

Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

2007

Inhaltsverzeichnis

A.	Allge	meines	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 Schuld-	
		betreibungs- und Konkurssachen	10
		5. Rechtsetzung	11
		6. Verschiedenes	
		7. Umsetzung der eidgenössischen Prozessordnungen	
	II.	Rechtsmittel an das Bundesgericht	21
	III.	Zivil- und Strafgerichte	
В.	Stati	stische Angaben	
	I.	Obergericht	31
	II.	Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fäll	e 41
	III.	Bezirksgerichte	
	IV.		
	V.		
	VI.		
	VII.	Betreibungsämter	
C.	Entse	cheide	
		Bundesrecht	60
		Kantonales Recht	
D.	Gese	etzesregister 2007	199

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 2007.

Das Berichtsjahr wurde im Hinblick auf die Rechtsetzung insbesondere durch die Revision der Verordnung über die Organisation und Geschäftsführung der unteren gerichtlichen Behörden geprägt.

Mit raschen Schritten nähert sich der Termin, an welchen die eidgenössischen Prozessordnungen (StPO, JStPO und ZPO) in Kraft treten werden. Es ist von grosser Bedeutung, dass für die Justiz nun die richtigen Weichen für die Zukunft gestellt werden und eine Organisation der Gerichts- und Strafverfolgungsbehörden geschaffen wird, welche für die nächsten Jahrzehnte Bestand haben kann.

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

Frauenfeld, im April 2008

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

Am 1. Januar 2007 nahm lic.iur. Tobias Zumbach seine Tätigkeit als Gerichtssekretär (60%) auf.

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

2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde

a) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 163 Berufungsverfahren eingeschrieben. Erledigt werden konnten insgesamt 191 Berufungsverfahren, davon 39 in Fünfer- und 152 in Dreierbesetzung. Die Zahl der beim Obergericht insgesamt hängigen Berufungsverfahren sank damit von 92 auf 64 Verfahren.

Im Berichtsjahr wurden 294 Rekurse und Beschwerden anhängig gemacht; das Obergericht konnte 301 entsprechende Verfahren erledigen.

Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen, Rekurse und Beschwerden) im Jahr 2007 insgesamt 457 Fälle ein, während 492 Fälle erledigt werden konnten.

Bei Jahresbeginn 2007 waren beim Obergericht total 143 Verfahren hängig. Von den gesamthaft 514 Verfahren, die im Jahr 2007 eingingen, waren Ende des Jahres 414 Fälle (80%) erledigt (2006: 74%;

- 2005: 76%). Insgesamt wurden im Berichtsjahr 544 Verfahren erledigt, und 113 Verfahren waren Ende 2007 noch hängig.
- b) Von den acht Berufungsverfahren, die beim Obergericht Ende 2006 überjährig waren, konnten im Jahr 2007 fünf Fälle erledigt werden. Von den im Jahr 2006 eingegangenen Fällen waren sechs Verfahren am Ende des Berichtsjahrs noch hängig. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2007 bei neun Fällen (2006: acht Fälle; 2005: elf Fälle).

Beim Obergericht ist ein Rekursverfahren hängig, welches überjährig, mithin vor dem 31. Dezember 2006 eingegangen ist. Dieses Verfahren ist auf Wunsch beider Parteien sistiert. Ende 2006 und 2005 war kein überjähriger Rekurs- oder Beschwerdefall hängig.

c) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 121 Berufungsverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang der Akten bis zum Versand des Entscheids) von 7,9 Monaten auf; 2006 waren es 8,7 Monat, 2005 7,2 Monate gewesen. Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 2,5 Monate (2006: 2,6 Monate; 2005: 2,5 Monate).

Die im Berichtsjahr materiell erledigten 216 Rekurs- und Beschwerdeverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des Entscheids) von 2,5 Monaten auf (2006: 2,6 Monate; 2005: 2,5 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,5 Monate (2006: 0,7 Monate; 2005: 0,7 Monate).

- d) Im Berichtsjahr führte das Obergericht einen Augenschein durch.
- e) Das Obervizegerichtspräsidium erledigte im Berichtsjahr im Immaterialgüterrecht ein Massnahmeverfahren; das Massnahmegesuch wurde geschützt.

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 acht

Aufsichtsbeschwerden gegen Bezirksgerichte, Bezirksgerichtliche Kommissionen und Bezirksgerichtspräsidien

zu befassen. Drei Aufsichtsbeschwerden wies das Obergericht ab, und auf eine Beschwerde konnte nicht eingetreten werden. Vier Beschwerden wurden gegenstandslos.

In sieben dieser acht Beschwerdefälle konnte das Obergericht feststellen, dass weder eine Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung der betroffenen Behörde noch in irgendeiner anderen Weise ein unkorrektes Vorgehen gegeben war; vielmehr waren die allenfalls eingetretenen Verzögerungen auf die Parteien selbst zurückzuführen. Nur in einem Fall musste das Obergericht feststellen, dass insofern eine Rechtsverzögerung vorlag, als das Gerichtspräsidium das in Frage stehende Massnahmeverfahren früher hätte erledigen müssen.

c) Die

Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen, Einzelrichterinnen und Einzelrichter

erledigten in Zivil- und Strafsachen 2007 insgesamt 2'233 Prozesse (ohne summarisches Verfahren), nämlich 1'641 Zivilprozesse und 592 Strafprozesse; 2006 waren es insgesamt 2'303 Fälle und 2005 2'500 Fälle. Gleichzeitig wurden im Berichtsjahr insgesamt 2'273 Prozesse neu eingeschrieben; 2006 waren es 2'312 Fälle und 2005 2'527 Prozesse. Die gesamte Zahl der Pendenzen lag Ende 2007 bei 1'041 Prozessen; Ende 2006 waren es 1'042 und Ende 2005 1'062 Fälle. Demgegenüber stieg die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) leicht an (2007: 213 Fälle; 2006: 197 Fälle; 2005: 195 Fälle). Darunter finden sich allerdings 20 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 2007 4'285 Fälle; 2006 waren es 4'477 Fälle und 2005 4'685 Fälle.

Zusammenfassend erledigten die Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen und Gerichtspräsidien im Berichtsjahr insgesamt 6'518 Verfahren; 2006 waren es 6'780 Verfahren und 2005 noch 7'185 Verfahren.

d) Im Jahr 2007 musste das Obergericht in zwei Fällen für die ordentlichen Gerichte ein

Ersatzgericht

einsetzen. In zwei weiteren Fällen wurde das Begehren abgewiesen.

e) Im Berichtsjahr führten die

Friedensrichterinnen und Friedensrichter

in insgesamt 1'446 Streitfällen das Vermittlungsverfahren durch (2006: 1'358 Fälle; 2005: 1'482 Fälle). Hievon wurden 384 Fälle (rund 26%) durch Vergleich erledigt; in 271 Fällen (rund 19%) wurde keine Weisung verlangt. In 791 Fällen (rund 55%) wurde die Weisung an das zuständige Gericht ausgestellt. In 49 weiteren Verfahren konnte das Friedensrichteramt einen einzelrichterlichen Entscheid fällen.

f) Das Obergericht führt die Oberaufsicht über die

Schlichtungsbehörden in Mietsachen.

Im Jahr 2007 wurde in 38% der Fälle eine Einigung erreicht. In 17% der Fälle musste festgestellt werden, dass sich die Parteien nicht einigen konnten; in 9% hatte die Schlichtungsbehörde zu entscheiden. 36% der Streitsachen wurden anderweitig (durch Nichteintreten oder Rückzug, infolge Gegenstandslosigkeit oder Überweisung) erledigt.

Die Geschäftslast der Schlichtungsbehörden in Mietsachen bewegte sich, nachdem sie in früheren Jahren starken Schwankungen ausgesetzt gewesen war, im Rahmen der Vorjahre: 2007 wurden 612 Fälle erledigt; 2006 und 2005 waren es ebenfalls je 612 Fälle gewesen.

g) Die

Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz

hatte im Jahr 2007 ein einziges Schlichtungsbegehren (Lohndiskriminierung) zu behandeln; der Rechtsstreit konnte anfangs 2008 anlässlich der Schlichtungsverhandlung verglichen werden. Die Tätigkeit der Schlichtungsstelle beschränkte sich im Übrigen auf die Erteilung von Auskünften an Behörden und Private. Ausserdem kommt es immer

wieder vor, dass Unternehmungen eine Bestätigung darüber einverlangen, dass gegen sie keine Klagen nach GlG geführt wurden.

h) Zusammenfassend konnten die

Schlichtungsbehörden und Friedensrichterämter

im Berichtsjahr in total 1'112 Fällen, die andernfalls von den bezirksgerichtlichen Instanzen zu beurteilen gewesen wären, eine Einigung der Parteien oder eine anderweitige Erledigung erzielen. 2006 waren es 1'049 Fälle und 2005 1'118 Fälle gewesen.

4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen

- a) Die Zahl der Beschwerden und Gesuche an das Obergericht im Bereich des SchKG stieg im Berichtsjahr: 2007 waren es 29 Fälle, während es 2006 21 Fälle und 2005 27 Fälle gewesen waren. Die Zahl der Beschwerden an die Bezirksgerichtspräsidien als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen hielt sich im Rahmen der Vorjahre: Im Jahr 2007 waren es insgesamt 70 Beschwerden gegen die Betreibungsämter gegenüber 66 Beschwerden im Jahr 2006 und 78 Beschwerden im Jahr 2005. Es wird auf die Tabellen 8 und 22 verwiesen.
- b) Im Berichtsjahr wurden 307 Konkursverfahren erledigt und 314 Konkurse eröffnet. Die Zahl der Firmenkonkurse gingen gegenüber dem Vorjahr um 8% zurück; die Privatkonkurse nahmen um 16% ab. Umgekehrt legten die Erbschaftsliquidationen um 36% zu. Rund die Hälfte aller Konkurse musste wiederum mangels Aktiven eingestellt werden. Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf rund 123,2 Mio. Franken. Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts hielt sich im Rahmen der Vorjahre

(149 Verfahren Ende 2007; 142 Verfahren Ende 2006; 139 Verfahren Ende 2005; vgl. Tabelle 25). Von diesen Verfahren ist nur gerade eines bei einer ausseramtlichen Konkursverwaltung hängig.

c) Die Zahl der von den Betreibungsämtern ausgestellten Zahlungsbefehle sank im Verhältnis zu den Vorjahren nochmals; 2007 waren es 63'458 gegenüber 69'068 im Jahr 2006 und 73'112 im Jahr 2005. Ebenso sank auch die Zahl der Pfändungsvollzüge wieder: 37'448 (2007) gegenüber 39'490 (2006) und 40'922 (2005). Im Berichtsjahr waren 31'127 Verwertungen zu verzeichnen; 2006 waren es 33'432 Verwertungen und 2005 33'602. Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 26 verwiesen.

5. Rechtsetzung

Am 25. September 2007 änderte das Obergericht nach Durchführung eines entsprechenden Vernehmlassungsverfahrens seine

Verordnung über die Organisation und die Geschäftsführung der unteren gerichtlichen Behörden.

Die Änderungen betreffen neben verschiedenen Einzelheiten die Führung der Einschreibungsregister durch EDV-Dateien, die Aktenrückgabe im Summarverfahren und im ordentlichen Verfahren, die Aktenübersendung in Rekurs- und Beschwerdeverfahren sowie in Berufungsverfahren, die Verzinsung von Kostenvorschüssen und Kautionen, die Verjährung und Verzinsung von Verfahrensgebühren und Ordnungsbussen, die Protokollierung von Gerichtsverhandlungen und die Rechtskraftbescheinigungen. Mit der geänderten Verordnung wird zudem das schon bisher (informell) geführte Dolmetscherregister klarer geregelt. Das Register wird nach wie vor von der Obergerichtskanzlei geführt; in dieses Register werden handlungsfähige, gut beleumdete Personen aufgenommen, welche die deutsche Sprache und

eine Fremdsprache grundsätzlich in Wort und Schrift beherrschen und Gewähr für eine korrekte und vollständige Übersetzung bieten. Über die Aufnahme in das Register und die allfällige Löschung entscheidet das Obergerichtspräsidium. Das Register ist nicht öffentlich und gibt den eingetragenen Personen keinen Anspruch auf entsprechenden Einsatz. Neu wird der Grundsatz festgehalten, dass als Dolmetscher in Zivil- und Strafsachen Personen einzusetzen sind, die im Dolmetscherregister oder in einem entsprechenden Register eines anderen Kantons eingetragen sind; ist keine solche Person verfügbar, können andere Personen eingesetzt werden, sofern die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen als gegeben erscheinen. Die Entschädigung der Dolmetscher soll nach wie vor nur rudimentär geregelt werden, um die notwendige Flexibilität - insbesondere bei seltenen Sprachen - zu gewährleisten. Die geänderte Verordnung wird auf den 1. Juni 2008 in Kraft gesetzt.

6. Verschiedenes

a) Das Obergericht hielt seine

Plenarsitzungen

am 19. April auf der Insel Werd und am 25. September 2007 in Frauenfeld ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

Weiterbildungsveranstaltungen

teil: Besucht wurden das Rechtsinformatikseminar in Magglingen, die Tagung "Der Richter und sein Bild" in Gerzensee und "Erste Erfahrungen mit dem Bundesgerichtsgesetz" in Zürich.

c) Das Obergerichtspräsidium organisierte für die schweizerische Delegation im Berichtsjahr die gemeinsame Tagung für Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte aus Österreich, Bayern und der Schweiz; sie fand anfangs November 2007 in Zürich mit insgesamt 46 Teilnehmenden statt. Das Thema der Tagung lautete

"Verhandlung - Vergleich - Öffentlichkeit"

und konzentrierte sich auf die Bereiche des Straf- und Zivilprozesses. Solche Tagungen finden seit 1969 - zuerst in unregelmässigen Abständen, heute alle zwei Jahre - statt. Beteiligt sind das Bayerische Staatsministerium der Justiz in München und das Bundesministerium für Justiz in Wien sowie fünf schweizerische Kantone (das Obergericht des Kantons Zürich, das Obergericht des Kantons Luzern, das Kantonsgericht Basel-Landschaft, das Kantonsgericht St. Gallen sowie das Obergericht des Kantons Thurgau).

d) 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 112 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland (2006: 95 Ersuchen; 2005: 127 Ersuchen). Demgegenüber mussten von der Zentralbehörde nur gerade sechs Rechtshilfeersuchen aus dem Thurgau weitergeleitet werden (2006: sechs Ersuchen; 2005: zwei Ersuchen); der Grund liegt darin, dass die thurgauischen Gerichtsbehörden zum direkten Verkehr mit den zuständigen ausländischen Behörden berechtigt sind.

e) Am 14. März 2007 nahm das Obergericht gegenüber dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum Stellung zum vorgesehenen

Bundesgesetz über das Bundespatentgericht und Patentanwaltsgesetz.

Das Obergericht hielt fest, es begrüsse die vorgeschlagene Regelung sowohl im Bereich der Gerichtsorganisation als auch im Patentanwaltswesen. Allerdings würde es sich rechtfertigen, auch andere Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes einer bundesgerichtlichen Zuständigkeit zu unterstellen; insofern bleibe die Lösung mit dem Bundespatentgericht auf halbem Wege stehen.

f) Am 11. April 2007 teilte das Obergerichtspräsidium den Bezirksgerichten und weiteren betroffenen Stellen die

neue Fassung der Weisung über den Einzug von Bussen und Kosten

mit. Sie lautet neu: "Die Bezirksgerichtskanzleien haben sämtliche Gerichtsgebühren in Zivilprozessen und alle Disziplinarbussen in Zivil- und Strafprozessen zuhanden des Staates einzuziehen; dagegen obliegt der Einzug aller Kosten in Strafprozessen und sämtlicher strafrechtlicher Geldstrafen und Bussen den Bezirksämtern. Disziplinarbussen in Privatstrafsachen sind von der Gerichtskanzlei einzuziehen, während strafrechtliche Geldstrafen und Bussen sowie die Gerichtskosten vom Bezirksamt eingezogen werden. Die Gerichtskanzleien haben Urteile in Privatstrafsachen, in welchen eine Verurteilung erfolgt (oder Kosten auferlegt werden), dem DJS (Straf- und Massnahmenvollzug) zuzustellen; diese Stelle wird alsdann das zuständige Bezirksamt (zum Bussen- und Kostenbezug) und das Polizeikommando (für den Strafregistereintrag) informieren." § 23 Abs. 2 Ziff. 1 der obergerichtlichen Informationsverordnung wird bei nächster Gelegenheit angepasst werden.

g) Das Obergericht äusserte sich am 14. März 2007 gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit im Rahmen der

Vernehmlassung betreffend parlamentarische Initiative im Zusammenhang mit einer Änderung des ZGB (Abschaffung der Bedenkfrist bei gemeinsamen Scheidungsbegehren).

Das Obergericht betonte, es sei mit der Abschaffung der Bedenkfrist einverstanden. Allerdings frage es sich schon, ob wegen dieses nicht sehr erheblichen Einzelpunktes eine Revision des Zivilgesetzbuchs durchgeführt werden solle.

h) Am 14. März 2007 äusserte sich das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit im Rahmen der

Vernehmlassung zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit.

Das Obergericht hielt fest, es begrüsse die vorgesehene Regelung.

i) Im Rahmen der Vernehmlassung zum

Bericht und Vorentwurf zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches als indirekter Gegenvorschlag zur Volksinitiative "Für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern"

äusserte sich das Obergericht am 19. April 2007 gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit. Es stellte fest, es begrüsse die Stossrichtung der Vorlage insofern, als eine Verlängerung der Verjährungsfrist wohl durchaus eine generalpräventive Wirkung haben könne; umgekehrt sei nicht zu verkennen, dass eine solche Ausweitung der Verjährungsfrist in der Öffentlichkeit und gerade auch bei den Opfern Erwartungen wecken könne, welche die Justiz mit Rücksicht auf die

mit zunehmendem Zeitablauf stets grösseren Beweisschwierigkeiten im Strafverfahren nicht zu erfüllen vermöge.

j) Zur vorgesehenen

Totalrevision der Handelsregisterverordnung

hielt das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit am 5. Juni 2007 fest, die Meldepflichten der Gerichte gemäss Art. 11 Abs. 1 und 2 sowie Art. 55 Abs. 4 des Entwurfs zur Handelsregisterverordnung gingen zu weit, ganz abgesehen davon, dass eine gesetzliche Grundlage fehle.

k) Im Rahmen einer

Umfrage der Wettbewerbskommission

stellte das Obergericht gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission am 20. Dezember 2007 fest, seit 1996 seien im Kanton Thurgau keine zivilrechtlichen Verfahren in Anwendung von Art. 12 - 17 des Kartellgesetzes durchgeführt worden; insofern fehle eine genügende Praxis. Eine Verstärkung des zivilrechtlichen Weges dränge sich aber nicht auf; dies entspräche nicht dem historischen Verlauf der Gesetzgebung und der internationalen Rechtsentwicklung. Insofern wäre eher ein Ausbau der verwaltungsrechtlichen Komponenten sinnvoll; das Verwaltungsrecht sei wohl geeigneter zur Regelung von Wettbewerbsfragen als das Zivilrecht.

l) Am 5. Oktober 2007 wies das Obergerichtspräsidium die Bezirksgerichtskanzleien auf die

Belehrung nach Art. 44 Abs. 3 StGB

hin. Dem Verurteilten sind nach dieser Bestimmung Bedeutung und Folgen des bedingten Strafvollzugs zu erklären. In die Urteilsbegründungen seien entsprechende Hinweise aufzunehmen; werde nur das Urteilsdispositiv eröffnet, könne - wie bei den Strafverfügungen - ein entsprechender Anhang beigefügt werden.

m) Mit Schreiben vom 16. Juli 2007 wies das Obergerichtspräsidium das Kantonale Untersuchungsrichteramt darauf hin, in

Fällen des gewerblichen Rechtsschutzes,

in denen die Strafuntersuchung ergebe, dass keine Gewerbsmässigkeit vorliege, habe keine Überweisung von Akten oder "Abtretung" zu erfolgen. Vielmehr sei der Anzeiger beziehungsweise Kläger mit der entsprechenden Verfügung, mit welcher das Verfahren abgeschlossen werde, darauf hinzuweisen, es komme das Privatstrafverfahren zur Anwendung, und er habe zur Weiterverfolgung des Strafanspruchs umgehend ein Vorstandsbegehren beim zuständigen Friedensrichteramt zu stellen. Es sei alsdann in das Belieben der klagenden Partei gestellt, ob sie das Verfahren weiter verfolgen wolle, ohne dass zusätzlich eine Behörde dazwischen geschaltet werde.

n) Entsprechend seiner Informationsverordnung erteilte das Obergericht elf Medienleuten die

Zulassung als Gerichtsberichterstatterin / Gerichtsberichterstatter

an unseren Straf- und Zivilgerichten; umgekehrt ist die Zulassung von elf Medienleuten erloschen. Ausserdem wurde für 14 Medienleute die Zulassung verlängert. Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau demnach 60 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter zugelassen.

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

o) Im Rahmen der

Einführung der EDV bei den Bezirksgerichten

wurde im Jahr 2007 bei den Bezirksgerichten Bischofszell und Münchwilen das Geschäftsverwaltungsprogramm JURIS eingeführt. Die Bezirksgerichte Diessenhofen und Steckborn werden im Verlauf des Monats April 2008 ebenfalls mit JURIS ausgerüstet, so dass alle Gerichte rechtzeitig in der Lage sein werden, die Einleimungsregister entsprechend der Verordnung über die Organisation und die Geschäftsführung der unteren gerichtlichen Behörden ab 1. Juni 2008 elektronisch zu führen.

p) Im Oktober 2007 konnte das von der Obergerichtsschreiberin erarbeitete.

Nachtragsregister

zu den RBOG 1994 - 2006 versandt werden.

7. Umsetzung der eidgenössischen Prozessordnungen

Derzeit laufen im Kanton die Vorbereitungen im Zusammenhang mit der eidgenössischen Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung und Zivilprozessordnung. Für die entsprechenden Umsetzungserlasse führte der Regierungsrat ein Vernehmlassungsverfahren durch, in welchem sich auch das Obergericht äusserte.

Das Obergericht betonte vorab, es sei politisch nicht sinnvoll, die notwendige und unumgängliche Neuorganisation der Justiz mit einer Reform der Wahlkreise für den Grossen Rat zu verknüpfen, welche weder dringend noch zwingend sei: Das Problem der Grösse der Wahlkreise lasse sich mit einer Änderung des Wahlsystems lösen, und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts seien bei den Wahlkreisen aus

historischen Motiven Ausnahmen von den üblichen Grundsätzen möglich. Das Obergericht empfahl deshalb, derzeit nur die Gerichtskreise festzulegen und die Regelung der Wahlkreise später zu treffen.

Hinsichtlich der Organisation der Strafverfolgungsbehörden hielt das Obergericht im Wesentlichen fest, die Schaffung einer der Generalstaatsanwaltschaft angegliederten Schwerpunktstaatsanwaltschaft sei notwendig, doch sei es auch bei Sexualdelikten sinnvoll, die Strafuntersuchungen im Kanton zentral zu führen. Die Amtsgebiete der regionalen Staatsanwaltschaften seien den Gerichtskreisen anzugleichen.

Das Obergericht wies darauf hin, die Bezirksgerichte könnten in ihrer heutigen Form nicht beibehalten werden. Das Bundesrecht bringe es mit sich, dass zahlreiche Strafverfahren zufolge der veränderten Strafbefehlskompetenz der Staatsanwaltschaft nicht mehr von den Gerichten behandelt werden müssten. Das vereinfachte Verfahren nach ZPO könne sinnvoll nur mit einem Einzelrichter verwirklicht werden. Zudem sei mindestens für Bagatelldelikte, mithin die Beurteilung von Einsprachen, auch ein Einzelrichter in Strafsachen vorzusehen. Die Zahl der Prozesse, welche von einem Kollegialgericht behandelt werden könnten, sinke alsdann auf einen Drittel des heutigen Ausmasses ab. Damit werde das für nebenamtliche Gerichtsmitglieder mögliche Pensum derart tief, dass es mit Blick auf die Notwendigkeit, sich die nötige Praxis anzueignen, nicht mehr verantwortbar sei. Nur wenn die Bezirksgerichte zu grösseren Einheiten zusammen gelegt würden, ergebe sich für (weniger) Laienrichterinnen und Laienrichter ein vernünftiges Pensum.

Das Obergericht hielt fest, grundsätzlich seien vier Gerichtskreise zu begrüssen, doch sei die konkrete Grenzziehung eine politische Frage. Der Sitz der Kreisgerichte müsse im Gesetz geregelt werden. Zudem sei es nicht sinnvoll, für die Kreisgerichte Frauenfeld und Kreuzlingen als Sitz Münchwilen und Steckborn vorzusehen. Die vorgesehene Aufgabenteilung zwischen Dreiergremium und Einzelrichter gehe in den

Strafsachen zu weit. Der Einzelrichter in Strafsachen solle nur in Einsprachesachen entscheiden können. In Strafsachen sei eine Fünferbesetzung für alle Strafsachen vorzusehen, in welchen die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von über vier Jahren oder ähnlich einschneidende Sanktionen beantrage.

Hinsichtlich der Organisation des Obergerichts wurde hervorgehoben, auch in zweiter Instanz müsse bei schweren Delikten eine Fünferbesetzung vorgesehen werden. Bei der Frage, ob auf die nebenamtlichen Mitglieder des Obergerichts verzichtet werden solle, waren die Meinungen geteilt.

Eine Übergangslösung, welche die Bezirksgerichte bis zum Ende der ordentlichen Amtsdauer bestehen lasse, komme nicht in Betracht. Dies würde eine sehr komplizierte Regelung bedingen, weil faktisch Übergangsbestimmungen zu den Übergangsbestimmungen geschaffen werden müssten. Nach der Meinung des Obergerichts stellen sich bei einer verkürzten Amtsdauer in rechtlicher Hinsicht keine Probleme.

Das Obergericht erinnerte schliesslich daran, dass die Amtsdauer der Richter nach wie vor nur vier Jahre betrage. 1981 habe der Europäische Gerichtshof festgestellt, eine richterliche Amtsdauer von sechs Jahren sei bezüglich der Unabhängigkeit eine zusätzliche Sicherung, während er 1985 eine Amtsdauer von drei Jahren als "verhältnismässig kurz" bezeichnet und 1998 bei einem Militärgericht eine Amtszeit von vier Jahren als eher zu kurz taxiert habe. Die Problematik der Amtsdauer sei im Thurgau im Zusammenhang mit der Regelung der Entschädigung des Richters bei einer Abwahl zu sehen. Nötig wäre eine Amtsdauer von sechs Jahren, wie sie im Bund und in den Kantonen Basel-Stadt, Bern, Zürich, Luzern und St. Gallen gelte.

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht

Die Zahl der an das Bundesgericht weitergezogenen Entscheide hat nur leicht zugenommen. Von den insgesamt 63 Rechtsmitteln, die das Bundesgericht im Berichtsjahr erledigte, wurden zwei geschützt. 29 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 30 Fällen trat das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht ein, und zwei Fälle wurden anderweitig erledigt. Es wird auf Tabelle 9 verwiesen.

III. Zivil- und Strafgerichte

(Stand Anfang April 2008)

Obergericht

Amtsantritt		Geburtsjahr	
1986	Zweidler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt	1955	
1992	Thürer Elisabeth, Dr.iur., Rechtsanwältin	1953	
1997	Reinhard François H., lic.iur., Rechtsanwalt	1952	
2000	Hausammann Peter, lic.iur., Rechtsanwalt	1956	
1986	Rutishauser Hans-Rudolf, Grundbuchverwalter	1947	
1988	Rupper Guido, Grundbuchverwalter/Notar	1941	
2000	Glauser Jung Anna Katharir lic.iur., Rechtsanwältin	na, 1963	
2004	Pauli Helene, lic.iur.	1962	
1992	Entress Humbert, lic.iur., Rechtsanwalt	1956	
1992	Hebeisen Andreas, lic.iur., Rechtsanwalt	1958	
1996	Kradolfer Christoph, Dr.iur., Rechtsanwalt	1948	
	1986 1992 1997 2000 1986 1988 2000 2004 1992	1986 Zweidler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt 1992 Thürer Elisabeth, Dr.iur., Rechtsanwältin 1997 Reinhard François H., lic.iur., Rechtsanwalt 2000 Hausammann Peter, lic.iur., Rechtsanwalt 1986 Rutishauser Hans-Rudolf, Grundbuchverwalter 1988 Rupper Guido, Grundbuchverwalter/Notar 2000 Glauser Jung Anna Katharir lic.iur., Rechtsanwältin 2004 Pauli Helene, lic.iur. 1992 Entress Humbert, lic.iur., Rechtsanwalt 1992 Hebeisen Andreas, lic.iur., Rechtsanwalt 1996 Kradolfer Christoph,	

Obergerichts-	1985	Merz Barbara,	
schreiberin:		Dr.iur./lic.phil. I, Rechtsanwältin	1954
Obergerichts-	1992	Soliva Thomas,	
sekretärinnen		Dr.iur., Rechtsanwalt	1959
und -sekretäre:	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: 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:	1995	Matossi Franco,	40.55
	1996	Edelmetalltechniker Luginbühl Marianne,	1955
	2000	Personalassistentin Heeb Hanspeter,	1950
	2000	lic.iur. Abegglen Inge,	1959
		Laborantin	1950
Ersatzmitglieder:	2004	Sekretärin	1962
	1992	Bauschlosser	1943
	2000	Oswald Migg, dipl.Bauing. HTL	1957
Gerichtsschreiberin:	2006	Sutter Silke, lic.iur.	1964
Gerichtssekretärin:	2006	Schmid Franziska, lic.iur.	1976

Bezirk Bischofszell

	Amtsa	ntritt	Geburtsjahr
Präsident:	1990	Munz Hans, Dr.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsident:	1992	Strickler Hanspeter, Dr.oec., Rechtsanwalt	1955
Mitglieder:	1996	Frauenfelder Sibylle, Psychotherapeutin	1946
	2000	-	1942
	2000	Bosshard Veronika,	1046
	2002	Restauratorin Rosenast Schlatter Doris,	1946
		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	z Diessenhofen	
	Amtsa	ntritt	Geburtsjahr

1980 Nater Bruno,

Dr.iur., Rechtsanwalt

Präsident:

1948

Vizepräsident:	1996	Roost Emil, Zollbeamter	1941
Mitglieder:	1996	kaufm. Angestellte	1948
	1996 2000	Möckli Ernst, Landwirt Dubach Ruedi,	1943
		Gewerkschaftssekretär	1948
Ersatzmitglieder:	1996	Herrmann Lotte, Chem. HTL	1946
	2000	Bürgin Heinz, Maschinenmechaniker	1959
	2000	Frei Marianna, Psychiatriekrankenschweste	r 1962
Gerichtsschreiber:	2000	Rüedi Beat, lic.iur., Rechtsanwalt	1962
	Bezirk	c Frauenfeld	
	Bezirk Amtsa		Geburtsjahr
Präsidentin:			Geburtsjahr 1946
Präsidentin: Vizepräsident:	Amtsa 1988	nntritt Hänzi Brigit,	ŕ
	Amtsa 1988	nntritt Hänzi Brigit, Dr.iur., Rechtsanwältin Fuchs Rudolf,	1946
Vizepräsident:	Amtsa 1988 1992	Hänzi Brigit, Dr.iur., Rechtsanwältin Fuchs Rudolf, lic.iur., Rechtsanwalt Christine Steiger,	1946 1956

	2004	Bünter Stefan, Betriebsökonom HWV	1960
	2004	Oswald Markus,	
		Notar, Grundbuchverwalter	1951
Ersatzmitglieder:	1989	Bodmer Stuber Ruth,	
		Kindergärtnerin	1957
	2000	Müller Klemens,	
	2004	Bauing. ETH,	1959
	2004	Peter Liselotte, Bäuerin	1961
		bauerin	1961
Gerichtsschreiber:	1992	,	
		lic.iur.	1962
Gerichtssekretärin:	2004	Herzog Irene,	
		lic.iur., Rechtsanwältin	1974
	Bezirk	Kreuzlingen	
	Amtsa	antritt	Geburtsjahr
Präsident:	1989	Grauer Hans Ulrich,	
		lic.iur., Rechtsanwalt	1944
Vizepräsident:	1992	Haubensak Urs,	
1		Dr.iur., Rechtsanwalt	1949
Mitglieder:	1976	Baltisser Hans,	
	_, ,	Bauingenieur	1944
	1999	-	
		Hausfrau	1953
	2000	,	
		Gärtner-Unternehmer	1951
	2000	Werner Roland,	40
		Landwirt	1955

Ersatzmitglieder:	2000	Andres-Brändle Edith, Sekretärin/Hausfrau Nufer Dieter, Landwirt Gisler Thomas, Optiker	1952 1947 1960
Gerichtsschreiberin:	1989	Pfeiffer-Munz Susanne, Dr.iur., Rechtsanwältin	1949
Gerichtssekretärinnen	: 1994 2003	Looser Hürsch Karin, Dr.iur., Rechtsanwältin Faller Graf Ruth, lic.iur., Rechtsanwältin	1963 1969
	Bezirk	Münchwilen	
	Amtsa	ıntritt	Geburtsjahr
Präsident:	Amtsa 1987		Geburtsjahr 1956
Präsident: Vizepräsident:		Frei Alex,	ŕ
	1987	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt Bögli Roman,	1956
Vizepräsident:	1987 2000	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt Bögli Roman, Dr.iur., Rechtsanwalt Fröhlich Walter, Kaufmann Meili Rita,	1956 1963 1944
Vizepräsident:	1987 2000 1988	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt Bögli Roman, Dr.iur., Rechtsanwalt Fröhlich Walter, Kaufmann Meili Rita, Hausfrau	1956 1963
Vizepräsident:	1987 2000 1988 1992 1996	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt Bögli Roman, Dr.iur., Rechtsanwalt Fröhlich Walter, Kaufmann Meili Rita, Hausfrau	1956 1963 1944

	1998	Holenstein Marta,	
		kaufm. Angestellte	1953
	2007	Eugster Désirée,	
		Marketingplanerin	1975
Gerichtsschreiber:	1992	Wenger Stefan,	
		lic.iur., Rechtsanwalt	1959
Gerichtssekretär	2000	Auer Max,	
		lic.iur., Rechtsanwalt	1969

Bezirk Steckborn

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1991	Schwarz René, Dr.iur., Rechtsanwalt	1950
Vizepräsident:	1984	Tschanen Christian, Bauunternehmer	1946
Mitglieder:	1982	Buzek Paula, Lehrerin	1949
	1992	Herzog Paul, Architekt	1941
	1994	Iseli Suzanne, dipl. Bäuerin	1953
Ersatzmitglieder:	1988	Spitzli-Wilhelm Martin, Versicherungsagent	1947
	1992	Ullmann Claus, Agr.Ing. HTL	1957
	2004	Maute Wolfgang, Dr.iur.	1958

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

Bezirk Weinfelden

	Amtsantritt		Geburtsjahr	
Präsident:	1998	Heusser Rolf, Dr.iur., Rechtsanwalt	1947	
Vizepräsidentin:	2000	Bommer Marianne, lic.iur., Rechtsanwältin	1966	
Mitglieder:	1984	Kaufmann	1940	
	2000	Methodiklehrerin	1954	
	2002	Rektor	1954	
		Dr.med.dent., Zahnarzt	1950	
Ersatzmitglieder:	1992	kaufm. Angestellte	1957	
	2000	mag.oec.	1963	
	200.	Kaufmann	1960	
Gerichtsschreiberin:	1997	Thür Brechbühl Suzanne, lic.iur., Rechtsanwältin	1962	
Gerichtssekretär:	2000	Hunziker René, lic.iur., Rechtsanwalt	1971	

B. Statistische Angaben

zum Geschäftsbericht der gerichtlichen Behörden sowie des Konkursamts und der Betreibungsämter

I. Obergericht

1. Allgemeines

Tabelle 1. Tätigkeitsübersicht

	2007	2006	2005
Sitzungen	106	99	90
Plenum	2	3	1
Fünferbesetzung	24	20	19
Dreierbesetzung	80	76	70
Einschreibungen	514	514	548
erstinstanzliche Verfahren	3	5	2
Berufungsverfahren	163	179	196
davon in Fünferbesetzung	34	30	41
davon in Dreierbesetzung	129	149	155
Rekursverfahren	249	224	238
Beschwerdeverfahren	45	36	40
übrige Verfahren	54	70	72
erledigte Verfahren	544	514	537
erstinstanzliche Verfahren	1	4	2
Berufungsverfahren	191	176	173
davon in Fünferbesetzung	39	32	45
davon in Dreierbesetzung	152	144	121
Rekursverfahren	253	219	250
Beschwerdeverfahren	48	35	43
übrige Verfahren	51	80	66
Pendente Berufungsverfahren Ende Jahr	64	92	96
davon Eingang vor dem 1. Januar 2007	9	8	11

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

2. Zivilrechtspflege

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

	hängig per 1.1.07	neu	erledigt per 31.12.07
Urheberrecht	-	1	-
Erfindungspatente	2	1	1
Fabrik- und Handelsmarken	-	1	-
Total	2	3	1
2006 waren es	1	5	4
2005 waren es	4	1	4

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

			erledigt durch Urteil	ırch Urteil		erledigt	erledigt durch Verfügung/Beschluss	fügung/Be	schluss
Bezirk	Zahl	unbe- gründet	be- gründet	teilweise be- gründet	Rück- weisung an Vor- instanz	Rück- Rück- weisung zug an Vor- und Aner- instanz kennung	Ver- gleich	nicht einge- treten	ander- weitig erledigt
Arbon	16	2	2	1	ı	4	3	2	2
Bischofszell	7	2	1		\vdash	2	1	2	'
Diessenhofen	3	2	•	1	Τ	1	1	-	1
Frauenfeld	15	4	1	5	\vdash	5	1	ı	'
Kreuzlingen	31	7		2	3	^	2	6	'
Münchwilen	24	9	2	5	1	5	2	4	1
Steckborn	10	2	3	Т	•	П	•	3	•
Weinfelden	15	3	1	7	ı	2	1	1	1
Rückweisung BuGer	-	-	1	-	1	1	1	-	1
Total	121	28	6	21	9	26	8	21	2
2006 waren es	117	31	7	18	4	21	16	15	5
2005 waren es	118	33	5	14	9	23	8	27	2

In diesen 121 Berufungsverfahren waren 144 Berufungen sowie sechs Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:

Personenrecht - Schutz der Persönlichkeit	1
Familienrecht - Ehescheidung - Änderung Scheidung/Trennung - Unterhalt - Vormundschaft	24 8 6 3
Erbrecht - Erbteilung	2
Sachenrecht - Eigentum - beschränkte dingliche Rechte - Grundbuch	1 4 1
Obligationenrecht - Kauf und Tausch - Miete - Pacht - Arbeitsvertrag - Leihe - Werkvertrag - Auftrag - Leasing - übrige Innominatverträge - aktienrechtliche Verantwortlichkeit	8 8 1 22 2 8 2 3 9
Betreibungsrechtliche Prozesse - Aberkennung - Aussonderung - paulianische Anfechtung	1 1 2
Übriges Zivilrecht - Versicherungsvertrag	3

Tabelle 4. Rekursverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

))			
Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	98	17	5	4	2	7	1
Bischofszell	28	8	S	5	ı	6	1
Diessenhofen	6	3	3	2	ı	Т	ı
Frauenfeld	36	15	8	5	ı	8	ı
Kreuzlingen	53	17	7	6	2	15	3
Münchwilen	41	15	6	7	1	8	1
Steckborn	25	10	5	2	1	S	2
Weinfelden	20	5	5	2	ı	9	2
Friedensrichterämter	3	1	2	ı	ı	ı	ı
Rückweisung BuGer	T	1	1	1	1	1	1
Revision	1	-	-	1	-	-	1
Total	253	91	64	36	9	29	12
2006 waren es	219	83	31	27	7	55	16
2005 waren es	250	95	30	40	15	49	21

* inkl. Rückzug und Anerkennung

In diesen 253 Rekursverfahren waren 295 Rekurse sowie 12 Anschlussrekurse zu beurteilen.

Rekursverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart Tabelle 5.

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
SchKG							
- Rechtsöffnung	9/	30	13	8	1	20	4
- Konkurseröffnung	35	10	10	1	•	12	3
- übrige Rekurse nach SchKG	4	4	1	1	ı	1	•
Befehlsverfahren							
- Handhabung klaren Rechts	2	1	1	•	ı	1	1
- Ausweisung	18	7	2	1	ı	8	1
- übrige Rekurse im Befehlsverfahren	9	4	ı	•	I	2	I
ZGB/OR							
- vorsorgliche Massnahmen							
bei Ehescheidung/-trennung	6	1	4	3	l	1	I
- Eheschutzmassnahmen	44	12	S	19	2	5	1
- fürsorgerische Freiheitsentziehung	4	2	ı	1	T	Į	ı
- übrige Rekurse nach ZGB/OR	13	3	3	1	ı	9	!
ZPO							
- Revision	1	Ī	ı	1	I,	Ī	1
- Kostenrekurs	11	2	3	4	ı	2	1
- Erledigungsbeschlüsse	10	3	3	1	\vdash	2	\vdash
- unentgeltliche Prozessführung	10	5	3	1	T	Ī	T
- übrige Rekurse nach ZPO	11	7	3	_	-	-	1
Total	253	91	49	36	9	59	12
2006 waren es	219	83	31	27	7	55	16
2005 waren es	250	56	30	40	15	64	21

* inkl. Rückzug und Anerkennung

Tabelle 6. Beschwerdeverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

gegen- standslos	П	1	4	-	5	3	2
nicht einge- treten	'	1	1	-	1	1	1
Rückzug	ı	1	1	_	-	-	-
geschützt geschützt Rückzug	1	1	1	-	-	-	1
geschützt	ı	1	ı	-	-	1	1
abge- wiesen	1	1	2	_	3	2	5
Zahl	2	1	7	_	6	7	8
Herkunft	Bezirksgerichte	Bezirksgerichtliche Kommissionen	Gerichtspräsidien	Friedensrichterämter	Total	2006 waren es	2005 waren es

3. Strafrechtspflege

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

			erledigt durch Urteil	ırch Urteil		erledigt dure	erledigt durch Verfügung/Beschluss	g/Beschluss
Bezirk	Zahl	dan	1	teilweise	Rückwei-		nicht	ander-
		unde-	De-	pe-	sung an	Rückzug	einge-	weitig
		grunder	grunder	gründet	Vorinstanz		treten	erledigt
Arbon	8	1	1	3	1	1	ı	2
Bischofszell	9	4	1	1	1	\leftarrow	•	•
Diessenhofen	7	3	Т	2	1	\leftarrow	'	1
Frauenfeld	11	7	Т	'	1	3	'	1
Kreuzlingen	17	14	Т		\vdash	1	'	1
Münchwilen	6	4	Т	2	1	2	'	1
Steckborn	5	1	Т	2	1	\leftarrow	T	1
Weinfelden	7	2	2	2	1	1	1	1
Rückweisung BuGer	1	1	-	-	1	-	-	1
Total	02	35	8	13	1	6	2	2
2006 waren es	65	30	5	9	1	12	3	2
2005 waren es	88	18	5	16	5	12	2	1

In diesen 70 Berufungsverfahren waren 83 Berufungen sowie neun Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die Berufungen wurden eingelegt:

	::
٠	ニ
	~
	ï
-	÷
	્
	S
-	=
	ಡ
	Ä
	5
	tsanw
	ᆵ
	10
	S
	ੜ
	2
	ù
	ヹ
Ç	n
	_
	7
_	ë
	J
	_
	207
	9
	5

⁻ von den Angeklagten:

- von Geschädigten und Opfern:

¹¹ Fälle 67 Fälle 5 Fälle

Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:

Strafgesetzbuch	
- Delikte gegen Leib und Leben	10
- Delikte gegen das Vermögen	11
- Ehrverletzungen	2
- Delikte gegen die Freiheit	5
- Delikte gegen die Familie	1
- gemeingefährliche Delikte	2
- Urkundenfälschung	1
- Delikte gegen die öffentliche Gewalt und das Ausland	2
- Delikte gegen die Rechtspflege	2
Bundesgesetz über den Strassenverkehr	20
Bundesgesetz über die Betäubungsmittel	2
Nebenstrafrecht des Bundes	11
Leistungen nach OHG	1

Weitere Geschäfte:

Das Obergericht erledigte ausserdem 11 Beschwerden nach Strafprozessrecht. Hievon wurden sechs abgewiesen und drei geschützt; zwei Beschwerden erwiesen sich als gegenstandslos.

