderalimente mit der Begründung, der Rekursgegner habe diese bis anfangs 2007 immer regelmässig bezahlt. Das Abänderungsverfahren habe ihn wegen des gegenseitigen Hasses der Parteien psychisch belastet, was gerichtsnotorisch sei. Offenbar habe der Rekursgegner zudem eine Strafe in Halbgefangenschaft verbüssen müssen, was Nachtarbeit verunmöglicht habe. Ferner seien ihm pro Monat bereits Fr. 1'210.00 abgezogen worden, weshalb er seinen Verpflichtungen nicht mehr habe nachkommen können. Es sei davon auszugehen, dass er die laufenden Kinderalimente in Zukunft wieder bezahle. Andernfalls müsse er damit rechnen, dass bei einem erneuten Gesuch umgehend die Schuldneranweisung angeordnet würde.

bb) Zutreffend wandte die Rekurrentin ein, es komme nicht darauf an, aus welchem Grund Unterhaltsbeiträge nicht oder unpünktlich bezahlt würden. Hassgefühle und Belastungen durch

eherechtliche Verfahren genügen ohnehin nicht, um die Vernachlässigung der Unterhaltspflicht zu rechtfertigen. Entscheidend ist nur, ob zu befürchten ist, die Unterhaltspflicht werde auch in Zukunft nicht erfüllt. Bei der Prüfung dieser Frage darf berücksichtigt werden, ob Gründe wegfielen, die dazu führten, dass die Unterhaltspflicht nicht erfüllt wurde. Es ist grundsätzlich zulässig, daraus eine Prognose für die künftige Erfüllung der Unterhaltspflicht zu stellen. Allerdings ist auch der behauptete Wegfall dieser Gründe zu hinterfragen. Wenn die "Beruhigung" der Situation und das Ende der "psychischen Ausnahmesituation" darauf zurückzuführen sind, dass die Schuldneranweisung bezüglich des Frauenunterhalts aufgehoben wurde, muss nach dem Rekursentscheid mit erneuten Emotionen des Rekursgegners gerechnet werden. Es ist wahrscheinlich, dass der Rekursgegner nun wieder der Auffassung ist, Gründe für die Nichtbezahlung der Alimente zu haben. Darüber hinaus war ihm offenbar bereits zur Zeit des Scheidungsverfahrens bewusst, dass er Probleme mit der regelmässigen Erfüllung seiner Unterhaltspflicht haben werde. Anders ist nicht zu erklären, dass er sich in der Scheidungskonvention mit einer Schuldneranweisung durch das Gericht einverstanden erklärte, falls er keinen Dauerauftrag für die gesamte Unterhaltsverpflichtung von Fr. 2'300.00 zu Gunsten der Rekurrentin einrichten werde. Unter all diesen Umständen ist die Befürchtung, die Kinderalimente würden in Zukunft nicht regelmässig und pünktlich bezahlt, trotz der Unterhaltsnachzahlungen im November 2007 zu bejahen. Auch in dieser Hinsicht erweist sich der Rekurs daher als begründet.

d) Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Rekursgegner weder behauptete noch belegte, dass mit der Bezahlung der Unterhaltsbeiträge für die Rekurrentin und den Sohn in sein Existenzminimum eingegriffen werde. Davon ist im Übrigen auch nicht auszugehen, weil der Rekursgegner gemäss Scheidungsurteil ein Einkommen von netto Fr. 6'100.00 erzielte. Er spricht nur von einem ab Juli 2007 auf Fr. 5'300.00 reduzierten Einkommen. Er begründete

diese Reduktion allerdings nicht und behauptete auch nicht, es handle sich um eine dauerhafte Einkommensverminderung. Es ist daher davon auszugehen, dass es sich um eine vorübergehende Reduktion im Zusammenhang mit der Halbgefangenschaft handelt.

Obergericht, 25. Januar 2008, ZR.2007.131

4. Entmündigung wegen Misswirtschaft und Verschwendung (Art. 370 ZGB)

1. Die Vormundschaftsbehörde beantragte gestützt auf Art. 370 ZGB die Entmündigung der 1933 geborenen Eheleute. Es fehle ihnen an der Fähigkeit, ihre selbstverschuldete missliche finanzielle Situation realistisch einzuschätzen und entsprechend zu handeln, womit sie sich der Gefahr des Notstands oder der Verarmung aussetzen würden. Die Bezirksgerichtliche Kommission schützte die Klage. Die Eheleute führen Berufung.

2. Mit Bezug auf die Berufungsklägerin findet sich im angefochtenen Urteil der notwendige gesetzliche Entmündigungsgrund nicht. Die Vorinstanz wirft der Berufungsklägerin "mangelnde Einsicht in die aktuelle Situation" vor; gleichzeitig spricht sie aber davon, die Finanzen seien stets vom Berufungskläger geregelt worden. Die mit Bezug auf die Berufungsklägerin vorgenommene Entmündigung soll ihrem Schutz dienen, "weil sie dadurch den Beeinflussungsversuchen ihres Ehemanns entzogen werden kann". Zudem glaubt die Vorinstanz, die finanziell motivierten Streitigkeiten zwischen den Eheleuten könnten zurückgehen, wenn eine Drittperson für die Regelung der Finanzen zuständig wäre. Weder der erhoffte Rückgang finanziell motivierter Streitigkeiten noch die Beeinflussungsversuche eines Ehemanns sind indessen Entmündigungsgründe im Sinn des ZGB. Nach-

dem die Vorinstanz der Berufungsklägerin ausdrücklich zugestand, nichts mit den Finanzen zu tun gehabt zu haben, und da bei einem älteren Ehepaar die Delegation von Finanzkompetenzen an den Ehemann keine Misswirtschaft oder Verschwendung im Sinn von Art. 370 ZGB darstellen kann, muss schon aus diesem Grund der gegenüber der Berufungsklägerin vorgenommene Entzug der Handlungsfähigkeit aufgehoben werden.

3. Gemäss Art. 370 ZGB gehört jede mündige Person unter Vormundschaft, die durch Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandel oder durch die Art und Weise ihrer Vermögensverwaltung sich oder ihre Familie der Gefahr eines Notstands oder der Verarmung aussetzt, zu ihrem Schutz dauernd des Beistands und der Fürsorge bedarf oder die Sicherheit anderer gefährdet.

a) Die Marginalie von Art. 370 ZGB nennt Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandel und Misswirtschaft als Entmündigungsgründe. Diesen vier Gründen kommt je selbstständige Bedeutung zu. Sie sind eng auszulegen[11]. Die Entmündigungsgründe der Verschwendung, des lasterhaften Lebenswandels und der Misswirtschaft sind - entsprechend dem Alter des 1907 in Kraft getretenen ZGB - von der Sorge geprägt, erwachsene Personen könnten einem Gemeinwesen finanziell zur Last fallen[12]. Dementsprechend werden heute kaum mehr Entmündigungen gestützt auf Art. 370 ZGB ausgesprochen[13]. Diese Massnahme gilt als stigmatisierend und wird im revidierten Vormundschaftsrecht ersetzt durch eine sogenannte umfassende Beistandschaft mit gänzlichem Entzug der Handlungsfähigkeit[14].

---

11 Langenegger, Basler Kommentar, Art. 370 ZGB N 2

12 Vgl. Steinauer, Les motifs d'interdiction, in: ZVW 42, 1987, S. 1 ff.

13 Vgl. die Statistik in ZVW 61, 2006, S. 46 f.

14 Vgl. Langenegger, System der amtsgebundenen Massnahmen des neuen Erwachsenenschutzrechts, in: ZVW 58, 2003, S. 317 ff., insbesondere S. 323 ff.

Trotzdem wendet das Bundesgericht diese über 100-jährige Bestimmung nach wie vor an[15]. Im zitierten Entscheid ging es um einen rund 20-jährigen Mann. Das Bundesgericht entschied unter Anwendung des Prinzips der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität im Verhältnis zur Verbeiratung gemäss Art. 395 ZGB, Misswirtschaft liege nicht nur vor, wenn vorhandenes Vermögen verschwendet werde, sondern treffe auch auf Personen zu, die sich nicht die nötigen Mittel verschafften und sich dadurch der Gefahr eines Notstands oder der Verarmung aussetzten. Die Verwaltungsbeiratschaft gemäss Art. 395 Abs. 2 ZGB ermögliche den Schutz von Vermögen, erlaube aber keinen Zugriff auf das Einkommen. Nur die Vormundschaft garantiere eine umfassende Vermögens- und Einkommenssorge.

b) Misswirtschaft im Sinn von Art. 370 ZGB liegt vor, wenn eine Person wegen charakterbedingten Mangels an Verstand oder Willen dauernd auf unsinnige Art und Weise ihre Vermögens- oder Einkommensverhältnisse gestaltet. Dabei geht es im Unterschied zur Verschwendung nicht um unsinnige Ausgaben, sondern um eine unsinnige Verwaltung der Mittel. Der charakterbedingte Mangel an Verstand oder Willen kann auch als erhebliche Gleichgültigkeit in Erscheinung treten[16]. Verschwendung liegt nur vor, wenn eine Person wegen eines charakterbedingten Mangels an Verstand oder Willen immer wieder unsinnige, zur eigenen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in krassem Missverhältnis stehende und damit ihr Einkommen oder ihr Vermögen schwer gefährdende oder schädigende Ausgaben tätigt[17].

c) Dass der Berufungskläger den Tatbestand der Verschwendung im Sinn von Art. 370 ZGB erfüllt, ergibt sich schon aus

---

15 Vgl. ZVW 62, 2007, S. 263 ff.
16 Langenegger, Art. 370 ZGB N 4
17 Schnyder/Murer, Berner Kommentar, Art. 370 ZGB N 20

seinen Äusserungen in den Anhörungen: So gab er an, er und seine Ehefrau hätten in den letzten zehn Jahren mit dem Geld "geschludert"; sie hätten sehr gut gelebt und das Geld einfach "verputzt". Er sei es gewohnt, eine Wohnung mit gehobenem Komfort zu bewohnen; jede Wohnung komme für seine Frau und ihn nicht in Frage. Sie hätten schöne Möbel und benötigten eine grosse Wohnung. Es gehe niemanden etwas an, was seine Frau und er mit den Ersparnissen machten. Wenn sie nichts mehr hätten, müsse halt die Gemeinde für sie aufkommen. Das sei heute einfach so. Es sei ihr gutes Recht gewesen, ihr Vermögen zu verbrauchen. Sie hätten sehr gut gelebt und sich vieles geleistet. Jetzt sei einfach nichts mehr da. Unbestritten ist ferner, dass der Berufungskläger sich sein Pensionskassenguthaben mit 62 Jahren auszahlen liess. Sein Reinvermögen sank von Fr. 239'660.00 im Jahr 1999 auf Fr. 226'404.00 im Jahr 2000, Fr. 173'825.00 im Jahr 2001, Fr. 117'324.00 im Jahr 2002, Fr. 81'396.00 im Jahr 2003, Fr. 44'531.00 im Jahr 2004 und Fr. 18'297.00 im Jahr 2005. Der Berufungskläger bestätigte auch, im Jahr 2005 sein Vermögen um rund Fr. 30'000.00 für Ferien, auswärtige Essen, Kosten zur Erlangung des Führerscheins, Ausflüge mit einer Segeljacht und Besuche in den besten Restaurants, den Kauf eines Ford Fiesta (Neuwagen) und für einen aufwändigen Lebensunterhalt geschmälert zu haben.

d) aa) Eine Entmündigung wegen Misswirtschaft und Verschwendung nach Art. 370 ZGB setzt allerdings voraus, dass der vom Gesetz vorgesehene Schutz vor Verarmung überhaupt noch möglich ist. Voraussetzung des vormundschaftlichen Eingriffs ist stets ein Schutzbedürfnis, ein zu behebender Schwächezustand. Das Vormundschaftsrecht hat nie die Funktion einer Strafe, obwohl es gelegentlich von den betroffenen Personen so empfunden wird. Daher mag bei einem jungen Mann, der aus Energielosigkeit, Leichtfertigkeit oder ähnlichen Gründen sich nicht die notwendigen Mittel verschafft,

Misswirtschaft vorliegen[18]. Beim 74-jährigen Berufungskläger, der sich seine Rente als Kapital auszahlen liess und verbrauchte, ist indessen ein Schutz des (verbrauchten) Vermögens nicht mehr möglich. Daher muss für die Notwendigkeit einer Entmündigung auf den aktuellen Vermögens- und Einkommensstand abgestellt werden.

bb) Im November 2005 betrug das Reinvermögen der Berufungskläger noch Fr. 18'000.00 und im Zeitpunkt der Anhörung der Vorinstanz - trotz Verwaltung des Einkommens und des Vermögens durch die Vormundschaftsbehörde - Fr. 14'500.00. Bei einem sozialen Existenzminimum von Fr. 3'714.40 (Grundbeträge Fr. 1'469.00, Wohnung Fr. 1'400.00, Krankenkasse Fr. 845.40) und einem Einkommen von Fr. 3'967.00 verbleibt ein monatlicher Überschuss von rund Fr. 250.00. Wird auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum von Fr. 3'745.40 abgestellt (Fr. 1'550.00 Grundbetrag, Fr. 1'400.00 Wohnkosten, Fr. 845.40 Krankenkasse), resultiert ein Überschuss von rund Fr. 170.00 pro Monat bei einem aktuellen Vermögensstand von etwa Fr. 4'500.00. Die Reduktion des Vermögens erfolgte teilweise in einem Zeitraum, in dem bereits die vorläufige Fürsorge gemäss Art. 386 ZGB angeordnet war.

Diese Zahlen erhellen, dass das Einkommen der Berufungskläger bei sparsamster Lebensführung gerade ausreicht, ohne dass die Fürsorge beansprucht werden müsste.

Zwar belegen die von der Vormundschaftsbehörde eingereichten Akten, dass die Berufungskläger im Zeitraum Juli bis September 2007 über ihrem Einkommen liegende Mehrausgaben von insgesamt rund Fr. 7'700.00 tätigten, was einem monatlichen Durchschnitt von rund Fr. 2'500.00 entspricht. Den Aufstellungen der Vormund-

---

[18] Vgl. BGE 108 II 93; ZVW 62, 2007, S. 263 ff.

schaftsbehörde lässt sich indessen keine einzige verschwenderische Ausgabe entnehmen, und es wurde in dieser Hinsicht unter Bezugnahme auf die Zusammenstellung auch nichts substantiiert. Es handelt sich bei diesen Ausgaben neben der Wohnungsmiete, dem Haushaltsgeld und den Krankenkassenprämien vorab um Steuern, Arztrechnungen, Gerichtskosten, Telefonrechnungen, Bankspesen und Gebühren. Diese Ausgaben können nicht als unsinnig im Sinn von Art. 370 ZGB bezeichnet werden. Dass die Berufungskläger Katzenliebhaber sind und ihnen daher Kosten im Zusammenhang mit dem Tierarzt und - nachdem die Katze offenbar verstorben ist - mit dem Tierkrematorium anfielen, kann ihnen jedenfalls unter dem Titel "Verschwendung" oder "Misswirtschaft" nicht vorgeworfen werden. Die von der Amtsvormundschaft zurückgewiesenen Rechnungen einer Gärtnerei sowie einer Weinhandlung datieren vom ersten Halbjahr 2007 und beschlagen somit nicht mehr den Zeitraum, auf den sich die Zusammenstellung der Vormundschaftsbehörde vom Juli bis September 2007 bezieht. Jedenfalls ist damit nicht belegt, dass die Berufungskläger im zweiten Halbjahr 2007 völlig unsinnige Ausgaben tätigten beziehungsweise tätigen wollten.

Abgesehen davon muss die Frage gestellt werden, worin denn der Vorteil der Entmündigung im konkreten Fall liegen sollte. Wenn die Berufungskläger in Zukunft mit ihrem Renteneinkommen und den Ergänzungsleistungen nicht auskommen, werden sie die staatliche Sozialhilfe beanspruchen. Die Sozialhilfe wird aber nur diejenigen Lücken auffüllen, welche zwischen dem errechneten sozialen Existenzminimum und dem Einkommen besteht. Sonderwünsche wie etwa Blumenkisten oder Weinlieferungen werden von der Sozialhilfebehörde nicht bewilligt werden. Der einzige Unterschied zwischen der Entmündigung und dem Absehen von dieser Massnahme besteht darin, dass in Zukunft Rechnungen nicht ohne weiteres an die Verkäufer oder Dienstleister zurückgesandt werden können mit dem Hinweis, die entsprechenden Verträge seien ohne Zustimmung des Vormunds

abgeschlossen worden. Vielmehr müssten die Rechnungen zunächst auf dem Betreibungsweg eingefordert und allenfalls auf dem Weg der Pfändung des nach Auffassung der Berufungskläger wertvollen Hausrats beglichen werden. Ist kein entsprechendes Substrat (mehr) vorhanden, resultieren dieselben Folgen wie im Fall, in dem Verträge vom Vormund nicht genehmigt und entsprechende Rechnungen zurückgesandt werden: Die Gläubiger gehen leer aus.

cc) Zusammenfassend kann eine Entmündigung in einem derart späten Zeitpunkt den ihr vom ZGB zugedachten Zweck, den Schutz vor drohender Verarmung, nicht mehr erfüllen. Unter diesem Gesichtspunkt verletzt die Entmündigung auch das Prinzip der Verhältnismässigkeit. Diese Feststellungen gelten jedenfalls mit Bezug auf den Schutz des Vermögens. Mit Bezug auf den Schutz des Einkommens mag ein Grenzfall vorliegen. Allerdings mangelt es in dieser Hinsicht an substantiierten Ausführungen, dass der Berufungskläger in letzter Zeit unsinnige Ausgaben tätigte. Unter diesen Umständen ist die angeordnete Entmündigung wegen Misswirtschaft und Verschwendung zwingend aufzuheben.

Obergericht, 17. Januar 2008, ZBR.2007.62

5. Fürsorgerische Freiheitsentziehung; rasches Verfahren (Art. 397f Abs. 1 ZGB; Art. 5 Ziff. 4 EMRK)

X weist zu Recht darauf hin, angesichts des Streitgegenstands habe es zu lange gedauert, bis das Gerichtspräsidium tätig geworden sei. Das Verfahren betreffend fürsorgerische Freiheitsentzie-

hung unterliegt dem Beschleunigungsgebot[19]. Dies bedeutet, dass Gesuche um Entlassung aus einer psychiatrischen Klinik so rasch als möglich behandelt werden müssen. Zwar setzt das Bundesrecht keine Frist fest, innerhalb welcher der gerichtliche Entscheid zu ergehen hat, und im Kanton Thurgau existiert, anders als im Kanton Zürich[20], auch keine kantonale Regelung, die bestimmt, innert welchem Zeitraum die Anhörung und die Hauptverhandlung stattzufinden hat beziehungsweise der Entscheid zu eröffnen ist; was noch im Rahmen des Tolerierbaren liegt, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab[21]. In der zu beurteilenden Streitsache hätte das Gerichtspräsidium indessen rascher tätig werden können und müssen. Um Entlassung aus der Klinik ersuchte X am 2. Oktober 2008. Nach seiner Darstellung tags danach - mit den Worten des Gerichtspräsidiums "bereits kurz nach Einleitung des Verfahrens" - fand zwischen den Parteien ein Telefongespräch statt. Dessen Inhalt wird unterschiedlich geschildert. Ebenfalls unklar ist, ob dem Entlassungsgesuch die notwendigen Akten beilagen; auch hier gehen die Angaben der Parteien auseinander. Dem muss jedoch nicht nachgegangen werden. Tatsache ist, dass das Gerichtspräsidium nach dem Telefonat von Freitag, dem 3. Oktober 2008, offensichtlich wusste, worum es ging. Am Montag, den 6. Oktober 2008, wandte es sich schriftlich an die Vormundschaftsbehörde und ersuchte diese, ihm sämtliche dort vorhandenen Akten, die seit dem Einweisungsentscheid angefertigt worden seien, zuzustellen und gleichzeitig mitzuteilen, "ob noch wesentlich viele weitere Akten (namentlich Gutachten oder Arztberichte) vorliegen, welche nicht bei den Akten der Vormundschaftsbehörde liegen." Weder wies es dabei auf die Dringlichkeit der Angelegenheit hin noch setzte es der Vormundschaftsbehörde eine Frist an. Insbesondere ist ihm aber vorzu-

---

19 Art. 397f ZGB; Art. 5 Ziff. 4 EMRK
20 § 203d ZPO ZH
21 BGE 127 III 389

werfen, dass es dort nicht nachhakte, als die Akten auch nach einer Woche nicht eingingen; diese wurden erst am 16. Oktober 2008 versandt und dem Gerichtspräsidium sodann am 17. Oktober ausgehändigt. Ob diese beiden Daten zufällig mit der telefonischen Nachfrage von X vom 16. Oktober 2008 zusammenhängen, oder ob die Aktivitäten sowohl der Vormundschaftsbehörde als auch des Gerichtspräsidiums erst dadurch ausgelöst wurden, kann offen bleiben. Massgebend ist einzig, dass im Fall eines Gesuchs um Entlassung aus einer psychiatrischen Klinik ab Stellung dieses Begehrens keine 22 Tage vergehen dürfen, bis der Gesuchsteller angehört wird. Die Vorladung zur Befragung hätte bereits ergehen können, als das Gerichtspräsidium noch nicht im Besitz aller Akten war. Dass der Antrag von X von vornherein keine Chance auf Gutheissung hatte, dass es sich mit anderen Worten um ein formularartiges rechtsmissbräuchliches Entlassungsgesuch, ein "in unvernünftigen Abständen gestelltes Begehren"[22] handelte, musste das Gerichtspräsidium nicht annehmen: Das letzte gleichlautende Begehren von X hatte die Vormundschaftsbehörde mit Beschluss vom 4. Oktober 2007 und das Gerichtspräsidium mit Verfügung vom 27. November 2007 abgewiesen.

Obergericht, 17. November 2008, AJR.2008.13

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 2. März 2009 nicht ein (5A_87/2009).

---

[22] BGE 130 III 729

6. Beschlussfähigkeit einer Stockwerkeigentümergemeinschaft; Schicksal eines ungültig zustande gekommenen Beschlusses; Präzisierung von RBOG 2004 Nr. 7 (Art. 712p Abs. 3, 2 Abs. 2, 75 und 712m Abs. 2 ZGB)

1. Die Parteien sind die einzigen Mitglieder einer Stockwerkeigentümergemeinschaft. Der Berufungskläger war einer ersten und einer zweiten Stockwerkeigentümerversammlung ferngeblieben und hatte die an der zweiten Versammlung gefassten Beschlüsse angefochten. Die erste Instanz hatte die Klage abgewiesen, während das Obergericht die Berufung für begründet erklärt hatte: Es hatte die zweite Stockwerkeigentümerversammlung ohne den Berufungskläger als nicht beschlussfähig erachtet und die gefassten Beschlüsse wegen Verletzung von Art. 712p Abs. 3 ZGB aufgehoben[23].

2. Nach diesem Verfahren erhob die Berufungsbeklagte gegen den Berufungskläger die vorliegende Forderungsklage. Der Berufungskläger sei abermals zwei Stockwerkeigentümerversammlungen unentschuldigt ferngeblieben. Anlässlich der zweiten Versammlung sei die Beschlussfähigkeit festgestellt und es sei ein Beschluss über die Anteile an den gemeinsamen Kosten gefasst worden. Das Protokoll der Versammlung sei dem Berufungskläger zugestellt worden; dieser habe den Beschluss nicht angefochten, weshalb er rechtskräftig geworden sei. Die Vorinstanz schützte die Klage: Der Beschluss der zweiten Stockwerkeigentümerversammlung sei nicht nichtig, sondern nur anfechtbar, doch habe der Berufungskläger diesen nicht rechtzeitig angefochten.

3. Die Vorinstanz erachtete RBOG 2004 Nr. 7 als nicht überzeugend. Gemäss BGE 131 III 461 f. seien alle Beschlüsse der Stock-

---

[23] RBOG 2004 Nr. 7

werkeigentümergemeinschaft, welche das Gesetz keinem anderen Mehr unterstelle, - unter Vorbehalt einer anders lautenden reglementarischen Bestimmung - mit einfachem Mehr nach Köpfen zu fassen. Ausschlaggebend sei grundsätzlich der Wille der Mehrheit. Bestimmte Beschlüsse könnten gemäss Gesetz nur einstimmig gefasst werden, weil ein Mehrheitsbeschluss deren Tragweite nicht genügend Rechnung trage. Das Erfordernis der Einstimmigkeit gewähre jedem Mitglied ein Vetorecht und damit einen umfassenden Minderheitsschutz. Die Einstimmigkeit entspreche nicht einem demokratischen Entscheidverständnis, weshalb sie ausserordentlichen Fällen vorbehalten bleiben müsse. Wenn das Obergericht dem Berufungskläger de facto ein umfassendes Vetorecht einräume, so stelle dies mithin die gesetzliche Ordnung für eine aus zwei Eigentümern bestehende Stockwerkeigentümergemeinschaft auf den Kopf, indem im Ergebnis in allen Fragen und nicht nur in Ausnahmefällen das Einstimmigkeitsprinzip eingeführt werde.

Auch die Erwägung des Obergerichts, die Quorenerleichterung komme einer Majorisierung des wertquotenmässig schwächeren durch den wertquotenmässig stärkeren Partner gleich, was wohl Kapitalgesellschaften immanent, der Stockwerkeigentümerschaft, die sich aus zwei Eigentümern mit ungleichen Wertquoten zusammensetze, indessen nicht angemessen sei, widerspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Gerade in dieser Konstellation, in welcher lediglich zwei Stockwerkeigentümer vorhanden seien, entspreche es dem allgemeinen Gerechtigkeitsgefühl, dass sich bei Uneinigkeit grundsätzlich derjenige Stockwerkeigentümer durchsetze, der über die grössere Wertquote verfüge. Insofern komme es zwar in der Tat zu einer Majorisierung des Stockwerkeigentümers, doch sei diese sachlich gerechtfertigt. Dem unterliegenden Stockwerkeigentümer, welcher von Anfang an gewusst habe, worauf er sich einlasse, verbleibe zudem die Möglichkeit, den Beschluss durch den Richter überprüfen zu lassen.

Wenn man der obergerichtlichen Auffassung folge, blieben in dieser völlig blockierten Situation nur zwei unbefriedigende Auswege offen: Entweder verweise man die Stockwerkeigentümergemeinschaft auf die Möglichkeit des Ausschlusses des blockierenden Gesellschafters; das stelle nun offensichtlich die "ultimo ratio" dar und könne nicht die einzige Möglichkeit sein, einen Konflikt zu lösen. Oder man eröffne der Stockwerkeigentümergemeinschaft die Möglichkeit, den Richter anzurufen und beispielsweise die Beitragsforderungen gegenüber dem blockierenden Eigentümer hoheitlich festzulegen. In diesem Fall mache man allerdings den Richter zum Oberverwalter, der an Stelle der blockierten Gesellschaft tätig werde, was nicht Sinn der Sache sein könne. Das Problem stelle sich nur in der Konstellation mit zwei Stockwerkeigentümern. Bereits bei drei Stockwerkeigentümern sei es nicht denkbar, dass ein einzelner Stockwerkeigentümer dergestalt über ein Vetorecht verfüge, dass er durch blosse Abwesenheit an den Versammlungen sämtliche Beschlüsse zu Fall bringen könne.

4. a) Trotz der zusätzlichen Argumente der Vorinstanz ist an der publizierten Praxis des Obergerichts, welche sich auf die herrschende Lehre und den klaren Wortlaut von Art. 712p Abs. 3 ZGB stützt, grundsätzlich festzuhalten.

b) Die Vorinstanz stützt sich zunächst auf BGE 131 III 459 ff., in welchem allerdings unbestritten war, dass der Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung formell korrekt zustande gekommen war; strittig war, ob der Inhalt des Beschlusses gegen das Gleichbehandlungsgebot verstiess[24]. Das Bundesgericht musste sich somit nicht mit der Auslegung von Art. 712p ZGB befassen; der Entscheid ist daher für den hier zu entscheidenden Fall entgegen der Auffassung der Vorinstanz gar nicht einschlägig.

---

[24] BGE 131 III 462

c) Die Parteien bildeten freiwillig und in Kenntnis des grundsätzlichen Mehrs nach Köpfen eine Stockwerkeigentümergemeinschaft mit nur zwei Stockwerkeigentümern. Sie nahmen damit die jetzige - zugegebenermassen unbefriedigende und lästige - Situation, die im Fall von Meinungsverschiedenheiten nicht allzu schwierig vorauszusehen war, zumindest in Kauf. Es ist ihnen deshalb grundsätzlich zuzumuten, die vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Möglichkeiten zu nutzen, auch wenn sie mühsam sind. Die Argumentation der Vorinstanz, der Berufungskläger habe gewusst, dass er die kleinere Quote erhalte, weshalb er mit einer Majorisierung durch die zweite Stockwerkeigentümerin habe rechnen müssen, ist nicht stichhaltig. Genauso wusste die zweite Stockwerkeigentümerin um die Problematik für den Fall, dass sich die beiden Stockwerkeigentümer nicht einigen können oder sich der andere Stockwerkeigentümer an der Beschlussfassung nicht mehr beteiligt.

Wenn die beiden Stockwerkeigentümer, welche die Stockwerkeigentümergemeinschaft bilden, nicht mehr in der Lage sind, miteinander die Belange der Gemeinschaft einigermassen vernünftig einvernehmlich zu regeln, und sich keiner der beiden dem anderen unterordnen will, bleibt - neben einem Verkauf oder einer Auflösung - ohnehin nur der Gang zum Richter: Entweder muss die Stockwerkeigentümergemeinschaft auf Zahlung bestimmter Beiträge an die Gemeinschaft klagen, weil mangels Erfüllung des Anwesenheitsquorums keine Beschlüsse gefasst werden können, oder der nicht teilnehmende Stockwerkeigentümer muss die Beschlüsse anfechten, welche die Stockwerkeigentümergemeinschaft ohne Erfüllung des Quorums fasste. Blockadesituationen sind im Übrigen auch bei einfachen Gesellschaften und Kollektivgesellschaften möglich. Eine vergleichbare Situation kann sich auch bei einer paritätischen Zweimann-AG erge-

ben, in welcher beide Aktionäre 50% des Aktienkapitals halten[25]; auch dort sind unüberwindliche Konflikte nur mit Hilfe des Richters lösbar[26].

d) Zusammenfassend kam der Beschluss der Stockwerkeigentümergemeinschaft nicht gültig zustande, da das in Art. 712p Abs. 3 ZGB vorgeschriebene Anwesenheitsquorum nicht erreicht wurde.

5. Damit stellt sich die Frage, ob der in Missachtung von Art. 712p Abs. 3 ZGB ergangene Beschluss der (zweiten) Stockwerkeigentümerversammlung nichtig oder anfechtbar ist.

a) Gemäss Art. 712m Abs. 2 ZGB finden auf die Versammlung der Stockwerkeigentümer die Vorschriften über die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen Anwendung. Nach Art. 75 ZGB kann jedes Vereinsmitglied Beschlüsse, die das Gesetz oder die Statuten verletzen, binnen Monatsfrist, nachdem es von ihnen Kenntnis erhalten hat, beim Richter anfechten. Ein Beschluss kann jedoch auch an einer derart qualifizierten Gesetzes- oder Statutenwidrigkeit leiden, dass er als nichtig zu qualifizieren ist. Für die Geltendmachung der Nichtigkeit gilt die Monatsfrist von Art. 75 ZGB nicht[27]. Die Nichtigkeit eines Beschlusses kann auf formellen oder materiellen Mängeln beruhen und ist im Einzelfall zu prüfen[28]. Die genaue Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen bereitet Schwierig-

---

25 Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3.A., § 12 N 360; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 62 N 98 ff.

26 Art. 736 Ziff. 4 OR

27 Riemer, Berner Kommentar, Art. 75 ZGB N 89; Heini/Portmann, in: Schweiz. Privatrecht, II/5, 3.A., § 12 N 273; Heini/Scherrer, Basler Kommentar, Art. 75 ZGB N 34, Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar, Art. 712m ZGB N 146

28 Meier-Hayoz/Rey, Art. 712m ZGB N 147; Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Zürich 2004, Art. 712m ZGB N 211; Heini/Scherrer, Art. 75 ZGB N 34; Riemer, Art. 75 ZGB N 89; Heini/Portmann, § 12 N 274 ff.

keiten, weil eindeutige Unterscheidungskriterien fehlen; in manchen Fällen wird es daher eine Ermessensfrage bleiben, ob noch von Anfechtbarkeit oder schon von Nichtigkeit gesprochen werden muss. Wegen der mit der Nichtigkeit verbundenen Rechtsunsicherheit (grundsätzlich unbefristete Geltendmachung) tendiert die herrschende Lehre dazu, bei begründeten Zweifeln in der Abgrenzungsfrage blosse Anfechtbarkeit anzunehmen[29]. Auch die herrschende Lehre zum Aktienrecht, wo sich die Unterscheidung von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen in gleichem Mass stellt, kommt zum Schluss, die Nichtigkeit von Beschlüssen sei aus Gründen der Verkehrssicherheit eine nur ausnahmsweise gerechtfertigte Sanktion und dürfe somit nur in gravierenden Fällen angenommen werden[30].

b) Die Auffassung, wonach in einer beschlussunfähigen Versammlung gefasste Beschlüsse Scheinbeschlüsse seien und eine beschlussunfähige Versammlung keine Versammlung im Rechtssinn sei[31], erscheint zu formalistisch. Auch bei beschlussunfähigen Versammlungen ist zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen zu unterscheiden. Auf der einen Seite besteht ein Interesse an der Beseitigung widerrechtlicher Beschlüsse und ihrer Folgen. Rechtsverstösse, ganz besonders solche gravierender Natur, sollen keinen Bestand haben. Auf der anderen Seite besteht zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit ein Interesse an der Aufrechterhaltung selbst eines nicht über alle Zweifel erhabenen Beschlusses, damit - jedenfalls nach Ablauf der Frist für die Anfechtungsklage - jedermann von der gültigen Existenz des Beschlusses ausgehen darf. Damit ist ein Konflikt vorhanden zwischen dem Bestreben, Rechtsverletzungen - zumindest solche

---

29 Riemer, Art. 75 ZGB N 92; Heini/Scherrer, Art. 75 ZGB N 35; Heini/Portmann, § 12 N 274

30 Tanner, Zürcher Kommentar, Art. 706b OR N 14 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N 86; Böckli, § 16 N 157

31 Riemer, Art. 75 ZGB N 95 ff., insbesondere N 108

schwerwiegender Art - nicht zuzulassen, und dem Wunsch, das Vertrauen auf die Beständigkeit eines (zwar mangelhaften, aber faktisch doch wirksam gewordenen) Beschlusses zu schützen und damit genügende Rechtssicherheit zu gewährleisten. Die jeweils zu beantwortende Frage ist somit, ob ein derart krasser Verstoss gegen ein schutzwürdiges Gut vorliegt, dass die durch die einschneidende Sanktion der Nichtigkeit bewirkte Rechtsunsicherheit in Kauf genommen werden muss[32].

c) Der umstrittene Stockwerkeigentümerbeschluss betrifft das finanzielle Verhältnis zwischen der Stockwerkeigentümergemeinschaft und einem ihrer Stockwerkeigentümer, ist also individuell-konkreten Inhalts. Die Verletzung des Anwesenheitsquorums nach Art. 712p Abs. 3 ZGB ist zwar ein formeller Mangel und eine Verletzung relativ zwingenden Rechts[33]; dieses Quorum schützt aber weder öffentliche Interessen noch Drittinteressen und betrifft auch kein unverzichtbares Recht der Stockwerkeigentümer. Vielmehr dient das Quorum nur dem Schutz des einzelnen Stockwerkeigentümers. Seinem Schutz ist Genüge getan, wenn er Beschlüsse, die ohne Erfüllung dieses Quorums gefasst werden, anfechten kann. Etwas anderes könnte gelten, wenn der Berufungskläger - beziehungsweise in einer Stockwerkeigentümergemeinschaft mit mehreren Stockwerkeigentümern eine massgebende Zahl von Stockwerkeigentümern - nicht, nicht korrekt oder zu spät eingeladen worden wäre, d.h. wenn Stockwerkeigentümer zu Unrecht von der Beschlussfassung ausgeschlossen worden wären und dies kausal für die Willensbildung gewesen wäre[34]. Eine solche Situation liegt jedoch nicht vor; der Berufungskläger wurde nicht zu Unrecht ausgeschlossen, sondern er nahm aus freien Stücken an der ersten und zweiten Stockwerkeigentümerversammlung nicht

---

32 Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N 103 f.
33 Wermelinger, Art. 712p ZGB N 42
34 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 25 N 34 und 122

teil. Es handelt sich um einen formellen Mangel, der nicht derart gravierend ist, um eine unheilbare Nichtigkeit von Anbeginn gegenüber jedermann zu begründen; vielmehr ist von einer Anfechtbarkeit des Beschlusses auszugehen. Weil aber der Berufungskläger die Anfechtungsfrist verstreichen liess, bleibt der Beschluss trotz des Verstosses gegen Art. 712p Abs. 3 ZGB gültig.

6. a) Selbst wenn der Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung wegen einer Verletzung von Art. 712p Abs. 3 ZGB nichtig wäre, würde dies am Ergebnis nichts ändern, da diesfalls das Verhalten des Berufungsklägers als rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen wäre.

b) Nach Art. 2 Abs. 1 ZGB hat jedermann in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Art. 2 ZGB ist eine Grundschutznorm, welche der Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit dient[35]. Das Rechtsmissbrauchsverbot verhindert die Durchsetzung bloss formaler Rechte, wenn diese in offensichtlichem Widerspruch zu elementaren ethischen Anforderungen steht[36]. Eine allgemein anerkannte Definition des Rechtsmissbrauchs ist nicht möglich. Sein Wirkungsbereich wird in Fallgruppen wie zum Beispiel fehlendes Interesse, unnütze Rechtsausübung beziehungsweise Schikane, krasses Missverhältnis der Interessen, widersprüchliches Verhalten, rechtsmissbräuchliche Berufung auf einen Formmangel oder zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts erfasst. Dabei können allerdings Überschneidungen vorkommen; zudem bringt es der bloss typenhafte Charakter der zum Rechtsmissbrauch entwickelten Fallgruppen mit sich, dass es auch Fälle von Rechtsmissbrauch ausserhalb

---

35 BGE 131 V 102
36 Honsell, Basler Kommentar, Art. 2 ZGB N 24

dieser formulierten Fallgruppen gibt[37]. Art. 2 Abs. 2 ZGB sanktioniert Handlungen, die zwar im Einklang mit der entsprechenden gesetzlichen Norm oder einer privatautonomen Vertragsbestimmung stehen, aber objektiv eine Verletzung des Redlichkeitsstandards von Treu und Glauben darstellen und damit das Vertrauen der Rechtsgenossen auf redliches und sachangemessenes Verhalten enttäuschen[38].

c) aa) In RBOG 2004 Nr. 7 war das Obergericht der Ansicht, weil der Berufungskläger gemäss den Bestimmungen des Reglements aufgrund der Wertquoten-Anteile bei Stimmengleichheit stets in die Minderheit versetzt werden könne, sei sogar nachvollziehbar, weshalb er die Versammlungen boykottiere. Eine Pflicht zur Teilnahme an den Versammlungen bestehe nicht. Wer von diesem Recht konsequent nicht Gebrauch mache, handle nicht schon deswegen rechtsmissbräuchlich. Sonst wären die Inkaufnahme beziehungsweise die Herbeiführung einer Pattsituation an sich als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren und in letzter Konsequenz auch das Einstimmigkeitsprinzip als solches mit diesem Makel behaftet.

bb) Jenes Urteil ist in diesem Punkt zu präzisieren. Zwar ist die Berufung auf die Nichtigkeit der Beschlüsse, die trotz der Nichtteilnahme des Berufungsklägers gefasst wurden, nicht grundsätzlich rechtsmissbräuchlich, wenn es sich um Einzelfälle handelt. Ein Stockwerkeigentümer einer Zweipersonen-Gemeinschaft hat hinzunehmen, wenn der andere hie und da an einer Versammlung nicht teilnehmen kann und daher an diesem Termin keine Beschlüsse gefällt werden können. Im hier zu beurteilenden Fall ist jedoch der Vorinstanz zuzustimmen, dass die Berufung auf das fehlende gesetzliche Anwesenheitsquorum rechtsmissbräuchlich ist, weil der Berufungskläger seit Jahren systematisch durch seine Nichtteilnahme verhindert,

---

37 Honsell, Art. 2 ZGB N 24, 37 ff.
38 BGE 125 III 259

dass sein Anteil an den gemeinsamen Kosten festgelegt werden kann, gleichwohl aber die Leistungen der Gemeinschaft beansprucht. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die beiden Personen, welche sich zu einer Stockwerkeigentümergemeinschaft zusammenschliessen, gegenseitig das berechtigte Vertrauen erwecken, sich im Rahmen von Gesetz und Statuten beziehungsweise des Reglements an den Lasten zu beteiligen. Jedenfalls muss nicht damit gerechnet werden, dass der andere Stockwerkeigentümer - zumal ohne irgendwelche substantiierte inhaltliche Argumente - systematisch jegliche Beschlussfassung verweigert, trotzdem aber Mitglied der Gemeinschaft bleibt und deren Leistungen in Anspruch nimmt.

Obergericht, 13. September 2007, ZBR.2006.47

7. Stillschweigende Werkpreisvereinbarung (Art. 6, 363, 373 f. OR)

1. Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werks und der Besteller zur Leistung einer Vergütung[39]. Wurde die Vergütung zum Voraus genau bestimmt, so ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk um diese Summe fertig zu stellen, und darf keine Erhöhung fordern, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen hatte, als vorgesehen war[40]. Wurde der Preis zum Voraus entweder gar nicht oder nur ungefähr bestimmt, wird er nach Massgabe des Werts der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers festgesetzt[41].

---

[39] Art. 363 OR
[40] Art. 373 Abs. 1 OR
[41] Art. 374 OR

2. Nicht bestritten sind die durch die Auftragsbestätigung vom 5. Februar 2002 ausgewiesenen Stück- beziehungsweise Einheitspreise für die sechs als "üblich" bezeichneten Leitungstypen.

3. a) Das Obergericht ist der Ansicht, dass auch in Bezug auf die weiteren Leitungstypen eine Einigung der Parteien über den Preis vorliegt. Gemäss den Aussagen des Geschäftsführers und Gesellschafters der Berufungsklägerin wurden seitens der Berufungsbeklagten Preiskalkulationen vorgenommen und der Berufungsklägerin mitgeteilt. Die Berufungsklägerin habe diese Angaben "einstweilen als Basis zur Kenntnis und in diesem Sinne hingenommen". Wenn die Berufungsbeklagte um die vorgesehenen Preise wusste und gegen diese nicht Widerspruch erhob, sondern der Berufungsklägerin darauf einen Auftrag zur Beschichtung erteilte, ist darin auch ein Einverständnis im Hinblick auf den Preis zu erblicken.

b) Ausserdem erhielt die Berufungsklägerin mit jeder ausgeführten Lieferung eine Rechnung zugestellt, auf welcher die Preise für die einzelnen Leitungstypen aufgeführt waren. Zwar stellt das Stillschweigen nach Empfang einer Rechnung im Grundsatz keine stillschweigende Annahme gemäss Art. 6 OR dar[42]. Hier ist allerdings aufgrund des Verhaltens der Berufungsklägerin nach dem Vertrauensprinzip auf die Anerkennung der erhaltenen Rechnungen und der darin fakturierten Preise zu schliessen. Die Berufungsklägerin wusste nach Erhalt einer Rechnung, welchen Stückpreis die Berufungsbeklagte für den entsprechenden Leitungstyp berechnete. Wenn sie in Kenntnis des verrechneten Stückpreises erneut die Beschichtung des gleichen Leitungstyps in Auftrag gab, ohne sich in irgend einer Weise über die verrechneten Preise zu äussern, ist von einer Einigung über die Preise auszugehen.

---

[42] BGE 112 II 502

c) Es liegen auch keine Anhaltspunkte vor, dass die fakturierten Preise nicht mit denjenigen in der Preiskalkulation übereinstimmen würden: Einerseits behauptete die Berufungsklägerin nicht substantiiert, dass die Berufungsbeklagte höhere Preise verrechnet hätte, als ihr in der Kalkulation mitgeteilt worden sei; andererseits ist davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin (mehr als nur einmal) reagiert hätte, wenn die berechneten Preise nicht der mitgeteilten Preiskalkulation entsprochen hätten.

