Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat 2005

Inhaltsverzeichnis

A. Allgemeines — Seite

I. Obergericht
1. Personelles 5
2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde 6
3. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Zivil- und Strafsachen 8
4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen 11
5. Rechtsetzung 13
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 239
Kantonales Recht 246

D. Gesetzesregister 2005 — 285

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 2005.

Der Übergang zu mündlichen Verhandlungen unter gleichzeitigem Verzicht auf einen Schriftenwechsel hat zu einer deutlichen Verkürzung der vereinfachten Berufungsverfahren geführt. Wir hoffen, dass unsere Bemühungen zur Verfahrensbeschleunigung seitens des Parlaments durch entsprechende gesetzgeberische Massnahmen - insbesondere bei der vorgesehenen neuen Gestaltung des Berufungsverfahrens - unterstützt werden.

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

Frauenfeld, im Juni 2006

Das Obergericht des Kantons Thurgau

Der Präsident:
Thomas Zweidler

Die Obergerichtsschreiberin:
Dr. Barbara Merz

A. Allgemeines

I. Obergericht

1. Personelles

Auf das Ende des Jahrs hin trat Sabine Spross zurück, um eine neue Herausforderung in einem Nachbarkanton anzunehmen; sie war seit 2003 als Obergerichtssekretärin tätig gewesen.

Auf den 31. März 2006 kündigte auch Renate Leuenberger nach sechsjähriger Tätigkeit als Obergerichtssekretärin, um sich neuen Aufgaben zu widmen.

Diese Stellen konnten auf den 1. April 2006 mit Karin Schneider, Zürich (90%), und Olivia Galli-Trepp, Frauenfeld (50%), wieder besetzt werden.

Auf den 31. Juli des Berichtsjahrs kündigte Alfred Labhardt, der beim Obergericht noch ein Pensum von 30% als Obergerichtssekretär versehen hatte.

Die Personalkapazität bei den Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern liegt somit neu bei 4,25 Stellen. Bei der Obergerichtskanzlei sind es nach wie vor 3,7 Stellen.

2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde

a) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 196 Berufungsverfahren eingeschrieben. Erledigt werden konnten insgesamt 176 Berufungsverfahren, davon 45 in Fünfer- und 131 in Dreierbesetzung. Die Zahl der beim Obergericht insgesamt hängigen Berufungsverfahren stieg damit von 69 auf 89 Verfahren.

Im Berichtsjahr wurden 278 Rekurse und Beschwerden anhängig gemacht; das Obergericht konnte 293 entsprechende Verfahren erledigen.

Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen, Rekurse und Beschwerden) im Jahr 2005 insgesamt 474 Fälle ein, während 469 Fälle erledigt werden konnten.

Von den gesamthaft 548 Verfahren, die im Jahr 2005 eingingen, waren Ende des Jahrs 421 Fälle (76%) erledigt. Insgesamt wurden im Berichtsjahr 537 Verfahren erledigt.

b) Von den 13 Berufungsverfahren, die beim Obergericht Ende 2004 überjährig waren, konnten im Jahr 2005 zehn Fälle erledigt werden. Von den im Jahr 2004 eingegangenen Fällen waren acht Verfahren am Ende des Berichtsjahrs noch hängig. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2005 bei 11 Fällen.

Beim Obergericht ist kein Rekurs- oder Beschwerdeverfahren hängig, welches überjährig, d.h. vor dem 31. Dezember 2004 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

7,2 Monaten auf (in Strafsachen 5,8 Monate, in Zivilsachen 8,2 Monate). 2004 waren es 8,5 Monate, 2003 9,4 Monate gewesen. Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 2,5 Monate (2004: 2,9 Monate; 2003: 3,1 Monate). Die deutliche Verkürzung der Gesamtdauer der Verfahren ist vorab darauf zurückzuführen, dass im vereinfachten Berufungsverfahren anstelle des Schriftenwechsels weitgehend mündliche Verhandlungen durchgeführt wurden.

Die im Berichtsjahr materiell erledigten 209 Rekurs- und Beschwerdeverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des Entscheids) von 2,5 Monaten auf (2004: 2,5 Monate; 2003: 2,4 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,9 Monate (wie in den beiden Vorjahren). Auch wenn sich die Gesamtdauer der Rekurs- und Beschwerdeverfahren im Rahmen der Vorjahre bewegte, wurde faktisch eine Beschleunigung erreicht, nachdem sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gestaltung des Schriftenwechsels (RBOG 2004 S. 7 f.) nicht weiter auf die Verfahrensdauer auswirkte.

d) Im Berichtsjahr fand eine Referentenaudienz statt, die zu einem Vergleich führte. Das Obergerichtspräsidium vernahm insgesamt 25 Personen ein. Die Obergerichtschreiberin führte im Zusammenhang mit Ehescheidungsprozessen fünf Anhörungen von Kindern durch.

e) Das Obergerichtspräsidium erliess im Immaterialgüterrecht in einem Fall eine superprovisorische Verfügung, worauf sich die Parteien verglichen. In einem weiteren Massnahmeverfahren konnten sich die Parteien ebenfalls einigen.

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.

Drei Beschwerden wies das Obergericht ab, weil keine Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung der betroffenen Behörde vorlag.

Auf eine Beschwerde trat das Obergericht wegen Verspätung nicht ein, hielt aber gleichzeitig fest, auch inhaltlich sei das Vorgehen des Gerichtsvorsitzenden nicht zu beanstanden; dass die in Frage stehende Verfügung von seinem Anwaltsbüro ausserhalb des Kantons zugestellt worden sei, führe nicht zur Nichtigkeit dieser Verfügung, auch wenn es seltsam anmuten möge, dass einer Partei als eher problematische Folgeerscheinung der Thurgauer Gerichtsorganisation (mit der Nebenamtlichkeit der Bezirksgerichtsfunktionäre) ein Entscheid einer Thurgauer Gerichtsbehörde aus einem anderen Kanton zugesandt werden könne.

Drei Beschwerden wurden gegenstandslos. In einem Fall rügte das Obergericht allerdings Verzögerungen im Zusammenhang mit dem Erlass einer superprovisorischen Verfügung. In einem anderen Fall stellte das Obergericht fest, die vom Beschwerdeführer beanstan-

dete Dauer der Motivierung des Urteils (acht Monate) sei auch in Würdigung des Umfangs der Urteilsbegründung vergleichsweise lang; allerdings stelle die schriftliche Begründung eines Urteils keineswegs nur eine redaktionelle Angelegenheit dar: Vielmehr liege es am Gerichtschreiber, aus den in der Beratung im Gericht geäusserten Auffassungen die massgeblichen (tatsächlichen und juristischen) Entscheidgründe herauszuarbeiten und zu einem sinnvollen Ganzen zusammenzufügen, was zum einen - insbesondere bei komplexeren Beweiswürdigungen - eine häufig sehr zeitaufwändige Auseinandersetzung mit den Akten voraussetze und zum anderen bedinge, dass die namentlich von den Laienrichtern vertretenen, nichtjuristischen Auffassungen unter Bezugnahme auf Rechtsprechung und Lehre in juristisch korrekter Weise begründet würden.

c) Die

Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen, Einzelrichterinnen und Einzelrichter

erledigten in Zivil- und Strafsachen im Berichtsjahr insgesamt 2'500 Prozesse (ohne summarisches Verfahren), nämlich 1'657 Zivilfälle und 843 Straffälle; 2004 waren es insgesamt 2'380 Fälle und im Jahr 2003 2'330 Fälle. Gleichzeitig wurden 2'527 Prozesse neu eingeschrieben; 2004 waren es 2'532 Fälle und 2003 2'290 Fälle. Die gesamte Zahl der Pendenzen lag Ende 2005 bei 1'062; Ende 2004 waren es 1'065 und Ende 2003 907 Fälle. Demgegenüber stieg die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) von 171 Ende 2003 bzw. 151 Ende 2004 auf 195 Ende 2005. Darunter finden sich allerdings 36 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 2005 4'685 Fälle; 2004 waren es noch 4'533 und 2003 4'257 Fälle.

Zusammenfassend erledigten die Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen und Gerichtspräsidien im Berichtsjahr insgesamt 7'185 Verfahren. 2004 waren es noch 6'913 Verfahren, 2003 6'587 Verfahren.

d) Im Berichtsjahr führten die

Friedensrichterinnen und Friedensrichter

in insgesamt 1'482 Streitfällen das Vermittlungsverfahren durch (2004: 1'487 Fälle; 2003: 1'453 Fälle). Hievon wurden 444 Fälle (rund 30%) durch Vergleich erledigt; in 246 Fällen (rund 17%) wurde keine Weisung verlangt. In 792 Fällen (rund 53%) wurde die Weisung an das zuständige Gericht ausgestellt. 56 weitere Fälle wurden im Einzelrichterverfahren entschieden.

e) Das Obergericht führt die Oberaufsicht über die

Schlichtungsbehörden in Mietsachen.

Im Jahr 2005 wurde in 42,5% der Fälle eine Einigung erreicht. In 18,6% der Fälle musste festgestellt werden, dass sich die Parteien nicht einigen konnten; in 11,4% hatte die Schlichtungsbehörde zu entscheiden. 27,5% 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 war, im Rahmen des Vorjahrs: 2005 wurden 612 Fälle erledigt; 2004 waren es 625 Fälle und 2003 779 Fälle.

f) Die

Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz

hatte im Jahr 2005 keine formellen Rechtsbegehren zu behandeln. Ihre Tätigkeit beschränkte sich im Berichtsjahr im Wesentlichen auf die Erteilung von Auskünften an Behörden und Private.

g) Zusammenfassend konnten die

Schlichtungsbehörden und Friedensrichterämter

im Berichtsjahr in total 1'118 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 hielt sich im Rahmen der Vorjahre: 2005 waren es 27 Fälle, 2004 28 Fälle und 2003 24 Fälle. Die Zahl der Beschwerden an die Bezirksgerichtspräsidien als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen ist wieder gesunken; im Jahr 2005 waren es 78 Beschwerden gegenüber 102 im Jahr 2004 und 81 im Jahr 2003. Es wird auf die Tabellen 8 und 22 verwiesen.

b) Im Berichtsjahr wurden 342 Konkursverfahren erledigt und 319 Konkurse eröffnet. Die Zahl der Firmenkonkurse nahm etwas ab, während die Erbschaftsliquidationen deutlich zunahmen; die Privatkonkurse bewegten sich im Rahmen des Vorjahrs. Fast die Hälfte aller Konkurse musste wiederum mangels Aktiven einge-

stellt werden. Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf 151,4 Mio. Franken. Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts sank von 162 Verfahren (Ende 2004) auf 139 Verfahren (Ende 2005; vgl. Tabelle 25). Von diesen Verfahren sind nur gerade drei bei einer ausseramtlichen Konkursverwaltung hängig.

c) Die Zahl der von den Betreibungsämtern ausgestellten Zahlungsbefehle bewegte sich mit 73'112 (2005) gegenüber 74'360 (2004) und 71'617 (2003) etwa in der gleichen Grössenordnung wie in den Vorjahren. Die Zahl der Pfändungsvollzüge stieg von 37'899 (2003) und 40'620 (2004) auf 40'922 (2005). Im Berichtsjahr waren 33'602 Verwertungen zu verzeichnen; 2004 waren es 34'582 und 2003 31'312. Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 26 verwiesen.

d) Im Jahr 2006 werden voraussichtlich einzelne Betreibungsbeamtenprüfungen durchgeführt werden können. Die Rekrutierung von ausgebildetem Fachpersonal für die Betreibungsämter bleibt nach wie vor ein beunruhigendes Dauerthema.

e) Am 30. November 2005 hielt das Obergericht gegenüber dem Konkursamt zuhanden der Betreibungsämter auf Anfrage hin fest, aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den massgebenden Bestimmungen sei davon auszugehen, dass für die Forderungen der Billag der Weg der Pfändung zu beschreiten sei.

5. Rechtsetzung

Am 21. April 2005 änderte das Obergericht seine

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

Die Zahl der Mitglieder des Bezirksgerichts einschliesslich Präsidium und Vizepräsidium wurde für Arbon per 1. Juni 2006 neu auf sieben festgesetzt. Dies ermöglicht es, dass im Bezirksgericht Arbon - wie im Bezirksgericht Frauenfeld - ein zweiter Vizepräsident eingesetzt werden kann.

6. Verschiedenes

a) Das Obergericht hielt seine

Plenarsitzung

am 21. April 2005 in Frauenfeld ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

Weiterbildungsveranstaltungen

teil: Besucht wurden Tagungen über Gericht und Expertise in Gerzensee, über aktuelle Fragen zum Erbrecht in St.Gallen, über Informatik und Recht in Bern, über Justiz und Öffentlichkeit in Gerzensee und zum Arbeitsrecht in Zürich. Eine Delegation nahm an der Tagung von Richtern und Staatsanwälten aus Bayern, Österreich und der Schweiz über "Zivil- und strafrechtliche Folgen von Verkehrsunfällen" im Schloss Seggau (Steiermark) teil.

c) In den Jahren 2004/2005 besuchten insgesamt vier thurgauische Justizfunktionäre den

"Lehrgang richterlicher Tätigkeit",

einen Aus- und Weiterbildungskurs in vier Blöcken, der von der Stiftung schweizerischer Richterinnen und Richter in Gerzensee angeboten wurde. Zwei weitere Angehörige der Justiz waren bei diesem Kurs als Referenten eingesetzt. Die Wiederholung des Kurses findet 2006/2007 statt.

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 127 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland (2004: 165 Ersuchen; 2003: 150 Ersuchen). Demgegenüber mussten von der Zentralbehörde nur gerade zwei Rechtshilfeersuchen aus dem Thurgau weitergeleitet werden (2004: sieben Ersuchen; 2003: drei Ersuchen); der Grund liegt darin, dass die thurgauischen Gerichtsbehörden zum direkten Verkehr mit den zuständigen ausländischen Behörden berechtigt sind.

e) In einem Entscheid vom 17. Januar 2005 hatte sich das Obergericht zur

Fälligkeit von Steuerforderungen bei Konkurseröffnung

zu äussern. Im Rahmen der Vernehmlassung zu der vom Regierungsart daraufhin vorgesehenen Änderung seiner Verordnung zum Steuergesetz (§ 40 Abs. 4) hielt das Obergericht am 31. Mai 2005 gegenüber dem Departement für Finanzen und Soziales fest,

mit der geplanten Änderung dieser Bestimmung sei das im Obergerichtsentscheid vom 17. Januar 2005 aufgeworfene Hauptproblem gelöst. Die Revision ermögliche es der Steuerverwaltung, die gesamte bis zur Konkurseröffnung aufgelaufene Steuerforderung im Konkurs einzugeben.

f) Das Obergericht äusserte sich am 8. November 2005 gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zum

Entwurf für ein Bundesgesetz über Änderungen des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie weiterer Bundesgesetze zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs.

Das Obergericht hielt fest, es befürworte die Stossrichtung der vorgeschlagenen Anpassungen der schweizerischen Gesetzgebung. Es sei sachgerecht, die einzelnen Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und die schweren Kriegsverbrechen, zu deren Strafverfolgung die Schweiz nach dem Völkerrecht verpflichtet sei, im schweizerischen Strafrecht ausdrücklich auszuformulieren, und zwar im Strafgesetzbuch und Militärstrafgesetz. Es sei vorzuziehen, die Geltung des schweizerischen Rechts bei Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen entsprechend den geltenden Regelungen im Strafgesetzbuch wie bis anhin allein davon abhängig zu machen, dass sich der Täter in der Schweiz befinde und nicht an das Ausland ausgeliefert werden könne. Sinnvoll sei auch die vorgeschlagene Neuverteilung der Zuständigkeit zwischen ziviler und militärischer Gerichtsbarkeit zur Verfolgung entsprechender Delikte; es sei zweckmässig, wenn im Rahmen der Zuständigkeit der zivilen Justiz die Strafverfolgungsbehörden des Bundes die Verfahren wegen Völkermordes, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen führten und eine Delegation an die Kantone nur in einfachen Fällen möglich sei. Das Obergericht konnte sich auch mit den vorgesehe-

nen Strafen und Strafrahmen einverstanden erklären und hielt es für vertretbar, dass die Schweiz den beiden Übereinkommen betreffend die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen nicht beitrete.

g) Gegenüber dem Fürsorgeamt äusserte sich das Obergericht am 23. November 2005 zum

Entwurf zu einem Gesetz über die Inkassohilfe und die Bevorschussung von Kinderalimenten (Alimentengesetz).

Es hielt dabei fest, es habe gegen die neue gesetzliche Regelung grundsätzlich nichts einzuwenden, sondern halte sie für sinnvoll. Bedenken bestanden indessen bezüglich des im Ergebnis unbefriedigenden Vorschlags, es bestehe kein Anspruch auf Bevorschussung, wenn die Einbringlichkeit dieses Vorschusses aussichtslos sei.

h) Am 23. November 2005 erstattete das Obergericht gegenüber dem Personalamt seine Vernehmlassung zur

Teilrevision der Verordnung des Grossen Rates über die Besoldung des Staatspersonals (Besoldungsverordnung).

Das Obergericht stellte fest, es betrachte - insbesondere mit Blick auf den Schwerpunkt "Familienförderung" - die vorgesehene Kürzung der Familienzulagen als etwas kleinlich und halte diese Kürzung insbesondere bei Mitarbeitern mit tieferen Löhnen für falsch. Vorab für letztere gelte dasselbe auch für die Neuregelung der Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit oder Unfall. Es sollte mindestens ein Sockelbetrag festgelegt werden, mit welchem das Existenzminimum gedeckt werden könne. Die vorgesehene Neuregelung bedinge im Übrigen zwingend, dass das in Aussicht gestellte "case management" bei Fällen von längerer Arbeitsunfähigkeit auch tatsächlich existiere und durchgeführt werde.

i) Ebenfalls am 23. November 2005 liess sich das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zu den

Entwürfen für eine Änderung der Kantonsverfassung, des Gerichtsorganisationsgesetzes, der Zivil- und der Strafprozessordnung sowie der Gebührenverordnung für die Strafuntersuchungs- und Gerichtsbehörden (Abschaffung der Bezirksgerichtlichen Kommission)

vernehmen. Das Obergericht stellte klar, dass es die vorgeschlagene Abschaffung der Bezirksgerichtlichen Kommission und die damit verbundenen Verschiebungen der Spruchkompetenzen ablehne. Zum einen scheine es nach wie vor notwendig, dass in Fällen schwerster Kriminalität im Strafprozess ein Fünfergremium entscheide. Zum andern ergebe sich bei der Beibehaltung der jetzigen Organisation des Obergerichts ein unlösbarer Widerspruch, wenn in erster Instanz ein Dreiergremium und in zweiter Instanz ein Fünfergremium entscheiden solle; in aller Regel sei es umgekehrt. Die vorgesehene Gesetzesrevision befriedige auch insofern nicht, als man mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung ohnehin erneut über die Gerichtsorganisation diskutieren müsse, insbesondere über die Frage, ob ein Einzelrichter in Strafsachen geschaffen werden solle. Schliesslich könne die vorgesehene Verschiebung der Spruchkompetenzen so wie vorgeschlagen nicht durchgeführt werden: Zwar möge es - unter dem Vorbehalt der schweren Straffälle - noch angehen, die bisher vom Fünfergremium beurteilten Prozesse an ein Dreiergremium zu verschieben. Nicht sinnvoll sei es demgegenüber, alle bisher von einem Dreiergremium beurteilten Prozesse in die Kompetenz des Einzelrichters zu legen. Zwar könne die Zuständigkeit des Einzelrichters in gewissen Bereichen durchaus erweitert werden, wie etwa in Fällen, bei denen der Beizug von Laienrichtern wenig Sinn mache. Es müsse jedoch im Einzelnen und differenziert betrachtet werden, welche Fälle sinnvollerweise an den Einzelrichter übertra-

gen werden sollten. Hingegen dürfe das Kollegialgericht nicht praktisch abgeschafft werden. Eine so massive Erhöhung der Kompetenzen der Einzelrichter müsste auch dazu führen, dass die Frage der nach der Rechtsprechung zur EMRK relativ kurzen Amtsdauer der Thurgauer Richter (endlich) überprüft werde. Dasselbe gelte für die Frage der Entschädigung des Richters bei einer Abwahl. Den vorgeschlagenen Änderungen im Berufungsverfahren könne sich das Obergericht ohne weiteres anschliessen; diesbezüglich schlug das Obergericht noch eine detaillierte Ergänzung vor. Da zu bezweifeln sei, dass die Abschaffung der Bezirksgerichtlichen Kommission - als reine Sparvorlage - Chancen auf Erfolg habe, werde empfohlen, die vorgesehenen Änderungen des Berufungsverfahrens davon abzutrennen.

j) Das Obergericht befasste sich wieder einmal grundsätzlich mit den

Rechtsmitteln gegen friedensrichterliche Entscheide.

In RBOG 1995 S. 21 wurden die Möglichkeiten von Rechtsmitteln gegen friedensrichterliche Entscheide zusammengefasst. In dieser Zusammenstellung fehlen Angaben über den Rechtsweg, wenn friedensrichterliche Peremtorisationen (Verfügungen über die Folgen des Nichterscheinens einer Partei) angefochten werden wollen, wobei zu beachten ist, dass solche Peremtorisationen häufig Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Ordnungsbussen auslösen. Um eine Aufsplitterung des Rechtswegs zu verhindern, hat das Obergericht eine Praxisänderung beschlossen: Peremtorisationsverfügungen sowie Verfügungen über Ordnungsbussen können mit Rekurs an das Bezirksgerichtspräsidium weitergezogen werden; dessen Entscheid ist indessen nunmehr analog § 130 Abs. 3 ZPO endgültig.

k) Mit der neuen Verordnung des Regierungsrats über das Zivilstandswesen traten am 1. Juli 2005 für die Gerichte verschiedene Vereinfachungen der

Mitteilungen an die Zivilstandsämter in Familiensachen

in Kraft.

l) Das Obergerichtspräsidium übermittelte den Bezirksgerichten am 5. Dezember 2005 ein Schreiben des Vorstehers des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zu den

Mitteilungspflichten im Zusammenhang mit dem Vollzug des Bundesgesetzes über die Teilung eingezogener Vermögenswerte.

m) Am 7. Dezember 2005 orientierte das Obergerichtspräsidium die Bezirksgerichte über das Vorgehen im Zusammenhang mit dem

neuen Erscheinungsbild des Kantons.

Soweit im Regierungsratsbeschluss die Rede davon sei, das neue Erscheinungsbild sei für sämtliche kantonalen Verwaltungsstellen sowie die Gerichte verbindlich, sei diese Formulierung abgesehen von der zweifelhaften Zuständigkeit des Regierungsrats für die Belange der Justiz insofern überholt, als mittlerweile für die Justiz eine Sonderregelung getroffen worden sei: Nach einlässlichen Absprachen zwischen Verwaltungsgericht, Obergericht und Staatskanzlei sei ein Kompromiss dahingehend gefunden worden, dass die unabhängigen richterlichen Behörden im Kanton das neue Erscheinungsbild nur für die Korrespondenz übernähmen (einschliesslich Formulare und Briefumschläge); bei sämtlichen Urteilen, Beschlüssen und Verfügungen bleibe es aber beim traditionellen Wappen und der herkömmlichen Gestaltung.

n) Am 15. Juni 2005 trafen sich die vollamtlichen Mitglieder des Obergerichts und die Obergerichtschreiberin mit dem Vorstand des Anwaltsverbands zu einer Besprechung. Hauptthema bildete die vorgesehene

Revision des Anwaltstarifs.

In der Folge übermittelte der Vorstand des Anwaltsverbands dem Obergericht am 23. November 2005 entsprechend ausformulierte Vorschläge. Das Obergericht konnte seinen eigenen Entwurf im Mai 2006 in die Vernehmlassung schicken.

o) Das Obergericht arbeitete im Berichtsjahr intensiv am Entwurf für eine neue

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

Der entsprechende Entwurf konnte am 20. Januar 2006 in die Vernehmlassung geschickt werden. Der neue Erlass soll die Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsberichterstattung von 1999 ersetzen, welche in verschiedenen Einzelpunkten etwas liberalisiert werden soll. Gleichzeitig wird es mit der vorgesehenen Verordnung möglich sein, einige obergerichtliche Weisungen (publiziert unter www.tg.ch) aufzuheben. Der Entwurf bringt ausserdem eine Regelung in Bereichen, in welchen bisher gewisse Unklarheiten bestanden, wie etwa bei der Information von Medien, bei der Akteneinsicht von Verwaltungsstellen und Privaten sowie bei der Frage der öffentlichen Urteilsverkündung. Die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens bot ausserdem Gelegenheit, den Gerichten und den Medien mitzuteilen, dass das Obergericht künftig die Öffentlichkeit bei Sittlichkeitsdelikten nur noch ausschliessen werde, wenn ein Opfer dies gestützt auf Art. 5 Abs. 3 OHG aus-

drücklich verlange, oder wenn die Interessen einer Partei dies zwingend erforderten.

p) Entsprechend der Verordnung über die Gerichtsberichterstattung erteilte das Obergericht 14 Medienleuten die

Zulassung als Gerichtsberichterstatterin bzw. Gerichtsberichterstatter

an unseren Straf- und Zivilgerichten; umgekehrt ist die Zulassung von zehn Medienleuten erloschen. Ausserdem wurde neun Medienleuten die Zulassung verlängert. Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau demnach 49 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter zugelassen.

q) Im Rahmen der

Einführung der EDV bei den Bezirksgerichten

musste die Ausrüstung der Bezirksgerichte Bischofszell, Diessenhofen, Münchwilen und Steckborn wegen Kapazitätsengpässen beim Amt für Informatik auf das Jahr 2006 verschoben werden.

r) Im Verlauf des Berichtsjahrs konnten die

Internetseiten des Obergerichts

unter www.tg.ch erneut ausgebaut werden. Neu wurden detaillierte Angaben zur Erreichbarkeit des Obergerichts unter der Rubrik "Kontakt" sowie zum Obergerichtsgebäude und dessen Geschichte unter der Rubrik "Gebäude" aufgenommen. Ausserdem wurden die Termine der öffentlichen Verhandlungen des Obergerichts mit kurzen Inhaltsangaben zu den einzelnen Prozessen ergänzt.

s) Im Berichtsjahr erschien das von der Obergerichtsschreiberin verfasste und vom Obergericht herausgegebene Handbuch

"Die Praxis zum Eheschutz - Also sprach das Obergericht",

in welchem grundsätzliche Entscheide des Obergerichts rund um das Eheschutzrecht systematisch zusammengestellt sind.

t) Im Oktober 2005 konnte das von der Obergerichtsschreiberin erarbeitete

Nachtragsregister

zu den RBOG 1994 - 2004 versandt werden.

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht

Die Zahl der an das Bundesgericht weitergezogenen Entscheide hat wieder abgenommen. Von den insgesamt 70 Rechtsmitteln, die das Bundesgericht im Berichtsjahr erledigte, wurden neun geschützt und drei teilweise geschützt. 35 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 20 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 2006)

Obergericht

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1986	Zweidler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt, 8500 Frauenfeld	1955
Vizepräsidentin:	1992	Thürer Elisabeth, Dr.iur., Rechtsanwältin, 8500 Frauenfeld	1953
vollamtliche Mitglieder:	1997	Reinhard François H., lic.iur., Rechtsanwalt, 8572 Berg	1952
	2000	Hausammann Peter, lic.iur., Rechtsanwalt, 8500 Frauenfeld	1956
nebenamtliche Mitglieder:	1986	Rutishauser Hans-Rudolf, Grundbuchverwalter, 8598 Bottighofen	1947
	1988	Rupper Guido, Grundbuchverwalter/Notar, 8376 Fischingen	1941
	2000	Glauser Jung Anna Katharina, lic.iur., Rechtsanwältin, 8552 Felben-Wellhausen	1963
	2004	Pauli Helene, lic.iur., 9515 Hosenruck	1962
Ersatzmitglieder:	1992	Entress Humbert, lic.iur., Rechtsanwalt, 8355 Aadorf	1956
	1992	Hebeisen Andreas, lic.iur., Rechtsanwalt, 8280 Kreuzlingen	1958
	1996	Kradolfer Christoph, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8590 Romanshorn	1948

Obergerichts-schreiberin:	1985	Merz Barbara, Dr.iur./lic.phil. I, Rechtsanwältin, 8535 Herdern	1954
Obergerichts-sekretärinnen und -sekretäre:	1992	Soliva Thomas, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8500 Frauenfeld	1959
	2001	Gubler Klaus, lic.iur., Rechtsanwalt, 8272 Ermatingen	1971
	2006	Schneider Karin, lic.iur., Fürsprecherin, 8045 Zürich	1971
	2006	Galli-Trepp Olivia, lic.iur., Fürsprecherin, 8500 Frauenfeld	1973

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

Kanzlei:	Goldinger Maja, 8500 Frauenfeld Gallo-Grillo Marianna, 8370 Sirnach Bisig Monika, 8508 Homburg Peter-Staubli Doris, 8547 Gachnang
Weibelin:	Tayler Verena, 8268 Salenstein

Bezirksgerichte, Bezirksgerichtliche Kommissionen und Gerichtspräsidien

Bezirk Arbon

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	2000	Zanoni Ralph, lic.iur., Rechtsanwalt, 9320 Arbon	1958
Vizepräsident:	1989	Kaufmann Urs, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8592 Uttwil	1955
Mitglieder:	1995	Matossi Franco, Edelmetalltechniker, 8590 Romanshorn	1955
	1996	Luginbühl Marianne, Personalassistentin, 9326 Horn	1950
	2000	Heeb Hanspeter, lic.iur., 8590 Romanshorn	1959
	2000	Abegglen Inge, Laborantin, 9320 Arbon	1950
Ersatzmitglieder:	2004	Thierbach Mirjam, Sekretärin, 8590 Romanshorn	1962
	1992	Straub Werner, Bauschlosser, 9306 Freidorf	1943
	2000	Oswald Migg, dipl.Bauing. HTL, 9320 Arbon	1957
Gerichtsschreiber:	2000	Diezi Dominik, lic.iur., Rechtsanwalt, 8580 Amriswil	1973
Gerichtssekretärin:	2002	Sutter Silke, lic.iur. 9320 Arbon	1964

Bezirk Bischofszell

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1990	Munz Hans, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8580 Amriswil	1956

Vizepräsident:	1992	Strickler Hanspeter, Dr.oec., Rechtsanwalt, 8580 Hagenwil	1955
Mitglieder:	1996	Frauenfelder Sibylle, Psychotherapeutin, 9220 Bischofszell	1946
	2000	Lindenmann Emil, Unternehmer, 8580 Amriswil	1942
	2000	Bosshard Veronika, Restauratorin, 9220 Bischofszell	1946
	2002	Rosenast Schlatter Doris, Hausfrau, 8580 Amriswil	1958
Ersatzmitglieder:	2000	Ohnemus Monika, Hausfrau/Katechetin, 8580 Amriswil	1958
	2002	Brüschweiler Urs, dipl. Bauführer, 8583 Sulgen	1955
	2002	Eggenberger-Marbert Pia, MPA, Hausfrau, 9220 Bischofszell	1957
Gerichtsschreiber:	2002	Alde Michael, lic.iur., Rechtsanwalt, 9320 Arbon	1969
Gerichtssekretär:	2005	Dünner Peter, lic.iur., Rechtsanwalt, 8280 Kreuzlingen	1967

Bezirk Diessenhofen

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1980	Nater Bruno, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8255 Schlattingen	1948
Vizepräsident:	1996	Roost Emil, Zollbeamter, 8253 Diessenhofen	1941
Mitglieder:	1996	Brütsch Cordula, kaufm. Angestellte, 8253 Diessenhofen	1948
	1996	Möckli Ernst, Landwirt, 8252 Schlatt	1943

	2000	Dubach Ruedi, Gewerkschafts-sekretär, 8253 Diessenhofen	1948
Ersatzmitglieder:	1996	Herrmann Lotte, Chem. HTL, 8252 Schlatt	1946
	2000	Bürgin Heinz, Maschinen-mechaniker, 8253 Diessenhofen	1959
	2000	Frei Marianna, Psychiatriekran-kenschwester, 8252 Schlatt	1962
Gerichts-schreiber:	2000	Rüedi Beat, lic.iur., Rechts-anwalt, 8280 Kreuzlingen	1962

Bezirk Frauenfeld

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsidentin:	1988	Hänzi Brigit, Dr.iur., Rechtsanwältin, 8500 Frauenfeld	1946
Vizepräsident:	1992	Fuchs Rudolf, lic.iur., Rechtsanwalt, 8500 Frauenfeld	1956
Vizepräsidentin:	2003	Christine Steiger, lic.iur., 8500 Frauenfeld	1956
Mitglieder:	2000	Anderegg Doris, kaufm. Ange-stellte, 8512 Wetzikon	1951
	2000	Hefti Peter, lic.oec.publ., Kaufmann, 8500 Frauenfeld	1947
	2004	Bünter Stefan, Betriebsöko-nom HWV, 8500 Frauenfeld	1960
	2004	Oswald Markus, Notar, Grund-buchverwalter, 8355 Aadorf	1951
Ersatzmitglieder:	1989	Bodmer Stuber Ruth, Kinder-gärtnerin, 8500 Frauenfeld	1957
	2000	Müller Klemens, Bauing. ETH, 8357 Guntershausen	1959

	2004	Peter Liselotte, Bäuerin, 8546 Kefikon	1961
Gerichts-schreiber:	1992	Allan Colin, lic.iur. 8500 Frauenfeld	1962
Gerichts-sekretärin:	2004	Herzog Irene, lic.iur., Rechts-anwältin, 8536 Hüttwilen	1974

Bezirk Kreuzlingen

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1989	Grauer Hans Ulrich, lic.iur., Rechtsanwalt, 8280 Kreuzlingen	1944
Vizepräsident:	1992	Haubensak Urs, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8280 Kreuzlingen	1949
Mitglieder:	1976	Baltisser Hans, Bauingenieur, 8597 Landschlacht	1944
	1999	Dahinden Silvia, Hausfrau, 8280 Kreuzlingen	1953
	2000	Sieber Hannes, Gärtner-Unter-nehmer, 8274 Tägerwilen	1951
	2000	Werner Roland, Landwirt, 8546 Wäldi	1955
Ersatzmitglieder:	2000	Andres-Brändle Edith, Sekre-tärin/Hausfrau, 8272 Ermatingen	1952
	2000	Nufer Dieter, Landwirt, 8573 Siegershausen	1947
	2004	Gisler Thomas, Optiker 8280 Kreuzlingen	1960
Gerichts-schreiberin:	1989	Pfeiffer-Munz Susanne, Dr.iur., Rechtsanwältin, 8580 Amriswil	1949
Gerichts-sekretärinnen:	1994	Looser Hürsch Karin, Dr.iur., Rechtsanwältin, 8050 Zürich	1963

	2003	Faller Graf Ruth, lic.iur., Rechtsanwältin, 8500 Frauenfeld	1969

Bezirk Münchwilen

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1987	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt, 8360 Eschlikon	1956
Vizepräsident:	2000	Bögli Roman, Dr.iur., Rechtsanwalt, 9532 Rickenbach	1963
Mitglieder:	1988	Fröhlich Walter, Ortsvorsteher, 9502 Braunau	1944
	1992	Meili Rita, Hausfrau, 9542 Münchwilen	1946
	1996	Nater Elsi, Bäuerin, 8577 Schönholzerswilen	1943
	1996	Obrecht Urs, Architekt, 8374 Oberwangen	1949
Ersatzmitglieder:	1996	Haas Peter, Landwirt, 9508 Weingarten	1963
	1996	Walter Margrit, Sprachlehrerin, 9546 Tuttwil	1943
	1998	Holenstein Marta, kaufm. Angestellte, 9532 Rickenbach	1953
Gerichtsschreiber:	1992	Wenger Stefan, lic.iur., Rechtsanwalt, 9542 Münchwilen	1959
Gerichtssekretär:	2000	Auer Max, lic.iur., Rechtsanwalt, 8360 Eschlikon	1969

Bezirk Steckborn

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1991	Schwarz René, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8268 Mannenbach-Salenstein	1950
Vizepräsident:	1984	Tschanen Christian, Bauunternehmer, 8555 Müllheim	1946
Mitglieder:	1982	Buzek Paula, Lehrerin, 8505 Dettighofen	1949
	1992	Herzog Paul, Architekt, 8555 Müllheim	1941
	1994	Iseli Suzanne, dipl. Bäuerin, 8267 Berlingen	1953
Ersatzmitglieder:	1988	Spitzli-Wilhelm Martin, Versicherungsagent, 8266 Steckborn	1947
	1992	Ullmann Claus, Agr.Ing. HTL, 8264 Eschenz	1957
	2004	Maute Wolfgang, Dr.iur., 8555 Müllheim	1958
Gerichtsschreiber:	1986	Dünki Rolf, lic.iur., Rechtsanwalt, 8500 Frauenfeld	1956

Bezirk Weinfelden

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	1998	Heusser Rolf, Dr.iur., Rechtsanwalt, Oppikon, 9565 Bussnang	1947
Vizepräsidentin:	2000	Bommer Marianne, lic.iur., Rechtsanwältin, 8570 Weinfelden	1966
Mitglieder:	1984	Boss Hansruedi, Kaufmann, 8570 Weinfelden	1940

	2000	Schmidheiny Vreni, Methodiklehrerin, 8575 Bürglen	1954
	2002	Grünig Hermann, Rektor, 8561 Ottoberg	1954
	2004	Forrer Walter, Dr.med.dent., Zahnarzt, 8575 Bürglen	1950
Ersatzmitglieder:	1992	Müller Ruth, kaufm. Angestellte, 8570 Weinfelden	1957
	2000	Brunner Otto, mag.oec., 8570 Weinfelden	1963
	2004	Uhlmann Heinz, Kaufmann, 8560 Märstetten	1960
Gerichtsschreiberin:	1997	Thür Brechbühl Suzanne, lic.iur., Rechtsanwältin, 8535 Herdern	1962
Gerichtssekretär:	2000	Hunziker René, lic.iur., Rechtsanwalt, 8500 Frauenfeld	1971

B. Statistische Angaben

zum Geschäftsbericht der gerichtlichen Behörden
sowie des Konkursamts und der Betreibungsämter

I. Obergericht

1. Allgemeines

Tabelle 1. Tätigkeitsübersicht

	2005	2004	2003
Sitzungen	**90**	103	108
Plenum	**1**	2	3
Fünferbesetzung	**19**	30	23
Dreierbesetzung	**70**	71	82
Einschreibungen	**548**	523	546
erstinstanzliche Verfahren	**2**	2	1
Berufungsverfahren	**196**	169	195
davon in Fünferbesetzung	**41**	39	54
davon in Dreierbesetzung	**155**	130	141
Rekursverfahren	**238**	249	245
Beschwerdeverfahren	**40**	48	43
übrige Verfahren	**72**	55	62
erledigte Verfahren	**537**	553	541
erstinstanzliche Verfahren	**2**	2	4
Berufungsverfahren	**176**	205	173
davon in Fünferbesetzung	**45**	51	42
davon in Dreierbesetzung	**131**	154	121
Rekursverfahren	**250**	247	242
Beschwerdeverfahren	**43**	45	45
übrige Verfahren	**66**	54	64
Pendente Berufungsverfahren Ende Jahr	**89**	69	96
davon Eingang vor dem 1. Januar 2005	**11**	13	9

