Thurgau

Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat 2006

Inhaltsverzeichnis

A. Allgemeines — Seite

I. Obergericht
1. Personelles 5
2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde 5
3. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Zivil- und Strafsachen 7
4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen 10
5. Rechtsetzung 11
6. Verschiedenes 13

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht 22
III. Zivil- und Strafgerichte 23

B. Statistische Angaben

I. Obergericht 33
II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle 43
III. Bezirksgerichte 44
IV. Friedensrichterämter 57
V. Bezirksämter 58
VI. Konkursamt 59
VII. Betreibungsämter 60

C. Entscheide

Bundesrecht 62
Staatsverträge 194
Kantonales Recht 198

D. Gesetzesregister 2006 — 247

Das Obergericht des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
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 2006.

Das Berichtsjahr wurde im Hinblick auf die Rechtsetzung insbesondere einerseits durch den Erlass der Informationsverordnung und andererseits durch die Teilrevision des Anwaltstarifs geprägt. In beiden Fällen konnten aufgrund eines eingehenden Vernehmlassungsverfahrens ausgewogene Lösungen gefunden werden.

Wir ersuchen Sie, sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren Kantonsrätinnen und Kantonsräte, um Genehmigung unseres Rechenschaftsberichts.

Frauenfeld, im April 2007

Das Obergericht des Kantons Thurgau

Der Präsident:
Thomas Zweidler

Die Obergerichtsschreiberin:
Dr. Barbara Merz

A. Allgemeines

I. Obergericht

1. Personelles

Auf Ende Oktober 2006 beendete Olivia Galli-Trepp zufolge Schwangerschaft ihre Tätigkeit als Gerichtsschreiberin. Die Stelle (60%) konnte auf den 1. Januar 2007 mit lic.iur. Tobias Zumbach, Basel, wieder besetzt werden.

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

2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde

a) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 179 Berufungsverfahren eingeschrieben. Erledigt werden konnten insgesamt 176 Berufungsverfahren, davon 32 in Fünfer- und 144 in Dreierbesetzung. Die Zahl der beim Obergericht insgesamt hängigen Berufungsverfahren stieg damit von 89 auf 92 Verfahren.

Im Berichtsjahr wurden 260 Rekurse und Beschwerden anhängig gemacht; das Obergericht konnte 254 entsprechende Verfahren erledigen.

Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen, Rekurse und Beschwerden) im Jahr 2006 insgesamt 439 Fälle ein, während 430 Fälle erledigt werden konnten.

Von den gesamthaft 514 Verfahren, die im Jahr 2006 eingingen, waren Ende des Jahrs 382 Fälle (74%) erledigt (2005: 76%; 2004: 77%). Insgesamt wurden im Berichtsjahr 514 Verfahren erledigt.

b) Von den 11 Berufungsverfahren, die beim Obergericht Ende 2005 überjährig waren, konnten im Jahr 2006 vier Fälle erledigt werden. Von den im Jahr 2005 eingegangenen Fällen war ein Verfahren am Ende des Berichtsjahrs noch hängig. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2006 bei acht Fällen.

Beim Obergericht ist kein Rekurs- oder Beschwerdeverfahren hängig, welches überjährig, mithin vor dem 31. Dezember 2005 eingegangen ist.

c) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 102 Berufungsverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang der Akten bis zum Versand des Entscheids) von 8,7 Monaten auf; 2005 waren es 7,2 Monate, 2004 8,5 Monate gewesen. Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 2,6 Monate (2005: 2,5 Monate; 2004: 2,9 Monate).

Die im Berichtsjahr materiell erledigten 175 Rekurs- und Beschwerdeverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des Entscheids) von 2,6 Monaten auf (2005: 2,5 Monate; 2004: 2,5 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,7 Monate (2005: 0,8 Monate; 2004: 0,9 Monate).

d) Im Berichtsjahr wurde eine Referentenaudienz durchgeführt, die zu einer materiellen Einigung der Parteien führte. Das Obergerichtspräsidium vernahm im Jahr 2006 insgesamt neun Personen ein.

e) Das Obergerichtspräsidium erledigte im Berichtsjahr im Immaterialgüterrecht vier Massnahmeverfahren: Ein Massnahmegesuch wurde geschützt, und drei Gesuche wurden zurückgezogen, wobei der Rückzug in zwei Fällen aufgrund der vom Obergerichtspräsidium getroffenen superprovisorischen Verfügung erfolgte.

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 sieben

Aufsichtsbeschwerden gegen Bezirksgerichte, Bezirksgerichtliche Kommissionen und Bezirksgerichtspräsidien

zu befassen.

Zwei Beschwerden wies das Obergericht ab, weil keine Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung der betroffenen Behörde vorlag, und auf eine Beschwerde konnte das Obergericht nicht eintreten.

Drei Beschwerden wurden gegenstandslos. In zwei Fällen waren keine Beanstandungen wegen des Vorgehens des betroffenen Gerichts nötig. Nur in einem Fall hielt das Obergericht fest, das Bezirksgericht hätte das in Frage stehende Urteil durchaus etwas früher zustellen können,

doch müsse unter Berücksichtigung aller Umstände noch nicht von einer Rechtsverzögerung gesprochen werden.

Eine Aufsichtsbeschwerde wurde im Zusammenhang mit der sachlichen Unzuständigkeit des betroffenen Friedensrichteramts geschützt (siehe Entscheid Nr. 30).

c) Die

Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen, Einzelrichterinnen und Einzelrichter

erledigten in Zivil- und Strafsachen im Berichtsjahr insgesamt 2'303 Prozesse (ohne summarisches Verfahren), nämlich 1'537 Zivilfälle und 766 Straffälle; 2005 waren es insgesamt 2'500 Fälle und im Jahr 2004 2'380 Fälle. Gleichzeitig wurden insgesamt 2'312 Prozesse neu eingeschrieben; 2005 waren es 2'527 Prozesse und 2004 2'532 Fälle. Die gesamte Zahl der Pendenzen lag Ende 2006 bei 1'042; Ende 2005 waren es 1'062 und Ende 2004 1'065 Fälle. Demgegenüber blieb die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) praktisch gleich (2006: 197 Fälle; 2005: 195 Fälle; 2004: 151 Fälle). Darunter finden sich allerdings 27 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 2006 4'477 Fälle; 2005 waren es 4'685 Fälle und 2004 4'533 Fälle.

Zusammenfassend erledigten die Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen und Gerichtspräsidien im Berichtsjahr insgesamt 6'780 Verfahren; 2005 waren es noch 7'185 Verfahren und 2004 6'913 Verfahren.

d) Im Berichtsjahr führten die

Friedensrichterinnen und Friedensrichter

in insgesamt 1'358 Streitfällen das Vermittlungsverfahren durch (2005: 1'482 Fälle; 2004: 1'487 Fälle). Hievon wurden 398 Fälle (rund 29%) durch Vergleich erledigt; in 218 Fällen (rund 16%) wurde keine Weisung verlangt. In 742 Fällen (rund 55%) wurde die Weisung an das zuständige Gericht ausgestellt. In 63 weiteren Verfahren konnte das Friedensrichteramt einen einzelrichterlichen Entscheid fällen.

e) Das Obergericht führt die Oberaufsicht über die

Schlichtungsbehörden in Mietsachen.

Im Jahr 2006 wurde in 42% der Fälle eine Einigung erreicht. In 19% der Fälle musste festgestellt werden, dass sich die Parteien nicht einigen konnten; in 10% hatte die Schlichtungsbehörde zu entscheiden. 29% 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 des Vorjahrs: 2006 wurden 612 Fälle erledigt; 2005 waren es ebenfalls 612 Fälle gewesen. Im Jahr 2004 waren es 625 Fälle.

f) Die

Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz

hatte im Jahr 2006 insgesamt zwei formelle Rechtsbegehren betreffend diskriminierende Kündigung zu behandeln; in beiden Fällen kam keine Einigung zustande, und es musste die Weisung an das zuständige Gericht ausgestellt werden. Die Tätigkeit der Schlichtungsstelle be-

schränkte sich im Übrigen im Wesentlichen auf die Erteilung von Auskünften an Behörden und Private.

g) Zusammenfassend konnten die

Schlichtungsbehörden und Friedensrichterämter

im Berichtsjahr in total 819 Fällen, die andernfalls von den bezirksgerichtlichen Instanzen zu beurteilen gewesen wären, eine Einigung der Parteien oder eine anderweitige Erledigung erzielen.

4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen

a) Die Zahl der Beschwerden und Gesuche an das Obergericht im Bereich des SchKG sank im Berichtsjahr: 2006 waren es 21 Fälle, während es 2005 27 Fälle und 2004 28 Fälle gewesen waren. Die Zahl der Beschwerden an die Bezirksgerichtspräsidien als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen ist ebenfalls wieder gesunken; im Jahr 2006 waren es 66 Beschwerden gegen die Betreibungsämter gegenüber 78 Beschwerden im Jahr 2005 und 102 Beschwerden im Jahr 2004. Es wird auf die Tabellen 8 und 22 verwiesen.

b) Im Berichtsjahr wurden 313 Konkursverfahren erledigt und 316 Konkurse eröffnet. Die Zahl der Firmenkonkurse nahm gegenüber dem Vorjahr wiederum zu; ebenso stieg auch die Zahl der Privatkonkurse leicht, während die Erbschaftsliquidationen deutlich abgenommen haben. Deutlich mehr als die Hälfte aller Konkurse musste wiederum mangels Aktiven eingestellt werden. Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf rund 83,9 Mio. Franken. Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts hielt sich im Rahmen des Vorjahrs (139 Verfahren Ende 2005;

142 Verfahren Ende 2006; vgl. Tabelle 25). Von diesen Verfahren sind nur gerade zwei bei einer ausseramtlichen Konkursverwaltung hängig.

c) Die Zahl der von den Betreibungsämtern ausgestellten Zahlungsbefehle sank im Verhältnis zu den Vorjahren leicht; 2006 waren es 69'068 gegenüber 73'112 (2005) und 74'360 (2004). Demgegenüber blieb die Zahl der Pfändungsvollzüge etwa gleich: 39'490 (2006) gegenüber 40'922 (2005) und 40'620 (2004). Im Berichtsjahr waren 33'432 Verwertungen zu verzeichnen; 2005 waren es 33'602 und 2004 34'582. Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 26 verwiesen.

d) Die Rekrutierung von ausgebildetem Fachpersonal für die Betreibungsämter bleibt nach wie vor ein Thema. Immerhin scheinen die Nachfolgeregelungen in den nächsten Jahren als gesichert.

5. Rechtsetzung

a) Am 24. Oktober 2006 erliess das Obergerichts die neue

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

Diese Verordnung regelt neben verschiedenen allgemeinen Punkten (Zustellung von Originalakten, Erstellung von Aktenkopien, Bild- und Tonaufnahmen im Gerichtssaal) insbesondere die Gerichtsberichterstattung durch die Medien, die Information der Öffentlichkeit durch die Justizbehörden (Orientierung über die Verhandlungstermine, Regelung der öffentlichen Urteilsverkündung, Medienmitteilungen), die Information von in- und ausländischen Gerichten und Verwaltungsbehörden sowie die Information von Privaten (Einsicht in Entscheide und Akten in hängigen, erledigten und archivierten Verfahren). Diese Informationsverordnung wurde auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt; gleichzeitig konnte die bisherige Verordnung des Obergerichts über die

Gerichtsberichterstattung vom 23. November 1999 aufgehoben werden.

b) Ebenfalls am 24. Oktober 2006 beschloss das Obergericht nach Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens und einlässlichen Verhandlungen mit dem Vorstand des Anwaltsverbands eine

Teilrevision des Anwaltstarifs.

Neben verschiedenen redaktionellen Verbesserungen wurde materiell im Wesentlichen der allgemeine Honorarrahmen in Prozessen ohne bestimmten Streitwert leicht angehoben, ebenso der Honorarrahmen für private Vertretungen in Strafsachen (Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren sowie Gerichtsverfahren). Gleichzeitig wurde in Strafsachen genauer definiert, in welchen Fällen das Maximum des Honorarrahmens überschritten werden darf. Ausserdem wurde für die Rechtsmittel- und für die Eheschutzverfahren die Honorarbemessung neu geregelt. Die Entschädigung von Offizialanwälten erfolgt in Zivilsachen weiterhin nach den bisherigen Grundsätzen, wobei allerdings keine Kürzung des Honorars mehr stattfindet; hingegen wurde für die Offizialvertretung in Strafsachen eine grundsätzlich neue Lösung getroffen: Die Offizialverteidigung und die Offizialvertretung von Opfern und Geschädigten werden nunmehr nach dem notwendigen Zeitaufwand entschädigt, wobei die maximale Gesamtgebühr gemäss den ordentlichen Ansätzen nicht überschritten werden darf. Es ist eine Schlussrechnung einzureichen, welche eine spezifizierte Aufstellung der mandatsbezogenen Tätigkeiten und der Barauslagen enthält. Der Honoraransatz beträgt derzeit 200 Franken pro Stunde. Diese Revision des Anwaltstarifs wurde auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt.

6. Verschiedenes

a) Das Obergericht hielt seine

Plenarsitzungen

am 27. April, 13. Juni und 24. Oktober 2006 in Frauenfeld ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

Weiterbildungsveranstaltungen

teil: Besucht wurden Tagungen über "Das Gericht im Familienrecht" in Gerzensee, über die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs in Zürich, der "Tag der Richterinnen und Richter" in Luzern und über Informatik und Recht in Bern.

c) Auch in den Jahren 2005/2006 besuchten wieder verschiedene thurgauische Justizfunktionäre den

"Lehrgang richterlicher Tätigkeit",

der von der Stiftung schweizerischer Richterinnen und Richter in Gerzensee angeboten wurde. Zwei Angehörige des Obergerichts waren bei diesem Kurs als Referenten eingesetzt.

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 95 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland (2005: 127 Ersuchen; 2004: 165 Ersuchen). Demgegenüber mussten von der Zentralbehörde nur gerade sechs Rechtshilfeersuchen aus dem Thurgau weitergeleitet wer-

den (2005: zwei Ersuchen; 2004: sieben Ersuchen); der Grund liegt darin, dass die thurgauischen Gerichtsbehörden zum direkten Verkehr mit den zuständigen ausländischen Behörden berechtigt sind.

e) Am 19. Januar 2006 nahm das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit Stellung zur vom Bundesrat vorgeschlagenen

Änderung des Mietrechts.

Das Obergericht hielt fest, das Mietrecht werde sich mit der vorgesehenen Zweigleisigkeit - Indexmiete oder Kostenmiete - erst recht zu einem Rechtsgebiet für "Eingeweihte" entwickeln. Dass dem Mieter eine echte Wahlmöglichkeit offen stehe, sei eine Illusion; dominant würden weiterhin und noch in grösserem Ausmass die institutionellen Vermieter sein. Problematisch sei, den Schlichtungsbehörden Entscheidkompetenzen bis zu einem Streitwert von 5'000 Franken einzuräumen. Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs betonte das Obergericht, die vorgeschlagene Indexmiete bringe eine wesentliche Vereinfachung in der Mietzinsgestaltung, würden doch die Mietpreise von den Hypothekarzinsen abgekoppelt und an den Landesindex der Konsumentenpreise gebunden, was aber auch bewirken werde, dass kaum je eine Mietzinsherabsetzung stattfinden werde. Bei der Frage der Missbräuchlichkeit von Mietzinsen werde sich erst im Vollzug die Schwierigkeit der vorgesehenen Regelung zeigen. Da die Missbräuchlichkeit nur bei Vertragsbeginn oder einer Handänderung überprüft werden könne, präsentiere sich das System als relativ starr und werde den Mietern wenig bringen. Bei der Kostenmiete würden die Kosten, die zu einer Zinserhöhung berechtigten, präziser gefasst. Auch der traditionelle variable Hypothekarzins solle durch den von der Nationalbank vierteljährlich zu veröffentlichenden Durchschnittssatz abgelöst werden. Im Zusammenhang mit der Missbräuchlichkeit der Mietpreise werde faktisch wieder auf Verordnungsstufe geregelt, was unter einer "angemessenen Bruttorendite" zu verstehen sei; das Gesetz brin-

ge bloss die Eckwerte. Weil bei der Indexmiete der Zins auch während der Mietdauer auf seine Missbräuchlichkeit überprüft werden könne, dürfte die Kostenmiete ein gewaltiges Potential für künftige Streitigkeiten enthalten. Jene Liegenschaftsbesitzer, denen das Gesetz entgegen kommen solle, würden mit Sicherheit durch die vorgesehene komplizierte Regelung überfordert sein. Immerhin erfülle der Entwurf viele kleinere Anliegen. Das Obergericht hielt zusammenfassend fest, es sei der Weg einer optimierten Indexmiete weiter zu gehen; zu begrüssen sei die Anpassung an den Landesindex im Umfang von nunmehr 80 statt 100%, doch sei wichtig, dass ausser wertvermehrenden Investitionen keine weiteren Erhöhungsgründe vorgesehen würden.

f) Ebenfalls am 19. Januar 2006 äusserte sich das Obergericht zum

Vorentwurf betreffend Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht.

Das Obergericht hielt fest, die mit der Revision beabsichtigten Hauptziele, nämlich die Verbesserung der Corporate Governance, die Neuregelung der Kapitalstrukturen sowie die Aktualisierung der Regelung der Generalversammlung und der Rechnungslegung, seien zu unterstützen. Ein Grossteil der sich dabei stellenden Fragen sei indessen eher politischer als rechtlicher Natur, so dass auf eine detaillierte Stellungnahme verzichtet werde.

g) Gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit liess sich das Obergericht am 16. Mai 2006 zum

Entwurf zur Änderung des Polizeigesetzes

vernehmen. Es stellte fest, die vorgeschlagene Regelung sei eine gute Lösung. Die Kompetenz der Polizei, im Notfall gefährdete Kinder bis zum Entscheid der Vormundschaftsbehörde zu platzieren, gehe aller-

dings sehr weit; es sei die Zuständigkeit eines Polizeioffiziers vorzusehen, der vorab telefonisch entscheiden könne. Bei § 18d des Entwurfs sei insbesondere der nahtlose Übergang zu allenfalls notwendigen zivilprozessualen Anordnungen wichtig: Der Bezirksgerichtspräsident werde mit Blick auf die bundesrechtlichen Vorschriften zum rechtlichen Gehör in vielen Fällen die massgeblichen Fristen nur über den Erlass superprovisorischer Massnahmen einhalten können, welche die polizeiliche Anordnung ersetzten, bevor definitiv entschieden werden könne. Bei der richterlichen Überprüfung sei wichtig, dass die aufschiebende Wirkung ausgeschlossen werde. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtspräsidiums oder eines Verwaltungsrichters sei sinnvoll. Sollte demgegenüber der Bezirksgerichtspräsident zuständig erklärt werden, müsse er endgültig entscheiden können, da sich dieses (Vor-)Verfahren aufgrund der möglichen Rechtsmittel sonst zu lange hinziehen könne. Die vorgesehene Aufstockung der Fachstelle „Häusliche Gewalt" werde begrüsst, wobei entscheidend sei, dass entsprechend ausgebildetes Personal eingestellt werde. Auf neue Gebühren sollte verzichtet werden; der bisherige § 23 PolG genüge vollauf. Zudem könne eine Kostenauflage im Endeffekt kontraproduktiv sein; abgesehen davon dürften die zusätzlichen Einnahmen die Kosten des administrativen Aufwands nicht übersteigen.

h) Am 16. Mai 2006 bemerkte das Obergericht im Vernehmlassungsverfahren zu den

Entwürfen zu verschiedenen Erlassänderungen zur Umsetzung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG),

es halte die gewählten Lösungen für sinnvoll.

i) Am 6. September 2006 nahm das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit Stellung zum

Entwurf zu einem Bundesgesetz über internationale Kindesentführungen und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen.

Das Obergericht betonte, die Ratifizierung der in Frage stehenden Übereinkommen sei zu begrüssen. Die im vorgesehenen Bundesgesetz geregelten Verfahrens- und Vollzugsfragen gehörten indessen in die neue schweizerische Zivilprozessordnung; es sei nicht sinnvoll, die Kantone mit einem separaten Bundesgesetz noch zu einer kurzzeitigen Anpassung ihrer Gesetze zu zwingen: Auch wenn zwei Fälle zu grossem medialen Echo geführt hätten, bestehe kein dringender Handlungsbedarf. Der vorgesehene Aufschub des Vollzugs und der voraussetzungslose Abänderungsantrag würden es schwierig machen, einen Entscheid innert nützlicher Frist zu vollziehen; die zivilprozessuale Revision würde genügen und weniger Anreiz zur Ausdehnung des Verfahrens bieten. Ob das zwingend vorgelagerte Vermittlungs- und Mediationsverfahren angesichts des Umstands, dass in der Regel bereits ein früherer Entscheid zum Sorge- und Besuchsrecht vorliege, und mit Blick auf Verfahrensbeschleunigung und Kosten zweckmässig sei, sei auch innerhalb des Obergerichts umstritten, ebenso die Frage, ob sich angesichts der Seltenheit von Kindsentführungen ein so weitgehendes Netzwerk rechtfertige.

j) Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der Informationsverordnung und der Revision des Strafgesetzbuchs beschloss das Obergericht am 6. November 2006 die

Aufhebung verschiedener Weisungen,

nämlich über die Mitteilung von Urteilen in Ehrverletzungssachen, über die Mitteilung von Urteilen an die Bewährungshilfe, über die

Umwandlung von Bussen, über die Mitteilung des Widerrufs des bedingten Strafvollzugs, über die Akteneinsicht von Drittpersonen, über die Einsicht in Urteile zu wissenschaftlichen Zwecken und über die Mitteilung von Urteilen an das Migrationsamt. Mit Blick auf die Regelung im Anwaltsgesetz konnte auch die Weisung über den Einsatz von Praktikanten bei Offizialmandaten aufgehoben werden. Die aktuellen Weisungen des Obergerichts sind im Internet publiziert.

k) Das Obergericht führte am 2. November 2006 in Frauenfeld für die Mitglieder und Gerichtsschreiber/Innen der Bezirksgerichte sowie für die Staatsanwälte und Untersuchungsrichter/Innen eine

Tagung zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs

durch. Die Tagung war den wesentlichen Neuerungen im Bereich der Strafen und der Massnahmen gewidmet; als Referenten stellten sich Heinz Sutter und Peter Häfliger vom Bundesamt für Justiz zur Verfügung. Ausserdem orientierte der Generalsekretär des Departements für Justiz und Sicherheit über die Umsetzung des revidierten Strafgesetzbuchs im kantonalen Recht.

l) Im Zusammenhang mit der

Auszahlung der Honorare bei Offizialmandaten

hielt das Obergericht am 15. September 2006 gegenüber den Bezirksgerichten fest, offenbar herrsche eine unterschiedliche Praxis. Die Gerichtskasse habe die Entschädigungen für Offizialmandate in Zivilsachen nach dem Versand des verfahrensabschliessenden Entscheids auszuzahlen; es sei nicht notwendig, die Rechtskraft dieses Entscheids abzuwarten. Die Entschädigungen an die Offizialverteidigung und Offizialvertretung in Strafsachen seien von der Gerichtskasse auszurichten, sobald feststehe, dass die Staatsanwaltschaft gegen den entsprechenden Kostenspruch keine Beschwerde führe.

m) Das Obergerichtspräsidium hielt mit Schreiben vom 26. Juni 2006 gegenüber den Bezirksgerichtskanzleien fest, es komme sowohl in Zivil- als auch in Strafprozessen immer häufiger vor, dass gewisse Aktenstücke oder Aktenteile der einen Partei (z.B. Unterlagen über Geschäftsgeheimnisse oder über den Aufenthaltsort eines Opfers) oder beiden Parteien (wie unter Umständen Kinderanhörungsprotokolle) im Rahmen einer zulässigen Einschränkung des Akteneinsichtsrechts nicht gezeigt werden dürften. Für das Obergericht seien die überwiesenen Fälle neu, und deren Besonderheiten seien nicht bekannt; im Rahmen einer üblichen Durchsicht der Akten könne es leicht vorkommen, dass solche Besonderheiten übersehen würden. Da sich allfällige "Pannen" in diesem Bereich kaum noch beheben liessen, sei es sinnvoll, wenn bei der

Aktenzustellung an das Obergericht

durch entsprechenden Vermerk klar und deutlich auf die Geheimhaltungsproblematik hingewiesen werde und diese Aktenstücke und Aktenteile genau bezeichnet sowie möglichst als separates Faszikel mitgeliefert würden.

n) Das Obergerichtspräsidium übermittelte den Bezirksgerichten am 11. Dezember 2006 die aufgrund des am 1. Januar 2007 in Kraft tretenden Partnerschaftsgesetzes notwendigen

Änderungen der Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums.

Im Kanton Thurgau gelten in diesem Bereich nach wie vor integral die Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz.

o) Im Berichtsjahr musste das Obergericht bei einem

Strafprozess mit besonderem Medieninteresse

erstmals aus Platzgründen die Berufungsverhandlung ausserhalb des Obergerichtsgebäudes durchführen. Um einen reibungslosen Ablauf der Berufungsverhandlung zu ermöglichen, wurden dabei gestützt auf § 36 StPO seitens des Obergerichtspräsidiums auch einlässliche Anordnungen getroffen, insbesondere über den Zugang zum Verhandlungssaal und die entsprechenden Sicherheitskontrollen, das Parkierungsverbot vor dem Gebäude, die Mitnahme von Filmkameras oder Fotoapparaten in den Verhandlungssaal, die Benützung von Mobiltelefonen, die Platzzuweisung im Saal und die Verwendung von Laptops an der Gerichtsverhandlung sowie die Erteilung von Auskünften durch Mitglieder und Mitarbeitende des Gerichts.

p) Auf entsprechende Anfrage hin bekräftigte das Obergerichtspräsidium am 15. März 2006 gegenüber einem Bezirksgericht, dass eine

Kombination des Amtes eines Vizepräsidenten mit demjenigen des Gerichtsschreibers

als nicht zulässig betrachtet werde.

q) Das Obergericht hat im Berichtsjahr seine Entscheide insofern neu gestaltet, als der juristische Apparat nicht mehr im Fliesstext, sondern in

Fussnoten

enthalten ist. Damit soll die Lesbarkeit der Entscheide namentlich auch für den Nichtjuristen verbessert werden.

r) Entsprechend der Verordnung über die Gerichtsberichterstattung erteilte das Obergericht 22 Medienleuten die

Zulassung als Gerichtsberichterstatterin / Gerichtsberichterstatter

an unseren Straf- und Zivilgerichten; umgekehrt ist die Zulassung von elf Medienleuten erloschen. Ausserdem wurde für 19 Medienleute die Zulassung verlängert. Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau demnach 60 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter zugelassen.

s) Im Rahmen der

Einführung der EDV bei den Bezirksgerichten

musste die Ausrüstung der Bezirksgerichte Diessenhofen, Bischofszell, Münchwilen und Steckborn wegen Kapazitätsengpässen beim Amt für Informatik auf das Jahr 2007 verschoben werden.

t) Der schweizerische Verband der Friedensrichter und Vermittler bietet im Modulsystem

Kurse für die Friedensrichterinnen und Friedensrichter

an. Das Obergericht begrüsst es, wenn dieses Kursangebot auch seitens unseres Kantons genutzt wird, und übernimmt die entsprechenden Kosten.

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht

Die Zahl der an das Bundesgericht weitergezogenen Entscheide hat wieder abgenommen. Von den insgesamt 47 Rechtsmitteln, die das Bundesgericht im Berichtsjahr erledigte, wurde eines geschützt. 25 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 18 Fällen trat das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht ein, und drei Fälle wurden anderweitig erledigt. Es wird auf Tabelle 9 verwiesen.

III. Zivil- und Strafgerichte

(Stand Anfang April 2007)

Obergericht

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

Obergerichts-schreiberin:	1985	Merz Barbara, Dr.iur./lic.phil. I, Rechtsanwältin	1954
Obergerichts-sekretärinnen und -sekretäre:	1992	Soliva Thomas, Dr.iur., Rechtsanwalt	1959
	2001	Gubler Klaus, lic.iur., Rechtsanwalt	1971
	2006	Schneider Karin, lic.iur., Fürsprecherin	1971
	2006	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, Edelmetalltechniker	1955
	1996	Luginbühl Marianne, Personalassistentin	1950
	2000	Heeb Hanspeter, lic.iur.	1959
	2000	Abegglen Inge, Laborantin	1950
Ersatzmitglieder:	2004	Thierbach Mirjam, Sekretärin	1962
	1992	Straub Werner, 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

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

Bezirk Diessenhofen

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

Vizepräsident:	1996	Roost Emil, Zollbeamter	1941
Mitglieder:	1996	Brütsch Cordula, kaufm. Angestellte	1948
	1996	Möckli Ernst, Landwirt	1943
	2000	Dubach Ruedi, Gewerkschaftssekretär	1948
Ersatzmitglieder:	1996	Herrmann Lotte, Chem. HTL	1946
	2000	Bürgin Heinz, Maschinenmechaniker	1959
	2000	Frei Marianna, Psychiatriekrankenschwester	1962
Gerichtsschreiber:	2000	Rüedi Beat, lic.iur., Rechtsanwalt	1962

Bezirk Frauenfeld

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsidentin:	1988	Hänzi Brigit, Dr.iur., Rechtsanwältin	1946
Vizepräsident:	1992	Fuchs Rudolf, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsidentin:	2003	Christine Steiger, lic.iur.	1956
Mitglieder:	2000	Anderegg Doris, kaufm. Angestellte	1951
	2000	Hefti Peter, lic.oec.publ., Kaufmann	1947

	2004	Bünter Stefan, Betriebsökonom HWV	1960
	2004	Oswald Markus, Notar, Grundbuchverwalter	1951
Ersatzmitglieder:	1989	Bodmer Stuber Ruth, Kindergärtnerin	1957
	2000	Müller Klemens, Bauing. ETH,	1959
	2004	Peter Liselotte, Bäuerin	1961
Gerichtsschreiber:	1992	Allan Colin, lic.iur.	1962
Gerichtssekretärin:	2004	Herzog Irene, lic.iur., Rechtsanwältin	1974

Bezirk Kreuzlingen

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1989	Grauer Hans Ulrich, lic.iur., Rechtsanwalt	1944
Vizepräsident:	1992	Haubensak Urs, Dr.iur., Rechtsanwalt	1949
Mitglieder:	1976	Baltisser Hans, Bauingenieur	1944
	1999	Dahinden Silvia, Hausfrau	1953
	2000	Sieber Hannes, Gärtner-Unternehmer	1951
	2000	Werner Roland, Landwirt	1955

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

Bezirk Münchwilen

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1987	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsident:	2000	Bögli Roman, Dr.iur., Rechtsanwalt	1963
Mitglieder:	1988	Fröhlich Walter, Kaufmann	1944
	1992	Meili Rita, Hausfrau	1946
	1996	Nater Elsi, Bäuerin	1943
	1996	Obrecht Urs, Architekt	1949
Ersatzmitglieder:	1996	Haas Peter, Landwirt	1963

	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	Boss Hansruedi, Kaufmann	1940
	2000	Schmidheiny Vreni, Methodiklehrerin	1954
	2002	Grünig Hermann, Rektor	1954
	2004	Forrer Walter, Dr.med.dent., Zahnarzt	1950
Ersatzmitglieder:	1992	Müller Ruth, kaufm. Angestellte	1957
	2000	Brunner Otto, mag.oec.	1963
	2004	Uhlmann Heinz, 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

	2006	2005	2004
Sitzungen	**99**	90	103
Plenum	**3**	1	2
Fünferbesetzung	**20**	19	30
Dreierbesetzung	**76**	70	71
Einschreibungen	**514**	548	523
erstinstanzliche Verfahren	**5**	2	2
Berufungsverfahren	**179**	196	169
davon in Fünferbesetzung	**30**	41	39
davon in Dreierbesetzung	**149**	155	130
Rekursverfahren	**224**	238	249
Beschwerdeverfahren	**36**	40	48
übrige Verfahren	**70**	72	55
erledigte Verfahren	**514**	537	553
erstinstanzliche Verfahren	**4**	2	2
Berufungsverfahren	**176**	176	173
davon in Fünferbesetzung	**32**	45	51
davon in Dreierbesetzung	**144**	131	121
Rekursverfahren	**219**	250	247
Beschwerdeverfahren	**35**	43	45
übrige Verfahren	**80**	66	54
Pendente Berufungsverfahren Ende Jahr	**92**	89	96
davon Eingang vor dem 1. Januar 2006	**8**	11	13

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

2. Zivilrechtspflege

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

	hängig per 1.1.06	neu	erledigt per 31.12.06
Erfindungspatente	1	3	2
Muster- und Modelle		1	1
Fabrik- und Handelsmarken	-	1	1
Total	**1**	**5**	**4**
2005 waren es	1	2	2
2004 waren es	4	1	4

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

Bezirk	Zahl	erledigt durch Urteil				erledigt durch Verfügung/Beschluss			
		unbe-gründet	be-gründet	teilweise be-gründet	Rück-weisung an Vor-instanz	Rück-zug und Aner-kennung	Ver-gleich	nicht einge-treten	ander-weitig erledigt
Arbon	21	8	-	1	1	5	2	3	1
Bischofszell	17	5	3	2	-	1	3	3	-
Diessenhofen	1	-	-	1	-	-	-	-	-
Frauenfeld	13	2	1	4	1	3	1	1	-
Kreuzlingen	31	7	2	3	1	7	5	5	1
Münchwilen	15	5	-	5	-	2	1	2	-
Steckborn	11	1	-	2	1	3	3	-	1
Weinfelden	7	3	1	-	-	-	1	1	1
Rückweisung BuGer	1	-	-	-	-	-	-	-	1
Total	**117**	**31**	**7**	**18**	**4**	**21**	**16**	**15**	**5**
2005 waren es	118	33	5	14	6	23	8	27	2
2004 waren es	135	34	8	18	12	30	11	18	4

In diesen 117 Berufungsverfahren waren 135 Berufungen sowie 11 Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:

Familienrecht	
- Eheungültigkeit	1
- Ehescheidung	33
- Änderung Scheidung/Trennung	8
- Unterhalt	4
- Anfechtung des Kindesverhältnisses	1
Erbrecht	
- Erbteilung	3
Sachenrecht	
- Eigentum	3
- übriges Sachenrecht	2
Obligationenrecht	
- Kauf und Tausch	2
- Miete	9
- Arbeitsvertrag	23
- Leihe	1
- Werkvertrag	5
- Auftrag	5
- Frachtvertrag	1
- Leasing	2
- Architekturvertrag	1
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung	1
- Namen-, Inhaber- und Orderpapiere	1
Betreibungsrechtliche Prozesse	
- Aberkennung	4
- Kollokation	1
- paulianische Anfechtung	1
- Feststellung bzw. Bestreitung neuen Vermögens	3
Übriges Zivilrecht	
- Versicherungsvertrag	1
- Haftung nach SVG	1

Tabelle 4. Rekursverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	26	9	5	8	-	4	-
Bischofszell	17	8	2	-	-	5	2
Diessenhofen	8	2	4	-	1	1	-
Frauenfeld	36	13	3	3	-	14	3
Kreuzlingen	45	15	8	7	2	11	2
Münchwilen	28	10	3	4	1	10	-
Steckborn	22	8	2	4	-	4	4
Weinfelden	30	15	3	-	3	5	4
Friedensrichterämter	3	1	1	-	-	1	-
Rückweisung BuGer	2	-	-	1	-	-	1
Revision	2	2	-	-	-	-	-
Total	**219**	**83**	**31**	**27**	**7**	**55**	**16**
2005 waren es	250	95	30	40	15	49	21
2004 waren es	247	101	29	30	5	66	16

* inkl. Rückzug und Anerkennung

In diesen 219 Rekursverfahren waren 241 Rekurse sowie zehn Anschlussrekurse zu beurteilen.

Tabelle 5. Rekursverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
SchKG							
- Rechtsöffnung	66	23	11	7	-	22	3
- Konkurseröffnung	27	11	7	-	-	8	1
- übrige Rekurse nach SchKG	2	-	-	-	-	2	-
Befehlsverfahren							
- Handhabung klaren Rechts	4	2	1	-	-	1	-
- Ausweisung	23	6	2	-	1	10	4
- übrige Rekurse im Befehlsverfahren	2	2	-	-	-	-	-
ZGB/OR							
- vorsorgliche Massnahmen bei Ehescheidung/-trennung	15	7	1	5	-	-	2
- Eheschutzmassnahmen	27	11	-	8	1	5	2
- fürsorgerische Freiheitsentziehung	2	1	-	-	1	-	-
- übrige Rekurse nach ZGB/OR	11	4	1	2	-	3	1
ZPO und übrige Gebiete							
- Revision	2	2	-	-	-	-	-
- Kostenrekurs	5	-	1	1	-	-	3
- Erledigungsbeschlüsse	10	2	1	1	3	3	-
- unentgeltliche Prozessführung	10	6	2	1	1	-	-
- übrige Rekurse nach ZPO	13	6	4	2	-	1	-
Total	**219**	**83**	**31**	**27**	**7**	**55**	**16**
2005 waren es	250	95	30	40	15	49	21
2004 waren es	247	101	29	30	5	66	16

* inkl. Rückzug und Anerkennung

Tabelle 6. Beschwerdeverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abge-wiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückzug	nicht einge-treten	gegen-standslos
Bezirksgerichte	-	-	-	-	-	-	-
Bezirksgerichtliche Kommissionen	1	-	-	-	-	-	1
Gerichtspräsidien	6	2	1	-	-	1	2
Friedensrichterämter	-	-	-	-	-	-	-
Total	**7**	**2**	**1**	**-**	**-**	**1**	**3**
2005 waren es	8	5	-	-	-	1	2
2004 waren es	6	3	-	1	-	2	-

3. Strafrechtspflege

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

Bezirk	Zahl	erledigt durch Urteil				erledigt durch Verfügung/Beschluss		
		unbe-gründet	be-gründet	teilweise be-gründet	Rückwei-sung an Vorinstanz	Rückzug	nicht einge-treten	ander-weitig erledigt
Arbon	9	4	1	1	1	-	2	-
Bischofszell	3	1	1	1	-	-	-	-
Diessenhofen	3	1	-	-	-	1	1	-
Frauenfeld	14	9	-	1	-	2	-	2
Kreuzlingen	13	4	3	3	-	3	-	-
Münchwilen	6	5	-	-	-	1	-	-
Steckborn	3	2	-	-	-	1	-	-
Weinfelden	7	3	-	-	-	4	-	-
Rückweisung BuGer	1	1	-	-	-	-	-	-
Total	**59**	**30**	**5**	**6**	**1**	**12**	**3**	**2**
2005 waren es	58	18	5	16	5	12	2	-
2004 waren es	70	33	8	19	4	3	2	1

In diesen 59 Berufungsverfahren waren 67 Berufungen sowie fünf Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die Berufungen wurden eingelegt:

- von der Staatsanwaltschaft: 11 Fälle
- von den Angeklagten: 52 Fälle
- von Geschädigten und Opfern: 4 Fälle

Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:

Strafgesetzbuch	
- Delikte gegen Leib und Leben	10
- Delikte gegen das Vermögen	7
- Ehrverletzungen	2
- Delikte gegen die Freiheit	4
- Delikte gegen die sexuelle Integrität	2
- Delikte gegen die Familie	3
- gemeingefährliche Delikte	1
- Urkundenfälschung	2
- Delikte gegen die öffentliche Gewalt	1
Bundesgesetz über den Strassenverkehr	19
Bundesgesetz über die Betäubungsmittel	1
Nebenstrafrecht des Bundes	5
Kantonales Strafrecht	2

Weitere Geschäfte:

Das Obergericht hatte vier spätere Verfahren (einen Widerruf und drei vorzeitige Löschungen des Strafregistereintrags) zu behandeln.

Es erledigte ausserdem 12 Beschwerden nach Strafprozessrecht. Hievon wurden sieben abgewiesen, drei geschützt und zwei teilweise geschützt.

4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen

Tabelle 8. Gesuche und Beschwerden

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	Rückzug	nicht eingetreten	anderweitig erledigt	durchschnittliche Verfahrensdauer
Als obere Aufsichtsbehörde über die Betreibungsämter	14	12	1	-	1	-	-	-	58 Tage
Als Aufsichtsbehörde im Konkurswesen									
- Gesuche	5	-	3	-	-	-	-	2	9 Tage
- Beschwerden	2	-	1	-	-	-	-	1	65 Tage
Total	**21**	**12**	**5**	**-**	**1**	**-**	**-**	**3**	**47 Tage**
2005 waren es	27	15	3	3	1	2	-	3	53 Tage
2004 waren es	28	22	1	-	1	1	1	2	48 Tage

II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle

Tabelle 9. Art des Rechtsmittels und Erledigung

	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt
Berufung	12	6	-	-	5	1
Nichtigkeitsbeschwerde						
in Zivilsachen	-	-	-	-	-	-
in Strafsachen	11	8	1	-	2	-
Staatsrechtliche Beschwerde						
in Zivilsachen	9	3	-	-	4	2
in Strafsachen	9	6	-	-	3	-
Betreibungsrechtliche Beschwerde	6	2	-	-	4	-
Total	**47**	**25**	**1**	**-**	**18**	**3**
2005 waren es	70	35	9	3	20	3
2004 waren es	85	34	9	4	31	7

III. Bezirksgerichte

1. Geschäftsführung der Bezirksgerichte

Tabelle 10. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2006	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	35	43	30	7	2
Bischofszell	18	15	7	3	-
Diessenhofen	7	9	4	-	-
Frauenfeld	40	41	34	12	2
Kreuzlingen	41	53	55	19	7
Münchwilen	19	42	48	16	-
Steckborn	13	22	29	16	-
Weinfelden	20	14	20	12	-
Total	**193**	**239**	**227**	**85**	**11**
2005 waren es	158	237	203	81	15
2004 waren es	158	246	197	68	17

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

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 11. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahren			Gegenstand							
		ordentliches	Untersuchungsverfahren	beschleunigtes	Personenrecht	Familienrecht		Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
						Vaterschaften	andere					
Arbon	22	21	-	1	-	-	-	2	-	18	2	-
Bischofszell	7	7	-	-	-	-	-	-	-	6	1	-
Diessenhofen	4	2	2	-	-	2	-	-	-	2	-	-
Frauenfeld	17	16	-	1	-	-	-	-	1	15	1	-
Kreuzlingen	28	23	-	5	-	-	-	3	1	22	2	-
Münchwilen	15	13	-	2	1	-	-	1	4	9	-	-
Steckborn	18	13	4	1	-	1	3	2	-	8	3	1
Weinfelden	11	10	-	1	-	-	-	1	1	8	-	1
Total	**122**	**105**	**6**	**11**	**1**	**3**	**3**	**9**	**7**	**88**	**9**	**2**
2005 waren es	135	123	6	6	2	1	5	7	4	101	10	5
2004 waren es	140	121	7	12	1	3	4	14	9	98	10	1

Tabelle 12. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
		Urteil	Verfügung/Beschluss		
			Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten
Arbon	22	7	12	3	-
Bischofszell	7	3	2	1	1
Diessenhofen	4	4	-	-	-
Frauenfeld	17	5	4	5	3
Kreuzlingen	28	9	6	8	5
Münchwilen	15	12	1	2	-
Steckborn	18	8	8	-	2
Weinfelden	11	3	4	3	1
Total	**122**	**51**	**37**	**22**	**12**
2005 waren es	135	58	34	24	19
2004 waren es	140	62	42	26	10

B. Strafrechtspflege

Tabelle 13. Überweisungen und Erledigungen

Bezirk	Überweisungen			Erledigungen			Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neu-eingänge	Total	Urteil	Verfügung/ Beschluss	Total	
Arbon	10	25	35	18	3	21	14
Bischofszell	3	10	13	10	2	12	1
Diessenhofen	-	3	3	3	-	3	-
Frauenfeld	8	13	21	11	5	16	5
Kreuzlingen	7	16	23	17	-	17	6
Münchwilen	8	18	26	11	1	12	14
Steckborn	1	2	3	2	-	2	1
Weinfelden	6	7	13	9	1	10	3
Total	**43**	**94**	**137**	**81**	**12**	**93**	**44**
2005 waren es	50	89	139	76	20	96	43
2004 waren es	37	103	140	70	20	90	50

2. Geschäftsführung der Bezirksgerichtlichen Kommissionen

Tabelle 14. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2006	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	83	294	122	11	3
Bischofszell	63	234	66	2	-
Diessenhofen	16	39	12	1	1
Frauenfeld	86	323	115	8	1
Kreuzlingen	177	327	129	22	4
Münchwilen	49	211	109	22	-
Steckborn	24	101	37	9	1
Weinfelden	92	164	104	26	5
Total	**590**	**1'693**	**694**	**101**	**15**
2005 waren es	506	1'919	735	102	20
2004 waren es	510	1'905	745	74	15

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

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 15. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahren			Gegenstand							
					Familienrecht							
		ordentliches	Untersuchungsverfahren	beschleunigtes	Ehescheidungen/ Ehetrennungen	andere	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten	Ehrverletzungsklagen
Arbon	184	24	146	14	107	40	-	3	29	2	-	3
Bischofszell	119	6	110	3	91	19	-	-	5	-	2	2
Diessenhofen	20	2	18	-	18	-	-	-	2	-	-	-
Frauenfeld	201	20	161	20	135	34	-	2	20	1	5	4
Kreuzlingen	244	37	186	21	150	37	-	9	47	-	-	1
Münchwilen	130	10	118	2	101	17	-	-	11	-	-	1
Steckborn	71	11	58	2	54	4	-	2	11	-	-	-
Weinfelden	92	20	64	8	50	14	-	-	22	1	-	5
Total	**1'061**	**130**	**861**	**70**	**706**	**165**	**-**	**16**	**147**	**4**	**7**	**16**
2005 waren es	1'182	155	962	65	824	146	1	15	165	5	14	12
2004 waren es	1'016	168	785	63	654	165	1	14	156	7	4	15

Tabelle 16. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
		Urteil	Verfügung/Beschluss		
			Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten
Arbon	184	121	23	31	9
Bischofszell	119	95	2	19	3
Diessenhofen	20	14	2	4	-
Frauenfeld	201	144	15	38	4
Kreuzlingen	244	187	14	33	10
Münchwilen	130	112	1	14	3
Steckborn	71	57	9	5	-
Weinfelden	92	68	11	10	3
Total	**1'061**	**798**	**77**	**154**	**32**
2005 waren es	1'182	907	67	162	46
2004 waren es	1'016	734	89	162	31

B. Strafrechtspflege

Tabelle 17. Überweisungen und Erledigungen

Bezirk	Überweisungen				Erledigungen				Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neu-eingänge	Total	davon Ein-sprachen gegen Strafver-fügungen	Urteil	Verfü-gung/Be-schluss	Total	davon Ein-sprachen gegen Strafver-fügungen	
Arbon	19	90	109	10	76	11	87	8	22
Bischofszell	20	95	115	5	88	15	103	4	12
Diessenhofen	2	18	20	1	15	2	17	1	3
Frauenfeld	23	104	127	14	96	19	115	14	12
Kreuzlingen	24	118	142	34	113	10	123	26	19
Münchwilen	31	83	114	12	99	2	101	10	13
Steckborn	11	35	46	3	34	9	43	3	3
Weinfelden	36	75	111	11	75	9	84	10	27
Total	**166**	**618**	**784**	**90**	**596**	**77**	**673**	**76**	**111**
2005 waren es	158	755	913	135	643	104	747	119	166
2004 waren es	147	757	904	145	613	133	746	115	158

3. Geschäftsführung der Bezirksgerichtspräsidien

Tabelle 18. Einzelrichterliche Tätigkeit

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2006	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	83	59	16	-	-
Bischofszell	26	38	13	-	-
Diessenhofen	6	10	-	-	-
Frauenfeld	112	42	9	-	-
Kreuzlingen	45	94	38	4	-
Münchwilen	59	69	24	3	-
Steckborn	15	31	9	1	1
Weinfelden	44	37	12	3	-
Total	**390**	**380**	**121**	**11**	**1**
2005 waren es	409	371	124	12	1
2004 waren es	351	381	123	9	7

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

Tabelle 19. Erledigte Prozesse nach Verfahren, Gegenstand und Erledigungsart

Bezirk	Zahl	nach Verfahren und Gegenstand						nach Erledigungsart				Rechtshilfeeinvernahmen
		Verfahren		Gegenstand								
		ordentliches	beschleunigtes	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten	Urteil	Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten	
Arbon	51	28	23	2	48	1	-	17	21	7	6	3
Bischofszell	25	10	15	-	24	1	-	9	12	1	3	5
Diessenhofen	7	6	1	-	7	-	-	4	-	2	1	3
Frauenfeld	42	20	22	-	39	-	3	15	14	12	1	3
Kreuzlingen	86	54	32	1	81	4	-	46	22	11	7	5
Münchwilen	66	57	9	-	63	1	2	34	14	14	4	7
Steckborn	31	15	16	-	30	1	-	13	16	2	-	1
Weinfelden	46	22	24	4	41	1	-	19	19	5	3	2
Total	**354**	**212**	**142**	**7**	**333**	**9**	**5**	**157**	**118**	**54**	**25**	**29**
2005 waren es	340	207	133	8	314	15	3	134	123	60	23	30
2004 waren es	354	241	113	6	336	7	5	147	135	59	13	36

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 Pächtern	Kraftlos-erklärung von Wert-papieren	übrige Ver-fügungen nach ZGB und OR	weitere Ver-fügungen nach ZPO	Total
Arbon	18	10	62	10	36	15	42	4	197
Bischofszell	6	11	38	1	24	8	25	16	129
Diessenhofen	5	2	10	1	5	2	15	20	60
Frauenfeld	5	17	58	17	24	18	51	87	277
Kreuzlingen	31	20	34	26	25	20	38	6	200
Münchwilen	2	9	53	13	16	8	20	30	151
Steckborn	4	9	9	6	14	2	17	8	69
Weinfelden	5	9	28	5	13	5	36	10	111
Total	**76**	**87**	**292**	**79**	**157**	**78**	**244**	**181**	**1'194**
2005 waren es	56	75	311	91	185	84	296	138	1'236
2004 waren es	89	74	301	74	197	77	279	200	1'291

Tabelle 21. Verfügungen nach SchKG

Bezirk	Rechts-öffnungs-gesuche	Konkurs-begehren	Insolvenz-erklärun-gen	Konkurs-eröffnunge n	Fest-stellung neuen Vermögens	Arrest-gesuche	übrige Ent-scheide nach SchKG	Total
Arbon	228	123	16	56	19	8	57	507
Bischofszell	139	97	6	32	16	5	57	352
Diessenhofen	34	29	3	10	3	-	16	95
Frauenfeld	251	151	14	61	18	12	76	583
Kreuzlingen	287	199	10	39	22	10	76	643
Münchwilen	207	120	14	17	13	5	74	450
Steckborn	141	90	1	14	9	2	25	282
Weinfelden	189	87	6	19	16	6	48	371
Total	**1'476**	**896**	**70**	**248**	**116**	**48**	**429**	**3'283**
2005 waren es	1'616	956	56	239	95	48	439	3'449
2004 waren es	1'549	805	72	242	118	71	385	3'242

Tabelle 22. Beschwerden gegen die Betreibungsämter

Bezirk	Zahl	Erledigungsart					durchschnittliche Verfahrensdauer
		abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt	
Arbon	15	9	2	2	1	1	51 Tage
Bischofszell	6	4	1	-	1	-	106 Tage
Diessenhofen	2	2	-	-	-	-	60 Tage
Frauenfeld	13	6	2	1	2	2	63 Tage
Kreuzlingen	8	2	1	3	2	-	58 Tage
Münchwilen	16	6	1	2	1	6	35 Tage
Steckborn	-	-	-	-	-	-	-
Weinfelden	6	2	2	1	-	1	74 Tage
Total	**66**	**31**	**9**	**9**	**7**	**10**	**58 Tage**
2005 waren es	78	44	9	10	4	11	47 Tage
2004 waren es	102	49	19	13	11	10	32 Tage

IV. Friedensrichterämter

Tabelle 23. Geschäftsumfang

	behandelte Fälle	verglichen wurden	keine Weisung verlangt	Weisungen wurden erteilt	einzelrich-terliche Tätigkeit
Arbon	156	48	34	74	12
Romanshorn	93	15	22	56	12
Bischofszell	25	10	5	10	2
Amriswil	70	20	16	34	6
Sulgen	42	24	8	10	-
Diessenhofen	28	7	6	15	-
Frauenfeld	135	33	8	94	13
Aadorf	48	13	15	20	2
Felben-Wellhausen	42	14	9	19	-
Kreuzlingen	130	35	2	93	2
Kemmental	55	11	6	38	-
Tägerwilen	61	10	9	42	-
Münchwilen	75	33	3	39	2
Affeltrangen	90	35	29	26	2
Sirnach	71	26	2	43	1
Steckborn	64	13	15	36	1
Müllheim	51	15	10	26	4
Weinfelden	53	16	1	36	3
Bürglen	33	7	12	14	1
Märstetten	36	13	6	17	-
Total	**1'358**	**398**	**218**	**742**	**63**
2005 waren es	1'482	444	246	792	56
2004 waren es	1'487	397	317	773	48

V. Bezirksämter

Tabelle 24. Tätigkeit als Strafgerichte

Bezirk	Zahl der Strafverfügungen	
	Übertretungen	Vergehen und Verbrechen
Arbon	2'366	425
Bischofszell	1'590	184
Diessenhofen	328	50
Frauenfeld	3'182	357
Kreuzlingen	4'147	614
Münchwilen	2'229	256
Steckborn	902	128
Weinfelden	1'430	185
Total	**16'174**	**2'199**
2005 waren es	15'669	2'270
2004 waren es	15'599	2'359

VI. Konkursamt

Tabelle 25. Geschäftsumfang

	2006	2005	2004
Pendenzen aus dem Vorjahr	**139**	162	177
Neueingänge	**316**	319	323
Erledigungen im Berichtsjahr	**313**	342	338
Pendenzen Ende Jahr	**142**	139	162
Konkurseröffnungen			
Firmenkonkurse	**202**	174	202
Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen)	**50**	44	43
Nachlasskonkurse (ausgeschlagene Erbschaften)	**64**	101	78
Total Neueingänge	**316**	319	323
Konkurserledigungen			
Widerruf	**7**	8	7
Aufhebung des Konkurses	**7**	15	4
Einstellung mangels Aktiven	**180**	169	173
Schlusserklärung			
nach summarischem Verfahren	**117**	148	152
nach ordentlichem Verfahren	**2**	2	2
Total Konkurserledigungen	**313**	342	338

VII. Betreibungsämter

Tabelle 26. Geschäftsumfang

	Zahlungsbefehle	Pfändungs-vollzüge	Verwertungen
Arbon	7'092	4'554	4'133
Romanshorn	5'535	3'537	2'927
Bischofszell	2'350	1'307	1'483
Amriswil	4'980	3'577	2'971
Sulgen	2'737	1'800	1'349
Diessenhofen	2'265	1'476	1'753
Frauenfeld	7'515	4'494	4'127
Aadorf	3'151	1'765	1'925
Felben-Wellhausen	1'629	860	708
Kreuzlingen	6'777	3'704	2'139
Kemmental	1'764	789	583
Tägerwilen	2'071	822	640
Münchwilen	3'734	2'028	1'570
Affeltrangen	2'429	1'122	901
Sirnach	4'027	1'820	1'496
Steckborn	2'874	1'695	1'433
Müllheim	1'989	1'006	820
Weinfelden	2'041	1'035	865
Bürglen	2'052	1'043	813
Märstetten	2'056	1'056	796
Total	**69'068**	**39'490**	**33'432**
2005 waren es	73'112	40'922	33'602
2004 waren es	74'360	40'620	34'582

C. Entscheide

des Obergerichts

und

des Obergerichtspräsidiums

BUNDESRECHT

1. Natürliche Vermutung für eine Solidarhaftung: Beweisrechtliche Fragen (Art. 8 ZGB; § 187 ZPO; Art. 143 OR)

1. Dem Berufungsbeklagten wurde für Fr. 26'800.00 provisorische Rechtsöffnung erteilt. Darauf erhob der Berufungskläger Aberkennungsklage. Er und sein Schwager hätten im Jahr 2000 vom Berufungsbeklagten ein Darlehen in der Höhe von Fr. 18'000.00 aufgenommen. Sein Schwager habe vom Berufungsbeklagten bereits im Jahr 1998 zwei Darlehen in der Höhe von Fr. 14'000.00 und Fr. 1'400.00 erhalten. Der Berufungsbeklagte habe verlangt, dass der Erhalt des Darlehens quittiert werde. Dazu habe er alle drei Darlehen auf einem Blatt Papier aufgeführt, worauf der Schwager für die bereits erhaltenen sowie den neu ausbezahlten Betrag und der Berufungskläger nur für das neue Darlehen von Fr. 18'000.00 unterzeichnet hätten.