4. Wenn aber feststeht, dass sich die Parteien tatsächlich über die Preise einigten, bleibt kein Raum dafür, diese Preise auf eine Branchenüblichkeit zu überprüfen. Ebenfalls unerheblich ist, ob die Berufungsklägerin die gleichen Leistungen anderweitig günstiger beziehen könnte. Die Berufungsklägerin entschied sich gestützt auf das "Prinzip der kurzen Wege" zunächst dafür, die Teile in der Schweiz beschichten zu lassen, und einigte sich - ohne Vergleichsangebote einzuholen - mit der Berufungsbeklagten (zumindest stillschweigend) über die zu bezahlenden Preise. Erst mehr als ein Jahr später führte die Berufungsklägerin eine detaillierte Kostenberechnung durch, holte Angebote ausländischer Unternehmen ein und erfuhr dabei offenbar, dass die Preise im Ausland tiefer sind als in der Schweiz. Es mag sein, dass die Berufungsklägerin - hätte sie schon damals ihre Nachforschungen betrieben - die gleichen Leistungen an einem anderen Ort günstiger hätte erhalten können; dies berechtigt sie allerdings nicht, die mit der Berufungsbeklagten vereinbarten Preise nachträglich rückwirkend richterlich reduzieren zu lassen.

Obergericht, 29. Februar 2008, ZBO.2007.13

Das Bundesgericht wies eine dagegen erhobene Beschwerde am 24. März 2009 ab, soweit es darauf eintrat (4A_534/2008).

8. "Battle of the Forms"; Streit um die Anwendbarkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Art. 18 OR)

1. Unbestritten ist, dass zwischen den Parteien ein Werkvertrag über die Beschichtung von Treibstoff- und Schmierölleitungen zustande kam. Umstritten ist aber, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) einer Partei Vertragsbestandteil wurden.

2. a) Die Berufungsklägerin machte geltend, die "Einkaufsbedingungen der X GmbH" und die "Liefervorschrift DBL 8451", Ausgaben Juli 2001 und August 1994, bildeten Vertragsbestandteil. Sie brachte vor, es sei ausgewiesen, dass die Berufungsbeklagte zunächst der Berufungsklägerin das Angebot unterbreitet habe, mit dem Hauptvertrag ihre eigenen AGB zum Vertragsinhalt zu erheben. Dies habe die Berufungsklägerin ausdrücklich abgelehnt und ihrerseits der Berufungsbeklagten mitgeteilt, vielmehr würden ihre Einkaufsbedingungen, die "DBL 8451" und die "Liefervorschriften für beschichtete Eisenteile" zum Vertragsinhalt erhoben. Dagegen habe die Berufungsbeklagte nie irgendwelche Einwendungen erhoben, sondern in der Folge den Vertrag auf der Basis der Auftragsbestätigung vom 5. Februar 2002 vollzogen. Dies sei nichts anderes als das klassische Beispiel eines Angebots, das der Empfänger ablehne, welcher seinerseits ein Gegenangebot unterbreite, das dann von der Berufungsbeklagten akzeptiert worden sei und damit Vertragsinhalt bilde. Es sei darauf hinzuweisen, dass insbesondere AGB häufig ausdrücklich oder stillschweigend übernommen würden, was vielfach in der Form einer Verweisung am Schluss des Vertrags erfolge. Die Berufungsbeklagte habe im Vorfeld gegenüber der Berufungsklägerin auch nie die Aussage gemacht, für sie komme nur eine Übernahme der eigenen AGB, niemals aber fremder in Frage. Deshalb sei unter zusätzlicher Berücksichtigung der Praxis zum unwidersprochenen Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr darauf zu schliessen, dass diesem immer rechtserzeugende Kraft mit konstitutiver Wirkung zukomme. Die

"Einkaufsbedingungen X", die "DBL" und die "Lieferbedingungen für Eisenerzeugnisse" seien daher zum Vertragsinhalt erhoben worden und hätten Geltung erlangt.

b) Die Vorinstanz führte hiezu aus, AGB seien grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen; somit bestimme sich auch deren Inhalt nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen. Generell gälten AGB zwischen den Parteien nur, wenn sie durch ausdrückliche Vereinbarung, etwa durch Unterzeichnung der die AGB enthaltenden Urkunden oder eines auf diese hinweisenden Texts mit Kleingedrucktem auf der Rückseite zum Vertragsbestandteil erhoben worden seien. Darüber seien sie nach dem Vertrauensprinzip nur verbindlich, wenn der Unternehmer aufgrund des Verhaltens des Kunden auf dessen Bereitschaft schliessen dürfe, sich den AGB effektiv zu unterziehen. Ansonsten gehe die Lehre davon aus, Stillschweigen des Kunden bedeute grundsätzlich die Ablehnung der ihm unterbreiteten AGB. In der Praxis komme es häufig vor, dass im kaufmännischen Verkehr beide Vertragsparteien versuchten, ihre eigenen AGB zur Geltung zu bringen, so dass umstritten sei, ob überhaupt AGB zur Anwendung kämen. Gemäss der in Deutschland und der Schweiz herrschenden Theorie liege in diesem Fall ein Partialdissens vor, und es seien die AGB keiner der Vertragspartner verbindlich, wenn nicht eine der Parteien ausdrücklich auf die eigenen Bedingungen verzichte. Im hier zu entscheidenden Fall hätten beide Parteien auf der Geltung der eigenen AGB bestanden. So habe die Berufungsklägerin im Rahmen ihrer Beweiswürdigungsschrift eingeräumt, die Berufungsbeklagte habe ihre eigenen AGB zum Vertragsinhalt erheben wollen; die Berufungsklägerin habe diese aber abgelehnt und ihrerseits der Berufungsbeklagten die eigenen Einkaufsbedingungen zugestellt, gegen deren Inhalt die Berufungsbeklagte ihrerseits keine Einwendungen erhoben habe. Diesfalls gelte nun aber nicht, dass die von der Berufungsklägerin als anwendbar erklärten AGB Geltung erlangten. Vielmehr liege ein Partialdissens vor.

3. Auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz und ihre umfangreiche rechtliche Würdigung kann vollumfänglich verwiesen werden. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin kann für die Frage der Anwendbarkeit von AGB nicht auf die Praxis zum unwidersprochenen Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr abgestellt werden. Das echte Bestätigungsschreiben ist die Bestätigung eines bereits (mündlich) abgeschlossenen Vertrags. Lehnt jedoch ein Vertragspartner schriftlich die Anwendung der ihm von der Gegenseite zugestellten AGB ab und stimmt im Übrigen dem Vertrag zu, ist dies in den abgelehnten Punkten wiederum als Offerte zu betrachten. Das Schweigen des ersten Antragstellers ist im Grundsatz nicht als Annahme zu werten[43]. Besondere Umstände, welche trotz Schweigens auf eine Zustimmung der Berufungsbeklagten schliessen liessen, wurden von der Berufungsklägerin nicht substantiiert vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Die von der Berufungsklägerin angerufenen "Einkaufsbedingungen" und "Liefervorschriften" wären allenfalls insofern anwendbar, als sie mit denjenigen der Berufungsbeklagten übereinstimmen[44]; dass dies der Fall sei, wurde allerdings von der Berufungsklägerin nicht geltend gemacht. Ebenso wenig ist in der grundsätzlichen Erfüllung des Vertrags durch die Berufungsbeklagte eine Zustimmung zu den Vertragsbedingungen der Berufungsklägerin zu sehen. Eine solche könnte nur vorliegen, wenn den Erfüllungshandlungen der Berufungsbeklagten ausdrücklich entnommen werden könnte, dass sie mit den Allgemeinen Bedingungen der Berufungsklägerin einverstanden gewesen wäre. Die Berufungsbeklagte erbrachte zwar - wie auch die Berufungsklägerin - Vertragsleistungen und vermittelte, sie wolle trotz Uneinigkeit über die anwendbaren AGB grundsätzlich an den Vertrag gebunden sein. Dass die Berufungsbeklagte

---

43 Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 2006, S. 388; vgl. auch BGHZ 61, S. 286 f.

44 Kramer, "Battle of the Forms", in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, S. 504

allerdings bestimmte Leistungen erbrachte, welche spezifisch den "Einkaufsbedingungen" und den "Liefervorschriften" der Berufungsklägerin entsprächen, so dass daraus eine Zustimmung zu diesen abgeleitet werden könnte[45], wurde von der Berufungsklägerin nicht (substantiiert) behauptet.

Obergericht, 29. Februar 2008, ZBO.2007.13

Das Bundesgericht wies eine dagegen erhobene Beschwerde am 24. März 2009 ab, soweit es darauf eintrat (4A_534/2008).

9. Zahlung einer Schuld ohne befreiende Wirkung; Rechtsmissbrauch des Gläubigers (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 und 84 Abs. 1 OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB)

1. Zwischen den Parteien bestand ein Arbeitsvertrag, nach dessen Beendigung der Arbeitnehmerin noch ein Lohnanspruch zustand. In der Folge bezahlte die Arbeitgeberin einen Teil des ausstehenden Betrags. Den Rest beglich sie einige Zeit später durch eine Zahlung in Euro auf ein Konto der Arbeitnehmerin bei der X Bank in Deutschland. Die Arbeitnehmerin macht geltend, sämtliche Lohnzahlungen seien auf ein Konto bei der Y Bank in der Schweiz erfolgt. Die Zahlung auf das Konto in Deutschland habe daher nicht dem Arbeitsvertrag entsprochen, womit der Vertrag mit der Zahlung nicht erfüllt worden sei.

2. a) Die Lohnforderung ist als Geldschuld gestützt auf Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR am Wohnsitz des Gläubigers zu erfüllen und

---

[45] Kramer, S. 505

nach Art. 84 Abs. 1 OR in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen. Weil Buchgeld kein gesetzliches Zahlungsmittel darstellt, hat der Gläubiger grundsätzlich keine Pflicht, eine bargeldlose Zahlung anzunehmen. Der Schuldner kann seine Schuldpflicht mit bargeldloser Zahlung daher grundsätzlich nur befreiend erfüllen, wenn ein (stillschweigendes) Einverständnis des Gläubigers vorliegt[46].

b) Zwischen den Parteien bestand keine schriftliche Vereinbarung über die Zahlungsmodalität. Es ist aber unbestritten, dass zumindest eine konkludente Abrede darüber bestand, dass der Lohn bargeldlos zu überweisen sei; umstritten ist allerdings, ob die Überweisung nur auf das Konto der Arbeitnehmerin bei der Y Bank oder auch auf das Konto bei der X Bank erfolgen durfte.

c) Die Arbeitgeberin behauptete substantiiert weder eine Abrede noch Umstände, die sie zur Zahlung des Lohns auch auf das Konto der Arbeitnehmerin bei der X Bank ermächtigen würden. Demzufolge erfolgte die Zahlung auf das Konto bei der X Bank nicht mit befreiender Wirkung, da einerseits die Einwilligung der Arbeitnehmerin fehlte und andererseits die Überweisung nicht in Schweizer Franken erfolgte.

3. a) Allerdings ist das Obergericht der Ansicht, dass die Forderung der Arbeitnehmerin nicht zu schützen ist und die Arbeitnehmerin mit ihrer Forderung nach einer nochmaligen Zahlung rechtsmissbräuchlich handelte.

---

[46] Weber, Berner Kommentar, Art. 84 OR N 157 ff.; Schraner, Zürcher Kommentar, Art. 74 OR N 92 ff.

b) Art. 2 Abs. 2 ZGB, welcher in jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten ist[47], gewährt offenbarem Rechtsmissbrauch keinen Rechtsschutz. Rechtsmissbräuchlich handelt unter anderem, wer eine Leistung fordert, welche sofort wieder zurückerstattet werden müsste[48].

c) Würde die Arbeitgeberin verpflichtet, die geforderte Zahlung erneut zu erbringen, wäre die Arbeitnehmerin im Umfang der ersten Zahlung bereichert. Aufgrund der Umstände ist davon auszugehen, dass die Arbeitgeberin die Zahlung irrtümlich auf das falsche Konto der Arbeitnehmerin leistete: Unter dem Druck des vom Ehemann der Arbeitnehmerin eingereichten Gesuchs um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung erfolgte ein ernsthafter Erfüllungsversuch auf ein Konto, das entweder die Arbeitnehmerin oder deren Ehemann ausdrücklich angegeben hatte. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, die Überweisung sei bewusst auf das Konto bei der X Bank erfolgt, um damit eine Benachteilung der Arbeitnehmerin zu bewirken. Insbesondere kann entgegen der Ansicht der Arbeitnehmerin aus der Tatsache, dass ein Verwaltungsrat der Arbeitgeberin mit ihr und ihrem Ehemann eng befreundet und sogar deren Trauzeuge gewesen sei, nicht abgeleitet werden, die Arbeitgeberin habe über den negativen Saldo auf dem Konto Bescheid gewusst; es ist auch unter engen Freunden höchst unüblich, sich über Kontostände oder Details der finanziellen Verhältnisse zu unterhalten. Zudem ist erwiesen, dass die Arbeitgeberin den Überweisungsauftrag nach dem Widerspruch der Arbeitnehmerin nicht mehr stoppen konnte, weil die Zahlung bereits an das Rechenzentrum weitergeleitet worden war.

---

47 Merz, Berner Kommentar, Art. 2 ZGB N 99; Honsell, Basler Kommentar, Art. 2 ZGB N 34; Baumann, Zürcher Kommentar, Art. 2 ZGB N 42

48 BGE 79 II 181; Merz, Art. 2 ZGB N 365 ff.; Honsell, Art. 2 ZGB N 40; Baumann, Art. 2 ZGB N 374 ff.

d) Gestützt auf Art. 64 OR kann eine Rückerstattung nur insofern gefordert werden, als der Empfänger zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist. Die Bereicherung besteht in der Differenz zwischen dem jetzigen und demjenigen Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge. Die Vermögensdifferenz kann sich nicht nur aus einer Vergrösserung (lucrum emergens), sondern auch aus einer Nichtverminderung des Vermögens (damnum cessans) ergeben[49]. Eine Bereicherung liegt daher auch vor, wenn die X Bank die Zahlung mit einer Forderung gegen die Arbeitnehmerin verrechnete, da sich in diesem Fall die Schuld der Arbeitnehmerin gegenüber der Bank verminderte und sich dadurch umgekehrt ihr Vermögen vergrösserte. Dass der Arbeitnehmerin durch die irrtümliche Zahlung im Übrigen ein Vermögensschaden entstand, ist nicht anzunehmen und wurde auch nicht substantiiert behauptet. Insbesondere ist sie nicht zu hören mit dem Einwand, es sei "sowieso eine Umschuldung vorgesehen" gewesen. Einerseits ist nicht erwiesen, dass die von der Berufungsbeklagten behauptete "Umschuldung" ohne die in Frage stehende Zahlung überhaupt durchgeführt worden wäre; andererseits ist davon auszugehen, dass die erhaltene Zahlung bei einer Refinanzierung ohne weiteres berücksichtigt worden wäre, so dass der Arbeitnehmerin dadurch kein Vermögensschaden entstanden sein konnte.

e) Zusammengefasst war die Arbeitnehmerin nicht berechtigt, von der Arbeitgeberin eine doppelte Zahlung zu verlangen. Das Verhalten der Arbeitnehmerin ist nicht nachvollziehbar; ihr Beharren auf Überweisung auf das Konto bei der Y Bank verdient keinen Rechtsschutz und ist als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Der einzige Fehler in der Erfüllungshandlung lag darin, dass zwar an eine Zahlstelle und Erfüllungsgehilfin der Arbeitnehmerin überwiesen wurde, aber nicht an die richtige und nicht in Franken. Die Arbeitge-

---

[49] BGE 129 III 652

berin tat alles, damit die Arbeitnehmerin über den bezahlten Betrag von ihrem Wohnsitz aus verfügen konnte, so wie wenn auf das Konto bei der Y Bank überwiesen worden wäre. Falls die Arbeitnehmerin an einer Zahlung auf das übliche Konto hätte beharren wollen, hätte sie zunächst die eingegangene Zahlung zurück überweisen müssen, wozu sie von der Arbeitgeberin auch aufgefordert worden war. Die Forderung der Arbeitnehmerin ist daher unbegründet.

Obergericht, 22. Januar 2008, ZBR.2007.71

10. Haftung des Solidarmieters für Mietzinsen, selbst wenn er die nur ihm gegenüber erklärte und damit unwirksame Kündigung des Mietverhältnisses akzeptierte; keine rechtsmissbräuchliche Berufung des Vermieters auf die Formungültigkeit der Kündigung (Art. 143 f., 266o OR; Art. 2 Abs. 2 ZGB; Art. 82 SchKG)

1. Der unterzeichnete Mietvertrag stellt einen Titel für die provisorische Rechtsöffnung im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar[50]. Der vom Rekurrenten sowie X und Y unterzeichnete Mietvertrag berechtigt grundsätzlich zur provisorischen Rechtsöffnung für den monatlichen Mietzins. Die drei Mieter haften gemäss Mietvertrag ausdrücklich solidarisch. In Anwendung von Art. 143 Abs. 1 und Art. 144 OR ist die Rekursgegnerin daher berechtigt, von allen Mietern je nur einen Teil oder das Ganze zu fordern[51].

---

[50] RBOG 1999 Nr. 4, 1995 Nr. 18, 1994 Nr. 8; Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 114

[51] Vgl. RBOG 1994 Nr. 8

2. Die provisorische Rechtsöffnung ist gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG zu erteilen, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht.

a) Der Rekurrent beruft sich nach wie vor darauf, er habe die per 31. Mai 2007 ausgesprochene Kündigung akzeptiert und das Mietlokal geräumt. Die Vorinstanz erwog demgegenüber, die drei Mieter bildeten eine einfache Gesellschaft im Sinn von Art. 530 ff. OR. Die behauptete Kündigung scheitere deshalb in Anwendung von Art. 530 Abs. 2 OR am konkludenten Widerspruch der beiden anderen Mieter gegen die Kündigung.

b) Ist auf der Seite einer der Vertragsparteien mehr als eine Person beteiligt, liegt eine gemeinsame Miete vor. Die Beteiligung hat dabei die Eigenschaft aller der Gemeinschaft angehörenden Personen als Vertragspartei zu umfassen, und zwar so, dass alle Gläubiger und Schuldner aus dem Mietvertrag sind[52]. Die mehreren Mieter haben für die Erfüllung der sie treffenden vertraglichen Pflichten regelmässig solidarisch einzustehen. Die Haftung erstreckt sich insbesondere auf die Bezahlung des Mietzinses, auf die Rückgabe der Mietsache sowie auf die Leistung von Schadenersatz. Da es sich bei der Rückgabe der Mietsache um eine unteilbare Mieterleistung handelt, ist die Kündigung des Mietverhältnisses durch die Vermieterschaft an alle Mieter zu richten[53]. Die Unteilbarkeit des Kündigungsrechts hat zwangsläufig die Wirkungslosigkeit ex tunc einer Kündigung zur Folge, die nur gegenüber einem Teil der Mieter ausgesprochen wurde. Eine nachträgliche

---

52 Higi, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 253-274g OR N 103

53 Higi, Vorbem. zu Art. 253-274g OR N 120 und Vorbem. zu Art. 266-266o OR N 83

"Genehmigung" der Kündigung durch die übrigen Mieter ist nur beschränkt möglich[54].

c) Der Rekurrent und seine beiden Mitmieter schlossen den Mietvertrag gemeinsam ab. Es sind daher - das ist an sich unbestritten - die für die gemeinsame Miete geltenden Grundsätze anwendbar. Im Recht liegt lediglich die von der Rekursgegnerin gegenüber dem Rekurrenten am 30. April 2007 ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnisses per 31. Mai 2007. Die Kündigung ist somit ex tunc unwirksam. Das heisst, die Sach- und Rechtslage präsentiert sich so, als wäre die Kündigung nie ausgesprochen worden. Bereits aus diesem Grund hilft es dem Rekurrenten nichts, wenn er sich auf sein Schreiben vom 16. Mai 2007 an die Rekursgegnerin beruft und geltend macht, er habe die Kündigung akzeptiert. Selbst wenn die Kündigung und das Schreiben der Rekursgegnerin vom 13. Juni 2007, in dem sich die Vermieterin gegenüber dem Rekurrenten auf die Gültigkeit der Kündigung berief, als Offerte zur Aufhebung des Mietvertrags betrachtet werden wollte, nützt dies dem Rekurrenten nichts: Offensichtlich haben die beiden anderen Mieter die Kündigung nicht akzeptiert; jedenfalls geht das aus den Akten nicht hervor. Insbesondere gaben sie das Mietobjekt nicht per Ende Mai 2007 zurück. Der Rekurrent haftet somit weiterhin solidarisch für die Mietzinsen.

Unter diesen Umständen braucht die Frage, ob die drei Mieter eine einfache Gesellschaft im Sinn von Art. 530 ff. OR bildeten, gar nicht geprüft zu werden.

d) In RBOG 1999 Nr. 4 verweigerte das Obergericht die Rechtsöffnung für Mietzinsen, weil es die Berufung des Vermieters auf die Formungültigkeit der Kündigung aufgrund der Umstände als

---

[54] Higi, Vorbem. zu Art. 266-266o OR N 84 f. und 73

rechtsmissbräuchlich betrachtete. Jener Fall ist indessen mit dem hier zu beurteilenden nicht vergleichbar. In jenem Fall gaben die Mieter, welche die formungültige Kündigung ausgesprochen hatten, das Mietobjekt offensichtlich fristgerecht zurück, nutzten es mithin nicht mehr. Hier ist aber unbestritten, dass das Mietobjekt zumindest von einem Teil der drei Mieter weiterhin genutzt wird. Auch lässt sich aufgrund der Akten nicht mit Sicherheit sagen, dass der Rekurrent keine ihm gehörenden Gegenstände mehr im Mietobjekt eingelagert hat. Schliesslich berief sich die Rekursgegnerin in ihrem Schreiben vom 13. Juni 2007 zwar auf die Gültigkeit der Kündigung. Sie machte gleichzeitig aber auch geltend, sie habe am 31. Mai 2007 vergeblich auf den Rekurrenten gewartet und ihm eine Nachfrist per 5. Juni 2007 angesetzt; auch innerhalb dieser Frist habe er die Räumlichkeiten nicht zurückgegeben. Der Rekurrent vermochte diese Sachdarstellung nicht rechtsgenüglich zu entkräften. Er behauptete insbesondere nicht, die rechtzeitige Rückgabe des Mietobjekts - soweit es ihn "betraf" - in die Wege geleitet zu haben (auch wenn dies rechtlich an sich wegen der gemeinsamen Miete nicht möglich gewesen wäre). Nur wenn eine solche "Rückgabe" seitens des Rekurrenten erfolgt und von der Rekursgegnerin akzeptiert worden wäre, könnte allenfalls von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Vermieterin gesprochen werden, wenn sie sich im Nachhinein gegenüber dem Rekurrenten auf die Ungültigkeit der Kündigung beruft.

Obergericht, 25. Januar 2008, BR.2007.109

11. Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zufolge Sperrfrist: Risiken des Arbeitgebers bei Geschäftsaufgabe aus Altersgründen; Annahmeverzug des Arbeitgebers und Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers (Art. 336c, 119 Abs. 1 und 324 OR)

1. Die Berufungsbeklagte war zuerst als Hotelfachangestellte und hauswirtschaftliche Mitarbeiterin und später als Gouvernante bei der Berufungsklägerin tätig. Die Berufungsklägerin schloss ihren Hotelbetrieb per Ende Oktober 2006 und kündigte der Berufungsbeklagten das Arbeitsverhältnis auf dieses Datum.

Im Oktober 2006 schloss die Berufungsbeklagte gemäss eigenen Angaben mit der Gastwirtin X mündlich einen Arbeitsvertrag mit einem Pensum von 80% ab November 2006 ab. Danach stellte sie fest, dass sie schwanger war, und teilte dies X Ende Oktober 2006 mit. Wegen der bei Vertragsabschluss nicht bekannten Schwangerschaft wurde der ursprüngliche Vertrag mit einem Pensum von 80% für "nichtig" erklärt und die Berufungsbeklagte als Aushilfe im Stundenlohn beschäftigt. Der entsprechende schriftliche Vertrag datiert vom 28. November 2006. Mitte November 2006 orientierte die Berufungsbeklagte die Berufungsklägerin über ihre Schwangerschaft und machte gestützt darauf eine Verlängerung der Kündigungsfrist geltend. Zudem bot sie unter Hinweis auf ihre nach wie vor volle Arbeitsfähigkeit in Absprache mit der Arbeitslosenkasse ihre Arbeit an.

2. a) Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin nicht kündigen. Ist die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, wird deren Ablauf gemäss Art. 336c Abs. 2 OR unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt. Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhält-

nisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, verlängert sich diese gemäss Art. 336c Abs. 3 OR bis zum nächstfolgenden Endtermin[55].

b) Wegen der Schwangerschaft der Berufungsbeklagten verlängerte sich das Arbeitsverhältnis gemäss der zutreffenden und unbestritten gebliebenen Berechnung der Vorinstanz grundsätzlich bis 31. Dezember 2007.

c) aa) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und nahezu einhelligen Lehre gilt der zeitliche Kündigungsschutz von Art. 336c OR auch im Fall einer Betriebsschliessung, weil der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt[56]. Das anerkennt grundsätzlich auch die Berufungsklägerin. Sie hält aber dafür, der Arbeitgeber habe nicht für alle Umstände einzustehen, die nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers lägen. Der Fall, in dem die Betriebseinstellung aus Altersgründen erfolge, könne nicht mit einem Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko gleichgesetzt werden. Der Arbeitgeber, der sich vom Markt zurückziehe, könne daher nicht jenem gleichgestellt werden, der den Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen schliesse. Bei Konstellationen, die nicht Ausfluss des wirtschaftlichen Risikos seien, habe das Arbeitsverhältnis mit der Betriebsschliessung zu enden. Der Arbeitgeber sei daher von der Lohnzahlungspflicht entsprechend der Regel von Art. 119 Abs. 1 OR befreit.

---

55 Vgl. Portmann, Basler Kommentar, Art. 336c OR N 12; BGE 134 III 358 f.

56 BGE 124 III 346 ff.; Portmann, Art. 336c OR N 3; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6.A., Art. 336c N 2; Brunner/Bühler/Waeber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3.A., S. 249; Tobler/Favre/Munoz/Gullo Ehm, Arbeitsrecht, Lausanne 2006, Art. 336c N 1.1

bb) Soweit sich die Berufungsklägerin dabei auf Näf[57] und Riemer[58] beruft, ist ihr entgegenzuhalten, dass es sich dabei um zwei Einzelmeinungen handelt. Abgesehen davon trifft die Auffassung von Näf nicht zu, mit der Betriebsschliessung ende das Arbeitsverhältnis, und es liege der Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 OR vor. Im Gegenteil wird im Fall der Betriebsschliessung die Leistung des Arbeitgebers gerade durch Umstände unmöglich, die er selbst zu verantworten hat. Ferner sind Arbeitskampfmassnahmen nicht mit Betriebsschliessungen zu vergleichen[59]. Wenn ausserdem Art. 336c OR selbst dann gilt, wenn der Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen ist, den Betrieb zu schliessen, gelangt die Bestimmung erst recht zur Anwendung, wenn der Arbeitgeber den Betrieb verkauft und die Tätigkeit deshalb einstellt. Das gilt umso mehr im vorliegenden Fall, in welchem die Arbeitgeberin eine juristische Person ist. Unter diesen Umständen kann es auf das Alter des Allein- oder Mehrheitsaktionärs nicht ankommen. Die Vorbringen der Berufungsklägerin im Zusammenhang mit der Betriebseinstellung aus Altersgründen überzeugen daher nicht.

Der von der Berufungsklägerin zitierte Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen[60] äusserte sich zur Anwendbarkeit von Art. 336c OR bei einer Betriebsschliessung seitens der Arbeitgeberin überhaupt nicht. Er befasste sich mit der analogen Anwendung von Art. 324a OR, wenn einer Arbeitnehmerin zu Beginn einer Schwangerschaft gekündigt wird, ohne dass sie von der Schwangerschaft Kenntnis hat und nicht weiss, dass die Kündigung deshalb nichtig wäre. Hier

---

57 Aktuelle Probleme im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, in: SJZ 88, 1992, S. 97 ff., 105

58 Der neurechtliche Kündigungsschutz bei Schwangerschaft und Niederkunft, in: SJZ 85, 1989, S. 57 ff., 58

59 Vgl. Riemer, S. 58

60 SGGVP 1993 Nr. 36

geht es aber nicht um die Lohnfortzahlungspflicht bei Verhinderung der Arbeitnehmerin, sondern um den Annahmeverzug der Arbeitgeberin.

3. a) Die Arbeitnehmerin hat während eines durch die Sperrfrist von Art. 336c Abs. 2 OR erstreckten Arbeitsverhältnisses nur Anspruch auf Lohn, wenn sie arbeitet, wenn sie unverschuldet im Sinn von Art. 324a OR ihre Arbeitsleistung nicht erbringen kann, oder wenn sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet.

b) Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Der Arbeitgeber gerät mithin in Annahmeverzug und bleibt zur Entrichtung des Lohns verpflichtet, wenn er ohne gesetzlich anerkannten Grund die vom Arbeitnehmer ordnungsgemäss angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt, sei es, dass er ihm nicht ermöglicht, seine Arbeitsstelle anzutreten, sei es, dass er ihn während des Arbeitsverhältnisses nicht (mehr) beschäftigt. Ein Annahmeverzug des Arbeitgebers liegt ferner vor, wenn dieser die ihm obliegenden Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt, insbesondere wenn er es unterlässt, Arbeitsgeräte und Material bereit zu stellen oder die erforderlichen Massnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers zu treffen. Auf ein Verschulden kommt es jeweils nicht an[61]. Der Arbeitnehmer muss sich gestützt auf Art. 324 Abs. 2 OR auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen der Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Sobald der Arbeitgeber zu erkennen

---

[61] Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15.A., N 113

gibt, dass er die Arbeitsleistung annehmen oder entsprechende Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen vornehmen wird, lebt die einstweilen dahingefallene Arbeitspflicht wieder auf, und der Arbeitnehmer hat seine Arbeit wieder anzubieten[62]. Die Lohnzahlungspflicht ohne Arbeit endet, wenn der Annahmeverzug aufhört, wenn das Arbeitsverhältnis endet, oder wenn die Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer unmöglich wird[63].

aa) Dass die Berufungsklägerin sich in Annahmeverzug befand, ergibt sich daraus, dass sie den Hotelbetrieb schloss. Ohne Führung eines Betriebs fehlt die Möglichkeit, Arbeitnehmer zu beschäftigen. Ferner ist erstellt, dass die Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin ihre Arbeit Mitte November 2006 anbot. Dieses Arbeitsangebot war entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin rechtzeitig. Einerseits kann einem Arbeitnehmer nicht vorgeworfen werden, seine Arbeitsleistung nicht angeboten zu haben, wenn feststeht, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung von vornherein nicht angenommen hätte[64]. Gleich ist zu entscheiden, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen kann, etwa weil er seinen Betrieb geschlossen hat. Andererseits ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Berufungsbeklagte Ende Oktober 2006 von ihrer Schwangerschaft erfuhr, sich in der Folge beraten liess und nach einigen Tagen Bedenkzeit ihre Arbeit anbot. Dass sie zu jenem Zeitpunkt im Restaurant von X arbeitete, ist im Zusammenhang mit dem Annahmeverzug der Arbeitgeberin ohne Bedeutung. Wesentlich ist diese Anstellung hingegen unter dem Aspekt von Art. 324 Abs. 2 OR, das heisst mit Blick auf die Schadensminderungspflicht der Arbeitnehmerin. Sie hat sich auf den Lohn anrechnen zu lassen, was sie durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat. Die Besonder-

---

62 Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 324 OR N 22
63 Rehbinder, Arbeitsrecht, N 190
64 Portmann, Art. 336d OR N 14 mit Hinweisen

heit im vorliegenden Fall liegt darin, dass Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Auffassung waren, das Arbeitsverhältnis dauere nur bis Ende Oktober 2006. Erst zu einem späteren Zeitpunkt, als die Berufungsbeklagte sich bereits um neue Arbeit gekümmert hatte, wurde klar, dass sich das Arbeitsverhältnis infolge der Sperrfrist bis Ende Dezember 2007 erstrecken werde.

bb) Suche und Annahme von Arbeit ändern aber am Annahmeverzug der Berufungsklägerin grundsätzlich nichts. Weil sich der Arbeitnehmer zumutbare Arbeit, die er vorsätzlich nicht annahm, anrechnen lassen muss, liegen Arbeiten für Dritte - und somit entsprechende Arbeitsverhältnisse - in der Natur der Sache. In solchen Fällen bestehen für den Arbeitnehmer gegenüber zwei Arbeitgebern arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten. Gegenüber dem ersten Arbeitgeber ist seine Arbeitspflicht aber infolge des Annahmeverzugs sistiert. Die Arbeitspflicht gegenüber dem zweiten Arbeitgeber und damit die Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers kollidiert latent mit der Arbeitspflicht gegenüber dem ursprünglichen Arbeitgeber. Diese Arbeitspflicht gegenüber dem ursprünglichen Arbeitgeber lebt mit Beendigung des Verzugs sofort wieder auf. Es stellt sich daher die Frage, ob dem Arbeitnehmer überhaupt zugemutet werden kann, entweder gegenüber dem ursprünglichen Arbeitgeber, der den Verzug beendet hat, seinerseits in Verzug zu geraten oder gegenüber dem neuen Arbeitgeber vertragsbrüchig zu werden. Die Lösung liegt wohl darin, dass sich der Arbeitnehmer mit dem ursprünglichen (ersten) Arbeitgeber abspricht und diesem bei einem voraussichtlich länger dauernden Annahmeverzug auch länger dauernde Stellenangebote, die mit seiner Arbeitspflicht kollidieren könnten, vorlegt[65]. Nach Beendigung des Annahmeverzugs des ursprünglichen ersten Arbeitgebers

---

[65] Streiff/von Kaenel, Art. 324 OR N 13; vgl. Portmann, Art. 324 OR N 14 f.

dauert dessen Lohnzahlungspflicht bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gegenüber dem zweiten Arbeitgeber fort, wenn sich der Arbeitnehmer im zweiten Arbeitsverhältnis nicht ohne Einwilligung des ersten Arbeitgebers auf eine unangemessen lange Kündigungsfrist einliess. Erst dann wäre der Arbeitnehmer für den dadurch entstandenen Schaden durch Nichterfüllung der einen oder anderen Arbeitspflicht verantwortlich. Vorher gilt demgegenüber, dass die bis zur Auflösung des zweiten Arbeitsverhältnisses vorübergehende Leistungsunmöglichkeit im ursprünglichen Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber zu vertreten ist[66].

cc) Entscheidend ist hier, dass die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte nicht zur Arbeit aufforderte. Die Arbeitspflicht der Berufungsbeklagten gegenüber der Berufungsklägerin war und blieb somit sistiert. Kollidierende Arbeitspflichten der Berufungsbeklagten gab es nicht. Das (ursprüngliche) Arbeitsverhältnis zur Berufungsklägerin, deren Annahmeverzug und deren Lohnfortzahlungspflicht blieben trotz der Annahme der neuen Stelle bestehen. Die Berufungsklägerin beendete den Annahmeverzug nie, weil sie die Berufungsbeklagte nicht zur Wiederaufnahme der Arbeit aufforderte beziehungsweise infolge der Betriebsschliessung nie auffordern konnte. Sie bot ihr auch keine andere zumutbare Arbeit an. Ebenso wenig forderte die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte auf, ihr die Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, damit sie sie weitervermitteln könne. Vielmehr lehnte die Berufungsklägerin das Arbeitsangebot der Berufungsbeklagten von Mitte November 2006 unmissverständlich ab und führte aus, sie sei nicht in der Lage, ihr eine Arbeitsstelle anzubieten. Das neue Arbeitsverhältnis der Berufungsbeklagten wirkte sich somit nicht auf den Annahmeverzug aus. Das gilt sowohl bezüglich der ursprünglichen Festanstellung als auch mit Bezug auf die Anstellung

---

[66] Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 324 OR N 22; Portmann, Art. 324 OR N 14

als Aushilfe. Dieser mündliche Vertragsabschluss und die "Vertragsänderung" vom 28. November 2006[67] sowie die entsprechenden Folgen oder Möglichkeiten, welche sich für die Berufungsbeklagte daraus ergaben, sind nur mit Bezug auf die Frage relevant, ob sich die Berufungsbeklagte gestützt auf ihre Schadensminderungspflicht gemäss Art. 324 Abs. 2 OR mehr als den tatsächlich als Aushilfe im Restaurant von X erzielten Lohn anrechnen lassen muss.

c) aa) Die Berufungsbeklagte gab vor Vorinstanz an, sie habe die Stelle bei X nach einer rechtlichen Beratung angenommen. Vereinbart gewesen sei ein Pensum von 80% und ab Sommer 2007 ein volles Pensum. Die entsprechende mündliche Vereinbarung soll Ende Oktober 2006 abgeschlossen worden sein. Dabei habe X gesagt, sie wolle keine Frau anstellen, die schwanger sei oder werde. Die Berufungsbeklagte habe geantwortet, sie wolle nicht schwanger werden. Sie habe ja nicht gewusst, dass sie zu diesem Zeitpunkt bereits schwanger gewesen sei. Am 31. Oktober 2006 habe die Berufungsbeklagte X dann mitgeteilt, sie sei schwanger. X habe darauf gemeint, dann ginge der ursprünglich abgemachte Arbeitsvertrag nicht, und die Berufungsbeklagte könne nur als Aushilfe arbeiten. Im November und Dezember 2006 habe sie ein wenig dort gearbeitet. In den Akten befindet sich der schriftliche Arbeitsvertrag mit X vom 28. November 2006 für Mitarbeiter mit einem unregelmässigen Arbeitspensum.

bb) Es stellt sich somit die Frage, ob die "Vertragsänderung" entsprechend dem Vertrag vom 28. November 2006 Auswirkungen auf die Anrechnungspflicht gemäss Art. 324 Abs. 2 OR hat. Die Vorinstanz rechnete der Berufungsbeklagten Fr. 3'170.20 brutto an. Das entspricht dem Einkommen, das die Berufungsbeklagte gemäss

---

[67] Dabei handelte es sich um die Aufhebung des alten mündlichen Vertrags und um den Abschluss eines neuen Vertrags.

Lohnabrechnung bei X tatsächlich verdiente. Ein höheres oder während längerer Zeit erzieltes Einkommen, das die Berufungsbeklagte gemäss ihrem ersten Arbeitsvertrag mit X hätte verdienen können, müsste sich die Berufungsbeklagte nur anrechnen lassen, wenn sie diesen Erwerb absichtlich zu erzielen unterliess.

Das Verhalten der Berufungsbeklagten ist unter Würdigung von Sinn und Zweck der Anrechnungspflicht gemäss Art. 324 Abs. 2 OR sowie der gesamten konkreten Umstände zu beurteilen. Die Anrechnung anderweitigen Erwerbs oder absichtlich unterlassenen Erwerbs ist vorgeschrieben, weil der Lohnanspruch von Art. 324 Abs. 1 OR ähnliche Aufgaben erfüllt wie ein Schadenersatzanspruch. Weil der Annahmeverzug vom Verschulden des Arbeitgebers unabhängig ist, soll der Arbeitnehmer aus der Leistungsstörung wie im Haftpflichtrecht keine Vorteile ziehen dürfen. Er muss sich daher wie ein Geschädigter darum bemühen, die Nachteile zu mindern, soweit ihm dies zumutbar ist[68]. Der Arbeitnehmer soll sich nicht auf Kosten des Arbeitgebers bereichern, indem er ohne Arbeitsleistung vom Arbeitgeber Lohn erhält und gleichzeitig aus anderweitiger Erwerbstätigkeit ein zusätzliches Einkommen erzielt. Um zu entscheiden, ob der Arbeitnehmer absichtlich auf ein anderes Einkommen verzichtet hat, sind sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Unterlassener Erwerb ist nur anrechnungsfähig, wenn die betreffende Arbeit zumutbar und Vorsatz gegeben war. Die Beweislast liegt beim Arbeitgeber, wobei dem Arbeitnehmer nach Treu und Glauben die Mitwirkung bei der Beweiserhebung obliegt[69]. Der Arbeitgeber genügt in der Regel angesichts der schwierigen Beweislage seiner Beweislast, wenn er dartut, dass im entsprechenden Beruf allgemein Nachfrage nach Arbeitskräften bestand, so dass der Arbeitnehmer bei gutem Willen mit

---

68 Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 324 OR N 18
69 BGE vom 12. Oktober 2005, 4C.246/2005, Erw. 6.1 mit Hinweisen

grosser Wahrscheinlichkeit eine andere, ungefähr gleichwertige Stelle hätte finden können[70].

Das Verhalten der Berufungsbeklagten ist aufgrund der konkreten Umstände, insbesondere aufgrund ihrer Rechtsunkenntnis und des unmittelbar vorangegangenen Einstellungsgesprächs mit X nachvollziehbar. Die Berufungsbeklagte war nicht rechtskundig, wie die Berufungsklägerin suggerierte, weil sie mit dem RAV in "enger Tuchfühlung" stand. Bei der Kontaktnahme im Oktober 2006 ging es darum, dass die Berufungsbeklagte bei X lediglich ein Pensum von 80% hatte[71] und entsprechend für die restlichen 20% Arbeitslosengelder beanspruchte. Sie war sich somit zum Zeitpunkt, als X ihr mitteilte, wegen der Schwangerschaft könne dieser Vertrag nicht aufrecht erhalten werden, mit Sicherheit nicht bewusst, dass sie diese Vertragsaufhebung beziehungsweise diese seitens der Arbeitgeberin behauptete "Nichtigkeit" hätte anfechten können. Nachdem sie von ihrer Schwangerschaft Kenntnis erlangt hatte, teilte sie dies offenbar auch dem RAV mit. Dieses riet ihr darauf, bei der Berufungsklägerin ihre Arbeitsleistung anzubieten. Ferner klärte das RAV sie auf, dass die Kündigungsfrist wegen der Schwangerschaft unterbrochen worden sei. Es erscheint daher glaubhaft, dass die Berufungsbeklagte von möglichen Ansprüchen gegenüber X gestützt auf das GlG, das OR und den L-GAV keine Kenntnis hatte, weil ihr das RAV dies gar nicht erörterte. Das Schreiben der Arbeitslosenkasse datiert von Anfang November 2006. Danach machte - auch dies ist glaubwürdig - die Berufungsbeklagte nochmals einen Termin beim RAV ab, bevor sie der Berufungsklägerin Mitte November 2006 ihre Arbeitsleistung anbot. So oder so war der Berufungsbeklagten unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zuzumuten, mögliche Ansprüche gegen X wegen der

---

70 Portmann, Art. 324 OR N 13

71 Entsprechend dem ersten, mündlich abgeschlossenen Vertrag mit X

unzulässigen Vertragsaufhebung geltend zu machen. Dabei ist zu beachten, dass die neue Arbeitgeberin keine Frau einstellen wollte, die schwanger war oder wird. Kurz darauf erhielt die Berufungsbeklagte Kenntnis von ihrer Schwangerschaft und informierte die neue Arbeitgeberin noch vor dem Antritt der Stelle. Sie ging offensichtlich davon aus, sie habe "gegen Abmachungen" mit der neuen Arbeitgeberin verstossen. Aus diesem Grund akzeptierte sie die Vertragsauflösung beziehungsweise den neuen Vertrag mit einer Anstellung als Aushilfe. Es ist nachvollziehbar, dass sie keinen Streit und die Stelle nicht ganz verlieren wollte. Zu beachten ist ferner, dass die Berufungsbeklagte weder vorsätzlich keine Arbeit gesucht noch absichtlich eine Stelle nicht angetreten hat. Sie passte lediglich den abgeschlossenen Vertrag mit X entsprechend den aktuellen Gegebenheiten an ihre eigenen Zusicherungen gegenüber der neuen Arbeitgeberin an, die sich im Nachhinein als falsch herausstellten. Von absichtlicher Unterlassung einer Arbeit im Sinn von Art. 324 Abs. 2 OR kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden.

Eine solche Betrachtungsweise entspricht auch Sinn und Zweck von Art. 324 f. OR: Die Berufungsbeklagte wurde Mitte September 2006 schwanger, also rund eineinhalb Monate vor dem Termin, auf den die Berufungsklägerin das Arbeitsverhältnis aufgelöst hatte. Die Schwangerschaft hat somit einen viel engeren Bezug zum Arbeitsverhältnis der Berufungsbeklagten zur Berufungsklägerin als zu jenem der Berufungsbeklagten zu X. Daher ist der Berufungsklägerin eher zuzumuten, im Rahmen der gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben den Lohn während der Schwangerschaft zu tragen. Es widerspräche demgegenüber Sinn und Zweck des Gesetzes, die Berufungsbeklagte, die sich rasch und erfolgreich um eine neue Stelle bemüht hatte, den grundsätzlich bestehenden Lohnanspruch gegenüber der Berufungsklägerin abzusprechen oder sie in einen Prozess gegen die neue Arbeitgeberin zu zwingen, nur weil sie ihrer nachträglich entdeckten Schwangerschaft und ihren dazu gehörenden gegenteiligen

Äusserungen Rechnung trug und eine Aushilfstätigkeit akzeptierte. Anders entscheiden hiesse schliesslich, sich von einer Zufälligkeit leiten zu lassen und auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem die Berufungsbeklagte von ihrer Schwangerschaft erfuhr. Hätte sie nur ein paar Tage vor dem mündlichen Vertragsabschluss mit X Kenntnis von ihrer Schwangerschaft erlangt, wäre der erste Vertrag mit X angesichts der klaren Haltung der Arbeitgeberin gar nie zustande gekommen, und ein Problem wäre gar nicht entstanden.