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

2. Zivilrechtspflege

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

	hängig per 1.1.05	neu	erledigt per 31.12.05
Erfindungspatente		2	1
Fabrik- und Handelsmarken	1	-	1
Total	**1**	**2**	**2**
2004 waren es	1	2	2
2003 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	20	4	-	6	-	5	1	4	-
Bischofszell	17	8	-	1	3	1	3	1	-
Diessenhofen	1	1	-	-	-	-	-	-	-
Frauenfeld	13	1	1	3	1	3	-	4	-
Kreuzlingen	31	6	4	2	1	7	2	9	-
Münchwilen	13	2	-	1	1	3	1	5	-
Steckborn	5	3	-	1	-	1	-	-	-
Weinfelden	17	8	-	-	-	3	1	4	1
Rückweisung BuGer	1	-	-	-	-	-	-	-	1
Total	**118**	**33**	**5**	**14**	**6**	**23**	**8**	**27**	**2**
2004 waren es	135	34	8	18	12	30	11	18	4
2003 waren es	119	39	10	19	9	24	8	7	3

In diesen 118 Berufungsverfahren waren 135 Berufungen sowie sechs Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:

Personenrecht	
- Schutz der Persönlichkeit	1
- übriges Personenrecht	1
Familienrecht	
- Ehescheidung	28
- Änderung Scheidung/Trennung	11
- Unterhalt	2
- übriges Familienrecht	1
Erbrecht	
- Erbteilung	2
- übriges Erbrecht	1
Sachenrecht	
- Eigentum	1
- beschränkte dingliche Rechte	2
- übriges Sachenrecht	2
Obligationenrecht	
- unerlaubte Handlung	2
- Kauf und Tausch	3
- Miete	8
- Arbeitsvertrag	18
- Leihe	2
- Werkvertrag	7
- Auftrag	9
- Hinterlegungsvertrag	1
- übrige Innominatverträge	6
Betreibungsrechtliche Prozesse	
- Aberkennung	3
- paulianische Anfechtung	1
- übriges Betreibungsrecht	2
Übriges Zivilrecht	
- Versicherungsvertrag	3
Verschiedenes	1

Tabelle 4. Rekursverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	30	10	3	2	3	10	2
Bischofszell	27	12	2	4	2	4	3
Diessenhofen	8	4	1	-	-	1	2
Frauenfeld	48	20	7	8	4	6	3
Kreuzlingen	56	18	10	4	4	12	8
Münchwilen	32	15	2	6	1	8	-
Steckborn	14	7	1	5	-	1	-
Weinfelden	28	7	3	9	1	6	2
Friedensrichterämter	1	-	-	-	-	1	-
Rückweisung BuGer	4	1	1	2	-	-	-
Revision	2	1	-	-	-	-	1
Total	**250**	**95**	**30**	**40**	**15**	**49**	**21**
2004 waren es	247	101	29	30	5	66	16
2003 waren es	242	84	39	35	12	63	9

* inkl. Rückzug und Anerkennung

In diesen 250 Rekursverfahren waren 263 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	82	29	15	11	-	23	4
- Konkurseröffnung	25	8	9	-	2	2	4
- übrige Rekurse nach SchKG	9	1	2	-	4	2	-
Befehlsverfahren							
- Handhabung klaren Rechts	1	1	-	-	-	-	-
- Ausweisung	17	7	-	-	2	6	2
- übrige Rekurse im Befehlsverfahren	5	4	-	-	-	-	1
ZGB/OR							
- vorsorgliche Massnahmen bei Ehescheidung/-trennung	17	7	-	7	1	1	1
- Eheschutzmassnahmen	39	12	1	18	2	5	1
- fürsorgerische Freiheitsentziehung	2	1	-	-	1	-	-
- übrige Rekurse nach ZGB/OR	9	4	1	-	1	2	1
ZPO und übrige Gebiete							
- Revision	2	1	-	-	-	-	1
- Kostenrekurs	6	1	-	1	-	2	2
- Erledigungsbeschlüsse	5	3	-	-	1	1	-
- unentgeltliche Prozessführung	15	8	2	1	1	1	2
- übrige Rekurse nach ZPO	16	8	-	2	-	4	2
Total	**250**	**95**	**30**	**40**	**15**	**49**	**21**
2004 waren es	247	101	29	30	5	66	16
2003 waren es	242	84	39	35	12	63	9

* 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	3	3	-	-	-	-	-
Bezirksgerichtliche Kommissionen	1	-	-	-	-	-	1
Gerichtspräsidien	3	1	-	-	-	1	1
Friedensrichterämter	1	1	-	-	-	-	-
Total	**8**	**5**	**-**	**-**	**-**	**1**	**2**
2004 waren es	6	3	-	1	-	2	-
2003 waren es	4	-	-	1	-	1	2

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	Rück-weisung an Vor-instanz	Rückzug	nicht einge-treten	ander-weitig erledigt
Arbon	4	-	-	2	-	2	-	-
Bischofszell	11	4	-	5	-	1	1	-
Diessenhofen	2	1	-	1	-	-	-	-
Frauenfeld	7	2	-	2	-	3	-	-
Kreuzlingen	10	4	2	-	2	2	-	-
Münchwilen	13	2	1	3	3	4	-	-
Steckborn	2	-	1	1	-	-	-	-
Weinfelden	3	1	1	-	-	-	1	-
Rückweisung BuGer	6	4	-	2	-	-	-	-
Total	**58**	**18**	**5**	**16**	**5**	**12**	**2**	**-**
2004 waren es	70	33	8	19	4	3	2	1
2003 waren es	67	32	7	17	-	6	4	1

In diesen 58 Berufungsverfahren waren 66 Berufungen sowie fünf Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die Berufungen wurden eingelegt:

- von der Staatsanwaltschaft: 3 Fälle
- von den Angeklagten: 55 Fälle
- von Geschädigten und Opfern: 8 Fälle

Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:

Strafgesetzbuch	
- Delikte gegen Leib und Leben	9
- Delikte gegen das Vermögen	14
- Ehrverletzungen	4
- Delikte gegen die Freiheit	1
- Delikte gegen die sexuelle Integrität	6
- Delikte gegen die öffentliche Gewalt und das Ausland	1
- Übertretungen bundesrechtlicher Bestimmungen	2
Bundesgesetz über den Strassenverkehr	11
Nebenstrafrecht des Bundes	8
Leistungen nach OHG	1
Wiederaufnahme eines Strafverfahrens	1

Weitere Geschäfte:

Das Obergericht hatte zwei Wiederaufnahmegesuche sowie ein späteres Verfahren (vorzeitige Löschung des Strafregistereintrags) zu behandeln.

Es erledigte ausserdem 12 Beschwerden nach Strafprozessrecht. Hievon wurden vier abgewiesen, drei geschützt und drei teilweise geschützt; auf zwei Beschwerden wurde nicht eingetreten.

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	16	13	-	1	1	-	-	1	58 Tage
Als Aufsichtsbehörde im Konkurswesen									
- Gesuche	4	-	3	-	-	-	-	1	9 Tage
- Beschwerden	7	2	-	2	-	2	-	1	65 Tage
Total	**27**	**15**	**3**	**3**	**1**	**2**	**-**	**3**	**53 Tage**
2004 waren es	28	22	1	-	1	1	1	2	48 Tage
2003 waren es	24	14	2	-	-	2	3	3	43 Tage

II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle

Tabelle 9. Art des Rechtsmittels und Erledigung

	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt
Berufung	14	9	1	1	3	-
Nichtigkeitsbeschwerde						
in Zivilsachen	-	-	-	-	-	-
in Strafsachen	12	7	2	1	2	-
Staatsrechtliche Beschwerde						
in Zivilsachen	25	11	5	-	8	1
in Strafsachen	12	6	-	-	4	2
Betreibungsrechtliche Beschwerde	7	2	1	1	3	-
Total	**70**	**35**	**9**	**3**	**20**	**3**
2004 waren es	85	34	9	4	31	7
2003 waren es	50	28	5	-	13	4

III. Bezirksgerichte

1. Geschäftsführung der Bezirksgerichte

Tabelle 10. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2005	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	31	41	30	7	-
Bischofszell	23	17	11	4	-
Diessenhofen	6	6	2	-	-
Frauenfeld	37	51	26	3	-
Kreuzlingen	19	55	47	27	9
Münchwilen	17	35	33	9	-
Steckborn	10	15	27	16	2
Weinfelden	15	17	27	15	4
Total	**158**	**237**	**203**	**81**	**15**
2004 waren es	158	246	197	68	17
2003 waren es	190	201	181	83	14

* 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 11. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahren			Gegenstand							
						Familienrecht						
		ordentliches	Untersuchungsverfahren	beschleunigtes	Personenrecht	Vaterschaften	andere	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
Arbon	25	25	-	-	1	-	-	1	2	20	1	-
Bischofszell	14	13	-	1	-	-	-	1	-	12	-	1
Diessenhofen	4	1	-	3	-	-	-	-	-	-	4	-
Frauenfeld	23	19	2	2	1	-	2	1	-	14	3	2
Kreuzlingen	38	38	-	-	-	-	-	1	1	35	1	-
Münchwilen	13	13	-	-	-	-	-	-	1	9	1	2
Steckborn	7	3	4	-	-	1	3	1	-	2	-	-
Weinfelden	11	11	-	-	-	-	-	2	-	9	-	-
Total	**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
2003 waren es	174	141	21	12	8	14	7	21	15	96	12	1

Tabelle 12. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
		Urteil	Verfügung/Beschluss		
			Ver-gleich	Rückzug und Aner-kennung	Gegen-stands-losigkeit/ Nicht-eintreten
Arbon	25	12	6	3	4
Bischofszell	14	5	2	5	2
Diessenhofen	4	2	1	1	-
Frauenfeld	23	10	8	3	2
Kreuzlingen	38	16	5	11	6
Münchwilen	13	3	6	1	3
Steckborn	7	6	1	-	-
Weinfelden	11	4	5	-	2
Total	**135**	**58**	**34**	**24**	**19**
2004 waren es	140	62	42	26	10
2003 waren es	174	82	37	37	18

B. Strafrechtspflege

Tabelle 13. Überweisungen und Erledigungen

Bezirk	Überweisungen			Erledigungen			Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neu-eingänge	Total	Urteil	Verfügung/ Beschluss	Total	
Arbon	21	17	38	15	13	28	10
Bischofszell	6	6	12	8	1	9	3
Diessenhofen	-	2	2	1	1	2	-
Frauenfeld	13	24	37	24	5	29	8
Kreuzlingen	3	19	22	15	-	15	7
Münchwilen	6	11	17	9	-	9	8
Steckborn	-	4	4	3	-	3	1
Weinfelden	1	6	7	1	-	1	6
Total	**50**	**89**	**139**	**76**	**20**	**96**	**43**
2004 waren es	37	103	140	70	20	90	50
2003 waren es	54	79	133	81	15	96	37

Tabelle 14. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen	Einschrei-bungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2005	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	73	316	99	8	2
Bischofszell	67	244	54	2	1
Diessenhofen	9	43	10	-	-
Frauenfeld	94	355	108	16	3
Kreuzlingen	82	344	169	25	2
Münchwilen	54	294	129	15	-
Steckborn	25	133	50	3	1
Weinfelden	102	190	116	33	11
Total	**506**	**1'919**	**735**	**102**	**20**
2004 waren es	510	1'905	745	74	15
2003 waren es	460	1'698	602	81	21

* 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 15. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahren			Gegenstand							
					Familienrecht							
		ordentliches	Untersuchungsverfahren	beschleunigtes	Eheschei-dungen/ Ehetrennungen	andere	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten	Ehrverletzungsklagen
Arbon	223	35	177	11	135	45	-	1	28	-	11	3
Bischofszell	155	8	137	10	119	18	-	-	16	-	1	1
Diessenhofen	27	3	23	1	23	1	1	1	1	-	-	-
Frauenfeld	202	9	177	16	162	15	-	-	20	1	-	4
Kreuzlingen	205	35	156	14	127	33	-	5	32	3	1	4
Münchwilen	171	36	130	5	114	16	-	6	34	1	-	-
Steckborn	93	16	76	1	72	4	-	1	15	-	1	-
Weinfelden	106	13	86	7	72	14	-	1	19	-	-	-
Total	**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
2003 waren es	992	143	781	68	654	121	-	21	158	1	19	18

Tabelle 16. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
		Urteil	Verfügung/Beschluss		
			Ver-gleich	Rückzug und Aner-kennung	Gegen-stands-losigkeit/ Nicht-eintreten
Arbon	223	153	15	42	13
Bischofszell	155	122	6	23	4
Diessenhofen	27	18	-	5	4
Frauenfeld	202	164	9	25	4
Kreuzlingen	205	156	8	30	11
Münchwilen	171	134	13	20	4
Steckborn	93	72	4	12	5
Weinfelden	106	88	12	5	1
Total	**1'182**	**907**	**67**	**162**	**46**
2004 waren es	1'016	734	89	162	31
2003 waren es	992	742	84	140	26

Tabelle 17. Überweisungen und Erledigungen

Bezirk	Überweisungen				Erledigungen				Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neu-eingänge	Total	davon Ein-sprachen gegen Strafver-fügungen	Urteil	Verfügung/ Beschluss	Total	davon Ein-sprachen gegen Strafver-fügungen	
Arbon	18	110	128	11	90	19	109	10	19
Bischofszell	8	108	116	11	77	19	96	11	20
Diessenhofen	-	15	15	1	10	3	13	1	2
Frauenfeld	20	149	169	24	117	29	146	21	23
Kreuzlingen	30	117	147	45	116	7	123	40	24
Münchwilen	39	117	156	22	122	3	125	19	31
Steckborn	15	43	58	4	39	8	47	4	11
Weinfelden	28	96	124	17	72	16	88	13	36
Total	**158**	**755**	**913**	**135**	**643**	**104**	**747**	**119**	**166**
2004 waren es	147	757	904	145	613	133	746	115	158
2003 waren es	157	723	880	129	629	104	733	108	147

Tabelle 18. Einzelrichterliche Tätigkeit

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2005	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	58	53	11	1	-
Bischofszell	27	26	5	-	-
Diessenhofen	7	7	-	-	-
Frauenfeld	109	59	12	-	-
Kreuzlingen	94	90	35	3	-
Münchwilen	55	65	28	2	-
Steckborn	15	29	10	1	-
Weinfelden	44	42	23	5	1
Total	**409**	**371**	**124**	**12**	**1**
2004 waren es	351	381	123	9	7
2003 waren es	343	391	124	7	1

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

Tabelle 19. Erledigte Prozesse nach Verfahren, Gegenstand und Erledigungsart

Bezirk	Zahl	nach Verfahren und Gegenstand						nach Erledigungsart				Rechtshilfeeinvernahmen
		Verfahren		Gegenstand								
		ordentliches	beschleunigtes	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten	Urteil	Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten	
Arbon	54	34	20	2	51	1	-	11	27	15	1	4
Bischofszell	26	5	21	-	26	-	-	10	12	3	1	2
Diessenhofen	7	5	2	-	3	4	-	3	2	1	1	-
Frauenfeld	55	36	19	-	54	1	-	13	22	19	1	6
Kreuzlingen	75	38	37	2	69	4	-	40	21	8	6	6
Münchwilen	55	45	10	-	51	1	3	31	11	5	8	7
Steckborn	29	17	12	1	28	-	-	12	11	3	3	2
Weinfelden	39	27	12	3	32	4	-	14	17	6	2	3
Total	**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
2003 waren es	335	173	162	7	311	2	15	139	118	63	15	33

Tabelle 20. Übrige Haupttätigkeiten gemäss ZPO

Bezirk	Befehls-verfahren	vorsorg-liche Mass-nahmen bei Ehe-scheidung/ -trennung	Ehe-schutz-mass-nahmen	Vormer-kung von Bauhand-werker-pfand-rechten	Ausswei-sung von Mietern und Pächtern	Kraftlos-erklärung von Wert-papieren	übrige Ver-fügungen nach ZGB und OR	weitere Ver-fügungen nach ZPO	Total
Arbon	8	17	57	5	38	19	64	15	223
Bischofszell	9	11	27	5	19	4	54	12	141
Diessenhofen	2	3	3	-	5	1	2	5	21
Frauenfeld	2	13	69	5	46	15	39	32	221
Kreuzlingen	14	12	56	50	26	17	70	13	258
Münchwilen	13	3	38	6	19	14	26	37	156
Steckborn	2	6	24	11	10	2	15	10	80
Weinfelden	6	10	37	9	22	12	26	14	136
Total	**56**	**75**	**311**	**91**	**185**	**84**	**296**	**138**	**1'236**
2004 waren es	89	74	301	74	197	77	279	200	1'291
2003 waren es	120	97	359	52	153	78	212	168	1'239

Tabelle 21. Verfügungen nach SchKG

Bezirk	Rechts-öffnungs-gesuche	Konkurs-begehren	Insolvenz-erklärungen	Konkurs-eröffnungen	Fest-stellung neuen Vermögens	Arrest-gesuche	übrige Ent-scheide nach SchKG	Total
Arbon	246	142	14	39	21	7	51	520
Bischofszell	211	96	4	43	7	5	61	427
Diessenhofen	60	34	3	9	3	-	8	117
Frauenfeld	296	122	10	63	11	9	74	585
Kreuzlingen	312	195	8	40	15	12	100	682
Münchwilen	192	173	5	15	22	5	74	486
Steckborn	128	65	2	15	4	2	25	241
Weinfelden	171	129	10	15	12	8	46	391
Total	**1'616**	**956**	**56**	**239**	**95**	**48**	**439**	**3'449**
2004 waren es	1'549	805	72	242	118	71	385	3'242
2003 waren es	1'454	707	66	209	145	55	382	3'018

Tabelle 22. Beschwerden gegen die Betreibungsämter

Bezirk	Zahl	Erledigungsart					durchschnittliche Verfahrensdauer
		abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt	
Arbon	11	5	2	1	-	3	46 Tage
Bischofszell	6	4	-	-	-	2	17 Tage
Diessenhofen	3	2	-	-	-	1	34 Tage
Frauenfeld	9	5	2	1	-	1	82 Tage
Kreuzlingen	19	10	4	3	2	-	46 Tage
Münchwilen	13	7	1	2	2	1	39 Tage
Steckborn	4	2	-	1	-	1	29 Tage
Weinfelden	13	9	-	2	-	2	55 Tage
Total	**78**	**44**	**9**	**10**	**4**	**11**	**47 Tage**
2004 waren es	102	49	19	13	11	10	32 Tage
2003 waren es	81	33	11	12	14	11	35 Tage

IV. Friedensrichterämter

Tabelle 23. Geschäftsumfang

	behandelte Fälle	verglichen wurden	keine Weisung verlangt	Weisungen wurden erteilt	einzelrich-terliche Tätigkeit
Arbon	166	43	32	91	9
Romanshorn	99	24	21	54	8
Bischofszell	28	12	6	10	1
Amriswil	91	30	30	31	6
Sulgen	22	9	6	7	-
Diessenhofen	38	11	5	22	-
Frauenfeld	126	35	12	79	7
Aadorf	82	28	15	39	2
Felben-Wellhausen	34	8	8	18	1
Kreuzlingen	138	39	5	94	5
Kemmental	67	17	19	31	-
Tägerwilen	69	11	16	42	-
Münchwilen	101	27	13	61	5
Affeltrangen	58	28	14	16	1
Sirnach	84	34	5	45	2
Steckborn	70	16	15	39	-
Müllheim	62	24	10	28	5
Weinfelden	66	21	-	45	4
Bürglen	33	11	6	16	-
Märstetten	48	16	8	24	-
Total	**1'482**	**444**	**246**	**792**	**56**
2004 waren es	1'487	397	317	773	48
2003 waren es	1'453	437	289	727	57

V. Bezirksämter

Tabelle 24. Tätigkeit als Strafgerichte

Bezirk	Zahl der Strafverfügungen	
	Übertretungen	Vergehen und Verbrechen
Arbon	2'456	457
Bischofszell	1'501	192
Diessenhofen	351	59
Frauenfeld	2'816	349
Kreuzlingen	3'818	631
Münchwilen	2'244	261
Steckborn	884	123
Weinfelden	1'599	198
Total	**15'669**	**2'270**
2004 waren es	15'599	2'359
2003 waren es	15'399	2'314

VI. Konkursamt

Tabelle 25. Geschäftsumfang

	2005	2004	2003
Pendenzen aus dem Vorjahr	**162**	177	195
Neueingänge	**319**	323	300
Erledigungen im Berichtsjahr	**342**	338	318
Pendenzen Ende Jahr	**139**	162	177
Konkurseröffnungen			
Firmenkonkurse	**174**	202	183
Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen)	**44**	43	47
Nachlasskonkurse (ausgeschlagene Erbschaften)	**101**	78	70
Total Neueingänge	**319**	323	300
Konkurserledigungen			
Widerruf	**8**	7	4
Aufhebung des Konkurses	**15**	4	12
Einstellung mangels Aktiven	**169**	173	168
Schlusserklärung			
nach summarischem Verfahren	**148**	152	134
nach ordentlichem Verfahren	**2**	2	-
Total Konkurserledigungen	**342**	338	318

VII. Betreibungsämter

Tabelle 26. Geschäftsumfang

	Zahlungsbefehle	Pfändungs-vollzüge	Verwertungen
Arbon	7'652	4'998	4'744
Romanshorn	5'895	3'060	2'384
Bischofszell	2'534	1'310	1'161
Amriswil	5'299	3'775	3'182
Sulgen	2'893	1'814	1'392
Diessenhofen	2'701	1'439	1'262
Frauenfeld	7'989	4'568	4'177
Aadorf	3'272	1'862	1'476
Felben-Wellhausen	1'528	808	668
Kreuzlingen	7'206	4'040	2'417
Kemmental	1'793	817	635
Tägerwilen	2'293	1'020	865
Münchwilen	3'863	2'167	1'873
Affeltrangen	2'508	1'026	889
Sirnach	4'089	2'053	1'653
Steckborn	3'040	1'531	1'241
Müllheim	2'130	1'118	1'008
Weinfelden	2'156	1'111	870
Bürglen	2'163	1'063	905
Märstetten	2'108	1'342	800
Total	**73'112**	**40'922**	**33'602**
2004 waren es	74'360	40'620	34'582
2003 waren es	71'617	37'899	31'312

C. Entscheide

des Obergerichts

und

des Obergerichtspräsidiums

1. Bedeutung und Bemessung des "gebührenden" Unterhalts gemäss Art. 125 ZGB

1. Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, hat ihm der andere gemäss Art. 125 Abs. 1 ZGB einen angemessenen Beitrag zu leisten.

a) Steht fest, dass es der unterhaltsberechtigten Person nicht zumutbar ist, für den gebührenden Unterhalt selbst aufzukommen, und dass der Unterhaltsverpflichtete leistungsfähig ist, so ist der Unterhaltsanspruch so zu bemessen, dass der gesamte gebührende Unterhalt einschliesslich des Vorsorgeunterhalts gedeckt ist. Abstriche kommen in der Mehrzahl der Fälle, in denen es nur um den Ausgleich ehebedingter Nachteile geht, nicht in Betracht. Vor allem darf ein etwaiges Verschulden nicht anspruchsmindernd berücksichtigt werden. Ausnahmsweise kann der angemessene Beitrag den gebührenden Unterhalt unterschreiten in Fällen, in denen der Unterhalt nur auf nachehelicher Solidarität gründet (Schwenzer, in: FamKommentar Scheidung [Hrsg.: Schwenzer], Bern 2005, Art. 125 ZGB N 35). Zwar garantiert der gebührende Unterhalt im Sinn von Art. 125 ZGB nicht in jedem Fall den bisherigen Lebensstandard. Aber es ist anzustreben, den während der Ehe gepflegten Lebensstil - wenn immer möglich - als Richtwert für den gebührenden Unterhalt beizubehalten. Dieser bildet denn auch gleichzeitig grundsätzlich die obere Grenze für den nachehelichen Unterhalt. Ausgeschlossen werden soll grundsätzlich nur die über den bisherigen vollen Lebensbedarf hinausgehende Teilhabe am Luxus eines sehr wohlhabenden Partners (Gloor/

Spycher, Basler Kommentar, Art. 125 ZGB N 3; Schwenzer, Art. 125 ZGB N 4 f.).

b) Bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts hat sich die Methode des betreibungsrechtlichen Existenzminimums, allenfalls erweitert um zusätzliche Positionen (z.B. Versicherungsbeiträge, Kosten für Drittbetreuung, spezielle Gesundheitsauslagen, Steuern), durchgesetzt (RBOG 2000 Nr. 2 S. 67 f.; Schwenzer, Art. 125 ZGB N 76 f. und Anh. UB N 46 ff.; Gloor/Spycher, Art. 125 ZGB N 36). Dieses familienrechtliche Existenzminimum ist vom Gesamteinkommen der Parteien abzuziehen. Verbleibt ein Überschuss, ist dieser grundsätzlich hälftig zwischen den Ehegatten zu teilen, sofern die Ehegatten nicht (mehr) für minderjährige Kinder zu sorgen haben (Schwenzer, Art. 125 ZGB N 78). Diese Methode gewährt eine gewisse Rechtssicherheit sowie Voraussehbarkeit. Sie ist zudem genügend flexibel, um Gewähr für eine Einzelfallgerechtigkeit zu bieten (vgl. Schwenzer, Art. 125 ZGB N 69 f.).

Der auf diese Weise ermittelte Unterhaltsbeitrag kann indessen nicht ohne weiteres dem gebührenden Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB gleichgesetzt werden. Vielmehr ist die Frage nach dem gebührenden Unterhalt zusätzlich zu stellen. Einerseits soll der Unterhaltspflichtige nicht mehr bezahlen müssen, als zur Deckung des gebührenden Unterhalts notwendig ist. Andererseits muss festgestellt werden, ob der gebührende Unterhalt mit dem errechneten Unterhaltsbeitrag tatsächlich gedeckt wird. Das ist insofern von Bedeutung, als im Verfahren betreffend Abänderung des Unterhaltsbeitrags eine Verbesserung der Verhältnisse auf Seiten der berechtigten Person nur berücksichtigt werden darf, wenn im Scheidungsurteil eine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgesetzt werden konnte (Art. 129 Abs. 1 ZGB). Als Methode zur Ermittlung des gebührenden Unterhalts bietet sich an, auf die Kosten abzustellen, die zur Deckung des während der Ehe gelebten

Standards notwendig waren. In einem zweiten Schritt ist den nach der Scheidung herrschenden Umständen mit den entsprechenden Änderungen (zum Beispiel Mehrkosten zufolge Führens eines Einpersonenhaushalts) Rechnung zu tragen, und die während der Ehe notwendigen Aufwendungen sind auf die Zeit nach der Scheidung "herunter zu rechnen". Ferner besteht - insbesondere bei sehr günstigen Einkommensverhältnissen - die Möglichkeit, anhand eines Haushaltsbudgets eine konkrete Bedarfsberechnung anzustellen (vgl. Schwenzer, Art. 125 ZGB N 79). Schliesslich kann der gebührende Unterhalt beziehungsweise der angemessene Beitrag aufgrund des familienrechtlichen Existenzminimums und mit der Teilung des Überschusses berechnet werden, wobei Sparquoten und der Aufbau der Altersvorsorge nicht vergessen werden dürfen. In BGE 130 III 540 erachtete das Bundesgericht eine Bemessung des gebührenden Unterhalts aufgrund des monatlichen Bedarfs gemäss den betreibungsrechtlichen Richtlinien und einem Zuschlag von 10% als zulässig. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass in jenem Entscheid auf die Lebenshaltung während der rund zehnjährigen Trennungszeit abgestellt wurde und die Unterhaltsberechtigte nicht eingewendet hatte, ihre Lebenshaltung während der Trennungszeit sei wesentlich höher als der um 10% erhöhte Bedarf gewesen.

2. a) Die Ehe der Parteien wurde vor rund 26 Jahren geschlossen und dauerte bis zur Trennung 21½ Jahre. Sie wirkte sich auf die Berufungsklägerin ohne Zweifel lebensprägend aus. Die Parteien lebten eine klassische Rollenteilung: Der Berufungsbeklagte arbeitete, während die Berufungsklägerin den Haushalt besorgte und die Kinder betreute. Weil die Parteien vor der Scheidung nicht über einen als relevant zu bezeichnenden langen Zeitraum hinweg getrennt lebten (in dem BGE 130 III 539 f. zugrunde liegenden Fall waren es zum Zeitpunkt des Bundesgerichtsentscheids neun Jahre), ist für die Bemessung des gebührenden Un-

terhalts grundsätzlich vom Lebensstandard während der Ehe und vor der Trennung auszugehen (vgl. Schwenzer, Art. 125 ZGB N 5).

b) aa) Die grundsätzliche Erwägung der Vorinstanz, die Berufungsklägerin habe nach der Scheidung nicht automatisch Anspruch auf das gleiche Einkommen wie der Berufungsbeklagte, ist insofern richtig, als der während der Ehe gelebte Standard den Unterhaltsanspruch nach oben begrenzt. Ist mithin das Einkommen höher, als dies zur Deckung des ehelichen Lebensstandards der beiden nun getrennt lebenden Ehegatten nötig wäre, hat der einkommensstärkere Ehegatte regelmässig mehr Mittel zur Verfügung als die unterhaltsberechtigte Ehegattin. Das entbindet den Richter allerdings nicht davon, den gebührenden Unterhalt anhand des ehelichen Lebensstandards zu bestimmen. Die Orientierung am Existenzminimum widerspricht der Absicht des Gesetzgebers, der Praxis und der Lehre und dürfte aus der Überbetonung des Prinzips des "clean break" herrühren. Solange allerdings die finanzielle Leistungsfähigkeit beider Parteien nicht ausreicht, um beiden Ehegatten nach der Scheidung den ehelichen Lebensstandard sicherzustellen, was wegen der höheren Kosten zweier Haushalte häufig vorkommt, bleibt es dabei, dass die Differenz zwischen dem Gesamteinkommen und dem Gesamtexistenzminimum geteilt wird und beide Parteien etwa gleich viel erhalten.

bb) Wenn der Berufungsbeklagte geltend macht, die Berufungsklägerin sei mit dem von der Vorinstanz auf Fr. 800.-- festgesetzten Unterhaltsbeitrag und ihrem Einkommen (Fr. 3'450.--) in der Lage, ihren Lebensbedarf zu decken, übersieht er, dass der gebührende Unterhalt nicht einem (allenfalls auch um einen bestimmten Prozentsatz erweiterten) Existenzminimum entspricht, sondern sich am ehelichen Lebensstandard unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge bemisst.

cc) Der Berufungsbeklagte macht weiter geltend, die Berufungsklägerin habe im Bereich Beruf/Ausbildung keine ehebedingten Nachteile erlitten. Sie würde, auch wenn sie früher wieder eine dauernde Erwerbstätigkeit aufgenommen hätte, wegen der fehlenden Ausbildung kaum mehr verdienen als heute. Dieser Einwand beruht wohl auf dem Grundsatz, dass die eigentliche Grundlage des nachehelichen Unterhalts der Ausgleich ehebedingter Nachteile sei. Diese Auffassung meint aber gerade nicht, dass nach lebensprägender Ehe der unterhaltsberechtigte Ehegatte finanziell so gestellt werden soll, wie er sich auch ohne Ehe hätte entwickeln können. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass jeder Ehegatte - auch der haushaltsführende - gleichmässig zum gemeinsamen Wohlstand beigetragen hat. Nach der Scheidung der Ehe sind nicht nur die aufgrund der arbeitsteiligen Gemeinschaft erwirtschafteten Früchte, sondern auch die daraus entstandenen Nachteile und Lasten auf beide Ehegatten gleichmässig zu verteilen. Mit der Begründung, Unterhalt gründe auf nachehelicher Solidarität, und der Berufung auf den "clean break" ist diese gleichmässige Verteilung bedroht (vgl. Schwenzer, Vorbem. zu Art. 125-132 ZGB N 7). Im Übrigen ist fraglich, ob der Begriff der "ehebedingten" Nachteile den Kern des Problems trifft: Letztlich ist es nicht die Ehe, sondern die Scheidung, die zu Einbussen im Vergleich zum in der Ehe genossenen Unterhalt führt (Hausheer/Spycher, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Ergänzungsband zum Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2001, N 05.03).

Mit diesen Überlegungen ist auch der Einwand des Berufungsbeklagten entkräftet, es sei falsch, wenn die Berufungsklägerin glaube, über das gleiche Einkommen wie er verfügen zu müssen, da er sich weitergebildet und stets zu 100% und mehr gearbeitet habe. Es geht nicht primär darum, ob die Ehegatten nach der Scheidung über das gleiche Einkommen verfügen, sondern darum, dass sie, sofern die Einkommensverhältnisse dies zulassen,

beide den während der Ehe genossenen Lebensstandard auch nach der Scheidung weiterführen können.

c) Bei einem Gesamteinkommen von Fr. 12'065.-- (Berufungsklägerin Fr. 3'450.--; Berufungsbeklagter Fr. 8'615.--) und einem Gesamtbedarf von Fr. 8'595.-- (Berufungsklägerin Fr. 4'210.-- und Berufungsbeklagter Fr. 4'385.--) resultiert ein hälftiger Überschuss von Fr. 1'735.--. Das ergäbe einen Unterhaltsbeitrag für die Berufungsklägerin von Fr. 2'495.--.

d) Der auf diese Weise ermittelte Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'495.-- entspricht nicht zwingend dem gebührenden Unterhalt. Insbesondere ist zu beachten, dass wegen der Arbeitsaufnahme der Berufungsklägerin nach der Trennung ein entsprechend höheres Einkommen zur Verfügung steht. Ein Unterhalt von Fr. 2'495.-- wäre nur geschuldet, wenn das Einkommen der Berufungsklägerin von Fr. 3'450.-- und der Anteil am Überschuss von Fr. 1'735.-- pro Monat beziehungsweise Fr. 71'340.-- pro Jahr notwendig wären, damit die Berufungsklägerin den während der Ehe genossenen Lebensstandard auch nach der Scheidung und unter Berücksichtigung einer angemessenen Altersvorsorge finanzieren könnte.

aa) Bei der Festsetzung des gebührenden Unterhalts aufgrund der Lebenshaltungskosten ist davon auszugehen, dass die Parteien vor der Trennung das gesamte Einkommen für die Finanzierung des von ihnen genossenen Lebensstandards verbrauchten, weil bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein Rückschlag resultierte. Eine Sparquote machten die Parteien nicht geltend, auch nicht über die Amortisation der Hypothek. Dass die Parteien gut lebten, ergibt sich letztlich auch aus dem Vorwurf des Berufungsbeklagten, die Berufungsklägerin habe die Weihnachtsgeschenke jeweils in London gekauft. Die WEG-Rückzahlungsverpflichtung besteht erst seit der Trennung.

bb) Das Nettoeinkommen des Berufungsbeklagten betrug im Jahr 2001 Fr. 104'015.--. Mangels verfügbarer Zahlen für das Jahr 2000 ist auf das Jahr 2001 abzustellen. Für die Bemessung des Lebensstandards sind auch die Ausbildungs- und Familienzulagen (Fr. 4'680.--) und das Nebenerwerbseinkommen zu berücksichtigen, da auch diese Beträge verbraucht wurden. Die Parteien wendeten somit rund Fr. 110'000.-- für die Finanzierung der Lebenshaltungskosten auf. Wird weiter berücksichtigt, dass der Haushalt für eine alleinstehende Person kostspieliger ist als für ein in einer Gemeinschaft lebendes Paar, benötigt die Berufungsklägerin rund Fr. 60'000.--, um den während der Ehe genossenen Lebensstandard auch nach der Trennung zu finanzieren.

cc) Bei der Festsetzung des für die Altersvorsorge zu berücksichtigenden Betrags kann die erste Säule (AHV) aufgrund des Splittings und der Erziehungsgutschriften vernachlässigt werden. Zwar sind die Beträge des Berufungsbeklagten wesentlich höher als diejenigen der Berufungsklägerin. Sie wirken sich im Gegensatz zur zweiten Säule bei hohen Einkommen aber nicht beziehungsweise nur beschränkt auf die Altersleistungen aus. Für die Zeit während einer Ehe mit Kindern bestehen im Regelfall keine erheblichen Unterschiede. Diese Überlegungen gelten nicht im Bereich der zweiten Säule. Zwar werden die BVG-Austrittsleistungen je hälftig geteilt. Mit dieser Teilung ist aber lediglich erreicht, dass beide Parteien zum Zeitpunkt der Teilung über die gleiche Ausgangslage verfügen. Entscheidend ist hier vielmehr, in welchem Umfang die Parteien in der Lage sind, nach der Scheidung bis zum Erreichen des jeweiligen Pensionsalters weitere Guthaben zu äufnen. Gemäss den Lohnausweisen 2004 betrug der BVG-Abzug beim Berufungsbeklagten Fr. 8'898.-- und bei der Berufungsklägerin Fr. 1'386.--. Das entspricht einem monatlichen Abzug von Fr. 740.-- beim Berufungsbeklagten und von Fr. 140.-- bei der Berufungsklägerin. Beim Berufungsbeklagten ist in diesem Betrag ein Sparanteil von Fr. 634.90 enthalten. Werden zusätzlich die Ar-

beitgeberbeiträge berücksichtigt, äufnet der Berufungsbeklagte seine Altersvorsorge über diese zweite Säule pro Monat mit über Fr. 1'000.-- mehr als die Berufungsklägerin. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die Leistungen des Berufungsbeklagten und seiner Arbeitgeberin im Rahmen der zweiten Säule über einer angemessenen Altersvorsorge für die Berufungsklägerin liegen, da diese Leistungen auf einem Einkommen beruhen, das den gebührenden Unterhalt der Berufungsklägerin bei weitem übersteigt. Unter diesen Gesichtspunkten erscheint für die Altersvorsorge ein monatlicher Betrag von Fr. 500.-- für die Berufungsklägerin als angemessen. Dies gilt umso mehr, als sich beide Parteien zu diesem Punkt substantiiert nicht mehr äusserten.

dd) Unter Berücksichtigung einer angemessenen Altersvorsorge benötigt die Berufungsklägerin somit zur Deckung des gebührenden Unterhalts insgesamt Fr. 5'500.-- pro Monat (Fr. 5'000.-- Lebenshaltungskosten und Fr. 500.-- Altersvorsorge). Unter Berücksichtigung ihres Einkommens von Fr. 3'450.-- führt das zu einem Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'050.-- pro Monat. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass hier die Anwendung der Methode des betreibungsrechtlichen Existenzminimums mit Überschussbeteiligung zu einem den gebührenden Unterhalt übersteigenden Betrag führen würde.

e) Trotz der Verpflichtung, der Berufungsklägerin an ihren Unterhalt monatlich Fr. 2'050.-- zu bezahlen, ist auch auf Seiten des Berufungsbeklagten die Deckung des gebührenden Unterhalts gewahrt. Ihm verbleiben - ohne Berücksichtigung eines allfälligen Nebenerwerbs - pro Monat Fr. 6'565.-- (Fr. 8'615.-- abzüglich Fr. 2'050.--). Dabei ist zu berücksichtigen, dass er aufgrund seiner Einkommenssituation bis zum Erreichen des Pensionsalters ein beträchtliches Pensionskassenguthaben äufnen kann. Im Übrigen ist er zweieinhalb Jahre jünger als die Berufungsklägerin; er wird daher in den letzten Jahren vor seiner (ordentlichen)

Pensionierung wesentlich mehr Mittel zur Verfügung haben als sie, da seine Unterhaltsverpflichtung nur bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionsalters der Berufungsklägerin dauert. Unter diesen Umständen ist die Behauptung des Berufungsbeklagten nicht richtig, die Berufungsklägerin habe gleich viel Einkommen zur Verfügung wie er. Dass der Berufungsbeklagte noch Schulden hat, trifft zu, ist aber eine Folge davon, dass aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung ein Rückschlag zu seinen Lasten resultierte.