Tätigkeit als Aufsichtsbehörde im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen 4.

Tabelle 8. Gesuche und Beschwerden

Gegenstand	Zahl	abge- wiesen	geschützt	geschützt geschützt an Vorinstanz	Rückwei- sung an Vor- instanz	Rückzug	nicht einge- treten	ander- weitig erledigt	durch- schnitt- liche Ver- fahrens- dauer
Als obere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter	24	19	1	3	1	1	1	I	47 Tage
Als Aufsichtsbehörde									
im Konkurswesen									
- Gesuche	\vdash	1	Π	ı	1	1	1	1	3 Tage
- Beschwerden	4	1	-	1	1	1	1	1	49 Tage
Total	56	20	1	4	1	1	1	1	46 Tage
2006 waren es	21	12	5	-	1	ı	I	3	47 Tage
2005 waren es	27	15	3	3	1	2	I	3	3 53 Tage

II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle

Tabelle 9. Art des Rechtsmittels und Erledigung

	7.51	Zohl samiesen neserintat	gechiitat	teilweise		nicht anderweitig
	Lam	angewiesen	geschutzt	geschützt	eingetreten	erledigt
Beschwerde						
in Zivilsachen*	27	10	ı	1	17	,
in Strafsachen**	14	6	1	1	5	•
in Betreibungssachen	_	3	1	1	2	2
Verfassungsbeschwerde***						
in Zivilsachen	10	4	2	•	4	•
in Strafsachen	5	3	-	1	2	1
Total	63	29	2	-	30	7
2006 waren es	47	25	1	-	18	8
2005 waren es	02	35	6	8	20	8

inkl. Berufungen nach altem Recht

^{**} inkl. Nichtigkeitsbeschwerden nach altem Recht
*** inkl. staatsrechtliche Beschwerden nach altem Recht

⁴¹

III. Bezirksgerichte

1. Geschäftsführung der Bezirksgerichte

Tabelle 10. Tätigkeitsübersicht

			Pen	denzen Ende	Jahr
Bezirk	Sitzungen	Einschrei- bungen	Total	davon Eingang vor dem 1.1.2007	von den überjähri- gen Verfah- ren sind un- echte Pen- denzen *
Arbon	17	36	25	10	-
Bischofszell	9	12	8	2	-
Diessenhofen**	2	2	2	-	-
Frauenfeld	45	39	29	10	3
Kreuzlingen	53	99	72	12	2
Münchwilen	17	32	41	29	-
Steckborn	17	32	25	17	-
Weinfelden	27	25	24	8	-
Total	187	277	226	88	5
2006 waren es	193	239	227	85	11
2005 waren es	158	237	203	81	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.

. .

Drei beim Bezirksgericht eingeleimte Fälle wurden durch die Bezirksgerichtliche Kommission in zwei Prozessen erledigt.

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 11. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

	andere	zivil- recht- liche Streitig- keiten	1	1	1	1	1	1	2	_	3	2	5
	Schuld-	betrei- zivil- bungs- recht- und Kon- liche kurs- Streitig recht keiten	1	1	1	⊣	7	3	İ	_	12	6	10
		Obliga- tionen- recht	10	6	\vdash	20	34	17	5	12	108	88	101
ıstand		Sachen- recht	1	1	1	2	6	1	ı	-	12	7	4
Gegenstand		Erb- recht	1	1	ı	4	2	1	Ħ	2	6	6	7
	Familienrecht	andere	-	ı	1	ı	1	1	9	1	9	3	5
	Familie	Vater- schaften	-	1	1	1	1	1	2	_	2	3	1
		Per- sonen- recht	8	1	1	1	1	1	1	_	8	1	2
n		be- schleu- nigtes	1	ı	ı	ı	9	5	1	1	12	11	9
Verfahren		Ontersu- ordent- chungs- liches ver- fahren	1	1	1		1	1	8	-	6	9	9
		ordent- liches	20	6	1	26	46	15	8	14	139	105	123
		Zahl	21	6	_	27	52	20	16	14	160	122	135
		Bezirk	Arbon	Bischofszell	Diessenhofen	Frauenfeld	Kreuzlingen	Münchwilen	Steckborn	Weinfelden	Total	2006 waren es	2005 waren es

Tabelle 12. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

			erledig	t durch	
			Verf	ügung/Besc	hluss
Bezirk	Zahl	Urteil	Ver- gleich	Rückzug und Aner- kennung	Gegen- stands- losigkeit/ Nicht- eintreten
Arbon	21	4	9	3	5
Bischofszell	9	4	2	2	1
Diessenhofen	1	-	1	-	-
Frauenfeld	27	5	14	4	4
Kreuzlingen	52	20	11	13	8
Münchwilen	20	15	2	1	2
Steckborn	16	15	-	-	1
Weinfelden	14	5	3	4	2
Total	160	68	42	27	23
2006 waren es	122	51	37	22	12
2005 waren es	135	58	34	24	19

B. Strafrechtspflege

Tabelle 13. Überweisungen und Erledigungen

	<u>)</u>	Überweisungen	ı		Erledigungen		-
Bezirk	Pendenzen	Neu-	Total	Urteil	Verfügung/	Total	rendenzen Ende Jahr
	aus voijaiii	ciligalige			Descrines		
Arbon	14	11	25	12	8	20	5
Bischofszell	1	7	8	2	ı	2	9
Diessenhofen	ı	1	ı	ı	ı	1	I
Frauenfeld	5	17	22	11	9	17	5
Kreuzlingen	9	27	33	27	3	30	3
Münchwilen	14	12	26	19	ı	19	7
Steckborn	1	20	21	20	ı	20	1
Weinfelden	3	10	13	7	ı	7	9
Total	44	104	148	86	17	115	33
2006 waren es	43	94	137	81	12	93	44
2005 waren es	50	89	139	92	20	96	43

2. Geschäftsführung der Bezirksgerichtlichen Kommissionen

Tabelle 14. Tätigkeitsübersicht

			Pend	denzen Ende	Jahr
Bezirk	Sitzungen	Einschrei- bungen	Total	davon Eingang vor dem 1.1.2007	von den überjähri- gen Verfah- ren sind un- echte Pen- denzen*
Arbon	81	288	124	19	1
Bischofszell	58	222	68	1	-
Diessenhofen**	16	41	12	-	-
Frauenfeld	137	260	88	14	2
Kreuzlingen	172	319	157	27	4
Münchwilen	43	196	99	18	-
Steckborn	20	109	51	10	-
Weinfelden	100	176	100	26	7
Total	627	1'611	699	115	14
2006 waren es	590	1'693	694	101	15
2005 waren es	506	1'919	735	102	20

*

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

* *

Drei beim Bezirksgericht eingeleimte Fälle wurden durch die Bezirksgerichtliche Kommission in zwei Prozessen erledigt.

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 15. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

		Ehr- verlet- zungs- klagen	5	1	1	1	3	1	1	1	11	16	12
	andere	zivil- recht- liche Streitig- keiten	1	1	1	2	1	3	1	1	7	7	14
	Schuld-	betrei- bungs- und Kon kurs- recht	2	ı	ı	3	4	2	ı	\vdash	12	4	5
Gegenstand		Obliga- tionen- recht	25	16	2	36	23	26	19	12	159	147	165
Gegel		Sachen- recht	1	1	1	3	1	2	ı	3	6	16	15
		Erb- recht	-	1	1	1	1	1	2	1	8	-	1
	ırecht	andere	99	38	5	26	27	22	2	18	194	165	146
	Familienrecht	Ehe- schei- dungen/ Ehetren- nungen	123	111	22	156	120	98	42	72	732	902	824
		be- schleu- nigtes	17	8	1	28	10	10	9	6	68	20	65
Verfahren		Untersu- chungs- ver- fahren	179	149	27	167	146	103	44	92	891	861	962
		ordent- liches	15	6	\vdash	32	22	28	17	23	147	130	155
		Zahl	211	166	29	227	178	141	29	108	1.127	1,061	1'182
		Bezirk	Arbon	Bischofszell	Diessenhofen	Frauenfeld	Kreuzlingen	Münchwilen	Steckborn	Weinfelden	Total	2006 waren es	2005 waren es

Tabelle 16. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

			erledig	t durch	
			Ver	fügung/Besch	ıluss
Bezirk	Zahl	Urteil	Ver- gleich	Rückzug und Aner- kennung	Gegen- stands- losigkeit/ Nicht- eintreten
Arbon	211	158	19	25	9
Bischofszell	166	123	8	32	3
Diessenhofen	29	25	1	3	-
Frauenfeld	227	165	23	33	6
Kreuzlingen	178	139	6	25	8
Münchwilen	141	112	12	13	4
Steckborn	67	47	13	7	-
Weinfelden	108	80	14	12	2
Total	1'127	849	96	150	32
2006 waren es	1'061	798	77	154	32
2005 waren es	1'182	907	67	162	46

B. Strafrechtspflege

Tabelle 17. Überweisungen und Erledigungen

	Pendenzen Ende Jahr	30	19	2	12	29	12	9	33	143	111	166
	davon Ein- sprachen gegen Strafver- fügungen	5	8	1	11	22	11	1	8	<i>L</i> 9	92	119
ungen	Total	75	54	10	09	113	65	28	72	477	673	747
Erledigungen	Verfü- gung/Be- schluss	10	15	1	18	10	3	2	5	69	<i>LL</i>	104
	Urteil	65	39	10	42	103	62	26	67	414	296	643
	davon Ein- sprachen gegen Strafver- fügungen	7	10	1	12	31	12	3	11	28	06	135
sungen	Total	105	73	12	72	142	77	34	105	620	784	913
Überweisungen	Neu- cingänge	83	61	6	09	123	64	31	78	509	618	755
	Pendenzen aus Vorjahr	22	12	3	12	19	13	3	27	111	166	158
	Bezirk	Arbon	Bischofszell	Diessenhofen	Frauenfeld	Kreuzlingen	Münchwilen	Steckborn	Weinfelden	Total	2006 waren es	2005 waren es

3. Geschäftsführung der Bezirksgerichtspräsidien

Tabelle 18. Einzelrichterliche Tätigkeit

			Pend	denzen Ende	Jahr
Bezirk	Sitzungen	Einschrei- bungen	Total	davon Eingang vor dem 1.1.2007	von den überjäh- rigen Verfah- ren sind un- echte Pen- denzen *
Arbon	91	60	11	-	-
Bischofszell	36	44	9	-	-
Diessenhofen	2	3	-	-	-
Frauenfeld	133	51	13	1	1
Kreuzlingen	39	80	26	3	-
Münchwilen	47	74	29	3	-
Steckborn	14	25	8	-	-
Weinfelden	40	48	20	3	-
Total	402	385	116	10	1
2006 waren es	390	380	121	11	1
2005 waren es	409	371	124	12	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

	ligungsart Rechts- Rück- Gegen- einver- zug stands- einver- und losigkeit/ nah- Aner- Nicht- men		- 4	8 7 9		1 4	14 2 7	7 4 10	$10 \qquad 1 \qquad 1$	9 1 1	70 16 36	54 25 248
T	nacn Eriedigungsart	Rück- zug Vergleich und Aner- kennung	27 1	12	1	19 1	25 1	9	4	20	113 7	118
1000	nacn	Urteil Verg	24	12	7	12	44	42	10	6	155	1.57
		Schuld- andere betrei- zivil- bungs- recht- und liche Konkurs- Streitig- recht keiten	T	ı	ı	ı	ı	1	ı	ı	2	5
enstand	Gegenstand		3	ı	ı	1	1	1	1	-	7	6
nach Verfahren und Gegenstand	Gege	Obliga- tionen- recht	99	37	3	41	82	26	22	39	336	333
erfahren		Sachen- recht	1	2	ı	Т	2	Τ	2	1	6	7
nach V	Verfahren	be- schleu- nigtes	33	28	Τ	19	36	7	13	20	157	142
	Verf	ordent- liches	28	11	2	24	49	52	12	19	197	212
		Zahl	61	39	3	43	85	59	25	39	354	354
		Bezirk	Arbon	Bischofszell	Diessenhofen	Frauenfeld	Kreuzlingen	Münchwilen	Steckborn	Weinfelden	Total	2006 waren es

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	Auswei- sung von Mietern und	Kraftlos- erklärung von Wert- papieren	übrige Ver- fügungen nach ZGB und OR	weitere Ver- fügungen nach ZPO	Total
Arbon	24	20	58	21	37	10	47	19	236
Bischofszell	2	5	49		18		43	19	150
Diessenhofen	2	3	10	П	į	2	16	28	62
Frauenfeld	19	6	09	28	35	23	48	98	308
Kreuzlingen	10	12	44	32	18	21	48	12	197
Münchwilen	2	15	30	3	20	4	32	25	131
Steckborn	3	3	18	51	6	2	10	⊣	62
Weinfelden	7	12	26	4	15	6	17	7	97
Total	69	62	295	147	152	28	261	197	1'278
2006 waren es	92	28	292	62	157	28	244	181	1'194
2005 waren es	99	22	311	91	185	84	296	138	1'236

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	309	125	17	43	11	9	69	580
Bischofszell	139	58	6	35	4	5	59	309
Diessenhofen	33	37	1	4	4	1	9	98
Frauenfeld	238	83	12	43	32	6	5	422
Kreuzlingen	281	216	2	47	13	11	92	662
Münchwilen	181	92	7	18	10	9	72	386
Steckborn	104	55	1	25	4	3	29	221
Weinfelden	172	95	4	8	18	12	32	341
Total	1'457	761	53	223	96	53	364	3'007
2006 waren es	1'476	968	70	248	116	48	429	3'283
2005 waren es	1'616	956	56	239	95	48	439	3'449

Tabelle 22. Beschwerden gegen die Betreibungsämter

			Er	ledigungs	art		1 1
Bezirk	Zahl	abge- wiesen	ge- schützt	teil- weise ge- schützt	nicht einge- treten	ander- weitig erledigt	durch- schnitt- liche Ver- fahrens- dauer
Arbon	18	6	3	4	1	4	40 Tage
Bischofszell	5	3	-	-	2	-	24 Tage
Diessenhofen	-	-	-	-	-	-	-
Frauenfeld	12	7	1	1	1	2	26 Tage
Kreuzlingen	9	3	2	-	1	3	35 Tage
Münchwilen	10	7	2	-	1	-	36 Tage
Steckborn	4	2	1	-	-	1	39 Tage
Weinfelden	12	4	6	-	-	2	67 Tage
Total	70	32	15	5	6	12	40 Tage
2006 waren es	66	31	9	9	7	10	58 Tage
2005 waren es	78	44	9	10	4	11	47 Tage

IV. Friedensrichterämter

Tabelle 23. Geschäftsumfang

	behandelte Fälle	verglichen wurden	keine Weisung verlangt	Weisungen wurden erteilt	einzelrich- terliche Tätigkeit
Arbon	180	34	43	103	10
Romanshorn	93	16	25	52	5
Bischofszell	34	10	11	13	2
Amriswil	72	30	7	35	4
Sulgen	44	12	11	21	1
Diessenhofen	43	16	18	9	-
Frauenfeld	111	29	10	72	9
Aadorf	47	13	7	27	-
Felben-Wellhausen	43	15	12	16	1
Kreuzlingen	212	40	41	131	2
Kemmental	40	6	6	28	3
Tägerwilen	49	12	9	28	-
Münchwilen	88	28	7	53	4
Affeltrangen	64	30	14	20	1
Sirnach	80	24	10	46	1
Steckborn	46	10	9	27	-
Müllheim	56	19	10	27	2
Weinfelden	57	14	1	42	4
Bürglen	43	13	12	18	-
Märstetten	44	13	8	23	-
Total	1'446	384	271	791	49
2006 waren es	1'358	398	218	742	63
2005 waren es	1'482	444	246	792	56

V. Bezirksämter

Tabelle 24. Tätigkeit als Strafgerichte

Bezirk	Zahl der Str	afverfügungen
Dezirk	Übertretungen	Vergehen und Verbrechen
Arbon	2'435	447
Bischofszell	1'568	184
Diessenhofen	427	61
Frauenfeld	2'666	351
Kreuzlingen	3'328	499
Münchwilen	2'633	337
Steckborn	1'017	164
Weinfelden	1'569	189
Total	15'643	2'232
2006 waren es	16'174	2'199
2005 waren es	15'669	2'270

VI. Konkursamt

Tabelle 25. Geschäftsumfang

	2007	2006	2005
Pendenzen aus dem Vorjahr	142	139	162
Neueingänge	314	316	319
Erledigungen im Berichtsjahr	307	313	342
Pendenzen Ende Jahr	149	142	139
Konkurseröffnungen			
Firmenkonkurse	185	202	174
Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen)	42	50	44
Nachlasskonkurse (ausgeschlagene Erbschaften)	87	64	101
Total Neueingänge	314	316	319
Konkurserledigungen			
Widerruf	5	7	8
Aufhebung des Konkurses	15	7	15
Einstellung mangels Aktiven	153	180	169
Schlusserklärung			
nach summarischem Verfahren	133	117	148
nach ordentlichem Verfahren	1	2	2
Total Konkurserledigungen	307	313	342

VII. Betreibungsämter

Tabelle 26. Geschäftsumfang

	Zahlungsbefehle	Pfändungs- vollzüge	Verwertungen
Arbon	6'624	4'493	4'059
Romanshorn	4'531	3'197	2'559
Bischofszell	2'092	1'165	984
Amriswil	4'155	2'867	2'587
Sulgen	2'330	1'456	1'082
Diessenhofen	2'190	1'068	1'274
Frauenfeld	7'014	3'881	3'560
Aadorf	3'087	1'982	1'588
Felben-Wellhausen	1'625	929	786
Kreuzlingen	6'471	4'015	2'465
Kemmental	1'759	867	612
Tägerwilen	1'776	810	635
Münchwilen	3'197	1'743	1'527
Affeltrangen	1'842	1'067	948
Sirnach	4'139	2'208	2'029
Steckborn	2'665	1'545	1'296
Müllheim	1'922	1'003	861
Weinfelden	2'117	1'086	843
Bürglen	2'049	981	772
Märstetten	1'873	1'085	660
Total	63'458	37'448	31'127
2006 waren es	69'068	39'490	33'432
2005 waren es	73'112	40'922	33'602

C. Entscheide

des Obergerichts und des Obergerichtspräsidiums

BUNDESRECHT

- 1. Nachehelicher Unterhalt; Behandlung der Ergänzungsleistungen beim Einkommen des Unterhaltspflichtigen (Art. 125 ZGB; Art. 10 und 11 ELG)
- 1. Beim Einkommen des Berufungsbeklagten ist strittig, ob die Ergänzungsleistung von monatlich Fr. 553.00 als Einkommen anzurechnen ist.
- Auszugehen ist davon, dass gemäss Art. 3b Abs. 3 lit. e¹ ELG geleistete familienrechtliche Unterhaltsbeiträge als anerkannte Ausgaben gelten. Die Pflicht zur Leistung solcher Beiträge und deren tatsächliche Bezahlung erhöhen demgemäss die Ergänzungsleistung. Vor diesem Hintergrund sind bezogene Ergänzungsleistungen auf Seiten des Unterhaltspflichtigen ohne weiteres als Einkommen anzurechnen. Dass hier die vom Berufungsbeklagten aufgrund der Eheschutzmassnahmen zu leistenden Unterhaltsbeiträge bei der Berechnung der Ergänzungsleistung nicht berücksichtigt wurden, rührt einzig daher, dass er iene nicht bezahlte. Dieser Umstand aber kann mit Blick auf den gesetzlichen Anspruch des Berufungsbeklagten auf eine um die erfüllte Unterhaltspflicht höhere Ergänzungsleistung nicht zur Folge haben, dass die derzeit ausgerichtete Ergänzungsleistung nicht als Einkommen anzurechnen wäre. Die vom Berufungsbeklagten zur Stützung seiner Argumentation angeführte Literatur, wonach Ergänzungsleistungen nicht als Einkommen anzurechnen seien, bezieht sich ausnahmslos auf die spiegelbildliche Situation, nämlich dass die unterhaltsberechtigte Partei Ergänzungsleistungen geltend macht. In diesem

-

Seit 1. Januar 2008 Art. 10 Abs. 3 lit. e

Fall ist die Ergänzungsleistung mit Blick auf Art. 3c Abs. 1 lit. h² ELG gemäss der herrschenden Meinung³ subsidiär zu familienrechtlichen Unterhaltsbeiträgen, was nur schon mit Blick auf die Konstellation, dass der Unterhaltspflichtige ebenfalls (und eben um seine Unterhaltspflicht erhöhte) Ergänzungsleistungen bezieht, sachgerecht ist. Andernfalls würden der unterhaltsberechtigten Partei für ein und denselben Bedarf von zwei Seiten her - mittelbar und unmittelbar - Ergänzungsleistungen zufliessen, was mit Blick auf das Überentschädigungsverbot und den Grundsatz, dass die Sozialversicherungen hinter die eigene Leistungsfähigkeit der berechtigten Person zurückzutreten haben⁴, nicht richtig wäre.

Obergericht, 5. Juni 2007, ZBR.2006.85

2. Keine Schuldneranweisung bezüglich Ergänzungsleistungen (Art. 132 Abs. 1 ZGB; Art. 20 ATSG)

1. Das Eidgenössische Versicherungsgericht erkannte in einem nicht publizierten Urteil vom 25. November 1988, dass eine Drittauszahlung mangels Regelung im ELG oder in der ELV nur in Frage

_

Seit 1. Januar 2008 Art. 11 Abs. 1 lit. h

SJZ 89, 1993, S. 366 Nr. 40 (Wiedergabe des Urteils des Kantonsgerichts Freiburg vom 3. Februar 1993); BGE vom 11. Juni 2002, 5C.6/2002, Erw. 2c; Carigiet, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, Zürich 1995, S. 112 Anm. 198; Hausheer/Geiser, Koordination Scheidungsunterhalt und AHV/IV-Ergänzungsleistungen, in: ZBJV 130, 1994, S. 620 ff.; Spycher, Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden, Diss. Bern 1996, S. 84 f.; kritisch: Koller, Privatisierung oder Sozialisierung der wirtschaftlichen Folgen objektiver Scheidungsrisiken?, in: recht 12, 1994, S. 80

⁴ Kocher, Zum Wesen der Koordination in der schweizerischen Sozialversicherung, in: recht 12, 1994, S. 85 ff., 90 ff.

komme, wenn sie im kantonalen Recht vorgesehen sei⁵. Zwischenzeitlich wurde mit dem Inkrafttreten des ATSG und dessen Art. 20 eine für alle Sozialversicherungen geltende Bestimmung zur Gewährleistung zweckgemässer Verwendung sozialversicherungsrechtlicher Leistungen geschaffen⁶.

- 2. a) Art. 20 ATSG sieht bei gegebenen sonstigen Voraussetzungen⁷ einzig die Drittauszahlung an einen geeigneten Dritten oder eine Behörde vor, der oder die der berechtigten Person gegenüber gesetzlich oder sittlich unterstützungspflichtig ist. Die Drittauszahlung an Personen, die gegenüber dem Berechtigten einen Unterhaltsanspruch haben, ist nach Art. 20 ATSG, der wortgetreu auszulegen ist⁸, demnach nicht möglich. Indessen sind in Einzelgesetzen Abweichungen vom Grundsatz, wie er im ATSG verankert ist, beibehalten worden: So sieht etwa Art. 22^{bis}Abs. 2 AHVG vor, dass die Zusatzrente in Abweichung von Art. 20 ATSG unter gewissen Voraussetzungen dem "nicht rentenberechtigten Ehegatten" auszuzahlen ist⁹. Im ELG aber findet sich keine von Art. 20 ATSG abweichende Bestimmung über die Drittauszahlung. Dementsprechend ist das Gesuch der Berufungsklägerin um Schuldneranweisung abzuweisen.
- b) Dieses Ergebnis stimmt mit der gesetzlichen Regelung von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 9a SchKG überein, wonach die Renten gemäss Art. 12 ELG unpfändbar sind. Dieser Grundsatz kann auch mit der privilegierten Zwangsvollstreckungsmassnahme¹⁰ nach Art. 132 Abs. 1

Zitiert bei Carigiet, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, Zürich 1995, S. 139 und 172, sowie Rumo-Jungo, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht (Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen), Zürich 1994, S. 157

Vgl. den Randtitel von Art. 20 ATSG

Siehe Abs. 1 lit. a und b

⁸ BGE vom 8. März 2006, 5P.474/2005, Erw. 2

⁹ Vgl. BGE vom 8. März 2006, 5P.474/2005, Erw. 2.3.3

Vgl. BGE 130 III 491 f.

ZGB nicht untergraben werden: Die Privilegierung in Form der Schuldneranweisung besteht nur darin, dass der Gläubiger für seine unterhaltsrechtliche Forderung nicht (jedes Mal) den staatlichen Zwangsvollstreckungsapparat bemühen muss, nicht aber, dass ein grösseres Pfändungssubstrat zur Verfügung stünde als im ordentlichen Zwangsvollstreckungsverfahren. Insofern muss die Schuldneranweisung (ebenfalls) dort ihre Grenze haben, wo das Einkommen des Unterhaltsschuldners nur aus unpfändbaren Renten besteht.

Obergericht, 5. Juni 2007, ZBR.2006.85

3. Fragepflicht des Richters im streitigen Scheidungsverfahren (Art. 135 ff., 140 ZGB; §§ 95, 153 ZPO)

- 1. a) Die Vorinstanz hielt im Scheidungsurteil fest, die Ehefrau habe zum nachehelichen Unterhalt keine Anträge gestellt; das Gericht habe daher keine Veranlassung, eine allfällige Unterhaltsverpflichtung des Ehemanns zu prüfen, zumal die Ehefrau einer Erwerbstätigkeit nachgehe. Die Ehefrau habe diese Frage zwar nachträglich aufgeworfen, doch sei das Urteil in diesem Zeitpunkt bereits gefällt gewesen.
- b) Demgegenüber vermerkte das Gerichtspräsidium im Dispositiv seiner Massnahmeverfügung ausdrücklich, ein Entscheid über einen persönlichen Unterhalt für die Dauer des Scheidungsverfahrens bleibe vorbehalten für den Fall, dass die Ehefrau noch einen entsprechenden Antrag stellen sollte. Zur Begründung wurde ausgeführt, ein Verzicht einer unterhaltsberechtigten Person in einem eherechtlichen Verfahren könne nicht leichthin angenommen werden; er müsse ausdrücklich oder zumindest klar sein. Eine klare Verzichtserklärung sei von der Ehefrau bisher nicht abgegeben worden, so dass

die Frage eines persönlichen Unterhalts im Massnahmeverfahren durchaus noch geprüft werden könne.

Die Begründung für die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz liegt im Grunde genommen schon in der vom Gerichtspräsidium getroffenen Massnahmeverfügung. Nachdem Art. 140 Abs. 2 ZGB eine richterliche Kontrolle von Scheidungskonventionen und damit faktisch auch eine entsprechende Fragepflicht festlegt¹¹, vorab hinsichtlich der Klarheit einer Scheidungsvereinbarung, was beinhaltet, dass die Scheidungskonvention sämtliche erforderlichen Regelungen enthalten muss¹², wäre es wenig sinnvoll, wenn den Richter in streitigen Scheidungsverfahren keinerlei entsprechende Pflichten treffen würden, die Interessen auch einer schwächeren Partei zu wahren¹³. Es wäre unverständlich, wenn der Richter die Parteien bei einer Scheidungskonvention auf die fehlende Regelung des nachehelichen Unterhalts hinweisen müsste, nicht aber im streitigen Verfahren. Auch wenn teils zumindest der Ansatz zu einer entsprechenden Prozesserklärung gefordert wird¹⁴, indem eine Partei einen bestimmten Sachverhalt zumindest andeutungsweise beziehungsweise in rudimentärer Form behaupten müsse¹⁵, ist es gerade Sinn und Zweck von Art. 140 ZGB, unvollständige und allenfalls unbillige Scheidungsurteile zu vermeiden, so dass selbst bei fehlenden Behauptungen eine Fragepflicht besteht.

Obergericht, 10. Juli 2007, ZBR.2007.29

-

Sarbach, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Bern 2003, S. 107; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 140 ZGB N 80

Leuenberger/Schwenzer, in: FamKommentar Scheidung (Hrsg.: Schwenzer), Bern 2005, Art. 140 ZGB N 13; Sarbach, S. 107

Ebenso Sutter/Freiburghaus, Art. 140 ZGB N 6

Vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 55 N 2

Frank, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Ergänzungsband, Zürich 2000, § 55 N 2

4. Zur Bemessung des Kinderunterhaltsbeitrags (Art. 285 Abs. 1 ZGB)

- 1. Gemäss Art. 285 Abs. 1 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag des Kindes dessen Bedürfnissen sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes sowie den Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an die Betreuung des Kindes berücksichtigen.
- Der Bedarf eines Kindes bildet keine feststehende Grösse. 2. Der betreibungsrechtliche Kinderzuschlag beläuft sich für ein zweieinhalb Jahre altes Kind auf Fr. 250.0016. Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass dieser Betrag sehr knapp bemessen ist, und dass damit die Bedürfnisse eines Kindes nicht gedeckt sind. Teils wird deshalb vorgeschlagen, ihn von vornherein um ca. 20% anzuheben¹⁷ und sodann die Krankenkassenprämien, einen Teil der Wohnauslagen und einen minimalen Versicherungsbeitrag zu addieren. Der Berner Regel entspricht es, für ein Einzelkind 15-17% der Nettoeinkünfte zu berechnen¹⁸; die Zürcher Empfehlungen bemessen den durchschnittlichen altersbedingten Unterhaltsbedarf nach den Positionen Ernährung, Bekleidung, Unterkunft und Nebenkosten¹⁹. Die thurgauische Praxis hat sich auf keine dieser Richtlinien festgelegt, sondern entscheidet von Fall zu Fall²⁰. Einem Kleinkind, dessen Eltern in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen leben, Fr. 500.00 zuzusprechen, erscheint

_

Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums nach Art. 93 SchKG vom 24. November 2000, Ziff. I. 4

¹⁷ FamPra.ch 2001 S. 396 f.

Vetterli, in: FamKommentar Scheidung (Hrsg.: Schwenzer), Bern 2005, Art. 176 ZGB N 35

Wullschleger, in: FamKommentar Scheidung (Hrsg.: Schwenzer), Bern 2005, Art. 285 ZGB N 7 ff.

Merz, Die Praxis zum Eheschutz, Sulgen 2005, S. 170 N 1 ff.

ohne weiteres als gerechtfertigt beziehungsweise ist an der untersten Grenze dessen, was einem Kleinkind praxisgemäss als monatlicher Unterhaltsbeitrag (zuzüglich allfällige Kinderzulagen) zugesprochen wird.

Obergericht, 12. März 2007, ZR.2007.16

5. Kinderunterhaltsbeiträge und Bevorschussung (Art. 293 Abs. 2 ZGB; § 14 Abs. 1 SHG)

- Im Rahmen von Eheschutzmassnahmen wurde der Rekurrent verpflichtet, für seine im Jahr 2003 geborene Tochter einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.00 zu bezahlen. Dass er Sozialhilfe beziehe, stehe dem nicht entgegen: Einerseits sei davon auszugehen, der Rekurrent werde bei intensivem Bemühen längerfristig eine Arbeitsstelle finden; andererseits sei zu vermeiden, dass die derzeit für das Kind bezahlten Sozialhilfe- und Bevorschussungsbeiträge später ausschliesslich von der Mutter des Kindes zurückbezahlt werden müssten. Der Rekurrent wandte sich an das Obergericht. Die Praxis des Gerichtspräsidiums sei zwar nachvollziehbar und unter sozialen Gesichtspunkten auch vertretbar, widerspreche aber der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts. Im Gegensatz zum Leistungsunwilligen könne der Leistungsunfähige nicht zu einem Unterhaltsbeitrag verpflichtet werden. Das unbefriedigende Ergebnis, dass die Mutter des Kindes allenfalls Sozialhilfeleistungen an die Fürsorgebehörde zurückzubezahlen habe, sei auf sozialpolitischer Ebene zu lösen.
- 2. a) Gemäss Art. 293 Abs. 2 ZGB regelt das öffentliche Recht die Ausrichtung von Vorschüssen für den Unterhalt des Kindes, wenn die Eltern ihrer Unterhaltspflicht nicht nachkommen. Weil dem Bund auf diesem Gebiet keine Kompetenz zukommt, wird damit auf

das kantonale Recht verwiesen²¹. Der Kanton Thurgau kam der bundesrechtlichen Vorgabe mit § 14 Abs. 1 SHG²² nach. Danach kann, wenn laufende elterliche Unterhaltsbeiträge nicht rechtzeitig eingehen, bei der Fürsorgebehörde ein Vorschuss verlangt werden. Der Unterhaltsbeitrag muss in einem rechtskräftigen Entscheid oder in einem von der Vormundschaftsbehörde genehmigten Vertrag festgesetzt sein.

- b) Ein Kind hat demzufolge nicht Anspruch auf Bevorschussung der Alimente, weil es Not leidet, sondern weil ein Elternteil mit der Erfüllung der ihm obliegenden und in Geld zu leistenden Unterhaltspflicht säumig ist. Das Gemeinwesen leistet daher dem Kind Zahlungen auf Rechnung der infolge eines Unterhaltstitels geschuldeten, aber nicht (rechtzeitig) bezahlten Unterhaltsbeiträge²³. Die Bevorschussung von Alimenten hat demnach nur den Sinn, dem Kind die Risiken der Einforderung der geschuldeten Beträge abzunehmen, nicht aber, ihm den Unterhalt auch dann zu sichern, wenn der betreffende Elternteil nicht leistungsfähig ist²⁴.
- 3. Dem Rekurrenten geht unbestreitbar jede Leistungsfähigkeit ab, muss er doch in Ermangelung eines Einkommens selber vollständig von der Sozialhilfe unterhalten werden. Angesichts des Zwecks der Alimentenbevorschussung erweist sich somit das Vorgehen der Vorinstanz, einen Unterhaltstitel trotz fehlender Leistungsfähigkeit des Rekurrenten einzig zur Herstellung der Voraussetzungen für eine Bevorschussung zu schaffen, als unzulässig. Würde auch bei leistungsunfähigen Eltern(-teilen) ungeachtet deren wirtschaftlicher Verhältnis-

²¹ BBl 1974 II 66

Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe, RB 850.1

Leitfaden Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (Hrsg.: Fürsorgeamt des Kantons Thurgau), Frauenfeld 2003, S. 6 (www.fuersorgeamt.tg.ch; Leitfäden; Leitfaden Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen)

Hegnauer, Elterliche Unterhaltspflicht, Leistungsfähigkeit und Bevorschussung, in: ZVW 41, 1986, S. 62; BBI 1974 II 66

se ein rein theoretischer Unterhaltsbeitrag festgelegt und damit ein Unterhaltstitel geschaffen, käme die Alimentenbevorschussung letztlich in ausnahmslos allen Fällen zum Zug, was gerade nicht ihr Sinn ist. Im hier interessierenden Zusammenhang ist danach entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht die Praxis des Bundesgerichts, wonach der Unterhaltspflichtige bei der Festlegung von (Kinder-)Unterhaltsbeiträgen in seinem Existenzminimum zu schützen ist²⁵, Ursache für das stossende Ergebnis, sondern die gesetzliche Konzeption der Alimentenbevorschussung beziehungsweise die Regelung der Rückerstattung bezogener Unterstützungsleistungen im SHG.

Die Problematik, welche die Vorinstanz zu umgehen versuchte, wird nicht übersehen, und es ist tatsächlich unbefriedigend, dass im Fall von Leistungsunfähigkeit desjenigen Elternteils, dem die Obhut oder die elterliche Sorge nicht zusteht, der andere Elternteil bei Zumutbarkeit die für das Kind bezogenen Unterstützungsleistungen allein zurückerstatten muss und ihn so eine doppelte Unterhaltspflicht, einmal in Form von Betreuung, Erziehung und Pflege, einmal in Form von Geldleistungen, trifft. Die Entscheidung des Gesetzgebers, die Bevorschussung von Alimenten solle nur bei Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils greifen, muss durch die Judikative indessen mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung respektiert werden. Abhilfe schaffen können nur Massnahmen auf rechtspolitischer Ebene. Ein möglicher Ansatz zur Beseitigung der unbefriedigenden Situation besteht etwa darin, das SHG mit einer Bestimmung zu ergänzen, wonach für die Rückerstattung der für ein Kind bezogenen Unterstützungsbeiträge primär derjenige Elternteil haftet, der - weil ihm die Obhut oder die elterliche Sorge nicht zugeteilt wurde - an sich zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet gewesen

_

Grundlegend BGE 123 III 1; ausserdem BGE 121 I 97, 121 III 301, 126 III 353, 127
 III 68 und neuestens 133 III 57

wäre, solche aber zufolge seiner Leistungsunfähigkeit nicht entrichten muss und deswegen kein Unterhaltstitel ausgestellt werden konnte. Mit einer solchen Regelung wäre dem Sinn und Geist der privatrechtlichen Ordnung der Unterhaltspflicht der Eltern entsprochen²⁶, ohne dass in unzulässiger Weise an den Grundprinzipen der Alimentenbevorschussung gerüttelt werden müsste.

5. Der Rekurs ist somit zu schützen, und die Unterhaltsverpflichtung des Rekurrenten wird aufgehoben.

Obergericht, 25. Mai 2007, ZR.2007.31

- 6. Richterliche Anordnung betreffend eine Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Klagefrist (§ 172 Ziff. 44 ZPO)
- 1. a) Zwischen der Rekurrentin und dem Rekursgegner besteht seit dem Jahr 2000 ein Vertrag über die Abtretung einer Liegenschaft. Im Jahr 2005 wurde der Rekurrentin durch die örtliche Baukommission die Bewilligung zum Verschieben eines Badehauses auf der fraglichen Liegenschaft erteilt; diese Bewilligung focht der Rekursgegner beim Departement für Bau und Umwelt an. Ausserdem erhob er beim Bezirksgericht Klage und beantragte, es sei der Rekurrentin die Verschiebung des Badehauses zu verbieten. Dieses Verfahren wurde bis zur rechtskräftigen Erledigung des verwaltungsrechtlichen Bewilligungsverfahrens sistiert.

_

²⁶ Vgl. BBl 1974 II 66

- b) Im Jahr 2006 ordnete das Gerichtspräsidium auf Begehren des Rekursgegners an, dass die Rekurrentin über die Liegenschaft nicht anders verfügen dürfe, als in Erfüllung des Abtretungsvertrags, und es wies das Grundbuchamt an, auf der Liegenschaft eine entsprechende Verfügungsbeschränkung im Sinn von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB einzutragen.
- 2. Die Rekurrentin focht diese Verfügung an. In ihrem Rekurs beantragte sie, die Verfügungssperre sei mit einer dem Rekursgegner anzusetzenden Prosequierungsfrist gemäss § 167 ZPO zu versehen.
- 3. a) Die Vorinstanz fasste die Verfügung als eine vorsorgliche Massnahme in einem hängigen Prozess im Sinn von § 176 ZPO auf; es treffe aber zu, dass das Begehren des Rekursgegners mit guten Gründen auch als Verfügung gemäss § 161 Ziff. 1 oder 3 ZPO betrachtet werden könne, in welchem Fall eine Fristansetzung zur Einleitung eines ordentlichen Gerichtsverfahrens hätte erfolgen müssen.
- Der angefochtene Entscheid stellt weder eine Verfügung nach § 161 Ziff. 1 ZPO noch eine solche nach § 176 ZPO dar, sondern eine Verfügung gestützt auf Bundesprivatrecht gemäss § 172 Ziff. 44 ZPO. Nach dieser Bestimmung ist der Bezirksgerichtspräsident zuständig für Verfügungsbeschränkungen und Anordnungen vorläufiger Grundbucheinträge im Sinn von Art. 960, 961 und 966 ZGB. Zu dieser Qualifikation wird einmal durch eine Auslegung des Gesuchs gelangt: Beantragt wurde vom Rekursgegner ausdrücklich eine Verfügungsbeschränkung im Sinn von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung an die Gesuchsteller gestützt auf den öffentlich beurkundeten Abtretungsvertrag, und auch der Betreff lautete auf "Anordnung einer Verfügungsbeschränkung (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)". Sodann stützte die Vorinstanz ihre Anordnung ebenfalls ausdrücklich auf Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Schliesslich handelte das Gesuch von der Sicherung eines streitigen vertraglichen Anspruchs, während es in dem zwischen den

Parteien bereits hängigen ordentlichen Verfahren um eine privatrechtliche Bauverbotsklage geht; gemeinsam ist beiden Verfahren nur, dass sie auf die gleiche Vereinbarung zwischen den Parteien zurückgehen. Mit anderen Worten ist über den streitigen vertraglichen Anspruch noch kein Hauptprozess hängig. Damit steht fest, dass es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um eine vorsorgliche Massnahme nach § 176 ZPO handeln kann, setzt diese doch mindestens ein Vorstandsbegehren voraus²7. Formale Grundlage des Gesuchs und der angefochtenen Verfügung bildet daher § 172 Ziff. 44 ZPO, wobei der Vollständigkeit halber festzustellen ist, dass es nach dem Zweck von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB durchaus zulässig ist, die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung vor der Einleitung des Hauptprozesses zu verlangen²8.

c) Art. 960 ZGB sieht - anders als etwa Art. 961 Abs. 3 ZGB - für den Fall, dass die Massnahme vor Einleitung des Prozesses verlangt wird, nicht vor, dass eine Frist zur Einleitung der Klage angesetzt wird²⁹. Indessen verlangte die Rekurrentin eine Fristansetzung, und nachdem der Rekursgegner keine stichhaltigen materiellen Gründe vorzubringen vermochte, die dagegen sprächen, ist eine solche gerechtfertigt. Die Rekurrentin hat Anspruch darauf, dass die Verfügungsbeschränkung durch Klärung der streitigen vertraglichen Ansprüche des Rekursgegners innert angemessener Frist überprüft wird. Angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen bundesrechtlichen Grundlage zur Ansetzung einer Klagefrist vertritt Deschenaux allerdings die Auffassung, dass die Ansetzung einer Frist zur Einleitung der Klage nur möglich sei, wenn das kantonale Prozessrecht dies regle³⁰. Die Rekurrentin möchte die Klagefrist auf § 167 ZPO gestützt haben,

-

Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 176 N 1

Deschenaux, in: Schweiz. Privatrecht, V/3,I, Basel/Frankfurt a.M. 1988, S. 344

²⁹ Deschenaux, S. 344 f.

³⁰ S. 345

wogegen der Rekursgegner aber zutreffend einwendet, diese Bestimmung sei nur auf das Befehlsverfahren zugeschnitten³¹. Eine andere kantonalrechtliche Grundlage für das Ansetzen einer Klagefrist besteht nicht. Indessen ist das Obergericht in Abweichung von der Auffassung Deschenaux' der Meinung, dass Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB eine genügende Grundlage darstellt: Wenn es der Zweck dieser Bestimmung schon zulässt, dass bereits vor der Einleitung der Klage um eine Verfügungsbeschränkung nachgesucht und eine solche angeordnet werden darf, muss darin im Gegenzug auch die Grundlage für das Ansetzen einer Frist zur Klage erblickt werden können. Es leuchtet nicht ein, weshalb in der hier vorliegenden Konstellation anders als in Fällen, in denen das Begehren um eine Verfügungsbeschränkung im Rahmen des Hauptprozesses als klassisches Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gestellt wird, eine unter Umständen zeitlich unbefristete Verfügungsbeschränkung sollte erreicht werden können, die dem Gesuchsteller je nach Sachlage mehr zusprechen kann, als er auf dem ordentlichen Prozessweg vielleicht erreichen könnte. Ein solches Resultat liesse sich mit der vorsorglichen Natur der Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nicht in Einklang bringen. Wollte man die Grundlage für eine Klagefrist nicht in Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB selbst erblicken, so müsste diesbezüglich in der ZPO eine echte Gesetzeslücke angenommen werden, indem der Gesetzgeber etwas zu regeln unterliess, was er hätte regeln müssen³². Der Regelungsbedarf ergibt sich aus den soeben angestellten Überlegungen, während aufgrund der Materialien ausgewiesen ist, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit §§ 172 f. ZPO schlicht

³¹ Merz, § 172 ZPO N 1 lit. a

³² Zum Lückenbegriff vgl. BGE 128 I 42

nicht an die Regelung einer Klagefrist dachte³³. Da es dem Richter aufgegeben ist, echte Gesetzeslücken zu füllen, wären demnach §§ 172 f. ZPO in dem Sinn zu ergänzen, dass in Fällen, in denen auf Bundesprivatrecht gestützten Verfügungen nur vorläufiger Charakter zukommt und noch kein Hauptprozess hängig ist, Frist zur Klage anzusetzen ist.