2. Die Vorinstanz auferlegte dem Berufungskläger den Beweis dafür, dass im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Darlehensvertrags allen drei Vertragsparteien klar gewesen sei, dass der Berufungskläger nur für das neue Darlehen mithafte und die anderen beiden Darlehen allein von seinem Schwager zurückzuzahlen gewesen seien. Der Berufungskläger rügt die Beweislastverteilung der Vorinstanz: Als Beklagter im Aberkennungsprozess hätte der Berufungsbeklagte die Anspruchsgrundlage beweisen müssen, nämlich, dass der Berufungskläger für die Darlehensrestanzen seines Schwagers habe haften wollen.

a) Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Diese allgemeine Beweislastregel bedarf der Konkretisierung: Rechtsbegründende Tatsachen (z.B. den

Abschluss eines Darlehensvertrags) hat zu beweisen, wer im Prozess daraus ein Recht oder Rechtsverhältnis geltend macht; rechtshindernde Tatsachen (z.B. die Rückzahlung des Darlehens) hat zu beweisen, wer sie behauptet[1]. Nicht die Frage der Beweislastverteilung beschlagen tatsächliche (natürliche) Vermutungen: Bei solchen schliesst - anders als bei den gesetzlichen Vermutungen[2] - nicht eine abstrakte Gesetzesregel, sondern richterliche Denktätigkeit im konkreten Einzelfall von Bekanntem (Vermutungsbasis) auf Unbekanntes (Vermutungsfolge). Die natürliche Vermutung ist immer nur eine Wahrscheinlichkeitsfolgerung, aus Lebenserfahrung und Wissen gewonnen, die der Richter aufgrund der individuellen Gegebenheiten des Einzelfalls glaubt ziehen zu können: Er erachtet dies, was bewiesen ist, als tauglich, für einen weiteren, direkt nicht bewiesenen Sachumstand schlüssig zu zeugen. Die Vermutung wirkt sich also nur in der Beweiswürdigung aus, weil das Abwägen, ob eine Sachbehauptung durch bewiesene, umliegende Sachumstände so wahrscheinlich gemacht ist, dass sie sich zur richterlichen Überzeugung verdichtet, eine blosse beweiswürdigende Tätigkeit ist. Eine natürliche Vermutung weicht deshalb schon blossem Gegenbeweis und muss - anders als die gesetzliche Vermutung - nicht durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden[3]. Mit anderen Worten kann die natürliche Vermutung zugunsten der Sachdarstellung des Beweisbelasteten durch den Beweisgegner bereits erschüttert und zu Fall gebracht werden, indem beim Richter Zweifel an der Vermutungsbasis geweckt oder an der Vermutungsfolge wach gehalten werden; einer Überzeugung des Richters, dass die Darstellung des Beweisgegners richtig ist, bedarf es - anders als beim Beweis des Gegenteils - nicht[4]. Eine unterzeichnete Schuldanerkennung oder Quittung schafft nicht eine Vermutung der Richtigkeit des Inhalts in dem Sinn, dass der

---

1 Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8.A., 10. Kap. N 35 f.
2 Vgl. Kummer, Berner Kommentar, Art. 8 ZGB N 317 ff.
3 Kummer, Art. 8 ZGB N 362 f., 338
4 Kummer, Art. 8 ZGB N 107 f.

Unterzeichner deren Unrichtigkeit, mithin das Gegenteil, beweisen müsste. Das unverdächtige Aktenstück begründet aber in aller Regel eine natürliche Vermutung, die zur richterlichen Überzeugung ausreicht[5]. Weil die natürliche Vermutung die Beweislastverteilung nicht beeinflusst, befreit sie den Beweisbelasteten nicht vom Beweis seiner Sachdarstellung; er muss zumindest die Vermutungsbasis dartun[6].

b) Der allgemeinen Beweislastregel von Art. 8 ZGB zufolge trägt der Berufungsbeklagte die Beweislast für die Hingabe des Darlehens und die Rückzahlungsverpflichtung des Darlehensnehmers, denn das Bestehen eines Darlehensvertrags und eine Rückzahlungsverpflichtung stellen rechtsbegründende Tatsachen dar, welche zu beweisen hat, wer daraus Rechte ableitet. Das Bestehen eines Darlehensvertrags wird auch vom Berufungskläger nicht bestritten, so dass der Berufungsbeklagte gemäss § 180 Abs. 1 ZPO insofern von der Beweisführung entbunden ist. Hingegen bestreitet der Berufungskläger seine solidarische Haftbarkeit bezüglich der beiden im Jahr 1998 vom Berufungsbeklagten seinem Schwager gewährten Darlehen. Aufgrund des Umstands, dass einerseits im Zeitpunkt, als der Berufungskläger und sein Schwager den Berufungsbeklagten um die Gewährung eines (weiteren) Darlehens angingen, der Schwager des Berufungsklägers unbestrittenermassen noch zwei aus dem Jahr 1998 stammende Darlehensverträge im Gesamtbetrag von Fr. 15'400.00 laufen hatte, und dass andererseits der Berufungskläger die alle drei Darlehen aufführende Quittung unstrittig unterschrieb (Vermutungsbasis; vom Berufungskläger nicht bestritten und vom Berufungsbeklagten daher nicht zu beweisen), liegt es nahe, dass der Berufungsbeklagte nur gegen eine Sicherheit für die noch nicht zurückbezahlten Darlehen bereit war, ein weiteres Darlehen zu gewähren. Dies gilt insbesondere, weil dem Beru-

---

5 Kummer, Art. 8 ZGB N 367
6 Kummer, Art. 8 ZGB N 366

fungsbeklagten für die früheren Darlehen noch keinerlei Sicherheiten bestellt waren und in dieser Situation ein neues Darlehen typischerweise nur gewährt wird, wenn entweder die früheren zurückbezahlt sind oder aber neu Sicherheiten bestellt werden. Es spricht also eine natürliche Vermutung für die solidarische Mithaftung des Berufungsklägers für die früheren Darlehen (Vermutungsfolge). Vor diesem Hintergrund obliegt es dem Berufungskläger, den Gegenbeweis zu führen und Zweifel bezüglich der vom Richter gewonnenen natürlichen Vermutung wachzuhalten.

Obergericht, 14. März 2006, ZBR.2005.57

2. Berücksichtigung der Pfändungsbeschränkung im Rahmen der Schuldneranweisung; Präzisierung von RBOG 2002 Nr. 2 (Art. 132, 177, 291 ZGB)

1. a) Gemäss dem Scheidungsurteil hat der Ehemann seiner geschiedenen Ehefrau einen persönlichen nachehelichen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 500.00 sowie für die beiden Kinder Unterhaltsbeiträge von je Fr. 450.00 im Monat zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen. Auf Gesuch der Ehefrau wies das Gerichtspräsidium die Arbeitgeberin des Ehemanns an, von dessen Lohn und allfälligen weiteren Ansprüchen (monatlich) Fr. 1'780.00 abzuziehen und direkt an die Ehefrau zu überweisen.

b) Gegen diese Verfügung erhob der Ehemann Rekurs. Durch die Anweisung an seine Arbeitgeberin werde sein Existenzminimum beeinträchtigt. Weil seine Eltern, bei denen er während des Scheidungsverfahrens gewohnt habe, im Januar 2006 nach T zurückgekehrt seien, habe er sich eine neue, teurere Unterkunft suchen müs-

sen. Es sei hinzu gekommen, dass er im Januar 2006 nur sehr wenig Arbeit gehabt und daher nur netto Fr. 670.50 verdient habe.

2. Mit Hinweis auf RBOG 2002 Nr. 2 und 1995 Nr. 3 erwog die Vorinstanz, der Richter habe bei einem gestützt auf eine rechtskräftige Massnahmeverfügung gestellten Begehren um Anweisung nach Art. 177 ZGB nicht mehr zu prüfen, ob der Unterhaltspflichtige allenfalls nicht mehr über sein Existenzminimum verfüge, wenn seine Schuldner ihre Zahlungen dem Ehegatten leisteten. Mit dieser Praxis werde der Situation Rechnung getragen, dass der Massnahmeentscheid, bei dem für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen habe berücksichtigt werden müssen, kurz vor der Anweisung rechtskräftig geworden sei. Im hier zu beurteilenden Fall stütze sich die Unterhaltspflicht auf ein am 8. Dezember 2005 ergangenes Urteil, wonach der Rekurrent Fr. 1'400.00 zuzüglich Kinderzulagen an die Rekursgegnerin zu leisten habe. Diese Unterhaltspflicht sei in Wahrung des Existenzminimums des Rekurrenten festgesetzt worden. Das Urteil sei vom Rekurrenten nicht angefochten worden, womit er zum Ausdruck gebracht habe, dass sein Existenzminimum nicht berührt sei. Veränderungen der Verhältnisse habe der Unterhaltspflichtige mit einer Abänderungsklage gemäss Art. 129 ZGB geltend zu machen. Dem hält der Rekurrent zur Hauptsache dagegen, mit der von der Vorinstanz verfügten Anweisung an seine Arbeitgeberin werde in unzulässiger Weise in sein Existenzminimum eingegriffen. Der Richter müsse sich bei der Berechnung des Existenzminimums des Unterhaltsschuldners von denselben Vorschriften leiten lassen wie das Betreibungsamt bei einer Pfändung.

3. a) Vernachlässigt die verpflichtete Person die Erfüllung der nachehelichen Unterhaltspflicht, so kann das Gericht gemäss Art. 132 ZGB ihre Schuldner anweisen, die Zahlungen ganz oder teilweise an die berechtigte Person zu leisten. Bezüglich Kinderunterhaltsbeiträgen gilt ohne sachlichen Unterschied Art. 291 ZGB: Demgemäss kann der Richter, wenn die Eltern die Sorge für das Kind vernachlässigen, ihre

Schuldner anweisen, die Zahlungen ganz oder zum Teil an den gesetzlichen Vertreter zu leisten. Die Meinungen über die Rechtsnatur der richterlichen Anweisung gehen in der Literatur nach wie vor auseinander[7].

b) Die hier zu beurteilende Frage, nämlich ob für (vereinbarte oder richterlich zugesprochene) Unterhaltsbeiträge bei sonst gegebenen Voraussetzungen eine Schuldneranweisung auch im vollen Umfang der Unterhaltbeiträge zu verfügen ist, wenn dadurch in das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen eingegriffen wird, stellt sich unabhängig von der Frage der Rechtsnatur der Schuldneranweisung. Wird die Anweisung als privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme sui generis aufgefasst, ist ein Vorgehen nach den einschlägigen Regeln über den Pfändungsvollzug besonders naheliegend und grundsätzlich massgebend; die Anweisung darf demzufolge nicht dazu führen, dass der Unterhaltspflichtige in eine Lage versetzt wird, die seine grundlegenden Persönlichkeitsrechte verletzt[8]. Das hat freilich nicht zur Folge, dass sich das mit der Anweisung befasste Gericht mit dem dem Unterhaltstitel zugrunde liegenden Sachverhalt im Einzelnen zu befassen hätte. Im Rahmen eines Gesuchs um Anweisung der Schuldner des Unterhaltspflichtigen sind die Grundsätze über die Festsetzung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums bei der Lohnpfändung nur sinngemäss anzuwenden, wenn sich die Lage des Unterhaltspflichtigen seit Erlass des Unterhaltstitels in einer Weise verschlechtert hat, dass die Anweisung in sein Existenzminimum eingreift[9]. Insofern ist die in RBOG 2002 Nr. 2 und 1995 Nr. 3 veröffentlichte Rechtsprechung des Obergerichts zu präzisieren. Daraus folgt, dass die Einwände des Rekurrenten nicht ohne weiteres unter Hinweis

---

7 Vgl. BGE 130 III 491 f. mit Hinweisen
8 Pra 73, 1984, Nr. 157
9 BGE vom 3. Mai 2004, 5P.138/2004, Erw. 5.3; Hegnauer, Berner Kommentar, Art. 291 ZGB N 23

auf das kürzlich rechtskräftig erledigte Scheidungsverfahren abgewiesen werden dürfen; soweit seither ausdrücklich verschlechterte finanzielle Verhältnisse geltend gemacht werden, sind diese zu prüfen.

Obergericht, 16. August 2006, ZR.2006.34

3. Eheschutzmassnahmen: Berücksichtigung der privaten Altersvorsorge und der Weiterbildungskosten im Existenzminimum (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

1. Die Rekursgegnerin will die monatliche Prämie für ihre private Altersvorsorge in ihrem Notbedarf berücksichtigt haben. Dazu ist festzustellen, dass heutzutage das Eheschutzverfahren in erster Linie zur Vorbereitung der Ehescheidung dient und von daher nicht (mehr) auf Dauer ausgerichtet ist. Das Ehescheidungsverfahren folgt demnach verhältnismässig bald, und in diesem wird alsdann auf entsprechenden Parteiantrag hin die Frage der Altersvorsorge der Parteien umfassend geprüft und beurteilt. Dabei wird geprüft, ob nach der Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge und der Teilung des ehelichen Vermögens beide Ehegatten mit ihrem künftigen Einkommen in der Lage sind, (noch) eine angemessene Altersvorsorge aufzubauen. Vor diesem Hintergrund wäre es an der Rekursgegnerin gelegen, substantiiert darzutun, weshalb ihr bereits im Eheschutzverfahren beim Notbedarf ein bestimmter Betrag zum Aufbau ihrer Altersvorsorge zugesprochen werden sollte. Gemeinhin ist dies nämlich entbehrlich, weil die unterschiedlichen Leistungen der Ehegatten für ihre Altersvorsorge während des Getrenntlebens - genau gleich wie während des Zusammenlebens - bei der Scheidung über die hälftige Teilung der beruflichen Vorsorge und der Errungenschaften ausgeglichen werden. Erst danach wirkt sich ein markanter Unterschied im Erwerbseinkommen mit den damit verbundenen unterschiedlichen Leistungen an die Pensionskasse

aus und kann bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts berücksichtigt werden. Derzeit besteht deshalb entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin keine Veranlassung, in ihren Notbedarf eine Position "Altersvorsorge" aufzunehmen.

2. Das Scheidungsrecht verlangt von beiden Ehegatten, dass sie ihre Eigenversorgungskapazität ausschöpfen. Dabei wird auch von dem bislang die hauswirtschaftliche Arbeit verrichtenden Ehegatten verlangt, dass er unter Umständen wieder erwerbstätig wird oder seine Erwerbstätigkeit quantitativ oder qualitativ ausbaut. Das hat auf der anderen Seite zur Folge, dass Kosten für eine sinnvolle Weiterbildung im Notbedarf in angemessenem Rahmen zu berücksichtigen sind. Das kommt letztlich auch dem andern Ehegatten zugute, denn Weiterbildung erhöht die Chancen auf dem Arbeitsmarkt und reduziert letzten Endes die Höhe der Unterhaltspflicht. Im hier zu beurteilenden Fall, wo eine 52-jährige Frau nach 24-jähriger Absenz wieder in den Pflegeberuf einsteigt, ist eine Weiterbildung nicht nur sinnvoll, sondern unumgänglich. Kurs-, Fahrt- und Verpflegungskosten von rund Fr. 250.00 sind durch die Rekursgegnerin ausgewiesen und angemessen. Eine Aufteilung in die Zeit vor Mitte Juli 2006 und diejenige danach ist angesichts der minimalen Differenz entbehrlich. Hingegen kann der Mitgliederbeitrag für den Berufsverband so lange, als nicht nachgewiesen wird, dass dieser für seine Mitglieder kostenlose oder wenigstens erheblich vergünstigte Weiterbildungsveranstaltungen anbietet, nicht den Weiterbildungskosten zugeordnet werden.

Obergericht, 24. Mai 2006, ZR.2006.52

4. Negative Feststellungsklage; kein schutzwürdiges Interesse, wenn es dem Kläger nur darum geht zu erfahren, ob er sich vertragswidrig verhalten soll (Art. 899 ZGB)

1. Im März 2003 gewährte die Bank dem X auf dessen Liegenschaft eine Hypothek. Als Sicherheit erwarb sie zwei Schuldbriefe im ersten und im zweiten Rang. Diese Hypothekarschuld ist erst zu einem Teil abbezahlt. X war zum Zeitpunkt der Errichtung des Hypothekardarlehens zusammen mit seiner Ehefrau Aktionär der X AG, über die im Juni 2003 der Konkurs eröffnet wurde. Hieraus resultierte eine Verlustscheinforderung der Bank. Bereits im April 2001 hatte X als Pfandgeber eine Faustpfandverschreibung zur Sicherstellung aller der Bank zustehenden Ansprüche ihm sowie der X AG gegenüber unterzeichnet. Dabei verpfändete und trat er der Bank alle gegenwärtigen oder zukünftig im Besitz der Bank befindlichen Wertpapiere, Waren und anderen Wertgegenstände, Forderungen aus bei der Bank oder anderswo deponierten Schuldurkunden sowie alle ihm bei der Bank zustehenden Forderungen und Rechte aller Art ab. Gestützt auf diesen Vertrag machte die Bank geltend, die auf der Liegenschaft des X lastenden Schuldbriefe hafteten für die Verbindlichkeiten der konkursiten X AG. X erhob Klage und beantragte, es sei festzustellen, dass er aufgrund der bei der Bank deponierten Schuldbriefe auf seiner Liegenschaft für Verbindlichkeiten aus dem Konkurs der X AG nicht hafte.

2. a) Voraussetzung für die Behandlung einer Feststellungsklage ist das vom Bundesrecht geregelte und von diesem beschränkte Feststellungsinteresse. Es kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein und ist als Prozessvoraussetzung, soweit es den Sachverhalt betrifft, vom Kläger nachzuweisen. Es fehlt in der Regel, wenn eine Leistungsklage zur Verfügung steht, mit der ein vollstreckbares Urteil er-

wirkt werden kann; in diesem Fall ist auf die Feststellungsklage nicht einzutreten[10]. Ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung eines Feststellungsbegehrens ist namentlich gegeben, wenn die Rechtsbeziehungen der Parteien ungewiss sind und diese Ungewissheit durch die richterliche Feststellung behoben werden kann. Dabei genügt nicht jede Ungewissheit. Erforderlich ist vielmehr, dass ihre Fortdauer dem Kläger nicht mehr zugemutet werden kann, weil sie ihn in seiner Bewegungsfreiheit behindert. Insbesondere bei negativen Feststellungsklagen ist zudem auch auf die Interessen des Beklagten Rücksicht zu nehmen. Wer auf Feststellung klagt, dass eine Forderung nicht besteht, zwingt den beklagten Gläubiger zur vorzeitigen Prozessführung. Die Regel, dass nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger den Zeitpunkt für die Geltendmachung eines Anspruchs bestimmt, wird durchbrochen. Ein vorzeitiger Prozess kann den Gläubiger benachteiligen, indem er ihn zur Beweisführung zwingt, bevor er dazu bereit und in der Lage ist, und bevor er seinerseits aus eigenem Antrieb klagen würde. Das ist umso schwerwiegender, als der Gläubiger auch im negativen Feststellungsprozess die Beweislast für den Bestand seiner Forderung trägt und daher Beweislosigkeit auch hier - als Folge der materiellen Rechtskraft des Feststellungsurteils - zum Anspruchsverlust führt[11]. Das Bestehen eines Rechtsschutz- beziehungsweise Feststellungsinteresses stellt eine Prozessvoraussetzung dar, die in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen zu prüfen ist[12].

b) Vor Vorinstanz begründete X sein Feststellungsinteresse damit, er wolle seiner Verpflichtung zur Amortisation der Hypothek auf seiner Liegenschaft nachkommen. Dadurch riskiere er aber, ein

---

10 BGE 123 III 51

11 BGE 120 II 22 f. mit Hinweisen; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 59 N 13, 23 f.

12 Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 94 N 1 und 5; Frank/Sträuli/Messmer, § 108 ZPO N 12 und 18 f.

zweites Mal bezahlen zu müssen, wenn die Bank nach vollständiger Amortisation der Schuldbriefe die Forderung aus dem Verlust der konkursiten X AG geltend mache.

c) Die von X geltend gemachte Gefahr der "Doppelzahlung" besteht tatsächlich. Das vermag für sich allein indessen noch kein schützenswertes Interesse an der negativen Feststellungsklage zu begründen. Wird die Feststellungsklage abgewiesen und damit die Pfandhaft der Schuldbriefe für die Verbindlichkeiten aus dem Konkurs der X AG festgestellt, vermag dies an der bestehenden und unbestrittenen vertraglichen Verpflichtung zur Amortisation der Schuld nichts zu ändern. Die Klageabweisung könnte X einzig dazu bewegen, seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr nachzukommen, um der Bank keine weitere Sicherheit zukommen zu lassen. Diese Absicht bekräftigte X denn auch im Herbst 2004, in dem er in Aussicht stellte, Zins- und Amortisationszahlungen einzustellen, um die Kündigung der Hypotheken zu provozieren. Im Juli 2004 offerierte er ferner die weitere Zahlung der Amortisationen auf ein Treuhandkonto, wobei die bezahlten Beträge nur bei Obsiegen des X an die Bank weitergeleitet werden sollten. Im Fall des Unterliegens sei ihm der Betrag zurückzuerstatten. X stellte mithin in Aussicht, sich für den Fall der Abweisung der Feststellungsklage vertragswidrig zu verhalten, d.h. die vertraglich festgelegten Amortisationen und Zinsen nicht mehr zu bezahlen. Ein rechtlich schützenswertes Interesse kann aber nicht darin liegen zu erfahren, ob der Kläger sich zum Nachteil des Vertragspartners vertragswidrig verhalten soll oder nicht. Dass er über kein genügendes Feststellungsinteresse verfüge, gestand X im Übrigen in seinem Schreiben vom Herbst 2004 selbst ein. Er führte aus, er könne keine negative Feststellungsklage auf "Nichthaftung der privaten Schuldbriefe für Geschäftsschulden" anhängig machen. Sicher sei aber auch, dass er keine Amortisationen leiste, nur damit er später die Amortisationen erneut leisten müsste.

X hätte es selbst in der Hand, den Hypothekarvertrag zu kündigen beziehungsweise die Liegenschaft umzufinanzieren und die Herausgabe der Schuldbriefe allenfalls klageweise geltend zu machen. Die Bank hat durchaus ein berechtigtes Interesse, zunächst auf die gerichtliche Geltendmachung ihres Sicherungsanspruchs zu verzichten. Das gilt umso mehr, als für die Konkursforderung noch eine weitere Sicherheit in Form einer Police besteht. X zieht indessen eine ordentliche Kündigung der Hypotheken gar nicht in Betracht. Vielmehr will er gemäss seinen eigenen Ausführungen und der dem Gericht zur Kenntnis gebrachten Korrespondenz ausschliesslich in vertragswidriger Weise weitere Amortisationszahlungen unterbinden, falls seine Feststellungsklage abgewiesen werden sollte. Diese klar dokumentierte Absicht, sich bei ungünstigem Ausgang des Verfahrens vertragswidrig verhalten zu wollen, verdient keinen Rechtsschutz.

d) Zusammenfassend vermag X kein Feststellungsinteresse darzutun. Auf die Klage ist somit mangels Feststellungsinteresses nicht einzutreten.

Obergericht, 17. Januar 2006, ZBR.2005.71

5. Im Ausweisungsverfahren sind Herabsetzungs- und Verrechnungsansprüche des Mieters zu beurteilen (Art. 257d, 259g OR; § 164 Ziff. 3 ZPO)

1. Auf Gesuch der Vermieterschaft wies die Vorinstanz die Rekurrenten an, die von ihnen gemietete Wohnung ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen. Vor Obergericht machen die Rekurrenten geltend, die ausserordentliche Kündigung sei nicht zulässig, da kein Verzug in der Mietzinszahlung vorliege. Die Wohnung weise offen-

kundige Mängel auf; es habe in guten Treuen für die Mängel Verrechnung mit dem Mietzins erklärt werden können.

2. a) Ist der Mieter nach der Übernahme der Sache mit der Zahlung fälliger Mietzinse oder Nebenkosten im Rückstand, so kann ihm der Vermieter nach Art. 257d Abs. 1 und 2 OR schriftlich eine Zahlungsfrist setzen und ihm androhen, dass bei unbenütztem Ablauf der Frist das Mietverhältnis gekündigt werde. Diese Frist beträgt mindestens zehn Tage, bei Wohn- und Geschäftsräumen mindestens 30 Tage. Bezahlt der Mieter innert der gesetzten Frist nicht, so kann der Vermieter fristlos, bei Wohn- und Geschäftsräumen mit einer Frist von mindestens 30 Tagen auf Ende eines Monats kündigen. Verlangt der Mieter einer unbeweglichen Sache vom Vermieter die Beseitigung eines Mangels, so muss er ihm dazu nach Massgabe von Art. 259g Abs. 1 und 2 OR schriftlich eine angemessene Frist setzen und kann ihm androhen, dass er bei unbenütztem Ablauf der Frist Mietzinse, die künftig fällig werden, bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle hinterlegen wird. Er muss die Hinterlegung dem Vermieter schriftlich ankündigen. Mit der Hinterlegung gelten die Mietzinse als bezahlt. Soll die Hinterlegung die Wirkung dieser Zahlungsfiktion entfalten, muss sie spätestens am Fälligkeitstag erfolgen. Die Hinterlegung erfolgt durch tatsächliche Hinterlegung bei der Hinterlegungsstelle oder durch Einzahlung bei der Schweizerischen Post zu Gunsten der Hinterlegungsstelle oder durch Übergabe eines entsprechenden Überweisungsauftrags an die Schweizerische Post[13]. Die Fälligkeit richtet sich gemäss Art. 257c OR nach Vertrag und mangels vertraglicher Abrede nach Ortsüblichkeit oder Gesetz.

---

[13] Higi, Zürcher Kommentar, Art. 259g OR N 63; SVIT-Kommentar Mietrecht, 2.A., Art. 259g OR N 17

b) aa) Sowohl nach dem Wortlaut dieser Bestimmung als auch nach der einhelligen Lehre[14] dürfen demnach nur künftige Mietzinse hinterlegt werden, wenn die materiellen und formellen Voraussetzungen erfüllt sind. Nur dadurch gilt der Mietzins gemäss Art. 259g Abs. 2 OR mit der Hinterlegung als bezahlt. Weder machen die Rekurrenten einen Grund geltend noch ist einer ersichtlich, die Zahlungsfiktion gemäss Art. 259g Abs. 2 OR entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes und der Lehre auch für die Hinterlegung bereits verfallener Mietzinse anzunehmen. Der Mieter, der vom Vermieter eine mangelhafte Sache übergeben erhält, hat ausreichend Behelfe, um sich dagegen zur Wehr zu setzen: Er hat grundsätzlich die Wahl, entweder nach den allgemeinen Regeln der Art. 107-109 OR über die Nichterfüllung von Verträgen vorzugehen oder die Sache trotz der Mängel zu übernehmen und auf gehöriger Erfüllung des Vertrags zu beharren. In diesem Fall kann er laut Art. 258 Abs. 2 OR die Ansprüche gemäss Art. 259a-259i OR geltend machen, die ihm auch bei Entstehung von Mängeln während der Mietdauer zustünden. Mit dieser Auswahl an Rechtsbehelfen ist der Mieter gut geschützt, und es muss daher von ihm verlangt werden, dass er sich an die gesetzlichen Vorgaben der einzelnen Rechtsbehelfe hält. Zudem hat es der Mieter in der Hand, durch entsprechendes Handeln (Fristansetzung und Androhung der Hinterlegung) nach Kenntnisnahme der Mängel die Mietzinshinterlegung möglich zu machen.

Der Mietvertrag sieht einerseits Zahlung des Mietzinses monatlich im Voraus auf den ersten des Monats vor. Andererseits hinterlegten die Rekurrenten erst im Oktober 2005. Damit steht fest, dass nur Mietzinse ab November 2005 als teilweise bezahlt gelten können,

---

[14] Vgl. Higi, Art. 259g OR N 55 mit Hinweisen; SVIT-Kommentar, Art. 259g OR N 17; Weber, Basler Kommentar, Art. 259g OR N 10; Lachat/Stoll/Brunner, Mietrecht für die Praxis, 4.A., S. 168

nicht jedoch der rückständige Mietzins Juli 2005, für dessen Bezahlung den Rekurrenten nach Art. 257d OR Frist angesetzt worden war.

bb) Die Vorinstanz führte mit Bezug auf die Verrechnung mit den herabgesetzten Mietzinsen aus, die Rekurrenten hätten die Herabsetzung erst nach der Fristansetzung durch die Vermieterschaft und rückwirkend für die gesamte Mietdauer geltend gemacht. Das Gesetz sehe jedoch eine eigenmächtige Herabsetzung nicht vor. Damit scheint die Vorinstanz anzunehmen, der Mieter könne im (Ausweisungs-)Verfahren weder einwenden, es sei nur ein herabgesetzter Mietzins geschuldet gewesen, noch geltend machen, der Mietzinsanspruch des Vermieters sei zufolge Verrechnung untergegangen. Dieser Standpunkt wird in der Literatur zwar teilweise vertreten[15], doch geht diese Meinung nach der vom Obergericht vertretenen Auffassung zu weit und findet insbesondere im Gesetz keine Stütze: Einmal besteht unter den dem Mieter zustehenden Mängelrechten keine Rangordnung; vielmehr steht es dem Mieter grundsätzlich frei, welchen der ihm durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe er wählt. Insbesondere ist er nicht verpflichtet, den Weg der Hinterlegung zu wählen, auch wenn dieser Weg aus dem Blickwinkel des Mieters in der Regel wohl der sicherste ist. Sodann entsteht gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung der Herabsetzungsanspruch auf jeden Fall spätestens mit der entsprechenden Herabsetzungserklärung des Mieters. Die Begründung für die im SVIT-Kommentar vertretene Auffassung, der Gesetzgeber habe dem Mieter eine eigenmächtige Herabsetzung des Mietzinses und eine eigenmächtige Verrechnung des Mietzinses mit seinen Mängelansprüchen verwehrt[16], ist in dieser absoluten Form jedenfalls unzutreffend: Die Änderung des Vorentwurfs erfolgte diesbezüglich im Hinterlegungsrecht, woraus nicht auf das Herabsetzungs-

---

[15] SVIT-Kommentar, Art. 265 OR N 9
[16] Art. 265 OR N 9

recht geschlossen werden kann[17]. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Verrechnung ergibt sich überdies aus Art. 265 OR. Die Auffassung der Vorinstanz liefe letztlich darauf hinaus, dass der Vermieter auch während einer Auseinandersetzung um Mängel der Mietsache einen Anspruch auf Leistung des ungeschmälerten Mietzinses hätte. Dies ist aber nach der herrschenden Lehre gerade nicht der Fall[18]; allerdings trägt der Mieter das Risiko, dass eine gestützt auf Art. 257d OR ausgesprochene Kündigung wirksam wird, wenn er den Mietzins zu stark herabsetzte und deshalb zu wenig bezahlte und sich entsprechend im Zahlungsrückstand befand[19]. Der Mieter kann also die entsprechenden Einwendungen auch im Kündigungsanfechtungsverfahren oder im Ausweisungsverfahren vorbringen. In diesem Fall beurteilt der Ausweisungsrichter die geltend gemachten Herabsetzungs- beziehungsweise Verrechnungsansprüche des Mieters entweder direkt als Einwendungen im Ausweisungsverfahren oder indirekt über die Kompetenzattraktion als Anfechtungsgründe gegen die ausgesprochene ausserordentliche Kündigung.

Obergericht, 13. Februar 2006, ZR.2006.3

---

17 Vgl. Züst, Die Mängelrechte des Mieters, Bern/Stuttgart/Wien 1992, S. 163 ff. mit Hinweisen

18 Vgl. Higi, Art. 259d OR N 24 mit Hinweisen und N 27

19 Higi, Art. 259d OR N 27, der aber in Abweichung zur herrschenden Lehre zu Gunsten des Mieters so weit geht, dass eine Kündigungsandrohung des Vermieters erst ergehen kann, wenn die Pflichtwidrigkeit der teilweisen Nichtzahlung verbindlich festgestellt ist.

6. Rechtsnatur und Auslegung eines Sozialplans (Art. 356 OR; Art. 1 ZGB)

1. Der Berufungskläger arbeitete seit Jahren bei der Berufungsbeklagten. Im Zuge einer Restrukturierung wurde der Betriebszweig, in welchem der Berufungskläger tätig war, per Ende März 2002 geschlossen und dem Berufungskläger im Dezember 2001 per Ende März 2002 gekündigt. Der Berufungskläger ist seit Mitte Januar 2002 arbeitsunfähig und erlangte seine Arbeitsfähigkeit nicht wieder. Sein Arbeitsverhältnis dauerte aufgrund der gesetzlichen Sperrfrist bis Ende Oktober 2002. Er ist heute IV-Rentner.

Ende Januar 2002 unterzeichneten die Betriebskommission und die Angestelltenvertretung der Berufungsbeklagten auf der einen und die Berufungsbeklagte auf der anderen Seite im Zusammenhang mit der Schliessung des fraglichen Betriebszweigs einen Sozialplan.

2. Gegenstand der Berufung ist die Frage, ob der Berufungskläger Ansprüche aus dem Sozialplan geltend machen kann.

a) Der Berufungskläger fordert gestützt auf den Sozialplan eine Austrittsentschädigung. Die Voraussetzungen dafür seien gegeben, da er nicht vorzeitig pensioniert worden sei und die Kündigung nicht auf ein Fehlverhalten seinerseits zurückgehe, sondern auf die Schliessung.

b) Die Berufungsbeklagte bestreitet einen Anspruch des Berufungsklägers auf eine Abgangsentschädigung, weil er andere Leistungen bezogen habe, die weit über den Betrag der Abgangsentschädigung hinausgingen. Zwar statuiere der Sozialplan für Arbeitnehmer, die vor oder anlässlich der Schliessung langzeitkrank gewesen und aufgrund der Lohnfortzahlungspflicht und aufgrund der Leistungen der Kurzzeit-Erwerbsausfall-Versicherung anderweitig entschädigt worden seien, keine Ausnahme. Das sei eine Lücke im Sozialplan, die

entsprechend dem Willen der Vertragspartner zu füllen sei. Die Betriebskommission und die Arbeitnehmervertretung auf der einen und die Berufungsbeklagte auf der anderen Seite seien sich immer einig gewesen, dass diese Arbeitnehmer nicht auch noch eine Leistung aus dem Sozialplan erhalten sollten.

c) Die Vorinstanz hielt dafür, die normativen Bestimmungen eines Sozialplans seien wie die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags und damit wie Gesetze auszulegen. Es liege eine Lücke im Sozialplan vor, die gemäss Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB zu füllen sei. Die Vorinstanz kam zum Schluss, Arbeitnehmer, die bei der Betriebsschliessung wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig gewesen und auch später nicht mehr auf den Arbeitsmarkt zurückgekehrt seien, hätten keine Ansprüche auf eine Austrittsentschädigung.

3. a) Der Sozialplan ist in der Schweiz gesetzlich nicht normiert und ein entsprechendes Projekt des Bundesamts für Justiz mittlerweile gestoppt. Über die Rechtsnatur des Sozialplans besteht nicht durchwegs Einigkeit; sie hängt auch von der Art des Zustandekommens und dem Inhalt ab[20]. Wird der Sozialplan vom Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmerverband vertraglich vereinbart und enthält er Bestimmungen über den Inhalt oder die Beendigung der Arbeitsverhältnisse, liegt ein Gesamtarbeitsvertrag im Sinn von Art. 356 OR vor[21]. Wird der Sozialplan hingegen einseitig vom Arbeitgeber erlassen oder sind die Sozialplanmassnahmen individuell zwischen Arbeitgeber und

---

[20] Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6.A., Art. 335f OR N 11; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 3.A., S. 153 und Anm. 20; BGE vom 17. Oktober 2003, 4C.168/2003, Erw. 3.1 (übersetzt in: ARV 2004 S. 20 ff.); BGE 132 III 43 f.

[21] BGE 130 V 26; JAR 1996 S. 303; Müller, Rechtsnatur und Auslegung eines Sozialplans, in: ARV 2004 S. 88

einem einzelnen Arbeitnehmer vereinbart, handelt es sich nicht um eine Kollektivvereinbarung[22].

Die Frage der Rechtsnatur des Sozialplans ist deshalb von Bedeutung, weil deren Beantwortung die Auslegung bestimmt: Ist der Sozialplan gleich wie ein Gesamtarbeitsvertrag zu behandeln, sind die darin enthaltenen normativen Bestimmungen wie ein Gesetz auszulegen. Handelt es sich hingegen um die Anpassung von Individualarbeitsverträgen, sind diese gemäss den Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen zu interpretieren[23].

b) Im Entscheid vom 17. Oktober 2003 kam das Bundesgericht entgegen der - allerdings spärlich publizierten - Praxis und der Lehre zum Schluss, beim Sozialplan überwiege die vertragliche Rechtsnatur, zumindest wenn dieser bezüglich des Gegenstands und des Adressatenkreises begrenzt sei und ihm somit der generell-abstrakte Charakter fehle[24]. Auf diesen Entscheid beruft sich die Berufungsbeklagte. Er überzeugt allerdings nicht. Müller[25] legte zutreffend dar, der Sozialplan wirke im Normalfall, indem er gestützt auf eine GAV-Delegationsnorm im Sinn einer Betriebsvereinbarung zustande komme, normativ stellvertretend für GAV-Recht, mithin kollektivrechtlich. Dem schlossen sich Vischer und Streiff/von Kaenel grundsätzlich an[26]. Nicht zuzustimmen ist insbesondere der Feststellung des Bundesgerichts, mit dem Kriterium, der Sozialplan sei auf die von der Kündigung des Arbeitsverhältnisses betroffenen Arbeitnehmer anwendbar, werde der ausgesprochen konkrete Charakter der Regelung aufgezeigt;

---

22 BGE 132 III 44; Müller, S. 88

23 ARV 2004 S. 21, Erw. 3. Zu den unterschiedlichen Auslegungsregeln für die schuldrechtlichen und die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags: BGE 127 III 322; Vischer, S. 330; Stöckli, Berner Kommentar, Art. 356 OR N 133 ff.

24 ARV 2004 S. 21 mit Hinweisen

25 Müller, S. 88 ff.

26 Vischer, S. 153 f.; Streiff/von Kaenel, Art. 335f OR N 11 und 14

dadurch führe der Sozialplan zu einer Änderung der individuellen Arbeitsvertragsbedingungen einer begrenzten Zahl von Arbeitnehmern, und es fehle ihm somit jeder generell-abstrakte Charakter eines normativen Akts[27]. Diese Argumentation ist in der Tat eine "besondere Logik"[28]: Alsdann wäre jede gesetzliche Regelung nicht generell-abstrakter Natur mit normativer Wirkung, sondern immer individuell-konkret mit vertraglicher Wirkung, weil jede gesetzliche Regelung irgendwann mit Wirkungen auf ein konkretes Rechtsverhältnis verbunden ist[29]. Der von der Berufungsbeklagten zitierte Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Oktober 2003 scheint denn auch ein Einzelfall zu sein. In BGE 130 V 26 bezeichnete das Bundesgericht den Sozialplan ohne eigentliche Auseinandersetzung mit der Frage der Rechtsnatur unter Hinweis auf zwei nicht in der amtlichen Sammlung publizierte Entscheide[30] als besondere Form eines Gesamtarbeitsvertrags. In BGE 132 III 43 f. bestätigte das Bundesgericht diese Rechtsprechung, allerdings ohne Auseinandersetzung mit seinem Entscheid vom 17. Oktober 2003. Es wies ergänzend darauf hin, ein Sozialplan müsse nicht notwendigerweise das Ergebnis von Verhandlungen zwischen Sozialpartnern sein, sondern könne auch aus einem einseitigen Beschluss des Arbeitgebers resultieren. Im Regelfall sei der Sozialplan aber eine Folge von Vertragsverhandlungen mit den Gewerkschaften oder der Betriebskommission. Er nehme alsdann die Form eines Gesamtarbeitsvertrags an oder werde in eine Betriebsvereinbarung integriert[31].

c) Der fragliche Sozialplan basiert auf der Vereinbarung in der Maschinenindustrie (VMI) vom 1. Juli 1998 und findet grundsätz-

---

27 Vgl. ARV 2004 S. 22 Erw. 3.3
28 Müller, S. 89
29 Müller, S. 89
30 BGE vom 2. Juli 2002, 4C.115/2002, und vom 5. Januar 1999, 4C.264/1998
31 BGE 132 III 44

lich Anwendung auf alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, deren Arbeitsvertrag im Zusammenhang mit der Schliessung des fraglichen Betriebszweigs per Ende März 2002 beendigt wird. Er wurde zwischen der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmervertretung abgeschlossen. Es handelt sich um eine Betriebsvereinbarung, die gestützt auf eine Delegationsnorm im GAV getroffen wurde. Der Sozialplan ist daher wie ein Gesamtarbeitsvertrag und damit wie ein Gesetz auszulegen.

4. a) aa) Ein Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus, d.h. nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode auszulegen. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln den Gerichten nicht nach ihren eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Auslegung gebräuchlichen Methode auf den Bereich richterlicher Rechtsschöpfung, indem ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird. Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung in normativem Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der

ratio legis. Das Bundesgericht befolgt dabei einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen[32]. Zusammengefasst ist bei der Auslegung in erster Linie vom Wortlaut auszugehen, bei Mehrdeutigkeit vom Umfeld der Norm, vom Normzweck sowie vom Willen des Gesetzgebers, wie er sich aus den Materialien ergibt. Nach der objektiven Auslegungsmethode ist danach zu fragen, was die vernünftigen und korrekten Adressaten der Norm unter den ihnen erkennbaren Umständen aus der Norm - hier der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung - als Sinn herauslesen müssen[33].

bb) Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln müssen, und wenn dem Gesetz weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist, namentlich, wenn die vom klaren Wortlaut geforderte Subsumtion eines Sachverhalts in der Rechtsanwendung teleologisch als unhaltbar erscheint. Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben; unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar. Zu beachten ist indessen, dass mit dem Lückenbegriff in seiner heutigen "schillernden Bedeutungsvielfalt leicht die Grenze zwischen zulässiger richterlicher Rechtsfindung contra verba aber secundum ratio-

---

32 BGE 128 I 40 f.
33 Stöckli, Art. 356 OR N 134; Müller, S. 89 f.

nem legis[34] und grundsätzlich unzulässiger richterlicher Gesetzeskorrektur verwischt wird"[35].

Die Lehre vertritt die Auffassung, die Abgrenzung zwischen Auslegung und Lückenfüllung habe kaum praktische Bedeutung. Die grundsätzliche Unterscheidung sei überholt. Das gelte sowohl methodologisch als auch unter dem Gesichtspunkt der Kompetenz des Richters im Verhältnis gegenüber dem Gesetzgeber. Die einzig praktisch bedeutsame Unterscheidung sei jene zwischen zulässiger und unzulässiger richterlicher Rechtsfindung, mithin zwischen zulässiger richterlicher Lückenfüllung einerseits und unzulässiger rechtspolitischer Entscheidung andererseits[36].

b) aa) Im Zusammenhang mit Massenentlassungen wird oft ein Sozialplan vereinbart. Allerdings besteht kein gesetzliches Obligatorium für einen Sozialplan im Fall der Massenentlassung. Es ist nur die Konsultation und Information der Arbeitnehmervertretung und ein entsprechendes Verfahren gesetzlich vorgesehen[37]. Gemäss deutschem Recht dient der Sozialplan laut § 112 Abs. 1 des Betriebsverfassungsgesetzes dem Ausgleich oder der Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die Arbeitnehmer infolge einer Betriebsänderung erleiden. In der Schweiz gilt der Sozialplan im weitesten Sinn als Massnahme zum Schutz bei Massenentlassungen. Die Auswirkungen von Massenentlassungen sollen abgefedert, und den Betroffenen soll der Übergang zu einer neuen Stelle erleichtert werden. Der Sozialplan hilft, menschliche und wirtschaftliche Härten für die von Abbaumassnahmen betroffene Belegschaft zu vermeiden oder zumindest zu mildern. Inhaltlich sind dem Sozialplan kaum Grenzen gesetzt. Es sind viele Massnahmen

---

34 Entgegen dem Wortlaut, aber gemäss dem Sinn des Gesetzes
35 BGE 128 I 42
36 Baumann/Dürr/Lieber/Marti/Schnyder, Zürcher Kommentar, Art. 1 ZGB N 405 ff.
37 Art. 335f f. OR

denkbar, die dem genannten Zweck dienen können. Der Inhalt hängt unter anderem von den Forderungen der Arbeitnehmer, der Bereitschaft der Arbeitgeber, aber auch von den vorhandenen oder zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln ab. In Betracht kommt etwa die Regelung folgender Bereiche: Zahlung von Abgangsentschädigungen, Durchhalteprämien, Erstreckung der Kündigungsfrist, Besitzstandswahrung oder Deckung von Einkommensverlusten für eine bestimmte Dauer, Finanzierung von Stellenvermittlungen, Stelleninseraten, Supervision, Outplacement, Umschulung oder Weiterbildung, Beteiligung der Arbeitgeber an Umzugs- und Transportkosten, Weiterzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Versicherungsprämien für eine gewisse Zeit, Leistung von Betreuungszulagen, Ermöglichung vorzeitiger Pensionierung ohne Renteneinbusse[38].

bb) Der Sozialplan basiert gemäss seiner Ziff. 1 auf Art. 40-45 VMI. Er findet laut Ziff. 2 Anwendung auf alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, deren Arbeitsvertrag im Zusammenhang mit der Schliessung des Betriebszweigs per Ende März 2002 gekündigt wird. Er gilt ferner für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die im Zusammenhang mit der Schliessung innerhalb des Unternehmens versetzt werden, das neue Arbeitsverhältnis aber vom Arbeitgeber innert dreier Monate nach der Versetzung aufgelöst wird, weil der Mitarbeiter für die neue Aufgabe ungeeignet ist. Keine Anwendung findet der Sozialplan bei Kündigungen durch den Arbeitnehmenden, bei Versetzungen und bei disziplinarischen oder anderen wichtigen Gründen gemäss Art. 337 OR. Gemäss Ziff. 3 bezweckt der Sozialplan, menschliche und wirtschaftliche Härten gegenüber den von der Schliessung betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern nach Möglichkeit zu vermindern oder zu vermeiden. Er basiert auf dem Grundsatz "Hilfe zur

---

[38] Vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 335f OR N 13; http://syndikat.ch; Dienstleistungen; Ratgeber; Massenentlassungen

Selbsthilfe". Laut Ziff. 13 des Sozialplans können die von der Schliessung betroffenen Mitarbeiter nach vollendetem 60. Altersjahr, Mitarbeiterinnen mit Jahrgang 1943 und älter mit ihrem Einverständnis vorzeitig in Pension gehen, wobei in Verbesserung der im Pensionskassenreglement vorgesehenen Leistungen der Grundbetrag der Überbrückungsrente ungeschmälert bis zum Erreichen des ordentlichen Rücktrittsalters ausgerichtet und die Kostenbeteiligung des betroffenen Mitarbeiters voll durch das Unternehmen übernommen wird. Ziff. 17 regelt die Austrittsentschädigung der Entlassenen. Gemäss Ziff. 17.1 erhalten Mitarbeiter, die nicht vorzeitig pensioniert werden, und denen auch nicht wegen Fehlverhaltens gekündigt wurde, eine Austrittsentschädigung. Ziff. 17.2 legt die Kriterien für die Höhe der Austrittsentschädigung fest und verweist auf eine entsprechende Skala.

cc) Zwar enthält der Sozialplan keine ausdrückliche Antwort auf die Frage, ob Mitarbeiter, die im Zeitpunkt der Schliessung des Betriebszweigs wegen Krankheit Leistungen der Berufungsbeklagten oder von Dritten erhielten, Anspruch auf eine Austrittsentschädigung oder eine Leistung gemäss Sozialplan haben. Trotzdem kann nicht ohne weiteres von einer Lücke ausgegangen werden, da es in der Natur der Sache liegt, dass normative Bestimmungen nicht jeden Einzelfall regeln. Vielmehr ist durch Auslegung zu ermitteln, ob der konkrete Einzelfall unter eine bestimmte Norm fällt oder nicht.

c) aa) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hat der Berufungskläger Anspruch auf eine Austrittsentschädigung gemäss Ziff. 17 des Sozialplans:

Der Sozialplan findet gemäss dessen Ziff. 2 Anwendung auf den Berufungskläger, da ihm im Zusammenhang mit der Schliessung gekündigt wurde und nicht aus wichtigen Gründen im Sinn von Art. 337 OR. Zudem erfüllt der Berufungskläger die Voraussetzungen für eine Austrittsentschädigung, denn der Sozialplan sieht diese für Mitarbeiter vor, die nicht vorzeitig pensioniert werden, und denen

nicht wegen eines Fehlverhaltens gekündigt wurde. Der Wortlaut des Sozialplans ist mithin klar: Der Berufungskläger erfüllt die positiven und die negativen Voraussetzungen gemäss Ziff. 17.2.

Auch die Systematik der Regelung spricht für einen Anspruch des Berufungsklägers. Die Massnahmen und Ansprüche sollen laut dem Sozialplan für alle gelten, denen wegen der Schliessung gekündigt wird und die nicht im Sinn von Art. 337 OR selbst einen Grund für eine Kündigung gesetzt haben. Im Anschluss an die Bestimmung des Anwendungsbereichs wird der Kreis derjenigen umschrieben, die eine Austrittsentschädigung erhalten. Es sind dies die Mitarbeitenden, die nicht vorzeitig pensioniert werden und die nicht mit einem Fehlverhalten die Kündigung verursacht haben. Zusätzliche Ausschlussgründe enthält der Sozialplan nicht. Aus der im Anhang festgelegten Berechnung der Austrittsentschädigung, die einzig von der Höhe des Lohns, vom Alter und Dienstalter sowie von der Anzahl der Kinder abhängt, ergeben sich als indirekte Voraussetzungen ein Mindestalter von 40 Jahren und ein Mindestdienstalter von fünf Jahren. Der Berufungskläger erfüllt diese Bedingungen unbestrittenermassen.

Der Zweck des Sozialplans - Verminderung oder Vermeidung menschlicher und wirtschaftlicher Härten - ist derart weit, die dadurch gedeckten Massnahmen sind derart zahlreich und die möglichen Umschreibungen der Voraussetzungen und der Höhe einer Abgrenzung derart vielfältig, dass entgegen der Auffassung der Vorinstanz aus der Zweckbestimmung nicht auf eine zusätzliche Einschränkung des Kreises der Anspruchsberechtigten geschlossen werden kann. Vielmehr durften die Adressaten der Norm, mithin die von der Schliessung betroffenen Mitarbeiter, unter diesen Umständen davon ausgehen, dass sie eine Abgangsentschädigung erhalten, wenn sie die festgelegten Voraussetzungen erfüllen.

Die Vorinstanz verglich den Berufungskläger mit einem Arbeitnehmer, der frühpensioniert wurde, da der Berufungskläger zur

Zeit der Betriebsschliessung wegen Krankheit zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei und später nicht mehr auf den Arbeitsmarkt zurückkehren müsse, weil er dauerhaft arbeitsunfähig bleibe. Der Berufungskläger habe daher wie ein Frühpensionierter keinen Anspruch auf eine Austrittsentschädigung. Dieser Analogieschluss ist allerdings nicht haltbar: Erstens hinkt der Vergleich mit den vorzeitig Pensionierten in doppelter Hinsicht. Einerseits ist in den vorzeitigen Pensionierungen eine finanzielle Leistung der Berufungsbeklagten enthalten, indem sie gemäss Sozialplan die Kostenbeteiligung des vorzeitig Pensionierten im Zusammenhang mit der Überbrückungsrente übernimmt. Das ist nichts anderes als eine zweckgebundene Austrittsentschädigung, die regelmässig vorkommt[39]. Damit fällt die Argumentation der Vorinstanz in sich zusammen, denn frühzeitig Pensionierte erhalten ebenfalls eine Abfindung, allerdings in etwas anderer, zweckgebundener Form. Andererseits gibt es neben der finanziellen auch die menschliche Seite zu beachten, was der Sozialplan unter dem Titel "Zweck" ausdrücklich festhält. Mit 60 Jahren und bei voller Pension fällt das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben wesentlich leichter als mit 50 oder 45 Jahren. Zweitens war weder zum Zeitpunkt der Schliessung noch zum Zeitpunkt des Austritts des Berufungsklägers nach der wegen Krankheit verlängerten Kündigungsfrist, in dem die Austrittsentschädigung gemäss Ziff. 17.3 des Sozialplans fällig wurde, absehbar, ob und wann der Berufungskläger wieder auf den Arbeitsmarkt zurückkehren werde, oder ob er dauerhaft arbeitsunfähig bleibe. Die Verweigerung eines gemäss Wortlaut bestehenden, fälligen Anspruchs mit einer Tatsache, die sich in Zukunft möglicherweise verwirklichen wird, ist eine unzulässige Auslegung.

bb) Das Argument, der Berufungskläger habe andere Leistungen erhalten und deshalb keine finanziellen Nachteile erlitten,

---

[39] Müller, Abfindungen in Sozialplänen, in: AJP 1999 S. 287

genügt nicht, um eine Austrittsentschädigung zu verweigern. Diese Voraussetzung ist im Sozialplan nicht genannt. Es sind auch keine objektiven Anhaltspunkte ersichtlich, aus denen auf einen solchen Ausschlussgrund geschlossen werden dürfte. Eine andere von der Berufungsbeklagten behauptete subjektive Absicht der Vertragsparteien würde daran nichts ändern, da der Sozialplan insbesondere auch aus Gründen des Vertrauensschutzes[40] objektiv auszulegen ist. Objektiv fehlen aber Anhaltspunkte, die auf eine solche Absicht der Sozialpartner hinweisen würden. Der im September 2003 im Rahmen einer weiteren Umstrukturierung abgeschlossene Sozialplan, auf den die Berufungsbeklagte hinwies, hat für die Auslegung des hier zu beurteilenden Sozialplans keine Bedeutung. Wie bei einer Gesetzesrevision müsste vielmehr davon ausgegangen werden, mit der Revision solle die bisherige Regelung materiell geändert und nicht bestätigt werden. Überdies wirft die von der Berufungsbeklagten angerufene neue Regelung, wonach im Krankheitsfall von mehr als 20 Arbeitstagen während der Kündigungsfrist die Abgangsentschädigung um die bezogenen Leistungen gekürzt wird, unter dem Aspekt der Gleichbehandlung zusätzliche Fragen auf. Der kranke Mitarbeitende sieht sich vor die gleichen Probleme gestellt wie der gesunde; lediglich der Beginn wird um 20 oder mehr Krankheitstage hinausgeschoben. Abgesehen davon belegt der Sozialplan vom September 2003, dass die Abgangsentschädigung gerade nicht von finanziellen Nachteilen abhängig ist. Gemäss diesem Sozialplan erhält der Betroffene, der durch Eigeninitiative eine Stelle im Konzern gefunden hat und damit keinen Schaden erleidet, ebenfalls eine um 50% reduzierte Abgangsentschädigung.