Obergericht, 6. September 2005, ZBR.2005.46

Die gegen dieses Urteil erhobene Berufung wies das Bundesgericht am 12. April 2006 ab.

---

2. **Auslegung einer (unter altem Recht ergangenen) Indexklausel; Präzisierung von RBOG 1992 Nr. 9** (Art. 128 ZGB; Art. 80 SchKG)

---

1. a) Das Scheidungsurteil aus dem Jahre 1979 enthält folgende Indexklausel: "Die Unterhaltsleistungen basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise am Tag des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils. Sie erfahren jeweils mit Wirkung auf den nächsten Fälligkeitstermin hin bei jeder Veränderung des Indexes um 10,5 Punkte eine Anpassung von 10%, ausgehend vom heutigen Nominalbetrag der Renten. Falls der Pflichtige nachweist, dass sich sein Einkommen nicht im gleichen Umfang der Teuerung angepasst hat, reduziert sich der vorstehende Teuerungsausgleich dementsprechend."

b) In Bezug auf die Auslegung der Indexklausel erwog die Vorinstanz, die Indexklausel bestehe aus zwei Teilklauseln, nämlich der "Anpassungsklausel" und der "Korrekturklausel", wobei die Indexklausel nur zur Anwendung komme, wenn sich der Landesindex um 10,5 Punkte verändere, wobei es sich um eine positive oder um eine negative Veränderung handeln könne. Wenn sich der Landesindex um 10,5 Punkte nach oben oder nach unten verändere, werde der Unterhaltsbeitrag grundsätzlich um 10% angepasst (Erhöhung oder Reduktion), jeweils ausgehend vom Basisunterhaltsbeitrag und nicht vom allenfalls höheren Unterhaltsbeitrag aufgrund früherer Indexanpassungen. Mehr enthalte diese "Anpassungsklausel" nicht. Wenn grundsätzlich eine konkrete Indexanpassung vorzunehmen wäre, bestehe aber eine Korrekturmöglichkeit, wenn der Pflichtige nachweise, dass sein Einkommen mit der Teuerung nicht Schritt gehalten habe. Alsdann reduziere sich der Teuerungsausgleich bzw. falle allenfalls dahin. Mit anderen Worten könne sich diese Korrekturmöglichkeit nur auf die aktuell vorzunehmende Indexanpassung beziehen. Die "Korrekturklausel" habe mithin keine selbstständige Bedeutung; sie könne nur zur Anwendung gelangen, wenn aufgrund der "Anpassungsklausel" eine Indexanpassung angezeigt wäre. Die "Anpassungsklausel" könne nicht allgemein und immer angewendet werden, wenn das Einkommen des Unterhaltspflichtigen abnehme. Der "Anpassungsklausel" lasse sich auch nicht entnehmen, ab welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen ein einmal erreichter Unterhaltsbeitrag wiederum unterschritten werden könne und dürfe. Aufgrund des Wortlauts der Indexklausel bestehe kein Zweifel, dass die eigenmächtige Reduktion des einmal erreichten Unterhaltsbeitrags unzulässig sei. Die Vorinstanz fügte vier Konstellationen an: Wenn das Einkommen des Pflichtigen stärker steige als der Anstieg des Indexes, sei die Rente lediglich um 10% anzupassen. Wenn das Einkommen des Pflichtigen in gleichem Mass wie die Teuerung gestiegen sei, sei die Rente um 10% anzupassen. Wenn das Einkommen weniger stark gestiegen sei als die Teue-

rung, sei die Rente nicht um 10%, sondern lediglich im Umfang des effektiven Anstiegs des Einkommens anzupassen. Wenn das Einkommen gar nicht gestiegen oder gar zurückgegangen sei, falle eine Anpassung der Rente vollständig aus; es gebe aber auch keine Reduktion. Sei der Wortlaut jedoch klar, bestehe kein Raum für eine Auslegung; es gehe nicht an, etwas in diese Indexklausel hinein zu interpretieren, was nicht vorhanden sei. Diese Indexklausel wie auch alle bisher dem Gericht vorgelegten Indexklauseln würden lediglich die Kaufkraftsicherung von Unterhaltsbeiträgen regeln und nicht die Reduktion von Unterhaltsbeiträgen aufgrund von Einkommenseinbussen auf Seiten des Pflichtigen. Diesem bleibe in diesem Fall, wie in allen Fällen, in welchen eine Korrekturmöglichkeit gegenüber der Indexanpassung nicht vorgesehen sei, nur der Weg über die Abänderung. Es möge sein, dass die Indexklauseln eine Frucht des Wirtschaftswachstums gewesen seien und deren automatische Anwendung inskünftig hinterfragt werden müsse.

2. a) Das alte Scheidungsrecht enthielt keine Bestimmung über die Anpassung von Unterhaltsbeiträgen an die Teuerung. Die Möglichkeit einer Indexierung war nach der älteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung - vorbehältlich einer entsprechenden Parteivereinbarung - ausgeschlossen (BGE 77 II 23 ff., 51 II 19). Nachdem das Bundesgericht seine Praxis zum alten Kindesrecht geändert hatte, bejahte es in der Grundsatzentscheidung BGE 100 II 245 ff. die Zulässigkeit einer auf einseitigen Antrag angeordneten Indexierung. Vor dem Hintergrund, dass bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts Unterhaltsbeiträge regelmässig indexiert wurden, stellte Art. 128 ZGB - wonach das Gericht anordnen kann, dass der Unterhaltsbeitrag sich bei bestimmten Veränderungen der Lebenskosten ohne weiteres erhöht oder vermindert - keine Neuerung dar, sondern brachte lediglich eine Kodifikation der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Sutter/

Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 128 ZGB N 1). Die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15. November 1995 (BBl 1996 I 118 f.) hält zu Art. 128 ZGB, welcher in der parlamentarischen Beratung unverändert blieb und worüber auch keine Diskussionen stattfanden (Amtl. Bull. SR 1996 S. 765; Amtl. Bull. NR 1997 S. 2702) fest, der Entwurf knüpfe an die Lösung im Kindesrecht an und trage dem im Vernehmlassungsverfahren vielfach gemachten Einwand Rechnung, dass in der heutigen Zeit die Löhne nicht automatisch der Teuerung angepasst würden, weshalb auf eine automatische gesetzliche Indexierung der Rente verzichtet worden sei. Für die Modalitäten der Indexierung stelle das Gesetz keine Vorschriften auf, sondern überlasse diese der Praxis. Wenn auf eine Indexierung im Scheidungszeitpunkt verzichtet worden sei, könne nachträglich im Rahmen eines Abänderungsprozesses noch die Anpassung der Rente an die Teuerung verlangt werden, wenn das Einkommen des Verpflichteten nach der Scheidung in unvorhergesehener Weise mit der Teuerung gestiegen sei (Art. 129 Abs. 2 ZGB). Dabei seien alle Bestandteile des Einkommens zu berücksichtigen, also auch Reallohnerhöhungen und nicht nur die Teuerungszulagen. Die Voraussetzung, dass das Einkommen des Verpflichteten in unvorhergesehener Weise gestiegen sei, entspreche den allgemeinen Voraussetzungen des Abänderungsprozesses. Oberer Rahmen für die Erhöhung sei die Kaufkrafterhaltung der ursprünglich festgesetzten Rente. Bezüglich des Ausmasses und des Zeitpunkts des Indexes sind in der Praxis zwei Modelle anzutreffen: Zum einen das Modell, dass der Unterhaltsbeitrag anzupassen ist, sobald die Veränderung der Lebenskosten ein bestimmtes Ausmass erreicht. So wurde in dem BGE 98 II 261 zugrunde liegenden Fall eine Anpassung vorgesehen, sobald die Teuerung um 10% stieg. Zum andern existiert das Modell, welches eine periodische Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung des Unterhaltsbeitrags vorsieht, wobei die Anpassung auf den Beginn des

neuen Kalenderjahres die Regel ist (Sutter/Freiburghaus, Art. 128 ZGB N 18).

Sehr wahrscheinlich vor dem Hintergrund des damals aktuellen BGE 98 II 261 sahen die Parteien unter der Herrschaft des alten Eherechts bei Abschluss der Konvention 1979 das damals "weit verbreitete" Modell der "Punkteklausel" vor, welches eine Anpassung der Rente um 10% vorsieht, sobald sich der Landeskostenindex um 10,5 Punkte verändert (Kreis, Zur Indexierung von Unterhaltsbeiträgen, in: SJZ 78, 1982, S. 287).

Weil Art. 128 ZGB auch bei Unterhaltsrenten für den geschiedenen Ehegatten grundsätzlich nichts Neues darstellt und die Indexierung bereits fester Bestandteil der Praxis war (BBl 1986 I 118; Sutter/Freiburghaus, Art. 128 ZGB N 1), können zur Auslegung der strittigen Rechtsfrage neben den allgemeinen Auslegungsregeln von Art. 18 Abs. 1 OR und nach dem Vertrauensprinzip (BGE 129 III 118, 128 III 267, 127 III 255, 121 III 123) auch die Erkenntnisse zu Art. 128 ZGB beigezogen werden.

b) Die lange Zeit zurückhaltende und ablehnende Praxis gegenüber Indexklauseln gründet auf dem im Wesen des Geldes begründeten Nominalprinzip, nach welchem fingiert wird, dass die Geldeinheit ihre Kaufkraft beibehält (Kreis, S. 287). Der besonderen Natur der Unterhaltsbeiträge, bei denen es sich nach einer gängigen Formulierung um "in der äusseren Hülle einer Geldschuld versteckte Sachleistungspflichten" handle, entspreche es aber, die Anpassung an den Index zuzulassen. Diese allein zu billigen Resultaten führenden Überlegungen würden auch noch heute gelten. Das Bedürfnis, die Frauenrenten regelmässig entsprechend dem Kaufkraftschwund des Geldes zu erhöhen, brauche nicht lange belegt zu werden; es handle sich bei den geschiedenen Frauen vielfach um sozial besonders Schwache, die auf die Alimente - welche oft recht bescheiden bemessen werden müssten -

und ihre Kaufkrafterhaltung dringend angewiesen seien. Die "Punkte-Indexklausel" sei besonders für jene Fälle geeignet, in denen nur mit verzögerter und nicht voller Anpassung des Einkommens an die Teuerung gerechnet werden könne. Dass sich fast alle hierzulande verdienten Einkommen, auch diejenigen der meisten Selbstständigerwerbenden, - langfristig betrachtet - mehr oder weniger der Teuerung anpassten (wenn auch mit Verzögerung und nicht immer vollumfänglich), dürfe wohl als Erfahrungstatsache bezeichnet werden. In Ausnahmefällen werde der Pflichtige eine Abänderungsklage erheben müssen, um darzutun, dass sein Einkommen erheblich hinter der angenommenen Entwicklung hinterher hinke und dies auch voraussichtlich weiter tun werde (Kreis, S. 288).

Auch mit dem neuen Eherecht besteht das Ziel der Indexierung in der Sicherung der Kaufkraft und damit der Substanz der Unterhaltsrente. Unter Indexierung bzw. Anpassung an die Teuerung im Sinn von Art. 128 ZGB ist jede Regelung zu verstehen, nach der sich die Unterhaltsrente bei bestimmten Veränderungen der Lebenskosten ohne weiteres erhöht oder vermindert. Dass grundsätzlich nicht nur ein Anstieg, sondern auch ein Rückgang der Teuerung zu berücksichtigen ist, stellt eine Selbstverständlichkeit dar und entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung (BGE 98 II 260 f.). In der Praxis wird eine Reduktion des Unterhaltsbeitrags zufolge einer Abnahme der Teuerung kaum je eintreten; einerseits ist in den vergangenen Jahren über das ganze Jahr betrachtet keine Deflation mehr eingetreten, und andererseits wäre selbst bei dieser Konstellation nicht unbedingt damit zu rechnen, dass auch die Einkünfte der verpflichteten Person sich entsprechend reduzieren würden. Dem Grundsatz folgend, dass bei der Unterhaltsbemessung auch die Leistungsfähigkeit der verpflichteten Person zu berücksichtigen ist, sehen in der Praxis Indexklauseln regelmässig vor, dass eine teuerungsbedingte Anpassung der Rente nur insoweit zu erfolgen hat, als sich auch die Ein-

kommensverhältnisse der verpflichteten Person entsprechend geändert haben. Hat sich der massgebende Index erhöht, kann danach der Unterhaltsbeitrag nur erhöht werden, wenn auch das Einkommen der pflichtigen Person entsprechend angepasst wird. Dabei kann es entsprechend der bisherigen Rechtsprechung (BGE 116 III 62 ff.) nicht darauf ankommen, ob die Lohnerhöhung ausdrücklich als Teuerungsausgleich gewährt wird, oder ob es sich um Erhöhungen unter anderem Titel, etwa um eine Reallohnerhöhung, handelt. Massgebend ist allein die tatsächliche Steigerung der Leistungsfähigkeit. In gleicher Weise ist bei Vorliegen einer entsprechenden Klausel auch ein - allerdings kaum zu erwartender - Rückgang der Teuerung nur rentensenkend zu berücksichtigen, wenn auch das Einkommen der pflichtigen Person entsprechend reduziert wird. Stimmen die Veränderung der Lebenskosten und die Veränderung der Einkommensverhältnisse der verpflichteten Person nicht überein, ist der Unterhaltsbeitrag nur teilweise anzupassen, und zwar entsprechend dem Ausmass der Veränderung der Leistungsfähigkeit (Sutter/Freiburghaus, Art. 128 ZGB N 6 f., 20 ff.).

c) Der Rekurrent interpretiert BGE 116 III 62 ff. unrichtig, wenn er der Meinung ist, aus diesem Entscheid gehe hervor, dass auch bei Lohnreduktionen Reallohnsenkungen zu berücksichtigen seien; soweit RBOG 1992 Nr. 9 so verstanden werden könnte, ist dieser zu präzisieren. Das Bundesgericht entschied in BGE 116 III 62 ff., worauf bereits der Ingress hindeutet, lediglich die Frage, wie im Fall einer Indexklausel bei einer Lohnerhöhung, basierend auf einer Teuerungsanpassung oder einer Reallohnerhöhung, vorzugehen ist, jedoch nicht, was im Fall von Lohnreduktionen bei einer Reallohnsenkung geschehen soll. Soweit ersichtlich hatten sich bis heute weder das Bundesgericht noch andere Kantone mit dieser Problematik auseinander zu setzen: BGE 126 III 353 ff. befasste sich mit den Anforderungen an die Ausgestaltung einer Indexklausel, damit diese vollstreckbar ist,

jedoch nicht mit einer Lohnsenkung, und bezog sich zudem lediglich auf einen Kinderunterhaltsbeitrag.

d) Es bestehen gute Gründe, eine Reallohnerhöhung nicht gleich zu behandeln wie eine Reallohnsenkung: Während dem Pflichtigen bei einer erheblichen und dauernden Veränderung der Verhältnisse die Möglichkeit der Abänderungsklage gemäss Art. 129 Abs. 1 ZGB offen steht, steht der Berechtigten lediglich unter den strengen Voraussetzungen von Art. 129 Abs. 3 ZGB eine nachträgliche Erhöhungsmöglichkeit der Rente zu, wobei diese Regelung eine Ausnahme von dem auch unter neuem Recht geltenden Grundsatz darstellt, dass nacheheliche Unterhaltsbeiträge nachträglich nicht erhöht werden können (Sutter/Freiburghaus, Art. 129 ZGB N 56). Ausgehend davon, dass es bei der Indexklausel um die Erhaltung der Kaufkraft, somit des einmal "Abgemachten" geht, rechtfertigt es sich ebenfalls, Reallohnerhöhungen nicht gleich zu behandeln wie Reallohnsenkungen. Das einzige Problem besteht darin, dass bei einer Reallohnsenkung nicht automatisch der Betrag sinkt, sondern eine Abänderungsklage eingereicht werden muss. Durch die Aufteilung in die "Anpassungsklausel" und die "Korrekturklausel" beziehungsweise insbesondere die letztere wird auch sichergestellt, dass der Pflichtige nicht zuviel bezahlt. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, muss derjenige, dessen Einkommen stärker gestiegen ist als der Anstieg des Indexes, die Rente lediglich um 10% anpassen. Er erhält somit eine Manövriermasse, um eine zukünftige Lohnsenkung verkraften zu können. Sofern der Pflichtige eine Lohnsenkung nicht mehr verkraften kann, steht ihm das Abänderungsverfahren offen. Dasselbe gilt auch, wenn der Pflichtige beispielsweise durch eine Beförderung über mehr Lohn verfügt. Dasjenige, was er als Ausgleich für die Teuerung erhält, hat er weiter zu geben; den Rest kann er für sich behalten. In den Fällen, wo das Einkommen steigt, ohne dass ein Teuerungsausgleich vorliegt, kann der Pflichtige die Einkommenserhöhung für sich behalten. Eine Ungleichbehandlung rechtfertigt

sich auch unter dem Aspekt der Risikoverteilung: Die Fälle, in denen jemand, welcher aus eigener Kraft eine Reallohnerhöhung erhält, diese verstecken wird, fallen weniger ins Gewicht als jene, wo mittels einer Reallohnsenkung der Teuerungsausgleich ausgehebelt wird. Die Differenzierung lässt sich auch damit begründen, dass beispielsweise seit 1980 der Landesindex der Konsumentenpreise, ausser 1998, immer anstieg (www.bfs.admin.ch; Landesindex der Konsumentenpreise). Zudem ging die Einkommensentwicklung in der gleichen Zeit immer nach oben.

e) Zusammenfassend bedeutet dies, dass der Rekurrent nicht befugt war, aufgrund des von ihm geltend gemachten geringeren Einkommens durch eigenmächtige Reduktion die einmal erreichten Unterhaltsbeiträge zu reduzieren. Soweit der Rekurrent somit eine Reallohnsenkung geltend machen will, ist er in das Abänderungsverfahren zu verweisen.

Obergericht, 18. Oktober 2004, BR.2004.84

---

3. Abänderung von Unterhaltsbeiträgen: Berücksichtigung von Zusatzeinkommen, zu dem die unterhaltsberechtigte Person nicht verpflichtet ist (Art. 129 Abs. 1 ZGB)

---

1. Zu prüfen ist, ob die vom Unterhaltsschuldner behauptete verbesserte wirtschaftliche Situation der Unterhaltsgläubigerin zur Herabsetzung seiner im Ehescheidungsurteil festgelegten Unterhaltspflicht führt.

2. a) Eine Verbesserung der Verhältnisse auf Seiten des Unterhaltsberechtigten kann allenfalls zu einer Abänderung füh-

ren, wenn die ursprüngliche Rente den gebührenden Unterhalt einschliesslich des Vorsorgeunterhalts voll deckt. Ist dies nicht der Fall, fällt die Verbesserung der Verhältnisse bis zum Betrag des gebührenden Unterhalts ausser Betracht. Bei zusätzlichem Erwerbseinkommen muss jedoch sorgfältig geprüft werden, ob dieses aus zumutbarer Erwerbstätigkeit stammt. Einkünfte aus überobligationsmässiger Erwerbstätigkeit können keinen Grund für eine Abänderung und damit eine Besserstellung des Unterhaltsverpflichteten darstellen (Schwenzer, in: FamKommentar Scheidung [Hrsg.: Schwenzer], Bern 2005, Art. 129 ZGB N 12 f.). Die Einkommenszunahme auf Seiten der Berechtigten ist jedenfalls nur dann und soweit unbeachtlich, als sie zur Ergänzung einer im Scheidungszeitpunkt wegen fehlender Leistungsfähigkeit des Schuldners ungenügenden, d.h. die eheliche Lebenshaltung nicht garantierenden Rente dient. Andernfalls besteht für den Gläubiger kein Anreiz, eine Zusatzleistung zu erbringen und damit unter Umständen eine Doppelbelastung auf sich zu nehmen (Hausheer/Spycher, in: Handbuch des Unterhaltsrechts [Hrsg.: Hausheer/Spycher], Bern 1997, N 09.136).

b) Im hier zu beurteilenden Fall ging die Unterhaltsberechtigte gemäss dem Scheidungsurteil im Zeitpunkt der Scheidung (das von ihr zu betreuende Kind war damals drei Monate alt) keiner Erwerbstätigkeit nach. Anlässlich der Instruktionseinvernahme im Abänderungsprozess führte die Berechtigte jedoch aus, im Scheidungszeitpunkt bereits gearbeitet zu haben. Heute arbeitet die Unterhaltsberechtigte offenbar zu 100% zu einem Nettolohn von Fr. 3'299.-- (einschliesslich 13. Monatslohn).

c) Die finanziellen Verhältnisse veränderten sich für die Unterhaltsberechtigte damit seit dem Scheidungszeitpunkt erheblich. Zusammen mit den Unterhaltsbeiträgen des Unterhaltsschuldners und den Kinderzulagen verfügt sie über ein Einkommen von Fr. 4'889.--. Im Scheidungszeitpunkt ermittelte das

Scheidungsgericht für die Berechtigte und deren Tochter einen Bedarf in der Höhe von Fr. 2'873.90. Heute beläuft sich ihr Bedarf auf Fr. 3'400.--. Es verbleibt ihr ein Freibetrag von aufgerundet Fr. 1'500.--. Die volle Erwerbstätigkeit und der Umstand, dass die Unterhaltsberechtigte bei ihren Eltern wohnt, ermöglichen diese wirtschaftliche Besserstellung. Um den Unterhalt für sich und das Kind zusammen mit den Unterhaltszahlungen des Unterhaltspflichtigen decken zu können, war die Erwerbsaufnahme der Unterhaltsgläubigerin notwendig. Im Scheidungszeitpunkt war die vollzeitige Erwerbsaufnahme zumindest für das Gericht und wohl auch für den Unterhaltsschuldner nicht voraussehbar. Es fragt sich somit, ob die Verbesserung der wirtschaftlichen Lage der Berechtigten eine Abänderung der nachehelichen Unterhaltsrente rechtfertigt. Das Bundesgericht hielt in seiner Rechtsprechung zum alten Scheidungsrecht fest, dass während eine Bedürftigkeitsrente schon herabgesetzt werden kann, wenn die rentenberechtigte Person in der Lage ist, mit eigenen Mitteln die Bedürftigkeit zu beheben, bei einer Unterhaltsersatzrente nach Art. 151 Abs. 1 ZGB untersucht werden muss, welche Lebenshaltung mit dieser garantiert werden sollte. Erst wenn sich die wirtschaftliche Lage des Rentengläubigers in einem derartigen Mass verbesserte, dass die möglicherweise weit über der Bedürftigkeit liegende Lebenshaltung dauernd als gesichert erscheint, rechtfertigt sich eine Herabsetzung (BGE 118 II 231 f.). Für unter neuem Recht berechnete Renten gilt gestützt auf Art. 129 Abs. 1 ZGB, dass eine Einkommenszunahme auf Seiten des Berechtigten soweit unbeachtlich bleibt, als sie zur Aufstockung einer Rente dient, welche im Scheidungszeitpunkt den gebührenden Unterhalt nicht zu decken vermochte (Hausheer/Spycher, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Bern 2001, N 09.136). Von der Lehre wird zum Teil vorgeschlagen, tatsächlich erzieltes Einkommen des Unterhaltsberechtigten in jenen Fällen nicht anzurechnen, in denen es aus unzumutbarer Tätigkeit stamme (Schwenzer, Art. 125 ZGB N 44). In einem neueren Entscheid schützte das Bundesgericht ein Urteil des Obergerichts des

Kantons Aargau, in dem der Ehefrau neben der Betreuung zweier Kinder im Alter von acht und sechs Jahren lediglich das Einkommen aus der 50%-igen Tätigkeit angerechnet wurde, nicht aber das Einkommen aus einer zusätzlichen Aushilfstätigkeit. Das Bundesgericht bestätigte, dass Zusatzeinkommen, zu dem die Unterhaltsberechtigte nicht verpflichtet ist, ihr grundsätzlich allein erhalten bleiben soll, jedenfalls dann, wenn die Erwerbseinkommen beider Ehegatten zur Deckung der Bedürfnisse der Familie mit zwei Haushalten ausreichen (BGE vom 28. Juni 2001, 5P.169/2001, Erw. 2c). In diesem Urteil ging es um die Bemessung des Ehegattenunterhalts während des Eheschutzverfahrens. Wie in der Lehre gefordert, sollte dies aber auch nach der Scheidung gelten. Es gibt keinen Grund, den geschiedenen Unterhaltsschuldner an überobligatorischen Anstrengungen des Unterhaltsberechtigten profitieren zu lassen. Von ihm wird schliesslich auch nicht verlangt, neben seiner Vollzeittätigkeit ein zusätzliches Nebeneinkommen zu generieren. Ohne eigenes Einkommen verbleibt hier der Unterhaltsberechtigten ein Manko von rund Fr. 1'200.--. Den Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'400.-- würde ein Bedarf von Fr. 2'600.-- gegenüberstehen. Um dieses Manko zu decken, muss die Unterhaltsgläubigerin ihre Erwerbstätigkeit mindestens in einem Pensum von 50% aufnehmen, mit welchem sie monatlich Fr. 1'650.-- verdienen könnte. Im Fall der Arbeitsaufnahme würden sich nämlich auch die Bedarfskosten um die Berufsauslagen erhöhen. Ein Pensum von 50% ist einer Mutter mit einem Kleinkind allerhöchstens zumutbar. Arbeitet sie mehr, so handelt es sich dabei um ein Zusatzeinkommen, das ihr nicht angerechnet werden darf. Dies gilt umso mehr, als dem Unterhaltsschuldner nach wie vor sein Notbedarf verbleibt. Hinzu kommt, dass die vollzeitige Einkommenserzielung der Berechtigten nur möglich ist, weil sie bei ihren Eltern wohnen kann und diese die Kinderbetreuung praktisch gratis übernehmen. Im in der Notbedarfsberechnung berücksichtigten Betrag von Fr. 1'500.-- für Kost und Logis bleibt jedenfalls nicht mehr viel für die Entschädigung des Betreuungsaufwands übrig. Der

Vorinstanz ist somit beizupflichten und das Einkommen der Unterhaltsgläubigerin, soweit es über die Deckung des Grundbetrags hinausreicht, nicht anzurechnen.

Obergericht, 7. Juli 2005, ZBR.2005.36

4. **Das Schicksal eines Prozesskostenvorschusses** (Art. 137 Abs. 2, 159, 176 ZGB)

1. Der leistungsfähige Ehegatte kann verpflichtet werden, dem unbemittelten anderen Ehegatten auf dessen Begehren hin die finanziellen Mittel zur Führung eines Prozesses vorzuschiessen (Gloor, Basler Kommentar, Art. 137 ZGB N 13; Vetterli, in: Fam-Kommentar Scheidung [Hrsg.: Schwenzer], Bern 2005, Art. 137 ZGB N 14a, Vorbem. zu Art. 175-179 ZGB N 17; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 159 ZGB N 38; Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 159 ZGB N 130). Auf diese Vorschusspflicht darf sich die bedürftige Partei im eigenen Scheidungsprozess (RBOG 1996 Nr. 31, 1992 Nr. 1, 1991 Nr. 5) und, nachdem das Eheschutzverfahren seit Inkrafttreten des revidierten Scheidungsrechts heute oft der Vorbereitung der Scheidung dient (vgl. Steck, Neue Funktionen des Eheschutzes im Vorfeld der Scheidung, in: Scheidungsrecht - erste Erfahrungen und neue Probleme, Schweizerisches Institut für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen [Hrsg.], St. Gallen 2000, S. 6 ff.; RBOG 2001 Nr. 5), nun auch im Verfahren nach Art. 176 ZGB (vgl. Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 136; Gloor, Vorbem. zu Art. 175-179 ZGB N 17) sowie in einem von einem Ehegatten gegenüber einem Dritten geführten Prozess (vgl. RBOG 1997 Nr. 38) berufen. Vorzuschiessen ist - nach Massgabe der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen - derjenige Betrag, dessen der unbemittelte

Ehegatte zur künftigen Wahrung seiner Interessen im Prozess bedarf (RBOG 1992 Nr. 1 Ziff. 1a).

2. Allein schon aus dem Wort "Vorschuss" ergibt sich, dass diejenige Partei, die ihn geleistet hat, grundsätzlich, das heisst dann, wenn nichts anderes festgelegt wird, Anspruch auf dessen Rückerstattung hat, und zwar völlig unabhängig davon, ob er, wie dies der früheren Lehre entsprach, auf der ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 ZGB) oder aber auf der ehelichen Unterhaltspflicht (Art. 163 ZGB) basiert (vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Art. 159 ZGB N 38, Art. 163 ZGB N 15; Spühler/Frei-Maurer, Berner Kommentar, Ergänzungsband, Art. 145 ZGB N 260; RBOG 1992 Nr. 1 Ziff. 2a). Der Vollständigkeit halber ist trotzdem darauf hinzuweisen, dass Hausheer/Reusser/Geiser ausdrücklich feststellen (Art. 159 ZGB N 38a), Bräm/Hasenböhler (Art. 159 ZGB N 132) seien irrtümlich davon ausgegangen, dadurch, dass der Prozesskostenvorschuss nun zum gebührenden Unterhalt zugehörig zu qualifizieren sei, werde die Beschränkung des Anspruchs auf eine blosse Vorschussleistung fallengelassen. Ungeachtet der rechtlichen Einordnung des Prozesskostenvorschusses bedeutet allein die Tatsache, dass die vermögende Partei verpflichtet ist, ihrem Ehepartner die Prozessführung zu ermöglichen, nicht, dass die gesuchstellende Partei definitiv über den entsprechenden Betrag verfügen kann. Die Situation ist hier dieselbe wie beim verfahrensrechtlichen Vorschuss nach § 76 ZPO sowie der Prozesskaution gemäss § 77 ZPO: Gestützt auf diese Bestimmungen vorgeschossene Kosten sind der betreffenden Partei zu retournieren, soweit sie nicht für die Kosten haftet (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 83 N 2a).

Dies heisst indessen nicht, dass keine andere Regelung möglich ist. Darüber, was mit dem gestützt auf die Prozesskosten-

vorschusspflicht erhaltenen Betrag letztlich zu geschehen hat, ist in der Kostenregelung des Endentscheids zu befinden (Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 131 ff.; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 159 ZGB N 38 f., Art. 163 ZGB N 15). Er kann als "wohlbezahlt" oder als mit anderen Ansprüchen, z.B. solchen aus Güterrecht, verrechenbar erklärt werden (vgl. Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 131). Wird er aber im definitiven Kostenentscheid nicht erwähnt, hat diejenige Partei, die ihn leistete, entsprechend der grundsätzlichen Rückerstattungspflicht Anspruch darauf, den einst bezahlten Betrag zurückzuerhalten. Ein dahingehender Hinweis im Endentscheid dient der Vermeidung unnötiger Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten.

Obergericht, 14. November 2005, ZR.2005.88

---

5. **Vorsorgliche Massnahmen und Eheschutz: Eheliche Schulden können im Notbedarf nur berücksichtigt werden, wenn der Gesamtbedarf der getrennt lebenden Familie gedeckt ist** (Art. 137 Abs. 2, 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

---

1. Schuldverpflichtungen sind im Notbedarf des unterhaltspflichtigen Ehegatten grundsätzlich nur zurückhaltend zu berücksichtigen, andernfalls dessen nach Deckung des eigenen Notbedarfs verbleibende finanzielle Leistungskraft derart gemindert würde, dass sie gegebenenfalls nicht einmal mehr ausreichte, die familienrechtlichen Unterhaltspflichten zumindest teilweise zu erfüllen. Der Unterhaltspflichtige hätte es mithin in der Hand, durch Eingehung von Drittschulden seine Leistungsfähigkeit zulasten des unterhaltsberechtigten Ehegatten zu mindern. So hat bei knappen Mitteln des Unterhaltspflichtigen selbst das Gemeinwesen zurückzutreten, darf doch in diesem Fall die Steuerlast nicht im Notbe-

darf des Unterhaltspflichtigen berücksichtigt werden (BGE 127 III 292). Nach Rechtsprechung und Lehre sind Schulden in den Notbedarf des Pflichtigen aufzunehmen, wenn die Schuld vor Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zum Zweck des Unterhalts beider Ehegatten begründet wurde, nicht hingegen, wenn sie bloss im Interesse einer einzigen Partei liegt, es sei denn, beide Ehegatten würden solidarisch haften (BGE 127 III 292). Das Obergericht schloss sich dieser Auffassung an, präzisierte sie indessen dahin, dass diese Voraussetzung im Massnahmeverfahren zumindest glaubhaft gemacht und die monatlichen Rückzahlungsverpflichtungen ausgewiesen sein müssten oder von der Gegenpartei nicht bestritten sein dürften (vgl. Merz, Die Praxis zum Eheschutz, Sulgen 2005, S. 122 N 1). Das Bundesgericht berücksichtigt im Anwendungsbereich von Art. 93 SchKG bei der Berechnung des Existenzminimums als Zuschläge zum Grundbetrag ebenfalls nur tatsächlich bezahlte Beträge (BGE 121 III 20). Es muss den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung getragen werden, und es kann nicht auf bestehende oder nur behauptete, aber nicht erfüllte vertragliche Verpflichtungen abgestellt werden. Es wäre stossend, wenn dem Schuldner Beträge zum Existenzminimum zugeschlagen würden, die er gar nicht dem vorgesehenen Zweck zuführt (BGE 122 III 22 f.). Diese Überlegungen gelten im Familienrecht erst recht, denn es würde in diesem Bereich dem Gerechtigkeitsempfinden noch mehr als anderswo zuwiderlaufen, den Unterhalt an die Familie wegen Zahlungsverpflichtungen des Unterhaltsschuldners Dritten gegenüber zu kürzen, welche dieser tatsächlich gar nicht leistet, sondern zweckwidrig für sich selber verwendet. Über diese Überlegungen hinaus stellt sich auch ganz grundsätzlich die Frage, inwieweit die Interessen eines Drittgläubigers gegenüber der getrennt lebenden Familie zu schützen sind, wenn der Gesamtbedarf der Familie nicht gedeckt werden kann. Solange die Familie zusammen lebt, kann der Gläubiger bei einer Mangellage der Familie nicht befriedigt werden; weshalb dies nicht mehr gelten soll, wenn die Familie getrennt lebt, ist nicht oh-

ne weiteres einzusehen (OGE vom 13. Juni 2005, ZR.2005.29, S. 6 f.).

2. Die Vorinstanz rechnete bereits einen Betrag von Fr. 600.-- zur Tilgung des Kredits für das Haus in Italien in den Notbedarf des Rekurrenten ein. Das ergab einen Überschuss von lediglich Fr. 3.35. Würde dem Rekurrenten ein weiterer Betrag zur Schuldentilgung zugestanden, führte dies zu einer Unterdeckung und grundsätzlich zu einem Eingriff in das Existenzminimum der Rekursgegnerin, weil dem Unterhaltspflichtigen an sich stets das Existenzminimum zu belassen ist (BGE 123 III 1 ff.; Merz, S. 150 f. N 1). Würde entsprechend dem Antrag des Rekurrenten das Manko geteilt, würden sogar beide Parteien ihr Existenzminimum nicht decken können. Unabhängig von der Frage, ob die Kredite zum Zweck des Unterhalts beider Ehegatten aufgenommen wurden, kommt daher eine Anrechnung dieser Raten zur Abzahlung eines Privatkredits von vornherein nicht in Betracht. Es geht nicht an, Gläubiger durch die Einrechnung ihrer Guthaben in den Notbedarf eines Ehegatten gegenüber der Fürsorgebehörde zu begünstigen, die in solchen Fällen für den Unterhalt des anderen Ehegatten aufkommen müsste. Es kann daher offen bleiben, wer welche Kredite zu welchem Zweck erhältlich machte. Es braucht auch nicht geprüft zu werden, ob der Rekurrent seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Gläubigerin nach Auflösung des ehelichen Haushalts überhaupt nachkam. Immerhin behauptete die Rekursgegnerin, dass einzig sie als unfreiwillige Verantwortliche für die Bezahlung der Schulden besorgt gewesen sei, wogegen der Rekurrent sich um die finanziellen Belange nicht gekümmert habe.

3. Die Vorinstanz berücksichtigte somit zu Recht die Raten des Privatkredits nicht im Existenzminimum des Rekurrenten.

Obergericht, 31. Oktober 2005, ZR.2005.91

6. **Anrechnung eines hypothetischen Einkommens** (Art. 137 Abs. 2, 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

1. Strittig ist der Unterhaltsbeitrag, den der Rekurrent der Rekursgegnerin zu bezahlen hat. Unter Hinweis auf BGE 128 III 5, wonach bei fehlender realer Einkommenssteigerung eine solche ausser Betracht bleiben müsse, verneint der Rekurrent die Möglichkeit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens.