Zu beachten ist schliesslich, dass X die schwangere Berufungsbeklagte auf keinen Fall als Festangestellte beschäftigen wollte. Sie hätte den ersten Vertrag, hätte die Berufungsbeklagte nicht Hand zu einer Beschäftigung als Aushilfe geboten, gekündigt ("für nichtig erklärt"). Diese Kündigung wäre in Anwendung von Art. 336c Abs. 1 OR nicht zur Unzeit erfolgt, weil sie noch vor Beginn der 14-tägigen Probezeit gemäss Art. 5 L-GAV ausgesprochen worden wäre. Die Berufungsbeklagte hätte somit in diesem Fall nur einen minimalen Lohn erwerben können, der ihr überhaupt als absichtlich unterlassen abgezogen werden könnte. Daran hätte weder die Qualifikation dieser Kündigung (des ersten, mündlichen Arbeitsvertrags) als diskriminierend im Sinn von Art. 3 GlG noch eine entsprechende Klage etwas geändert. In diesem konkreten Fall gäbe es keinen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und Zahlung des Lohns, sondern lediglich auf eine Entschädigung bis höchstens sechs Monatslöhne. In diesem konkreten Fall wäre angesichts der Umstände wohl nur eine bescheidene Entschädigung zugesprochen worden. Unter Umständen bestünde auch gar kein Anspruch, weil umstritten ist, ob für die in Aussicht stehende Arbeit im Restaurant von X die Frage nach einer allfälligen Schwangerschaft überhaupt zulässig ist. Es stellt sich ferner grundsätzlich die Frage, ob mögliche Ansprüche, die gerichtlich erstritten werden müssen, überhaupt unterlassenen Arbeitserwerb im Sinn von Art. 324 Abs. 2 OR darstellen können. Zudem ist eine solche Entschädigung von Gesetzes wegen gerade nicht Lohn. Ihr kann zwar

ein gewisser Lohnersatz-Charakter nicht abgesprochen werden. Im Vordergrund stehen aber der Genugtuungs- und Strafzweck an die Adresse des Arbeitgebers.

d) Die Berufungsklägerin machte geltend, die Berufungsbeklagte habe die behauptete "intensive Stellensuche" nicht belegt. Die Berufungsklägerin übersieht, dass ihr der Beweis obliegt, dass die Berufungsbeklagte auf anderes Einkommen verzichtete. Dieser Beweislast und entsprechenden Behauptungslast genügt die Berufungsklägerin im konkreten Fall nicht, wenn sie lediglich dartut, im entsprechenden Beruf habe eine Nachfrage nach Arbeitskräften bestanden. Vielmehr ist zu bedenken, dass die Berufungsbeklagte, als sie sich um Arbeit bemühte, schwanger war. Zudem ist der Vorinstanz beizupflichten, dass ausreichende Arbeitsbemühungen seitens der Berufungsbeklagten hinlänglich belegt seien, weil die Arbeitslosenversicherung Taggelder ohne Einstelltage ausbezahlt habe. Das trifft zu. Es ist gerichtsnotorisch, dass die Arbeitslosenkassen bei ungenügenden Arbeitsbemühungen relativ rasch Einstelltage verfügen. Unter diesen Umständen müsste die Berufungsklägerin schon substantiiert darlegen, dass und unter welchen Umständen die Berufungsbeklagte zumutbare Arbeit nicht annahm, wobei die fortschreitende Schwangerschaft dabei nicht aus den Augen verloren werden darf.

4. Bei dieser Betrachtungsweise stellt sich die Frage nach einem angeblich rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Berufungsbeklagten nicht. Abgesehen davon lässt sich ohne weiteres der Standpunkt vertreten, die Berufungsbeklagte habe, nachdem sie von ihrer Schwangerschaft erfahren und die neue Arbeitgeberin darüber informiert und letztere postwendend den Arbeitsvertrag für nichtig erklärt hatte, vor der Wahl gestanden, gegen die neue Arbeitgeberin gestützt auf das GlG eine (relativ bescheidene) Entschädigung einzuklagen oder gegen den ersten Arbeitgeber - die Berufungsklägerin - ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung gestützt auf die Schwangerschaft, ihr Arbeitsangebot und den Annahmeverzug der Arbeitgeberin geltend zu machen. Es ist

keine arbeitsvertragliche Bestimmung ersichtlich, die dieser freien Wahlmöglichkeit entgegenstehen würde. Insbesondere kann als Grundlage nicht Art. 324 OR herangezogen werden. Umso weniger kann in einem solchen Fall die Arbeitgeberin Art. 2 Abs. 2 ZGB anrufen.

Obergericht, 2. Oktober 2008, ZBR.2008.37

12. Nichtigkeit eines ungenügend eingeschränkten Konkurrenzverbots (Art. 340 ff. OR)

1. Der Berufungskläger brachte vor, die Berufungsbeklagte habe ihm eine Konventionalstrafe von Fr. 20'000.00 zu bezahlen, weil sie das im Arbeitsvertrag vereinbarte Konkurrenzverbot verletzt habe.

2. In Artikel 2 des Arbeitsvertrags vereinbarten die Parteien: "Die Angestellte ist verpflichtet, während der Dauer dieses Vertrags und noch zwei Jahre nach Ablauf dieses Vertrags jede Konkurrenzierung, sei sie direkt oder indirekt zu unterlassen, insbesondere weder eine Einzelfirma oder eine Gesellschaft, die ganz oder teilweise den gleichen Zweck wie die W AG verfolgt, zu gründen, noch sich an einer solchen zu beteiligen, noch eine Anstellung in einer solchen anzunehmen. Während der Dauer dieses Konkurrenzverbots ist es der Angestellten zudem untersagt, für in den Büchern des Arbeitgebers registrierte Kunden direkt oder indirekt Arbeiten auszuführen oder ausführen zu lassen, noch diese zwecks Abwerbung zu bearbeiten oder bearbeiten zu lassen, auch wenn sie diese selber akquiriert hat. Der Arbeitgeber kann Realerfüllung des Konkurrenzverbots verlangen. Bei Zuwiderhandlung gegen das Konkurrenzverbot schuldet die Angestellte eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 20'000.00. Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit die Angestellte nicht von der weiteren

Einhaltung des Konkurrenzverbots; die Geltendmachung weiteren Schadens bleibt vorbehalten."

3. Gemäss Art. 340 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte. Nach Art. 340a OR ist das Verbot nach Ort, Zeit und Gegenstand angemessen zu begrenzen, so dass eine unbillige Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist; es darf nur unter besonderen Umständen drei Jahre überschreiten. Der Richter kann ein übermässiges Konkurrenzverbot unter Würdigung aller Umstände nach seinem Ermessen einschränken; er hat dabei eine allfällige Gegenleistung des Arbeitgebers angemessen zu berücksichtigen.

4. Das von den Parteien vereinbarte Konkurrenzverbot ist weder in sachlicher noch in örtlicher Hinsicht begrenzt. Bei Annahme der Gültigkeit der Vertragsbestimmung unterläge die Berufungsbeklagte zwei Jahre lang einem faktischen Berufsverbot in ihrer Tätigkeit als Versicherungsberaterin, ohne dass der Berufungskläger dafür mittels einer Karenzentschädigung eine Gegenleistung erbringen würde. Das Obergericht ist mit Streiff/von Kaenel[72] und Rehbinder[73] der Ansicht,

---

[72] Arbeitsvertrag, 6.A., Art. 340a OR N 7
[73] Berner Kommentar, Art. 340a OR N 6

dass ein Konkurrenzverbot wie das hier zu beurteilende, welches in jeder Hinsicht ungenügend eingeschränkt ist, nichtig sein muss. Dem Gültigkeitserfordernis der schriftlichen Abrede unterliegen sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Punkte[74], was im Fall der Konkurrenzklausel nicht nur deren Bestand, sondern auch deren Umfang umfasst[75]. Es würde dem Schutzgedanken von Art. 340 ff. OR und der Rechtssicherheit zuwider laufen, wenn in Anwendung von Art. 340a Abs. 2 OR jedes offensichtlich zu weit gehende Konkurrenzverbot vom Richter „nach seinem Ermessen" beschränkt und in ein gültiges umzuwandeln wäre. Die Unsicherheit, mit der sich dadurch ein Arbeitnehmer bei einem Stellenwechsel konfrontiert sieht, wird auch dadurch nicht wesentlich gemildert, dass der Richter die Bestimmung bei Zweifel über den zulässigen Umfang zu Lasten des Arbeitgebers auszulegen hat[76] und eine übermässige Konventionalstrafe gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR nach Ermessen herabsetzen kann.

5. Zusammenfassend schlossen die Parteien keine gültige Konkurrenzklausel ab, weshalb dem Berufungskläger daraus auch keine Verrechnungsforderung gegen die Berufungsbeklagte zusteht.

Obergericht, 23. Oktober 2007, ZBO.2007.8

---

74 Vgl. BGE 125 III 133
75 Vgl. Staehelin, Zürcher Kommentar, Art. 340 OR N 8
76 BGE 92 II 24

13. Zivil- und strafrechtliche Verantwortung eines Sachverständigen wegen Wiedergabe von Äusserungen einer Partei im Gutachten (Art. 398 OR; Art. 14, 173 StGB; §§ 196 ff. ZPO)

1. a) Die Ehe des Berufungsklägers wurde im Jahr 2002 geschieden; die beiden Töchter wurden dabei unter die elterliche Sorge des Berufungsklägers gestellt. In der Folge kam es zu Streitigkeiten wegen der Obhut über die Kinder. Im April 2004 reichte die geschiedene Ehefrau des Berufungsklägers beim Kreisgericht Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils ein. Im Rahmen des Instruktionsverfahrens wurde ein kinderpsychiatrisches Gutachten in Auftrag gegeben. Nachdem das schriftliche Gutachten vorlag, wurde dieses seitens des Vaters stark beanstandet. Im März 2006 änderte das Kreisgericht das Scheidungsurteil ab und stellte die beiden Kinder unter die elterliche Sorge der Mutter.

b) In der Folge verlangte der Vater wegen bestimmter Äusserungen im Gutachten die Bestrafung des Gutachters wegen Ehrverletzung. Zudem erhob er eine Klage wegen Sorgfaltspflichtverletzung im Auftragsrecht. Die Bezirksgerichtliche Kommission wies beide Klagen ab.

c) Der Vater erhob dagegen Berufung, mit dem Antrag, der Gutachter sei wegen übler Nachrede zu bestrafen. Gleichzeitig verlangte er die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren und die Bestellung eines Offizialanwalts. Das Obergerichtspräsidium wies sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt in beiden Prozessen zufolge Aussichtslosigkeit ab.

2. a) Im Zivilprozess ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, der Gutachtervertrag werde dem Werkvertrag, teilweise dem Auftrag zugeordnet. Gleichzeitig stellte die Vorinstanz aber auch

zutreffend fest, dass sich die Rechte und Pflichten eines gerichtlich bestellten Gutachters nach der Zivilprozessordnung richten, womit das Rechtsverhältnis zwischen Gutachter und Gericht als öffentlich-rechtliches zu qualifizieren sei; massgebend sei demnach in erster Linie die Zivilprozessordnung und höchstens subsidiär das Obligationenrecht. Ansprüche aus dem Gutachterverhältnis könnten demnach nicht aus einem privatrechtlichen Auftragsverhältnis abgeleitet werden, womit der Klage die Anspruchsgrundlage fehle. Diesen Erwägungen ist grundsätzlich nichts beizufügen.

b) Die Vorinstanz warf alsdann die Frage auf, in welcher Beziehung die Prozessparteien zu einem Gutachter stünden; dabei hielt sie zutreffend fest, Ansprüche gegenüber einem Gutachter könne eine Prozesspartei nur geltend machen, wenn sie aktivlegitimiert sei, was bedeute, dass sie berechtigt sein müsse, den eingeklagten Anspruch in eigenem Namen zu erheben. Die Prozessparteien, mithin in einem Abänderungsverfahren die ehemaligen Ehegatten, seien am Rechtsverhältnis zwischen Gericht und Sachverständigem nur indirekt beteiligt; ihre Rechte und Pflichten seien in den Prozessordnungen geregelt. Die Parteien könnten zu einem Gutachten Stellung nehmen und entsprechende Anträge stellen, doch stehe es im Ermessen des Gerichts, ob es eine Ergänzung des Gutachtens anordnen oder ein weiteres Gutachten einholen wolle; dies bedeute, dass es nicht genüge, wenn einer Prozesspartei ein Gutachten als ungenügend erscheine; vielmehr müsse das Gericht der Auffassung sein, es sei unzureichend. Damit bestehe kein direkter Anspruch einer Prozesspartei auf Abänderung des Gutachtens gegenüber dem Gutachter. Selbst wenn man noch ein privatrechtliches Auftragsverhältnis annehmen wollte, wäre der Vater als Kläger lediglich als unbeteiligter Dritter anzusehen. Ansprüche aus Art. 398 und 399 OR gegen einen Gutachter könne grundsätzlich nur derjenige geltend machen, der den Auftrag selbst erteilt habe. Auch diese Feststellungen der Vorinstanz sind völlig richtig.

c) Die Vorinstanz erwog im Weiteren, der Berufungskläger hätte seine Klage statt auf Auftragsrecht allenfalls auf Persönlichkeitsrecht stützen und eine Persönlichkeitsverletzung geltend machen können. Eine Persönlichkeitsverletzung liege indessen nicht vor, wenn diese Verletzung durch ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt sei; mithin gälten die allgemeinen Rechtfertigungsgründe wie zum Beispiel die pflichtgemässe Ausübung eines Amts oder eines Berufs auch im Bereich des Persönlichkeitsrechts. Ein Gutachter sei gehalten, in Erfüllung des ihm vom Gericht übertragenen Auftrags alle Fakten, welche für die Begutachtung wesentlich seien, zusammenzutragen, und aufgrund der Ergebnisse seiner Abklärungen habe er letztlich dem Gericht einen Vorschlag zu unterbreiten. Die Stellungnahme für oder gegen einen Elternteil sei im Gutachten, welches im Zusammenhang mit Sorgerechtsstreitigkeiten erstellt werden müsse, unausweichlich. Das Gutachten sei daher nicht geeignet, die Persönlichkeit des Berufungsklägers zu verletzen, womit auch eine Klage aus Persönlichkeitsrecht hätte abgewiesen werden müssen. Auch diese Feststellungen der Vorinstanz sind offensichtlich zutreffend.

d) Die Bezirksgerichtliche Kommission hielt ausserdem ausdrücklich fest, sie habe nicht den Eindruck, dass der Gutachter unsorgfältig vorgegangen wäre oder Rechte der Beteiligten verletzt hätte; das Gutachten entspreche den üblichen Vorgaben und Grundsätzen und erscheine nicht parteilich, sondern detailliert und ausführlich. Der Gutachter habe alles abgeklärt, was er gekonnt habe, möglicherweise sogar mehr als unbedingt nötig gewesen wäre, und die Schlussfolgerungen im Gutachten seien nachvollziehbar, so dass eine Verletzung irgendwelcher Sorgfaltspflichten nicht ersichtlich sei. Auch diese Überlegungen der Vorinstanz sind offensichtlich zutreffend und entsprechen im Übrigen auch den Hinweisen des Kreisgerichts im Abänderungsentscheid.

3. a) Im Privatstrafverfahren wegen übler Nachrede hielt die Vorinstanz fest, sämtliche auf der Weisung zitierten Sätze stammten aus dem Gutachten, welches für das Kreisgericht erstattet worden sei, wobei es sich nicht etwa um Meinungsäusserungen des Berufungsbeklagten, sondern um die Wiedergabe dessen handle, was die Prozessgegnerin des Berufungsklägers im Abänderungsverfahren geäussert habe. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers braucht unter diesen Umständen gar nicht weiter abgeklärt zu werden, ob der eine oder andere Satz die strafrechtlich geschützte Ehre des Berufungsklägers tangieren könnte: Falls der Berufungskläger gewisse Angaben seiner Prozessgegnerin für ehrverletzend hielt, musste er sie persönlich wegen Ehrverletzung einklagen. Den Gutachter konnte er indessen nicht belangen: Der gerichtlich bestellte Gutachter ist nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet, das wiederzugeben, was die Auskunftspersonen im Zusammenhang mit der Erstattung des Gutachtens ihm gegenüber äussern. Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, es habe nicht im Belieben des Gutachters gestanden, was er ins Gutachten schreiben wolle; vielmehr sei er gehalten gewesen, die Äusserungen aller Personen, welche er im Zusammenhang mit dem Gutachten anzuhören hatte und welche schliesslich für die Schlüsse, die er ziehen wollte, relevant seien, wiederzugeben. Aus dieser Sicht ist absolut zutreffend, dass die Wiedergabe der (allenfalls ehrverletzenden) Äusserungen durch den Gutachter durch Berufs- und Amtspflicht gerechtfertigt und damit nicht strafbar ist. Der Gutachter hätte sich nur strafbar gemacht, wenn er die in Frage stehenden Äusserungen der Prozessgegnerin des Berufungsklägers in seinem Gutachten nicht wiedergegeben und damit verschwiegen hätte, oder wenn er diese Äusserungen verfälscht beziehungsweise unrichtig wiedergegeben hätte; dass dies der Fall sei, macht der Berufungskläger indessen gar nicht geltend. In der Berufungseingabe wird seitens des Berufungsklägers vielmehr bestätigt, dass es bei den in Frage stehenden Äusserungen nicht um Meinungsäusserungen des Berufungsbeklagten ging, sondern um die Wiedergabe

dessen, was die Prozessgegnerin des Berufungsklägers im Abänderungsverfahren äusserte.

b) Der Berufungskläger macht geltend, der Berufungsbeklagte habe sich in seinem Gutachten nicht einfach auf das Aufzählen und Wiedergeben der gemachten Äusserungen beschränkt; vielmehr seien diese Äusserungen seitenlang analysiert, kommentiert, gewichtet und damit die daraus gezogenen Schlüsse begründet worden. Auch insoweit ist indessen eine Strafbarkeit des Gutachters nicht gegeben: Zum einen bilden Gegenstand dieses Verfahrens nur die Äusserungen im Gutachten, die ausdrücklich in das Rechtsbegehren gemäss Weisung aufgenommen wurden; es ist mithin schon prozessual nicht möglich, darüber hinausgehende allfällige Analysen, Kommentierungen und Gewichtungen dieser Äusserungen, die allenfalls ebenfalls im Gutachten enthalten sind, mit zu berücksichtigen. Zum anderen aber war es, was der Berufungskläger völlig zu verkennen scheint, gerade nicht die Aufgabe des Gutachters, die in Frage stehenden Äusserungen einfach aufzunehmen und wiederzugeben; vielmehr war es im Zusammenhang mit der Frage der Sorgerechtszuteilung nicht nur sein Recht, sondern seine Pflicht und seine Verantwortung gegenüber dem Gericht und den Parteien, diese Äusserungen im Gesamtzusammenhang zu würdigen und nötigenfalls zu kommentieren und zu analysieren.

c) Entgegen der Behauptung des Berufungsklägers trifft es auch nicht zu, dass eine Erteilung des Gutachtensauftrags an den Berufungsbeklagten ohne seine Einwilligung nicht zustande gekommen wäre. Es ist keineswegs so, dass das Gericht die Zustimmung aller Parteien braucht, wenn es ein Gutachten einholen will; ob und bei welcher Person ein Expertisenauftrag erteilt wird, entscheidet ebenso einzig und allein das Gericht, und zwar - vorbehältlich eigentlicher Ausstandsgründe - ob die Parteien nun damit einverstanden sind oder nicht. Die Tatsache, dass die Kosten des Gutachtens letztlich - wie die anderen Kosten des Verfahrens - teilweise dem Berufungskläger aufer-

legt wurden, ändert daran nichts, dass er dem Berufungsbeklagten keinen Auftrag erteilte und auch nicht zu erteilen hatte.

d) Entgegen der Meinung des Berufungsklägers geht es auch nicht um die Frage, ob der Berufungsbeklagte ernsthafte Gründe hatte, die Äusserungen der geschiedenen Ehefrau für wahr zu halten. Der Gutachter hatte die entsprechenden Äusserungen entgegen- und in sein Gutachten aufzunehmen und diese Äusserungen im Gesamtzusammenhang zu würdigen; er war nicht berechtigt, einzelne Äusserungen der Kindesmutter einfach wegzulassen und zu verschweigen, nur weil er nicht sicher war, ob sie auch zutreffen würden, um so mehr, als diese Frage, soweit sie im konkreten Fall von Relevanz wäre, vom Gericht entschieden werden müsste.

Obergerichtspräsidium, 12. Oktober 2007, ZBR.2007.19 und SBR.2006.40

Auf die dagegen erhobenen Beschwerden trat das Bundesgericht am 11. Januar 2008 und 4. Februar 2008 nicht ein (1B_7/2008 und 4A_9/2008).

14. Eigenwechsel und "Prima-Wechsel"; Vorlage nach Ablauf der Präsentationsfrist (Art. 1050 Abs. 1, 1096 ff. OR; Art. 182 SchKG)

1. Das Gericht bewilligt den Rechtsvorschlag gemäss Art. 182 SchKG, wenn durch Urkunden bewiesen wird, dass die Schuld an den Inhaber des Wechsels oder Checks bezahlt oder durch denselben nachgelassen oder gestundet ist (Ziff. 1), wenn die Fälschung des Titels glaubhaft gemacht wird (Ziff. 2), wenn eine aus dem Wechselrecht hervorgehende Einrede begründet erscheint (Ziff. 3), oder wenn eine

andere nach Art. 1007 OR zulässige Einrede geltend gemacht wird, die glaubhaft erscheint; in diesem Fall muss jedoch die Forderungssumme in Geld oder Wertschriften hinterlegt oder eine gleichwertige Sicherheit geleistet werden (Ziff. 4).

2. a) Völlig zu Recht qualifizierte die Vorinstanz die beiden den Betreibungen zugrunde liegenden Wechsel als Eigenwechsel im Sinn von Art. 1096 ff. OR. Dabei verspricht der Aussteller der Wechsel, dem Empfänger oder seinem Rechtsnachfolger zu einem gewissen Zeitpunkt einen Betrag zu bezahlen. Aussteller eines Eigenwechsels ist damit stets der Schuldner[77]. Er als Aussteller hat sich selbst zur bedingungslosen Zahlung einer bestimmten Geldsumme in einer bestimmten Währung in bar zu verpflichten. Eine übliche Formel des Eigenwechsels ist: "zahle ich gegen diesen (Eigen-)Wechsel an die Ordre von X die Summe von Fr. ..."[78]. Exakt diese Formulierung enthalten die von der Rekurrentin ausgestellten und unterzeichneten Wechsel. Es liegt auch kein Fall von Art. 993 Abs. 2 OR vor, bei welchem der gezogene Wechsel auf den Aussteller selbst gezogen wurde (sogenannt trassiert-eigener Wechsel). Dieser ist dem Wesen nach ohnehin ein Eigenwechsel[79]. Die Bezeichnung als "Prima-Wechsel" besagt nichts anderes, als dass es sich um die erste Ausfertigung eines Wechsels handelt[80]. Insofern ist nicht nachvollziehbar, worauf die Rekurrentin mit dem Hinweis zielt, die Gegenpartei habe es sich sehr leicht gemacht und aus den als "Prima" ausgestellten Wechseln einfach Eigenwechsel gemacht. Auch wenn die Duplikatsklausel vorab im Zusammenhang mit der Ausfertigung mehrerer Stücke eines Wechsels (Duplikate) im Sinn von Art. 1063 OR verwendet wird und Duplikate nur beim gezogenen

---

77 RBOG 2002 Nr. 9 S. 88
78 Frey, Basler Kommentar, Art. 1096 OR N 7
79 Vgl. Grüninger/Hunziker/Roth, Basler Kommentar, Art. 993 OR N 4
80 Vgl. Bernasconi, Basler Kommentar, Art. 1063 OR N 9

Wechsel zulässig sind[81], schadet die Bezeichnung der fraglichen Wechsel als "Prima-Wechsel" der Qualifizierung als Eigenwechsel nicht. Die Rekurrentin behauptete im Übrigen nie, es seien mehrere gleiche Ausfertigungen der Wechsel ausgestellt worden.

b) Weil beim Eigenwechsel der Aussteller zugleich Hauptschuldner ist und daher gemäss Art. 1099 Abs. 1 OR in der gleichen Weise haftet wie der Annehmer (Bezogene) beim gezogenen Wechsel, bleibt der Ausstellung des Eigenwechsels unabhängig von der Erhebung des Protests aus dem Wechsel verpflichtet, und es kann gegen ihn die Wechselbetreibung geführt werden, solange der wechselmässige Anspruch nicht verjährt ist[82]. Dieser Anspruch verjährt gemäss Art. 1069 Abs. 1 OR in drei Jahren ab Verfalltag. Bis zum Ablauf der Verjährungsfrist bleibt der Aussteller des Eigenwechsels beziehungsweise der Schuldner verpflichtet, auch wenn ihm der Wechsel erst nach Ablauf der Präsentationsfrist zur Zahlung vorgelegt wird. Dies ergibt sich aus Art. 1050 Abs. 1 OR, wonach der Inhaber mit der Versäumnis der Fristen für die Vorlegung eines Wechsels, der auf Sicht oder eine bestimmte Zeit nach Sicht lautet, für die Erhebung des Protestes mangels Annahme oder mangels Zahlung und für die Vorlegung zur Zahlung im Fall des Vermerks "ohne Kosten" seine Rechte gegenüber dem Annehmer nicht verliert. Dieser haftet weiterhin aus dem Wechsel, auch wenn die Fristen für Vorlegung und Protest versäumt wurden[83]. Der Schuldner bleibt somit bis zum Ablauf der dreijährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 1069 Abs. 1 OR verpflichtet, auch wenn ihm der Wechsel erst nach Ablauf der Präsentationsfrist zur Zahlung vorgelegt wird.

---

81 Bernasconi, Art. 1063 OR N 2 und 5
82 Frey, Art. 1099 OR N 1 f.
83 Bauer, Basler Kommentar, Art. 1050 OR N 7; BGE 124 III 121

Die im Recht liegenden Wechsel waren am 15. Juni und 20. Juni 2005 verfallen. Die Zahlungsbefehle wurden am 11. Juni 2008, mithin innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist ausgestellt. Damit wurde gemäss Art. 1070 OR die Verjährung unterbrochen, und mit der Unterbrechung der Verjährung beginnt laut Art. 1071 Abs. 2 OR eine neue Verjährungsfrist von gleicher Dauer zu laufen. Zu Recht bewilligte daher die Vorinstanz die Rechtsvorschläge nicht.

Obergericht, 15. August 2008, BR.2008.56

15. Örtliche Zuständigkeit für eine Klage gegen einen Verein mit "fliegendem" Sitz; Einlassung (Art. 3 Abs. 1 lit. b, 9 Abs. 3, 10 GestG; Art. 56 ZGB)

1. Im März 2007 fand die Delegiertenversammlung des Vereins statt. Dessen Präsident war dannzumal der im Kanton Thurgau wohnhafte X; an der Delegiertenversammlung wurde der in einem anderen Kanton wohnende Y zum neuen Präsidenten gewählt. Im April 2007 erhob das ebenfalls in einem anderen Kanton wohnhafte Vereinsmitglied (Rekurrent) im Kanton Thurgau Klage gegen den Verein und focht die Beschlüsse der Delegiertenversammlung an. Das Bezirksgericht verneinte seine Zuständigkeit und trat auf die Klage nicht ein.

2. Strittig ist die Zuständigkeit des Bezirksgerichts.

a) Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG ist für Klagen gegen eine juristische Person und damit auch gegen einen Verein[84] das Gericht an dessen Sitz örtlich zuständig. Gemäss Art. 56 ZGB sind pri-

---

[84] Dasser, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Zürich 2001, Art. 3 N 35

mär die Statuten massgebend. Fehlt in den Statuten eine Sitzangabe, befindet sich der Sitz am Ort, wo die Gesellschaft verwaltet wird[85]. Muss eine Sitzverlegung nicht im Handelsregister eingetragen werden, wie dies beim Verein der Fall ist, wird der neue Sitz mit der gültigen Beschlussfassung verbindlich[86].

b) Gemäss Art. 1 der Statuten des Vereins befindet sich sein Sitz am Wohnort des jeweiligen Zentralpräsidenten. Gemäss Art. 23 wird der Zentralvorstand, unter anderem bestehend aus dem Zentralpräsidenten, von der Delegiertenversammlung für eine Amtsdauer von zwei Jahren gewählt, wobei Wiederwahl zulässig ist.

c) X wohnt im Thurgau. Ist davon auszugehen, er sei im Zeitpunkt der Klageeinreichung durch den Rekurrenten noch Präsident des Vereins gewesen, ist für die Beurteilung der Streitsache das Bezirksgericht zuständig.

3. a) Die Vorinstanz ging davon aus, es sei unbestritten, dass X als Präsident des Vereins bereits per Ende 2006 habe zurücktreten wollen. Im Dezember 2006 sei eine ausserordentliche Delegiertenversammlung durchgeführt worden, welche im März 2007, wiederum unter dem Vorsitz von X, wiederholt worden sei. Dieser habe per Ende März 2007 definitiv seinen Rücktritt erklärt, was vom Rekurrenten offenbar auch anerkannt worden sei. Jedenfalls sei am 25. März 2007 Y als sein neuer Präsident gewählt worden; dass X dieses Amt weiterführen werde, sei nie zur Diskussion gestanden. Selbstverständlich müsse es einem Vereinspräsidenten frei stehen, zu einem von ihm gewählten Zeitpunkt von seinem Amt zurückzutreten. Eine allenfalls ungültige Wahl eines neuen Präsidenten ändere an der Gültigkeit dieses Rücktritts nichts. Demgemäss sei gemäss Statuten ab 1. April

---

85 Dasser, Art. 3 GestG N 40
86 Dasser, Art. 3 GestG N 43

2007 der Sitz des Vereins nicht mehr im Thurgau gewesen, und dies völlig unabhängig davon, ob Y statutenkonform gewählt worden sei.

Die Vorgeschichte, die zur Wahl des neuen Präsidenten führte, geht aus den bei den Akten liegenden Unterlagen nirgends hervor; es ist anzunehmen, dass die Vorinstanz anlässlich der Hauptverhandlung zu diesen Informationen kam. Im Rekursverfahren sind sie aber offensichtlich unbestritten. Nach Auffassung des Rekurrenten ist das Bezirksgericht aber für die Beurteilung der Streitsache zuständig, weil X zum einen die Delegiertenversammlung im März 2007 noch als Präsident geleitet habe und exakt diese Beschlüsse angefochten seien; zum anderen vertritt er die Auffassung, die Vorinstanz habe, bevor sie über ihre Zuständigkeit befinde, vorfrageweise zu prüfen, ob die Wahl des neuen Präsidenten statutenkonform zustande gekommen sei.

b) Beide Auffassungen sind unzutreffend. In der Regel wird der Sitz eines Vereins in den Statuten mittels exakter Ortsangabe bezeichnet. Oft wird aber auch der jeweilige Wohnsitz oder Sitz einer bestimmten oder objektiv bestimmbaren natürlichen oder juristischen Person als Vereinssitz bezeichnet; man spricht alsdann von einem "fliegenden" Sitz[87]. Fehlt es an der Bezeichnung eines Sitzes, greift Art. 56 ZGB, wonach sich der Sitz der juristischen Person, wenn ihre Statuten es nicht anders bestimmen, an dem Ort befindet, an dem die Verwaltung (zur Hauptsache) geführt wird.

Der (beklagte) Verein verfügt über einen "fliegenden" Sitz: In seinen Statuten wird als Vereinssitz der jeweilige Wohnsitz des Präsidenten genannt. Wie es sich verhält, wenn der Präsident seinen Rücktritt erklärt, ohne dass ein neuer gewählt wird, oder wenn er unerwartet stirbt, regeln die Statuten nicht. In einem solchen Fall

---

[87] Riemer, Berner Kommentar, Systematischer Teil N 379g

würde folglich Art. 56 ZGB Platz greifen: Der Sitz des Vereins befände sich alsdann an demjenigen Ort, an dem die laufenden Verwaltungsgeschäfte geführt werden. Der Rekurrent weist somit zu Recht darauf hin, bei solchen Gegebenheiten könne es nicht sein, dass sich der Verein "plötzlich im Niemandsland befindet"; auch bei diesen Gegebenheiten kann sofort eruiert werden, wo sich der Vereinssitz befindet. Vorliegend steht jedoch nicht ein solcher Fall zur Diskussion; vielmehr gab X sein Amt fast im selben Zeitpunkt ab, in dem Y als neuer Präsident des Vereins gewählt wurde: Am 25. März 2007 fand die Neuwahl statt, und per Ende März 2007 hatte X definitiv seinen Rücktritt erklärt. In diesem Fall gelangt somit die Statutenregelung zur Anwendung, wonach bei Wahl eines neuen Präsidenten der Sitz des Vereins mit dem Wohnsitz des neuen Präsidenten gleichzusetzen ist. Der Rekurrent irrt, wenn er annimmt, der Vereinssitz sei so lange mit dem Wohnsitz eines Präsidenten identisch, bis die Beschlüsse einer von diesem geleiteten Delegiertenversammlung in Rechtskraft erwachsen seien beziehungsweise das Gericht deren Statutenkonformität festgestellt habe. Diese seinerseitige Auffassung findet weder im Gesetz noch in den Statuten eine Grundlage; den Vereinssitz von nicht klar im Voraus bestimmbaren Fakten abhängig zu machen, wäre denn auch mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar. Es trifft ausserdem eben gerade nicht zu, dass bei den Regelungen, die hier ausschlaggebend sind, die 30 Tage, innert welchen ein Vereinsbeschluss beim Gericht angefochten werden muss, nicht ausreichen, um den Vereinssitz zu eruieren: Ob und welcher Vereinspräsident gewählt ist, ist innert kürzester Frist feststellbar.

c) Der Rekurrent reichte der Vorinstanz im April 2007 seine Klage ein. Zu diesem Zeitpunkt war X nicht mehr Präsident des Vereins; bereits am 25. März 2007 war ein neuer Vereinspräsident mit Wohnsitz in einem anderen Kanton gewählt worden. Demgemäss ist das Bezirksgericht für die Beurteilung der Streitsache nicht zuständig.

4. a) Der Verein hatte in seiner Klageantwort die Zuständigkeit des Bezirksgerichts nicht bestritten. Die Vorinstanz wies beide Parteien nochmals darauf hin, sie behalte sich ausdrücklich vor, ihre Zuständigkeit mangels örtlichem und/oder sachlichem Bezug zum Gerichtsstand abzulehnen. Der Verein erhob auch an der Hauptverhandlung keine Unzuständigkeitseinrede. Zu prüfen ist somit, ob die Vorinstanz berechtigt war, ihre Zuständigkeit abzulehnen. Dies trifft zu, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist[88]. Dass ein Gericht hiezu berechtigt ist, obwohl sich beide Parteien auf die Streitsache einlassen[89], wird in der Lehre kritisiert: Diese Regelung sei mit Blick auf die internationale Rechtsentwicklung unverständlich und stelle einen schwerwiegenden Eingriff in die Parteiautonomie dar[90]. Dieser Problematik kann zumindest teilweise dadurch begegnet werden, dass nicht ohne Not von ungenügendem sachlichem Bezug zum angerufenen Gerichtsstand ausgegangen wird. So folgt denn bereits aus dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 GestG, dass das prorogierte Gericht seine Zuständigkeit nicht ablehnen darf beziehungsweise verpflichtet ist, das Verfahren anhand zu nehmen, sobald ein genügender Bezug vorliegt. Aus der Formulierung als Kann-Vorschrift folgt sodann, dass es ermächtigt ist, die prorogierte Streitsache auch dann anzunehmen, wenn kein näherer sachlicher Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand vorliegt[91]. Welche Gegebenheiten beispielsweise einen ausreichenden Bezug begründen, legte die Vorinstanz dar. Zu ergänzen ist, dass der

---

88 Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 GestG

89 Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 GestG

90 Reetz, in: Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Hrsg.: Spühler/Tenchio/Infanger), Basel 2001, Art. 9 N 20 f.

91 Wirth, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Zürich 2001, Art. 9 N 114

Entscheid darüber, ob der Bezug ausreichend ist, einen Ermessensentscheid darstellt[92].

b) Das Obergericht kommt mit der Vorinstanz zum Schluss, der Streitsache fehle der Bezug zum Bezirk. Dieser ist an sich einzig darin zu sehen, dass der Vertreter des Vereins, dessen ehemaliger Präsident, im Bezirk wohnt. Dies ist aber kein ausreichender Grund, um das Bezirksgericht zu verpflichten, die Streitsache zu behandeln, würde doch andernfalls jeder beliebige Vertreter, wo auch immer er wohnt, einen Gerichtsstand begründen. Dass der Verein schwergewichtig im Bereich Ostschweiz tätig ist, macht der Rekurrent nicht geltend; eine solche Behauptung träfe denn auch offensichtlich nicht zu. Des Weitern fand die Delegiertenversammlung vom 25. März 2007 nicht im Bezirk, sondern in einem anderen Kanton statt. Aus den Vereinsstatuten ergibt sich schliesslich, dass der Zentralpräsident, der Zentralsekretär, der Zentralkassier und der Ringwart der Zentralsektion das Büro bilden. Keine dieser Personen hat im Kanton Thurgau Wohnsitz. Der Rekurrent wohnt ebenfalls in einem anderen Kanton. Als "Bezug" zum Bezirksgericht verbleibt somit einzig die Tatsache, dass das Bezirksgericht diverse vom Rekurrenten gegen den Vertreter des Rekursgegners anhängig gemachte Ehrverletzungsklagen zu beurteilen hat. In diese Verfahren sind X und der Rekurrent jedoch als Privatpersonen involviert; der Verein hat damit nichts zu tun. Hinsichtlich der hier zu beurteilenden Klage fehlt somit der Bezug zum Bezirksgericht. Demgemäss war die Vorinstanz berechtigt, ihre Zuständigkeit trotz Einlassung durch den Verein abzulehnen.

5. a) Zu Recht beanstandet der Rekurrent hingegen, dass die Vorinstanz ihren Nichteintretensentscheid erst nach stattgefundener Hauptverhandlung fällte. Über die Annahme oder Ablehnung der

---

[92] Wirth, Art. 9 GestG N 122

Prorogation im Sinn von Art. 9 Abs. 3 GestG hat das Gericht von Amtes wegen zu entscheiden. Über den Zeitpunkt, an dem es sein Nichteintreten bekannt zu geben hat, sagt das Gesetz nichts aus. Der Entscheid ist indessen frühzeitig, "mit tunlichster Beförderung im Anfangsstadium des Prozesses"[93], zu erlassen. Um den Parteien - und auch dem Gericht - unnötigen Aufwand und vermeidbare Kosten zu ersparen, sollte der Nichteintretensentscheid bereits nach Eingang der Klageschrift ergehen, sofern schon daraus das Fehlen eines genügenden Bezugs erkennbar ist, andernfalls unverzüglich nach diesem Zeitpunkt, in jedem Fall aber vor einem Eintreten auf die Sache in der Hauptverhandlung[94].

b) Die Vorinstanz wies bereits nach Erhalt der Klageschrift beide Parteien darauf hin, ihres Erachtens sei die örtliche Zuständigkeit nicht mehr gegeben. Ab diesem Zeitpunkt durften weder der Rekurrent noch der Verein von einer stillschweigenden Annahme der Prorogation ausgehen. Der Rekurrent hielt in seiner Stellungnahme an seiner Auffassung, der Sitz des Vereins sei weiterhin im Bezirk und demgemäss das Bezirksgericht für die Beurteilung der Streitsache zuständig, fest. Der Vertreter des Vereins äusserte sich nicht zur Zuständigkeitsfrage, sondern erstattete die Klageantwort. In der Folge wies die Vorinstanz nochmals auf die ihres Erachtens fehlende Zuständigkeit hin. Trotzdem wurde zur Hauptverhandlung vorgeladen. Zur Vermeidung unnötiger Umtriebe wäre es jedoch sowohl möglich als auch sachgerecht gewesen, nach Erhalt der Stellungnahme des Vereins, d.h. nach Kenntnisnahme, dass sich letzterer auf die Klage einliess, den Nichteintretensentscheid zu fällen; weitere Vorkehren erübrigten sich offensichtlich. Bei diesen Gegebenheiten erscheint es angebracht, die von der Vorinstanz auf Fr. 1'500.00 festgesetzte

---

93 ZR 82, 1983, Nr. 58
94 Wirth, Art. 9 GestG N 127

Verfahrensgebühr auf Fr. 1'000.00 zu reduzieren. Dies rechtfertigt sich nicht zuletzt auch, weil über die Klage angesichts des maximalen Streitwerts von Fr. 5'000.00 nicht in Fünferbesetzung zu befinden gewesen wäre[95].

Obergericht, 14. Januar 2008, ZR.2007.124

16. Die Erteilung der Rechtsöffnung auch für das Retentionsrecht kann nicht erst im Rechtsmittelverfahren beantragt werden (Art. 75 SchKG; §§ 240, 146 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO)

1. Die Rekurrentin beantragte die Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zur Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung für ausstehende Mietzinsen sowie für das Retentionsrecht. Dieser Rückweisungsantrag hängt damit zusammen, dass die Rekurrentin vor Vorinstanz lediglich provisorische Rechtsöffnung für die Forderung verlangte, ohne auf das Retentionsrecht Bezug zu nehmen. Die im Rekursverfahren nunmehr anwaltlich vertretene Gläubigerin machte geltend, im Rechtsöffnungsverfahren müsse ausdrücklich auch die Anerkennung des Retentionsrechts verlangt werden, was sie vor Vorinstanz in (verständlichem) Rechtsirrtum unterlassen habe. Diesem Irrtum sei auch der Betreibungsbeamte unterlegen, welcher der Rekurrentin an die Hand gegangen sei. Im Rekursverfahren werde nun nachgeholt, was auch prozessual unproblematisch erscheine, zumal die Vorinstanz über das Rechtsöffnungsgesuch neu zu befinden haben werde.

---

[95] Vgl. §§ 45 ff. ZPO

2. a) Seit der Revision des SchKG ist bei der Bestreitung des Retentionsrechts kein begründeter Rechtsvorschlag mehr erforderlich. Das ergibt sich aus Art. 75 SchKG und Art. 85 VZG. Bei einem unbegründeten Rechtsvorschlag gelten somit sowohl die Forderung als auch das Pfandrecht, worunter gemäss Art. 37 Abs. 2 SchKG das Retentionsrecht fällt, vermutungsweise als bestritten. Im Rechtsöffnungsbegehren muss daher ausdrücklich auch die Anerkennung des Retentionsrechts verlangt werden. Das Rechtsbegehren hat folglich kumulativ auf Zahlung der Forderung und Feststellung des Retentionsrechts zu lauten[96].

b) Auch die Rekurrentin anerkennt, dass sich das von ihr vor Vorinstanz gestellte Rechtsöffnungsbegehren nicht auf die Feststellung des Retentionsrechts bezog. Dieser Mangel kann im Rekursverfahren entgegen ihrer Auffassung nicht geheilt werden. Eine nachträgliche Klageergänzung ist unwirksam[97]. Das ergibt sich einerseits daraus, dass der Retentionsgläubiger entsprechend Art. 279 Abs. 2 SchKG innert zehn Tagen seit Mitteilung des Rechtsvorschlags Rechtsöffnung verlangen oder Anerkennungsklage erheben muss, ansonsten der Retentionsbeschlag dahinfällt[98]. Eine nachträgliche Erweiterung des Rechtsöffnungsbegehrens mit Bezug auf die Feststellung des Retentionsrechts lässt sich mit den Prosequierungsfristen nicht vereinbaren. Ist bezüglich des bestrittenen Retentionsrechts nichts vorgekehrt worden, ist der Retentionsbeschlag dahingefallen[99].

---

96 Schnyder/Wiede, Basler Kommentar, Art. 283 SchKG N 81, 83 und 87 mit Hinweisen; Brügger, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Zürich 2006, Art. 283 N 71; vgl. BGE 102 III 145 f.