Auch gemäss dem hier zu beurteilenden Sozialplan spielen tatsächlich erlittene finanzielle Nachteile keine oder zumindest keine entscheidende Rolle. Es wird nicht geprüft, ob der Entlassene durch

---

[40] Vgl. Stöckli, Art. 356 OR N 136

die Entlassung tatsächlich einen finanziellen Schaden erlitt. Wäre der Berufungskläger beispielsweise nicht krank geworden und hätte er bis zum Produktionsende mitgearbeitet und danach ab Mitte Mai 2002 wieder Arbeit mit gleichem Lohn gefunden, hätte er gemäss der von der Berufungsbeklagten anerkannten Berechnung Fr. 36'609.00 erhalten, obwohl sein finanzieller Schaden nur etwa Fr. 1'500.00 betragen hätte. Bei einem höheren Lohn an der neuen Arbeitsstelle entstünde insgesamt betrachtet überhaupt kein Schaden. Trotzdem wäre die Abgangsentschädigung geschuldet. Dem entspricht, dass Austrittsentschädigungen oft den Beigeschmack von Strafzahlungen für den Arbeitgeber haben[41]. Der Hinweis auf Leistungen Dritter hilft der Berufungsbeklagten ferner nicht, weil auch der nicht kranke Arbeitslose während längerer Zeit solche Leistungen, insbesondere Arbeitslosentaggelder, erhält.

Wollte der Anspruch auf eine Austrittsentschädigung von einer tatsächlichen finanziellen Einbusse abhängig gemacht werden, müsste dies aus dem Sozialplan heraus zu lesen sein. Das ist indessen gerade nicht der Fall.

Obergericht, 29. Juni 2006, ZBR.2006.11

Eine dagegen erhobene Berufung wies das Bundesgericht am 12. Februar 2007 ab (4C.401/2006).

---

[41] Müller, Abfindungen, S. 287

7. Beweisrechtliche Folgen der Erfassung der Arbeitszeit durch Arbeitgeber in nicht korrekter Form (Art. 15 Ziff. 7 L-GAV 98 des Gastgewerbes; Art. 73 Abs. 1 lit. c ArGV 1; Art. 8 ZGB)

1. Strittig ist die Forderung eines Kochs aus behaupteten Überstunden.

2. a) Gemäss unangefochtener Rechtsprechung und Lehre hat ein Arbeitnehmer, der Überstundenforderungen geltend macht, zu beweisen, dass er diese Stunden tatsächlich leistete. Diese Beweislastverteilung ergibt sich aus Art. 8 ZGB, wonach das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache von demjenigen zu beweisen ist, der daraus Rechte ableitet. Die Gerichtspraxis zeigt, dass Klagen auf Entschädigung von Überstunden dieser Beweislastverteilung wegen häufig zu Lasten des klagenden Arbeitnehmers ausgehen. Nicht zuletzt deswegen wurde in jüngerer Zeit die Frage aufgeworfen, ob nicht eine Umkehr der Beweislast zu erfolgen habe, wenn der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Dokumentation der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit, wie sie in Art. 73 Abs. 1 Bst. c ArGV 1 beziehungsweise für den hier interessierenden Fall in Art. 15 Ziff. 7 L-GAV 98 für das Gastgewerbe festgeschrieben ist, nicht oder nur ungenügend nachkam, oder wenn er sich weigert, die an und für sich vorhandenen Unterlagen in einem Prozess vorzulegen. In den drei bislang zum L-GAV publizierten kantonalen Urteilen[42] wurde eine Beweislastumkehr ganz oder teilweise angenommen und deshalb dem Arbeitgeber der Beweis dafür auferlegt, dass die vom Arbeitnehmer behaupteten Überstunden nicht geleistet wurden; das Bundesgericht schützte diese Auffassung[43]. Indessen ist zu

---

[42] Tessin: JAR 2002 S. 160 ff.; St. Gallen: JAR 2002 S. 155 ff.; Wallis: SARB 1998 Nr. 55

[43] SARB 2000 Nr. 155

beachten, dass in all diesen Fällen der L-GAV in der Fassung von 1992 zur Anwendung kam, der in Art. 82 Ziff. 5 eine solche Beweislastumkehr ausdrücklich vorsah. Diese Regelung wurde von den Sozialpartnern nicht in den heute gültigen L-GAV aus dem Jahr 1998 übernommen: Neu hat das Unterlassen der Buchführungspflicht gemäss Art. 21 Ziff. 3 L-GAV 98 lediglich, aber immerhin noch zur Folge, dass eine Arbeitszeitkontrolle des Arbeitnehmers im Streitfall als Beweismittel zugelassen wird. Es bleibt damit die Frage offen, wie die Präjudizien entschieden worden wären, wenn die kollektivrechtliche Abrede einer Beweislastumkehr gefehlt hätte. Insbesondere die Erwägungen im Tessiner Entscheid lassen darauf schliessen, dass eine Beweislastumkehr allein schon wegen der in Art. 73 Abs. 1 lit. c ArGV 1 beziehungsweise Art. 15 Ziff. 7 L-GAV 98 vorgeschriebenen Verletzung der Dokumentationspflicht Platz greifen soll[44].

Dogmatisch liesse sich eine Beweislastumkehr nur damit begründen, dass in der unterlassenen oder ungenügenden Arbeitszeiterfassung eine Beweisvereitelung zu erkennen wäre. Allerdings ist in der Literatur umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Beweisvereitelung überhaupt zu einer Beweislastumverteilung führt, oder ob solches Verhalten stattdessen in die richterliche Beweiswürdigung einzufliessen hat, indem der beweisbelasteten Partei durch eine Senkung des Beweismasses Beweiserleichterungen gewährt werden. Gemäss der differenzierenden Auffassung[45] lässt sich eine Beweislastumkehr mit der blossen Beweisnot des Beweisbelasteten grundsätzlich nie rechtfertigen. Es bleibt demnach auch bei Beweisnot, selbst wenn diese

---

[44] Rudolph, in: Arbeitsgesetz (Hrsg.: Geiser/von Kaenel/Wyler), Bern 2005, Art. 46 N 15 ff.

[45] Kummer, Berner Kommentar, Art. 8 ZGB N 183 ff., 190 f.; Schmid, Basler Kommentar, Art. 8 ZGB N 71; Deschenaux, Schweiz. Privatrecht, II, Basel/Stuttgart 1967, S. 259 f.; Beglinger, Beweislast und Beweisvereitelung im Zivilprozess, in: ZSR 115 I, 1996, S. 479 ff.

im Verhalten des Beweisgegners begründet ist, im Regelfall bei der Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB. Eine Umkehr der Beweislast wäre nur vertretbar, wenn der Beweisgegner die einzigen und nicht ersetzbaren Beweismittel vernichtete, obschon er sich ihrer Bedeutung bewusst war. In diesem Fall lässt sich die Beweislastumkehr direkt aus Art. 8 i.V.m. Art. 2 ZGB herleiten, ohne dass eine materiellrechtliche Aufbewahrungspflicht bestehen müsste[46].

Zusammengefasst heisst dies, dass eine Beweislastumverteilung in den Ausnahmefällen einer qualifizierten Beweisvereitelung angenommen werden kann. Im hier interessierenden Zusammenhang wäre dies also etwa der Fall, wenn der Arbeitgeber die vorhandenen Arbeitszeitunterlagen vorsätzlich und im Hinblick auf den anstehenden Zivilprozess vernichtete, um so dem Arbeitnehmer den Nachweis geleisteter Überstunden zu verunmöglichen. Das Verhalten des Arbeitgebers wäre in diesem Fall als rechtsmissbräuchlich im Sinn von Art. 2 ZGB zu werten, so dass sich ein ausnahmsweises Abrücken von Art. 8 ZGB rechtfertigen liesse. In allen anderen Fällen, insbesondere wenn keine Dokumentation angelegt oder diese nur lückenhaft geführt wurde, ist die Schwelle des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 ZGB noch nicht erreicht. Hier bleibt es dabei, dass die Beweislast für den Nachweis der behaupteten Überstundenarbeit weiterhin beim Arbeitnehmer liegt. Hingegen können und sollen solche Pflichtverletzungen in die Beweiswürdigung durch den Richter einfliessen. Dieser wird im Einzelfall zu prüfen haben, worin genau die Pflichtverletzung besteht. So wird ein Unterlassen der Aufzeichnungspflicht aus glaubhaft gemachter, blosser Unwissenheit weit weniger ins Gewicht fallen als etwa das Verweigern der Aktenedition im Prozess, wenn die Existenz der Unterlagen an sich unbestritten ist. Die - für das Arbeitsvertragsrecht in Art. 343 Abs. 4 OR besonders verankerte - freie Beweiswürdigung ermöglicht es, die

---

[46] Rudolph, Art. 46 ArG N 17

Anforderungen an das Beweismass je nach Lage der Dinge zu reduzieren. Ein Rückgriff auf das dogmatisch schwer begründbare und umstrittene Institut der Beweislastumkehr bei Beweisvereitelung ist dazu nicht nötig[47].

b) aa) Die Vorinstanz auferlegte den Beweis, dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Nachzahlung für Überstunden habe, oder aber, dass die vom Arbeitnehmer hiefür geltend gemachten Lohnnachforderungen für Überstunden zu hoch sei, in Abweichung von der üblichen Beweislastverteilung dem Arbeitgeber. Die Überlegungen, welche die Vorinstanz zu dieser Umverteilung der Beweislast bewogen, sind im angefochtenen Urteil nicht dargelegt, so dass es dem Obergericht verwehrt ist, diese auf ihre Durchschlagskraft hin zu überprüfen. Es kann daher nur das Ergebnis des Denkvorgangs der Vorinstanz geprüft werden. Dieses aber scheint vor dem Hintergrund des hier massgebenden L-GAV aus dem Jahr 1998, der anders als die Fassung aus dem Jahr 1992 eine Beweislastumverteilung bei Unterlassen der Buchführung durch den Arbeitgeber gerade nicht mehr vorsieht, sowie der allgemeinen Zivilprozessrechtslehre als unzutreffend: Eine qualifizierte Beweisvereitelung, die allein eine Beweislastumverteilung bewirken könnte, ist nicht ersichtlich, denn der Arbeitgeber liess die vom Küchenchef geführten, von den Arbeitnehmern entgegen Art. 15 Ziff. 7 L-GAV 98 indessen nicht unterschriebenen Aufschriebe über deren Arbeitszeit nicht verschwinden, sondern reichte sie im Gegenteil an der Hauptverhandlung aus freien Stücken ein. Soweit der Arbeitnehmer im Berufungsverfahren behauptete, er habe die "auf der Arbeit geführten Stundenpläne unterschrieben", und dem Arbeitgeber mit dem Hinweis, diese nicht einzureichen, sinngemäss eine qualifizierte Beweisvereitelung vorwarf, ist festzustellen, dass es sich bei den vom Arbeitnehmer genannten Stundenplänen um am Arbeitsplatz vorge-

---

[47] Rudolph, Art. 46 ArG N 18

nommene persönliche Aufschriebe des Arbeitnehmers und nicht um solche des Arbeitgebers im Sinn von Art. 15 Ziff. 7 L-GAV 98 handeln muss beziehungsweise kann. Vor der Vorinstanz legte der Arbeitnehmer nämlich noch dar, dass er seine Überstunden selber aufgezeichnet und auch unterschrieben habe, und weil die von ihm ins Recht gelegten Stundenaufschriebe weder von ihm selber erstellt wurden (darauf wird zurückgekommen) noch von ihm unterschrieben sind, muss es sich bei den vom Arbeitnehmer erwähnten unterschriebenen Stundenplänen um selber verfasste handeln. Diese hätte er bei der Beendigung der Arbeit beim Arbeitgeber ohne weiteres mitnehmen und selber einreichen können. Dass er dies nicht tat, schadet ihm allerdings nicht, denn die zuhause erstellten und in diesem Verfahren eingereichten Stundenaufschriebe sollen gemäss den Darlegungen des Arbeitnehmers mit den von ihm am Arbeitsplatz erstellten Plänen übereinstimmen. Wenn der Arbeitgeber aber diese vom Arbeitnehmer erstellten Stundenpläne nicht einreicht, hat dies mit einer Beweisvereitelung, geschweige denn mit einer qualifizierten, nichts zu tun, denn zum einen ist der Arbeitnehmer aufgrund der zuhause ebenfalls notierten Überstunden nicht in Beweisnot, und zum anderen stellen die Aufschriebe des Arbeitnehmers ohnehin keine solchen gemäss Art. 15 Ziff. 7 L-GAV 98 dar.

bb) Somit hat der Arbeitnehmer den Beweis, dass und wie viele Überstunden er leistete, zu erbringen, wobei dem Umstand, dass der Arbeitgeber seiner Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit nicht in korrekter Form nachkam, durch eine Senkung des Beweismasses Rechnung zu tragen ist. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Gründe dafür, dass die Stundenaufschriebe des Küchenchefs von den Arbeitnehmern nicht unterzeichnet wurden, ausgesprochen dürftig sind: Es wurde offenbar einzig deswegen auf die Unterzeichnung verzichtet, weil das vom L-GAV geforderte Vorgehen angesichts der etwa 30 Angestellten des Arbeitgebers mit zuviel Aufwand verbunden gewesen sein soll. Nachdem der Arbeitgeber aber selber zugestand, dass seine

Arbeitnehmer beim Aufschreiben der Stunden durch den Küchenchef teilweise zugegen waren, leuchtet nicht ein, weshalb diese die Aufschriebe nicht gleichzeitig auch mit ihrer Unterschrift hätten bestätigen können. Nach einem Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt müssen Stundenaufschriebe eines Arbeitnehmers im Fall, dass der Arbeitgeber seine Buchführungspflicht verletzt, glaubhaft und unverdächtig erscheinen, um den Beweis erbringen zu können[48]. Werden die Stundenaufschriebe des Arbeitnehmers auf ihre Glaubhaftigkeit und Unverdächtigkeit hin überprüft, so ist zunächst festzustellen, dass diese für sich betrachtet eher verdächtig und unglaubhaft erscheinen: Zum einen sind sie nicht durch den Arbeitnehmer persönlich erstellt worden. Die Schrift, mit der die Stundenaufschriebe verfasst wurden, ist ganz offensichtlich nicht diejenige des Arbeitnehmers, sondern es handelt sich augenscheinlich um diejenige seiner damaligen Freundin. Zum anderen wecken die vom Arbeitnehmer eingereichten Stundenaufschriebe auch inhaltlich Bedenken: In der vierten Juni-Woche 2004 waren am Montag zuerst Arbeitszeiten von 09.00 bis 15.15 Uhr/17.00 bis 23.00 Uhr (21. Juni) und am Dienstag von 09.00 bis 15.00/17.00 bis 22.30 Uhr (22. Juni) eingetragen. Diese Einträge wurden anschliessend durchgestrichen und die beiden Tage als "Frei" bezeichnet. Bei den auf den 22. Juni 2004 folgenden beiden Tagen sind exakt die gleichen Arbeitszeiten eingetragen, wie sie ursprünglich am 21. und 22. Juni 2004 notiert waren. Wären die Stundenaufschriebe - was ihnen fraglos Glaubhaftigkeit verleihen würde - Tag für Tag vorgenommen worden, wäre ein solcher Verschrieb ausgeschlossen, denn am 21. und 22. Juni 2004 konnte dem Arbeitnehmer unmöglich bereits bekannt sein, wie viele Stunden er nach seinen Freitagen am 21. und 22. Juni am 23. und 24. Juni exakt würde arbeiten müssen. Indessen

---

[48] Bericht des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt über die Rechtsprechung in den Jahren 2000-2002, S. 10 (www.gerichte.bs.ch; Zivilgericht; Dokumente; Rechtsprechung; Bericht über die Rechtsprechung des Gewerblichen Schiedsgerichts in den Jahren 2000-2002)

vermochte der Arbeitnehmer im zweitinstanzlichen Verfahren für diese beiden Auffälligkeiten plausible Erklärungen abzugeben: So räumte er auf eine entsprechende, offen formulierte Frage ohne weiteres ein, dass die Aufschriebe von seiner damaligen Freundin vorgenommen worden seien; er habe seine Arbeitszeiten jeweils auf kleine Zettelchen, wie sie vom Servicepersonal verwendet würden, notiert und nach Hause genommen, wo sie später von seiner Freundin in die eingereichte Aufstellung übertragen worden seien. Damit sind beide Punkte, die den Verdacht auf im Nachhinein zu Prozesszwecken erstellten Aufschriebe hatten aufkommen lassen, entkräftet; insbesondere entpuppen sich die ursprünglich fehlerhaften Angaben vom 21. und 22. Juni 2004 als blosse Verschriebe beim nachträglichen Übertragen der vom Berufungsbeklagten täglich notierten Stundenzahlen. Vor dem Hintergrund der Erläuterungen des Berufungsbeklagten vermag schliesslich auch der Umstand, dass die von ihm eingereichten Aufschriebe offensichtlich mit nur einem einzigen Schreibstift vorgenommen wurden und wie aus einem Guss erscheinen und insofern den Eindruck entstehen lassen könnten, es seien nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gleichsam wahllos Überstunden notiert worden, keinen ernsthaften Zweifel an der Glaubhaftigkeit mehr aufkommen zu lassen: Das regelmässige Erscheinungsbild der Aufschriebe ist zwanglos damit erklärbar, dass die Freundin des Berufungsbeklagten die Stundenübersicht zwar wohl nur in wenigen Malen, aber eben gestützt auf die täglichen Notizen des Berufungsbeklagten niederschrieb. Somit vermag der Berufungsbeklagte den Beweis für die geleisteten Überstunden mit seinen Aufschrieben zu erbringen.

Obergericht, 30. März 2006, ZBR.2005.89

8. Abgrenzung der landwirtschaftlichen Pacht von der Gebrauchsleihe (Art. 4 LPG; Art. 305 OR)

1. Der Berufungskläger macht geltend, das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien falle unter das Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht[49] und könne nur unter Beachtung der Bestimmungen im LPG aufgelöst werden.

2. a) aa) Das LPG gilt laut Art. 1 Abs. 1 lit. a für die Pacht von Grundstücken zur landwirtschaftlichen Nutzung. Gemäss Art. 4 Abs. 1 LPG verpflichtet sich der Verpächter durch den Pachtvertrag, dem Pächter ein Gewerbe oder ein Grundstück zur landwirtschaftlichen Nutzung zu überlassen, und der Pächter, dafür einen Pachtzins zu leisten. Der Pachtzins kann nach Art. 35a Abs. 1 LPG in Geld, einem Teil der Früchte (Teilpacht) oder in einer Sachleistung bestehen. In Abgrenzung zur Pacht ist die Gebrauchsleihe demgegenüber zwingend unentgeltlich[50], nicht jedoch kostenlos[51]. Der Entlehner hat regelmässig die Kosten für den Gebrauch und den gewöhnlichen Unterhalt zu tragen[52]. Der Entlehner darf von der geliehenen Sache gemäss Art. 306 Abs. 1 OR nur denjenigen Gebrauch machen, der sich aus dem Vertrag oder, wenn darüber nichts vereinbart ist, aus ihrer Beschaffenheit oder Zweckbestimmung ergibt. Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich nach Massgabe von Art. 18 Abs. 1 OR in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen.

---

49 LPG, SR 221.213.2

50 Higi, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 305-311 OR N 45; Studer, Basler Kommentar, Art. 305 OR N 3; Bucher, Obligationenrecht BT, 3.A., S. 185, 192

51 Higi, Art. 305 OR N 72

52 Higi, Art. 305 OR N 72 ff.

bb) Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der Berufungskläger auf der fraglichen Parzelle Gras mähen konnte und dafür kein Geld zu bezahlen hatte. Der Berufungskläger macht jedoch geltend, die anderweitige Nutzung der Parzelle durch die Berufungsbeklagte sei als Entgelt zu betrachten. Zumindest ab August 2003, dem Zeitpunkt der Vermietung der Parzelle an einen Dritten für Veranstaltungen, mit welchem eine stärkere Nutzung durch die Berufungsbeklagte begonnen habe, sei das Vertragsverhältnis als Pacht zu qualifizieren. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

Dem Berufungskläger wurde lediglich das Recht eingeräumt, auf der Parzelle Gras mähen zu dürfen. Dass nicht beabsichtigt war, dem Berufungskläger ein umfassendes und ausschliessliches Nutzungsrecht an der Parzelle einzuräumen, zeigt sich gerade darin, dass die Berufungsbeklagte das Land auch für eigene und fremde Zwecke nutzte, was vom Berufungskläger akzeptiert wurde, mag dies auch widerwillig geschehen sein. Das Argument des Berufungsklägers, dass er als Bauer durch seine Arbeit den Graswuchs gefördert habe und deshalb eine anderweitige Nutzung des Landes durch die Berufungsbeklagte eine "Landgutsrente" darstelle, überzeugt nicht. Indem die Berufungsbeklagte ihr eigenes Land für das Aufstellen von Plakaten und für diverse Veranstaltungen benützte, wurde möglicherweise der Umfang des vom Berufungskläger geernteten Grases vermindert. Diese Verminderung stellt jedoch ebenso wenig ein Entgelt des Berufungsklägers an die Berufungsbeklagte dar wie allfällige Erträge aus dem Aufstellen von Plakaten oder der Vermietung des Bodens an Dritte, zumal solche Erträge nicht von der Bearbeitung des Landes durch den Berufungskläger abhingen und der Berufungskläger dafür keine Gegenleistung erbrachte.

cc) Zusammenfassend ist der Gebrauchsüberlassungsvertrag zwischen den Parteien mangels Entgelts nicht als Pacht i.S.v. Art. 4 LPG respektive Art. 275 ff. OR, sondern als Gebrauchsleihe im Sinn von Art. 305 ff. OR zu qualifizieren.

b) aa) Unter das LPG fallen gemäss Art. 1 Abs. 2 LPG auch Rechtsgeschäfte, die das Gleiche bezwecken wie die landwirtschaftliche Pacht und ohne Unterstellung unter das Gesetz den von diesem angestrebten Schutz vereiteln würden. Bei einer Gebrauchsleihe kann es sich unter Umständen um ein Umgehungsgeschäft im Sinn von Art. 1 Abs. 2 LPG handeln, wenn kein Übergangsproblem und kein vernünftiger Grund für eine kürzere Vertragsdauer vorliegt[53].

bb) Bei der fraglichen Parzelle handelt es sich um Bauland. Sie grenzt an der Süd- und Westseite an das von der Berufungsbeklagten betriebene Einkaufszentrum. Gerichtsnotorisch ist, dass die Berufungsbeklagte plant, das Einkaufszentrum zu erweitern und die hier interessierende Parzelle von diesem Bauvorhaben auch mitbetroffen sein wird. Angesichts dieser Entwicklung hat die Berufungsbeklagte ein legitimes Interesse an der kurzfristigen Verfügbarkeit des Bodens. Da die Berufungsbeklagte die Parzelle für das Aufstellen von Plakaten, Autoausstellungen oder diverse Veranstaltungen nutzte, bestand zudem ein vernünftiger Grund dafür, dem Berufungskläger nicht ein umfassendes landwirtschaftliches Nutzungsrecht einzuräumen, sondern nur das Recht, auf der Parzelle Gras zu mähen. Da sich die Ausgestaltung der Vereinbarung zwischen den Parteien als unentgeltliche Gebrauchsleihe somit sowohl in Bezug auf die Dauer als auch auf den Umfang der Berechtigung des Berufungsklägers auf vernünftige Gründe stützt, stellt sie kein Umgehungsgeschäft im Sinn von Art. 1 Abs. 2 LPG dar.

c) Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass es sich bei dem zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsverhältnis um ei-

---

[53] Studer/Hofer, Das landwirtschaftliche Pachtrecht, Brugg 1987, S. 38 f.; Higi, Vorbem. zu Art. 305-311 OR N 48

ne Gebrauchsleihe handelt und die Vorschriften des LPG nicht anwendbar sind.

Obergericht, 16. Mai 2006, ZBR.2006.3

Auf eine dagegen erhobene Berufung trat das Bundesgericht am 23. Oktober 2006 nicht ein (4C.303/2006).

9. Vorgehen bei an verschiedenen Orten eingereichten identischen Klagen (Art. 35 GestG; Art. 136 Abs. 2 ZGB)

1. a) Mit Schreiben vom 11. Oktober 2005 an das Gerichtspräsidium klagte die Ehefrau, wohnhaft im Kanton Thurgau, auf Scheidung ihrer Ehe. Am 27. Oktober 2005 teilte der Ehemann mit, er sei mit einer einvernehmlichen Scheidung im Kanton Thurgau nicht einverstanden. Die Parteien hätten überdies am 11. Oktober 2005 auch noch nicht zwei Jahre getrennt gelebt. Am 28. Oktober 2005 erhob der Ehemann beim Vermittleramt im Kanton Graubünden Klage auf Ehescheidung. Am 2. November 2005 zog die Ehefrau die von ihr am 11. Oktober 2005 eingeleitete Scheidungsklage zurück und erhob gleichzeitig eine neue Scheidungsklage. Der Ehemann wies mit Schreiben vom 4. November 2005 darauf hin, der am 2. November 2005 von seiner Ehefrau eingereichten Klage stehe die Einrede der Litispendenz entgegen. Am 8. November 2005 erhob die Ehefrau im von ihrem Ehemann im Kanton Graubünden eingeleiteten Verfahren die Einrede der Litispendenz. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts im Kanton Thurgau schrieb die von ihr am 11. Oktober 2005 eingeleitete Klage mit Verfügung vom 9. November 2005 zufolge Rückzugs ab. Mit Beschluss vom 23./24. November 2005 wies die Bezirksgerichtliche Kommission im Kanton Thurgau im zweiten von der Ehefrau anhän-

gig gemachten Prozess die Einrede der Litispendenz ab und trat auf deren Scheidungsklage ein.

b) Der Ehemann reichte fristgerecht Rekurs ein. Er beantragte, der Entscheid der Bezirksgerichtlichen Kommission vom 23./24. November 2005 sei aufzuheben, und das Scheidungsverfahren sei auszusetzen, bis das Gericht im Kanton Graubünden über seine Zuständigkeit entschieden habe.

2. a) Werden bei mehreren Gerichten Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien rechtshängig gemacht, setzt jedes später angerufene Gericht das Verfahren aus, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat[54]. Ein später angerufenes Gericht tritt auf die Klage nicht ein, sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht[55].

b) Art. 35 GestG will zum einen verhindern, dass der Kläger, der nach dem Gerichtsstandsgesetz meist mehrere mögliche Foren zu Wahl hat, seine Klage an mehreren Gerichten gleichzeitig anhängig machen kann, um sich so, entsprechend dem Verfahrensausgang, das ihm am besten zusagende Urteil aussuchen zu können. Auch der Beklagte soll nicht zweimal zur Verteidigung schreiten und im Fall des Unterliegens die Kosten tragen müssen. Zum andern sollen die Gerichtsbehörden nicht unnötig in Anspruch genommen und ausserdem einerseits im Interesse der Prozessökonomie Doppelprozesse sowie andererseits zwecks wirkungsvoller Streiterledigung einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden[56].

---

[54] Art. 35 Abs. 1 GestG
[55] Art. 35 Abs. 2 GestG
[56] Ruggle/Tenchio-Kuzmić, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht (Hrsg.: Spühler/Tenchio/Infanger), Basel 2001, Art. 35 N 1 f.

c) Voraussetzung für die Anwendung von Art. 35 GestG ist Identität zwischen den Klagen, d.h. Parteiidentität und Identität des Streitgegenstands[57]. Welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit ein Gericht als "zuerst angerufen" gilt, geht aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 GestG nicht hervor. Massgebliches Kriterium ist indessen anerkanntermassen der Eintritt der Rechtshängigkeit[58]. Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ergibt sich aus dem kantonalen Recht, solange der Zivilprozess nicht eidgenössisch geregelt ist[59].

3. Unbestritten ist, dass die drei zur Diskussion stehenden Klagen identisch sind: In allen drei Verfahren verlangt eine der Parteien die Scheidung der mit der Gegenpartei eingegangenen Ehe. Einigkeit besteht ausserdem darüber, dass die erste Klage dem Gerichtspräsidium im Kanton Thurgau eingereicht und alsdann wieder zurückgezogen wurde. Strittig ist hingegen, ob nach diesem Rückzug und der darauf folgenden Abschreibung der ersten Scheidungsklage im Kanton Thurgau die zweite Scheidungsklage im Kanton Graubünden zur ersten Klage im Sinn von Art. 35 GestG wurde, oder ob die von der Ehefrau nochmals im Kanton Thurgau angehobene dritte Klage, weil sie zeitgleich mit dem Rückzug der ersten Klage, also noch während deren Rechtshängigkeit, im Kanton Thurgau angehoben wurde, die erste Klage im Sinn von Art. 35 GestG wurde beziehungsweise blieb.

4. a) Die Rechtshängigkeit einer Scheidungsklage tritt nach Art. 136 Abs. 2 ZGB mit der Klageanhebung ein. Sie endigt mit dem Rückzug der Klage oder mit der rechtskräftigen Erledigung des Prozes-

---

57 Ruggle/Tenchio-Kuzmić, Art. 35 GestG N 5; vgl. auch RBOG 2004 Nr. 16 S. 129 f.

58 Pra 91, 2002, Nr. 134 S. 737 f.; Ruggle/Tenchio-Kuzmić, Art. 35 GestG N 18; Dasser, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Zürich 2001, Vorbem. zu Art. 35-36 N 3

59 Kellerhals/Güngerich, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Kellerhals/von Werdt/Güngerich), Bern 2005, Art. 35 N 10; Ruggle/Tenchio-Kuzmić, Art. 35 GestG N 21 f.; RBOG 2004 Nr. 16 S. 131

ses. Der Prozess wird nicht mit der Abstandserklärung selbst, sondern erst mit dem Abschreibungsbeschluss erledigt[60].

b) Aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 und 2 GestG geht klar hervor, dass bei Beantwortung der Frage, welches von mehreren angerufenen Gerichten ein Verfahren durchzuführen hat, entscheidende Bedeutung dem Zeitpunkt der Klageeinleitung zukommt. Sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 2 wird das später angerufene Gericht dem zuerst angerufenen Gericht gegenübergestellt; letzterem kommt sowohl hinsichtlich der Beantwortung der Zuständigkeitsfrage als auch bezüglich der Behandlung der Streitsache Vorrang zu. Ausschlaggebend ist somit, welche der mehreren Klagen zuerst eingeleitet wurde. Dieses Kriterium ist einschränkungslos anzuwenden. Zwar trifft zu, dass Art. 35 GestG lediglich regelt, wie vorzugehen ist, wenn bei mehreren Gerichten Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien rechtshängig gemacht werden; es würde jedoch dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung widersprechen, wenn sie nur auf den häufigsten Fall, in welchem mit zwei Klagen zwei verschiedene Gerichte angerufen werden, Anwendung fände, nicht aber dann, wenn mehr als zwei Klagen zur Diskussion stehen und die erste sowie die dritte Klage bei demselben Gericht eingereicht wurden. Bei solchen Gegebenheiten ist gleich zu verfahren, wie wenn alle drei Klagen an verschiedenen Foren eingereicht worden wären.

c) Der Rekurrent hat seinen Wohnsitz im Kanton Graubünden. Er war somit berechtigt, beim dort zuständigen Vermittleramt die Scheidungsklage einzuleiten[61]. Im Kanton Graubünden gilt die Anrufung der Sühne-Instanz als Klageanhebung[62]. Mit Stellung des Ver-

---

60 Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Zürich 2000, § 255 N 1; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 188 N 13

61 Art. 135 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. b GestG

62 Art. 5 Abs. 3 EG GR zum ZGB, BR 210.100; Art. 50 und 64 ZPO GR, BR 320.000

mittlungsbegehrens, d.h. seit 28. Oktober 2005, ist somit die Klage des Rekurrenten auf Ehescheidung und Regelung der Nebenfolgen im Kanton Graubünden hängig. In diesem Zeitpunkt, nämlich ab 11. Oktober 2005[63], war im Kanton Thurgau bereits die von der Rekursgegnerin angehobene Klage hängig. Das mit der zweiten Scheidungsklage angerufene Gericht im Kanton Graubünden hätte das Verfahren somit an sich für die Dauer der Rechtshängigkeit des ersten Verfahrens sistieren, d.h. das Verfahren aussetzen müssen, bis das Gericht im Kanton Thurgau über seine Zuständigkeit entschieden hätte.

Der Einzelrichter im Kanton Thurgau erliess keine solche Verfügung, weil die Rekursgegnerin ihre erste Scheidungsklage am 2. November 2005 zurückzog. Der entsprechende Abschreibungsbeschluss vom 9. November 2005 erwuchs am 30. November 2005 in Rechtskraft. Seit diesem Zeitpunkt ist die erste, am 11. Oktober 2005 erhobene Klage nicht mehr hängig; das Verfahren war ohne materielle Beurteilung der Streitsache abgeschlossen worden. Ab Ende November 2005 waren folglich nicht mehr an zwei verschiedenen Gerichten drei identische Klagen hängig, sondern nur noch deren zwei, nämlich einerseits die vom Rekurrenten im Kanton Graubünden und andererseits die von der Rekursgegnerin wiederum im Kanton Thurgau eingeleitete. Von diesem Zeitpunkt an stand die zufolge Rückzugs abgeschriebene Streitsache der vom Rekurrenten am 28. Oktober 2005 eingeleiteten Klage folglich nicht mehr entgegen. Letztere wurde im Vergleich zur zweiten von der Ehefrau am 2. November 2005 hängig gemachten Klage zuerst eingeleitet. Das spätere Verfahren, d.h. dasjenige vor der Bezirksgerichtlichen Kommission im Kanton Thurgau, ist somit auszusetzen, bis die Behörden im Kanton Graubünden über ihre Zuständigkeit zur Beurteilung der vom Ehemann eingeleiteten Scheidungsklage entschieden haben.

---

[63] § 90 Abs. 1 ZPO; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 90 N 2

d) Daran ändert nichts, dass die Rekursgegnerin ihre zweite Scheidungsklage während der Rechtshängigkeit der ersten Klage einreichte. Es handelt sich zwar um identische, aber um zwei verschiedene Klagen, welche nacheinander, in einem zeitlichen Abstand von rund drei Wochen, eingeleitet wurden. Ebenso wenig ist entscheidend, ob die Vorinstanz auf die zweite von der Ehefrau eingereichte Klage trotz Rechtshängigkeit des ersten Verfahrens hätte eintreten können oder nicht. Aus Art. 35 GestG geht klar hervor, dass der zeitlichen Priorität einer Klage ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Diese zeitliche Priorität gegenüber einer anderen identischen Klage geht mit der rechtskräftigen Erledigung des ersten Verfahrens verloren. Sobald folglich eine von mehreren identischen Klagen, auf die Art. 35 GestG anwendbar ist, nicht mehr rechtshängig ist, fällt sie bei der Bestimmung der zuerst angehobenen Klage weg, und es konkurrieren nur noch die übrigen rechtshängigen identischen Klagen um die zeitliche Priorität. Letztere kann nicht dadurch erhalten werden, dass eine Partei mit dem Rückzug der ersten Klage am gleichen Forum eine zweite Klage einreicht; die zeitliche Priorität bleibt nur bestehen, wenn die sie begründende Klage fortgesetzt wird.

e) Nur ausnahmsweise bleibt die zeitliche Priorität mit Anhebung einer zweiten Klage erhalten, nämlich dann, wenn eine mangels örtlicher Zuständigkeit zurückgezogene oder zurückgewiesene Klage binnen 30 Tagen beim zuständigen Gericht neu angebracht wird[64]. Diese Nach- beziehungsweise Notfrist dient bloss dazu, vor dem Rechtsverlust zufolge Verjährung und Verwirkung zu schützen[65]. Diese Gefahr bestand vorliegend nicht, weshalb Art. 34 Abs. 2 GestG

---

[64] Art. 34 Abs. 2 GestG

[65] Infanger, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht (Hrsg.: Spühler/Tenchio/Infanger), Basel 2001, Art. 34 N 25; Orelli, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Zürich 2001, Art. 34 N 57 f.

nicht angerufen werden kann: Als die Rekursgegnerin am 11. Oktober 2005 erstmals die Scheidung verlangte, war die zweijährige Trennungsfrist[66] anerkanntermassen noch nicht abgelaufen gewesen, und ein gemeinsamer Scheidungsantrag lag nicht vor. Die materiellen Voraussetzungen für eine Ehescheidung gestützt auf Art. 114 ZGB waren somit dannzumal (noch) nicht gegeben. Weil sich der Ehemann der Scheidung widersetzte, hatte die Rekursgegnerin gar keine andere Möglichkeit, als die Klage zurückzuziehen. Dass der Rekurrent seinerseits am 28. Oktober 2005 die Scheidung verlangte, kann nicht als Rechtsmissbrauch qualifiziert werden. Daran ändert nichts, dass er der Vorinstanz am 27. Oktober 2005 beantragte, es sei "das einseitig gestellte Begehren meiner Ehefrau zurückzuweisen." Die Vorinstanz schloss daraus zu Unrecht, er habe mitgeteilt, nicht geschieden werden zu wollen. Er orientierte das Gerichtspräsidium im Kanton Thurgau lediglich darüber, dass weder die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren[67] noch diejenigen für eine Klage nach zweijährigem Getrenntleben erfüllt seien. Damit widersetzte er sich nicht der Scheidung als solcher, sondern im Ergebnis der Durchführung des Scheidungsverfahrens im Kanton Thurgau, wozu er ohne weiteres berechtigt war. Nachdem offensichtlich war, dass die Ehefrau die zweijährige Trennungsfrist nicht eingehalten hatte und ihrem Scheidungsbegehren folglich kein Erfolg beschieden sein konnte, durfte er ohne weiteres am ersten Tag nach Ablauf der Zweijahresfrist beim Gericht seines Wohnsitzes die Klage auf Ehescheidung einleiten. Diese Klage folgte zeitlich zwar der von der Rekursgegnerin erhobenen, nicht mehr massgebenden Klage nach, ist aber gegenüber der dritten Scheidungsklage, d.h. der zweiten von der Ehefrau erhobenen, zeitlich prioritär. Folge davon ist, dass die vom Rekurrenten angerufenen Behörden im Kanton Graubünden nunmehr über ihre Zuständigkeit zu entscheiden

---

66 Art. 114 ZGB
67 Art. 111 ZGB

und die Vorinstanz das bei ihr hängige Scheidungsverfahren vorläufig zu sistieren hat. Demgemäss ist der Beschluss der Bezirksgerichtlichen Kommission vom 23./24. November 2005 aufzuheben.

Obergericht, 20. November 2006, ZR.2005.130

10. In sachlichem Zusammenhang stehende Klagen (Art. 36 GestG)

1. a) Der Arbeitnehmer machte mit Weisung des Friedensrichteramts G vom 11. Mai 2004 beim Bezirksgericht G gegen die Arbeitgeberin eine arbeitsrechtliche Forderungsklage hängig: Die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, ihm Fr. 10'264.30 sowie netto Fr. 66'870.00 zu bezahlen. Den Differenzen zwischen den Parteien lag zugrunde, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer gekündigt und ihn freigestellt hatte.

b) Mit Weisung des Friedensrichteramts H vom 23. August 2004 erhob die Arbeitgeberin gegen den Arbeitnehmer Klage betreffend Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung: Er habe die ihm irrtümlich wegen Ferien und Überstunden mit der letzten Lohnabrechnung ausbezahlten Fr. 10'383.70 zurückzuerstatten. Die Weisung des Friedensrichteramts H sandte die Arbeitgeberin zusammen mit der Klageschrift aufgrund des sachlichen Zusammenhangs mit der vom Arbeitnehmer gegen sie anhängig gemachten Klage dem Präsidenten des Bezirksgerichts G.

c) Im vom Arbeitnehmer anhängig gemachten Prozess machte die Arbeitgeberin die Auszahlung von Fr. 10'383.70 verrechnungsweise geltend. Das Bezirksgericht G entschied sowohl über die Forderung des Arbeitnehmers als auch über diejenige der Arbeitgebe-

rin in dem Sinn, dass es die Klage teilweise guthiess und die Arbeitgeberin verpflichtete, Fr. 24'762.30 zu bezahlen.

Die von der Arbeitgeberin anhängig gemachte Streitsache schrieb die Bezirksgerichtliche Kommission G zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab.

d) Der Arbeitnehmer reichte gegen diesen Entscheid Rekurs ein. Er rügt, die Bezirksgerichtliche Kommission G hätte auf die Klage nicht eintreten dürfen, allenfalls sie abweisen müssen.

2. a) Für Klagen gegen eine natürliche Person ist mangels besonderer Bestimmungen das Gericht an deren Wohnsitz, für Klagen gegen eine juristische Person das Gericht an deren Sitz zuständig[68]. Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig[69]. Werden bei mehreren Gerichten Klagen rechtshängig gemacht, die miteinander in sachlichem Zusammenhang stehen, kann jedes später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen, bis das zuerst angerufene entschieden hat[70]. Das später angerufene Gericht kann die Klage an das zuerst angerufene Gericht überweisen, wenn dieses mit der Übernahme einverstanden ist[71].

b) Der Arbeitnehmer wohnte in H. Dementsprechend ersuchte die Arbeitgeberin anfangs August 2004 das Friedensrichteramt H um Ansetzung eines Vermittlungsvorstands. Dieser fand am 23. August 2004 statt. Weil der Arbeitnehmer bestritt, der Arbeitgebe-

---

68 Art. 3 Abs. 1 lit. a und b GestG
69 Art. 24 Abs. 1 GestG
70 Art. 36 Abs. 1 GestG
71 Art. 36 Abs. 2 GestG

rin Fr. 10'383.70 zuzüglich Zins bezahlen zu müssen, stellte das Friedensrichteramt H die Weisung an die örtlich und sachlich zuständige Bezirksgerichtliche Kommission H aus[72]. Die Arbeitgeberin sandte die Weisung und die Klageschrift am 1. September 2004 dem Gerichtspräsidium G. Sie wies darauf hin, gemäss Art. 36 GestG könnten sachlich zusammenhängende Klagen vom gleichen Gericht entschieden werden, wenn das zuerst angerufene Gericht mit der Übernahme einverstanden sei. Sollte dies hier wider Erwarten nicht der Fall sein, werde das Gericht ersucht, die Klage an das Bezirksgericht H zu überweisen. Der Arbeitnehmer erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit. Die Arbeitgeberin habe sich für den Gerichtsstand in H entschieden.

c) Die Vorinstanz äusserte sich zu diesem prozessualen Einwand nicht, sondern schrieb die Klage zufolge Gegenstandslosigkeit ab. Die Kritik des Arbeitnehmers ist begründet. Die Anwendung von Art. 36 Abs. 2 GestG bedingt, dass die Voraussetzungen für eine Sistierung nach Art. 36 Abs. 1 GestG erfüllt sind, dass also ein sachlicher Zusammenhang und die Rechtshängigkeit der beiden Verfahren vorliegen. Das später angerufene Gericht darf das Verfahren aber nicht "ins Blaue hinein" überweisen; vorgängig ist sicherzustellen, dass das erste Gericht die Überweisung akzeptiert. Die Gerichte haben also einen internen Meinungsaustausch durchzuführen[73]. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass negative Kompetenzkonflikte und Verfahrensumwege ausbleiben. Der Meinungsaustausch ist in den Akten zu verbalisieren; er bildet Teil des Verfahrens. Die Überweisung selbst erfolgt

---

[72] Art. 3 Abs. 1 lit. a, Art. 24 Abs. 1 GestG; § 46 Abs. 1, § 122 Abs. 1 ZPO

[73] Dasser, in: Gerichtsstandsgesetz (Hrsg.: Müller/Wirth), Zürich 2001, Art. 36 N 15 ff.

durch einen förmlichen Überweisungsbeschluss; ein Nichteintretensentscheid des später angerufenen Gerichts ist hingegen entbehrlich[74].

3. Zwischen den von Arbeitnehmer und Arbeitgeberin gegenseitig anhängig gemachten Klagen bestand, folgt man der Definition des Bundesgerichts[75], ein sachlicher Zusammenhang[76]. Gegeben war auch die Rechtshängigkeit beider Klagen[77]. An den übrigen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Prozessüberweisung nach Art. 36 Abs. 2 GestG vorgenommen werden konnte, fehlte es hingegen. Örtlich zuständig für die Beurteilung der von der Arbeitgeberin anhängig gemachten Streitsache war das Bezirksgericht H. Bei diesem hätte die Weisung somit vorerst einmal eingereicht werden müssen. Nachdem beim Bezirksgericht G bereits eine mit diesem Verfahren in sachlichem Zusammenhang stehende Klage hängig war, wäre es grundsätzlich durchaus möglich gewesen, das Verfahren abzugeben. Hiefür hätte jedoch das gesetzlich vorgesehene Vorverfahren stattfinden müssen, nämlich der Meinungsaustausch zwischen den involvierten Gerichten, der Entscheid über die Übernahme des Verfahrens durch das zuerst angerufene Gericht und schliesslich der Überweisungsbeschluss des später angerufenen Gerichts. Die Vorinstanz verzichtete auf sämtliche dieser Vorkehren. Vielmehr nahm sie die Klage kommentarlos entgegen. Tatsächlich hätte sie auf die mit Weisung des Friedensrichteramts H hängig gemachte Klage nicht eintreten dürfen; sie hätte unter allen Umständen dem Gerichtspräsidium H eingereicht werden müssen. Alsdann hätte durchaus die Möglichkeit bestanden,

---

74 Kellerhals/Güngerich, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich (Hrsg.), Gerichtsstandsgesetz, 2.A., Art. 36 N 25 f.; Dasser, Art. 36 GestG N 24

75 BGE 132 III 181 f.

76 Vgl. auch Castelberg, Die identischen und die in Zusammenhang stehenden Klagen im Gerichtsstandsgesetz, Diss. Bern 2005, S. 144 ff.; Kellerhals/Güngerich, Art. 36 GestG N 4

77 § 90 Abs. 1 ZPO; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 90 N 2

den Prozess an das Bezirksgericht G zu überweisen. Es durfte jedoch nicht davon Umgang genommen werden, das Verfahren nach Art. 36 Abs. 2 GestG einzuleiten. Es ist Sache des später angerufenen Gerichts, ein davon örtlich verschiedenes Gericht, das sich bereits mit einer Streitsache, die mit der nunmehrigen in sachlichem Zusammenhang steht, befasst, um die Übernahme zu ersuchen; eine Partei ist nicht berechtigt, die Weisung von sich aus dem zuerst angerufenen Gericht zu senden, und genauso wenig ist das später angerufene Gericht befugt, ohne das in Art. 36 Abs. 2 GestG vorgesehene Übernahmeverfahren auf eine Klage einzutreten, für die es örtlich nicht zuständig ist. Das Gerichtsstandsgesetz erlaubt es weder einer Partei noch einer Gerichtsbehörde, eigenmächtig das gesetzlich vorgesehene Prozedere gleichermassen abzukürzen.

4. Selbst wenn die örtliche Zuständigkeit gegeben gewesen wäre, hätte das Verfahren nicht zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben werden können, sondern ein Nichteintretensentscheid ergehen müssen: Die anderweitige rechtskräftige Beurteilung der Verrechnungsforderung im ersten Prozess führt nicht zur Gegenstandslosigkeit des zweiten Prozesses, sondern ebenfalls dazu, dass auf die Klage nicht eingetreten werden kann[78].

5. a) Die Vorinstanz schrieb das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit ab, statt darauf nicht einzutreten. Durch diese nicht korrekte Erledigungsart wurde der Arbeitnehmer jedoch nur beschwert, wenn ihm hieraus Nachteile entstanden. Wie der Kläger an der Klage muss auch der Rechtsmittelkläger am Rechtsmittel interessiert sein, was zutrifft, wenn er mit seinem Rechtsbegehren nicht oder nicht vollumfänglich durchgedrungen, durch den Entscheid somit be-

---

[78] Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 191 N 24; Walder, Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966, S. 91 f.

schwert ist. Eine Partei ist formell beschwert, wenn die Vorinstanz ihre Anträge auf Gutheissung beziehungsweise Abweisung der Klage nicht oder nur teilweise schützte, wobei von den abschliessenden Anträgen einer Partei im erstinstanzlichen Verfahren einerseits und dem Urteilsdispositiv andererseits auszugehen ist. Materiell beschwert ist sie, wenn sie unabhängig von ihren der Vorinstanz unterbreiteten Anträgen durch den Inhalt der ergangenen Entscheidung in ihren materiellen oder prozessualen Rechten benachteiligt ist[79]. Es gibt aber auch Fälle, in denen eine Partei, obwohl sie mit einem Antrag unterlag, durch den angefochtenen Entscheid materiell oder prozessual nicht benachteiligt und daher zur Ergreifung eines Rechtsmittels nicht legitimiert ist, so etwa der Beklagte, wenn das Gericht seinem Antrag auf Klageabweisung nicht stattgibt, sondern auf die Klage gar nicht eintritt[80].

b) Exakt ein solcher Fall liegt hier vor. Dadurch, dass die Bezirksgerichtliche Kommission G die von der Arbeitgeberin anhängig gemachte Streitsache zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abschrieb, statt darauf nicht einzutreten, entstand dem Arbeitnehmer kein Nachteil. Seinem Antrag, es sei ein Nichteintretensentscheid zu erlassen, fehlt somit das Rechtsschutzinteresse. Demzufolge kann darauf nicht eingetreten werden. Auf Verfahrenskosten hätte die Vorinstanz gestützt auf Art. 343 Abs. 3 OR auch dann verzichtet, wenn sie das Verfahren in diesem Sinn beendigt hätte; abgesehen davon kann der Arbeitnehmer wohl kaum ernsthaft geltend machen, durch den Verzicht auf die Erhebung amtlicher Gebühren - bei der Arbeitgeberin - sei ihm ein Nachteil entstanden. Im Übrigen kam die Bezirksgerichtliche Kommission G absolut zu Recht zum Schluss, es liege ein arbeitsrechtlicher Rechtsstreit vor, für den gemäss Art. 343 Abs. 3 OR von den Parteien keine Gerichtsgebühren verlangt werden. Das Be-

---

79 RBOG 1989 Nr. 38 Ziff. 4; Merz, Rechtsmittel, Allgemeines N 4a und c
80 BGE 63 II 190

zirksgericht G entschied über sämtliche Forderungen, welche die Parteien gegenseitig gegeneinander geltend gemacht hatten. Bei den Fr. 10'383.70, welche die Arbeitgeberin mit Weisung des Friedensrichteramts H zurückverlangte, und die sie dem Anspruch ihres früheren Mitarbeiters verrechnungsweise entgegenstellte, handelte es sich um eine zu hohe Entschädigung für Ferien und Überstunden, und zwar ebenfalls aus dem zwischen den Parteien früher bestandenen Arbeitsverhältnis. Dass die Arbeitgeberin ihre Forderung als "Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung" bezeichnete, ändert daran nichts: Bereicherungsansprüche sind im Verhältnis zum vertraglichen Anspruch subsidiär[81].

c) Unzutreffend ist schliesslich der Hinweis des Arbeitnehmers, die Arbeitgeberin habe unnötigerweise Klage erhoben. Die Arbeitgeberin machte gegenüber ihrem früheren Mitarbeiter finanzielle Ansprüche geltend, die sie unabhängig von den seinerseitigen Forderungen durchsetzen wollte. Hiefür musste sie eigenständig Klage - oder aber Widerklage[82] - erheben.

Obergericht, 11. Oktober 2006, ZR.2006.37

---

[81] BGE 130 III 510, 126 III 122
[82] § 89 ZPO

11. Zum Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung muss der Rechtsöffnungstitel nicht rechtskräftig und vollstreckbar sein; die Fälligkeit der im Titel verurkundeten Forderung genügt (Art. 80 SchKG)

1. Gemäss der Rechtsprechung des Obergerichts muss die in Betreibung gesetzte Forderung am Tag der Einreichung des Betreibungsbegehrens fällig gewesen sein, andernfalls für die Betreibung trotz des Vorliegens eines Titels keine Rechtsöffnung erteilt werden kann[83]. Der Rechtsöffnungsrichter hat die Fälligkeit von Amtes wegen zu beachten[84].

Im Rechtsöffnungstitel, einer Beitragsverfügung des Verbands Schweizer Milchproduzenten SMP, legte der Rekurrent den Fälligkeitstermin fest, indem festgehalten wurde, der geschuldete Betrag sei bis am 9. August 2004 zu bezahlen. Der Zahlungsbefehl wurde dem Rekursgegner am 15. Oktober 2004 zugestellt, womit das Betreibungsbegehren wenige Tage zuvor und damit offensichtlich zur Zeit der Fälligkeit der Forderung eingereicht wurde.

2. a) Allerdings war die Beitragsverfügung im Zeitpunkt der Einreichung des Betreibungsbegehrens noch nicht rechtskräftig und vollstreckbar, da sie vom Rekursgegner mit einem Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung[85] angefochten worden war. Würde die Vollstreckbarkeit der Forderung gleich wie die Fälligkeit bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Betreibungsbegehrens verlangt, könnte die Rechtsöffnung nicht erteilt werden. Indessen wird diese Gleichbehandlung in der Literatur mit der Begründung abgelehnt, das Gesetz ver-

---

83 RBOG 2000 Nr. 8 mit Hinweisen
84 Staehelin, Basler Kommentar, Art. 80 SchKG N 39
85 Art. 55 Abs. 1 VwVG; Art. 111 Abs. 1 OG

lange weder bei der provisorischen noch bei der definitiven Rechtsöffnung - bei letzterer weder bei Zivilurteilen noch bei Entscheiden von Verwaltungsbehörden -, dass der Titel älter als der Zahlungsbefehl sein müsse. Entscheidend sei, dass der Titel zur Zeit der Rechtsöffnung rechtskräftig und vollstreckbar sei[86]. Dem Obergericht erscheint die zwischen Fälligkeit und formeller Rechtskraft/Vollstreckbarkeit differenzierende Betrachtungsweise gerechtfertigt, weil die Fälligkeit, welche im Zeitpunkt der Einreichung des Betreibungsbegehrens vorausgesetzt ist, zur Forderung an sich gehört, während die Frage der formellen Rechtskraft beziehungsweise der Vollstreckbarkeit lediglich die Durchsetzung der Forderung betrifft. Dabei ist allerdings hinzunehmen, dass der Staat mit Angabe eines Fälligkeitstermins verfügte Forderungen - zum Beispiel auch Abgabeforderungen - mit Eintritt der Fälligkeit, also in der Regel schon kurze Zeit nach Erlass der Verfügung, betreiben kann, auch wenn die Verfügung angefochten ist. Der Schuldner kann die Betreibung dann zwar mit Rechtsvorschlag stoppen, nicht aber die Einleitung einer neuen Betreibung nach Erledigung des Rechtsmittelverfahrens durchsetzen.

b) Somit sind die Voraussetzungen für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung erfüllt: Neben der Fälligkeit im Zeitpunkt der Einreichung des Betreibungsbegehrens wurde die Forderung inzwischen rechtskräftig und vollstreckbar.