2. a) BGE 128 III 4 ff. lediglich auf diesen Kernsatz zu reduzieren, greift jedoch zu kurz. Bei einem Unterhaltspflichtigen, welchem ein hypothetisches Einkommen angerechnet worden war, weil dieser seine frühere Arbeitsstelle freiwillig aufgegeben hatte, legte das Bundesgericht zunächst seine Rechtsprechung zum hypothetischen Einkommen dar und erwog, selbst bei Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit in Schädigungsabsicht dürfe dem rechtsmissbräuchlich handelnden Ehegatten ein hypothetisches Einkommen nur angerechnet werden, wenn er die Verminderung seiner Leistungskraft rückgängig machen könne. Mit Blick auf BGE 121 III 299 und BGE 119 II 317 führte das Bundesgericht alsdann aus, seiner Rechtsprechung sei teilweise Kritik erwachsen: Dem Ehegatten, welcher sein Einkommen böswillig vermindere, solle ein hypothetisches Erwerbseinkommen selbst dann angerechnet werden, wenn sich die Verminderung nicht mehr rückgängig machen lasse. Das Bundesgericht konnte diese Frage jedoch offen lassen.

b) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde von Bräm/Hasenböhler kritisiert (Zürcher Kommentar, Art. 163 ZGB N 97), welche bezüglich der Vermögensentäusserung ausführten, die Auffassung, es könne nicht auf die Gründe für die Vermögensminderung abgestellt werden, auch wenn die Disposition im

Wissen um bestehende und dadurch tangierte Unterhaltsverpflichtungen vorgenommen worden sei, führe zu stossenden Ergebnissen. Sie animiere die Parteien im Scheidungsprozess, ihr Vermögen Angehörigen zu verschenken. Das Argument, die Berufung auf Rechtsmissbrauch sei nicht möglich, weil die Vermögenstransaktion nicht rückgängig gemacht werden könne, überzeuge nicht. Spycher (Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden, Diss. Bern 1996, S. 80 f.) führte aus, fraglich sei, ob eine Anrechnung auch erfolgen könne, wenn die Verschlechterung der Einkommensverhältnisse zwar auf bösem Willen des Ehegatten beruhe, sich jedoch nicht rückgängig machen lasse, beispielsweise die Aufgabe einer gut bezahlten Stelle oder der Verzicht auf eine Beförderungsmöglichkeit. Bezüglich einer Vermögensentäusserung habe das Bundesgericht entschieden, dass die Anrechnung von hypothetischem Ertrag nur zulässig sei, sofern die zu einer Reduktion des Einkommens führende Handlung (und sei sie auch böswillig erfolgt) rückgängig gemacht werden könne. Dasselbe dürfe jedoch für den freiwilligen Verzicht auf Erwerbseinkommen nicht gelten, werde doch bereits ein verständlicher Wunsch nach Berufswechsel oder Weiterbildung bei Schuldnern und Gläubigern kritisch beurteilt und je nach Situation eine darauf zurückzuführende Einkommensreduktion nicht berücksichtigt. Die Auffassung von Bühler/Spühler (Berner Kommentar, Art. 145 ZGB N 141), wonach die Einkommensreduktion zu berücksichtigen sei, wenn die Wiedererhöhung nicht vom Willen des Schuldners abhängig sei (beispielsweise während der Verbüssung einer Gefängnisstrafe), dürfe nicht extensiv ausgelegt, das heisst nicht auf Fälle bezogen werden, in denen der Schuldner eine der (böswillig) aufgegebenen Stelle entsprechende Anstellung nicht mehr finden könne. Spycher wies abschliessend auf das deutsche Recht und die deutsche Gerichtspraxis hin, wonach auf den Verlust des Arbeitsplatzes keine Rücksicht zu nehmen sei, wenn der pflichtige Ehegatte ihn verschuldet habe, ungeachtet der Unwiderruflichkeit der neuen Situation. Gemäss Sutter/Freiburghaus

(Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 125 ZGB N 48) ist die Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens insbesondere dann angezeigt, wenn eine Person ihren Verdienst böswillig reduziert und sich die Reduktion nicht rückgängig machen lässt. Geiser (Herabsetzung von Unterhaltsleistungen wegen [absichtlicher] Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit?, in: ZBJV 128, 1992, S. 531) machte im Zusammenhang mit BGE 117 II 17 f. darauf aufmerksam, es sei zweifellos einsichtig, dass ein Ehegatte nicht verpflichtet werden könne, mehr Unterhalt zu bezahlen, als ihm aufgrund seiner Leistungsfähigkeit möglich sei. Von daher erscheine es auch richtig, nicht nach dem Motiv der Änderung zu fragen, sondern auf die Möglichkeit (und Zumutbarkeit) der Rückgängigmachung abzustellen. Andererseits sei es aber im Einzelfall unbefriedigend, wenn sich jemand durch sein eigenes Verhalten einer Verpflichtung vorsätzlich entziehen könne. An die Voraussetzung des fehlenden Könnens sei deshalb ein strenger Massstab anzulegen. Gehe es demgegenüber nicht um die Möglichkeit, sondern um die Frage, ob es zumutbar wäre, die Leistungskraft wieder zu steigern, seien die Motive, die zur Verminderung des Einkommens geführt hätten, beachtlich (wenn auch nicht allein ausschlaggebend). Eine Schädigungsabsicht könne dazu führen, dass eine neuerliche Umstellung eher als zumutbar erscheine, als wenn die Einkommensminderung aus Gründen erfolgt sei, die mit der Unterhaltspflicht in keinem Zusammenhang stehen würden.

c) Diese Kritik überzeugt: In den Fällen, in welchen der unterhaltspflichtige Ehegatte sein Einkommen böswillig vermindert, ist ungeachtet dessen, ob die Vermögensverminderung rückgängig gemacht werden kann, ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Anders entscheiden hiesse, Art. 163 Abs. 1 ZGB, welcher die Gleichberechtigung und Gleichverpflichtung beider Ehegatten bezüglich des Familienunterhalts vorsieht (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 163 ZGB N 29), zu un-

tergraben. Wäre es so, dass es bei der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens allein auf die Frage ankäme, ob diese wieder rückgängig zu machen ist, wäre dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor geöffnet. Jeder Rechtsvertreter wäre gehalten, seinen Klienten zu empfehlen, umgehend das Arbeitspensum zu vermindern und sich vom Arbeitgeber bestätigen zu lassen, dass diese Reduktion nicht rückgängig gemacht werden könne. In die gleiche Richtung ginge es, einen Unterhaltspflichtigen, der sich dem Rentenalter nähert, zu motivieren, seinem Hobby zu frönen und in diesem Zusammenhang ein unrentables Geschäft zu eröffnen. Es kann jedoch nicht angehen, die berechtigten Interessen der Unterhaltsberechtigten entsprechend zu untergraben. Eine Differenzierung ist lediglich zulässig, wenn die Einkommensverminderung etwa aus einer durch den Unterhaltspflichtigen unverschuldeten Entlassung resultiert, wobei hier von vornherein nicht von Mutwilligkeit gesprochen werden kann.

Böswilligkeit ist nicht nur bei einer auf direkte Schädigung abzielenden Absicht gegeben; vielmehr genügt ein eigenmächtiger Entscheid, für den keine triftigen, sofort einleuchtenden Gründe geltend gemacht werden können, wobei der Unterhaltsschuldner diese triftigen Gründe zu substantiieren und zu belegen hat. Dem gleichzustellen wäre grobe Nachlässigkeit oder leichtfertiges Handeln. Mit dieser Umschreibung der Böswilligkeit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine auf direkte Schädigung abzielende Absicht eher die Ausnahme darstellt und meist mit weiteren Motiven gepaart ist (Hausheer/Spycher/Kocher/Brunner, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N 01.64). Hingegen genügt die blosse Tatsache der Freiwilligkeit des Entscheids nicht.

Auch ein allfälliger Eingriff ins Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen führt zu keinem anderen Entscheid. Zum einen ist ein Entscheid über die Höhe des Unterhalts immer auch ein

Entscheid nach Recht und Billigkeit im Sinn von Art. 4 ZGB. In diesem Rahmen muss es unter Einbezug auch des Interesses des Unterhaltsberechtigten möglich sein, einen selbstverschuldeten Eingriff in das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen zuzulassen. Zum andern hätte eine Neubeurteilung der Unterhaltsverpflichtung aufgrund des eigenmächtig verminderten Einkommens häufig zur Folge, dass das Existenzminimum des Unterhaltsberechtigten nicht mehr gedeckt wäre, womit es letztlich auf die Frage ankäme, welcher der Ehegatten sich beim Sozialamt anmelden muss. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung obliegt dies im Normalfall dem Unterhaltsberechtigten; im Ausnahmefall, in welchem der Unterhaltspflichtige ohne Not sein Einkommen vermindert, spricht jedoch nichts dagegen, diesem ausnahmsweise diese Pflicht aufzuerlegen.

3. Vor diesem Hintergrund bleibt zu prüfen, ob dem Rekurrenten in Bezug auf die Einkommensverminderung Böswilligkeit vorzuwerfen ist. Diese Frage ist zu bejahen: Die Rekursgegnerin, welche sich während der Dauer der Ehe um den Haushalt und die Kinder kümmerte, nebenbei Nähaufträge erledigte und auswärts arbeitete, bis sie dazu aufgrund ihrer Krankheit nicht mehr in der Lage war, leidet seit rund zehn Jahren an Parkinson. Nachdem die Rekursgegnerin zunächst eine halbe Invalidenrente erhielt, wurde ihr ab 1. Januar 2001 aufgrund eines IV-Grades von 82% eine ganze Rente zugesprochen. Dass der Rekurrent sein Arbeitspensum vor diesem Hintergrund (wegen Verschlechterung des Gesundheitszustands der Rekursgegnerin ist beispielsweise mit Mehrkosten für Spitex etc. zu rechnen) verminderte und auf einen Teil seines guten Verdienstes bei der Arbeitgeberin zu Gunsten eines seit Jahren defizitären eigenen Betriebs verzichtete, muss als mutwillig bezeichnet werden.

Obergericht, 28. Februar 2005, ZR.2004.89

7. **Abänderung eines Ehetrennungsurteils mittels vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens** (Art. 137 Abs. 2 ZGB)

1. Im Rahmen der im Oktober 2000 ausgesprochenen Ehetrennung verpflichtete sich der Ehemann, seiner Ehefrau an deren Unterhalt monatliche Beiträge von Fr. 6'000.-- zu bezahlen. Seit Mai 2004 ist das Ehescheidungsverfahren hängig. Im September 2004 liess die Ehefrau um den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Ehescheidungsverfahren ersuchen und beantragen, der Ehemann sei rückwirkend ab September 2003 zur Zahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 10'000.-- zu verpflichten.

2. Die Vorinstanz trat auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens zwar ein, bezweifelte aber, ob im Summarverfahren das im ordentlichen Verfahren ergangene Trennungsurteil ausser Kraft gesetzt werden könne. Dazu hält die Ehefrau im Rekursverfahren fest, vorsorgliche Massnahmen seien in jedem Ehescheidungsverfahren zulässig. Ausserdem sei das Trennungsurteil sinngemäss wie eine Eheschutzregelung zu betrachten. Anordnungen, die der Eheschutzrichter getroffen habe, könnten ebenfalls durch vorsorgliche Massnahmen abgeändert werden.

a) Die Unterhaltsbeiträge, welche die Ehefrau erhöht haben möchte, gehen auf das Trennungsurteil vom Oktober 2000 zurück. Entgegen der Auffassung der Ehefrau kann dieses Urteil nicht sinngemäss wie eine Regelung im Rahmen eines Eheschutzverfahrens betrachtet werden, denn anders als eine solche ergeht ein Trennungsurteil nach Massgabe von §§ 152 ff. ZPO im Untersuchungsverfahren und damit in einem ordentlichen Zivilprozess ohne jede Beschränkung der Beweismittel. Anders als Eheschutz-

massnahmen, die regelmässig in einem summarischen Verfahren abgewandelt werden und folglich nicht in materielle Rechtskraft erwachsen (Hausheer/Spycher, in: Handbuch des Unterhaltsrechts [Hrsg.: Hausheer/Spycher], Bern 1997, N 09.90 mit Hinweis), wird ein Trennungsurteil daher nicht nur formell, sondern auch materiell rechtskräftig (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 117/118 ZGB N 16). Die Abänderung eines Trennungsurteils kann deshalb ausschliesslich in einem ordentlichen Verfahren erfolgen, in dem gleich wie im Trennungsverfahren selber keinerlei Beweisbeschränkungen bestehen.

b) Das Urteil in einem Abänderungsverfahren - wie jedes andere Urteil auch - erlangt mit dem Eintritt seiner Rechtskraft Wirkung. Falls das Bedürfnis besteht, dass die mit dem Abänderungsbegehren angestrebte Regelung ausnahmsweise bereits ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Abänderungsprozesses gelten soll, sind für die Dauer des Prozesses vorsorgliche Massnahmen zu verlangen. Hier ist kein Abänderungsverfahren hängig, denn die Ehefrau klagte nicht auf Abänderung des Trennungsurteils, sondern auf Ehescheidung. Von daher kommt auch der Erlass vorsorglicher Massnahmen grundsätzlich nicht in Frage, sind solche doch von der Rechtshängigkeit eines Abänderungsprozesses im ordentlichen Verfahren abhängig. Fraglich ist indessen, ob aus prozessökonomischen Überlegungen der Scheidungsklage die Funktion einer Abänderungsklage zugestanden werden könnte, wenn mit ihr wie im vorliegenden Fall Regelungen eines früheren Trennungsurteils abgeändert werden sollen. Wäre dies der Fall, hätte das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen während der Dauer eines solchen Scheidungsverfahrens dieselbe Funktion wie im Rahmen eines "gewöhnlichen" Verfahrens um Abänderung eines Trennungsurteils. Unabdingbare Voraussetzung dafür, dass bei einer solchen Wirkung der Scheidungsklage um vorsorgliche Massnahmen ersucht werden könnte, wäre aber, dass im Hauptver-

fahren ein Antrag auf rückwirkenden Unterhalt ab Rechtshängigkeit der Klage gestellt würde. Nur ein entsprechender Antrag im ordentlichen Verfahren würde die Grundlage für den Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Hauptverfahrens schaffen. Fehlt es an einem solchen Antrag, hätte der Erlass von vorsorglichen Massnahmen zur Folge, dass das Trennungsurteil im summarischen Verfahren für die Dauer des Abänderungsverfahrens in unzulässiger Weise endgültig abgeändert würde, denn die durch die vorsorglichen Massnahmen geschaffene Abänderung kann in einem ordentlichen Verfahren nicht mehr überprüft werden.

c) Im hier zu beurteilenden Fall stellte die Ehefrau im Hauptverfahren keinen Antrag auf Rückwirkung, denn sie verlangte mit ihrer Scheidungsklage höhere Unterhaltsbeiträge ausdrücklich erst ab Rechtskraft des Ehescheidungsurteils. Unter diesen Umständen erweist sich die beantragte Erhöhung des Unterhaltsbeitrags mit einem Gesuch im summarischen Verfahren als unzulässig. Die Vorinstanz hätte auf das Gesuch nicht eintreten dürfen.

Obergericht, 9. März 2005, ZR.2004.107

8. **Eheschutzmassnahmen: Berechnung des Unterhaltsbeitrags; Verteilung des Überschusses** (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

1. Das Vizegerichtspräsidium sah davon ab, einer der Parteien einen Unterhaltsbeitrag zuzusprechen. Ihr Grundbedarf sei in Anbetracht des ehelichen Lebensstandards sehr grosszügig berechnet worden; beide Parteien könnten ihren eigenen Bedarf selbstständig decken, und es verbleibe bei beiden ein Überschuss. Sowohl der Ehefrau als auch dem Ehemann sei die Weiterführung der bisherigen ehelichen Lebenshaltung möglich; sie seien nicht auf

eine Unterstützung des Partners angewiesen. Die Rekurrentin verlangt einen Unterhaltsbeitrag.

2. Mit ihrer Rüge, die Vorinstanz habe sie von der hälftigen Partizipation am Überschuss ausgeschlossen, womit ihr lediglich ihre eigenen Einkünfte zur Verfügung stünden, was in diesem Fall unangemessen sei, wendet sich die Rekurrentin grundsätzlich zu Recht gegen die Anwendung der in BGE 128 III 67 f. statuierten Grundsätze, welche die Vorinstanz zur Begründung des Verzichts auf Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau heranzog:

a) Es wäre zu kurz gegriffen, die Unterhaltsbeiträge an einen Ehegatten im Eheschutzverfahren, welches nicht die Wiederherstellung des ehelichen Zusammenlebens, sondern die Regelung des Getrenntlebens bis zur Scheidung bezweckt, (allein) nach Art. 125 ZGB festzusetzen. Zum einen hatte sich das Bundesgericht in BGE 128 III 65 ff., worauf die Rekurrentin zu Recht hinweist, in erster Linie mit der Frage zu beschäftigen, ob, inwieweit und ab welchem Zeitpunkt es einer 41-jährigen Ehefrau nach einer lebensprägenden Ehe von rund 20 Jahren zumutbar sei, ihre bisherige 20%-ige Erwerbstätigkeit zu erhöhen. Zum andern wurde auch in der Regeste ausdrücklich festgehalten, wenn mit der Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft zu rechnen sei, seien bei der Beurteilung des Unterhalts und insbesondere der Frage der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien miteinzubeziehen. Das Bundesgericht sprach sich demzufolge nicht für die ausschliessliche Anwendung der Kriterien gemäss Art. 125 ZGB aus. Es ist - insbesondere bei länger dauernden Ehen - auch nicht ausser Acht zu lassen, dass die Ehe (während der Trennung) formell weiterbesteht; daran ändert nichts, dass nurmehr nach einer bloss zweijährigen Dauer des Getrenntlebens ein absoluter Scheidungsanspruch besteht (Art. 114

ZGB). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das geltende Recht den ehelichen und den nachehelichen Unterhalt bewusst und zu Recht differenziert regelt, was beispielsweise bereits in der Botschaft über die Änderung des ZGB vom 15. November 1995 (BBl 1996 I 45) zum Ausdruck kommt: Danach steht in Bezug auf die Unterhaltsverpflichtung unter geschiedenen Ehegatten die Idee einer gewissen nachehelichen Solidarität und die Notwendigkeit, ehebedingte Nachteile auszugleichen, im Vordergrund, woraus sich ergebe, dass Unterhaltsbeiträge unter geschiedenen Ehegatten weniger hoch anzusetzen seien als diejenigen unter Ehegatten. Daran ändert grundsätzlich auch nichts, dass sich bei der Bemessung des nachehelichen Unterhalts und des Unterhaltsanspruchs im Eheschutzverfahren die Kriterien mittlerweile stark angeglichen haben.

b) Aus diesen Überlegungen folgt, dass kein Grund besteht, von der bisherigen konstanten Rechtsprechung des Obergerichts abzuweichen, den Unterhaltsanspruch des Ehegatten im Eheschutzverfahren nach den bisherigen Richtlinien zu prüfen und zu bemessen. Demgemäss wird vom Gesamteinkommen der Parteien das Total der beiden nach den betreibungsrechtlichen Richtlinien errechneten Existenzminima in Abzug gebracht. Massgebend sind die beidseitigen Grundbeträge, zu welchen allenfalls Zuschläge, die sich ebenfalls nach den Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz vom 24. November 2000 richten, zu machen sind (BGE 127 III 70, 126 III 356 f.). Diese Richtlinien gelten seit 1. März 2001 auch für den Kanton Thurgau; das Obergericht verzichtete darauf, eigene Richtlinien zu erlassen (RBOG 2001 S. 13). Verbleibt nach Abzug des Gesamtbedarfs der Parteien von ihrem Totaleinkommen ein Rest, ist dieser bei einem kinderlosen Ehepaar hälftig aufzuteilen (RBOG 1997 Nr. 1; BGE 126 III 9 f., 119 II 318 f.), wobei jedoch darauf zu achten ist, dass keine Vermögensverschiebung eintritt, welche die güterrechtliche Auseinandersetzung vorwegnimmt (BGE 121 I 100).

Demgemäss ist ein Überschuss in Fällen wie diesem, in dem die kinderlose Ehe mit einer Ehedauer von rund 15 Jahren lebensprägend war und beide Parteien ein volles Arbeitspensum versahen, hälftig zu teilen, wenn keine Sparquote behauptet und belegt wird (Merz, Die Praxis zum Eheschutz, Sulgen 2005, S. 152 f. N 4 f.; BGE vom 23. Februar 2005, 5P.467/2004, Erw. 3.2).

c) Im Weiteren garantiert der gebührende Unterhalt im Sinn von Art. 125 ZGB zwar nicht in jedem Fall den bisherigen Lebensstandard, aber es ist anzustreben, den während der Ehe gepflegten Lebensstil wenn immer möglich als Richtwert für den gebührenden Unterhalt beizubehalten. Dieser bildet denn auch gleichzeitig grundsätzlich die obere Grenze für den nachehelichen Unterhalt. Ausgeschlossen werden soll grundsätzlich nur die über den bisherigen vollen Lebensbedarf hinausgehende Teilhabe am Luxus eines sehr wohlhabenden Partners (BBl 1996 I 116; Gloor/Spycher, Basler Kommentar, Art. 125 ZGB N 3; Schwenzer, in: FamKommentar Scheidung [Hrsg.: Schwenzer], Bern 2005, Art. 125 ZGB N 4).

Obergericht, 30. Mai 2005, ZR.2005.21

Die gegen diesen Beschluss eingereichte staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht am 1. Dezember 2005 ab.

9. **Vorgehen bei zuviel bezahlten Unterhaltsbeiträgen** (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Art. 81 SchKG)

1. Zwischen den Parteien ist seit Mai 2004 das Ehescheidungsverfahren hängig. Zuvor hatte das Gerichtspräsidium den Rekursgegner im Rahmen von Eheschutzmassnahmen zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet. Nachdem er von der Rekurrentin wegen behaupteter Ausstände betrieben worden war, reichte er ein Gesuch um Erlass von Eheschutzmassnahmen ein. Dabei beantragte er die Feststellung, dass er Stand Mitte Juni 2004 Fr. 4'210.-- zuviel an Alimenten bezahlt habe, und dass er berechtigt sei, ab Juli 2004 monatlich Fr. 600.-- weniger zu bezahlen, um den zuviel bezahlten Betrag zum Ausgleich zu bringen. Die Rekurrentin liess Nichteintreten auf das Gesuch, eventuell dessen Abweisung beantragen. Das Gerichtspräsidium schützte das Feststellungsbegehren des Rekursgegners.

2. a) Im Zusammenhang mit dem Hauptantrag der Rekurrentin, auf das Eheschutzbegehren des Rekursgegners sei nicht einzutreten, erwog die Vorinstanz, wenn zwischen den Parteien ein Scheidungsverfahren eingeleitet worden sei, werde ein Eheschutzbegehren in aller Regel als Massnahmebegehren weiter behandelt. Weil hier das nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens gestellte Begehren auf ein Eheschutzverfahren zurückgehe, stehe der Behandlung als Eheschutzgesuch grundsätzlich nichts entgegen. Fraglich sei, ob ein Rechtsschutzinteresse an der blossen Feststellung bestehe, oder ob die Frage im Rahmen der Vollstreckung der Unterhaltsbeiträge zu beantworten sei. Über die sich stellenden Fragen könne in den laufenden Betreibungen kaum eine Antwort erwartet werden, weil jene Verfahren an die strengen Vorgaben des Rechtsöffnungsverfahrens gebunden seien. Dagegen könne im Eheschutzverfahren auf die Verhältnisse der Parteien umfassend

eingegangen werden. Dies entspreche letztlich einem der Ziele der Anrufung des Richters, weshalb auf das Begehren einzutreten sei. Die Rekurrentin hält dagegen, auf das Begehren könne wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit des Eheschutzrichters nicht eingetreten werden.

b) Die Vorinstanz bejahte ein Feststellungsinteresse aus pragmatischen Gründen. Sie wollte den Parteien helfen, ihre Meinungsverschiedenheit über die Frage, ob der Rekursgegner bis zum Juni 2004 zuviel Unterhaltsbeiträge bezahlt habe, zu lösen. Ein solcher Lösungsansatz ist in manchen Situationen fraglos sinnvoll, da er tatsächlich mit vergleichsweise geringem Aufwand die Beilegung von Auseinandersetzungen zur Folge haben kann. Indessen führt ein solches Vorgehen in aller Regel nur zum Erfolg, wenn die Parteien bereit sind, Hand zu einer einvernehmlichen Streitbeilegung zu bieten. Andernfalls ist nach den einschlägigen Regeln zu entscheiden, da die Bemühungen nach einer pragmatischen, sich nicht immer an die strikten Vorgaben des Gesetzes haltenden Lösung gleichsam zwingend daran scheitern, dass eine der Parteien die Sache an die obere Instanz weiterzieht.

c) Ob ein Unterhaltsschuldner seiner durch einen richterlichen Entscheid festgelegten Unterhaltspflicht nachkam, ist nicht in einem neuen Eheschutz- oder Massnahmeverfahren, sondern im Vollstreckungsverfahren zu prüfen. Es obliegt dem Schuldner, im Fall einer gegen ihn erhobenen Betreibung im Rechtsöffnungsverfahren gestützt auf Art. 81 SchKG darzulegen, dass er seine Unterhaltspflicht erfüllte.

Anders liegt der Fall, wenn der Unterhaltsschuldner wie hier behauptet, er habe mehr bezahlt, als er gemäss dem richterlichen Entscheid hätte leisten müssen. In dieser Konstellation ist es am Unterhaltsschuldner, seine (Bereicherungs-)Forderung auf einem der gängigen Wege durchzusetzen. Wenn der Schuldner seine

Forderung mit künftigen Unterhaltsbeiträgen verrechnet, so kann die Unterhaltsgläubigerin wiederum betreiben und gestützt auf den Entscheid über die Unterhaltspflicht die definitive Rechtsöffnung beantragen. Im Rechtsöffnungsverfahren würden die Einwände des Unterhaltsschuldners etwa so, wie dies die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung tat, geprüft; dabei wäre auch das Verrechnungsverbot gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR zu beachten. Sieht der Unterhaltsschuldner von einer Verrechnung ab, so ist er mit seiner Bereicherungsforderung auf den ordentlichen Prozessweg verwiesen.

3. Hier fehlt es demnach sowohl an einem Rechtsschutzinteresse des Rekursgegners als auch an der sachlichen Zuständigkeit der Vorinstanz. Diese hätte daher auf das Begehren des Rekursgegners nicht eintreten dürfen, womit sich der Hauptantrag der Rekurrentin als begründet erweist.

Obergericht, 9. März 2005, ZR.2005.1

10. **Umfang des Besuchsrechts, wenn die Eltern darüber streiten** (Art. 273 Abs. 1, 133 ZGB)

1. Die Vorinstanz erwog, die beiden Buben litten wegen der zwischen ihren Eltern bestehenden Spannungen unter einem enormen Loyalitätskonflikt. Das schlechte Verhältnis zwischen der Mutter und dem Vater dürfe aber nicht zu einer Einschränkung des Besuchsrechts führen, zumal die beiden Knaben einen guten Zugang zum Vater hätten. Es gebe daher keinen Anlass, von den vom Vater verlangten zwei Besuchswochenenden im Monat abzuweichen. Dem hält die Mutter entgegen, dass in Fällen, in denen Streit

über das Besuchsrecht bestehe, die Praxis zu lediglich einem Besuchswochenende im Monat neige.

2. a) Nach Massgabe von Art. 133 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge nicht zusteht, und das unmündige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Das Recht auf persönlichen Verkehr, das früher als ein natürliches Recht der Eltern betrachtet worden war, wird heute sowohl als ein Recht wie auch als eine Pflicht derselben (vgl. Art. 273 Abs. 2 ZGB), aber auch als ein Persönlichkeitsrecht des Kindes verstanden. Das Besuchsrecht hat in erster Linie dem Kindeswohl zu dienen. Es ist einhellig anerkannt, dass die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig ist und im Prozess seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (Pra 90, 2001, Nr. 193; BGE 123 III 451 f. und 122 III 406 f.). In einem Urteil aus dem Jahr 2001 (BGE vom 15. November 2001, 5C.176/2001, Erw. 2) schützte das Bundesgericht eine moderate Einschränkung des Besuchsrechts - konkret ging es um ein Besuchsrecht an jedem dritten statt an jedem zweiten Wochenende sowie um ein Ferienbesuchsrecht von zwei statt drei Wochen - wegen bestehender Spannungen zwischen den Eltern und eines damit zusammenhängenden Loyalitätskonflikts des Kindes. Zu diesem Entscheid hielt das Bundesgericht in BGE 130 III 588 rückblickend fest, dass diese Praxis auf den ersten Blick als wenig sachgerecht erscheinen möge, soweit das Einvernehmen zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut sei. Es entspreche jedoch der allgemeinen Erfahrung, dass für ein Kind durch individuelles Fehlverhalten eines oder beider Eltern, meist aber viel deutlicher durch das Spannungsfeld, das die Eltern gemeinsam erzeugen würden, Belastungen entstehen könnten. Zudem könnten beim Kind durch ein häufiges Hin und Her zwischen den Elternteilen Loyalitätskonflikte hervorgerufen werden. Insofern erfolge die Einschränkung des persönlichen Verkehrs im Kin-

deswohl, das für die Bemessung des Besuchsrechts in erster Linie ausschlaggebend sei und hinter das - beidseitig - die Interessen der Eltern zurückzustehen hätten. Diese Auffassung vertrat auch das Obergericht und entschied zu wiederholten Malen, dass bei Uneinigkeit der Eltern über das Besuchsrecht dem nicht sorgeberechtigten Elternteil regelmässig ein Besuchsrecht von lediglich einem Wochenende im Monat einzuräumen sei (vgl. Merz, Die Praxis zum Eheschutz, Sulgen 2005, S. 191 f. N 8 mit Hinweisen). In BGE 130 III 589 stellte das Bundesgericht aber klar, dass bei einem guten Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind Konfliktsituationen, wie sie in jeder Scheidung auftreten können, nicht zu einer einschneidenden Beschränkung des Besuchsrechts auf unbestimmte Zeit führen dürfen: Es wäre unhaltbar, wenn es der sorgeberechtigte Elternteil in der Hand hätte, durch Zwistigkeiten mit dem anderen Teil den Umfang des Besuchsrechts zu steuern. In BGE 131 III 212 f. wies das Bundesgericht darauf hin, dass aus BGE 130 III 585 ff. nicht der Schluss gezogen werden könne, dass bei gutem Einvernehmen zwischen Kind und besuchsberechtigtem Elternteil in jedem Fall ein (Ferien-)Besuchsrecht üblichen Umfangs zu gewähren sei. Vielmehr bilde das Kindeswohl die oberste Richtschnur und könne eine Einschränkung des Besuchsrechts angezeigt sein, wenn das Kind sonst überfordert wäre. Bei Loyalitätskonflikten sei eine Beschränkung des Besuchsrechts indessen eine letztlich wenig geeignete Massnahme. Es sei eine anerkannte kinderpsychologische Tatsache, dass sich die meisten Kinder eine harmonische Beziehung zu beiden Elternteilen, aber auch eine Versöhnung beziehungsweise Wiedervereinigung zwischen den Eltern wünschten. Dieser Umstand lasse sich durch besuchsrechtliche Restriktionen nicht - jedenfalls nicht in grundsätzlicher Weise - beseitigen; insofern seien allfällig auftretende Loyalitätskonflikte eines Kindes bis zu einem gewissen Grad als eine dem Besuchsrecht eigene Erscheinung hinzunehmen, zumal in der kinderpsychologischen Literatur hervorgestrichen werde, dass die positiven Aspekte regelmässiger Besu-

che beim anderen Elternteil (namentlich Erleichterung der Trennungsverarbeitung, Ergänzung der Erziehungsstile, Identifizierungsmöglichkeit, Steigerung des Selbstwertgefühls, Beratungsmöglichkeit in der Pubertät und später bei der Berufswahl) die negativen Aspekte (anfängliche Beunruhigungen und mögliche Belastungen) überwögen und die ungestillte Sehnsucht nach dem abwesenden Elternteil auf die Dauer die stärkeren und schädlicheren psychischen Auswirkungen zeitige, indem sich das Kind von diesem Elternteil etwa ein irreales Bild aufbaue. Für den Fall elterlicher Konflikte habe die kinderpsychologische Forschung im Übrigen ergeben, dass Besuche eine entspannende Wirkung haben könnten, wenn sie richtig angelegt und einige Zeit durchgeführt würden, indem sich die Auswirkungen der Konfliktsituation bei jedem weiteren Besuch mehr und mehr verlören. Das bedinge, dass sich die Eltern bemühen würden, die Ausübung des Besuchsrechts nicht zum Anlass zu nehmen, ihre gegenseitigen Zwistigkeiten auszutragen. Zusammengefasst ist daher nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht zerstrittenen Eltern ein übliches Besuchsrecht einzuräumen, wenn wenigstens das Verhältnis zum nicht sorgeberechtigten Elternteil gut ist und das Kind durch die Einräumung eines solchen Besuchsrechts nicht überfordert wird.

b) Bezüglich der Frage, was in durchschnittlichen Verhältnissen als übliches Besuchsrecht gilt, ist festzustellen, dass eine deutliche Tendenz zur Ausweitung besteht (Schwenzer, Basler Kommentar, Art. 273 ZGB N 15) und heute in der Praxis ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende (auch bei der überwiegenden Zahl der Thurgauer Bezirksgerichte) weitgehend gebräuchlich ist. Das Obergericht, das bei durchschnittlichen Verhältnissen bis anhin im Allgemeinen lediglich ein einziges Besuchswochenende im Monat als angemessen beurteilte, kann dieser Entwicklung nicht nur Positives abgewinnen: Sie liegt zwar wohl regelmässig im Interesse des nicht sorgeberechtigten Eltern-

teils, doch erscheint fraglich, ob sie tatsächlich dem doch vorab zu berücksichtigenden Kindeswohl entspricht. Wird berücksichtigt, dass ein Kind auf diese Weise nicht an zwei aufeinanderfolgenden Wochenenden am gleichen Ort weilen kann, und wird weiter in Rechnung gestellt, dass Bekannten- und Verwandtenbesuche in aller Regel mit dem sorgeberechtigten Elternteil unternommen werden, ist offenkundig, dass einem Kind nurmehr wenig Freizeit in seinem eigenen Zuhause und Zimmer, wo es seine eigene Welt hat, zur Verfügung steht. Ob damit einem Kind mehr gedient ist als etwa mit einem einzigen, dafür von Freitag- bis Sonntagabend ausgedehnten Besuchswochenende im Monat, ist zweifelhaft.

Obergericht, 1. November 2005, ZBR.2005.50

---

11. **Ein Kauf mit Ratenzahlung erfordert die Mitwirkung des Beirats; Betreibungsfähigkeit eines unter Beiratschaft stehenden Schuldners** (Art. 395 ZGB; Art. 82 SchKG)

---

1. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der Kaufvertrag zwischen dem Rekursgegner und der Rekurrentin über ein Bett des Typs Kaschmir sowie eine Picassodecke und eine Magnetmatte grundsätzlich einen Titel für die provisorische Rechtsöffnung für den Kaufpreis von Fr. 1'498.-- (zahlbar in fünf Monatsraten) darstellt. Strittig sind dagegen die Folgen, die sich daraus ergeben, dass der Rekursgegner unter kombinierter Beiratschaft im Sinn von Art. 395 Abs. 1 und 2 ZGB steht. Dabei ist die Frage zu beantworten, ob der Kaufvertrag wegen der vereinbarten Ratenzahlung unter Art. 395 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB fällt; in diesem Fall würde es an der Mitwirkung des Beirats beim Vertragsschluss und als Folge daraus an einem Titel für die Rechtsöffnung fehlen.

2. Bei der Mitwirkungsbeiratschaft nach Art. 395 Abs. 1 ZGB ist die Mitwirkung des Beirats unter anderem für die Aufnahme von Darlehen erforderlich (Ziff. 5). Die Mitwirkung beziehungsweise Zustimmung des Beirats kann ausdrücklich oder stillschweigend, im Voraus als Ermächtigung, gleichzeitig mit der Vornahme des Geschäfts oder im Nachhinein als Genehmigung erfolgen. Fehlt es an der Mitwirkung des Beirats, kommt das Geschäft nicht rechtsgültig zustande; die Rechtsfolgen richten sich in diesem Fall sinngemäss nach Art. 410 Abs. 2 und Art. 411 ZGB (Schnyder/Murer, Berner Kommentar, Art. 395 ZGB N 82 f.; Langenegger, Basler Kommentar, Art. 395 ZGB N 9 und 12).

Zwar stützt sich die Rekurrentin bei ihrem Rechtsöffnungsgesuch nicht auf einen Darlehens-, sondern auf einen Kaufvertrag, doch wurde in diesem Vertrag die ratenweise Tilgung des Kaufpreises vereinbart. Nach allgemeiner Anschauung - und insbesondere in der von der Rekurrentin geforderten wirtschaftlichen Betrachtungsweise - ist Art. 395 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB indessen auch auf Abzahlungsverträge anwendbar, denn die Kreditierung des Kaufpreises mittels der Vereinbarung von Ratenzahlungen und die Darlehensaufnahme zur Beschaffung von Mitteln für eine Anschaffung ist nicht nur begrifflich, sondern auch wirtschaftlich praktisch ein und dasselbe (Langenegger, Art. 395 ZGB N 13). Diese Auffassung ist sachgerecht, jedenfalls soweit es sich nicht um Geschäfte von vollkommen untergeordneter Tragweite handelt (vgl. Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB N 98; Egger, Zürcher Kommentar, Art. 395 ZGB N 62). Die hier vom Rekursgegner eingegangene Verpflichtung zur Zahlung eines Kaufpreises in der Höhe von rund Fr. 1'500.-- kann fraglos nicht mehr als Bagatelle qualifiziert werden, insbesondere wenn berücksichtigt wird, dass dem Rekursgegner monatlich lediglich Fr. 1'000.-- zur freien Verfügung überlassen werden. Ob die Kreditierung mit zusätzlichen Kosten verbunden ist, kann zudem nicht entscheidend sein: Der Sinn von Art. 395 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB liegt nicht nur darin, den

Verbeirateten vor einer Geldaufnahme zu ungünstigen Bedingungen zu schützen, sondern auch im Schutz gegen die Aufnahme von Geldern zu unkontrollierten, vielleicht unwirtschaftlichen Zwecken (Egger, Art. 395 ZGB N 62). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Aussicht, eine Kaufsache in Raten zu bezahlen bzw. auf Kredit zu erwerben, mitunter unüberlegte, unkontrollierte und/oder die finanziellen Möglichkeiten übersteigende Rechtsgeschäfte fördert. Die strikte Subsumtion von Abzahlungsgeschäften ausserhalb des Bagatellbereichs unter Art. 395 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB ist schliesslich auch der Rechtssicherheit förderlich, denn diese würde dadurch, dass in jedem Einzelfall geprüft werden müsste, ob der Vertrag von Art. 395 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB erfasst ist, erheblich beeinträchtigt. Somit wandte die Vorinstanz Art. 395 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB zu Recht an. Dies hat zur Folge, dass kein Titel für die Rechtsöffnung gegeben ist und das Begehren entsprechend abzuweisen ist.

3. Wollte gegenteilig entschieden und Art. 395 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB auf den vorliegenden Kaufvertrag als nicht anwendbar betrachtet werden, so läge zwar ein Titel für die Rechtsöffnung vor; gleichwohl könnte (aus prozessualen Gründen) keine Rechtsöffnung erteilt werden:

Ob ein "Vermögensgeschäft" nach Art. 395 Abs. 2 ZGB vorliegt, muss nicht im Rechtsöffnungsverfahren geprüft werden, denn die finanzielle Leistungsfähigkeit des Verbeirateten spielt erst bei der Bestimmung des pfändbaren Einkommens und des Existenzminimums im Rahmen der Pfändung eine Rolle. Die Verwaltungsbeiratschaft nach Art. 395 Abs. 2 ZGB bewirkt beim Verbeirateten den Verlust der Handlungsfähigkeit nur bezüglich der Vermögens-, nicht aber der Einkommensverwaltung. Entsprechend verbleiben dem Verbeirateten einerseits im Bereich der Vermögensverwaltung die Erträge (Vermögensertrag abzüglich Aufwand

für Erhaltung und Verwaltung) und andererseits das Erwerbs- und allfällige sonstige Einkommen zur freien Verfügung. Weil allein die Vermögenssubstanz geschützt ist, kann die unter blosser Verwaltungsbeiratschaft stehende Person daher mit Haftung ihres Einkommens und Vermögensertrags alle Geschäfte, auch die in Art. 395 Abs. 1 ZGB aufgezählten, ohne Mitwirkung des Beirats eingehen (Schnyder/Murer, Art. 395 ZGB N 118 ff.; Langenegger, Art. 395 ZGB N 16; Kofmel Ehrenzeller, Basler Kommentar, Art. 68c SchKG N 28; Riemer, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2.A., § 5 N 30). Für eine unter kombinierter Beiratschaft stehende Person bedeutet dies, dass sie gültige Rechtsgeschäfte ausserhalb des Katalogs von Art. 395 Abs. 1 ZGB eingehen kann, dafür aber lediglich mit den Einkünften und nicht auch mit der Vermögenssubstanz haftet. In diesem Umfang ist die Partei- und Betreibungsfähigkeit gegeben, so dass - bezogen auf den konkreten Fall - der Rekursgegner bezüglich seiner Vermögenserträgnisse und seines (Erwerbs-)Einkommens ohne Einbezug seines Beirats zu betreiben wäre. Dies erfolgte im hier zu beurteilenden Fall indessen nicht, wurde doch der Zahlungsbefehl soweit ersichtlich ausschliesslich dem Beirat zugestellt. Entsprechend könnte mangels rechtsgültiger Zustellung des Zahlungsbefehls trotz des Vorliegens eines Titels keine Rechtsöffnung erteilt werden. Anderes würde gelten, wenn die Rekurrentin den Rekursgegner aus dessen Vermögenssubstanz in Anspruch nehmen wollte: In diesem Fall wären die Betreibungsurkunden nach Art. 68c Abs. 3 SchKG sowohl dem Rekurrenten als auch dessen Beirat zuzustellen (Kofmel Ehrenzeller, Art. 68c SchKG N 29). Diese Konstellation liegt hier indessen nicht vor (bzw. ist zumindest nicht belegt), müsste doch die Befriedigung aus dem Vermögen im Betreibungsbegehren verlangt werden, sei es durch eine entsprechende ausdrückliche Forderung oder zumindest durch die Erwähnung des Beirats als gesetzlichen Vertreter (Kofmel Ehrenzeller, Art. 68c SchKG N 33).