97 BGE 76 III 21; Brügger, Art. 283 SchKG N 72; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3.A., Bd. II, § 63 N 37; Schnyder/Wiede, Art. 283 SchKG N 87

98 Schnyder/Wiede, Art. 283 SchKG N 82

99 BGE 76 III 24. Dieser Entscheid hat nach wie vor Gültigkeit, denn nach revidiertem Recht ist bei einem unbegründeten Rechtsvorschlag auch das Pfand- oder Retentionsrecht bestritten.

Andererseits ist der Gläubiger gestützt auf § 90 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO auch im Rechtsöffnungsverfahren an sein Rechtsbegehren gebunden. Die nachträglich beantragte Feststellung des Retentionsrechts stellt eine unzulässige Klageänderung dar. Abgesehen davon sind neue Anträge im Rekursverfahren gestützt auf § 240 i.V.m. § 230 Abs. 3 und § 146 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO nur zulässig, wenn sie durch den Verlauf des Prozesses veranlasst wurden[100]. Das ist hier nicht der Fall. Vielmehr beruht der neue oder erweiterte Rekursantrag auf einem unvollständigen und fehlerhaften Rechtsöffnungsbegehren. Das hat die Rekurrentin selbst zu vertreten. Daran ändert nichts, dass der Betreibungsbeamte dem Vertreter der Rekurrentin, einem "älteren Mann, der mit Betreibungssachen gänzlich unvertraut ist, ... bei all diesen Schritten ... an die Hand ging". Es ist nicht Aufgabe des Betreibungsamts, für einen Gläubiger Rechtsöffnungsbegehren abzufassen oder auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Im Übrigen behauptete die Rekurrentin nicht, das Betreibungsamt habe ihr oder ihrem Vertreter eine falsche Rechtsauskunft erteilt.

Obergericht, 15. August 2008, BR.2008.41

17. Drohung bei der Unterzeichnung einer Schuldanerkennung (Art. 82 SchKG; Art. 29 f. OR)

1. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, ist gestützt auf Art. 82 Abs. 1 und 2 SchKG provisorische Rechtsöffnung zu erteilen, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht. Glaub-

---

[100] RBOG 2002 Nr. 31

haftmachen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Der Richter muss überwiegend geneigt sein, an die Wahrheit der vom Betriebenen geltend gemachten Umstände zu glauben. Es muss somit nur die Wahrscheinlichkeit bewiesen werden[101].

2. Der Gläubiger legte eine Zusammenstellung vor, in welcher die Schuldnerin unterschriftlich bestätigte, sie habe die einzelnen Posten kontrolliert und sei mit dem Schlusssaldo einverstanden. Weiter erklärte sich die Schuldnerin einverstanden, den Betrag ab Januar 2008 in monatlichen Raten zu Fr. 200.00 zurückzubezahlen. Bei Nichteinhaltung sei der ganze Restbetrag sofort fällig. Die Schuldnerin machte geltend, die Vereinbarung sei unverbindlich, da sie "aufgrund Furchterregung und Nötigung" zustande gekommen sei.

3. a) Ist ein Vertragsschliessender vom anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung gegründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrags bestimmt worden, so ist der Vertrag für den Bedrohten unverbindlich[102]. Die Furcht ist für denjenigen eine begründete, der nach den Umständen annehmen muss, dass er oder eine ihm nahe verbundene Person an Leib und Leben, Ehre oder Vermögen mit einer nahen und erheblichen Gefahr bedroht sei[103]. Die Aufzählung der geschützten Rechtsgüter in Art. 30 Abs. 1 OR ist nicht abschliessend; in Betracht kommen auch Freiheit, Geheimsphäre oder andere persönliche Rechtsgüter[104]. Alles, was die freie Entscheidung zum Vertragsabschluss behindert, kann Gegenstand einer Drohung und begründeten Furcht werden[105].

---

101 Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 87
102 Art. 29 Abs. 1 OR
103 Art. 30 Abs. 1 OR
104 Schwenzer, Basler Kommentar, Art. 30 OR N 2
105 Schmidlin, Berner Kommentar, Art. 29/30 OR N 22

b) Die Schuldnerin zog Mitte 2005 zum Gläubiger in die Schweiz. Nach Angaben der Schuldnerin habe sich der Gläubiger im Januar 2006 entschlossen, die Beziehung zu beenden, und sie gebeten, die gemeinsame Unterkunft zu verlassen, sobald es ihr finanziell möglich sei. Damals habe sie auf Stundenbasis in einem Telemarketingbüro mit einer sehr kurzen Kündigungsfrist und einem geringen Einkommen gearbeitet; sie sei deshalb nicht in der Lage gewesen, die gemeinsame Liegenschaft zu verlassen. Erst ab Mai 2006 habe sie eine feste Anstellung mit einem 50%-Pensum in einem Architekturbüro erhalten. Um ihren Auszug zu beschleunigen, habe der Rekursgegner Psychoterror ausgeübt, besonders wenn er getrunken habe. Sie habe sich von Januar bis September 2006 in ein kleines Zimmer mit ungefähr 9 m^2 mit Abstellkammer-Ausbau zurückgezogen, das sie nicht einmal habe absperren dürfen. Diese Darstellung wird vom Rekursgegner bestritten. Seiner Auffassung nach habe sich die Rekurrentin "wie die Made im Speck" in der Liegenschaft ausgebreitet.

c) Wie sich das Verhältnis zwischen den Parteien genau gestaltete, kann offen bleiben. Entscheidend ist, dass der Gläubiger der Schuldnerin mit einer "offiziellen Erklärung" vom 11. September 2006 "ab sofort, d.h. ab Dienstag, 12. September 2006, an der Wohnadresse offiziell ein Hausverbot" erteilte und erklärte, bei Zuwiderhandlung gegen dieses Hausverbot behalte er sich weitere rechtliche Schritte vor und werde die Ausweisung auch polizeilich durchziehen. Exakt am 12. September 2006, mithin am Tag darauf, unterzeichnete die Schuldnerin die vom Gläubiger am 6. September 2006 aufgesetzte Schuldanerkennung, was der Gläubiger selber bestätigte. Der Zusammenhang zwischen dem Hausverbot und der geltend gemachten Forderung ergibt sich unmittelbar aus dem Text der "offiziellen Erklärung". Aus der zeitlichen Abfolge ist zu schliessen, dass die Rekurrentin die in der Zusammenstellung vom 6. September 2006 aufgeführte Forderung zunächst nicht akzeptierte, der Rekursgegner deshalb mit seiner "offiziellen Erklärung" Druck aufsetzte und so schliesslich sein Ziel erreich-

te. Es wurde zumindest glaubhaft gemacht, dass die Gefahr für die Rekurrentin ernsthaft war, sprach der Rekursgegner doch das Hausverbot per sofort aus und drohte mit polizeilicher Ausweisung. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist nicht anzunehmen, dass die fast 60-jährige Schuldnerin, welche erst seit einem Jahr in der Schweiz war und sich in einer gewissen Abhängigkeit vom Gläubiger befand, davon ausging, es handle sich nur um eine leere Drohung. Die Drohung war zudem widerrechtlich, da es dem Gläubiger selbst dann nicht zustand, der Schuldnerin per sofort das Recht zu entziehen, in seinem Haus zu wohnen, wenn sie tatsächlich in Zahlungsverzug gewesen wäre[106]. Mit dem Schreiben vom 13. November 2006 wurde auch eine rechtzeitige Anfechtung des Vertrags innerhalb der einjährigen Anfechtungsfrist[107] glaubhaft gemacht, weshalb die provisorische Rechtsöffnung in dem vom Gläubiger beantragten Umfang nicht zu bewilligen ist.

Obergericht, 3. November 2008, BR.2008.59

18. Stundung "bis auf weiteres" und (einseitige) Aufhebung dieser Vereinbarung (Art. 82 Abs. 2 SchKG)

1. Der Rechtsöffnungsrichter hat die Fälligkeit der in Betreibung gesetzten Forderung von Amtes wegen zu prüfen. Nachzuweisen ist sie vom Gläubiger[108]. Sie fehlt, wenn die Forderung gestundet wurde. Die Stundung ist ein Vertrag, durch den die Leistungspflicht des Schuldners nachträglich aufgeschoben wird; es handelt sich dabei um eine zeitliche Verschiebung der Fälligkeit. Die rechtliche Tragweite

---

[106] Vgl. 257d OR
[107] Art. 31 OR
[108] Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 77 ff.

der Stundung bemisst sich nicht begriffsjuristisch, sondern nach dem Inhalt der Vereinbarung[109].

2. Der Rekursgegner sandte dem Rekurrenten im August 2004 per Fax ein Schreiben, in dem er "die getroffenen Vereinbarungen" bestätigte. Ziff. 1 lautet: "Sie anerkennen die Saldoaufstellung mit dem Ausstand von Fr. 11'997.25 vollumfänglich, und der Unterzeichnete stundet (ohne Zinsen) diesen Betrag bis auf weiteres." Der Rekurrent sandte dem Rekursgegner das Schreiben gleichentags unterzeichnet per Fax zurück.

3. a) Unbestritten ist, dass der Rekurrent sich damit verpflichtete, dem Rekursgegner Fr. 11'997.25 zu bezahlen, dass mit anderen Worten eine Schuldanerkennung im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG vorliegt. Allerdings erfolgte diese Anerkennung nur bei gleichzeitigem Verzicht des Rekursgegners auf die sofortige Begleichung der Forderung: Er stundete dem Rekurrenten den Betrag "bis auf weiteres". Einen bestimmten oder bestimmbaren Fälligkeitstermin vereinbarten die Parteien nicht. Auch nach Auffassung des Rekursgegners bedarf es unter diesen Umständen, damit die Fälligkeit der Forderung eintritt, der Aufhebung der Stundungsvereinbarung. Er machte denn auch geltend, mit Schreiben vom 3. Juni 2005 die Zahlung des Gesamtbetrags verlangt zu haben.

b) Während der Rekursgegner offenbar davon ausgeht, berechtigt gewesen zu sein, die Stundung einseitig aufzuheben, bestreitet der Rekurrent, dass diese nach freiem Gutdünken widerrufbar sei. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich einzig fest, mit der Stundung "bis auf weiteres" sei offensichtlich gemeint gewesen, dass der Rekursgegner auf die Geltendmachung des Betrags verzichte, insbesondere auf dem

---

[109] Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Bd. II, 8.A., N 3327

Betreibungsweg, aber auf Zusehen hin. Er habe mit anderen Worten - Rechtsmissbrauch vorbehalten - die Zusicherung einseitig widerrufen können.

c) Der Gläubiger hat die Fälligkeit der Forderung und somit auch die Vereinbarung der freien Widerrufbarkeit der Stundungsklausel zu belegen. Der vom Rekursgegner selbst formulierte und vom Rekurrenten unterzeichnete Text enthält keinerlei Bedingungen, unter welchen die Stundung widerrufen werden könnte; er spricht daher gegen eine freie Widerrufbarkeit. Dass eine anderslautende mündliche Vereinbarung geschlossen worden sei, wurde vom Rekursgegner nicht einmal behauptet. Damit hat aber der ordentliche Richter zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen ein Widerruf der Stundungsvereinbarung erfolgen konnte, und ob somit die geltend gemachte Forderung mit Schreiben vom 3. Juni 2005 überhaupt fällig gestellt werden konnte.

Obergericht, 10. März 2008, BR.2008.8

19. Erfordernis sofortigen Glaubhaftmachens gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG und Noven im Rechtsmittelverfahren nach kantonalem Recht (§ 240 ZPO)

1. Der Rekursgegner machte geltend, die Novenregelung von § 240 i.V.m. § 230 ZPO werde durch Art. 82 Abs. 2 SchKG, wonach Einwendungen "sofort" glaubhaft zu machen seien, derogiert.

2. Diese Meinung scheint sich auf die Praxis einiger Kantone sowie die Auffassung von Staehelin[110] zu stützen, wonach von Bundesrechts wegen Einwendungen sofort glaubhaft zu machen und erstmals in einem Rechtsmittelverfahren erhobene Einwendungen daher verspätet seien. Das entspricht aber nicht der bisherigen Praxis des Obergerichts, das sich in diesem Punkt an die zürcherische Lösung hielt[111]. Danach sind in der Rekursbegründung und -antwort Noven in Anwendung von § 240 i.V.m. § 230 ZPO stets und danach sowie bei Säumnis des Schuldners im erstinstanzlichen Verfahren noch unter den Voraussetzungen von § 146 Abs. 2 ZPO zulässig. Dabei wird - im Gegensatz zu Staehelin, der, ohne dies zu begründen, nur echte Noven im Rechtsmittelverfahren zulassen will[112] - nicht zwischen echten und unechten Noven unterschieden, zumal das kantonale Recht in der Regel keine unterschiedlichen Rechtsfolgen an diese Unterscheidung knüpft. Nach Auffassung des Obergerichts bezieht sich die "sofortige Glaubhaftmachung" gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG auf das gesamte Rechtsöffnungsverfahren und will lediglich ausschliessen, dass der Schuldner zunächst einmal Einwendungen erhebt und sich vorbehält, sie erst in einem späteren Stadium glaubhaft zu machen. Das Obergericht legt Art. 82 Abs. 2 SchKG mithin in der Weise aus, dass sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt Einwendungen erhoben werden können, nach dem kantonalen Prozessrecht richtet; sind Einwendungen einmal erhoben, müssen sie aber gemäss Bundesrecht sofort auch glaubhaft gemacht werden, sollen sie die Schuldanerkennung entkräf-

---

[110] Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 86 mit Hinweisen, Art. 84 SchKG N 90; Staehelin, Basler Kommentar, Ergänzungsband, Art. 82 SchKG ad N 86; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 154; SOG 2003 Nr. 4; AbR 2004/2005 Nr. 18 S. 95

[111] Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 171 N 16 mit Hinweisen. Nach heutigem zürcherischen Recht sind allerdings ohnehin nur noch echte Noven zugelassen. Auch die frühere luzernische Praxis liess Noven unbeschränkt zu; vgl. Brügger, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Zürich 2006, Art. 82 N 15.

[112] Staehelin, Art. 82 SchKG N 86 und Art. 84 SchKG N 90; ebenso SOG 2003 Nr. 4

ten[113]. Nur auf diese Weise werden mit dem summarischen Rechtsöffnungsverfahren unnötige Folgeprozesse vermieden[114]. Neue Einwendungen im Rechtsmittelverfahren nicht zuzulassen, erscheint auch aus prozessökonomischer Sicht als nicht sinnvoll, weil alsdann der Schuldner gezwungen wäre, Aberkennungsklage zu erheben. Ausserdem hätte diese Lösung die prozessual unbefriedigende Wirkung, dass faktisch nur der Gläubiger im Rekursverfahren vom kantonalrechtlichen Novenrecht profitieren könnte[115]. Befasst sich die Rechtsmittelinstanz hingegen mit neuen Einwendungen, besteht immerhin eine summarische "Vorprüfung", die in etlichen Fällen die Parteien von der Einleitung des ordentlichen Prozesses und damit von allenfalls unnötigen weiteren Kosten abhalten wird. Der Praxis des Obergerichts kann auch die fünftägige Ordnungsfrist von Art. 84 Abs. 2 SchKG nicht entgegengehalten werden. Einerseits ist auch im Rechtsöffnungsverfahren ein zweiter Schriftenwechsel nicht ausgeschlossen, ja zur Gewährung des rechtlichen Gehörs allenfalls sogar zwingend geboten. Andererseits läuft die Frist ohnehin erst ab Eingang der letzten Rechtsschrift[116]. Schliesslich nahm auch das Bundesgericht bezüglich der (Un-)Zulässigkeit von Noven auf Art. 99 BGG - mithin auf eine prozessrechtliche Bestimmung - und nicht auf Art. 82 Abs. 2 SchKG

---

113 Diese Auffassung scheinen auch Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 82 N 28, zu vertreten, wenn sie ausführen, mit allen Einwendungen, "die sich nicht sofort glaubhaft machen lassen", sei der Schuldner auf den Weg der Aberkennungsklage zu verweisen.

114 Im Kanton Bern werden Noven deshalb ungeachtet von Art. 82 SchKG im Rekursverfahren zugelassen, wenn sich aus ihnen zweifelsfrei die Unrichtigkeit des erstinstanzlichen Entscheids ergibt; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.A., Art. 93 N 4. Die Würdigung dieser Rechtsprechung in SOG 2003 Nr. 4 ist im Übrigen offensichtlich unrichtig.

115 So ausdrücklich SOG 2003 Nr. 4

116 Staehelin, Art. 84 SchKG N 49 und 62

Bezug[117]; das Bundesgericht betrachtet letztere Bestimmung mithin nicht als "lex specialis"[118].

Obergericht, 25. März 2008, BR.2007.117

20. Zuständigkeit für die Aberkennungsklage, die eine mietrechtliche Forderung zum Gegenstand hat (Art. 83 Abs. 2 SchKG; Art. 1 Abs. 2 lit. b, 23 Abs. 1 GestG)

1. Die Rekursgegnerin betrieb die Rekurrentin an ihrem Wohnsitz in A für Mietzinsforderungen im Zusammenhang mit einer in B gelegenen Geschäftsliegenschaft. Die Rekurrentin erhob bei der Schlichtungsbehörde im Mietwesen der Gemeinde A Aberkennungsklage und reichte die Weisung fristgerecht ein. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts trat auf die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde A nicht ein; zuständig gewesen wäre die Schlichtungsbehörde B am Ort der gelegenen Sache.

2. Strittig ist, welche Behörde örtlich und sachlich zuständig ist, bei Aberkennungsklagen im Sinn von Art. 83 Abs. 2 SchKG, die eine Forderung aus Mietrecht zum Gegenstand haben, das Sühnverfahren durchzuführen.

3. In RBOG 1994 S. 28 hielt das Obergericht fest, Aberkennungsklagen im Sinn von Art. 83 Abs. 2 SchKG gehörten auch dann, wenn es dabei letztlich um eine Forderung aus Mietrecht gehe, nicht vor die Schlichtungsbehörden in Mietsachen. Zwar handle es sich bei

---

[117] BGE vom 14. Januar 2008, 5A_515/2007, Erw. 2.2.4, und vom 19. Oktober 2007, 5D_104/2007, Erw. 2.2.1

[118] Das dürfte auch unter der eidgenössischen Zivilprozessordnung so sein.

der Aberkennungsklage um eine negative Feststellungsklage materiellrechtlicher Art, die sich, einmal eingeleitet, nicht wesentlich von einem mit dem Betreibungsverfahren überhaupt nicht zusammenhängenden Forderungsstreit unterscheide, doch könne die zehntägige Frist gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG nur durch Anrufung des Friedensrichters gewahrt werden. Ein Verfahren vor der Schlichtungsbehörde finde in solchen Fällen nicht mehr statt. In BGE 133 III 645 ff. entschied das Bundesgericht nun aber, die Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG - eine materiellrechtliche Klage, die sich lediglich hinsichtlich der Parteirollen von einer "normalen" Klage unterscheide - unterstehe grundsätzlich der Prozessvoraussetzung des durchgeführten Schlichtungsverfahrens, soweit sie eine Streitigkeit aus der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen betreffe[119]. Damit kommt einerseits der bisherigen Thurgauer Praxis, da nicht bundesrechtskonform, keine Bedeutung mehr zu[120]; andererseits rief die Rekurrentin zu Recht die Schlichtungsbehörde an. Sie hielt sowohl die Fristen zur Einleitung der Aberkennungsklagen als auch zur Einreichung der Weisungen ein.

4. a) Ursache der Streitigkeiten sind Mietzinsausstände, welche die Rekursgegnerin gestützt auf den Mietvertrag betreffend das in der Gemeinde B gelegene Mietobjekt in Betreibung setzte. Die Rekurrentin rief entsprechend Art. 83 Abs. 2 SchKG, wonach beim Gericht des Betreibungsorts auf Aberkennung von Forderungen zu klagen ist, die Schlichtungsbehörde A an. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts vertritt gestützt auf Art. 23 GestG, wonach Klagen am Ort der gelegenen Sache anzubringen sind, die Auffassung, zuständig für das Sühnverfahren sei die Schlichtungsbehörde B.

---

[119] BGE 133 III 652; so schon Staehelin, Basler Kommentar, Art. 83 SchKG N 41

[120] Dies gilt jedoch nur in Bezug auf den Verzicht, die Schlichtungsbehörde in Mietsachen anzurufen, nicht aber hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten als Einzelrichter (vgl. RBOG 2004 Nr. 30).

b) aa) Gemäss den geltenden bundesrechtlichen Normen gibt es für Aberkennungsklagen in mietrechtlichen Streitigkeiten zwei konkurrierende Gerichtsstände. Art. 83 Abs. 1 SchKG bestimmt, dass beim Gericht des Betreibungsorts auf Aberkennung einer Forderung zu klagen ist. Gemäss Art. 23 Abs. 2 GestG sind für Klagen aus Miete und Pacht unbeweglicher Sachen die Schlichtungsbehörde und das Gericht am Ort der Sache zuständig. In Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG wird indessen festgehalten, die Bestimmungen über die Zuständigkeit nach dem SchKG würden vorbehalten.

bb) In dieser Vorschrift werden keinerlei Ausnahmen erwähnt. Sie begründet einen echten, nicht bloss einen deklaratorischen Vorbehalt für die materiellrechtlichen Klagen des SchKG[121]. Die Kommentatoren zum GestG sind sich denn auch darin einig, dass Aberkennungsklagen als solche nicht unter Art. 23 GestG fallen[122]. Eine andere Meinung vertritt Staehelin[123]. Er weist darauf hin, der Schuldner, der in die Rolle des Klägers gedrängt werde, solle nicht auch noch seines ordentlichen Gerichtsstands verlustig gehen. Dieser Gerichtsstand sei, Staatsverträge vorbehalten, ausschliesslich; der Gläubiger könne nicht gegen seinen Willen an einem anderen Ort eingeklagt werden. Vom Gesetzgeber nicht geregelt sei das Verhältnis des Gerichtsstands des Betreibungsorts zu anderen ausschliesslichen Gerichtsständen des Bundesrechts wie dem Ort der gelegenen Sache bei der Miete unbeweglicher Sachen. Diese übrigen Gerichtsstände

---

[121] Gasser, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Kellerhals/von Werth/Güngerich), 2.A., Art. 1 N 32 Abs. 1

[122] Gasser, Art. 1 N 32 Abs. 2 GestG; Dasser, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Zürich 2001, Art. 1 N 60; Meyer, in: Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Hrsg.: Spühler/Tenchio/Infanger), Basel 2001, Art. 1 N 11 ff.; Gross, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Zürich 2001, Art. 23 N 63; Kaiser Job, in: Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Hrsg.: Spühler/Tenchio/Infanger), Basel 2001, Art. 23 N 22

[123] Basler Kommentar, Art. 83 SchKG N 34

seien sowohl jüngere wie auch speziellere Normen und gingen daher dem Gerichtsstand des Betreibungsorts vor. Nach Weber[124] gilt trotz des Vorbehalts in Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG ebenfalls die mietrechtliche Gerichtsstandsregelung und nicht der Gerichtsstand des Betreibungsorts: Der Sachnähe der lokalen Behörden und Gerichte komme besondere Bedeutung zu. Art. 23 GestG habe den Umfang des zwingenden Rechts gegenüber Art. 274b aOR - der früheren mietrechtlichen Gerichtsstandsregelung - noch erweitert. Zudem habe diese Problematik bei der Schaffung des allgemeinen Vorbehalts in Art. 1 Abs. 2 GestG keine Diskussion erfahren, so dass die teleologische und systematische Auslegung gegenüber der grammatikalischen den Vorzug verdiene.

Staehelin ist entgegenzuhalten, dass der bundesrechtliche Gerichtsstand für Miet- und Pachtstreitigkeiten nur in Bezug auf das SchKG jünger und spezieller ist, nicht aber in Bezug auf das GestG, das den Vorbehalt der Zuständigkeitsbestimmungen des SchKG normiert. Nicht einleuchtend ist sodann, weshalb der teleologischen Auslegung von Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG der Vorrang gegeben werden sollte: Um über eine Mietforderung entscheiden zu können, kommt der Nähe des Richters zum Mietobjekt nach Auffassung des Obergerichts keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere, wenn ein Vorbehalt derart klar und eindeutig wie hier formuliert ist. Der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG lässt keinen Zweifel daran, dass für die materiellrechtlichen Klagen des SchKG ausnahmslos die dort statuierten Zuständigkeitsnormen Geltung haben. Bei der Aberkennungsklage macht der Gerichtsstand des Betreibungsorts zudem durchaus Sinn, bleibt dem Schuldner, der durch das Rechtsöffnungsverfahren gleichsam vom Beklagten zum Kläger geworden ist, auf diese Weise doch der ordentliche Wohnsitzgerichtsstand erhalten, der

---

[124] Basler Kommentar, Art. 274a OR und Art. 274b OR je N 2

- allerdings nur, aber immerhin im interkantonalen Verhältnis - eine verfassungsrechtliche Grundlage hat[125]. Dass der Vorbehalt in den eidgenössischen Räten nicht diskutiert wurde, kann schliesslich kaum als Argument dafür herangezogen werden, es sei nicht auf den Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 lit. b GestG abzustellen; vielmehr ist eher das Gegenteil der Fall.

c) Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass Aberkennungsklagen, die eine mietrechtliche Forderung zum Gegenstand haben, unter den im GestG enthaltenen Vorbehalt zu Gunsten der Zuständigkeitsnormen im SchKG fallen. Demgemäss sind sie bei der Schlichtungsstelle und beim Gericht des Betreibungsorts anhängig zu machen.

Obergericht, 14. April 2008, ZR.2008.17

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 8. Oktober 2008 nicht ein (4D_85/2008).

21. Im Existenzminimum kann für die Fahrten zum Arbeitsplatz nicht immer die günstigste Fahrtvariante berücksichtigt werden (Art. 93 SchKG)

1. Für die Berechnung des Existenzminimums ist unbestrittenermassen auf die entsprechenden Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 24. November 2000 abzustellen. Gemäss Ziff. II.4.d dieser Richtlinien sind für die Fahrten zum Arbeitsplatz mit den öffentlichen Verkehrsmitteln die

---

[125] Art. 30 Abs. 2 BV

effektiven Auslagen einzusetzen[126]. Das Betreibungsamt und die Vorinstanz berücksichtigten unter diesem Titel gestützt auf eine Preisbestätigung der SBB Fr. 219.00 für ein Monats-Streckenabonnement. Der Gläubiger ist der Auffassung, es dürften nur die anteilsmässigen monatlichen Kosten eines Jahres-Streckenabonnements berücksichtigt werden. Das günstigste Angebot (Ostwind-ZVV Jahresabonnement) koste Fr. 1'953.00, was einem monatlichen Aufwand von Fr. 162.75 entspreche.

2. An sich ist im Existenzminimum grundsätzlich die günstigste Variante für die Fahrt zur Arbeit zu berücksichtigen. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn sie begründet sind. Möglich wäre beispielsweise, dass die günstigste Fahrtvariante für den Schuldner aus einem bestimmten Grund nicht zumutbar ist. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Betreibungsamts ist hingegen ein "denkbarer" Wechsel des Arbeits- oder Wohnorts kein Grund, nur die Kosten eines Monatsabonnements anzurechnen, solange der Schuldner dies - wie hier - nicht substantiiert.

Allerdings hat die Auffassung der Vorinstanz etwas für sich, die Schuldnerin sei gar nicht in der Lage, im Voraus die Kosten eines Jahresabonnements zu bezahlen; eine Ratenzahlung komme nicht in Betracht. Das gilt im Übrigen auch für eine Kreditaufnahme. Zu diesem Argument bezog der Gläubiger denn auch keine Stellung. Unter solchen Umständen muss es im Ermessen des Betreibungsamts liegen, die monatlichen Abonnementskosten statt die anteilsmässigen Kosten eines Jahresabonnements zu berücksichtigen. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet.

Obergericht, 14. Mai 2008, BS.2008.10

---

[126] Vonder Mühll, Basler Kommentar, Art. 93 SchKG N 28

22. Verheimlichen von Vermögen zum Nachteil eines Gläubigers als Grund für die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung; Praxisänderung (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1, 91 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG)

1. a) Gemäss Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist der Schuldner im Rahmen der Pfändung bei Straffolge verpflichtet, seine Vermögensgegenstände, einschliesslich derjenigen, welche sich nicht in seinem Gewahrsam befinden, sowie seine Forderungen und Rechte Dritten gegenüber anzugeben, soweit dies zu einer genügenden Pfändung nötig ist. Die Gläubiger eines Schuldners, der gegen seine Auskunfts- und Offenlegungspflicht verstösst, haben die Möglichkeit, nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG die sofortige Konkurseröffnung über den Schuldner zu verlangen[127], der bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat. Ausserdem droht Art. 163 Ziff. 1 Abs. 2 StGB dem Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen namentlich durch das Verheimlichen von Vermögenswerten zum Schein vermindert, die Bestrafung an, wenn gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt wurde (Pfändungsbetrug).

b) Das Obergericht stellte in RBOG 1993 Nr. 8 fest, dass bei der Auslegung des Begriffs "Verheimlichen" im Sinn von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG nichts näher liege, als sich an Art. 163 (damals noch Art. 164) StGB anzulehnen. Diese Auffassung vermag indessen bei näherer Betrachtung nicht zu überzeugen: Gegen eine Anlehnung an Art. 163 StGB spricht zunächst die Tatsache, dass Art. 91 und 190 SchKG im Wesentlichen aus dem Jahr 1889 stammen, Art. 163 (beziehungsweise ursprünglich Art. 164) StGB dagegen erst Jahrzehnte später in Kraft trat. Diese zeitliche Abfolge bedeutet nichts anderes, als dass Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG von seiner Entstehungsgeschichte

---

[127] Lebrecht, Basler Kommentar, Art. 91 SchKG N 17 f.

her nicht auf ein Verheimlichen fokussiert sein kann, das die Tatbestandsvoraussetzung der Arglist im Sinn des Pfändungsbetrugs erfüllen müsste. Wäre dies die Idee des Gesetzgebers gewesen, so hätte er in Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG die Tatbestandsvariante des "Verheimlichens" selber enger formulieren müssen, nachdem es damals den Straftatbestand des Pfändungsbetrugs jedenfalls im eidgenössischen Recht noch gar nicht gab.

Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG neben der Tatbestandsvariante des Verheimlichens betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger ausdrücklich als eigenständigen Konkursgrund vorsieht, wobei aber in diesem Zusammenhang ohnehin auch festzustellen ist, dass die betrügerischen Handlungen im Sinn von Art. 190 SchKG nicht die Tatbestandsvoraussetzungen eines Betrugs im strafrechtlichen Sinn erfüllen müssen; vielmehr wird die Frage, was unter betrügerischen Handlungen zu verstehen ist, durch das SchKG beantwortet, und es werden darunter ohne Rücksicht auf ihre Strafbarkeit alle Handlungen verstanden, die der Schuldner in der Absicht vornimmt, alle oder einzelne seiner Gläubiger zu schädigen[128].

Nichts anderes kann für den Begriff des "Verheimlichens" gelten: Was darunter zu verstehen ist, wird ebenfalls durch das SchKG beantwortet, und demzufolge ist nur logisch, dass derjenige verheimlicht, der anlässlich einer Pfändung pfändbare Vermögenswerte nicht angibt, solche versteckt oder ihr Vorhandensein schlichtweg bestreitet.

---

[128] Baumann, Die Konkurseröffnung nach dem SchKG, Diss. Zürich 1979, S. 36 f.; Brügger, SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Zürich 2006, Art. 190 N 22; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7.A., § 38 N 8; Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs, 2.A., Bd. II, S. 30; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3.A., Bd. II, § 38 N 7; in Anlehnung an RBOG 1993 Nr. 8 aber wohl anders Brunner, Basler Kommentar, Art. 190 SchKG N 7

Verheimlichen gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG liegt mit anderen Worten vor, wenn ein Schuldner beim Pfändungsvollzug seiner in Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG statuierten Auskunftspflicht nicht nachkommt und dadurch das Vollstreckungsverfahren erschwert[129]. Ein solcher Schuldner verdient keine Schonung, und er muss es sich selber zuschreiben, dass er nun mit dem schärferen Mittel des Konkurses angegangen wird[130]. Verlangt ist Absicht zu verheimlichen, während der blosse Versuch ohne vollstreckungsrechtliche Konsequenz bleibt[131].

2. a) Anlässlich des Pfändungsvollzugs im Dezember 2007 erklärte die Rekursgegnerin, keinerlei pfänd- und verwertbare Vermögensgegenstände zu besitzen. Mit dem geerbten Vermögen habe sie Schulden beglichen. Zur Zeit lebe sie noch vom Rest des Erbes, wobei sie dessen Höhe nicht bekannt gebe. Wenn jemand Geld von ihr wolle, solle er sich bei ihr melden. Ein Inkassobüro akzeptiere sie nicht, und sie zahle kein Geld. Die Unterschrift auf das Pfändungsprotokoll will sie verweigert haben, weil der Betreibungsbeamte nicht auf ihr Anliegen eingegangen sei, die betriebene Forderung um den Rückkaufswert der verpfändeten Lebensversicherung zu reduzieren.

b) Mit diesem Verhalten kam die Rekursgegnerin ihrer Auskunftspflicht gemäss Art. 91 SchKG ganz offensichtlich nicht nach. Zum einen verschwieg sie, dass sie mindestens Halterin eines Personenwagens ist, der sich ausserdem unstrittig in ihrem Gewahrsam befindet. Das Alter des Wagens und dessen geringer Wert sowie der Umstand, dass die Rekursgegnerin mit diesem Fahrzeug ihrem Bruder angeblich bei der Betreuung betagter Menschen hilft, vermag an der

---

[129] Baumann, S. 40 f.; Amonn/Walther, § 38 N 9; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 190 N 15; Fritzsche, S. 30; Fritzsche/Walder, § 38 N 9; anders (und wiederum in Anlehnung an RBOG 1993 Nr. 8): Brunner, Art. 190 SchKG N 9

[130] Fritzsche, S. 29 f.

[131] Baumann, S. 40 f.

Auskunftspflicht nichts zu ändern. Zum anderen weigerte sich die Rekursgegnerin, eine brauchbare Auskunft auf die Frage zu geben, auf welchen Betrag sich der Rest der im Spätsommer 2007 empfangenen Erbschaft von insgesamt immerhin über Fr. 435'000.00 beläuft, denn dass davon noch etwas vorhanden ist, machte sie mit ihren Antworten beim Pfändungsvollzug und auch ihren Ausführungen im Rekursverfahren gleich selber klar. Dass es sich dabei möglicherweise um einen nicht mehr sonderlich hohen Betrag handelt, ändert an der Pflicht zur Auskunft ebenfalls nichts, denn es ist nicht Sache eines Schuldners zu entscheiden, ob ein Vermögenswert gepfändet werden kann; entsprechend muss denn auch über unpfändbare Vermögenswerte Auskunft gegeben werden[132]. Selbst wenn angesichts der Auskünfte der Rekursgegnerin angenommen werden wollte, die Betreibungsbeamten wären zu weiteren Abklärungen verpflichtet gewesen[133], muss festgestellt werden, dass die Rekursgegnerin mit ihren unzulänglichen Antworten die Vollstreckung entscheidend erschwerte, was bereits zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG führt. Abgesehen davon wären Nachforschungen durch die Betreibungsbeamten angesichts der vagen Angaben der Rekursgegnerin von vornherein ohne jede Aussicht auf Erfolg gewesen: Es ist nicht ersichtlich, was die Beamten in der konkreten Situation hätten vorkehren sollen, um herauszufinden, wie hoch das Vermögen der Rekursgegnerin im Zeitpunkt der Pfändung war: Nach der Darstellung der Rekursgegnerin im zweitinstanzlichen Verfahren gibt es mit Ausnahme der Quittungen der Sozialdienste keine Belege für die behaupteten Rückzahlungen der bei zahlreichen Freunden und Bekannten aufgenommenen Darlehen, und auch die Behauptung, ihr Lebenspartner habe einen Teil ihres Geldes im Casino verspielt, war nicht zu verifizieren. Die Antworten der Rekursgegnerin liefen daher angesichts ihrer fehlenden

---

[132] Lebrecht, Art. 91 SchKG N 10 f.
[133] Vgl. Brügger, Art. 91 SchKG N 7

Substantiierung letztlich auf eine vollkommene Verweigerung der Auskunft hinaus. Weil mit Hinweis auf die Bemerkungen der Rekursgegnerin anlässlich des Pfändungsvollzugs, ein Inkassobüro akzeptiere sie nicht, und sie zahle kein Geld, klar ist, dass sie ihren Vermögensstatus absichtlich nicht bekannt gab, sind die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung nach Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG erfüllt.

Obergericht, 23. Juni 2008, BR.2008.22

23. Zuständigkeit des schweizerischen Richters zur Regelung der Kinderbelange im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsprozess (Art. 62, 85 IPRG; Art. 1 ff. MSA)

1. Die Parteien sind verheiratet und haben ein sieben- und ein neunjähriges Kind. Sie lebten von Januar bis Ende August in der slowakischen Republik (Slowakei), wo die Rekursgegnerin einen Landwirtschaftsbetrieb besitzt; von September bis Dezember wohnten und arbeiteten sie während der Zuckerrüben-Kampagne im Kanton Thurgau. Ende 2007 reichte die Rekursgegnerin bei der Vorinstanz die Ehescheidungsklage ein und verlangte im März 2008 im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, die Kinder seien superprovisorisch unter ihre Obhut zu stellen. Diesem Begehren entsprach die Vorinstanz mit superprovisorischer Verfügung vom 7. März 2008. Der Rekurrent seinerseits erhob am 14. März 2008 bei einem Amtsgericht in der Slowakei das Begehren um Ehescheidung und Regelung der Ausübung der elterlichen Rechte und Pflichten. Ferner reichte er am 20. März 2008 der Vorinstanz seine Stellungnahme zum Massnahmebegehren der Ehefrau ein und warf die Frage auf, ob das Bezirksgericht für die Ehescheidung und den Erlass vorsorglicher Massnahmen überhaupt

örtlich zuständig sei, weil sich der Wohnsitz der Parteien auf dem ehelichen Hof in der Slowakei befinde. Die Vorinstanz bejahte ihre Zuständigkeit in örtlicher Hinsicht für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsverfahren. Mit Rekurs bestritt der Rekurrent die Zuständigkeit der Vorinstanz für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen.

2. Die Vorinstanz leitete ihre Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsprozess aus Art. 62 Abs. 1 IPRG ab. Nach dieser Bestimmung kann das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungs- oder Trennungsklage hängig ist, vorsorgliche Massnahmen treffen, sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde. Die Vorinstanz stellte somit - auch wenn sie dies nicht ausdrücklich erwähnte - auf Art. 59 IPRG ab, wonach für Klagen auf Scheidung oder Trennung die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Beklagten oder, wenn der Kläger sich seit einem Jahr in der Schweiz aufhält oder Schweizer Bürger ist, am Wohnsitz des Klägers zuständig sind. Die Vorinstanz erachtete nämlich die Ausführungen der Rekursgegnerin als glaubhaft, sie empfinde ihren Wohnsitz im Thurgau als Lebensmittelpunkt. So pflege sie enge Kontakte in der Schweiz mit Freunden, Bekannten und Familie. Die Parteien hätten in der Schweiz geheiratet und sich hier nie abgemeldet. Die zwei gemeinsamen Kinder seien hier zur Welt gekommen, sprächen fliessend beide Sprachen und besuchten, wenn die Familie im Thurgau weile, jeweils die hiesige Schule. Die Rekursgegnerin arbeite bereits über zehn Jahre in der Zuckerfabrik und beabsichtige, dies auch in Zukunft zu tun. Nach den im Recht liegenden Unterlagen bezahlten die Parteien in der Schweiz Steuern, und die Haupteinnahme resultiere aus der Tätigkeit in der Zuckerfabrik. Daher könne vom Wohnsitz der Parteien im Thurgau ausgegangen werden. Ferner ergäbe sich die örtliche Zuständigkeit auch durch die Einlassung des Rekurrenten im Ehescheidungsverfahren. Im November 2007 sei bereits eine Klage auf Ehescheidung

eingereicht worden. Am 30. November 2007 sei der Rekurrent zur persönlichen Anhörung erschienen; er habe die Zuständigkeit des Gerichts nicht angezweifelt und sich bereits zu materiellen Fragen des Scheidungsverfahrens geäussert. Auch der Rechtsvertreter des Rekurrenten habe nie die Unzuständigkeitseinrede erhoben, sondern sich vielmehr zur Sache geäussert.