- d) Die von der Vorinstanz erwähnte Problematik, dass die angesetzte Frist zu einer inhaltlichen Abänderung der Abtretungsvereinbarung der Parteien führen könnte, besteht. Es ist indessen Sache des Rekursgegners, mit geeigneten Rechtsbegehren im Hauptprozess denkbar ist etwa eine Feststellungsklage, allenfalls verbunden mit einer Leistungsklage dafür zu sorgen, dass keine unerwünschte Abänderung eintritt. Die mögliche Schwierigkeit kann jedenfalls nicht zur Folge haben, dass zulasten der Rekurrentin von der Ansetzung einer Frist zur Klage abgesehen wird.
- e) Somit ist dem Rekursgegner zur Klärung des streitigen vertraglichen Anspruchs eine Frist zur Einleitung der Klage anzusetzen, die analog der bei § 167 ZPO üblichen Frist beziehungsweise mit Blick auf § 69 ZPO auf 30 Tage festgesetzt wird³⁴. Wird innert dieser Frist keine Klage erhoben, fällt die angefochtene Verfügung dahin.

Obergericht, 9. Juli 2007, ZR.2007.52

Protokoll der Kommission zur Vorberatung von zwei Gesetzesentwürfen über die Zivilrechtspflege, das Versicherungswesen und das Betreibungs- und Konkurswesen (1985 - 1988), S. 376, 567, 784 und 830 ff.; Protokoll der Sitzung des Grossen Rates des Kantons Thurgau vom 21. März 1988, S. 9

³⁴ Merz, § 167 ZPO N 3

- 7. Anspruch des Gesamteigentümers eines landwirtschaftlichen Gewerbes auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zum doppelten Ertragswert im Rahmen einer Erbteilung (Art. 21 Abs. 1 BGBB)
- 1. Hauptstreitpunkt im Berufungsverfahren ist, ob die Berufungsbeklagte gemäss Art. 21 Abs. 1 BGBB³⁵ Anspruch auf Zuweisung von drei landwirtschaftlichen Grundstücken zum doppelten Ertragswert hat.
- 2. a) Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Grundstück, das nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehört, so kann ein Erbe gemäss Art. 21 Abs. 1 BGBB dessen Zuweisung zum doppelten Ertragswert verlangen, wenn er Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt und das Grundstück im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich dieses Gewerbes liegt.
- b) Umstritten ist, ob die Berufungsbeklagte Eigentümerin eines landwirtschaftlichen Gewerbes ist oder über ein solches wirtschaftlich verfügt. Mit Ehevertrag begründeten die Berufungsbeklagte und ihr Ehemann den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft und wiesen das landwirtschaftliche Gewerbe, das vorher im Alleineigentum des Ehemanns stand, dem Gesamtgut zu; die Berufungsbeklagte wurde damit zusammen mit ihrem Ehemann Gesamteigentümerin³⁶. In Ziff. VI des Ehevertrags hielten die Eheleute fest: "Wird das vertraglich begründete Gesamteigentum am Landwirtschaftsbetrieb aufgelöst, so kann in Abänderung zu Art. 36 BGBB vorerst der Ehemann verlangen, dass ihm das landwirtschaftliche Gewerbe zugewiesen wird. Im

74

Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, SR 211.412.11

³⁶ Art. 221 f. ZGB; Wichtermann, Basler Kommentar, Art. 652 ZGB N 19

Übrigen gelten in jedem Fall die zwingenden Bestimmungen des BGBB".

- 3. Wie die Vorinstanz richtig festhielt, fehlt ein höchstrichterliches Präjudiz zur Frage, ob diese Form von Eigentum für den Zuweisungsanspruch gemäss Art. 21 BGBB ausreicht. In der Literatur werden beide Meinungen vertreten.
- a) Studer³⁷ bejaht den Zuweisungsanspruch für den Fall, dass der Landwirtschaftsbetrieb zum Gesamtgut beider Ehegatten zufolge allgemeiner Gütergemeinschaft gehört oder im Gesamteigentum zufolge einfacher Gesellschaft steht, ebenso wie für Miteigentumsverhältnisse³⁸. Allerdings bleibe die Berufung der Miterben auf Rechtsmissbrauch vorbehalten, wenn ein Wechsel des Güterstands oder die Abtretung einer Beteiligung an den anderen Ehegatten einzig deshalb vorgenommen werde, um in den Genuss einer billigen Grundstückszuweisung zu kommen.
- b) Beeler³⁹ führt aus, der Erbe müsse selber Eigentümer eines landwirtschaftlichen Gewerbes sein. Auch die wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein landwirtschaftliches Gewerbe berechtige zur Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks. Mit dieser "Verfügungsmacht" solle früher oder später das Eigentum am landwirtschaftlichen Gewerbe erworben werden können. Denkbar sei eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person, deren Hauptaktivum ein landwirtschaftliches Gewerbe bilde⁴⁰. Weiter könne eine beschränkte oder allgemeine Gütergemeinschaft zwischen Ehegatten zur wirtschaftlichen Verfügungsmöglichkeit des einen Ehegatten

75

Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGBB, Brugg 1995, Art. 21 N 20

Mit Hinweis auf Art. 13 BGBB

³⁹ Bäuerliches Erbrecht, Diss. Zürich 1998, S. 325 f.

Mit Hinweis auf Art. 4 Abs. 2 BGBB

führen, auch wenn der andere Ehegatte als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sei, und wenn durch Ehevertrag die Rücknahme durch den im Grundbuch eingetragenen Ehegatten ausgeschlossen sei. Wirtschaftlich verfüge möglicherweise auch ein Gesamteigentümer oder Miteigentümer über ein landwirtschaftliches Gewerbe, wenn er vertraglich oder gesetzlich zum Alleineigentum des landwirtschaftlichen Gewerbes gelangen könne. Ohne einen solchen Anspruch sei es sinnlos, dem Ansprecher ein landwirtschaftliches Grundstück zuzuweisen. Der Forderung nach einer Strukturverbesserung wäre dadurch nämlich nicht Genüge getan. Insbesondere die Einräumung von Gesamteigentum oder Miteigentum am landwirtschaftlichen Gewerbe an den anderen Ehegatten müsse ehevertraglich dergestalt abgesichert sein, dass der das landwirtschaftliche Grundstück ansprechende Ehegatte in der Folge auch zum Alleineigentum des landwirtschaftlichen Gewerbes gelangen könne. Die blosse Einräumung von Miteigentum oder Gesamteigentum gegenüber dem anderen Ehegatten genüge indessen nicht. Solche Rechtseinräumungen seien einerseits nicht im Sinn des Gesetzgebers. Andererseits würden solche Vorkehrungen wohl meistens rechtsmissbräuchlich erfolgen.

4. a) Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist der Meinung Beelers zu folgen. Aus Art. 21 BGBB geht hervor, dass entscheidend ist, ob eine Verfügungsmacht besteht, da die faktische (wirtschaftliche) Eigentümerstellung der formalen gleichgesetzt wird. Der Gesamteigentümer ist zwar im Grundbuch eingetragen, kann aber anders als ein Alleineigentümer nicht über die Sache verfügen. Er ist in dieser Beziehung sogar schlechter gestellt als ein wirtschaftlich Verfügungsberechtigter. Dieser kann seine Vorstellungen gegen den Willen allfälliger Mitbeteiligter (z.B. der Mehrheitsaktionär gegen die Minderheitsaktionäre) durchsetzen, was dem Gesamteigentümer nicht möglich ist, da ohne abweichende gesetzliche oder vertragliche Regelung über jede

Eigentumsausübung einstimmig entschieden werden muss⁴¹. Im Rahmen der Gütergemeinschaft kann ein Ehegatte denn auch nur hinsichtlich der ordentlichen Verwaltung des Gesamtguts ohne Zustimmung des anderen Ehegatten handeln⁴². Andere Verwaltungshandlungen können nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten durchgeführt werden⁴³. Lehnt ein Ehegatte die Zustimmung ab, so kann diese auch nicht durch eine richterliche Verfügung ersetzt werden; die Zustimmungsverweigerung kann allerdings zu einer Verantwortlichkeit nach Art. 231 ZGB führen und überdies den anderen Ehegatten berechtigen, eine Gütertrennung zu verlangen⁴⁴.

- b) Das bäuerliche Bodenrecht (und damit auch das bäuerliche Erbrecht) unterscheidet zudem die verschiedenen Arten von Eigentum konsequent und hält jeweils ausdrücklich fest, was für Gesamteigentum beziehungsweise Gesamthandverhältnisse und Miteigentum gilt. Auch deshalb ist bei der Auslegung von Art. 21 BGBB der Gesamteigentümer nicht ohne weiteres dem Alleineigentümer gleichzustellen.
- c) Die Argumentation Beelers wird auch durch die Materialien gestützt: Die Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht⁴⁵ hält zu Art. 22 des Entwurfs (welcher zu Art. 21 BGBB wurde) einleitend fest, das geltende Recht kenne keinen besonderen erbrechtlichen Zuweisungsanspruch an einem landwirtschaftlichen Grundstück. Dafür würden bei der Beurteilung, ob das landwirtschaftliche Gewerbe des Erblassers eine ausreichende landwirtschaftliche Existenz biete, Anteile an Liegenschaften und für längere Dauer mit-

Art. 653 Abs. 2 ZGB; Wichtermann, Art. 653 ZGB N 12

Art. 227 f. ZGB; Hausheer/Aebi-Müller, Basler Kommentar, Art. 227/228 ZGB N 7 ff.

⁴³ Art 228 Abs 1 7GB

Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 227 und 228 ZGB N 30

⁴⁵ BBl 1988 III 953 ff.

bewirtschafteten Liegenschaften (des Übernehmers) berücksichtigt. Diese Lösung, mit der die "rechtliche Einheit" des landwirtschaftlichen Gewerbes aufgegeben worden sei, habe sich in der Praxis nicht bewährt. Die sachgerechte und naheliegende Lösung liege in einem Zuweisungsanspruch an einem landwirtschaftlichen Grundstück, das nicht zum landwirtschaftlichen Gewerbe des Erblassers gehöre, wohl aber im ortsüblichen Bewirtschaftungsbereich des landwirtschaftlichen Gewerbes des Erben liege. Zum konkreten Thema wird ausgeführt, die mit dem Zuweisungsanspruch bezweckte Strukturverbesserung könne nur erreicht werden, wenn der Erbe Eigentümer des benachbarten Gewerbes sei. Dem Eigentum werde die "wirtschaftliche Verfügung" über ein solches Gewerbe gleichgestellt; dazu verhelfe namentlich eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person, deren Hauptaktivum ein landwirtschaftliches Gewerbe bilde. Denkbar sei auch, dass auf Grund der güterrechtlichen Situation die "wirtschaftliche Verfügung" eines Ehegatten zu bejahen sei, obwohl der andere Ehegatte als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sei. Nicht als "wirtschaftliche Verfügung" gelte die Pacht eines landwirtschaftlichen Gewerbes. Der Zuweisungsanspruch könne auch einen Miteigentumsanteil an einem landwirtschaftlichen Grundstück oder mehrere landwirtschaftliche Grundstücke zum Gegenstand haben. Der Zuweisungsanspruch an einem landwirtschaftlichen Grundstück diene der Förderung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Gewerbe. Er hange deshalb nicht davon ab, ob der Erbe das landwirtschaftliche Gewerbe, dessen Struktur verbessert werden solle, selber bewirtschafte oder verpachtet habe⁴⁶. Daraus geht einerseits hervor, dass Art. 21 BGBB primär strukturpolitische Ziele verfolgt; eigentumspolitische (Begünstigung des Selbstbewirtschafters) und familienpolitische (Schutz der Familienbetriebe) Ziele treten in den Hintergrund. Gemäss Botschaft hat das bäuerliche Bodenrecht zur Erreichung strukturpolitischer Ziele eine nicht zu

⁴⁶ BBl 1988 III 1000 f.

unterschätzende Bedeutung. Es könne und solle dazu beitragen, dass lebensfähige Betriebe als Ganzes erhalten bleiben, dass aber auch andere Betriebe sich weiterentwickeln und ihre Existenzbasis verbessern könnten⁴⁷. Zudem führt die Gesamteigentümerstellung eines Ehegatten nicht für sich schon zum Zuweisungsanspruch; es wird vielmehr erklärt, dies sei im Zusammenhang mit dem Güterrecht denkbar.

- 5. a) Somit ist festzuhalten, dass der einzelne Gesamteigentümer und der Miteigentümer nur möglicherweise wirtschaftlich über das Gewerbe verfügt⁴⁸, nämlich dann, wenn er vertraglich oder gesetzlich zum Alleineigentum des landwirtschaftlichen Gewerbes gelangen kann. Ohne einen solchen Anspruch ist die Zuweisung auch unter dem Gesichtspunkt der Strukturverbesserung nicht sinnvoll. Deshalb muss mit Beeler gefordert werden, dass die Einräumung von Gesamteigentum oder Miteigentum am landwirtschaftlichen Gewerbe ehevertraglich dergestalt abgesichert ist, dass der das landwirtschaftliche Grundstück ansprechende Ehegatte zum Alleineigentum des landwirtschaftlichen Gewerbes gelangen kann; die blosse Einräumung von Miteigentum oder Gesamteigentum genügt nicht und widerspricht der Hauptstossrichtung der Gesetzgebung⁴⁹.
- b) Der Berufungsbeklagten fehlt die notwendige ehevertragliche Absicherung. Im Gegenteil: Mit Ziff. VI des Ehevertrags, wonach bei Auflösung des Gesamteigentums am landwirtschaftlichen Betrieb in Abänderung von Art. 36 BGBB zuerst der Ehemann der Berufungsbeklagten die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes verlangen kann, wird ein Anspruch der Berufungsbeklagten, später über das landwirtschaftliche Gewerbe allein verfügen zu können,

⁴⁷ BBI 1988 III 968

⁴⁸ Beeler, S. 325

⁴⁹ Beeler, S. 326

ausgeschlossen. Diese Möglichkeit liegt nicht bei ihr, sondern bei ihrem Ehemann, welcher aber selber nicht Erbe ist. Art. 21 Abs. 1 BGBB gewährt den Zuweisungsanspruch aber nur den Erben, nicht auch deren Ehegatten. Somit ist ein Zuweisungsanspruch der Berufungsbeklagten zu verneinen. Keine Rolle spielt entgegen der Auffassung der Vorinstanz, ob die Berufungsbeklagte Geld in den Betrieb investierte; dies wäre nur vertraglich oder güterrechtlich von Bedeutung. Abgesehen davon fehlen substantiierte Ausführungen zur Finanzierung des landwirtschaftlichen Gewerbes, weshalb sich entsprechende Erwägungen ohnehin verbieten.

6. Die Berufungsbeklagte ist der Ansicht, als Gesamteigentümerin des Landwirtschaftsbetriebs stehe ihr ein Zuweisungsanspruch nach Art. 21 Abs. 1 BGBB zu, weil gemäss Art. 1 lit. a BGBB namentlich Familienbetriebe als Grundlage eines gesunden Bauernstands zu erhalten seien. Nachdem die zu beurteilenden Grundstücke seit Jahrzehnten vom Betrieb aus bewirtschaftet worden seien, entspreche deren eigentumsrechtliche Zusammenführung mit dem Eigenland genau dem Zweck des BGBB. Dieser Argumentation ist nicht zu folgen: Das BGBB (insbesondere auch Art. 21 BGBB) verfolgt familienpolitische Anliegen nur, soweit struktur- und eigentumspolitische Ziele nicht beeinträchtigt werden⁵⁰. Zudem ist die eigentumsrechtliche Zusammenführung zwischen dem Eigenland und dem Pachtland auch ohne den Zuweisungsanspruch gemäss Art. 21 Abs. 1 BGBB möglich, da dem Pächter ein Vorkaufsrecht zusteht⁵¹.

Obergericht, 20. Februar 2007, ZBO.2006.11

BBI 1988 III 971; Hotz, Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum BGBB, Brugg 1995, Art. 1 N 8; Beeler, S. 54

⁵¹ Art. 47 Abs. 2 BGBB

8. Codierung eines Arbeitszeugnisses; Referenzauskünfte (Art. 330a Abs. 1 OR)

- 1. Die Berufungsklägerin klagt gegen ihre frühere Arbeitgeberin und verlangt die Ergänzung des Arbeitszeugnisses. Zudem sei die Arbeitgeberin zu verpflichten, den Zeugnisgrundsätzen entsprechende Referenzauskünfte an zukünftige potentielle Arbeitgeber zu erteilen.
- 2. a) Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Ist der Kläger nach Erhalt des Vollzeugnisses der Auffassung, dessen Inhalt sei unrichtig oder unvollständig, kann er beim zuständigen Gericht eine Berichtigungsklage erheben⁵².
- b) Die Berufungsklägerin verlangt, dem Zeugnis sei der Hinweis beizufügen, es sei nicht codiert. Unter Codierung werden sprachliche Formulierungen verstanden, deren versteckte Bedeutung nur einem bestimmten Arbeitgeberkreis bekannt ist und die dem Zeugnis einen Inhalt geben, den der uneingeweihte Leser nicht erkennt. Eine solche Geheimsprache verstösst gegen den Grundsatz der Zeugnisklarheit und ist demzufolge unzulässig⁵³. Der Zusatz, es handle sich um ein uncodiertes Zeugnis, ist allerdings zumindest nutzlos oder sogar kontraproduktiv. Wurde tatsächlich eine Geheimsprache benutzt, so wird diese von den eingeweihten Personen trotz Zusatz entdeckt und verstanden. Gegenteils lässt ein ausdrücklicher Hinweis auf fehlende Codierung den Verdacht entstehen, faktisch enthalte das Zeugnis eben doch eine Geheimsprache, nach dem Prinzip "qui s'ex-

BGE 129 III 179 f.; Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 330a OR N 21; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6.A., Art. 330a OR N 5

Janssen, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1996, S. 83

cuse s'accuse". Es besteht somit kein genügendes Rechtsschutzinteresse am ausdrücklichen Hinweis, es liege kein codiertes Zeugnis vor.

- 3. Die Berufungsklägerin verlangte mit der Weisung ausserdem, die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, "den Zeugnisgrundsätzen entsprechende Referenzauskünfte an zukünftige potentielle Arbeitgeber der Klägerin zu erteilen". Die Vorinstanz verneinte zu Recht jegliche Bestimmtheit und Vollstreckbarkeit dieses Rechtsbegehrens; sie hätte deshalb darauf nicht eintreten dürfen⁵⁴. Im Berufungsverfahren wird nun dieses Rechtsbegehren korrigiert, indem neu verlangt wird, die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, "Referenzauskünfte entsprechend dem Arbeitszeugnis in der Beilage an zukünftige potentielle Arbeitgeber der Berufungsklägerin zu erteilen". Damit verändert die Berufungsklägerin unzulässig das mit der Weisung fixierte Rechtsbegehren, liegt doch im Wechsel von "den Zeugnisgrundsätzen entsprechenden Referenzauskünften" zu "Referenzauskünften entsprechend dem Arbeitszeugnis in der Beilage" keine Klagereduktion vor, sondern vielmehr eine unzulässige Auswechslung des Rechtsbegehrens⁵⁵. Damit kann auf dieses Berufungsbegehren nicht eingetreten werden.
- b) Im Übrigen wäre das Rechtsbegehren aus folgenden Gründen abzuweisen: Arbeitszeugnisse und Referenzauskünfte weisen etliche Parallelen auf. Beide haben Informationen zur beruflichen Qualifikation des Arbeitnehmers aus der Sicht des ehemaligen Arbeitgebers zum Inhalt. Wie das Zeugnis ist auch die Referenzauskunft primär im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens von Interesse, indem der potentielle neue Arbeitgeber Informationen darüber erhält, ob sich der bewerbende Arbeitnehmer für die zu besetzende Stelle eignet.

RBOG 1987 Nr. 15; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 90 N 4, 7

⁵⁵ Merz, § 90 ZPO N 8a

Daher liegt es nahe, für allfällige Lücken, die wegen des Fehlens einer gesetzlichen Regelung der Referenzauskünfte bestehen, die Grundsätze zum Zeugnisrecht heranzuziehen⁵⁶. Wurde daher dem Arbeitnehmer ein qualifiziertes Arbeitszeugnis übergeben, bestimmt sich der Umfang der Referenzauskünfte ohne weitergehende Ermächtigungen anhand dieser Zeugnisart. Allerdings kann der Arbeitgeber nicht auf die Erteilung von Informationen beschränkt werden, welche bereits im ausgehändigten Arbeitszeugnis enthalten sind. Andernfalls würde sich nämlich das Einholen von Referenzauskünften erübrigen, denn die Informationen, die im Arbeitszeugnis enthalten sind, braucht der potentielle neue Arbeitgeber nicht mehr zu erfragen. Vielmehr können alle Informationen, die der Arbeitgeber in einem Zeugnis der entsprechenden Zeugnisart weitergeben darf, auch Gegenstand einer Referenzauskunft sein. Wie beim Arbeitszeugnis trifft der Arbeitgeber innerhalb des zulässigen Rahmens die Auswahl der Informationen, die er weitergeben will, wobei er sich an die Grundsätze der Wahrheit wie auch des Wohlwollens zu halten hat⁵⁷. Das Rechtsbegehren schränkt den Arbeitgeber somit bereits unzulässig ein. Sodann hat es der anfragende Arbeitgeber durch seine Fragestellung zumindest teilweise selber in der Hand, die für ihn relevanten Auskünfte zu erhalten⁵⁸. Würde das Rechtsbegehren der Berufungsklägerin geschützt, müsste der ehemalige Arbeitgeber den Fragenden darauf hinweisen, er dürfe nicht mehr sagen, als bereits im Arbeitszeugnis enthalten ist; dies kann nicht im Interesse des Arbeitnehmers sein.

Obergericht, 21. Dezember 2006, ZBR.2006.68

⁵⁶ Janssen, S. 191

⁵⁷ Janssen, S. 198 f.

⁵⁸ Janssen, S. 199

- 9. Kein Wahlrecht des Gebüssten zwischen der Betreibung und dem Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 80 SchKG; Art. 35 Abs. 3, 36 Abs. 1, 106 Abs. 5 StGB)
- 1. Gestützt auf eine Bussenverfügung hob das Stadtrichteramt die Betreibung an und verlangte definitive Rechtsöffnung.
- 2. a) Die mit einer Rechtskraftbescheinigung versehene Verfügung des Stadtrichteramts ist ein Titel für die definitive Rechtsöffnung mit Bezug auf die Busse, die Spruchgebühr sowie die Schreibund Zustellgebühren.
- b) Der Rekurrent wendet ein, Ziff. 2 der Bussenverfügung halte fest, falls der Gebüsste die Busse schuldhaft nicht bezahle, trete an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag, deren Vollzug nicht aufgeschoben werde. Der Rekurrent beruft sich auf diese Bestimmung. Er bezahle die Busse schuldhaft nicht, weshalb kein Grund für eine Betreibung bestehe. Vielmehr müsse nun die Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag vollzogen werden.

Entgegen der Auffassung des Rekurrenten steht dem Gebüssten kein Wahlrecht zur Verfügung. Vielmehr hat die Vollzugsbehörde gemäss Art. 106 Abs. 5 i.V.m. Art. 35 Abs. 3 StGB die Betreibung einzuleiten, wenn die Busse nicht bezahlt wird, und wenn von der Betreibung ein Ergebnis zu erwarten ist. Die Vollzugsbehörde ist somit schon von Gesetzes wegen verpflichtet, Bussen zunächst auf dem Betreibungsweg zu vollstrecken, sofern davon ein Ergebnis zu erwarten ist. Erst nach durchgeführtem erfolglosem Betreibungsverfahren wird auf Anordnung der Vollzugsbehörde eine Ersatzfreiheitsstrafe ausgesprochen. Das stimmt mit dem Grundsatz überein, dass die

Freiheitsstrafe anstelle der Geldstrafe "ultima ratio" sein soll⁵⁹. Ob die Vollzugsbehörde zu Recht die Betreibung einleitete, ob mithin auf dem Betreibungsweg ein Ergebnis zu erwarten ist, hat nicht der Rechtsöffnungsrichter zu entscheiden. Abgesehen davon dürfte die Bezahlung der Busse von Fr. 80.00 für den Rekurrenten keine Probleme bieten, tätigte er doch nach eigenen Angaben während seines unerlaubten Parkierens einen Umsatz von über Fr. 10'000.00.

Der Rekurrent kann mithin nicht im Rechtsöffnungsverfahren die Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe statt der Bezahlung der Busse und der Kosten verlangen. Er hat sich vielmehr der eingeleiteten Betreibung zu unterziehen, weil er die rechtskräftig festgesetzte Busse samt Kosten nicht freiwillig bezahlte. Die Verhängung einer Ersatzfreiheitsstrafe kommt erst in einem zweiten Schritt in Betracht, wenn die Betreibung erfolglos bleiben sollte. Entgegen der Auffassung des Rekurrenten handelt es sich bei der fraglichen Bussenverfügung somit nicht um einen "bedingten" definitiven Rechtsöffnungstitel.

Obergericht, 29. Oktober 2007, BR.2007.80

10. Anwendbares Recht bei der Vollstreckung von Bussen (Art. 80 SchKG; Art. 373 StGB [Art. 380 aStGB])

1. Die Vorinstanz erteilte gestützt auf eine Bussenverfügung eines anderen Kantons die definitive Rechtsöffnung und wandte dabei

Vgl. Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 36 StGB N 3

das Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche⁶⁰ an.

Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtli-2. chen Urteil, kann der Gläubiger beim Richter gemäss Art. 80 Abs. 1 SchKG die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung verlangen. Gerichtlichen Urteilen sind gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1-3 SchKG gleichgestellt: Gerichtliche Vergleiche und gerichtliche Schuldanerkennungen (Ziff. 1), auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtete Verfügungen und Entscheide von Verwaltungsbehörden des Bundes (Ziff. 2), sowie innerhalb des Kantonsgebiets Verfügungen und Entscheide kantonaler Verwaltungsbehörden über öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, wie Steuern, soweit das kantonale Recht diese Gleichstellung vorsieht (Ziff. 3). Keine Verwaltungsbehörden des Bundes gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG sind kantonale Behörden, auch wenn sie gestützt auf öffentliches Recht des Bundes verfügen. Grundsätzlich sind derartige Verfügungen und Entscheidungen daher nicht direkt gemäss Art. 80 SchKG, sondern nur aufgrund des Konkordats über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche in einem anderen Kanton vollstreckbar. Der Bundesgesetzgeber stellte indessen in vielen Spezialgesetzen rechtskräftige Entscheide gemäss dem jeweiligen Bundesgesetz vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen nach Art. 80 SchKG gleich. Dadurch werden sie von Bundesrechts wegen in der ganzen Schweiz direkt vollstreckbar, auch wenn sie nicht von einer Verwaltungsbehörde des Bundes, sondern von einer kantonalen Behörde oder von einer privaten Organisation (Krankenkassen, Ausgleichskassen) in Anwendung des Bundesrechts erlassen wurden⁶¹. Gemäss Art. 380 aStGB und Art. 373 StGB sind die aufgrund des Strafrechts des Bundes oder der

⁶⁰ SR 281.22

⁶¹ Staehelin, Basler Kommentar, Art. 80 SchKG N 105

Kantone ergangenen rechtskräftigen Entscheide mit Bezug auf Geldstrafen, Bussen, Kosten und Einziehungen in der ganzen Schweiz vollstreckbar. Den Urteilen gleichgestellt sind Entscheide der Polizeibehörden, der Einstellungsbehörden und anderer zuständiger Behörden⁶². Ebenfalls gemäss Art. 373 StGB beziehungsweise Art. 380 aStGB vollstreckbar sind ausserkantonale Bussenverfügungen nach kantonalem Recht. Das Konkordat über die Vollstreckung öffentlichrechtlicher Ansprüche ist hier nicht anwendbar⁶³.

Obergericht, 29. Oktober 2007, BR.2007.80

11. Substantiierung im Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80 ff. SchKG; §§ 95, 144 ZPO)

1. Über Rechtsöffnungsgesuche wird im summarischen Verfahren entschieden⁶⁴. In diesem sind der Prozessstoff und die Beweismöglichkeiten beschränkt. Das Verfahren ist im Vergleich zum ordentlichen abgekürzt; sowohl die Parteiangaben als auch die Abklärungen des Gerichtspräsidenten - und damit gesamthaft der zeitliche Aufwand - sollen sich in Grenzen halten⁶⁵. Dies entspricht einerseits den betreibungsrechtlich vorgesehenen beschränkten Einredemöglichkeiten und andererseits der gesetzlich vorgeschriebenen Raschheit des Rechtsöffnungsverfahrens: Gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG sind im Verfahren auf definitive Rechtsöffnung die Einreden des Schuldners auf Tilgung, Stundung oder Verjährung beschränkt und müssen überdies teils durch

⁻

⁶² Stratenwerth/Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007, Art. 373 N 2

⁶³ Staehelin, Art. 80 SchKG N 107

^{64 § 161} Ziff. 4, § 175 Ziff. 3 ZPO

⁶⁵ Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 162 Ziff. 2b

Urkunden bewiesen werden können; gemäss Art. 82 Abs. 2 SchKG muss der Betriebene, steht die provisorische Rechtsöffnung zur Diskussion, seine Einwendungen gegen die Schuldanerkennung sofort glaubhaft machen. Art. 84 Abs. 2 SchKG bestimmt sodann, dass der Richter nach Eingang der Gesuchsantwort innert fünf Tagen seinen Entscheid zu fällen hat.

2. Da das Rechtsöffnungsverfahren der raschen Durchsetzung klarer Ansprüche dient, hat der Kläger genau darzulegen, woraus er seine Forderung ableitet. Insbesondere ist das Quantitativ der geforderten Summe einschliesslich Zinsen und Kosten anhand einer für den Richter nachvollziehbaren Abrechnung zu erläutern, wenn sich der Betrag nicht ohne weiteres aus dem Rechtsöffnungstitel und/oder einem sich darauf beziehenden Schriftstück ergibt. Dabei ist von der in den Dokumenten ausgewiesenen Summe auszugehen und in nachvollziehbarer Weise darzustellen, wie der Kläger auf den verlangten Betrag kommt. Nicht nur der Rechtsöffnungstitel darf im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung keine Zweifel an der Schuld entstehen lassen; auch die übrigen Gegebenheiten, welche die Höhe des Ausstands letztlich noch beeinflussen, müssen durchschau- und nachvollziehbar sein. Dies gilt insbesondere bei einem Abrechnungsverhältnis. Der Gläubiger hat seine Forderung klar zu begründen, die Zahlen, die für den Entscheid massgebend sind, deutlich zu nennen und dem Rechtsöffnungsrichter auch alle übrigen Fakten, die für die Entscheidfindung notwendig sind, verständlich vorzutragen. Er muss mithin seiner Substantiierungspflicht, die sich ihrerseits aus der Verhandlungsmaxime ergibt⁶⁶, rechtsgenüglich nachkommen. Der Richter ist nicht gehalten, sich die Angaben in mühsamer Kleinarbeit aus diversen Akten zusammen zu suchen, weitere Unterlagen beizuziehen⁶⁷ oder zu

^{66 § 95} Abs. 1 ZPO

⁶⁷ Vgl. Merz, § 175 ZPO N 2.A.l

rätseln, aufgrund welcher Vorkommnisse wohl der Gläubiger im nachgesuchten Umfang Rechtsöffnung verlangt⁶⁸. Zwar kann sich der Richter von der Aufgabe, gewisse Berechnungen anzustellen, nicht entbinden. Dabei handelt es sich aber nur um eine Überprüfung der klägerischen Vorbringen. Ist nicht ersichtlich, woraus der Kläger sein Begehren - vor allem in quantitativer Hinsicht - ableitet, ist es abzuweisen⁶⁹.

Obergericht, 8. Juni 2007, BR.2007.40

12. Keine Rechtsöffnung gestützt auf einen Blanko-Wechsel (Art. 82 SchKG; Art. 991 ff. OR)

1. Die Rekurrentin betrieb die Rekursgegnerin. Als Grund der Forderung gab sie an: "Restforderung aus Wechsel vom 14.12.2000, fällig am 06.08.2001". Im erstinstanzlichen Rechtsöffnungsverfahren stützte sie sich auf einen Verlustschein vom 6. Februar 2003, in welchem wiederum auf den Wechsel vom 14. Dezember 2000 verwiesen wurde. Das Gerichtspräsidium verweigerte die Rechtsöffnung. Der Pfändungsverlustschein bewirke keine Novation der Schuld. Es obliege dem Schuldner, das Grundverhältnis ausreichend substantiiert zu bestreiten. Wenn gestützt auf einen Wechsel Rechtsöffnung erteilt werden solle, müsse dieser im Original vorgelegt werden. Es sei sonderbar, dass der als Forderungsgrund erwähnte Wechsel nicht mehr vorhanden sei; jedenfalls reiche ihn die Gläubigerin nicht ein. Unterzeichnet habe ihn die Betriebene offenbar gleichentags, als sie den Vertrag zum Grundverhältnis (Autoleasingvertrag) abgeschlossen

⁶⁸ RBOG 1997 Nr. 14, 1982 Nr. 13, 1969 Nr. 20

⁶⁹ Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 128

habe. Allenfalls habe sie den Wechsel als Sicherheit unterzeichnen müssen. Dass in der späteren Betreibung nur die Wechselforderung geltend gemacht worden sei, lasse es als zweifelhaft erscheinen, ob der Vertrag je abgewickelt worden, d.h. ob es je zur Übergabe des Fahrzeugs gekommen sei, andernfalls die Vertragspartnerin wohl eine andere Forderung geltend gemacht hätte. Die Einwendungen der Betriebenen entkräfteten deshalb die Schuldanerkennung.

Als Schuldanerkennung gilt jede öffentliche oder private Urkunde, aus welcher der Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte und fällige Geldsumme zu zahlen oder als Sicherheitsleistung zu hinterlegen⁷⁰. Die Schuldanerkennung muss juristisch nicht korrekt abgefasst sein, doch muss sich daraus eindeutig ergeben, dass sich der Schuldner zur Zahlung oder Sicherheitsleistung verpflichtete. Die Auslegung, ob eine Anerkennung vorliegt, beurteilt sich nach dem Vertrauensprinzip aus der Sicht des Empfängers⁷¹. Der Verpflichtungsgrund muss in ihr nicht genannt sein⁷². Hingegen muss die Höhe der Forderung in der Schuldanerkennung selbst oder in einem darauf verweisenden Schriftstück beziffert sein. Ergibt sie sich aus weiteren Urkunden, muss sie anhand dieser einfach ausgerechnet werden können⁷³. Ausserdem muss sie gemäss bundesgerichtlicher Praxis im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung bestimmbar sein⁷⁴. Diese Regel steht in einem Spannungsverhältnis zur Praxis, dass für eine suspensiv bedingte Forderung Rechtsöffnung erteilt werden kann, wobei auch nur die Höhe der Forderung, z.B. durch eine Indexklausel, bedingt werden kann. Als Grundsatz ergibt

Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7.A., § 19 N 68; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 82 N 9; Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 1 N 1, 8

⁵¹ Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 21 f.; BGE 117 II 278

⁷² Art. 17 OR

⁵³ Staehelin, Art. 82 SchKG N 25

⁷⁴ BGE 122 III 128, 114 III 74 f.

sich daraus, dass die Höhe der Forderung zwar bereits im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Schuldanerkennung bestimmbar sein muss, eine künftige Anpassung dieser bezifferten Forderung durch einen Index oder einen anderen offiziell festgelegten Tarif jedoch von der Schuldanerkennung gedeckt ist. Unzulässig ist hingegen z.B. die Koppelung an eine Bedingung, auf welche die Parteien Einfluss nehmen können. Dementsprechend ist eine blanko ausgestellte Schuldanerkennung, deren Ausfüllung in zivilrechtlich korrekter Weise dem Gläubiger überlassen wurde, kein gültiger Titel zur provisorischen Rechtsöffnung⁷⁵.

Ein vollkommen zweiseitiger Vertrag, d.h. ein solcher, in dem sich die eine Partei zur Erbringung einer Leistung und die andere zur Bezahlung einer bestimmten Geldsumme verpflichtete, stellt für den darin erwähnten Geldbetrag einen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar. Gestützt darauf kann die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, solange der Schuldner nicht behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, beziehungsweise wenn diese Behauptung offensichtlich haltlos ist oder sofort durch Urkunden liquid widerlegt werden kann. Nur wenn der Betriebene die (ordentliche) Erfüllung der Gegenleistung ausdrücklich bestreitet, hat der Betreibende diese somit durch Urkunden nachzuweisen⁷⁶. Ein gültiger Wechsel gilt in der gewöhnlichen Betreibung für die Wechselforderung als Schuldanerkennung des primären Wechselschuldners; ein Protest muss nicht erhoben worden sein⁷⁷. Der Schuldner kann im Rechtsöffnungsverfahren sämtliche wechselrechtlich zulässigen Einwendungen und Einreden gegen den Wechsel erheben. Erscheinen seine Vorbringen glaubhaft, wird das Rechtsöffnungsbe-

⁷⁵ Staehelin, Art. 82 SchKG N 26

⁷⁶ Staehelin, Art. 82 SchKG N 99, 101, 107; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 341 f.; RBOG 2004 Nr. 21

Staehelin, Art. 82 SchKG N 152

gehren abgewiesen, ohne dass zu prüfen wäre, ob noch eine gültige Grundforderung besteht, da diese nicht in Betreibung gesetzt wurde⁷⁸.

- 3. Am 14. Dezember 2000 leaste die Rekursgegnerin einen Opel Astra für 48 Monate. Das Übergabeprotokoll, von der Rekursgegnerin ebenfalls unterzeichnet, datiert auch vom 14. Dezember 2000. Am 6. August 2001 wurde das Fahrzeug bei einer Garage deponiert. Die Rekurrentin wies die Rekursgegnerin am 8. August 2001 auf diese Tatsache hin, stellte ihr das Rücknahmeprotokoll zu und ersuchte sie, den vertraglich vor der Rückgabe des Wagens vorgesehenen Test vornehmen zu lassen. Am 13. August 2001 orientierte sie die Rekursgegnerin über die Kosten zufolge der vorzeitigen Vertragsauflösung; diese beliefen sich abzüglich der Kaution auf Fr. 6'520.00. Für diese Forderung zuzüglich Kosten, d.h. für insgesamt Fr. 7'585.00, erhielt die Rekurrentin am 6. Februar 2003 in einer früheren Betreibung einen Verlustschein infolge Pfändung. Auch in jenem Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren hatte die Rekurrentin als Grund der Forderung auf einen Wechsel vom 14. Dezember 2000, fällig am 6. August 2001, hingewiesen. Sie hatte ihn dem Gerichtspräsidium, welches am 27. November 2001 die Rechtsöffnung erteilte, im Original zugesandt. Während er der Vorinstanz im Verfahren, welches zur nun angefochtenen Verfügung führte, nicht vorlag, reichte ihn die Rekurrentin im Rekursverfahren im Original ein.
- b) Mit diesem Wechsel hat die Rekurrentin ihre Forderung auch in der laufenden Betreibung stets begründet: Sie wies sowohl im Zahlungsbefehl als auch in ihrem Rechtsöffnungsbegehren an die Vorinstanz als Forderungsgrund immer auf diesen Wechsel beziehungsweise auf den Verlustschein hin, in welchem ebenfalls auf den Wechsel Bezug genommen wird. Wechselschuldnerin ist die Rekurs-

⁷⁸ Staehelin, Art. 82 SchKG N 153

gegnerin. Der Wechsel ist an die Order der Rekurrentin ausgestellt. Ausstellungsdatum ist der 14. Dezember 2000. Als Wechselsumme werden Fr. 6'520.00, als Fälligkeitsdatum der 6. August 2001 genannt. In der Rubrik "Wert" ist der Leasingvertrag aufgeführt. Der Forderungsbetrag von Fr. 6'520.00 entspricht derjenigen Summe, welche die Rekurrentin am 13. August 2001 schriftlich mit dem Vermerk "Restforderung total, Valuta 6.8.2001" von der Rekursgegnerin verlangte.

Als die Rekursgegnerin den Wechsel am 14. Dezember 2000, d.h. am gleichen Tag, als sie den Leasingvertrag abschloss, unterzeichnete, wusste noch keine der Parteien, dass und insbesondere zu welchem Zeitpunkt der Vertrag vorzeitig beendet sein würde; die Rekursgegnerin musste den Wechsel wahrscheinlich als reine Sicherheit blanko unterschreiben. Die Wechselsumme konnte somit zur Zeit der Unterzeichnung des Wechsels noch nicht bekannt sein; sie war von der Rekurrentin offensichtlich erst nachträglich, nämlich dann, als am 6. oder 13. August 2001 der Ausstand bekannt war, eingesetzt worden. Sie selbst bezeichnet den Wechsel denn auch als "sogenannten Blankettwechsel", den die Rekursgegnerin unterzeichnet habe.

War die Forderung nicht bestimmt und auch nicht bestimmbar, als die Rekursgegnerin den Wechsel unterzeichnete, kann gestützt darauf jedoch keine Rechtsöffnung erteilt werden; eine blanko ausgestellte Schuldanerkennung, in welche der Gläubiger im Nachhinein die Schuldsumme notiert, stellt keinen gültigen Titel zur provisorischen Rechtsöffnung dar. Daran ändert nichts, dass auf dem von der Rekurrentin eingereichten Wechsel auf den Leasingvertrag hingewiesen wird. Betrieben wurde ausdrücklich die Wechselforderung, nicht die Grundforderung gemäss Leasingvertrag. Welche Forderung in Betreibung gesetzt wurde, ergibt sich laut Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 und 69 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG aus dem Betreibungsbegehren und dem Zahlungsbefehl. Wird als Grund der Forderung der Wechsel genannt, ist die Wechselforderung in Betreibung gesetzt; wird hingegen das Grundverhältnis

erwähnt, bezieht sich die Betreibung auf die Grundforderung⁷⁹. Die Identität zwischen anerkannter und in Betreibung gesetzter Forderung ist notwendige Grundvoraussetzung der Rechtsöffnung. Zwischen der Wechselforderung und der Grundforderung besteht diese Identität nicht. Da im summarischen Verfahren nur liquide Urkunden zugelassen sind, welche aufgrund formeller Aspekte zu beurteilen sind, ist estrotz teils gegenteiliger Praxis - nicht zulässig, eine Anerkennung der Wechselforderung als Anerkennung der Grundforderung auszulegen⁸⁰. Selbst wenn dem aber so wäre, würde in der hier zu beurteilenden Streitsache keine Rechtsöffnung erteilt werden können, nachdem es im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Wechsels an der Bestimmbarkeit der Forderung gefehlt hatte.

Obergericht, 12. März 2007, BR.2007.14

13. Keine Berücksichtigung laufender Steuern im Existenzminimum bei knappen finanziellen Verhältnissen; Bestätigung der Rechtsprechung (Art. 93 Abs. 1 SchKG)

Zu Recht stellte die Vorinstanz fest, nach der Praxis seien Steuern bei der Berechnung des Existenzminimums nicht zu berücksichtigen, ansonsten diese Gläubiger gegenüber anderen betreibenden Gläubigern besser gestellt würden⁸¹.