Obergericht, 27. Januar 2006, BR.2005.101

---

[86] Staehelin, Art. 80 SchKG N 13, 112 und Art. 82 SchKG N 20

12. Vorlage des Schuldbriefs in Kopie; Präzisierung von RBOG 2002 Nr. 17 (Art. 82 SchKG; Art. 842 ZGB; § 189 ZPO)

1. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde oder Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, wird laut Art. 82 SchKG provisorische Rechtsöffnung erteilt, wenn der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht. Zutreffend stellte die Vorinstanz fest, der Schuldbrief stelle eine öffentliche Urkunde im Sinn dieser Bestimmung dar.

2. Der Titel ist in der Regel im Original vorzulegen. Das entspricht auch der Regel gemäss § 189 Abs. 1 ZPO. In der Praxis werden jedoch Kopien akzeptiert, sofern das Gericht nicht Zweifel an der Identität von Kopie und Original haben muss und nicht die Gegenpartei entsprechende Einwände glaubhaft vorträgt oder die Rechtsgültigkeit des Beweismittels beziehungsweise ihre Unterschrift glaubhaft bestreitet[87]. In der Lehre[88] wird mit Bezug auf den Schuldbrief zwar die Auffassung vertreten, aufgrund der einfachen Wertpapierklausel gemäss Art. 868 ZGB müsse der Titel dem Rechtsöffnungsrichter im Original vorgelegt werden. Praxisgemäss genügt indessen eine Kopie des Schuldbriefs, sofern keine Anhaltspunkte dafür existieren, dass die in Kopie eingereichten Unterlagen nicht mit dem Original übereinstimmen oder der Betreibende nicht berechtigt ist, aus dem Inhaberschuldbrief Rechte abzuleiten, und sofern der Betriebene keine dahingehenden Einwände geltend macht[89]. Die in RBOG 2002 Nr. 17

---

87 RBOG 1996 Nr. 19

88 Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 17; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 381; Spühler/Infanger, Grundlegendes zur Rechtsöffnung, in: BlSchK 64, 2000, S. 8

89 AGVE 2000 S. 54 f.; Entscheid des Obergerichts vom 24. März 2003, BR.2003.9, S. 4

S. 107 als "obiter dictum" geäusserte Auffassung, der Schuldbrief sei im Original einzureichen, trifft in dieser absoluten Form daher nicht zu. Das gilt umso weniger, als diese Frage gar nicht Gegenstand jenes Verfahrens bildete, weil die Gläubigerin die Schuldbriefe von Anfang an im Original eingereicht hatte.

Obergericht, 19. Juni 2006, BR.2005.99

13. Keine provisorische Rechtsöffnung für Lohnforderung aus öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis (Art. 82 SchKG)

1. Ein Gläubiger, gegen dessen Betreibung Rechtsvorschlag erhoben worden ist, hat seinen Anspruch gemäss Art. 79 SchKG im ordentlichen Prozess oder im Verwaltungsverfahren geltend zu machen. Er kann die Fortsetzung der Betreibung nur aufgrund eines rechtskräftigen Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Gemäss Art. 82 SchKG spricht der Richter dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht. Für öffentlich-rechtliche Forderungen kann grundsätzlich, selbst wenn sie unterschriftlich oder in öffentlicher Urkunde anerkannt sind, keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, wenn sie nicht vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden können. Gleich verhält es sich bei einer Schuldanerkennung der Verwaltung gegenüber einer Privatperson. Entscheidend ist, ob eine aus dem öffentlichen Recht stammende Forderung auf dem Verwaltungsweg oder vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden muss. Kann sie auf dem Verwaltungsweg geltend gemacht werden, so bildet der Verwaltungsentscheid einen Titel zur definitiven Rechtsöffnung. Das Ver-

fahren der provisorischen Rechtsöffnung mit anschliessender Aberkennungsklage vor dem Zivilrichter ist alsdann ausgeschlossen. Daher verweist das Gesetz bei der Anerkennungsklage in Art. 79 Abs. 1 SchKG seit der Revision 1994 alternativ zum ordentlichen Prozess auf das Verwaltungsverfahren, bei der Aberkennungsklage in Art. 83 Abs. 2 SchKG jedoch nur auf den ordentlichen Prozess vor dem (Zivil-)Gericht des Betreibungsorts. Ohne Aberkennungsklage ist aber auch keine provisorische Rechtsöffnung möglich. Einzig dort, wo die Verwaltung nicht hoheitlich durch Verfügung handeln kann, sondern zur Geltendmachung ihrer Ansprüche ein kantonales Verwaltungsgericht anrufen muss, ist eine provisorische Rechtsöffnung mit anschliessender Aberkennungsklage vor dem Verwaltungsgericht möglich[90].

2. Hier steht eine Lohnforderung aus einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis zur Diskussion. Der Rekursgegner erhob denn auch gegen die Entlassung aus dem Dienstverhältnis bei der Personalrekurskommission des Kantons Thurgau Rekurs. Diese trat auf den Rekurs ein und bezeichnete das Anstellungsverhältnis ausdrücklich als öffentlich-rechtliches. Nachdem der Rekursgegner Rekurs bei der Personalrekurskommission erhoben und gleichzeitig seine finanziellen Ansprüche geltend gemacht hatte, was in § 42 Abs. 2 VRG ausdrücklich vorgesehen ist, beschritt er den Weg der Klage beziehungsweise des Verwaltungsverfahrens im Sinn von Art. 79 SchKG. Dementsprechend ist das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung mit anschliessender Aberkennungsklage vor dem Zivilrichter ausgeschlossen, und die Erteilung einer provisorischen Rechtsöffnung kommt schon aus diesem Grund nicht in Betracht. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Rekurrentin ist nicht ersichtlich und vermag im Übrigen an dieser Rechtslage ohnehin nichts zu ändern.

---

[90] Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 46

Dem Rekursgegner bleibt damit nichts anderes übrig, als den definitiven Entscheid des Verwaltungsgerichts abzuwarten, welcher einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellen und ihn zur Fortsetzung des Betreibungsverfahrens berechtigen wird. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Fortsetzung der Betreibung aufgrund des bereits eingeleiteten Verwaltungsverfahrens so oder so ausgeschlossen wäre, selbst wenn die provisorische Rechtsöffnung erteilt würde.

Obergericht, 8. Mai 2006, BR.2006.21

14. Beginn der Frist für die Aberkennungsklage bei Teilrechtskraft des Rechtsöffnungsentscheids (Art. 83 Abs. 2 SchKG; § 237 ZPO)

1. Die Gläubigerin verlangte eine Rechtskraftbescheinigung für den Teil der in Betreibung gesetzten Forderung, der von der Schuldnerin nicht mit Rekurs angefochten wurde und demnach anerkannt ist; zudem sei der Schuldnerin und dem Faustpfandeigentümer Frist zur Aberkennungsklage zu eröffnen.

2. Zwar hemmt der Rekurs Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids gemäss § 237 ZPO im Umfang der Rekursanträge. Soweit die Schuldnerin den angefochtenen Entscheid anerkannte, wäre dieser somit in Anwendung des kantonalen Rechts rechtskräftig und vollstreckbar. Indessen richten sich Beginn und Dauer der Frist für die Einreichung der Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG nach Bundesrecht. Massgebend für den Beginn der Frist ist, ob gegen den Rechtsöffnungsentscheid ein ordentliches kantonales Rechtsmittel eingelegt werden kann. Ist dies der Fall und wurde Re-

kurs erhoben, beginnt die Frist mit der Eröffnung des Rechtsöffnungsentscheids der oberen kantonalen Instanz[91], und zwar auch dann, wenn trotz Einlegung des ordentlichen Rechtsmittels der Entscheid vorläufig vollstreckbar wird. Ansonsten müsste der Schuldner neben dem ordentlichen Rechtsmittel zusätzlich die Aberkennungsklage erheben[92]. Daraus folgt, dass im Zusammenhang mit der Aberkennungsklage der Teilrechtskraft nach kantonalem Prozessrecht keine eigenständige Bedeutung zukommen kann. Vielmehr beginnt die Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage mit der Eröffnung dieses Entscheids[93]. Jede andere Betrachtungsweise hätte zur Folge, dass für die Schuldnerin, die nach dem erstinstanzlichen Rechtsöffnungsentscheid einen Teil der in Betreibung gesetzten Forderung anerkennt, zwei Fristen mit unterschiedlichem Beginn laufen und sie zwei Aberkennungs-Teilklagen erheben müsste.

Obergericht, 1. Dezember 2006, BR.2006.66

15. Legitimation des Gläubigers zur Anfechtung des Konkursdekrets (Art. 174 SchKG)

Zwar ist der betreibende Gläubiger legitimiert, das Konkurserkenntnis anzufechten, aber grundsätzlich nur, wenn entweder sein Konkursbegehren abgewiesen wurde oder soweit er etwa die Kostenfolge oder andere Nebenpunkte anfechten will[94], was dem allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz entspricht, dass die Partei, die obsiegt hat

---

91 BGE 124 III 35
92 Staehelin, Basler Kommentar, Art. 83 SchKG N 22 mit Hinweisen
93 Vgl. § 112 ZPO
94 Baumann, Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Zürich 1979, S. 140

und demnach in der Regel nicht benachteiligt ist, kein Rechtsmittel ergreifen kann[95]. Nachdem die Gläubigerin die Konkurseröffnung selbst anficht, fehlt ihr die Beschwer, so dass auf ihren Rekurs nicht eingetreten werden kann. Daran ändert auch nichts, wenn sie geltend machen will, ihr Rückzug des Konkursbegehrens sei nicht berücksichtigt worden, woraus ihr Kostenfolgen erwüchsen, denn für den rechtzeitigen Eingang der Rückzugserklärung trägt sie die Verantwortung.

Obergericht, 11. September 2006, BR.2006.54

16. Belege für die behauptete Zahlungsfähigkeit können auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht werden (Art. 174 Abs. 2 SchKG; § 146 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO)

Die finanzielle Situation des Rekurrenten präsentiert sich heute derart schlecht, dass davon ausgegangen werden muss, die Aufhebung des Konkurses würde die tatsächliche Konkurseröffnung nur hinausschieben. Unter diesen Umständen besteht aber keine Möglichkeit, den Rekurs zu schützen. Der Antrag des Rekurrenten, es werde eine Nachfrist zur Einreichung weiterer Unterlagen verlangt, sollte das Gericht seine Zahlungsfähigkeit wider Erwarten nicht als glaubhaft gemacht erachten, ändert daran genauso wenig wie sein Hinweis auf Giroud[96]. Richtig ist, dass die Zahlungsfähigkeit gemäss Gesetzeswortlaut mit dem Einlegen des Rechtsmittels glaubhaft zu machen ist. Gleichermassen trifft zu, dass es die gesetzlichen Vorschriften und die hier massgebende thurgauische Gerichtspraxis zulassen, Unterlagen, welche

---

95 Vgl. Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, Rechtsmittel, Allgemeines N 4

96 Giroud, Basler Kommentar, Art. 174 SchKG N 26

die Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen, innert der Rechtsmittelfrist nachzureichen. Dem Schuldner hiezu ausnahmsweise in einem späteren Zeitpunkt eine Nachfrist anzusetzen, entspricht hingegen allenfalls zwar zürcherischer, nicht aber hiesiger Praxis. Massgebend sind § 238 und § 146 Abs. 2 ZPO. Aus der erstgenannten Bestimmung geht hervor, dass die Rekursfrist eine gesetzliche, nicht erstreckbare Frist ist. Innert dieser 20 Tage muss die Rekursschrift mit Antrag und Begründung eingereicht sein; nachträgliche Ergänzungen der Rekursbegründung nach Fristablauf können nicht berücksichtigt und es kann der Partei auch keine Notfrist zur Rekursbegründung oder Ergänzung angesetzt werden[97]. Hingegen räumt § 146 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO der Partei die Möglichkeit ein, noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, spätestens bis zur Spedition des Entscheids[98], Noven vorzubringen, die durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können. Die Partei muss jedoch die in ihrem ureigensten Interesse stehende Handlung von sich aus vornehmen; es ist nicht Sache des Gerichts, ihr hiezu Frist anzusetzen.

Obergericht, 17. Juli 2006, BR.2006.37

17. Bei Anfechtung einer Konkurseröffnung hat die Hinterlegung der Konkursforderung innerhalb der Rechtsmittelfrist zu erfolgen (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG)

1. Gemäss Art. 174 Abs. 1 und 2 SchKG kann der Entscheid des Konkursrichters innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung an das

---

97 Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 238 N 1, Rechtsmittel, Allgemeines N 6b, 10 mit Hinweis auf § 98 N 3

98 Merz, § 230 ZPO N 10 mit Hinweis auf § 107 ZPO N 11

obere Gericht weitergezogen werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind. Das obere Gericht kann die Konkurseröffnung ausserdem aufheben, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen die Schuld, einschliesslich Zinsen und Kosten, getilgt, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet.

2. Die angefochtene Verfügung wurde von der Rekurrentin am 12. September in Empfang genommen. Davon ausgehend begann die Rechtsmittelfrist am 13. September zu laufen und endete nach zehn Tagen am 22. September. Die Rekursschrift wurde an diesem Tag der Post übergeben und erfolgte damit rechtzeitig. Hingegen wurde die Konkursforderung samt Zins und Kosten, die nach Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ebenfalls innerhalb der Rechtsmittelfrist zu begleichen gewesen wäre, erst am 9. Oktober und damit verspätet bezahlt. Nur der Vollständigkeit halber ist klarzustellen, dass sich die Rekurrentin für die Zahlung am 9. Oktober nicht etwa auf das Schreiben der Obergerichtskanzlei vom 25. September berufen kann: Mit diesem Schreiben wurde ihr einzig Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses bis 12. Oktober angesetzt. Für eine Fristansetzung zur Zahlung der Forderung der Rekursgegnerin gab es angesichts der klaren gesetzlichen Regelung von vornherein keinen Platz.

Obergericht, 6. September 2006, BR.2006.68

18. Neues Vermögen; Definition der standesgemässen Lebensführung und relevanter Zeitraum (Art. 265 f. SchKG)

1. Gestützt auf einen Konkursverlustschein kann gemäss Art. 265 Abs. 2 SchKG eine neue Betreibung nur eingeleitet werden, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist. Als neues Vermögen gelten auch Werte, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt. Erhebt er Rechtsvorschlag mit der Begründung, er sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, so legt das Betreibungsamt den Rechtsvorschlag dem Richter des Betreibungsorts vor. Dieser hört die Parteien laut Art. 265a Abs. 1 SchKG an und entscheidet endgültig. Gemäss Art. 265a Abs. 4 SchKG können der Schuldner und der Gläubiger innert 20 Tagen nach der Eröffnung des Entscheids über den Rechtsvorschlag auf dem ordentlichen Prozessweg beim Richter des Betreibungsorts Klage auf Bestreitung oder Feststellung des neuen Vermögens einreichen. Der Prozess wird im beschleunigten Verfahren durchgeführt. Die Beweislast obliegt dem Gläubiger, unabhängig davon, in welcher Parteirolle er sich befindet[99].

2. a) Der Konkursschuldner soll sich wirtschaftlich und sozial erholen können, was nicht möglich wäre, liesse man die Konkursgläubiger nach Abschluss des Konkurses sogleich wieder auf jeden Vermögenswert greifen, den der ehemalige Konkursit seither erworben hat. Unter "neuem Vermögen" im Sinn von Art. 265 Abs. 2 Satz 2 SchKG ist nur neues Nettovermögen zu verstehen, mithin der Überschuss der nach Beendigung des Konkurses erworbenen Aktiven über die neuen Schulden. Der ehemalige Konkursit hat aber Anspruch auf eine standesgemässe Lebensführung, die es ihm erlaubt, eine neue Existenz aufzubauen; er darf deshalb nicht einfach auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum verwiesen werden. Umgekehrt sollen aber

---

[99] Huber, Basler Kommentar, Art. 265a SchKG N 41

in einer besseren wirtschaftlichen Lage des Schuldners auch die Verlustscheinsgläubiger wieder zu ihrem Recht kommen. Darum wird "neues Vermögen" nicht erst angenommen, wenn es tatsächlich beiseite gelegt und kapitalisiert wurde, sondern bereits, wenn der Schuldner ein Einkommen erzielt, das ihm erlauben würde, Vermögen zu bilden, oder wenn er über neu erworbene Vermögenswerte wenn auch nicht rechtlich, so doch zumindest wirtschaftlich verfügen kann[100].

b) Sofern beim Schuldner keine greifbaren Vermögenswerte vorhanden sind, ist sein Einkommen mit dem ihm zustehenden Lebensbedarf zu vergleichen.

aa) Dem Schuldner sind als Vermögen diejenigen Einkommensbestandteile anzurechnen, die er bei Führung eines standesgemässen Lebens als Ersparnisse hätte zurücklegen können. Für die Bemessung des standesgemässen Lebens gibt der Gesetzgeber keine Anweisungen. Es liegt im Ermessen des Richters zu beurteilen, welcher Betrag konkret erforderlich ist, damit der Schuldner den seiner Situation angepassten Lebensunterhalt bestreiten kann[101]. Zur Berechnung dieser Kosten besteht keine einheitliche Praxis. Die Lehre und die veröffentlichte kantonale Rechtsprechung gehen generell davon aus, es sei der Notbedarf im Sinn von Art. 93 SchKG um nicht reduzierbare Auslagen, übliche Kosten und einen Zuschlag zum Grundbetrag zu erweitern. Das Bundesgericht weist in diesem Zusammenhang darauf hin, der Begriff der standesgemässen Lebensführung bedeute definitionsgemäss eine Individualisierung, und fordert eine konkrete individuelle Bestimmung im Einzelfall. Für den auf das Existenzminimum zu gewährenden Zuschlag gibt es keine einheitliche Praxis. Die Zuschläge

---

[100] Art. 265 Abs. 2 Satz 3 SchKG; Pra 93, 2004, Nr. 30 S. 147; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7.A., § 48 N 32 ff. S. 394; Huber, Basler Kommentar, Art. 265 SchKG N 20

[101] Pra 93, 2004, Nr. 30; BGE 109 III 94 f., 99 Ia 20

bewegen sich zwischen 20% und 100% und werden zum Teil auf dem gesamten betreibungsrechtlichen Existenzminimum, zum Teil auch nur auf den Grundbeträgen gewährt. Im Kanton Thurgau wird ein Zuschlag von 50% auf den Grundbeträgen zugestanden, weil in diesem verschiedene, nicht im Einzelnen berücksichtigte Aufwendungen bereits enthalten sind. In dieser Beziehung wird mithin nicht von tatsächlichen Ausgaben, sondern von auf Erfahrung beruhenden, geschätzten Aufwendungen ausgegangen. Daneben werden weitere tatsächliche Kosten wie Wohnkosten, Krankenkassenprämien, Steuern und allfällige Kompetenzkosten berücksichtigt[102]. Anderer Auffassung ist Huber[103], der solche Faustregeln als zu unflexibel erachtet. Er hält das Existenzminimum nicht für die massgebliche Grundlage zur Beurteilung der Frage nach dem neuen Vermögen und will die Feststellung des Lebensbedarfs ganz dem Ermessen des Richters überlassen. Das Bundesgericht scheint in die von Huber vorgezeichnete Richtung zu tendieren. Es bezeichnete die kantonale Praxis, den Grenzwert für die Annahme neuen Vermögens durch einen generellen Zuschlag von 50 bis 66% auf dem erweiterten Notbedarf zu bestimmen, als willkürlich. Eine solche Erhöhung sämtlicher Positionen des erweiterten Notbedarfs laufe darauf hinaus, die Schuldner mit erhöhten Verpflichtungen, z.B. einem hohen, jedoch einer standesgemässen Lebensführung angemessenen Mietzins, gegenüber denjenigen, die sich mit einer preiswerten Wohnung begnügten, zu begünstigen. Eine Erhöhung der Steuern in gleicher Weise führe zudem zu einer doppelten Bevorzugung der Schuldner, die über bedeutende Mittel verfügten, da die Steuerbelastung mit dem Einkommen zunehme. Ein solches Ergebnis sei mit Sinn und Zweck des Gesetzes nicht vereinbar. Das Bundesgericht wies damals daher die Vorinstanz an, im Rahmen ihres Ermessens neue Berechnungen vorzunehmen. Es seien die verschiedenen Positionen, die

---

[102] RBOG 1998 Nr. 12
[103] Art. 265 SchKG N 21 f.

den Grenzwert für die Annahme neuen Vermögens bestimmten, zu überprüfen. Dabei seien namentlich die üblichen Ausgaben festzusetzen und zu berücksichtigen, soweit der Betriebene diese geltend mache. Gleichzeitig betonte das Bundesgericht aber das Ermessen des Richters, den Betrag zu bestimmen, der konkret erforderlich ist, um dem Schuldner den seiner Situation angepassten Lebensunterhalt zu ermöglichen[104].

Eine individuelle Prüfung erfordert stets substantiierte Darlegungen des Schuldners. Um eine gewisse Pauschalierung - im Sinn der Thurgauer Praxis ein pauschaler Zuschlag zum Grundbetrag - kommt der Richter aber auch unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht herum. Dem wird insofern genügend Rechnung getragen, als nicht zwingend notwendig stets vom gleichen Pauschalbetrag auszugehen ist, sondern dieser individuell festzusetzen und anschliessend zu prüfen ist, ob im Einzelfall dem Schuldner eine seiner Situation angepasste Lebensführung ermöglicht wird.

bb) In der Praxis wird die Prüfung, ob der Schuldner aus seinem Einkommen hätte Ersparnisse bilden können, auf die Zeitperiode der letzten 12 Monate vor der Einleitung der Betreibung beschränkt[105]. Gegen diese Beschränkung auf ein Jahr vor Anhebung der Betreibung bringt Huber[106] beachtenswerte Kritik vor. Dies versetze den Gläubiger in eine schwierige Lage: Falls er mit der Betreibung zu früh sei, werde der Schuldner erfolgreich die Einrede fehlenden neuen Vermögens erheben. Sei er zu spät, werde dem Schuldner gestattet, während einer gewissen Periode Einkünfte für sich selbst auszugeben, auf die eigentlich der Gläubiger Zugriff haben sollte. Die Begrenzung auf ein Jahr beruhe auf der Überlegung, dass auch eine Lohnpfändung

---

[104] BGE 129 III 385 ff.
[105] BGE 99 Ia 20
[106] Art. 265 SchKG N 17 f.

in die Zukunft nur für ein Jahr möglich wäre, was aber ein falscher Analogieschluss sei. Massgeblich müsse sein, was der Schuldner in der Zeit zwischen Ausstellung des Konkursverlustscheins und der neuerlichen Betreibung hätte zurücklegen können, denn hier gehe es nicht um eine rückwärts berechnete Lohnpfändung, sondern um die Feststellung des neuen, hier allerdings hypothetischen Vermögens. Hätte der Schuldner diese Einkünfte tatsächlich zurückgelegt statt sie auszugeben, fände ebenfalls keine Beschränkung statt. Das Vermögen stünde den Gläubigern vollumfänglich zur Befriedigung ihrer Verlustscheinsforderungen zur Verfügung. Es sei daher nicht einzusehen, wieso der korrekte Schuldner schlechter gestellt werden solle als derjenige, der seinen Lohn so rasch als möglich ausgebe. Erst recht sei nicht nachvollziehbar, wieso der Schuldner, der keine Rücklagen mache, obwohl ihm dies möglich sei, seine Gläubiger benachteiligen können solle. Bei der Festlegung des neuen Vermögens solle der Richter daher feststellen, was der Schuldner seit Abschluss des Konkurses hätte zurücklegen können.

Dieser Betrachtungsweise sind allerdings wohl praktische Grenzen gesetzt, wenn seit der Ausstellung des Konkursverlustscheins längere Zeit verstrichen ist. Zudem können sich Probleme ergeben, wenn ein Schuldner über längere Zeit über seinen Verhältnissen lebte, hingegen zum gegenwärtigen Zeitpunkt, das heisst in den letzten 12 Monaten, einen seiner Situation angemessenen Lebensunterhalt führt. Je nach dem Ausmass könnte die Berücksichtigung eines längeren Zeitraums zu einem Eingriff in das (erweiterte) Existenzminimum führen. Trotzdem scheint es richtig, nicht pauschal und starr von einer Zeitperiode der letzten 12 Monate vor Einleitung der Betreibung auszugehen, sondern den konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Dabei sind vorab die Fakten zu berücksichtigen, die der Gläubiger auch über ein Jahr hinaus substantiiert vorbringt, oder die sich aus den Akten ergeben.

Obergericht, 7. November 2006, ZBR.2006.64

19. Aktivlegitimation des vom Betreibungsamt mit Verwaltungshandlungen betrauten Dritten; klares Recht im Betreibungsverfahren (Art. 16 Abs. 3, 94 Abs. 2 VZG; § 164 Ziff. 3 ZPO)

1. a) In der Betreibung auf Pfandverwertung mit Ausdehnung der Pfandhaft auf die Miet- oder Pachtzinsforderungen wurde dem Schuldner X angezeigt, dass die fällig werdenden Miet-/Pachtzinsen seiner Grundstücke durch das Betreibungsamt eingezogen werden. X wurde aufgefordert, innert drei Tagen sämtliche Verwaltungsunterlagen wie Miet-/Pachtverträge, Vertragsänderungen, Mieterspiegel, Hauswartvertrag, Kündigungen, Mieterdepots, Versicherungspolicen, Abonnementsverträge und Schlüssel zu leer stehenden Räumlichkeiten einzusenden, soweit sie nicht schon abgeliefert worden seien. Darauf meldete sich Y (Liegenschaftsverwalter von X) und rügte, X habe Rechtsvorschlag erhoben, und eine Rechtsöffnung sei nicht erteilt. Das Betreibungsamt übertrug die Verwaltung der Liegenschaften der B Treuhand AG. Y stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Verwaltung liege nach wie vor bei ihm. Der B Treuhand AG sei lediglich das Inkasso der Mieten übertragen worden.

b) Auf Antrag der B Treuhand AG befahl das Gerichtspräsidium (unter Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB), Y habe der B Treuhand AG innert zehn Tagen alle Schlüssel mit Schliessplan, alle Mietverträge, alle Korrespondenzunterlagen, alle Mietzinskautionsunterlagen, den Mieterspiegel der Liegenschaften und der Tiefgarage sowie die allgemeinen Verwaltungsunterlagen (Angaben über Mietzinsausstände, Pläne, Verträge) zu übergeben.

c) Y erhob Rekurs und beantragte sinngemäss, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, die Rekursgegnerin habe keine Rechte bezüglich der umstrittenen Liegenschaftenverwaltung; diese liege nach wie vor

beim Hauseigentümer. Der Rekurrent sei nach wie vor zuständig für die Hausverwaltung.

2. a) Zu Recht stellte die Vorinstanz fest, es liege klares Recht im Sinn von § 164 Ziff. 3 ZPO vor. Allerdings genügt es nicht, die Berechtigung bezüglich des Herausgabebefehls lediglich glaubhaft zu machen. Einerseits bezieht sich die in § 164 ZPO[107] enthaltene Formulierung "dessen Berechtigung" auf das Begehren selbst[108] und nicht auf die Aktivlegitimation des Gesuchstellers. Andererseits genügt Glaubhaftmachung für Befehle nach § 164 Ziff. 3 ZPO nicht; hier sind klares Recht und unbestrittene oder sofort beweisbare tatsächliche Verhältnisse Voraussetzung[109].

Fraglich ist hingegen, ob mit Bezug auf die Aktivlegitimation der Rekursgegnerin zur Stellung des Herausgabebegehrens klares Recht vorliegt. Es geht mithin um die Frage, ob die Rekursgegnerin in eigenem Namen klagen durfte, oder ob sie das im Namen des Betreibungsamts hätte tun sollen.

b) Das Gesetz gibt keine klare Auskunft. Das Betreibungsamt kann gemäss Art. 94 Abs. 2 VZG seine Pflichten "auf seine Verantwortung" einem Dritten übertragen. Auch aus Art. 16 Abs. 3 VZG, wonach die Verwaltung und Bewirtschaftung auf Verantwortung des Betreibungsamts einem Dritten, die Bewirtschaftung auch dem Schuldner selbst übertragen werden kann, ergibt sich nichts anderes. Känzig/Bernheim[110] und Jaeger/Walder/Kull/Kottmann[111] geben nur den Inhalt von Art. 94 Abs. 2 VZG wieder. Gemäss der Rechtsprechung

---

[107] Erster Satz, zweite Zeile
[108] Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 164 N 1c
[109] Vgl. RBOG 1993 Nr. 20, 1989 Nr. 31
[110] Basler Kommentar, Art. 152 SchKG N 22
[111] Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4.A., Art. 152 N 18

des Bundesgerichts ist das Vertragsverhältnis zwischen dem Betreibungsamt und dem Dritten, das gestützt auf Art. 16 Abs. 3 oder Art. 94 Abs. 2 VZG begründet wurde, öffentlich-rechtlicher Natur. Der Dritte wird ausdrücklich als Hilfsperson des Betreibungsamts bezeichnet[112]. Das würde eher auf eine direkte Stellvertretung hindeuten, schliesst aber die indirekte Stellvertretung nicht aus.

3. Der Verwaltungsvertrag zwischen dem Betreibungsamt und der Rekursgegnerin hält nicht ausdrücklich fest, ob die Rekursgegnerin in eigenem Namen oder im Namen des Amts handeln soll. Gegen indirekte Stellvertretung und ein fiduziarisches Rechtsgeschäft spricht, dass die Rekursgegnerin nicht allein über das von ihr eingerichtete Mietzinskonto verfügen kann. Diesbezüglich wurde vertraglich vielmehr Kollektivunterschrift zwischen der Rekursgegnerin und dem Amt vereinbart. Zudem ist im Schreiben des Betreibungsamts an den Schuldner nur vom Einzug durch das Betreibungsamt und vom Herausgabeanspruch des Betreibungsamts die Rede, und es wird nochmals Herausgabe an das Betreibungsamt und nicht an die Rekursgegnerin verlangt. Die Rekursgegnerin teilte den Mietern mit, dass die Mietzinsen nicht mehr an den bisherigen Verwalter einbezahlt werden dürften, sondern bis auf weiteres dem Betreibungsamt - und nicht der Rekursgegnerin - abzuliefern seien; die Rekursgegnerin übernehme nebst der Verwaltung lediglich das Inkasso der Mietzinsen. Allerdings sollen sämtliche Rechtsgeschäfte mit den Mietern unter Einbezug der Mietzinsen durch die Rekursgegnerin erfolgen. Diese wird ausdrücklich ermächtigt, Mietverträge rechtsverbindlich abzuschliessen und zu unterzeichnen sowie zu kündigen. Die Rekursgegnerin ist auch zur Vornahme aller sich aus dem Vertrag ergebenden Rechtshandlungen berechtigt. Dabei wird zwar die Vertretung vor Vermittler, Gerichten und übrigen Behörden erwähnt, aber nicht gesagt, ob in eigenem Namen oder nicht.

---

[112] BGE 129 III 400 ff.

Weil dieser Passus dahingehend ergänzt wird, dass in allen wichtigen Fällen das Betreibungsamt zu unterrichten sei, und weil das Betreibungsamt eine Kopie des Herausgabebegehrens erhielt und gegen die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch die Rekursgegnerin nicht opponierte, kann indirekte Stellvertretung bejaht werden.

4. Um allerdings in dieser Hinsicht Probleme zu vermeiden, ist den Betreibungsämtern zu empfehlen, inskünftig klar festzulegen, ob der Dritte in eigenem Namen auftreten und handeln darf oder nur im Namen des Betreibungsamts. Von der Sache her drängt sich eine indirekte Stellvertretung im Sinn eines Treuhandverhältnisses jedenfalls nicht auf. Es stellt sich zumindest die Frage, ob die Betreibungsämter angesichts der grösseren Missbrauchsanfälligkeit eine solche indirekte Stellvertretung tatsächlich wollen.

5. Zusammenfassend kann auch mit Bezug auf die Aktivlegitimation klares Recht angenommen werden. Damit erweist sich der Rekurs als unbegründet.

Obergericht, 19. Dezember 2005, ZR.2005.123

20. Eventualvorsatz; schlagen und treten mehrere Täter auf ein wehrloses, am Boden liegendes Opfer ein, nehmen sie dessen Tod in Kauf (Art. 18 i.V.m. Art. 111 StGB)

1. Die sieben Angeklagten hatten beschlossen, "Punks aufzumöbeln". Als sie die Opfer erblickten, bildeten sie eine V-Kampfformation und schritten auf die beiden zu. Sie traktierten sie mit massiven Fusstritten und Faustschlägen und hörten damit auch nicht auf, als die beiden schon zu Boden gesunken waren. Welcher der Angeklagten welchem Opfer welche Schläge austeilte, liess sich nicht mehr

stimmig rekonstruieren. Erstellt ist, dass das eine Opfer bereits nach kurzer Zeit reglos am Boden lag, während das andere versuchte, davon zu kriechen. Deshalb wurde dieses vorab mit den Füssen traktiert und versucht, es durch gewaltsames Hinunterdrücken des Kopfes am Wegkriechen zu hindern. Ohne sich um dieses schwerverletzte und das andere, reglos am Boden liegende Opfer zu kümmern, rannten die Angeklagten daraufhin weg.

Das eine Opfer erlitt schwere Hirnverletzungen und wäre ohne sofortige medizinische Versorgung verstorben. Es muss mit bleibenden geistigen und körperlichen Schäden rechnen. Beim anderen Opfer wurden leichtere Verletzungen ohne bleibende Schädigung festgestellt.

2. Es ist unbestritten, dass das eine Opfer eine schwere Körperverletzung im Sinn von Art. 122 StGB und das andere Opfer eine einfache Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB erlitten. Die Vorinstanz verurteilte die Angeklagten wegen schwerer Körperverletzung zum Nachteil des einen und wegen versuchter eventualvorsätzlicher schwerer Körperverletzung zum Nachteil des andern Opfers. Die Angeklagten machten auch im Berufungsverfahren geltend, ihr Vorsatz habe sich lediglich auf eine einfache Körperverletzung gerichtet. Ein Angeklagter verlangte einen Freispruch, weil er nicht geschlagen habe. Die Staatsanwaltschaft beantragte einen Schuldspruch wegen versuchter vorsätzlicher Tötung.

3. a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht. Dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die Ausführung des Delikts so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt. Das blosse Wollen der Tat, der subjektive Wille allein genügt zur Begründung von Mittäterschaft jedoch

nicht. Der Täter muss vielmehr bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung der Tat auch tatsächlich mitwirken. Daraus folgt aber nicht, dass Mittäter nur ist, wer an der eigentlichen Tatausführung beteiligt ist oder sie zu beeinflussen vermag. Dass der Mittäter bei der Fassung des gemeinsamen Tatentschlusses mitwirkt, ist nicht erforderlich; es genügt, dass er sich später den Vorsatz seiner Mittäter zu eigen macht[113]. ... Die Möglichkeit der Erfüllung der tatbestandsmässigen Voraussetzungen eines Delikts durch Beteiligung ist auch ohne äusserlich erkennbare eigene Handlung zu bejahen. Das ist der Fall, wenn der Mittäter sich in räumlicher Nähe zur Gruppe als Verbindung zu ihr befindet und darüber hinaus die feindselige Absicht gegenüber dem Opfer mitträgt[114].

b) Gemäss Art. 18 Abs. 2 StGB verübt ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. ... Neben diesem direkten Vorsatz erfasst Art. 18 Abs. 2 StGB auch den Eventualvorsatz. Hier strebt der Täter den Erfolg nicht an, sondern weiss lediglich, dass dieser möglicherweise mit der willentlich vollzogenen Handlung verbunden ist. Die Rechtsprechung bejaht Eventualvorsatz, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Eventualvorsatz kann etwa angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs infolge seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise

---

[113] BGE 130 IV 66, 125 IV 136; Forster, Basler Kommentar, vor Art. 24 StGB N 8 f., 12

[114] AGVE 2004 S. 81

nur als Inkaufnahme dieses Erfolgs gewertet werden kann[115]. Nicht erforderlich ist, dass der Täter den Erfolg "billigt"[116].

4. Die Angeklagten sprachen sich nicht darüber ab, auf welche Art und Weise und in welcher Intensität sie "Linke" beziehungsweise die beiden Opfer verprügeln wollten. Aufgrund des massgeblichen Sachverhalts ist aber ohne vernünftige Zweifel davon auszugehen, dass alle Angeklagten den Tod der Opfer in Kauf nahmen:

a) aa) Es ist gerichtsnotorisch, dass (mehrfache) Schläge oder Fusstritte gegen den Körper tödlich sein können. Lebensgefährlich sind im Bereich des Kopfes insbesondere Schläge und Tritte von vorn gegen die Schläfe, den Kehlkopf sowie allgemein gegen den Hals, aber auch Schläge und Tritte gegen die Ohren und die Nase und von hinten gegen das Genick. Im übrigen Körperbereich können Schläge oder Tritte gegen den Solarplexus sowie gegen Milz und Niere tödlich sein. Tritte und Schläge gegen die Brust, den Bauch und den Unterleib können zu inneren Blutungen und zu Brüchen der Rippen führen, was wiederum tödliche Verletzungen der Lunge nach sich ziehen kann. Der Kopf eines Menschen ist am ehesten gefährdet und lebensgefährlichen Verletzungen ausgesetzt.

Auch wenn diese Fakten nicht im gesamten Umfang und in allen Details als allgemein bekannt vorausgesetzt werden können und dürfen, gehört es zum Allgemeinwissen eines Durchschnittsbürgers, dass insbesondere der Kopf - und wohl auch der Unterleib - mit Bezug auf Tritte und Schläge besonders gefährdet sind. Entsprechende Informationsquellen sind reichlich vorhanden (Film, Fernsehen, Zeitungen, Internet, andere Medien, Schul- oder Sportunterricht, Kurse über le-

---

[115] BGE 131 IV 4, 130 IV 61, 125 IV 251
[116] BGE 125 IV 251, 96 IV 99 ff.

bensrettende Sofortmassnahmen gemäss Art. 10 VZV[117]). Auch bei einer nur halbwegs intelligenten Person darf die Kenntnis vorausgesetzt werden, dass keine Schläge gegen die Schläfen und den Hals geführt werden dürfen; das lernt man bereits als Kind. Weiter ist bekannt, dass im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen bei einem Aufprall mit dem Kopf gegen die Windschutzscheibe tödliche Verletzungen entstehen können, weshalb eine Gurtenpflicht besteht und die Fahrzeuge seit Jahren mit Airbags ausgerüstet werden. Man soll einen Velohelm tragen, um den Kopf bei Stürzen zu schützen; solche Stürze mit Kopfverletzungen können zum Tod führen (Informationskampagnen des BfU und der SUVA). Bei vielen Sportarten besteht eine Helmpflicht oder zumindest die Pflicht, den Kopf zu schützen (Eishockey, Football, Boxen [zumindest die Amateure], Velorennen, Wildwassersportarten, Automobil- und Motorradsport, Reiten). Gerade beim Boxen kam es schon verschiedentlich zu tödlichen Verletzungen, was auch in Boxfilmen thematisiert wurde. In verschiedenen Lebensbereichen ist das Tragen eines Helms vorgeschrieben, etwa bei der Arbeit (auf dem Bau), im Strassenverkehr, im Kampf (Soldaten und Polizeibeamte). Gerade auf dem Bau kommt es wegen Kopfverletzungen immer wieder zu tödlichen Unfällen. Ferner ist bekannt, dass es - insbesondere in Asien - Kampftechniken gibt, mit denen aufgrund eines einzigen Schlags der Tod des Gegners herbeigeführt werden kann und soll. Auch dies wurde und wird auf mannigfaltige Weise in Filmen gezeigt (z.B. "Kung-Fu"-Filme). Zu erwähnen ist schliesslich die Steinigung als Vollzugsform für die Todesstrafe: Durch gezielte Steinwürfe auf eine - meistens mehr oder weniger im Erdboden eingegrabene - Person soll der Tod herbeigeführt werden. Solche Steinwürfe können durchaus mit gezielten Faustschlägen und Fusstritten verglichen werden.

---

[117] Art. 10 Abs. 3 lit. b VZV erwähnt die "lebenswichtigen Körperfunktionen" ausdrücklich.

Als bekannt vorausgesetzt werden darf ferner, dass es für eine Durchschnittsperson aufgrund der üblichen motorischen Fähigkeiten kaum möglich ist, einen Fusstritt ebenso gezielt und relativ genau zu führen wie einen Schlag mit der Hand. Das Risiko, daneben zu treffen, ist beim Fusstritt deutlich höher als beim Faustschlag. Das gilt wegen der Grösse vorab auch für Tritte gegen den Kopf, besonders wenn sich das Opfer noch bewegt. Auch eine nicht besonders geschulte Person vermag zudem einen wesentlichen Teil ihres Körpergewichts in einen Fusstritt oder in das "Aufgumpen" mit den Füssen auf das Opfer zu legen. Ein Fusstritt trifft das Opfer in der Regel daher mit einer wesentlich höheren Energie und Wucht als ein Faustschlag. Das gilt umso mehr, je schwerer das getragene Schuhwerk ist.

bb) Die Vorinstanz erwog, wenn sich eine Gruppierung von sieben Personen entschliesse, auf zwei Gegner einzuschlagen, gehöre es nicht grundsätzlich zum üblichen Risiko, dass dabei eines der Opfer getötet werde. Auch die Angeklagten machten geltend, der Tod eines Beteiligten gehöre nicht zum üblichen Risiko einer Schlägerei. In dieser allgemeinen Formulierung trifft diese Auffassung indessen nicht zu. Das mag mit Bezug auf eine "normale" Schlägerei gelten, wenn die Beteiligten nur so lange aufeinander einschlagen, bis der Gegner zu Boden geht. Auch in diesem Fall wächst allerdings das Risiko des Todes eines Beteiligten erheblich, wenn Waffen (Baseballschläger, Stahlrohre, Schlagringe) zum Einsatz kommen. Bei mehrfachen Schlägen und Fusstritten mehrerer Personen und mit - teilweise - schwerem Schuhwerk gegen den Kopf und den Oberkörper eines Opfers liegt das Risiko eines Todeseintritts hingegen verhältnismässig nahe oder sogar sehr nahe. Letzteres gilt insbesondere für den Fall, dass das Opfer bereits am Boden liegt und trotzdem weiter traktiert wird. Noch (lebens-)gefährlicher ist dieses Vorgehen, wenn das Opfer bewusstlos ist.

cc) Gegen diese Schlussfolgerung kann auch nicht eingewendet werden, zwei Angeklagten dürfe dieses Wissen nicht ange-

rechnet werden, weil sie im Zusammenhang mit einem Angriff auf ein Opfer im Jahr 2000 lediglich wegen einfacher Körperverletzung angeklagt worden waren. Damals traten beziehungsweise schlugen ebenfalls mehrere Täter auf ein am Boden liegendes Opfer. Der eine Angeklagte wurde immerhin wegen schwerer Körperverletzung verurteilt, der andere hingegen nur wegen einfacher Körperverletzung. Aus dieser Erfahrung können die beiden nicht für den Rest des Lebens ableiten, es sei relativ ungefährlich, ein wehrloses und am Boden liegendes Opfer zu traktieren. Solche, allenfalls aus dem Vorfall gezogenen "Lehren" stellen höchstens eine Verdrängung des an sich vorhandenen Wissens dar.

b) aa) Die Vorinstanz erwog, es sei den Angeklagten nur darum gegangen, ihnen missliebige Personen zusammenzuschlagen und dadurch einzuschüchtern. Damit sei kein (eventualvorsätzlicher) Tötungsvorsatz verbunden gewesen. Eine solche Feststellung kann indessen ohne Berücksichtigung der konkreten Umstände nicht getroffen werden. Ist der (direkte) Vorsatz für eine Schlägerei erwiesen, muss in einem Fall aufgrund der Vorgehensweise und der übrigen Umstände auf eventualvorsätzliche Tötung geschlossen werden, während im andern Fall nicht einmal der Eventualvorsatz auf eine schwere Körperverletzung beweisbar ist. Im Übrigen lässt sich hier aufgrund der diffusen Tatplanung ohnehin nicht klar feststellen, was genau beabsichtigt war. Ferner ist das Prügeln letztlich gerade ein Markenzeichen aller - rechten und linken - Schlägertrupps mit der Folge, dass das Opfer am Schluss - in welchem Zustand auch immer - einfach liegen gelassen wird. In solchen Fällen dient das "Prügeln" wohl häufig nicht der Einschüchterung des konkreten Opfers, sondern stellt eine allgemeine Warnung an die Adresse der Gegner dar.

bb) Auch die Aussagen der Angeklagten, was sie gewollt beziehungsweise nicht gewollt hätten, hilft im Zusammenhang mit dem Vorsatz nicht weiter. Die Beteuerung eines Angeklagten, er habe nie gewollt, dass am Schluss jemand im Spital liege, ist eine of-

fensichtliche Schutzbehauptung zur nachträglichen Rechtfertigung: Die Angeklagten schlugen das eine Opfer nicht nur spitalreif, sondern zum Krüppel. Offensichtlich zutreffend ist auch die Aussage eines Angeklagten, er habe das Opfer nicht töten wollen. Der Eintritt des Todes war für die Angeklagten unbestrittenermassen nicht das Ziel, ansonsten der direkte Tötungsvorsatz gegeben wäre. Es trifft auch zu, dass der Tod für die Angeklagten eine unerwünschte Folge des Angriffs gewesen wäre. Das steht der Annahme eines Eventualvorsatzes auf Tötung aber gerade nicht entgegen. Auch die Aussage eines Täters, wenn er hätte töten wollen, hätte er eine Pistole oder ein Messer mitgenommen, und dann wäre es anders abgelaufen, dürfte richtig sein. Für die Frage des Eventualvorsatzes ist damit aber nichts gewonnen, weil unter diesen Umständen der (direkte) Tötungsvorsatz erstellt wäre, wenn der Angeklagte eine Waffe mitgenommen hätte.

cc) Richtig ist, dass nicht schon deshalb auf versuchte Tötung geschlossen werden darf, weil der Tatbestand der schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 Abs. 1 StGB auch lebensgefährliche Verletzungen einschliesst. Es müssen daher weitere Umstände vorhanden sein, um einen Eventualvorsatz auf Tötung anzunehmen. Solche Momente können auch nicht ohne weiteres in der grundsätzlichen Gewaltbereitschaft der Angeklagten oder in ihrem Vorleben gesucht werden. Wesentlich sind vielmehr Elemente wie die Grösse des dem Täter bekannten Risikos, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Allerdings würde es den Bogen überspannen, wenn zusätzlich noch weitere Umstände im Sinn von Fakten bezüglich der Tat oder der Täter bewiesen werden müssten. Es liegt in der Natur der Sache, dass es in solchen Fällen an "zusätzlichen Umständen" - z.B. der Verwendung von Waffen oder gefährlichen Werkzeugen - gerade fehlt.

dd) Für die Frage, worauf sich der Eventualvorsatz richtete, sind verschiedene Umstände von Bedeutung. Dabei ist zu betonen, dass nicht jedes dieser Indizien für sich allein betrachtet werden

darf. Entscheidend sind die Schlussfolgerungen unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände, wobei ein Element gewichtiger, ein anderes unbedeutender sein mag. Das übersehen die Angeklagten, wenn sie nur einzelne, von der Vorinstanz herangezogene Indizien herauspflücken und argumentieren, daraus könne kein Eventualvorsatz auf eine schwere Körperverletzung oder gar Tötung abgeleitet werden.

aaa) Das Tragen von Handschuhen und die Verwendung von Masken, das Vorgehen in einer Kampfformation und die krasse Überzahl von sieben Angreifern gegen zwei Opfer lassen darauf schliessen, dass die Angeklagten "Gröberes" vorhatten. Diese Gegebenheiten können ohne weiteres zur Begründung des Eventualvorsatzes auf schwere Körperverletzung herangezogen werden. Darüber hinausgehende Schlüsse auf eine eventualvorsätzliche Tötung liefern sie aber nicht.

bbb) Die Angeklagten waren teilweise mit schwerem Schuhwerk ausgerüstet. Es darf ohne vernünftige Zweifel davon ausgegangen werden, dass alle Beteiligten davon Kenntnis hatten. Daraus kann nur geschlossen werden, dass sie bewusst die Kraft und die Wirkung von Fusstritten verstärken wollten. Wer im Wissen und mit dem Willen auf eine bevorstehende Schlägerei festes und teilweise schweres Schuhwerk trägt, tut dies nicht zum Schutz seiner eigenen Gelenke. Entsprechende Vorbringen müssten als unglaubwürdige Schutzbehauptung qualifiziert werden. Aufschlussreich ist die Aussage, wenn mehr als einer Stiefel getragen hätte - was erwiesenermassen der Fall war -, könne man davon ausgehen, "dass etwas ganz faul läuft". Im Zusammenhang mit dem Schuhwerk ist ferner der Hinweis wesentlich, dass mehrfache Fusstritte mit schweren Schuhen an verschiedene Stellen des Kopfs (Schläfe, Kehlkopf, Ohren und Nase) mit verhältnismässig grosser Wahrscheinlichkeit zum Tod führen können. Aber auch Tritte mit Turn- oder Halbschuhen können sehr gefährlich sein. Das gilt insbesondere bei Tritten gegen den Kopf eines am Boden liegenden und damit weitgehend wehrlosen Opfers.

ccc) Die Motive der Angeklagten sind wirr und wenig greifbar. Sie reichen vom schwammig definierten "Kampf gegen die Linken" bis zum "Wieder-einmal-Dampf-ablassen". Allerdings zeigt sich bereits in dieser Einstellung eine erstaunliche Gleichgültigkeit der Sache gegenüber, denn üblicherweise wird ein Täter, der einem Opfer eine "gröbere Abreibung" verpassen will, über ein klares und verhältnismässig starkes Tatmotiv - z.B. Rache - verfügen.

ddd) Aus den SMS, die vor der Schlägerei kursierten, kann nichts geschlossen werden, was über einen Vorsatz auf Körperverletzung hinaus ginge. Von Bedeutung ist allerdings, dass die Angeklagten, die sich nicht alle (gleich gut) kannten, sich zu einer losen Gruppe, zu einem zusammengewürfelten Haufen zusammentaten. Den Angeklagten war es letztlich egal, mit wem im Einzelnen sie zusammenwirken würden. Wichtig war faktisch nur das (diffuse) Zusammengehörigkeitsgefühl aufgrund desselben (ebenso diffusen) Gedankenguts, sei es der Kampf "gegen die Roten" oder das "Wieder-einmal-Dampf-ablassen". Diese lose Beziehung bedeutet aber auch, dass sich bei der Frage, wie weit man beim "Einsatz" gehen sollte, keiner auf den andern wirklich verlassen konnte. Jeder musste damit rechnen, dass der Vorsatz und das Vorgehen eines oder mehrerer Mitbeteiligter weniger weit oder weiter als die eigene Absicht oder das eigene Verhalten gehen würden. Dementsprechend nahm sich beispielsweise ein Angeklagter nach seinen eigenen Angaben ohne weiteres das Recht heraus, nur herumzustehen und zuzuschauen und angeblich am Schluss auch noch nach den Opfern zu sehen. Der Umstand, dass die Gruppe weder einen Chef hatte noch eine konkrete Absprache über das Vorgehen traf, ist ein Indiz für die Gleichgültigkeit jedes einzelnen Angeklagten mit Bezug auf den Ausgang der Schlägerei. Im Zusammenhang mit der Absprache wohl kaum zutreffend ist die Feststellung der Vorinstanz, Eventualvorsatz auf Tötung wäre allenfalls gegeben, wenn die Angreifer vorher abgemacht hätten, die Opfer spitalreif zu schlagen und sie dann in Kenntnis von lebensgefährlichen Verletzun-

gen liegen zu lassen. Wäre eine solche Absprache nachweisbar, wäre direkter Vorsatz auf eine schwere Körperverletzung zu bejahen. Zwar könnte daneben ein weitergehender Eventualvorsatz auf Tötung bestehen, doch liesse sich dieser wohl kaum nachweisen, weil sich die Täter auf die konkrete Absprache berufen würden. Sie könnten mithin geltend machen, sie hätten nur das Ziel der "Spitalreife" vor Augen gehabt und sich aufgrund der getroffenen Absprache - allenfalls auch leichtsinnig - darauf verlassen, dass die anderen Mittäter ebenfalls nicht darüber hinausgehen würden. Eine solche konkrete Absprache trafen die Angeklagten aber gerade nicht. Auch war das Vorgehen nicht klar definiert und der Tatplan diffus.

eee) Den Angeklagten war es gleichgültig, wer Opfer der geplanten Schlägerei werden sollte. Sie kannten die Opfer nicht. Es handelte sich mithin nicht um eine "persönliche Abreibung". Die Auswahl der Opfer wurde praktisch völlig dem Zufall überlassen. Entscheidend war lediglich, dass sie für die Angeklagten der Gruppe der "Roten" oder "Linken" zuzuordnen waren. Ein Täter etwa meinte, die Opfer seien zur falschen Zeit am falschen Ort gewesen, und laut eines andern wurden die Opfer aus Zufall zusammengeschlagen.

fff) Die beiden Opfer gingen rasch zu Boden. Sie wiesen Verletzungen am Kopf auf. Es muss daher geschlossen werden, dass bei beiden Opfern schwergewichtig, jedenfalls aber in einem nicht unwesentlichen Ausmass Fusstritte und nicht Schläge mit den Händen oder Fäusten ausgeteilt wurden. Daraus ist im Zusammenhang mit den eingetretenen Verletzungen zu folgern, dass ganz bewusst die Kopfpartien der Opfer als Ziel gesucht und mit gefährlicheren Mitteln - Fusstritten und nicht nur Faustschlägen - traktiert wurden.

ggg) Die Angeklagten handelten nicht als Einzeltäter. Sie gingen nicht "Mann gegen Mann" vor, sondern als lockere Gruppe und bezüglich ihrer Gegner in Überzahl. Ihr Zusammenwirken bei den Schlägen und Tritten erfolgte intuitiv und nicht koordiniert.