3. a) Die Rekursgegnerin beantragte in ihrer Eingabe vom 6. März 2008 an die Vorinstanz im Rahmen eines Massnahmeverfahrens die Regelung der Obhutszuteilung über die beiden Kinder, des Besuchsrechts und des Kinderunterhalts. Für diese Belange behält Art. 62 Abs. 3 IPRG die Bestimmungen von Art. 82 f. und Art. 85 IPRG vor. Nach Art. 85 Abs. 1 IPRG gilt für den Schutz von Minderjährigen in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden, das anwendbare Recht und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen das MSA[134]. Dieses Übereinkommen erfasst insbesondere Massnahmen über die elterliche Obhut und das Besuchsrecht[135]. Nicht zu den Schutzmassnahmen des MSA gehört das Unterhaltsrecht[136]. Das MSA gilt gemäss Art. 85 Abs. 2 IPRG sinngemäss auch für Volljährige oder für Personen, die nur nach schweizerischem Recht minderjährig sind, sowie für Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem der Vertragsstaaten haben. Das MSA ist mithin auch dann anzuwenden, wenn ein schweizerisches Kind in einem ausländischen Nichtvertragsstaat lebt oder sich ein ausländisches Kind mit schlichtem Aufenthalt im Inland aufhält oder ein Eilfall im Sinn von Art. 9 MSA zu bewältigen ist für

---

[134] Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (Minderjährigenschutzübereinkommen), SR 0.211.231.01

[135] Schwander, Basler Kommentar, Art. 85 IPRG N 24; Volken, Zürcher Kommentar, Art. 62 IPRG N 25

[136] Schwander, Art. 85 IPRG N 25

ein Kind, das in einem Nichtvertragsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt besitzt[137]. Bezüglich Kinderunterhaltsfragen stellen dagegen die Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956[138] und über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973[139] die Spezialregelungen dar[140]. Sie enthalten freilich nur Regeln über das anzuwendende Recht[141].

b) Sowohl die erwähnten Haager Übereinkommen als auch Art. 1 MSA stellen nicht auf den Wohnsitzbegriff des schweizerischen Rechts, sondern auf den vertragsautonom auszulegenden Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ab[142]. Nach Lehre und Praxis ist damit der Ort gemeint, in dem der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung oder der Lebensbeziehungen, der Schwerpunkt der Bindungen oder der Daseinsmittelpunkt einer Person liegt. Er entspricht dem "effektiven Zentrum des Lebens"[143]. Da sich der gewöhnliche Aufenthalt im Sinn des MSA als Lebensmittelpunkt definiert, kann eine Person gleichzeitig nur einen einzigen gewöhnlichen Aufenthalt haben[144]. Das Kind muss normalerweise im Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens im Eröffnungsstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Es genügt aber, wenn diese Voraussetzung im Zeitpunkt, in dem die Schutzmassnahme getroffen wird, vorliegt. Hat ein Kind seinen neuen gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Vertragsstaat legal verlegt, ist der Fortbestand der Zuständigkeit eines Gerichts[145] zu verneinen

---

137 Siehr, Zürcher Kommentar, Art. 85 IPRG N 34
138 SR 0.211.221.431
139 SR 0.211.213.01
140 BGE 126 III 302; Schwander, Art. 85 IPRG N 57
141 BGE 124 III 179
142 Schwander, Art. 85 IPRG N 27, Art. 83 IPRG N 15; Siehr, Art. 85 IPRG N 18; Courvoisier, Basler Kommentar, Art. 49 IPRG N 11
143 BGE 110 II 119; Schwander, Art. 85 IPRG N 28; Siehr, Art. 85 IPRG N 18
144 Schwander, Art. 85 IPRG N 31
145 "perpetuatio fori"

und der Kindesschutz dem Vertragsstaat des neuen gewöhnlichen Aufenthalts als dem Staat der engeren Beziehung zu überlassen. Das Gleiche gilt bei der (legalen) Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts in einen Nichtvertragsstaat, wenn das Kind im neuen Aufenthaltsstaat ebenso versorgt würde wie in einem Vertragsstaat, oder wenn das Kind fest integriert ist und deswegen eine inländische Massnahme zwecklos wäre[146].

c) Das der Vorinstanz eingereichte Gesuch der Rekursgegnerin bezüglich Regelung der Kinderbelange datiert vom 6. März 2008. Am 14. März 2008 stellte der Rekurrent beim Amtsgericht in der Slowakei das Begehren um Ehescheidung und Regelung der Ausübung der elterlichen Rechte und Pflichten gegenüber den minderjährigen Kindern für die Zeit nach der Ehescheidung. Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels vor Vorinstanz machte er am 13. Mai 2008 zudem geltend, die Rekursgegnerin habe in der Slowakei ein eherechtliches Verfahren gegen ihn angestrengt; am 12. Mai 2008 habe die erste Verhandlung vor dem zuständigen slowakischen Gericht stattgefunden. Die Rekursgegnerin äusserte sich hiezu in ihrer Stellungnahme an die Vorinstanz nicht, wies aber auf das vom Rekurrenten in der Slowakei angehobene Scheidungsverfahren hin, in welchem sie ihrerseits auf das bereits in der Schweiz hängige Scheidungsverfahren aufmerksam gemacht habe. Am 7. Juni 2008 stellte das Amtsgericht in der Slowakei das vom Rekurrenten eingeleitete Scheidungsverfahren wegen des im Thurgau hängigen Verfahrens ein und erwog, zwar habe der Rekurrent ausgeführt, das dortige Gericht (jenes in der Schweiz) habe bis anhin noch nicht beschlossen, ob es mit Blick darauf, dass beide Parteien sowie die Kinder auf dem Territorium der slowakischen Republik lebten, zur Verhandlung der Sache zuständig sei. Nach § 83 der slowakischen Zivilprozessordnung verhindere aber die Einleitung

---

[146] Siehr, Art. 85 IPRG N 22 mit Hinweisen

des Verfahrens (in der Schweiz), dass ein anderes Verfahren in gleicher Sache vor dem Gericht geführt werde. Allerdings hatte die Rekursgegnerin offenbar bereits im März 2008 beim Amtsgericht in der Slowakei ein Verfahren auf Übergabe der Kinder in ihre Pflege und Erziehung und auf Bestimmung der Unterhaltskosten eingeleitet. Dieses Verfahren wurde aufgrund einer gerichtlich genehmigten Vereinbarung der Parteien am 12. Mai 2008 beendet, wobei die Parteien gleichzeitig auf eine Berufung verzichteten. Die Obhut über die beiden minderjährigen Kinder wurde der Mutter anvertraut, und der Vater wurde verpflichtet, Kinderunterhalt zu bezahlen. Gleichzeitig wurde ihm ein Besuchsrecht an jedem Samstag von 09.00 Uhr bis 18.00 Uhr eingeräumt. Seit März 2008 erhielten die Parteien (in der Slowakei) im Zusammenhang mit dem Kontakt des Vaters zu den Kindern psychologische Beratung durch die Abteilung des sozialrechtlichen Kinderschutzes. Am 2. Juli 2008 vereinbarten die Parteien in dieser gemeinsamen Beratung, dass die Kinder entsprechend der Entscheidung des Amtsgerichts in der Slowakei den Vater besuchen würden, wobei die Übergabe der Kinder an den Vater persönlich zu erfolgen und das Treffen ohne Anwesenheit Dritter zu verlaufen habe. Am 4. August 2008 erfolgte eine weitere gemeinsame Beratung mit den Eltern und anschliessend die psychologische Untersuchung der Kinder. Der Sozialdienst beschäftigte sich auch mit der Frage, wie der Kontakt des Vaters mit den Kindern während ihres Aufenthalts in der Schweiz verlaufen werde. Die Rekursgegnerin habe ausgeführt, der Vater könne die Kinder so treffen, wie dies vom Gericht bestimmt (worden) sei. Am 5. August 2008 erstattete die Abteilung für sozialrechtlichen Kinderschutz (Referat für psychologische und beratende Dienste) ihren Bericht zu Handen des Amtsgerichts in der Slowakei. Mit Urteil vom 6. August 2008 änderte das Amtsgericht in der Slowakei seinen Entscheid vom 12. Mai 2008 bezüglich der Regelung des Umgangs des Vaters mit den minderjährigen Kindern ab und ordnete an, der Vater könne seine Kinder einmal im Monat auf dem Amt für Arbeit, Soziales und Familie in der Slowakei besuchen. Am 27. Mai 2008 wies die Rekursgegnerin in dem im

Thurgau hängigen Massnahmeverfahren darauf hin, beim Verfahren in der Slowakei handle es sich "lediglich um provisorische Anordnungen in Bezug auf die Obhut".

d) Aus den Akten geht mit aller Deutlichkeit hervor, dass die beiden minderjährigen Kinder bei der Rekursgegnerin leben und in der Slowakei die Grundschule besuchen. Ihr gewöhnlicher Aufenthalt befindet sich ohne Zweifel in der Slowakei. Dies gilt unter dem Aspekt sowohl der tatsächlichen als auch der voraussichtlichen Dauer[147]. Deshalb ändert auch der rund dreimonatige Aufenthalt der Kinder in der Schweiz während der Zeit, in welcher die Mutter im Kanton Thurgau arbeitet, am gewöhnlichen Aufenthalt in der Slowakei nichts. Damit sind nach Art. 1 MSA die Behörden in der Slowakei zum Erlass von Massnahmen zum Schutz der Kinder zuständig. Dies würde selbst dann gelten, wenn man annehmen wollte, zum Zeitpunkt der Einleitung des Massnahmeverfahrens vor Vorinstanz (März 2008) hätten die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz gehabt, denn sie hätten in der Folge ihren gewöhnlichen Aufenthalt auf legale Weise in die Slowakei verlegt. Dort wurden und werden die Kinder, wie die Entscheide des Amtsgerichts der Slowakei und die dort von der Abteilung für sozialrechtlichen Kinderschutz durchgeführten psychologischen Abklärungen und Beratungen zeigen, bestens versorgt. Der Fortbestand der allenfalls gegebenen ursprünglichen Zuständigkeit der Vorinstanz wäre daher zu verneinen.

e) Zu prüfen bleibt, ob eine besondere Zuständigkeitsregel des MSA diejenige des gewöhnlichen Aufenthalts verdrängt. Nach Art. 9 Abs. 1 MSA genügt bei Dringlichkeit für notwendige Schutzmassnahmen der schlichte Aufenthalt eines Minderjährigen. Allerdings fehlt es bereits an der Voraussetzung der Dringlichkeit. Es besteht eine

---

[147] Vgl. Schwander, Art. 85 IPRG N 29

von den slowakischen Behörden getroffene Regelung der Obhutszuteilung und des Besuchsrechts, in die beide Parteien einbezogen wurden. Inwiefern diese Massnahmen lediglich "äusserst provisorischen Charakter" haben sollen, wie die Rekursgegnerin behauptete, ist nicht nachvollziehbar. Sie sind nicht weniger provisorisch als in der Schweiz getroffene Kindesschutzmassnahmen. Ihnen gingen ferner intensive Abklärungen voraus. Zudem wurde nie behauptet, die Kinder hätten zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Massnahme ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz (gehabt). Die Rekursgegnerin machte lediglich geltend, sie werde "in wenigen Wochen" wieder in die Schweiz kommen und in Zukunft hier eine Wohnung mieten. Ein entsprechender Mietvertrag wurde indessen nicht eingereicht.

In Art. 4 enthält das MSA ferner eine Kompromissvorschrift zu Gunsten derjenigen Staaten, die dem Staatsangehörigkeitsprinzip folgen. Sind nämlich die Behörden des Staates, dem der Minderjährige angehört, der Auffassung, dass das Wohl des Minderjährigen es erfordert, können sie nach ihrem innerstaatlichen Recht zum Schutz seiner Person oder seines Vermögens Massnahmen treffen, nachdem sie zuvor die Behörden des Staates verständigt haben, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dieses Evokationsrecht der Heimatbehörden kommt auch bei mehrfachen Staatsangehörigkeiten in Betracht. Voraussetzung ist allerdings, dass das Wohl des Minderjährigen das Einschreiten der Heimatbehörde erfordert, etwa wenn der Aufenthaltsstaat das Schutzbedürfnis nicht erkennt, untätig bleibt, eine offensichtlich unwirksame Massnahme getroffen hat oder aufgrund seines Rechts nicht in der Lage ist, eine effiziente Massnahme zu treffen[148]. Die beiden Kinder besitzen zwar offenbar die schweizerische und die slowakische Staatsangehörigkeit. Das Kindeswohl erfordert aber gerade keine Massnahme der Heimatbehörden: Die slowakischen

---

[148] Schwander, Art. 85 IPRG N 36; Siehr, Art. 85 IPRG N 65, N 70

Behörden befassten und befassen sich ausführlich mit dem Wohl der Kinder und bezogen auch die Eltern in die Abklärungen mit ein. Jedenfalls ist etwas anderes aus den Akten nicht ersichtlich und wurde auch nie substantiiert geltend gemacht. Eine Berufung schweizerischer Behörden auf Art. 4 MSA kommt unter diesen Umständen daher nicht in Betracht.

f) Zu prüfen bleibt schliesslich der von der Rekursgegnerin angerufene Art. 10 IPRG. Nach dieser Bestimmung können die schweizerischen Gerichte oder Behörden vorsorgliche Massnahmen treffen, auch wenn sie für die Entscheidung in der Sache selbst nicht zuständig sind. Die Anwendung dieser Bestimmung entfällt aber schon deshalb, weil das Staatsvertragsrecht, mithin das MSA und die Haager Unterhaltsabkommen, vorgehen. Abgesehen davon lägen auch die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 10 IPRG nicht vor: Voraussetzung wäre, dass das ausländische Gericht keine Art. 137 ZGB entsprechende Massnahme kennt, dass eine vom ausländischen Gericht angeordnete Massnahme am schweizerischen Wohnsitz einer Partei nicht vollstreckt werden könnte, dass Massnahmen erforderlich wären, um die Vollstreckung in inländische Vermögenswerte sicherzustellen, oder dass das ausländische Gericht nicht innert angemessener Frist einen Entscheid fällt, wenn Gefahr in Verzug ist[149]. Keine dieser Voraussetzungen ist hier zu bejahen.

g) Auch das LugÜ bietet keine gesetzliche Grundlage für ein Tätigwerden schweizerischer Behörden. Zwar gelten als Zuständigkeitsvorschriften für vorsorgliche Massnahmen in Unterhaltssachen gemäss Art. 2 LugÜ der Wohnsitz des Beklagten, gemäss Art. 5 Ziff. 2 LugÜ der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Person, nach Art. 17 LugÜ die Vereinbarung über die

---

[149] Vgl. Bopp, Basler Kommentar, Art. 62 IPRG N 10

Zuständigkeit oder nach Art. 18 LugÜ der Gerichtsstand der Einlassung. Soweit aber über die Unterhaltssache im Zusammenhang mit einem Statusverfahren zu befinden ist, bestimmt sich die internationale Zuständigkeit weiterhin nach dem autonomen Recht des Forums, es sei denn, dieses stütze die Zuständigkeit ausschliesslich auf die Staatsangehörigkeit einer Partei ab[150]. Dies ist lediglich der Fall, wenn die Heimatzuständigkeit von Art. 60 IPRG für die Scheidung in Anspruch genommen wird[151]. Art. 60 IPRG kommt aber nur zur Anwendung, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage am Wohnsitz eines der Ehegatten zu erheben. Dies ist von den Parteien weder behauptet worden noch erscheint es glaubhaft.

h) Zusammenfassend besteht keine Rechtsgrundlage für die Bejahung der Zuständigkeit der Vorinstanz zum Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Regelung der Kinderbelange. Daher muss auch der Frage, ob die Entscheidungen des Amtsgerichts der Slowakei nicht ohnehin anerkannt und vollstreckt werden müssten[152], nicht weiter nachgegangen werden. Die Frage wäre aber zu bejahen. In diesem Zusammenhang würde sich auch die Frage des Rechtsmissbrauchs stellen: Die Rekursgegnerin machte praktisch zur gleichen Zeit einerseits in dem von ihr in der Schweiz im November 2007 anhängig gemachten Scheidungsverfahren im März 2008 ein Gesuch betreffend vorsorgliche Massnahmen hängig, strengte aber an ihrem Wohnort in der Slowakei ein ebenso umfassendes Massnahmeverfahren an. Dieses Verfahren erledigte das Amtsgericht in der Slowakei mit Beschluss vom 12. Mai 2008, weil sich die Parteien in einer Vereinbarung geeinigt hatten. Diese Vereinbarung wurde durch den Abänderungsentscheid vom 6. August 2008 teilweise modifiziert. Es lässt sich der Eindruck nicht von der Hand weisen, dass die Rekursgegnerin ver-

---

150 Art. 5 Ziff. 2 LugÜ
151 Bopp, Art. 62 IPRG N 7
152 Vgl. Art. 84 IPRG

sucht, über das in der Schweiz eingeleitete Massnahmeverfahren höhere Kinderunterhaltsbeiträge "herauszuholen". Dies zeigt ein Vergleich zwischen dem von den Parteien mit einem Verzicht auf Rechtsmittel in der Slowakei vereinbarten Kinderunterhalt von Fr. 38.00 pro Kind und den vor Vorinstanz verlangten Kinderalimenten von je Fr. 500.00 beziehungsweise den von der Vorinstanz zugesprochenen Kinderunterhaltsbeiträgen von je Fr. 335.00.

Obergericht, 20. Oktober 2008, ZR.2008.58

24. Begriff des gutgläubigen Dritten gemäss Art. 102 Abs. 3 IPRG

1. Unbestritten ist, dass die Berufungsbeklagte (mit Sitz in Deutschland) der X AG (mit Sitz in der Schweiz) einen Wohnwagen lieferte, der noch nicht bezahlt ist. An der Kaufsache bestand ein nach deutschem Recht gültiger Eigentumsvorbehalt der Berufungsbeklagten, welcher jedoch vor der Eröffnung des Konkurses über die X AG nicht in das schweizerische Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen wurde. Umstritten ist, ob die Berufungsbeklagte dennoch eine Aussonderung des Wohnwagens aus der Konkursmasse verlangen kann.

2. Gestützt auf Art. 715 ZGB ist ein Eigentumsvorbehalt an einer beweglichen Sache nur wirksam, wenn dieser im Eigentumsvorbehaltsregister am Wohnort des Erwerbers eingetragen wurde. Gelangt eine bewegliche Sache in die Schweiz und wurde an ihr im Ausland ein Eigentumsvorbehalt gültig begründet, der den Anforderungen des schweizerischen Rechts nicht genügt, so bleibt der Eigentumsvorbehalt in der Schweiz gemäss Art. 102 Abs. 2 IPRG noch während drei Monaten gültig. Nach Art. 102 Abs. 3 IPRG kann dem gutgläubigen

Dritten der Bestand eines solchen Eigentumsvorbehalts indessen nicht entgegengehalten werden.

3. a) Die Vorinstanz erwog, es sei offensichtlich, dass Art. 102 Abs. 3 IPRG eine Nachbildung von Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB darstelle, welche den gutgläubigen Erwerber schützten. Aufgrund der mangelnden positiven Rechtskraft des Registereintrags eines Eigentumsvorbehalts greife dieser Schutz auch, wenn ein gültiger Eintrag im Eigentumsvorbehaltsregister vorliege. Mit Art. 102 IPRG habe das Parlament offensichtlich eine analoge Regelung wie im ZGB erreichen wollen. Die Formulierung von Art. 102 Abs. 3 IPRG sei jedoch unglücklich und ungenau, hätte es doch "einem gutgläubigen Dritterwerber" heissen sollen; die Auslegung dieser Bestimmung lasse jedoch trotz der unglücklichen Formulierung keinen anderen Schluss zu. Wenn auch die Konkursgläubiger des Eigentumsvorbehaltsschuldners unter Art. 102 Abs. 3 IPRG fielen, würde der gestützt auf Art. 102 Abs. 2 IPRG während drei Monaten gültige Eigentumsvorbehalt einzig Wirkung zwischen den Vertragsparteien sowie im Verhältnis zu einem bösgläubigen Dritten erzielen, und zudem wären die Konkursgläubiger im innerstaatlichen Verhältnis schlechter gestellt als solche in einem internationalen Verhältnis; dies könne nicht Sinn und Zweck von Art. 102 IPRG sein.

b) Die Lehre geht einhellig davon aus, dass mit Art. 102 Abs. 3 IPRG nicht nur die Rechte eines Dritterwerbers, sondern auch diejenigen der Gläubiger des ursprünglichen Erwerbers geschützt sind[153]. Überzeugend ist vor allem die einlässliche Begründung Bu-

---

[153] Heini, Zürcher Kommentar, Art. 102 IPRG N 15 f.; Fisch, Basler Kommentar, Art. 102 IPRG N 32; Siehr, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 195 f.; Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, BT, St. Gallen/Lachen 1997, S. 191; Bucher, La réserve de propriété en droit international privé suisse, in: SJ 1990 S. 321

chers, angesichts des klaren Wortlauts von Art. 102 Abs. 3 IPRG sei eine Auslegung in dem Sinn, dass nur der gutgläubige Dritterwerber in seinen Rechten zu schützen sei, nicht haltbar, um so mehr als ein solcher Schutz bereits aufgrund des geltenden Rechts mangels positiver Publizitätswirkung des Registereintrags bestehe[154]. Heini führt aus, der erst durch das Parlament angefügte Abs. 3 sage zunächst nichts, was nicht ohnehin gälte: Da lex rei sitae nunmehr das schweizerische Recht sei, sei der gute Glaube eines Dritterwerbers allenfalls ohne Rücksicht auf die Eintragung zu schützen. Im Unterschied zu einem rein nationalen Tatbestand, wo der Eigentumsvorbehalt den Pfändungspfandrechten der Gläubiger des Erwerbers vorgehe, könnten sich auch diese Gläubiger auf den guten Glauben berufen, denn ohne die Eintragung könnten sich diese nicht verlässlich über die Kreditwürdigkeit des Erwerbers orientieren[155].

c) Der klare Wortlaut von Art. 102 Abs. 2 IPRG schützt alle Dritten in ihrem guten Glauben. Es ist entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber lediglich eine bestehende Regelung nochmals bekräftigen wollte, dabei aber fälschlicherweise den "Dritterwerber" generell als "Dritten" bezeichnete. Auch aus den Materialien lässt sich keine vom Wortlaut abweichende Absicht des Gesetzgebers entnehmen: Art. 102 Abs. 3 IPRG wurde von den eidgenössischen Räten ohne jegliche Diskussion ins Gesetz aufgenommen[156], obwohl die endgültige Fassung vom Entwurf des Bundesrates, welcher einen weitergehenden Schutz angestrebt hatte[157], abwich. Es ist nicht Aufgabe des Richters, den klaren Wortlaut einer Bestimmung zu hinterfragen, wenn nicht klare Anhaltspunkte dafür

---

154 Bucher, S. 321
155 Heini, Art. 102 IPRG N 15 f.
156 Amtl. Bull. SR 1985 S. 155, Amtl. Bull. NR 1986 S. 1353
157 BBl 1983 I 397 f.

bestehen, der Gesetzgeber habe sich in der Wortwahl vergriffen[158]. Solche Indizien liegen aber nicht vor, weshalb davon auszugehen ist, dass die gutgläubigen Gläubiger in ihren Rechten zu schützen sind. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann die Tatsache, dass mit der Regelung von Art. 102 Abs. 3 IPRG ausländische Verkäufer schlechter gestellt sind als inländische, nicht zu einem anderen Resultat führen; es wäre dem Gesetzgeber auch freigestanden, ausländische Eigentumsvorbehalte, welche den schweizerischen Vorschriften nicht entsprechen, ohne jegliche Schonfrist einfach dahinfallen zu lassen.

d) Der Ansicht der Berufungsbeklagten, die Berufungsklägerin sei als Konkursmasse der X AG gleichzustellen, weshalb sie sich nicht auf den guten Glauben berufen könne, ist nicht zu folgen. In einer Aussonderungsklage ist zwingend die Masse die beklagte Partei. Da diese die Interessen der Gläubiger vertritt, ist sie nicht als (bösgläubige) Vertragspartei zu betrachten. Dass die Gläubiger selber bösgläubig seien, wurde von der Berufungsbeklagten nicht substantiiert behauptet. Im Übrigen ist festzuhalten, dass ein allfälliger böser Glaube vor Konkurseröffnung bestanden haben müsste; die danach erlangte Kenntnis vom Eigentumsvorbehalt kann ohnehin nicht zur Bösgläubigkeit führen.

Obergericht, 24. Januar 2008, ZBR.2007.88

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 3. Dezember 2008 nicht ein (5A_224/2008).

---

[158] BGE 133 III 266 f., 125 III 61, 123 III 448

25. Höhe des Tagessatzes; Berücksichtigung des Einkommens des Ehegatten - zwei Anwendungsfälle (Art. 34 StGB)

A. Allgemeines

1. Die Bemessung der Tagessatzhöhe beruht auf dem Nettoeinkommensprinzip. Nach diesem Grundsatz ist in der Regel vom Nettoeinkommen auszugehen, das der Täter durchschnittlich an einem Tag hat oder haben könnte. Korrekturen im unteren und oberen Bereich der Anwendungsbreite sind möglich[159]. Ausgangspunkt für die Bemessung bildet mithin das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufliessende Einkommen, ganz gleich, aus welcher Quelle die Einkünfte stammen. Massgebend ist die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Vom Einkommen abzuziehen sind die laufenden Steuern, die Beiträge an die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung sowie die notwendigen Berufsauslagen oder bei Selbständigerwerbenden die branchenüblichen Geschäftsunkosten. Innerhalb der Grenzen des Rechtsmissbrauchs sind bei den ermittelten Einkünften nur der Überschuss der Einnahmen über die damit verbundenen Aufwendungen zu berücksichtigen. Bleiben die Einkünfte hinter den Beträgen zurück, die der Täter in zumutbarer Weise erzielen könnte, oder auf die er - zum Beispiel nach Art. 164 oder 165 ZGB - Anspruch hätte, so ist von einem potentiellen Einkommen auszugehen[160].

2. Auch der gemäss Art. 163 ZGB zwischen den Ehegatten geschuldete Familienunterhaltsbeitrag kann Einkommen darstellen. Dabei ist unerheblich, ob dieser Beitrag als Sachleistung (Zurverfügungstellen der Familienwohnung), als Dienstleistung (Besorgen des

---

[159] BGE 134 IV 67 f.
[160] BGE 134 IV 68 f.

Haushalts[161]) oder als Geldunterhalt (Betrag zur freien Verfügung oder Taschengeld[162]) erbracht wird. Daher wird einem nicht erwerbstätigen Ehegatten der ihm vom anderen Ehegatten tatsächlich zufliessende Unterhaltsbeitrag grundsätzlich als Einkommen aufgerechnet[163]. Entscheidend ist der dem Täter seitens des Ehepartners tatsächlich zufliessende Betrag. Daher kann zur Bestimmung der Höhe des Tagessatzes bei doppelverdienenden Ehegatten weder auf Regelunterhaltssätze noch Tabellen oder Ähnliches abgestellt werden[164]. Das schliesst aber eine aus Praktikabilitätsgründen erforderliche Bildung von Faustregeln für solche Fälle nicht aus. So können beispielsweise einem verheirateten, nicht erwerbstätigen Täter ohne Kinder 40% oder mit Kindern 25% des Nettoeinkommens des verdienenden Ehegatten als Einkommen angerechnet werden. Dieser Ansatz ist zu reduzieren, soweit der Täter selbst Einkünfte erzielt[165]. Bei Tätern mit geringem Arbeitseinkommen kann unter Umständen auch ein wesentlich höheres Einkommen des Ehe- oder Lebenspartners berücksichtigt werden. Allerdings muss eine "Gesamthaftung" des Familieneinkommens vermieden werden[166]. Um eine Mithaftung des Ehegatten, der selbst nicht straffällig wurde, zu vermeiden, ist für die Anwendung dieser Berechnungsart erforderlich, dass die Ehegatten ihre beiden Einkommen vollständig zur Deckung des gemeinsamen Lebensbedarfs verwenden. Ist letzteres nicht der Fall, muss vom Gesamteinkommen zunächst eine Sparquote abgezogen werden.

---

161 Wobei sich bei der Haushaltsarbeit insbesondere Probleme bei der Bemessung ihres Werts ergeben werden.

162 Vgl. zum Taschengeld Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 163 ZGB N 10

163 Dolge, Basler Kommentar, Art. 34 StGB N 57

164 Vgl. BGHSt. 27, 212 ff.; Schäfer, Praxis der Strafzumessung, München 1990, S. 25 f.

165 Dolge, Art. 34 StGB N 57

166 Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53.A., § 40 DStGB N 9

3. Das Nettoeinkommen ist um die Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge zu reduzieren, soweit der Verurteilte den entsprechenden Zahlungspflichten tatsächlich nachkommt. Anderweitige finanzielle Lasten können nur im Rahmen der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt werden. Schulden und Abzahlungs- oder Leasingverpflichtungen sowie Hypothekarzinsen oder Wohnkosten überhaupt können in der Regel nicht in Abzug gebracht werden. Dasselbe gilt für Schuldverbindlichkeiten, die mittelbare oder unmittelbare Folge der Tat sind. Leistet der Täter bereits vor dem Urteil Schadenersatz an die geschädigte Person, ist diesem Umstand im Rahmen von Reue und Schadenswiedergutmachung bei der Anzahl der Tagessätze und bei der Prognosestellung für den bedingten Vollzug der Geldstrafe Rechnung zu tragen. Aussergewöhnliche finanzielle Belastungen dagegen können reduzierend berücksichtigt werden, wenn sie einen situations- oder schicksalsbedingt höheren Finanzbedarf darstellen[167].

Obergericht, 20. November 2008, SBR.2008.29

B. Fall 1 (geringes Einkommen):

1. Eine besonders einfach zu handhabende Berechnungsweise besteht darin, bei arbeitsteiligen Ehen das hälftige Nettoeinkommen beider Ehegatten der Einkommensfestsetzung zugrunde zu legen[168]. Um eine Mithaftung des Ehegatten, der selbst nicht straffällig wurde, zu vermeiden, ist für die Anwendung dieser Berechnungsart aber erforderlich, dass die Ehegatten ihre beiden Einkommen vollständig zur Deckung des gemeinsamen Lebensbedarfs verwenden. Diese Berechnungsart erscheint hier als angemessen, zumal bei den in Frage stehenden Einkommen von Fr. 2'500.00 und Fr. 4'000.00 davon ausgegangen werden kann, dass diese Mittel zur Deckung des Famili-

---

[167] BGE 134 IV 70 f.
[168] Schäfer, S. 26

enbedarfs vollständig verbraucht werden und dem Berufungsbeklagten damit die Hälfte des Familieneinkommens zukommt[169]. Daraus ergibt sich hier für die Berechnung des Tagessatzes ein relevantes Monatsnettoeinkommen von Fr. 3'250.00, was der Hälfte des Familieneinkommens von Fr. 6'500.00 netto pro Monat, bestehend aus dem Monatsnettoeinkommen des Berufungsbeklagten von Fr. 2'500.00 und demjenigen seiner Ehegattin von Fr. 4'000.00, entspricht.

2. Vom so erhaltenen Nettoeinkommen von Fr. 3'250.00 ist der Pauschalabzug von 25% für Krankenkassenprämien und Steuern vorzunehmen, womit sich als Berechnungsgrundlage für den Tagessatz ein Nettoeinkommen von rund Fr. 2'400.00 ergibt. Geteilt durch 30 Tage folgt daraus ein Tagessatz von Fr. 80.00.

Obergericht, 6. März 2008, SBR.2007.41

C. Fall 2 (Arbeit der Ehefrau im Betrieb des Ehemanns):

1. Bei der Bemessung der Höhe des Tagessatzes stellte die Vorinstanz auf die Angaben der Berufungsklägerin ab, wonach letztere ein Einkommen von jährlich Fr. 80'000.00 und monatlich Fr. 6'666.00 erziele. Ferner erwog die Vorinstanz, das Vermögen des Ehemanns der Berufungsklägerin dürfe für die Bemessung der Tagessatzhöhe nicht herangezogen werden. Auch sei nicht anzunehmen, dass die Berufungsklägerin ihr doch eher geringes Vermögen zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts anzehre. Schliesslich bestünden keine Anzeichen dafür, dass neben ihrem Vermögen ein viel zu niedriges Einkommen im Raum stünde oder ein ersichtlich hoher Lebensaufwand mit einem auffällig tiefen Einkommen kontrastiere.

---

[169] Mit anderen Worten erhält der Berufungsbeklagte von seiner Ehefrau einen Unterhaltsbeitrag von rund 19% ihres Monatseinkommens (Fr. 750.00 von Fr. 4'000.00).

2. Diese Bemessungsweise der Vorinstanz wird den finanziellen Verhältnissen der Berufungsklägerin nicht gerecht. Einerseits ist zu berücksichtigen, dass die Berufungsklägerin zu 100% im Unternehmen ihres Ehemanns arbeitet. Letztlich bestimmt somit das Unternehmen oder ihr Ehemann ihren Lohn. Die Situation stellt sich schon aus diesem Grund anders dar, als wenn die Berufungsklägerin bei einem Dritten arbeiten würde. Zwar bestehen konkret keine Anzeichen dafür, der ausbezahlte Lohn der Berufungsklägerin sei im Vergleich zu ihrer Tätigkeit unangemessen tief. Immerhin gab sie aber an, sie und ihr Ehemann hätten sich keine Gratifikation ausbezahlt, obwohl das ohne weiteres möglich gewesen wäre. Andererseits ist zu beachten, dass die Eheleute im Jahr 2005 ein Einkommen von Fr. 266'700.00 und im Jahr 2006 ein solches von Fr. 354'300.00 versteuerten. Auch die Berufungsklägerin selbst bestritt nicht, dass ihr Ehemann und sie zusammen ein Einkommen von rund Fr. 350'000.00 erzielen. Das steuerbare Vermögen der Eheleute betrug 2005 Fr. 7,4 Mio. und 2006 Fr. 6,6 Mio. Ferner gab die Berufungsklägerin an, neben ihrem Arbeitspensum von 100% erledige sie den Haushalt allein und betreue das Kind. Wenn sie arbeite, sei das Kind in einer Tagesstätte. Unter diesen Umständen hat die Berufungsklägerin neben ihrem Lohn, für den sie eine adäquate Gegenleistung im Unternehmen ihres Ehemanns erbringt, Anspruch auf Leistungen gestützt auf Art. 163 ff. ZGB. Dieser Anspruch ist gestützt auf das eheliche Einkommen und Vermögen zu schätzen. Da die Ehegatten über erhebliches Vermögen verfügen, ist davon auszugehen, dass sie nicht das gesamte Einkommen für ihren Lebensunterhalt verbrauchen, sondern eine Sparquote bilden. Diese ist ermessensweise auf Fr. 100'000.00 pro Jahr festzusetzen. Den Eheleuten steht mithin nach Abzug der Sparquote ein Gesamteinkommen von Fr. 250'000.00 zur Verfügung. Davon abzuziehen ist das Einkommen der Berufungsklägerin von Fr. 80'000.00. Ihrem Ehemann ist somit ein Einkommen von rund Fr. 170'000.00 anzurechnen. Davon hat oder hätte er seiner Ehefrau rund einen Viertel oder rund Fr. 42'500.00 als Betrag zur freien Verfügung abzugeben. Dieser

Betrag ist zum angegebenen Einkommen der Berufungsklägerin von Fr. 80'000.00 hinzuzurechnen. Von diesem der Berufungsklägerin anzurechnenden Einkommen von schätzungsweise Fr. 122'500.00 sind 30% für Krankenkasse und Steuern pauschal und von diesem Zwischenbetrag wiederum 15% als Unterstützungsbeitrag für das Kind abzuziehen. Daraus resultiert ein Tagessatz in der Höhe von Fr. 200.00[170].

3. Eine andere Möglichkeit bestünde darin, nur vom angegebenen Einkommen der Berufungsklägerin von Fr. 80'000.00 pro Jahr und Fr. 6'666.00 pro Monat auszugehen. Weil die Berufungsklägerin neben ihrer 100%igen Tätigkeit allein den Haushalt besorgt und das gemeinsame Kind betreut, wäre es im Gegenzug aber nicht gerechtfertigt, den vollen Pauschalabzug von 30% für Krankenkasse und Steuern sowie 15% für das Kind zu berücksichtigen. Vielmehr wäre davon auszugehen, dass der Ehemann unter diesen Umständen und angesichts seines beträchtlich höheren Einkommens diese Kosten zum grössten Teil selbst trägt oder zu tragen hätte. Deshalb würde sich in diesem besonderen Fall lediglich ein Abzug von rund 10% rechtfertigen. Das ergäbe ein satzbestimmendes Einkommen von Fr. 5'999.99 beziehungsweise ebenfalls einen Tagessatz von Fr. 200.00.

Obergericht, 20. November 2008, SBR.2008.29

---

[170] Fr. 10'200.00 pro Monat abzüglich 30% = Fr. 7'140.00 abzüglich 15% = Fr. 6'069.00 geteilt durch 30 = Fr. 202.30

26. Umwandlung von gemeinnütziger Arbeit; Freiheits- statt Geldstrafe, wenn diese nur den Ehegatten treffen würde (Art. 39 Abs. 1 StGB)

1. Das Obergericht verurteilte den Gesuchsgegner im Juli 2007 wegen Verletzung von Verkehrsregeln und mehrfachen Führens eines Motorfahrzeugs trotz Ausweisentzugs zu 600 Stunden gemeinnütziger Arbeit sowie Fr. 800.00 Busse unter Anrechnung von einem Tag Untersuchungshaft.

Im Mai 2008 beantragte das Departement für Justiz und Sicherheit, die gemeinnützige Arbeit von 600 Stunden sei in eine Geld- oder Ersatzfreiheitsstrafe umzuwandeln, da der Gesuchsgegner sich nicht gemeldet habe und dadurch erkennen lasse, dass es ihm am guten Willen zur Leistung der gemeinnützigen Arbeit fehle.

2. Soweit der Verurteilte die gemeinnützige Arbeit trotz Mahnung nicht entsprechend dem Urteil oder den von der zuständigen Behörde festgelegten Bedingungen und Auflagen leistet, wandelt sie das Gericht gemäss Art. 39 Abs. 1 StGB in Geld- oder Freiheitsstrafe um. Vier Stunden gemeinnütziger Arbeit entsprechen laut Art. 39 Abs. 2 StGB einem Tagessatz Geldstrafe oder einem Tag Freiheitsstrafe. Freiheitsstrafe darf nach Art. 39 Abs. 3 StGB nur angeordnet werden, wenn zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann.

Anders als bei der Geldstrafe[171] sieht das Gesetz für den Fall, dass die Arbeitsleistung nicht erbracht wird, ein gerichtliches Verfahren zur Umwandlung vor. Eine nach Einschätzung der Vollzugsbehörde offensichtlich ungenügende Arbeitsleistung ist der Nichtleistung

---

[171] Vgl. Art. 36 StGB

gleichzustellen. Die Umwandlung ist nur zulässig, wenn der Verurteilte wegen eines Fehlverhaltens bereits gemahnt wurde. Der Umwandlung ist ein fester Satz zugrunde zu legen, wonach vier Stunden gemeinnütziger Arbeit einem Tagessatz Geldstrafe oder einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe entsprechen. Auch wenn die Arbeitsstrafe ausnahmsweise anstelle einer Freiheitsstrafe angeordnet worden ist, hat das Gericht stets zu prüfen, ob die Gründe, die im Zeitpunkt des Urteils der Regelsanktion "Geldstrafe" entgegenstanden, zwischenzeitlich weggefallen sind. Das ergibt sich aus Art. 39 Abs. 3 StGB und bedeutet namentlich, dass die Zahlungsbereitschaft des Verurteilten erneut abzuklären ist. Bei der Ersatzstrafe kann es sich nur um eine unbedingte Strafe handeln. Da diese immer an die Stelle einer nicht aufgeschobenen Arbeitsstrafe tritt, wäre es widersinnig, die Ersatzstrafe im Verfahren der Umwandlung nunmehr ganz oder teilweise aufzuschieben. Das ergibt sich auch daraus, dass das Gesetz die unbedingte Freiheitsstrafe anstelle nicht geleisteter gemeinnütziger Arbeit laut Art. 41 Abs. 3 StGB ausdrücklich vorbehält[172].

3. Es ist ausgewiesen und auch unbestritten, dass der Gesuchsgegner trotz wiederholter Mahnungen die angeordnete gemeinnützige Arbeit nicht leistete.

4. a) Das Obergericht stellte in seinem Strafurteil fest, eine fünfmonatige Freiheitsstrafe entspreche einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen. Eine unbedingte Geldstrafe komme aber nicht in Betracht, da der Gesuchsgegner über keinerlei Einkommen verfüge, sich von seiner Ehefrau unterhalten lasse und im Übrigen auf Kosten seiner Gläubiger lebe. Diese Erwägungen zeigen, dass das Obergericht seinerzeit - hätte der Gesuchsgegner sich nicht zur Leistung von gemeinnüt-

---

[172] BGE 134 IV 112 f. mit Hinweisen

ziger Arbeit bereit erklärt - in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 StGB eine unbedingte Freiheitsstrafe von fünf Monaten ausgesprochen hätte.

b) Allerdings ist nunmehr erneut zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Geldstrafe erfüllt sind oder nicht. Die Staatsanwaltschaft bejaht dies unter Bezugnahme auf ein Urteil des Obergerichts vom März 2008 und nimmt an, dem einkommenslosen haushaltführenden Ehegatten, der sich straffällig gemacht habe, seien als Naturallohn in der Regel 40% (ohne Kinder) oder 25% (mit Kindern) des Nettoeinkommens des verdienenden Partners anzurechnen. Hievon zog die Staatsanwaltschaft einen Pauschalabzug von 20% für Steuern und Krankenkasse ab und gelangte so zu einem Tagessatz von Fr. 22.72 beziehungsweise Fr. 30.00.

c) Das Obergericht hatte in jenem Entscheid vom März 2008 festgestellt, entsprechend dem Grundsatz, dass die Tagessatzhöhe nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu bestimmen sei, seien sämtliche dem Täter zufliessenden geldwerten Leistungen einzubeziehen. So könne auch der gemäss Art. 163 ZGB zwischen den Ehegatten geschuldete Familienunterhaltsbeitrag Einkommen darstellen, wobei unerheblich sei, ob dieser Beitrag als Sachleistung, als Dienstleistung oder als Geldunterhalt erbracht werde. Daher werde einem nicht erwerbstätigen (den Haushalt führenden) Ehegatten der ihm vom anderen Ehegatten tatsächlich zufliessende Unterhaltsbeitrag grundsätzlich als Einkommen aufgerechnet. Diese Rechtsprechung geht allerdings vom Grundprinzip der Ehe aus, wonach die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, entsprechend Art. 163 Abs. 1 ZGB für den gebührenden Unterhalt der Familie sorgen. Damit wird bei dieser Praxis vorausgesetzt, dass der nicht erwerbstätige Ehegatte seinen Anteil durch Haushaltsarbeit an die Gemeinschaft der Familie beiträgt. Sie ist hingegen nicht zugeschnitten auf die Fälle, in denen ein Ehegatte allein die gesamten Lasten der Gemeinschaft zu tragen hat, derweil der andere sich um die ihn gleichermassen treffende Unterhaltspflicht foutiert. Gerade hier liegt aber ein solcher Fall vor:

Gemäss den Akten arbeitet der Gesuchsgegner seit 1988 nicht mehr und lebt seither nur noch vom Lohn seiner Ehefrau. Er kommt und geht, wie es ihm gerade gefällt, und seine Ehefrau hat keine Ahnung, was er treibt. Der Gesuchsgegner bestätigte in der seinerzeitigen Strafuntersuchung auf die Frage, wie die Familie den Lebensunterhalt bestreite, er habe zur Zeit wirklich kein Geld. Etwas Geld verdiene seine Frau. Damit könnten sie jedoch nicht leben. Sie verdiene weniger als das Existenzminimum. Er habe keine Anstellung. In einem Altersheim verbüsste der Gesuchsgegner die in den Jahren 2004 und 2005 ausgefällten Strafen in Form von gemeinnütziger Arbeit. Seit dem Jahr 2000 bestehen 48 offene Verlustscheine im Betrag von über Fr. 80'000.00. An der Hauptverhandlung im Strafverfahren hatte der Gesuchsgegner erklärt, er habe derzeit keine Stelle und übe ab und zu Teilzeitjobs aus. Gemäss seinen Ausführungen an der seinerzeitigen Berufungsverhandlung wollte er angeblich bei einer Temporärfirma angestellt sein und einen Job suchen. Gemäss den aktuellen Erhebungen der Staatsanwaltschaft arbeitet der Gesuchsgegner aber nach wie vor nicht.

d) Unter diesen Umständen ist offensichtlich, dass eine Geldstrafe nicht den Gesuchsgegner, sondern ausschliesslich dessen Ehefrau treffen würde, die allein die Lasten der Familie trägt. Würde dem Gesuchsgegner ein Einkommen im Sinn von Art. 163 ZGB angerechnet und dementsprechend ein Tagessatz festgelegt, würde damit faktisch die Ehefrau für die Geldstrafe haften. Das widerspricht dem Grundsatz der höchstpersönlichen Natur der Geldstrafe[173]. Angesichts der finanziellen Situation und der übrigen Umstände des Gesuchsgegners kommt daher nur die Umwandlung der gemeinnützigen Arbeit in eine Freiheitsstrafe in Betracht.

---

[173] Dolge, Art. 34 StGB N 17

5. Damit sind die 600 Stunden gemeinnützige Arbeit in eine Freiheitsstrafe von 150 Tagen umzuwandeln, wobei ein Tag Untersuchungshaft abzuziehen ist.

Obergericht, 30. September 2008, SSR.2008.2

27. Bedingter Strafvollzug und Zusatzstrafe; Fall teilweise retrospektiver Konkurrenz (Art. 42 Abs. 2, 49 Abs. 2 StGB)

1. Der Berufungskläger machte sich des gewerbsmässigen Betrugs gemäss Ziffern 1 bis 10 der Anklageschrift schuldig; dabei beging er die Taten gemäss Ziffern 1 bis 3 der Anklageschrift vor einem am 24. August/10. September 2004 gegen ihn ergangenen Urteil des Obergerichts, mit welchem er zu einer Gefängnisstrafe von sechs Monaten verurteilt worden war; die restlichen Straftaten gemäss Ziffern 4 bis 10 der Anklageschrift verübte er, nachdem er dieses Urteil am 13. September 2004 in Empfang genommen hatte.

2. Das Gericht schiebt gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB den Vollzug von gemeinnütziger Arbeit in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, ist der Aufschub laut Art. 42 Abs. 2 StGB nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen.