Obergericht, 21. Dezember 2004, BR.2004.107

12. **Haftpflicht eines Skiliftunternehmens** (Art. 97, 41 OR)

1. a) Die Berufungsbeklagte fuhr zusammen mit einer Kollegin mit dem Bügellift Richtung Bergstation. Nach dem Abbügeln führte sie das mit ihrer Kollegin begonnene Gespräch weiter und stand dabei mit dem Rücken zum Skilift. In der Folge traf ein von einem hinter ihr fahrenden, unbekannten Skiliftbenützer losgelassener Bügel die Berufungsbeklagte an der rechten Schläfe. Seither ist sie invalid und bezieht eine ganze ordentliche einfache Invalidenrente der IV sowie Leistungen nach UVG und BVG.

b) Die Berufungsbeklagte erhob Klage und beantragte, das Luftseilbahnunternehmen habe ihr einen Fr. 40'000.-- übersteigenden Betrag nebst Zins zu bezahlen. Die Vorinstanz schützte die Klage.

2. Gegenstand der Klage und damit des Berufungsverfahrens ist die Grundsatzfrage, ob die Berufungsklägerin für den Schaden haftet, den die Berufungsbeklagte als Folge des durch einen Skiliftbügel verursachten Schlages an die Schläfe erlitt. Die Vorinstanz bejahte dies und stützte die Haftung der Skiliftbetreiberin einerseits auf das Fehlen einer Aufsichtsperson, weshalb der Skilift trotz Gefährdung der Berufungsbeklagten nicht angehalten worden sei. Andererseits sei das Hinweisschild "Bügelrückgabe" falsch platziert gewesen beziehungsweise habe einen falschen Wortlaut enthalten. Die Berufungsklägerin hält vorab dafür, die fehlende Aufsichtsperson allein vermöge eine Haftung nicht zu begründen. Das Hinweisschild sei nicht falsch platziert gewesen; überdies habe die unbekannte Drittperson nicht zu früh, sondern krass falsch abgebügelt, weshalb auch einem allenfalls falsch platzierten Hinweisschild keine Bedeutung zukomme. Es liege ein grobes Selbst- sowie Drittverschulden vor.

3. Es ist im Berufungsverfahren grundsätzlich zu Recht nicht bestritten, dass als rechtliche Grundlagen für die Klage der Berufungsbeklagten die unerlaubte Handlung (Art. 41 OR; Gefahrensatz), die Vertragsverletzung (Art. 97 OR; Personentransportvertrag), die Werkeigentümerhaftung (Art. 58 OR) und die Geschäftsherrenhaftung gemäss Art. 55 OR in Frage kommen (BGE 130 III 195 f.; PKG 1988 Nr. 8 S. 48; Stiffler, Schweizerisches Schneesportrecht, 3.A., § 3 N 254 ff.; Stiffler, Sportunfall, insbesondere Skiunfall, in: Schaden - Haftung - Versicherung [Hrsg.: Münch/Geiser], Basel 1999, N 13.5). Die Berufungsbeklagte berief sich auf sämtliche Haftungsgrundlagen.

4. Die Haftpflicht setzt grundsätzlich einen Schaden, einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der behaupteten Verursachung, die Widerrechtlichkeit und einen Haftungsgrund - Absicht oder Fahrlässigkeit bei der Verschuldenshaftung, Ordnungswidrigkeit bei milden Kausalhaftungen und Betriebsgefahr bei den scharfen Kausalhaftungen - voraus. Bei der vertraglichen Haftung ist die Widerrechtlichkeit mit der Vertragsverletzung gegeben und bildet das Verschulden den Haftungsgrund, das gemäss Art. 97 OR bis zum Beweis des Gegenteils vermutet wird (Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 5.A., S. 48 f.).

a) aa) Der Vertrag zwischen den Parteien über die Benützung der Transportanlagen im betreffenden Skigebiet gegen Vergütung ist grundsätzlich nach den Regeln des Auftrags zu beurteilen (Stiffler, § 3 N 255). Den Skiliftunternehmer und damit die Berufungsklägerin trifft die vertragliche Nebenpflicht, die durch die Umstände gebotenen Vorsichtsmassnahmen zum Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität des Vertragspartners zu treffen. Die Anforderungen an die Sicherheit, die aus dem Vertrag abgeleitet werden können, entsprechen denjenigen beziehungswei-

se gehen nicht über diejenigen hinaus, die im Bereich der ausservertraglichen Haftung gelten: Wer einen Zustand schafft, woraus angesichts der erkennbaren konkreten Umstände ein Schaden entstehen könnte, hat die durch die Umstände gebotenen Sorgfaltsmassnahmen zu treffen, um einen Unfall zu verhindern (allgemeine Schutzpflicht). Der Betreiber muss jedoch nicht mehr tun, als man von ihm angesichts der konkreten Umstände vernünftigerweise erwarten darf (BGE 130 III 195; Pra 89, 2000, Nr. 185 S. 1134 f.). Der Liftunternehmer hat aber dafür zu sorgen, dass die Bedienung der Anlage unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit der Skifahrer sach- und ordnungsgemäss durchgeführt wird (Pichler/Holzer, Handbuch des österreichischen Skirechts, Wien 1987, S. 87).

Bei der Bestimmung der konkreten Sorgfaltspflichten kann auf Bestimmungen zurückgegriffen werden, die der Sicherheit und der Unfallverhütung dienen. Fehlen gesetzliche oder reglementarische Vorschriften, kann auf entsprechende analoge Regeln abgestellt werden, die von einem privaten oder halböffentlichen Verband erlassen wurden, sofern diese Regeln allgemein anerkannt sind (Pra 89, 2000, Nr. 185 S. 1136). Gemäss Art. 42 Ziff. 5 des Reglements über Bau und Betrieb der nicht eidgenössisch konzessionierten Seilbahnen, Skilifte und Schrägaufzüge (nachfolgend Konkordatsreglement) des interkantonalen Konkordats für Seilbahnen und Skilifte (IKSS) sind die Ein- und Aussteigestellen während des Betriebs zu beaufsichtigen. Auf eine dauernde Besetzung der einzelnen Stationen kann in begründeten Fällen und im Einvernehmen mit der Aufsichtsbehörde verzichtet werden, wenn zusätzliche Überwachungseinrichtungen vorhanden sind (z.B. Fernsehüberwachung mit fernbedienter Gegensprechanlage, zusätzliche Unfallsicherung). Bei der Ausstiegsstelle sind gemäss Art. 51 Ziff. 3 Konkordatsreglement gegebenenfalls die Hinweistafeln "Schleppvorrichtung loslassen" und "Aussteigebereich sofort verlassen" anzubringen; falls erforderlich ist die Aus-

steigestelle voranzukündigen. Für Betrieb und Instandhaltung darf nur Personal eingesetzt werden, das entsprechend ausgebildet und mit der Anlage vertraut ist (Art. 74 Ziff. 4 Konkordatsreglement). Während des Betriebs muss das erforderliche Personal anwesend sein (Art. 74 Ziff. 5 Konkordatsreglement). Zusätzlich zum Konkordatsreglement existiert ein Betriebsreglement, das gemäss den Angaben der Berufungsbeklagten im Betriebsbuch der Kontrollstelle der IKSS enthalten ist. Das wurde von der Berufungsklägerin nicht bestritten. Der Erlass eines Betriebsreglements ist vorgeschrieben (Art. 11 Abs. 3 lit. b VLOB [SR 743.21]). Gemäss Ziff. 2 Abs. 4 Betriebsreglement hat der Angestellte in der Bergstation den Skilift anzuhalten, wenn Liftbenützer den Zielplatz überfahren oder diesen nicht rechtzeitig verlassen (1. Lemma), wenn Liftbenützer auf der Strecke oder auf dem Zielplatz durch Sturz, Slalomfahren sowie durch losgelassene oder unvollständig eingezogene Schleppvorrichtungen gefährdet sind (4. Lemma), oder wenn er eine andere Unregelmässigkeit feststellt (5. Lemma).

bb) Es ist unbestritten, dass zur Zeit des Unfalls die Bergstation nicht überwacht war und sich keine Aufsichtsperson im "Aufsichtshäuschen" befand. Das stellt eine elementare Sorgfaltspflichtverletzung dar, welche die Berufungsklägerin zu vertreten hat (Art. 101 OR). Recht zu geben ist der Berufungsklägerin allerdings insofern, als die Feststellung dieser Sorgfaltspflichtverletzung und die damit verbundene fehlende (objektive) Möglichkeit, den Lift anzuhalten, nicht genügen, um die Haftung zu bejahen. Im Ergebnis stellte die Vorinstanz lediglich eine Vertragsverletzung fest, ohne die Adäquanz des Kausalzusammenhangs beziehungsweise dessen Unterbrechung zu prüfen, obwohl die Berufungsklägerin entsprechende Einwände vorgebracht hatte.

Klar zu stellen ist, dass es zu den Sorgfaltspflichten der Aufsichtsperson einer Bergstation gehört, den Skilift abzustellen, wenn Personen nach dem Abbügeln in einem Bereich stehen blei-

ben, in dem sie von einem Skiliftbügel getroffen werden können, wenn sie mithin diesen Bereich nicht umgehend verlassen. Der Liftwart an der Aussteigestelle hatte den Betriebsablauf und die Beruhigungsstrecke samt Umlenkung sowie die Schlepptrasse zu beobachten und bei Gefahr in Verzug den Lift still zu setzen (vgl. Pichler/Holzer, S. 98 und 94). Im Zweifelsfall ist der Lift abzustellen, denn eine beziehungsweise auch mehrere kurze Unterbrüche im Liftbetrieb sind von den Benützern der Anlage ohne weiteres hinzunehmen. Sie verursachen keine oder zumindest keine erheblichen Kosten und sind angesichts des Gefahrenpotentials, das an der Abbügelstelle vorhanden ist, bei weitem verhältnismässig.

b) Der natürliche Kausalzusammenhang ist dann adäquat und somit rechtserheblich, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen oder zumindest zu begünstigen (BGE 127 IV 39, 123 III 112, 123 V 139). Die Adäquanz ist nur zu verneinen, wenn ganz aussergewöhnliche Umstände wie das Mitverschulden eines Dritten oder Material- oder Konstruktionsfehler als Mitursachen hinzutreten, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden musste, und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache des Erfolgs erscheinen und so alle anderen mitverursachenden Faktoren in den Hintergrund drängen (BGE 127 IV 39). Ein solch aussergewöhnlicher Umstand kann auch beim Geschädigten selbst liegen, z.B. bei grobem Selbstverschulden, sonstigem unsinnigem Verhalten oder irgendeinem Umstand, z.B. einer ganz besonderen Veranlagung (Keller, S. 69). Die Adäquanz hat die Funktion einer Haftungsbegrenzung (Keller, S. 66).

aa) Die Berufungsklägerin bestritt die Adäquanz des Kausalzusammenhangs mit dem Einwand, der Unfall hätte auch nicht verhindert werden können, wenn eine Aufsichtsperson

anwesend gewesen wäre und rechtzeitig und pflichtgemäss gehandelt hätte. Im Grunde bestreitet die Berufungsklägerin damit den natürlichen Kausalzusammenhang, denn wenn ein Unfall trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt geschieht, fehlt es am natürlichen, nicht am rechtserheblichen Kausalzusammenhang. Insbesondere bei Unterlassungen ist die Abgrenzung allerdings manchmal schwierig; häufig wird in solchen Fällen der natürliche mit dem adäquaten Kausalzusammenhang vermengt (Keller, S. 66). Naturwissenschaftlich betrachtet kann eine Unterlassung keine Ursache für ein äusseres Geschehen sein ("von nichts kommt nichts"). Dennoch wird auch zwischen einer Unterlassung und einem Schaden ein Kausalzusammenhang angenommen. Der natürliche Kausalzusammenhang wird mit Hilfe der Hypothese festgestellt, dass der Schaden bei Vornahme der rechtlich gebotenen, jedoch unterlassenen Handlung nicht eingetreten wäre. Eine Unterlassung ist bei der Prüfung der Haftungsvoraussetzungen von vornherein nur im Hinblick auf eine rechtlich gebotene Handlung relevant, wobei sich die Handlungspflicht unter anderem auch aus dem Gefahrensatz ableiten lässt. Die Prüfung des Kausalzusammenhangs vollzieht sich in zwei Schritten. Zunächst ist abzuklären, ob eine Pflicht zum schadensverhindernden Handeln besteht. Die so ermittelte pflichtgemässe Handlung ist anschliessend auf ihre Beziehung zum eingetretenen Erfolg zu untersuchen. Hätte die Handlung den Erfolg verhindert, wird daraus geschlossen, die Unterlassung sei kausal für den Schaden. Entscheidend ist also der hypothetische Zusammenhang zwischen der unterlassenen Handlung und dem Schaden. Dabei genügt es, wenn nach der Erfahrung des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für diesen hypothetischen Kausalverlauf spricht. Weil dabei das gleiche Kriterium geprüft wird wie bei der Adäquanz, vermischen sich bei der Unterlassung der natürliche und adäquate Kausalzusammenhang (Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3.A., N 592 f., 594a, 601). Letztlich wird mit dieser Form für den Kausalzusammenhang zwischen einer Unterlas-

sung und dem Schaden die Adäquanz als Behelf für den Beweis eines umstrittenen natürlichen Zusammenhangs herangezogen. Anhand des gewöhnlichen Laufs der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung wird die überwiegende Wahrscheinlichkeit des behaupteten Kausalverlaufs geprüft. Die Frage der Adäquanz stellt sich alsdann nicht mehr, denn die Rechtserheblichkeit unterliegt keinem Zweifel, wenn ein natürlicher Kausalzusammenhang angenommen wird, weil er nahe liegt und sehr wahrscheinlich ist (Keller, S. 85 f.).

Diese theoretische Unterscheidung spielt allerdings letztlich nur für die Kognition des Bundesgerichts eine Rolle, da die Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhangs eine Sachverhaltsfeststellung ist, während die Bejahung der Adäquanz eine Rechtsanwendung darstellt.

bb) Es ist offensichtlich, dass die Berufungsbeklagte nicht von einem Skiliftbügel getroffen worden wäre, wenn die Aufsichtsperson in der Bergstation den Skilift rechtzeitig angehalten hätte. Es trifft nicht zu, dass ein rechtzeitiges Anhalten des Skilifts nicht möglich gewesen wäre. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin hätte der Lift nicht erst abgestellt werden müssen, als die unbekannte Drittperson nach links abbügelte (beziehungsweise den Bügel nach rechts wegwarf) und die von diesem Skiliftbügel ausgehende konkrete Gefahr manifest wurde. Vielmehr hätte der Skilift zum Zeitpunkt gestoppt werden müssen, als die Berufungsbeklagte und ihre Kollegin nach dem Abbügeln nicht vollständig aus dem Gefahrenbereich wegfuhren, sondern dort anhielten und ihr Gespräch fortsetzten. Auslösendes Moment für das Eingreifen der Aufsichtsperson wäre nicht das Verhalten der Drittperson, sondern dasjenige der Berufungsbeklagten gewesen, die den Bereich um den Abbügelplatz nicht verliess, in dem sie von einem losgelassenen Skiliftbügel getroffen werden konnte. Diese Handlungspflicht ergibt sich direkt aus der Beaufsichti-

gungspflicht gemäss Konkordatsreglement IKSS und der Anweisung an die Angestellten in der Bergstation gemäss Ziff. 2 Abs. 4 (1. Lemma) Betriebsreglement, wonach der Lift anzuhalten ist, wenn Liftbenützer den Zielplatz nicht rechtzeitig verlassen. Das Betriebsreglement weist zudem den Angestellten der Bergstation in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass losgelassene oder unvollständig eingezogene Schleppvorrichtungen Liftbenützer gefährden können (Ziff. 2 Abs. 4, 4. Lemma). Die Handlungspflicht ergibt sich aber auch aus dem Gefahrensatz. Ein Skilift schafft durch seine Konstruktion mit den Bügeln an einem relativ langen Zugseil, die sich bei einem Sturz des Skiliftbenützers oder bei unsorgfältigem Loslassen sehr schnell und unberechenbar durch die Luft bewegen können, eine nicht unerhebliche Gefahr für alle sich im Einzugsbereich eines solchen Bügels befindenden Personen. Verhalten sich alle korrekt, geschieht nichts. Mit einem Fehlverhalten oder einer Unsorgfalt muss indessen immer gerechnet werden. Angesichts des Gefährdungspotentials liegt die einzige wirksame Massnahme darin, den Lift anzuhalten, bis alle Personen, die den Gefahrenbereich nicht verlassen haben, dies nachgeholt haben. Darauf kann nur verzichtet werden, wenn sich die gefährdeten Personen so nahe bei der Aufsichtsperson befinden, dass diese - erfolgreich beziehungsweise rechtzeitig - mündlich angewiesen werden können, den Gefahrenbereich sofort zu verlassen.

Im Übrigen hätte eine Aufsichtsperson, wäre sie an der Bergstation anwesend gewesen und hätte sie die Abbügelstelle entsprechend ihren Pflichten sorgfältig beobachtet, die Berufungsbeklagte durch geeignete Massnahmen (z.B. lautes Zurufen) darauf aufmerksam machen müssen und können, den Bereich der Ausstiegsstelle zu verlassen beziehungsweise genügenden Abstand zur Lifttrasse zu wahren. Hätte die Aufsichtsperson dies getan, hätte sich die Berufungsbeklagte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von der Skilifttrasse wegbewegt und wäre nicht oder nicht mehr mit der gleichen Wucht vom Bügel getroffen worden.

cc) Die Berufungsklägerin wandte ein, der Kausalzusammenhang sei durch grobes Selbstverschulden der Berufungsbeklagten unterbrochen worden. Deren Verhalten sei als sträflicher Leichtsinn und damit als Grobfahrlässigkeit zu werten. Die Berufungsklägerin berief sich insbesondere auf die Tafel "Bitte sofort wegtreten", die auf dem Ausstiegsplateau aufgestellt gewesen sei.

Ob diese Tafel vorhanden war, ist nicht erstellt. Selbst wenn ein entsprechendes Schild zum Zeitpunkt des Unfalls im Bereich des Abbügelns aufgestellt gewesen wäre, würde das Verhalten der Berufungsbeklagten den adäquaten Kausalzusammenhang nicht unterbrechen. Einerseits blieb die Berufungsbeklagte nicht in unmittelbarem Abbügelbereich (d.h. in der Seilachse beziehungsweise auf der Skilifttrasse) stehen, wo die Gefahr am grössten ist, sondern begab sich nach rechts in Richtung der Piste, allerdings zu wenig weit. Zudem muss gerade bei Schleppliften stets mit einem solchen Verhalten gerechnet werden. Es ist daher nicht als aussergewöhnlich zu qualifizieren. Andererseits zeigt ein Vergleich der Sorgfaltspflichtverletzungen der Parteien, dass das Verhalten der Berufungsbeklagten den Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen vermag: Sie blieb zwar sorgfaltswidrig nach dem Abbügeln zu nahe am Skilift - und damit im Gefahrenbereich - stehen. Das vermochte aber die elementaren Fehler der Berufungsklägerin nicht derart in den Hintergrund zu rücken, dass der Fehler der Berufungsbeklagten als Hauptursache oder gar als alleinige Ursache für den Unfall angesehen werden könnte. Schliesslich wäre das Hinweisschild gemäss den Ausführungen der Berufungsklägerin relativ klein und erst gegen das Ende der Abbügelstelle hin angebracht gewesen, so dass dessen Wirkung - soweit überhaupt vorhanden - nicht überschätzt werden dürfte.

Zusammenfassend hat ein Skiliftbetreiber mit einem Verhalten wie demjenigen der Berufungsbeklagten zu rechnen; er

muss daher auf solche Fälle vorbereitet sein. Unterlässt er dies, haftet er grundsätzlich. Das Verhalten des Liftbenützers ist bei der Festsetzung der Haftungsquote zu berücksichtigen.

dd) Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin liegt auch kein ihre Haftung ausschliessendes Drittverschulden vor. Mit Skiliftfahrern, die unsorgfältig abbügeln, so dass der losgelassene Bügel nicht auf der Ideallinie (Seilachse) eingerollt wird, sondern auf eine Seite ausschlägt, muss gerechnet werden. Über die damit verbundenen Gefahren muss sich der Skiliftbetreiber im Klaren sein (Ziff. 2 Abs. 4, 4. Lemma Betriebsreglement). Die Berufungsklägerin führte denn auch selbst aus, der Gefahrenbereich vergrössere sich sehr leicht durch falsches Abbügeln. Hinzu kommt, dass die unbekannte Drittperson gemäss der Aussage der die Berufungsbeklagte begleitenden Kollegin relativ früh, bald nach der Krete, abbügelte. Weil zu diesem Zeitpunkt - kurz nach dem Steilhang - der Zug auf das Bügelseil noch relativ stark war (Gerichtsnotorietät), konnte der nicht korrekt losgelassene Bügel umso weiter gegen die Seite ausschwingen. Das hat die Berufungsklägerin mit zu vertreten, weil das Schild "Hier abbügeln" am letzten Masten (gemäss Sachdarstellung der Berufungsklägerin dort, wo der Steilbereich in den Flachbereich übergeht) zu einem zu frühen Abbügeln verleiten kann. Das hätte durch eine Distanzangabe vermieden werden können.

ee) Der Berufungsklägerin hilft schliesslich auch der Hinweis auf PKG 1988 Nr. 8 (insbesondere S. 51) nichts. Der jenem Entscheid zugrunde liegende Fall ist nicht mit dem hier zu beurteilenden vergleichbar: Dort liess eine Skifahrerin vor dem eigentlichen Abbügelplatz den Skibügel los, verlor das Gleichgewicht, wurde aus der Fahrspur abgetrieben, kollidierte mit einer rund 2,25 m von der Seilachse entfernten ungepolsterten Eisenstange und stürzte anschliessend die zirka einen halben Meter tiefe Böschung hinunter (PKG 1988 Nr. 8 S. 47). Das Kantonsge-

richt Graubünden erwog, auf der Höhe des Hinweisschildes "Hier abbügeln" sei für den Liftbenützer sofort erkennbar gewesen, wie der Abbügelvorgang ablaufe, und dass sich die Abbügelstelle nicht unmittelbar bei beziehungsweise nach der Hinweistafel befinde (PKG 1988 Nr. 8 S. 48, 52). Das Skiliftunternehmen könne nicht verpflichtet werden, für den Liftbenützer erkennbare typische Schwierigkeiten oder Gefahrenquellen, die dieser bei pflichtgemässer Vorsicht meistern könne, zu entfernen oder zu sichern (PKG 1988 Nr. 8 S. 51). Die Betreiberin sei daher auch nicht verpflichtet gewesen, den Eisenpfosten mit Polstern zu sichern. Das der Skifahrerin in jenem Entscheid vorgeworfene Fehlverhalten war daher angesichts der konkreten Umstände wesentlich gravierender als dasjenige der Berufungsbeklagten, die nicht unmittelbar im Bereich der Skilifttrasse beziehungsweise der Seilachse stehen geblieben war. Insbesondere aber wiegt die Sorgfaltspflichtverletzung der Berufungsklägerin (fehlende Aufsichtsperson) wesentlich schwerer als diejenige, die der Liftbetreiberin im Entscheid des Bündner Kantonsgerichts vorgeworfen wurde (fehlende Polsterung der Stangen). Die Berufungsklägerin kam an einer äusserst sensiblen Stelle - dem Abbügelplatz - ihren wesentlichsten Aufsichtspflichten nicht nach.

c) Angesichts der festgestellten Sorgfaltspflichten und der beschriebenen Umstände kann die Berufungsklägerin sich nicht entlasten: Der Beweis, dass sie kein Verschulden traf, gelingt ihr nicht.

Obergericht, 27. Januar 2005, ZBO.2004.12

13. Verwirkung des Rechts auf Wandelung durch Gebrauch der mangelhaften Sache; grobes Verschulden oder arglistiges Handeln des Verkäufers (Art. 205 OR)

1. Der Berufungskläger kaufte von der Berufungsbeklagten ein als unfallfrei zugesichertes Occasionsfahrzeug. Nach der Übergabe des Fahrzeugs wurde der Berufungskläger von einem Dritten darauf aufmerksam gemacht, dass dieses einen Unfall erlitten haben müsse, worauf der Berufungskläger gegenüber der Berufungsbeklagten Mängelrüge erhob. Nachdem zwischen den Parteien keine Einigung zustande kam, insbesondere die Berufungsbeklagte eine Offerte des Berufungsklägers zur Minderung nicht annahm, leitete der Berufungskläger Klage ein. Dabei stellte er den Antrag, die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, ihm gegen Rückgabe des Fahrzeugs den Kaufpreis zurückzuzahlen, abzüglich eines vom Gericht festzusetzenden Betrags für den von ihm gehabten Nutzen.

2. Die Vorinstanz wies die Klage ab. Sie zog in Erwägung, die Zusicherung der Unfallfreiheit durch die Berufungsbeklagte sei zwar falsch gewesen, denn beim fraglichen Fahrzeug habe es sich sowohl im juristischen Sinn als auch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch um einen Unfallwagen gehandelt. Die Berufungsbeklagte hafte für die zugesicherten Eigenschaften, gleichgültig, ob sie vom Unfall Kenntnis gehabt habe. Allerdings sei der Berufungskläger trotz seines Wissens um die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs mit diesem weiterhin gefahren und habe dabei bis zur Erstattung der Klageschrift rund 24'000 km zurückgelegt. Ein stichhaltiger Grund für diese erhebliche Weiterbenutzung sei nicht vorgebracht worden, so dass der Berufungskläger sein Recht auf Wandelung im Sinn von Art. 207 Abs. 3 OR verwirkt habe. Zwar sei der Richter nach Art. 205 Abs. 2 OR frei, selbst bei einer Wan-

delungsklage bloss Ersatz des Minderwerts zuzusprechen, falls die Umstände es nicht rechtfertigen würden, den Kauf rückgängig zu machen. Indessen könne dieses Korrektiv nicht angewandt werden, wenn wie hier das Recht auf Wandelung verwirkt sei und nicht gleichzeitig auf Minderung geklagt werde. Art. 205 Abs. 2 OR diene nicht dazu, falsch gestellte Rechtsbegehren zu retten.

3. Im Berufungsverfahren ist noch streitig, ob der Berufungskläger das Recht auf Wandelung verwirkte, weil er in Kenntnis der Mängel mit dem von der Berufungsbeklagten gekauften Fahrzeug bis zur Einleitung der Klage noch rund 24'000 km fuhr. Zudem ist umstritten, ob bei allfälliger Verwirkung des Rechts auf Wandelung der Richter auch im Fall, dass keine Minderung verlangt wurde, gestützt auf Art. 205 Abs. 2 OR den Ersatz des Minderwerts zusprechen kann.

4. Die Vorinstanz führte aus, der Berufungskläger habe sein Recht auf Wandelung im Sinn von Art. 207 Abs. 3 OR verwirkt, weil er im Wissen um die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs ohne stichhaltigen Grund mit diesem weiterhin gefahren sei und dabei rund 24'000 km zurückgelegt habe. Zwar sei der Richter nach Art. 205 Abs. 2 OR frei, selbst bei einer Wandelungsklage bloss Ersatz des Minderwerts zuzusprechen, falls die Umstände es nicht rechtfertigen würden, den Kauf rückgängig zu machen. Indessen könne dieses Korrektiv nicht angewandt werden, wenn der Kläger wie hier das Recht auf Wandelung verwirkt und nicht gleichzeitig auf Minderung geklagt habe. Dagegen macht der Berufungskläger geltend, die Verwendung des Fahrzeugs bis zur Einleitung des Verfahrens könne ihm nicht zum Nachteil gereichen, denn er habe sich erst in diesem Zeitpunkt entscheiden müssen, ob er auf Wandelung oder Minderung klagen wolle. Zwischenzeitlich sei das Fahrzeug aus dem Verkehr genommen worden. Die blosse

Benützung der mangelhaften Sache falle nicht unter Art. 207 Abs. 3 OR und lasse daher das Recht auf Wandelung nicht verwirken. Abgesehen davon würden die von der Vorinstanz angegebenen Gründe für die Nichtanwendbarkeit von Art. 205 Abs. 2 OR bei Verwirkung des Rechts auf Wandelung nicht überzeugen.

a) Nach Art. 205 Abs. 1 OR steht es grundsätzlich im Belieben des Käufers, ob er im Gewährleistungsfall die Wandelung des Kaufvertrags anstrengen oder ob er Minderung oder Ersatzleistung verlangen will. Das Recht auf Wandelung ist indessen ausgeschlossen, wenn die Sache durch Verschulden des Käufers unterging oder von diesem weiter veräussert oder umgestaltet wurde (Art. 207 Abs. 3 OR). Ferner kommt die Wandelung nicht mehr in Frage, wenn der Käufer den Bestand des Kaufvertrags in Kenntnis der Mängel genehmigt, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludentes Verhalten, wie etwa bei Weiterbenützung der mangelhaften Kaufsache ohne stichhaltigen Grund (Pra 68, 1979, Nr. 173). Ausserdem ist der Richter nach Art. 205 Abs. 2 OR frei, selbst bei einer Wandelungsklage bloss Ersatz des Minderwerts zuzusprechen, sofern die Umstände es nicht rechtfertigen, den Kauf rückgängig zu machen. Es handelt sich dabei um eine Billigkeitsentscheidung im Sinn von Art. 4 ZGB (vgl. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Art. 4 ZGB N 56 ff., N 64). Die dem Richter zugestandene Billigkeitsentscheidung dient dem Schutz des Verkäufers und erlaubt es, einen im Einzelfall gerechten Ausgleich der Interessen von Käufer und Verkäufer zu finden (Keller/Siehr, Kaufrecht, 3.A., S. 87). Gemäss BGE 124 III 461 f. ist die Wandelung gerechtfertigt, wenn der Vertragsgegenstand aufgrund des Mangels unbrauchbar ist, oder wenn die Reparaturkosten bzw. der Minderwert hoch sind und sich der Mangel dennoch nicht gänzlich beseitigen lässt. Ist dem Käufer aber das Aufrechterhalten des Vertrags zumutbar und sprechen die Interessen des Verkäufers gegen eine Rückabwicklung des Vertrags, ist bloss auf Minderung zu erkennen. Allgemein lässt sich die Regel aufstellen, dass der Richter

die Minderung aussprechen soll, wenn die Nachteile der Aufhebung des Vertrags für den Verkäufer ungleich schwerer wiegen als die Vorteile für den Käufer (Keller/Siehr, S. 87). Grobes Verschulden des Verkäufers oder aber arglistiges Handeln bezüglich nicht bloss nebensächlicher Vertragsbestimmungen muss dagegen zur Wandelung führen (Keller/Siehr, S. 88). So wurde die Wandelung zugelassen beim Verkauf eines Autos, das entgegen der Zusicherung des Verkäufers nicht unfallfrei war (Giger, Art. 205 OR N 53). Wandelung ist Rückgängigmachen des Kaufs. Die Rückerstattung der gegenseitigen Leistungen erfolgt Zug um Zug. Die Wandelung erschöpft sich nicht in der Rückgewähr der gegenseitigen Leistungen, sondern verfolgt die Wiederherstellung des früheren Zustands. Beide Parteien sollen so gestellt werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Der Käufer muss die inzwischen gezogenen Nutzungen herausgeben (Art. 208 Abs. 1 OR); der Verkäufer hat den Kaufpreis zu verzinsen (Art. 208 Abs. 2 OR; Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 5.A., S. 94). Für die Benützung eines Privatautos kann der Verkäufer eine angemessene Entschädigung verlangen, die dem Wert des durch den Gebrauch bezogenen Nutzens entspricht. Dieser lässt sich etwa anhand üblicher Mietzinsen abzüglich der Gewinnmargen oder mittels eines angemessenen kalkulatorischen Zinses bestimmen (Keller/Siehr, S. 89; vgl. Giger, Art. 208 OR N 22). Daneben kann der Nutzen in der Weise bemessen werden, dass ausgehend von der gesamten Kilometerleistung des Fahrzeugs eine Nutzungsentschädigung pro gefahrenem Kilometer festgelegt wird.

b) Ob der Gebrauch des mangelhaften Fahrzeugs durch den Berufungskläger das Recht auf Wandelung untergehen lässt, kann mindestens vorderhand dahingestellt bleiben. Entscheidend ist, dass die Vorinstanz ausser Acht liess, dass ein grobes Verschulden des Verkäufers oder aber arglistiges Handeln bezüglich nicht bloss nebensächlicher Vertragsbestimmungen zur Wandelung führen muss. Dass es sich bei der zugesicherten Unfallfrei-

heit um eine wesentliche Vertragsbestimmung und damit um einen wesentlichen Mangel handelt, ist offensichtlich und auch unter den Parteien unbestritten, so dass es dazu keiner weiteren Ausführungen bedarf.

aa) Der Berufungskläger behauptete bereits in der Klageschrift, offenbar habe die A Autorecycling das Unfallfahrzeug von der B Versicherung übernommen. Anschliessend sei das Fahrzeug an die Carrosserie C gegangen, die den Wagen augenscheinlich repariert habe. Danach habe die D AG das Fahrzeug gekauft und ihn hernach der Berufungsbeklagten überlassen. Dabei hätten nicht nur die A Autorecycling und die Carrosserie C Kenntnis von den Unfallschäden gehabt, sondern auch die D AG und die Berufungsbeklagte. An der Hauptverhandlung wurde darauf beharrt, dass die Berufungsbeklagte die einzelnen Zwischenverkäufe bezüglich des fraglichen Wagens gekannt habe. Aus dem zum Beleg angerufenen Aktenstück ergibt sich die Richtigkeit der Behauptung allerdings nicht ohne weiteres. Somit ist über das behauptete Wissen der Berufungsbeklagten und damit verbunden deren Verschulden oder Arglist bei der Zusicherung der Unfallfreiheit ein Beweisverfahren unentbehrlich. Sollte sich dabei erhärten, dass die Berufungsbeklagte den fraglichen Wagen trotz Kenntnis der wahren Sachlage wider besseres Wissen als unfallfrei weiterverkaufte, muss die Benutzung des Fahrzeugs durch den Berufungskläger gegenüber dem arglistigen Handeln des Verkäufers in den Hintergrund treten, so dass ein Anspruch auf Wandelung zu bejahen wäre.

bb) Damit kann auch offen bleiben, ob die vom Berufungskläger angerufene Schadensminderungspflicht an sich ein stichhaltiger Grund für die Benutzung des Fahrzeugs gewesen wäre. Immerhin wäre bei der Beurteilung dieser Frage zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten sowohl Minderung als auch Wandelung offerierte, letztere aber ab

der Mängelrüge im November 2002 bis zur Einreichung der Klage Ende August 2003 darauf überhaupt nicht einging. Der Berufungskläger wusste bei Einleitung des Prozesses somit nicht, welche seiner Offerten von der Berufungsbeklagten allenfalls akzeptiert würde. Der Vorwurf der Weiterbenützung des Fahrzeugs im Sinn eines konkludenten Verzichts auf die Wandelung könnte daher von vornherein höchstens für die Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens gelten. Allerdings bestritt die Berufungsbeklagte auch damals jegliche Ansprüche des Berufungsklägers; namentlich behauptete sie weiterhin die Unfallfreiheit und bestritt eine rechtzeitige und substantiierte Mängelrüge, so dass bereits angesichts dieser Haltung ein stichhaltiger Grund für eine Weiterbenützung des Fahrzeugs durch den Berufungskläger gegeben war. Abgesehen davon musste der Berufungskläger trotz der Tatsache, dass er bloss Wandelungsklage erhob, auch mit einem richterlichen Billigkeitsentscheid nach Art. 205 Abs. 2 OR rechnen. Damit lag das Risiko von Standschäden entgegen der Auffassung der Vorinstanz eben gerade nicht (nur) bei der Berufungsbeklagten. Angesichts der besonderen Umstände des Falls erweist sich daher die Annahme eines konkludenten Verzichts als nicht zutreffend, während ein direkter Anwendungsfall von Art. 207 Abs. 3 OR ohnehin nicht vorliegt.

cc) Schliesslich ist der angefochtene Entscheid auch bezüglich der Meinung zu korrigieren, bei Verwirkung des Rechts auf Wandelung bestehe generell auch kein Raum für einen richterlichen Billigkeitsentscheid nach Art. 205 Abs. 2 OR. Zwar ist ein Vorgehen nach Art. 205 Abs. 2 OR tatsächlich nicht angezeigt, wenn der Käufer den Untergang der Kaufsache im Sinn von Art. 207 Abs. 3 OR verschuldete, sie veränderte oder weiterveräusserte. Im hier zu beurteilenden Fall liegen aber gerade keine der in Art. 207 Abs. 3 OR aufgezählten Tatbestände vor. Zudem unterschied die Vorinstanz bei ihrer Annahme eines konkludenten Verzichts nicht zwischen dem Verzicht auf Wandelung und der Genehmigung des Kaufs. Nach allgemeinen Grundsätzen verwirkt

der Käufer seinen Anspruch auf Wandelung nur, wenn er ausdrücklich oder konkludent den Willen manifestiert, die mangelhafte Sache behalten zu wollen. Davon ist die Genehmigung zu unterscheiden: Mit dem Verzicht auf Wandelung beschränkt der Käufer seine Ansprüche auf die Preisminderung; durch Genehmigung aber akzeptiert er die Kaufsache als vertragskonform und verzichtet somit zugleich auf seinen Minderungsanspruch. Ob im konkreten Fall eine Genehmigung oder ein Wandelungsverzicht vorliegt, ergibt die Auslegung (Giger, Art. 207 OR N 40). Für eine Genehmigung des Fahrzeugs im gelieferten mangelhaften Zustand fehlen hier ganz offensichtlich jegliche Indizien, so dass weiterhin Raum für den richterlichen Billigkeitsentscheid nach Art. 205 Abs. 2 OR bleibt. Bei dieser Betrachtungsweise wird auch der vom Berufungskläger zu Recht vermisste Einklang mit dem von der Vorinstanz erwähnten, in Pra 68, 1979, Nr. 173 publizierten Bundesgerichtsentscheid hergestellt, in welchem das Bundesgericht eine Minderung prüfte, obwohl wie hier lediglich auf Wandelung geklagt und kein entsprechender Antrag auf Minderung gestellt worden war.

c) Zusammengefasst kann ohne Abklärung, ob seitens der Berufungsbeklagten arglistiges Handeln oder zumindest grobes Verschulden vorliegt, kein Ausschluss des Rechts auf Wandelung angenommen werden. Die Streitsache ist daher zur Durchführung eines Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Selbst wenn ein Anspruch auf Wandelung zu verneinen wäre, hat die Vorinstanz auf jeden Fall gestützt auf Art. 205 Abs. 2 OR einen Anspruch des Berufungsklägers auf Minderung zu prüfen.