Abgesehen von der Ungenauigkeit von Treffern bei Fusstritten waren sie angesichts des raschen Ablaufs kaum in der Lage, die Wirkungen der eigenen Handlungen im Detail abzuschätzen. Sie konnten aber auch nicht abwägen, welche Verletzungen andere Täter dem Opfer bereits zugefügt hatten. Aufgrund des unkoordinierten Vorgehens konnten und durften die Angeklagten nicht darauf vertrauen, es werde (nur) bei sicher nicht tödlichen Verletzungen bleiben. Das gilt umso mehr, wenn das von einzelnen Angeklagten getragene schwere Schuhwerk berücksichtigt wird.

hhh) Auf das (schwer verletzte) Opfer wurde auch noch eingeschlagen, als es wegzukriechen versuchte und damit offensichtlich nicht mehr in der Lage war, aufzustehen und wegzurennen. Die Schlussfolgerung, dieser (hilflose) Versuch des Wegkriechens beruhe nicht lediglich auf einigen leichteren, sondern auf bereits schweren oder gar lebensgefährlichen Verletzungen, lag damit zwangsläufig sehr nahe. Zumindest ein Angeklagter zog sie denn am Ende der Prügelei auch tatsächlich in Betracht. Er sagte aus, er habe festgestellt, das beim Absperrgitter liegende Opfer werde nicht nur fünf Minuten, sondern schon "genug lang" liegen bleiben. Das heisse, es sei stark verletzt, was er daran gesehen habe, dass es sich nicht mehr bewegt habe.

iii) Es war offensichtlich ein Ziel der Angeklagten, die Opfer so lange zu traktieren, bis sie sich nicht mehr regten. Das erklärt auch den Umstand, dass das eine Opfer verhältnismässig glimpflich davonkam. Die Regungslosigkeit der Opfer als vordergründiges Ziel offenbart aber gleichzeitig eine aufgrund verschiedener Tatumstände feststehende Gleichgültigkeit gegenüber der Frage, aus welchen Gründen die Opfer regungslos dalägen. Es war den Angeklagten egal, ob die Opfer aufgrund einer blossen, eventuell kurzen Bewusstlosigkeit oder aufgrund von mittleren, schweren oder lebensgefährlichen Verletzungen oder aufgrund des Todeseintritts reglos blieben. Die Angeklagten liess auch der Zustand der Opfer nach dem Angriff völlig gleichgültig. Sie überliessen die Opfer am Schluss des Angriffs trotz der

zumindest teilweisen Erkennbarkeit ihrer Verletzungen ihrem Schicksal. Dies geschah in einer Situation, in der die Verletzungen beim einen Opfer zum Tod geführt hätten, wenn es nicht medizinisch versorgt worden wäre. In diesem Zusammenhang hilft den Angeklagten auch der Hinweis nichts, bei der Einlieferung des Opfers ins Spital habe auch das Fachpersonal zunächst die Schwere der Verletzungen nicht erkannt. Dies könne daher umso weniger von den Angeklagten verlangt werden. Entscheidend ist hier nicht die Frage, ob die Angeklagten die konkreten Verletzungen und die möglichen - dann auch eingetretenen - Komplikationen erkennen konnten oder hätten erkennen können. Von Bedeutung ist allein, dass aufgrund der Tatumstände nur geschlossen werden kann, dass ihnen der Zustand der Opfer völlig gleichgültig war. Sie hätten sich nicht anders verhalten, wenn bei einem oder beiden Opfern der Tod eingetreten wäre, da sie dies gar nicht festgestellt hätten.

jjj) Zu Recht wies die Staatsanwaltschaft darauf hin, den Tätern könne unmöglich entgangen sein, dass das eine Opfer besonders stark zusammengeschlagen worden sei. Das ergebe sich verschiedentlich aus den Äusserungen der Angeklagten. Dieses Wissen stellte sich bei den Angeklagten vernünftigerweise nicht erst einige Stunden oder Tage nach der Schlägerei ein, sondern schon während und unmittelbar nach Beendigung der Prügelei. Trotzdem kümmerten sie sich nicht um die Verletzten. Auch dieser Umstand weist mit aller Deutlichkeit darauf hin, dass den Angeklagten der Ausgang der Schlägerei völlig gleichgültig war.

ee) Aufgrund all dieser Umstände nahmen alle Angeklagten den Tod eines der Opfer in Kauf. Die teilweise erkennbar mit schwerem Schuhwerk ausgerüsteten Angeklagten fanden sich am fraglichen Abend zu einer losen Gruppe zusammen, obwohl sich nicht alle gleich gut kannten. Keiner führte die Gruppe an, und die Angeklagten trafen keine konkrete Absprache über das Vorgehen. Jeder wusste von den Anderen im Einzelnen über das Motiv und die Absicht nichts

Konkretes. Nach dem Zufallsprinzip wählten die Angeklagten zwei Opfer aus, um diese so lange mit wahllos und unkoordiniert ausgeteilten, teils erkennbar lebensgefährlichen Schlägen und insbesondere Fusstritten zu traktieren, bis die Opfer reglos - beziehungsweise das schwer verletzte Opfer praktisch reglos - liegen blieben. Anschliessend überliessen sie die Opfer ihrem Schicksal. Ihnen war mehr oder weniger gleichgültig, was der eigentliche Grund des Angriffs war, wen es treffen würde, aus welchen Gründen die Opfer reglos liegen blieben und was mit ihnen nach dem Angriff passieren werde. Aufgrund der Vorgehensweise blieb es einzig dem Zufall überlassen, welche Folge eintrat. Die Angeklagten konnten den Ausgang vernünftigerweise gar nicht in der Weise beeinflussen, dass "nur" eine einfache oder schwere Körperverletzung resultieren werde. Keiner der Angeklagten konnte grob sorgfaltswidrig, leichtsinnig oder frivol darauf vertrauen, es werde schon nicht zum Tod eines der Opfer kommen. Sie taten es denn auch nicht. Vielmehr muss aufgrund der Umstände davon ausgegangen werden, dass ihnen auch dies in jenem Zeitpunkt völlig gleichgültig war. Es blieb ihnen höchstens die blosse Hoffnung, die Sache werde glimpflich ausgehen. Diese Hoffnung war, so sie denn überhaupt bestanden haben sollte, derart vage, dass nicht auf ein Vertrauen auf das Ausbleiben des Erfolgs im Sinn bewusster Fahrlässigkeit geschlossen werden kann. Es liegt ein mit BGE 131 IV 1 ff. insofern vergleichbarer Fall vor, als zwar nicht bei jeder solchen Schlägerei wie der hier zu beurteilenden der Tod eines Opfers tatsächlich und häufig eintritt. Das Risiko des Todes ist aber vorhanden und wohl grösser als die Ansteckungsgefahr mit dem HI-Virus (und damit eine schwere Körperverletzung) bei ungeschütztem Sexualverkehr.

Diese Schlussfolgerungen gelten für sämtliche Angeklagten, d.h. sowohl für diejenigen, die sich vorwiegend oder ausschliesslich auf das leichter verletzte Opfer konzentrierten, als auch für diejenigen, die auf das schwer verletzte Opfer einschlugen. Selbst dass einzelne Angeklagte vermutlich härter geschlagen haben als andere, hilft den

übrigen Beteiligten nichts: Sie billigten dieses Vorgehen, beziehungsweise es war ihnen gleichgültig, wie stark andere Mittäter "draufhielten". Selbst wenn von einem - allerdings aufgrund des Beweisergebnisses auszuschliessenden - Exzess einzelner Täter auszugehen wäre, müssten die Mittäter sich diesen daher anrechnen lassen.

Diese Schlussfolgerungen treffen auch auf den Angeklagten zu, der einen Freispruch beantragte. Auch wenn ihm nicht nachzuweisen ist, dass er selbst auf eines der Opfer einschlug, blieb er während der Schlägerei bei der Gruppe, um zu schauen oder, wie er es selbst ausdrückte, "primitiv gesagt als Zuschauer". Er schlug und trat nicht deshalb nicht auf die Opfer ein, weil er damit nichts zu tun haben wollte, sondern weil er der Auffassung war, angesichts der grossen Überzahl brauche es ihn nicht. Das ergibt sich aus den glaubwürdigen Aussagen eines Mittäters, der Angeklagte habe im Fahrzeug auf dem Rückweg gemeint, er habe nicht geschlagen. Es hätte nichts gebracht, wenn er selber auch noch eingegriffen hätte, weil sie schon genug gewesen wären. Er habe sich spasseshalber noch überlegt, sich eine Zigarette anzuzünden, während die anderen sechs mit der Schlägerei beschäftigt gewesen seien. Er sah zugestandenermassen selbst, wie die beiden Opfer mit Fäusten traktiert und "gestiefelt" wurden. Er war beim Grundsatzentschluss, nach Frauenfeld zu fahren, bei der Vorbereitung, beim konkreten Tatentschluss, bei der Bildung der Kampfformation direkt mitbeteiligt und billigte offensichtlich das weitere Vorgehen der Mitangeklagten. Mit seiner physischen Präsenz signalisierte er den Mitbeteiligten, allenfalls helfend einzugreifen, falls dies erforderlich sein sollte.

ff) Bei diesem Ergebnis braucht nicht näher auf die Frage eingegangen zu werden, ab welchem Zeitpunkt dieser Eventualvorsatz auf Tötung bei jedem einzelnen Angeklagten vorhanden war. Aufgrund der Umstände darf ohne vernünftige Zweifel geschlossen werden, dass er zu Beginn und während der Auseinandersetzung bei allen Angeklagten gegeben war. Spätestens in diesem Moment schlu-

gen die Angeklagten auf eines der Opfer ein und billigten - was für alle Angeklagten gilt - zumindest konkludent die Tathandlungen der anderen Mittäter. Ob die Schlägerei einen tödlichen Ausgang nehmen könnte, war ihnen letztlich gleichgültig. Sie nahmen mithin den Tod der Opfer in Kauf.

Obergericht, 12. Mai 2006, SBO.2005.16

Das Bundesgericht wies die Nichtigkeitsbeschwerden und staatsrechtlichen Beschwerden am 21. Februar 2007 ab (6P.184-188/2006 und 6S.417-420, 423, 424/2006).

21. Unsorgfältiger Umgang mit in den Akten aufscheinenden polizeilichen Vorgängen bei der Strafzumessung (Art. 47 StGB)

Dem Leumundsbericht über den mehrfach einschlägig vorbestraften Berufungskläger lassen sich sodann 12 polizeiliche Vorgänge in der Zeit vom August 2000 bis Juli 2005 entnehmen. Unberücksichtigt blieb aber im Leumundsbericht, dass eine Strafuntersuchung wegen Verdachts sexueller Handlungen mit einem Kind bereits eingestellt wurde. Zudem erfolgte offensichtlich auch mit Bezug auf den Anzeigerapport wegen Drohung gegen die ehemalige Ehefrau keine Verurteilung. Dies wirkt sich zu Gunsten des Berufungsklägers aus. Der Berufungskläger rügt zu Recht, dass die entsprechenden polizeilichen Vorgänge unkommentiert im angefochtenen Urteil erwähnt werden. In einem Strafurteil sollten solche polizeilichen Ermittlungen mit Blick auf die Unschuldsvermutung nur erwähnt werden, wenn sie wirklich von Relevanz sind; wenn im Führungsbericht erwähnte polizeiliche Ermittlungsvorgänge mit Bezug auf schwerere Delikte letztlich zu einer Nichtanhandnahmeverfügung oder zur Verfahrenseinstellung oder zu

einem Freispruch führten, muss auch die Art der Verfahrenserledigung erwähnt werden.

Obergericht, 31. August 2006, SBR.2006.14

22. Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz bei einem Verkehrsunfall mit Todesfolge, den ein alkoholisierter Lenker verursachte (Art. 111, 117, 18 StGB)

1. Der Berufungskläger trank an seinem Wohnort Wein, fuhr hernach gegen 21.30 Uhr mit seinem Personenwagen in eine rund 50 km entfernte Ortschaft, wo er bis kurz nach Mitternacht Bier konsumierte. Um 00.45 Uhr setzte er sich mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,12 Promille ans Steuer, um an seinen Wohnort zurückzufahren. Er fuhr auf der Autobahn mit 130 km/h kurz vor 01.00 Uhr auf eine Motorradfahrerin auf, die auf der Normalspur mit einer Geschwindigkeit von 100 km/h unterwegs war. Die Motorradfahrerin verstarb auf der Unfallstelle. Die Vorinstanz hielt den Berufungskläger deswegen der fahrlässigen Tötung (und anderer Delikte) für schuldig.

2. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, ohne dass eine der besonderen Voraussetzungen der Art. 112 ff. StGB zutrifft, macht sich der vorsätzlichen Tötung im Sinn von Art. 111 StGB schuldig. Art. 117 StGB kommt hingegen zur Anwendung, wenn der Täter fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht. Der objektive Tatbestand von Art. 111 und 117 StGB ist unstrittig erfüllt. Zu entscheiden ist hingegen, ob der Berufungskläger fahrlässig oder vorsätzlich handelte.

a) Gemäss Art. 18. Abs. 2 StGB verübt ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich, wer die Tat mit Wissen und Willen aus-

führt. Ist die Tat hingegen darauf zurückzuführen, dass der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat, begeht er das Verbrechen oder Vergehen gemäss Art. 18 Abs. 3 StGB fahrlässig. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.

aa) Der in Art. 18 Abs. 2 StGB umschriebene Vorsatz besteht aus einer intellektuellen (Wissens-) und einer voluntativen (Wollens-)Komponente[118]. Der Täter weiss um den Erfolg und will dessen Eintritt. Fahrlässig handelt er hingegen, wenn er sich die Möglichkeit des deliktischen Erfolgs vorstellt, jedoch pflichtwidrig darauf vertraut, der Erfolg werde nicht eintreten ("bewusste Fahrlässigkeit"), oder wenn er an die Möglichkeit des Erfolgseintritts überhaupt nicht denkt, wenn er die Gefahr nicht sieht, obgleich er sie hätte sehen sollen und sehen können, wenn also die fehlende Voraussicht auf pflichtwidriger Unvorsichtigkeit beruht ("unbewusste Fahrlässigkeit").

bb) Neben diesem direkten Vorsatz erfasst Art. 18 Abs. 2 StGB auch den Eventualvorsatz. Hier strebt der Täter den Erfolg nicht an, sondern weiss lediglich, dass dieser möglicherweise mit der willentlich vollzogenen Handlung verbunden ist. Die Rechtsprechung bejaht Eventualvorsatz, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Eventualvorsatz kann etwa angenommen werden, wenn sich dem Täter der Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs infolge seines Ver-

---

[118] Vgl. Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 5.A., S. 94; Jenny, Basler Kommentar, Art. 18 StGB N 18

haltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolgs gewertet werden kann[119].

cc) Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Sowohl der eventualvorsätzlich als auch der fahrlässig handelnde Täter wissen um die Möglichkeit oder das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Hinsichtlich der Wissensseite stimmen somit beide Erscheinungsformen des subjektiven Tatbestands überein. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut hingegen aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintrete, sich das Risiko der Tatbestandserfüllung mithin nicht verwirklichen werde. Das gilt selbst für den Täter, der sich leichtfertig oder frivol über die Möglichkeit der Tatbestandserfüllung hinwegsetzt und mit der Einstellung handelt, es werde schon nichts passieren. Der mit Eventualvorsatz handelnde Täter hingegen nimmt den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab. Wer den Erfolg derart in Kauf nimmt, "will" ihn im Sinn von Art. 18 Abs. 2 StGB. Nicht erforderlich ist, dass der Täter den Erfolg billigt[120].

dd) Für den Nachweis des Eventualvorsatzes kann sich der Richter - soweit der Täter nicht geständig ist - regelmässig nur auf äusserlich feststellbare Indizien und auf Erfahrungsregeln stützen, die ihm Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben. Der Richter darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich beim Täter die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Er-

---

[119] BGE 131 IV 4, 130 IV 61, 125 IV 251

[120] BGE 130 IV 61; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 3.A., § 9 N 104; Jenny, Art. 18 StGB N 47

folgs ausgelegt werden kann[121]. Wenn die konkreten Tatumstände dem Täter nurmehr die Hoffnung erlauben, die Sache werde glimpflich ausgehen, indem er letztlich Glück oder Zufall überlassen muss, ob sich die Gefahr verwirklichen werde oder nicht, ist Eventualvorsatz gegeben. Die blosse Hoffnung auf das Ausbleiben des tatbestandsmässigen Erfolgs schliesst eine Inkaufnahme im Sinn eventualvorsätzlicher Tatbegehung - anders als das auch bloss leichtsinnige Vertrauen - nicht aus; es bedeutet lediglich, dass der Erfolgseintritt als solcher unerwünscht ist[122]. Mit anderen Worten: Wer es offensichtlich darauf ankommen lässt, hat sich für die mögliche Rechtsgüterverletzung entschieden. Nach dieser Formel ist die Wahrscheinlichkeit zumindest ein Indiz für den Verwirklichungswillen[123].

Zu den äusseren Umständen, aus denen der Schluss gezogen werden kann, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, zählt unter anderem auch die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die tatsächliche Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen. Zu den relevanten Umständen können aber auch die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung gehören[124]. Auch die völlige Gleichgültigkeit mit Bezug auf den möglichen Eintritt des Erfolgs legt den Schluss auf Inkaufnahme nahe[125]. Der Schluss, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, darf aber jedenfalls nicht allein aus der Tatsache gezogen werden, er sei sich des Risikos der

---

[121] BGE 131 IV 6 f., 130 IV 62
[122] BGE 130 IV 64, 125 IV 254
[123] Trechsel/Noll, S. 100
[124] BGE 130 IV 62, 125 IV 252
[125] BGE 131 IV 6

Tatbestandsverwirklichung bewusst gewesen und habe dennoch gehandelt, denn dieses Wissen um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung wird auch bei der bewussten Fahrlässigkeit vorausgesetzt[126].

b) Die Staatsanwaltschaft hält den Eventualvorsatz mit Bezug auf die Tötung der Motorradfahrerin für gegeben: Aufgrund des ausgesprochen schlechten automobilistischen Leumunds, des Führerausweisentzugs auf unbestimmte Zeit wegen Alkoholgefährdung, der bereits früher verursachten Unfälle, des Umstands, dass der Berufungskläger trotz Ausweisentzugs immer wieder ein Motorfahrzeug gelenkt habe, und der Fahrweise auf dem Nachhauseweg habe er geradezu damit rechnen müssen, die Situation falsch einzuschätzen oder einen Fahrfehler zu begehen und damit einen Unfall zu verursachen. Er habe daher das entsprechende Risiko offensichtlich in Kauf genommen.

aa) Der Berufungskläger hatte bereits mehrfach in gravierender Weise Verkehrsregeln verletzt, weswegen ihm auch schon der Führerausweis entzogen worden war. Er hatte zudem bereits einmal in alkoholisiertem Zustand im November 2000 einen Unfall verursacht. Im Juni 2002 fuhr er ebenfalls in angetrunkenem Zustand auf einen ihn anhaltenden Polizeibeamten zu; eine Kollision wurde nur verhindert, weil der Polizeibeamte in letzter Sekunde zur Seite sprang. Dem Berufungskläger müssen daher die möglichen Folgen des Fahrens in angetrunkenem Zustand zumindest in den Grundzügen klar bewusst gewesen sein. Es gibt keine konkreten Anhaltspunkte für die Annahme, der Berufungskläger habe auf Grund einer Ausnahmesituation den später eingetretenen Sachverhalt nicht bedacht oder ihn auszuschliessen versucht. Vielmehr fuhr der Berufungskläger am Unfalltag im Juli 2003 ohne besondere Sicherheitsvorkehrungen auf der üblichen

---

[126] BGE 130 IV 62

Route via Autobahn in alkoholisiertem Zustand und gemäss eigenen Angaben mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h oder nach Auffassung der Staatsanwaltschaft mit 130 km/h nach Hause. Dass unter diesen Umständen eine Fehleinschätzung und/oder eine Fehlreaktion einen Unfall mit Todesfolgen verursachen kann, stellt keine als irreal einzuschätzende Eventualität dar. Dieser Umstand musste der Berufungskläger sowohl auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung als auch angesichts seines Vorlebens ernsthaft in Betracht ziehen. Ihm muss mithin das Wissen unterstellt werden, dass sein Verhalten am Unfalltag den Tod eines Verkehrsteilnehmers zur Folge haben könnte.

bb) Die untersuchungsrichterliche Einvernahme des Berufungsklägers liefert im Zusammenhang mit dem Eventualvorsatz keine brauchbaren Anhaltspunkte. Das liegt daran, dass die Befragung vorschriftswidrig keinen Spontanbericht des Berufungsklägers enthält und letzterer sich nicht mehr an die Rückfahrt erinnern will.

Mit der - nicht beweisbaren - Unterstellung, der Berufungskläger sei trotz Entzugs des Führerausweises immer wieder und in der Nacht des Unfalls sogar alkoholisiert Auto gefahren, will die Staatsanwaltschaft von der Wissensseite auf den Willen schliessen. Diese Argumentation ist allerdings nicht unproblematisch. Zwar könnte zur Begründung angeführt werden, das Vorleben und die Verhaltensweise des Berufungsklägers würden seine Rücksichtslosigkeit und Gleichgültigkeit in Bezug auf mögliche Erfolge und damit deren Inkaufnahme beweisen. Es kann aber auch andersherum argumentiert werden: Hätte der Berufungskläger tatsächlich über ein Jahr trotz Entzugs des Führerausweises wegen einer Alkoholgefährdung ohne Unfallfolgen oder andere Zwischenfälle ein Fahrzeug gelenkt, könnte er wohl zu Recht den Anspruch erheben, er habe - möglicherweise pflichtwidrig - auf Grund seiner bisherigen Erfahrung darauf vertraut, es werde schon nichts passieren. Gerade diese Überlegungen zeigen, wie heikel es ist, bei der Abgrenzung der bewussten Fahrlässigkeit vom Eventualvorsatz auf Täterkomponenten wie beispielsweise das Vorleben abzustellen.

Das würde etwa bedeuten, dass der Alkoholiker, der vor einer Unfallfahrt nie in eine Kontrolle geriet und noch nie einen Unfall verursachte, sich auf Fahrlässigkeit berufen könnte. Der Autolenker hingegen, der selten trinkt, aber bereits einmal wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand bestraft wurde, sähe sich mit dem Vorwurf eventualvorsätzlichen Handelns konfrontiert, wenn er erneut unter Alkoholeinfluss einen Unfall verursacht. Ebenso könnte sich der Automobilist, der aufgrund einer Verkehrskontrolle bereits wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand verurteilt wurde, aber noch nie einen Unfall verursachte, nach einem Unfall wohl auf (bewusste) Fahrlässigkeit berufen, wenn nur auf Grund des Persönlichkeitsprofils auf das Willenselement geschlossen würde.

Um ohne Verletzung des Grundsatzes "im Zweifel für den Angeklagten" auf den Eventualvorsatz zu schliessen, müssen somit weitere Umstände hinzukommen, die auf die Inkaufnahme des möglichen Erfolgs schliessen lassen. An solchen Umständen fehlt es hier indessen: Selbst wenn davon ausgegangen wird, der Berufungskläger sei unmittelbar vor der Kollision mit der Motorradfahrerin mit 130 km/h und mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 1,12 Promille auf der Autobahn unterwegs gewesen, wiegen diese Sorgfaltspflichtverletzungen nicht derart schwer, dass ohne Zweifel auf die Inkaufnahme des Todes eines Verkehrsteilnehmers geschlossen werden kann. Vielmehr gilt auch hier, dass die Annahme nicht leichthin getroffen werden darf, der Fahrzeuglenker habe sich bei riskanter Fahrweise gegen das bedrohte Rechtsgut entschieden und nicht mehr im Sinn der bewussten Fahrlässigkeit auf einen guten Ausgang vertraut. Bei einem Automobilisten, der einen bis dahin unbescholtenen Leumund hat und bei dem keine besonderen Merkmale vorliegen, die auf einen Entscheid gegen ein bestimmtes Rechtsgut hinweisen, muss in vergleichbaren Situationen davon ausgegangen werden, er habe auf den guten Ausgang ver-

traut und es nicht "darauf ankommen lassen", es könnte ein Unfall der eingetretenen Art geschehen[127]. Der automobilistische Leumund und das Vorleben des Berufungsklägers vermögen an dieser Feststellung nichts zu ändern, weil keine rechtsgenüglichen Anhaltspunkte dafür vorliegen, dem Berufungskläger sei der mögliche Tod eines Verkehrsteilnehmers völlig gleichgültig gewesen. Zwar musste der Berufungskläger aufgrund seines Vorlebens und des Führerausweisentzugs wissen, dass er unter einer strassenverkehrsrelevanten Alkoholproblematik leidet und sich im Strassenverkehr unter Alkoholeinfluss schon verschiedentlich falsch und teilweise auch gefährlich verhalten hatte. Trotzdem kann nicht davon ausgegangen werden, die Verwirklichung der Gefahr - der Tod eines Verkehrsteilnehmers - habe sich als so wahrscheinlich aufgedrängt, dass ihm nurmehr die Hoffnung geblieben wäre, die Sache werde glimpflich ausgehen. Vielmehr muss ihm trotz seines schlechten automobilistischen Leumunds unterstellt werden, er habe - wenn auch völlig leichtsinnig - auf einen guten Ausgang vertraut. An dieser Schlussfolgerung ändert auch die Rechtsprechung zu Fällen massiv übersetzter Geschwindigkeit ("Raserfälle")[128] nichts: Dort wiegt die Sorgfaltspflichtverletzung derart schwer, dass nicht anders als auf die Inkaufnahme des Todes eines Menschen geschlossen werden kann. Der hier zu beurteilende Fall mag ein Grenzfall sein. Es bleiben indessen nicht zu überwindende Zweifel, weshalb nicht auf eventualvorsätzliche, sondern auf fahrlässige Tötung zu erkennen ist. Dass dieser Entscheid richtig ist, zeigt letztlich auch folgende Überlegung: Wäre der Berufungskläger in den frühen Morgenstunden des Unfalltags mit einer Geschwindigkeit von 130 km/h und einer Blutalkoholkonzentration von 1,12 Promille lediglich in eine Polizeikontrolle geraten, hätte die Staatsanwaltschaft bei konsequenter Verfolgung der von ihr vertretenen Grundsätze zusätzlich zu den SVG-Delikten auch

---

[127] Vgl. Roxin, Strafrecht, AT, Bd. I, 3.A., § 12 N 23, 27
[128] Z.B. BGE 130 IV 58 ff.

Anklage wegen versuchter eventualvorsätzlicher Tötung erheben müssen. Gleiches würde gelten, wenn der Berufungskläger unter denselben Umständen einen Selbstunfall verursacht hätte.

cc) Zusammenfassend erkannte die Vorinstanz zu Recht, dass für die Annahme, der Berufungskläger habe den Tod des Opfers in Kauf genommen, der rechtsgenügliche Beweis fehlt. Hingegen ist der Tatbestand der fahrlässigen Tötung gemäss Art. 117 StGB sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht erfüllt, was auch der Berufungskläger zu Recht nicht bestreitet.

Obergericht, 4. April 2006, SBO.2005.17

23. Anforderungen an die Anklageschrift bei einer Anklage wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Art. 217 Abs. 1 StGB; § 142 Abs. 2 Ziff. 4 StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft wirft dem Berufungsbeklagten gestützt auf Art. 217 Abs. 1 StGB Vernachlässigung von Unterhaltspflichten gegenüber seinen beiden Kindern, begangen im Zeitraum von Januar 2003 bis April 2005, vor. Die Anklageschrift begnügt sich mit dem Hinweis, der Berufungsbeklagte habe seine Stelle im September 2003 wegen Diebstählen verloren und "nach einer kurzen Wartefrist" monatlich netto rund Fr. 2'900.00 Arbeitslosengeld erhalten. Zur Leistungsfähigkeit des Berufungsbeklagten führt die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift aus, seine Einkünfte seien zwar bis auf das Existenzminimum gepfändet worden; gleichwohl habe der Berufungsbeklagte "seit dem 1. Januar 2003 immer wieder Geld erübrigen" können, "womit er im Frühling 2003 illegal ein Klappmesser kaufte, illegal immer wieder seine jetzige Ehefrau bei sich in X beherbergte sowie im Dezember 2004 einen PW kaufte und reparierte". Aus der Ankla-

geschrift geht aber nicht hervor, wann der Berufungsbeklagte Einkommen erzielte, wann er dies schuldhaft unterliess und wann er nicht leistungsfähig war (beispielsweise während der Untersuchungshaft[129]). Dies ist auch der Anklagebegründung nicht zu entnehmen. Die Tatsache, dass der Berufungsbeklagte im Frühling 2003 ein Klappmesser und im Dezember 2004 ein Auto für Fr. 500.00 kaufte, zeigt entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft jedenfalls keine generelle Leistungsfähigkeit für den Zeitraum von Januar 2003 bis April 2005 auf.

2. Die nach Abschluss der Strafuntersuchung zu erstellende Anklageschrift hat den Sachverhalt zwar kurz, aber vollständig, objektiv, sachlich und genau aktenmässig darzustellen; es muss daraus klar hervorgehen, welcher Lebensvorgang, welche Handlung oder Unterlassung des Angeklagten Gegenstand der Beurteilung bilden soll. Die Handlung muss nicht zahlen- und mengenmässig berechnet werden, jedoch muss die Tat individualisiert werden; mithin müssen die konkreten Tatumstände oder Tatbestandsmerkmale wie Zeit, Ort, Art der Begehung und Form der Mitwirkung sowie angestrebter oder verwirklichter Erfolg angegeben sein[130]. Die Anklageschrift vom 12. April 2006 erfüllt diese Anforderungen nicht, indem sie im Kern eigentlich nur pauschal und zusammenfassend darlegt, der Berufungsbeklagte habe die Zahlung der Unterhaltsbeiträge an seine Kinder von Januar 2003 bis April 2005 schuldhaft trotz Leistungsfähigkeit nicht erfüllt. Notwendig ist in solchen Fällen eine klare Gegenüberstellung des (tatsächlichen oder hypothetischen) Einkommens des Angeschuldigten im massgebenden Zeitraum einerseits und des entsprechenden Existenzminimums andererseits, und zwar Monat für Monat, in welchem dem

---

[129] Albrecht, in: Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie (Hrsg.: Jenny/Schubarth/Albrecht), Bd. 4, Bern 1997, Art 217 StGB N 59, 79

[130] RBOG 2005 Nr. 30 S. 214 f.; Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 142 N 4

Betroffenen die Vernachlässigung vorgeworfen werden soll; nur so kann der Strafrichter feststellen, wann und in welchem Betrag Zahlungen im Sinn von Art. 217 StGB zu Unrecht nicht geleistet worden sind.

Obergericht, 10. Oktober 2006, SBR.2006.28

24. Keine Verletzung des Grundsatzes "ne bis in idem", wenn ein Sachverhalt sowohl im ordentlichen Strafprozess als auch im Privatstrafverfahren behandelt, aber jeweils unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt wird (Art. 9 BV; Art. 4 Ziff. 1 Protokoll Nr. 7 zur EMRK; Art. 14 Abs. 7 UNO-Pakt II)

1. In seinem Schlussbericht beantragte das kantonale Untersuchungsrichteramt der Staatsanwaltschaft, den Angeschuldigten wegen versuchten Betrugs (eventuell versuchter Warenfälschung), betrügerischen Markengebrauchs (allenfalls Markenrechtsverletzung) sowie mehrfacher Urkundenfälschung zur strafgerichtlichen Beurteilung zu überweisen. Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft wirft dem Angeklagten Betrug und mehrfache Urkundenfälschung vor, da dieser 240 Laibe Käse, die nicht aus der offiziellen Produktion gestammt hätten und deshalb nicht mit einer entsprechenden Kaseinmarke versehen gewesen seien, beidseitig mit den Laibetiketten der Sortenorganisation versehen habe. In der Begründung der Anklage führte die Staatsanwaltschaft aus, dass es den Strafverfolgungsbehörden nicht gelungen sei, dem Angeklagten Gewerbsmässigkeit nachzuweisen. Demzufolge könne die Sortenorganisation ihre Interessen betreffend gewerblichen Rechtsschutz nicht über die Staatsanwaltschaft durchsetzen lassen, sondern habe diese gemäss § 171 StPO im Privatstrafverfahren geltend zu machen. Die entsprechenden Verfahrensteile würden daher an das gemäss § 173 Abs. 2 StPO zuständige Gerichtspräsidium weitergelei-

tet. Diesem werde angeregt, das Privatstrafverfahren bis zur Rechtskraft des ordentlichen Strafverfahrens zu sistieren und anschliessend gegebenenfalls zur Sanktion des Strafverfahrens eine Zusatzstrafe auszufällen.

2. Das Gerichtspräsidium schloss sich unter Hinweis auf Zweidler[131] der Auffassung der Staatsanwaltschaft an und setzte der Sortenorganisation gemäss § 173 Abs. 2 StPO eine Verwirkungsfrist von 60 Tagen an zur nachträglichen Durchführung des Vermittlungsverfahrens wegen betrügerischen Markengebrauchs gemäss Art. 62 MSchG (eventuell wegen Markenrechtsverletzung gemäss Art. 61 MSchG) sowie zur Einreichung der Weisung.

3. Die Sortenorganisation gelangte ans Obergericht und beantragte, das Gerichtspräsidium sei anzuweisen, den von der Staatsanwaltschaft überwiesenen Sachverhalt nicht nur im Licht des Betrugs, sondern auch in demjenigen des betrügerischen Markengebrauchs (allenfalls der Markenrechtsverletzung) zu würdigen. Die vorgenommene Abtrennung desjenigen Teils des Strafverfahrens, der sich mit dem gewerblichen Rechtsschutz befasse, verstosse gegen den Grundsatz "ne bis in idem": Es gehe hier anders als bei der von der Vorinstanz angeführten Zitatstelle und dem dort zitierten RBOG 1980 Nr. 33 nicht um mehrere Delikte im Sinn mehrerer Tathandlungen, sondern um eine einzige Tathandlung, die im Licht mehrerer Strafnormen zu würden sei.

4. Der Grundsatz "ne bis in idem" (Doppelbestrafungsverbot aufgrund der Sperrwirkung der abgeurteilten Sache) ist in erster Linie ein Satz des eidgenössischen materiellen Strafrechts und bedeutet, dass niemand wegen der gleichen Tat zweimal verfolgt werden darf[132]. Das

---

[131] Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 171 N 57
[132] BGE vom 10. September 2003, 6P.51/2003, Erw. 3.1

Doppelbestrafungsverbot setzt voraus, dass sich das Verfahren gegen die gleiche Person richtet und die ihr vorgeworfene Tat bereits Gegenstand eines Verfahrens bildete (Identität der Person sowie Identität der Tat[133]). Das Bundesgericht sowie ein Teil der Lehre verlangen überdies, dass dem Richter im ersten Verfahren überhaupt die (rechtliche) Möglichkeit zugestanden haben muss, den Sachverhalt unter allen tatbestandsmässigen Punkten zu würdigen[134]. An der letztgenannten Voraussetzung kann es bei einem Sondergericht oder bei einem besonderen Verfahren fehlen. Dies ist etwa der Fall, wenn der Richter in einem Privatstrafverfahren nur Ehrverletzungen nach Art. 173 ff. StGB beurteilen kann, aber zur Ansicht gelangt, es liege keine Beschimpfung nach Art. 177 StGB, sondern eine Tätlichkeit nach Art. 126 StGB vor[135].

5. a) Das Doppelbestrafungsverbot kann hier schon deshalb nicht greifen, weil die Bezirksgerichtliche Kommission im ordentlichen Strafprozess nach § 7 Ziff. 3 StPO einzig die Vorwürfe des Betrugs und der mehrfachen Urkundenfälschung beurteilen darf und damit nur über eine beschränkte Beurteilungskompetenz verfügt. Zur Prüfung der zwar gemäss § 7 Ziff. 4 StPO ebenfalls von ihr, nach §§ 171 ff. StPO aber im Wesentlichen nach den Regeln der ZPO abzuhandelnden Privatstrafklage ist die Bezirksgerichtliche Kommission im Strafprozess nicht nur nicht verpflichtet, sondern nicht befugt. Damit darf wegen der fehlenden rechtlichen Möglichkeit zur Prüfung des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Antragsdelikts dieses in einem separaten Verfahren beurteilt werden. Diese Privatstrafsache ist mit dem ordentlichen Strafprozess nicht abgeurteilt, womit auch keine Sperrwirkung besteht.

---

133 BGE 118 IV 271
134 BGE 125 II 404, 119 Ib 319
135 Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6.A., § 84 N 32; vgl. auch § 87 N 12; Zweidler, § 166 StPO N 2 und § 134 StPO N 7

b) Damit kann offen bleiben, ob die von der Staatsanwaltschaft in der Anklage bezeichnete Tat mit derjenigen, die im Privatstrafverfahren zu beurteilen ist, identisch ist, und es braucht nicht im Einzelnen auf die in Rechtsprechung und Lehre bestehende Uneinigkeit bezüglich Tatidentität eingegangen zu werden. Festzuhalten ist an dieser Stelle lediglich, dass umstritten ist, ob der Gegenstand der abgeurteilten Sache als historisches Ereignis in seinem wirklichen Ablauf verstanden werden muss, oder ob als Gegenstand des Urteils nur in Frage kommt, was das Gericht feststellte oder bei sorgfältiger Abklärung hätte feststellen können[136]. Das Kantonsgericht St. Gallen erkannte in SGGVP 1990 Nr. 76, dass es für die Tatidentität auf den Sachverhalt ankomme, den das Gericht im früheren Verfahren zu beurteilen gehabt habe. Das sei derjenige Sachverhalt, der dem Gericht im damaligen Verfahren unterbreitet, d.h. in der Überweisung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewürdigt worden sei. Immerhin spricht der Umstand, dass es aufgrund der Handlung des Angeklagten zwei verschiedene Geschädigte gibt und der Sachverhalt von der Staatsanwaltschaft nur bezüglich einer Geschädigten gewürdigt und überwiesen wurde, mit Blick auf SGGVP 1990 Nr. 76 gegen Tatidentität, womit auch von daher das Doppelbestrafungsverbot nicht greifen würde.

c) Damit liegt dieser Fall entgegen der Auffassung der Sortenorganisation durchaus ähnlich wie RBOG 1980 Nr. 33. Dort berührte "eine Äusserung zugleich die Ehre von Beamten und Privater". Konkret lag dem Verfahren zugrunde, dass der damalige Angeklagte in ein und derselben Gesprächssequenz zugleich die Ehre von Amtspersonen und einer Privatperson verletzt haben sollte, indem er erzählt habe, er sei überzeugt, dass die fraglichen Amtspersonen ihre Ferien in Mallorca nur deshalb in einem Hotel so niedriger Klasse verbringen würden, weil dieses einem am hängigen Projektwettbewerb betreffend

---

[136] BGE 118 IV 272

einer öffentlichen Baute beteiligten Architekten gehöre und sie nichts dafür bezahlen müssten.

6. Selbst wenn die Bezirksgerichtliche Kommission im ordentlichen Strafprozess zur Beurteilung der Privatstrafklage befugt wäre, bestehen auch heute keine Gründe, von der in RBOG 1980 Nr. 33 vom Obergericht angeordneten gesonderten Behandlung abzurücken. Im Gegenteil: Der damalige Hinweis, das Privileg des ordentlichen Strafprozesses mit amtlicher Untersuchung könne nicht gelten für Streitsachen, die gemäss der StPO dem Privatstrafverfahren zugewiesen seien, hat nach wie vor Gültigkeit, denn daran, dass es sich bei den im Privatstrafverfahren geltend zu machenden Delikten um Bagatellsachen handelt, von welchen die Strafverfolgungsorgane entlastet werden sollen[137], änderte sich nichts. Der Staat ist an der Durchführung solcher Verfahren nicht interessiert, weshalb das kantonale Untersuchungsrichteramt bei Antragsdelikten aus dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes gestützt auf § 171 Abs. 1 StPO auch nicht berechtigt ist, eine Strafuntersuchung zu eröffnen und Zwangsmassnahmen anzuordnen; polizeiliche Ermittlungen und Untersuchungsmassnahmen kommen nur in Betracht, wenn und soweit oder so lange der konkrete Verdacht auf Gewerbsmässigkeit besteht[138]. Auch im gerichtlichen Verfahren ist - ungeachtet der von der Sortenorganisation geltend gemachten Effizienzgründe - jede volle oder teilweise Verbindung solcher Verfahren mit im ordentlichen Strafprozess zu beurteilenden Strafsachen auszuschliessen, da für die einen Delikte zivil- und für die anderen strafprozessuale Grundsätze gelten. Die beiden Prozessarten liessen sich insbesondere beim Beweisrecht kaum auf einen Nenner bringen

---

[137] Baumann, Der gewöhnliche Ehrverletzungsprozess gemäss der Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Diss. Zürich 1988, S. 31

[138] Zweidler, § 171 StPO N 2 und 4

und können daher auch im Interesse der Parteien nicht im gleichen Prozess zur Anwendung kommen[139].

Obergericht, 26. April 2006, SW.2006.3

25. Die Tatbestände der Drohung, Nötigung oder Sachbeschädigung begründen in der Regel keine Opferstellung (Art. 2 OHG)

1. Die Staatsanwaltschaft warf dem Angeklagten vor, er habe einen Sonnenschirm der Berufungsklägerin beschädigt und mutwillig drei als Abgrenzung der Rasenfläche aufgestellte Drahtgeflechte entfernt. Ferner habe er in der Tiefgarage vor seinem Kellerabteil im Zufahrtsweg auf dem Parkplatz der Berufungsklägerin ausgebreitete Kartonschachteln trotz mehrmaliger Aufforderung nicht entfernt; die Berufungsklägerin habe erst eine Stunde später parkieren können. Bei einem Wortwechsel im Heizungsraum habe der Angeklagte der Berufungsklägerin gesagt, sie wisse gar nicht, was er für eine Wut auf sie habe; dabei habe er seine Fäuste geballt und ihr während etwa fünf bis zehn Minuten das Weggehen verunmöglicht. Die Bezirksgerichtliche Kommission sprach den Angeklagten vom Vorwurf der Sachbeschädigung als geringfügiges Vermögensdelikt sowie der Drohung und Nötigung zum Nachteil der Berufungsklägerin frei. Die Staatsanwaltschaft akzeptierte dieses Urteil, während die Berufungsklägerin weiterhin einen Schuldspruch im Sinn der Anklage sowie Schadenersatz und Genugtuung verlangte.

---

[139] Schneider, Der Ehrverletzungsprozess im thurgauischen Recht, Diss. Zürich 1977, S. 66 f.

2. a) Mit Bezug auf die Verfahrensrechte von geschädigten Personen nimmt der thurgauische Gesetzgeber eine Unterscheidung vor: Gemäss § 49 Abs. 1 Ziff. 3 StPO sind Parteien im Strafverfahren das Opfer gemäss Art. 2 OHG sowie der Geschädigte gemäss § 53 Abs. 2 StPO. Für den Schutz und die Rechte der Opfer gelten Art. 5 ff. OHG; mit Bezug auf die Möglichkeiten einer Berufung stehen dem Opfer gestützt auf § 200 Abs. 1 StPO die Verfahrensrechte gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c OHG zu, was konkret bedeutet, dass das Opfer Berufung nicht nur in Bezug auf seine allfälligen Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche führen, sondern im zweitinstanzlichen Verfahren auch Anträge hinsichtlich des Schuldpunkts erheben kann[140]. Demgegenüber richtet sich die Beteiligung anderer Geschädigter am Strafverfahren nach der StPO; sie können gemäss § 53 StPO nur privatrechtliche Ansprüche geltend machen, insbesondere auf Schadenersatz, Genugtuung und Rückgabe von Sachen, und sie können laut § 200 Abs. 2 StPO nur hinsichtlich ihrer Zivilansprüche Berufung einlegen, sofern der bei Erlass des erstinstanzlichen Urteils noch streitige Betrag im Zivilprozess die Berufung zulassen würde.

b) Nach Art. 2 Ziff. 1 OHG ist jene Person Opfer im Sinn des Gesetzes, die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität unmittelbar beeinträchtigt wurde, und zwar unabhängig davon, ob der Täter ermittelt wurde und ob er sich schuldhaft verhielt. Es ist jeweils anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob die Schwere der untersuchten Straftaten die Annahme einer unmittelbaren Beeinträchtigung der psychischen Integrität des Betroffenen[141] beziehungsweise - unabhängig von der Schwere der Straftat - die Schwere der Betroffenheit des Opfers die Annahme einer beträchtlichen Beeinträchtigung der Integrität rechtfer-

---

[140] Vgl. RBOG 1994 Nr. 41
[141] BGE 120 Ia 163

tigt[142]. Die Beeinträchtigung der Integrität im Sinn des OHG meint die Verschlechterung des körperlichen oder psychischen Zustands einer Person, wobei nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens genügt[143]. Zu den in Frage kommenden Beeinträchtigungen zählen Tötung, Körperverletzung, psychische Schädigung und die Beeinträchtigung der Gesundheit[144]. Die Integrität ist verletzt, wenn sich der seelische oder körperliche Zustand des Opfers nach der Straftat nachteilig verändert hat; dabei geht es um Gesundheitsschädigungen, die meistens in einem anatomischen, funktionellen, geistigen oder psychischen Defizit bestehen; zur Prüfung der Beeinträchtigung ist der Zustand des Betroffenen vor der Tat mit dem Zustand nach der Tat zu vergleichen[145]. Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich des OHG sind Beeinträchtigungen, welche lediglich mittelbare Folgen der Straftat sind und beispielsweise auf Ehrverletzungsdelikte, Tätlichkeiten, Diebstahl oder Betrug zurückgehen[146]. Das Bundesgericht erkannte denn auch, dass Amtsmissbrauch und Begünstigung grundsätzlich keine Opferstellung im Sinn des OHG nach sich ziehen[147]. Dementsprechend kann auch eine falsche Anschuldigung in der Regel nicht dazu führen, dass der Geschädigte als Opfer gilt[148]. Eine Tätlichkeit fällt nicht unter das OHG[149], es sei denn, sie führe zu einer nicht unerheblichen psychischen Beeinträchtigung[150], oder es sei in einem Grenzfall gerade umstritten, ob eine Tätlichkeit oder eine

---

142 BGE 129 IV 216, 125 II 265; Zehntner, in: Kommentar zum Opferhilfegesetz (Hrsg.: Gomm/Zehntner), Bern 2005, Art. 2 N 36
143 BGE 125 II 268; RBOG 1995 Nr. 23; Zweidler, Die thurgauische Strafprozessordnung, Bern 2005, § 49 N 7
144 RBOG 1995 Nr. 24 S. 135, 1994 Nr. 41 S. 189, 1993 Nr. 34 S. 154
145 Zehntner, Art. 2 OHG N 29; Zweidler, § 49 StPO N 7
146 BBl 1990 II 977
147 BGE 120 Ia 162
148 RBOG 1995 Nr. 23
149 RBOG 1995 Nr. 23 S. 133
150 BGE 125 II 268

Körperverletzung vorliegt[151]. Ehrverletzungen führen nur in aussergewöhnlich schweren Fällen zu einer Opferstellung[152]. Diebstahl, Betrug oder andere Vermögensdelikte fallen nicht in den Anwendungsbereich des OHG[153]. Gleiches gilt für Hausfriedensbruch, die Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch, eine Amtsgeheimnisverletzung sowie die Verletzung des Datenschutzgesetzes[154]. Gefährdungsdelikte sind in der Regel aus dem Anwendungsbereich des OHG ausgeschlossen[155]. Die Unterlassung der Nothilfe kann indessen zur Anwendbarkeit des OHG führen, wenn der Tod bei entsprechender Hilfeleistung verhindert worden wäre, oder wenn die in Lebensgefahr schwebende Person gerade wegen der unterlassenen Nothilfe einen körperlichen oder psychischen Schaden davontrug[156]. Ebenso kann das OHG unter Umständen Anwendung finden, wenn durch eine Gefährdung des Lebens oder eine Drohung ein schwerer Schock entsteht[157]. Voraussetzung ist aber stets, dass der entsprechende Zustand des Opfers auf die in Frage stehende Straftat zurückzuführen ist; nicht ausreichend ist, dass das strittige Verhalten des Täters im Zusammenhang mit einer monate- beziehungsweise jahrelangen (strafrechtlich irrelevanten) Entwicklung steht[158]. Vorbehalten bleiben eigentliche (insgesamt strafbare) Fälle von Mobbing oder Stalking[159].

3. Die Berufungsklägerin berief sich insbesondere mit Bezug auf den Tatbestand der Drohung auf ihre Opferstellung. Indem sie aber ausführte, sie sei auch aufgrund der Gesamtheit aller Tathandlungen

---

151 RBOG 1994 Nr. 40
152 RBOG 1995 Nr. 23 S. 134
153 RBOG 1995 Nr. 23 S. 133
154 Zweidler, § 49 StPO N 7
155 BGE 122 IV 77; RBOG 2000 Nr. 15; Zehntner, Art. 2 OHG N 40
156 Zweidler, § 49 StPO N 6
157 RBOG 2000 Nr. 15 S. 101
158 Zweidler, § 49 StPO N 6
159 Zweidler, § 49 StPO N 6 S. 153; vgl. BGE 129 IV 262 ff.

in sehr starkem Mass in ihrer psychischen Integrität beeinträchtigt worden, beharrt sie für sämtliche dem Angeklagten zur Last gelegten Delikte auf ihrer Opferstellung.

a) Offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen einer Opferstellung nach OHG bei einer Sachbeschädigung nicht gegeben sind. Gleiches gilt für den Sachverhalt, welcher dem Berufungsbeklagten als unrechtmässige Selbsthilfe angelastet wurde, mithin die Entfernung der Drahtgitter; abgesehen davon findet das OHG auf Delikte des kantonalen Strafrechts ohnehin keine Anwendung[160].

b) Von einer Beeinträchtigung der Berufungsklägerin im Sinn des OHG kann aber auch mit Bezug auf die zur Anklage gebrachten Tatbestände der Nötigung und Drohung im hier zu beurteilenden Fall nicht ernsthaft die Rede sein. Die von der Berufungsklägerin behauptete psychische Beeinträchtigung ist in keiner Art und Weise substantiiert dargetan oder gar nachgewiesen. An der Hauptverhandlung wurden dazu überhaupt keine Ausführungen gemacht. Die Berufungsklägerin legte weder ein Arztzeugnis noch ein Fachgutachten vor, welches die behaupteten unmittelbaren psychischen Beeinträchtigungen oder gar einen Zusammenhang zwischen diesen und den zur Anklage gebrachten Straftatbeständen belegen würde; ebenso wenig ist aufgrund der Akten zu erkennen, welche psychischen Beeinträchtigungen tatsächlich bestehen sollen. Eine solche Beeinträchtigung im Sinn des OHG durch den Vorfall in der Tiefgarage, bei welchem der Berufungsbeklagte die Zufahrt zum Tiefgaragenplatz der Berufungsklägerin versperrt haben soll, kann mit Blick auf den offensichtlichen Bagatellcharakter dieses Vorfalls von vornherein ausgeschlossen werden. Unterschiedlich sind die Sachverhaltsschilderungen der Parteien zum Vorfall im Heizungsraum. Die Parteien begegneten sich dort nur deshalb,

---

[160] RBOG 2000 Nr. 15 S. 100 f.

weil Probleme mit dem Warmwasser bestanden. Selbst wenn auf die Darstellung der Berufungsklägerin abgestellt würde, wonach der Berufungsbeklagte die Faust geballt und die Berufungsklägerin während fünf bis zehn Minuten am Verlassen des Heizungsraums gehindert hätte beziehungsweise ihr gesagt hätte, sie wisse gar nicht, was für eine Wut er auf sie habe, ist eine daraus folgende Beeinträchtigung im Sinn des OHG praktisch ausgeschlossen. Jedenfalls wäre es Sache der Berufungsklägerin gewesen, mit entsprechenden Vorbringen detailliert darzutun beziehungsweise nachzuweisen[161], worin die von ihr behauptete psychische Beeinträchtigung bestehen soll. Die Berufungsklägerin hielt in einem Schreiben an die Polizei selbst fest, als Fachärztin für Psychiatrie sei sie es gewohnt, mit gefährlichem und bedrohlichem Verhalten von Menschen klarzukommen; De-Eskalierung müsse sie häufig bei Notfalleinsätzen durchführen. Dementsprechend war die Berufungsklägerin von ihrer Ausbildung und Erfahrung her grundsätzlich in besonderem Mass in der Lage, mit der von ihr beschriebenen Situation klarzukommen, ohne dass sie in ihrer psychischen Integrität derart beeinträchtigt worden wäre, dass sie als Opfer im Sinn des OHG gelten könnte. Im Übrigen kann schon nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgegangen werden, dass bei der Berufungsklägerin aufgrund der von ihr geschilderten Sachverhalte keine ernsthafte Beeinträchtigung eintrat[162], denn bei den in Frage stehenden Umständen war - auch wenn man den Schilderungen der Berufungsklägerin folgt - ein Durchschnittsmensch ohne weiteres in der Lage, die Situation ohne psychische Nachteile zu meistern. Die Berufungsklägerin kann sich im Zusammenhang mit den von ihr geschilderten angeblichen Delikten des Berufungsbeklagten auch nicht auf die Vorgeschichte der betreffenden Vorfälle berufen. Damit gilt die Berufungsklägerin auch mit

---

[161] Vgl. BGE 125 II 272, 120 Ia 164; Maurer, Das Opferhilfegesetz und die kantonalen Strafprozessordnungen, in: ZStrR 111, 1993, S. 381 f.

[162] Vgl. BGE vom 1. Februar 2000, 1A.150/1999, Erw. 2 f.

Bezug auf die Tatbestände der Nötigung beziehungsweise der Drohung nicht als Opfer im Sinn des OHG. Daran ändert nichts, dass im Bereich der Rechte des Opfers im Strafverfahren vom seitens der geschädigten Person geschilderten Sachverhalt ausgegangen werden soll, da die Teilnahmerechte des Opfers andernfalls als illusorisch bezeichnet werden müssten, weil erst nach Abschluss des Strafverfahrens definitiv feststehe, ob effektiv eine Straftat vorliege[163]; abgesehen davon, dass hier gerade von den Schilderungen der Berufungsklägerin ausgegangen wurde, bleibt dennoch Voraussetzung, dass eine psychische Beeinträchtigung substantiiert behauptet und nachgewiesen wird[164], woran es hier fehlt.

c) Zusammenfassend ist die Berufungsklägerin nicht Opfer im Sinn von Art. 2 Ziff. 1 OHG, sondern allenfalls Geschädigte nach § 53 Abs. 2 StPO. Damit kann sie lediglich privatrechtliche Ansprüche gegenüber dem Berufungsbeklagten geltend machen, sich aber zum Schuldspruch nicht äussern[165]. Soweit die Berufungsklägerin mit ihrer Berufung beantragt, der Berufungsbeklagte sei im Sinn der Anklage schuldig zu sprechen und angemessen zu bestrafen, kann auf die Berufung demnach nicht eingetreten werden; abgesehen davon können sich selbst Opfer zur Strafzumessung im Rechtsmittelverfahren nicht äussern[166].