Strittig ist, ob auf den Berufungskläger Art. 42 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB anzuwenden ist.

a) Der Berufungskläger machte geltend, die Vorinstanz sei zu Recht für die Berechnung der fünfjährigen Frist von der ersten zu beurteilenden Tat (24. Juni 2004) ausgegangen, weshalb das Obergerichtsurteil vom 24. August/10. September 2004 zu Recht nicht mit einbezogen worden sei. Jenes Urteil sei auch nicht zu berücksichtigen, weil die in diesem Verfahren auszufällende Strafe als Zusatzstrafe zu jenem Urteil auszusprechen sei. Das Obergerichtsurteil vom 24. August 2004 sei daher nicht als Vorstrafe im Sinn von Art. 42 Abs. 2 StGB zu betrachten, sondern als Einheit mit dem in diesem Verfahren zu fällenden Urteil. Zu Unrecht habe die Vorinstanz ferner das Urteil des Obergerichts vom 20. Januar 2003 sowie die Verfügungen des Bezirksamts vom 22. Oktober 2003 und 9. Februar 2004 berücksichtigt. Es sei nicht zulässig, die entsprechenden Strafen zusammenzurechnen. Vielmehr sei jede Strafe einzeln für sich zu betrachten und zu prüfen, ob in den letzten fünf Jahren vor der Tat jeweils eine Strafe von mindestens sechs Monaten ausgesprochen worden sei. Das sei hier nicht der Fall.

b) Ohne Zweifel sind entgegen der Auffassung der Vorinstanz die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gegeben. Ein solcher ist gemäss Art. 42 Abs. 1 und 43 Abs. 1 StGB nach neuem Recht nur bei Freiheitsstrafen über zwei Jahren teilweise oder bei Freiheitsstrafen über drei Jahren vollständig ausgeschlossen.

c) Zuzustimmen ist dem Berufungskläger, dass im Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 2 StGB entgegen der Auffassung der Vorinstanz mehrere Verurteilungen nicht zusammengezählt werden dürfen[174]. Für die Berechnung der Fünfjahresfrist sind einzig der Zeit-

---

[174] Schneider/Garré, Basler Kommentar, Art. 42 StGB N 85; Hug, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17.A., S. 95

punkt der Verurteilung und jener der neuen Tat massgebend. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils[175]. Das Gericht, das die Zusatzstrafe(n) ausspricht, hat zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann. Das gilt unabhängig davon, ob der bedingte Strafvollzug in den früheren Urteilen gewährt oder verweigert wurde[176].

d) aa) Es steht fest, dass der Berufungskläger ab März 1997 lediglich zu Freiheitsstrafen unter sechs Monaten verurteilt wurde. Eine Ausnahme liegt nur mit Bezug auf das Urteil der Bezirksgerichtlichen Kommission vom 26. Juni/4. November 2003 und das diesen Entscheid bestätigende Urteil des Obergerichts vom 24. August/ 10. September 2004 vor, das den Berufungskläger zu einer sechsmonatigen Gefängnisstrafe verurteilte. In Zusammenhang mit Art. 42 Abs. 2 StGB ist aber auf die Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils abzustellen, mithin auf den 4. November 2003[177]. Der Berufungskläger beging sämtliche mit der Zusatzstrafe zu ahndenden Straftaten danach. Erstmals delinquierte er am 24. Juni 2004. Zur Anwendung gelangt mithin Art. 42 Abs. 2 StGB.

bb) Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man, wenn im Zusammenhang mit der sechsmonatigen Freiheitsstrafe auf die Eröffnung des Urteils des Obergerichts vom 24. August 2004 abgestellt wird, wie dies der Berufungskläger offenbar tut. Dieser Entscheid wurde am 10. September 2004 spediert und vom Berufungskläger am 13. September 2004 in Empfang genommen. Die Ziffern 1 bis 3 der Anklageschrift (Begehungszeitpunkt zwischen 24. Juni und 31. August 2004) fallen somit nicht in die Fünfjahresfrist von Art. 42 Abs. 2

---

175 Schneider/ Garré, Art. 42 StGB N 89
176 Ackermann, Basler Kommentar, Art. 49 StGB N 71
177 Schneider/ Garré, Art. 42 StGB N 89

StGB, weil der Berufungskläger sie vor der Eröffnung dieses obergerichtlichen Urteils ausführte. Das gilt - und das übersah der Berufungskläger - aber nicht mit Bezug auf die Ziffern 4 bis 10 der Anklageschrift. Diese Straftaten beging der Berufungskläger nach Eröffnung des Urteils des Obergerichts vom 24. August/10. September 2004. Es liegt somit ein Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 2 StGB vor. Daran ändert nichts, dass die ersten Taten vor dem Urteil des Obergerichts vom 24. August/10. September 2004 begangen wurden. Würde bei mehreren Taten, die ein Angeklagter teils vor und teils nach einer Verurteilung zu mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe ausführte, entsprechend der Auffassung des Berufungsklägers nur auf die erste Tat abgestellt, würde dies zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen: Jener Täter wäre im Vorteil, der vor und (innerhalb von fünf Jahren) nach einer Verurteilung zu mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe delinquierte, weil er - folgte man der Argumentation des Berufungsklägers - unter den Anwendungsbereich von Art. 42 Abs 1 StGB und nicht unter jenen von Art. 42 Abs. 2 StGB fiele. Hingegen würde Art. 42 Abs. 2 StGB auf jenen Täter Anwendung finden, der sich ausschliesslich nach einer Verurteilung zu mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe innerhalb von fünf Jahren erneut straffällig machte. Das entspricht weder Sinn noch Zweck von Art. 42 Abs. 2 StGB und würde zu einer nicht zu rechtfertigenden und zudem verfassungswidrigen Ungleichbehandlung von im Wesentlichen gleichen Sachverhalten führen. Vielmehr kommt diese Bestimmung stets zur Anwendung, wenn der Angeklagte innerhalb der letzten fünf Jahre nach einer Verurteilung zu mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe erneut delinquiert. Das muss auch bei einer teilweisen retrospektiven Konkurrenz gelten: In beiden Fällen liegt ein Rückfall vor.

Obergericht, 16. Oktober 2008, SBO.2008.6

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (6B_62/2009).

28. Zusammenhang zwischen nachträglicher Bildung einer Gesamtstrafe und teilbedingter Strafe (Art. 46 Abs. 1 Satz 2, 43 StGB)

1. Mit Urteil vom 17. Dezember 2001 wurde X wegen mehrerer Straftaten zu 15 Monaten Gefängnis, mit bedingtem Strafvollzug (Probezeit vier Jahre), verurteilt. Am 2. Mai 2005 wurde X wegen erneuter, mehrfacher Delinquenz mit einer Strafe von sechs Monaten Gefängnis, welche zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben wurde, sanktioniert; zudem verlängerte das Gericht die mit Entscheid vom 17. Dezember 2001 auferlegte Probezeit. Während dieser verlängerten Probezeit respektive während des Strafaufschubs beging X die im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Taten.

2. a) Zu Recht unbestritten ist, dass die bedingt erlassene Vorstrafe aus dem Jahr 2001 von 15 Monaten Gefängnis zu widerrufen ist. In dieser Situation bietet das neue Recht mit Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB die Möglichkeit, die Art der widerrufenen Strafe zu ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden[178]. Eine Pflicht zur Bildung einer Gesamtstrafe besteht aufgrund des Wortlauts von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB nicht, was namentlich deswegen richtig ist, weil es rechtsstaatlich bedenklich wäre, wenn etwa eine Busse als leichtere Art von Strafe im Rahmen der Bildung der Gesamtstrafe in eine Freiheitsstrafe geändert würde[179]. Diese Problematik stellt sich hier freilich nicht. Indessen wies die Vorinstanz zutreffend darauf hin, dass eine Pflicht zur Bildung einer Gesamtstrafe auch zu Unzulänglichkeiten führen kann, wenn wie hier die Möglichkeit des teilbedingten Strafvollzugs

---

[178] Zur Zulässigkeit einer Gesamtstrafe auch bei gleichartigen Delikten Schneider/Garré, Basler Kommentar, Art. 46 StGB N 30

[179] Schneider/Garré, Art. 46 StGB N 30

besteht. Sie erwog dazu im Einzelnen, nachdem die Bewährungsaussicht bei der Prüfung des Widerrufs unstrittig als ungünstig beurteilt werden müsse, sei fraglich, ob bei der Prüfung des (teil-)bedingten Strafvollzugs überhaupt noch vom Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgegangen werden könne. Diesem Konflikt bei ungewissen Prognosen könne durch den teilbedingten Vollzug etwas ausgewichen werden, indem argumentiert werde, eine letzte Chance für eine Bewährung sei nur gegeben, wenn ein grosser Teil der Strafe vollzogen werde. Bei der Bildung einer Gesamtstrafe stelle sich die Problematik umso mehr, als nach der Regelung von Art. 43 Abs. 2 StGB beim teilbedingten Vollzug der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht überschreiten dürfe. Gerade deswegen würde hier die Gewährung des teilbedingten Vollzugs bei der Bildung einer Gesamtstrafe weder dem in Art. 43 Abs. 1 StGB erwähnten Verschulden noch der immerhin zweifelhaften Aussicht auf Bewährung gerecht; ausserdem sei die Schuldangemessenheit der Strafe insgesamt massgebend. Weil bei X nur von einem Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgegangen werden könne, wenn der überwiegende Teil der Strafen zu vollziehen sei, könne keine Gesamtstrafe gebildet werden. Vielmehr sei es angemessen, die widerrufene Strafe vollziehen zu lassen und X für die hier zu beurteilenden Taten unabhängig davon zu bestrafen und diesbezüglich bei einem teilbedingten Vollzug vom Fehlen einer ungünstigen Prognose auszugehen.

b) Die Erwägungen der Vorinstanz sind in jeder Hinsicht überzeugend, und entsprechend vermochte ihnen X nichts entgegen zu halten, das eine andere Beurteilung nahelegen würde. Entgegen seiner Ansicht reicht es zum Fehlen einer ungünstigen Prognose auch unter Berücksichtigung der für vollziehbar erklärten sechsmonatigen Gefängnis- beziehungsweise Freiheitsstrafe aus dem Jahr 2005 nicht aus, wenn von der von ihm beantragten Gesamtfreiheitsstrafe von 23 Monaten nur zehn Monate unbedingt vollzogen und 13 Monate bedingt erlassen würden, und genauso wenig würde reichen, wenn das nach

Art. 43 Abs. 2 StGB zulässige Maximum von 11½ Monaten vollzogen würde. Natürlich hinterlässt auch eine vergleichsweise kurze unbedingte Freiheitsstrafe beim Betroffenen regelmässig Eindruck, und zutreffend ist auch, dass es sich um den ersten unbedingten Strafvollzug von X handelt. Indessen muss festgestellt werden, dass X bislang sämtliche Warnungen in den Wind schlug und es vor diesem Hintergrund einer allzu verklärten Sicht der Dinge entspricht anzunehmen, ein Freiheitsentzug von zehn Monaten reiche zur durchschlagenden Besserung aus. Obwohl über X das Damoklesschwert des im Jahr 2001 bedingt erlassenen Freiheitsentzugs von 15 Monaten schwebte, delinquierte er teils einschlägig weiter. Gleichwohl wurde im Jahr 2005 zu seinen Gunsten noch einmal von einem Widerruf abgesehen und an dessen Stelle die Probezeit verlängert; gleichzeitig wurde die damals unbedingt ausgefällte neue Strafe von sechs Monaten Freiheitsentzug zugunsten einer ambulanten Massnahme aufgeschoben. X wurde demnach erneut eindringlich und erst noch in doppelter Hinsicht gewarnt, und auch diese Warnungen vermochten ihn nicht von weiteren einschlägigen strafbaren Handlungen abzuhalten. Angesichts dieser hartnäckigen Delinquenz kann von einem Fehlen einer ungünstigen Prognose nur ausgegangen werden, wenn einerseits die im Jahr 2001 bedingt erlassene Freiheitsstrafe von 15 Monaten widerrufen und vollzogen und andererseits für die neu zu beurteilenden Taten eine separate Strafe ausgefällt wird. Diese kann gerade noch teilbedingt gewährt werden, da davon auszugehen ist, X werde durch die widerrufene Strafe und den unbedingt zu vollziehenden Teil der neuen Strafe nun endlich klar, was es geschlagen habe. Sollte sich die Prognose als unzutreffend erweisen und X innert der unbestrittenen und langen Probezeit von fünf Jahren erneut ein Verbrechen oder Vergehen begehen, so würde der bedingt erlassene Teil der Strafe widerrufen, wenn aufgrund der neuen Taten zu erwarten ist, X begehe weitere Taten.

Obergericht, 1. April 2008, SBO.2008.1

29. Im Kanton Thurgau besteht keine genügende gesetzliche Grundlage für ein Verbot von Lottoveranstaltungen i.S. von Art. 2 LG oder deren Bewilligungspflicht (Art. 1 StGB; Art. 2, 38 LG)

1. a) Gestützt auf Art. 1 StGB darf eine Strafe oder Massnahme nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt. Diese Bestimmung gilt nach Art. 333 Abs. 1 StGB auch für das Nebenstrafrecht des Bundes. Das Legalitätsprinzip findet sich zudem in Art. 5 BV sowie Art. 7 Abs. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 IPBPR[180] und ist damit auch in Bezug auf das kantonale Recht verbindlich[181].

b) Nach Art. 38 LG[182] wird bestraft, wer eine durch das LG verbotene Lotterie ausgibt oder durchführt. Gemäss Art. 1 LG sind Lotterien verboten. Als Lotterie gilt jede Veranstaltung, bei der gegen Leistung eines Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein vermögensrechtlicher Vorteil als Gewinn in Aussicht gestellt wird, über dessen Erwerbung, Grösse oder Beschaffenheit planmässig durch Ziehung von Losen oder Nummern oder durch ein ähnliches auf Zufall gestelltes Mittel entschieden wird. Das Lotterieverbot erstreckt sich nach Art. 2 LG nicht auf Lotterien, die bei einem Unterhaltungsanlass veranstaltet werden, deren Gewinne nicht in Geldbeträgen bestehen und bei denen die Ausgabe der Lose, die Losziehung und die Ausrichtung der Gewinne im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Unterhaltungsanlass erfolgen (Tombola). Diese Lotterien unterstehen ausschliesslich dem kantonalen Recht und können von ihm zugelassen, beschränkt oder untersagt werden. Gestützt auf Art. 3 LG ebenfalls

---

[180] Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
[181] Popp/Levante, Basler Kommentar, Art. 1 StGB N 9
[182] Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 (SR 935.51)

vom Verbot ausgenommen sind die gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken dienenden Lotterien; diese können für das Gebiet des Ausgabekantons von der zuständigen kantonalen Behörde bewilligt werden[183].

2. a) Gemäss § 1 des kantonalen Lotteriegesetzes vom 29. August 1938[184] können Lotterien, die einem gemeinnützigen oder wohltätigen Zweck dienen, vom zuständigen Departement des Regierungsrates im Rahmen des Bundesgesetzes vom 8. Juni 1923 betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten bewilligt werden. In § 2 des kantonalen Lotteriegesetzes wird der Regierungsrat ermächtigt, mit anderen Kantonen über die gemeinsame Durchführung solcher Lotterien Vereinbarungen abzuschliessen. Der Kanton Thurgau ist denn auch (zusammen mit allen Deutschschweizer Kantonen ausser Bern sowie dem Kanton Tessin und dem Fürstentum Liechtenstein[185]) der interkantonalen Vereinbarung betreffend die gemeinsame Durchführung von Lotterien[186] und der interkantonalen Vereinbarung über die Aufsicht sowie die Bewilligung und Ertragsverwendung von interkantonal oder gesamtschweizerisch durchgeführten Lotterien und Wetten[187] beigetreten. In § 3 des Lotteriegesetzes wird dem Regierungsrat die Kompetenz erteilt, die erforderlichen Vollziehungsverordnungen zum Bundesgesetz und zum kantonalen Lotteriegesetz zu erlassen. Gestützt auf diese Ermächtigung erliess der Regierungsrat einerseits die Verordnung über die Verwendung des Anteils am Ge-

---

183 Art. 5 Abs. 1 LG
184 RB 935.51
185 BGE vom 4. August 2003, 2A.23/2003, Erw. 2
186 RB 935.53
187 RB 935.54

winn der Sport-Toto-Gesellschaft[188], andererseits die Verordnung über die Verwendung der Mittel aus dem Lotteriefonds[189].

b) Aus der Botschaft des Regierungsrates vom 18. Oktober 1938[190] geht hervor, dass der Zweck des Lotteriegesetzes darin bestand, das vorher im Gesetz betreffend das Verbot der Lotterien vom 18. Dezember 1832 geregelte absolute Lotterieverbot aufzuheben, nachdem ein erster Versuch, nach dem Erlass des eidgenössischen Lotteriegesetzes das Lotterieverbot teilweise zu lockern und zumindest Warenlotterien zu gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken (gestützt auf Art. 3 des Bundesgesetzes) oder solche im Rahmen eines Unterhaltungsanlasses (gestützt auf Art. 2 des Bundesgesetzes) zuzulassen[191], in der kantonalen Abstimmung vom 15. Mai 1927 verworfen worden war[192].

In der Botschaft wird deutlich zwischen der Warenlotterie und der Geldlotterie unterschieden und festgehalten, die Erlaubnis für die Tombola, einer besonderen, dem kantonalen Recht vorbehaltenen Art von Warenlotterie, und für den Totalisator, den Hauptfall der gewerbsmässigen Wette im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen, finde sich bereits im Vergnügungssteuergesetz[193]. Das Lotteriegesetz wolle nun die Geldlotterie erlauben, deren Reingewinn jedoch ausschliesslich einem gemeinnützigen oder wohltätigen Zweck vorbehalten bleiben müsse[194]. Beinahe alle schweizerischen Kantone ausser Thurgau liessen Lotterien zu wohltätigen und gemeinnützigen Zwecken durchführen und finanzierten damit Projekte zum öffentlichen

---

188 RB 935.521
189 RB 935.523
190 ABl 1938 S. 747 ff.
191 ABl 1927 S. 270 ff.
192 ABl 1927 S. 384 f.
193 ABl 1938 S. 750
194 ABl 1938 S. 751

Wohl, für die im Kanton Thurgau meistens die Mittel fehlten. Diese Entwicklung habe auch die praktische Wirkung des Lotterieverbots von 1832 ausserordentlich herabgemildert: Die Gelegenheiten zum "Lötterlen" seien an den Kantonsgrenzen so häufig und die Empfehlungen an ein spielfreudiges Publikum auch über diese Grenzen herein so auffällig geworden, dass auch viele Thurgauer namhafte Einsätze aufbrächten, um ihr Glück zu versuchen[195]. Die Beibehaltung des Lotterieverbots nütze praktisch kaum mehr etwas, schädige aber umgekehrt die finanziellen Interessen des Kantons, "indem eine praktische Einnahmenbeschaffungsquelle für wohltätige und gemeinnützige Zwecke unausgenützt bleiben muss, die wir so nötig hätten wie alle unsere Nachbarkantone". Mit der Annahme und Einführung des neuen Thurgauer Lotteriegesetzes könne der Kanton auch der kantonalen Lotterie-Genossenschaft beitreten, welche den Kantonen ganz bedeutende Mittel verschaffe[196].

c) aa) Das Vergnügungssteuergesetz wurde 1935 im Rahmen eines Finanzprogramms zur "Herstellung des finanziellen Gleichgewichts im Staatshaushalt" erlassen. Einerseits wurde damit neu eine Steuer eingeführt auf "Veranstaltungen, die dem Vergnügen, der Unterhaltung oder gleichzeitig der Unterhaltung und Belehrung dienen und für deren Besuch ein Entgelt in irgend einer Form bezogen wird". Andererseits lockerte der Gesetzgeber das Lotterieverbot insofern, als er im Zusammenhang mit einer steuerpflichtigen Veranstaltung die Durchführung einer Tombola gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Lotterien und gewerbsmässigen Wetten vom 8. Juni 1923 gestattete.

---

[195] ABl 1938 S. 750
[196] ABl 1938 S. 752 f.

bb) In seiner Botschaft an den Grossen Rat vom 9. Mai 1935 hielt der Regierungsrat fest: "Die Tombola, ein lotterieähnliches Geschäft, das bei einem Unterhaltungsanlass veranstaltet wird, dessen Gewinn nicht in Geldbeträgen bestehen darf und bei dem die Ausgabe der Lose, die Losziehung und die Ausrichtung der Gewinne in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Unterhaltungsanlass erfolgen muss, ist vom eidgenössischen Lotterieverbot ausgenommen und ausschliesslich dem kantonalen Recht unterstellt. Sie fand schon bisher da und dort im Lande herum statt und war praktisch geduldet, eben weil sie keine eigentliche Lotterie ist. Eine klare Regelung darüber wird aber seit Jahrzehnten vermisst. Wir möchten den heutigen Anlass benützen, sie zu schaffen"[197]. Die Veranstaltung war der zuständigen Behörde anzuzeigen, wobei allerdings keine Bewilligungspflicht bestand; die Steuer betrug 10% des Eintrittspreises. Eine Bestimmung, dass ein Ertrag für gemeinnützige oder wohltätige Zwecke verwendet werden müsse, existierte ebenso wenig wie die Vorschrift, dass die Tombola nur durch einen Verein durchgeführt werden konnte.

cc) Das Vergnügungssteuergesetz wurde auf den 1. Januar 1985 aufgehoben, da die Anwendung des Gesetzes im Vergleich zum Ertrag einen unverhältnismässig hohen Aufwand verursache[198]. Dass das Vergnügungssteuergesetz neben den eigentlichen Steuerfolgen auch eine Erlaubnis von Veranstaltungen gemäss Art. 2 LG enthielt, wurde bei der Gesetzesaufhebung offenbar nicht beachtet; es findet sich hierzu weder ein Hinweis in der Botschaft, noch fand eine Anpassung des kantonalen Lotteriegesetzes statt.

d) Im Kanton Thurgau besteht somit keine genügende gesetzliche Grundlage für ein Verbot oder eine Bewilligungspflicht für

---

[197] Botschaft an den Grossen Rat über Massnahmen zur Herstellung des finanziellen Gleichgewichts im Staatshaushalt (Finanzprogramm) vom 9. Mai 1935, S. 32 f.

[198] ABl 1984 S. 851 ff., 1012

die vom Berufungskläger durchgeführten Lottoveranstaltungen: Das Lotteriegesetz vom 18. Oktober 1938 und die gestützt darauf erlassenen Verordnungen befassen sich nicht mit den Veranstaltungen gemäss Art. 2 LG, sondern lediglich mit den gemeinnützigen oder wohltätigen Zwecken dienenden Lotterien nach Art. 3 i.V.m Art. 5 ff. LG und enthalten darüber hinaus kein allgemeines Lotterieverbot. Die Aufhebung der Bestimmungen im Vergnügungssteuergesetz, welche Warenlotterien im Zusammenhang mit Unterhaltungsveranstaltungen ausdrücklich erlaubten, kann nicht dazu führen, dass der Regelungsumfang des kantonalen Lotteriegesetzes ohne weiteres stillschweigend auf Lotterien im Sinn vom Art. 2 LG ausgedehnt wird. Sollte es der kantonale Gesetzgeber für sinnvoll befinden, solche Veranstaltungen bewilligungspflichtig zu erklären und Sanktionen bei Zuwiderhandlungen aussprechen zu können, hat er dafür eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, wie sie im Übrigen in den meisten Kantonen besteht[199].

Obergericht, 20. Dezember 2007, SBR.2007.37

Das Urteil des Bundesgerichts, 6B_690/2008, vom 9. Februar 2009 befasste sich nicht mit dieser Frage.

---

[199] St. Gallen: Art. 12 ff. Vollziehungsverordnung zur Gesetzgebung über die Lotterien und gewerbsmässigen Wetten (sGS 455.11); Zürich: §§ 2 ff. Kantonale Lotterieverordnung (LS 553.1); Aargau: §§ 1 ff. Lotterieverordnung (SAG 959.111); Bern: Art. 17 ff. Lotteriegesetz (BSG 935.52); Luzern: §§ 1 ff. Lotteriegesetz (SRL 991); im Kanton Schaffhausen sind Tombolas gemäss Art. 2 LG seit dem 1. Januar 2007 bewilligungsfrei zugelassen.

Staatsverträge

30. Zustellung von Vorladungen in Österreich (Art. 32 Abs. 1 des Vertrags zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Republik Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Sicherheits- und Zollbehörden; § 38 Abs. 1 StPO)

1. Der Beschwerdeführer, wohnhaft in Österreich, wurde wegen einer Geschwindigkeitsübertretung mittels Strafverfügung verurteilt. Nach erfolgter Einsprache lud ihn das Gericht per Einschreiben zur Hauptverhandlung vor, zu welcher er nicht erschien. Mit Beschwerde machte er geltend, er habe die Vorladung nicht erhalten.

2. Hinsichtlich der Zustellung der Vorladung ins Ausland muss grundsätzlich der diplomatische Rechtshilfeweg über das Bundesamt für Polizei benutzt werden, sofern nicht aufgrund des Staatsvertragsrechts der direkte Verkehr zwischen den Justizbehörden zugelassen wird. Im Verkehr zwischen Österreich und der Schweiz existieren entsprechende staatsvertragliche Regelungen[200]: Art. 32 des mit der Republik Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein am 27. April 1999 abgeschlossenen Abkommens über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Sicherheits- und Zollbehörden[201] regelt die Zustellung von Schriftstücken. Soweit Rechtshilfe nach dem Europäischen Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959[202] und den zwischen den Vertragsstaaten geltenden

---

[200] Vgl. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 38 N 12
[201] SR 0.360.163.1
[202] SR 0.351.1

ergänzenden Vereinbarungen zu diesem Übereinkommen zulässig ist, kann jeder Vertragsstaat Personen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaates aufhalten, gerichtliche und andere behördliche Schriftstücke unmittelbar durch die Post übersenden. Die ergänzende Vereinbarung zwischen der Schweiz und Österreich[203] sieht in Art. 1 Abs. 3 lit. a ausdrücklich vor, das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen und die Ergänzungsvereinbarung zwischen der Schweiz und Österreich gelte auch für die Zustellung von Aufforderungen zum Strafantritt und zur Zahlung von Bussen und Verfahrenskosten. Von der staatsvertraglichen Regelung werden somit auch Verkehrsbussen erfasst.

Die per Einschreiben an den in Österreich wohnhaften Beschwerdeführer zugestellte Vorladung war somit formell korrekt.

3. Wie das schweizerische[204] kennt auch das österreichische Recht eine Zustellfiktion, wenn die avisierte Sendung nicht innert einer bestimmten Frist abgeholt wird. Massgebend ist das österreichische Zustellgesetz[205]. Gemäss § 12 ZustG sind Zustellungen von Schriftstücken ausländischer Behörden im Inland nach den bestehenden internationalen Vereinbarungen und mangels solcher nach dem Zustellungsgesetz vorzunehmen. § 17 Abs. 1 ZustG sieht die Hinterlegung vor, wenn die Sendung an der Abgabestelle nicht zugestellt werden kann und der Zusteller Grund zur Annahme hat, dass sich der Empfänger oder ein Vertreter regelmässig an der Abgabestelle aufhält. Laut § 17

---

[203] Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung; SR 0.351.916.32

[204] Vgl. Zweidler, § 42 StPO N 3

[205] Bundesgesetz über die Zustellung behördlicher Dokumente (ZustG); BGBl. Nr. 200/1982, in: www.bmvit.gv.at/telekommunikation/post/recht/aut/zustellgesetz.html

Abs. 2 ZustG ist der Empfänger von der Hinterlegung schriftlich zu verständigen. Die Verständigung ist in die für die Abgabestelle bestimmte Abgabeeinrichtung (Briefkasten, Hausbrieffach oder Briefeinwurf) einzulegen, an der Abgabestelle zurückzulassen oder, wenn dies nicht möglich ist, an der Eingangstüre (Wohnungs-, Haus-, oder Gartentüre) anzubringen. Sie hat den Ort der Hinterlegung zu bezeichnen, den Beginn und die Dauer der Abholfrist anzugeben sowie auf die Wirkung der Hinterlegung hinzuweisen. Gemäss § 17 Abs. 3 ZustG ist die hinterlegte Sendung mindestens zwei Wochen zur Abholung bereit zu halten. Der Lauf dieser Frist beginnt mit dem Tag, an dem die Sendung erstmals zur Abholung bereitgehalten wird. Hinterlegte Sendungen gelten mit dem ersten Tag dieser Frist als zugestellt. Sie gelten nicht als zugestellt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger oder dessen Vertreter wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellungsvorgang Kenntnis erlangen konnte, doch wird die Zustellung an dem der Rückkehr an die Abgabestelle folgenden Tag innerhalb der Abholfrist wirksam, an dem die hinterlegte Sendung behoben werden könnte. Nach § 17 Abs. 4 ZustG ist die im Weg der Hinterlegung vorgenommene Zustellung auch gültig, wenn die Verständigung beschädigt oder entfernt wurde. § 21 ZustG regelt die Zustellung zu eigenen Handen, bei der die Dokumente nicht an einen Ersatzempfänger zugestellt werden dürfen. Laut § 19 sind schliesslich Sendungen, die weder zugestellt werden können noch nachzusenden sind, oder die zwar durch Hinterlegung zugestellt, aber nicht abgeholt worden sind, der Behörde zurückzusenden. Auf der Sendung ist der Grund der Zurückstellung zu vermerken.

Exakt nach diesen Bestimmungen wurde vorgegangen. Der Beschwerdeführer machte denn auch lediglich geltend, er habe zu keiner Zeit eine Ladung zur Hauptverhandlung erhalten. Das trifft zu, denn er holte die eingeschrieben versandte Vorladung nicht ab. Er behauptete aber nie, er habe keine Verständigung im Sinn von § 17 oder § 21 ZustG erhalten. Ob er die mit normaler Post nochmals

zugestellte Vorladung erhielt, lässt sich nicht nachweisen. Dass er mit einer Vorladung rechnen musste, liegt angesichts der von ihm selbst erhobenen Einsprache auf der Hand. Aufgrund der Zustellfiktion gilt der Beschwerdeführer daher als korrekt vorgeladen, auch wenn er (möglicherweise) tatsächlich vom Termin der Hauptverhandlung keine Kenntnis hatte.

Obergericht, 15. August 2008, SW.2008.6

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 5. November 2008 ab, soweit es darauf eintrat (6B_791/2008).

Kantonales Recht

31. Berechnung des Streitwerts bei einem Verfahren auf Ausschluss eines Stockwerkeigentümers (§ 40 ZPO)

Der Berufungskläger opponierte weder in der Klageantwort noch an der Hauptverhandlung gegen den in der Weisung angegebenen Streitwert von Fr. 35'000.00. Erst einen knappen Monat nach der Hauptverhandlung stellte er der Vorinstanz seine Kostennote zu und vertrat die Meinung, der Streitwert betrage Fr. 658'000.00. Er ging dabei vom Neuwert der Liegenschaft von Fr. 2'179'000.00 im Jahr 1985 aus, berücksichtigte eine jährliche Altersentwertung von 1% und hielt eine Reduktion des Neuwerts von 15% für angebracht, weil in den letzten 21 Jahren immer wieder Investitionen getätigt worden seien. Bei einer Wertquote von $^{356}/_{1000}$ ergebe dies einen Streitwert von Fr. 658'000.00. Zutreffend hielt die Vorinstanz indessen fest, die Bestreitung des Streitwerts sei zu spät erfolgt[206]. Zudem bemesse sich der Streitwert nicht einfach anhand des Werts des Stockwerkeigentumsanteils, da dieser veräussert werde. Der Stockwerkeigentümer werde mithin für den Verlust des Anteils entschädigt (Kaufpreis). Für den Streitwert zu berücksichtigen sei lediglich die Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem mutmasslichen Verkaufspreis. Ferner wäre der nicht geldwerte Nachteil des Berufungsklägers auf Grund des Ausschlusses aus der Stockwerkeigentümergemeinschaft zu berücksichtigen.

Obergericht, 20. Mai 2008, ZBO.2007.17

---

[206] Vgl. RBOG 1994 Nr. 7; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 40 N 1 f.

32. Urheberrechtliche Streitigkeit; Zuständigkeit des Obergerichts (§ 49 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a ZPO)

1. Die Klägerin, eine Filmproduktionsgesellschaft, hatte mit der Beklagten, einer Lizenzvermarkterin, einen Weltvertriebsvertrag über die Verwertung eines von der Klägerin produzierten Spielfilms geschlossen. In Zusammenhang mit diesem Vertrag kam es zwischen den Parteien zum Streit. Die Klägerin verlangte von der Beklagten die Herausgabe der Originalfassung des Vertrags (Klagebegehren A), eine detaillierte Abrechnung über die durch die Verwertung des Films erzielten Einnahmen (Klagebegehren B), die Bezahlung des Netto-Produzentenanteils (Klagebegehren C und D) und die Bezahlung sämtlicher Einnahmen aus der ausservertraglichen Verwertung des Films (Klagebegehren E); ferner beantragte die Klägerin, der Beklagten eine von ihr nicht genehmigte Verwendung oder Verwertung des Films zu verbieten (Klagebegehren G).

2. a) Gemäss § 49 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO beurteilt das Obergericht als einzige kantonale Instanz Streitigkeiten betreffend Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, betreffend Erfindungspatente, Muster und Modelle, Fabrik- und Handelsmarken, Geschäftsfirmen, Wettbewerbsbehinderungen nach Kartellrecht und weitere Zivilsachen, für welche das Bundesrecht die Beurteilung durch eine einzige kantonale Instanz vorschreibt, sofern nicht durch besondere Bestimmungen eine andere Zuständigkeit festgelegt ist.

b) Grundlage für Klagen aus Urheberrecht, welche direkt dem Obergericht unterbreitet werden können, bilden die Art. 61 f. URG[207]. Gestützt auf Art. 61 URG kann, wer ein rechtliches Interesse nachweist, gerichtlich feststellen lassen, ob ein Recht oder Rechtsver-

---

[207] Urheberrechtsgesetz, SR 231.1

hältnis nach diesem Gesetz vorhanden ist oder fehlt. Wer in seinem Urheber- oder verwandten Schutzrecht verletzt oder gefährdet wird, kann vom Gericht nach Art. 62 Abs. 1 URG verlangen, eine drohende Verletzung zu verbieten, eine bestehende Verletzung zu beseitigen und die beklagte Partei zu verpflichten, Herkunft und Menge der in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände, die widerrechtlich hergestellt oder in Verkehr gebracht worden sind, anzugeben und Adressaten sowie Ausmass einer Weitergabe an gewerbliche Abnehmer und Abnehmerinnen zu nennen. Gemäss Art. 62 Abs. 2 URG bleiben die Klagen nach dem Obligationenrecht auf Schadenersatz, auf Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag vorbehalten.

c) Vertragsklagen, die sich auf eine Nicht- oder Schlechterfüllung von Abtretungs-, Lizenz- oder Verlagsverträgen über Immaterialgüterrechte beziehen, sind demgegenüber nicht vor dem Obergericht, sondern vor den ordentlichen Zivilgerichten einzubringen[208]. Dies gilt selbst dann, wenn bei der Beurteilung der Vertragsklage vorfrage- oder einredeweise die Gültigkeit des den Vertragsgegenstand bildenden Schutzrechts abgeklärt werden muss[209]. Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a der zukünftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung sollen nicht nur Streitigkeiten im Zusammenhang mit geistigem Eigentum, sondern auch Streitigkeiten betreffend Nichtigkeit, Inhaberschaft, Lizenzierung, Übertragung und Verletzung solcher Rechte der Zuständigkeit einer einzigen kantonalen Instanz unterstellt werden[210]. Da die Schweizerische Zivilprozessordnung allerdings noch nicht in Kraft

---

[208] §§ 45 ff. ZPO

[209] David, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Hrsg.: von Büren/David), Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, 2.A., S. 17; Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 3.A., Art. 64 N 5

[210] BBl 2006 S. 7260

steht, ist im hier zu entscheidenden Fall allein auf § 49 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO abzustellen.

d) aa) Urheberrechtlicher Natur sind nur die Anspruchsgrundlagen eines Teils der klägerischen Rechtsbegehren. Rechtsbegehren G, mit dem der Beklagten verboten werden soll, den Spielfilm zu verändern und zu verwerten, ist eine Klage im Sinn von Art. 62 Abs. 1 URG, da der Klägerin mit dem daran geltend gemachten Urheberrecht unter anderem das ausschliessliche Recht auf Vervielfältigung und Verbreitung des Films und die entsprechenden Abwehrrechte bei Verletzung dieser Rechte durch Dritte zustehen. Rechtsbegehren E, mit dem die Klägerin auf Herausgabe der Einnahmen der Beklagten aus der ausservertraglichen Verwertung des Spielfilms klagte, ist eine Klage im Sinn von Art. 62 Abs. 2 URG, gestützt auf die Verletzung des geltend gemachten Urheberrechts. Auch wenn sich die Schadenersatzklage im Bereich des Urheberrechts nicht von sonstigen Schadenersatzklagen unterscheidet und Art. 423 OR die Anspruchsgrundlage für die Gewinnherausgabe bildet[211], ist die Zuständigkeit des Obergerichts zu bejahen, weil der Ursprung des Anspruchs die widerrechtliche Verletzung des Urheberrechts (beziehungsweise des verwandten Schutzrechts) ist.

bb) Rechtsbegehren B, mit dem auf Auskunft und Abrechnung bezüglich der vertraglichen und ausservertraglichen Verwertung des Spielfilms geklagt wurde, beruht auf dem Weltvertriebsvertrag, soweit es um die Verwertung während der Vertragsdauer geht; allfällige Pflichten danach gründen wiederum auf der Verletzung des Urheberrechts.

---

[211] Barrelet/Egloff, Art. 62 URG N 16

cc) Die anderen Rechtsbegehren (A, C und D) stützen sich hingegen ausschliesslich auf den Weltvertriebsvertrag. Es handelt sich um vertragliche Ansprüche, welche am ordentlichen erstinstanzlichen Gericht einzuklagen sind. Für eine Kompetenzattraktion durch das Obergericht besteht weder eine gesetzliche Grundlage noch eine sachliche oder prozessökonomische Notwendigkeit. Vielmehr lassen sich die Ansprüche ohne weiteres getrennt beurteilen; insbesondere besteht keine Gefahr widersprechender Urteile, da sich die vertraglichen und ausservertraglichen Ansprüche mit dem Zeitpunkt des Vertragsablaufs trennen lassen. Auch § 88 Abs. 1 ZPO, welcher die objektive Klagenhäufung zulässt, bildet keine Grundlage für eine Beurteilung der Vertragsforderungen durch das Obergericht, da eine einheitliche sachliche Zuständigkeit bezüglich der verschiedenen Ansprüche gerade eine Bedingung für eine solche objektive Klagenhäufung darstellt[212]. Die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts ergibt sich auch nicht dadurch, dass die Beklagte die Zuständigkeit nicht bestritt, da die Einlassung in den Rechtsstreit[213] ihre Wirkung nur in örtlicher Hinsicht entfalten kann. Von der Möglichkeit, vor Eintritt der Rechtshängigkeit auch für die vertraglichen Ansprüche die Zuständigkeit des Obergerichts zu vereinbaren[214], machten die Parteien sodann nicht Gebrauch.

dd) Die beiden selbständigen Rechtsbegehren der Beklagten (Rechtsbegehren C und E) beruhen nur auf dem Weltvertriebsvertrag. Dementsprechend fehlt auch diesbezüglich die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts.

e) Zusammengefasst ist die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts nur in Bezug auf die klägerischen Rechtsbegehren G und

---

212 RBOG 2005 Nr. 42
213 § 121 ZPO
214 § 49 Abs. 3 ZPO

E sowie teilweise auf Rechtsbegehren B - soweit die ausservertragliche Verwertung betreffend - gegeben. Auf die übrigen klägerischen Rechtsbegehren und die Widerklage ist somit mangels sachlicher Zuständigkeit nicht einzutreten.

Obergericht, 27. Mai 2008, Z1.2008.2

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist am Bundesgericht hängig (5A_56/2009).

33. Eintritt der Zustellfiktion bei postlagernd adressierten Sendungen (§ 58 ZPO)

1. Mit Verfügung vom 27. November 2007 wies die Vorinstanz den Rekurrenten aus den von ihm gemieteten Räumen aus. Vom Rekurrenten war stets nur die Adresse "Postlagernd" in A bekannt. Der Rekurrent erhob am 27. Dezember 2007 Rekurs. Auch in der Rekursschrift gab er wieder die Adresse "Postlagernd" in A an.

2. a) Wird bei Postzustellung eine eingeschriebene Postsendung vom Empfänger nicht entgegengenommen, wird ihm eine Abholungseinladung in den Briefkasten gelegt, und es gilt die siebentägige postalische Abholfrist gemäss den Geschäftsbedingungen der Post[215]. An dieser Regelung hat sich durch die Anpassungen der postalischen Vorschriften (Aufhebung der Verordnung über den Postverkehr und Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen), die insoweit gleichlautend geblieben sind, nichts geändert[216]. Eine nicht abgeholte,

---

[215] Vgl. www.post.ch
[216] BGE 127 I 34; ARGVP 1999 Nr. 2179

eingeschrieben zugestellte Gerichtsurkunde gilt - sofern sie nicht früher abgeholt wird - als am letzten Tag der Abholfrist zugestellt, falls der Adressat mit der Zustellung rechnen musste[217]. Der Adressat hat mit der Zustellung zu rechnen, wenn ein Prozessrechtsverhältnis begründet ist, denn Prozessbeteiligte haben dafür zu sorgen, dass Urkunden und Entscheide, welche das Verfahren betreffen, ihnen auch zugestellt werden können[218], indem ihnen im Fall ihrer Abwesenheit die Sendungen nachgeschickt werden, oder indem sie ein Zustelldomizil und einen Zustellungsbevollmächtigten bezeichnen[219]; diese Praxis ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit und den geordneten Gang des Gerichtsverfahrens unumgänglich und basiert letztlich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben[220]. Voraussetzung ist aber stets, dass der Betroffene weiss oder wissen muss, dass ein Prozessrechtsverhältnis besteht: Wer hingegen selbst ein Verfahren in Gang setzt (wie etwa ein Rechtsmittelverfahren), muss auch mit entsprechenden Zustellungen rechnen[221]. Für die Berechnung der siebentägigen Abholfrist zählen Sonn- und Feiertage mit, wobei die Fristen mit dem der ersten Vorweisung oder dem der Bereitstellung folgenden Tag beginnen; fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder auf einen am Ort der Aufbewahrung anerkannten Feiertag, endigt die Frist am nächsten Werktag[222]. Einem Rückbehalteauftrag an die Post geht mit Bezug auf den Fristenlauf jede Relevanz ab[223]: Wer die Post beauftragt, an ihn adressierte Postsendungen einschliesslich Abholungseinladungen für eingeschriebene Sendungen zurückzubehalten, kann weder der Zustellfiktion nach sieben Tagen entgehen noch irgendwelche Fristen hinaus-

---

217 RBOG 2001 Nr. 38 S. 204 f., 1993 Nr. 40, 1987 Nr. 45; BGE 127 I 34, 123 III 493, 117 III 4, 116 Ia 92
218 RBOG 2001 Nr. 38 S. 205; OGE vom 25. Oktober 2000, SBR.2000.28, S. 7
219 PKG 1998 Nr. 35, 1986 Nr. 33
220 BGE 116 Ia 92; vgl. BGE 122 I 142 f.; BJM 2000 S. 244
221 BJM 2000 S. 245; vgl. PKG 1986 Nr. 33
222 RBOG 1993 Nr. 40; zu streng: BGE 127 I 35
223 PKG 1983 Nr. 32 und 1980 Nr. 18

schieben; ein nicht abgeholter Einschreibebrief gilt bei Rückbehalteaufträgen als am siebten Tag seit Empfang der Sendung beim Bestimmungspostamt zugestellt[224]; dasselbe gilt sinngemäss für andere Vereinbarungen des Empfängers mit der Post[225].

b) Nach der in BGE 111 V 99 publizierten Praxis gelten postlagernd adressierte Briefsendungen in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt werden; geschieht dies nicht innert der Aufbewahrungsfrist von einem Monat, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt. Abweichend von dieser Praxis erkannte das Bundesgericht in einem nicht veröffentlichten Urteil aus dem Jahr 2000[226], bei postlagernden Sendungen betrage die Frist für den Eintritt der Zustellungsfiktion nicht dreissig, sondern wie bei Postfach- beziehungsweise Briefkastenzustellungen sieben Tage. Es stützte sich dabei auf den publizierten Entscheid BGE 113 Ib 89 f. In BGE 127 III 173 sodann warf die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts die Frage auf, ob mit Bezug auf Postlagersendungen in Analogie zu der bei Briefkasten- und Postfachzustellungen geltenden Übung die Sendung als am letzten Tag einer Frist von sieben Tagen ab Eingang bei der Bestimmungspoststelle zugestellt gelten kann. Es liess diese Frage allerdings offen, da sich die Zustellung des Zahlungsbefehls im konkreten Fall als nichtig erwies. In einem weiteren Fall schliesslich hielt das Bundesgericht fest, die Praxis, wonach für postlagernde Sendungen eine Abholfrist von sieben Tagen gelte, sei unter dem Gesichtspunkt der Willkür grundsätzlich nicht zu beanstanden[227].

---

[224] RBOG 1985 Nr. 13; BGE 123 III 492 f.
[225] BGE 127 I 35
[226] BGE vom 24. Juli 2000, 1P.369/2000, Erw. 1b
[227] BGE vom 20. Januar 2006, 5P.425/2005, Erw. 3.2

c) Mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung erweist sich der Rekurs als offensichtlich verspätet, so dass darauf nicht einzutreten ist.

Obergericht, 17. Januar 2008, ZR.2008.1

34. Die Parteien dürfen nicht mit Blick auf die Respektstunde zu unterschiedlichen Zeitpunkten vorgeladen werden; Rechtsfolgen bei Missachtung (§ 65 Abs. 1 ZPO)

1. Die Vorinstanz lud den Berufungskläger peremtorisch auf 07.30 Uhr zur Hauptverhandlung vor, "praxisgemäss eine Stunde früher, damit im Falle eines neuerlichen Fernbleibens nicht noch die Respektstunde gemäss § 65 Abs. 1 ZPO abgewartet werden musste". Die Gegenpartei wurde erst auf 08.30 Uhr aufgeboten. Der Berufungskläger erschien nach eigenen Angaben um 07.15 Uhr, verliess nach einer gewissen Wartezeit das Gerichtsgebäude aber trotz Ermahnungen seitens der Gerichtsweibelin wieder, und zwar nach Angaben der Gerichtsweibelin um 08.03 Uhr und nach eigenen Angaben um 08.20 Uhr. Die Hauptverhandlung wurde mit der Gegenpartei gleichwohl durchgeführt, und die Klage wurde teilweise geschützt.