Obergericht, 7. Dezember 2004, ZBO.2004.13

14. Beweis der Mangelhaftigkeit der Kaufsache; Mangelfolgeschaden als unmittelbarer Schaden im Sinn von Art. 208 Abs. 2 OR (Art. 197 Abs. 1 OR)

1. X und Y züchten Papageien. Am 30. Juni 2000 kaufte Y von X sechs Mülleramazonen, die sich zuvor während neun Monaten in Quarantäne befunden hatten. Nach der Einstallung erkrankten und verstarben die sechs Papageien und in der Folge fast der gesamte weitere Zuchtbestand von Y. Die Parteien liessen mehrere Gutachten über die Todesursache erstellen. Als wahrscheinlichstes Szenario ergab sich, dass einer der erworbenen Papageien mit dem Pacheco-Virus infiziert gewesen und die Krankheit durch den Stress der Neueinstallung zum Ausbruch gekommen war, worauf das Virus auf den ganzen Vogelbestand von Y übergriff. Die Versicherung von X lehnte jegliche Forderung von Y ab, worauf dieser die Betreibung gegen X einleitete. Letzterer erhob keinen Rechtsvorschlag. In der Folge erhob X Klage nach Art. 85a SchKG und verlangte die Feststellung, dass die in Betreibung gesetzte Forderung nicht bestehe. In ihrem Urteil stellte die Vorinstanz fest, die betriebene Forderung bestehe nur in einem Teilbetrag. Die Betreibung wurde vorläufig eingestellt. Die Vorinstanz erwog, mangels Verschuldens des X habe Y den Mangelfolgeschaden selbst zu tragen.

2. Im Rahmen der von X erhobenen negativen Feststellungsklage im Sinn von Art. 85a Abs. 1 SchKG ist die Frage zu beurteilen, ob die von Y betriebene Forderung materiell begründet ist. Y begründete seinen Anspruch damit, X habe ihm (mindestens) einen mit einem Virus infizierten und damit mit einem Mangel behafteten Papagei verkauft. Er habe daher den Schaden zu ersetzen. X bestreitet das Vorhandensein eines Mangels sowie die Kausalität

zwischen dem Mangel und dem behaupteten Schaden; allenfalls wäre das Selbstverschulden von Y zu berücksichtigen (Unterbrechung des Kausalzusammenhangs oder zumindest Reduktion des Schadenersatzes).

3. a) Gemäss Art. 197 Abs. 1 OR haftet der Verkäufer dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sachen nicht körperliche oder rechtliche Mängel haben, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Die Haftung des Verkäufers setzt einen Mangel der Kaufsache voraus, d.h. eine Abweichung von der gewöhnlich vorausgesetzten oder vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Die Kaufsache muss durch die Abweichung entweder objektiv wertlos beziehungsweise völlig unbrauchbar oder derart beeinträchtigt sein, dass der Käufer als redlicher Vertragspartner unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauungen in der betreffenden Branche bei Kenntnis des Mangels den Kaufvertrag entweder nicht abgeschlossen oder sich jedenfalls nur zur Bezahlung eines tieferen Preises verpflichtet hätte (Keller/Siehr, Kaufrecht, 3.A., S. 76 f.). In Anwendung von Art. 8 ZGB hat grundsätzlich der Käufer die Mangelhaftigkeit der Kaufsache zu beweisen. Dabei obliegt ihm auch die Beweislast, dass der Mangel im massgeblichen Zeitpunkt, also vor dem Übergang der Gefahr, bestand (Keller/Siehr, S. 79). Es reicht der Nachweis, dass der Mangel jedenfalls im Keim angelegt war. Ein kleiner Fehler, der - hätte man ihn erkannt - leicht hätte behoben werden können, führt nicht selten zu einem grossen Schaden (Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, BT, 5.A., S. 77). Der Beweis ist erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Er muss nach objektiven Gesichtspunkten vom Vorliegen der Tatsache überzeugt sein. Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel als unerheblich er-

scheinen (BGE 128 III 275). Mit anderen Worten: Der Beweis ist erbracht, wenn ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit besteht, dass vernünftigerweise nicht mehr mit der Möglichkeit des Gegenteils zu rechnen ist; der Beweis ist misslungen, wenn sich solche Überzeugung nicht ergibt, nicht erst, wenn der Richter von der Unwahrheit der Behauptung überzeugt ist (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 187 N 2a).

b) aa) Es gilt als unbestritten, dass eine Mülleramazone einen erheblichen Mangel im Sinn von Art. 197 OR aufweist, falls sie bei Vertragsabschluss mit einem Pacheco-Virus infiziert gewesen sein sollte. X macht hingegen geltend, gerade dies sei nicht bewiesen. Kein Gutachter sei in der Lage gewesen, auch nur bei einem der verstorbenen Vögel den Virus festzustellen. Die Gutachter hätten lediglich einen entsprechenden Verdacht geäussert.

bb) Im Obergutachten wurde festgestellt, es bestehe bei einem mit einem Pacheco-Virus infizierten Tier das erhebliche Risiko, dass die Krankheit bei einer künftigen Stresssituation - wie beispielsweise Klima-, Orts- und Temperaturwechsel - oder bei der Fortpflanzung ausbrechen könne, weshalb ein solches Tier insbesondere für einen Züchter völlig ungeeignet sei. Obwohl nach der Feststellung des Obergutachters keine Infektionserreger nachgewiesen werden konnten, erscheint die Schlussfolgerung der Vorinstanz richtig, aufgrund des Krankheitsverlaufs, der Art der Ausbreitung und der gemachten Befunde habe eine virale Erkrankung zumindest einer der sechs Mülleramazonen am Anfang gestanden; das Virus sei aus Kuba importiert worden, und die Krankheit sei zufolge der Einstallung der Vögel in die Anlage von Y im Sinn eines Stressfaktors ausgebrochen. Insbesondere ist der Vorinstanz beizupflichten, dass alternative Todesursachen eine rein theoretische Möglichkeit darstellen, die völlig unwahrscheinlich sind. Wesentlich ist, dass die ersten Todesfälle bei den Mül-

leramazonen beobachtet wurden, und dass die Krankheit sich von diesen Volieren ausgehend im Bestand ausbreitete und kurz nach der Neueinstallung der Mülleramazonen ausbrach. Dies lässt nur den Schluss zu, dass die Mülleramazonen (oder mindestens eine davon) Träger des Pacheco-Virus waren. Entgegen der Auffassung von X enthält die Urteilsbegründung der Vorinstanz keinen Widerspruch: Es trifft zwar zu, dass aufgrund des Zustands der Kadaver keine Infektionserreger nachgewiesen werden konnten. Aufgrund der Umstände (Krankheitsverlauf, Art der Ausbreitung) besteht aber ein so hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, dass eine Müller-amazone das Pacheco-Virus in sich trug, dass vernünftigerweise eine andere Ursache für das Verenden der Vögel ausgeschlossen werden kann. Y bewies somit rechtsgenüglich, dass die Lieferung von X mit einem Mangel im Sinn von Art. 197 Abs. 1 OR behaftet war.

c) Soweit X weiterhin geltend macht, Y habe diesen Mangel selbst zu vertreten, beziehungsweise es treffe ihn ein Selbstverschulden, weil er die elementare Pflicht verletzt habe, die Vögel nochmals in Quarantäne zu setzen, kann vollumfänglich auf den angefochtenen Entscheid hingewiesen werden. Mit diesen Erwägungen setzte sich X substantiiert nicht auseinander. Er selbst erklärte vor Vorinstanz, es werde nach einer erfolgten Quarantäne keine weitere Quarantäne mehr durchgeführt. Das sei nicht nötig, werde von niemandem so gemacht, und er kenne keine Kollegen, die das so handhaben würden. Bei diesen Zugaben ist er zu behaften. Ein den adäquaten Kausalzusammenhang unterbrechendes Selbstverschulden von Y ist daher zu verneinen. Damit liegt ein Fall der Gewährleistung vor.

4. Dass Y berechtigt war, mit der Wandelungsklage den Kauf rückgängig zu machen (Art. 205 und 207 Abs. 1 OR), bestritt X in grundsätzlicher Hinsicht zu Recht nicht. X hat mithin den be-

zahlten Kaufpreis samt Zinsen zurückzuerstatten und überdies, entsprechend den Vorschriften über die vollständige Entwehrung, die Prozesskosten, die Verwendungen und den Schaden zu ersetzen, der dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Ware unmittelbar verursacht wurde (Art. 208 Abs. 2 OR). Der Verkäufer ist zudem verpflichtet, den weiteren Schaden zu ersetzen, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle (Art. 208 Abs. 3 OR).

a) Es ist unbestritten, dass X kein Verschulden trifft, weshalb er Y lediglich den durch die Lieferung der mangelhaften Ware unmittelbar verursachten Schaden im Sinn von Art. 208 Abs. 2 OR zu ersetzen hat. Dabei sind sich die Parteien insbesondere uneinig, was unter den "unmittelbaren" Schaden fällt, und ob Y auch berechtigt ist, unter diesem Titel den Mangelfolgeschaden geltend zu machen. Die Vorinstanz befasste sich ausführlich mit dieser Rechtsfrage und gelangte entgegen der herrschenden Lehre und einer Meinung von Honsell folgend zur Auffassung, der Käufer hafte gestützt auf Art. 208 Abs. 2 OR nicht für Mangelfolgeschäden.

b) Hinsichtlich des "unmittelbaren Schadens" im Sinn von Art. 208 Abs. 2 OR wurden folgende Theorien entwickelt:

aa) Giger (Berner Kommentar, Art. 208 OR N 38) spricht sich aufgrund teleologischer und systematischer Erwägungen dafür aus, dass eine Kausalhaftung des Verkäufers für das gesamte "damnum emergens" einschliesslich der Mangelfolgeschäden angezeigt sei. Als Mangelfolgeschaden sei eine über das Interesse an der Vertragserfüllung hinausgehende, durch den mangelhaften Zustand der Kaufsache adäquat kausal verursachte Schädigung der Rechtsgüter des Käufers zu verstehen (Giger, Art. 208 OR N 36). Der Gesetzgeber habe die Rechtsbehelfe der Sachgewährleistung an die strengen formellen Voraussetzungen von

Art. 201 und 210 OR geknüpft. Diese qualifizierten formellen Haftungserfordernisse seien systematisch nur verständlich, wenn als Ausgleich die materielle Rechtsstellung des Käufers durch die Kausalhaftung nach Art. 208 Abs. 2 OR entscheidend verbessert werde. Dabei wies Giger auf BGE 79 II 380 hin, der ebenfalls die Anwendung der Kausalhaftung auf das gesamte "damnum emergens" bejahe, ohne allerdings die Mangelfolgeschäden ausdrücklich zu erwähnen (Giger, Art. 208 OR N 38). In jenem Fall war einzig die Frage zu entscheiden, ob auch der entgangene Gewinn nach Art. 208 Abs. 2 OR zu entschädigen sei, was das Bundesgericht mit dem Hinweis verneinte, diese Bestimmung widerspreche den grundlegenden Prinzipien des OR und müsse daher restriktiv ausgelegt werden. Trotzdem hielt es fest, Art. 208 Abs. 2 finde auf das gesamte "damnum emergens" Anwendung.

bb) Teilweise werden die Begriffe des positiven und negativen Vertragsinteresses als Kriterium für die Abgrenzung zwischen unmittelbarem und weiterem Schaden benützt, allerdings unter Ausschluss eines indirekt darin enthaltenen entgangenen Gewinns aus versäumten anderen Vertragsabschlüssen (Bucher, Obligationenrecht, BT, 3.A., S. 105).

cc) Keller/Siehr (S. 90) schlagen vor, es sei nach dem Kriterium der Nähe des Kausalzusammenhangs zwischen der Mangelhaftigkeit der Kaufsache und dem eingetretenen Schaden zu bestimmen, ob Mangelfolgeschäden zum unmittelbaren oder mittelbaren Schaden zu rechnen seien. Mangelfolgeschäden, die ohne ein Zutreffen weiterer Schadensursachen in direkter Folge der Mangelhaftigkeit der Kaufsache entstanden seien, müssten vom Verkäufer auch ohne Verschulden als unmittelbarer Schaden ersetzt werden. Führten dagegen erst zusätzliche Teilursachen zum Mangelfolgeschaden, so dass dieser als entferntere Folge der Lieferung mangelhafter Ware erscheine, liege mittelbarer Schaden vor, von dessen Ersatz sich der Verkäufer durch den Nachweis,

dass ihn kein Verschulden treffe, befreien könne. Für Keller/Siehr ist somit die Länge der Kausalkette entscheidend.

dd) Dörig (Ersatz sogenannter "Mangelfolgeschäden" aus Kaufvertrag, Diss. Zürich 1985, S. 60, 65) zieht das zeitliche Moment zur Abgrenzung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden heran. Unmittelbarer Schaden sei jener, der sich als adäquate Folge eines Mangels aus den zur Zeit des schädigenden Ereignisses bestehenden, unveränderten tatsächlichen Verhältnissen qualifizieren lasse. Würden diese tatsächlichen Verhältnisse durch unvernünftige (weil zu vermeidbaren Kosten führende) Handlungen oder Unterlassungen des Geschädigten später, das heisse nach Eintritt des schädigenden Ereignisses, verändert, entstehe "weiterer Schaden", der zum unmittelbaren Schaden hinzutrete. Es rechtfertige sich nicht, den Begriff des unmittelbaren Schadens restriktiv auszulegen. Es müsse auch sämtlicher entgangener Gewinn als unmittelbarer Schaden betrachtet werden, da er als Folge einer mangelhaften Lieferung qualifiziert werden müsse, ohne dass der geschädigte Käufer durch ein unvernünftiges Handeln oder Unterlassen nach Eintritt des schädigenden Ereignisses auf die tatsächlichen Verhältnisse eingewirkt hätte (Dörig, S. 69).

ee) Honsell (Schweizerisches Obligationenrecht, BT, S. 101 ff.; Basler Kommentar, Art. 208 OR N 8 f.) hält dafür, die Mangelfolgeschäden seien generell unter Art. 208 Abs. 3 OR zu subsumieren. Dafür spreche die Verwandtschaft der Fälle zur sogenannten positiven Vertragsverletzung nach Art. 97 OR, die ebenfalls ein Verschulden voraussetze. Von der Sachmängelhaftung abgesehen werde überall im Vertragsrecht für Schadenersatz wegen Nichterfüllung, Schlechterfüllung oder Verletzung von Nebenpflichten ein Verschulden gefordert.

c) aa) Die Argumentation von Honsell vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist dem Umstand, dass im übrigen Schuld-

recht für die Haftung ein Verschulden vorausgesetzt wird, dadurch Rechnung zu tragen, dass der Begriff des unmittelbaren Schadens restriktiv ausgelegt wird. Dies darf aber nicht zur Folge haben, dass Art. 208 Abs. 2 OR praktisch keine Anwendung mehr findet. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass die weitergehende Kausalhaftung als Ausgleich zu den qualifizierten formellen Haftungserfordernissen zu betrachten ist; es sind dies die sofortige Mängelrüge und die Klage innert der einjährigen Frist von Art. 210 OR, wobei zusätzlich nur dann Gewährleistungsansprüche des Käufers bestehen, wenn der Sachmangel zu einer erheblichen Minderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit des Kaufgegenstands führt (Giger, Vorbem. zu Art. 197-210 OR N 21). Zur Abgrenzung eignet sich die Intensität des adäquaten Kausalzusammenhangs bzw. die Länge der Kausalkette entsprechend der Auffassung von Keller/Siehr (S. 90). Einen ähnlichen Ansatz verwendet im Übrigen Dörig. Keller/Siehr (S. 63 und 90) betonen, Mängelfolgeschäden seien nur gestützt auf Art. 208 Abs. 2 OR zu ersetzen, wenn sie ohne Hinzutreten weiterer Schadensursachen in direkter Folge der Mangelhaftigkeit entstanden seien. Das entspricht im Ergebnis der Auffassung von Dörig (S. 61), es rechtfertige sich, den Verkäufer den unmittelbaren Schaden ohne Verschulden ersetzen zu lassen, weil der Schaden ohne irgend ein Zutun des Käufers entstanden sei, sondern allein aufgrund der Mangelhaftigkeit der vom Verkäufer gelieferten Kaufsache. Dem ist zuzustimmen. Ob unter diesen Schadensbegriff auch der entgangene Gewinn zu subsumieren ist, wie dies Dörig tut, braucht hier nicht entschieden zu werden.

bb) Die Vorinstanz wandte gegen diesen Ansatzpunkt ein, der Massstab, nach dem die Intensität des adäquaten Kausalzusammenhangs beurteilt werde, werde nur durch das Ermessen des Richters bestimmt. Genaue Kriterien, wo die Grenze zu ziehen sei, liessen sich der Natur der Sache entsprechend nicht finden, weshalb dieser Ansatz wenig überzeugend sei, da dadurch

keine klare Regelung geschaffen werde. Dieser Einwand mag zutreffen. Allerdings ist dies eine der Rechtsanwendung und insbesondere der Rechtsprechung innewohnende Schwierigkeit. Als Richtschnur für die Entscheidung gilt zudem, dass der aufgrund der Kausalhaftung zu ersetzende "unmittelbare Schaden" restriktiv zu verstehen ist. Dazu gehört nur der Schaden, der in "nächster Folge" entstanden ist, ohne dass noch weitere Ursachen dazu treten mussten (vgl. Keller/Siehr, S. 63).

cc) X hält dafür, Honsell stehe mit seiner Meinung nicht allein da. Die von X zitierten Autoren (Kästli, Produktehaftung, in: recht 1990 S. 86; Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2.A., N 22.37) vertreten zwar dieselbe Auffassung wie Honsell, ohne dies allerdings zu begründen oder sich mit den gegenteiligen Auffassungen auseinander zu setzen.

dd) Wenig überzeugend ist die Auffassung von X, es treffe nicht zu, dass der Verkäufer das Risiko eines Mangelfolgeschadens über eine Betriebshaftpflichtversicherung versichern lassen könne. Y reichte ein Schreiben einer Versicherung ins Recht, wonach das Risiko des Verkäufers mit einer Betriebshaftpflichtversicherung versichert werden könne. Demgegenüber behauptete X lediglich, die "Versicherungspflicht" für vertragliche Ansprüche sei in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen jeder Betriebshaftpflichtversicherung ausgeschlossen. Als Zeuge wurde ein Mitarbeiter einer Versicherung offeriert. Träfe indessen die Behauptung von X zu, hätte er ohne weiteres in der Lage sein müssen, entsprechende Allgemeine Versicherungsbedingungen vorzulegen. Im Übrigen käme in dieser Frage ohnehin kein Zeugenbeweis in Betracht.

ee) X wendet ein, das Produkthaftpflichtgesetz habe eine verschuldensunabhängige Haftung nur für den Hersteller und Importeur vorgesehen. Es wäre stossend, den Verkäufer, der

die Kaufsache nicht selbst hergestellt habe und den auch sonst kein Verschulden treffe, für Mangelfolgeschäden kausal haften zu lassen. Das Produktehaftpflichtgesetz hat indessen einen anderen Regelungsbereich als Art. 208 OR. Zudem scheint der schweizerische Gesetzgeber eher dazu zu neigen, die Kausalhaftung des Verkäufers im Vergleich zum bestehenden Recht sogar noch auszudehnen. Der Entwurf zu einem Bundesgesetz über die elektronische Signatur (Januar 2001) regelt die Haftung für den unmittelbaren und mittelbaren Schaden nicht mehr in Art. 208 Abs. 2 und 3 OR. Vielmehr wird in Art. 209a VE OR eine Ausdehnung der Haftung für unmittelbaren und mittelbaren Schaden auf alle Fälle der Mangelhaftigkeit einer Sache vorgeschlagen, unabhängig davon, ob eine Wandelung zulässig ist oder nicht. Im Übrigen wurde daran festgehalten, dass der Verkäufer für unmittelbaren Schaden kausal und für weiteren Schaden verschuldensabhängig haftet (vgl. Begleitbericht zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr, S. 25 f.). Unter diesen Umständen tritt auch das - ohnehin nicht näher substantiierte - Argument des Berufungsbeklagten in den Hintergrund, in den umliegenden Staaten hafte der Verkäufer nur für Mängel, wenn ihm ein Verschulden vorzuwerfen sei.

Obergericht, 10. Februar 2005, ZBO.2004.15

Das Bundesgericht sistierte das Berufungsverfahren gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG mit Beschluss vom 18. November 2005 (BGE 132 III 89 ff.).

15. **Die fehlende konsequente Durchsetzung des Ausweisungsanspruchs durch den Eigentümer einer Liegenschaft lässt kein Recht des Besitzers auf Gebrauchsüberlassung entstehen** (Art. 253, 305 OR; § 164 Ziff. 3 ZPO)

1. Die Rekursgegnerin beantragte bei der Vorinstanz die Ausweisung der Rekurrentin aus dem von dieser bewohnten Einfamilienhaus. Die betroffene Liegenschaft habe sich früher zwar im Eigentum der Rekurrentin befunden, sei nach einem langwierigen Zwangsvollstreckungsverfahren aber ins Eigentum der Rekursgegnerin übergegangen. Nach der Versteigerung sei die Rekurrentin wiederholt zum Verlassen der Liegenschaft aufgefordert worden, doch habe diese den Aufforderungen keine Folge geleistet. Die Rekurrentin hielt dem Gesuch entgegen, obwohl sie nicht ausgezogen sei, sei eine Reaktion seitens der Rekursgegnerin unterblieben; sie habe daher davon ausgehen können, dass sie weiterhin in der Liegenschaft verbleiben dürfe.

2. Die Vorinstanz wies die Rekurrentin an, die fragliche Liegenschaft sofort zu verlassen. Gegen diese Verfügung erhebt die Rekurrentin Rekurs und macht im Wesentlichen geltend, zwischen den Parteien sei ein Miet-, allenfalls ein Leiheverhältnis begründet worden.

3. a) Soweit die Vorinstanz das Vorliegen eines Mietvertrags verneint, wirft ihr die Rekurrentin vor, sie lasse ausser Acht, dass die Rekursgegnerin auf dem Auszug der Rekurrentin nicht beharrt habe. Jemand, der schon zweimal den Auszug verlangt habe, diesen aber über zwei Monate nicht durchsetze, äussere konkludent, dass er mit dem Verbleib der Mieter in der Liegenschaft einverstanden sei. Dies gelte umso mehr, als es sich bei der

Rekursgegnerin um eine professionelle Immobiliengesellschaft handle. Deren Interesse an einem schnellstmöglichen Verkauf sei nur realistisch, wenn das Haus geräumt sei. Wenn die Rekursgegnerin am Auszug der Rekurrentin festgehalten hätte, hätte sie die weiteren Schritte mit Sicherheit umgehend in die Wege geleitet und nicht aus Kulanz noch zwei Monate zugewartet. Das Verhalten und das fehlende Beharren der Rekursgegnerin auf dem Auszug der Rekurrentin könne nur als Einwilligung zum weiteren Verbleib und somit als Einverständnis dafür verstanden werden, dass der Rekurrentin das Objekt zum Gebrauch überlassen werde. Der Hinweis in den Schreiben der Rekursgegnerin, dass sie kein Mietverhältnis eingehe, habe die Rekurrentin aufgrund des widersprüchlichen Verhaltens der Rekursgegnerin als hinfällig betrachten dürfen. Nachdem die Rekurrentin Gas-, Strom- und Wasserrechnungen für das fragliche Objekt beglichen und diverse Reparaturen veranlasst und bezahlt habe, sei auch von der für den Mietvertrag notwendigen Entgeltlichkeit auszugehen. Mangels Vorliegens einer form- und fristgerechten Kündigung bestehe zwischen den Parteien weiterhin ein ungekündigtes Mietverhältnis, weshalb eine Ausweisung nicht zulässig sei.

b) Dem hält die Rekursgegnerin entgegen, es sei ausgeschlossen, dass zwischen den Parteien ein Mietvertrag zustande gekommen sei. Die Rekursgegnerin habe von Anfang an schriftlich bestätigt, dass sie unter keinen Umständen zum Abschluss eines Mietverhältnisses bereit sei. Diese Erklärungen seien derart eindeutig und unmissverständlich, dass die Rekurrentin nie je einen Grund für das Zustandekommen eines Mietverhältnisses habe sehen können. Es gebe zudem keine Frist, innert welcher die Rekursgegnerin die Ausweisung der Rekurrentin hätte bewerkstelligen müssen; der Anspruch auf die Räumung der Liegenschaft könne jederzeit nach freiem Ermessen des Grundeigentümers durchgesetzt werden. Das konkludente Zustandekommen eines Mietvertrags sei auch in rechtlicher Hinsicht ausgeschlossen, weil

es an einer Mietzinsvereinbarung fehle. Wer lediglich die mit dem Gebrauch zusammenhängenden Leistungen öffentlicher Werke bezahle, könne sich auf kein Mietverhältnis berufen. Dass die Rekurrentin darüber hinaus irgendwelche Unterhaltsarbeiten ausgeführt habe oder nach einer Ausführung durch Dritte bezahlt habe, werde bestritten, und es fehle dafür jeglicher Beweis. Überdies könne ein Mietverhältnis nur angenommen werden, wenn der Vermieter für seine Leistung, die Gebrauchsüberlassung, entschädigt werde, was hier nicht vorliege.

c) Was die Rekurrentin bezüglich des Vorliegens eines Mietvertrags vorbringt, vermag nicht zu überzeugen:

aa) Gemäss Art. 253 OR verpflichtet sich der Vermieter durch den Mietvertrag, dem Mieter eine Sache zum Gebrauch zu überlassen, und der Mieter, dem Vermieter dafür einen Mietzins zu leisten. Essentialia des Mietvertrags sind somit einerseits die Verpflichtung des Vermieters, eine Sache dem Mieter zum Gebrauch zu überlassen, und andererseits die Verpflichtung des Mieters, für die Überlassung einen Mietzins zu leisten. Dabei stellt nicht nur die grundsätzliche Entgeltlichkeit, sondern auch die Höhe des Mietzinses einen wesentlichen Punkt des Mietvertrags dar (BGE 119 II 347 f.; SVIT-Kommentar Mietrecht, 2.A., Art. 253 OR N 1, 5). Zum Abschluss eines Vertrags ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich (Art. 1 Abs. 1 OR). Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 Abs. 2 OR). Eine stillschweigende Willensäusserung kann nur bei Vorliegen eines eindeutigen Verhaltens angenommen werden, dessen Auslegung keine vernünftigen Zweifel hervorruft (Pra 77, 1988, Nr. 231). Diese Einschränkung beruht auf dem Vertrauensprinzip. Ein rein passives Verhalten kann somit grundsätzlich nicht als Äusserung eines Verpflichtungswillens ausgelegt werden, insbesondere nicht als Annahme eines Antrags (Pra 86, 1997, Nr. 87).

bb) Mit der Vorinstanz ist dafür zu halten, dass die Parteien nie einen Mietvertrag abschlossen. Mit dem Zuschlag im Zwangsvollstreckungsverfahren an die Rekursgegnerin (Art. 66 VZG) ging das Eigentum an der fraglichen Liegenschaft auf diese über. Mithin steht, nachdem der Rekurrentin kein Rechtsanspruch (mehr) an der Liegenschaft der Rekursgegnerin zusteht, seit längerem die Räumung der Liegenschaft an. Die Rekursgegnerin liess in diesem Zusammenhang nie Zweifel daran aufkommen, dass sie keine mietvertragliche Beziehung mit der Rekurrentin eingehen wollte, forderte sie diese doch mehrmals klar und deutlich auf, die Räumung der Liegenschaft vorzunehmen. Aktenwidrig das Gegenteil zu behaupten, wie dies die Rekurrentin tut, zeugt von einem gehörigen Mass an Unverfrorenheit. Auf jeden Fall kann aus dem Verhalten der Rekursgegnerin, welche die Rekurrentin mehrmals zum Verlassen der Liegenschaft aufforderte, sicherlich nicht abgeleitet werden, die Rekursgegnerin habe sich konkludent mit dem Eingehen eines Mietvertrags einverstanden erklärt. Gerade die Tatsache, dass die Rekurrentin nie mehr einen Franken an Mietzinsen bezahlte, lässt vernünftigerweise nicht einmal auf Seiten der Rekurrentin darauf schliessen, dass diese selbst von einem bestehenden Mietverhältnis ausging. Das Bundesgericht geht nur von einem faktischen Mietverhältnis aus, wenn der Mieter bei der Beendigung des Mietvertrags den Mietgegenstand nicht zurückgibt und ihn weiter gebraucht und der Mieter die Mietzinsen weiterhin bezahlt. Insbesondere hielt das Bundesgericht fest, dass nur in besonderen Situationen auf den Begriff des "faktischen Vertragsverhältnisses" zurückgegriffen werden könne, wenn beispielsweise ein ungültiger Vertrag auf unbestimmte Dauer von den Parteien, die vom Mangel des Vertrags nichts wüssten, dennoch erfüllt werde. Diese rechtliche Konstruktion solle auch dort Anwendung finden, wo eine Partei ohne Bezahlung eine Leistung erhalte, von der sie wisse, dass sie nur gegen Entgelt erfüllt werde, nachdem sie vergeblich aufgefordert worden sei, eine Entschädigung zu bezahlen (Pra 83, 1994, Nr. 226).

cc) Ob ein Vertrag oder eine Gefälligkeit vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der Leistung, ihrem Grund und Zweck, ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen sie erbracht wird, und der Interessenlage der Parteien. Für einen Bindungswillen spricht ein eigenes, rechtliches und wirtschaftliches Interesse des Leistenden an der gewährten Hilfe oder ein erkennbares Interesse des Begünstigten, fachlich qualifiziert beraten oder unterstützt zu werden (BGE 129 III 183, 116 II 697 f.).

Aufgrund der Vorgeschichte mit einem langwierigen Eigentumswechsel, der mehrfachen klaren schriftlichen Äusserung der Rekursgegnerin (Festhalten einer fehlenden mietvertraglichen Beziehung, Ansetzen der Räumungsfrist unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, um einen geordneten Auszug zu ermöglichen), des Grundes (das Ermöglichen eines geordneten Auszugs), des völlig fehlenden Interesses der Rekursgegnerin am Verbleib der Rekurrentin in der Liegenschaft und der konkreten Umstände (keine Zahlung von Mietzinsen) steht eine konkludente Vereinbarung über die Nutzung der Liegenschaft durch die Rekurrentin als Mieterin ausser Frage. Vielmehr handelt es sich um eine so genannte Bittleihe beziehungsweise prekaristische beziehungsweise Gefälligkeitsleihe. Eine solche kommt im Alltag häufig vor. Dabei wird dem Entlehner aus Gefälligkeit eine Sache überlassen, ohne jede weitere Verpflichtung des Verleihers. Letzteres soll im Wesentlichen heissen, der Verleiher könne die Sache beliebig zurückfordern (Higi, Zürcher Kommentar, Vorbem. zu Art. 305-311 OR N 19). Auf jeden Fall kann aus dem Verlängern der Räumungsfrist durch die Rekursgegnerin und der Bezahlung gewisser mit der Nutzung zusammenhängender Kosten durch die Rekurrentin kein konkludenter Vertragsschluss abgeleitet werden, zumal zum einen die zugrunde liegenden stillschweigenden Willenserklärungen vom Erklärenden selber stammen müssten, und zum andern kein Mietverhältnis vorliegt, wenn der Benutzer einer Sache ledig-

lich die mit dem Gebrauch zusammenhängenden Leistungen öffentlicher Werke bezahlt (SVIT-Kommentar Mietrecht, Vorbem. zu Art. 253-274g OR N 28).

4. a) In Bezug auf das Vorliegen einer Leihe rügt die Rekurrentin, die Vorinstanz habe sich mit dieser Frage gar nicht befasst. Aufgrund der Umstände sei offensichtlich, dass die Parteien für die Leihe keine bestimmte Dauer vereinbart hätten. Die Rekursgegnerin habe in den Verbleib der Rekurrentin im Haus eingewilligt, ohne dass die Parteien einen Endzeitpunkt abgemacht hätten. Ein zeitlicher Endpunkt, wie ihn Art. 309 Abs. 1 OR verlange, liege somit nicht vor, weshalb der Leihevertrag nach Art. 310 OR zu beenden sei. Auf die unbefristete Leihe seien analog die mietrechtlichen Kündigungstermine und -fristen anwendbar. Weil die Rekursgegnerin die Kündigungsfrist nicht beachtet habe, halte sich die Rekurrentin erlaubterweise in der Liegenschaft auf.

b) Dem widerspricht die Rekursgegnerin: In ihrer klaren Willensäusserung, dass sie kein Mietverhältnis eingehe, sei auch die Gebrauchsleihe eingeschlossen. Ausserdem habe sie immer festgehalten, dass die Einräumung einer Auszugsfrist unpräjudiziell und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolge. Zudem habe die Rekursgegnerin den Verbleib der Rekurrentin in der Liegenschaft mehrfach als rechtswidrig bezeichnet. Bei der Gebrauchsleihe gelte für die Rückgabe der Sache der Grundsatz der jederzeitigen Rückforderbarkeit. Eine auch nur analoge Anwendbarkeit der Kündigungsbestimmungen des Mietrechts auf die Gebrauchsleihe von Wohnungen sei ausgeschlossen; aus dieser Sicht sei die im letzten Schreiben der Rekursgegnerin angesetzte Frist zur Räumung der Liegenschaft rechtskonform, ja sogar als überaus grosszügig zu bezeichnen.

c) aa) Gemäss Art. 305 OR verpflichtet sich der Verleiher durch den Gebrauchsleihevertrag, dem Entlehner eine Sache zu unentgeltlichem Gebrauch zu überlassen, und der Entlehner, dieselbe Sache nach gemachtem Gebrauch dem Verleiher zurückzugeben. Die Gebrauchsleihe unterscheidet sich von der Miete dadurch, dass dem Benutzer die Sache zum Gebrauch übergeben wird, ohne dass dafür eine Gegenleistung zu entrichten ist. Die Gebrauchsleihe ist somit unentgeltlich (SVIT-Kommentar Mietrecht, Vorbem. zu Art. 253-274g OR N 27; Schärer/Maurenbrecher, Basler Kommentar, Art. 305 OR N 3). Wenn der Verleiher die Sache zu einem weder der Dauer noch dem Zweck nach bestimmten Gebrauch überlassen hat, so kann er sie beliebig zurückfordern (Art. 310 OR).

bb) Selbst wenn ein konkludent abgeschlossener Vertrag anzunehmen wäre, käme jedenfalls - aufgrund der Unentgeltlichkeit - nur die Gebrauchsüberlassung im Sinn von Art. 305 ff. OR in Frage. Auch in diesem Fall hätte die Rekursgegnerin die Sache beliebig zurückfordern können. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin und mit der Rekursgegnerin ist dafür zu halten, dass bei der Gebrauchsleihe von Wohn- und Geschäftsräumen gemäss herrschender Lehre die analoge Anwendung der mietrechtlichen Bestimmungen abzulehnen ist. Die Gebrauchsleihe unterscheidet sich von der Miete durch die Unentgeltlichkeit der Gebrauchsüberlassung, womit sie wirtschaftlich und strukturell einen ganz anderen Charakter aufweist. Das gilt auch bei der Gebrauchsleihe einer Liegenschaft oder einer Wohnung, weil der Gesetzgeber in Art. 305 OR keinen Unterschied bezüglich verschiedener Arten von Sachen machte. Es bleibt kein Raum für eine analoge Anwendung mietrechtlicher Regeln entgegen der ausdrücklichen Regel von Art. 310 OR (SGGVP 1999 Nr. 46; Schärer/Maurenbrecher, Art. 310 OR N 2; Higi, Vorbem. zu Art. 253-274g OR N 152). Der diesbezügliche Hinweis der Rekurrentin auf mp 1997 S. 64 ff. führt ins Leere. Sie meinte wohl mp 1987

S. 64 ff., wo ein Tessiner Entscheid zitiert wird, welcher die analoge Anwendung der mietrechtlichen Kündigungsbestimmungen bei der unentgeltlichen Überlassung von Immobilien stipuliert. Dieses Zitat fand Niederschlag bei Lachat/Stoll/Brunner (Mietrecht für die Praxis, 4.A., S. 27); demgegenüber wird der Tessiner Entscheid in der ersten Auflage des SVIT-Kommentars (Zürich 1991) als singuläres Fehlurteil bezeichnet (Vorbem. zum Ersten Abschnitt N 7). Dieses Zitat nützt der Rekurrentin zudem nichts, ist doch darauf hinzuweisen, dass der Entlehner, welcher für die Nutzung keine Entschädigung bezahlen muss, den mietrechtlichen Schutz nicht verdienen kann. Dies alles spielt jedoch insoweit keine Rolle, als eine allfällige Gebrauchsleihe aufgrund der in den Akten liegenden Schreiben der Rekursgegnerin an die Rekurrentin, mit welchen sie die Räumung der Liegenschaft verlangte, ohnehin längst beendet wäre.

5. Auch soweit die Rekurrentin aus der Bezahlung der mit dem Gebrauch zusammenhängenden Kosten ein Mietverhältnis ableiten will, kann ihr nicht gefolgt werden. Selbst wenn die Rekurrentin wie behauptet diverse Reparaturen an Geräten, die zum Haus gehören, wie Tumbler und Backofen, vorgenommen und bezahlt, einen Schacht ausgepumpt und Gartenarbeiten vorgenommen hätte, würde dies daran nichts ändern. Die Annahme eines Mietvertrags kommt nur in Frage, wenn der Vermieter für seine Leistung - die Gebrauchsüberlassung - entschädigt wird, mithin den Mietzins vorbehaltlos entgegengenommen hätte. Das behauptet die Rekurrentin jedoch nicht. Im Übrigen übersieht die Rekurrentin in Bezug auf die von ihr behaupteten Arbeiten und Reparaturen, dass es sich dabei ebenfalls um stillschweigende Willensäusserungen ihrer selbst handelt, welche der Rekursgegnerin gar nicht bekannt gemacht wurden; zumindest wird dies nicht behauptet. Würde der Auffassung der Rekurrentin gefolgt, würde dies im Endeffekt dazu führen, dass ein Vermieter einen Mieter, welcher

sich nach der Beendigung des Mietvertrags weiterhin in der Liegenschaft aufhält, nicht mehr "los wird", wenn er ihn nicht sofort ausweisen lässt. Das entspricht jedoch nicht den Ideen des Mietrechts.

6. Zusammenfassend befindet sich die Rekurrentin somit ohne Rechtsgrundlage in der Liegenschaft der Rekursgegnerin.

Obergericht, 6. September 2005, ZR.2005.81

---

16. **Für die Bestimmung der Strafzahlung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung ist nicht die Anzahl Monatslöhne, sondern die Höhe der Entschädigung massgebend** (Art. 337c Abs. 3 OR)

---

1. a) Als vermögensrechtliche Folge der unberechtigten fristlosen Entlassung sprach die Vorinstanz der Berufungsbeklagten eine Entschädigung im Sinn von Art. 337c Abs. 3 OR im Umfang von fünf Monatslöhnen zu.

b) Dem hält die Berufungsklägerin entgegen, Art. 337c Abs. 3 OR sehe bei der Entschädigung eine Maximalhöhe von sechs Monatslöhnen vor. Zugesprochen worden seien der Berufungsbeklagten fünf Monatslöhne, was der gängigen Lehre und Praxis widerspreche und im konkreten Fall nicht gerechtfertigt sei.

2. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin widersprechen die von der Vorinstanz als Entschädigung im Sinn von

Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochenen fünf Monatslöhne weder der gängigen Lehre noch der Rechtsprechung. Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass nur in Ausnahmefällen von einer Entschädigung abgesehen werden könne, hier jedoch kein derartiger Ausnahmefall vorliege. Das Obergericht geht mit der Vorinstanz einig, dass durch das Vorgehen der Berufungsklägerin, welche die Berufungsbeklagte während der Lehrzeit ungerechtfertigt fristlos entliess, die berufliche Zukunft der Berufungsbeklagten erheblich erschwert wurde und damit nicht nur finanzielle Probleme, sondern auch Zukunftsängste ausgelöst wurden. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte, war die Persönlichkeitsverletzung zudem massiv. In Bezug auf die Höhe der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass die Entschädigung nebst der Genugtuungsfunktion für die durch die ungerechtfertigte fristlose Entlassung regelmässig zugefügte Persönlichkeitsverletzung auch eine starke pönale Bedeutung hat; sie ist nach dem Willen des Gesetzgebers eine auf Gesetz beruhende präventiv wirkende zivilrechtliche Strafe und soll den Arbeitgeber von leichtfertigen fristlosen Entlassungen abhalten. Die Entschädigung ist also gesetzliche Folge eines Fehlverhaltens des Arbeitgebers. Auf den Lohn nimmt der Wortlaut von Art. 337c OR lediglich als Bemessungsgrösse zur Bestimmung der Maximalgrenze Bezug (vgl. von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung, Diss. Zürich 1996, S. 28 ff.). Demzufolge ist - vor allem bei tieferen Löhnen - nicht in erster Linie die Frage nach der Anzahl Monatslöhne, sondern vielmehr die Höhe der zu bezahlenden Entschädigung massgebend. Mit anderen Worten: Soll die Entschädigung ihrem pönalen Charakter gerecht werden, muss sie innerhalb des vorgegebenen Rahmens in Form eines angemessenen Betrags ausgesprochen werden und weniger in der Anzahl von Monatslöhnen. Insofern entspricht bei tieferen Monatslöhnen tendenziell der zuzusprechende Betrag einer höheren Anzahl Monatslöhne als bei hohen Einkommen; ansonsten hätte dies für den Arbeitgeber bei tieferen Lohnklassen (wie hier bei Lehrverhältnissen) finanziell kaum

spürbare Folgen. Die Vorinstanz berechnete den für die Entschädigung massgebenden Lohn auf Fr. 1'521.-- und kam mit der Zusprache von fünf Monatslöhnen auf eine Entschädigung von Fr. 7'605.--. Dieser Betrag scheint unter Würdigung der gesamten Umstände als angemessen.

Obergericht, 7. Dezember 2004, ZBO.2004.9

17. **Die Vorlage von Mustern gegenüber der Swissmedic gilt nicht als Verletzung von Schutzrechten** (Art. 8 PatG)

1. Auf Gesuch der Patentinhaberin verbot das Obergerichtspräsidium fünf Generika-Herstellerinnen ohne deren Anhörung und superprovisorisch bis zum 31. Juli 2005, namentlich bezeichnete Generika zu verkaufen oder sonst wie in Verkehr zu bringen. Nach Eingang der Gesuchsantworten wurde das Verbot aufgehoben.

2. Die Gesuchstellerin warf den Gesuchsgegnerinnen vor, dass deren Präparate den gleichen Wirkstoff Amlodipin wie das ihre enthalten und insofern ihr europäisches Patent verletzen würden. Die superprovisorische Verfügung ging davon aus, es sei glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerinnen der Swissmedic ein Muster ihres Präparats hätten einreichen und wahrscheinlich Experimente zum Nachweis der therapeutischen Äquivalenz und der Bioverfügbarkeit durchführen müssen, was ohne Aufnahme einer Produktion oder Einfuhr des Präparates offensichtlich nicht möglich gewesen sei. Der Entscheid ging - mit dem ausdrücklichen Hinweis "einstweilen" - davon aus, dass der Ablauf der Schutzdauer vollständig

abgewartet werden müsse, bevor ansonsten patentverletzende Schritte für die Vorbereitung der Zulassung eines Generikums an die Hand genommen werden dürften. Insofern wurde dem Entscheid des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen vom 31. August 2004 gefolgt, wonach das Einreichen eines in der Schweiz patentrechtlich geschützten Wirkstoffs anlässlich eines Zulassungsverfahrens bei der Swissmedic eine patentverletzende Handlung darstelle. Dieser Frage ist angesichts der Erkenntnisse aus diesem Verfahren vertiefter nachzugehen.

a) Heinrich (PatG/EPÜ, Zürich 1998, N 8.05) hält zum von den Gesuchsgegnerinnen herangezogenen, anders lautenden Entscheid des Präsidenten des Obergerichts Basel Landschaft vom 1. Oktober 1997 (sic! 1998 S. 78 ff.) fest, dieser Entscheid scheine zweifelhaft, denn auch der Patentinhaber sei durch die Dauer des Registrierungsverfahrens benachteiligt; es bestehe daher kein genügender Grund, denjenigen, der nach Ablauf des Patentschutzes die Erfindung benutzen wolle, zu privilegieren. Diese Argumentation überzeugt schon insofern nicht ganz, als die Registrierungsverfahren, die hier miteinander verglichen werden können, offensichtlich recht unterschiedlich ablaufen, jedenfalls nach der Praxis der Swissmedic. Abgesehen davon ist tatsächlich nicht zu erkennen, warum die beiden Tatbestände nicht unterschiedlich behandelt werden könnten: Es liegt auf der Hand, dass (auch) in der Wissenschaft regelmässig auf früheren Erkenntnissen aufgebaut und insofern von früheren Errungenschaften profitiert wird; daran ändert sich nichts, auch wenn die wissenschaftlichen Erkenntnisse kommerzialisiert werden.

b) Stieger (in: Schweizerisches und Europäisches Patentrecht [Hrsg.: Bertschinger/Münch/Geiser], Basel 2002, N 12.34 ff.) handelt die Problematik einlässlich ab und kommt zum Schluss, es liege keine patentverletzende Handlung vor, wenn der Dritte lediglich den Antrag auf Zulassung stelle und/oder dem

Gesuch Testergebnisse oder andere Unterlagen zur Erläuterung oder zum Nachweis von behaupteten Wirkungen des Produkts beifüge, denn damit stelle er weder das geschützte Produkt her noch halte er es feil noch bringe er es in Verkehr (N 12.107). Auch wenn der Dritte dem Zulassungsgesuch ein Muster des zuzulassenden Produktes beifüge, liege keine patentverletzende Handlung vor, weil andernfalls Art. 8 PatG überdehnt würde (N 12.108). Dementsprechend sei dem Massnahmeentscheid des Präsidenten des Obergerichts Basel Landschaft vom 1. Oktober 1997 im Ergebnis zuzustimmen. Differenzierend äussert sich Stieger zur Problematik von Versuchen (N 12.114 ff.).

c) Der Präsident des Handelsgerichts St. Gallen folgte in seinem Entscheid vom 31. August 2004 (sic! 2005 S. 31 ff.) der Auffassung von Heinrich: Es sei davon auszugehen, dass es beim Import und der Einreichung von Mustern bei der Zulassungsstelle nicht um eine private oder wissenschaftliche Benutzung, sondern um eine gewerbsmässige Handlung gehe, indem diese auf die Einführung eines Produkts abziele. In gleicher Weise wie der Hersteller von Generika sei auch der Patentinhaber dem öffentlichrechtlichen Registrierungsverfahren unterworfen, womit nicht von einer ungerechtfertigten Benachteiligung oder entsprechenden Privilegierung des Patentinhabers durch eine faktische Verlängerung des Patentschutzes gesprochen werden könne. Ausserdem bestehe keine gesetzliche Ausnahmebestimmung, wonach für bestimmte Fälle, etwa in Bezug auf die gewerbsmässige Benutzung von Mustern in Verwaltungsverfahren, kein Patentschutz bestehe. Stieger wies indessen zu Recht darauf hin, dass die Gewerbsmässigkeit ein untaugliches Kriterium sei (N 12.124). Wie der vorliegende Fall zeigt, unterscheiden sich die Registrierungsverfahren für Arzneimittel je nach Einzelfall erheblich. Ausserdem ist nicht wegzudiskutieren, dass die vom Präsidenten des Handelsgerichts St. Gallen vertretene Auffassung faktisch eben doch zu einer Verlängerung des Patentschutzes führt; in jenem Fall waren es offenbar 54 Tage,

während es hier um 120 Tage geht. Eine solche faktische Verlängerung ist insbesondere auch deshalb problematisch, weil das Institut des ergänzenden Schutzzertifikats gerade dem Zweck dient, die durch das Zulassungserfordernis bewirkte Verkürzung der kommerziellen Nutzungsdauer von Patenten für Arzneimittel zu korrigieren (vgl. Heinrich, N 140a.01). Der Hinweis im Entscheid, es bestehe keine gesetzliche Ausnahmebestimmung, wonach für bestimmte Fälle, etwa in Bezug auf die gewerbsmässige Benutzung von Mustern im Verwaltungsverfahren, kein Patentschutz bestehe, führt insofern nicht weiter, als in diesem Bereich eine offensichtliche Unklarheit der Rechtslage besteht.

d) Der Präsident des Obergerichts Basel Landschaft ging in seinem Entscheid vom 1. Oktober 1997 davon aus, es gehe zu weit, wenn bereits die Verwendung einer Erfindung im Rahmen eines Registrierungsverfahrens als gewerbsmässige Nutzung qualifiziert werden wollte. Hievon könnte nur die Rede sein, wenn die Erfindung für Handlungen, die unmittelbar darauf gerichtet seien, die Erfindung auf den Markt zu bringen, benutzt werde. Werde anders entschieden, würden Hersteller von Produkten, welche vor Einführung auf dem Markt einer sanitäts- oder anderweitigen polizeilichen Überprüfung unterzogen werden müssten, bei der Lancierung von dem Patentschutz unterstehenden Produkten nach Ablauf des Patentschutzes im Vergleich zu solchen, die ohne ein derartiges Verfahren auf den Markt gebracht werden könnten, benachteiligt, da sie faktisch einen längeren Patentschutz des Vorprodukts in Kauf nehmen müssten. Dass der Gesetzgeber eine solche Benachteiligung gewollt habe, dafür bestünden keine Anhaltspunkte. Überdies sei bei Einbezug der Verwendung von patentierten Erfindungen bei Mustern für polizeiliche Überprüfungsverfahren in den Patentschutz zu befürchten, dass nach Ablauf des Patents zahlreiche an der Herstellung von Produkten mit der nun frei gewordenen Erfindung interessierte Produzenten gleichzeitig an die Bewilligungsinstanz gelangen könnten und diese nicht in der Lage sei,

die betreffenden Begehren gleichzeitig zu bearbeiten, woraus eine Benachteiligung derjenigen entstehe, deren Gesuch später behandelt werde, gegenüber denjenigen, die früher behandelt würden. Wenngleich auch diese Argumentation nicht auf Anhieb für sich allein überzeugt, erscheint sie doch als naheliegender als die blosse Argumentation mit der Verhinderung einer Privilegierung desjenigen, der nach Ablauf des Patentschutzes mit seinem Produkt auf den Markt will.

e) Die ausländischen Urteile, die von den Parteien herangezogen werden, geben für die zu entscheidende Frage nur teilweise etwas her; immerhin kommt der Rechtsvergleichung patentrechtlich eine gewisse Bedeutung zu (vgl. BGE 126 III 143 ff.).

Soweit die Gesuchstellerin sich auf den Entscheid des EuGH vom 9. Juli 1997 (Rechtssache C-316/95) beruft, wird mit diesem Urteil nur die Kompatibilität einer nationalen Regelung mit dem Europarecht festgestellt, nicht aber die allgemeine Massgeblichkeit einer konkreten Regelung festgehalten. In Deutschland ist - allerdings natürlich auf einer anderen gesetzlichen Grundlage, als sie in der Schweiz vorliegt (§ 11 Nr. 2 DPatG) - aufgrund der beiden Entscheide des Bundesgerichtshofs vom 11. Juli 1995 und vom 17. April 1997 (BGHZ 130, 259 ff. und 135, 217 ff.), welche vom Bundesverfassungsgericht gestützt wurden (Nichtannahmebeschluss vom 10. Mai 2000), jedes planmässige Vorgehen zur Gewinnung von Erkenntnissen erlaubt, um eine bestehende Unsicherheit über die Wirkungen und die Verträglichkeit eines Arzneimittel-Wirkstoffs zu beseitigen. Klinische Versuche, bei denen die Wirksamkeit und die Verträglichkeit eines den geschützten Wirkstoff enthaltenden Arzneimittels an Menschen geprüft wird, sind auch dann zulässig, wenn die Erprobungen mit dem Ziel vorgenommen werden, Daten für die arzneimittelrechtliche Zulassung einer pharmazeutischen Zusammensetzung zu gewinnen; die ge-

werbliche Ausrichtung von Versuchen und die Intention, die gewonnenen Ergebnisse zu gewerblichen Zwecken zu verwerten, machen die Versuchshandlungen selbst nicht zu unzulässigen Patentverletzungen. Vorbehalten bleiben Fälle, wo der Versuch keinen Bezug zur technischen Lehre hat, oder wenn Erprobungen in einem vom Versuchszweck nicht mehr gerechtfertigten grossen Umfang vorgenommen oder die Versuche in der Absicht durchgeführt werden, den Absatz des Erfinders mit seinem Produkt zu stören oder zu hindern (Zitat nach den Regesten von BGHZ 135, 217). Diese Haltung des deutschen Bundesgerichtshofs wurde durch den Entscheid eines WTO-Panels im Streit zwischen der Europäischen Union und Kanada gestützt (Entscheid vom 17. März 2000; vgl. Erläuternder Bericht vom 29. Oktober 2001 zu einem Bundesbeschluss zu drei Übereinkommen auf dem Gebiet des Patentrechts und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Erfindungspatente, S. 39), woran auch das Urteil des neuseeländischen Court of Appeal vom 21. März 1991 (GRUR int. 1993 S. 342 ff.) wohl offensichtlich nichts (mehr) ändert. Das Urteil des BGH vom 21. Februar 1989 (BGHZ 107, 46 ff.) ist gemäss ausdrücklichem Hinweis des BGH insofern überholt, als es nur die Rechtslage nach dem früheren § 6 DPatG betrifft (BGHZ 130, 267 und 135, 234); auch wenn jene frühere deutsche Bestimmung im Wesentlichen dem heutigen Art. 8 PatG entspricht (Stieger, N 12.57), kann nicht davon ausgegangen werden, der Entscheid habe ohne weiteres Gültigkeit für die heutige Rechtslage in der Schweiz. Jedenfalls gehen die Bundesbehörden offenbar nach wie vor davon aus, ob "die Forschung zu gewerblichen Zwecken, namentlich mit dem Ziel der Vorbereitung der Marktzulassung durchgeführte Versuche, vom Versuchsprivileg erfasst sind, (sei) für das schweizerische Recht nicht geklärt" (Erläuternder Bericht, S. 39).

f) Entsprechend dem Entscheid des Präsidenten des Obergerichts Basel Landschaft würde es einerseits tatsächlich zu

einer ungerechtfertigten Benachteiligung führen, wenn Hersteller von Produkten, welche vor Einführung auf dem Markt einer sanitäts- oder anderweitigen polizeilichen Überprüfung unterzogen werden müssten, bei der Lancierung von dem Patentschutz unterstehenden Produkten nach Ablauf des Patentschutzes im Vergleich zu solchen, die ohne ein derartiges Verfahren auf den Markt gebracht werden könnten, faktisch einen längeren Patentschutz des Vorproduktes auf sich nehmen müssten; dass eine solche Benachteiligung vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen wurde, kann nicht ernsthaft angenommen werden. Andererseits ist jedenfalls die Befürchtung nicht völlig auszuschliessen, dass nach Ablauf des Patents zahlreiche an der Herstellung von Produkten mit der nun frei gewordenen Erfindung interessierte Produzenten gleichzeitig an die Bewilligungsinstanz gelangen und diese nicht in der Lage ist, die betreffenden Begehren so zeitgerecht zu behandeln, dass daraus keine Benachteiligungen entstehen.

Dazu kommt nun aber, dass in der bisherigen Diskussion der strittigen Frage offenbar der Rolle der Swissmedic nur sehr beschränkt nachgegangen wurde. Dieser Umstand folgt wohl daraus, dass allgemein davon ausgegangen wurde, es gebe in der Schweiz gar keine Zulassungsverfahren, welche nicht (mindestens) die Einreichung des zuzulassenden Produkts bedingten (vgl. Stieger, N 12.107).

Im Vorbescheid gegenüber der Gesuchsgegnerin 2 hielt die Swissmedic fest, auf eine Musterprüfung werde verzichtet; gleichzeitig bestätigte sie, es sei für den betreffenden Sponsor kein klinischer Versuch mit Amlodipin (inklusive Salze) notifiziert worden. Bei der Gesuchsgegnerin 4 bestätigte die Swissmedic, die in diesem Gesuch eingereichte Bioaequivalenzstudie sei nicht in der Schweiz durchgeführt worden, und andere klinische Studien seien nicht notwendig gewesen; seitens der Gesuchsgegnerin 4 wird hingegen zugestanden, dass sie der Swissmedic Muster ein-

reichen musste. Die Gesuchsgegnerin 1 und die Gesuchsgegnerin 3 weisen durch Vorlage der entsprechenden Vorbescheide nach, dass sie keine Muster einreichten noch dazu von der Swissmedic aufgefordert wurden; umgekehrt wird geltend gemacht, es sei wenig wahrscheinlich, dass die Gesuchsgegnerinnen klinische Versuche in der Schweiz durchgeführt hätten, was auch tatsächlich nicht der Fall sei, wobei allerdings entsprechende Belege fehlen. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Swissmedic offenbar teils Muster verlangt, aber keine Versuche, teils Versuche, aber keine Muster, und teils weder Muster noch Versuche.

Nun ist freilich davon auszugehen, dass für diese unterschiedlichen Ansätze objektive Gründe seitens der Swissmedic bestehen, die in der Sache selbst liegen. Das gilt umso mehr, als offenbar in allen diesen Fällen dieselben Sachbearbeiter verantwortlich zeichneten. Tatsächlich führen diese - wenn auch intern objektiv begründbaren - Unterschiede in der Vorgehensweise der Swissmedic aber faktisch dazu, dass - betrachtet man die Einreichung von Mustern beziehungsweise die Durchführung von Versuchen als Patentverletzung - die Frage, ob vor Ablauf des Patentschutzes eine Patentverletzung "nötig" wird oder nicht, vom Entscheid der Organe der Swissmedic abhängt; ein Resultat, das an sich schon nicht befriedigen kann.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang aber, dass auch der Präsident des Handelsgerichts St. Gallen offensichtlich davon ausging, es gebe im vorliegenden Zusammenhang ein einheitliches, "nach Schema" ablaufendes und im Wesentlichen gleichbleibendes Registrierungsverfahren. Dies ist indessen, wie dieses Massnahmeverfahren ergeben hat, aufgrund der zwar nachvollziehbaren, aber bisher offenbar wenig bekannten Praxis der Swissmedic gerade nicht der Fall: Wie das Beispiel der Gesuchsgegnerin 2 zeigt, gibt es Generika-Hersteller, die aufgrund der in ihrem Fall gegebenen Verhältnisse der Swissmedic weder Muster

einreichen noch Versuche durchführen müssen; diese Hersteller können mit ihrem Produkt nach Ablauf des Patentschutzes - sofern ihnen kein Massnahmeentscheid in die Quere kommt - ohne irgendwelchen zeitlichen Verzug und ohne Einschränkung auf den Markt. Demgegenüber gibt es andere Generika-Hersteller, wie etwa die Gesuchsgegnerinnen, welche Muster einreichen bzw. Versuche durchführen müssen und damit, sofern entsprechende Handlungen als patentverletzend qualifiziert würden, zwingend gewisse zeitliche Vorgaben einhalten müssen und damit gegenüber dem Vorsprung der Konkurrenten zwangsläufig Marktanteile einbüssen. Dass diese Unterschiede letztlich auf zulassungsrechtlichen und damit polizeirechtlichen Gründen beruhen, ändert an der Problematik nichts: Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang nämlich einzig, dass sich unter diesen Umständen die Frage der so genannten "Privilegierung" des Generika-Herstellers gegenüber dem Patentinhaber ganz anders darstellt, als ursprünglich angenommen. Gerade die Vermeidung einer angeblichen Privilegierung wird indessen im Werk von Heinrich als einzige Begründung für Zweifel am Entscheid des Präsidenten des Obergerichts Basel Landschaft angeführt und bildete dementsprechend wesentliche Entscheidungsgrundlage auch im Entscheid des Präsidenten des Handelsgerichts St. Gallen.

g) Ergänzend rechtfertigt sich auch eine kurze Sicht de lege ferenda: Im Zusammenhang mit dem vorgesehenen Bundesbeschluss zu drei Übereinkommen auf dem Gebiet des Patentrechts und der Änderung des Bundesgesetzes über die Erfindungspatente soll das Forschungsprivileg klargestellt werden (Erläuternder Bericht, S. 39 f.). Mit einem Art. 10a soll die Formulierung von § 11 Nr. 1 DPatG aufgegriffen und erlaubt werden, die geschützte Erfindung für Versuchszwecke zu verwenden, etwa um ihre Tauglichkeit oder Weiterentwicklungsmöglichkeit zu prüfen. Die Formulierung der Bestimmung will klarstellen, dass das Forschungsprivileg nur gilt, wenn die patentierte Erfindung Gegen-

stand der Forschung ist, d.h. deren Untersuchungsobjekt darstellt. In diesem Rahmen sind aber alle Versuchshandlungen freigestellt, soweit sie der Gewinnung von Erkenntnissen und damit der wissenschaftlichen Forschung über den Gegenstand der Erfindung einschliesslich seiner Verwendungen dienen. Unter das Versuchsprivileg sollen dabei auch Versuche fallen, mit denen die Wirksamkeit und die Verträglichkeit eines den geschützten Wirkstoff enthaltenden Arzneimittels im Hinblick auf seine Marktzulassung geprüft werden.

h) Im Gesamtzusammenhang sind durchaus auch Aspekte der Rechtssicherheit zu beachten; das gilt insbesondere auch mit Blick auf die in der Sache zwar einleuchtende Praxis der Swissmedic, wonach je nach Einzelfall Muster vorgelegt oder Versuche durchgeführt werden müssen, welche je nach Rechtslage allerdings unerfreuliche Resultate zeitigen kann. Im Wesentlichen dürfte bisher - jedenfalls bis vor kurzem - nur der Entscheid des Präsidenten des Obergerichts Basel Landschaft bekannt gewesen sein, insbesondere in der Branche selbst. Es versteht sich von selbst, dass aus dieser Tatsache allein nichts zugunsten der Gesuchsgegnerinnen geschlossen werden kann, doch kann ihnen kaum vorgeworfen werden, wenn sie sich als Richtlinie an den einzigen in der Schweiz bekannt gewordenen Gerichtsentscheid hielten.

i) Zusammenfassend ist mit Rücksicht auf alle diese Umstände Art. 8 PatG dahingehend auszulegen, dass die Vorlage von Mustern gegenüber der Swissmedic nicht als Verletzung von Schutzrechten gelten kann. Mit Bezug auf die Frage von Versuchen ist durch blosse Auslegung von Art. 8 PatG keine Regel zu gewinnen, so dass faktisch von Art. 1 Abs. 2 ZGB auszugehen ist (Stieger, N 12.130); dabei wird mit Rücksicht auf die erwähnten Gegebenheiten bei der Regelbildung ebenfalls der Schluss gezogen werden müssen, dass vorbehältlich von Ausnahmefällen (wie sie

etwa in BGHZ 135, 217 ff. definiert wurden) keine Schutzrechtsverletzung gegeben ist.

Präsident des Obergerichts, 7. April 2005, PO.2005.1

18. Rechtsnatur des Anspruchs auf Veröffentlichung des Urteils (Art. 9 Abs. 2 UWG)

1. Gemäss Art. 9 Abs. 2 UWG kann verlangt werden, dass eine Berichtigung oder das Urteil Dritten mitgeteilt oder veröffentlicht wird. Unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Urteilspublikation besteht, wird durch das Gesetz nicht weiter spezifiziert (von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2.A., N 850). Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich allerdings, dass die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 1 Halbsatz 1 UWG erfüllt sein müssen, d.h. der Kläger muss durch unlauteren Wettbewerb in seinen geschützten Interessen bedroht oder verletzt werden (Baudenbacher/Glöckner, in: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [Hrsg.: Baudenbacher], Basel/Genf/München 2001, Art. 9 UWG N 146). Das schutzwürdige Interesse besteht typischerweise im Anliegen nach Aufklärung der massgeblichen Verkehrskreise bzw. nach Beseitigung anhaltender Marktverwirrung oder von Unsicherheiten im Publikum. Auch generalpräventive Überlegungen können die Urteilspublikation rechtfertigen, insbesondere in Fällen systematisch angelegter Verletzungen sowie wenn aufgrund des Verhaltens des Verletzers (oder auch seiner Uneinsichtigkeit) weitere Verstösse zu befürchten sind (von Büren/Marbach, N 850). Die Veröffentlichung muss ausserdem notwendig und geeignet sein, um die Aufklärung der betroffenen Verkehrskreise zu bewerkstelligen. Sie hängt weder vom Verschulden des Verletzers

noch vom Schadenseintritt beim Verletzten ab (Baudenbacher/Glöckner, Art. 9 UWG N 149). Die Anordnung der Urteilspublikation setzt sodann eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall voraus. In diesem Rahmen sind die mit der Veröffentlichung bzw. Nichtveröffentlichung einhergehenden Interessen der Öffentlichkeit an der Aufhebung der Marktverwirrung bzw. der obsiegenden Partei an der Verhinderung weiterer nachteiliger Auswirkungen auf ihre Wettbewerbsstellung gegen diejenigen der unterliegenden Partei abzuwägen. Die Anordnung der Urteilspublikation wird häufig darauf gestützt, dass die Verwirrung in den Abnehmerkreisen und die Unsicherheit über die Rechtslage behoben werden müsse. Das ist der Fall, wenn die betreffenden Produkte bereits auf dem Markt angeboten wurden. Eine massgebende Rolle für die Anordnung der Urteilspublikation spielt insbesondere die lange Zeitdauer eines Wettbewerbsverstosses und der daraus resultierende hohe Grad an Publizität bzw. Marktverwirrung (Baudenbacher/Glöckner, Art. 9 UWG N 150 f.).

a) Die Tatsache, dass die Beklagte keine (konkreten) Einwände gegen eine Veröffentlichung vorbrachte, sondern diese lediglich allgemein bestritt, erlaubt keine umfassende Abwägung der Interessen der Parteien. Mit Blick darauf, dass die Beklagte mittlerweile seit bald fünf Jahren unlauter handelt und dadurch für erhebliche Marktverwirrung sorgte, ist das schutzwürdige Interesse der Klägerin an einer Aufklärung des Publikums und damit an einer Urteilspublikation fraglos zu bejahen. Dies gilt in ganz besonderem Mass, weil die Beklagte noch an der Hauptverhandlung keine Einsicht zeigte und offen zu erkennen gab, dass sie ohne gerichtliches Verbot bzw. Gebot von den unlauteren Handlungen nicht ablassen werde.

b) Der Anspruch auf Veröffentlichung des Urteils ist systematisch nicht leicht einzuordnen. Art. 6 aUWG ging davon aus, dass den Normadressaten im Hinblick auf die Urteilsveröf-

fentlichung selbst keine Leistungspflicht traf. Wurde der Antrag auf Veröffentlichung des Urteils vom Gericht gutgeheissen, so war er vom Verletzten zu erfüllen. Der Normadressat wurde lediglich im Hinblick auf die Kostentragung verpflichtet. Insoweit lag die Annahme nahe, dass jedenfalls der Anspruch auf Urteilsveröffentlichung selber kein Anspruch im materiellrechtlichen Sinn, sondern allein ein prozessualer Antrag - vergleichbar dem Kostenantrag - sei. Anlässlich der Revision des UWG wurde die Formulierung der Bestimmung indessen geändert und der Anspruch der Urteilspublikation neben den auf Berichtigung gestellt. Damit kann die Vorschrift heute ohne weiteres so verstanden werden, dass der Normadressat dem Verletzten gegenüber die Veröffentlichung des Urteils unmittelbar schuldet. Das rechtfertigt auch insoweit die Annahme eines materiellrechtlichen Anspruchs. Allerdings wird es nach wie vor für zulässig gehalten, dass das Gericht die obsiegende Partei zur Veröffentlichung ermächtigt. Die Möglichkeit des Gerichts, die Ersatzvornahme zu gestatten, ändert nichts daran, dass der vorgelagerte Anspruch auf Urteilsveröffentlichung nach Massgabe des gesetzlichen Modellbilds vom Normadressaten zu erfüllen ist (Baudenbacher/Glöckner, Art. 9 UWG N 145 und 162; vgl. bezüglich Ermächtigung auch Schaltegger, Die Haftung der Presse aus unlauterem Wettbewerb, Diss. Basel 1992, S. 108 f.). Aus dem Rechtsbegehren der Klägerin ergibt sich nicht, ob sie die Beklagte verpflichtet sehen möchte, das Urteil zu publizieren. Vielmehr wurde lediglich beantragt, "das Urteil sei auf Kosten der Beklagten ... zu publizieren". Die Klägerin verlangte damit nicht die Verpflichtung der Beklagten, so dass sie trotz des an sich bestehenden materiellrechtlichen Anspruchs die Veröffentlichung selber vorzunehmen hat. Dazu ist sie im Sinn einer Ersatzvornahme ohne weiteres zu ermächtigen.

2. Die Modalitäten der Urteilspublikation sind vom Gericht zu bestimmen, wobei es dem Kläger frei steht, die näheren

Umstände der von ihm gewünschten Veröffentlichung zu beantragen (Baudenbacher/Glöckner, Art. 9 UWG N 153). Dem Begehren, das Urteil sei in der "Thurgauer Zeitung" und dem "Bote vom Untersee und Rhein" zu publizieren, kann dabei stattgegeben werden, nachdem das Tätigkeitsgebiet der Beklagten im Einzugsgebiet beider Zeitungen liegt. Im Übrigen verzichtete die Klägerin auf eine Konkretisierung ihres Antrags, so dass Inhalt, Art und Umfang sowie der Zeitpunkt der Veröffentlichung durch das Gericht aufgrund einer Interessenabwägung insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit festzulegen sind (Pedrazzini/Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb, 2.A., N 14.26). Mangels einer entsprechenden Stellungnahme der Beklagten fehlt abermals eine Grundlage für eine Interessenabwägung. Unter diesen Umständen ist die Urteilspublikation nach pflichtgemässem Ermessen inhaltlich auf die (hinreichend aussagekräftige) Spruchformel gemäss Ziff. 1 des Dispositivs zu beschränken. Angemessen erscheint es sodann, sie als zweispaltiges Inserat zu fassen, wobei die Veröffentlichung einmal innert längstens dreier Monate nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu erfolgen hat.

Obergericht, 20. Januar 2005, Z1.2004.2

---

19. **Nach einer Strafanzeige eines Richters liegt ein Ausstandsgrund nur vor, wenn ein Zusammenhang zwischen der zur Anzeige führenden Handlung und der später zu beurteilenden Streitsache besteht** (Art. 10 SchKG; § 68 StPO)

---

1. Das Betreibungsamt setzte die Versteigerung zweier der beschwerdeführenden Aktiengesellschaft gehörender Liegenschaften auf den 23. September 2005 an. Mit zwei Beschwerdeeingaben verlangte die Beschwerdeführerin die Absetzung der Versteige-

rung und insbesondere die Ungültigerklärung des Lastenverzeichnisses und der Steigerungsbedingungen. Das Gerichtspräsidium wies die Beschwerde ab.

2. Die Beschwerdeführerin wandte sich an das Obergericht und beantragte, das Gerichtspräsidium habe wegen Befangenheit den Ausstand zu wahren. Vertreten wird die Beschwerdeführerin vor Obergericht durch den "Sachbearbeiter und Aktionär" X. Gegen diesen wurde vom Bezirksgerichtspräsidium im März 2005 im Zusammenhang mit den Geschehnissen rund um die Beschwerdeführerin gestützt auf § 68 StPO Strafanzeige eingereicht.

a) Als Befangenheit gilt eine unsachliche innere Einstellung des Richters zu den Prozessbeteiligten oder zum Gegenstand des konkreten Verfahrens, aus der heraus er in die Behandlung und Entscheidung des Falls auch unsachliche oder sachfremde Elemente einfliessen lässt mit der Folge, dass er einen Prozessbeteiligten benachteiligt oder bevorzugt oder zumindest zu einem solchen Verhalten tendiert. Richterliche Meinungsäusserungen anlässlich einer Referentenaudienz begründen für sich allein keine Befangenheit. Die mit der normalen Ausübung des richterlichen Amts verbundenen Massnahmen gestatten es nicht, den Richter der Parteilichkeit zu verdächtigen, auch wenn diese Massnahmen falsch sind: Allgemeine Verfahrensverstösse und ungünstige Entscheide sind im dazu vorgesehenen Rechtsmittelverfahren zu rügen. Die blosse Tatsache, dass ein Richter in früheren Prozessen an einem für die betroffene Partei ungünstigen Entscheid mitgewirkt hat, bildet weder einen Ausstands- (RBOG 1970 Nr. 6, 1943 Nr. 8) noch einen Rekusationsgrund (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 52 N 2). Ebenfalls kein Ausstandsgrund ist gegeben, wenn ein Richter in einem früheren Verfahren gegen eine Partei von Amtes wegen eine Strafanzeige erstattete (Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafpro-

zessordnung, Bern 2005, § 32 N 19). Demgegenüber ist ein Ersatzgericht für ein Strafverfahren nötig, wenn es das an sich örtlich zuständige Gericht war, das Strafanzeige erstattete, oder wenn der Gerichtspräsident die Strafanzeige von Amtes wegen einreichte (Zweidler, § 32 StPO N 20).

b) Es trifft zu, dass das Gerichtspräsidium gegen X und dessen Familienangehörigen Strafanzeige einreichte. Grund hiefür war nicht Voreingenommenheit, sondern die in § 68 Abs. 1 StPO statuierte Anzeigepflicht: Behörden und Mitarbeiter, denen im Amt eine schwerwiegende Straftat bekannt wird, sind zur Anzeige verpflichtet. Ob eine Straftat als schwerwiegend gelten muss, haben sie nach pflichtgemässem Ermessen zu entscheiden (Zweidler, § 68 StPO N 1). Ob die Strafanzeige im Fall der Familienangehörigen des X begründet war, ist nicht bekannt; immerhin führte sie aber zumindest gegenüber X persönlich zu einer mehrmonatigen Untersuchungshaft.

Stete Praxis ist es, dass in Fällen, wo das Gericht oder dessen Präsident von Amtes wegen Strafanzeige erstattete, dieses Gericht in derselben Angelegenheit nicht als Strafgericht wirken kann. Hingegen besteht nach einem gewissen Zeitablauf der Anschein der Befangenheit nicht mehr: Hatte die Anzeige einen inzwischen bereits abgeschlossenen Prozess zur Folge, muss die an sich zuständige Gerichtsbehörde in einem später gegen die betreffende Person durchgeführten Verfahren nicht mehr als voreingenommen bezeichnet werden. Zwischen einem Zivil- und einem Strafverfahren ist ferner ein minimaler Zusammenhang erforderlich, damit das die Anzeige erstattende Gericht beziehungsweise sein Präsident den Ausstand zu wahren hat; die Tatsache allein, dass in einem Zivil- oder Betreibungsverfahren Anzeige erstattet werden musste, genügt nicht für eine Ausstandspflicht in sämtlichen nachfolgenden Verfahren.

In der hier zu beurteilenden Streitsache erfolgte die Meldung an das Untersuchungsrichteramt im Rahmen der Betreibung der Beschwerdeführerin sowie der Pfändung und Versteigerung der dieser Unternehmung gehörenden Liegenschaft. X ist Sachbearbeiter und Aktionär der Beschwerdeführerin; gleichzeitig ist er gemäss Handelsregistereintrag ihr Verwaltungsrat. Es ist somit nicht von der Hand zu weisen, dass ein gewisser Zusammenhang besteht zwischen der Anzeige und der Tatsache, dass das Gerichtspräsidium über die Beanstandungen der Beschwerdeführerin betreffend Lastenverzeichnis und Steigerungsbedingungen zu befinden hatte. Nun trat X aber im Verfahren vor der Vorinstanz gar nie als Vertreter der Beschwerdeführerin auf; beide Beschwerdeeingaben wurden von Verwaltungsrat Y unterzeichnet. Erst im Verfahren vor der oberen Aufsichtsbehörde trat X "mit Vollmacht" als Vertreter der Beschwerdeführerin in Erscheinung. Die Verfügung des Gerichtspräsidiums ist folglich nicht zu beanstanden, d.h. eine Befangenheit konnte gar nicht gegeben sein, ganz abgesehen davon, dass die Missachtung des Ausstands durch einen neuen, rechtlich einwandfreien Hoheitsakt im Rechtsmittelverfahren ohnehin geheilt worden wäre (Merz, § 51 ZPO N 16). Hingegen ist das Gerichtspräsidium gehalten, dann, wenn über weitere Eingaben zu entscheiden wäre, in denen X als Vertreter der Beschwerdeführerin auftritt, den Ausstand zu wahren. Gleiches gälte, wenn die eingereichte Anzeige zu einem Strafprozess führen würde: Alsdann hätte das Bezirksgericht den Ausstand zu wahren beziehungsweise wäre ein Ersatzgericht zu bestellen.

Obergericht, 14. November 2005, BS.2005.16

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 7. April 2006 ab.

20. Schikanöse Betreibungen sind auch nach dem Inkrafttreten von Art. 85a SchKG weiterhin nichtig (Art. 22 Abs. 1 SchKG)

1. X beantragte mit Beschwerde, die von Y gegen ihn angehobene Betreibung sei aufzuheben, und das Betreibungsamt sei anzuweisen, die Betreibung im Register zu löschen; bei der Betreibung handle es sich um einen blossen Racheakt. Die Vorinstanz schützte die Beschwerde wegen Rechtsmissbräuchlichkeit der Betreibung.