⁷⁹ Staehelin, Art. 82 SchKG N 151

Staehelin, Art. 82 SchKG N 155

RBOG 2002 Nr. 3; BGE vom 17. November 2003, in: BlSchK 68, 2004, S. 86 ff.; Vonder Mühll, Basler Kommentar, Art. 93 SchKG N 33 mit Hinweisen

Diese Praxis bezüglich der Steuern zu ändern, besteht auch angesichts der in der Lehre teilweise geäusserten Kritik⁸² kein Anlass. Das Existenzminimum bezweckt nicht die Sanierung des Schuldners. sondern die Befriedigung des Gläubigers unter Berücksichtigung und Beibehaltung dessen, was der Schuldner und seine Familie zum Leben entsprechend Art. 93 Abs. 1 SchKG "unbedingt" benötigen. Bei der Berücksichtigung der Miete, der Hypothekarzinsen oder der Krankenkassenprämien stehen daher nicht die Gläubiger (Vermieter, Versicherer, hypothezierendes Kreditinstitut), die gegenüber anderen Gläubigern in der Tat besser gestellt sind, im Vordergrund, Entscheidend sind vielmehr die von ihnen geschuldeten, für den Schuldner lebensnotwendigen Leistungen - etwa die Überlassung der Wohnung, die Bezahlung des Arztes oder die Gewährung und Belassung einer Hypothek-, welche die betreffenden Gläubiger nicht mehr erbringen würden und müssten, wenn der Schuldner seinerseits seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr nachkäme. Ebenso ist nicht entscheidend, dass die Steuerschuld unfreiwillig, ohne das "Zutun" des Schuldners anfällt. Massgebend ist vielmehr, dass Steuern entgegen der Auffassung von Jaeger/Walder/Kull⁸³ keine unbedingt notwendigen Auslagen sind. Im Gegensatz etwa zum Vermieter hat der Staat die lebensnotwendigen Leistungen auch gegenüber dem säumigen Schuldner zu erbringen.

Obergericht, 29. Oktober 2007, BS.2007.24

Meier/Zweifel/Zaborowski/Jent-Sørensen, Lohnpfändung - Optimales Existenzminimum und Neuanfang? Zürich 1999, S. 281 ff.; Jaeger/Walder/Kull, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 93 SchKG N 26f-26k

⁸³ Art. 93 SchKG N 26k

14. Keine Pfändung des Betrags zur freien Verfügung bei nicht verheirateten Paaren (Art. 93 SchKG; Art. 164 ZGB)

- 1. Das Betreibungsamt pfändete vom Verdienst des Schuldners monatlich Fr. 150.00. Bei dieser Summe handle es sich um den Betrag zur freien Verfügung im Sinn von Art. 164 ZGB. Der Schuldner machte geltend, er erhalte, obwohl er zur Zeit für die Haushaltführung und die Kinderbetreuung zuständig sei, von seiner Lebenspartnerin keinen Betrag zur freien Verfügung, dafür aber unentgeltlich Kost und Logis. Die Vorinstanz schützte die Beschwerde: Da der Schuldner keinen gesetzlichen Anspruch auf einen Betrag zur freien Verfügung habe, könnten die Fr. 150.00 nicht gepfändet werden. Der Gläubiger wandte sich fristgerecht an das Obergericht.
- 2. a) Strittig ist einzig, ob beim Schuldner eine Verdienstpfändung von Fr. 150.00 pro Monat vorgenommen werden darf. Über ein Einkommen verfügt er zur Zeit nicht. Der Gläubiger sowie das Betreibungsamt vertreten jedoch die Auffassung, als Hausmann stehe dem Schuldner gestützt auf Art. 164 ZGB ein Betrag zur freien Verfügung in Höhe von monatlich Fr. 150.00 zu.
- b) Der Ehegatte, der den Haushalt besorgt, die Kinder betreut oder dem anderen im Beruf oder Gewerbe hilft, hat gemäss Art. 164 ZGB Anspruch darauf, dass der andere ihm regelmässig einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung ausrichtet. Bei der Festsetzung des Betrags sind eigene Einkünfte des berechtigten Ehegatten und eine verantwortungsbewusste Vorsorge für Familie, Beruf oder Gewerbe zu berücksichtigen.

Diese Bestimmung ist im fünften Titel des ZGB "Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen" geregelt. Sämtliche dieser Vorschriften sind nur anwendbar, wenn eine Ehe besteht. Voraussetzung dafür, dass eine Person von ihrem Partner im Sinn von Art. 164 Abs. 1 ZGB

einen gesetzlichen Anspruch auf einen Betrag zur freien Verfügung hat, ist somit, dass die beiden verheiratet sind. Alsdann können einzelne Leistungen im Rahmen gewisser Schranken gepfändet werden: Die Gläubiger dürfen sich grundsätzlich darauf verlassen, dass der Betrag zur freien Verfügung den Kredit des anspruchsberechtigten Ehegatten erhöht84. Sind zwei erwachsene, im gleichen Haushalt lebende Personen nicht miteinander verheiratet, fehlt es jedoch am gesetzlichen Anspruch auf Erhalt eines Taschengeldes; dieser besteht ausdrücklich nur zwischen Ehegatten, nicht aber - trotz am 1. Januar 2007 in Kraft getretenem Partnerschaftsgesetz⁸⁵ - zwischen Lebenspartnern. Ein zusammenlebendes, aber nicht verheiratetes Paar hat weder die gleichen Rechte noch die gleichen Pflichten wie ein Paar mit Trauschein. Es fehlt beispielsweise nicht nur an den Mitwirkungsrechten im Fall eines Spitalaufenthalts, sondern auch an der Erbberechtigung. Hat ein nicht verheiratetes Paar etwelche Nachteile in Kauf zu nehmen, darf es im Gegenzug aber auch die aus dem blossen Zusammenleben resultierenden Vorteile für sich beanspruchen. Diese liegen unter anderem darin, dass sich der Schuldner keinen Betrag zur freien Verfügung, der gepfändet werden kann, anrechnen lassen muss. Wenn er trotz Haushaltführung und Kinderbetreuung gegenüber seiner Lebenspartnerin auf dem Rechtsweg kein Taschengeld durchsetzen kann, besteht auch keine Möglichkeit, diesbezüglich eine Lohnpfändung vorzunehmen. Bei der weiten Auslegung des Begriffs der Familie im SchKG geht es um den Schutz des Schuldners und dessen Familie, nicht um den Schutz des Gläubigers. Der Gläubiger soll eben gerade keinen Zugriff auf Gegenstände und Einkommen haben, die für den Schuldner und seine Familie unbedingt notwendig sind⁸⁶. Vom Beschwerdegegner

⁸⁴ BGE 114 III 86 f.; Vonder Mühll, Basler Kommentar, Art. 93 SchKG N 10

⁸⁵ SR 211 231

⁸⁶ Vonder Mühll, Art. 92 SchKG N 10, Art. 93 SchKG N 20

einen Betrag zu pfänden, den er gar nicht erhält und auch nicht erhältlich machen kann, steht dem krass entgegen.

Obergericht, 8. Juni 2007, BS.2007.8

15. Zinsenlauf im Fall der Ausstellung eines Verlustscheins bei fruchtloser Einkommens- und Verdienstpfändung (Art. 144 Abs. 4 SchKG)

- 1. Umstritten ist, bis zu welchem Zeitpunkt die Zinsen in der Betreibung liefen und im Verlustschein zu berücksichtigen sind. Das Betreibungsamt stellte auf den Zeitpunkt der Pfändung ab, weil danach keine Verwertungshandlungen vorgenommen worden seien. Die Beschwerdeführerin hingegen erachtet als massgeblichen Zeitpunkt das Datum der Ausstellung des Verlustscheins.
- 2. a) Gemäss Art. 149 Abs. 1^{bis} SchKG stellt das Betreibungsamt den Verlustschein aus, sobald die Höhe des Verlustes feststeht. War bereits bei der Pfändung kein pfändbares Vermögen vorhanden, so bildet gemäss Art. 115 Abs. 1 SchKG die Pfändungsurkunde den Verlustschein im Sinn von Art. 149 SchKG. War nach der Schätzung des Beamten kein genügendes Vermögen vorhanden, so dient die Pfändungsurkunde dem Gläubiger als provisorischer Verlustschein⁸⁷. Bezüglich des Zinsenlaufs bestimmt Art. 144 Abs. 4 SchKG, dass der Reinerlös den beteiligten Gläubigern bis zur Höhe ihrer Forderung, einschliesslich des Zinses bis zum Zeitpunkt der letzten Verwertung und der Betreibungskosten ausgerichtet werde. Das alte Recht liess die Zinsen bis zur Ausstellung des Verlustscheins weiter laufen. Diese

⁸⁷ Art. 115 Abs. 2 SchKG

Regelung hatte die Unbilligkeit zur Folge, dass der Betriebene umso höhere Zinsausfallforderungen gegen sich gelten lassen musste, je länger das Amt für die Ausstellung des Verlustscheins benötigte. Der Gesetzgeber erachtete es daher als stossend, dass die Höhe der Verlustscheinsforderung nicht allein vom Verwertungsergebnis und damit vom effektiven Verlust, sondern auch von der Speditivität des Amtes abhängt, das den Verlustschein ausstellen musste⁸⁸. Findet mangels pfändbarem Vermögen keine Verwertung statt, hört der Zinsenlauf mit der amtlichen Feststellung dieses Sachverhalts, d.h. der Ausstellung der als Verlustschein dienenden leeren Pfändungsurkunde auf⁸⁹. Umstritten ist, was unter dem Begriff der "letzten Verwertung" zu verstehen ist. Währenddem der massgebliche Zeitpunkt bei einer allfälligen Versteigerung völlig klar ist, auch wenn sie keinen Erlös abwerfen sollte, ist der Begriff im Rahmen der Einkommenspfändung schwierig zu fassen. Bei der Pfändung künftigen Einkommens kommt es nämlich meist gar nicht zur Verwertung im eigentlichen Sinn. Der Drittschuldner (z.B. der Arbeitgeber) überweist die gepfändeten Beträge monatlich an das Betreibungsamt, das sie verteilt. Nur bei Säumnis des Arbeitgebers stellt sich die Frage der Verwertung⁹⁰. Die Einkommenspfändung endet mit Ablauf des Pfändungsjahrs, bei vollständiger Bezahlung von Forderung, Zinsen und Kosten oder durch Rückzug der Betreibung seitens des Gläubigers. Bezahlt der Drittschuldner die eingepfändeten Einkommensquoten regelmässig, so bedarf es keines Verwertungsbegehrens seitens des Gläubigers. Ein solches kann nur gestellt werden, wenn die gepfändeten Beträge nicht abgeliefert werden. Die Verwertung des entsprechenden Anspruchs kann gemäss Art. 116 Abs. 2 SchKG daher längstens binnen 15 Monaten nach dem Pfändungsvoll-

⁸⁸ Botschaft des Bundesrats über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991, in: BBI 1991 III 100

⁸⁹ Schöniger, Basler Kommentar, Art. 144 SchKG N 24

Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., § 26 N 9

zug verlangt werden. Im Fall einer Verdienstpfändung kann in keinem Fall die Verwertung verlangt werden, da gar kein verwertbarer Anspruch vorhanden ist⁹¹. Trotzdem kann nicht argumentiert werden, im Fall einer ungenügenden Verdienstpfändung fänden keine Verwertungshandlungen statt. Wie die Vorinstanz und das Betreibungsamt zutreffend ausführten, müsste die Ablieferung des gepfändeten Betrags und die Entgegennahme desselben durch das Betreibungsamt als Verwertungshandlung betrachtet werden. Fraglich ist, ob im Fall, da keine Beträge abgeliefert werden, auch keine Verwertungshandlungen stattfanden, wie die Vorinstanz annahm.

Bei der Verdienstpfändung ist zu beachten, dass der Schuldner nicht nur verpflichtet ist, den monatlichen Überschuss über das Existenzminimum abzuliefern, sondern auch monatlich über sein Einkommen abzurechnen hat. Die Abrechnung über das monatliche Einkommen kann ebenfalls als Verwertungshandlung im Sinn von Art. 144 Abs. 4 SchKG betrachtet werden. Daher lief der Zins bis zum Zeitpunkt der letzten Abrechnung, die gemäss der Pfändungsurkunde monatlich, letztmals am Ende des Pfändungsjahres, zu erfolgen hatte.

b) Unmassgeblich ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin der Zeitpunkt der Ausstellung des Verlustscheins. Dass die Schuldnerin ihrer Abrechnungspflicht nicht nachgekommen sei, wird auch vom Betreibungsamt nicht geltend gemacht. Ob die Schuldnerin ihrer Abrechnungspflicht überhaupt nachgekommen ist oder nicht, spielt zudem keine Rolle, da es nicht im Belieben der Schuldnerin liegen kann, entgegen der unter Androhung von Art. 169/292 StGB verfügten Ablieferungspflicht den Zinsenlauf durch Nichtstun zu verkürzen. Wenn schon dem Gläubiger die Möglichkeit der nachträglichen Stellung eines Verwertungsbegehrens bei der Ver-

Vonder Mühll, Basler Kommentar, Art. 93 SchKG N 63

dienstpfändung im Gegensatz zur Lohnpfändung verwehrt wird, so muss der Zins wenigstens bis zum Ablauf des Pfändungsjahrs, d.h. bis zum eigentlichen Abschluss der Verwertung weiter laufen.

Obergericht, 25. Juni 2007, BS.2007.10

16. Rechtzeitigkeit der Tilgung der Schuld im Konkursverfahren bei bargeldlosem Zahlungsverkehr (Art. 172 Ziff. 3 SchKG)

- 1. Die Vorinstanz eröffnete den Konkurs über die Rekurrentin zu Recht, nachdem die Schuldnerin bis zur Konkursverhandlung vom 15. Dezember 2006 weder den Nachweis über die Ablösung der Betreibung durch vollständige Bezahlung noch einen vom Rekursgegner erklärten Rückzug des Konkursbegehrens vorgelegt hatte.
- 2. In der Zwischenzeit belegte die Rekurrentin die Tilgung der Schuld samt Zinsen und Kosten. Die Anweisung an die Bank zur Überweisung der Schuld erfolgte nachweislich bereits am 13. Dezember 2006 per Eilauftrag. Die Zahlung wurde dem Rekursgegner allerdings erst am 18. Dezember 2006 gutgeschrieben.

Die Schuld ist im Sinn von Art. 172 Ziff. 3 SchKG zwar erst getilgt, wenn der Kapitalbetrag samt Zinsen und Kosten auf dem Konto des Adressaten gutgeschrieben ist⁹², weil Geldschulden laut Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR grundsätzlich Bringschulden sind. Im Zusammenhang mit dem bargeldlosen Zahlungsverkehr ist aber in Lehre

⁹² BGE 124 III 117 mit Hinweisen, 119 II 234 f.; Giroud, Basler Kommentar, Art. 172 SchKG N 16

und Praxis umstritten⁹³, ob der Schuldner nur dann rechtzeitig erfüllt. wenn die Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers innerhalb der Erfüllungszeit erfolgt, oder ob es bereits ausreicht, dass er innert Frist einzahlt oder den Überweisungsauftrag erteilt⁹⁴. Bezüglich Postanweisungen sieht das Bundesgericht aufgrund des Vertrauensgrundsatzes als massgebenden Erfüllungszeitpunkt denjenigen der Einzahlung des Betrags am Postschalter an⁹⁵. Weshalb bei einer Bankzahlung anders entschieden werden soll, wäre angesichts der Verkehrsauffassung in der Praxis nur schwer verständlich. Ferner gibt es in Anbetracht der Verkehrsübung und der Praktikabilität der Überprüfung der Rechtzeitigkeit der Zahlung gute Gründe, bei der Post- oder Banküberweisung im Zusammenhang mit Art. 172 Ziff. 3 SchKG eine eher liberale Haltung zu vertreten: Es würde im Rechtsverkehr einen übertriebenen Aufwand für den Schuldner und den Gläubiger erfordern, wenn der Schuldner regelmässig neben der Postquittung über die Einzahlung auch eine Bestätigung des Gläubigers über den Zeitpunkt des Erhalts der Zahlung beibringen müsste⁹⁶. Das gilt umso mehr, als der Konkursrichter die Vorlage der Postquittung oder einer Belastungsanzeige als Nachweis für die Tilgung in der Regel als genügend erachten wird. Schliesslich ist nicht einzusehen, weshalb mit Bezug auf die Rechtzeitigkeit der Zahlung im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht anders als beispielsweise im Mietrecht⁹⁷ entschieden werden sollte. In beiden Fällen geht es um einschneidende Konsequenzen: Hier um die Eröff-

⁹³ Vgl. Weber, Berner Kommentar, Art. 74 OR N 124 mit Hinweisen

Letzteres bejahen: BJM 1995 S. 138 f.; SJZ 83, 1987, S. 244 Nr. 5, und 57, 1961, S. 77 Nr. 15; PKG 1975 Nr. 21 Erw. 3; ZR 68, 1969, Nr. 117 Erw. 5. Zur Kritik vgl. Weber, Art. 74 OR N 125.

⁹⁵ BGE 124 III 147 f.

⁹⁶ BJM 1995 S. 139

BGE 124 III 145 ff.; Rajower, Prozessuale Aspekte der Ausweisung von Mietern unter besonderer Berücksichtigung der zürcherischen Praxis, in: AJP 1998 S. 808 mit Hinweisen; Kramer/Probst, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 2003, S. 256

nung des Konkurses, dort um die Berechtigung zur ausserordentlichen Kündigung 98 .

Die Rekurrentin erteilte ihrer Bank am Mittwochnachmittag, 13. Dezember 2006, mithin 48 Stunden vor der Konkursverhandlung, den Auftrag, die Schuld samt Zinsen und Kosten mit einer Express-Überweisung dem Konto des Rekursgegners gutzuschreiben. Die Zahlung kann daher als vor der Konkursverhandlung erfolgt betrachtet werden. Damit ist das Konkursdekret aufzuheben.

Obergericht, 12. Februar 2007, BR.2006.98

17. Anwaltsentschädigung im Rechtsöffnungsverfahren (Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG; Art. 80, 82 SchKG)

- 1. Das Vizegerichtspräsidium wies das Gesuch der Gläubigerin um Erteilung der definitiven Rechtsöffnung für Fr. 380'000.00 ab. Dem Verfahrensausgang gemäss wurde die Verfahrensgebühr von Fr. 650.00 der Gläubigerin auferlegt, und diese wurde verpflichtet, die anwaltlich vertretene Schuldnerin mit Fr. 300.00 einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer zu entschädigen. Letztere erhob Kostenrekurs.
- 2. Gemäss Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG kann das Gericht in betreibungsrechtlichen Summarsachen der obsiegenden Partei auf Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine angemessene Entschädigung zusprechen, deren Höhe im Entscheid festzusetzen ist. Als Auslagen sind namentlich auch

⁹⁸ Art. 257d OR

die Kosten zu berücksichtigen, die der obsiegenden Partei durch die bei objektiver Würdigung notwendig erscheinende Inanspruchnahme eines Anwalts entstehen. Angemessen entschädigt ist der Anwalt, wenn sein zeitlicher Aufwand, die Schwierigkeit der sich stellenden Rechtsfragen und die mit dem Fall verbundene Verantwortung, die sich auch in der Höhe des Streitwerts zeigen kann, berücksichtigt wird. Eine solche Beurteilung erfolgt in Anwendung von Bundesrecht⁹⁹, weshalb der kantonale Anwaltstarif zwar hilfsweise beizuziehen ist, ohne dass aber dessen Ansätze unbesehen zu übernehmen sind. Die sich aus einem solchen Tarif ergebende Entschädigung muss den vom Anwalt erbrachten Diensten und den Umständen des Einzelfalls gerecht werden¹⁰⁰.

Die Rekurrentin macht geltend, die ihr von der Vorinstanz zugesprochene Entschädigung sei unangemessen, wobei sie zur Begründung auf den (hohen) Streitwert und den kantonalen Anwaltstarif hinweist. Welchen konkreten Zeitaufwand ihr Rechtsvertreter für die Wahrnehmung ihrer Interessen aufwenden musste, wird auch im zweitinstanzlichen Verfahren nicht dargelegt. Vielmehr bleibt es beim pauschalen Hinweis, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung habe konsultiert werden müssen, weshalb von einem Fall mit einem mittleren Schwierigkeitsgrad auszugehen sei. Mangels detaillierter Angaben zum Zeitaufwand ist mit Blick auf die (richtigerweise) knapp gehaltene Gesuchsantwort nach pflichtgemässem Ermessen von einem gesamthaften Zeitaufwand des rekurrentischen Rechtsvertreters für das erstinstanzliche Verfahren von rund einer Stunde auszugehen. Damit wären seine Aufwendungen mit der zugesprochenen Entschädigung von Fr. 300.00 einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer grundsätzlich abgedeckt. Nicht berücksichtigt ist dabei aber die mit dem Fall

-

100 BGE 119 III 69

⁹⁹ Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG

verbundene Verantwortung, die sich in der Höhe des Streitwerts von immerhin Fr. 380'000.00 niederschlägt. Auch wenn nach Anwaltstarif bei einem Streitwert in dieser Grössenordnung eine Entschädigung im Summarverfahren im beantragten Mass von Fr. 1'818.45 durchaus angemessen wäre, so gilt dies nicht für das Rechtsöffnungsverfahren. Der Streitwert würde dabei überbewertet, umso mehr als die sich stellende Rechtsfrage nicht als überaus kompliziert zu qualifizieren ist. Alles in allem erscheint mit besonderer Rücksicht auf den Streitwert eine Entschädigung von Fr. 800.00 zuzüglich Barauslagen von Fr. 20.00 und 7,6% Mehrwertsteuer als angemessen. Daran ändert die von der Rekursgegnerin aufgeworfene Frage, ob der Beizug eines Rechtsvertreters durch die Rekurrentin überhaupt nötig gewesen sei, zumal sie ja auf das einschlägige Präjudiz des Bundesgerichts hingewiesen habe, nichts: Zwar trifft es zu, dass die Rekursgegnerin auf das einschlägige Bundesgerichtsurteil hinwies; wenn sie vor diesem Hintergrund aber geltend machen will, der Beizug eines Rechtsvertreters sei für die Rekurrentin entbehrlich gewesen, muss sie sich schon die Frage gefallen lassen, weshalb sie denn bei der nun als so klar dargestellten Rechtslage überhaupt ein Gesuch um Rechtsöffnung einreichte.

Obergericht, 26. Februar 2007, BR.2007.2

18. Arglist im Pferdehandel (Art. 146 StGB)

1. Die Vorinstanz sprach den Berufungskläger des Betrugs schuldig; er habe mit dem Geschädigten einen Kaufvertrag über ein Pferd abgeschlossen, nachdem er ihm arglistig vorgespiegelt habe, zahlungskräftig und zahlungswillig zu sein. Im Berufungsverfahren ist das Tatbestandselement "Arglist" strittig.

2. a) Der Zweck des unbestimmten Rechtsbegriffs der Arglist besteht darin, diejenigen Lügen vom Tatbestand des Betrugs auszuscheiden, vor denen sich die betroffene Person mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit selbst hätte schützen können (Opfermitverantwortung)¹⁰¹. Unter Berücksichtigung dieses Zwecks konkretisierte das Bundesgericht den Begriff dahingehend, dass eine Überprüfung der vorgetäuschten Tatsachen für das Opfer unmöglich, besonders schwierig, unzumutbar oder nicht handelsüblich sein muss. Mit anderen Worten geht es um die Feststellung, ob das Opfer Vorkehren zur Prüfung der Angaben des Täters unterliess, die es aufgrund der subjektiven Opfereigenschaften sowie der objektiven Umstände hätte treffen müssen¹⁰².

Abstrakt betrachtet wären für den Geschädigten verschiedene Vorkehren in Frage gekommen: Erstens hätte er das Pferd entweder nur gegen Barzahlung oder Teilzahlung verkaufen können; zweitens hätten Sicherheitsleistungen (Pfand, Sicherungszession, Bürgschaft) verlangt werden können. Drittens hätte er beim Betreibungsamt gestützt auf Art. 8a Abs. 2 SchKG einen Betreibungsregisterauszug oder viertens Referenzen von Personen verlangen können, bei denen der Berufungskläger bereits zuvor Pferde gekauft hatte.

b) Sowohl bei einer Täuschung über die Zahlungswilligkeit als auch bei einer Täuschung über die Zahlungsfähigkeit kommt es nur darauf an, ob das Opfer eine mögliche und zumutbare Überprüfung der Zahlungsfähigkeit unterliess; die fehlende Zahlungswilligkeit

Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 6.A., S. 344; zur Opfermitverantwortung: BGE vom 6. November 2006, 6S.168/2006, Erw. 1

¹⁰² Cassani, Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung, in: ZStR 117, 1999, S. 152 ff., 158

kann nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus der fehlenden Zahlungsfähigkeit gefolgert werden¹⁰³.

Der Berufungskläger fuhr im August 2004 beim Ge-3. schädigten vor. Er interessierte sich für den Kauf des Pferdes Furv. Der Berufungskläger sah sich das Pferd an und ritt es zur Probe. Nach dem Proberitt äusserte er sich über dieses sehr positiv und erklärte seinen Kaufwunsch. Dabei erwähnte er, dass er in A (Kanton Basel-Landschaft) wohne und dort an der B-Strasse 2 einen Reitbetrieb mit eigener Halle, fünf eigenen Pferden und weiteren Pensionspferden unterhalte, was aber alles nicht der Wahrheit entsprach. Der Berufungskläger verfügte weder über ein regelmässiges Einkommen noch über Vermögen, jedoch nicht unerhebliche Schulden. Das Geländefahrzeug, mit welchem er vorfuhr, war ihm unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden. Den modernen Pferdetransportanhänger, welcher Platz für drei bis vier Pferde bot, hatte er für Fr. 463.00 pro Monat geleast, wobei er sowohl die Eigentumsverhältnisse beim Zugfahrzeug als auch beim Pferdetransportanhänger verschwieg. Als Verwendungszweck für Fury gab der Berufungskläger wahrheitswidrig an, er suche ein Pferd für den Nachwuchs (Kinder) im Vierkampf. Die Parteien schlossen einen schriftlichen Kaufvertrag ab, wobei ein Kaufpreis von Fr. 10'500.00 vereinbart wurde. Mündlich vereinbarten die Vertragsparteien, dass der Kaufpreis entsprechend der im Pferdehandel üblichen neuntägigen Mängelrügefrist¹⁰⁴ bis längstens am 26. August 2004 zu bezahlen oder das Pferd im Fall gravierender Mängel innert derselben Frist zurückzugeben sei. Als Adresse nannte der Berufungskläger "B-Strasse 2 in A (Basel-Landschaft)", an welcher er jedoch längst, d.h. seit Ende März 2004 nicht mehr angemeldet war. Auch nannte er

¹⁰³ BGE 118 IV 361 ¹⁰⁴ Art. 202 OR

dem Geschädigten eine Telefonnummer mit der Vorwahl "052", was letzterem jedoch erst nach dessen Wegfahrt auffiel.

b) Damit machte sich der Berufungskläger des gewerbsmässigen Betrugs gemäss Art. 146 Abs. 1 und 2 StGB schuldig. Das konkludente Vorspiegeln seiner Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit stellt - entgegen seinen Ausführungen anlässlich der Berufungsverhandlung - eine arglistige Täuschung dar.

Aufgrund des Sachverhalts steht nämlich fest, dass für den Geschädigten keine weiteren Vorkehren zur Prüfung zumutbar waren. Zunächst sprechen die dem Geschädigten bekannten Gebräuche im Pferdehandel gegen deren Zumutbarkeit: Erstens findet eine Bonitätsprüfung (Betreibungsregisterauszug, Auskünfte bei Kreditoren des Käufers) erst beim Kauf von Pferden ab Fr. 20'000.00 statt, wozu der Geschädigte beim Verkaufspreis von Fr. 10'500.00 für Fury keinen Anlass hatte. Zweitens stellt der Pferdekauf grundsätzlich einen Kreditkauf ohne Sicherheiten dar; der Kauf wird gewöhnlich per Handschlag - hier ausnahmsweise schriftlich - abgeschlossen und das Pferd nach erfolgtem Vertragsschluss dem Käufer übergeben. Innerhalb der anschliessenden neuntägigen Gewährleistungsfrist hat der Käufer sich zu entscheiden, ob er das Pferd behalten und den Kaufpreis bezahlen oder das Tier wegen Mängeln zurückgeben will. Gründe, welche einen derartigen Kreditkauf hier als leichtsinnig erscheinen liessen, sind nicht ersichtlich. So zeigte der Berufungskläger - von Beruf Bereiter - gegenüber dem Geschädigten einen professionellen Umgang mit Pferden, er fuhr mit einem modernen Pferdetransporter vor, der sogar Platz für drei bis vier Pferde bot, und er gab dem Geschädigten wahrheitswidrig an, einen Reitbetrieb mit eigener Halle und fünf eigenen sowie Pensionspferden zu unterhalten.

Der Berufungskläger ist der Ansicht, der Geschädigte hätte nähere Abklärungen treffen müssen, als er feststellte, dass die vom Berufungskläger angegebene Telefonvorwahl "052" nicht mit derjenigen von dessen behauptetem Wohnort im Kanton Basel-Landschaft übereinstimmen konnte. Der Einwand geht schon von daher fehl, weil der Geschädigte diese Unstimmigkeit erst nach dem Weggang des Berufungsklägers feststellte, was nach der Lebenserfahrung keineswegs ungewöhnlich ist. Zudem würde man im Rechtsverkehr völlig unverhältnismässige Anforderungen an die Prüfungspflicht eines Pferdeverkäufers stellen, wollte man von diesem verlangen, ein Verkaufsgespräch ständig auf irgendwelche Unstimmigkeiten zu überprüfen zumal wenn es sich in so lockerem Rahmen wie im Pferdehandel abspielt.

Zusammenfassend war die Täuschung über die fehlende Zahlungswilligkeit und Zahlungsfähigkeit des Berufungsklägers arglistig.

Obergericht, 22. Februar 2007, SBO.2006.10

- 19. Recht eines einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrats und Aktionärs, die Betriebsliegenschaft zu betreten; Hausfriedensbruch, Strafantragsrecht, Rechtsmissbrauch (Art. 186, 30 Abs. 1 StGB; Art. 2 Abs. 2 ZGB)
- 1. a) A und B halten je 50% der Aktien der Z AG. Beide sind seit dem Jahr 2000 einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsräte der Gesellschaft, wobei B als Präsident amtet. Bis Juni 2001 war A Geschäftsführer, ehe B diese Funktion übernahm. Seit November 2001 ist die Stellung von A in der Z AG Gegenstand von Zivilprozessen: Es ist die Rechtmässigkeit der Übertragung der Aktien auf ihn und damit auch seine Stellung als Verwaltungsrat umstritten. Das Verhältnis zwischen A und B ist daher angespannt. Am 30. Juni 2005 liess A durch seinen Rechtsvertreter einen Augenschein im Produktionsbetrieb

der Gesellschaft in der zweiten Hälfte der kommenden Woche ankünden. Daraufhin begab sich A am 7. Juli 2005 gegen 19.00 Uhr in das Betriebsgebäude der Gesellschaft, wo er vom Betriebsleiter C sogleich aufgefordert wurde, das Gelände zu verlassen. A beachtete die Aufforderung nicht, machte einen Rundgang durch das Gebäude und ging schliesslich ins Büro, wo er vom herbeigerufenen B angetroffen wurde. Auf dessen Aufforderung, die Liegenschaft zu verlassen, zog sich A mehr oder weniger unfreiwillig zurück.

- b) Die Bezirksgerichtliche Kommission sprach A des Hausfriedensbruchs schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 400.00. A erhob gegen dieses Urteil Berufung.
- 2. Strittig ist, ob der gestellte Strafantrag gültig ist, und wenn ja, ob der Berufungskläger den Tatbestand des Hausfriedensbruchs¹⁰⁵ durch das Betreten der beziehungsweise das Verweilen in der Liegenschaft der Gesellschaft erfüllte. Nicht strittig ist der Sachverhalt, wie er von der Vorinstanz festgestellt wurde.
- 3. Hausfriedensbruch wird gemäss Art. 186 StGB nur auf Antrag verfolgt, und antragsberechtigt ist nach Art. 30 Abs. 1 StGB die durch die Tat verletzte Person.
- a) Zum Strafantrag berechtigt ist demgemäss, wer (mindestens) behauptet, durch ein Antragsdelikt verletzt worden zu sein. Die Auslegung von Art. 30 Abs. 1 StGB steht und fällt mit der Eingrenzung des Begriffs des Verletzten¹⁰⁶. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt als Verletzter i.S.v. Art. 30 Abs. 1 StGB, wer materiellrechtlich Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsguts ist. Wer Träger des angegriffenen Rechtsguts ist, ergibt erst die Auslegung

¹⁰⁵ Art. 186 StGB

Riedo, Der Strafantrag, Basel/Bern/München 2004, S. 144

des betreffenden Straftatbestands. Hausfriedensbruch ist ein Delikt gegen die Freiheit. Geschütztes Rechtsgut ist namentlich das Hausrecht, worunter die Befugnis zu verstehen ist, über einen bestimmten Raum ungestört zu herrschen. Träger dieses Rechts ist derjenige, dem die Verfügungsgewalt über die Räume zusteht, gleichgültig, ob die Verfügungsgewalt auf einem dinglichen, schuldrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Verhältnis beruht¹⁰⁷. Bei einem Hausfriedensbruch in einer Mietwohnung etwa steht das Recht zum Strafantrag daher nur der Mieterin zu, nicht aber etwa Angehörigen oder einer Hausangestellten, die mit ihr zusammenleben. Nur der Mieterin (sowie ihrem Ehegatten¹⁰⁸) kommt gestützt auf den Mietvertrag Verfügungsgewalt über die Wohnung zu, und entsprechend ist/sind einzig sie unmittelbar verletzt. Angehörige oder die Hausangestellte sind demgegenüber bloss zur Ausübung des Hausrechts befugt, von daher nicht direkt verletzt und demzufolge auch nicht berechtigt, selbstständig Strafantrag zu stellen¹⁰⁹. Es kann insofern zu einem Auseinanderfallen zwischen der Berechtigung, im Sinn von Art. 186 StGB jemandem das Betreten der Wohnung zu verbieten, und der Berechtigung, Strafantrag zu stellen, kommen¹¹⁰.

b) Juristische Personen des Privatrechts sind rechtsfähig, und entsprechend können sie auch im Sinn von Art. 30 Abs. 1 StGB verletzt werden. Sie sind selbst Träger von Rechten und Pflichten und können diese durch das Handeln ihrer Organe auch selber begründen. Allerdings vermögen juristische Personen faktisch nicht selbst, sondern nur durch natürliche Personen eine Willenserklärung abzugeben. Wer konkret befugt ist, im Namen der verletzten juristischen Person Straf-

¹⁰⁷ Pra 91, 2002, Nr. 114

¹⁰⁸ Riedo, S. 207

¹⁰⁹ BGE 87 IV 120 f.

BGE 87 IV 121; Delnon/Rüdy, Basler Kommentar, Art. 186 StGB N 37; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 6.A., § 6 N 16

antrag einzureichen, bestimmt sich nach der Organisation der verletzten Gesellschaft; grundsätzlich steht jenem Organ die Antragsbefugnis zu, das zur Wahrung der entsprechenden Interessen berufen ist. Welche natürliche Person im Einzelnen als zuständig betrachtet werden muss, ist dem Handelsregister zu entnehmen. Wird der Strafantrag von einer dazu nicht befugten Person eingereicht, ist der Antrag als ungültig zu betrachten, es sei denn, dieser werde innerhalb der Frist von Art. 31 StGB durch eine zum Antrag befugte Person genehmigt¹¹¹. Wurde eine Aktiengesellschaft verletzt, steht die Antragsbefugnis dem Verwaltungsrat zu. Bestimmen Statuten und Organisationsreglement nichts anderes, ist gemäss Art. 718 Abs. 1 Satz 2 OR jedes einzelne Mitglied einzeln zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt und damit zum Strafantrag im Namen der Gesellschaft befugt¹¹².

c) Verletzt im Sinn von Art. 30 Abs. 1 StGB ist die Gesellschaft. Sie ist unstrittig Eigentümerin der Liegenschaft, die der Berufungskläger betrat, betreibt darin ihre Produktion und erledigt die Administration und ist damit kraft Sachenrechts darüber verfügungsberechtigt. Ein ausdrücklich auf die Gesellschaft lautender Strafantrag liegt allerdings nicht vor. Strafantrag gestellt wurde lediglich von B sowie dessen Ehefrau. Während letztere mangels Organstellung von vornherein nicht befugt ist, für die Gesellschaft Strafantrag zu stellen, kommt B diese Befugnis als Verwaltungsratspräsident mit Einzelzeichnungsberechtigung zu; die Auffassung des Berufungsklägers, es hätte zur Stellung eines Strafantrags eines Verwaltungsratsbeschlusses bedurft, ist mit Hinweis auf die Einzelzeichnungsberechtigung von B unzutreffend. Fraglich erscheint indessen, ob B tatsächlich in seiner Eigenschaft als Organ den Strafantrag stellte beziehungsweise stellen wollte oder als Privatperson. Für letzteres spricht der Umstand, dass

¹¹¹ Riedo, S. 314 f.

¹¹² Riedo, S. 316

im Strafantrag ieder Hinweis auf die Gesellschaft oder seine Funktion als Verwaltungsratspräsident fehlt; ausserdem mag auch dagegen sprechen, dass - trotz anwaltlicher Beratung - gleichzeitig und im selben Formular Strafantrag wegen Drohung gestellt wurde, welcher Tatbestand an einer juristischen Person indessen nicht erfüllt werden kann, da eine solche mangels terrorisierbarer Psyche nicht in Angst und Schrecken versetzt werden kann¹¹³. Indessen sind auch Indizien vorhanden, die dafür sprechen, dass der Strafantrag für die Gesellschaft gestellt wurde: So findet sich im Schreiben des Rechtsanwalts von B an den Verteidiger von A die Ankündigung, die Eheleute B würden Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs stellen; zwar ist auch in diesem Zusammenhang nicht von der Gesellschaft, sondern vielmehr ausdrücklich von den Eheleuten B die Rede, doch kann nicht übersehen werden, dass es sich beim Rechtsanwalt nicht nur um den Anwalt der Eheleute B, sondern auch um den Rechtsvertreter der Gesellschaft handelt, deren Interessen er im seit Jahren dauernden Zivilprozess vertritt. So gesehen und namentlich auch mit Blick auf die Betreffzeile des fraglichen Schreibens, in welcher als Mandanten sowohl die Eheleute B als auch die Gesellschaft aufgeführt sind, muss davon ausgegangen werden, der Strafantrag sei für die Gesellschaft gestellt worden. Eine andere Betrachtung liefe auf überspitzten Formalismus hinaus. In die gleiche Richtung deutet ausserdem ein Schreiben der Praktikantin des Rechtsanwalts vom 12. Juli 2005 an das Bezirksamt, mit welchem die Polizei aufgefordert wurde, die Strafanzeige (richtig: den Strafantrag) "unserer Mandanten" entgegen zu nehmen: Im Betreff findet sich wieder die Angabe, dass für die Eheleute B und die Gesellschaft gehandelt wird, so dass auch aus diesem Schreiben, zumal es an das Bezirksamt gerichtet ist, der Schluss gezogen werden muss, es sei Strafantrag für die Gesellschaft gestellt worden. Schliesslich wandte sich ebenfalls am 12. Juli 2005 B auf dem Briefpapier der

¹¹³ Delnon/Rüdy, Art. 180 StGB N 9

Gesellschaft an den Polizeiposten und bat darum, dass ihm ein Termin zur Stellung des Strafantrags gewährt werde. Daraus kann nur geschlossen werden, der in der Folge am 12. August 2005 gestellte Strafantrag sei im Namen der Gesellschaft erfolgt.

d) Soweit der Berufungskläger geltend macht, B habe nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen Interesse gehandelt und damit rechtsmissbräuchlich Strafantrag gestellt, kann ihm nicht gefolgt werden.

Rechtsmissbrauch kann bei einem Strafantrag nur mit Zurückhaltung angenommen werden; in der Regel liegt ein Missbrauch nur vor, wenn der Antragsteller durch eigenes rechtswidriges Verhalten zur strafbaren Handlung des Täters unmittelbar Anlass gegeben hat, mithin der Verletzte dem Täter ein obiektiv grobes Unrecht zugefügt hat und zwischen seinem Verhalten und dem vom Täter herbeigeführten strafbaren Erfolg ein enger Kausalzusammenhang besteht¹¹⁴. Erscheint ein Strafantrag als schikanös und beruht er offenbar auf nicht ganz lauteren Absichten, liegt noch kein Rechtsmissbrauch vor, wenn zwischen der Handlungsweise des Antragstellers und derjenigen des Beschuldigten kein enger Kausalzusammenhang besteht¹¹⁵. Rechtsmissbräuchlich handelt, wer durch grob rechtswidriges und schikanöses Verhalten einen anderen zu verbotener Selbsthilfe veranlasst¹¹⁶, oder wer jemanden längere Zeit mit ehrverletzenden Äusserungen überhäuft und in der Folge selbst gegen diese Person einen Strafantrag wegen Ehrverletzung einreicht¹¹⁷. Kein Rechtsmissbrauch liegt hingegen beim Strafantrag eines Käufers gegen den Verkäufer vor, wenn der

¹¹⁴ BGE 104 IV 95; vgl. BGE 118 IV 291 ff., 105 IV 229 ff.

¹¹⁵ Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 69 N 14; vgl. PKG 1998 Nr. 44

¹¹⁶ PKG 1983 Nr. 27

¹¹⁷ ARGVP 1998 Nr. 3331

Verkäufer in unerlaubter Selbsthilfe oft in das Geschäft des Käufers eindrang, um dort Waren zu behändigen, weil der Käufer seine Warenlieferungen nicht bezahlt hatte¹¹⁸.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung bleibt massgebend, dass für die Gesellschaft geltend gemacht wird, diese sei in ihrem Hausrecht verletzt worden, was hier der Fall ist. Sollte sich in der Sache herausstellen, dass die Interessen der Gesellschaft in Tat und Wahrheit nicht verletzt wurden, so würde dies zu einem Freispruch führen. Sind die Interessen der Gesellschaft indessen tangiert, weil sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind, würde an der Strafbarkeit auch nichts ändern, dass für B beim Stellen des Strafantrags möglicherweise auch noch andere Beweggründe mitspielten als die Interessen der Gesellschaft.

- e) Somit ist der Strafantrag gültig.
- 4. a) In der Sache erwog die Vorinstanz, angesichts der faktischen Handlungsunfähigkeit des Verwaltungsrats der Z AG sei dessen Präsident B Berechtigter im Sinn von Art. 186 StGB gewesen, womit er dem Berufungskläger Hausverbot habe erteilen dürfen. Dieses Verbot habe der Berufungskläger missachtet, denn zur Ausübung seiner Rechte als Verwaltungsrat habe er keines Zutritts zum Gelände und zu den Büroräumen der Gesellschaft bedurft. Rechtfertigungsgründe seien keine gegeben. Dem hält der Berufungskläger entgegen, es habe die Einwilligung der Gesellschaft vorgelegen, sei ihm doch der in Aussicht gestellte Besuch in den Räumen der Gesellschaft nicht verboten worden. Ferner habe er nur seine Pflichten als Verwaltungsrat wahrgenommen. Falls er dazu hätte den Richter anrufen müssen, läge ein Sachverhaltsirrtum vor, denn er habe sich im Recht gefühlt.

¹¹⁸ PKG 1998 Nr. 44 S. 185 ff.

- b) aa) Wer gegen den Willen des Berechtigten in ein Haus, in eine Wohnung, in einen abgeschlossenen Raum eines Hauses oder in einen unmittelbar zu einem Haus gehörenden umfriedeten Platz, Hof oder Garten oder in einen Werkplatz unrechtmässig eindringt oder, trotz der Aufforderung eines Berechtigten, sich zu entfernen, darin verweilt, wird gemäss Art. 186 StGB auf Antrag bestraft.
- bb) Berechtigt im Sinn von Art. 186 StGB, ein Hausverbot zu erteilen, waren sowohl B als Verwaltungspräsident als auch C als Betriebsleiter. Die Berechtigung des ersteren als Organ der Gesellschaft, die Trägerin des Hausrechts ist, ist ganz offensichtlich gegeben¹¹⁹. Das Recht des Betriebsleiters, den Berufungskläger zum Verlassen der Produktionsräume aufzufordern, ist mangels Organstellung nicht originär, sondern stützte sich auf eine Delegation von B. C handelte also als Vertreter des Verwaltungsratspräsidenten und war in dieser Eigenschaft ebenfalls Berechtigter¹²⁰.
- cc) Fraglich ist, ob dem Berufungskläger überhaupt ein Hausverbot erteilt werden konnte. Immerhin ist dieser selbst einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat und somit seinerseits berechtigt, das Hausrecht für die Gesellschaft auszuüben¹²¹. Wem aber dieses Recht selber zukommt, dem kann kein Hausverbot erteilt werden, und entsprechend kann das Betreten des Gebäudes und ein Verweilen darin nicht unrechtmässig sein.