Obergericht, 16. März 2006, SBR.2005.32

Das Bundesgericht wies die Nichtigkeitsbeschwerde am 15. November 2006 ab (6S.255/2006).

---

[163] Zehntner, Art. 2 OHG N 44
[164] Vgl. BGE 120 Ia 164
[165] Zweidler, § 54 StPO N 2
[166] Zweidler, § 200 StPO N 6 f.

26. Das Mitführen eines Klappmessers im Auto entspricht dem "Waffentragen" gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a WG

1. Das Bezirksamt büsste den Berufungskläger wegen Widerhandlung gegen das Waffengesetz mit Fr. 100.00. Ihm wurde vorgeworfen, im Ablagefach der Fahrertüre seines Autos ein einhändig bedienbares Klappmesser ohne Bewilligung mitgeführt zu haben.

2. Gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a WG[167] wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer vorsätzlich ohne Berechtigung Waffen überträgt, vermittelt, erwirbt, herstellt, abändert, trägt oder einführt. Handelt der Täter fahrlässig, so ist nach Abs. 2 die Strafe Haft oder Busse. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt; die Handlung wird ihrer typischen Gefährlichkeit wegen allgemein mit Strafe bedroht, unabhängig davon, ob im konkreten Fall ein Rechtsgut in Gefahr gerät[168]. Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssen sich auf das - im Tatbestand nicht genannte - Merkmal der Gefahr nicht beziehen[169].

3. Das Klappmesser, das der Berufungsbeklagte in seinem Auto liegen hatte, ist eine Waffe im Sinn des Waffengesetzes[170]. Es handelt sich dabei nicht, wie vom Berufungsbeklagten behauptet, um einen gefährlichen Gegenstand, der ausschliesslich dann beschlagnahmt wird, wenn er missbräuchlich getragen wird. Das Waffengesetz verzichtet auf eine generelle Waffendefinition und enthält stattdessen eine auf Verordnungsstufe konkretisierte Aufzählung, was im Einzelnen als Waffe gilt[171]. Bei der Qualifikation eines Geräts als Waffe handelt es sich um eine Rechtsfrage. Der Begriff der Waffe gilt für das Waffenge-

---

[167] Waffengesetz, SR 514.54
[168] Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 3.A., § 9 N 15
[169] Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 5.A., S. 77
[170] Art. 4 Abs. 1 lit. c WG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Waffenverordnung (WV, SR 514.541)
[171] Art. 4 WG, Art. 3-7 WV

setz eigenständig und ist nicht deckungsgleich mit den Begriffen der "Waffe" und des "gefährlichen Gegenstandes" im Sinn des Strafgesetzbuchs[172]. Entscheidend ist nicht, ob der Berufungsbeklagte mit dem Messer einen Apfel schälen oder einen Sicherheitsgurt durchschneiden wollte, sondern die objektiv erkennbare Zweckbestimmung des Gegenstands. Wollte man anders entscheiden, würde etwa der Wille einer Person, einen Alltagsgegenstand wie zum Beispiel ein Küchenmesser zweckwidrig zur Verletzung von Menschen einzusetzen, den Gegenstand zu einer Waffe im Sinn des Waffengesetzes werden lassen. Damit könnte bei entsprechendem Willen des Betroffenen fast jeder Gegenstand von Art. 4 Abs. 1 lit. d WG erfasst werden. Das würde aber dem Tatbestand jegliche Konturen nehmen und insbesondere gegen das Bestimmtheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip verstossen. Das Gesetz wäre zudem nicht mehr praktikabel. Das gilt angesichts der Beweisschwierigkeiten auch in den umgekehrten Konstellationen, in denen jemand angibt, mit einer Waffe keine Menschen verletzen zu wollen, sondern sie etwa zum Schutz gegen Hunde auf sich zu tragen[173]. Das inkriminierte Klappmesser kann über einen einhändig bedienbaren Mechanismus manuell einsatzbereit gemacht werden und fällt unter das Tragverbot[174].

4. Die nicht gewerbsmässige Ein- und Ausfuhr von Klappmessern ist erlaubt, nicht jedoch das Tragen[175]. Strittig ist, ob das "Bei sich haben" eines solchen Messers im Auto unter das "Waffentragen" im Sinn des Gesetzes fällt und damit strafbar ist, oder ob es sich dabei um straffreies "Mitführen" desselben handelt.

---

[172] Weissenberger, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes, in: AJP 2000 S. 156
[173] BGE 129 IV 351
[174] Art. 5 Abs. 1 lit. b WG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. c WV
[175] Art. 5 Abs. 1 lit. b WG, Art. 7 Abs. 2 lit. c WV

a) Der Berufungsbeklagte macht geltend, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch verstehe man unter "Tragen" ausschliesslich ein konkretes, direktes Tragen, nicht aber ein Mitführen in gewisser Distanz. Damit sei belegt, dass nach der grammatikalischen Auslegung das Verhalten des Berufungsbeklagten nicht erfasst werde, weil er das Messer nicht auf sich gehabt, sondern dieses im Seitenfach seines Autos gelegen habe. Durch die Interpretation der Berufungsklägerin, der Begriff "Tragen" umfasse auch das "Mitführen", begehe sie eine Auslegung praeter legem, die rechtlich nicht haltbar sei.

aa) Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und allgemeinen Sprachgebrauch ab. Sie ist Ausgangspunkt jeder Auslegung[176]. Massgebliches Element der grammatikalischen Auslegung ist der Gesetzestext[177]. Die historische Auslegung stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Norm soll so gelten, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen worden war. Namentlich bei neueren Erlassen darf der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden[178]. Bei Bundesgesetzen steht die Botschaft des Bundesrates - soweit die Räte ihr folgten - im Vordergrund[179]. Die teleologische Auslegung stellt auf die Zweckvorstellung ab, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Der Wortlaut einer Norm soll nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden. Immer aber muss der Zweck in der Norm selbst enthalten sein; unzulässig ist es, normfremde Zwecke in die Norm hineinzulegen[180]. Bei der Gesetzesauslegung gilt der Grundsatz, dass keine Hierarchie der Auslegungsmethoden besteht. Vielmehr werden die verschiedenen Auslegungsmethoden

---

[176] Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6.A., N 91 f.
[177] Häfelin/Haller, N 94
[178] Häfelin/Haller, N 101
[179] Häfelin/Haller, N 105
[180] Häfelin/Haller, N 120 ff.

kombiniert und nebeneinander berücksichtigt. Es muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode geeignet ist, den wahren Sinn der auszulegenden Norm wiederzugeben[181].

bb) Wer in der Öffentlichkeit eine Waffe tragen will, benötigt eine Waffentragbewilligung[182]. Die Erteilung der Bewilligung ist an drei kumulative Voraussetzungen geknüpft: Der Gesuchsteller muss erstens die Anforderungen für die Erteilung des Waffenerwerbsscheins[183] erfüllen, zweitens glaubhaft machen, dass er eine Waffe benötigt, um sich selbst, andere Personen oder Sachen vor einer tatsächlichen Gefahr zu schützen, und drittens eine Prüfung über die Handhabung von Waffen und über die Kenntnis der rechtlichen Voraussetzungen des Waffengebrauchs bestehen[184]. Das Mitführen von Waffen zu bestimmten Zwecken bedarf keiner Bewilligung: Waffen können ungeladen frei mitgeführt werden, insbesondere für Kurse, Übungen und Veranstaltungen von Schiess- oder Jagdvereinen und militärischen Vereinigungen oder Verbänden, vom und zum Zeughaus, von und zu einem Inhaber einer Waffenhandelsbewilligung, von und zu Fachveranstaltungen[185]. Der Betreffende muss folglich dartun können, dass er die Waffe für solche Zwecke benötigt. Schliesslich muss der Transport in einem angemessenen zeitlichen Verhältnis zur Ausübung der Tätigkeit stehen. Eine Waffe darf nur so lange mitgeführt werden, als es für die Tätigkeit, die dazu berechtigt, angemessen erscheint[186].

cc) Der Gesetzeswortlaut ist klar und eindeutig. Er unterscheidet zwischen dem bewilligungspflichtigen Waffentragen und dem bewilligungsfreien Mitführen von Waffen. Die Transportzwecke

---

[181] Häfelin/Haller, N 130
[182] Art. 27 Abs. 1 WG
[183] Art. 8 Abs. 2 WG
[184] Art. 27 Abs. 2 WG
[185] Art. 28 Abs. 1 WG
[186] Art. 31 WV

sind deutlich umschrieben und müssen in einem angemessenen zeitlichen Verhältnis stehen. Aus dem Gesetzeswortlaut kann nicht herausgelesen werden, dass die Waffe unmittelbar am Körper getragen werden müsse, damit eine Waffentragbewilligung erforderlich sei.

dd) Der historische Gesetzgeber versteht die Umschreibung des Transports einschränkend, damit nicht ein verkapptes Waffentragen ermöglicht wird. Wer eine Waffe transportiert, muss dartun können, dass die Waffe für die Teilnahme an Kursen, Übungen und Veranstaltungen von Schiess- und Jagdvereinen oder ähnliche Zwecke benötigt wird. Dabei muss das Transportieren in einem vernünftigen Verhältnis zur Ausübung der Tätigkeit stehen. Wer eine Waffe ständig im Fahrzeug mitführt, transportiert sie nicht, sondern trägt sie im Sinn des Gesetzes und braucht dafür eine Waffentragbewilligung[187]. Die Botschaft verdeutlicht zudem, dass der einzige Unterschied zwischen "Mitführen" und "Tragen" darin besteht, dass für das Waffentragen eine Waffentragbewilligung erforderlich ist und für das Waffenmitführen insofern nicht, als dieses zeitlich limitiert ist. Tragen und Mitführen sind aber darüber hinaus identisch, auch wenn der Gesetzgeber in Art. 1 WG beide Begriffe aufführt. Dies tut er deshalb, weil er unter bestimmten Voraussetzungen unterschiedliche Rechtsfolgen an sie knüpft. Wo genau sich das Messer im Fahrzeug des Berufungsbeklagten befand, ist insofern nicht entscheidend, als für die Tatbestandserfüllung nicht ein unmittelbares Aufsichtragen oder sofortiges Behändigen erforderlich ist, sondern einzig, dass die Waffe ständig im Auto ohne Waffentragbewilligung mitgeführt wurde. Der Argumentation des Berufungsbeklagten, wonach sich die bundesrätliche Botschaft nicht auf Klappmesser beziehe, weil diese erst 2001 in das Gesetz aufgenommen wurden, kann nicht gefolgt werden. Die Waffenverordnung vom 21. September 1998 wurde geändert, und neu wurden auch

---

[187] BBl 1996 I 1072

Klappmesser als Waffen aufgezählt[188]; es wurde einzig der Begriff der Waffe ausgeweitet. Die Unterscheidung zwischen Waffenmitführen und Waffentragen blieb bewusst unverändert.

b) Der Berufungsbeklagte macht weder geltend, er habe das Messer für einen bestimmten Zweck gemäss Art. 28 WG mitgeführt, noch ist ein solcher Zweck ersichtlich. Das Mitführen des Messers im Fahrzeug ist deshalb als Waffentragen zu qualifizieren. Der objektive Tatbestand des Waffentragens ohne entsprechende Bewilligung ist somit erfüllt. Der subjektive Tatbestand (Fahrlässigkeit) wird im Berufungsverfahren vom Berufungsbeklagten nicht mehr bestritten. Auch wenn der Berufungsbeklagte vor erster Instanz noch geltend machte, Klappmesser wie seines seien in Deutschland nicht unüblich, muss er sich entgegenhalten lassen, dass der Umgang (Erwerb, Besitz, Überlassen, Führen, Mitnahme) mit solchen Klappmessern in Deutschland sogar verboten ist[189]. Zusammenfassend steht fest, dass sich der Berufungsbeklagte der Widerhandlung gegen das Waffengesetz schuldig gemacht hat.

Obergericht, 11. Juli 2006, SBR.2006.10

27. Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz für im Ausland begangene Widerhandlungen gegen die ARV 1 (Art. 56, 103 SVG; Art. 3 Abs. 2 ARV 1)

1. Das Bezirksamt büsste den liechtensteinischen Chauffeur, weil anlässlich einer Schwerverkehrskontrolle in der Schweiz festge-

---

188 AS 2001 1010; Art. 6 Abs. 1 WV
189 Anlage 2, Ziff. 1.4.1 des deutschen Waffengesetzes

stellt wurde, dass er in Frankreich und Deutschland die zulässige Tageslenkzeit um je 30 Minuten überschritten hatte.

2. a) Die Vorinstanz verwarf die Anwendbarkeit der Strafbestimmungen der ARV 1 auf den vorliegenden Sachverhalt mit der Begründung, diese würden nur für in der Schweiz begangene Straftaten gelten, da dem Bundesrat als Verordnungsgeber gemäss SVG, zu welchem die fragliche Verordnung eine Ausführungsvorschrift sei, keine Kompetenz erteilt worden sei, im Ausland begangene Widerhandlungen unter Strafe zu stellen. Demgegenüber steht die Staatsanwaltschaft auf dem Standpunkt, dem Bundesrat sei mit Art. 56 SVG die Kompetenz eingeräumt worden, die Anwendung der Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeit auf berufsmässige Führer, die mit schweizerisch immatrikulierten Motorwagen Fahrten im Ausland ausführen würden, zu regeln. Dieser Verpflichtung sei der Bundesrat in Art. 3 Abs. 2 ARV 1 nachgekommen, in welchem er bestimmt habe, dass die ARV 1 gelte, sofern ein Führer im Ausland ein in der Schweiz immatrikuliertes Fahrzeug lenke, und sofern die von der Schweiz ratifizierten internationalen Übereinkommen nicht strengere Vorschriften vorsehen würden. Die ARV 1 gelte bezüglich der Bestimmungen über die Tageslenkzeit also auch für Fahrten im Ausland.

b) Das Obergericht teilt die Auffassung der Staatsanwaltschaft. Auszugehen ist davon, dass sich die Kompetenz des Bundesrates zum Erlass der ARV 1 gemäss deren Ingress auf die Delegationsnormen in Art. 56 und 103 SVG stützt. Während Art. 103 SVG anordnet, dass der Bundesrat für Übertretungen seiner Ausführungsvorschriften Haft oder Busse androhen kann, bestimmt Art. 56 Abs. 1 SVG, dass der Bundesrat die Arbeits- und Präsenzzeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer ordnet. Er sichert ihnen eine ausreichende tägliche Ruhezeit sowie Ruhetage, so dass ihre Beanspruchung nicht grösser ist als nach den gesetzlichen Regelungen für vergleichbare Tätigkeiten. Er sorgt für eine wirksame Kontrolle der Einhaltung dieser Bestimmungen. In Abs. 2 ist bestimmt, dass der Bundesrat die Anwen-

dung der Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeit auf berufsmässige Führer regelt, die mit schweizerisch immatrikulierten Motorwagen Fahrten im Ausland durchführen (lit. a) und auf berufsmässige Führer, die mit ausländisch immatrikulierten Motorwagen Fahrten in der Schweiz ausführen (lit. b).

Art. 56 Abs. 2 lit. a SVG entspricht der internationalen Rechtsentwicklung auf diesem Gebiet. Das von der Schweiz am 1. Juli 1970 unterzeichnete, am 8. Oktober 1999 ratifizierte und am 4. Oktober 2000 in Kraft getretene Europäische Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals[190] verpflichtet die Vertragsstaaten in seinem Art. 3 Ziff. 1, bei grenzüberschreitenden Transporten im Ausland die gegenüber dem AETR strengeren Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit der nationalen Gesetzgebung anzuwenden. Die Schweiz hat demnach die Pflicht, die ARV 1 auch auf Auslandfahrten anzuwenden, soweit ihre Bestimmungen strenger sind als diejenigen des AETR. Diese Regelung im AETR unterstützt die Bemühungen der nationalen Gesetzgebung, zum Schutz der Verkehrssicherheit und der Arbeitnehmer möglichst strenge Vorschriften zu erlassen. Entsprechende Bemühungen wurden auch in der EWG unternommen: Deren am 1. Oktober 1969 in Kraft getretene Verordnung 543/69 galt nach dem Territorialitätsprinzip auch für ausländische Fahrzeugführer, die im EWG-Raum berufsmässige Transporte ausführten. In Durchbrechung des Territorialitätsprinzips erklärten sich damals die EWG-Länder vorläufig einverstanden damit, dass die schweizerischen Chauffeure im EWG-Raum wenigstens die Bestimmungen der ARV 1 beachten. Wäre die ARV 1 demnach seitens der Schweiz auf Auslandsfahrten nicht für anwendbar erklärt worden, hätte die EWG die Sonderbehandlung der schweizerischen Berufsfahrer ohne Zweifel sofort rückgängig gemacht. Diese internati-

---

[190] AETR, SR 0.822.725.22

onale Entwicklung in den 70-er Jahren des letzten Jahrhunderts machten es unumgänglich, dass die ARV 1 auch bei Auslandfahrten zur Geltung kommt[191].

Seit der Revision der ARV 1 im Rahmen des Folgeprogramms des Bundesrates nach dem EWR-Nein[192] entspricht diese seit dem 1. Oktober 1995 den neuen, die EWG-Verordnung 543/69 ablösenden EWG-Verordnungen 3820/85[193] und 3921/85[194]. Auch das AETR entspricht seit 1993 in seinen materiellen Bestimmungen wörtlich diesen beiden EWG-Verordnungen[195]. Entsprechend kommt diesem Übereinkommen im Verhältnis zu den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gemäss Art. 3 Abs. 2 ARV 1 keine praktische Bedeutung mehr zu, da es nicht strenger ist als die ARV 1.

Demzufolge ist die ARV 1 gemäss Art. 3 Abs. 2 auf den strittigen Sachverhalt anwendbar und die Schweiz und damit auch das Bezirksamt Kreuzlingen für die strafrechtliche Beurteilung international zuständig. So wie der Gesetzgeber in anderen Fällen Auslandtatbestände im SVG selber dem schweizerischen Recht unterstellt[196], so kann er auch dem Bundesrat in konkreten Fällen die Kompetenz erteilen, dies zu tun. Der "Export" nationaler Vorschriften ins Ausland, das heisst die teilweise Durchbrechung des Territorialitätsprinzips durch eine Art Flaggenprinzip, entspricht den modernen Tendenzen des Verkehrsrechts und ist im schweizerischen Seeschifffahrts- und Luftrecht seit langem verwirklicht[197]. Der Vollständigkeit halber ist

---

191 BBl 1973 II 1194 f.
192 SWISSLEX
193 Verordnung über die Harmonisierung bestimmter Sozialvorschriften im Strassenverkehr
194 Verordnung über das Kontrollgerät im Strassenverkehr
195 BBl 1999 6089 ff.
196 Vgl. Art. 85 und 101 SVG
197 BBl 1997 II 1195

festzustellen, dass das Obergericht des Kantons Zürich bereits in einem Urteil vom 2. Mai 1977 feststellte, dass die ARV 1 auch auf Auslandfahrten zur Anwendung gelangt, die weder ihren Ausgangspunkt noch ihr Ziel in der Schweiz haben[198].

Obergericht, 23. März 2006, SBR.2005.40

28. Die Missachtung des Rotlichts ist nicht zwingend eine grobe Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Ziff. 2 SVG)

1. Der Berufungsbeklagte missachtete ein Rotlichtsignal. Das zu beachtende Lichtsignal sichert einen Fussgängerstreifen, der Teil des Schulwegs zum naheliegenden Schulhaus bildet. Die betreffende Stelle präsentiert sich grundsätzlich übersichtlich, und es gibt dort keine Verzweigungen. Ferner herrschten klare Sichtverhältnisse. Der Berufungsbeklagte hatte vor der Ampel ordnungsgemäss angehalten und angeblich während dieser Zeit mit seiner Hand am Armaturenbrett den Lüftungsstrom der Heizung kontrolliert. In der Folge fuhr er los, während die Ampel noch auf rot geschaltet war.

2. Wer Verkehrsregeln des SVG oder der entsprechenden Vollziehungsvorschriften des Bundesrates verletzt, wird gemäss Art. 90 Ziff. 1 SVG mit Haft oder Busse bestraft. Wer durch grobe Verletzung der Verkehrsregeln eine ernstliche Gefahr für die Sicherheit Anderer hervorruft oder in Kauf nimmt, wird laut Art. 90 Ziff. 2 SVG mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

---

[198] SJZ 75, 1979, S. 45 f.

a) Subjektiv erfordert der Tatbestand von Art. 90 Ziff. 2 SVG nach der Rechtsprechung ein rücksichtsloses oder sonst schwerwiegend verkehrswidriges Verhalten, d.h. ein schweres Verschulden, bei fahrlässigem Handeln mindestens grobe Fahrlässigkeit. Diese ist zu bejahen, wenn der Täter sich der allgemeinen Gefährlichkeit seiner verkehrswidrigen Fahrweise bewusst ist. Grobe Fahrlässigkeit kann aber auch vorliegen, wenn der Täter die Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer pflichtwidrig gar nicht in Betracht gezogen, also unbewusst fahrlässig gehandelt hat. In solchen Fällen ist grobe Fahrlässigkeit zu bejahen, wenn das Nichtbedenken der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer auf Rücksichtslosigkeit beruht. Rücksichtslos ist unter anderem ein bedenkenloses Verhalten gegenüber fremden Rechtsgütern. Dieses kann auch in einem blossen (momentanen) Nichtbedenken der Gefährdung fremder Interessen bestehen[199].

b) Auf den Fotografien ist zu erkennen, dass eine kleine Gruppe von Fussgängern sowie ein Velofahrer den Fussgängerstreifen bereits vollständig überquert hatten, als der Berufungskläger bei Rot losfuhr. Sie befanden sich - in der Fahrtrichtung des Berufungsklägers gesehen - bereits vollständig auf dem rechten Trottoir, als dieser die Haltelinie überfuhr und die erste Fotografie auslöste. Der Velofahrer befand sich - noch fahrend - auf der gegen die Strasse zugewandten Hälfte des Trottoirs. Auf dem 1,69 Sekunden später geschossenen Bild sind die Fussgänger noch immer am gleichen Ort; der Velofahrer ist gerade dabei, von seinem Mountain-Bike abzusteigen. Auf der gegenüberliegenden Strassenseite befanden sich weder zum Zeitpunkt der

---

[199] BGE 131 IV 136 mit Hinweisen. Zur Kritik an dieser Umschreibung des subjektiven Tatbestands: Weissenberger, Tatort Strasse: Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Strassenverkehrsstrafrecht im Jahre 2004, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2005 (Hrsg.: Schaffhauser), St. Gallen 2005, S. 257 ff.; Weissenberger, Die verkehrsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003 und im 129. Band, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2004 (Hrsg.: Schaffhauser), St. Gallen 2004, S. 231 ff.

Wegfahrt noch 1,69 Sekunden später irgendwelche Fussgänger. Der linke Trottoirbereich war bei beiden Aufnahmen völlig frei. Damit ist erstellt, dass der Berufungsbeklagte erst losfuhr, als sich sämtliche im Bereich des Fussgängerstreifens aufhaltenden Personen in Sicherheit befanden.

Der Berufungsbeklagte sagte gegenüber der Polizei aus, er habe gesehen, wie die Kinder auf der linken Strassenseite den Knopf betätigt hätten. Anschliessend habe das Lichtsignal auf rot umgeschaltet. Er habe direkt vor dem Fussgängerstreifen angehalten, und die Kinder hätten diesen passiert. Die Sonne habe stark geblendet. Mit einer Hand habe er in dem Moment nach dem Luftstrom der defekten Heizung des Fahrzeugs gefühlt und zugleich auf die nicht gut sichtbare Ampel geschaut. Die Kinder hätten die andere Strassenseite erreicht. Er habe dann gesehen, wie etwas an der Ampel umgeschaltet habe. Er sei losgefahren, worauf es im nächsten Moment geblitzt habe. Er habe angehalten, um die Kinder über die Strasse zu lassen. Die Akten stützen somit den Schluss der Staatsanwaltschaft nicht, der Berufungsbeklagte sei generell unaufmerksam gewesen. Er war es lediglich mit Bezug auf das Lichtsignal selbst, nicht aber hinsichtlich der übrigen Verkehrssituation. Er beobachtete den Verkehr und widmete seine Aufmerksamkeit insbesondere den Kindern und dem Velofahrer. Dass er gleichzeitig mit der Hand den Luftstrom der Heizung kontrollierte, schmälerte seine Aufmerksamkeit nicht zwingend. Die Staatsanwaltschaft legte zwar zutreffend dar, dass die Ampel für die Fussgänger entgegen der Behauptung des Berufungsbeklagten noch nicht von grün auf rot umgeschaltet hatte, als der Berufungsbeklagte losfuhr. Auf Grund der konkreten Situation musste der Berufungsbeklagte aber nicht mit weiteren Kindern rechnen, welche den Fussgängerstreifen noch überqueren wollten, weil sich zum Zeitpunkt der Wegfahrt und der Fotografien keine weiteren Fussgänger in der Nähe des Zebrastreifens aufhielten. Dass der Berufungsbeklagte in dieser Hinsicht nicht genügend Aufmerksamkeit hätte walten lassen, lässt sich nicht rechts-

genüglich nachweisen. Indem er bei Rotlicht losfuhr, verletzte er zwar eine wesentliche Verkehrsregel, handelte auf Grund der konkreten Umstände aber nicht grobfahrlässig oder rücksichtslos. Zu Recht schloss daher die Vorinstanz, der subjektive Tatbestand der groben Verkehrsregelverletzung sei nicht erfüllt.

Obergericht, 21. September 2006, SBR.2006.16

29. Registrierungspflichtige Arbeitszeit des Chauffeurs; dazu gehören teilweise auch der Be- und Entladevorgang (Art. 2, 14 ARV 1)

1. Der Berufungskläger wurde wegen falschen Bedienens des Fahrtschreibers durch Nichtregistrieren der Arbeitszeit mit Fr. 180.00 gebüsst, weil er vom Fahrtschreiber lediglich die Lenkzeit hatte aufzeichnen und die übrige Arbeitszeit als Pause hatte registrieren lassen. Die Vorinstanz erwog, die Zeit des Be- und Entladens stelle für einen Chauffeur keine Pause dar: Dieser müsse schon deshalb zugegen sein, um bei Bedarf den Lastwagen verstellen zu können. Zudem sei der Chauffeur für die Beladung verantwortlich; er sei also verpflichtet, entweder die Ladung zu überprüfen oder den Ladevorgang zu überwachen. Damit könne nicht die ganze Zeit des Be- und Entladevorgangs als Pause registriert werden. Dem hält der Berufungskläger entgegen, es sei ihm durch seine Arbeitgeberin untersagt, beim Be- und Entladen seines Fahrzeugs mitzuarbeiten; diese Tätigkeit werde vielmehr vom Verladepersonal abgewickelt. Falls nötig werde der Lastwagen vom Verladepersonal verstellt. Ausserdem gebe es keine Verpflichtung zur Kontrolle der Ladung, und selbst wenn eine solche angenommen werden wollte, könnte diese delegiert werden.

2. a) Gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. a-c ARV 1 wird mit Haft oder Busse bestraft, wer die Kontrollbestimmungen gemäss Art. 14 ff. ARV 1 verletzt, insbesondere wer die Kontrollmittel nicht oder nicht vorschriftsgemäss führt, den Fahrtschreiber nicht in Betrieb hält, nicht richtig bedient oder die Aufzeichnungen verfälscht oder in Kontrolldokumenten, zum Beispiel auf den Einlageblättern des Fahrtschreibers, wahrheitswidrige oder unvollständige Angaben macht. Als Kontrollmittel gelten nach Art. 13 lit. a ARV 1 unter anderem die Aufzeichnungen des Fahrtschreibers und die Eintragungen auf den Fahrtschreiber-Einlageblättern. Nach Massgabe von Art. 14 Abs. 1 ARV 1 muss der Führer während der beruflichen Tätigkeit, solange er sich im Fahrzeug oder in dessen Nähe befindet, den Fahrtschreiber ständig in Betrieb halten und so bedienen, dass die Lenkzeit, die übrige Arbeitszeit und die Pausen zeitgerecht aufgezeichnet werden. Als Arbeitszeit gilt nach Art. 2 lit. e ARV 1 die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat; sie umfasst unter anderem auch die blosse Präsenzzeit (deren Merkmal darin besteht, dass der Arbeitnehmer anwesend sein muss, jedoch - im Unterschied zu den Pausen - in der Gestaltung der Arbeitszeit nicht frei ist[200]) und Arbeitspausen von weniger als 15 Minuten. Als berufliche Tätigkeit gelten gemäss Art. 2 lit. f ARV 1 die Lenkzeit sowie die mit dem Transport zusammenhängenden Tätigkeiten. Der Führer hat nach einer Lenkzeit von viereinhalb Stunden eine Pause von mindestens 45 Minuten einzulegen, die in Pausen von je mindestens 15 Minuten unterteilt werden kann. Während der Pausen darf keine berufliche Tätigkeit ausgeübt werden[201].

b) aa) Das Obergericht schliesst sich im Wesentlichen der Auffassung der Vorinstanz an. Auszugehen ist davon, dass den Chauf-

---

[200] BGE 111 IV 98
[201] Art. 28 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3 ARV 1

feur gemäss Art. 29 SVG i.V.m. Art. 57 Abs. 1 VRV im Rahmen der Vorschriften über die Betriebssicherheit (welcher Begriff nicht nur im engen, technischen Sinn, sondern in weiterer, auch die Verkehrssicherheit umfassender Bedeutung zu verstehen ist[202]) die Pflicht zur Kontrolle der Ladung trifft. Wenn der Berufungskläger dagegen vorbringt, diese Pflicht könne an das Verladepersonal delegiert werden, kann ihm nicht gefolgt werden: Die Verantwortung für die Betriebssicherheit eines Fahrzeugs trägt gemäss Art. 93 Abs. 2 SVG der Fahrer und ferner der Halter oder wer wie der Halter für die Betriebssicherheit eines Fahrzeugs verantwortlich ist[203]. Gleich wie der Halter ist auch etwa ein Garagenchef eines Unternehmens für die Betriebssicherheit verantwortlich[204], ganz offensichtlich aber nicht irgendwelches Verladepersonal, von dessen Zuverlässigkeit der Chauffeur oftmals keine Ahnung haben dürfte. Die Prüfung der Betriebssicherheit besteht im Übrigen entgegen der Auffassung des Berufungsklägers auch nach Reparaturen in einer Werkstätte, hält Art. 57 Abs. 1 VRV in einer - nicht abschliessenden - Aufzählung doch ausdrücklich fest, dass vom Fahrer nach Reparaturen etwa die Bremsen geprüft werden müssen. Abgesehen von der grundsätzlichen Unrichtigkeit des Vergleichs mit einer Reparatur wäre auch zu berücksichtigen, dass es sich beim Personal von Werkstätten immerhin um qualifizierte Fachkräfte mit einer entsprechenden Ausbildung handelt, wovon beim Verladepersonal in aller Regel nicht die Rede sein kann. Es besteht bei diesem keine Gewähr, dass es die Vorschriften über die Betriebssicherheit eines Fahrzeugs überhaupt kennt, zumal nicht ausgeschlossen ist, dass der einzelne Verladearbeiter nicht einmal über einen Führerausweis verfügt und insofern von den Vorschriften über die Betriebssicherheit noch nie etwas gehört hat.

---

202 Giger, Strassenverkehrsgesetz, 6.A., Art. 29 S. 83
203 Giger, Art. 29 SVG S. 84
204 Giger, Art. 93 SVG N 2c

bb) Anders als die Vorinstanz anzunehmen scheint, führt die Pflicht zur Kontrolle der Ladung aber nicht dazu, dass der Fahrer den Ladevorgang insgesamt überwachen muss. Eine volle Präsenzzeit lässt sich deshalb aus Art. 29 SVG i.V.m. Art. 57 VRV nicht ableiten. Aus der Verantwortung für die Ladung ergibt sich nur, aber immerhin die Pflicht, zumindest vor dem Antritt der Fahrt zu prüfen, ob korrekt geladen wurde. Weil der Gesetz- beziehungsweise Verordnungsgeber nicht die gesamte Zeit zwischen zwei Lenkzeiten oder den gesamten Lade- und Entladevorgang als registrierungspflichtige Arbeitszeit qualifiziert, ist dem Chauffeur daher im Einzelfall nachzuweisen, dass er zwar Arbeit verrichtete, diese aber nicht aufzeichnen liess. Das Bundesgericht konnte in BGE 111 IV 98 die Frage, ob aus der Verantwortung des Fahrers für die korrekte Beladung ohne weiteres auf Arbeitszeit geschlossen werden darf, offen lassen. Das Obergericht ist von dieser Schlussfolgerung überzeugt: So ist einerseits zugunsten des Berufungsklägers davon auszugehen, er habe sich in Bezug auf die Kontroll- oder Überwachungspflicht vorschriftsgemäss verhalten; würde dies ernsthaft bestritten, würde sich der Berufungskläger wegen Verletzung der Vorschriften über die Betriebssicherheit strafbar machen, welches Delikt derselben Strafandrohung wie das nicht richtige Bedienen des Fahrtschreibers untersteht und insofern ohne weiteres einer Wahlfeststellung zugänglich wäre[205]. Andererseits musste der Berufungskläger wie jeder andere Chauffeur auch nach der Beendigung der Lenkzeit gewisse unumgängliche Arbeiten erledigen, wie etwa das Herstellen des Kontakts mit dem Verladepersonal; auch Kleinigkeiten wie der Austausch von Papieren oder das Öffnen und fachkundige Schliessen des Fahrzeugs sowie Hinweise beziehungsweise Informationen an das Verladepersonal über die Art und Weise, wie zu beladen ist oder wo sich die zu entladende Ware befindet, gehören dazu. All diese Arbeiten, die der Berufungskläger auf jeden Fall vorzunehmen hatte

---

[205] RBOG 1987 Nr. 33

und unstrittig auch erledigte, gehören zur registrierungspflichtigen Arbeitszeit. Der Vollständigkeit halber ist festzustellen, dass auch die Präsenzzeit desjenigen Chauffeurs, der sein Fahrzeug zu verschiedenen Laderampen verstellen muss, registrierungspflichtige Arbeitszeit darstellt. Indessen ist es entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht so, dass ein Lastwagen während eines Be- beziehungsweise Entladevorgangs gleichsam zwingend immer wieder verstellt werden muss: Es gibt - etwa bei Verteilzentralen - auch Ladevorgänge an nur einem einzigen Ort, während denen die Präsenz des Chauffeurs nicht erforderlich ist. Wenn der Chauffeur im Einzelfall während eines Be- und Entladevorgangs einen Teil der Zeit als Arbeitszeit und einen Teil als Pause registriert (wobei die Minimalvorschriften bezüglich der Pausen zu beachten sind), kann er der Widerhandlung gegen die Chauffeurverordnung nur schuldig gesprochen werden, wenn ihm nachgewiesen wird, dass er während der als Pause registrierten Arbeitszeit tatsächlich arbeitete, indem er etwa beim Entladen oder Beladen half. Es geht nicht an, ohne weiteres anzunehmen, dass dem so gewesen sei. Wenn die Untersuchungsbehörden dem Chauffeur nicht glauben, keine registrierungspflichtige Arbeit verrichtet zu haben, müssen entsprechende Untersuchungen getätigt werden, indem etwa an den konkreten Zielorten nachgefragt wird, ob der Chauffeur mithalf. Zumindest müsste schlüssig nachgewiesen werden, weshalb die vom Chauffeur registrierten übrigen Arbeitszeiten nicht ausreichen, um den beschriebenen, zwingend notwendigen Arbeiten nachzukommen. Eine andere Betrachtungsweise ist mit den Grundsätzen, wonach es keine Strafe ohne Gesetz gibt[206], und dass der Staat den dem Angeschuldigten vorgeworfenen Sachverhalt zu beweisen hat[207], nicht vereinbar.

---

[206] Art. 1 StGB
[207] § 151 Abs. 1 StPO

cc) Zusammengefasst darf somit nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, die Zeit zwischen zwei Lenkzeiten, die für das Entladen oder das Beladen oder für beides gebraucht wird, stelle Arbeitszeit im Sinn der ARV 1 dar. Hingegen ist offensichtlich - und aufgrund der Aufgaben und Verantwortlichkeiten des Fahrzeugführers jeweils auch erstellt, ohne dass weitere Abklärungen getätigt werden müssten -, dass zumindest ein Teil dieser Zwischen-Zeit Arbeitszeit ist. Wer zwischen Lenkzeiten nur Pausen oder Ruhezeit registriert, macht sich deshalb der Widerhandlung gegen die Chauffeurverordnung schuldig.

Obergericht, 30. März 2006, SBR.2005.42

30. Fehlende Zuständigkeit des Friedensrichters bei BVG-Beitragsforderungen (Art. 73 BVG; §§ 1, 114 ZPO)

1. a) Die X AG erhob gegen die BVG-Sammelstiftung Klage betreffend Aberkennung einer Forderung. Das Friedensrichteramt lud die Parteien darauf zum Vermittlungsvorstand vor. Die BVG-Sammelstiftung teilte mit, sie halte an ihrer Forderung fest, werde aber an der Verhandlung nicht erscheinen. Das Friedensrichteramt wies sie in der Folge darauf hin, das persönliche Erscheinen sei zwingend vorgeschrieben. Bleibe eine Partei dem Vermittlungsvorstand fern, werde eine zweite Verhandlung (peremtorisch) angesetzt, wobei die erschienene Partei für die Umtriebe zu entschädigen sei. Eine Bussenverfügung im Sinn von § 118 ZPO bleibe ausdrücklich vorbehalten. Darauf setzte die BVG-Sammelstiftung das Friedensrichteramt davon in Kenntnis, dass es sich um eine Streitigkeit zwischen Vorsorgeeinrichtung und Arbeitgeber betreffend BVG-Beiträge und damit um ein Verfahren nach Art. 73 BVG handle. Hier sei keine Friedensrichterverhandlung vorgesehen; die sachliche Zuständigkeit liege beim Verwal-

tungsgericht des Kantons Thurgau. Das Friedensrichteramt teilte der BVG-Sammelstiftung hierauf telefonisch mit, es erachte sich als korrekte Anlaufstelle und halte an der Durchführung des Vermittlungsvorstands fest. Die BVG-Sammelstiftung blieb der Verhandlung fern. Das Friedensrichteramt lud die Parteien, die BVG-Sammelstiftung peremtorisch, zur zweiten Verhandlung vor. Der BVG-Sammelstiftung auferlegte es wegen unentschuldigten Fernbleibens eine Ordnungsbusse von Fr. 100.00 und verpflichtete sie zur Zahlung einer Entschädigung sowie einer Verfahrensgebühr.

b) Die BVG-Sammelstiftung reichte gegen die Verfügung des Friedensrichters sowohl beim Obergericht als auch beim Vizegerichtspräsidium fristgemäss Rekurs ein; gegen den vom Vizegerichtspräsidium gefällten Entscheid erhob sie anschliessend Aufsichtsbeschwerde beim Obergericht. In sämtlichen Verfahren machte sie geltend, für Streitigkeiten über BVG-Beitragsforderungen sei gemäss Art. 73 BVG das Verwaltungsgericht zuständig.

2. a) Wer einen zivilrechtlichen Rechtsstreit i.S.v. § 1 ZPO anheben will, hat dem zuständigen Friedensrichter den Gegenstand der Klage und die Person, gegen die sie sich richtet, namhaft zu machen und die Anordnung eines Vermittlungsvorstands zu begehren, sofern ein solcher stattzufinden hat, § 113 i.V.m. § 43 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Der Friedensrichter lädt laut § 114 ZPO unverzüglich zum Vermittlungsvorstand ein. Das Gerichtspräsidium prüft nach Eingang der Klage, ob das angerufene Gericht zuständig ist. Fehlt einem Begehren offensichtlich eine Prozessvoraussetzung, ist es durch den Gerichtspräsidenten gestützt auf § 134 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 2 ZPO ohne weiteres zurückzuweisen. Die Prozessvoraussetzungen, namentlich ihre Zuständigkeit, haben die Gerichte nach § 94 ZPO von Amtes wegen zu prüfen. Der Friedensrichter hat somit eine Klage ungeachtet der Frage, ob die Prozessvoraussetzungen, z.B. die Zuständigkeit, gegeben sind, an die Hand zu nehmen. Jene Prüfung obliegt dem Gericht beziehungsweise dem Gerichtspräsidenten; der Friedensrichter darf sich nicht als

unzuständig erklären. Dies heisst jedoch nicht, dass er sich um die Frage der Zuständigkeit überhaupt nicht kümmern müsste: Vielmehr hat er nach § 43 Abs. 1 Satz 2 ZPO seine örtliche und sachliche Zuständigkeit ebenso zu prüfen wie die Frage, ob die Klage allenfalls unmittelbar beim erkennenden Gericht einzureichen ist. Verneint er seine Zuständigkeit, hat er der klagenden Partei entsprechende Vorhaltungen zu machen - einerseits, um unnütze prozessuale Vorkehren zu vermeiden, andererseits, um den Grundsatz der Fairness im Prozess zu wahren[208]. Sofern die klagende Partei auf dem Vermittlungsvorstand beharrt, hat er diesen indessen auch dann abzuhalten und eine Weisung auszustellen, wenn er sich für unzuständig hält[209]. Stellt der Gerichtspräsident sodann fest, dass eine Prozessvoraussetzung offensichtlich fehlt, und ist der Mangel nicht heilbar, wird die Klage nicht eingeschrieben, das Begehren vielmehr form- und kostenlos zurückgewiesen[210].

b) Das Friedensrichteramt war somit allein gestützt auf die Einrede der fehlenden Zuständigkeit durch die beklagte Partei nicht berechtigt, den Vermittlungsvorstand abzusagen und auf die Klage nicht einzutreten. Den Entscheid darüber, ob das Bezirksgericht zur Beurteilung der anhängig gemachten Klage zuständig sei, musste es dem Gericht beziehungsweise dessen Präsidenten überlassen, nachdem die X AG an der Durchführung des Vermittlungsvorstands festhielt. Ebenso zu Recht wies das Friedensrichteramt die Rekurrentin darauf hin, sie habe zum angesetzten Termin persönlich zu erscheinen, andernfalls sie mit einer Busse sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen zu rechnen habe. Nachdem die Rekurrentin dem Vermittlungsvorstand trotzdem ferngeblieben war, hatte das Friedensrichteramt gar keine andere Wahl, als einen zweiten Vermittlungsvorstand gestützt auf § 64

---

[208] RBOG 2000 Nr. 19 S. 111
[209] Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 114 N 4
[210] Merz, § 134 ZPO N 2

Abs. 1 ZPO anzusetzen und die Rekurrentin dazu peremtorisch vorzuladen.

Dies bedeutet jedoch nicht auch, eine beklagte Partei sei unter allen Umständen verpflichtet, dem Ruf des Friedensrichters Folge zu leisten. Sie ist durchaus berechtigt, sich überhaupt nicht auf den Prozess einzulassen und einem Vermittlungsvorstand, der von einem unzuständigen Friedensrichteramt angesetzt wurde, fernzubleiben. Die Erscheinungspflicht der Partei zum Vermittlungsvorstand hat keinen Selbstzweck in dem Sinn, dass sie selbst bei Unzuständigkeit bestehen und bei Nichterscheinen ohne weiteres zu einer Busse und zu Kostenfolgen führen würde. Die Auferlegung einer Busse und die Überbindung der Kosten bedingt zum einen eine korrekte Vorladung und zum anderen die Zuständigkeit des Friedensrichters. Es ist deshalb sinnvoll, dass letzterer, bevor er eine Bussenverfügung wegen unentschuldigten Nichterscheinens zum Vermittlungsvorstand erlässt, bei unklaren beziehungsweise bestrittenen Verhältnissen hinsichtlich der Prozessvoraussetzungen den Entscheid des zuständigen Gerichts abwartet[211].

c) In der zu beurteilenden Streitsache war dem Friedensrichteramt lediglich bekannt, dass die X AG gegen die BVG-Sammelstiftung eine Klage betreffend Aberkennung einer Forderung anhängig machen wollte. Worum es konkret und im Einzelnen ging, wusste es nicht; auch die Rekurrentin hatte bislang stets nur darauf hingewiesen, es handle sich um ein Verfahren nach Art. 73 BVG (Streitigkeit zwischen Vorsorgeeinrichtung und Arbeitgeber betreffend BVG-Beiträgen). Nunmehr herrscht über den Streitgegenstand Klarheit: Die BVG-Sammelstiftung betrieb die X AG für Fr. 9'102.35 nebst Zins. Grund der Forderung seien Beiträge und Zinsen bis zur Vertragsauflösung. Die Rekursgegnerin erhob Rechtsvorschlag. Das Vize-

---

[211] RBOG 2000 Nr. 19 S. 112

gerichtspräsidium erteilte für die in Betreibung gesetzte Summe provisorische Rechtsöffnung. In der Folge reichte die Rekursgegnerin beim Friedensrichteramt Aberkennungsklage ein.

Dessen Gegenstand ist somit eine Beitragsstreitigkeit zwischen einer Vorsorgeeinrichtung und dem Arbeitgeber. Wer über Streitigkeiten dieser Art zu entscheiden hat, wird in Art. 73 Abs. 1 BVG i.V.m. § 69a Abs. 1 Ziff. 5 VRG geregelt: Es ist dies im Kanton Thurgau das Verwaltungsgericht als Versicherungsgericht. Die Zuständigkeitsordnung nach Art. 73 BVG ist zwingend[212]. Dass der Streit über die Beitragsforderungen im Rahmen einer Aberkennungsklage ausgefochten wird, ändert an der sachlichen Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nichts; soweit nicht kantonalrechtliche Spezialvorschriften bestehen, ist dasjenige Gericht zur Behandlung der Aberkennungsklage sachlich zuständig, welches für eine entsprechende normale materielle Klage zuständig wäre[213]. Das Friedensrichteramt weist zwar zu Recht darauf hin, die Aberkennungsklage sei gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG beim Gericht des Betreibungsorts einzureichen; dieser Hinweis betrifft aber einzig die örtliche und nicht die sachliche Zuständigkeit, und es kann keinem Zweifel unterliegen, dass in örtlicher Hinsicht das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau für die Beurteilung der Streitsache zuständig ist.

d) Die Rekurrentin berief sich somit zu Recht auf Unzuständigkeit des Bezirksgerichts und des Friedensrichteramts. Funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sind - von Ausnahmen meist prozessökonomischer Art abgesehen[214] -

---

[212] Vgl. Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Bern 1985, S. 131
[213] Staehelin, Basler Kommentar, Art. 83 SchKG N 39
[214] Vgl. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 205 N 17 a.E.

Nichtigkeitsgründe[215]. Die Nichtigkeit eines Entscheids ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten[216]. Nachdem das Friedensrichteramt offensichtlich unzuständig war, sowohl einen Friedensrichtervorstand anzusetzen - das Verwaltungsrechtspflegegesetz sieht kein dem Hauptverfahren vorgeschaltetes Vermittlungsverfahren vor - als auch die als Folge des Nichterscheinens der Rekurrentin sodann ergangene Verfügung zu erlassen, hat das Obergericht nun die Nichtigkeit aller dieser Entscheide, die Verfügung des Vizegerichtspräsidiums eingeschlossen, festzustellen und sie aufzuheben. Gleichzeitig wird das Friedensrichteramt angewiesen, das Aberkennungsverfahren an das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau weiterzuleiten. Dass die thurgauische Zivilprozessordnung das Institut der Prozessüberweisung nicht kennt[217], steht dem nicht entgegen, bezieht sich diese Vorschrift doch lediglich auf das Vorgehen bei örtlicher Unzuständigkeit. Zumindest im innerkantonalen Bereich muss die Weiterleitungspflicht[218] hingegen bei fehlender sachlicher und funktioneller Zuständigkeit auf jeden Fall gelten[219].

3. Sowohl der Rekurs als auch die Aufsichtsbeschwerde sind somit zu schützen.

Obergericht, 16. Januar 2006, ZR.2005.108/AJR.2005.9

---

[215] BGE 129 I 364
[216] BGE 129 I 363
[217] Vgl. Merz, § 94 ZPO N 2a
[218] Merz, § 68 ZPO N 6
[219] BGE 118 Ia 243 f.

31. Die fehlende Gelegenheit für Ergänzungsfragen hat nicht zwingend die Unverwertbarkeit der belastenden Zeugenaussage zur Folge (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK; Art. 31 Abs. 1 BV; § 77 Abs. 2 StPO)

1. Der Berufungskläger rügte, die Aussagen der ihn belastenden Zeugen seien unverwertbar, da er diesen keine Ergänzungsfragen habe stellen können.

2. a) Nach Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hat der Angeschuldigte im Strafverfahren Anspruch darauf, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken. Der Begriff des Zeugen ist gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) autonom und ohne formelle Bindung an das nationale Recht auszulegen[220]; es fallen daher nicht nur die Aussagen von eigentlichen Zeugen im Sinn von §§ 89 ff. StPO darunter, sondern auch solche von Auskunftspersonen gemäss § 97 StPO, ungeachtet ob diese vom Untersuchungsrichter oder allenfalls von der Polizei einvernommen werden[221]. Die Garantien von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK stellen besondere Aspekte des Rechts auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar und werden auch aus Art. 32 Abs. 2 BV abgeleitet. Damit soll ausgeschlossen werden, dass

---

[220] BGE 125 I 132
[221] Vgl. § 71 Abs. 4 StPO

ein Strafurteil auf Aussagen von Zeugen abgestützt wird, ohne dass dem Angeschuldigten wenigstens einmal eine angemessene und hinreichende Gelegenheit eingeräumt wird, eine belastende Aussage in Zweifel zu ziehen und Fragen an den entsprechenden Zeugen zu stellen, sei es im Zeitpunkt des Zeugnisses oder später[222]. Dem Anspruch, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, kommt grundsätzlich absoluter Charakter zu. Das strenge Erfordernis des Anspruchs auf Befragung von Belastungszeugen erfährt indessen sowohl in der Praxis des EGMR als auch des Bundesgerichts eine gewisse Abschwächung: Es gilt uneingeschränkt nur in jenen Fällen, in denen dem streitigen Zeugnis ausschlaggebende Bedeutung zukommt, das Zeugnis also den einzigen oder einen wesentlichen Beweis darstellt. In diesem Sinn wurde trotz der absoluten Natur des Rechts des Beschuldigten auf Befragung von Belastungszeugen eine Verletzung der Konvention in verschiedenen Konstellationen verneint[223]. Es ist nicht in allen Fällen möglich, dem Anspruch auf Konfrontation praktisch gerecht zu werden. Wenn der Zeuge aus äusseren Umständen, welche die Behörden nicht zu vertreten haben, nicht einvernommen und dem Angeschuldigten nicht gegenübergestellt werden kann, ist eine Konventionsverletzung je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls allenfalls zu verneinen. Der EMGR etwa verneinte eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahrens bei einem zwischenzeitlich verstorbenen Zeugen oder bei einem solchen, der trotz angemessener Nachforschungen nicht mehr auffindbar war, und ebenso qualifizierte er ein Verfahren noch als fair, in welchem sich eine Zeugin später auf ihr Aussageverweigerungsrecht berief. Stets aber ist von Bedeutung, dass das belastende Zeugnis nicht den einzigen oder den ausschlaggebenden Beweis darstellt[224]. Im gleichen Sinn führte auch etwa das Bundesgericht aus, unter besonderen

---

[222] BGE 129 I 153 f., 125 I 133, 124 I 284 f.
[223] BGE 129 I 154
[224] Vgl. BGE 125 I 136 mit Hinweisen

Umständen wie dem Tod eines Zeugen oder bei dessen vorübergehender oder dauernder Einvernahmeunfähigkeit müsse vom Grundsatz der direkten Befragung abgewichen werden können und dürfe auf eine frühere Aussage abgestellt werden. Es könne nicht dem Sinn der EMRK entsprechen, den mit schwerwiegenden Vorwürfen konfrontierten Angeklagten freizusprechen und eine Zeugenaussage unberücksichtigt zu lassen, wenn der Zeuge vor der Konfrontation, aber nach der polizeilichen Befragung sterbe[225]. Das Recht, Belastungszeugen zu befragen, untersteht dem kantonalen Verfahrensrecht; entsprechende Gesuche um Ergänzungsfragen sind daher den Behörden rechtzeitig und formgerecht zu stellen[226]. Da das thurgauische Recht eine formelle abschliessende Frist für die Stellung von Ergänzungsfragen nicht kennt, gilt eine solche Rüge nur als rechtzeitig erhoben, wenn eine Nachholung der Beweismassnahmen noch möglich ist[227]. Nur der Verfahrensverzögerung dienend und damit als missbräuchlich und verspätet erachtet wird in aller Regel, wenn etwa Beweisergänzungsanträge und Ergänzungsfragen ohne sachlichen Grund erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden.

b) Die Strafverfolgungsbehörden boten dem Berufungskläger von sich aus nie die Gelegenheit, den ihn belastenden Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen. In dieser Situation hätte es dem Berufungskläger oblegen, bei ernsthaftem Interesse an Ergänzungsfragen solche zu beantragen. Dies tat er indessen nicht, denn während des gesamten Strafuntersuchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens war seitens des Berufungsklägers nie die Rede davon, er wolle den Belastungszeugen Fragen stellen. Erst im Berufungsverfahren wurden der Umstand, dass der Berufungskläger keine Ergänzungsfragen stellen

---

[225] BGE 125 I 136
[226] BGE 125 I 134
[227] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 76 N 2 und § 77 N 8, 13

konnte, thematisiert, wobei gleich die Unverwertbarkeit der Aussagen der Belastungszeugen verlangt wurde. Ein solches Vorgehen widerspricht Treu und Glauben: Es geht nicht an, mit Rügen über formelle Mängel so lange zuzuwarten, bis diese nicht mehr behoben werden können - von heute, über vier Jahre nach der Tat noch gestellten Ergänzungsfragen wäre nämlich nichts mehr zu erwarten - und alsdann die Unverwertbarkeit von Aussagen geltend zu machen. Dass vom Berufungskläger zu seiner Verteidigung erst im Berufungsverfahren ein Rechtsanwalt beigezogen wurde, ändert an dieser Feststellung nichts, denn es hätte ihm frei gestanden, einen solchen schon in einem früheren Verfahrensstadium beizuziehen. Wenn er davon absah, hat er allfällige nachteilige Folgen selber zu tragen. Abgesehen von diesen formellen Überlegungen ist die Rüge der Unverwertbarkeit der Aussagen der den Berufungskläger belastenden Zeugen aber auch unbegründet, weil - wie im Einzelnen noch darzulegen sein wird - der massgebende Sachverhalt gestützt auf die eigenen Aussagen des Berufungsklägers feststeht und insofern den Aussagen der Belastungszeugen letztlich keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Demzufolge sind deren Aussagen nicht grundsätzlich unverwertbar, sondern können - gleichsam zur Überprüfung des sich aufgrund der Aussagen des Berufungsklägers ergebenden Sachverhalts - berücksichtigt werden.