2. Die zivilprozessualen Regeln über Ausbleiben und zu spätes Erscheinen sind abschliessend und bedürfen keiner richterlichen Ergänzung. Die Parteien mit Blick auf die Respektstunde zu unterschiedlichen Zeitpunkten vorzuladen, widerspricht zudem der Rechtsgleichheit[228] und ist ausgesprochen unhöflich, da damit die auf peremtori-

[228] Genauso unzulässig ist es, ihnen Entscheide nicht zu gleicher Zeit zuzustellen; SGGVP 1967 Nr. 51.

sche Vorladung hin korrekt erscheinende Partei regelmässig eine Stunde warten muss. Zwar sind die Parteien gehalten, gewisse Wartezeiten auf sich zu nehmen, doch bezieht sich diese Rechtsprechung nur auf Fälle, in denen wegen der länger dauernden Behandlung früher traktandierter Fälle innerhalb der Sitzungsplanung des Gerichts Verzögerungen entstehen[229].

3. Damit ist die Streitsache zu korrekter Vorladung der Parteien und zur Durchführung einer korrekten Verhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kosten der nutzlosen Verhandlung hat der Staat zu tragen.

Obergericht, 10. Juli 2008, ZBR.2008.40

35. Der Rückzug des Eheschutzbegehrens gilt nicht als Eingeständnis von dessen Aussichtslosigkeit (§§ 80 ff. ZPO; Art. 176 ZGB)

1. Die Eheleute X unterzeichneten am 5. Juni 2007 das Formular zur Einleitung des Scheidungsverfahrens auf gemeinsames Begehren und reichten es beim Bezirksgerichtspräsidium ein. Am 7. Juni 2007 teilte die Ehefrau dem Gerichtspräsidium mit, sie und ihr Mann wollten sich doch nicht scheiden lassen, sondern es nochmals miteinander probieren. In der Folge schrieb die Bezirksgerichtliche Kommission das Verfahren ab.

---

[229] Vgl. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 167 N 5, § 207 N 17

Rund zwei Monate später stellte die Ehefrau ein neues Eheschutzgesuch. Sie beantragte u.a., es sei vom Getrenntleben der Parteien seit 30. Juli 2007 Vormerk zu nehmen. Es sei ihr ein Prozesskostenvorschuss von vorerst Fr. 3'000.00 zuzusprechen und eventuell die rückwirkende Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung mit Offizialanwalt für das Eheschutzverfahren zu bewilligen. Zur Begründung machte sie geltend, das Verhältnis zu ihrem Mann sei seit der Heirat gestört; er sei in höchstem Mass gewalttätig und anfangs Juni 2007 völlig "ausgerastet", weil die Ehefrau mit einem Kollegen Kaffee trinken gegangen sei. Der Ehemann habe sie massiv geschlagen, mit einem Telefonkabel bis zur Bewusstlosigkeit gewürgt und mit einem Messer be- und ihr den Tod angedroht. Nach einem weiteren Streit sei sie am 26. Juli 2007 mit der Bitte um rasche Hilfe und Schutz bei ihrer Rechtsanwältin erschienen. Am 30. Juli habe sie mit beiden Kindern aus der Liegenschaft fliehen können. Sie befänden sich zur Zeit an einem sicheren Ort. Am 13. August 2007 zog die Ehefrau das Eheschutzgesuch mit Ausnahme der Anträge betreffend den Prozesskostenvorschuss, die unentgeltliche Prozessführung und die Kosten- und Entschädigungsfolgen per sofort erneut zurück. Die Eheleute X unterzögen sich einer Eheberatung und würden es nochmals miteinander versuchen wollen. Es seien Anwaltskosten von Fr. 2'257.95 aufgelaufen. Es werde davon ausgegangen, dass dieser Aufwand dem Ehemann im Rahmen der Verlegung der Prozesskosten in Rechnung gestellt werde, insbesondere wegen der in Familienrechtssachen üblichen Praxis, die Kosten dem finanziell leistungsfähigeren Ehegatten zu überbinden. Wenn die finanzielle Leistungsfähigkeit des Ehemanns diese Kostenübernahme nicht erlaube, werde am Antrag betreffend unentgeltliche Prozessführung festgehalten; insofern könne der Antrag auf einen Prozesskostenvorschuss als gegenstandslos abgeschrieben werden. Der Ehemann teilte auf entsprechende Anfrage mit, er sei nicht imstande, Verfahrens- und Anwaltskosten zu tragen. Das Gerichtspräsidium schrieb das Eheschutzverfahren zufolge Rückzugs ab, wies das Gesuch der Ehefrau um unentgeltliche Prozessführung mit

Offizialanwältin wegen Aussichtslosigkeit des Verfahrens ab und auferlegte dem Ehemann Verfahrenskosten von Fr. 100.00. Die Ehefrau erhob Rekurs und beantragte, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwältin zu bewilligen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei das angestrebte Verfahren nicht aussichtslos gewesen.

2. Die Vorinstanz bejahte die Bedürftigkeit der Rekurrentin, wies das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung aber wegen Aussichtslosigkeit ab. Sie ging unter Berufung auf Merz[230] davon aus, der Rückzug eines Begehrens werde als Eingeständnis der Aussichtslosigkeit qualifiziert. Wer einen Ehescheidungsprozess anhebe und ein Massnahmegesuch einreiche, müsse sich bei einem späteren Rückzug des Begehrens den Vorwurf gefallen lassen, unnütze beziehungsweise aussichtslose Rechtsvorkehren getroffen und nicht diejenigen Schritte unternommen zu haben, die für eine Fortführung des Verfahrens nötig gewesen wären.

3. Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung mit Offizialanwalt kommt gemäss § 80 Abs. 1 und § 82 Abs. 1 ZPO für eine bedürftige Person nur in Betracht, sofern der Prozess nicht als aussichtslos erscheint.

a) Ein Verfahren gilt nach ständiger Praxis als aussichtslos, wenn die Gewinnaussichten erheblich geringer sind als die Verlustgefahren und daher kaum mehr als ernsthaft bezeichnet werden können. Dass der in Aussicht genommene Prozess überhaupt keine Gewinnaussichten haben dürfte, wenn dem Kläger die unentgeltliche Prozessführung verweigert werden soll, kann indessen nicht verlangt werden. Vielmehr genügt es, dass bei objektiver Würdigung des Sach-

---

[230] Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 82 N 14b

verhalts und der Rechtslage keine ernsthaften Gewinnaussichten bestehen. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder davon absehen würde; es soll verhindert werden, dass eine Partei auf Staatskosten einen Prozess durchführt, den ein anderer auf eigene Kosten nicht unternehmen würde[231]. Die Prüfung der Gewinnaussichten erfolgt summarisch und darf den Hauptprozess nicht präjudizieren. An die Vorausbeurteilung der Prozessaussichten darf kein strenger Massstab angelegt werden[232].

b) Richtig ist, dass der Rückzug einer Berufung gegen ein Scheidungsurteil als Eingeständnis der Aussichtslosigkeit qualifiziert wurde[233]. Ebenso hatte das Obergericht in einem Fall entschieden, es werde für ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB dem Offizialanwalt keine Entschädigung ausgerichtet, wenn auf das Begehren aus formellen Gründen nicht eingetreten werden könne, der Partei indessen bereits die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt bewilligt worden sei; ein Massnahmegesuch stehe unter dem Vorbehalt, dass der Hauptprozess eingeleitet und fortgeführt werde. Wer einen Ehescheidungsprozess anhebe und ein Massnahmegesuch einreiche, müsse sich bei einem späteren Rückzug der Scheidungsklage den Vorwurf gefallen lassen, unnütze oder aussichtslose Rechtsvorkehren getroffen und nicht diejenigen Schritte unternommen zu haben, die für eine Fortführung des Verfahrens nötig gewesen wären. Der Partei, welche die Behandlung ihrer Anträge auf Ehescheidung und auf Erlass vorsorglicher Massnahmen selber vereitle, indem sie die Scheidungsklage zurückziehe, könne die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt zufolge Aussichtslosigkeit nicht

---

231 RBOG 1998 Nr. 21, 1996 Nr. 37
232 RBOG 1996 Nr. 37
233 RBOG 2001 Nr. 41 S. 214

bewilligt werden[234]. Bereits das bei Merz an den Hinweis auf RBOG 2001 Nr. 41 anschliessende Präjudiz[235] zeigt aber, dass diese Grundsätze nicht unbesehen auf jeden Rückzug eines Gesuchs, einer Klage oder eines Rechtsmittels angewandt werden können. Massgebend ist mithin der Einzelfall.

Zudem kann die Qualifikation des Rückzugs einer Berufung nicht unbesehen auf erstinstanzliche Eheschutzverfahren übertragen werden. In einem Rechtsmittelverfahren - insbesondere im zweitinstanzlichen Scheidungsverfahren - sind in der Regel die Positionen bezogen, und eine Aussöhnung der Ehegatten ist unwahrscheinlich. Das gilt für das erstinstanzliche Eheschutzverfahren gerade nicht. Auch wenn dieses Verfahren seine Bedeutung gewandelt hat und häufig der Vorbereitung des Scheidungsverfahrens dient, hat es nach wie vor seinen Zweck auf Aussöhnung sowie Behebung und Vermeidung von Schwierigkeiten, wie dies insbesondere in Art. 172 Abs. 2 und 3 ZGB zum Ausdruck kommt. Die Weiterführung der ehelichen Gemeinschaft kann im erstinstanzlichen Eheschutzverfahren immer noch eine Option darstellen. Bereits aus diesem Grund kann Eheleuten, die es nach Einleitung des Eheschutzverfahrens nochmals miteinander versuchen wollen und das Eheschutzgesuch daher zurückziehen, nicht die Aussichtslosigkeit des Verfahrens vorgehalten werden. Andererseits liegt im Rechtsmittelverfahren nicht nur eine umfassende richterliche Prüfung der Sach- und Rechtsfragen vor, welche die Beurteilung der Prozessaussichten erlaubt, sondern auch die Verhältnisse der Parteien sind in der Regel zumindest vorläufig geregelt. Das ist zu Beginn des Eheschutzverfahrens gerade nicht der Fall. Zudem ist nicht selten aufgrund akuter Probleme eine rasche Intervention nötig. Zusammenfassend drängt sich daher in der Regel bei einem Rückzug des Ehe-

---

[234] Merz, § 82 ZPO N 14c
[235] Merz, § 82 ZPO N 14b

schutzgesuchs eine übliche Prüfung der Aussichtslosigkeit auf, sofern das Gesuch sich nicht von vornherein als rechtsmissbräuchlich erweist.

c) Letzteres machte die Vorinstanz zu Recht nicht geltend. Im vorliegenden Fall hatten die Eheleute anfangs Juni 2007 das Scheidungsverfahren eingeleitet; am 7. Juni 2007 teilte die Rekurrentin mit, sie und ihr Ehemann wollten es nochmals miteinander versuchen, weshalb die Scheidungsklage zurückgezogen werde. Offensichtlich scheiterte dieser Versuch in den folgenden zwei Monaten aufgrund der (behaupteten) gewalttätigen Übergriffe des Ehemannes, weshalb die Rekurrentin am 2. August 2007 ein Eheschutzgesuch einreichen liess. Zehn Tage später zog sie das Gesuch zurück, weil sie und ihr Ehemann sich nun in einer Eheberatung befänden. Dieses Verhalten mag angesichts des zwei Monate vorher erfolgten Rückzugs der Scheidungsklage und der happigen Vorwürfe an die Adresse des Ehemanns auf den ersten Blick als befremdlich erscheinen. Die Rekurrentin stand und steht aber möglicherweise unter einem grossen seelischen Druck, weshalb sie nochmals zu einem Versöhnungsversuch Hand bot. Jedenfalls kann aufgrund dieser zeitlichen und persönlichen Verhältnisse weder bezüglich der Einreichung noch hinsichtlich des Rückzugs des Eheschutzgesuchs auf Rechtsmissbrauch geschlossen werden. Wie die Situation bei einem dritten oder vierten Rückzug eines Begehrens aussähe, ist hier nicht zu entscheiden.

Obergericht, 7. Dezember 2008, ZR.2007.126

36. Berücksichtigung von Pensionskassengeldern bei einem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (§§ 80 ff. ZPO)

1. 1991 schied das Kantonsgericht die Ehe von X. Im Jahr 2007, zwischenzeitlich erneut verheiratet, verlangte er die Abänderung

des Urteils in dem Sinn, dass seine Unterhaltsverpflichtung gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau ab 1. Oktober 2006 aufgehoben werde. Sein gleichzeitig gestelltes Gesuch um unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt wies das Vizegerichtspräsidium ab. X reichte fristgerecht Rekurs ein mit dem Antrag, es sei ihm sowohl für das Abänderungs- als auch für das Rekursverfahren die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt zu bewilligen. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, sein Existenzminimum belaufe sich auf Fr. 3'724.00. Gesamthaft verfügten er und seine jetzige Ehefrau über ein Einkommen von monatlich Fr. 2'013.00. Sein Altersguthaben aus der beruflichen Vorsorge habe er sich am 3. Oktober 2006 auszahlen lassen. Grösstenteils sei es inzwischen verbraucht; der Rekurrent habe es teils in die Wohnung seiner Frau in Tschechien investiert, teils damit eine Reise finanziert. Wäre das BVG-Guthaben noch vorhanden, wäre das daraus resultierende hypothetische Einkommen auf maximal Fr. 1'282.90 zu veranschlagen. Alsdann wäre aber auch die damit verbundene Steuerlast, welche die Mehreinnahme schmälere, zu berücksichtigen. Gesamthaft betrachtet wäre das hypothetische Gesamteinkommen noch immer deutlich unter dem Bedarf.

2. a) Unbestritten ist, dass der Rekurrent eine AHV-Rente von monatlich Fr. 1'440.00 und seine Ehefrau eine solche von Fr. 573.00 erhalten. Gesamthaft verfügen sie somit aus AHV-Leistungen über Fr. 2'013.00. Die Vorinstanz erhöhte diesen Betrag um denjenigen der mutmasslichen Rente der zweiten Säule, d.h. um Fr. 1'282.90. Diese Summe stünde dem Rekurrenten zur Verfügung, hätte er das Kapital der zweiten Säule nicht vorbezogen, um einerseits eine Australienreise zu machen und anderseits die Wohnung seiner Ehefrau in Tschechien zu renovieren.

b) Der Rekurrent anerkennt, dass das BVG-Kapital nicht mehr vorhanden ist. Die Vorinstanz unterstelle ihm aber zu Unrecht, er habe sein Pensionskassenguthaben verbraucht, um die daraus resultierende verminderte Leistungsfähigkeit als Grundlage für die

Abänderungsklage und für sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung anführen zu können. Diesen Vorwurf erhob das Vizegerichtspräsidium indessen gar nicht. Es wies lediglich darauf hin, es erscheine rechtsmissbräuchlich, das Kapital der zweiten Säule für die Verwirklichung eines Lebenstraums zu verwenden und sich alsdann in einem Prozess auf mangelnde Leistungsfähigkeit zu berufen; davon, dass der Rekurrent das Kapital der zweiten Säule exakt im Hinblick auf den Abänderungsprozess vorbezog, war nie die Rede. Richtig ist hingegen die aus seinem Verhalten seitens der Vorinstanz gezogene Konsequenz. Dabei wird dem Rekurrenten nicht vorgeworfen, sich nach seiner Pensionierung eine fünfmonatige Australien-Reise gegönnt zu haben. Wenn er aber mit dem weitaus grössten Teil seines Pensionskassengeldes die Wohnung seiner Ehefrau in Tschechien renoviert, kann dies dann, wenn die unentgeltliche Prozessführung mit Offizialanwalt zur Diskussion steht, nicht unberücksichtigt bleiben. Sein Bedarf wurde dadurch anders als dann, wenn aus dem BVG-Kapital Wohneigentum gekauft wird, nicht vermindert. Nun geht es aber nicht an, das Einkommen und/oder Vermögen zwecks Erhöhung des eigenen Komforts zu verbrauchen und unter Hinweis auf exakt diesen finanzierten Luxus die unentgeltliche Prozessführung zu beantragen. Der Rekurrent kannte im Zeitpunkt, als er sich sein Altersguthaben aus der beruflichen Vorsorge auszahlen liess, sowohl die Höhe seiner AHV-Rente als auch diejenige seiner finanziellen Verpflichtungen gegenüber seiner geschiedenen Ehefrau. Bei knappen finanziellen Verhältnissen und Unterhaltsverpflichtungen ist es nun einmal nicht zulässig, sein Einkommen freiwillig zu reduzieren und kurz danach vom Staat finanzielle Hilfe zu verlangen.

c) Die Vorinstanz kam somit zu Recht zum Schluss, die dem Rekurrenten aus der mutmasslichen Rente der zweiten Säule monatlich zur Verfügung stehenden Fr. 1'282.90 müssten als zusätzlicher hypothetischer Verdienst qualifiziert werden. Korrekt ist gleichzeitig aber auch der Hinweis des Rekurrenten, bei diesen Gegebenhei-

ten müsse die Steuerlast hypothetisch berechnet werden. Einen konkreten Betrag, den er berücksichtigt haben will, gibt er nicht an. Überschlagsmässig kann sich die erhöhte Steuerbelastung dann, wenn von einem massgebenden Einkommen des Ehemanns und seiner Ehefrau von Fr. 3'295.00 ausgegangen wird, denn auch nicht gravierend auswirken. Ermessensweise wird die Steuerpflicht auf monatlich Fr. 50.00 festgesetzt.

Obergericht, 14. Januar 2008, ZR.2007.130

37. Zulässigkeit eines Alternativbegehrens (§ 90 ZPO)

1. Die Rekurrentin und der Rekursgegner sind Nachbarn. Zu Gunsten der Parzelle der Rekurrentin und zu Lasten derjenigen des Rekursgegners besteht ein jederzeitiges und unbeschränktes Fuss- und Fahrwegrecht. Zwischen den Parteien kam es zu Differenzen über die Ausübung des Wegrechts beziehungsweise Behinderungen desselben durch den Rekursgegner.

2. Mit Eingabe an das Gerichtspräsidium beantragte die Rekurrentin, der Rekursgegner sei zu verpflichten, das Tor an der Zufahrtsstrasse, den auf der westlichen Seite angebrachten Stellriemen sowie die westlich daran anschliessende Wacholder-Hecke und die am nördlichen Ende der Zufahrt eingeschlagenen Eisenstangen unverzüglich zu entfernen, die östlich der Zufahrt befindlichen Sträucher und Bäume zurückzuschneiden und in Zukunft Beeinträchtigungen des Fuss- und Fahrwegrechts zu unterlassen. Das Gerichtspräsidium verpflichtete den Rekursgegner unter Hinweis auf die Strafandrohung von Art. 292 StGB, das von ihm erstellte Eisentor zu entfernen. Die übrigen Anträge wies es ab.

Die Rekurrentin erhob Rekurs und beantragte, der Rekursgegner sei anzuweisen, entweder den von ihm auf der westlichen Seite der Zufahrtsstrasse auf seiner Parzelle angebrachten Stellriemen sowie die westlich daran anschliessende Wacholder-Hecke oder stattdessen die östliche der beiden von ihm am oberen (nördlichen) Ende der Zufahrt eingeschlagenen Eisenstangen unverzüglich zu entfernen.

3. Mit dem anlässlich des Vermittlungsvorstands oder in der schriftlichen Eingabe vorgetragenen Rechtsbegehren wird der Umfang des Streits definiert. Das Rechtsbegehren beinhaltet die Umschreibung der Rechtsfolge, welche die Partei beurteilt haben will. Es ist vom Kläger als Folge der Dispositionsmaxime[236] so zu formulieren, dass es bei gänzlicher Gutheissung der Klage ohne Ergänzung und Präzisierung zum Entscheid des Gerichts erhoben und ohne weitere Verdeutlichungen auch vollstreckt werden kann. Der Sachrichter muss dem Antrag klar entnehmen können, was letztlich Gegenstand der Vollstreckung bilden soll; der Vollstreckungsrichter seinerseits ist auf ein Urteilsdispositiv angewiesen, das den Vollstreckungsgegenstand klar und abschliessend umschreibt. Der Inhalt des Rechtsbegehrens bestimmt sich im Wesentlichen nach dem materiellen Recht. Unzulässig ist ein Begehren, dessen Anspruch als solcher des Rechtsschutzes von vornherein nicht fähig ist. Kann das Rechtsbegehren nicht zum Urteil erhoben werden, und ist es nicht im Sinn von § 135 ZPO verbesserbar, ist auf die Klage nicht einzutreten[237].

4. Die Rekurrentin will, dass der Rekursgegner entweder den von ihm angebrachten Stellriemen sowie die Wacholder-Hecke oder

---

236 § 97 ZPO

237 RBOG 1997 Nr. 48, 1996 Nr. 32, 1987 Nr. 15; Berger/Güngerich, Zivilprozessrecht, Bern 2008, N 648; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8.A., 7. Kap. N 5 f.; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., S. 193; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 90 N 3-5, 7a

aber eine der Eisenstangen entfernt. Dass sie nicht mehr die Beseitigung aller sie störenden Elemente verlangt, sondern sich damit zufrieden gibt, dass entweder die westliche Grenze der Parzelle oder aber der nördliche obere Rand der wegrechtsbelasteten Zufahrt wieder frei ist, betont sie ausdrücklich. Sie überlässt es folglich im Ergebnis dem Rekursgegner, welches der beiden Vorkehren er treffen will, ob er den Stellriemen und die Wacholder-Hecke entfernt oder aber eine Eisenstange.

Ein Alternativbegehren beziehungsweise eine alternative Anspruchshäufung, in welcher der Kläger/Gesuchsteller eine von mehreren Leistungen nach Wahl des Beklagten/Gesuchsgegners - oder des Gerichts - fordert, ist jedoch unzulässig[238]. Wer von einer anderen Person mit Hilfe des Gerichts etwas verlangen will, muss detailliert und im Einzelnen angeben, worum es sich handelt. Der Grund liegt darin, dass der Antrag der gesuchstellenden Partei und das Dispositiv des Entscheids bei einem Schutz des Begehrens einerseits übereinstimmen müssen, und dass andererseits die Vollstreckung einer Verfügung beziehungsweise eines Beschlusses auf Entfernung entweder der Stellriemen und der Wacholder-Hecke oder stattdessen der Eisenstange wegen fehlender Bestimmtheit der Verpflichtung ausgeschlossen ist. In einem solchen Fall wäre die Vollstreckung erst möglich, wenn der Rekursgegner eine Wahlerklärung abgeben oder das Gericht von sich aus bestimmen würde, welche Handlung vorzunehmen ist. Die Vollstreckung muss aber ohne jegliche Weiterungen oder zusätzliche Handlungen direkt gestützt auf das Urteil möglich sein. Voraussetzung hiefür ist, dass die antragstellende Partei klar kundtut, was sie von der Gegenpartei fordert. Bei Forderungsklagen ist deshalb die Summe, welche der Kläger vom Beklagten verlangt, im Rechtsbegehren be-

---

[238] Schellhammer, Zivilprozess, 9.A., N 1572; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 61.A., § 260 N 6 f.; Zöller, Zivilprozessordnung, 15.A., § 260 N 5

stimmt anzugeben; der Antrag um Zusprache eines Betrags "nach richterlichem Ermessen" genügt ebenso wenig wie derjenige, es sei dem Kläger ein "über Fr. 8'000.00 liegender Betrag" zuzusprechen. Vom Grundsatz, dass ein Anspruch vermögensrechtlicher Natur schon im Rechtsbegehren zu beziffern ist, lässt das kantonale Prozessrecht nur Ausnahmen zu, wenn die Verwirklichung eines materiellen bundesrechtlichen Anspruchs wegen dieses Erfordernisses beeinträchtigt würde[239]. Gleiches muss bei unbestimmten, alternativen Rechtsbegehren gelten. Sie können höchstens zugelassen werden, wenn sich die eingeklagte Alternative aus dem materiellen Rechtsverhältnis der Parteien ergibt; in einem solchen Fall rechtfertigt sich eine Sonderregelung für die Vollstreckung[240].

Bei der hier zu beurteilenden Streitsache besteht keine Notwendigkeit für eine alternative Klage und auch kein Rechtsschutzinteresse an einer solchen. Die Rekurrentin hätte durchaus mittels eines zulässigen Antrags klar und eindeutig darlegen können, dass sie sich mit einer der beiden Möglichkeiten der Hindernisbeseitigung zufrieden gibt: Sie hätte bloss ein Haupt- und ein Eventualbegehren stellen müssen. Dem Gericht ein Alternativbegehren zu unterbreiten, geht hingegen nicht an. Da dieses nicht zum Entscheid erhoben werden kann, ist auf den Rekurs nicht einzutreten.

Obergericht, 25. Februar 2008, ZR.2007.132

---

239 Merz, § 36 ZPO N 4a und b

240 Vgl. Weber, Berner Kommentar, Art. 72 OR N 46 ff.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 8.A., N 2278 ff.

38. Zulässigkeit eines Verbots, über ein hängiges Gerichtsverfahren zu berichten (§ 92 ZPO; Art. 6 EMRK; Art. 2 f., 9, 14 UWG; Art. 28c ZGB)

1. Die Rekurrenten, welche drei Apotheken betreiben, gaben ihren Kunden ein Rundschreiben ab, in dem unter dem Aspekt des Preises und der Sicherheit für die öffentlichen Apotheken (Stammapotheken) geworben und der Medikamentenbezug durch Versandapotheken als teurer sowie risikoreich bezeichnet wurde. Die Vorinstanz verbot ihnen auf Antrag der Rekursgegnerin, einer Versandapotheke, im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nach UWG u.a., dieses Papier zu verbreiten oder Dritten zugänglich zu machen und über das hängige Gerichtsverfahren zu berichten, solange kein rechtskräftiger Entscheid vorliege. Der Rekursgegnerin setzte sie Frist zur Klage an.

2. a) Die Vorinstanz erwog[241], das Öffentlichkeitsprinzip gemäss § 92 ZPO und Art. 6 EMRK spiele im Bereich von Entscheidungen, denen kein definitiver Charakter zukomme - insbesondere bei vorsorglichen Massnahmen - nicht. Es gehe nicht an, dass die Parteien im Stadium vorsorglicher Massnahmen, ohne dass die Kontrollmechanismen einer sachgerechten und ausgewogenen Berichterstattung bereits wirksam wären, ans Publikum gelangten und dadurch den Gang des Verfahrens indirekt beeinflussten.

b) Dieses Verbot ist nicht haltbar. Ohne klare gesetzliche Grundlage kann den Parteien auch im Stadium vorsorglicher Massnahmen nicht verboten werden, an das Publikum zu gelangen. Ob das Öffentlichkeitsprinzip für das Massnahmeverfahren gilt, ist nicht

---

[241] Unter Hinweis auf Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 92 N 1

entscheidend[242]. Die Vorinstanz schliesst vom (vermeintlich) fehlenden Öffentlichkeitsprinzip auf die fehlenden Kontrollmechanismen einer sachgerechten und ausgewogenen Berichterstattung und damit auf eine indirekte Beeinflussung des Verfahrens. Mit den Kontrollmechanismen können wohl nur die Vorschriften über die Gerichtsberichterstattung gemeint sein. Diese gelten aber nicht für die Parteien, sondern nur für die Gerichtsberichterstatter. Für diese und überhaupt für die Medien können indessen in diesem Verfahren keine Vorgaben gemacht werden.

c) Das Verbot an die Parteien, über das Verfahren zu berichten, ist somit nach den gleichen Voraussetzungen - denjenigen gemäss Art. 28c ZGB - zu beurteilen wie das Verbot, das Rundschreiben weiter zu verbreiten. Dabei hat die Rekursgegnerin diesbezüglich die Sachverhaltsgrundlagen nicht genügend glaubhaft gemacht. Ferner kann auch ihrer rechtlichen Argumentation nicht gefolgt werden.

aa) In der Gesuchsbegründung machte die Rekursgegnerin unter Hinweis auf BGE 126 III 307 geltend, an der Verbreitung unwahrer Tatsachen bestehe kein Informationsinteresse. Sodann argumentierte sie mit dem nicht öffentlichen Massnahmeverfahren, weshalb kein öffentliches Interesse an einer eigenmächtigen Berichterstattung durch die Gegenpartei bestehe. Nachdem die Gegenpartei bereits in ihrem Rundschreiben jegliche Objektivität habe vermissen lassen, sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon

---

[242] Im Übrigen ist das Öffentlichkeitsprinzip nicht nur in § 92 ZPO und Art. 6 EMRK statuiert, sondern auch in Art. 30 BV. Unter diesem Aspekt muss man sich ohnehin fragen, ob ein rein schriftliches Verfahren unter vollständigem Ausschluss der Öffentlichkeit in Massnahmeverfahren, die, wie zum Beispiel im Immaterialgüterrecht, eine eminent wichtige Bedeutung haben und häufig den Streit präjudizieren, wenn nicht erledigen, verfassungskonform ist; vgl. Steinmann, in: Die Schweizerische Bundesverfassung [Hrsg.: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender], 2. A., Art. 30 N 28 ff.

auszugehen, dass sie ohne superprovisorisches Verbot über dieses Gerichtsverfahren auf ihrer Webseite oder durch in ihren Geschäftslokalitäten aufgelegte Rundschreiben fortlaufend informieren werde. Eine derartige eigenmächtige und unkontrollierte Berichterstattung würde erneut grossen Schaden verursachen. Im Rekursverfahren argumentierte die Rekursgegnerin damit, die Rekurrenten würden für sich das Recht beanspruchen, die Öffentlichkeit über dieses Verfahren zu informieren. Angesichts dieses prozessualen Verhaltens sei eine Begehungsgefahr zu bejahen.

bb) Aus dem Verfassen des unlauteren Rundschreibens kann nicht schon gefolgert werden, dass die Rekurrenten unlauter über das hängige Verfahren berichten würden.

cc) Die rechtliche Argumentation überzeugt nur im Hinblick auf das Rundschreiben. Die Weiterverbreitung des Rundschreibens wurde den Rekurrenten aber von Anfang an mit dem Erlass der superprovisorischen Verfügung verboten. Mitteilungen oder Informationen der Rekurrenten über das hängige Verfahren können demgegenüber ohne weiteres ohne Verstoss gegen das UWG erfolgen. Es ist nicht einzusehen, inwiefern beispielsweise die Mitteilung, die Vorinstanz habe den Rekurrenten verboten, das Rundschreiben weiter zu verbreiten, weil die Aussagen im Rundschreiben insgesamt irreführend und damit unlauter seien, für sich wieder unlauter sein soll. Erst recht ist nicht ersichtlich, weshalb daraus der Rekursgegnerin ein Schaden entstehen könnte. Gleiches gilt für weitere Informationen, wie zum Beispiel, den Rekurrenten sei gerichtlich untersagt worden zu behaupten, Versandapotheken seien teurer als eine Stammapotheke, oder nur eine Stammapotheke biete den Patientinnen und Patienten volle Sicherheit. Solche Informationen würden der Rekursgegnerin eher nützen als schaden. Ebenso ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Rekurrenten nicht über die Argumentationen der Parteien informieren dürfen. Die Rekurrenten müssen lediglich die Grundsätze des UWG, von Art. 28 ZGB und die übrige Rechtsordnung beachten.

dd) Entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin besteht durchaus ein Interesse der Öffentlichkeit am Thema "Preise und Sicherheit" bei Arzneimitteln sowie an entsprechenden Vergleichen zwischen "normalen" Apotheken und Versandapotheken. Insbesondere sind Preisvergleiche in hohem Mass geeignet, Markttransparenz zu schaffen, und damit unter funktionalen Gesichtspunkten begrüssenswert. Weil sie aber wegen ihrer intensiven, die Nachfrage lenkenden Wirkung überaus missbrauchsgefährdet sind, ist mit Blick auf den Tatbestand der Irreführung ein strenger Massstab anzulegen. Wer einen Preisvergleich veröffentlicht, hat alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um eine einwandfreie, Missverständnisse ausschliessende Aufklärung des Publikums über die Art der jeweiligen Vergleichsgrundlage sicherzustellen[243]. Darüber darf aber informiert und in der Öffentlichkeit diskutiert werden, zumal sehr unsicher ist, ob bei einem korrekten und differenzierten Preis- und Leistungsvergleich das Pendel tatsächlich zu Gunsten der "normalen" Apotheken ausschlägt. Schliesslich spricht die Schriftlichkeit des Massnahmeverfahrens und die damit verbundene Unmöglichkeit für die Medien, dank Teilnahme an Verhandlungen oder Akteneinsicht über die Verfahren zu berichten, gerade nicht dafür, den Parteien jegliche Berichterstattung zu verbieten. Information und Berichterstattung haben lediglich im Rahmen der einschlägigen Bestimmungen zu erfolgen.

Obergericht, 15. August 2008, ZR.2008.37

---

[243] Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, Art. 3 lit. e N 122 f.

39. Berechtigung des Gerichtspräsidenten, telefonische Abklärungen bei einer Fachperson zu treffen, bevor er den Parteien einen Vergleich unterbreitet (§§ 95, 142 ZPO)

1. Im Forderungsprozess ist die Höhe des Schadens strittig, den die Rekurrenten an der Mietwohnung durch Abbrennen von Kerzen und Räucherstäbchen verursachten. Der Einzelrichter unterbreitete den Parteien einen Vergleichsvorschlag, den er zuvor telefonisch mit einem Malermeister besprochen hatte. Die Rekurrenten bezeichnen dieses Vorgehen als "eine Art Geheimjustiz".

2. a) Dieser Vorwurf ist unberechtigt. Der Richter hat nicht nur das Recht, sondern die Pflicht, nach Möglichkeit darauf hinzuwirken, dass die Parteien zu einer Einigung kommen. Er kann deshalb ab dem Zeitpunkt, in welchem er die Standpunkte beider Parteien kennt, jederzeit entweder eine Referentenaudienz im Sinn von § 142 ZPO anordnen, um das weitere Vorgehen zu besprechen beziehungsweise allenfalls eine Einigung der Parteien zu erzielen, oder den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreiten. Gerade in einem Prozess mit tiefem Streitwert und/oder möglicherweise unverhältnismässig hohen Expertisekosten liegt es im Interesse aller Beteiligten - des Staates eingeschlossen -, dass die Parteien ihre gerichtlichen Auseinandersetzungen raschmöglichst beilegen können. Ein Richter ist indessen auch nur ein Mensch. Er weiss vieles, aber nicht alles. Fachkenntnis eines Richters kann den Beizug eines Sachverständigen als unnötig erscheinen lassen[244]. Fehlt sie und lassen die Akten es nicht zu, dass der Richter den Parteien mit gutem Gewissen von sich aus und ohne weitere Abklärungen einen Vergleichsvorschlag unterbreitet, bleibt ihm als verantwortungsvoll handelnder Mensch gar nichts anderes übrig, als sich bei einer neutralen Fachperson nach den für seinen

---

[244] Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 196 N 3

Vorschlag massgebenden Grundlagen zu erkundigen. Nur auf diese Weise ist er in der Lage, den Parteien einen zumindest in den Ansätzen fundierten Vergleich vorzulegen und ihnen zu ermöglichen, das Verfahren mit einem für beide akzeptablen Ergebnis und mit vertretbaren Kosten abzuschliessen. Dabei ist er weder verpflichtet darzutun, bei wem er Erkundigungen tätigte, noch anzugeben, welche Informationen er der Fachperson zukommen liess. Einer solchen Offenlegung bedarf es in einem Beweisverfahren[245], nicht aber dann, wenn der vorsitzende Richter den Parteien einen unverbindlichen Vergleichsvorschlag unterbreitet. Alsdann geht es entgegen der Auffassung der Rekurrenten eben gerade nicht darum, die Grundlagen einer Entscheidung transparent zu machen; dies ist wohl erforderlich, wenn ein Gericht materiell über eine Streitsache entscheidet, nicht aber, wenn es im Belieben der Parteien ist, einen ihnen gerichtlich unterbreiteten Vorschlag anzunehmen oder abzulehnen.

b) Die Offertstellung für und die Bewertung von Malerarbeiten gehört in aller Regel nicht zum Kerngebiet eines Juristen. Dass der Einzelrichter sein fehlendes Wissen informell durch telefonische Kontaktaufnahme mit einer Fachperson kompensierte, bevor er den Parteien einen Vergleichsvorschlag machte, lässt sich deshalb nicht beanstanden.

Obergericht, 15. September 2008, ZR.2008.66

---

[245] Vgl. z.B. § 199 Abs. 2 ZPO

40. Ein auf dem Zirkulationsweg gefälltes Urteil ist nicht nichtig (§§ 104, 106 ZPO)

1. Die Berufungsklägerin hielt dafür, ein auf dem Zirkulationsweg gefälltes - oder wie hier abgeändertes - Urteil sei nichtig.

2. Das ist zu verneinen: Zwar scheint die ZPO gestützt auf den Wortlaut von §§ 104 und 106 ZPO davon auszugehen, bei der Beratung und Entscheidfällung hätten die beteiligten Richter anwesend zu sein. Das entspricht auch dem Regelfall. Ausgeschlossen ist die Entscheidfällung auf dem Zirkulationsweg aber nicht. § 6 der Verordnung des Obergerichts über die Organisation und den Geschäftsgang[246] sieht denn auch ausdrücklich vor, das Obergericht habe seine Entscheide in der Regel nach mündlicher Beratung zu fällen. Bei offensichtlich klarer Rechtslage oder bei Dringlichkeit könne die Beschlussfassung auf dem Zirkulationsweg erfolgen, sofern kein Mitglied des Gerichts Einspruch erhebe. Die Verordnung des Obergerichts über die Organisation und die Geschäftsführung der unteren gerichtlichen Behörden[247] äussert sich zur Art der Beschlussfassung nicht. Gerade in einem komplizierten Abrechnungsprozess macht es aber durchaus Sinn, ein Urteil auf dem Zirkulationsweg zu fällen, wenn sich nach einer ersten Beratung und der Urteilsbegründung beispielsweise Rechnungsfehler oder sonstige Unstimmigkeiten ergeben. Das gilt umso mehr, als das Gericht erst von der Eröffnung des Entscheids, nicht schon von der Ausfällung an gebunden ist[248]. In solchen Fällen ist auch nicht von einem eigentlichen Zirkularentscheid auszugehen, da vorgängig ja eine Urteilsberatung stattfand und es nur noch um Anpassungen geht.

---

[246] RB 173.121
[247] RB 173.131
[248] RBOG 2001 Nr. 36

3. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, was die Berufungsklägerin mit ihren Vorbringen erreichen will. Das Obergericht ist nicht daran gehindert, gestützt auf § 233 ZPO mit voller Kognition einen neuen, das möglicherweise mangelhafte erstinstanzliche Urteil (oder gegebenenfalls sogar Nicht-Urteil) ersetzenden Berufungsentscheid zu fällen, da ohne weiteres eine taugliche Basis für einen Sachentscheid der Rechtsmittelinstanz vorhanden ist[249]. Die Berufungsklägerin beantragte denn auch keine Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid.

Obergericht, 23. September 2008, ZBO.2008.2

41. Falsche Parteibezeichnung in der Weisung; Korrektur im Verfahren vor dem Einzelrichter (§§ 135, 159 ZPO)

1. Die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft klagten gegen den Beschwerdeführer auf Bezahlung einer bestimmten Summe; in ihrem Vorstandsbegehren bezeichneten die Gesellschafter korrekterweise sich selbst und nicht die einfache Gesellschaft als klagende Partei. In der darauf ausgestellten Weisung führte der Friedensrichter aber die einfache Gesellschaft und nicht deren einzelne Gesellschafter als Partei auf. Im Verlauf der Hauptverhandlung gewahrte die Vorinstanz dann, dass der Friedensrichter eine unkorrekte Bezeichnung der Klägerin in die Weisung aufgenommen hatte.

2. Offensichtlich unrichtige Parteibezeichnungen sind von Amtes wegen oder auf Parteiantrag zu berichtigen[250]. Wenn die Vorin-

---

[249] RBOG 2001 Nr. 36
[250] Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 19 N 1

stanz im Sinn einer Berichtigung der Parteibezeichnung im Rubrum des angefochtenen Entscheids die korrekte Parteibezeichnung aufführte, ohne entsprechend § 135 ZPO vom Friedensrichteramt die Verbesserung der Weisung zu verlangen, ist dies jedenfalls nicht zu beanstanden[251]. Jedes andere Verhalten hätte als überspitzter Formalismus betrachtet werden müssen. Zudem sieht das Gesetz für das Verfahren vor dem Einzelrichter aus Gründen der Prozessökonomie besondere Freiheiten vor. Der Einzelrichter muss gemäss § 159 ZPO die Regeln der ZPO nicht in aller Strenge einhalten. Insbesondere hat er auf die Feststellung des richtigen Sachverhalts hinzuwirken; eine Partei soll bei Prozessen vermögensrechtlicher Natur mit geringem Streitwert nicht allein deshalb, weil sie die Fallstricke der Zivilprozessordnung nicht kennt, gezwungen werden, einen Anwalt beizuziehen oder Gefahr laufen, ohne einen solchen nicht zu ihrem Recht zu gelangen[252]. Hier war der klagenden Partei mit Bezug auf die unkorrekte Parteibezeichnung in der Weisung kein Fehler vorzuwerfen. Es war daher aus prozessökonomischen Gründen gerechtfertigt, ohne formelle Korrektur der Weisung einen Entscheid zu fällen.

Obergericht, 25. Januar 2008, AJR.2008.1

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 8. Mai 2008 nicht ein (4D_53/2008).

---

[251] Vgl. Merz, § 135 ZPO N 1a: Verzicht einer Nachfristansetzung bei unkorrekter Angabe des Namens einer Partei oder bei fehlender Nennung der Nebenpersonen

[252] Merz, § 159 ZPO N 1

42. Anwesenheit von Drittpersonen bei Einvernahmen von Zeugen und Parteien in eherechtlichen Verfahren; Präzisierung von RBOG 1989 Nr. 33 (§§ 153 Abs. 2, 214 ZPO; Art. 137 Abs. 2, 176 ZGB)

1. Zwischen den Parteien ist der Abänderungsprozess hängig. Der Rekurrent beanstandet, dass seine geschiedene Ehefrau im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens in Anwesenheit einer Drittperson befragt wurde.

2. a) Gemäss § 153 Abs. 2 ZPO hat im Untersuchungsverfahren - und damit auch im Prozess betreffend Abänderung eines Scheidungsurteils[253] - die Einvernahme von Parteien und Zeugen in Abwesenheit von Dritten zu erfolgen. Über vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Ehescheidungs- oder Abänderungsverfahrens sowie über Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft wird zwar nicht im Untersuchungs-, sondern im summarischen Verfahren entschieden[254]; trotzdem gelangt gemäss konstanter Praxis § 153 Abs. 2 ZPO nicht nur im Hauptprozess, sondern auch dann zur Anwendung, wenn in solchen Summarverfahren Partei- oder Zeugeneinvernahmen durchgeführt werden müssen[255]. Als Dritte gelten gemäss ausdrücklichem gesetzlichem Hinweis insbesondere Rechtsvertreter, gleichermassen aber auch die Gerichtsschreiberin oder der Gerichtsschreiber sowie, bei Zeugenbefragungen, eine oder beide Parteien[256] und schliesslich auch Rechtspraktikantinnen und -praktikanten. Die Einvernahme der Parteien und Zeugen in Abwesenheit Dritter bezweckt, eine Sphäre des Vertrauens zwischen dem Instruktionsrichter und der einzuvernehmenden Person zu schaffen. Sie ermöglicht es dem Richter,

---

253 Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 152 N 1
254 § 172 Ziff. 3a und Ziff. 8 ZPO
255 Merz, § 153 ZPO N 5c
256 RBOG 1989 Nr. 33 S. 145

(allenfalls für beide Parteien) zu klärende Fragen zu stellen, auf das Wesentliche hinzuführen und auch nicht verbale Botschaften sorgfältig zu beachten. Darüber hinaus wird im direkten Gespräch unter vier Augen erfahrungsgemäss leichter über private Angelegenheiten gesprochen[257]. Gemäss RBOG 1989 Nr. 33 ist eine Einvernahme ungültig und muss wiederholt werden, wenn die Parteien oder Zeugen in Anwesenheit Dritter befragt wurden.

b) Tatsache ist, dass an den Befragungen, welche der Vizepräsident des Bezirksgerichts mit der Rekursgegnerin im Rahmen des Abänderungsprozesses durchführte, gemäss den beiden Protokollen eine Drittperson anwesend war. Die Gründe hiefür sind nicht bekannt; weder kann den Unterlagen hiezu etwas entnommen werden, noch äussern sich die Rekursgegnerin oder die Vorinstanz zum Grund für die Anwesenheit einer Drittperson bei den beiden Befragungen. Allein weil die Einvernahmen der Rekursgegnerin formell in nicht korrekter Weise, nämlich entgegen § 153 Abs. 2 ZPO durchgeführt wurden, werden jedoch weder diese Befragung noch der angefochtene Entscheid ungültig:

Zum einen bezieht sich die Praxis, dass § 153 Abs. 2 ZPO auch in einem mit einem Hauptprozess zusammenhängenden Summarverfahren Anwendung findet, auf ein nicht publiziertes Präjudiz aus dem Jahr 1999. Damals war gerügt worden, die Vorinstanz sei im Summarverfahren teilweise nach den Bestimmungen des Untersuchungsverfahrens vorgegangen, indem sie den Sohn in Abwesenheit der Parteien befragt habe; das Obergericht hielt dazu fest, die Befragung des Sohnes sei im Rahmen des Hauptprozesses erfolgt, und zudem seien "§§ 152 ff. ZPO zumindest sinngemäss auch im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen nach Art. 145 ZGB anwend-

---

[257] RBOG 1992 Nr. 33

bar", da sich schlüssig nicht begründen liesse, im Hauptprozess die Einvernahme der Parteien und Zeugen in Abwesenheit Dritter durchzuführen, während im Massnahmeverfahren bei allfälligen Partei- und Zeugenbefragungen § 153 Abs. 2 ZPO keine Anwendung finden sollte. Weil dieses Präjudiz zu Recht bloss von sinngemässer Anwendung spricht und auch nach der Gesetzessystematik ohnehin nur eine analoge Anwendung von § 153 Abs. 2 ZPO in Betracht kommt, kann schon nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, eine Verletzung von § 153 Abs. 2 ZPO im summarischen Massnahmeverfahren unterliege derselben relativ strengen Sanktion wie im Hauptprozess.