Ausgehend von diesem Grundsatz sind hier die dem Zwischenfall zugrunde liegenden konkreten Umstände zu berücksichtigen, und diese müssen letztlich dazu führen, dass dem Berufungskläger die

116

¹¹⁹ Delnon/Rüdy, Art. 186 StGB N 15

¹²⁰ Delnon/Rüdy, Art. 186 StGB N 16, 22 und 37; Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 5.A., Art. 186 N 34

¹²¹ Vgl. Riedo, S. 316

Berechtigung zur Ausübung des Hausrechts der Gesellschaft abzusprechen ist; dementsprechend war er auch nicht berechtigt, die Liegenschaft gegen den Willen der Gesellschaft zu betreten und/oder darin zu verweilen. Ausschlaggebend ist, dass zwischen den Aktionären der Gesellschaft im Zeitpunkt der Tat seit rund vier Jahren darüber gestritten wurde, ob die Übertragung von 50% der Gesellschaftsaktien auf den Berufungskläger rechtmässig erfolgte, und - davon abhängig - ob dieser überhaupt rechtmässig Aktionär und Verwaltungsrat der Gesellschaft ist. Nach dem Aufkommen der Meinungsdifferenzen schlossen B und der Berufungskläger im Juni 2001 eine Vereinbarung ab, gemäss welcher der letztere ab sofort von seiner Funktion als Geschäftsführer freigestellt wurde; seither übt B die Funktion des Geschäftsführers aus. Nachdem die Fronten zwischen B und dem Berufungskläger spätestens seit der Einleitung des Gerichtsverfahrens im November 2001 so sehr verhärtet sind, dass sie offenbar nur noch über ihre jeweiligen Anwälte miteinander kommunizieren, muss es der Gesellschaft zur Aufrechterhaltung einer einigermassen geordneten Leitung und Führung möglich sein, dem umstrittenen Aktionär und Verwaltungsrat ungeachtet seiner grundsätzlichen Berechtigung das Betreten der Betriebsliegenschaft zu verbieten. Fraglos hätte der richtige Weg dazu darin bestanden, dass B dem Berufungskläger die Einzelzeichnungsberechtigung und damit die Vertretungsbefugnis nach den Regeln des Aktienrechts entzogen hätte, was ihm angesichts des ihm als Verwaltungsratspräsidenten zustehenden Stichentscheids bei Verwaltungsratsitzungen¹²² längst ohne weiteres möglich gewesen wäre. In diesem Fall wäre dem Berufungskläger kein Hausrecht mehr zugekommen, womit ihm auch ohne weiteres ein Zutrittsverbot hätte erteilt werden können. Auch ohne die privatrechtlich geforderte Vorgehensweise kann aber die Möglichkeit eines entsprechenden Verbots darauf gestützt werden, dass B als Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer das stärkere Recht bei der Aus-

¹²² Art. 713 Abs. 1 Satz 2 OR

übung des Hausrechts der Gesellschaft zukommt als dem Berufungskläger, der lediglich - und eben noch dazu umstrittener - Verwaltungsrat der Gesellschaft ist¹²³. Zufolge der vollkommen verfahrenen und damit unzumutbaren Situation konnte somit dem Berufungskläger trotz seiner Eigenschaft als einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Gesellschaft ein Hausverbot erteilt werden¹²⁴.

dd) Indessen reagierte Verwaltungsratspräsident B auf die Ankündigung des Berufungsklägers, er werde dem Betrieb einen Besuch abstatten, nicht. Folglich war dem Berufungskläger das Betreten der Betriebsliegenschaft erlaubt. Die Gesellschaft sieht dies grundsätzlich nicht anders, rügte sie im Schreiben ihres Rechtsvertreters an das Bezirksamt vom 16. Februar 2006 doch nicht den Besuch als solchen - ganz im Gegenteil: Sie wollte dem Berufungskläger ermöglichen, sich selbst ein Bild vom eingestürzten Dach zu machen -, sondern einzig den Zeitpunkt abends um 19.00 Uhr und damit ausserhalb der Geschäftszeit. Dies vermag allerdings nicht zu überzeugen: Gerade bei Kleinbetrieben gibt es oftmals gar keine offiziellen Geschäftszeiten, sondern diese gelten einfach dann als geöffnet, wenn und solange Personal im Betrieb anwesend ist. Dies führt etwa dazu, dass man solche Betriebe als Kunde durchaus auch am Abend oder am Samstag aufsuchen kann und bei Anwesenheit eines Mitarbeiters ohne weiteres auch bedient wird. Hier war noch Personal in den Betriebsräumen anwesend, so dass der Besuch durchaus noch als innerhalb der Geschäftszeit erfolgt erachtet werden kann. Dies ergibt sich hier in geradezu beispielhafter Weise aus der Tatsache, dass ein Mitarbeiter wohl zur Kenntnis nahm, dass eine ihm fremde Person die Produktionshalle betrat, er daran aber trotz der Uhrzeit nichts Ungewöhnliches fand, sondern lediglich meinte, es handle sich um einen Besteller. Insofern ist

-

124 Vgl. Tröndle/Fischer, § 123 DStGB N 4

 $^{^{123}}$ Vgl. dazu Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 53.A., \S 123 DStGB N 3

im blossen Betreten der Liegenschaft der Gesellschaft durch den Berufungskläger der Tatbestand des Hausfriedensbruchs nicht erfüllt.

Nie bestritten wurde durch den Berufungskläger dagegen, dass er nach dem Betreten des Gebäudes sowohl von C als später auch von B zum Verlassen der Liegenschaft aufgefordert wurde. Die Reaktionen dieser beiden mögen vordergründig schwer verständlich erscheinen, nachdem zuvor dem angekündigten Besuch ja gerade nicht widersprochen wurde. Allerdings konnte sich diese stillschweigende Einwilligung angesichts der zwischen B und dem Berufungskläger herrschenden Auseinandersetzung nach Treu und Glauben nur auf einen von B begleiteten Rundgang beziehen. Dessen ungeachtet missachtete der Berufungskläger die Aufforderung von C zum Verlassen der Liegenschaft und begab sich in Abwesenheit von B allein auf einen Rundgang. Nachdem B die Liegenschaft erreicht hatte und den Berufungskläger in einem Büro antraf, verwies auch er diesen des Hauses. Wie lange sich der Berufungskläger nach der Aufforderung zum Verlassen der Liegenschaft durch B noch im Büro aufhielt, spielt an sich keine entscheidende Rolle, da der Straftatbestand des Hausfriedensbruchs bereits durch den verbotenen Rundgang durch die Halle erfüllt ist. Indessen ist mit Blick auf die Aussagen von B davon auszugehen, dass der Berufungskläger trotz zweier Aufforderungen, die Liegenschaft zu verlassen, im Büro verblieb und seinen Willen, weiterhin zu bleiben, noch mit der Aussage, er bleibe hier, bekräftigte. Zwar sagte der Berufungskläger sinngemäss aus, er habe sich der Aufforderung gefügt, sei aber etwas zögerlich hinausgegangen. Würde auf die Aussage des Berufungsklägers abgestellt, hätte er sich der Aufforderung von B nicht in strafrechtlich relevanter Weise widersetzt, bedarf es zur Erfüllung des Tatbestands des Hausfriedensbruchs doch eines Verweilens und nicht lediglich eines Zögerns beim Hinausgehen¹²⁵. Die Tat-

¹²⁵ Vgl. dazu BGE 83 IV 69 f.

sache aber, dass der Berufungskläger in Übereinstimmung mit B von einer Handgreiflichkeit von B sprach, legt nahe, dass er nicht so ohne weiteres von dannen ging, denn würde die Darstellung des Berufungsklägers zutreffen, hätte für B kein Anlass bestanden, ihn zu "packen" und hinaus zu spedieren. Ausserdem erscheinen die Aussagen des Berufungsklägers über das Zusammentreffen mit B sonderbar dünn, was sie als unglaubhafter erscheinen lässt als die recht detaillierten Darlegungen von B; insbesondere fällt auf, dass der Berufungskläger über das im Büro geführte Gespräch keine genaueren Angaben machen konnte als lediglich den Hinweis, er sei beschimpft und beleidigt worden. Die Aussage der Ehefrau B deckt sich sodann zwar nicht in allen Einzelheiten mit der Darstellung ihres Ehemanns, doch ergibt sich im Kerngeschehen auch aus diesen Angaben, dass der Berufungskläger noch im Büro verweilte und nicht einfach nur zögernd abzog. Aus der Schilderung von C, der die Situation von ausserhalb des Büros beobachtete, kann im interessierenden Punkt schliesslich ebenfalls geschlossen werden, dass sich der Berufungskläger dem Befehl von B anfänglich widersetzte und insofern noch etwas im Büro verblieb.

- ee) Somit ist der Tatbestand des Haufriedensbruchs objektiv erfüllt.
- c) In subjektiver Hinsicht steht fest, dass der Berufungskläger die Aufforderungen von C und B, die Liegenschaft zu verlassen, verstand. Demzufolge musste ihm klar sein, dass er sich bei einem weiteren Verweilen über deren beziehungsweise den Willen der Gesellschaft hinwegsetzen und so deren Hausrecht verletzen würde; von einem Sachverhaltsirrtum kann daher nicht die Rede sein. Durch sein Verweilen gab er sodann auch seinem Willen Ausdruck, das Hausrecht der Gesellschaft zu verletzen.
- d) Somit machte sich der Berufungskläger mit dem Verweilen in der Liegenschaft der Gesellschaft trotz der mehrmaligen

Aufforderung, diese zu verlassen, in objektiver und subjektiver Hinsicht des Hausfriedensbruchs schuldig.

Obergericht, 22. November 2007, SBR.2007.36

Kantonales Recht

- 20. Zur Beurteilung von Streitigkeiten aus Taggeldversicherungen nach VVG sind die Zivilgerichte zuständig (§ 1 ZPO; Art. 85 Abs. 1 VAG).
- 1. Der Berufungsbeklagte macht Leistungen aus einer Taggeldversicherung nach VVG geltend. Die Berufungsklägerin beantragt, das Obergericht habe die Frage der sachlichen Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen. In den Kantonen Zürich und Aargau seien für solche Streitigkeiten nicht die Zivil-, sondern die Verwaltungsgerichte zuständig. Der Berufungsbeklagte hält dafür, bei Streitigkeiten betreffend Taggeldversicherungen nach VVG seien die Zivilgerichte zuständig.
- 2. a) Der Versicherungsvertrag, aus welchem der Berufungsbeklagte Ansprüche ableitet, liegt mit Ausnahme der Seiten 5 und 6 der Allgemeinen Bedingungen nicht im Recht. Vermutlich handelt es sich um einen zwischen der Berufungsklägerin und der früheren Arbeitgeberin des Berufungsbeklagten abgeschlossenen Kollektivversicherungsvertrag. Aufgrund der klaren Ausführungen beider Parteien ist ferner davon auszugehen, dass es sich um eine Taggeldversicherung nach VVG handelt: Die Berufungsklägerin wies ausdrücklich auf ein Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich betreffend eine Streitigkeit über "Krankentaggelder nach VVG" hin, und auch der Berufungsbeklagte bezog sich in seinen Ausführungen zur Zuständigkeit auf einen Entscheid des thurgauischen Verwaltungsgerichts¹²⁶, in dem es um eine Taggeldversicherung nach VVG ging.

¹²⁶ Vgl. TVR 2002 Nr. 42

b) Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau stellte fest, bei der Taggeldversicherung nach VVG handle es sich nicht um eine Zusatzversicherung (zum KVG) oder eine Sozialversicherung, sondern um ein rein privatrechtliches Rechtsverhältnis. Zuständig für die Beurteilung von Streitigkeiten aus Taggeldversicherungen nach VVG seien daher die Zivilgerichte¹²⁷. Mit diesen schlüssigen Erwägungen setzte sich die Berufungsklägerin überhaupt nicht auseinander. Sie brachte insbesondere nichts vor, was die Annahme bestärken könnte, bei der von den Parteien abgeschlossenen Taggeldversicherung handle es sich um eine Zusatzversicherung im Sinn von Art. 12 Abs. 2 KVG, was in Anwendung von Art. 85 Abs. 2 VAG¹²⁸ zur Zuständigkeit des Versicherungs- und damit des Verwaltungsgerichts¹²⁹ führen würde. Gestützt auf Art. 85 Abs. 1 VAG sind somit zur Beurteilung dieser Streitigkeit die Zivilgerichte zuständig¹³⁰.

Obergericht, 18. Januar 2007, ZBR.2006.51

21. Befangenheit eines Richters und Medienberichterstattung (§§ 51, 52 ZPO)

1. Auf Begehren von X untersagte das Gerichtspräsidium mit Verfügung vom 9. Oktober 2006 den Gesuchstellern vorsorglich, sämtliche Aussagen in einem ihrer Artikel, welcher dem Gerichtspräsi-

TVR 2002 Nr. 42; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom
 20. September/25. Oktober 2006, VV 205, S. 5 ff.

Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz), SR 961.01

Vgl. § 69a Abs. 1 Ziff. 2 VRG

Vgl. auch Husmann/Häberli, Die Fallstricke des Krankentaggelds, in: plädoyer 4/02
 S. 42 mit Hinweisen; Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, 6.A., Art. 324a/b OR N 13
 S. 287

dium am 4. Oktober 2006 eingereicht worden war, einzeln oder in Kombination zu veröffentlichen, zu verbreiten oder auf andere Weise publizistisch zu verwenden, insbesondere in ihrer Zeitschrift. Gleichzeitig wurde den Gesuchstellern vorsorglich verboten, X im Rahmen eines redaktionellen Artikels oder in anderer publizistischer Weise in Zusammenhang mit zahlreichen, einzeln aufgeführten Aussagen zu bringen. Diese Anordnungen wurden für sofort vollstreckbar erklärt.

- 2. Auf der Webseite der Gesuchsteller waren am 7. Dezember 2006 zwei Artikel, welche am 8. Dezember 2006 in ihrer Zeitschrift erscheinen sollten, abrufbar. Auf entsprechende Begehren von X verbot das Gerichtspräsidium den Gesuchstellern mit superprovisorischer Verfügung vom 7. Dezember 2006 vorsorglich, die beiden Artikel zu veröffentlichen, zu verbreiten oder auf andere Weise der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, namentlich in ihrer Zeitschrift oder auf ihrer Webseite. Dasselbe wurde mit Bezug auf den Gegenstand der Verfügung des Gerichtspräsidiums vom 9. Oktober 2006 angeordnet. Den Gesuchstellern wurde untersagt, die Nr. 25/2006 ihrer Zeitschrift in Verkehr zu bringen oder Dritten abzugeben. Diese Anordnungen wurden für sofort vollstreckbar erklärt. Das Gerichtspräsidium begründete den Erlass dieser Verfügung mit der Missachtung der Verfügung vom 9. Oktober 2006.
- 3. Mit Eingabe vom 9. Januar 2007 beantragten die Gesuchsteller, es sei die Befangenheit des Bezirksgerichtspräsidenten festzustellen, und es sei sein Ausstand zu verfügen. Zudem sei die Nichtigkeit der Präsidialverfügung vom 7. Dezember 2006 festzustellen.
- 4. Ein Richter darf sein Amt unter anderem in seinen eigenen Angelegenheiten nicht ausüben¹³¹. Gleiches gilt, wenn er selbst vom

¹³¹ § 51 Ziff. 1 ZPO

Ausgang des Rechtsstreits nicht ganz unerhebliche Vor- oder Nachteile zu erwarten hat¹³².

- a) Der Anspruch einer Partei darauf, dass ihre Streitsache von einem unparteiischen Richter beurteilt wird, basiert auf Art. 30 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Mit diesen Bestimmungen soll garantiert werden, dass keine Faktoren, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zu Gunsten oder zu Ungunsten einer Partei auf das Urteil einwirken¹³³, und dass niemand als Richter tätig wird, der unter solchen Einflüssen steht¹³⁴. Der Ausstand eines Richters steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Anspruch auf den gesetzlichen Richter. Der Ausstand muss deshalb die Ausnahme bleiben, damit die regelhafte Verfahrensordnung nicht ausgehöhlt wird¹³⁵. Die Missachtung der in § 51 ZPO genannten Ausstandsgründe hat die Nichtigkeit des ausgefällten Erkenntnisses zur Folge; ein diesbezüglicher Mangel kann indessen im Rechtsmittelverfahren geheilt werden¹³⁶.
- b) Der von den Gesuchstellern angerufene Ausstandsgrund des Handelns in eigenen Angelegenheiten ist hier schon deshalb nicht gegeben, weil der Erlass einer superprovisorischen Verfügung nicht durch den Präsidenten des Bezirksgerichts, sondern durch X gegen die Gesuchsteller verlangt wurde. Der Präsident des Bezirksgerichts ist beziehungsweise war nicht Prozesspartei. Daran ändert auch nichts, dass sowohl im Artikel als auch im Editorial, deren Publikation untersagt wurde, derjenige Richter beziehungsweise dessen Amts- und Verfahrensführung kritisiert wurde, welcher in der Sache entschied.

¹³² § 51 Ziff. 6 ZPO

¹³³ BGE 125 I 122, 124 I 123 und 261

¹³⁴ Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 51 N 1a

¹³⁵ RBOG 1992 Nr. 13; Merz, § 51 ZPO N 1b

¹³⁶ Merz, § 51 ZPO N 18

Allein daraus ergibt sich jedenfalls nicht, dass der Präsident des Bezirksgerichts im Sinn von § 51 Ziff. 1 ZPO in seinen eigenen Angelegenheiten gehandelt hätte. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn er selbst ein vorsorgliches Publikationsverbot hätte erwirken wollen.

Die Gesuchsteller machen zwar nicht ausdrücklich gelc) tend, der Bezirksgerichtspräsident hätte den Ausstand gestützt auf § 51 Ziff, 6 ZPO wahren müssen, wonach ein Richter sein Amt nicht ausüben darf, wenn er selbst vom Ausgang des Verfahrens nicht ganz unerhebliche Vor- oder Nachteile zu erwarten hat. Immerhin wird aber ausgeführt, er habe ein starkes eigenes Interesse am Publikationsverbot gehabt, womit dieser Ausstandsgrund zumindest sinngemäss angerufen wird. Erhebliche Vor- oder Nachteile im Sinn von § 51 Ziff, 6 ZPO sind nicht nur solche finanzieller Natur. Den Ausstand hat zu wahren, wer ein persönliches Interesse an dem zu behandelnden Geschäft hat¹³⁷. Von Belang sind alle Aspekte, die im Sinn des persönlichen Interesses als von nicht untergeordneter Bedeutung erscheinen. Dazu gehören auch finanzielle Interessen eines Klienten eines nebenamtlichen Richters in einem mit einem Strafverfahren konnexen Geschäft. Gleiches gilt für Verknüpfungen anderer Art, wie bei einem Ersatzrichter des Obergerichts, dem sich in seiner Haupttätigkeit als Anwalt in einem anderen Verfahren ähnliche Fragen stellen; hier kann ein Ausstandsgrund vorliegen, wenn die Gefahr besteht, dass dieser Ersatzrichter sich von den Interessen seines Klienten beeinflussen lässt, auch wenn dieser mit dem hängigen Verfahren nichts zu tun hat¹³⁸. Abgesehen davon, dass die Gesuchsteller diesen Ausstandsgrund nicht ausdrücklich geltend machen, führen sie auch nicht substantiiert aus, inwiefern der Bezirksgerichtspräsident vom Ausgang des Verfahrens hätte erhebliche Vor- oder Nachteile erwarten können. Allein der

 $^{^{137}}$ Vgl. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, \S 32 N 14

¹³⁸ BGE 124 I 121 ff.; Zweidler, § 32 StPO N 15; Merz, § 52 ZPO N 2

Umstand, dass er im Artikel und im Editorial kritisiert wurde, vermag diesen Ausstandsgrund jedenfalls nicht zu begründen. Jeder Richter hat - wie Politiker und Staatsangestellte - mit Kritik zu leben und umzugehen, auch wenn diese in der Öffentlichkeit vorgebracht wird. Von der Veröffentlichung einer solchen Kritik hat auch der Präsident des Bezirksgerichts keine erheblichen Nachteile zu erwarten; insbesondere erfolgt zum Beispiel auch eine Wiederwahl in ein Richteramt selbst nach heftiger öffentlicher Kritik an der Amtsführung in der Regel ohne grössere Probleme. Damit ist auch dieser Ausstandsgrund hier nicht gegeben.

- d) Dementsprechend hatte der Präsident des Bezirksgerichts den Ausstand nicht von Amtes wegen zu wahren, und die strittige Verfügung vom 7. Dezember 2006 ist somit auch nicht nichtig.
- 5. a) Gemäss § 52 ZPO kann ein Richter abgelehnt werden, wenn er aufgrund seines subjektiven Verhaltens als voreingenommen erscheint. Befangenheit ist gegeben, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Ausreichend ist bereits der objektiv gerechtfertigte Anschein, die für ein gerechtes Urteil notwendige Offenheit des Verfahrens sei nicht mehr gewährleistet. Dabei kann aber nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Allerdings muss für die Ablehnung nicht nachgewiesen werden, dass der Richter tatsächlich befangen ist¹³⁹. Das Misstrauen gegenüber einem Richter muss wegen gewisser Umstände oder eines bestimmten, den Verdacht der Parteilichkeit erweckenden Verhaltens in objektiver Weise begründet erscheinen; blosse Befürchtung der Befangenheit genügt nicht. Massgebend ist, ob vom Standpunkt der betroffenen Partei aus genügend objektive Gründe vorliegen, die in den Augen eines vernünftigen

¹³⁹ RBOG 2005 Nr. 37; BGE 124 I 123, 120 Ia 187

Menschen geeignet sind, berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit zu hegen¹⁴⁰. Die mit der normalen Ausübung des richterlichen Amts verbundenen Massnahmen gestatten es auch dann nicht, den Richter der Parteilichkeit zu verdächtigen, wenn diese Massnahmen allenfalls unangemessen oder gegebenenfalls sogar rechtlich falsch sind: Allgemeine Verfahrensverstösse und ungünstige Entscheide sind im dazu vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen. Insbesondere lässt sich nicht auf Befangenheit schliessen, wenn ein Richter bestimmte prozessuale oder verfahrensleitende Massnahmen traf. Verfahrens- und andere Rechtsfehler, die einem Gericht unterlaufen, können den Anschein der Befangenheit nur begründen, wenn sie wiederholt oder trotz einer Rüge der Rechtsmittelinstanz begangen wurden oder so schwer wiegen, dass sie eine Amtspflichtverletzung darstellen¹⁴¹. Die Tatsache, dass eine Partei gegen einen Gerichtsschreiber, der in einem anderen Verfahren als Rechtsanwalt auftrat, bei der zuständigen Anwaltskammer eine Aufsichtsbeschwerde einreichte und eine Schadenersatzklage erhob, lässt beispielsweise auf Befangenheit schliessen¹⁴².

b) Die Gesuchsteller begründen ihr Ausstandsbegehren vorab damit, dass sowohl im Artikel als auch im Editorial die einseitige Vorgehensweise des Präsidenten des Bezirksgerichts kritisiert werde, insbesondere der Erlass der superprovisorischen Verfügung vom 9. Oktober 2006, mit welcher der Gerichtspräsident sehr einseitig gehandelt habe. Zudem werde die Verletzung des rechtlichen Gehörs, des Amtsgeheimnisses sowie der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit beanstandet. Ausserdem werde das für ihre Zeitschrift krass unkorrekte Verhalten des Gerichtspräsidenten beim Erlass der superprovisorischen Verfügung gerügt. Ein wesentlicher Teil des Artikels betref-

¹⁴⁰ RBOG 2005 Nr. 37; vgl. RBOG 1996 Nr. 34; BGE 131 I 25, 126 I 73, 125 I 122; Merz, § 52 ZPO N 1

¹⁴¹ Merz, § 52 ZPO N 2 mit Hinweisen

¹⁴² RBOG 2005 Nr. 37; Merz, § 52 ZPO N 2

fe die Person des Gerichtspräsidenten und sein bisheriges Handeln in der Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Der Präsident des Schweizerischen Presserats werfe dem Gerichtspräsidenten ein übertriebenes Urteil, mithin Ermessensüberschreitung, vor.

c) Die Gesuchsteller beanstanden mit ihren Ausführungen ausschliesslich angebliche Verfahrensfehler. Dies gilt ebenso für die Rüge, der Gerichtspräsident habe sehr einseitig die Publikation eines Artikels verboten, wie für die Vorwürfe, er habe das rechtliche Gehör der Gesuchsteller, das Redaktionsgeheimnis und das Amtsgeheimnis verletzt, sein Ermessen überschritten und durch den Eingriff in die Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit Rechtsverletzungen begangen. Derartige Verfahrensfehler sind indessen im dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen und wurden denn auch teils im parallelen Rekursverfahren gerügt. Unerheblich bleibt dabei, dass hier gegen die superprovisorische Verfügung selbst kein ordentliches Rechtsmittel¹⁴³ gegeben war. Allein dies führt nicht dazu, dass angebliche Verfahrens- oder Rechtsfehler den Anschein der Befangenheit begründen würden. Eine Ausnahme wäre nur gegeben, wenn die beanstandeten Fehler wiederholt begangen worden wären oder so schwer wiegen würden, dass sie eine Amtspflichtverletzung darstellten¹⁴⁴. Davon kann hier keine Rede sein. Eine Amtspflichtverletzung liegt jedenfalls nicht schon darin, dass der Präsident des Bezirksgerichts zur Durchsetzung seiner Verfügung vom 9. Oktober 2006 am 6. Dezember 2006 eine weitere Verfügung erliess, nachdem die Gesuchsteller die Verfügung vom 9. Oktober 2006 offensichtlich bewusst missachteten. Die gegenteilige Betrachtungsweise hätte zur Folge, dass jede Partei, welche ihrer Ansicht nach zu Unrecht zu etwas verpflichtet wird, eine notwendige Vollstreckungsverfügung mit einem Ausstands-

 $^{^{143}}$ Vgl. \S 235 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO; Merz, \S 163 ZPO N 12a Merz, \S 52 ZPO N 2

begehren gegen den zuständigen Richter verunmöglichen könnte, auch wenn sie ihrer Verpflichtung nicht nachkommt. Im Ergebnis hätte dies die Umgehung des gesamten Rechtssystems zur Folge. Parteien haben sich an Verfügungen und entsprechend auferlegte Verpflichtungen zu halten, selbst wenn sie die betreffenden Entscheide für unrichtig oder unangemessen halten, und selbst wenn sich die Verfügung später tatsächlich als falsch oder gar qualifiziert falsch erweist. Im Übrigen beantragten die Gesuchsteller auch keine Abänderung der beanstandeten superprovisorischen Verfügung vom 7. Dezember 2006.

Der Präsident des Bezirksgerichts weist zu Recht darauf hin, dass das Ausstandsbegehren der Gesuchsteller missbräuchlich ist. Allein deshalb, weil sich der strittige Artikel und das Editorial ausführlich mit der angeblichen Befangenheit des Gerichtspräsidenten auseinandersetzten, kann keinesfalls für jeden weiteren, missliebigen Verfahrensschritt dieses Richters auf dessen persönliche Betroffenheit geschlossen werden. Durch das Vorgehen der Gesuchsteller wird die richterliche Unabhängigkeit - ein ebenso wichtiges Grundrecht wie die von ihnen angerufene Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit - tangiert. Medien können die Unabhängigkeit der Gerichte gefährden, wenn sie in einem hängigen Verfahren einseitig Stellung nehmen¹⁴⁵; sie missbrauchen ihre Stellung und gefährden das Ansehen der Justiz, wenn sie sich von den am Verfahren Beteiligten zu unsachlicher, parteiischer Urteils- oder Richterschelte verleiten lassen. Umgekehrt darf tatsächlich von einem Richter auch erwartet werden, dass er trotz Kritik an seiner Amtsführung neutral bleibt. Zutreffend führt das Gerichtspräsidium aus, der Anspruch von X auf Rechtsschutz gestützt auf die beiden superprovisorischen Verfügungen würde in stossender Weise umgangen, wenn es den Gesuchstellern gelänge, den gesetzli-

¹⁴⁵ Müller/Thommen, Unabhängigkeit versus Öffentlichkeit der Justiz, in: Heer/ Urwyler, Justiz und Öffentlichkeit, Bern 2007, S. 37

chen und verfassungsmässigen Richter allein mit ihrer Berichterstattung in den Ausstand zu zwingen und gegebenenfalls gar die Nichtigkeit der erlassenen Vollstreckungsverfügung zu erwirken. Ein solcher Missbrauch zu Lasten einer Gegenpartei in einem hängigen Zivilprozess darf keinen Rechtsschutz finden.

Obergericht, 12. März 2007, ZPR.2007.1

22. Ist ein Gericht ausschliesslich mit Laienrichtern besetzt, braucht nicht zwingend ein Ersatzgericht bestellt zu werden (§ 53 Abs. 1 ZPO).

- 1. Die Gesuchsteller stritten vor Bezirksgericht um drei verschiedene Wegrechte. Das Gericht war zur Beurteilung des Falles ausschliesslich mit Laienrichtern besetzt. Das Verfahren leitete Bezirksrichter V, da sich sowohl der Präsident als auch der Vizepräsident des Bezirksgerichts, die beiden einzigen Richter mit juristischer Ausbildung, im Ausstand befanden. Die Gesuchsteller verlangten die Bezeichnung eines Ersatzgerichts, da ein ausschliesslich mit Laien besetztes Gericht den Anspruch auf sachgerechte Beurteilung und damit den Anspruch auf den verfassungsmässigen Richter verletze.
- 2. a) Muss die Gesamtheit oder müssen so viele Mitglieder eines erstinstanzlichen Gerichts den Ausstand beobachten, dass auch unter Zuzug der Ersatzmitglieder die genügende Besetzung nicht möglich ist, bezeichnet das Obergericht eine unbeteiligte Gerichtsbehörde von gleichem Rang als zuständiges Gericht¹⁴⁶.

¹⁴⁶ § 53 Abs. 1 ZPO

- b) Die Bezeichnung eines Ersatzgerichts darf nur restriktiv Anwendung finden. Sobald nämlich § 53 Abs. 1 ZPO zum Zuge kommt, wird den Parteien der verfassungsmässige Richter entzogen, indem ein Gericht aus einem anderen Bezirk bestimmt wird; Art. 30 Abs. 2 BV garantiert indessen grundsätzlich die Einhaltung der einmal getroffenen staatlichen Zuständigkeitsordnung. Innerkantonal haben die Parteien daher an sich Anspruch auf Beurteilung ihrer Sache durch das gemäss der kantonalen Gerichtsorganisation zuständige Gericht. Dieser Grundsatz soll nur durchbrochen werden, wenn die von Art. 30 Abs. 1 BV geschützte richterliche Unabhängigkeit, Unparteilichkeit oder Unbefangenheit verletzt wird¹⁴⁷.
- Neben dem formellen Erfordernis des verfassungsmässigen Richters besteht ein materieller Anspruch auf sachgerechte Beurteilung. Mithin muss durch eine entsprechende Besetzung soweit als möglich garantiert sein, dass das Gericht in der Lage ist, die sich ihm stellenden Fragen zu beurteilen und die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung zu bringen. Zwar ist nirgends festgehalten, in einem gerichtlichen Verfahren müsse eine bestimmte Anzahl von Fachleuten mitwirken. In der Praxis hat sich indessen eingebürgert, dass der Gerichtspräsident - und je länger je mehr auch ein weiteres Mitglied, welches das Vizepräsidium übernimmt - über (juristisches) Fachwissen verfügen. Die geltende Gerichtsorganisation mit der Nebenamtlichkeit und dem Laienelement kann den Anspruch auf den verfassungsmässigen Richter daher in bestimmten Fällen entweder in materieller oder in formeller Hinsicht nicht gewährleisten: In materieller Hinsicht nicht, wenn die Fachrichter, insbesondere mit juristischer Ausbildung, aufgrund ihrer erlaubten Nebentätigkeiten in den Ausstand treten müssen und der verbleibende Spruchkörper,

RBOG 1992 Nr. 13 Ziff, 2 lit. c in Analogie; vgl. auch RBOG 1983 Nr. 45; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 53 N 1

abgesehen vom Gerichtsschreiber, nurmehr aus Laien besteht; in formeller Hinsicht nicht, wenn aus diesem Grund ein Ersatzgericht bestellt wird, welches nicht mehr dem von der Gerichtsorganisation vorgesehenen Richter entspricht. Stellen sich in einem konkreten Fall zahlreiche schwierige Rechtsfragen, ist der materielle Anspruch auf den verfassungsmässigen Richter stärker zu gewichten als der formelle. Selbst wenn es folglich prinzipiell möglich wäre, das Bezirksgericht unter Beizug der Ersatzrichter zu besetzen, besteht dann, wenn nur noch lauter Laienrichter amten würden, die Möglichkeit, angesichts der besonderen juristischen Probleme ein Ersatzgericht zu bestellen¹⁴⁸.

3. a) Die Gesuchsteller begründen ihren Antrag auf Bestellung eines Ersatzgerichts exakt mit diesem letztgenannten Argument: Die sich in den Prozessen stellenden komplexen rechtlichen Fragen könnten durch juristische Laien nicht beurteilt werden.

Das Obergericht kann diese Auffassung nicht teilen. Dabei drängen sich folgende Vorbemerkungen auf: Die Frage des Einsatzes von Laienrichtern sowohl bei den Bezirksgerichten als auch beim Obergericht wurde - als Prinzip - letztmals im Rahmen der 1996 durchgeführten Justizreform diskutiert. Die Studienkommission wies in ihrem Bericht an den Regierungsrat¹⁴⁹ darauf hin, in der Schweiz sei stets die Meinung vertreten worden, dass der Jurist dem Nichtjuristen in der Beurteilung der üblichen Lebensvorgänge nichts Grundsätzliches voraus habe. Wenn er als sach- und fachkundiger Richter eingesetzt werde, verstärke er letztlich die richterliche Unabhängigkeit nicht zuletzt auch durch die grössere Akzeptanz der Entscheidungen des Spruchkörpers bei den am Verfahren Beteiligten, die sich im Laienrichter häufig eher repräsentiert sähen als in den Berufsrichtern; so ver-

¹⁴⁸ Merz, § 53 ZPO N 2

Vorschläge für eine umfassende Justizreform im Kanton Thurgau, Schriftenreihe der Staatskanzlei des Kantons Thurgau, Bd. 11, Frauenfeld 1995, S. 33

standen sei diese Institution als vertrauensbildende Massnahme zu begreifen. Die Mitwirkung von Laienrichtern lasse sich indessen nur dort rechtfertigen, wo diese mit Rücksicht auf die Komplexität der Rechtsmaterie auch tatsächlich in der Lage seien, einen fach- und sachkundigen Beitrag zur Rechtsfindung beziehungsweise Problemlösung zu leisten. In der ersten Instanz treffe dies weit öfter zu als in der zweiten, liege dort doch das Schwergewicht regelmässig weniger auf den rechtlichen Fragen als auf der Feststellung des Sachverhalts. Zwar hätten auch bei den Bezirksgerichten die Verfahren bezüglich der zu behandelnden Rechtsfragen teilweise eine Komplexität angenommen, die Laienrichter unter Umständen überfordern könnten; solche Fälle träten jedoch in der ersten Instanz kaum in derselben Häufung auf wie beim Obergericht. Ebenso stellten sich die zivilprozessualen Fragen, die für den Laienrichter in aller Regel schwierig zu beurteilen seien, nicht in derselben Dichte wie beim Obergericht. In der ersten Instanz seien vielmehr jene Verfahren an der Tagesordnung, wo die Beurteilung von Lebensvorgängen allgemeiner Natur im Vordergrund stehe und der Laienrichter seine Lebenserfahrung und Menschenkenntnis weitestgehend in die Beratung einbringen könne, und wo zudem Rechtsgefühl und "gesunder Menschenverstand" von Laienrichtern für die Urteilsfindung bedeutungsvoll und im Sinn einer Plausibilitätskontrolle für den Berufsrichter besonders wertvoll sein könnten. Es bestehe deshalb keine Veranlassung, im Kanton Thurgau am bisherigen System der Durchmischung der ersten Instanz mit Berufsrichtern und Laienrichtern etwas zu ändern; immerhin müsse für jene Fälle, in denen ein Beizug von Laienrichtern - sei es mit Rücksicht auf die rechtliche Schwierigkeit der Fälle, sei es aus Rationalisierungsgründen - als nicht angezeigt erscheint, die Beurteilung dem Berufsrichter vorbehalten bleiben¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Vorschläge für eine umfassende Justizreform, S. 121 ff.

Das Prinzip des Laienrichtertums an den Bezirksgerichten wurde auch anlässlich der Beratungen des Grossen Rats zur Justizreform nie in Zweifel gezogen. Es entspricht denn auch § 6 Abs. 2 GerOG¹⁵¹, in dem weder für die Wahl des Präsidenten der Bezirksgerichte noch für die vier bis neun weiteren Richter sowie die drei Ersatzrichter eine juristische Ausbildung vorgeschrieben ist.

In der zu beurteilenden Streitsache liegt die Besonderheit darin, dass keiner der für die Beurteilung der Streitsachen vorgesehenen Bezirksrichter, also auch nicht der Vorsitzende des Spruchkörpers, rechtswissenschaftlich geschult ist. Dass der Präsident und der Vizepräsident des Bezirksgerichts die Verfahren nicht leiten, ist eine Folge der gegen sie gestellten Ausstandsbegehren der Gesuchsteller. Als Vorsitzender des Gerichts ist V vorgesehen. Diese Wahl ist kein Zufall. Zu den ordentlichen Mitgliedern des Bezirksgerichts gehören nebst V auch W, X sowie Y, sämtlich Nichtjuristen. W und X sind zwar acht beziehungsweise vier Jahre länger im Amt als V; ausschlaggebend dafür, dass er die Verhandlungen leiten soll, ist aber nicht der zeitliche Aspekt, sondern die Tatsache, dass er hauptberuflich als Architekt tätig ist, und dass Gegenstand der hängigen Verfahren drei verschiedene Wegrechte sind. Es geht somit um die Auslegung und die Handhabung von Dienstbarkeiten. Als Architekt ist V für die Beurteilung solcher Fragen besonders prädestiniert, hat er sich doch beruflich immer wieder mit solchen Problemen zu befassen. Die Gesuchsteller machen zwar geltend, dadurch, dass drei verschiedene Wegrechte zur Diskussion stünden, stellten sich komplexe Rechtsfragen. Diese Feststellung ist nicht richtig. Für die Auslegung von Dienstbarkeiten, seien es mehrere oder nur ein einziges Servitut, braucht es die Fähigkeit, Pläne zu lesen und formulierte Wegrechte zu interpretieren. Weshalb hiezu juristische Laien - und insbesondere solche mit baulichem Fach-

¹⁵¹ RB 173.11

wissen - nicht in der Lage sein sollten, ist nicht nachvollziehbar. Gerade dieser Problemkreis gehört zu denjenigen, zu denen eine interessierte, richterliche Erfahrung besitzende Person auch dann einen gewinnbringenden Beitrag leisten kann, wenn sie über keine juristische Ausbildung verfügt. So behaupten die Gesuchsteller denn sinngemäss auch nur generell, Laienrichter könnten nicht beurteilen, ob aufgrund einer (angeblichen) Zweckänderung ein Wegrecht untergegangen sei; weshalb ihnen hiezu die Fähigkeiten fehlt, legen sie substantiiert nicht dar.

Unzutreffend ist auch das Argument der Gesuchsteller, der Vertreter der Gegenparteien habe die Komplexität der Situation bereits in der mündlichen Verhandlung vor Bezirksgericht ausdrücklich anerkannt. Der Vertreter der Gegenparteien wies damals darauf hin, man habe es "mit einer recht komplizierten Ausgangslage zu tun, nachdem nicht weniger als drei unterschiedlich umschriebene Wegrechte zu Gunsten der Kläger und zu Lasten der Beklagten" bestünden. Eine "recht komplizierte Ausgangslage" ist nun aber nicht einer "komplexen rechtlichen Fragestellung" gleichzustellen. Gerade bei der Beurteilung des Sachverhalts stehen Laien Juristen in nichts nach, wäre es doch andernfalls gar nicht mehr vertretbar. Laien an der Rechtsfindung teilnehmen zu lassen; der Einsatz von Nichtjuristen ist indessen mit der EMRK ohne weiteres vereinbar¹⁵². Abgesehen davon begründete der Vertreter der Gegenparteien die komplexe Ausgangslage nicht nur mit den drei Wegrechten, sondern zudem ausdrücklich auch damit, er habe mit nicht weniger als drei Vorgängern des heutigen Rechtsgegners Verhandlungen zu führen gehabt und zum Teil aufwändige Vergleichsgespräche geführt, die aber allesamt gescheitert seien. Verkomplizierungen dieser Art machen eine Streitsache objektiv betrachtet selbstverständlich nicht zu einer solchen mit schwierigen

¹⁵² Vorschläge für eine umfassende Justizreform, S. 31

Rechtsfragen, die von Laien von vornherein nicht beantwortet werden könnten

Analoges gilt für die Behauptung der Gesuchsteller, die Gegenparteien hätten zum Teil unklare Rechtsbegehren gestellt, welche die Verfahren erheblich verkomplizierten. Die von den Gesuchstellern in diesem Zusammenhang genannten Begehren, nämlich einerseits die Verpflichtung zur Gewährleistung des Wegrechts und andererseits dasjenige, alle Hindernisse, welche der Ausübung der Dienstbarkeit im Wege stünden, zu beseitigen, sind nicht kompliziert. Allenfalls sind die Anträge, wie dies die Gesuchsteller behaupten, mangelhaft substantiiert; dies würde die Beurteilung der Sache aber nicht erschweren, sondern vielmehr vereinfachen. Die Gesuchsteller behaupten zwar zusätzlich, die Gegenparteien hätten bereits mehrfach die einzelnen Wegrechte vermischt und versucht, in der Diskussion einzelner bestimmter Wegrechte Vertragsbestimmungen anderer Wegrechte, welche jeweils gar nicht anwendbar seien, geltend zu machen. Selbst wenn dies zuträfe, würde dies aber keinen Anspruch auf Bestellung eines Ersatzgerichts, besetzt zumindest teilweise mit Juristen, begründen. Auch Laienrichter, zumal erfahrene, können aufgrund der Vorträge beider Parteien herausfiltern, was erheblich ist und was nicht. Überdies haben es die Gesuchsteller in der Hand, diesbezüglich mit überzeugenden Argumenten entsprechende Grundlagen zu liefern. Dies gilt auch für den Vorwurf, den Gegenparteien sei rechtsmissbräuchliches Vorgehen anzulasten: Ob dies zutrifft, ist letztlich eine Frage des Ermessens. Exakt um dieses entsprechend "der Stimme des Volkes" auszuüben, wurde bisher das Laienrichtertum beibehalten.

Die übrigen Argumente, mit denen die Gesuchsteller ihr Ausstandsbegehren begründen, beziehen sich auf Entscheide über Verfahrensanträge, welche zu ihren Ungunsten lauteten; ausserdem üben sie Kritik in organisatorischer Hinsicht. Beide Punkte verfangen nicht. Bei der Verfahrensleitung steht dem Vorsitzenden nun einmal ein grosser Ermessensspielraum zu. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern die

Trennung oder Vereinigung der Verfahren für die Gesuchsteller ins Gewicht fallende Vor- oder Nachteile haben sollten; jedenfalls legen sie diese nicht substantiiert dar. Nicht von der Hand zu weisen ist hingegen, dass die Gesuchsteller selber ausgesprochen zahlreiche prozessuale Anträge stellen. Sie haben es sich selbst zuzuschreiben, wenn der Verdacht aufkommt, sie seien es, welche die Streitsachen - allenfalls unnötig - zu verkomplizieren versuchten. Organisatorisches Geschick schliesslich ist nicht abhängig von juristischem Sachverstand. Wie der Vorsitzende die Gerichtsverhandlung gestaltet, ist seinem Ermessen anheim gestellt, und zwar sowohl dann, wenn er juristisch geschult ist als auch dann, wenn ein Laie amtet. In beiden Fällen kann der zeitliche Plan aufgehen, oder aber es sind zufolge zu enger Terminierung Verzögerungen in Kauf zu nehmen. Letzteres führt zu Inkonvenienzen sowohl für die Beteiligten als auch für die Gerichtsmitglieder; ob es dazu kommen wird, hängt insbesondere auch vom Verhalten der Parteivertreter ab. Jedenfalls ist es nicht Sache des Obergerichts, den für den Verhandlungstag vorgesehenen Zeitplan des Bezirksgerichts zu überprüfen.

4. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass keine Gründe bestehen, für das betreffende Bezirksgericht ein Ersatzgericht zu bestellen: Es fehlt an der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen, welche es erforderlich machen würde, die verfassungsmässigen (Laien-)Richter, unterstützt durch einen juristisch ausgebildeten Gerichtsschreiber, durch ein örtlich unzuständiges Gericht zu ersetzen.

Obergericht, 14. Mai 2007, ZPR.2007.3

Das Bundesgericht trat am 15. November 2007 auf die zivilrechtliche Beschwerde nicht ein und wies die Verfassungsbeschwerde, soweit es darauf eintrat, ab (5A_369/2007).

Entschädigung eines bei einer Rechtsschutzversicherung 23. angestellten Anwalts (§ 75 ZPO; §§ 1 ff. AnwT)

- Lässt sich eine Partei in einem Prozess anwaltlich vertreten. richtet sich die Entschädigung nach der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen¹⁵³. Zu prüfen ist, ob dies auch Geltung hat, wenn eine Partei durch einen bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Rechtsanwalt vertreten wird.
- Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es nicht 2. willkürlich, einer Partei, welche durch einen bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Rechtsanwalt vertreten wird, nicht die übliche Parteientschädigung, sondern lediglich eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen¹⁵⁴. Das Bundesgericht erwog, die unterschiedlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die ie nachdem bestehen, ob die Partei durch einen freiberuflich tätigen oder einen bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Rechtsanwalt vertreten wird, rechtfertigten eine Ungleichbehandlung bei der Bemessung der Entschädigung. Der grundlegende Unterschied bestehe nicht in der Art der Tätigkeit und der Stellung des Vertreters im Prozess, sondern in der rechtlichen, organisatorischen und finanziellen Grundlage, auf welche sich die Tätigkeit abstütze. Das sei zur Hauptsache durch die unterschiedlichen Dienstleistungen bedingt, die von einem freiberuflich tätigen Rechtsanwalt einerseits und einer Rechtsschutzversicherung andererseits primär erbracht würden. Während im einen Fall die berufsmässige Parteivertretung vor Gericht im Vordergrund stehe, gehe es im anderen Fall in erster Linie um das Anbieten und Gewähren von Versicherungsschutz, wie es bei allen Arten des Versicherungsgeschäfts üblich sei. Damit seien auch die unterschiedlichen rechtlichen

¹⁵³ RB 176.3 ¹⁵⁴ BGE 120 Ia 169

Regelungen und die damit verbundenen Einschränkungen der Berufstätigkeit verbunden (Unabhängigkeit, Reklameverbot, Schweigepflicht). Dass der Rechtsschutzversicherungs-Anwalt zwar wie ein freiberuflich tätiger Advokat an diese Standespflichten gebunden und auch in der Lage sei, sie einzuhalten, ändere nichts daran, dass er in die betriebliche Organisation der Versicherungsunternehmung eingebunden sei, die selbst solchen Standespflichten nicht unterworfen sei. Er profitiere zum Beispiel mittelbar von den Möglichkeiten der Versicherung, uneingeschränkt für die angebotenen Dienstleistungen zu werben. Zudem sei davon auszugehen, dass er die Infrastruktur der Versicherungsgesellschaft benutzen könne und für seine Arbeit angemessen entschädigt werde. Die Gesellschaft ihrerseits erhalte für ihre Leistungen die Prämien der Versicherungsnehmer, aus denen sie auch ihre Betriebskosten finanziere. Auf solche Verhältnisse sei die kantonale Tarifordnung indessen nicht zugeschnitten. Dieser liege vielmehr der Fall der freiberuflichen Advokaten zugrunde. Für diese stelle das vom Gericht festgesetzte Honorar im Allgemeinen die einzige Entschädigung für die Tätigkeit als Prozessvertreter dar. Berücksichtigt werde damit neben den regelmässig höheren Infrastrukturkosten auch der Umstand, dass die freiberuflichen Anwälte in der Regel Mandate von unterschiedlicher finanzieller Bedeutung ausführten. Es sei deshalb sachlich vertretbar und nicht willkürlich, bei der Bemessung der Parteientschädigung generell dem Umstand Rechnung zu tragen, ob die Parteivertreter bei einer Rechtsschutzversicherung angestellt oder freiberuflich tätig seien, und zwar auch in dem Sinn, dass bei freiberuflichen Anwälten die kantonale Tarifordnung angewendet, bei Angestellten das Honorar dagegen ohne Bindung an den Tarif von Fall zu Fall festgesetzt werde¹⁵⁵.

¹⁵⁵ BGE 120 Ia 170 f.

- Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist zu folgen, zumal auch das Obergericht darauf hinwies, bei der Bemessung der Höhe einer Parteientschädigung werde dem Umstand Rechnung getragen, dass ein beigezogener Anwalt im Anstellungsverhältnis tätig sei¹⁵⁶. Daran ändert nichts, dass es dabei um Rechtsanwälte ging, die im Namen des Treuhandunternehmens, für welches sie tätig waren, vor Gericht auftreten wollten. Die Rekurrentin legt nicht dar, aus welchen Gründen von dieser Rechtsprechung abzuweichen wäre. Allein die Argumentation, es wäre ein falsches Signal, wenn eine Arbeitnehmerin, welche in einem arbeitsrechtlichen Prozess obsiege, auch noch die Kosten ihres eigenen Anwalts zu tragen hätte, genügt nicht. Die Ausführungen, wonach die Zufälligkeit, dass die Rekurrentin rechtsschutzversichert sei, keine Ausnahme begründe, welche ein Abweichen von der gesetzlichen Parteikostenverteilung rechtfertige, haben nichts mit der Frage zu tun, wie die Parteientschädigung zu bemessen ist. Damit wird einzig darauf hingewiesen, dass die Vertretung durch einen Anwalt einer Rechtsschutzversicherung keinen Grund bildet, die Kosten nicht gemäss § 75 ZPO zu verlegen¹⁵⁷. Dies hat zur Folge, dass unbestrittenermassen auch die von einem Anwalt einer Rechtsschutzversicherung vertretene Partei in der Regel Anspruch auf eine Entschädigung entsprechend dem Verfahrensausgang hat.
- 3. Entschädigungspflichtig ist indessen stets bloss der objektiv notwendige, nicht aber der tatsächlich angefallene Aufwand. Zu den Kosten und Umtrieben gehören beispielsweise die Kosten des Sühneverfahrens, Zeitaufwand und Reisespesen einer Partei wegen Teilnahme an Gerichtsverhandlungen, Instruktionen eines Vertreters, Auslagen für die Beschaffung von Beweismaterial sowie für die Kosten einer

¹⁵⁶ RBOG 1992 S. 18 f.; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 75 N 37b

¹⁵⁷ BCE 117 Is 295 ff

Vertretung, wenn und soweit nicht der Anwaltstarif massgebend ist¹⁵⁸. Eine obsiegende Partei hat in den Ausnahmefällen von § 34 Abs. 2 ZPO denn auch Anspruch auf eine Parteientschädigung, wenn sie sich durch eine andere Person berufsmässig vertreten lässt, wobei diese Entschädigung aufgrund des konkreten und für die Bemühungen notwendigen Zeitaufwands zu erfolgen hat und in der Regel ein Stundensatz von Fr. 60.00 angemessen ist¹⁵⁹. Für den hier strittigen Fall ist ein Zeitaufwand von fünf Stunden ausreichend, zumal eine Vertretung am Vermittlungsvorstand nicht notwendig war. Unter Berücksichtigung der notwendigen Barauslagen ist die Umtriebsentschädigung hier auf gesamthaft Fr. 400.00 festzusetzen. Grundsätzlich wird bei Rechtsanwälten bei entsprechender Steuerpflicht die Mehrwertsteuer zur Gebühr und zu den Barauslagen hinzugerechnet¹⁶⁰. Nachdem die Rekurrentin nicht ausführt, dass eine Mehrwertsteuerpflicht besteht, und sich der Rekurseingabe auch keine Mehrwertsteuernummer entnehmen lässt, ist die Mehrwertsteuer aber nicht zusätzlich zu berücksichtigen.

Obergericht, 26. Januar 2007, ZR.2006.125

- 24. Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei vorsorglichen Massnahmen, wenn einer Partei Frist zur Klage angesetzt wird (§ 75, §§ 161 ff. ZPO)
- 1. Strittig ist die Kostenverteilung im Massnahmeverfahren. Die Rekurrenten verlangen, sie sei analog derjenigen im Verfahren betref-

¹⁶⁰ Merz, § 75 ZPO N 36

142

¹⁵⁸ Merz, § 75 ZPO N 25a

Entscheid des Obergerichts vom 13. Dezember 2001, ZBR.2001.6, S. 15 ff.

fend Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts einstweilen dem Gesuchsteller zu überbinden. Obsiege dieser im Hauptprozess, könne der Richter auch die Kosten des ersten Verfahrens anders verlegen. Unterliege der Gesuchsteller oder verzichte er auf Erhebung einer Klage, erweise sich seine Kostenbelastung als definitiv gerechtfertigt. Die Rekursgegnerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, zur Kostenverlegung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen gebe es keine allgemein gültige Regel. Je nach konkreter Konstellation sei die Belassung bei der Hauptsache oder die Kostenverlegung im Massnahmeentscheid sachgerecht.

- 2. a) Die ZPO enthält keine besondere Bestimmung über die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im summarischen Verfahren¹⁶¹, weshalb § 75 ZPO auch für das summarische Verfahren gilt. Diese Bestimmung schliesst nicht aus, in Einzelfällen, z.B. bei vorsorglichen Verfügungen, die Kosten des Summarverfahrens bei der Hauptsache zu belassen¹⁶². Gemäss der Praxis des Obergerichts sind bei Verfügungen betreffend vorläufige Eintragung eines Grundpfandrechts die Kosten des Verfahrens einstweilen, d.h. unter Vorbehalt der definitiven Regelung im ordentlichen Prozess, dem Gesuchsteller aufzuerlegen, und es ist ihm auch dann keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen, wenn sich der Gesuchsgegner dem Begehren widersetzte. Vielmehr wird die definitive Regelung über die Tragung der Kosten und über die Ausrichtung einer Parteientschädigung erst getroffen, wenn feststeht, dass der Eintrag zu Recht erfolgt ist¹⁶³.
- b) Diese Praxis ist grundsätzlich auf all diejenigen Verfahren auszudehnen, in welchen vorsorglich die gleichen Sach- und Rechtsfragen entschieden werden wie im nachfolgenden oder bereits

¹⁶¹ Anders z.B. ZPO SG (§ 270) und ZPO ZH (§ 67 Abs. 4)

¹⁶² Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 75 N 2

¹⁶³ RBOG 1998 Nr. 27

hängigen Hauptprozess. Es besteht diesbezüglich kein Grund, zwischen vorläufigen Eintragungen eines Grundpfandrechts (sei es ein Gemeinschaftspfandrecht der Stockwerkeigentümer oder ein Bauhandwerkerpfandrecht) und einem gestützt auf eine summarische Hauptsachenprognose verfügten Verbot, persönlichkeitsverletzende Äusserungen weiter zu verbreiten, zu unterscheiden. Insbesondere ist auch im zweiten Fall grundsätzlich sichergestellt, dass die vorsorgliche Massnahme im Hauptprozess überprüft wird, weil vorsorgliche Massnahmen, die vor der Rechtshängigkeit einer Klage angeordnet werden, gemäss Art. 28e Abs. 2 ZGB dahinfallen, wenn der Gesuchsteller nicht rechtzeitig Klage erhebt. Es soll diejenige Partei die gesamten Kosten tragen, welche unterliegt, nachdem die Möglichkeit bestand, den Prozessstoff umfassend darzulegen und das Gericht diesen vollumfänglich prüfen konnte. Falls jedoch im Zeitpunkt des Massnahmeentscheids ungewiss ist, ob überhaupt ein Hauptverfahren eingeleitet wird, muss die Möglichkeit bestehen, die Kosten unabhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens zu verlegen. Die Verlegung der Kosten hat in diesem Fall vorbehältlich des Ausgangs eines zukünftigen Hauptprozesses zu erfolgen, was zur Klarstellung auch im Dispositiv zu erwähnen ist.

c) Diese Lösung widerspricht weder dem bisherigen Bundesverfassungsrecht¹⁶⁴ noch der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung. Gemäss Art. 102 Abs. 3 des Entwurfs des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung¹⁶⁵, welcher zumindest im Ständerat unumstritten war¹⁶⁶, kann über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen zusammen mit der Hauptsache entschieden werden.

¹⁶⁴ BGE vom 22. Januar 2007, 5P.496/2006, Erw. 4.2

¹⁶⁵ BBl 2006 S. 7435

¹⁶⁶ Amtl. Bull. SR 2007 S. 512

Die Bestimmung lässt somit ausdrücklich offen, ob die Kosten separat zu verteilen oder zur Hauptsache zu schlagen sind¹⁶⁷.

Obergericht, 26. November 2007, ZR.2007.94

25. Behandlung von übersetzten Wohnkosten bei Begehren um unentgeltliche Prozessführung (§§ 80 ff. ZPO)

Das Betreibungsamt setzte die Wohnkosten in seiner vor rund einem Jahr vorgenommenen Berechnung des Existenzminimums auf Fr. 1'550.00 fest. Die Vorinstanz übernahm diese Wohnkosten mit der Begründung der relativ guten Einkommenssituation des Rekurrenten. Eine solche Begründung mag bei der Bemessung der Unterhaltsverpflichtung unter gewissen Umständen in Anbetracht der Verhältnisse der übrigen Familienangehörigen vertretbar erscheinen, nicht aber bei der Prüfung der Bedürftigkeit im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung. Hier geht es nicht um das Verhältnis zwischen Privaten, sondern zwischen dem Gesuchsteller und dem Staat. Würde anders entschieden, könnten Personen, die in einer überdurchschnittlich guten und entsprechend teuren Wohnsituation leben, eher einen Anspruch auf die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung geltend machen. Das würde den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen. Abgesehen davon gilt auch bei der Lohnpfändung als Grundsatz, dass der Schuldner seine Wohnkosten so tief als möglich zu halten hat. Benützt er zu seiner grösseren Bequemlichkeit eine teure Wohnung, kann der zu berücksichtigende Mietzins nach Ablauf des nächsten Kündigungstermins auf ein Normalmass herabgesetzt wer-

¹⁶⁷ BBl 2006 S. 7296

den¹⁶⁸. Mithin sind aktuelle übersetzte Wohnkosten bis zu dem Zeitpunkt zu berücksichtigen, bis zu welchem der Schuldner die Situation durch Kündigung oder durch Verkauf oder Vermietung der Wohnung ändern kann. Die Praxis geht dabei von einer rund halbjährigen Frist aus¹⁶⁹.

Eine Belehnung der ehelichen Liegenschaft erscheint nicht als realistisch.

Der Rekurrent lebt bereits seit der Trennung in der ehelichen Liegenschaft und beansprucht dabei deutlich über dem üblichen Betrag von Fr. 800.00 bis Fr. 1'000.00 für einen Einpersonen-Haushalt liegende Wohnkosten. Allerdings akzeptierten sowohl der Eheschutzrichter als auch das Betreibungsamt diese an sich übersetzten Wohnkosten. Zudem dürfte es nicht einfach sein, die eheliche Liegenschaft innert einer Frist von sechs Monaten zu einem angemessenen Preis zu verkaufen. Eine Vermietung der Liegenschaft während des Scheidungsverfahrens dürfte - gerade im Hinblick auf einen möglichen Verkauf - ebenfalls mit Schwierigkeiten verbunden sein. Es rechtfertigt sich daher ausnahmsweise, dem Rekurrenten eine Übergangsfrist bis Ende März 2008 einzuräumen, um seine Wohnkosten den üblichen Verhältnissen anzupassen. Ab April 2008 sind ihm lediglich noch Wohnkosten von Fr. 1'000.00 zuzugestehen. Das gilt auch für allenfalls im Eheschutz- oder Massnahmeverfahren festzusetzende Unterhaltsbeiträge.

Obergericht, 30. April 2007, ZR.2007.29

¹⁶⁹ BGE 116 III 21 f.

Vonder Mühll, Basler Kommentar, Art. 93 SchKG N 26

26. Folgen einer erst im Berufungsverfahren festgestellten Nichtigkeit der Weisung (§ 125 ZPO)

- 1. Im Berufungsverfahren wurde festgestellt, dass sowohl die Klage- als auch die Widerklageweisung verspätet eingereicht worden waren. Das Obergerichtspräsidium empfahl den Parteien daraufhin, eine gegenseitige Zustimmungserklärung im Sinn von § 70 Abs. 2 Satz 2 ZPO abzugeben; auf diese Weise könne der Prozess fortgeführt werden. Der Berufungskläger war zu einer solchen Erklärung nicht bereit.
- Der Friedensrichter versah die Weisungen mit dem auf das ordentliche Verfahren zugeschnittenen Hinweis, diese seien bei Vermeidung der Nichtigkeit innert 30 Tagen, vom Vermittlungsvorstand an gerechnet, dem zuständigen Gerichtspräsidium einzureichen. Nachdem es sich bei der zu beurteilenden Streitsache um eine solche aus Arbeitsvertrag handelt und der Streitwert unter Fr. 30'000.00 liegt, findet gemäss Art. 343 Abs. 1 OR freilich das beschleunigte Verfahren nach §§ 150 f. ZPO Anwendung; nach Massgabe von § 151 Ziff. 2 ZPO hätte die Frist zur Einreichung der Weisungen daher nur 15 Tage betragen. Dagegen wurden die Weisungen der unzutreffenden Belehrung des Friedensrichters gemäss erst nach 29 Tagen eingereicht, was in sinngemässer Anwendung von § 125 ZPO ihre Nichtigkeit zur Folge hat. Daran vermag die falsche Belehrung des Friedensrichters nichts zu ändern: In analoger Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung¹⁷⁰ können sich hier die Parteien nicht auf den Vertrauensschutz und damit verbunden auf eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung berufen. Ausschlaggebend ist, dass die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung bei gebührender Aufmerksamkeit ohne weiteres

147

 $^{^{170}\,}$ Vgl. etwa BGE 117 Ia 422

hätte erkannt werden können, wozu nicht einmal die Konsultation des Gesetzes nötig gewesen wäre, findet sich doch auf der Rückseite der Weisung ein Auszug aus der ZPO, in welchem auch § 151 ZPO zitiert und in Fettdruck hervorgehoben ist, dass im beschleunigten Verfahren sämtliche Fristen dieses Gesetzes auf die Hälfte herabgesetzt sind. Ausserdem muss jedem praktizierenden Anwalt bekannt sein, dass arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.00 von Bundesrechts wegen in einem raschen Verfahren abzuhandeln sind, weshalb eine Prüfung der vor diesem Hintergrund auffallend langen Frist von 30 Tagen umso angezeigter gewesen wäre. Dass sich in der Weisung kein Hinweis auf das Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit findet, hat auf die Beurteilung keinen Einfluss, darf doch erwartet werden, dass sich die Parteien des Streitgegenstands selber ausreichend bewusst sind. Dies war denn bezüglich beider Rechtsvertreter nachweislich der Fall: Derjenige des Berufungsbeklagten wies in der Klageschrift ausdrücklich auf das zur Anwendung gelangende beschleunigte Verfahren hin, welchen Hinweis der Rechtsvertreter in der Klageantwort ausdrücklich als richtig bestätigte. Vor diesem Hintergrund gibt es keine Berufung auf den Vertrauensschutz; die Weisungen sind als nichtig, somit absolut unwirksam zu qualifizieren, und es ist dem Grundsatz nach noch ein korrektes Vermittlungsverfahren durchzuführen¹⁷¹.

b) Indessen wurde die Nichtigkeit der Weisungen erst im zweitinstanzlichen Verfahren (von Amtes wegen) festgestellt. Gemäss der Rechtsprechung des Obergerichts zur unzulässigen Vertretung im Vermittlungsverfahren, die auf das hier zu beurteilende Problem zufolge der vom Gesetz vorgesehenen selben Rechtsfolge analog angewendet werden kann, wird in dieser Konstellation trotz des Fehlens einer Prozessvoraussetzung kein Prozessurteil (Nichteintreten) gefällt,

¹⁷¹ RBOG 1992 Nr. 30

sondern es wird mit Hinweis auf prozessökonomische Überlegungen - zu denken ist etwa an die Verfahrensdauer und die den Parteien entstehenden nutzlosen Anwaltskosten - und entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben so verfahren, dass das Berufungsverfahren zugunsten der nachträglichen Durchführung eines korrekten Vermittlungsvorstands sistiert wird. Dies ist weder überspitzt formalistisch noch - wenn die Nichtigkeit des Vermittlungsverfahrens von einer Partei und erst im Berufungsverfahren geltend gemacht wird - rechtsmissbräuchlich, und zwar selbst dann nicht, wenn absehbar ist, dass der Vermittlungsvorstand erfolglos sein wird: Ein gültiges Vermittlungsverfahren und eine gültige Weisung stellen eine Prozessvoraussetzung dar. Fehlt sie, ist der Vermittlungsvorstand zu wiederholen, ohne dass die bisherigen Verfahrensschritte dabei nichtig werden 172. Diese Praxis wurde vom Obergericht in einem neueren Urteil namentlich mit Hinweis auf das im konkreten Fall durch die Partei, die sich auf die Nichtigkeit des Vermittlungsverfahrens berief, nicht behauptete Rechtsschutzinteresse in Frage gestellt. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass es an einem solchen im konkreten Fall ohnehin fehle, zumal eine Einigung der Parteien (der Hauptzweck des Sühneverfahrens) im konkret zu beurteilenden Fall ausgeschlossen sei¹⁷³.

c) Ungeachtet dieses Einzelfallentscheids wird an der Rechtsprechung festgehalten, dass das Berufungsverfahren bei nichtigem Vermittlungsverfahren zu sistieren und die Sühneverhandlung nachträglich noch durchzuführen ist. Dabei handelt es sich um einen Grundsatz, der je nach Lage der Dinge in reiner oder aber in abgewandelter Form zur Anwendung gelangt. Bei der Beurteilung der dem konkreten Fall angemessenen Rechtsfolge sind neben dem öffentlichen Interesse an einem mängelfreien Zivilprozess und dabei insbesondere

¹⁷² Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 34 N 15b Abschnitt 1

¹⁷³ Merz, § 34 ZPO N 15b Abschnitt 2

vor dem Hintergrund, dass § 125 ZPO eine verspätet eingereichte Weisung für nichtig erklärt, auch die wohlverstandenen Interessen der Parteien zu berücksichtigen. Ins Gewicht fallen mag diesbezüglich etwa das Interesse an einem zügigen Fortgang des Prozesses, zumal wenn dieser wie hier den Regeln über das beschleunigte Verfahren unterliegt. Nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden soll aber auch ein allenfalls fehlendes Rechtsschutzinteresse, da bei beidseitigem Desinteresse an einer nachträglichen Abhaltung eines Vermittlungsvorstands eine Einigung wenig wahrscheinlich erscheint; würde in dieser Situation das Berufungsverfahren zur Durchführung einer Sühneverhandlung ausnahmslos sistiert, könnte dies auf einen sinnlosen prozessualen Leerlauf hinauslaufen, der letzten Endes - etwa mit Blick auf die Verständlichkeit des Rechts und der Rechtsprechung oder die Kosten - auch nicht mehr im öffentlichen Interesse liegen kann. Gleichwohl ist ein (beidseitig) fehlendes Rechtsschutzinteresse nur mit Zurückhaltung anzunehmen, und es ist insbesondere in Fällen, in denen die Parteien ohne Angabe nachvollziehbarer Gründe auf einen Vermittlungsvorstand verzichten wollen, an der nachträglichen Durchführung des Vermittlungsverfahrens festzuhalten, denn im Jahr 2005 wurde im Kanton Thurgau durch die Vermittlung der Friedensrichter in immerhin rund 30% der Streitfälle eine Einigung erzielt¹⁷⁴. Hier indessen sind letztlich keine Anhaltspunkte gegeben, ein Vermittlungsverfahren führe noch zu einem fruchtbaren Ergebnis: Für den Berufungsbeklagten gibt es schon deshalb keinen Grund, im jetzigen Zeitpunkt noch ernsthaft über einen Vergleich zu diskutieren, da seine Klage erstinstanzlich bereits praktisch vollumfänglich geschützt wurde. Für den Berufungskläger dagegen liegen die Dinge etwas anders, erklärte er doch vor der Berufungsverhandlung, er gebe aus verschiedenen Gründen keine Einwilligung zur Wiederherstellung der verpassten Fristen. Der Grund dafür liegt offensichtlich darin, dass der Berufungskläger

¹⁷⁴ RBOG 2005 S. 10

davon ausging, bei fehlender Zustimmung werde das gesamte Verfahren für nichtig erklärt, womit der Berufungsbeklagte zufolge der mittlerweile fehlenden internationalen Zuständigkeit der Schweiz gezwungen worden wäre, seine neue Klage in Österreich zu erheben, was seine Rechtsverfolgung aufgrund der notwendigen Mandatierung eines österreichischen Rechtsvertreters fraglos erschwert hätte. Insofern würde der Berufungskläger, zumal er in seinem jetzigen Wohnsitzstaat ins Recht gefasst werden müsste, durchaus einen prozessualen Vorteil erlangen. Nachdem den Parteien an der Berufungsverhandlung die Praxis des Obergerichts dargelegt wurde, äusserte sich der Berufungskläger vorbehaltlos zur Sache und gab insofern zu verstehen, er verzichte ebenfalls auf prozessuale Weiterungen; daran ist er nach Treu und Glauben gebunden. Diese nunmehrige Haltung des Berufungsklägers erscheint durchaus nachvollziehbar, da auch ihm klar sein muss, dass der Berufungsbeklagte angesichts des eindeutigen erstinstanzlichen Prozessausgangs keine ernstgemeinten Vergleichsgespräche führen wird. So gesehen ist nicht zu erkennen, worin - abgesehen vom Interesse an der richtigen Anwendung der ZPO - der Nutzen eines nachträglichen Vermittlungsvorstands noch liegen könnte. In Würdigung der auf dem Spiel stehenden Interessen ist hier denjenigen der Parteien an einem zügigen Fortgang des Verfahrens und am Verzicht auf (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) nutzlose Weiterungen das grössere Gewicht beizumessen, so dass von einer Sistierung des Berufungsverfahrens und von einer nachträglichen Sühneverhandlung abzusehen ist.

Obergericht, 23. Januar 2007, ZBR.2006.71

27. Bedeutung und Anfechtbarkeit eines Wohnungsabnahmeprotokolls (§§ 171, 235 ZPO)

- 1. Die Rekurrentin hatte vom Rekursgegner von Juni 1997 bis Januar 2007 ein Einfamilienhaus gemietet. Am 1. Februar 2007 nahm ein Vertreter der Gemeindeverwaltung in Anwesenheit der Rekurrentin und des Rekursgegners sowie eines Vertreters des Mieterverbands das Einfamilienhaus ab. Die Rekurrentin focht das amtliche Wohnungsabnahmeprotokoll beim Gerichtspräsidium an und beantragte, es sei festzustellen, dass das Protokoll inhaltlich nicht der tatsächlichen Sachlage entspreche und unter Verletzung des rechtlichen Gehörs oder willkürlich erstellt worden sei. Dementsprechend sei dem Protokoll die Wirkung eines amtlichen Wohnungsabnahmeprotokolls abzusprechen, und es sei nichtig zu erklären oder aufzuheben, womit die erhöhte Beweiskraft entfalle. Das Vizegerichtspräsidium trat auf die Begehren der Rekurrentin nicht ein.
- 2. Diesen Entscheid focht die Rekurrentin beim Obergericht an und beantragte, in Aufhebung der angefochtenen Verfügung sei dem Wohnungsabnahmeprotokoll die Wirkung eines amtlichen Protokolls abzusprechen, oder es sei nichtig zu erklären oder aufzuheben, damit die erhöhte Beweiskraft entfalle.
- 3. a) Gemäss § 170 ZPO nimmt der Bezirksgerichtspräsident vor Eintritt der Rechtshängigkeit eines Prozesses Beweise im summarischen Verfahren ab, soweit ein Anspruch auf rasche Feststellung des Tatbestands besteht, oder wenn glaubhaft gemacht wird, die Beweiserhebung sei später wesentlich erschwert oder unmöglich, oder wenn die Beteiligten übereinstimmend ein wesentliches Interesse glaubhaft machen. Laut § 171 ZPO erfolgt die Abnahme von Miet- und Pachtobjekten durch die Politische Gemeinde. Die amtliche Abnahme, die

im amtlichen Abnahmeprotokoll ihren Niederschlag findet, dient der Beweissicherung¹⁷⁵.

Gemäss § 235 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren der Rekurs gegen Erledigungsverfügungen zulässig. Verfügungen betreffend Beweissicherung sind hingegen laut § 235 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO nicht anfechtbar. Allerdings hat der Gesuchsteller - und allenfalls laut § 236 ZPO auch ein vom gerichtlichen Entscheid betroffener Dritter - die Möglichkeit, Rekurs einzureichen, wenn der Gerichtspräsident die Anordnung der Beweissicherung verweigert¹⁷⁶. Kein Rechtsmittel besteht hingegen, wenn der Gerichtspräsident es ablehnt, Präzisierungen zu veranlassen, z.B. eine Oberexpertise einzuholen, oder wenn er dem Begehren um Beweismassnahmen nicht vollumfänglich und in allen Einzelheiten stattgibt. Hingegen kann auch ein Entscheid, mit dem eine Beweissicherung zugelassen wurde, mit Rekurs angefochten werden, wenn geltend gemacht wird, die Vorinstanz sei willkürlich vorgegangen. Der Grund hiefür liegt darin, dass in gewissen Fällen die fehlende Möglichkeit, sich gegen die Einsetzung eines Experten oder gegen die Einholung einer Expertise¹⁷⁷ oder gegen die Zulassung von Ergänzungsfragen zu verwahren, einer eigentlichen Rechtsverweigerung gleichkäme. Dies trifft zu, wenn dem angeordneten Beweissicherungsverfahren massive Mängel anhaften, oder wenn mit den verfügten Massnahmen das angestrebte Ziel - die Beweissicherung - überhaupt nicht erreicht werden kann, oder wenn Ergänzungsfragen - obwohl sie notwendig erscheinen - grundlos und damit willkürlich nicht zugelassen werden. Unter solchen Umständen muss die betroffene Partei schon deshalb die Möglichkeit haben, Rekurs zu führen, weil

¹⁷⁵ Vgl. RBOG 1993 S. 18 lit. k; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 171 N 1

¹⁷⁶ RBOG 1990 Nr. 34, 1975 Nr. 21, 1942 Nr. 14

¹⁷⁷ Vgl. RBOG 1971 Nr. 19

eine eigentliche formelle Rechtsverweigerung auch mit Aufsichtsbeschwerde nach § 242 ZPO gerügt werden könnte¹⁷⁸.

- c) Zutreffend hielt die Vorinstanz fest, bei der Sicherstellung gefährdeter Beweise gehe es primär um die Rechte des Gesuchstellers. Dieser kann sich grundsätzlich nur gegen die Verweigerung oder den verfügten Umfang der Beweisabnahme zur Wehr setzen. Auch der Gesuchsgegner kann sich nur gegen elementare Verletzungen seiner Rechte wehren, insbesondere gegen die grundlose und damit willkürliche Nichtzulassung von Ergänzungsfragen. Das Beweisergebnis selbst kann hingegen nicht angefochten und damit auch nicht zum Gegenstand eines Rekursverfahrens gemacht werden. Weder kann das Beweismittel die Expertise oder hier die amtliche Abnahme ungeschehen gemacht, als nichtig erklärt oder aufgehoben werden noch findet im Beweissicherungsverfahren eine vorweggenommene Beweiswürdigung statt.
- d) Die Abnahme eines Mietobjekts gemäss § 171 ZPO läuft in der Praxis durch die von der Gemeinde mit dieser Aufgabe betraute Stelle informell ab. Entscheidend ist, dass Mieter und Vermieter eingeladen werden und teilnehmen können¹⁷⁹ und eine neutrale Stelle mit einer gewissen Erfahrung in diesem Bereich den Zustand des Objekts festhält. Allerdings findet kein förmliches gerichtliches Verfahren wie im üblichen Fall der Beweissicherung gemäss § 170 ZPO statt. Zudem erfolgt die Abnahme von Miet- oder Pachtobjekten regelmässig auf Wunsch des Vermieters oder Mieters, ohne dass im Gegensatz zur ordentlichen Beweissicherung die Voraussetzungen von § 170 ZPO geprüft würden. Das ist gerechtfertigt und prozessökonomisch, weil die Abnahme eines Mietobjekts in der Tat nur nach

¹⁷⁹ Vgl. RBOG 1993 S. 18 lit. k

¹⁷⁸ RBOG 1994 Nr. 29; Merz, § 235 ZPO N 6a und b

Beendigung des Mietverhältnisses und vor dem Einzug des neuen Mieters Sinn macht. Ein entsprechendes Begehren erfüllt daher die Voraussetzungen von § 170 ZPO regelmässig. Seit der Streichung der gesetzlichen Vermutung, der Mieter habe die Sache in gutem Zustand übernommen¹⁸⁰, ist allerdings in der Regel nicht mehr der Mieter, sondern der Vermieter an einem Protokoll interessiert¹⁸¹.

e) aa) An sich focht die Rekurrentin keine Erledigungsverfügung im Sinn von § 235 Abs. 1 ZPO an, weil es keine solche gibt. Das kann ihr aber insofern nicht vorgeworfen werden, als bei der Abnahme eines Mietobjekts lediglich die Parteien zur Abnahme eingeladen werden und ihnen das Abnahmeprotokoll in der Folge zugestellt wird.

bb) Die Rekurrentin hielt ausdrücklich fest, es sei nicht ihre Absicht, inhaltliche Änderungen am Wohnungsabnahmeprotokoll vorzunehmen. Sie wolle mit der Darlegung verschiedener falscher Punkte lediglich illustrieren, dass die Gemeinde das Beweisverfahren willkürlich durchgeführt habe, weshalb das Protokoll aufzuheben sei. Im Abnahmeprotokoll sei der Zustand des Hauses unabhängig davon, wem auch immer er zuzurechnen sei, dergestalt beschrieben, dass ein komplett falsches Bild entstehe. Alsdann führte die Rekurrentin neun einzelne Punkte auf (z.B.: Flecken auf den Böden nicht definiert, Begriff "verschmutzt" unbehelflich, "Verschmutzung" zu wenig differenziert).

Mithin bemängelte die Rekurrentin die Abnahme und kritisierte die mit der Durchführung der Abnahme betraute Person in verschiedenen Punkten mit dem Ziel, das Abnahmeprotokoll für

¹⁸⁰ Vgl. Art. 271 Abs. 3 aOR

¹⁸¹ Vgl. Weber, Basler Kommentar, Art. 267 OR N 5; SVIT-Kommentar Mietrecht, 2.A., Art. 256a OR N 15

nichtig zu erklären oder aufzuheben. Damit solle die erhöhte Beweiskraft entfallen. Gerade dieses Vorgehen sprengt aber den Rahmen einer Beweissicherung, die aus Sicherungsgründen vor der Einleitung eines Prozesses erfolgt. Weder kann das Abnahmeprotokoll nichtig erklärt werden noch ist eine Beweiswürdigung - und die Rekursbegründung stellt nichts anderes als eine Beweiswürdigung dar - zulässig. Die Beweissicherung ist kein vorgezogenes Beweisverfahren. Die Rekurrentin wird ihre Einwände gegen die Abnahme und das Abnahmeprotokoll gegebenenfalls in einem allfälligen Schlichtungs- oder Gerichtsverfahren vorbringen können und müssen. Festzuhalten bleibt, dass die Rekurrentin gerade nicht rügt, es seien notwendige Ergänzungsfragen willkürlich nicht zugelassen worden.

cc) Abgesehen davon ist die Auffassung der Rekurrentin ohnehin nicht zutreffend, dem amtlichen Abnahmeprotokoll komme eine erhöhte Beweiskraft zu. Gemäss Art. 9 ZGB erbringen zwar öffentliche Register und öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Diese Bestimmung gilt aber nur für die Register und öffentlichen Urkunden des Bundeszivilrechts. Keine verstärkte Beweiskraft in diesem Sinn geniessen die öffentlichen Urkunden des kantonalen Rechts wie beispielsweise amtliche Befundaufnahmen, eidesstattliche Erklärungen oder Gerichtsprotokolle¹⁸². Eine andere gesetzliche Bestimmung, die dem amtlichen Abnahmeprotokoll eine erhöhte Beweiskraft zubilligen würde, existiert nicht. Im Übrigen betrifft die Beweisverstärkung ohnehin nur jenen Teil einer öffentlichen Urkunde, für den die Verurkundung bundesrechtlich vorausgesetzt wird¹⁸³. Von Bundesrechts wegen besteht indessen keine Verpflichtung für die Aufnahme eines Rückgabeprotokolls. Das Antritts-

Schmid, Basler Kommentar, Art. 9 ZGB N 4; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, Art. 8, 9 und 10 N 114

¹⁸³ Hausheer/Jaun, Art. 8, 9 und 10 ZGB N 107

protokoll ist im Mietrecht nicht einmal erwähnt¹⁸⁴. Der Richter hat somit in Anwendung von § 187 ZPO das amtliche Abnahmeprotokoll grundsätzlich nach freier Überzeugung zu würdigen. Es verhält sich mithin gleich wie bei einer Expertise.

Soweit die Rekurrentin gegen die erhöhte Beweiskraft des amtlichen Abnahmeprotokolls opponierte, kann daher auf ihr Begehren nicht eingetreten werden.

4. Die Vorinstanz trat somit zu Recht auf die Eingabe der Rekurrentin nicht ein. Demnach ist der Rekurs abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Obergericht, 25. Juni 2007, ZR.2007.53

28. Vorsorgliche Massnahmen und Hauptprozess; Zuständigkeit (§§ 172, 174, 176 ZPO)

1. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen verbot das Gerichtspräsidium dem Verleger einer Zeitschrift und einigen namentlich bezeichneten Journalisten, bestimmte Aussagen betreffend eine Bauunternehmung und deren Aktionäre weiterzuverbreiten. Der Verleger und die Journalisten erhoben gegen die Verfügung Rekurs; die Bauunternehmung und deren Aktionäre leiteten innert der vom Gerichtspräsidenten bezeichneten Frist das ordentliche Verfahren ein. Strittig ist, ob auf den Rekurs einzutreten ist.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 256a OR; SVIT-Kommentar Mietrecht, Art. 256a OR N 15

- Die Rekursgegner machen geltend, zwischenzeitlich sei 2. das ordentliche Verfahren eingeleitet worden. Gemäss ständiger Praxis des Kantons Zürich sowie anderer Kantone bestehe in diesem Fall kein Raum für pendente Rechtsmittelentscheide im summarischen Verfahren. Diese Regelung gelte auch im Kanton Thurgau, zumal vorsorgliche Massnahmen in hängigen Prozessen durch den Gerichtspräsidenten erlassen würden, während zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Bundesprivatrecht - so zum Beispiel UWG und ZGB - der Bezirksgerichtspräsident zuständig sei. Die Unterscheidung in der kantonalen Prozessordnung sei bewusst gewählt worden, gehe es bei vorsorglichen Massnahmen in hängigen Prozessen gemäss kantonaler Prozessordnung doch darum, wegen der in der Regel gebotenen Dringlichkeit vorsorglicher Massnahmen anstelle des jeweils in der Hauptsache zuständigen Gerichts dessen Vorsitzenden zuständig zu erklären, welcher nicht in allen Fällen mit dem Bezirksgerichtspräsidenten identisch sein müsse. Wie im Kanton Zürich sei auch im Kanton Thurgau eine unterschiedliche Regelung der Zuständigkeit nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses gegeben.
- b) Die Rekurrenten halten dem entgegen, bei einer allfälligen Überweisung der Streitsache an die Vorinstanz werde prozessualer Leerlauf betrieben. Das Gerichtspräsidium hätte über die Aufrechterhaltung der vorsorglichen Massnahmen einen Zwischenentscheid zu treffen, welcher wieder mit Rekurs beim Obergericht anfechtbar wäre. Sodann habe das Obergericht mit Bezug auf die Aktivlegitimation der Rekurrenten und die den Rekursgegnern zugesprochene Parteientschädigung ohnehin materiell zu entscheiden. Die Praxis des Kantons Zürich entspreche nicht derjenigen des Kantons Thurgau. Die vorsorglichen Massnahmen seien hier im Übrigen auf die bundeszivilrechtlichen Normen von Art. 28c ff. ZGB sowie Art. 14 UWG in Verbindung mit § 172 ZPO gestützt worden. Deshalb könne nicht auf die Praxis des Kantons Zürich betreffend vorsorglicher Massnahmen in

eingeleiteten Prozessen abgestellt werden, welche kantonales Recht betreffe.

Den Ausführungen der Rekurrenten ist zuzustimmen. Zufolge Abweisung des Ausstandsbegehrens der Rekurrenten gegen den Präsidenten des Bezirksgerichts hat dieser nunmehr den Vorsitz im eingeleiteten ordentlichen Prozess. Offensichtlich ist, dass er im hängig gemachten ordentlichen Prozess als vorsorgliche Massnahme im Sinn von § 176 ZPO eine identische Verfügung erlassen würde. Dieser Massnahmeentscheid wäre wieder mit Rekurs beim Obergericht anfechtbar¹⁸⁵. Daran vermag die Praxis des Kantons Zürich¹⁸⁶ nichts zu ändern. Im Übrigen berufen sich die Rekursgegner auf eine Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts im Sinn des ZGB sowie einen Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht im Sinn des UWG. Dabei wird im Lauterkeitsrecht mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen auf die sinngemässe Anwendbarkeit der Art. 28c - 28f ZGB verwiesen¹⁸⁷. Nach Art. 28c ZGB wird indessen nicht zwischen vorsorglichen Massnahmen vor einem Prozess und solchen während einem hängigen Prozess unterschieden. Gemäss kantonaler Prozessordnung liegt die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen im Bereich des Persönlichkeitsschutzes beim Bezirksgerichtspräsidenten¹⁸⁸. Gleiches gilt für das Lauterkeitsrecht, da nach § 174 ZPO der Bezirksgerichtspräsident in allen Fällen zuständig ist, in welchen das Bundesrecht den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorsieht. Schliesslich liegt die Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen in hängigen Prozessen beim Gerichtspräsidenten¹⁸⁹. In allen drei Fällen sind die vorsorglichen Massnahmen im summari-

٠

¹⁸⁵ § 235 ZPO; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordung, 2.A, § 176 N 8a

¹⁸⁶ Vgl. SJZ 76, 1980, S. 48

¹⁸⁷ Art. 14 UWG

¹⁸⁸ § 172 Ziff. 1 ZPO

¹⁸⁹ § 176 ZPO

schen Verfahren zu erlassen, und es steht jeweils der Rekurs an das Obergericht gegen einen solchen Entscheid offen¹⁹⁰. Die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind in allen hier möglichen Fällen identisch. Sie sind sowohl für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Lauterkeitsrecht als auch bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts im Bundesrecht geregelt, und zwar unabhängig von der Frage, ob ein Prozess bereits hängig ist oder nicht¹⁹¹. Nachdem hier der Bezirksgerichtspräsident mit dem Vorsitzenden des in der Hauptsache zuständigen Gerichts, mithin dem Gerichtspräsidenten, identisch ist, erweist sich die Anwendung der Praxis des Kantons Zürichs somit von vornherein als nicht sinnvoll. Daran ändert nichts, dass der Bezirksgerichtspräsident tatsächlich nicht in jedem Fall mit dem in der Hauptsache zuständigen Gerichtsvorsitzenden identisch ist¹⁹². Dementsprechend ist auf den Rekurs einzutreten.