Obergericht, 4. Mai 2006, SBR.2005.43

32. Prinzip der degressiven Anwaltsentschädigung (§ 2 Abs. 1 AnwT)

In § 2 AnwT werden die Entschädigungen entsprechend den einzelnen Streitwertkategorien degressiv festgelegt: Je grösser der Streitwert ist, desto geringfügiger fällt, prozentual betrachtet, die Entschädigung aus. Beträgt sie bei einem Streitwert von weniger als Fr. 2'000.00 noch Fr. 200.00 bis Fr. 600.00 und bei einem solchen von Fr. 2'000.00 bis Fr. 5'000.00 Fr. 600.00 bis Fr. 1'500.00, beläuft sie sich bei einem Streitwert von Fr. 500'000.00 bis Fr. 2 Mio. "nur noch" auf Fr. 20'000.00 bis Fr. 50'000.00 und bei einem solchen von über Fr. 2 Mio. auf Fr. 50'000.00 bis 2,5% der Streitsumme. Es ist somit offensichtlich, dass die Grundgebühr bei einem hohen Streitwert prozentual tiefer ist. In § 2 Abs. 1 AnwT wird sie zwar nur bis zum Streitwert von Fr. 2 Mio. festgelegt; dies heisst jedoch nicht, dass sie sich bei einem höheren Streitwert stets auf 2,5% belaufen muss; vielmehr ist der Grundgedanke des degressiven Tarifs auch bei darüber hinausgehenden Streitsummen weiterzuführen.

Obergericht, 16. Januar 2006, ZR.2005.73

33. Befangenheit als Ausstandsgrund: Konkretisierung des Begriffs der Befangenheit (§ 52 ZPO)

1. Gemäss § 52 ZPO kann ein Richter abgelehnt werden, wenn er aufgrund seines subjektiven Verhaltens als voreingenommen erscheint. Befangenheit ist gegeben, wenn Umstände vorliegen, die ge-

eignet 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. 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 Menschen geeignet sind, berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit zu hegen[228]. Allerdings muss für die Ablehnung nicht nachgewiesen werden, dass der Richter tatsächlich befangen ist[229]. Richterliche Meinungsäusserungen beispielsweise anlässlich einer Referentenaudienz begründen für sich allein ebenso wenig eine Befangenheit wie etwa der Umstand, dass ein Friedensrichter die Prozesschancen einer Partei anlässlich des Vermittlungsvorstands als wenig aussichtsreich beurteilt[230]. Das Verhalten eines Richters in einer Verhandlung oder Einvernahme führt ohnehin nicht leichthin zur Annahme einer Befangenheit: Ein Richter ist in der Regel nicht befangen, wenn er aus den Akten oder der Verhandlung von einer Partei einen bestimmten Eindruck gewinnt und sich sein allenfalls ungünstiger Eindruck in einer momentanen und aus der Situation erklärbaren Unbeherrschtheit äussert[231], oder wenn der Richter beiläufig am Verhalten einer Partei Kritik übt[232], oder wenn der Gerichtsvorsitzende den Angeklagten in der Verhandlung angeblich duzte[233]. Ebenso darf der Richter bei Vorliegen

---

228 RBOG 2005 Nr. 37; vgl. RBOG 1996 Nr. 34; BGE 126 I 73, 125 I 122
229 RBOG 2005 Nr. 37; BGE 124 I 123, 120 Ia 187
230 Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 52 N 2
231 MKGE 10 Nr. 98 Erw. 5
232 PKG 1984 Nr. 16 S. 55
233 Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 32 N 19

entsprechender Verdachtsgründe gegenüber einer Partei den Vorwurf der Lüge erheben[234].

2. a) Durchaus verständlich ist, dass sich das Gerichtspräsidium über das Verhalten der Gesuchstellerin ärgerte, da diese die in der Vorladung detailliert aufgelisteten Unterlagen entgegen der unmissverständlichen Aufforderung nicht oder nur unvollständig vorlegte. Zu Recht weist das Gerichtspräsidium darauf hin, dass es sich bei den strittigen Unterlagen weitgehend um Dokumente handelt, welche für jede Partei sofort oder mindestens innert kürzester Zeit greifbar sind. Ein Richter darf, ohne einen Ausstand zu begründen, gegenüber einer Partei durchaus beanstanden, dass diese ihren Obliegenheiten nicht nachkommt, insbesondere einverlangte Unterlagen nicht einreicht, da dies Mehraufwand und Verzögerungen zur Folge hat. Falls sich die Gesuchstellerin schroff behandelt und angegriffen fühlte, weil das Gerichtspräsidium ihr im Beisein des Ehemanns nochmals Vorhaltungen machte, bleibt dies gleichgültig, da auf rein subjektive Empfindungen einer Partei nicht abgestellt werden kann[235]. Ebenso durfte das Gerichtspräsidium die Gesuchstellerin auf die Praxis zum nachehelichen Unterhalt hinweisen. Wenn das Gerichtspräsidium die Gesuchstellerin gefragt haben sollte, "ob es ihr eigentlich wohl dabei sei, vom Geld ihres Ehemanns zu leben", folgt auch daraus nicht schon der objektiv gerechtfertigte Anschein, die notwendige Unbefangenheit und Unabhängigkeit sei nicht mehr gewährleistet[236]; getroffen wurde damit wiederum nur die subjektive Empfindung der Gesuchstellerin.

b) Gemäss ihren Angaben habe die Gesuchstellerin am Abend nach der Einvernahme einen Anruf auf das Mobiltelefon erhalten; diese Nummer habe das Gerichtspräsidium nur vom Ehemann er-

---

[234] Vgl. RStrS 1978 Nr. 591
[235] RBOG 2005 Nr. 37
[236] Vgl. RBOG 2005 Nr. 37

halten können. Bei diesem Telefonat habe das Gerichtspräsidium der Gesuchstellerin vorgeworfen, sie habe das Protokoll nicht unterzeichnet, mit den Worten: "Was fällt Ihnen eigentlich ein, einfach aus dem Gericht zu laufen, ohne das Protokoll zu unterzeichnen?!". Die Gesuchstellerin - den Tränen nahe - habe erklärt, sie habe sich nicht getraut, sich gegen den Inhalt des Protokolls zu wehren, da ihr Ehemann im Raum gewesen sei; zudem sei sie von ihrem Anwalt beraten worden, sich nicht mit ihrer Unterschrift zu irgendetwas zu verpflichten. Das Gerichtspräsidium habe das Nichtvorlegen aller Akten als "unerhört" bezeichnet, da zur Vorbereitung auf die Einvernahme genügend Zeit gewesen sei. Schliesslich habe das Gerichtspräsidium gesagt, die Gesuchstellerin solle "sich nicht blöder hinstellen, als sie sei".

Zu Recht wurde möglichst wenig Aufwand getrieben, um die Handynummer der Gesuchstellerin in Erfahrung zu bringen; es kommt in der Praxis häufig vor, dass bei Kontaktschwierigkeiten mit einer Partei die Gegenpartei angefragt wird. Das entsprechende Telefonat hatte den (korrekten) Zweck, die Gesuchstellerin auf die fehlende Unterzeichnung des Einvernahmeprotokolls hinzuweisen, wobei dies ja vorerst für ein reines Versehen gehalten wurde. Die Schilderungen der Gesuchstellerin vermögen nicht zu überzeugen, denn es braucht schon ein ausgesprochenes Selbstbewusstsein, um entgegen den ausdrücklichen Anweisungen eines Richters ein Protokoll nicht zu unterzeichnen und verlangte Unterlagen nicht mitzubringen. Soweit das Gerichtspräsidium seinen Unmut zum Ausdruck brachte, dass die Gesuchstellerin das Protokoll nicht unterzeichnet und die verlangten Unterlagen nicht oder unvollständig vorgelegt hatte, ist dies nicht zu beanstanden, selbst wenn die Wortwahl diskutabel gewesen sein mag[237]. Auch wenn sich das Gerichtspräsidium zur Äusserung hätte verleiten lassen, die Gesuchstellerin solle "sich nicht blöder hinstellen, als sie sei", sprach das

---

[237] Vgl. MKGE 10 Nr. 98 Erw. 5

Gerichtspräsidium in seinem Ärger damit lediglich den Widerspruch zwischen dem in der Einvernahme gewonnenen Eindruck und dem Verhalten der Gesuchstellerin beziehungsweise den Erklärungsversuchen hiefür an.

3. Zusammenfassend ist das Ausstandsbegehren unbegründet; soweit das Verhalten des Gerichtspräsidiums diskutabel sein mag, steht es in direktem, erkennbarem Zusammenhang mit dem verständlichen Ärger über das Vorgehen der Gesuchstellerin und folgt aus einer momentanen, aus der Situation erklärlichen Unbeherrschtheit, welche die richterliche Unbefangenheit nicht tangiert.

Obergericht, 28. Juli 2006, ZPR.2006.5

34. Ein Verfahren auf Ausschluss eines Stockwerkeigentümers ist bei Hängigkeit eines Verfahrens wegen Anfechtung von Stockwerkeigentümerbeschlüssen nicht zwingend zu sistieren (§§ 57 Abs. 3, 242 ZPO)

1. Die A AG und B bilden eine Stockwerkeigentümergemeinschaft. Beim Obergericht ist eine Streitsache hängig, bei welcher sich B gegen die definitive Eintragung eines Gemeinschaftspfandrechts für Beitragsforderungen verwahrt. Inzwischen reichte die A AG gegen B Klage ein betreffend Ausschluss aus der Stockwerkeigentümergemeinschaft. In seiner Klageantwort beantragte B Abweisung der Klage, wobei die Streitsache bis zur rechtskräftigen Erledigung des sich im Berufungsstadium befindenden Prozesses zu sistieren sei. Das Gerichtspräsidium wies das Gesuch ab: Das beim Obergericht hängige Verfahren betreffend definitive Eintragung eines Pfandrechts habe keinen ausschlaggebenden Einfluss auf das Schicksal der zweiten Klage.

2. a) Die thurgauische Zivilprozessordnung enthält keine Bestimmung über die Sistierung eines Prozesses. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Verfahren nicht einstweilen eingestellt werden kann; es ist - auch ohne ausdrückliche dahingehende Regelung - zulässig[238] und entspricht durchaus hiesiger Praxis, einen Prozess in begründeten Fällen zu sistieren. So ist es z.B. ständige Rechtsprechung, dass dann, wenn eine Partei ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung stellt[239], bis zur Erledigung dieses Begehrens sämtliche Prozesshandlungen unterbleiben[240]; dass die ZPO die einstweilige Einstellung des Verfahrens nicht ausdrücklich vorsieht, steht solchem Vorgehen nicht entgegen. In Ausnahmefällen kann sich eine informelle Sistierung sogar aufdrängen, damit sich ein Gericht nicht damit begnügen muss, bloss Recht zu sprechen, sondern das Richtige rechtlich möglich zu machen[241]. Ein Scheidungsverfahren etwas ruhen zu lassen, dient in Einzelfällen den Parteien - und auch deren Kindern - im Hinblick auf die Verarbeitung ihrer Probleme oder sogar, um Sicherheit über den allenfalls allzu schnell gefällten Scheidungswunsch zu erhalten, mehr, als den Prozess in der kürzest möglichen Zeit von ungefähr drei Monaten[242] durchzuziehen. Die Sistierung stellt jedoch stets, auch dort, wo sie gesetzlich festgelegt ist, die Ausnahme vom Grundsatz dar, dass das Gericht primär für eine beförderliche Prozesserledigung zu sorgen hat[243]. Im thurgauischen Zivilprozessrecht ergibt sich dies aus § 57 Abs. 3 ZPO; bundesrechtlich garantiert Art. 29 Abs. 1 BV den Parteien, dass ein Verfahren innert vernünftiger Frist zum Abschluss zu gelangen hat.

---

238 Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., S. 180 Ziff. 3; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2.A., N 152 Abs. 1

239 §§ 80 ff. ZPO

240 RBOG 2000 Nr. 22 S. 120, 1966 Nr. 13

241 RBOG 1996 S. 7 lit. b

242 Gemäss Art. 111 Abs. 2 ZGB ist den Ehegatten beim gemeinsamen Scheidungsbegehren eine zweimonatige Bedenkzeit einzuräumen.

243 Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 53a N 1

Ein Verfahren darf deshalb nicht uneingeschränkt bis zum endgültigen Entscheid in einem gleichzeitigen anderen Verfahren sistiert werden. Eine solche Sistierung ist vielmehr nur ausnahmsweise zulässig, und zwar besonders dann, wenn der Hauptentscheid einer zuständigen Behörde abzuwarten ist, um über eine Vorfrage zu befinden. So kann eine Schadenersatzklage vorläufig suspendiert werden, wenn der Beklagte den Schaden durch einen (behaupteten) Betrug herbeigeführt haben soll und er deswegen angeklagt ist[244]. Dabei liegt der Sistierungsentscheid im Ermessen des Richters; im Zweifelsfall geht das Beschleunigungsgebot entgegenstehenden Interessen vor[245]. Kennt eine Zivilprozessordnung, wie dies im Kanton Thurgau der Fall ist, keine Bestimmung, wonach die Parteien ein Ruhen des Verfahrens vereinbaren können, hat nur das Gericht darüber zu entscheiden, ob zureichende Gründe für eine Sistierung gegeben sind[246]; ein Rechtsanspruch auf Sistierung des Verfahrens besteht nicht und kann auch nicht auf dem Rechtsmittelweg durchgesetzt werden[247].

b) Die vom Beschwerdeführer herangezogene zürcherische Regelung[248] stimmt mit diesen Grundsätzen überein. Gemäss § 53a ZPO ZH kann das Verfahren aus zureichenden Gründen eingestellt werden. Vor der Revision der zürcherischen ZPO war ein solches Vorgehen nur möglich, wenn einem Urteil in einem anderen Verfahren präjudizielle Bedeutung zukam. Präjudiziell war ein Urteil indessen nicht schon, wenn in einem anderen Prozess, dessen Erledigung abgewartet werden sollte, die nämliche Rechtsfrage zu entscheiden war, sondern erst, wenn die urteilsmässigen Feststellungen im zuerst been-

---

[244] Habscheid, N 152 Abs. 2
[245] Pra 85, 1996, Nr. 141
[246] Guldener, S. 277 Ziff. 5
[247] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 148 N 10
[248] § 53a ZPO

digten Verfahren für die Entscheidung im eingestellten Prozess Rechtskraft besassen[249]. Auf diese Einschränkung wurde in der aktuellen zürcherischen ZPO offensichtlich bewusst verzichtet; sie steht denn auch im krassen Gegensatz zum Beschleunigungsgebot.

c) Im Berufungsverfahren ist strittig, ob ein Gemeinschaftspfandrecht definitiv eingetragen werden kann. Zu prüfen sein wird, ob in Abwesenheit von B gefällte Beschlüsse der Stockwerkeigentümergemeinschaft nichtig sind. Parteien sind einerseits B und andererseits die Stockwerkeigentümergemeinschaft. Im vor Bezirksgericht hängigen Prozess ist die von der A AG aufgeworfene Frage zu beantworten, ob B aus der Stockwerkeigentümergemeinschaft auszuschliessen ist. Dabei wird sicherlich auch die Tatsache, dass B nicht an den Stockwerkeigentümerversammlungen teilnimmt, deren Beschlüsse aber jeweils anficht, zur Diskussion stehen; darüber hinaus werden aber zweifellos auch noch andere Problembereiche diskutiert werden müssen. Wie das Bezirksgericht entscheiden wird, ist genauso offen wie der Ausgang des Verfahrens vor Obergericht; es ist hier nicht der Ort, um dem materiellen Ausgang des einen oder anderen Verfahrens vorzugreifen oder die dort zu entscheidenden Rechtsfragen zu diskutieren. Dass der Entscheid des Obergerichts allenfalls Rückwirkungen auf das Ausschlussverfahren zeitigt, ist nicht auszuschliessen; alleinigen Ausschlag wird er für den Ausgang des anderen Prozesses aber wohl kaum geben. Für eine Sistierung besteht somit kein Anlass.

Obergericht, 11. September 2006, AJR.2006.7

---

[249] ZR 85, 1986, Nr. 48

35. Rechtsmittel gegen vom Friedensrichter verfügte Ordnungsbussen und Peremtorisationen; Praxisänderung (§§ 64 Abs. 1, 87 Abs. 1, 234 Ziff. 5 ZPO)

1. Wegen unentschuldigten Nichterscheinens zum Vermittlungsvorstand auferlegte der Friedensrichter der Beklagten eine Ordnungsbusse und verpflichtete sie, die Klägerin zu entschädigen sowie die Verfahrensgebühren zu bezahlen. Gleichzeitig lud er die Parteien peremtorisch zum zweiten Vermittlungsvorstand vor. Die Beklagte erhob mit dem Antrag, die Verfügung sei aufzuheben, beim Obergericht Rekurs: Der Friedensrichter sei sachlich unzuständig.

2. Zum Vermittlungsvorstand müssen die Parteien persönlich erscheinen, sofern sie im Kanton wohnhaft sind[250]. Bleibt eine Partei aus, regelt der Friedensrichter die Kosten- und Entschädigungsfolgen; gegen solche Entscheide steht der Rekurs an den Bezirksgerichtspräsidenten offen, der endgültig entscheidet[251]. Die ohne genügende Entschuldigung weggebliebene Partei ist zum zweiten Vermittlungsvorstand peremtorisch vorzuladen[252]. Da ihr Ausbleiben als Ungehorsam zu betrachten ist, kann ihr gestützt auf § 87 Abs. 1 ZPO eine Ordnungsbusse bis zu Fr. 500.00 auferlegt werden[253]. Demgegenüber rechtfertigt nicht pünktliches, d.h. verspätetes Erscheinen lediglich eine Busse bis zu Fr. 100.00 [254]. Peremtorisationen und Ordnungsstrafen sind mittels Rekurs anfechtbar[255]. Gemäss § 48 Ziff. 4 ZPO ist für die Beurteilung aller Rekurse das Obergericht in Dreierbesetzung zuständig - eine Feststellung, die indessen mit den tatsächlichen Gegebenhei-

---

[250] § 115 Abs. 1 Satz 1 ZPO
[251] § 130 Abs. 3 ZPO
[252] § 64 Abs. 1 ZPO
[253] Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 63 N 5
[254] § 118 ZPO; Merz, § 118 ZPO N 3
[255] § 234 Ziff. 5 ZPO

ten, was sich allein schon aus § 130 Abs. 3 ZPO ergibt, nicht übereinstimmt[256].

3. a) In RBOG 1995 S. 21 lit. e werden die Möglichkeiten von Rechtsmitteln gegen friedensrichterliche Entscheide zusammengefasst. Nebst dem Hinweis auf die in § 130 Abs. 3 ZPO getroffene Regelung wird dort festgehalten, Verfügungen über Ordnungsbussen könnten mit Rekurs an das Bezirksgerichtspräsidium weitergezogen werden; gegen dessen Entscheid sei wiederum der Rekurs an die Rekurskommission beziehungsweise seit 1. Januar 2000 an das Obergericht möglich[257]. Entscheide über die Kostenvorschusspflicht sowie Kautionsverfügungen könnten ebenfalls mit Rekurs an das Bezirksgerichtspräsidium weitergezogen werden[258]; dessen Verfügung sei indessen analog § 130 Abs. 3 ZPO endgültig. Bei allen übrigen prozessleitenden Verfügungen der Friedensrichter bestehe keine Rekursmöglichkeit. Von ihnen erlassene Erledigungsverfügungen - gleich welchen Inhalts -, die nicht nur mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen angefochten werden wollten, könnten mit Rekurs direkt an das Obergericht weitergezogen werden[259]. Nicht aufgezeigt wird in dieser Zusammenstellung der Rechtsweg, wenn friedensrichterliche Peremtorisationen angefochten werden wollen. Gemäss § 234 Ziff. 5 ZPO ist auch hier Rekurs möglich. Zuständig für die Beurteilung des Rekurses ist gestützt auf § 48 Ziff. 4 ZPO das Obergericht.

b) Aus prozessökonomischen Gründen sowie aus solchen der Übersichtlichkeit und Vereinfachung drängt sich eine Änderung der bisherigen Praxis auf. Peremtorisationen lösen häufig Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Ordnungsbussen aus. Über die Folgen des

---

[256] Vgl. im Einzelnen Merz, § 48 ZPO N 3
[257] RBOG 1992 Nr. 31 S. 127
[258] RBOG 1992 Nr. 31 S. 126
[259] RBOG 1991 Nr. 29, 1982 Nr. 15, 1977 Nr. 16, 1932 Nr. 8

Nichterscheinens einer Partei wird in aller Regel in der gleichen Verfügung entschieden, mit der die Parteien, teils peremtorisch, zu einem zweiten Vermittlungsvorstand vorgeladen werden. An sich ist nicht ersichtlich, weshalb Rekursentscheide des Friedensrichters über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Fall des Abstands vom Vermittlungsverfahren, bei Nichteinreichen der Weisung, bei Ausbleiben einer Partei sowie bei Unklarheiten nach einem Vergleich, ebenso solche über die Kostenvorschusspflicht sowie Kautionsverfügungen endgültig, d.h. nicht mehr an eine zweite kantonale Instanz weiterziehbar sind, für Verfügungen über Ordnungsbussen demgegenüber zwei Rechtsmittelinstanzen zur Verfügung stehen. Nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat eine Partei Anspruch auf nur ein formell korrekt durchgeführtes Verfahren und kein Recht auf zwei Instanzen[260]. Ordnungsbussen können folglich weiterhin ebenfalls mit Rekurs an das Bezirksgerichtspräsidium weitergezogen werden; dessen Entscheid ist indessen nun analog § 130 Abs. 3 ZPO endgültig.

Gleiches gilt für die Peremtorisationen: Es ist sinnvoll, deren Angemessenheit auf die gleiche Weise und im gleichen Ausmass überprüfen zu können wie die damit in der Regel verbundenen Ordnungsbussen sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen. Verfügungen, die eine Peremtorisation zum Inhalt haben, sind somit ebenfalls mittels Rekurs beim Bezirksgerichtspräsidium zu beanstanden, das endgültig entscheidet. § 48 Ziff. 4 ZPO, wonach alle Rekurse vom Obergericht in Dreierbesetzung zu beurteilen sind, steht dem nicht entgegen, da mit der nunmehrigen Regelung lediglich eine Gleichstellung mit § 130 Abs. 3 ZPO vorgenommen wird.

Obergericht, 16. Januar 2006, ZR.2005.108/AJR.2005.9

---

[260] Miesler/Vogler, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln/Berlin/Bonn/München 1986, Art. 6 N 272; RBOG 1996 Nr. 41 S. 205, 1995 Nr. 46 S. 192, wobei sich diese Präjudizien wohl auf den Strafprozess beziehen, auf zivilrechtliche Verfahren indessen analog angewendet werden können.

36. Der Friedensrichter ist berechtigt, die Parteien aufzufordern, Beweisurkunden vorzulegen (§ 116 Abs. 2 ZPO)

1. Der Rekurrent rügt, der Friedensrichter habe ihn während der Verhandlung aufgefordert, nach Hause zu gehen und dort alle Bankbelege ab Januar 2006 zu holen. Ein solches Vorgehen sei unzulässig, weil das Verfahren einerseits nicht der Offizialmaxime unterstehe und andererseits ein Beweisverfahren im Vermittlungsvorstand nicht vorgesehen sei. Die Parteien seien auch nicht verpflichtet, Beweisurkunden vorzulegen.

2. a) Die Parteien sind gemäss § 116 Abs. 2 ZPO verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Beweisurkunden, die sie im Laufe des Rechtsstreits geltend zu machen gedenken, schon im Vermittlungsvorstand vorzuweisen. Richtig ist allerdings, dass eine eigentliche Pflicht zur Einreichung der Akten nicht besteht; deren Verletzung hat keine Folgen. Die Vorlage von Beweisurkunden soll dem Friedensrichter hingegen eine summarische Überprüfung der Streitsache ermöglichen[261].

b) Auch wenn die Pflicht zur Vorlage von Beweisurkunden im Vermittlungsverfahren nur eine Ordnungsvorschrift darstellt, darf der Friedensrichter die Parteien auffordern, Beweisurkunden wie beispielsweise Bankbelege vorzulegen, von denen er sich eine Klärung der Streitsache erhofft. Es ist ihm auch unbenommen, die Verhandlung zu unterbrechen, um einer Partei Zeit zu geben, die Beweisurkunden zu beschaffen. Er hat hingegen keine Möglichkeit, die Parteien zur Vorlage von Unterlagen zu zwingen. Weigert sich eine Partei, der Aufforderung nachzukommen, bleibt dem Friedensrichter nichts anderes übrig, als das Verfahren fortzuführen und abzuschliessen. Er kann alsdann

---

[261] Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 116 N 1

mangels Einigung die Weisung ausstellen oder versuchen, ohne die verlangten Belege zwischen den Parteien zu vermitteln.

Die Aufforderung an den nicht weit vom Friedensrichteramt wohnhaften Rekurrenten, Bankbelege zu holen, um die Behauptung der Rekursgegnerin zu widerlegen, er habe im Mai 2006 noch einen grossen Geldbetrag auf seinem Konto gehabt, und die Tochter habe diese Bankbelege selbst gesehen, ist daher nicht zu beanstanden. Der Rekurrent kam dieser Aufforderung nach, und zwar offensichtlich freiwillig. Es ist nicht ersichtlich, welche Nachteile er durch die Vorlage dieser Bankbelege erlitt. Vielmehr konnte er damit offenbar belegen, dass er nicht über grosse Geldbeträge verfügte.

Obergericht, 23. Oktober 2006, ZR.2006.88

37. Nachfrist für die Einreichung der Weisung (§ 125 ZPO)

1. a) Eine vom Friedensrichter ausgefertigte Weisung muss im Original bei Folge der Nichtigkeit innert 30 Tagen vom Tag des abschliessenden Vermittlungsvorstands oder in Fällen von § 123 ZPO von der endgültigen Ausfertigung an gerechnet beim zuständigen Gericht eingereicht werden[262].

b) Der Rekurrent machte geltend, bei der Frist zur Einreichung der Weisung handle es sich um eine gesetzliche, vom Richter nicht erstreckbare Frist. Die Einräumung einer Nachfrist zur Einreichung der Weisung im Original sei daher nicht zulässig. Nur bei un-

[262] § 125 ZPO

verschuldeter Säumnis oder mit Einverständnis der Gegenpartei hätte diese Frist wiederhergestellt werden können.

2. a) Der Gesetzgeber fügte das formelle Erfordernis "im Original" mit Gesetz vom 18. Dezember 1996 bewusst nachträglich in § 125 ZPO ein. Daran ist das Obergericht gebunden, selbst wenn - auch mit Blick auf die Praxis zu § 189 Abs. 1 ZPO[263] - nicht ohne weiteres einleuchtet, weshalb in § 125 ZPO das Original der Weisung verlangt wird. Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz dem Rekursgegner eine Nachfrist ansetzen durfte, um den Mangel zu beheben beziehungsweise die Weisung im Original einzureichen.

b) Das Obergericht hat sich bereits einmal mit dieser Frage befasst. In einem Entscheid vom 28. Januar 2002 war die erste Instanz auf eine Klage nicht eingetreten, weil die Kläger die Weisung nicht im Original eingereicht hatten. Das Obergericht entschied, die Vorinstanz hätte eine Nachfrist zur Behebung des Mangels ansetzen müssen[264]. An dieser Praxis ist aus folgenden Gründen festzuhalten:

aa) Das aus Art. 29 Abs. 1 BV fliessende Verbot des überspitzten Formalismus "wendet sich gegen prozessuale Formstrenge, die als exzessiv erscheint, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert"[265]. In einem gerichtlichen Verfahren sind prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten[266], denn die Interessen des an einem Verfahren beteiligten

---

[263] Vgl. RBOG 1996 Nr. 19, 1990 Nr. 33
[264] ZR.2001.158
[265] BGE vom 27. Oktober 2000, 4P.194/2000, Erw. 3c; BGE 127 I 34
[266] BGE 96 I 523

Bürgers sind gleichermassen bedroht durch die Missachtung der sie sichernden Formen wie durch einen übertriebenen Formalismus[267]. Eine Praxis, die darauf gerichtet ist, Formfehler zu übergehen, ist heikel, einerseits, weil sie letztlich der Missachtung der Formvorschriften und damit unsorgfältiger Prozessführung Vorschub leistet, und andererseits, weil sie neue Formen der Rechtsungleichheit schafft[268]. Unbestritten ist es, dass prozessuale Vorschriften notwendig sind. Dennoch dürfen sie keine allzu strengen und sachlich nicht gerechtfertigten Anforderungen an formelle Rechtsakte des Bürgers stellen oder mit übertriebener Härte gehandhabt werden. Die Aufgabe des Prozessrechts ist es, der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen[269]. Deshalb ist ein behördliches Verhalten, das einer Partei den Rechtsweg verunmöglicht oder verkürzt, obschon auch eine andere gesetzeskonforme Möglichkeit bestanden hätte, mit Art. 29 Abs. 1 BV nicht vereinbar[270].

bb) Mit der auf den 15. Februar 1992 in Kraft gesetzten revidierten Bestimmung von Art. 30 Abs. 2 OG wurde die bisherige Formstrenge für das Verfahren vor Bundesgericht gelockert. Es durfte nicht mehr darauf abgestellt werden, ob noch genügend Zeit bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist zur Verfügung stehe, um einer Partei die Möglichkeit zu geben, den Mangel zu beheben. Vielmehr ist sie grundsätzlich in jedem Fall auf den Mangel aufmerksam zu machen, und es ist ihr eine Frist anzusetzen, um den Fehler zu verbessern. Prozessuale Formstrenge soll dort gemildert werden, wo sie sich nicht durch schutzwürdige Interessen rechtfertigen lässt. Mit Blick auf diese Gesetzesänderung entschied das Bundesgericht, der kantonale Richter handle gegen Treu und Glauben, wenn er ein nicht oder von einer nicht zur Vertretung berechtigten Person unterzeichnetes Rechtsmittel

---

[267] BGE 95 I 4
[268] Vgl. Bachmann, Das Verbot des überspitzten Formalismus, in: SJZ 76, 1980, S. 246
[269] Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3.A., S. 501
[270] BGE 120 IV 417

als unzulässig beurteile, ohne eine kurze - gegebenenfalls auch über die gesetzliche Rechtsmittelfrist hinausgehende - Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen. Es bezeichnete Art. 30 Abs. 2 OG als Ausdruck eines von Art. 29 Abs. 1 BV geschützten allgemeinen prozessualen Rechtsgrundsatzes, der sich auf die gesamte Rechtsordnung beziehe und auch im kantonalen Verfahren Geltung habe[271]. Damit verlangt das Verbot des überspitzten Formalismus auch gegenüber den Kantonen die Ansetzung einer Nachfrist, wenn bei einer Eingabe die Unterschrift, die Vollmacht oder notwendige Beilagen fehlen[272]. Von der Ansetzung einer Nachfrist darf nur dann abgesehen werden, wenn der Partei Rechtsmissbrauch vorzuwerfen ist. Das Bundesgericht bejahte dies im Fall, da der Beschwerdeführer die Rechtsschrift per Telefax übermittelte: Eine Partei, die in voller Kenntnis des Mangels eine Rechtsschrift einreiche, wie das bei der Rechtsschrift per Telefax der Fall sei, verlasse sich auf die Gewährung einer Nachfrist zur Behebung des Mangels und rechne in Wirklichkeit mit einer Verlängerung der Beschwerdefrist; solches Verhalten verdiene keinen Schutz[273]. Dabei ist allerdings zu beachten, dass das kantonale Recht in solchen Fragen deutlich weniger streng ist als die Bundesgerichtspraxis zum OG, denn im Thurgau wird bei der Übermittlung per Telefax zur Nachreichung der Originalunterschrift eine Nachfrist angesetzt[274]. So oder so wird die per Post versandte Fotokopie oder der nicht eingereichte Beleg bzw. die nicht eingereichte Weisung gleich zu behandeln sein, weil das gesetzliche Erfordernis, solche Aktenstücke der Rechtsschrift beizulegen, in beiden Fällen nur versehentlich nicht erfüllt wurde; in solchen

---

[271] BGE 120 V 419 mit Hinweisen; BGE vom 26. Mai 2000, U401/99, Erw. 4a; davon zu unterscheiden ist die Konstellation, in welcher die Partei einen zur Parteivertretung nicht Befugten mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt, vgl. BGE 125 I 170 ff.

[272] Müller, S. 502

[273] BGE 121 II 255

[274] RBOG 1992 Nr. 39; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 68 N 7

Fällen kann nicht davon ausgegangen werden, es liege ein bewusster Verstoss gegen das Prozessrecht vor mit der Absicht, sich einen Vorteil zu sichern, den derjenige, der von Anfang an seine Rechtsschrift rechtsgültig einreicht, nicht habe[275].

3. Zusammenfassend setzte die Vorinstanz dem Rekursgegner zu Recht eine Nachfrist an, um die Weisung im Original einzureichen[276]. Das erweist sich hier auch im Ergebnis als richtig, weil die Kopie der Weisung vermutlich am 9. Mai 2005 bei der Vorinstanz einging und der Rekursgegner daher grundsätzlich Gelegenheit gehabt hätte, das Original innert der 30-tägigen Frist einzureichen, wenn er seitens der Vorinstanz sofort auf den Mangel aufmerksam gemacht worden wäre. Gerade unter diesem Gesichtspunkt wäre es schikanös gewesen, ohne Ansetzung einer Nachfrist auf die Klage nicht einzutreten.

Obergericht, 13. Februar 2006, ZR.2006.10

38. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen in hängigen Prozessen ist die Rechtslage (wenigstens in schwierigen Rechtsfragen) nur summarisch zu prüfen (§ 176 Abs. 1 ZPO)

1. Gemäss § 176 Abs. 1 ZPO trifft der Gerichtspräsident die geeigneten vorsorglichen Massnahmen, sofern glaubhaft gemacht wird, einer Partei drohe ein nicht leicht gutzumachender Nachteil, be-

---

[275] Vgl. BGE vom 26. Mai 2000, U 401/99, Erw. 4b
[276] Vgl. Merz, § 125 ZPO N 7

sonders durch Veränderung der bestehenden tatsächlichen Verhältnisse.

2. Glaubhaftmachen bedeutet nicht, dass der Richter von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu sein braucht; vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen spricht. Ungenügend ist eine bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens[277]. Es ist somit eine Hauptsachenprognose zu treffen[278]. Während in der Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber besteht, dass Glaubhaftmachen hinsichtlich der behaupteten anspruchsbegründenden Tatsachen genügt, ist in ersterer umstritten, wie eingehend die rechtliche Prüfung erfolgen muss. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi[279] weisen darauf hin, die sich aus dem glaubhaft gemachten Sachverhalt ergebende Rechtslage sei "nicht bloss unter dem Blickwinkel der Glaubhaftmachung, sondern mehr oder weniger fundiert zu prüfen. Ob ein Verfügungsgrund gegeben ist, ist in rechtlicher Hinsicht voll zu prüfen, während hinsichtlich des materiell-rechtlichen Anspruchs diese Prüfung im Rahmen des angesichts der Raschheit des Verfahrens praktisch Realisierbaren so gut als möglich ... zu erfolgen hat". Vogel/Spühler[280] weisen darauf hin, die rechtliche Begründetheit der Klage könne "nur mehr oder weniger eingehend geprüft werden". In BGE 104 Ia 413 hielt das Bundesgericht - ohne selber Stellung zu nehmen - unter Hinweis auf BGE 88 I 14 und ZR 47 Nr. 96 S. 214 fest, die Praxis neige dazu, sich um der erforderlichen Raschheit des Verfahrens willen (wenigstens in schwierigen Rechtsfragen) auf eine summarische Prüfung zu beschränken.

---

[277] RBOG 1998 Nr. 28 Ziff. 2b Abs. 2
[278] Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8.A., 12. Kap. N 211
[279] Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, Art. 326 N 3a
[280] 12. Kap. N 213

3. Dieser Auffassung schliesst sich das Obergericht trotz des Grundsatzes "iura novit curia"[281] an. Vorsorgliche Massnahmen in hängigen Prozessen werden gemäss § 161 Ziff. 5 ZPO im summarischen Verfahren erlassen und dienen dem einstweiligen Rechtsschutz. Dessen Zweck wird zumindest bei komplexen Fällen unterlaufen, wenn der Richter eine umfassende rechtliche Würdigung vorzunehmen hat: Die vorsorgliche Massnahme macht meist nur Sinn, wenn sie rasch verfügt wird. Dies schliesst jedoch selbstverständlich nicht aus, dass sich das Gericht nach bestem Wissen und Gewissen in der aufgrund der gesamten Umstände zur Verfügung stehenden Zeit mit der rechtlichen Würdigung des glaubhaft gemachten Sachverhalts auseinandersetzt.

Obergericht, 16. Januar 2006, ZR.2005.73

39. Ob eine Person formell als Zeuge oder als Partei einvernommen wurde, ist für die Urteilsfindung letztlich nicht von Belang (§§ 187, 209 Abs. 2 Ziff. 2, 219 Abs. 6 ZPO)

1. Gemäss § 209 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO entscheidet das Gericht nach Ermessen, ob Personen als Zeugen einvernommen werden, die in einer engen Beziehung zu einer Prozesspartei stehen. Wer wegen seiner Beziehung zu einer Prozesspartei nicht als Zeuge einvernommen wird, kann nach § 219 Abs. 6 ZPO persönlich befragt werden.

2. Der von der Vorinstanz als Zeuge Einvernommene ist Sohn des Verwaltungsratspräsidenten der Berufungsbeklagten und bei dieser als Prokurist tätig. Aus dem Handelsregister ergibt sich sogar, dass er

---

[281] Vgl. § 96 Abs. 1 ZPO

bereits seit mehreren Jahren selber Mitglied des Verwaltungsrats ist. Er wäre damit als Organ der Berufungsbeklagten als Partei und nicht als Zeuge einzuvernehmen gewesen. Dieser Umstand für sich macht die Aussagen indessen nicht etwa minderwertig oder gar unverwertbar. Die ZPO enthält keine (überholten[282]) Beweisregeln, sondern normiert in § 187 ZPO ohne Einschränkung die freie richterliche Beweiswürdigung. Es besteht für den Richter also keine Regel über den Wert eines Beweismittels[283], was richtig ist, da sich die Beweiskraft der einzelnen Beweismittel nicht objektiv messen lässt. Massgebend ist daher stets die nach den konkreten Umständen des Einzelfalls einem Beweismittel beizumessende Beweiskraft[284]. Auch eine Beweisaussage stellt damit ein vollwertiges Beweismittel dar, das wie alle anderen Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt[285]. Im Rahmen dieser Beweiswürdigung hat das Gericht nach seiner frei gebildeten Überzeugung zu entscheiden, welcher Beweiswert einem Beweismittel zukommt[286]. Im Zivilprozess gilt dabei nichts anderes als im Strafverfahren: Die richterliche Überzeugung beruht nicht auf der äusseren, sondern allein auf der inneren Autorität eines Beweismittels, weshalb der Richter sein Urteil unabhängig von der Zahl der Beweismittel fällt, die für eine bestimmte Tatsache sprechen, und ohne Rücksicht auf die Form des Beweismittels[287]. Es macht also letztlich für die Urteilsfindung keinen Unterschied, ob eine Person formell als Zeuge oder als Partei einvernommen wurde[288].

Obergericht, 4. Mai 2006, ZBR.2005.98/ZBR.2006.21

---

[282] Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8.A., 10. Kap. N 58 und 62
[283] Vogel/Spühler, 10. Kap. N 66
[284] Bühler, Die Beweiswürdigung, in: Der Beweis im Zivilprozess (Hrsg.: Leuenberger), Bern 2000, S. 87
[285] Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 150 N 1
[286] Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 187 N 2a
[287] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 151 N 5
[288] Vgl. Merz, § 209 ZPO N 1

40. "Unpräjudizierlicher" Rückzug einer Widerklage im Rechtsmittelverfahren (§§ 254 f. ZPO)

1. Nachdem die Berufungsklägerin mit Berufungserklärung Aufhebung des angefochtenen Urteils sowie Abweisung der Klage beantragt hatte, erklärte sie in ihrer Berufungsbegründung, die Widerklage werde "unpräjudizierlich und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" zurückgezogen.

2. Mit der Berufungserklärung wurde das gesamte erstinstanzliche Urteil angefochten, womit sowohl die Klage als auch die Widerklage Berufungsgegenstand wurden. Gemäss § 254 ZPO kann eine Partei jederzeit den Rückzug ihrer Klage beziehungsweise Widerklage erklären. Eine Rückzugserklärung ist mithin auch im Rechtsmittelverfahren möglich. Die Erklärung einer Partei, sie bezahle die vom Kläger geltend gemachte Forderung "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht", stellt eine rechtsgenügliche Klageanerkennung dar[289]. Deshalb ist auch der Rückzug einer Widerklage rechtsgenüglich, selbst wenn dieser "unpräjudizierlich und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht" erfolgt. Allein dadurch, dass die Berufungsklägerin die Widerklage mit der erwähnten Formulierung zurückzog, ändert sich somit nichts daran, dass ein Rückzug der Widerklage vorliegt. Im Berufungsverfahren kann offen bleiben, ob mit der von der Berufungsklägerin gewählten Formulierung, die Widerklage werde nur unpräjudizierlich und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zurückgezogen, ein Vorbehalt der Wiedereinbringung erklärt wurde und eine nochmalige Einleitung der Widerklage statthaft wäre; es ist Sache des allenfalls später angerufe-

---

[289] Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 254 N 7

nen Gerichts zu prüfen, ob es sich bei der neuerlichen Einreichung der Widerklage um eine bereits abgeurteilte Sache handelt[290].

Obergericht, 28. Februar 2006, ZBO.2005.18

41. Das Schiess-Verbot gemäss EG StGB (alte und neue Fassung) ist ein Gefährdungsdelikt (§ 41 EG StGB)

1. Das Bezirksamt büsste den Berufungskläger, weil dieser mehrfach mit einem Luftgewehr aus dem Fenster seiner Wohnung auf Bäume in seiner Nachbarschaft geschossen hatte. Der Berufungskläger machte geltend, § 41 EG StGB ziele darauf ab, die Bevölkerung vor unerwarteten und detonationsähnlichen Knallgeräuschen, wie z.B. Salutschiessen oder Böllerschüssen, zu schützen. Das Schiessen mit einem Luftgewehr falle nicht darunter.

2. a) Das Schiessen bei Hochzeiten und ähnlichen Festlichkeiten und jedes unbefugte Schiessen in der Nähe von Wohnungen und Strassen wird mit Haft oder Busse bestraft[291].

b) Die Vorinstanz erwog, der Straftatbestand von § 41 EG StGB versuche nicht nur zu verhindern, dass die Bevölkerung durch Böller in Angst und Schrecken versetzt werde, sondern es sollten auch Leib und Leben von Personen, die sich in der Nähe von Wohnungen und Strasse aufhielten, geschützt werden. Die Bestimmung umfasse folglich den Tatbestand eines abstrakten Gefährdungsdelikts. Der Täter sei auch dann strafbar, wenn sein Verhalten im konkreten Fall kein

---

[290] Merz, § 254 ZPO N 5b
[291] § 41 EG StGB

Rechtsgut gefährdet habe. Vorsatz oder Fahrlässigkeit müssten sich auf das im Tatbestand nicht genannte Merkmal der Gefahr nicht beziehen. Auch das Schiessen mit einem Luftgewehr sei in einem bewohnten Gebiet nach der allgemeinen Lebenserfahrung generell geeignet, eine Gefahr für Leib und Leben der in einem solchen Wohngebiet lebenden Menschen herbeizuführen. Auch bei einer gezielten Schussabgabe auf einen 15 Meter entfernten Baum könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Abpraller eine Person, die sich in der Nähe befinde, ernsthaft verletze, oder dass beim Verfehlen des Baumes eine sich dahinter befindende Person verletzt werde. Durch das Totschiessen zweier Vögel habe der Berufungskläger gewusst, welche Wirkung die Schussabgabe auf Lebewesen habe. Er habe nicht sicher sein können, dass sich hinter den Bäumen, auf die er geschossen habe, keine Personen befänden. Die Sicht aus dem Fenster auf die dahinterliegende Strasse sei durch Gebüsch und Bäume verdeckt. Bei der Schussabgabe habe das Zielgebiet nicht vollumfänglich eingesehen werden können. Der vorliegende Fall sei deshalb nicht mit dem vom Berufungskläger angeführten Beispiel einer Schiessbude zu vergleichen. Dort werde auf einen Kugelfang geschossen. Der Berufungskläger habe damit den in § 41 EG StGB aufgeführten Straftatbestand erfüllt, weshalb er zu bestrafen sei.

c) aa) Der Berufungskläger bestreitet den ihm zur Last gelegten Sachverhalt nicht. Er behauptet aber, dass § 41 EG StGB kein abstraktes Gefährdungsdelikt darstelle. Mit dieser Bestimmung solle lediglich verhindert werden, dass Bürger durch das Schiessen belästigt würden. Die Strafnorm beinhalte einzig das Verbot, ahnungslose Bürger und Fuhrwerke zu erschrecken. Der Schuss aus einem Luftgewehr könne folglich nicht unter den Straftatbestand fallen.

bb) § 41 EG StGB enthält nach seinem klaren Wortlaut zwei Tatbestandsvarianten: Zum einen geht es um das Schiessen bei Hochzeiten und ähnlichen Festlichkeiten, welches einerseits das Schiessen mit Böllern und Mörsern bei Festivitäten und andererseits

das früher weit verbreitete Hochzeitsschiessen betrifft, das regelmässig stattfand, wenn sich junge Männer aus der Schützengesellschaft verheirateten[292]. Zum anderen behandelt die Bestimmung ganz generell das unbefugte Schiessen in der Nähe von Wohnungen und Strassen. Beide Tatbestandsvarianten umfassen sowohl den Schutz vor Ruhestörungen als auch den Schutz vor Gefährdungen. Gewisse kantonale Bestimmungen betreffend das unbefugte Schiessen enthalten denn auch ausdrücklich den Hinweis auf die daraus resultierende Gefährdung[293].

cc) Der Berufungskläger übersah in diesem Zusammenhang auch § 40 EG StGB mit der Marginale "Ruhestörung". Geht es nämlich um (reine) Lärmbelästigung beziehungsweise um das (blosse) Stören der öffentlichen Ruhe , ist § 40 EG StGB anwendbar. Demgegenüber zielt § 41 EG StGB unter anderem darauf ab, die Bürger vor unbefugtem Schiessen und den daraus resultierenden Gefahren in der Nähe von Wohnungen und Strassen zu schützen. Zwar trifft zu, dass die vom Berufungskläger - freilich sehr selektiv eingereichten - Auszüge aus den Materialien zum EG StGB, insbesondere das Protokoll der grossrätlichen Kommission, auch bei § 41 die Frage der Ruhestörung betonen. Doch steht, ohne dass weitere rechtshistorische Studien betrieben werden, schon aufgrund des Wortlauts fest, dass diese Bestimmung nicht nur den Zweck haben kann, Ruhestörungen zu vermeiden, denn diesfalls hätte sie angesichts von § 40 EG StGB gar keine weitere beziehungsweise selbstständige Bedeutung und würde im Verhältnis zu dieser Vorschrift nur zu völlig unnützen Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

dd) Das abstrakte Gefährdungsdelikt zeichnet sich dadurch aus, dass das Gesetz eine Handlung ihrer typischen Gefährlich-

---

[292] Lei, in: Schoop (Hrsg.), Geschichte des Kantons Thurgau, Bd. 3, S. 454
[293] Vgl. etwa § 93 UeStG BS

keit wegen allgemein mit Strafe bedroht, unabhängig davon, ob im konkreten Fall ein Rechtsgut in Gefahr gerät[294]. Jene Handlungen werden deshalb verboten, weil sie regelmässig eine erhöhte Möglichkeit der Verletzung des zu schützenden Rechtsguts in sich schliessen. Das Gesetz verwendet nicht die Ausdrücke "Gefahr" oder "Gefährdung", sondern umschreibt lediglich die Merkmale der Handlung, welche ihre erhöhte Schädigungseignung, d.h. ihre abstrakte Gefährlichkeit begründen[295]. Der Tatbestand eines abstrakten Gefährdungsdelikts enthält die Gefahr nicht als Deliktsmerkmal. Das betreffende Verhalten wird mit Strafe bedroht, weil es nach allgemeiner Erfahrung generell geeignet ist, eine konkrete Gefahr oder eine Verletzung herbeizuführen. Der Täter ist auch dann strafbar, wenn sein Verhalten im konkreten Fall kein Rechtsgut gefährdete[296].

ee) Daran, dass § 41 EG StGB neben der Komponente der Ruhestörung auch einen Gefährdungstatbestand umfasst, ändert auch nichts, dass diese kantonale Bestimmung im Anwendungsbereich von Art. 129 StGB aufgrund von Art. 335 Ziff. 1 StGB keine Geltung haben kann. Die bundesrechtliche Bestimmung erfordert jedoch einerseits Skrupellosigkeit und eine unmittelbare Lebensgefahr, und andererseits bilden Art. 127 ff. StGB kein geschlossenes Normensystem[297]: Gefährdungstatbestände wie nachlässige Beaufsichtigung von Geisteskranken, das Halten wilder Tiere, die Gefährdung durch Tiere, die Störung der Ruhe, die Beunruhigung der Bevölkerung und ähnliche Bestimmungen sind im kantonalen Übertretungsstrafrecht durchaus zulässig[298]. Im Übrigen ist selbstverständlich, dass die besonderen Bestimmungen der Waffen- und Sprengstoffgesetzgebung des Bundes und

---

[294] Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 3.A., § 9 N 15
[295] Rehberg, Grundriss Strafrecht I, 5.A., § 7 N 2.33
[296] Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 5.A., S. 77
[297] Vgl. BGE 129 IV 279
[298] Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Art. 335 N 6

des kantonalen Jagdgesetzes gegenüber § 41 EG StGB vorbehalten bleiben[299].

ff) Das EG StGB wurde revidiert; die neuen Bestimmungen treten auf den 1. Januar 2007 in Kraft[300]. § 41 EG StGB wurde dabei ebenfalls angepasst und wird neu lauten: "Jedes unbefugte Schiessen in der Nähe von Wohnungen und Strassen wird mit Busse bestraft[301]." Der Gesetzgeber verdeutlicht damit, dass das Problem des unbefugten Schiessens in der Nähe von Wohnungen und Strassen - im Gegensatz zum Schiessen bei Hochzeiten und ähnlichen Festlichkeiten - nach wie vor aktuell ist und dementsprechend auch geahndet werden soll.

gg) Was der Berufungskläger an weiteren Gegenargumenten vorträgt, überzeugt nicht. § 41 EG StGB ist nach seinem Wortlaut keineswegs auf das Schiessen mit Schusswaffen beschränkt, was sich schon aufgrund der Erwähnung des Schiessens bei Hochzeiten und Festlichkeiten ergibt; der Berufungskläger selbst geht diesbezüglich ohne weiteres davon aus, auch das Schiessen mit Böllern und ähnlichen Geräten, welche nicht Schusswaffen im üblichen Sinn darstellen, falle unter diesen Tatbestand. Damit kann die Bestimmung durchaus auch Anwendung auf Luftgewehre finden. Ausserdem kann - ohne die Frage abschliessend zu prüfen - keineswegs ausgeschlossen werden, dass unter besonderen Umständen auch das Schiessen mit einer Armbrust unter § 41 EG StGB fallen könnte. Das Schiessen auf Jahrmärkten bedarf einer markt- beziehungsweise gewerbepolizeilichen Bewilli-

---

299 Botschaft des Regierungsrates vom 15. Februar 2005 zu den verschiedenen Rechtssetzungsvorhaben im Zusammenhang mit der Umsetzung der Revision des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des neuen Jugendstrafgesetzes, S. 19

300 ABl 2006 S. 2765

301 § 34 revEG StGB; ABl 2005 S. 1868

gung des Schiessbudenbetreibers und ist im Sinn von § 41 EG StGB ohnehin nicht "unbefugt".

d) Wie der Berufungskläger im polizeilichen Befragungsprotokoll angab, würden die Projektile in seinem Druckluftgewehr bis 450 Meter weit fliegen, wenn der Druck maximal eingestellt werde; er habe den Druck auf ungefähr einen Drittel eingestellt. Das vom Berufungskläger verwendete Bleiprojektil, das sieben Millimeter lang und sechs Millimeter breit ist, fliegt auch unter diesen Umständen immer noch 150 Meter weit. Die Strasse, die sich hinter dem betreffenden Baum befindet und an der weitere Mehrfamilienhäuser stehen, ist vom Fenster, aus dem der Berufungskläger schoss, ungefähr 70 Meter entfernt. Querschläger, Abpraller oder ungenaue Schüsse können mit den vom Berufungskläger verwendeten Projektilen zu ernsthaften Verletzungen führen. Zudem war der Baum im fraglichen Zeitpunkt belaubt. Projektile, die ihr Ziel verfehlen, sind nach der Lebenserfahrung durchaus wahrscheinlich, wenn nicht sogar häufig, und die Sicht auf die dahinterliegende Strasse und allfällige Passanten entsprechend eingeschränkt. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist das Schiessen mit einem Luftgewehr in einem bewohnten Gebiet generell geeignet, eine Gefahr für Leib und Leben der in einem solchen Wohngebiet lebenden Menschen herbeizuführen; dem Berufungskläger sei die Wucht des abgegebenen Geschosses sehr wohl bekannt gewesen, habe er doch selbst zugegeben, eine Schussabgabe auf den Kugelfang auf dem Balkon sei nicht möglich gewesen, da das Projektil vom Kugelfang nicht habe aufgefangen werden können und die dahinter liegenden Sparen beschädigt worden seien. Wie leichtsinnig der Berufungskläger mit Luftgewehren umging, bewies er auch damit, dass er erneut mit einem weiteren Luftgewehr in die Bäume des angrenzenden Kindergartens schoss. Sein Verhalten kann nur als absolut uneinsichtig, wenn nicht renitent bezeichnet werden. Im Übrigen ist nach wie vor umstritten, ob Druckluftwaffen, die dank moderner Technik Projektile mit grosser Beschleunigung abfeuern können, nicht dem Waffengesetz unterstellt

werden müssten. Gewisse Druckluftgewehre sind Präzisionswaffen, deren Gefährdungspotenzial mit dem der unter das Gesetz fallenden Waffen durchaus vergleichbar ist[302].

e) Zusammenfassend steht fest, dass sich der Berufungskläger der Widerhandlung gegen § 41 EG StGB schuldig machte.

Obergericht, 27. Juni 2006, SBR.2006.5

42. Keine Offizialverteidigung für mittelbare Nachteile aus Strafprozess (§ 50 Abs. 4 StPO)

1. a) Die Vorinstanz fand X und Y mit Urteil vom 28. April/30. Juni 2006 der qualifizierten fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst schuldig; Y wurde zu einer Busse von Fr. 800.00 verurteilt, unter Löschungsvorbehalt bei einer Probezeit von einem Jahr. Der Sachverhalt ist im Wesentlichen unbestritten, die technischen Fragen bedürfen zu ihrer Beantwortung keines Fachwissens und schwierige juristische Probleme stellen sich nicht.

b) Y erklärte Berufung und beantragte am 14. August 2006 die Bestellung eines amtlichen Verteidigers.