Zum anderen ist unsicher, ob die in RBOG 1989 Nr. 33 vorgesehene Rechtsfolge in der heutigen Zeit noch unbesehen Gültigkeit haben kann. Das gilt formell betrachtet schon mit Blick auf die Tatsache, dass in verschiedener Hinsicht Gesetzesänderungen eingetreten sind: Mit Blick auf die Vertretung des Kindes gemäss Art. 146 ZGB[258] kann eine Kinderanhörung nicht mehr in allen Fällen entsprechend § 153 Abs. 2 ZPO erfolgen; dasselbe gilt mit Blick auf die Rechte des Opfers[259] in Fällen, in welchen ein familienrechtlicher Prozess wesentlich mit einem Strafverfahren zusammenhängt. Aus materieller Sicht bleibt zu beachten, dass sich die in RBOG 1989 Nr. 33 festgelegte Rechtsfolge auf eine Zeugeneinvernahme bezog, welche an einem doppelten Mangel litt: Einerseits wurde dabei gegen § 153 Abs. 2 ZPO verstossen, und andererseits blieb unklar, ob und zu welchem Zeitpunkt die befragte Person auf das Zeugnisverweigerungsrecht aufmerksam gemacht worden war; dass insbesondere der letztere Punkt schon nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen zur Ungültigkeit der Zeugenbefragung führt, ist offensichtlich, während

---

[258] In Kraft seit 1. Januar 2000
[259] Art. 7 OHG, in Kraft seit 1. Januar 1993

aufgrund dieses Präjudizes nicht ganz klar ist, ob die Anwesenheit Dritter für sich allein schon ohne weiteres zur Ungültigkeit geführt hätte. Von solchen Fällen zu unterscheiden ist aber ohnehin die Situation, in welcher die Partei selbst befragt wird. Stehen Zeugeneinvernahmen zur Diskussion, ist es im Interesse aller Beteiligten, dass niemand anders als der Gerichtsvorsitzende die Aussagen der befragten Person - sie beziehen sich meist auf sehr persönliche Vorfälle - mitverfolgt. Um ihnen unbelastete Äusserungen zu ermöglichen, sind die Befragungen stets in Abwesenheit von Drittpersonen vorzunehmen. Anders liegen die Dinge, wenn die Partei sie selbst betreffende Geschehnisse zu schildern hat. Selbstverständlich kann sie sich - auch im Nachhinein durch ihren Rechtsvertreter - dagegen verwahren, dass eine Drittperson bei der Einvernahme anwesend ist beziehungsweise war. Zieht sie selbst es aber aus welchen Gründen auch immer vor, eine ihr bekannte Person anlässlich ihrer Befragung bei sich zu haben, sollte ihr dies gestattet sein, wobei sie sich alsdann natürlich nicht im Nachhinein auf § 153 Abs. 2 ZPO berufen kann. Ist eine Drittperson bei der Befragung einer Partei anwesend, entsteht der Gegenpartei daraus kein Nachteil. Bei Anwesenheit einer von der Streitsache nicht betroffenen Person auf Wunsch der einzuvernehmenden Partei besteht auch nicht die Gefahr, dass die durch die Befragung zu eruierenden Fakten allenfalls nicht ans Licht kommen, dass sich die Partei mit anderen Worten nicht unbelastet äussern kann. Vielmehr muss vom Gegenteil ausgegangen werden, nämlich davon, dass sie sich durch die von ihr gewünschte Anwesenheit einer Drittperson gestärkt fühlt. Dies kann dem Zweck des Verfahrens, der umfassenden Abklärung des Sachverhalts[260], nur dienlich sein, kommen doch auf diese Weise allenfalls Themen und Diskussionspunkte zur Sprache, über die eine Partei ohne "Schützenhilfe" nicht zu sprechen gewagt hätte. Es ist im

---

[260] Vgl. § 153 Abs. 1 ZPO

Übrigen nicht zu verkennen, dass sich eine § 153 Abs. 2 ZPO entsprechende Bestimmung in modernen Prozessordnungen nicht mehr findet.

Schliesslich ist nicht zu erkennen, welchen Nutzen es haben sollte, wenn die in Frage stehenden Einvernahmen mit der Rekursgegnerin tatsächlich wiederholt werden müssten. Es ist offensichtlich, dass sich materiell nichts Anderes und nichts Neues ergeben könnte, so dass es sich auch aus der Sicht der Prozessökonomie kaum rechtfertigen würde, von einer Ungültigkeit der Befragungen der Rekursgegnerin auszugehen.

Obergericht, 15. September 2008, ZR.2008.55

43. Autopsie als vorläufige Beweissicherung; Bedeutung und Gültigkeit einer Patientenverfügung (§ 170 ZPO; § 34 GG; Art. 370 f. E ZGB; Art. 10 BV)

1. Der Rekurrent verlangte die Autopsie seines eine Woche zuvor verstorbenen Cousins. Das Vizegerichtspräsidium wies das Gesuch ab.

2. Der Rekurrent hat bisher noch kein zivilrechtliches Hauptverfahren eingeleitet, so dass § 176 ZPO als Rechtsgrundlage für sein Begehren nicht in Betracht kommt. Damit kann das Begehren um Autopsie einzig als Gesuch um vorläufige Beweissicherung erfolgen und lediglich gestützt auf § 170 ZPO gestellt werden.

3. a) Voraussetzung von § 170 ZPO ist ein Bedürfnis nach sofortigem Rechtsschutz[261]. Es müssen ein rechtsschutzwürdiges Interesse und eine Gefährdung desselben glaubhaft gemacht werden[262]; dies wird bejaht, wenn bestimmte Beweise in einem nachfolgenden Prozess nicht mehr erhoben werden können[263]. Nachdem an die Glaubhaftmachung der Beweisgefährdung keine strengen Anforderungen zu stellen sind[264], liegt hier eine Beweisgefährdung wohl grundsätzlich vor, da sich nach einer allfälligen Kremation der Leiche die Todesursache nicht mehr in gleicher Weise feststellen lässt. Dieser theoretisch vorliegenden Beweisgefährdung fehlt jedoch jeglicher Zusammenhang mit einem erkennbaren Rechtsschutzinteresse: Zwar ist ein späteres Hauptverfahren keineswegs zwingend und der Nachweis eines bevorstehenden Verfahrens daher keine Bedingung für die Bewilligung der Beweisabnahme nach §§ 170 f. ZPO[265]. Der Rekurrent macht indessen keine möglichen Ansprüche geltend, so dass gar nicht zu erkennen ist, welchem Zweck die von ihm verlangte Autopsie in zivilrechtlicher Hinsicht überhaupt dienen soll. Das gilt insbesondere auch mit Blick auf die Tatsache, dass das Verwandtschaftsverhältnis eines Cousins nicht sonderlich eng ist und unbekannt bleibt, ob nicht allenfalls nähere Verwandte mit besseren Rechten bestehen.

b) Der Verstorbene unterzeichnete eine Patientenverfügung, mit welcher er sich ausdrücklich gegen eine Autopsie aussprach.

Die durch Art. 10 BV gewährleistete persönliche Freiheit beinhaltet das Recht auf Wahrung der Menschenwürde[266]. Nach der Rechtsprechung zum ungeschriebenen Verfassungsrecht ist die persön-

---

261 Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 170 N 1
262 RBOG 1984 Nr. 18
263 RBOG 1981 Nr. 16
264 Merz, § 170 ZPO N 1b
265 Merz, § 170 ZPO N 1b
266 Art. 7 BV; BGE 126 I 114

liche Freiheit nicht auf die Lebensdauer des Menschen beschränkt; sie dauert über den Tod hinaus fort und ermöglicht es jedermann, im Voraus über das Schicksal seines toten Körpers zu bestimmen und sich gegen jeden unerlaubten Eingriff zu schützen, handle es sich um Organentnahmen oder eine Obduktion[267]. Es ist allgemein anerkannt, dass die dem Toten geschuldete Achtung sich aus dem Recht auf Wahrung der Menschenwürde ableitet. Das Recht auf Achtung des Privatlebens schliesst auch das Recht mit ein, über das Schicksal des eigenen Leichnams zu bestimmen und sich gegen jede Verletzung der körperlichen Integrität zu schützen[268].

Die heutige Rechtsprechung zu den Patientenverfügungen wird im Entwurf für das neue Vormundschaftsrecht zusammengefasst[269]: Gemäss Art. 370 E ZGB kann eine urteilsfähige Person in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt. Gemäss Art. 371 Abs. 1 E ZGB ist die Patientenverfügung schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen. Der Patientenverfügung ist zu entsprechen, ausser wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst, oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht[270].

Gemäss § 34 GG[271] darf eine Obduktion nur vorgenommen werden, sofern der Verstorbene oder an seiner Stelle die nächsten Angehörigen nicht anders verfügt haben.

---

[267] Pra 90, 2001, Nr. 161 S. 965 f.; BGE 111 Ia 231; 98 Ia 520
[268] Pra 90, 2001, Nr. 161 S. 966
[269] BBl 2006 S. 7142 f.
[270] Art. 372 Abs. 2 E ZGB
[271] Gesundheitsgesetz, RB 810.1

Zusammengefasst ist eine solche Patientenverfügung grundsätzlich auch vom Zivilrichter zu beachten; lediglich die Strafverfolgungsbehörden sind an eine solche Verfügung nicht gebunden.

c) Der Rekurrent bestreitet sinngemäss die Gültigkeit der Patientenverfügung. Er macht geltend, diese Patientenverfügung sei vom Verstorbenen nicht datiert worden. Dieser sei überdies urteilsunfähig gewesen, wofür der Rekurrent auf diverse Briefe des Verstorbenen und die Umstände der Klinikeinweisung verweist.

aa) Die Patientenverfügung ist mit dem 18. Mai 2005 datiert. Sie ist zwar nicht vollumfänglich eigenhändig geschrieben, sondern im Rahmen eines entsprechenden Formulars erklärt worden, was aber durchaus üblich ist. Eine Patientenverfügung muss eben nicht in Form eines Testaments errichtet werden, weil sie als blosse Anordnung, wie die Behandlung durch den Arzt zu erfolgen hat, zu qualifizieren ist[272]. Es geht hier konkret um Anordnungen des Verstorbenen mit Bezug auf den Umgang mit seinem Körper nach dem Tod. Dabei handelt es sich um die Ausübung absolut höchstpersönlicher Rechte des Verstorbenen, welche ungeachtet allfälliger Formvorschriften zu beachten sind.

bb) Die Urteilsfähigkeit besteht aus zwei Elementen, einem verstandesmässigen und einem willensmässigen oder charakterlichen, nämlich der Fähigkeit, erstens den Sinn, die Zweckmässigkeit und die Auswirkungen einer konkreten Handlung zu erkennen, und zweitens nach freiem Willen gemäss dieser Einsicht zu handeln. Die

---

[272] Breitschmid, Vorsorgevollmachten - ein Institut im Spannungsfeld von Personen-Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, in: ZVW 2001 S. 151

Urteilsfähigkeit ist keine Eigenschaft der Person an sich, sondern muss immer in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft gegeben sein[273].

Liest man die Briefe des Verstorbenen, so erhellt daraus, dass seine Gedanken wohl etwas wirr waren; ebenso folgt daraus aber auch, dass er an sich durchaus in der Lage war, seinen Körper und die Umwelt wahrzunehmen. Es bedarf keiner grossen intellektuellen Fähigkeiten, um beurteilen zu können, ob man seinen Körper nach dem Tod für eine allfällige Autopsie freigeben, d.h. einen Mediziner am verstorbenen eigenen Körper herumschneiden lassen will. Der Patientenverfügung ist ausserdem zu entnehmen, dass sich der Verstorbene auch ausdrücklich gegen eine Organentnahme aussprach, der Patient sich mithin gegen jeglichen Eingriff in seine körperliche Integrität nach seinem Tod wandte. Dieser Wille geht dem Wunsch des Rekurrenten vor und ist zivilrechtlich zu schützen. Eine unzulässige Beeinflussung durch Dritte ist äusserst unwahrscheinlich, nachdem entsprechende Anhaltspunkte völlig fehlen; das gilt insbesondere auch, weil solche Dritteinwirkungen in der Regel nur erfolgen, um eine spätere Obduktion und Organentnahme zu ermöglichen.

d) Sollte der Rekurrent der Auffassung sein, eine Autopsie sei aus strafrechtlicher Sicht notwendig, hat er sich an die Staatsanwaltschaft zu halten. Der Zivilrichter ist hiefür nicht zuständig.

4. Damit ist der Rekurs abzuweisen.

Obergericht, 18. Januar 2008, ZR.2008.5

---

[273] Weimar, Berner Kommentar, Art. 467 ZGB N 5

44. Elektronische Datenträger als Beweismittel (§ 189 ZPO)

1. Die Rekurrentin reicht zum Nachweis für ihre Behauptungen eine CD mit fünf Fotos sowie eine solche mit sieben Fotos ein.

2. Beweisurkunden sind in der Regel im Original einzureichen[274]. In Betracht kommen folglich auch Fotokopien der Beweisurkunden, darüber hinaus Mikrofilme beziehungsweise deren Vergrösserungen und automatisierte Datenträger. Im Streitfall ist es Sache der richterlichen Beweiswürdigung, ob auf Kopien der genannten Art abgestellt oder aber - innert Nachfrist - Vorlage des Originals respektive einer beglaubigten Abschrift verlangt wird[275].

Computerdisketten können grundsätzlich durchaus ein geeignetes Beweismittel sein. Sind darauf lediglich Fotos enthalten, muss von einer Partei aber verlangt werden, dass sie diese auf Papier ausdruckt und in dieser Form dem Gericht einreicht. Sowohl diesem als auch der Gegenpartei ist ein Beweismittel so vorzulegen, dass es ohne Hilfsmittel gewürdigt werden kann, sofern dies seiner Natur entsprechend möglich ist; es kann von ihnen nicht verlangt werden, eine CD durchsuchen zu müssen, um festzustellen, welches die nötigen und brauchbaren Fotos sind. Abgesehen davon ist dann, wenn die Beweismittel auf der CD enthalten sind, im Rechtsmittelverfahren auch nicht überprüfbar, ob neue Bilder eingereicht werden.

Obergericht, 25. Februar 2008, ZR.2007.132

---

[274] § 189 Abs. 1 ZPO

[275] RBOG 1990 Nr. 33; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 189 N 1

45. Sitzungspolizeiliche Befugnisse des Gerichtspräsidenten (§ 36 StPO)

1. a) Gemäss § 36 Abs. 1 StPO sorgt der Gerichtspräsident für Ruhe und Ordnung in der Sitzung. Er kann störende Personen wegweisen und ihnen überdies eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 200.00 auferlegen. Er kann nötigenfalls die Öffentlichkeit der Verhandlung zeitweise aufheben.

b) Die Pflicht, in der Sitzung für Ruhe und Ordnung zu sorgen, gilt nicht erst ab Sitzungsbeginn, sondern schon bei der Vorbereitung der Verhandlung[276]. Werden ernsthafte Störungen oder Gefährdungen befürchtet, entscheidet der Gerichtspräsident oder Gerichtsvorsitzende nach pflichtgemässem Ermessen, welche Sicherheitsvorkehren im Einzelfall notwendig und angemessen sind[277]. Ruhe und Ordnung können etwa durch die Anwesenheit von Polizeibeamten im Sitzungssaal und/oder innerhalb und ausserhalb des Gerichtsgebäudes sichergestellt werden. Im Weiteren kann die Anordnung einer Personenkontrolle am Eingang und die Durchsuchung von Personen nach Waffen oder gefährlichen Gegenständen vor dem Eintritt ins Gericht angezeigt sein[278]. Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist nicht verletzt, wenn der Zugang zum Gerichtsgebäude nur Personen gestattet wird, die sich ausweisen können, und es kann zulässig sein, zur Kontrolle der Echtheit der vorgezeigten Ausweise eine Datenverarbeitungsanlage abzufragen oder Zuhörer zu Kontrollzwecken zu registrieren; sogar das Fotografieren von Zuhörern wurde schon für zulässig erachtet. Solche einschneidenden Massnahmen aber dürfen nur in besonderen Ausnahmefällen für zulässig angesehen werden, wenn anders ein geordne-

---

[276] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 36 N 1
[277] Diemer, Karlsruher Kommentar, § 169 GVG N 10
[278] Zweidler, § 36 StPO N 1

ter Gang der Rechtspflege nicht mehr gewährleistet ist. Sodann kommt nicht jede möglicherweise als psychologische Hemmschwelle wirkende Sicherheitsmassnahme einer Verweigerung des Zutritts gleich. Im Einzelfall kommt es auf eine sorgfältige Abwägung der drohenden Gefahr von Störungen einerseits und der Wichtigkeit des Öffentlichkeitsgrundsatzes andererseits an[279].

2. Die Zulässigkeit der Durchsuchung der Zuschauer auf Waffen blieb unbestritten. Angefochten ist einzig die Angemessenheit der vom Gerichtsvorsitzenden angeordneten Personenkontrolle samt Verzeichnung der Zuschauer in einer Liste. Der Beschwerdeführer erblickt darin eine Verletzung der Öffentlichkeit der Verhandlung, indem eine solche Massnahme Personen von der Teilnahme an der Verhandlung abhalten könnte. Demgegenüber weist der Präsident des Bezirksgerichts auf die Vorfälle und insbesondere das ungebührliche Verhalten des Beschwerdeführers anlässlich der zweiten Hauptverhandlung hin.

a) Nachdem der Angeklagte der Vorladung zur zweiten Hauptverhandlung nicht Folge geleistet hatte, beriet die Bezirksgerichtliche Kommission über das weitere Vorgehen. Während dieser Beratung betrat gemäss der unbestritten gebliebenen Darstellung des Präsidenten des Bezirksgerichts der Beschwerdeführer eigenmächtig den Gerichtssaal und verlangte energisch, der Angeklagte sei polizeilich vorführen zu lassen. Das Gericht entschied anders und beschloss, den Angeklagten unter dem Druck polizeilicher Vorführung zu einem "freiwilligen" Erscheinen zu einer dritten Hauptverhandlung zu bewegen. Bei der öffentlichen Verkündung des entsprechenden Beschlusses samt mündlicher Begründung unterbrachen der Beschwerdeführer und weitere Zuschauer den Gerichtsvorsitzenden mehrmals und bezeichne-

---

[279] Diemer, § 169 GVG N 10

ten das Gericht als "Mafia" und dessen Vorgehen als "Schweinerei". Die Aufforderung zum Verlassen des Gerichtssaals befolgten sie nicht. Erst als die Polizei herbeigerufen wurde, zogen sich der Beschwerdeführer und die weiteren Störer zurück, wobei ersterer die Tür des Gerichtssaals in unkontrollierter Wut zuschlug.

b) Angesichts dieses Tumults an der zweiten Hauptverhandlung war der Gerichtspräsident ohne jeden Zweifel gezwungen, im Hinblick auf die dritte Hauptverhandlung Massnahmen zur Wahrung von Ruhe und Ordnung zu ergreifen. Es bestand keinerlei Veranlassung, darauf zu hoffen, der Beschwerdeführer und die weiteren Zuschauer, die den Prozess verfolgen wollten, würden sich angesichts ihres offensichtlichen Hasses gegenüber dem Gericht und dem Angeklagten in ihrem Auftritt mässigen; aufgrund der zu Tage getretenen Wut konnte nicht einmal ausgeschlossen werden, dass sich die Aggressivität auch gegen den Angeklagten richten könnte. Diese Einschätzung wurde noch bestätigt durch die allgemein bekannten Leserbriefe in der Thurgauer Tagespresse, in welchen in gehässigem Ton nicht nur die Amtsenthebung des Gerichtspräsidenten gefordert, sondern auch verlangt wurde, den Angeklagten hinter Gitter zu bringen. Die dabei nebst der auch vom Beschwerdeführer für rechtmässig gehaltenen Kontrolle angeordnete Registrierung der Zuschauer zur Sicherstellung eines geordneten Verfahrensablaufs trug den beiden zu berücksichtigenden Interessen - Ruhe und Ordnung einerseits und Öffentlichkeit andererseits - angemessen Rechnung: Die Registrierung der Zuschauer war offensichtlich geeignet, präventiv für Ruhe und Ordnung zu sorgen, musste doch an der dritten Hauptverhandlung immerhin nur noch eine einzige Zuschauerin wegen eines unflätigen Zwischenrufs des Gerichtssaals verwiesen werden; ausserdem bot die Anordnung Gewähr, im Fall eines erneuten Tumults den Kreis der Beteiligten entscheidend einzugrenzen. Massnahmen, die für die Zuschauer weniger weit gegangen, aber mit Blick auf den störungsfreien Gang des Verfahrens etwa gleich wirksam gewesen wären, sind wohl denkbar;

insofern weist der Beschwerdeführer zu Recht darauf hin, dass Störungen auch mittels Polizeipräsenz im Gerichtssaal hätte vorgebeugt werden können. Indessen war bei der Wahl der Massnahme auch zu berücksichtigen, dass die Präsenz von Polizeibeamten während der gesamten Verhandlung mit einem bedeutend grösseren Aufwand an Personal und Zeit und damit letztlich auch an Kosten verbunden gewesen wäre als die blosse Eingangskontrolle samt Registrierung. In Würdigung auch dieses Gesichtspunkts erweist sich die vom Gerichtsvorsitzenden angeordnete Massnahme als geeignetes und durchaus vernünftiges Mittel zur Sicherstellung von Ruhe und Ordnung, welches sich offensichtlich ohne weiteres innerhalb des dem Gerichtsvorsitzenden zustehenden Ermessens bewegt. Fehl geht es jedenfalls, dem Gerichtsvorsitzenden die Ausübung politisch motivierter Macht vorzuwerfen, und davon, dass mit der Registrierung faktisch der Zutritt verweigert worden sei, kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil nicht geltend gemacht wurde, es habe wegen der Registrierung auch nur ein einziger Zuschauer von der Beobachtung des Prozesses Abstand genommen. Schliesslich ist anzumerken, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht einzig die Sicherstellung der Öffentlichkeit einer Verhandlung bezweckt, denn Ziel ist vorab die Garantie eines fairen Verfahrens und dies vor allem auch im Interesse des Angeklagten[280]. Auch unter diesem Blickwinkel ist die angeordnete Registrierung mit dem Öffentlichkeitsprinzip gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK absolut vereinbar.

Obergericht, 23. Juni 2008, SW.2008.5

Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 15. Dezember 2008 ab (1C_332/2008).

---

[280] BGE 117 Ia 389

46. Abwesenheitsverfahren (§ 167 Abs. 1 StPO)

1. Ist der Angeklagte trotz gehöriger Vorladung unentschuldigt nicht erschienen, so ist die Verhandlung und Beurteilung entsprechend § 167 Abs. 1 StPO in der Regel ohne ihn durchzuführen, wenn die Akten als Entscheidungsgrundlage genügen.

2. Abwesenheitsverfahren sind zulässig, sofern der in Abwesenheit Verurteilte nachträglich eine Neubeurteilung verlangen kann; vorbehalten bleiben nur die Fälle, in welchen der in Abwesenheit Verurteilte sich weigerte, an der Verhandlung teilzunehmen, oder wenn er die Unmöglichkeit der Teilnahme selbst verschuldete[281]. Ein allfälliger Verzicht auf das Recht, an der Verhandlung persönlich teilzunehmen, muss unmissverständlich erklärt werden und von einem Minimum von Garantien begleitet sein, welche die Auswirkungen des Verzichts ausgleichen[282]. § 167 Abs. 1 StPO lässt sich insofern verfassungs- und konventionskonform auslegen; allerdings muss die Frage, ob trotz unentschuldigter Abwesenheit des Angeklagten verhandelt und geurteilt werden kann, im Einzelfall - neben den in § 167 Abs. 1 StPO genannten Voraussetzungen - vorab danach entschieden werden, ob der Betroffene trotz des Abwesenheitsverfahrens seine Verteidigungs- und Anhörungsrechte in genügendem Mass zu wahren vermag[283].

3. Hat der unentschuldigt nicht erschienene Angeklagte tatsächlich unverschuldet keine Kenntnis von der Vorladung erhalten, sind an sich die Vorschriften über die Wiederherstellung massgebend. Eine entsprechende Rüge ist auch erst im Berufungsverfahren möglich,

---

[281] BGE 127 I 215 f., 126 I 36 ff.; vgl. RBOG 1992 Nr. 16
[282] BGE 127 I 216
[283] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 167 N 7

denn wird gegen das Abwesenheitsurteil Berufung erklärt, ist gleichgültig, ob die Abwesenheit des Angeklagten im erstinstanzlichen Verfahren entschuldbar war, da er sich im Berufungsverfahren vollumfänglich äussern kann[284]. Das bedeutet aber nicht, dass die erste Instanz das Verfahren einfach fortsetzen kann, wenn sie feststellt, dass im Zusammenhang mit der Vorladung Probleme bestehen: Ergibt sich im Verlauf der Hauptverhandlung, dass die Anwesenheit des Angeklagten entgegen ursprünglicher Annahme unerlässlich ist, muss die Hauptverhandlung verschoben werden[285]. Nicht anders verhält es sich, wenn festgestellt wird, dass die Vorladung dem Angeklagten offenbar nicht zuging, selbst wenn diese Feststellung erst nach Fällung des Urteils, aber vor der Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids erfolgt.

4. a) Der Berufungskläger wohnte nach seinen eigenen Angaben bis anfangs November 2007 in A; diese Adresse war auch in den Akten enthalten. Der Berufungskläger macht geltend, in der Folge habe er einen stationären Aufenthalt in der Psychiatrischen Klinik gehabt, der bis März 2008 gedauert habe; seither sei er bei seiner Mutter gemeldet.

b) Schlussbericht und Anklageschrift datieren vom April 2007 beziehungsweise Januar 2008; beide vermerken für den Berufungskläger die alte und mittlerweile ungültige Adresse. Ob die Anklageschrift zugestellt werden konnte, ist nicht aktenkundig; mangels entsprechender Belege in den Akten muss zugunsten des Berufungsklägers davon ausgegangen werden, sie sei nicht zugestellt worden. Die Vorladung für die Hauptverhandlung wurde wieder an die alte Adresse gesandt, kam aber mit dem (falschen) Vermerk "Nicht abgeholt"

---

[284] Zweidler, § 167 StPO N 6
[285] MKGE 10 Nr. 73

von der Post zurück; daraufhin wurde sie nochmals mit gewöhnlicher Post zugestellt, zwangsläufig aber wieder an die falsche Adresse. Dieser Brief kam erst nach der Hauptverhandlung zurück, diesmal mit dem Doppelvermerk "Annahme verweigert" und "Abgereist"; die Gerichtsweibelin erkundigte sich darauf hin bei der Einwohnerkontrolle in A, welche ihr die neue Adresse mitteilte. Das Urteil wurde in der Folge an diese Adresse zugestellt, kam jedoch mit dem Vermerk "Empfänger konnte unter der angegebenen Adresse nicht ermittelt werden" zurück, worauf es polizeilich zugestellt wurde.

c) Natürlich hätte den Berufungskläger die Obliegenheit getroffen, die Adressänderung zu melden. Die Rechtsprechung, wonach der Betroffene die Folgen der unterlassen Meldung einer Adressänderung selbst zu tragen hat[286], bezieht sich allerdings nicht auf den Fall, in welchem dem Gericht die Adressänderung bekannt wird. Hier erlangte das Gericht nach Durchführung der Hauptverhandlung, aber vor dem Versand des Urteils Kenntnis von der Adressänderung. Schon aufgrund dieses Umstands hätte das Gericht neu vorladen und eine nochmalige Hauptverhandlung durchführen müssen.

5. Hier kommt indessen noch ein weiteres Problem dazu: Mit der Anklage wurde die Verurteilung des Angeklagten wegen verschiedener Delikte und seine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von vier Monaten, eventuell mit 480 Stunden gemeinnütziger Arbeit, sowie mit einer Busse von Fr. 300.00 verlangt; vom Widerruf einer bedingten Entlassung und dem Vollzug einer Restfreiheitsstrafe war keine Rede. Offenbar kam die Bezirksgerichtliche Kommission von sich aus zur Meinung, die vom Departement für Justiz und Sicherheit verfügte bedingte Entlassung sei zu widerrufen. Damit verhängte die Vorinstanz letztlich anstelle der von der Staatsanwaltschaft beantragten

---

[286] Zweidler, § 38 StPO N 6

unbedingten Freiheitsstrafe von vier Monaten eine solche von elf Monaten, ohne dass der Berufungskläger dazu je angehört oder auch nur darauf aufmerksam gemacht worden wäre, dass eine Gesamtstrafe in dieser Höhe zur Diskussion stehe. Unter diesen Umständen ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche die Hauptverhandlung zu wiederholen und neu zu entscheiden hat.

Obergericht, 26. Juni 2008, SBR.2008.23

D. Gesetzesregister 2008

I. Bundesrecht

BV
vom 18. April 1999/SR 101

Art. 10 — Autopsie als vorläufige Beweissicherung; Bedeutung und Gültigkeit einer Patientenverfügung: 2008 Nr. 43

Art. 29 Abs. 2 — Dauer von Massnahmeverfahren im Immaterialgüterrecht, rechtliches Gehör: 2008 Nr. 1

ZGB
vom 10. Dezember 1907/SR 210

Art. 2 Abs. 2 — Beschlussfähigkeit einer Stockwerkeigentümergemeinschaft; Schicksal eines ungültig zustande gekommenen Beschlusses; Präzisierung von RBOG 2004 Nr. 7: 2008 Nr. 6

Zahlung einer Schuld ohne befreiende Wirkung; Rechtsmissbrauch des Gläubigers: 2008 Nr. 9

Haftung des Solidarmieters für Mietzinsen, selbst wenn er die nur ihm gegenüber erklärte und damit unwirksame Kündigung des Mietverhältnisses akzeptierte; keine rechtsmissbräuchliche Berufung

des Vermieters auf die Formungültigkeit der Kündigung: 2008 Nr. 10

Art. 28c — Zulässigkeit eines Verbots, über ein hängiges Gerichtsverfahren zu berichten: 2008 Nr. 38

Art. 56 — Örtliche Zuständigkeit für eine Klage gegen einen Verein mit "fliegendem" Sitz; Einlassung: 2008 Nr. 15

Art. 75 — Beschlussfähigkeit einer Stockwerkeigentümergemeinschaft; Schicksal eines ungültig zustande gekommenen Beschlusses; Präzisierung von RBOG 2004 Nr. 7: 2008 Nr. 6

Art. 125 — Lebensprägung: Kriterium der Entwurzelung aus dem angestammten Kulturkreis beim zur Ausreise verpflichteten ausländischen Ehegatten. Bestimmung der Lebenshaltungskosten in anderen Ländern: 2008 Nr. 2

Art. 129, 132 — Schuldneranweisung während eines Abänderungsverfahrens: 2008 Nr. 3

Art. 137 Abs. 2 — Anwesenheit von Drittpersonen bei Einvernahmen von Zeugen und Parteien in eherechtlichen Verfahren; Präzisierung von RBOG 1989 Nr. 33: 2008 Nr. 42

Art. 176 — Der Rückzug des Eheschutzbegehrens gilt nicht als Eingeständnis von dessen Aussichtslosigkeit: 2008 Nr. 35

	Anwesenheit von Drittpersonen bei Einvernahmen von Zeugen und Parteien in eherechtlichen Verfahren; Präzisierung von RBOG 1989 Nr. 33: 2008 Nr. 42
Art. 177, 291	Schuldneranweisung während eines Abänderungsverfahrens: 2008 Nr. 3
Art. 370	Entmündigung wegen Misswirtschaft und Verschwendung: 2008 Nr. 4
Art. 370 f. (E ZGB)	Autopsie als vorläufige Beweissicherung; Bedeutung und Gültigkeit einer Patientenverfügung: 2008 Nr. 43
Art. 397f Abs. 1	Fürsorgerische Freiheitsentziehung; rasches Verfahren: 2008 Nr. 5
Art. 712p Abs. 3, 712m Abs. 2	Beschlussfähigkeit einer Stockwerkeigentümergemeinschaft; Schicksal eines ungültig zustande gekommenen Beschlusses; Präzisierung von RBOG 2004 Nr. 7: 2008 Nr. 6

OR
vom 30. März 1911/SR 220

Art. 6	Stillschweigende Werkpreisvereinbarung: 2008 Nr. 7
Art. 18	"Battle of the Forms"; Streit um die Anwendbarkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen: 2008 Nr. 8

Art. 29 f.	Drohung bei der Unterzeichnung einer Schuldanerkennung: 2008 Nr. 17
Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1, 84 Abs. 1	Zahlung einer Schuld ohne befreiende Wirkung; Rechtsmissbrauch des Gläubigers: 2008 Nr. 9
Art. 119 Abs. 1	Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zufolge Sperrfrist: Risiken des Arbeitgebers bei Geschäftsaufgabe aus Altersgründen; Annahmeverzug des Arbeitgebers und Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers: 2008 Nr. 11
Art. 143 f., 266o	Haftung des Solidarmieters für Mietzinsen, selbst wenn er die nur ihm gegenüber erklärte und damit unwirksame Kündigung des Mietverhältnisses akzeptierte; keine rechtsmissbräuchliche Berufung des Vermieters auf die Formungültigkeit der Kündigung: 2008 Nr. 10
Art. 324, 336c	Verlängerung des Arbeitsverhältnisses zufolge Sperrfrist: Risiken des Arbeitgebers bei Geschäftsaufgabe aus Altersgründen; Annahmeverzug des Arbeitgebers und Schadensminderungspflicht des Arbeitnehmers: 2008 Nr. 11
Art. 340 ff.	Nichtigkeit eines ungenügend eingeschränkten Konkurrenzverbots: 2008 Nr. 12
Art. 363, 373 f.	Stillschweigende Werkpreisvereinbarung: 2008 Nr. 7

Art. 398 Zivil- und strafrechtliche Verantwortung eines Sachverständigen wegen Wiedergabe von Äusserungen einer Partei im Gutachten: 2008 Nr. 13

Art. 1050 Abs. 1, 1096 ff. Eigenwechsel und "Prima-Wechsel"; Vorlage nach Ablauf der Präsentationsfrist: 2008 Nr. 14

BG gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)
vom 19. Dezember 1986/SR 241

Art. 2f., 9,14 Zulässigkeit eines Verbots, über ein hängiges Gerichtsverfahren zu berichten: 2008 Nr. 38

BG über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG)
vom 24. März 2000/SR 272

Art. 1 Abs. 2 lit. b Zuständigkeit für die Aberkennungsklage, die eine mietrechtliche Forderung zum Gegenstand hat: 2008 Nr. 20

Art. 3 Abs. 1 lit. b, 9 Abs. 3, 10 Örtliche Zuständigkeit für eine Klage gegen einen Verein mit "fliegendem" Sitz; Einlassung: 2008 Nr. 15

Art. 23 Abs. 1 Zuständigkeit für die Aberkennungsklage, die eine mietrechtliche Forderung zum Gegenstand hat: 2008 Nr. 20

SchKG
vom 11. April 1889/16. Dezember 1994/SR 281.1

Art. 75	Die Erteilung der Rechtsöffnung auch für das Retentionsrecht kann nicht erst im Rechtsmittelverfahren beantragt werden: 2008 Nr. 16
Art. 82	Haftung des Solidarmieters für Mietzinsen, selbst wenn er die nur ihm gegenüber erklärte und damit unwirksame Kündigung des Mietverhältnisses akzeptierte; keine rechtsmissbräuchliche Berufung des Vermieters auf die Formungültigkeit der Kündigung: 2008 Nr. 10
	Drohung bei der Unterzeichnung einer Schuldanerkennung: 2008 Nr. 17
Art. 82 Abs. 2	Stundung "bis auf weiteres" und (einseitige) Aufhebung dieser Vereinbarung: 2008 Nr. 18
	Erfordernis sofortigen Glaubhaftmachens und Noven im Rechtsmittelverfahren nach kantonalem Recht: 2008 Nr. 19
Art. 83 Abs. 2	Zuständigkeit für die Aberkennungsklage, die eine mietrechtliche Forderung zum Gegenstand hat: 2008 Nr. 20
Art. 91 Abs. 1 Ziff. 1	Verheimlichen von Vermögen zum Nachteil eines Gläubigers als Grund für die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung; Praxisänderung: 2008 Nr. 22

Art. 93 Im Existenzminimum kann für die Fahrten zum Arbeitsplatz nicht immer die günstigste Fahrtvariante berücksichtigt werden: 2008 Nr. 21

Art. 182 Eigenwechsel und "Prima-Wechsel"; Vorlage nach Ablauf der Präsentationsfrist: 2008 Nr. 14

Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 Verheimlichen von Vermögen zum Nachteil eines Gläubigers als Grund für die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung; Praxisänderung: 2008 Nr. 22

BG über das Internationale Privatrecht (IPRG)
vom 18. Dezember 1987/SR 291

Art. 62, 85 Zuständigkeit des schweizerischen Richters zur Regelung der Kinderbelange im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsprozess: 2008 Nr. 23

Art. 102 Abs. 3 Begriff des gutgläubigen Dritten: 2008 Nr. 24

StGB
vom 21. Dezember 1937/SR 311.0

Art. 1 Im Kanton Thurgau besteht keine genügende gesetzliche Grundlage für ein Verbot von Lottoveranstaltungen i.S. von Art. 2 LG oder deren Bewilligungspflicht: 2008 Nr. 29

Art. 14	Zivil- und strafrechtliche Verantwortung eines Sachverständigen wegen Wiedergabe von Äusserungen einer Partei im Gutachten: 2008 Nr. 13
Art. 34	Höhe des Tagessatzes; Berücksichtigung des Einkommens des Ehegatten - zwei Anwendungsfälle: 2008 Nr. 25
Art. 39 Abs. 1	Umwandlung von gemeinnütziger Arbeit; Freiheits- statt Geldstrafe, wenn diese nur den Ehegatten treffen würde: 2008 Nr. 26
Art. 42 Abs. 2	Bedingter Strafvollzug und Zusatzstrafe; Fall teilweise retrospektiver Konkurrenz: 2008 Nr. 27
Art. 43, 46 Abs. 1 Satz 2	Zusammenhang zwischen nachträglicher Bildung einer Gesamtstrafe und teilbedingter Strafe: 2008 Nr. 28
Art. 49 Abs. 2	Bedingter Strafvollzug und Zusatzstrafe; Fall teilweise retrospektiver Konkurrenz: 2008 Nr. 27
Art. 173	Zivil- und strafrechtliche Verantwortung eines Sachverständigen wegen Wiedergabe von Äusserungen einer Partei im Gutachten: 2008 Nr. 13

BG betreffend die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten (LG)
vom 8. Juni 1923/SR 935.51

Art. 2, 38	Im Kanton Thurgau besteht keine genügende gesetzliche Grundlage für ein Verbot von Lottoveranstaltungen i.S. von Art. 2 LG oder deren Bewilligungspflicht: 2008 Nr. 29

II. Staatsverträge

Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)
vom 4. November 1950/SR 0.101

Art. 5 Ziff. 4	Fürsorgerische Freiheitsentziehung; rasches Verfahren: 2008 Nr. 5
Art. 6	Zulässigkeit eines Verbots, über ein hängiges Gerichtsverfahren zu berichten: 2008 Nr. 38

Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA)
vom 5. Oktober 1961/SR 0.211.231.01

Art. 1 ff.	Zuständigkeit des schweizerischen Richters zur Regelung der Kinderbelange im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsprozess: 2008 Nr. 23

Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Republik Österreich und dem Fürstentum Liechtenstein über grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Sicherheits- und Zollbehörden
vom 27. April 1999/SR 0.360.163.1

Art. 32 Abs. 1	Zustellung von Vorladungen in Österreich: 2008 Nr. 30

III. Kantonales Recht

ZPO
vom 6. Juli 1988/RB 271

§	40	Berechnung des Streitwerts bei einem Verfahren auf Ausschluss eines Stockwerkeigentümers: 2008 Nr. 31
§	49 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a	Urheberrechtliche Streitigkeit; Zuständigkeit des Obergerichts: 2008 Nr. 32
§	58	Eintritt der Zustellfiktion bei postlagernd adressierten Sendungen: 2008 Nr. 33
§	65 Abs. 1	Die Parteien dürfen nicht mit Blick auf die Respektstunde zu unterschiedlichen Zeitpunkten vorgeladen werden; Rechtsfolgen bei Missachtung: 2008 Nr. 34
§§	80 ff.	Der Rückzug des Eheschutzbegehrens gilt nicht als Eingeständnis von dessen Aussichtslosigkeit: 2008 Nr. 35
		Berücksichtigung von Pensionskassengeldern bei einem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung: 2008 Nr. 36
§	90	Zulässigkeit eines Alternativbegehrens: 2008 Nr. 37

§ 92	Zulässigkeit eines Verbots, über ein hängiges Gerichtsverfahren zu berichten: 2008 Nr. 38
§ 95	Berechtigung des Gerichtspräsidenten, telefonische Abklärungen bei einer Fachperson zu treffen, bevor er den Parteien einen Vergleich unterbreitet: 2008 Nr. 39
§§ 104, 106	Ein auf dem Zirkulationsweg gefälltes Urteil ist nicht nichtig: 2008 Nr. 40
§ 135	Falsche Parteibezeichnung in der Weisung; Korrektur im Verfahren vor dem Einzelrichter: 2008 Nr. 41
§ 142	Berechtigung des Gerichtspräsidenten, telefonische Abklärungen bei einer Fachperson zu treffen, bevor er den Parteien einen Vergleich unterbreitet: 2008 Nr. 39
§ 146 Abs. 2 Ziff. 1	Die Erteilung der Rechtsöffnung auch für das Retentionsrecht kann nicht erst im Rechtsmittelverfahren beantragt werden: 2008 Nr. 16
§ 153 Abs. 2	Anwesenheit von Drittpersonen bei Einvernahmen von Zeugen und Parteien in eherechtlichen Verfahren; Präzisierung von RBOG 1989 Nr. 33: 2008 Nr. 42
§ 159	Falsche Parteibezeichnung in der Weisung; Korrektur im Verfahren vor dem Einzelrichter: 2008 Nr. 41

§ 170 Autopsie als vorläufige Beweissicherung; Bedeutung und Gültigkeit einer Patientenverfügung: 2008 Nr. 43

§ 189 Elektronische Datenträger als Beweismittel: 2008 Nr. 44

§§ 196 ff. Zivil- und strafrechtliche Verantwortung eines Sachverständigen wegen Wiedergabe von Äusserungen einer Partei im Gutachten: 2008 Nr. 13

§ 214 Anwesenheit von Drittpersonen bei Einvernahmen von Zeugen und Parteien in eherechtlichen Verfahren; Präzisierung von RBOG 1989 Nr. 33: 2008 Nr. 42

§ 240 Die Erteilung der Rechtsöffnung auch für das Retentionsrecht kann nicht erst im Rechtsmittelverfahren beantragt werden: 2008 Nr. 16

Erfordernis sofortigen Glaubhaftmachens gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG und Noven im Rechtsmittelverfahren nach kantonalem Recht: 2008 Nr. 19

StPO
vom 30. Juni 1970/5. November 1991/RB 312.1

§ 36 Sitzungspolizeiliche Befugnisse des Gerichtspräsidenten: 2008 Nr. 45

§ 38 Abs. 1 Zustellung von Vorladungen in Österreich: 2008 Nr. 30

§ 167 Abs. 1 Abwesenheitsverfahren: 2008 Nr. 46

G über das Gesundheitswesen (GG)
vom 5. Juni 1985/RB 810.1

§ 34 Autopsie als vorläufige Beweissicherung; Bedeutung und Gültigkeit einer Patientenverfügung: 2008 Nr. 43