Obergericht, 12. März 2007, ZR.2006.58

- 29. Kompetenzattraktion beim Scheidungsgericht zum Entscheid über eine im Scheidungsverfahren verlangte Schuldneranweisung (§§ 172 Ziff. 2a, 46 Abs. 2 ZPO)
- 1. Die Berufungsklägerin stellte vor Vorinstanz neben dem Antrag auf Zusprache nachehelichen Unterhalts das Begehren um Schuldneranweisung.

¹⁹⁰ Vgl. § 161 ZPO und § 235 ZPO

¹⁹¹ Art. 14 UWG; Art. 28c ZGB

¹⁹² Merz, § 176 ZPO N 5a

- 2. Die Vorinstanz brauchte sich mit dem von der Berufungsklägerin gestellten Antrag auf Anweisung an die Schuldner nicht auseinanderzusetzen, nachdem sie einen nachehelichen Unterhaltsanspruch der Berufungsklägerin verneinte. Allerdings wurde die Berufungsklägerin an der Hauptverhandlung darauf hingewiesen, dass für ein Gesuch um Anweisung der Schuldner der Summarrichter und nicht das Scheidungsgericht sachlich zuständig sei. Im Berufungsverfahren erneuerte die Berufungsklägerin ihr Gesuch und machte geltend, es wäre prozessualer Unsinn, in Fällen, in denen bereits im Scheidungsverfahren klar sei, dass die zum Unterhalt verpflichtete Partei ihrer Pflicht nicht nachkommen werde, eigens den Summarrichter beiziehen zu müssen.
- 3. Gemäss § 172 Ziff. 2a ZPO entscheidet der Bezirksgerichtspräsident im summarischen Verfahren über Gesuche um Anweisung an die Schuldner im Sinn von Art. 132 Abs. 1 ZGB. Nach dem Buchstaben des Gesetzes trifft die Auffassung der Vorinstanz demnach durchaus zu. Indessen fragt sich, ob es bei im Vorfeld der Ehescheidung bereits offensichtlich vernachlässigter Unterhaltspflicht sinnvoll ist, als Scheidungsgericht auf ein Gesuch um Anweisung an die Schuldner nicht einzutreten und die Partei an den Summarrichter zu verweisen. Mindestens wäre in dieser Konstellation der Gerichtspräsident gehalten, das im Scheidungsverfahren gestellte Gesuch entgegenzunehmen und alsdann im Summarverfahren zu entscheiden. Beide Entscheide, sowohl das Urteil im Scheidungsverfahren als auch die Verfügung im Summarium, könnten alsdann auch gleich in einem einzigen Dispositiv eröffnet werden. Sachgerechter erscheint es aber, über diesen Ansatz hinauszugehen und beim Scheidungsgericht eine Kompetenzattraktion zum Entscheid über eine verlangte Anweisung an die Schuldner anzunehmen. Da damit nur ausnahmsweise - nämlich deshalb, weil gleichzeitig mit der Scheidung über das Gesuch entschieden wird - eine Zuständigkeit des Scheidungsgerichts begründet wird, wird die grundsätzliche sachliche Zuständigkeit des Summarrichters nicht berührt. Eine Änderung der Schuldneranweisung hätte daher auch nicht mittels

einer Abänderungsklage beim Scheidungsgericht zu erfolgen, sondern es würde in diesem Fall ohne weiteres die ordentliche Zuständigkeit des Summarrichters gemäss ZPO greifen. Etwas anderes würde nur ausnahmsweise gelten, wenn nämlich wiederum die Voraussetzungen für eine Kompetenzattraktion gegeben wären, indem gleichzeitig auf Abänderung des Scheidungsurteils im Unterhaltspunkt geklagt würde.

Obergericht, 5. Juni 2007, ZBR.2006.85

30. Eheschutzverfahren: Unverbindlichkeit eines Vergleichs, der auf einem unangemessenen richterlichen Vorschlag beruht (§ 172 Ziff. 8 ZPO; Art. 23 ff. OR)

Die Rekursgegnerin hatte um Eheschutzmassnahmen ersucht. Im Anschluss an die Befragung unterbreitete die Vorinstanz den Parteien einen Vergleichsvorschlag. In diesem wurde unter anderem festgehalten, dass der Ehemann der Ehefrau ab 1. Januar 2007 bis und mit April 2007 monatlich Fr. 500.00 bezahle. Zu gegebener Zeit werde der Unterhaltsbeitrag ab Mai 2007 neu geregelt. Die Parteien ersuchten das Gerichtspräsidium, diese Vereinbarung zu genehmigen. Die Rekursgegnerin unterzeichnete den Vertrag sofort; der Rekurrent verlangte Bedenkzeit. Für den Fall, dass er die Vereinbarung nicht unterzeichne, verfasste die Rekursgegnerin ein Schreiben, in dem sie per sofort um die Verpflichtung des Ehemanns zur Entrichtung von Unterhaltsbeiträgen ersuchte. Am 15. Dezember 2006 widerrief die Rekursgegnerin ihre Zustimmung zur Trennungsvereinbarung. Das Schreiben brachte sie persönlich bei der Vorinstanz vorbei. Am Nachmittag des 15. Dezember 2006 händigte der Rekurrent dem Gerichtspräsidium die von ihm unterschriebene Trennungsvereinbarung aus. Die Vorinstanz teilte mit superprovisorischer Verfügung mit, nachdem die Ehefrau von der Vereinbarung zurückgetreten sei, bevor der Ehemann letztere unterzeichnet habe, sei die Vereinbarung nicht zustande gekommen. Der Rekursgegnerin werde ein monatlicher Unterhaltsbeitrag von Fr. 750.00 zugesprochen. Mit definitivem Entscheid verpflichtete die Vorinstanz den Ehemann zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen in Höhe von vorerst Fr. 970.00, dann von Fr. 1'300.00 und schliesslich von Fr. 1'960.00 pro Monat. Der Rekurrent wandte sich an das Obergericht: Die Rekursgegnerin sei an ihr schriftliches Einverständnis zum Vergleichsvorschlag gebunden.

Abgesehen von Massnahmen zu Gunsten unmündiger Kinder im Sinn von Art. 176 Abs. 3 ZGB - in diesem Bereich gilt die Offizialmaxime - wird der Eheschutzrichter nur auf Begehren eines der beiden Ehegatten und im Rahmen der Anträge tätig¹⁹³. Im Bereich des Unterhaltsbeitrags für die Ehefrau ist der Eheschutzrichter mithin an die Parteianträge gebunden¹⁹⁴; es gilt die Dispositions- und Verhandlungsmaxime¹⁹⁵. Eine Vereinbarung der Ehegatten im Rahmen eines Eheschutzverfahrens über frei verfügbare Ansprüche hat den Charakter eines gerichtlichen Vergleichs und führt in dieser Beziehung zum Abschluss des Verfahrens¹⁹⁶. Als gerichtlicher Vergleich gilt jeder Vergleich, der vor einer Amtsstelle, die Gerichtsbarkeit ausübt, im Hinblick auf den vom Kläger angehobenen Rechtsstreit abgeschlossen wurde¹⁹⁷. Er ist nicht nur ein Institut des Prozessrechts, sondern auch ein Vertrag des Privatrechts; ein einseitiges Zurückkommen auf diese Vereinbarung ist nur bei Willensmängeln gemäss Art. 23 ff. OR möglich¹⁹⁸. Wenn sich eine Partei nicht darauf berufen kann, sie habe sich bei Abschluss des Vertrags in einem wesentlichen Irrtum befunden,

¹⁹³ Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, Art. 180 ZGB N 17; Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 180 ZGB N 8, 12

¹⁹⁴ § 97 ZPO

¹⁹⁵ BGE 129 III 420, 128 III 414

¹⁹⁶ Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 16

¹⁹⁷ Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 254 N 12a

¹⁹⁸ RBOG 1988 Nr. 26, 1985 Nr. 8

muss sie sich bei ihrem Akzept behaften lassen; unwirksam erklärt werden kann die Vereinbarung lediglich noch aus objektiven Gründen d.h. bei Übervorteilung¹⁹⁹, Handlungsunfähigkeit²⁰⁰, Dissens²⁰¹ und Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit²⁰².

Im Gegensatz zum Rekurrenten unterzeichnete die Rekursgegnerin den Vorschlag, den ihr die Vorinstanz hinsichtlich der Nebenfolgen der Trennung während der nächsten Monate unterbreitet hatte, sofort. Mit ihrer Unterschrift war sie an ihr Einverständnis gebunden. Als Grund für ihren Widerruf gab sie anlässlich des Telefonats, an welchem sie der Vorinstanz am Morgen des 15. Dezember 2006 mündlich mitteilte, sie wolle die Unterschrift auf der Vereinbarung zurückziehen, einzig an, sie sei "total dure" gewesen. Sie wurde darüber in Kenntnis gesetzt, dass sie dies schriftlich bestätigen müsse. Dies tat die Rekursgegnerin gleichentags. Sie verlange einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.00. Sie werde beweisen, dass sie keine Schwarzarbeit leiste und krank geschrieben sei; ausserdem erwarte sie "eine Aufrechnung" ihrer während des Zusammenlebens mit dem Rekurrenten erbrachten Leistungen. Einem Grundlagenirrtum unterlag sie - rein vordergründig betrachtet - somit anlässlich der Unterzeichnung des Vergleichs nicht: Sie irrte sich keineswegs über den massgebenden Sachverhalt. Es waren ihr sowohl die massgebenden Einkommensverhältnisse als auch die Existenzminima bekannt; zu keinem Zeitpunkt machte sie geltend, diesbezüglich von falschen Vorstellungen ausgegangen zu sein. Sie durfte somit grundsätzlich nicht auf ihr Einverständnis zur Trennungsvereinbarung zurückkommen.

¹⁹⁹ Art. 21 OR

²⁰⁰ Art. 17 ff. ZGB

²⁰¹ Art. 1 ff. OR

Art. 20 OR; Merz, § 254 ZPO N 12b; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 188 N 19

c) Nun weist jedoch die Vorinstanz selbst darauf hin, dass der Inhalt der Trennungsvereinbarung einem ihrerseitigen Vorschlag entsprach, dass es mit anderen Worten nicht die Parteien selbst waren, die sich ohne jede richterliche Hilfe auf einen Unterhaltsbeitrag für vier Monate in Höhe von je Fr. 500.00 geeinigt hatten. Die Vorinstanz hatte zudem nebst den Regelungen über die Nebenfolgen der Trennung in den Entwurf die Bitte der Parteien an das Gerichtspräsidium hineingenommen, die Vereinbarung zu genehmigen, auch wenn dafür keine rechtliche Notwendigkeit bestand.

Vereinbarungen, die vom Richter genehmigt werden müssen, sind auf ihre rechtliche Zulässigkeit, Klarheit und Angemessenheit hin zu überprüfen²⁰³. Der Ehefrau von Januar bis April 2007 monatlich Fr. 500.00 zuzusprechen, wurde den Verhältnissen offensichtlich nicht gerecht. In diesem Zeitraum war der Rekurrent noch als Angestellter tätig und verdiente einschliesslich 13. Monatslohn Fr. 6'424.10 pro Monat. Mit dem von der Vorinstanz vorgeschlagenen Unterhaltsbeitrag wäre zusammen mit dem Arbeitsloseneinkommen der Ehefrau von Fr. 2'330.00 deren Existenzminimum von Fr. 2'782.50 knapp gedeckt gewesen, während dem Rekurrenten, ausgehend von einem seinerseitigen Existenzminimum von Fr. 4'278.40, ein Überschuss von rund Fr. 1'650.00 geblieben wäre. Die Vorinstanz kam denn auch bereits in der superprovisorischen Verfügung zum Schluss, der Unterhaltsbeitrag müsse sich auf Fr. 750.00 pro Monat belaufen, und in der definitiven Eheschutzverfügung errechnete sie für die Zeit vom 11. bis 31. Dezember 2006 einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 970.00, vom

Vgl. Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 18, Art. 163 ZGB N 158, sowie Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 176 ZGB N 5c zur Genehmigung einer Vereinbarung über Kinderbelange; Art. 140 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 140 ZGB N 39, 62 ff. zu den Scheidungsnebenfolgen; RBOG 1997 Nr. 12 S. 103 und 1995 Nr. 2, wobei sich diese Präjudizien auf das bis Ende 2000 geltende Scheidungsrecht beziehen, hier sinngemäss aber trotzdem Anwendung finden können.

1. Januar bis Ende Juni 2007 von monatlich Fr. 1'300.00 und ab 1. Juli 2007 sodann von Fr. 1'960.00 pro Monat.

Der anlässlich der Anhörung den Parteien unterbreitete Vorschlag über die kurzfristigen finanziellen Folgen der Trennung war den Gegebenheiten somit offensichtlich nicht angemessen. Vom Gericht hätte er nicht genehmigt werden dürfen. Alsdann kann aber auch keinem Zweifel unterliegen, dass die Rekursgegnerin daran nicht gebunden, sondern dass er für sie unverbindlich ist. Privatrechtliche Gründe für eine solche Unverbindlichkeit sind hier zwar nicht ohne weiteres zu bejahen, wenngleich das Missverhältnis des vereinbarten zum angemessenen Unterhaltsbeitrag einem offenbaren Missverhältnis gemäss Art. 21 OR doch sehr nahe kommt²⁰⁴ und ein privatrechtlicher Irrtum der Rekursgegnerin letztlich auch bezüglich ihres Vertrauens auf die Ausgewogenheit des von einer juristischen Fachperson gemachten Vorschlags bejaht werden könnte²⁰⁵. Entscheidend ist indessen, dass eine Partei, die sich auf einen Vorschlag oder eine Auskunft des Richters verlässt und ihr prozessuales Verhalten entsprechend gestaltet, nach den öffentlichrechtlichen Grundsätzen des Vertrauensschutzes, welche gestützt auf Art. 9 BV unter Umständen sogar entgegen dem Legalitätsprinzip beachtet werden müssen, bei Unrichtigkeit oder völliger Unangemessenheit dieses Vorschlags oder dieser Auskunft

Von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 3.A., Bd. 1, S. 343; vgl. § 138 Abs. 2 BGB (BGE 123 III 294); zum notwendigen Mass des Missverhältnisses vgl. etwa BGE 46 II 55; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62.A., § 138 N 68; von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, Zürich 1964, S. 227

Als Grundlagenirrtum, zumal im Sinn einer den Parteien gemeinsamen und für sie gleich wichtigen Vorstellung über die notwendigen Voraussetzungen der Vereinbarung offensichtlich sowohl der Rekurrent als auch die Rekursgegnerin selbstverständlich davon ausgingen, der richterliche Vergleichsvorschlag sei in sich einigermassen ausgewogen und trage im Sinn eines Kompromisses den Interessen beider Parteien Rechnung; vgl. Von Tuhr/Peter, S. 312 ff.

nicht auf ihren prozessualen Dispositionen behaftet werden darf²⁰⁶. Angesichts der Unverbindlichkeit der Vereinbarung der Parteien konnte die Vorinstanz eine Neuberechnung der Leistungspflicht des Ehemanns vornehmen; hätte der im Trennungsvorschlag genannte Betrag im Rahmen des richterlichen Ermessens gelegen, wäre die Rekursgegnerin an ihre geleistete Unterschrift gebunden gewesen.

Obergericht, 12. März 2007, ZR.2007.19

31. Mit der Berufungseingabe sind die Berufungsanträge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen (§ 228 Abs. 1 ZPO).

- 1. a) Nachdem das Bezirksgericht die Klagen der Gegenpartei gutgeheissen hatte, erhob der Rechtsvertreter der Berufungskläger am 5. Oktober 2007 fristgerecht Berufung, ohne Anträge zu stellen.
- b) Am 15. Oktober 2007 teilte die Obergerichtskanzlei auf Verfügung des Obergerichtspräsidenten hin dem Rechtsvertreter der Berufungskläger mit: "In diesem Berufungsverfahren hat der Präsident des Obergerichts verfügt, dass innert nicht erstreckbarer Verwirkungsfrist bis 12. November 2007 schriftlich die Berufungsanträge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen sind; werden keine bestimmten Anträge gestellt, wird auf die Berufung nicht eingetreten. Die Parteivorträge werden an der Berufungsverhandlung entgegengenom-

Nr. 75 S. 472).

Genauso wie im Verwaltungsrecht bei falscher behördlicher Auskunft in die Zukunft wirkende Dispositionen vom betroffenen Bürger widerrufen werden dürfen (vgl. Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 5.A.,

men. Innert derselben Frist bis 12. November 2007 ist für das Berufungsverfahren ein Kostenvorschuss von Fr. 100'000.00 zu leisten."

- c) Der Kostenvorschuss wurde bereits am 23. Oktober 2007 geleistet. Mit Eingabe vom 5. November 2007, beim Obergericht eingegangen am 13. November 2007, liessen die Berufungskläger den Antrag auf Durchführung eines schriftlichen Verfahrens stellen.
- d) Am 13. November 2007 stellte das Obergerichtspräsidium in einem Schreiben an den neuen Anwalt der Berufungskläger fest, dass weder in der Berufungserklärung noch innert der am 15. Oktober 2007 angesetzten Verwirkungsfrist Berufungsanträge eingereicht worden seien.
- e) Am 16./19. November 2007 liessen die Berufungskläger die Fortsetzung des Verfahrens, eventuell die Wiederherstellung der Frist beantragen.
- 2. Vorab ist klar festzuhalten, dass ein Problem für die Berufungskläger nur deshalb entstanden ist, weil sich ihre Anwälte nicht darauf beschränkt haben, innert der angesetzten Frist ganz einfach jene Vorkehren zu treffen, die vom prozessleitenden Richter angeordnet worden waren. Die Aufforderungen in der Verfügung vom 15. Oktober 2007 waren völlig eindeutig: In der bis 12. November 2007 laufenden, nicht erstreckbaren Verwirkungsfrist waren schriftlich die Berufungsanträge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen, und es wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, wenn keine Anträge gestellt würden, werde auf die Berufung nicht eingetreten. Aus welchen Gründen diesen Anordnungen nicht gefolgt, sondern irgend etwas anderes vorgekehrt wurde, ist unerfindlich und wird es wohl auch bleiben.
- 3. a) Die Berufungskläger machen geltend, sie seien davon ausgegangen, dass innerhalb der angesetzten Verwirkungsfrist auch

bloss die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens verlangt werden könne und diesfalls für die schriftliche Berufungsbegründung eine neue Verwirkungsfrist anzusetzen sei, innert welcher die Berufungsanträge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen seien. Diese Auffassung decke sich mit der bisherigen Praxis des Obergerichts.

- b) Soweit mit der letzteren Bemerkung suggeriert werden will, das Obergericht habe seine Praxis geändert, ist das Argument verfehlt: Nicht das Obergericht hat seine Praxis, sondern der Gesetzgeber hat das Gesetz geändert.
- In der bis 31. Mai 2007 in Kraft stehenden Fassung der Zivilprozessordnung hiess es in § 228 Abs. 1 ZPO ausdrücklich, die Berufungsinstanz setze dem Berufungskläger eine nicht erstreckbare Verwirkungsfrist von 20 Tagen an, um schriftlich die Berufungsanträge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen oder die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens zu verlangen. Demgegenüber ist in der ab 1. Juni 2007 geltenden Gesetzesfassung in § 228 Abs. 1 ZPO der letzte Satzteil ("oder die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens zu verlangen") gestrichen worden; nach geltendem Recht sind innert der nicht erstreckbaren Verwirkungsfrist von 20 Tagen schriftlich die Berufungsanträge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen. Entsprechend der Auffassung der Berufungskläger, die sich insoweit auf die Botschaft des Regierungsrates für die in Frage stehende Gesetzesrevision berufen, ging es beim Zweck dieser Revision darum, die mündliche Verhandlung bereits für Berufungsbegründung und Berufungsantwort vom Ausnahmefall zum Regelfall zu machen, um das Verfahren zu beschleunigen. Zutreffend ist auch, dass der Regierungsrat damals vorschlug, für "geeignete Fälle" weiterhin die Möglichkeit vorzusehen, ein schriftliches Verfahren anzuordnen. Tatsache ist indessen, dass der Gesetzgeber dem Antrag des Regierungsrates bei der Ausgestaltung des Berufungsverfahrens gerade nicht folgte, sondern vielmehr einem Kompromissvorschlag, welcher der zuständigen grossrätlichen Kommission nach einer Einigung zwischen

dem Obergericht und dem Vorstand des Anwaltsverbands vorgelegt worden war. Gemäss diesem Vorschlag beziehungsweise der heutigen Gesetzesfassung wurden im Zivilprozess zwingend eine Replik und eine Duplik vorgesehen, statt dass lediglich dem Vorsitzenden der Berufungsinstanz die Kompetenz gegeben worden wäre, weitere Vorträge zu bewilligen. Umgekehrt wurde für Rechtsschriften im Berufungsverfahren eine "nicht erstreckbare Verwirkungsfrist" von 20 Tagen vorgesehen, und "die geeigneten Fälle" des schriftlichen Verfahrens wurde auf "in begründeten Ausnahmefällen" eingegrenzt, wobei zudem entgegen dem Vorschlag des Regierungsrates das schriftliche Verfahren auch noch auf Berufungsbegründung und Berufungsantwort beschränkt wurde. Ausserdem wurde der Entscheid, ob ein schriftliches Verfahren durchgeführt werde, dem Obergericht überlassen und entgegen dem Vorschlag des Regierungsrates nicht vom Einverständnis der Parteien abhängig gemacht. Der Präsident der grossrätlichen Kommission hielt anlässlich der Sitzung des Grossen Rates vom 22. November 2006 fest, das Wort "begründet" bei den "begründeten Ausnahmefällen" sei bewusst nicht gestrichen worden, "um nicht den Ausnahmecharakter zu relativieren". Damit folgte der Gesetzgeber im Wesentlichen den Wünschen des Obergerichts, welches - nicht zuletzt unter dem Druck der auch seitens der Justizkommission des Grossen Rates gewünschten Verfahrensbeschleunigungen - den Anwendungsbereich des schriftlichen Verfahrens möglichst eng eingrenzen wollte.

d) Genau aus diesem Grund trifft es auch nicht zu, wenn die Berufungskläger nun geltend machen, mit der Gesetzesänderung sei keineswegs bezweckt worden, die Stellung der Berufungsanträge und die Geltendmachung von Noven nach der Berufungseingabe auch bei Durchführung eines schriftlichen Verfahrens auszuschliessen. Soweit sie sich auf den Kommentar Merz²⁰⁷ berufen, bleibt dies insofern

²⁰⁷ Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A.

unbehelflich, als sich dieses Werk mit der hier zu beurteilenden Frage überhaupt nicht befasst. Im Gegensatz zur Auffassung der Berufungskläger macht die in Frage stehende Beschränkung indessen durchaus Sinn: Ob im Sinn eines begründeten Ausnahmefalls entsprechend dem Gesetzestext ein schriftliches Verfahren durchgeführt wird, entscheidet faktisch der verfahrensleitende Richter des Obergerichts, welcher insofern entsprechende Absprachen mit den Parteien trifft; dabei ist es gemäss den Intentionen des Obergerichts und offensichtlich auch angesichts des Gesetzestextes klar, dass möglichst wenige Verfahren schriftlich durchgeführt werden sollen, um Zeit zu gewinnen. Nachdem sich auch vor Vorinstanz noch relativ komplexe Verfahren in zweiter Instanz häufig auf wenige Kernfragen beschränken, kann die Frage, ob sich ein schriftliches Verfahren rechtfertigt, von der Verfahrensleitung nur beurteilt werden, wenn sie die Berufungsanträge und damit den Gegenstand des Berufungsverfahrens kennt und insbesondere weiss, welche neuen Tatsachen geltend gemacht werden wollen. Lägen Berufungsanträge und Noven im Zeitpunkt dieses Entscheids der Verfahrensleitung noch nicht vor, müsste diese auf den Gang und die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens abstellen, was in vielen Fällen zu wenig sinnvollen Resultaten führen würde. Aus demselben Grund ist es auch durchaus prozessökonomisch, die Stellung der Berufungsanträge und die Einreichung der Noven innert einer nicht erstreckbaren Verwirkungsfrist zu verlangen, bevor feststeht, ob allenfalls noch ein Schriftenwechsel durchgeführt wird. Beispielsweise rechtfertigt sich bei Ehescheidungen, welche immer noch nahezu einen Viertel aller Zivilberufungen ausmachen, ein Schriftenwechsel in der Regel nur bei komplexen güterrechtlichen Fragen; ob ein Schriftenwechsel durchgeführt wird, kann mithin nicht entschieden werden, bevor klar ist, ob bezüglich des Güterrechts überhaupt noch Berufungsanträge gestellt werden. Abgesehen davon wurde es schon unter der Geltung der früheren Fassung der Zivilprozessordnung als stossende Lösung empfunden, dass ausgerechnet die Partei, welche selber Berufung führt und sich insofern über die Gestaltung des Verfahrens

schon Wochen vor dieser Fristansetzung Gedanken machen kann, nur für den Entscheid, ob sie ein schriftliches Verfahren wünsche, nochmals 20 Tage Frist angesetzt bekommen sollte. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass seit Inkrafttreten der neuen Gesetzesfassung seitens des Obergerichts in keinem Fall ein schriftliches Verfahren angeordnet beziehungsweise mehrere Anträge einzelner Parteien auf Durchführung eines Schriftenwechsels abgewiesen wurden, um dem Ausnahmecharakter der Schriftlichkeit Rechnung zu tragen.

- Im Gegensatz zur Auffassung der Berufungskläger steht im Übrigen mangels Anträgen und Geltendmachung von Noven auch in diesem Berufungsverfahren nach wie vor nicht fest, ob sich die Anordnung eines schriftlichen Verfahrens rechtfertigen würde. Das gilt insbesondere, wenn die sich einstweilen stellenden Themen beachtet werden: Gültigkeit der Abtretung der Prozessführungsansprüche; Vereinigung der Verfahren; Verjährungseinrede; Würdigung des Beweisergebnisses; Bemessung des Schadens und Würdigung des Verschuldens. Angesichts des umfangreichen Aktenmaterials, welches hier vorliegt, und im Hinblick darauf, dass von der Vorinstanz auch ein Gutachten eingeholt wurde, ist jedenfalls einstweilen nicht zu erkennen, aus welchem Grund überhaupt ein schriftliches Verfahren notwendig sein soll, welches sich im Gegensatz zur Anordnung einer mündlichen Verhandlung über mehrere Monate hinziehen wird. Die Berufungsbeklagten jedenfalls dürften an einer solchen Verzögerung aus nachvollziehbaren Gründen kein Interesse haben.
- 4. Die Berufungskläger stellen ein Wiederherstellungsgesuch und machen geltend, die Frist sei ohne ihr Verschulden verpasst worden²⁰⁸.

 $^{^{208}}$ \S 70 Abs. 2 ZPO

- Soweit sich der Rechtsvertreter der Berufungskläger darauf beruft, er habe für die Ausarbeitung der Eingabe vom 5. November 2007 den Kommentar Merz konsultiert, ist dies insofern unbehelflich, als dieser Kommentar auf dem früheren Gesetzestext basiert, nur Hinweise auf den neu vorgesehenen Gesetzestext enthält und sich zur hier zu beurteilenden Frage gerade nicht äussert. Soweit geltend gemacht wird, der aktuelle Gesetzestext sei konsultiert worden, ist dies kaum glaubwürdig: Wenn der Gesetzgeber den Satz, innert der Verwirkungsfrist könne alternativ zur Stellung von Anträgen und Geltendmachung von Noven ein blosses Begehren um schriftliches Verfahren eingereicht werden, im Gesetzestext streicht, wird kein Anwalt mit Blick auf seine Sorgfaltspflicht ernsthaft darauf beharren wollen, die entsprechende Befugnis stehe ihm trotzdem nach wie vor zu. Entgegen der Auffassung der Berufungskläger geht aus dem Gesetzestext klar hervor, dass unabhängig davon, ob das Verfahren mündlich oder schriftlich durchgeführt wird, zuerst einmal mit der Berufungseingabe die Berufungsanträge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen sind; die Möglichkeit, alternativ dazu ein blosses Begehren um schriftliches Verfahren einzureichen, wurde vom Gesetzgeber eben gerade gestrichen.
- b) Der Rechtsvertreter der Berufungskläger macht geltend, sein Vorgehen sei mit den Rechtsanwälten Dr. A und Dr. B besprochen worden. Rechtsanwalt Dr. A habe ihm bestätigt, dass in der Eingabe ein schriftliches Verfahren verlangt werden könne und Berufungsanträge und Noven zusammen mit der Berufungsbegründung gebracht werden könnten. Der Entwurf der Eingabe sei von Rechtsanwalt Dr. B geprüft worden, um ihre Korrektheit und Übereinstimmung mit lokalen Usanzen zu gewährleisten, und Rechtsanwalt Dr. A als mit der thurgauischen Zivilprozessordnung bestens vertrauter lokaler Anwalt sei nicht der Ansicht gewesen, dass bereits innert der angesetzten Verwirkungsfrist die Berufungsanträge zu stellen seien.

Was die Vertrautheit mit lokalen Usanzen anbelangt, ist vorab darauf zu verweisen, dass beide angerufenen Anwälte ihre Praxis gerade nicht im Kanton Thurgau führen; insofern kann von "lokalen Korrespondenzanwälten" ernsthaft keine Rede sein. Ob einer dieser beiden Anwälte als mit den thurgauischen Bestimmungen über das Berufungsverfahren bestens vertraut gelten kann, vermag das Obergericht nicht zu beurteilen; allerdings treten sie vor dem Obergericht als Parteivertreter in Zivilprozessen eher selten auf. So oder so aber ändert eine allfällige gegenteilige Ansicht dieser beiden Anwälte nichts daran, dass die Möglichkeit, innert der Verwirkungsfrist lediglich ein schriftliches Verfahren zu beantragen, vom Gesetzgeber bewusst und unmissverständlich gestrichen worden ist.

Es trifft zu, dass die revidierten Bestimmungen erst seit gut fünf Monaten in Kraft stehen, und dass es noch keine publizierte Praxis dazu gibt. Das ändert aber wiederum nichts daran, dass der neue Gesetzestext Geltung hat und in sich so einfach und klar ist, dass keinerlei Auslegungsbedarf besteht. Im Übrigen werden aus der Fallnummer dieses Verfahrens falsche Schlüsse gezogen, da sich diese nur auf Zivilberufungen bezieht, welche in der Fünferbesetzung entschieden werden; seit dem 1. Juni 2007 sind beim Obergericht 61 Zivilberufungen eingegangen, bei denen immer dieselben prozessualen Anordnungen getroffen und abgesehen vom vorliegenden Fall auch befolgt wurden.

Aus dem Umstand, dass seitens der Berufungskläger noch betont wird, es seien bei "lokalen Korrespondenzanwälten" Erkundigungen eingeholt worden, folgt zwangsläufig, dass in der hier strittigen Frage mindestens gewisse Zweifel bestanden. Alsdann ist aber nicht einzusehen, aus welchen Gründen sich die Rechtsvertreter der Berufungskläger bei anderen ausserkantonalen Anwälten erkundigten, statt sich in dieser wichtigen Frage direkt an das Obergericht zu wenden, wie dies bei ausserkantonalen Anwälten sehr häufig vorkommt.

- c) Bestanden gewisse Zweifel über die Richtigkeit des Vorgehens, ist auch nicht einzusehen, aus welchen Gründen denn im Rahmen üblicher anwaltlicher Sorgfaltspflicht in der in Frage stehenden Eingabe der Antrag auf Durchführung eines schriftlichen Verfahrens nicht gleich mit der kurzen Nennung der materiellen Berufungsanträge verbunden wurde. Dies gilt insbesondere, weil sich der Antrag zwangsläufig auf Nichteintreten auf die beziehungsweise auf Abweisung der Klagen beschränken musste und gemäss nunmehr erfolgter Antragstellung im Wiederherstellungsgesuch auch tatsächlich beschränkt.
- 5. Soweit sich die Berufungskläger auf den Grundsatz von Treu und Glauben berufen, gehen sie mangels entsprechender Abklärungen wiederum fehl: Die Eingabe der Berufungskläger vom 5. November 2007 ging beim Obergericht am 13. November 2007 ein, mithin einen Tag nach Ablauf der Verwirkungsfrist. Damit konnte und musste das Obergericht nichts vorkehren, und von überspitztem Formalismus kann keine Rede sein.
- 6. Zusammenfassend trafen die Berufungskläger innert Frist nicht jene Vorkehren, zu denen sie seitens des prozessleitenden Richters ausdrücklich aufgefordert worden waren. Statt sich an diese korrekte Vorgabe zu halten, konsultierten sie nur den Gesetzeskommentar, beachteten aber die darin bereits enthaltene voraussichtliche neue Gesetzesfassung²⁰⁹ nicht und überprüften offensichtlich auch den amtlich publizierten Gesetzestext nicht, sondern verliessen sich auf Auskünfte anderer ausserkantonaler Anwälte, ohne sich direkt beim Obergericht zu erkundigen, und verzichteten auch darauf, wenigstens vorsorglich materielle Berufungsanträge zu stellen. Damit liegt eine

 209 Merz, \S 231 ZPO N 6; vgl. auch die Hinweise in \S 228 ZPO N 10 und \S 232 ZPO N 12

175

grobe Sorgfaltspflichtverletzung der handelnden Anwälte vor, und eine Wiederherstellung der in Frage gestellten Frist kommt nicht in Betracht.

Obergericht, 11. Dezember 2007, ZBO.2007.19

32. Auslegung eines Klagerückzugs (§ 254 ZPO)

- 1. a) X und Y schlossen einen als "Mandatsvertrag" bezeichneten Vertrag ab. X bezahlte von Y in Rechnung gestellte Dienstleistungen im Umfang von Fr. 52'040.70 nicht.
- Am 15. Mai 2003 erhob Y beim Bezirksgericht A gegen X eine erste Klage über Fr. 52'040.70 nebst Zins. In der Klageantwort vom 14. Juli 2003 machte X unter Vorlage einer Wohnsitzbestätigung der Gemeinde B vom 11. Juli 2003 geltend, das Bezirksgericht A sei nicht zuständig, da sie in B ihren Wohnsitz habe. Mit Verfügung vom 16. Juli 2003 setzte der Vizegerichtspräsident des Bezirksgerichts A Y Frist zur Stellungnahme oder zum Rückzug der Klage. Die Verfügung enthielt zudem den Hinweis, dass eine direkte Überweisung nach thurgauischem Prozessrecht nicht möglich sei. Mit Eingabe vom 2. September 2003 zog Y ihre Klage mit folgendem Wortlaut zurück: "In obgenannter Angelegenheit nehme ich Bezug auf Ihre Präsidialverfügung vom 16. Juli 2003, zugestellt erhalten den 17. Juli 2003, und erkläre innert nützlicher Frist (Gerichtsferien) namens und mit Vollmacht der Klägerin, dass sie hiermit ihre Klage zurückzieht". In derselben Eingabe beantragte sie, X die gerichtlichen Kosten zu überbinden und diese zu einer angemessenen Entschädigung an Y zu verurteilen, da X ihr gegenüber treuwidrig den Eindruck erweckt habe, ihren Wohnsitz in A zu haben. Darauf schrieb der Vizegerichtspräsident mit Verfügung vom 14. Oktober 2003 die Streitsache zufolge Klagerück-

zugs als erledigt am Protokoll ab. Y erhob gegen diese Verfügung kein Rechtsmittel.

- c) Per 30. November 2003 verlegte X ihren Wohnsitz von B nach A.
- d) Am 23. April 2004 erhob Y erneut Klage in A und beantragte wiederum die Verurteilung von X zur Bezahlung von Fr. 52'040.70. X beantragte die Abweisung der Klage und erhob in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Einrede der abgeurteilten Sache.
- e) Mit Urteil vom 20. Juni/11. September 2006 schützte das Bezirksgericht A die Klage.
- f) X erhob Berufung. In ihrer Berufungsbegründung stellte die Berufungsklägerin ausschliesslich den Antrag, auf die Klage sei nicht einzutreten. Die Berufungsklägerin machte geltend, es liege ein vorbehaltloser Rückzug vor. Ein ausdrücklicher Vorbehalt der Wiedereinbringung fehle in der Abschreibungsverfügung vom 14./23. Oktober 2003; zudem habe die Berufungsbeklagte gegen die Abschreibungsverfügung keinen Rekurs erhoben. Eine Auslegung der Rückzugserklärung der Berufungsbeklagten vom 2. September 2003 unter Beizug der äusseren Umstände sei nicht möglich.
- 2. Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin ist die Klage zulässig und damit darauf einzutreten, da in Bezug auf die Forderung von Fr. 52'040.70 zuzüglich Zins keine abgeurteilte Sache vorliegt.
- 3. Die Einrede der abgeurteilten Sache ist ein sich aus dem ungeschriebenen Bundeszivilprozessrecht ergebendes Prozesshindernis (negative Prozessvoraussetzung); dessen Voraussetzung, das Anhängigmachen einer rechtskräftig entschiedenen, identischen Klage, ist nicht gegeben. Zwar ist die mit Weisung vom 23. April 2004 geltend gemachte Forderung mit derjenigen gemäss Weisung vom 25. April

2003 identisch. Hingegen wurde die am 25. April 2003 rechtshängig gemachte Forderung nicht rechtskräftig entschieden. Rechtskräftig entschieden ist über eine Sache erst durch ein in formelle Rechtskraft erwachsenes Sachurteil oder durch einen in formelle Rechtskraft erwachsenen Entscheid über einen vorbehaltlos erfolgten Klagerückzug, eine Klageanerkennung oder einen Vergleich²¹⁰. Hier liegt weder ein in formelle Rechtskraft erwachsenes materielles Sachurteil vor noch stellt der Klagerückzug vom 2. September 2003 einen vorbehaltlosen Klagerückzug dar. Zwar ist der Klagerückzug vom 2. September 2003 unstrittig in formelle Rechtskraft erwachsen, da die Berufungsbeklagte dagegen keinen Rekurs²¹¹ ergriff. Hingegen erfolgte der Klagerückzug nicht vorbehaltlos, sondern bloss wegen damals fehlender örtlicher Zuständigkeit und damit unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung; dies ergibt sich klar aus der Auslegung der Abschreibungsverfügung vom 14. Oktober 2003.

4. Ob ein Klagerückzug vorbehaltlos erfolgte und der Streitgegenstand damit in demselben Umfang in materielle Rechtskraft erwuchs, hat das Gericht, dem die Entscheidung über die Einrede der abgeurteilten Sache obliegt, als Prozessvoraussetzung durch Auslegung des richterlichen Erkenntnisses²¹² - hier der Abschreibungsverfügung vom 14. Oktober 2003 - zu entscheiden. Dabei ist unerheblich, ob die betreffende Partei zuvor gegen den Abschreibungsentscheid ein Rechtsmittel ergriff, sofern die Auslegung des Abschreibungsentscheids durch das die Einrede der abgeurteilten Sache entscheidende Gericht ergibt, dass die erste Klage bloss angebrachtermassen zurückgezogen

²¹⁰ Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 112 N 9b

²¹¹ § 234 ZPO; Merz, § 255 ZPO N 9

Zur Verdeutlichung sei darauf hingewiesen, dass im thurgauischen Zivilprozessrecht der Abschreibungsentscheid in Rechtskraft erwächst und nicht etwa die Abstandserklärung der jeweiligen Partei (anders beispielsweise das baselstädtische Zivilprozessrecht; dort erwächst die Abstandserklärung selbst in Rechtskraft; vgl. Staehelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, S. 235).

wurde. In diesem Sinn darf auch RBOG 1988 Nr. 26 nicht falsch verstanden werden: Zwar trifft die Erwägung durchaus zu, wer eine Klage nur angebrachtermassen zurückziehen wolle, habe gegen einen diese Einschränkung der Abstandserklärung nicht berücksichtigenden Abschreibungsentscheid Rekurs zu führen. Das bedeutet indessen nicht, dass die in Frage stehende Einschränkung andernfalls quasi verwirkt wäre, denn zum einen werden Klagerückzüge angebrachtermassen nach thurgauischem Recht relativ grosszügig zugelassen²¹³, und zum anderen ist es Sache des später wieder angerufenen Gerichts²¹⁴, der Frage der abgeurteilten Sache von Amtes wegen nachzugehen²¹⁵. Demgegenüber hat das Gericht, welches das erste Verfahren abschreibt, vorbehältlich offensichtlichen Rechtsmissbrauchs²¹⁶, die Frage, aus welchen Gründen eine Abstandserklärung abgegeben wird, kaum zu prüfen. Selbstverständlich ist dadurch ein Rechtsmittel gegen den Abschreibungsentscheid nicht unnötig; vielmehr ist es sinnvoll und zweckmässig, wenn eine Partei im Sinn von RBOG 1988 Nr. 26 Rekurs erhebt, wenn sie feststellt, dass ihre Einschränkung der Rückzugserklärung ("angebrachtermassen") im Abschreibungsentscheid keine Berücksichtigung fand. Gegenstand eines Rekursverfahrens ist jedoch meist nicht die Frage nach der abgeurteilten Sache und damit einer Auslegung des richterlichen Entscheids, sondern in der Mehrzahl der Fälle ein Verfahrensfehler oder eine mit einem Willensmangel behaftete Prozesserklärung.

5. a) Grundsätzlich ist das Dispositiv des richterlichen Erkenntnisses Gegenstand der Auslegung²¹⁷. Wichtigstes Auslegungsmit-

²¹³ RBOG 1987 Nr. 22 S. 103

²¹⁴ RBOG 1987 Nr. 22 S. 104

Merz, § 112 ZPO N 9. Voraussetzung dieser Prüfung von Amtes wegen ist freilich, dass das Gericht vom früheren Verfahren überhaupt Kenntnis hat.

²¹⁶ RBOG 1987 Nr. 22 S. 104

²¹⁷ BGE 101 II 378; BGHZ 34, 339

tel sind allerdings regelmässig die dazugehörigen Parteierklärungen, da sich aus dem in der Regel standardmässig formulierten Entscheiddispositiv allein - wie auch hier - sehr oft wenig bis nichts herleiten lässt.

Die Parteierklärungen selbst sind nach denselben Regeln auszulegen, wie sie für die objektive Auslegung von zivilrechtlichen Willensäusserungen gelten²¹⁸, denn Ziel der Auslegung ist nicht, was die beteiligten Parteien wollten, sondern wie die Parteien die Erklärung nach Treu und Glauben verstehen mussten. Aus der Eingabe vom 2. September 2003 ergibt sich nach Treu und Glauben ohne Zweifel, dass die Berufungsbeklagte ihre Klage nur wegen örtlicher Unzuständigkeit zurückzog. Zum einen erging die Rückzugserklärung aufgrund der Verfügung des Vizegerichtspräsidenten des Bezirksgerichts A vom 16. Juli 2003, auf welche die Berufungsbeklagte im ersten Satz ihrer Eingabe ausdrücklich Bezug nahm. Nach dieser Verfügung hatte sich die Berufungsbeklagte innerhalb einer Frist von 20 Tagen zu äussern und allenfalls die Klage zurückzuziehen, weil die Berufungsklägerin in ihrer Klageantwort die örtliche Zuständigkeit bestreite. Zudem erwähnte die Verfügung zutreffend, dass eine direkte Prozessüberweisung nach thurgauischer Zivilprozessordnung nicht möglich sei. Zum anderen beantragte die Berufungsbeklagte in ihrer Eingabe die Verurteilung der Berufungsklägerin zur Bezahlung der gerichtlichen Kosten sowie einer angemessenen Prozessentschädigung; zur Begründung führte sie an, die Berufungsklägerin habe ihr gegenüber treuwidrig den Eindruck erweckt, ihren Wohnsitz in der Gemeinde A zu haben. Damit brachte die Berufungsbeklagte aber zusätzlich zum Ausdruck, dass es bei ihrem Klagerückzug ausschliesslich um die örtliche Zuständigkeit

RBOG 2001 Nr. 20 S. 146 f.; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8.A., S. 216; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht AT, 8.A., N 1201 zur objektivierten ("normativen") Auslegung bei der Auslegung von Verträgen; vgl. zur Auslegung eines Klagebegehrens BGE 105 II 152

ging. Gleiches ergibt sich zudem auch unmittelbar aus der Begründung der Abschreibungsverfügung, da dort die Frage der Kostenüberwälzung in Zusammenhang mit einer allfällig missbräuchlichen Geltendmachung der Einrede der örtlichen Unzuständigkeit eingehend behandelt wird.