2. Beim Anspruch auf amtliche Verteidigung greifen unabhängig von den Vorschriften des kantonalen Rechts die direkt aus Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK hergeleiteten Minimalgarantien ein, weil § 50 Abs. 4 StPO keinen darüber hinausgehenden An-

---

[302] Weissenberger, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes, in: AJP 2000 S. 156

spruch verleiht; die Praxis des Obergerichts zu § 50 Abs. 4 StPO folgt deshalb im Wesentlichen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[303].

a) Die Bestellung eines Offizialverteidigers ist geboten, wenn die Interessen der bedürftigen Partei in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Anwalts erforderlich machen; falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtspositionen des Betroffenen eingreift, ist die Bestellung eines Offizialvertreters grundsätzlich erforderlich. Im Strafprozess trifft dies unabhängig von den tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Verfahrens zu, wenn dem Angeschuldigten konkret (nicht abstrakt nach dem gesetzlichen Strafrahmen) eine schwerwiegende freiheitsentziehende Massnahme oder eine Strafe droht, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzugs ausschliesst. Droht zwar eine erhebliche, nicht aber eine besonders schwere Freiheitsbeschränkung, müssen zur relativen Schwere des Eingriffs besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Beschuldigte - auf sich allein gestellt - nicht gewachsen wäre. Als besondere Schwierigkeiten fallen nicht nur Umstände wie die Kompliziertheit der Rechtsfragen, die Unübersichtlichkeit des Sachverhalts und dergleichen in Betracht, sondern auch in der Person des Beschuldigten liegende Gründe, wie etwa dessen Fähigkeiten, sich im Verfahren zurecht zu finden. Bei offensichtlichen Bagatelldelikten, bei denen im konkreten Fall nur eine Busse oder eine geringfügige Freiheitsstrafe in Frage kommt, besteht kein Anspruch auf Offizialverteidigung[304]. Ob der Angeklagte zur Wahrung seiner Interessen unfähig ist oder in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bestehen, die eine Offizialverteidigung notwendig machen, ist nach seinen persönlichen Eigenschaften und

---

[303] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 50 N 27
[304] RBOG 1994 Nr. 33 S. 167 f.; BGE 122 I 51 f., 276, 120 Ia 44 ff

Fähigkeiten im Einzelfall zu beurteilen[305]. In der Person des Angeklagten liegende Gründe, die beim Entscheid über die Offizialverteidigung allenfalls Beachtung finden müssen, sind etwa seine Unfähigkeit, den Gang des Verfahrens überhaupt verstehen zu können, oder gänzlich fehlendes sprachliches Ausdrucksvermögen; eine Offizialverteidigung ist aber nicht allein schon deshalb notwendig, weil der Angeschuldigte nur über ungenügende Gesetzeskenntnisse verfügt oder keine gute schulische Ausbildung hat oder noch relativ jugendlich ist oder aus einem anderen Kulturkreis stammt oder durch die Strafuntersuchung zwangsläufig - auch in psychischer Hinsicht - beeinträchtigt wird[306]. Bei der Frage, ob eine schwierige Rechtslage gegeben ist, darf nicht übersehen werden, dass die Regelungsdichte in den letzten Jahrzehnten stark zugenommen hat, so dass es für den Laien immer schwieriger wird, die Rechtslage einzuschätzen, während umgekehrt nicht schon das subjektive Gefühl der Überforderung die Bestellung eines Offizialverteidigers rechtfertigen kann, andernfalls in praktisch jedem Fall von einer schwierigen Rechtslage ausgegangen werden müsste; dementsprechend muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die Rechtslage eine sachgerechte Wahrnehmung seiner Interessen durch den Angeschuldigten selbst möglich macht[307]. Eine leichte Verminderung der Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten begründet für sich allein ebenso wenig einen Anspruch auf amtliche Verteidigung wie andere leichte psychische Beeinträchtigungen[308].

b) § 50 Abs. 4 StPO meint mit Bezug auf die Freiheitsstrafe nur jene, welche die Gewährung des bedingten Strafvollzugs wegen ihrer Dauer verunmöglicht[309]. Droht dem Angeschuldigten eine unbe-

---

[305] RBOG 1994 Nr. 33 S. 167
[306] Zweidler, § 50 StPO N 29
[307] ABOW 1998/99 Nr. 46
[308] Zweidler, § 50 StPO N 29
[309] Zweidler, § 50 StPO N 34 ff.

dingte Freiheitsstrafe, kann dies für sich allein nur dann Anlass für eine Offizialverteidigung bilden, wenn der Freiheitsentzug eine gewisse Dauer erreicht; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügen allerdings "einige" Wochen oder Monate[310]. Nach der neuesten Praxis des Obergerichts ist es generell gerechtfertigt, einem Angeschuldigten, der mit einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten rechnen muss und dem der bedingte Strafvollzug voraussichtlich nicht gewährt wird, einen Offizialverteidiger zu bestellen, unabhängig von den tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten der Strafsache und unabhängig von seiner Persönlichkeit[311]. Als Bagatelldelikte gelten etwa Übertretungen, bei denen nur eine Busse in Betracht kommt[312]; in solchen Fällen besteht auch bei Vorliegen besonderer Schwierigkeiten kein Anspruch auf Bewilligung eines Offizialverteidigers. Von einem Bagatellfall ist regelmässig auch bei einer drohenden bedingten Freiheitsstrafe von bis zu rund drei Monaten auszugehen; eine Ausnahme kann allenfalls vorliegen, wenn der Gesuchsteller aufgrund persönlicher Umstände überhaupt nicht in der Lage ist, sich zu verteidigen, oder wenn die Strafuntersuchung sich als ausserordentlich kompliziert erwies[313]. Der Richter hat grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen, ob der Angeschuldigte zur selbstständigen Wahrung seiner Interessen fähig ist; sind irgendwelche Probleme nicht zu erkennen, trifft den Angeschuldigten mit Bezug auf seine allfälligen Schwierigkeiten, deren Beurteilung oder Erörterung seine Fähigkeiten übersteigen, eine Substantiierungspflicht: Er hat darzulegen, worin seine Probleme in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bestehen[314].

---

[310] BGE 122 I 52
[311] RBOG 2003 Nr. 29
[312] Vgl. ZGGVP 1991/92 S. 197 f.
[313] Zweidler, § 50 StPO N 37
[314] Zweidler, § 50 StPO N 30

c) Die Bestellung eines Offizialverteidigers sollte grundsätzlich nicht Zwecken dienen, die an sich prozessfremd sind oder nur den Schutz vor bloss mittelbaren Nachteilen aus dem Strafprozess betreffen. So kann sich eine Offizialverteidigung allenfalls auch unabhängig von der in Frage stehenden Hauptstrafe aufgrund einer beantragten Nebenstrafe (z.B. Berufsverbot) oder Massnahme (z.B. Einziehung existenzieller Vermögenswerte) rechtfertigen, soweit es darin um einen entsprechend massiven Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen geht[315], nicht aber mit Blick auf einen allenfalls drohenden Verlust der Arbeitsstelle oder wegen der Gefahr des Auseinanderbrechens der Familie oder aufgrund anderer Nachteile, wie sie häufig und meistens auch zwangsläufig mit einem Schuldspruch oder den daraus resultierenden strafrechtlichen Konsequenzen verbunden sind. Ob der Ausgang des Strafverfahrens einen Einfluss auf die ausländerrechtliche Stellung des Angeschuldigten hat, bleibt bei der Frage, ob ihm ein Offizialverteidiger zu bestellen ist, mithin unbeachtlich[316]; anders kann es sich indessen je nach den Umständen bei einer drohenden strafrechtlichen Landesverweisung verhalten[317]. Ob ein schwerwiegender Fall gegeben ist, muss aber immerhin stets massgeblich aus der Interessenlage des Beschuldigten heraus beurteilt werden[318] und kann sich deshalb auch aus dem möglichen Ausgang des Verfahrens und den zu erwartenden Auswirkungen auf das Schicksal des Angeklagten ergeben[319], so dass letztlich in einem gewissen Sinn auf das drohende "Gesamtübel" abzustellen ist[320]. Insoweit kann im Rahmen des weiten Ermessens des Richters in einem Grenzbereich die Berücksichtigung sehr

---

[315] Vgl. Pra 92, 2003, Nr. 23
[316] Zweidler, § 50 StPO N 40
[317] Vgl. Pra 92, 2003, Nr. 23
[318] Vogler, in: Internationaler Kommentar zur EMRK, Art. 6 EMRK N 529; Pra 92, 2003, Nr. 23
[319] EuGRZ 1977, S. 477; Vogler, Art. 6 EMRK N 529
[320] Laufhütte, Karlsruher Kommentar, 5.A., § 140 DStPO N 21; vgl. auch Meyer-Gossner, Strafprozessordnung, 46.A., § 140 N 25

schwerwiegender mittelbarer Nachteile für den Beschuldigten aus dem Strafverfahren in Betracht kommen, sofern diese Nachteile offensichtlich sind beziehungsweise deren Eintreten mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Das gilt etwa, wenn parallel zum Strafverfahren weitere damit zusammenhängende Prozesse geführt werden[321], oder wenn dem Betroffenen bei einer Verurteilung erhebliche disziplinarrechtliche Konsequenzen drohen. Auch wenn es aus dieser Sicht unter Umständen in Betracht kommen mag, allfällige weitreichende haftungsrechtliche Konsequenzen des Strafverfahrens zu berücksichtigen[322], muss aber allgemein als Grundsatz gelten, dass die potenziell präjudizielle Wirkung, welche ein Schuldspruch gegebenenfalls auf zivilrechtliche Ansprüche haben kann, die an sich nicht Gegenstand des Strafprozesses bilden, keinen genügenden Grund für die Bestellung eines Offizialverteidigers darstellt. Dies rechtfertigt sich einerseits schon mit Blick auf Art. 53 Abs. 2 OR, andererseits aber, weil andernfalls bei vielen Fahrlässigkeitsdelikten von verhältnismässig geringer strafrechtlicher Bedeutung bereits eine Offizialverteidigung notwendig würde, was an sich im Vergleich zu anderen Fällen wieder zu Rechtsungleichheiten führen könnte.

3. a) Der Berufungskläger Y wurde von der Vorinstanz der qualifizierten fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 800.00 unter Löschungsvorbehalt bestraft. Mit Blick auf das seitens der ersten Instanz verhängte Strafmass, welches im Berufungsverfahren nicht verschärft werden kann, da die Staatsanwaltschaft gemäss telefonischer Auskunft auf eine Anschlussberufung verzichtet[323], rechtfertigt sich die Bestellung eines Offizialverteidigers demnach nicht. Die verhältnismässig lange

---

[321] Z.B. BGE 1P.154/2005 vom 30. Mai 2005: Strafverfahren wegen Kindsmissbrauchs und familienrechtliche Verfahren
[322] Vgl. Präjudiz bei Laufhütte, § 140 DStPO N 21
[323] § 209 Abs. 1 StPO

Dauer des Verfahrens vermag ebenfalls keinen Grund für eine Offizialverteidigung zu bilden, nachdem nicht zu erkennen ist, welcher konkrete Nachteil dem Berufungskläger daraus entstehen könnte.

b) Y macht zwar geltend, er selber sei gar nicht in der Lage, sich den Durchblick über das komplizierte Verfahren zu verschaffen und sich selber wirksam zu verteidigen; namentlich sei er nicht in der Lage, die komplizierten juristischen Gedankengänge des Gerichts zu verstehen und sich dagegen zur Wehr zu setzen. Worin die Komplexität des Falles oder die mangelnden Fähigkeiten des Berufungsklägers konkret bestehen sollen, wird indessen substantiiert nicht ausgeführt und ist aufgrund der Akten auch nicht zu erkennen: Vielmehr geht es nur um die Frage, ob Y bei der Planung, Erstellung und Inbetriebnahme des in Frage stehenden Cheminées Sorgfaltspflichten verletzte, wodurch schliesslich eine Feuersbrunst entstand, durch welche Leib und Leben von Menschen in Gefahr gebracht wurden; dabei sind weite und wesentliche Teile des Sachverhalts gar nicht bestritten, und die sich stellenden technischen Fragen können auch ohne spezielles Fachwissen beantwortet werden, während sich umgekehrt keine schwierigen juristischen Probleme stellen. Daran ändert auch nichts, dass der mitangeklagte X seinerseits anwaltlich vertreten ist: Zwar kann dies bei Strafverfahren mit relativ schweren Straffolgen einen Grund für die Bestellung eines Offizialverteidigers bilden[324], doch lassen sich die Tatbeiträge der beiden Beteiligten in diesem Verfahren von geringer strafrechtlicher Tragweite aufgrund der Akten und der vorhandenen Aussagen klar erkennen; deshalb ist - wie sich im erstinstanzlichen Verfahren zeigte - auch die Gefahr gering, dass es X gelingen könnte, "alle Verantwortung auf Y abzuschieben". Ohne Belang bleibt in diesem Zusammenhang insbesondere auch, dass der Präsident der Vorinstanz dem Berufungskläger Y für das erstinstanzliche Verfahren die Offizial-

---

[324] SGGVP 1999 Nr. 70

verteidigung bewilligte, umso mehr als sich die Gründe hiefür nicht (mehr) nachvollziehen lassen.

c) Es ist zwar offensichtlich, dass es Y im vorliegenden Fall nicht um das Strafmass, sondern um den Schuldspruch als solchen geht, und dass dieser - falls die Berufung abgewiesen wird - seinerseits wieder einen massgeblichen Einfluss auf die hinter dem Strafprozess stehenden zivilrechtlichen Ansprüche haben kann und wird. Diese Tatsache betrifft indessen nur mittelbare Folgen des Strafverfahrens und steht in keinem direkten Zusammenhang mit dem hier in Frage stehenden Strafprozess; auch aus dieser Sicht rechtfertigt sich in diesem durch eine blosse Busse erledigten Verfahren die Gewährung einer amtlichen Verteidigung nicht.

Somit ist das Gesuch von Y um Bestellung eines Offizialverteidigers für das Berufungsverfahren abzuweisen.

Obergerichtspräsidium, 16. August 2006, SBR.2006.32

43. Die Verletzung der Aufklärungspflichten führt nicht zwingend zur Unverwertbarkeit einer Einvernahme (§ 86 Abs. 1 und 4 StPO)

A. 1. Nachdem der Berufungskläger in seiner Einsprache geltend gemacht hatte, seine gegenüber der Polizei gemachten Aussagen seien so, wie sie im Polizeirapport wiedergegeben seien, nicht gemacht worden, führte das Bezirksamt eine untersuchungsrichterliche Einvernahme durch, wobei es den Berufungskläger als Auskunftsperson befragte. Dabei wurde der Berufungskläger nicht darauf hingewiesen, er dürfe seine Aussage generell verweigern.

2. a) Wer als Angeschuldigter einvernommen wird, ist gemäss § 86 Abs. 1 StPO insbesondere zur Wahrheit zu ermahnen, mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass er die Aussagen verweigern kann, ihm das Recht zusteht, einen Verteidiger beizuziehen und allfällige Aussagen gegen ihn verwendet werden können. Aussagen, welche in Missachtung dieser Vorschrift zustande kommen, sind laut § 86 Abs. 4 StPO ungültig. Für die Befragung und Einvernahme einer dringend tatverdächtigen Person vor der Eröffnung einer Strafuntersuchung gelten nach § 97 Abs. 3 StPO die Bestimmungen über die Einvernahme des Angeschuldigten sinngemäss.

b) aa) Das Bundesgericht stellte in BGE 130 I 131 f. fest, dass die Frage, ob bei Verletzung der Aufklärungspflicht ein Verwertungsverbot bestehe, in der Literatur unterschiedlich beantwortet werde: So werde von einem Teil der Lehre die Auffassung vertreten, der Hinweis auf die dem Angeschuldigten zustehenden Rechte sei ein Gültigkeitserfordernis, so dass eine fehlende Aufklärung zur Unverwertbarkeit der Aussagen des Betroffenen führe. Differenzierter seien die Meinungen, wonach zwar grundsätzlich ein Beweisverbot bestehe, Ausnahmen aber je nach konkretem Einzelfall möglich seien, etwa, wenn der Betroffene sein Schweigerecht gekannt habe. In der Folge bestätigte das Bundesgericht seine in zwei nicht veröffentlichten Urteilen[325] begründete Rechtsprechung, wonach ein absolutes Verwertungsverbot nicht bestehe. Eine Ausnahme sei insbesondere zu machen, wenn der Angeschuldigte seine Rechte gekannt habe. Allerdings müsse diese Kenntnis im konkreten Fall hinreichend erwiesen sein. Davon sei etwa auszugehen, wenn der Angeschuldigte in Anwesenheit seines Verteidigers angehört worden sei.

---

[325] BGE vom 14. März 2001, 8G.55/2000, Erw. 3c, und BGE vom 9. Januar 2002, 6P.164/2001, Erw. 3e

bb) Zu beachten ist bei der Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf den hier zu beurteilenden Fall, dass sich in den vom Bundesgericht entschiedenen Fällen die Pflicht zur Aufklärung mangels einer Regelung in den konkret anwendbaren Strafprozessordnungen unmittelbar auf Art. 31 Abs. 2 BV stützte und sich diese Vorschrift nicht zu den Rechtsfolgen einer Verletzung der Aufklärungspflicht äussert. Im Kanton Thurgau ordnet § 86 Abs. 4 StPO als Rechtsfolge bei Missachtung der Vorschriften über die Einvernahme des Angeschuldigten hingegen ausdrücklich die Ungültigkeit der Aussagen an, wodurch der Mangel nur durch eine Wiederholung der Einvernahme geheilt werden kann. Indessen erscheint es sachgerecht, diese Bestimmung, jedenfalls soweit sie sich auf die Aufklärungspflicht von § 86 Abs. 1 StPO bezieht, in Anlehnung an die zur Art. 31 Abs. 2 BV entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts lediglich als Grundsatz aufzufassen. Ein Abweichen davon muss - namentlich in Abwägung der auf dem Spiel stehenden privaten und öffentlichen Interessen - beim Vorliegen von Gründen, die nach dem Bundesgericht eine Ausnahme vom Verwertungsverbot zulassen, im konkreten Einzelfall möglich sein[326].

3. Der Berufungskläger war an der fraglichen Einvernahme durch seinen Verteidiger begleitet, und weder damals noch im späteren Verlauf des Verfahrens wurde der Umstand gerügt, dass der Berufungskläger zu Unrecht als Auskunftsperson einvernommen worden sei. Ebenso wenig wurde je die Ungültigkeit der Aussagen zufolge der Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Untersuchungsrichter geltend gemacht. Es darf daher schon deshalb ohne weiteres davon ausgegangen werden, der Berufungskläger sei von seinem Verteidiger auf seine ihm zustehenden Rechte und den Umstand, dass seine Aussagen gegen ihn verwendet werden können, hingewiesen worden. Inso-

---

[326] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 86 N 6

fern erscheint es nicht sachgerecht, die Aussagen des Berufungsklägers als unverwertbar zu betrachten. Unter dem Blickwinkel der Verfahrensgarantien der EMRK unterliegt denn auch keinem Zweifel, dass dem Berufungskläger insgesamt ein fairer Prozess widerfuhr[327]. Eine bei Ungültigkeit der Einvernahme notwendige Wiederholung[328] würde daher zu einem unsinnigen prozessualen Leerlauf verkommen, der weder im Interesse des Berufungsklägers noch des Staates beziehungsweise der Öffentlichkeit läge und von daher zum reinen Selbstzweck verkäme.

Obergericht, 30. März 2006, SBR.2005.42

B. 1. In formeller Hinsicht ist zu prüfen, ob die vom Berufungskläger anlässlich seiner ersten polizeilichen Befragung gemachten Aussagen verwertbar sind, nachdem er von der Polizei nicht auf seine ihm zustehenden (Verteidigungs-)Rechte aufmerksam gemacht wurde.

2. Gemäss § 71 Abs. 4 StPO sind polizeiliche Einvernahmen im Ermittlungsverfahren nach den Vorschriften von § 97 StPO (Einvernahme als Auskunftsperson) und § 98 StPO (polizeiliche Befragung zu Protokoll) durchzuführen, wobei sich aus § 97 Abs. 3 StPO wiederum ergibt, dass in formeller Hinsicht die Bestimmungen über die Einvernahme des Angeschuldigten sinngemäss anwendbar sind. Zu den sinngemäss anwendbaren Bestimmungen gehört insbesondere § 86 StPO[329].

---

[327] Vgl. Zweidler, § 86 StPO N 6
[328] Zweidler, § 86 StPO N 12
[329] Zweidler, § 97 StPO N 5

3. Gleich mehrere Indizien weisen darauf hin, dass der Berufungskläger sein Schweigerecht trotz des fehlenden Hinweises darauf kannte. So ist zunächst einmal festzustellen, dass er bereits im Jahr 2000 ein Strafverfahren durchlief, womit davon ausgegangen werden darf, dass er seine prozessualen Rechte schon von damals her kannte. Sodann bestätigte der Berufungskläger an der untersuchungsrichterlichen Einvernahme seine gegenüber der Polizei gemachten Aussagen ausdrücklich als richtig. Diese Bestätigung gab er nach erfolgter ordnungsgemässer Rechtsbelehrung ab, was er nicht getan hätte, wenn er gegenüber der Polizei ihn selber belastende Aussagen in Unwissenheit darüber, schweigen zu dürfen, gemacht hätte. Schliesslich erhob der Berufungskläger während des gesamten Verfahrens trotz anwaltlicher Verteidigung im zweitinstanzlichen Verfahren auch nie den Einwand, die polizeiliche Einvernahme sei wegen Verletzung der Aufklärungspflicht nicht gültig zustande gekommen. Im Gegenteil wurden im Berufungsverfahren die gegenüber der Polizei gemachten Aussagen inhaltlich ohne diesbezüglichen Vorbehalt gewürdigt. Angesichts dieser Hinweise auf die Kenntnis des Berufungsklägers bezüglich seiner Verteidigungsrechte wäre es nicht sachgerecht, die entsprechenden Aussagen des Berufungsklägers als unverwertbar zu betrachten. Unter dem Blickwinkel der Verfahrensgarantien der EMRK unterliegt denn auch keinem Zweifel, dass dem Berufungskläger insgesamt ein fairer Prozess widerfuhr[330].

Obergericht, 4. Mai 2006, SBR.2005.43

---

[330] Vgl. Zweidler, § 86 StPO N 6

44. Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Anfechtung der einem Offizialverteidiger zugesprochenen Entschädigung; Änderung der Rechtsprechung (§§ 199, 211 Abs. 1 und 58 Abs. 2 StPO)

1. Soweit kein anderes kantonales Rechtsmittel und keine Einsprache zulässig ist und das Gesetz die Anfechtung nicht ausdrücklich ausschliesst, kann gemäss § 211 Abs. 1 StPO Beschwerde geführt werden gegen das Verfahren und alle Entscheide der Strafverfolgungs- und Vollzugsbehörden, der Bezirksgerichte, ihrer Kommissionen und Präsidenten. Die Berufung ist nach § 199 Abs. 1 und 2 StPO zulässig gegen Urteile der Bezirksgerichte und ihrer Kommissionen; wird allein die Kostenregelung angefochten, so ist nur Beschwerde zulässig.

2. Bislang wurde die Ansicht vertreten, der Staatsanwaltschaft fehle die Beschwer zur Anfechtung der einem amtlichen Verteidiger zugesprochenen Entschädigung, insbesondere weil dem Staat ohnehin der Rückgriff auf den Verurteilten zustehe. Die Staatsanwaltschaft sei hingegen beschwert, wenn sie geltend mache, der Staat sei zu Unrecht zur direkten Tragung von Kosten oder zur Ausrichtung einer Parteientschädigung verpflichtet worden[331]. Deshalb ist die Staatsanwaltschaft beschwerdelegitimiert, wenn es um die Höhe einer solchen Parteientschädigung geht. Problematisch ist allerdings, dass der Staatsanwaltschaft die Beschwer bezüglich der gerichtlichen Festsetzung der Offizialanwaltshonorare abgesprochen wird, da der zweiten Instanz nur beschränkt die Möglichkeit offen steht, von Amtes wegen korrigierend einzugreifen[332]. Erachtet das Obergericht die von der Vorinstanz im erstinstanzlichen Verfahren dem Offizialverteidiger zugesprochene

---

[331] RBOG 1990 Nr. 37

[332] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 199 N 12 S. 805

Entschädigung als zu hoch, kann es dies dadurch ausgleichen, dass es das im Berufungsverfahren anfallende Honorar tiefer ansetzt, d.h. den Überschuss im Berufungsverfahren verrechnet[333]. Hingegen ist es entgegen der früheren Praxis nicht (mehr) möglich, das erstinstanzlich zugesprochene Honorar im Berufungsverfahren zu kürzen[334]; dieser Entscheid muss allerdings dazu führen, dass der Staatsanwaltschaft entgegen der bisherigen Praxis künftig zugestanden wird, überhöhte Offizialverteidigerhonorare anzufechten[335]. Das Recht der Staatsanwaltschaft, sich zu einer Kostenbeschwerde eines Offizialverteidigers gegen die im erstinstanzlichen Verfahren festgelegte Entschädigung zu äussern, bestand schon bisher[336].

Obergericht, 8. Mai 2006, SW.2006.4

45. Der traditionelle, ausserhalb der zulässigen Öffnungszeiten erfolgte Verkauf von Backwaren über die Gasse ("Backstubenverkauf") ist nicht strafbar (§§ 2 f. LöG; § 2 GastG)

1. Der Berufungskläger betreibt in derselben Liegenschaft, in der seine Ehefrau ein Restaurant führt, seine Bäckerei. Das Bezirksamt büsste ihn wegen Missachtung der gesetzlich bewilligten Ladenöffnungszeiten für ein Verkaufsgeschäft sowie der Schliessstunde für einen Gastgewerbebetrieb durch sogenannten Gassenverkauf von Backwaren gestützt auf § 8 i.V.m. §§ 5 und 6 Abs. 4 LöG[337] sowie § 46

---

333 Zweidler, § 52 StPO N 30
334 BGE 129 I 65 f.
335 Zweidler, § 52 StPO N 30
336 Zweidler, § 216 StPO N 2
337 Gesetz über die Ladenöffnungszeiten, RB 554.11

i.V.m. §§ 27 und 28 GastG[338]. Der Berufungskläger hatte jeweils frühmorgens Gipfeli aus dem Fenster seiner Backstube an Laufkundschaft verkauft.

2. Als Verkaufsgeschäfte im Sinn des LöG gelten laut § 2 LöG Detailhandelsbetriebe, Warenhäuser, Kioske und andere Verkaufsstellen, deren Verkaufsart dem Ladenverkauf ähnlich ist. Nicht unter dieses Gesetz fallen gemäss § 3 Ziff. 2 LöG Betriebe, soweit sie gemäss GastG Getränke oder genussfertige Speisen zum Genuss an Ort und Stelle oder zum Mitnehmen abgeben. Als gastgewerbliche Tätigkeiten im Sinn des GastG gelten - sofern sie entgeltlich und gewerbsmässig ausgeübt werden - gemäss § 2 GastG unter anderem die Abgabe von Speisen und Getränken zum Genuss an Ort und Stelle und das Überlassen von Räumen oder von Platz zum Genuss von Speisen und Getränken oder zum vorübergehenden Aufenthalt.

a) Der Berufungskläger hält dafür, sein Betrieb sei ein gemischter (Restaurant und Bäckerei unter einem Dach). Gestützt auf die Ausnahmebestimmung von § 3 Ziff. 2 LöG, wonach Betriebe, die Getränke und genussfertige Speisen abgäben, nicht unter das LöG fielen, unterstünden gemischte Betriebe integral dem GastG. Dem Berufungskläger könnten somit nur Verstösse gegen das GastG vorgeworfen werden.

b) aa) Bezüglich der Frage der Betriebsart enthalten die Akten nicht besonders viele Anhaltspunkte. Erstellt ist, dass der Stadtrat der Ehefrau des Berufungsklägers 1995 ein Patent zur Führung einer Wirtschaft mit Alkoholausschank im Sinn des damals geltenden § 15 Ziff. 2 aGastG für das Restaurant mit Öffnungszeiten von Montag bis Samstag zwischen 05.00 Uhr und 19.00 Uhr erteilte. Aufgrund

---

[338] Gastgewerbegesetz, RB 554.51

der Aussage des Berufungsklägers steht zudem fest, dass neben dem Gastgewerbebetrieb eine Backstube betrieben wird. Wie die beiden Betriebe organisatorisch miteinander zusammenhängen, ist aus den Akten nicht ersichtlich. Es darf aber davon ausgegangen werden, dass neben dem Gastgewerbebetrieb ein eigentlicher Bäckereibetrieb mit Backstube und Laden besteht. Auch die Stadt ging offenbar anlässlich der 200-Jahr-Feier von getrennten Betrieben aus: Sie warb damit, früh am Morgen oder spät in der Nacht gebe es aus der Bäckerei feine Gipfeli oder in der Beiz den ersten "Kafi". Der Berufungskläger scheint die beiden Betriebe als Einheit zu betrachten, gab er doch gegenüber der Polizei an, er könne nicht nachvollziehen, dass der Warenverkauf mit nächtlichem Lärm verbunden sei. Dieser entstünde auch, wenn er nicht verkaufe. Die Grosszahl der Kunden würde dann vor dem Laden warten, bis es 05.00 Uhr sei und er den Laden beziehungsweise die Wirtschaft offiziell öffnen dürfe. Im Telefonbuch der Swisscom findet sich unter der Rubrik "Bäckerei" kein Eintrag mit Bezug auf den Berufungskläger. Unter dem Namen des Berufungsklägers ist das Restaurant eingetragen, ebenfalls ohne Hinweis auf einen Bäckereibetrieb. Der Berufungskläger ging denn auch davon aus, faktisch betreibe er das Restaurant.

bb) In der kantonalen Gesetzgebung finden sich Sonderbestimmungen für "Mischbetriebe" nicht. Entweder unterstehen sie dem LöG oder dem GastG. Auf eine Bäckerei mit Ladengeschäft ist daher grundsätzlich das LöG anwendbar, auf einen Restaurationsbetrieb das GastG. Aufgrund der gesetzlich zulässigen Öffnungszeiten kann grundsätzlich auch ausgeschlossen werden, dass von Verkaufsgeschäften Nachtruhestörungen ausgehen können[339].

---

[339] Vgl. § 5 LöG

Wie es sich verhält, wenn die Abgabe von Waren in Konkurrenz mit der eigentlichen Zweckbestimmung des Betriebs, der Verköstigung an Ort und Stelle, trifft, kann hier letztlich offen gelassen werden. An sich müsste ein solcher Betrieb wohl in ein Verkaufsgeschäft und in einen Gastgewerbebetrieb unterteilt werden. Daran würde auch § 3 Ziff. 2 LöG nichts ändern. Diese Bestimmung bezieht sich schon nach dem klaren Wortlaut auf Betriebe, die - entsprechend der Formulierung in § 2 GastG - Speisen und Getränke zum Genuss an Ort und Stelle oder - zusätzlich gemäss § 3 Ziff. 2 LöG - zur Mitnahme abgeben. Es muss sich aber um Betriebe handeln, die "gemäss GastG" im gastgewerblichen Sektor tätig sind. Wie es sich zum Beispiel bei einem kombinierten Cafe-Konditorei-Betrieb verhält, der sowohl Speisen zum Genuss an Ort und Stelle als auch zur Mitnahme produziert und verkauft, braucht hier nicht entschieden zu werden.

cc) Zumindest die Ehefrau des Berufungsklägers geht offensichtlich davon aus, es würden zwei Betriebe vorliegen, eine Bäckerei mit Laden sowie eine Wirtschaft. Das ergibt sich schon daraus, dass sie mit dem Stadtammann über das LöG sprechen wollte, da an den Ostertagen diverse Bäckereien offen gehabt und dies damit begründet hätten, sie betrieben auch ein Restaurant.

dd) Mit Bezug auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt - nächtlicher Verkauf von Backwaren aus der Backstube über die Gasse - handelt es sich klarerweise nicht um eine gastgewerbliche beziehungsweise eine mit der Gastwirtschaft zusammenhängende Tätigkeit. Zu den hier relevanten Tatzeiten hatte der Berufungskläger den Gastwirtschaftsbetrieb unbestrittenermassen nicht geöffnet. Er buk vielmehr in den für einen Bäcker üblichen Zeiten seine Erzeugnisse und verkaufte zwischen Mitternacht und 05.00 Uhr über die Gasse. Daher hilft dem Berufungskläger die Konstruktion mit dem "gemischten Betrieb" von vornherein nicht weiter.

ee) Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, was der Berufungskläger gewänne, wenn sein Betrieb nur dem GastG unterstellt wäre. Dann wäre er in Anwendung von §§ 27 und 28 GastG nicht berechtigt, zwischen Mitternacht und 05.00 Uhr morgens Backwaren zu verkaufen. Nicht zutreffend ist in diesem Zusammenhang auch die Auffassung des Berufungsklägers, bei Anwendung des GastG hätte gemäss dessen § 46 (Überwirten) das Verfahren nach § 194 StPO zur Anwendung gelangen müssen; danach hätte die Polizei gegen Quittung sofort jeweils Busse erheben müssen, und Einsprache und Rechtsmittel wären ausgeschlossen gewesen. Die Bussenerhebung durch die Polizei im Sinn von § 194 StPO kann nur zur Anwendung gelangen, wenn der zu Büssende damit einverstanden ist. Das ergibt sich bereits aus § 193 StPO ("im Einverständnis des Fehlbaren"). Bestreitet ein Angeschuldigter die ihm zur Last gelegte Tat, will er mithin die Busse nicht sofort bezahlen, kommt - analog der Regelung im OBG[340] - nicht § 194 StPO zur Anwendung.

c) Zusammenfassend ist mit Bezug auf die dem Berufungskläger vorgeworfenen Handlungen nicht das GastG, sondern grundsätzlich das LöG anwendbar.

3. Gemäss § 5 LöG können sämtliche Verkaufsgeschäfte von 06.00 Uhr bis 22.00 Uhr geöffnet sein. An Sonntagen können unter anderem laut § 6 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 4 LöG Verkaufsgeschäfte mit einer zusammenhängenden, für den Verkauf genutzten Fläche von höchstens 120 m^2, sofern diese Fläche zur Hauptsache für den Verkauf von Lebensmitteln genutzt wird, von 08.00 bis 20.00 Uhr offen halten. Widerhandlungen gegen Vorschriften des LöG werden gemäss § 8 Abs. 1 LöG mit Busse bis Fr. 40'000.00, bei Gewinnsucht mit Busse in unbeschränkter Höhe bestraft.

---

[340] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 193 N 4

a) Es ist seitens des Berufungsklägers nicht bestritten, dass er vor dem 15. Oktober 2004 immer wieder nachts zwischen Mitternacht und 05.00 Uhr Backwaren an Kunden verkaufte.

b) Bekanntlich sind Bäcker in ihrer Backstube zu Zeiten an der Arbeit, während welcher der Grossteil der Bevölkerung die Nachtruhe pflegt und nur gerade einzelne Nachtschwärmer noch oder gewisse Frühaufsteher bereits unterwegs sind. Es liegt in der Natur der Sache, dass diese Passanten häufig - angelockt durch das Licht, die Wärme der Backstube und den feinen Duft frischer Backwaren - an das Backstubenfenster oder die Hintertür der Bäckerei klopfen, um über die Gasse Backwaren zu erwerben, sei es - bei den Frühaufstehern - für den "Zmorge" oder "Znüni", sei es - bei den Nachtschwärmern - zur Befriedigung spontaner Gelüste oder (mit Blick auf die morgendliche Heimkehr) zugunsten des häuslichen Friedens. Dieser "Backstubenverkauf" entspricht einer altbewährten und sinnvollen Tradition sowohl auf dem Land als auch insbesondere in der Stadt. Er wurde als Ausnahme von üblichen Regelungen über Ladenöffnungszeiten stets geduldet. Sonderliche Bedeutung kam ihm auch nie zu, umso weniger, als der Gewinn für den Bäcker in der Regel ohnehin weniger in der Zahl der verkauften "Zöpfe", "Weggli" und "Gipfeli" als in der erfreulichen Abwechslung von und der (häufig) willkommenen Unterbrechung in der strengen Nachtarbeit liegt. Eine solche Verkaufstätigkeit fällt nicht unter das LöG, wenn sie nicht über das Verkaufsgeschäft beziehungsweise den Bäckereiladen ausgeübt wird. Allerdings muss ein solcher, nicht unter das LöG fallender Verkauf durch das Backstubenfenster oder den Hintereingang dort seine Grenze haben, wo er sich in seiner Art und Weise der Abgabe von Waren über eine eigentliche Verkaufsstelle nähert. Es dürfen mithin keine organisatorischen Massnahmen oder Vorkehren für den Verkauf und dessen Förderung getroffen werden: Es darf kein Ladentisch oder Verkaufsstand speziell für den nächtlichen Verkauf aufgestellt und keine Werbung in den Medien geschaltet werden; es dürfen auch keine Hinweise (beispielsweise durch Plakate) an oder in der Nähe der Backstube auf den

nächtlichen Backwaren-Verkauf aufmerksam machen. Nur soweit solche Massnahmen unterbleiben, handelt es sich noch um den traditionellen nächtlichen Gassenverkauf durch Bäcker; sobald umsatzfördernde Massnahmen getroffen werden, kann sich ein Bäcker nicht mehr auf dieses überlieferte "Gewohnheitsrecht" berufen.

c) Aus der Strafverfügung und den Akten ist in dieser Hinsicht nichts zu entnehmen. Es muss daher zu Gunsten des Berufungsklägers geschlossen werden, dass er keine umsatzfördernden Massnahmen traf. Dass sich offensichtlich herumsprach, er verkaufe auch nachts Backwaren über die Gasse, kann ihm nicht angelastet werden. Jedenfalls ist nicht nachgewiesen, dass er für seinen Nachtverkauf warb. Die einzige aktenkundige Werbemassnahme war diejenige der Stadt selbst, die später Strafanzeige erstattete. Aufgrund der Akten steht lediglich fest, dass der Berufungskläger (vorwiegend) an Wochenenden an Passanten, die bei ihm vorbeikamen, Backwaren über die Gasse verkaufte. Er gestand zwar auch zu, manchmal Zigaretten zu verkaufen, wenn jemand dies wünsche. Solche Verkäufe wären zwar vom traditionellen, nächtlichen oder morgendlichen Gassenverkauf der Bäcker offensichtlich nicht mehr gedeckt. Die Strafverfügung warf dem Berufungskläger solche Verkäufe allerdings auch gar nicht vor, und auch die Staatsanwaltschaft nahm auf dieses Zugeständnis keinen Bezug, so dass dem nicht weiter nachzugehen ist.

d) Zusammenfassend fällt die gelegentliche Abgabe von Backwaren ausserhalb der zulässigen Betriebsöffnungszeiten direkt aus der Backstube so lange nicht unter das LöG, als keine eigentlichen Verkaufsbemühungen und verkaufsfördernden Massnahmen auszumachen sind. Davon muss hier aufgrund der Akten ausgegangen werden. Aus diesem Grund ist der Berufungskläger freizusprechen.

4. Der rechtlichen Qualifikation von "Mischbetrieben" ist in diesem Verfahren nicht näher nachzugehen. Immerhin ist es aus der Sicht des Strafrichters bei solchen Betrieben im Sinn von kombinierten

Gastwirtschaften und Bäckereien oder Konditoreien in der Tat störend, dass offensichtlich nicht alle Gemeinden solche Betriebe gleich behandeln. Insofern erstaunt die Auffassung der Staatsanwaltschaft, das sei Sache der Gemeinden. Dies gilt umso mehr, als die kommunalen Kompetenzen im Zusammenhang mit dem GastG und dem LöG relativ eingeschränkt sind. Insofern ist an den "Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht" zu erinnern. Dieser Anspruch wird ausnahmsweise anerkannt, wenn eine ständige gesetzwidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt und die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke[341]. Werden Offizialdelikte zudem nur dann verfolgt, wenn eine Privatperson Anzeige erstattet, kann dies gegen das Offizialprinizip und gleichzeitig gegen die Rechtsgleichheit verstossen[342]; dasselbe gilt natürlich in Fällen, in denen eine Strafverfolgung nur auf Anzeige einer Gemeinde hin angehoben wird. Die Staatsanwaltschaft läuft mithin Gefahr, dass bei einer entsprechenden Anklage beziehungsweise Strafverfügung ein Freispruch resultieren könnte, falls sich die praktizierten Öffnungszeiten von "Mischbetrieben" als gesetzwidrig erweisen und sich umgekehrt ergeben sollte, dass vergleichbare andere Betriebe unbehelligt bleiben; insofern kann und darf die Frage, ob ein Strafverfahren angehoben wird, nicht einfach - relativ willkürlich - davon abhängen, ob eine Gemeindebehörde Strafanzeige erstattet oder gegenüber dem betroffenen Betrieb - aus welchen Gründen auch immer - ein Auge zudrücken will. Da es sich bei den Strafbestimmungen des GastG und des LöG um Offizialdelikte handelt, besteht mit Blick auf § 4 Abs. 1 und § 68 StPO ohnehin kein Grund, auf den Eingang von Strafanzeigen abzustellen.

Obergericht, 17. Januar 2006, SBR.2005.35

---

[341] BGE 127 I 2 f., 122 II 451 f., 117 Ib 270; SOG 1991 Nr. 31; ABOW 1996/97 Nr. 35; AGVE 1991 S. 91 ff.
[342] BGE 115 Ia 84; ZBJV 127, 1991, S. 81 f.

D. Gesetzesregister 2006

I. Bundesrecht

BV
vom 18. April 1999/SR 101

Art. 9	Keine Verletzung des Grundsatzes "ne bis in idem", wenn ein Sachverhalt sowohl im ordentlichen Strafprozess als auch im Privatstrafverfahren behandelt, aber jeweils unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt wird: 2006 Nr. 24
Art. 31 Abs. 1	Die fehlende Gelegenheit für Ergänzungsfragen hat nicht zwingend die Unverwertbarkeit der belastenden Zeugenaussage zur Folge: 2006 Nr. 31

ZGB
vom 10. Dezember 1907/SR 210

Art. 1	Rechtsnatur und Auslegung eines Sozialplans: 2006 Nr. 6
Art. 8	Natürliche Vermutung für eine Solidarhaftung; beweisrechtliche Fragen: 2006 Nr. 1

Beweisrechtliche Folgen der Erfassung der Arbeitszeit durch Arbeitgeber in nicht korrekter Form: 2006 Nr. 7

Art. 132 — Berücksichtigung der Pfändungsbeschränkung im Rahmen der Schuldneranweisung; Präzisierung von RBOG 2002 Nr. 2: 2006 Nr. 2

Art. 136 Abs. 2 — Vorgehen bei an verschiedenen Orten eingereichten identischen Klagen: 2006 Nr. 9

Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 — Eheschutzmassnahmen: Berücksichtigung der privaten Altersvorsorge und der Weiterbildungskosten im Existenzminimum: 2006 Nr. 3

Art. 177, 291 — Berücksichtigung der Pfändungsbeschränkung im Rahmen der Schuldneranweisung; Präzisierung von RBOG 2002 Nr. 2: 2006 Nr. 2

Art. 842 — Vorlage des Schuldbriefs in Kopie; Präzisierung von RBOG 2002 Nr. 17: 2006 Nr. 12

Art. 899 — Negative Feststellungsklage; kein schutzwürdiges Interesse, wenn es dem Kläger nur darum geht zu erfahren, ob er sich vertragswidrig verhalten soll: 2006 Nr. 4

OR
vom 30. März 1911/SR 220

Art. 143 — Natürliche Vermutung für eine Solidarhaftung; beweisrechtliche Fragen: 2006 Nr. 1

Art. 257d, 259g Im Ausweisungsverfahren sind Herabsetzungs- und Verrechnungsansprüche des Mieters zu beurteilen: 2006 Nr. 5

Art. 305 Abgrenzung der landwirtschaftlichen Pacht von der Gebrauchsleihe: 2006 Nr. 8

Art. 356 Rechtsnatur und Auslegung eines Sozialplans: 2006 Nr. 6

L-GAV 98 des Gastgewerbes

Art. 15 Ziff. 7 Beweisrechtliche Folgen der Erfassung der Arbeitszeit durch Arbeitgeber in nicht korrekter Form: 2006 Nr. 7

BG über die landwirtschaftliche Pacht (LPG)
vom 4. Oktober 1985/SR 221.213.2

Art. 4 Abgrenzung der landwirtschaftlichen Pacht von der Gebrauchsleihe: 2006 Nr. 8

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

Art. 35 Vorgehen bei an verschiedenen Orten eingereichten identischen Klagen: 2006 Nr. 9

Art. 36 In sachlichem Zusammenhang stehende Klagen: 2006 Nr. 10

Art. 80 — Zum Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung muss der Rechtsöffnungstitel nicht rechtskräftig und vollstreckbar sein; die Fälligkeit der im Titel verurkundeten Forderung genügt: 2006 Nr. 11

Art. 82 — Vorlage des Schuldbriefs in Kopie; Präzisierung von RBOG 2002 Nr. 17: 2006 Nr. 12

Keine provisorische Rechtsöffnung für Lohnforderung aus öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis: 2006 Nr. 13

Art. 83 Abs. 2 — Beginn der Frist für die Aberkennungsklage bei Teilrechtskraft des Rechtsöffnungsentscheids: 2006 Nr. 14

Art. 174 — Legitimation des Gläubigers zur Anfechtung des Konkursdekrets: 2006 Nr. 15

Art. 174 Abs. 2 — Belege für die behauptete Zahlungsfähigkeit können auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht werden: 2006 Nr. 16

Bei Anfechtung einer Konkurseröffnung hat die Hinterlegung der Konkursforderung innerhalb der Rechtsmittelfrist zu erfolgen: 2006 Nr. 17

Art. 265 f. — Neues Vermögen; Definition der standesgemässen Lebensführung und relevanter Zeitraum: 2006 Nr. 18

V über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG)
vom 23. April 1920/SR 281.42

Art. 16 Abs. 3, 94 Abs. 2	Aktivlegitimation des vom Betreibungsamt mit Verwaltungshandlungen betrauten Dritten; klares Recht im Betreibungsverfahren: 2006 Nr. 19

StGB
vom 21. Dezember 1937/SR 311.0

Art. 18	Eventualvorsatz; Schlagen und Treten mehrere Täter auf ein wehrloses, am Boden liegendes Opfer ein, nehmen sie dessen Tod in Kauf: 2006 Nr. 20
	Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz bei einem Verkehrsunfall mit Todesfolge, den ein alkoholisierter Lenker verursachte: 2006 Nr. 22
Art. 47	Unsorgfältiger Umgang mit in den Akten aufscheinenden polizeilichen Vorgängen bei der Strafzumessung: 2006 Nr. 21
Art. 111	Eventualvorsatz; Schlagen und Treten mehrere Täter auf ein wehrloses, am Boden liegendes Opfer ein, nehmen sie dessen Tod in Kauf: 2006 Nr. 20
Art. 111, 117	Abgrenzung zwischen Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz bei einem Verkehrsunfall mit Todesfolge, den ein alkoholisierter Lenker verursachte: 2006 Nr. 22

Art. 217 Abs. 1 Anforderungen an die Anklageschrift bei einer Anklage wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten: 2006 Nr. 23

Keine Verletzung des Grundsatzes "ne bis in idem", wenn ein Sachverhalt sowohl im ordentlichen Strafprozess als auch im Privatstrafverfahren behandelt, aber jeweils unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt wird: 2006 Nr. 24

BG über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG)
vom 4. Oktober 1991/SR 312.5

Art. 2 Die Tatbestände der Drohung, Nötigung oder Sachbeschädigung begründen in der Regel keine Opferstellung: 2006 Nr. 25

BG über Waffen, Waffenzubehör und Munition (WG)
vom 20. Juni 1997/SR 514.54

Art. 33 Abs. 1 lit. a Das Mitführen eines Klappmessers im Auto entspricht dem "Waffentragen": 2006 Nr. 26

SVG
vom 19. Dezember 1958/SR 741.01

Art. 56 Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz für im Ausland begangene Widerhandlungen gegen die ARV 1: 2006 Nr. 27

Art. 90 Ziff. 2	Die Missachtung des Rotlichts ist nicht zwingend eine grobe Verkehrsregelverletzung: 2006 Nr. 28
Art. 103	Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz für im Ausland begangene Widerhandlungen gegen die ARV 1: 2006 Nr. 27

Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)
vom 10. Mai 2000/SR 822.111

Art. 73 Abs. 1 lit. c	Beweisrechtliche Folgen der Erfassung der Arbeitszeit durch Arbeitgeber in nicht korrekter Form: 2006 Nr. 7

V über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (ARV 1)
vom 19. Juni 1995/SR 822.221

Art. 2	Registrierungspflichtige Arbeitszeit des Chauffeurs; dazu gehören teilweise auch der Be- und Entladevorgang: 2006 Nr. 29
Art. 3 Abs. 2	Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz für im Ausland begangene Widerhandlungen gegen die ARV 1: 2006 Nr. 27
Art. 14	Registrierungspflichtige Arbeitszeit des Chauffeurs; dazu gehören teilweise auch der Be- und Entladevorgang: 2006 Nr. 29

BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)
vom 25. Juni 1982/SR 831.40

Art. 73 Fehlende Zuständigkeit des Friedensrichters bei BVG-Beitragsforderungen: 2006 Nr. 30

II. Staatsverträge

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

Art. 6	Ziff. 3 lit. d	Die fehlende Gelegenheit für Ergänzungsfragen hat nicht zwingend die Unverwertbarkeit der belastenden Zeugenaussage zur Folge: 2006 Nr. 31

Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
vom 22. November 1984/SR 0.101.07

Art. 4	Ziff. 1	Keine Verletzung des Grundsatzes "ne bis in idem", wenn ein Sachverhalt sowohl im ordentlichen Strafprozess als auch im Privatstrafverfahren behandelt, aber jeweils unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt wird: 2006 Nr. 24

Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)
vom 16. Dezember 1966/SR 0.103.2

Art. 14 Abs. 7	Keine Verletzung des Grundsatzes "ne bis in idem", wenn ein Sachverhalt sowohl im ordentlichen Strafprozess als auch im Privatstrafverfahren behandelt, aber jeweils unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt wird: 2006 Nr. 24

III. Kantonales Recht

V des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen (AnwT)
vom 9. Juli 1991/RB 176.3

§	2 Abs. 1	Prinzip der degressiven Anwaltsentschädigung: 2006 Nr. 32

ZPO
vom 6. Juli 1988/RB 271

§	1	Fehlende Zuständigkeit des Friedensrichters bei BVG-Beitragsforderungen: 2006 Nr. 30
§	52	Befangenheit als Ausstandsgrund; Konkretisierung des Begriffs der Befangenheit: 2006 Nr. 33
§	57 Abs. 3	Ein Verfahren auf Ausschluss eines Stockwerkeigentümers ist bei Hängigkeit eines Verfahrens wegen Anfechtung von Stockwerkeigentümerbeschlüssen nicht zwingend zu sistieren: 2006 Nr. 34
§§	64 Abs. 1, 87 Abs. 1	Rechtsmittel gegen vom Friedensrichter verfügte Ordnungsbussen und Peremtorisationen; Praxisänderung: 2006 Nr. 35
§	114	Fehlende Zuständigkeit des Friedensrichters bei BVG-Beitragsforderungen: 2006 Nr. 30

§ 116 Abs. 2 Der Friedensrichter ist berechtigt, die Parteien aufzufordern, Beweisurkunden vorzulegen: 2006 Nr. 36

§ 125 Nachfrist für die Einreichung der Weisung: 2006 Nr. 37

§ 146 Abs. 2 Ziff. 2 Belege für die behauptete Zahlungsfähigkeit können auch noch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht werden: 2006 Nr. 16

§ 164 Ziff. 3 Im Ausweisungsverfahren sind Herabsetzungs- und Verrechnungsansprüche des Mieters zu beurteilen: 2006 Nr. 5

Aktivlegitimation des vom Betreibungsamt mit Verwaltungshandlungen betrauten Dritten; klares Recht im Betreibungsverfahren: 2006 Nr. 19

§ 176 Abs. 1 Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen in hängigen Prozessen ist die Rechtslage (wenigstens in schwierigen Rechtsfragen) nur summarisch zu prüfen: 2006 Nr. 38

§ 187 Natürliche Vermutung für eine Solidarhaftung; beweisrechtliche Fragen: 2006 Nr. 1

Ob eine Person formell als Zeuge oder als Partei einvernommen wurde, ist für die Urteilsfindung letztlich nicht von Belang: 2006 Nr. 39

§ 189 Vorlage des Schuldbriefs in Kopie; Präzisierung von RBOG 2002 Nr. 17: 2006 Nr. 12

§§ 209 Abs. 2 Ziff. 2, 219 Abs. 6	Ob eine Person formell als Zeuge oder als Partei einvernommen wurde, ist für die Urteilsfindung letztlich nicht von Belang: 2006 Nr. 39
§ 234 Ziff. 5	Rechtsmittel gegen vom Friedensrichter verfügte Ordnungsbussen und Peremtorisationen; Praxisänderung: 2006 Nr. 35
§ 237	Beginn der Frist für die Aberkennungsklage bei Teilrechtskraft des Rechtsöffnungsentscheids: 2006 Nr. 14
§ 242	Ein Verfahren auf Ausschluss eines Stockwerkeigentümers ist bei Hängigkeit eines Verfahrens wegen Anfechtung von Stockwerkeigentümerbeschlüssen nicht zwingend zu sistieren: 2006 Nr. 34
§§ 254 f.	"Unpräjudizierlicher" Rückzug einer Widerklage im Rechtsmittelverfahren: 2006 Nr. 40

EG zum StGB
vom 21. Dezember 1940/RB 311.1

Art. 41	Das Schiess-Verbot gemäss EG StGB (alte und neue Fassung) ist ein Gefährdungsdelikt: 2006 Nr. 41

§ 50	Abs. 4	Keine Offizialverteidigung für mittelbare Nachteile aus Strafprozess: 2006 Nr. 42
§ 58	Abs. 2	Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Anfechtung der einem Offizialverteidiger zugesprochenen Entschädigung; Änderung der Rechtsprechung: 2006 Nr. 44
§ 77	Abs. 2	Die fehlende Gelegenheit für Ergänzungsfragen hat nicht zwingend die Unverwertbarkeit der belastenden Zeugenaussage zur Folge: 2006 Nr. 31
§ 86	Abs. 1 und 4	Die Verletzung der Aufklärungspflichten führt nicht zwingend zur Unverwertbarkeit einer Einvernahme: 2006 Nr. 43
§ 142	Abs. 2 Ziff. 4	Anforderungen an die Anklageschrift bei einer Anklage wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten: 2006 Nr. 23
§§ 199, 211	Abs. 1	Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Anfechtung der einem Offizialverteidiger zugesprochenen Entschädigung; Änderung der Rechtsprechung: 2006 Nr. 44

Gesetz über die Ladenöffnungszeiten (LöG)
vom 27. Februar 2002/RB 554.11

§§ 2 f. Der traditionelle, ausserhalb der zulässigen Öffnungszeiten erfolgte Verkauf von Backwaren über die Gasse ("Backstubenverkauf") ist nicht strafbar: 2006 Nr. 45

G über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholhaltigen Getränken (GastG)
vom 26. Juni 1996/RB 554.51

§ 2 Der traditionelle, ausserhalb der zulässigen Öffnungszeiten erfolgte Verkauf von Backwaren über die Gasse ("Backstubenverkauf") ist nicht strafbar: 2006 Nr. 45