6. Der Klagerückzug vom 2. September 2003 ist zudem auch gültig erfolgt, da nach thurgauischem Prozessrecht ein Klagerückzug angebrachtermassen, d.h. unter dem Vorbehalt der Wiedereinbringung, unbeschränkt und ohne nähere Prüfung zulässig ist²¹⁹; einschränkende Voraussetzungen für den Klagerückzug angebrachtermassen, wie sie beispielsweise § 107 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ZH enthält, sieht § 254 ZPO nicht vor.

Obergericht, 15. März 2007, ZBO.2006.14

33. Anforderungen an einen gerichtlichen Vergleich; Präzisierung von RBOG 2001 Nr. 20 (§ 254 ZPO)

1. a) Aufgrund einer Einigung der Parteien anlässlich ihrer Anhörung stellte das Gerichtspräsidium mit Eheschutzverfügung fest, dass die Parteien seit Mitte 2007 getrennt lebten. Jeder Ehegatte habe für den eigenen Unterhalt aufzukommen; die Ehegatten teilten sich die Kaution der ehelichen Wohnung hälftig, die bereits bezahlten Steuern für das Jahr 2007 stünden der Ehefrau zu, und die bestehenden Krankenkassenschulden aus der Ehezeit würden je hälftig geteilt. Im Übrigen übernehme jeder Ehegatte die auf seinen Namen lautenden Schulden.

²¹⁹ Merz, § 254 ZPO N 6b

- b) Der Ehemann erhob fristgerecht Rekurs. Die Kaution für die Wohnung sei von seiner Mutter "als zinsloses Darlehen bevorschusst" worden. Somit sei es nicht richtig, wenn die Ehefrau davon die Hälfte erhalte.
- 2. a) Gemäss Aktennotiz des Gerichtspräsidiums über die Anhörung einigten sich die Parteien darauf, die Kaution werde geteilt.
- b) Auf prozessuale Erklärungen der Parteien finden die einschlägigen zivilrechtlichen Grundsätze Anwendung²²⁰. Ein gerichtlicher Vergleich ist wegen Willensmängeln gemäss Art. 23 ff. OR anfechtbar²²¹; neben Willensmängeln kann sich die Unwirksamkeit eines Vergleichs zudem ergeben aus Übervorteilung²²², Handlungsunfähigkeit²²³, Dissens²²⁴ und Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit²²⁵. Eine andere, insbesondere spätere Möglichkeit, auf einen Vergleich zurückzukommen, besteht nicht²²⁶. Ein Vergleich ist gemäss Art. 23 OR für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befand. Bezieht sich der Irrtum nur auf den Beweggrund zum Vertragsabschluss, so ist er aufgrund von Art. 24 Abs. 2 OR nicht wesentlich. Ausgeschlossen ist die Anfechtung, wenn sich Punkte, die zur Zeit des Vergleichsabschlusses als ungewiss betrachtet wurden, im

 $^{^{220}\,}$ Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., \S 255 N 9

RBOG 1985 Nr. 8, 1988 Nr. 26; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 83 N 4d und e; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 293 N 14

²²² Art. 21 OR

²²³ Art. 17 ff. ZGB

²²⁴ Art. 1 ff. OR

²²⁵ Art. 20 OR; Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 247 ZPO N 7a

²²⁶ Merz, § 255 ZPO N 9; vgl. RBOG 1994 Nr. 28 Ziff. 3 lit. a

Nachhinein geklärt haben, denn die Parteien einigten sich gerade im Hinblick auf die Ungewissheit von solchen Punkten im Vergleich²²⁷.

- c) Was der Rekurrent vorträgt, genügt für sich nicht, um die Einigung der Parteien über die Verwendung der Kaution umzustossen; er will einfach auf diesen Punkt zurückkommen. Entscheidend ist aber, dass der Vergleich nicht rechtsgültig ist.
- Die Parteien können jederzeit durch Rückzug oder Anerkennung der Klage oder durch Vergleich den Abstand vom Prozess erklären. Die Abstandserklärung erfolgt gemäss § 254 ZPO schriftlich oder vor Schranken. In RBOG 2001 Nr. 20 hielt das Obergericht fest. mit der Bestimmung, wonach die mündliche Abstandserklärung "vor Schranken" zu erfolgen habe, sollten bei mündlichen Anerkennungen Beweisprobleme vermieden werden²²⁸. Die mündliche Abstandserklärung wird dem Richter vorgetragen und im Protokoll festgehalten; das schriftliche Protokoll erbringt vollen Beweis. Die Vorschriften von §§ 100 ff. ZPO gelten indessen ausdrücklich nur für die Protokollführung anlässlich gerichtlicher Verhandlungen²²⁹. Die vom Gerichtsschreiber erstellten Protokolle sind den Parteien weder vorzulesen noch von ihnen zu unterschreiben²³⁰. Protokolle von persönlichen Befragungen und von Instruktionseinvernahmen sind demgegenüber von der befragten Person zu unterschreiben²³¹. Eine Abstandserklärung oder ein Vergleich ohne Unterzeichnung kann somit nur anlässlich gerichtlicher Verhandlungen erfolgen. Eine mündliche Erklärung vor

-

²²⁷ Leuenberger/Uffer-Tobler, Art. 247 ZPO N 7b; Frank/Sträuli/Messmer, § 293 ZPO N 11

²²⁸ ZR 66, 1967, Nr. 105

²²⁹ RBOG 1995 Nr. 36; Merz, § 100 ZPO N 1

²³⁰ RBOG 1995 Nr. 35

²³¹ §§ 219 Abs. 1 i.V.m. 218 ZPO; Merz, § 153 ZPO N 6

dem Richter anlässlich von Anhörungen ist demgegenüber zu protokollieren und von der erklärenden Partei zu unterzeichnen²³².

e) Nachdem über die Einigung der Parteien nur eine Aktennotiz des Gerichtspräsidenten besteht, liegt kein gültiger Prozessvergleich vor. Der Rekurs ist demnach zu schützen. Da ein materieller Entscheid bezüglich der Frage der Mietzinskaution nicht möglich ist, muss die Streitsache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

Obergericht, 26. November 2007, ZR.2007.119

- 34. Die Einsichtnahme in Strafverfügungen beurteilt sich nach der Informationsverordnung, nicht aber die Einsichtnahme in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen des Bezirksamts; Beschwerdeinstanz (§§ 1 Abs. 3, 5 InfoV)
- 1. W und X verlangten mit diversen Eingaben Einsicht in die vom Bezirksamt in den letzten fünf Jahren gegen Y und Z erlassenen, bestimmte Verfahren betreffenden Nichtanhandnahme- und Einstellungsverfügungen. Die Staatsanwaltschaft wies das Begehren mit Entscheid vom 5. Februar 2007 ab. W und X reichten dagegen beim Obergericht Beschwerde ein, wobei sie im Beschwerdeverfahren den Antrag auf Einsicht in alle gegen Y und Z erlassenen "Strafentscheide" erweiterten.

-

²³² Vorbehalten bleiben jene Fälle, in welchen gestützt auf § 162 Abs. 5 ZPO im summarischen Verfahren der Gerichtsschreiber als Protokollführer beigezogen wird.

- 2. a) Gemäss § 4 Abs. 1 StPO ist die Staatsanwaltschaft Aufsichtsbehörde über die Untersuchungsrichter sowie deren vorgesetzte Stelle in allen fachlichen Belangen²³³. Stehen Fragen zur Diskussion, welche die richterliche Tätigkeit des Bezirksamts betreffen, ist hingegen nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das Obergericht zuständige Instanz²³⁴. Im von W und X erwähnten Entscheid vom 6./19. Oktober 2004²³⁵ bestätigte das Obergericht diese Praxis.
- Am 1. Januar 2007 trat die Verordnung des Obergerichts über die Information in Zivil- und Strafgerichtsverfahren und die Akteneinsicht durch Dritte²³⁶ in Kraft. Entsprechend allgemeinen prozessualen Grundsätzen ist sie mangels anders lautender ausdrücklicher Anordnung auch auf vor diesem Zeitpunkt anhängig gemachte Verfahren anwendbar; massgebend ist der Zeitpunkt des Entscheids²³⁷. Sie gilt für die vor dem Obergericht und vor den Bezirksgerichten, ihren Kommissionen und Vorsitzenden geführten ordentlichen und beschleunigten Verfahren²³⁸. Soweit ein Bezirksamt richterliche Funktionen ausübt, finden §§ 2-5 sowie §§ 23 ff. InfoV Anwendung, und § 20 Abs. 3 InfoV gilt sinngemäss²³⁹. § 5 InfoV hält fest, dass über Informations- und Akteneinsichtsbegehren, soweit die Verordnung nicht ausdrücklich die Zuständigkeit des Obergerichts vorsieht, sowie unter Vorbehalt besonderer Regelungen der Prozessordnungen die Strafverfügungsrichter und die Präsidien und Vizepräsidien der Bezirksgerichte sowie des Obergerichts je für ihren Bereich entscheiden. Gegen entsprechende Verfügungen der Bezirksstatthalter kann beim

²³³ Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 4 N 3

²³⁴ RBOG 2000 S. 19, 1993 Nr. 33

²³⁵ Entscheid des Obergerichts vom 6. Oktober 2004, SW.2004.8

²³⁶ InfoV, RB 271.31

²³⁷ Zweidler, § 233 StPO N 3; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 264 N 1

^{238 § 1} Abs. 1 InfoV

²³⁹ § 1 Abs. 3 InfoV

Obergericht Aufsichtsbeschwerde geführt werden²⁴⁰. Als richterlicher Entscheid eines Bezirksamts kann nur eine Strafverfügung gelten, denn nur diese unterliegt der Einsprache an eine strafrichterliche Instanz; demgegenüber erlässt das Bezirksamt Nichtanhandnahmeverfügungen und Einstellungsentscheide nicht als richterliche, sondern als untersuchungsrichterliche Behörde, was sich einerseits schon im Rechtsmittelweg²⁴¹ und andererseits darin zeigt, dass Einstellungsverfügungen der Genehmigung durch die Staatsanwaltschaft unterliegen²⁴².

- c) Damit hat bei Strafverfügungen das Bezirksamt über Einsichtsbegehren zu entscheiden; gegen dessen Verfügung ist das Obergericht anzurufen. Das Bezirksamt wird hier entscheiden müssen, ob § 20 Abs. 3 oder § 30 Abs. 1 InfoV massgebend ist, ob mit anderen Worten W und X ein schutzwürdiges Interesse für die Einsichtsnahme glaubhaft machen müssen, wie dies bei erledigten und vom Gericht archivierten Verfahren der Fall ist. Sollten W und X ihr Begehren um Einsicht hingegen innerhalb eines Monats ab der letzten Zustellung der massgebenden Entscheide an die Parteien gestellt haben, besteht ihr Recht auf Kenntnisnahme voraussetzungslos.
- d) Soweit es indessen entsprechend dem ursprünglichen Antrag um die Einsicht in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen des Bezirksamts geht, handelte dieses als untersuchungsrichterliche Behörde; damit bestand auch eine Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft, und die InfoV ist nicht anwendbar. Dementsprechend ist die Beschwerde in dieser Hinsicht zuständigkeitshalber der Anklagekammer zu überweisen.

²⁴⁰ § 5 Abs. 2 InfoV

²⁴² § 137 Abs. 3 StPO

186

²⁴¹ Zweidler, § 73 StPO N 14 und § 137 StPO N 25

3. Die Beschwerde ist demnach insofern zu schützen, als das Akteneinsichtsbegehren von W und X an das Bezirksamt überwiesen wird, soweit es um die Einsicht in Strafverfügungen geht; im Übrigen wird die Beschwerde zuständigkeitshalber der Anklagekammer überwiesen.

Obergericht, 14. Mai 2007, SW.2007.3

35. Amtliche Verteidigung; eine bedingte Geldstrafe von 90 Tagessätzen stellt einen Bagatellfall dar (§ 51 Abs. 2 i.V.m. § 50 Abs. 4 StPO)

- 1. Die Staatsanwaltschaft beantragte in ihrer Klageschrift, die Beschwerdeführerin sei wegen Irreführung der Rechtspflege mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 80.00 sowie mit einer Busse von Fr. 600.00 zu bestrafen. Die Bezirksgerichtliche Kommission wies das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bestellung eines amtlichen Verteidigers ab; die Beschwerdeführerin wandte sich an das Obergericht.
- 2. a) Gemäss der Rechtsprechung des Obergerichts, die sich an diejenige des Bundesgerichts zum Anspruch auf amtliche Verteidigung gemäss Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK anlehnt²⁴³, besteht bei einer konkret drohenden unbedingten Freiheitsstrafe von über sechs Monaten unabhängig von tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten Anspruch auf amtliche Verteidigung²⁴⁴. Umgekehrt geben geringfügige Fälle keinen Anspruch auf Offizialver-

Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 50 N 27
 RROG 2003 Nr. 29

teidigung; ein solcher Bagatellfall liegt etwa bei Übertretungen vor, bei denen nur eine Busse in Betracht kommt, oder wenn konkret eine bedingte Strafe von bis zu rund drei Monaten droht. Von diesem Grundsatz ausgenommen sind etwa Fälle, in denen der Betroffene aufgrund persönlicher Umstände überhaupt nicht in der Lage ist, sich zu verteidigen, oder wenn die Strafuntersuchung sich als ausserordentlich kompliziert erwies²⁴⁵. Zwischen diesen beiden Fallgruppen liegen die relativ schweren Fälle. Diese geben einen Anspruch auf amtliche Verteidigung, wenn eine Freiheitsbeschränkung von lediglich einigen wenigen Wochen oder Monaten droht und ausserdem Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht hinzukommen, denen der Betroffene - auf sich allein gestellt - nicht gewachsen wäre²⁴⁶.

Die Staatsanwaltschaft beantragte eine Bestrafung der Beschwerdeführerin mit 90 Tagessätzen Geldstrafe bedingt. Diese Strafe hätte unter der Herrschaft des alten, bis Ende 2006 gültigen Allgemeinen Teils des StGB einer bedingten dreimonatigen Gefängnisstrafe entsprochen²⁴⁷. Es wäre demzufolge noch von einem Bagatellfall auszugehen gewesen. Dass sich an dieser Einschätzung mit dem Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des StGB am 1. Januar 2007 in dem Sinn etwas geändert haben sollte, dass die der Beschwerdeführerin drohende Strafe neu als gewichtiger zu beurteilen wäre als früher und demnach von einem relativ schweren Fall auszugehen wäre, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Die Beschränkung der Freiheit, die bei der Rechtsprechung zur amtlichen Verteidigung stets im Zentrum stand, fällt aufgrund des Umstands, dass kurze und mittlere Strafen durch die Geldstrafe ersetzt werden, jedenfalls so lange dahin, als eine Geldstrafe bezahlt wird. Es kann daher auch nach neuem Recht ohne weiteres davon ausgegangen werden, mit der von der Staatsanwalt-

²⁴⁵ RBOG 2004 Nr. 38

²⁴⁶ Vgl. BGE 128 I 232 f. und 120 Ia 43

²⁴⁷ Vgl. Art. 36 Abs. 1 StGB

schaft beantragten Strafe drohe der Beschwerdeführerin ein geringfügiger Eingriff in ihre Rechtsposition. Insofern kommt die amtliche Verteidigung nach der Praxis des Obergerichts nur in Betracht, wenn die Beschwerdeführerin etwa aufgrund persönlicher Umstände nicht in der Lage ist, sich zu verteidigen, oder wenn die Strafuntersuchung sich als ausserordentlich kompliziert erwies.

Obergericht, 15. Oktober 2007, SW.2007.8

- 36. Wenn sich herausstellt, dass nicht das ordentliche Strafverfahren, sondern das Privatstrafverfahren zur Anwendung gelangt, haben die Strafuntersuchungsbehörden das ordentliche Strafverfahren einzustellen und den Anzeiger im Sinn von § 177 Abs. 2 StPO auf das Privatstrafverfahren zu verweisen.
- 1. Die Geschädigte reichte im Februar 2005 gegen den Angeschuldigten Strafanzeige wegen Widerhandlungen gegen das Urheberrechtsgesetz ein. Gestützt auf die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, wonach der Angeschuldigte die ihm vorgeworfenen Handlungen nicht gewerbsmässig ausgeübt habe, trat das Kantonale Untersuchungsrichteramt die Streitsache mit Verfügung vom 15. Januar 2007 an das Friedensrichteramt ab; es komme nicht das ordentliche Strafverfahren, sondern das Privatstrafverfahren zur Anwendung.
- 2. Angesichts des Vorgehens des Untersuchungsrichteramts rechtfertigen sich grundsätzliche Hinweise zur Vorgehensweise in Fällen, in denen sich im Nachhinein aufgrund der Ermittlungen im Strafverfahren zeigt, dass nicht das ordentliche Strafverfahren, sondern das Privatstrafverfahren zur Anwendung gelangt.

- 3. Das Untersuchungsrichteramt erliess die Abtretungsverfügung in analoger Anwendung von § 69 Abs. 3 StPO. Nach dieser Bestimmung gilt die Frist für den Strafantrag als gewahrt, wenn der Antrag innert Frist bei einer im ersten Teil des Gesetzes erwähnten, nicht zuständigen Behörde gestellt wurde. Damit scheint das Untersuchungsrichteramt wohl davon auszugehen, die von der Geschädigten erhobene Strafanzeige sei für den Fall, dass das Privatstrafverfahren zur Anwendung gelange, als Strafantrag zu betrachten. Das mag vorab unter Berücksichtigung von § 177 Abs. 2 StPO richtig sein, beantwortet aber die Frage nach dem konkreten Vorgehen nicht.
- 4. Grundsätzlich bieten sich zwei Möglichkeiten an: Entweder wird in analoger Anwendung von § 173 Abs. 2 StPO oder nach § 177 Abs. 2 StPO vorgegangen.
- Gemäss § 173 Abs. 2 StPO hat der Kläger zur Wahrung der Antragsfrist die Klage unmittelbar dem Gerichtspräsidenten schriftlich einzureichen, wenn eine Weisung innert der Antragsfrist noch nicht ausgestellt worden ist. Dieser setzt dem Kläger eine Verwirkungsfrist von 60 Tagen zur nachträglichen Durchführung des Vermittlungsverfahrens und zur Einreichung der Weisung an. Findet diese Bestimmung analog Anwendung, hätte die Strafuntersuchungsbehörde somit, wenn sie feststellt, dass eine Streitsache gemäss § 171 Abs. 1 StPO vorliegt, die Angelegenheit dem zuständigen Gerichtspräsidium zu überweisen, das dem Kläger von Amtes wegen eine Verwirkungsfrist von 60 Tagen zur nachträglichen Durchführung des Vermittlungsvorstands und zur Einreichung der Weisung ansetzen müsste. Allerdings geht § 173 Abs. 2 StPO, was schon der Wortlaut deutlich macht ("zur Wahrung der Antragsfrist"), davon aus, die Antragsfrist sei bei Einreichung der Klage noch nicht abgelaufen. Es fehlt hier eine § 177 Abs. 2 StPO entsprechende Regelung, wonach der Kläger "unter Wahrung seines Antragsrechts" auf § 171 StPO zu verweisen ist. Es müsste mithin bei Anwendung von § 173 StPO analog auch § 177 Abs. 2 StPO herangezogen werden, falls die Antragsfrist bereits abge-

laufen ist, wobei vorauszusetzen ist, dass seitens des Klägers in guten Treuen davon ausgegangen werden konnte, es liege ein im ordentlichen Strafverfahren abzugeltendes Delikt vor²⁴⁸. Der Nachteil dieses Vorgehens liegt darin, dass das Gerichtspräsidium, an das die Streitsache überwiesen wird, von Amtes wegen Frist zur Einreichung der Weisung ansetzen müsste, obwohl es gar nicht weiss, ob der Kläger vorab auch mit Blick auf das Kostenrisiko - die Angelegenheit überhaupt auf dem Weg des Privatstrafverfahrens weiter verfolgen will.

Gemäss § 177 Abs. 2 StPO ist der Kläger unter Wahrung seines Antragsrechts auf § 171 StPO zu verweisen, wenn sich nachträglich bei einer Ehrverletzung gegenüber Behörden und Amtspersonen das Privatstrafverfahren als anwendbar zeigt. In analoger Anwendung dieser Bestimmung wäre die Streitsache von der Strafverfolgungsbehörde nicht von Amtes wegen an die zivilrichterliche Behörde zu überweisen oder abzutreten. Vielmehr hätte sie dem Kläger mitzuteilen, er müsse das Privatstrafverfahren gemäss §§ 171 ff. StPO einleiten. Diese Mitteilung wäre allenfalls mit dem Hinweis auf § 173 Abs. 2 StPO zu verbinden. § 177 StPO gilt nach dem Wortlaut der Marginalie zwar nur für Ehrverletzungen gegenüber Amtspersonen. Gerade auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes kann sich aber - wie bei der Ehrverletzung gegenüber Behörden und Amtspersonen - herausstellen, dass - hier mangels Gewerbsmässigkeit - nicht das ordentliche Strafverfahren, sondern das Privatstrafverfahren zur Anwendung gelangt. Sowohl hier wie dort dürfte zudem in vielen Fällen die dreimonatige Antragsfrist gemäss Art. 31 StGB zum Zeitpunkt, in dem sich die Anwendbarkeit des Privatstrafverfahrens zeigt, bereits verstrichen sein. Es erscheint in beiden Fällen als sachgerecht, dass der Kläger nach Erhalt einer entsprechenden Verfügung der

-

 $^{^{248}}$ Vgl. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, \S 177 N 6

Strafuntersuchungsbehörde, es komme das Privatstrafverfahren zur Anwendung, selbst tätig werden und das Vorstandsbegehren beim zuständigen Friedensrichter stellen muss. Es ist alsdann in das Belieben des Klägers gestellt, ob er das Verfahren weiter verfolgen will, ohne dass zusätzlich eine Behörde dazwischen geschaltet wird²⁴⁹. Bei analoger Anwendung von § 173 StPO wäre aber gerade dies der Fall.

5. Mithin haben, wenn entgegen der ursprünglichen Annahme keine Gewerbsmässigkeit vorliegt, die Strafuntersuchungsbehörden das ordentliche Strafverfahren einzustellen und den Anzeiger im Sinn von § 177 Abs. 2 StPO auf das Privatstrafverfahren zu verweisen. Dieser hat alsdann selbst zu entscheiden, ob er das Verfahren weiterführen will.

Obergericht, 30. April 2007, ZR.2007.37

37. Legitimation zur Berufung im Strafprozess: Auch wer möglichst lange im Strafvollzug bleiben möchte, ist zur Berufung legitimiert (§ 195 StPO).

Die Staatsanwaltschaft beantragt, aufgrund des mehrfach geäusserten Willens des Berufungsklägers, möglichst lang im Strafvollzug zu verweilen, sei auf die Berufung mangels Beschwer des Berufungsklägers nicht einzutreten.

Die Legitimation des Berufungsklägers ist gegeben. Er ist als Angeklagter und Prozesspartei gestützt auf § 195 StPO zur Berufung

Gegenteiliger Auffassung ist offenbar Schneider, Der Ehrverletzungsprozess im thurgauischen Recht, Diss. Zürich 1977, S. 284, der - allerdings ohne Begründung - § 173 Abs. 2 StPO für anwendbar hält.

legitimiert und von der durch das Urteil der Vorinstanz verhängten Freiheitsstrafe unmittelbar in seinen Rechten betroffen²⁵⁰. Der Berufungskläger hat ein aktuelles Rechtsschutzinteresse an einem für ihn günstigeren Entscheid und einer milderen Bestrafung. Daran ändert der Umstand nichts, dass gemäss Staatsanwaltschaft der Berufungskläger öffentlich erklärt haben soll, er wolle weiterhin im Strafvollzug bleiben, und dass er dies auch gegenüber dem Präsidenten der Anklagekammer vertreten habe. Dem Berufungskläger steht es frei, seine Meinung zu ändern und eine mildere Bestrafung zu verlangen. Auf die Berufung ist einzutreten.

Obergericht, 30. November 2006, SBO.2006.6

- 38. Ursprünglich korrekt erhobene Beweise können nicht aufgrund einer Gesetzesänderung mangelhaft werden (§§ 233, 86 StPO; Art. 31 Abs. 2 BV; Art. 39 VStrR).
- 1. a) In den frühen Neunzigerjahren schloss der Schweizer Landwirt A mit mehreren in Deutschland lebenden Landwirten Pachtverträge ab. Diese berechtigten ihn, gegen einen Pachtzins landwirtschaftliche Pachtflächen in Deutschland zu bewirtschaften. Mit den Pachtverträgen erlangte A beim Zollamt die abgaben- und bewilligungsfreie Einfuhr der aus den Pachtgrundstücken stammenden Ernteerträge.
- b) Im Frühjahr 1997 leitete der Untersuchungsdienst der Zollkreisdirektion gegen A und die deutschen Landwirte eine Untersuchung ein und warf ihnen vor, fingierte Pachtverträge abgeschlossen

²⁵⁰ Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 195 N 4

zu haben. A habe den "Verpächtern" nicht den schriftlich vereinbarten Pachtzins bezahlt, sondern ein Entgelt, das von der Art und Menge der geernteten und von ihm übernommenen Produkte abhängig gewesen sei. Zudem hätten die "Verpächter" das "verpachtete" Land weiterhin mitbestellt und namhaften Einfluss auf die Bewirtschaftung ausgeübt. Damit seien die Bedingungen für den zollfreien Warenverkehr nicht erfüllt gewesen, und die Beschuldigten hätten gegen das Zollgesetz, die Verordnung über die Mehrwertsteuer und das Getreidegesetz verstossen.

- 2. a) Es ist unbestritten und erstellt, dass die Beschuldigten im Rahmen der verwaltungsstrafrechtlichen Untersuchung nicht über ihr Aussageverweigerungsrecht belehrt wurden. Die Vorinstanz erwog, unter Berücksichtigung von § 86 Abs. 4 StPO sei mit der Missachtung des Aussageverweigerungsrechts derart in das Persönlichkeitsrecht der Angeschuldigten eingegriffen worden, dass gestützt auf die Einvernahmen kein Schuldspruch erfolgen könne. Darüber hinaus lägen keine genügenden Beweise für die Schuld der Angeklagten vor, weshalb diese gestützt auf den Grundsatz "in dubio pro reo" freizusprechen seien.
- b) Die Oberzolldirektion stützte sich anlässlich der Berufungsverhandlung nicht mehr auf die Einvernahmen, sondern machte geltend, das Verschulden ergebe sich auch aus den anderen Untersuchungsakten. Zur Verwirklichung des Gebots der Erforschung der materiellen Wahrheit hat die Berufungsinstanz jedoch von Amtes wegen die Pflicht, Fehler im angefochtenen Urteil zu beheben²⁵¹. Es ist somit vorab zu prüfen, ob die Vorinstanz die Einvernahmen der Angeschuldigten zu Recht nicht berücksichtigte.

²⁵¹ Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 209 N 18

- 3. a) Beweise sind nach dem jeweils gültigen Prozessrecht zu erheben²⁵²; ursprünglich korrekt erhobene Beweise können nicht aufgrund einer Gesetzesänderung mangelhaft werden²⁵³.
- Die Einvernahmen erfolgten durch den Untersuchungsdienst der Zollkreisdirektion, welcher der Eidgenössischen Zollverwaltung untersteht. Ist die Verfolgung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen, so sind primär die Bestimmungen des VStrR²⁵⁴, nicht diejenigen der kantonalen Strafprozessordnung anzuwenden²⁵⁵. Gemäss Art. 39 Abs. 4 VStrR ist aktenkundig zu machen, wenn sich der Beschuldigte weigert, auszusagen. Es besteht somit nach dem Gesetz ein Aussageverweigerungsrecht, nicht jedoch eine Pflicht der Behörden, den Angeschuldigten ausdrücklich auf sein Recht aufmerksam zu machen²⁵⁶. Eine solche Pflicht war auch in den damals einschlägigen Vorschriften der thurgauischen StPO nicht enthalten und auch nicht durch die Rechtsprechung anerkannt. § 86 Abs. 1 StPO in der heutigen Fassung trat erst am 1. Januar 2000 in Kraft²⁵⁷; § 86 Abs. 1 Satz 1 StPO enthielt vorher auch in der Fassung vom 5. November 1991 nur den Hinweis, der Angeschuldigte sei zur Wahrheit zu ermahnen. Es ist jedoch zusätzlich zu prüfen, ob sich im massgebenden Zeitpunkt die Pflicht zum Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht aus anderen (übergeordneten) Rechtsquellen ergab.

-

²⁵² Vgl. BGE vom 12. Februar 2007, 6P.216/2006, Erw. 4.1

Zweidler, § 233 StPO N 4

Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0

²⁵⁵ Art. 1 VStrR; BBl 1971 I 1025; § 23 StPO

Hauri, Verwaltungsstrafrecht, Bern 1998, S. 103; zur heutigen Rechtslage vgl. allerdings Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6.A., S. 154

Zur Zielsetzung jener Änderung: Vorschläge für eine umfassende Justizreform im Kanton Thurgau, Schriftenreihe der Staatskanzlei des Kantons Thurgau, Bd. 11, Frauenfeld 1995, S. 320 ff.

c) Gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, unter anderem Anspruch darauf, unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache über ihre Rechte unterrichtet zu werden; sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Dazu gehört auch das Schweige- und Aussageverweigerungsrecht²⁵⁸. Diese Bestimmung trat jedoch erst am 1. Januar 2000 in Kraft und kann damit für die im Jahr 1997 durchgeführten Einvernahmen nicht massgebend sein.

Eine Pflicht zum ausdrücklichen Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht ergab sich vor dem 1. Januar 2000 auch nicht aus übergeordnetem Recht²⁵⁹, da sich Art. 31 Abs. 2 BV anders als die übrigen Verfahrensgarantien gar nicht an die EMRK oder an den UNO-Pakt II und die geltende Rechtssprechung dazu oder an Art. 4 aBV anlehnt, sondern auf frühere Vorentwürfe zur Totalrevision der Bundesverfassung zurückgeht²⁶⁰. Im Übrigen ist nicht zu verkennen, dass auch der deutsche Bundesgerichtshof ein Verwertungsverbot im Zusammenhang mit unterlassenen Hinweisen auf das Aussageverweigerungsrecht seinerseits ebenfalls erst in einem Grundsatzentscheid vom 27. Februar 1992 statuierte²⁶¹; noch 1995 hielt der Bundesgerichtshof fest, bei einer rechtshilfeweisen Einvernahme des Angeschuldigten für ein deutsches Gericht durch eine schweizerische Behörde

²⁵⁸ BGE vom 14. März 2001, 8G.55/2000, Erw. 3

In der 1999 erschienenen 4. Auflage von Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, wird ausdrücklich aufgeführt, eine Pflicht zum Hinweis auf das Schweigerecht des Angeschuldigten bestehe in der Schweiz ebenso wenig wie ein Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung, unter Hinweis auf gegenläufige Ansätze in den Kantonen Zürich, Bern und Freiburg (S. 142).

²⁶⁰ BGE vom 14. März 2001, 8G.55/2000, Erw. 3b.bb

²⁶¹ BGHSt 38, 214

verstosse die unterlassene Belehrung (aus deutscher Sicht) nicht gegen den ordre public²⁶².

Da nach dem massgebenden Prozessrecht korrekt erhobene Beweise durch eine später erfolgende Gesetzesänderung nicht mangelhaft werden können, unterscheidet sich der Fall denn auch massgeblich von BGE 130 I 126 ff., in welchem Einvernahmen zu beurteilen waren, welche nach dem Inkrafttreten von Art. 31 BV durchgeführt worden waren.

Die Einvernahmen wurden somit nicht unter Verletzung von Verfahrensgarantien durchgeführt und sind grundsätzlich verwertbar.

Selbst wenn sich das Strafgericht für die Frage der Verwertbarkeit der Aussagen am heute geltenden Recht orientieren müsste, wäre deren Verwertung nicht ohne weiteres ausgeschlossen. Art. 31 Abs. 2 BV gewährt den Anspruch auf Unterrichtung über das Aussageverweigerungsrecht - anders als (mittlerweile) verschiedene kantonale Strafprozessordnungen - nur festgenommenen Beschuldigten²⁶³. Von den fünf Beschuldigten wurde jedoch nur A festgenommen. Die Einvernahmen der deutschen Landwirte sind somit ohne weiteres verwertbar. Die Frage, ob ein mit einem formellen Mangel behaftetes Einvernahmeprotokoll als Beweismittel verwertbar ist, muss zudem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vom Sachrichter im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung beantwortet werden. Er hat darüber zu befinden, ob die in Frage stehenden Aussagen als Beweismittel erheblich sind, und - gegebenenfalls - die notwendige Interessenabwägung vorzunehmen; ein absolutes Verwertungsverbot besteht entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht²⁶⁴. Auch § 86 Abs. 4

-

²⁶² Hauser/Schweri/Hartmann, S. 155

²⁶³ Vgl. aber ZR 102, 2003, Nr. 34

²⁶⁴ BGE vom 14. März 2001, 8G.55/2000, Erw. 3c; BGE 131 I 278 f., 130 I 131 f.

StPO steht der Verwertung der Aussagen nicht entgegen, denn aus dieser Bestimmung folgt keine absolute Unverwertbarkeit der Aussagen wegen einer unterlassenen Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht; vielmehr ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtssprechung im Rahmen einer Interessenabwägung abzuklären, ob ein Ausnahmefall vorliegt²⁶⁵.

e) Zusammengefasst sind die Einvernahmeprotokolle verwertbar. Da sich die Vorinstanz bisher nur mit formellen Fragen auseinandersetzte, ist die Sache zur materiellen Beurteilung und zu neuem Entscheid zurückzuweisen.

Obergericht, 8. Mai 2007, SBR.2006.38

²⁶⁵ Vgl. Zweidler, § 86 StPO N 6; vgl. Hauser/Schweri/Hartmann, S. 155

D. Gesetzesregister 2007

I. Bundesrecht

BV

vom 18. April 1999/SR 101

Art. 31 Abs. 2 Ursprünglich korrekt erhobene Beweise können nicht aufgrund einer Gesetzesänderung mangelhaft werden: 2007 Nr. 38

ZGB

vom 10. Dezember 1907/SR 210

Art. 2 Abs. 2 Recht eines einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrats und Aktionärs, die Betriebsliegenschaft zu betreten; Hausfriedensbruch, Strafantragsrecht, Rechtsmissbrauch: 2007 Nr. 19

Art. 125 Nachehelicher Unterhalt; Behandlung der Ergänzungsleistungen beim Einkommen des Unterhaltspflichtigen: 2007 Nr. 1

Art. 132 Abs. 1 Keine Schuldneranweisung bezüglich Ergänzungsleistungen: 2007 Nr. 2

Art. 135 ff., 140 Fragepflicht des Richters im streitigen Scheidungsverfahren: 2007 Nr. 3

Art. 164 Keine Pfändung des Betrags zur freien Verfügung bei nicht verheirateten Paaren: 2007 Nr. 14

Art. 285 Abs. 1 Zur Bemessung des Kinderunterhaltsbeitrags: 2007 Nr. 4

Art. 293 Abs. 2 Kinderunterhaltsbeiträge und Bevorschussung: 2007 Nr. 5

Art. 960 Abs. 1 Richterliche Anordnung betreffend eine Verfügungs-Ziff. 1 beschränkung; Klagefrist: 2007 Nr. 6

OR

vom 30. März 1911/SR 220

Art. 23 ff. Eheschutzverfahren: Unverbindlichkeit eines Vergleichs, der auf einem unangemessenen richterlichen Vorschlag beruht: 2007 Nr. 30

Art. 330a Abs. 1 Codierung eines Arbeitszeugnisses; Referenzauskünfte: 2007 Nr. 8

Art. 991 ff. Keine Rechtsöffnung gestützt auf einen Blanko-Wechsel: 2007 Nr. 12

BG über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB)

vom 4. Oktober 1991/SR 211.412.11

Art. 21 Abs. 1 Anspruch des Gesamteigentümers eines landwirtschaftlichen Gewerbes auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zum doppelten Ertragswert im Rahmen einer Erbteilung: 2007 Nr. 7

SchKG

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

Art. 80 Kein Wahlrecht des Gebüssten zwischen der Betreibung und dem Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe: 2007 Nr. 9

Anwendbares Recht bei der Vollstreckung von Bussen: 2007 Nr. 10

Anwaltsentschädigung im Rechtsöffnungsverfahren: 2007 Nr. 17

Art. 80 ff. Substantiierung im Rechtsöffnungsverfahren: 2007 Nr. 11

Art. 82 Keine Rechtsöffnung gestützt auf einen Blanko-Wechsel: 2007 Nr. 12

Anwaltsentschädigung im Rechtsöffnungsverfahren: 2007 Nr. 17

Art. 93 Keine Pfändung des Betrags zur freien Verfügung bei nicht verheirateten Paaren: 2007 Nr. 14

- Art. 93 Abs. 1 Keine Berücksichtigung laufender Steuern im Existenzminimum bei knappen finanziellen Verhältnissen; Bestätigung der Rechtsprechung: 2007 Nr. 13
- Art. 144 Abs. 4 Zinsenlauf im Fall der Ausstellung eines Verlustscheins bei fruchtloser Einkommens- und Verdienstpfändung: 2007 Nr. 15
- Art. 172 Ziff. 3 Rechtzeitigkeit der Tilgung der Schuld im Konkursverfahren bei bargeldlosem Zahlungsverkehr: 2007 Nr. 16

nGebV SchKG

vom 23. September 1996/SR 281.35

Art. 62 Abs. 1 Anwaltsentschädigung im Rechtsöffnungsverfahren: 2007 Nr. 17

StGB

vom 21. Dezember 1937/SR 311.0

- Art. 30 Abs. 1 Recht eines einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrats und Aktionärs, die Betriebsliegenschaft zu betreten; Hausfriedensbruch, Strafantragsrecht, Rechtsmissbrauch: 2007 Nr. 19
- Art. 35 Abs. 3, Kein Wahlrecht des Gebüssten zwischen der Betrei-36 Abs. 1, bung und dem Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe: 2007 106 Abs. 5 Nr. 9

Art. 146 Arglist im Pferdehandel: 2007 Nr. 18

Art. 186 Recht eines einzelzeichnungsberechtigten Verwal-

tungsrats und Aktionärs, die Betriebsliegenschaft zu betreten; Hausfriedensbruch, Strafantragsrecht,

Rechtsmissbrauch: 2007 Nr. 19

Art. 373 StGB Anwendbares Recht bei der Vollstreckung von Bus-

(Art. 380 aStGB) sen: 2007 Nr. 10

BG über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

vom 22. März 1974/SR 313.0

Art. 39 Ursprünglich korrekt erhobene Beweise können

nicht aufgrund einer Gesetzesänderung mangelhaft

werden: 2007 Nr. 38

BG über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000/SR 830.1

Art. 20 Keine Schuldneranweisung bezüglich Ergänzungsleistungen: 2007 Nr. 2

BG über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG)

vom 19. März 1965/SR 831.30

Art. 10, 11 Nachehelicher Unterhalt; Behandlung der Ergänzungsleistungen beim Einkommen des Unterhaltspflichtigen: 2007 Nr. 1

BG betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG)

vom 23. Juni 1978/SR 961.01

Art. 85 Abs. 1 Zur Beurteilung von Streitigkeiten aus Taggeldversicherungen nach VVG sind die Zivilgerichte zuständig: 2007 Nr. 20

II. Kantonales Recht

V des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen (AnwT)

vom 9. Juli 1991/RB 176.3

§§ 1 ff. Entschädigung eines bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Anwalts: 2007 Nr. 23

ZPO

vom 6. Juli 1988/RB 271

- Zur Beurteilung von Streitigkeiten aus Taggeldversicherungen nach VVG sind die Zivilgerichte zuständig: 2007 Nr. 20
 46 Abs. 2 Kompetenzattraktion beim Scheidungsgericht zum
- Entscheid über eine im Scheidungsverfahren verlangte Schuldneranweisung: 2007 Nr. 29
- §§ 51 f. Befangenheit eines Richters und Medienberichterstattung: 2007 Nr. 21
- § 53 Abs. 1 Ist ein Gericht ausschliesslich mit Laienrichtern besetzt, braucht nicht zwingend ein Ersatzgericht bestellt zu werden: 2007 Nr. 22
- § 75 Entschädigung eines bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Anwalts: 2007 Nr. 23

		Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei vorsorglichen Massnahmen, wenn einer Partei Frist zur Klage angesetzt wird: 2007 Nr. 24
\$\$	80 ff.	Behandlung von übersetzten Wohnkosten bei Begehren um unentgeltliche Prozessführung: 2007 Nr. 25
\$	95	Fragepflicht eines Richters im streitigen Scheidungsverfahren: 2007 Nr. 3
		Substantiierung im Rechtsöffnungsverfahren: 2007 Nr. 11
\$	125	Folgen einer erst im Berufungsverfahren festgestellten Nichtigkeit der Weisung: 2007 Nr. 26
\$	144	Substantiierung im Rechtsöffnungsverfahren: 2007 Nr. 11
\$	153	Fragepflicht des Richters im streitigen Scheidungsverfahren: 2007 Nr. 3
\$\$	161 ff.	Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei vorsorglichen Massnahmen, wenn einer Partei Frist zur Klage angesetzt wird: 2007 Nr. 24
\$	171	Bedeutung und Anfechtbarkeit eines Wohnungsabnahmeprotokolls: 2007 Nr. 27
\$	172	Vorsorgliche Massnahmen und Hauptprozess; Zuständigkeit: 2007 Nr. 28

8 172 Ziff. 2a Kompetenzattraktion beim Scheidungsgericht zum Entscheid über eine im Scheidungsverfahren verlangte Schuldneranweisung: 2007 Nr. 29 Eheschutzverfahren: Unverbindlichkeit eines Ver-8 172 Ziff, 8 gleichs, der auf einem unangemessenen richterlichen Vorschlag beruht: 2007 Nr. 30 172 Ziff. 44 Richterliche Anordnung betreffend eine Verfü-8 gungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Klagefrist: 2007 Nr. 6 §§ 174, 176 Vorsorgliche Massnahmen und Hauptprozess; Zuständigkeit: 2007 Nr. 28 Mit der Berufungseingabe sind die Berufungsan-8 228 Abs. 1 träge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen: 2007 Nr. 31 8 235 Bedeutung und Anfechtbarkeit eines Wohnungsabnahmeprotokolls: 2007 Nr. 27 Auslegung eines Klagerückzugs: 2007 Nr. 32 8 254 Anforderungen an einen gerichtlichen Vergleich: 2007 Nr. 33 als Präzisierung von 2001 Nr. 20

V des Obergerichts über die Information in Zivil- und Strafgerichtsverfahren und die Akteneinsicht durch Dritte (InfoV)

vom 24. Oktober 2006/RB 271.31

§§ 1 Abs. 3, 5 Die Einsichtnahme in Strafverfügungen beurteilt sich nach der Informationsverordnung, nicht aber die Einsichtnahme in Einstellungs- und Nichtanhandnahmeverfügungen des Bezirksamts; Beschwerdeinstanz: 2007 Nr. 34

StPO

vom 30. Juni 1970/5. November 1991/RB 312.1

- \$ 51 Abs. 2 Amtliche Verteidigung; eine bedingte Geldstrafe von i.V.m.
 \$ 90 Tagessätzen stellt einen Bagatellfall dar: 2007
 \$ 50 Nr. 35
 Abs. 4
- § 86 Ursprünglich korrekt erhobene Beweise können nicht aufgrund einer Gesetzesänderung mangelhaft werden: 2007 Nr. 38
- § 177 Abs. 2 Wenn sich herausstellt, dass nicht das ordentliche Strafverfahren, sondern das Privatstrafverfahren zur Anwendung gelangt, haben die Strafuntersuchungsbehörden das ordentliche Strafverfahren einzustellen und den Anzeiger auf das Privatstrafverfahren zu verweisen: 2007 Nr. 36
- \$ 195 Legitimation zur Berufung im Strafprozess: Auch wer möglichst lange im Strafvollzug bleiben möchte, ist zur Berufung legitimiert: 2007 Nr. 37

§ 233 Ursprünglich korrekt erhobene Beweise können nicht aufgrund einer Gesetzesänderung mangelhaft werden: 2007 Nr. 38

G über die öffentliche Sozialhilfe (SHG) vom 29. März 1984/RB 850.1

§ 14 Abs. 1 Kinderunterhaltsbeiträge und Bevorschussung: 2007 Nr. 5