2. a) Auf Beschwerde des Y hin gelangt auch das Obergericht zum Schluss, dass die von diesem gegen X angehobene Betreibung rechtsmissbräuchlich ist, was die Nichtigkeit zur Folge hat (BGE 115 III 19, 113 II 3). Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG grundsätzlich nicht dazu dienen darf, die materielle Berechtigung eines in Betreibung gesetzten Anspruchs überprüfen zu lassen (Kuster, Schikanebetreibungen aus zwangsvollstreckungs-, zivil-, straf- und standesrechtlicher Sicht, in: AJP 2004 S. 1037), und dass der Zahlungsbefehl als Grundlage des Vollstreckungsverfahrens grundsätzlich gegenüber jedermann erwirkt werden kann, unabhängig davon, ob tatsächlich eine Schuld besteht (BGE 125 III 150). Diese Nichtigkeitsfolge stimmt auch überein mit den Anwendungsfällen der allgemein unzulässigen und rechtsmissbräuchlichen Rechtsausübung, nämlich der unnützen Rechtsausübung, wo das Rechtsausübungsinteresse auch bei Durchsetzung des Anspruchs unbefriedigt bleibt (Merz, Berner Kommentar, Art. 2 ZGB N 357 ff.).

b) aa) Gemäss Art. 22 Abs. 1 SchKG sind Verfügungen, welche gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, nichtig. Unabhängig davon, ob Be-

schwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest. Die Nichtigkeit, d.h. die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung ist nur ausnahmsweise anzunehmen. Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen (Cometta, Basler Kommentar, Art. 22 SchKG N 8). Rechtsmissbrauch durch rein schikanöse Betreibungen konnte vor der Revision des SchKG nur in Ausnahmefällen vorliegen, nämlich wenn offensichtlich war, dass der Gläubiger mit der Betreibung Ziele verfolgte, die nicht das Geringste mit der Zwangsvollstreckung zu tun hatten, beispielsweise um den Betriebenen zu bedrängen (BGE 115 III 21 ff.).

bb) Mit der durch die Revision des SchKG neu eingeführten negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG (vgl. Kuster, S. 1037) wurde der Grundsatz, dass Rechtsmissbrauch durch rein schikanöse Betreibungen zur Nichtigkeit führen könne, nicht ausser Kraft gesetzt, finden sich doch weder in der Botschaft zum SchKG (BBl 1991 III 1 ff.) noch in der Literatur - mit Ausnahme von Cometta, welcher dafür hält, an die Stelle der (alten) Nichtigkeitsfälle gemäss Art. 22 SchKG trete die negative Feststellungsklage (Art. 22 SchKG N 12) - entsprechende Ausführungen (Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel/Genf/München 2000, Art. 22 SchKG N 52). Überdies wird mit der negativen Feststellungsklage auch ein anderes Interesse verfolgt, soll damit doch die Stellung jenes Betriebenen verbessert werden, der sich gegenüber einem Zahlungsbefehl nachlässig verhalten hat, sei dies wegen mangelnder Kenntnis der Materie oder wegen Nachlässigkeit von Hilfspersonen (BBl 1991 III 69). Nachdem die negative Feststellungsklage überdies erst nach rechtskräftiger Beseitigung des Rechtsvorschlags angehoben werden kann (BGE 125 III 149), erweist sie sich nicht als schlagkräftiges Mittel gegenüber schikanösen Betreibungen, ist dem Betriebenen doch schon in diesem Stadium erheblicher (mindestens immaterieller) Schaden entstanden. Auch aus diesem Grund muss die

Nichtigkeitsfolge bei Rechtsmissbrauch weiterhin neben der negativen Feststellungsklage Anwendung finden.

Obergericht, 25. Juli 2005, BS.2005.10

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 11. November 2005 nicht ein.

---

21. **Die Arrestlegung der Eidgenössischen Steuerverwaltung für eine Mehrwertsteuerforderung räumt kein Vorzugsrecht an den Arrestgegenständen ein** (Art. 44, 274 SchKG; Art. 69 f. MWSTG)

---

1. a) Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) verpflichtete die Beschwerdegegnerin, für angefallene Mehrwertsteuern Fr. 380'000.-- sicherzustellen. Gestützt auf den von der ESTV gleichzeitig erlassenen Arrestbefehl vollzog das Betreibungsamt bei der Beschwerdegegnerin den Arrest. Nach erfolgter Arrestprosequierung vollzog das Betreibungsamt gemäss dem Begehren der ESTV um Fortsetzung der Betreibung auf Sicherheitsleistung die Pfändung. Als Pfändungsteilnehmer wird in der Pfändungsurkunde ausser der ESTV auch der Ehemann der Beschwerdegegnerin aufgeführt, der diese für ausstehende Lohnforderungen bezüglich das Jahr 2003 betrieben hatte. Die Lohnbetreffnisse für November und Dezember 2003 bezeichnete das Betreibungsamt als Forderung erster, die restlichen als Forderung dritter Klasse; den Anspruch der ESTV qualifizierte es ebenfalls als Forderung dritter Klasse.

b) Die ESTV wandte sich mit Beschwerde an das Gerichtspräsidium und verlangte, die Pfändungsurkunde sei aufzuhe-

ben, ihre Forderung sei als pfandgesichert aufzunehmen, und sie sei dafür aus den verarrestierten Vermögenswerten vorab zu befriedigen. Die Vorinstanz wies die Beschwerde ab. Das Mehrwertsteuerrecht habe das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht in Teilbereichen modifiziert, auf ein eigenständiges Vollstreckungsverfahren aber verzichtet. Die ESTV sei demzufolge nur insoweit privilegiert, als sie entgegen den gewöhnlichen Vorschriften des SchKG selber Arrestbefehle erlassen und in bestimmten Fällen selber Rechtsvorschläge beseitigen könne. Eine Privilegierung von Steuerforderungen oder gar blosser Sicherstellungen gegenüber anderen Gläubigern im Betreibungsverfahren sei im Mehrwertsteuergesetz nirgends vorgesehen. Die Arrestlegung der ESTV gebe dieser folglich kein Vorzugsrecht an den Arrestgegenständen; die Pfändungsurkunde verletze kein Pfandrecht.

2. Gegen diese Verfügung erhob die ESTV Beschwerde beim Obergericht und beantragte, ihre Forderung sei als einzige, da pfandgesicherte Forderung in der Pfändungsurkunde aufzuführen, und die verarrestierten/gepfändeten Vermögenswerte seien an die in ihrer Sicherstellungsverfügung bezeichnete Stelle zu überweisen; das Betreibungsamt sei aufzufordern, ihr Frist gemäss Art. 111 Abs. 4 SchKG zur Bestreitung des privilegierten Anschlusses einzuräumen. Zur Begründung machte die ESTV im Wesentlichen geltend, ihre Forderung gelte als Pfandforderung; ein Pfändungsanschluss sei nicht möglich. Es treffe nicht zu, dass im Mehrwertsteuergesetz auf ein eigenständiges Vollstreckungsrecht verzichtet worden und der Arrest eine reine Sicherungsmassnahme zur Sicherstellung von Geldforderungen sowie Sicherheitsleistungen für das nachfolgende Betreibungsverfahren sei. Über die Zulässigkeit und die Wirkung einer Beschlagnahme habe einzig die gemäss Art. 70 MWSTG zuständige Behörde und Rechtsmittelinstanz zu entscheiden. Mit dieser Bestimmung in Verbindung mit Art. 44 SchKG sei das Vollstreckungsrecht hinsichtlich

von Mehrwertsteuerforderungen bundesrechtlich speziell geregelt worden. Art. 70 Abs. 2 MWSTG lege fest, dass die Sicherstellungsverfügung den Rechtsgrund der Sicherstellung, den sicherzustellenden Betrag und die Stelle, welche die Sicherheiten entgegennehme, anzugeben habe. Die ESTV habe gestützt auf diese Vorschrift die Wirkungen und Modalitäten der Verwertung festgesetzt. In der Sicherstellungsverfügung bzw. dem Arrestbefehl sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass ihr sowohl das Bargeld als auch die Wertschriften direkt zugesandt werden müssten. Entgegen der Annahme der Vorinstanz finde kein nachfolgendes Betreibungsverfahren, d.h. eine Betreibung auf Pfandverwertung, statt, und die Auszahlung der sichergestellten Vermögenswerte erfolge auch nicht erst, wenn die Mehrwertsteuern rechtskräftig veranlagt worden seien. Der Ehemann der Beschwerdegegnerin habe nicht eine Betreibung auf Sicherheitsleistung, sondern eine solche auf Pfändung eingeleitet. Es lägen somit nicht zwei gleichartige Betreibungen vor. Ein Pfändungsanschluss sei nicht möglich. Allenfalls sei der ESTV Frist zur Bestreitung des privilegierten Pfändungsanschlusses anzusetzen.

3. Die Beschwerdeführerin verlangt, dass in der Pfändungsurkunde einzig ihre Forderung aufgeführt, dass somit der Anspruch des Ehemanns der Beschwerdegegnerin nicht erwähnt wird, und dass ihr die verarrestierten/gepfändeten Vermögenswerte überwiesen werden. Dies sei eine Folge davon, dass dem Staat gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit steuerrechtlicher Sicherstellung beziehungsweise Verarrestierung ein Pfandrecht bestellt werde. An sich wäre das Verfahren deshalb auf dem Weg der Pfandverwertung fortzusetzen; Art. 70 MWSTG stelle jedoch ein eigenes Vollstreckungsverfahren zur Verfügung, welches seinerseits auf Art. 44 SchKG basiere.

4. a) Gegenstand des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes ist die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung und Sicherheitsleistung, gleichgültig ob sie aus privatem oder öffentlichem Recht entstanden sind. Auch öffentlich-rechtliche Forderungen wie Bussen, Gebühren, Steuern und andere Abgaben sind daher grundsätzlich nach dem SchKG zu vollstrecken (Acocella, Basler Kommentar, Art. 38 SchKG N 4, 7). Dieser Grundsatz erleidet indessen durch Art. 44 SchKG eine wesentliche Einschränkung: Die Verwertung von Gegenständen, welche aufgrund strafrechtlicher oder fiskalischer Gesetze mit Beschlag belegt sind, geschieht nach den entsprechenden eidgenössischen oder kantonalen Gesetzesbestimmungen. Nach Lehre und Rechtsprechung steht fest, dass dieser Vorbehalt entgegen dem zu engen Wortlaut von Art. 44 SchKG, der nur von der Verwertung spricht, auch die Beschlagnahme als solche betrifft. Eine derartige Beschlagnahme geht einer Pfändung oder einem Konkursbeschlag auch vor, wenn sie zeitlich später erfolgt (Acocella, Art. 44 SchKG N 1 f.; BGE 120 IV 367, 115 III 3).

Art. 44 SchKG bezieht sich jedoch nur auf die Verwertung von Gegenständen, die unmittelbar im Zusammenhang mit einem Straf- oder Steuerverfahren nach den betreffenden eidgenössischen oder kantonalen Gesetzen beschlagnahmt worden sind. So fällt z.B. die strafprozessuale Beschlagnahme zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs wie etwa die Beweissicherung oder die Beschlagnahme im Sinn von Art. 58 ff. StGB unter diese Bestimmung. Hingegen ist sie nach der neueren Bundesgerichtspraxis nicht allgemein auf die Durchsetzung von Steuerforderungen anwendbar. Andernfalls könnten die Kantone in ihren Steuergesetzen ein Verfahren vorsehen, mit welchem sie in jedem Stadium eines Betreibungs- oder Konkursverfahrens mit einer Beschlagnahmeverfügung eingreifen und gepfändete oder zur Konkursmasse gehörende Vermögenswerte für die Deckung von Steuerforderungen beanspruchen dürften. Dies würde jedoch dem Grundsatz, dass öf-

fentlich-rechtliche Forderungen unter Vorbehalt bundesrechtlicher Vorschriften kein Privileg geniessen, klar zuwiderlaufen (BGE 115 III 3, 108 III 106; Acocella, Art. 44 SchKG N 4). Eine Ausnahme hievon ist nur möglich für die Beschlagnahme von Gegenständen in einem Strafverfahren zur Deckung von Untersuchungs-, Gerichts- und Gefangenenschaftskosten: Nach Art. 44 SchKG steht es den Kantonen frei, hierüber selber zu legiferieren (Acocella, Art. 44 SchKG N 5 mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis).

b) Das Mehrwertsteuerrecht kennt kein spezielles Vollstreckungsrecht. Mehrwertsteuerforderungen sind somit nach SchKG zu vollstrecken. Wohl wäre gestützt auf Bundesrecht eine Vollstreckung ausserhalb des SchKG möglich; alsdann müsste dies aber gesetzlich klar festgelegt sein. Daran fehlt es jedoch. Gemäss Art. 69 Abs. 1 MWSTG ist die Betreibung einzuleiten, wenn der Anspruch auf Steuern, Zinsen, Kosten und Bussen auf Mahnung hin nicht befriedigt wird; vorbehalten bleibt die Eingabe in einem Konkurs- oder Nachlassvertragsverfahren. Unter bestimmten Voraussetzungen können diese Forderungen sichergestellt werden (Art. 70 Abs. 1 MWSTG). Wenn nun die Steuerforderung als solche auf dem Betreibungsweg geltend zu machen ist, muss dies folgerichtig auch für deren Sicherstellung gelten. Aus Art. 70 Abs. 2 MWSTG, welcher festhält, dass die Sicherstellungsverfügung nebst deren Rechtsgrund und dem sicherzustellenden Betrag auch die Stelle, welche die Sicherheiten entgegennimmt, anzugeben hat, ergibt sich nichts anderes: Diese Angaben sind unabdingbar, damit eine Sicherstellungsverfügung überhaupt ihren Zweck erfüllen kann; auf eine spezielle Vollstreckung kann hieraus nicht geschlossen werden. Kommt der Schuldner der Sicherstellungsverfügung nicht nach, hat der Gläubiger mittels Betreibung auf Pfändung die Betreibung auf Sicherstellung einzuleiten (vgl. Blumenstein/Locher, System des Steuerrechts, 6.A., S. 332 f.). Dies ergibt sich auch aus der Tatsache, dass die Sicherstellungsverfügung ge-

mäss Art. 70 Abs. 2 MWSTG als Arrestbefehl im Sinn von Art. 274 SchKG gilt. Nach Art. 281 SchKG begründet der Arrest indessen ausser in Bezug auf den provisorischen Pfändungsanschluss und die Arrestkosten eben gerade kein Vorzugsrecht. Schliesslich verweist auch Art. 70 Abs. 6 MWSTG in Zusammenhang mit der Arrestprosequierung auf die Notwendigkeit, die Betreibung einzuleiten.

c) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sieht das MWSTG folglich kein eigenständiges Vollstreckungsrecht vor. Zwar trifft zu, dass das Bundesgericht im von der Beschwerdeführerin eingereichten, nicht veröffentlichten Urteil 2P.41/2003 festhielt (Erw. 5.3), der Staat als Steuergläubiger erlange aufgrund der Sicherstellungsverfügung kein Eigentum am hinterlegten Geld, sondern es werde ihm lediglich ein Pfandrecht bestellt; gleich anschliessend führte es jedoch aus - was die Beschwerdeführerin nicht mehr zitiert -, der im ordentlichen Steuerveranlagungsverfahren zu treffende oder getroffene Entscheid über Bestand und Umfang der Steuerforderung berechtige den Steuergläubiger nicht, ohne Zustimmung des Steuerschuldners formlos auf die geleisteten Sicherheiten zu greifen. Entsprechend habe er die Zwangsvollstreckung auf dem Weg der Pfändung oder der Pfandverwertung fortzusetzen (Art. 38 Abs. 2 SchKG). Das Verfahren der Steuerfestsetzung sei von demjenigen der Sicherstellung einer Steuerforderung zu unterscheiden. Die Funktion und Bedeutung einer Sicherstellungsverfügung bestehe nicht darin, einen Entscheid über die Steuerforderung herbeizuführen, und sie sei auch nicht auf Zahlung der Steuerforderung gerichtet. Bei ihr gehe es um eine reine Massnahme der Steuersicherung, die auf Leistung einer Sicherheit gerichtet sei. Komme der Steuerpflichtige der Sicherstellungsverfügung nicht freiwillig nach, erfolge deren Vollzug grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln der Zwangsvollstreckung (Erw. 5.2).

In der hier zu beurteilenden Streitsache gilt nichts anderes. Die Privilegierung des Bundes als Steuergläubiger liegt nicht in einer materiellen Bevorzugung gegenüber Drittgläubigern, sondern darin, dass er selber einen Arrestbefehl erlassen und damit sofort, aber nur provisorisch, auf das Vermögen des Schuldners greifen kann, und zwar bereits in einem Zeitpunkt, in dem die Steuerforderung noch nicht definitiv feststeht. Die steuerrechtliche Sicherstellung bzw. der Arrest verschafft der Beschwerdeführerin nur ein beschränktes dingliches Recht, ein Pfandrecht, an den hinterlegten Vermögenswerten (vgl. Krauskopf, Wesen und Bedeutung der Betreibung auf Sicherheitsleistung, in: BlSchK 42, 1978, S. 167). Bei der Betreibung auf Sicherheitsleistung muss der Schuldner den Gläubiger nicht direkt befriedigen, wie er es bei einer Geldzahlung tun müsste, sondern er muss dem Gläubiger für seine Forderung Sicherheit gewähren, damit sich dieser bei Nichterfüllung seines Anspruchs durch die Verwertung der als Sicherheit gegebenen Vermögensgegenstände befriedigen kann. Die geleistete Sicherheit wird dem Gläubiger nicht ausgehändigt; vielmehr wird sie vom Betreibungsamt für ihn bei der zuständigen Depositenanstalt hinterlegt (Krauskopf, S. 163). Der Gläubiger kann zwar im Rahmen einer Betreibung der Grundforderung auf die sichergestellten und deponierten Geldsummen, Wertpapiere und Wertsachen greifen; insofern besitzt er ein Pfandrecht. Das "Pfand", der Umfang der Sicherstellung, steht aber nicht im Voraus fest, sondern wird erst durch das Arrest- und Betreibungsverfahren (auf Sicherstellung) bestimmt. Dies gilt auch, wenn Mehrwertsteuerforderungen und sich darauf beziehende Sicherstellungsverfügungen zur Diskussion stehen. Der Gläubiger hat sich hier die Vermögenswerte des Schuldners ebenfalls entsprechend den massgebenden Bestimmungen mit allfälligen Drittgläubigern zu teilen. Wie jeder Gläubiger ist er berechtigt, Rang und Bestand der Forderung von Drittgläubigern mittels Kollokationsklage anzufechten. Dies übersah das Betreibungsamt anlässlich des Pfändungsvollzugs. Es teilte die Forderungen der Beschwerdeführerin

und des Ehemanns der Beschwerdegegnerin, der sich in der gleichen Pfändungsgruppe befindet, zu Unrecht bereits in der Pfändungsurkunde verschiedenen Klassen zu; ebenso nahm es zu Unrecht schon dort zu den Überweisungen nach Rechtskraft der Pfändungsurkunde Stellung: Richtigerweise hat es nach Abschluss der Pfändung, sofern nicht sämtliche Gläubiger befriedigt werden können, einen Kollokationsplan und eine Verteilungsliste zu erstellen, aufzulegen und den Gläubigern zuzustellen (Art. 146 f. SchKG). Alsdann beginnt die Frist zur Kollokationsklage zu laufen (Art. 148 SchKG), und die Beschwerdeführerin hat in diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, die Forderung oder den Rang des Ehemanns der Beschwerdegegnerin zu bestreiten. An der Notwendigkeit, dieses gesetzlich vorgeschriebene Verfahren einzuhalten, ändert nichts, dass die Betreibung der ESTV auf Sicherheitsleistung und nicht auf Geldzahlung lautet. Die Betreibung auf Sicherheitsleistung ist keine besondere Betreibungsart, sondern lediglich eine Betreibung mit einem besonderen Ziel: Nicht Zahlung, sondern bloss Sicherheitsleistung wird angestrebt; dabei gilt aber das gleiche Verfahren wie bei der Betreibung auf Geldzahlung (vgl. Art. 38 Abs. 1 SchKG), wobei allerdings nur die Betreibung auf Pfändung in Frage kommt (Art. 43 Ziff. 3 SchKG).

Obergericht, 15. November 2004, BS.2004.24

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 20. April 2005 ab.

22. **Anforderungen an eine superprovisorische Verfügung als Titel für die definitive Rechtsöffnung** (Art. 80 SchKG; §§ 111, 163 ZPO)

1. Die Vorinstanz erteilte definitive Rechtsöffnung für Unterhaltsbeiträge gestützt auf eine superprovisorische Verfügung des Gerichtspräsidiums.

2. a) Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, kann der Gläubiger beim Richter die Aufhebung des Rechtsvorschlags (definitive Rechtsöffnung) verlangen (Art. 80 Abs. 1 SchKG). Obwohl der Wortlaut von Art. 80 Abs. 1 SchKG nur verlangt, dass der Entscheid vollstreckbar sein muss, fordert die Praxis seit jeher, dass der Entscheid auch formell rechtskräftig sein muss, mithin nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden kann (Staehelin, Basler Kommentar, Art. 80 SchKG N 7). Nach der strengen Praxis des Obergerichts - und entgegen der Auffassung von Staehelin (Art. 80 SchKG N 55) - genügt es in der Regel nicht, dass der Schuldner die Rechtskraft des Urteils im Rechtsöffnungsverfahren nicht bestritten hat. Erforderlich ist vielmehr, dass der Gläubiger die formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Urteils mit einer Rechtskraftbescheinigung nachweist. Die Rechtskraft kann auch dadurch nachgewiesen werden, dass dargetan wird, gegen den entsprechenden Entscheid sei kein ordentliches Rechtsmittel gegeben (Staehelin, Art. 80 SchKG N 55). Nicht erforderlich ist materielle Rechtskraft. Provisorische und vorsorgliche beziehungsweise vorläufige Massnahmen, die ein Dauerrechtsverhältnis für eine bestimmte Zeit regeln, und die nicht in materielle, aber in formelle Rechtskraft erwachsen, wie beispielsweise Verfügungen über Unterhaltsbeiträge, sind deshalb grundsätzlich vollstreckbare Urteile

im Sinn von Art. 80 Abs. 1 SchKG (Staehelin, Art. 80 SchKG N 10).

b) Gemäss § 235 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 ZPO sind die im summarischen Verfahren ergangenen Erledigungsverfügungen mit Rekurs anfechtbar. Nicht anfechtbar sind vorläufige (superprovisorische) Verfügungen gemäss § 163 ZPO. Superprovisorische Verfügungen werden somit mit dem Erlass formell rechtskräftig. Sie sind damit auch vollstreckbar (§ 257 ZPO; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 257 N 1).

Zu Recht wendet der Rekurrent deshalb nicht ein, superprovisorische Verfügungen könnten grundsätzlich nicht zur definitiven Rechtsöffnung verhelfen. Zu Recht stellte denn auch die Vorinstanz fest, wenn dem so wäre, hätte der Erlass vorläufiger Verfügungen keinen Sinn mehr, da sich der Schuldner ihnen stets widersetzen könnte, ohne Konsequenzen befürchten zu müssen. Der Entscheid des Kantonsgerichts Schwyz, wonach superprovisorische Massnahmen, die ohne Anhörung des Schuldners erlassen worden seien, erst in formelle Rechtskraft erwachsen würden, wenn dem Schuldner Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden sei und er dagegen keine Einsprache erhoben habe (Staehelin, Art. 80 SchKG N 10), ist eine (unzutreffende) Einzelmeinung: Entscheidend ist, dass den vorläufigen Verfügungen formelle Rechtskraft zukommt; beschränkt ist nur die materielle Rechtskraft, was aber kein Grund ist, die definitive Rechtsöffnung auszuschliessen. Auch eine (definitive) Eheschutzmassnahme erwächst nicht beziehungsweise nur beschränkt in materielle Rechtskraft (Merz, Die Praxis zum Eheschutz, Sulgen 2005, S. 224 N 1) und stellt selbstverständlich einen Entscheid im Sinn von Art. 80 Abs. 1 SchKG dar. Zudem geht es hier insofern um eine atypische superprovisorische Verfügung, als sie nach Anhörung des Schuldners erlassen wurde. Genau gesehen erweist sie sich als vorsorgli-

che Massnahme im Eheschutzverfahren. Das ist in dieser Form zulässig und in gewissen Fällen auch sinnvoll (RBOG 2001 Nr. 3).

c) Die Vorinstanz gewährte definitive Rechtsöffnung gestützt auf das Schreiben des Eheschutzrichters, in welchem das Gerichtspräsidium unter anderem superprovisorisch einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.-- verfügt hatte. Dass die Verfügung in Briefform erging und nicht in einer Entscheidform mit Rubrum, Dispositiv, Ergebnissen und Entscheidgründen schadet grundsätzlich nicht. Gerade dringliche superprovisorische Verfügungen werden praxisgemäss in einfachen Fällen ebenfalls in dieser Form erlassen. Der Rekurrent kann daher nur einwenden, der fragliche Entscheid enthalte nicht alle notwendigen Bestandteile.

d) Der Rekurrent bestreitet den Verfügungscharakter damit, die superprovisorische Verfügung enthalte keine Entscheidbegründung.

aa) Gemäss § 108 Abs. 1 Ziff. 6 ZPO sind alle schriftlich eröffneten Urteile zu begründen. Das gilt für alle Endentscheide über streitige Begehren in der Sache selbst, auch solche, die im summarischen Verfahren ergehen (RBOG 1993 S. 18); die Begründungspflicht fliesst aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Gehörsanspruch.

Vorläufige (superprovisorische) Verfügungen nach § 163 ZPO sind allerdings keine Endentscheide. Es sind provisorische Zwischenentscheide, die eine Streitsache vorläufig und für eine beschränkte Dauer regeln und im Normalfall ohne Anhörung der Gegenpartei erlassen werden (RBOG 2003 Nr. 28). Zwischenentscheide sind gemäss § 111 Abs. 1 ZPO soweit summarisch zu begründen, als die Parteien im Dispositiv die massgebenden richterlichen Überlegungen nicht hinreichend erkennen können. Die fehlende Begründung eines Zwischenentscheids stellt eine Rechts-

verweigerung dar, wenn die Parteien dadurch über wesentliche Dinge, die für die Fortsetzung des Prozesses beziehungsweise die Einreichung eines Rechtsmittels von Bedeutung sind, im Unklaren bleiben (Merz, § 111 ZPO N 1).

bb) Die Begründung der superprovisorischen Verfügung vermag den Anforderungen von § 111 Abs. 1 ZPO nicht zu genügen. Der Eheschutzrichter hielt lediglich fest, aufgrund der nun zumindest einmal teilweise etwas konkreter gewordenen Vermögensverhältnisse werde superprovisorisch die Reduktion des Unterhaltsbeitrags von bisher Fr. 3'000.-- auf Fr. 1'500.-- verfügt, und zwar mit Wirkung ab Beginn der letzten superprovisorischen Verfügung. Dieses Geld sei von der Rekursgegnerin für die Bedürfnisse des Haushalts zu verwenden. Das derzeitige Einkommen des Rekurrenten entspreche, so wie es deklariert worden sei, offensichtlich nicht dem Normaleinkommen während der Ehe. Der Eheschutzrichter räumte den Parteien eine Frist von 20 Tagen ein, um Aktenergänzungsbegehren mit Bezug auf die jetzige und längerfristige künftige Erwerbsfähigkeit beider Parteien, insbesondere des Rekurrenten, zu stellen. Auch die ältere superprovisorische Verfügung, welche abgeändert wurde, hilft mit Bezug auf die fehlende Begründung nicht weiter, da dort nur festgehalten wurde, es werde "hiermit einmal" superprovisorisch verfügt, dass der Rekurrent der Rekursgegnerin bis zum Erlass der Massnahmeverfügung Fr. 3'000.-- pro Monat zu bezahlen habe, in Anrechnung an allfällige, später verfügte Unterhaltsbeiträge oder güterrechtliche Ansprüche. Mit diesen Begründungen werden die Parteien im Unklaren darüber gelassen, weshalb superprovisorisch verfügt und der Unterhaltsbeitrag auf Fr. 1'500.-- festgesetzt wurde.

Die Begründung einer Unterhaltsverpflichtung setzt sich üblicherweise mit der Leistungsfähigkeit und dem Bedarf der Parteien auseinander. Auch beim Erlass superprovisorischer Massnahmen ist es trotz Dringlichkeit möglich, den Parteien die zu ei-

nem bestimmten Unterhaltsbeitrag führenden Überlegungen mindestens kurz zu eröffnen und darzulegen, weshalb überhaupt eine superprovisorische Verfügung erlassen werde. Dabei können die entscheidenden Faktoren grob geschätzt werden. Je nach dem Stand des Verfahrens und den Vorbringen der Parteien genügt auch ein Hinweis auf den grob geschätzten Bedarf der Unterhaltsberechtigten, der superprovisorisch festgelegt wird, und die Annahme, der Unterhaltspflichtige sei aufgrund seiner Tätigkeit in der Lage, diesen Bedarf und seinen eigenen Notbedarf zu decken. Der Richter hat somit in einer superprovisorischen Verfügung kurz darzulegen, weshalb er der Auffassung ist, der verfügte Unterhaltsbeitrag sei vorläufig in dieser Höhe zu bezahlen. Die zeitliche Dringlichkeit ist kein Grund, auf eine minimale Begründung zu verzichten. In ganz dringenden Fällen ist es allenfalls auch möglich, die schriftliche Kurzbegründung nachzureichen.

cc) Eine fehlende Begründung oder Rechtsmittelbelehrung führt indessen grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit eines Entscheids (Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 215). Im öffentlichen Recht wird zwar ein nichtiger Entscheid angenommen, wenn er ergangen ist, ohne dem Betroffenen vor der Ausfällung oder wenigstens durch eine Rechtsmittelmöglichkeit Gelegenheit zu geben, sich rechtliches Gehör zu verschaffen (Stücheli, S. 214). Das kann aber ohne Zweifel nur für die Streitsache definitiv regelnde Endentscheide gelten. Bei superprovisorischen Verfügungen ist entsprechend ihrem Charakter eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nur eine vorläufige, die im Lauf des Verfahrens beziehungsweise mit dem das Verfahren abschliessenden begründeten Endentscheid geheilt wird. Dies gilt erst recht für einstweilige Verfügungen beziehungsweise vorsorgliche Massnahmen in Form von superprovisorischen Verfügungen im Rahmen des Eheschutzverfahrens. Ihnen muss klar entnommen werden können, dass ein weiterer Entscheid folgen werde, beziehungsweise welche Punkte aus welchen Gründen noch nicht abge-

klärt worden sind, und in welcher Form sich die Parteien am Verfahren zu beteiligen haben (RBOG 2001 Nr. 5 S. 79).

Entgegen der Auffassung des Rekurrenten macht die mangelhafte Begründung die superprovisorische Verfügung somit nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar, da dieser Mangel grundsätzlich heilbar ist. Das gilt für alle Entscheide. Wäre dem nicht so, könnte jedes Urteil zu jedem beliebigen Zeitpunkt mit dem Argument in Zweifel gezogen werden, es sei mangelhaft begründet. Gegen superprovisorische Verfügungen ist zwar kein ordentliches kantonales Rechtsmittel gegeben (§ 235 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO). Es fehlt hier eine Berufungs- oder Rekursinstanz, die im Rechtsmittelverfahren den Mangel heilen kann. Der Rekurrent hätte die seiner Auffassung nach mangelhafte Begründung der superprovisorischen Verfügung aber mit dem ausserordentlichen Rechtsbehelf der Aufsichtsbeschwerde anfechten können, die in hängigen Verfahren zulässig ist wegen Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung oder anderen Verletzungen von Amtspflichten durch richterliche Behörden oder Beamte (§ 242 ZPO). Die fehlende Begründung eines Zwischenentscheids kann eine Rechtsverweigerung darstellen (Merz, § 111 ZPO N 1). Zwar kann im Aufsichtsbeschwerdeverfahren der Entscheid nicht aufgehoben oder geändert und mithin auch die fehlende Begründung nicht nachgeliefert werden. Die Vorinstanz kann aber von der Aufsichtsbehörde angewiesen werden, den mangelhaft begründeten Entscheid ausreichend zu begründen.

e) Die superprovisorische Verfügung ist zusammenfassend trotz fehlender Begründung nicht nichtig. Zu Recht qualifizierte die Vorinstanz diese vorläufige Eheschutzverfügung mit Bezug auf die darin festgelegten Unterhaltsbeiträge als Titel für die definitive Rechtsöffnung.

Obergericht, 31. Oktober 2005, BR.2005.71

23. Verjährung der Verfahrensgebühr einer Bussenverfügung des Polizeirichteramts der Stadt Zürich (Art. 80 SchKG)

1. Das Stadtrichteramt Zürich büsste den Rekursgegner mit Verfügung vom 11. November 1997 mit Fr. 80.-- und auferlegte ihm eine Verfahrensgebühr von Fr. 225.--. Der Rekursgegner bezahlte die Busse nicht, worauf die Stadt Zürich (Rekurrentin) sie wegen Eintritts der Vollstreckungsverjährung abschrieb. Sie hob aber für die Verfahrensgebühr im Jahr 2005 die Betreibung an. Die Vorinstanz verweigerte die definitive Rechtsöffnung mit der Begründung, die Forderung sei verjährt.

2. a) Die Rekurrentin reichte die rechtskräftige Verfügung des Stadtrichteramts Zürich vom 11. November 1997, den Zustellungsnachweis durch die Kantonspolizei Thurgau vom 11. Dezember 1997 sowie eine Bescheinigung des Stadtrichteramts Zürich ein, wonach die Anforderungen an das Verfahren gemäss Art. 3 des Konkordats über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche erfüllt seien. Gleichzeitig wies sie auf § 214 ZPO ZH hin, wonach auf Geldleistung und Sicherheitsleistung gerichtete rechtskräftige Entscheide der Verwaltungsinstanzen des Kantons Zürich und seiner Gemeinden hinsichtlich der Rechtsöffnung vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen (Art. 80 Abs. 2 SchKG) gleichgestellt sind. Die Voraussetzungen für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung gestützt auf die Bussenverfügung vom 11. November 1997 sind damit erfüllt. Nachdem diese Verfügung dem Rekursgegner nachgewiesenermassen zugestellt wurde und in Rechtskraft erwuchs, ist auf seine materiellen Einwände gegen die Busse nicht mehr einzugehen. Der Schuldner hätte diese innerhalb der Einsprachefrist geltend machen müssen.

b) Die Rekurrentin setzte indessen richtigerweise nicht den gesamten, in der Bussenverfügung festgesetzten Betrag in Betreibung, sondern lediglich die Verfahrensgebühren, weil die Busse von Fr. 80.-- verjährt ist. Die Verfahrensgebühr beträgt indessen lediglich Fr. 225.--. Für die zusätzlich in Betreibung gesetzte Mahngebühr liegt kein Titel für die definitive Rechtsöffnung vor. Zwar reichte die Rekurrentin zusammen mit der Bussenverfügung einen Anhang ein, in dem der Gebüsste ausdrücklich auf Mahnspesen von Fr. 10.-- pro Mahnung hingewiesen wird. Es liegt aber keine Mahnung im Recht. Rechtsöffnung kann daher von vornherein nur für Fr. 225.-- erteilt werden.

3. a) Bezüglich der Verfahrensgebühren erwog die Vorinstanz zu Recht, der Schuldner habe weder Tilgung noch Stundung oder Verjährung im Sinn von Art. 81 SchKG geltend gemacht. Sie verweigerte die Rechtsöffnung aber trotzdem, weil die in Betreibung gesetzte Forderung verjährt sei. In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung sei das Steuergesetz des Kantons Zürich (§ 131 StG ZH) heranzuziehen und auf die dort erwähnte Verjährungsfrist von fünf Jahren abzustellen.

Die Rekurrentin machte geltend, die in Betreibung gesetzten Gebühren seien nicht mit Steuerforderungen vergleichbar. Es sei daher nicht sachgerecht, auf die im Steuerrecht geltende Verjährungsfrist abzustellen. Viel näher liege es, auf die für städtische Gebühren geltende Regelung abzustellen.

b) Die Vorinstanz hielt dafür, die Verjährung müsse von Amtes wegen beachtet werden. Diese Regelung bezwecke den Schutz des Privaten gegenüber den Verwaltungsbehörden, die ihrer Aufgabe zur Geltendmachung der Forderung nicht nachgekommen seien. Diese Auffassung entspricht der Praxis des Bundesgerichts, wonach der Frage der Verjährung von Amtes wegen

nachzugehen ist, sofern der Staat als Gläubiger auftritt. Lediglich zum Nachteil des den Staat belangenden Bürgers ist die Verjährung nicht von Amtes wegen zu prüfen (BGE 111 Ib 227 f.; Gadola, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, in: AJP 1995 S. 50). In der Lehre wird diese Praxis gutgeheissen; es finden sich aber auch kritische Stimmen, die verlangen, die Verjährung sei nur auf Einrede hin zu prüfen (vgl. Gadola, S. 51 Anm. 46). Zudem wird für das zürcherische Recht im Zusammenhang mit Gerichtskostenforderungen die Auffassung vertreten, weil § 205 GVG ZH auf das OR hinweise, müsse auch Art. 142 OR zur Anwendung gelangen, wonach die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden dürfe (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 205 N 2). Die Frage kann hier offen gelassen werden, weil die Verjährung ohnehin nicht eingetreten ist.

c) aa) Es gilt auch ohne besondere gesetzliche Bestimmung der ungeschriebene Rechtsgrundsatz, dass öffentlich-rechtliche Ansprüche - sowohl solche des Gemeinwesens gegenüber den Bürgern als auch solche des Bürgers an das Gemeinwesen - der Verjährung unterliegen (Gadola, S. 48). Sofern der massgebende öffentlich-rechtliche Erlass keine Verjährungsfristen enthält, sind die gesetzlichen Fristenregelungen anderer Erlasse für verwandte Ansprüche heranzuziehen. Dabei ist in erster Linie auf die Ordnung zurückzugreifen, die das öffentliche Recht für verwandte Fälle aufstellte. Beim Fehlen entsprechender gesetzlicher Vorschriften muss die Verjährungsfrist nach allgemeinen Grundsätzen festgelegt werden. Primär ist aber auf diejenigen Verjährungsregeln abzustellen, die der anwendbare Erlass selbst für vergleichbare Ansprüche aufstellt (BGE 112 Ia 262 f.). Im Zusammenhang mit einer Gebührenforderung, die im kommunalen öffentlichen Recht umschrieben ist, muss somit zunächst nach verwandten kommunalen Verjährungsvorschriften gesucht und abgeklärt werden, ob solche Normen für vergleichbare Sachverhalte exis-

tieren. Steht fest, dass keine Verjährungsbestimmungen in sachverwandten kommunalen Erlassen analog herangezogen werden können, ist zu untersuchen, ob das kantonale Recht Verjährungsvorschriften enthält, die auf den strittigen Fall anwendbar sind. Ist auch dies nicht der Fall, ist die Verjährungsfrist nach allgemeinen Grundsätzen festzulegen (Gadola, S. 49).

bb) Es ist unbestritten, dass weder die kantonale Verordnung über die Gebühren der Gemeindebehörden des Kantons Zürich noch eine kommunale Ordnung der Stadt Zürich die Verjährung von Gebührenforderungen ausdrücklich regeln. Die Vorinstanz erachtete daher in Anlehnung an das Steuergesetz des Kantons Zürich eine Verjährungsfrist von fünf Jahren als massgeblich. Die Rekurrentin hielt dem entgegen, die Aufnahme- und Taxordnung für die Stadtspitäler Waid und Triemli sowie das Reglement über die Abgabe elektrischer Energie durch das Elektrizitätswerk würden der Gebührenordnung näher liegen als Steuern, die voraussetzungslos geschuldet seien. Die Taxordnung für die Stadtspitäler sehe eine zehnjährige Verjährungsfrist vor, und das Reglement für die Abgabe elektrischer Energie weise auf die Bestimmungen des OR hin. Diese Auffassung ist zumindest insofern zutreffend, als die analoge Heranziehung dieser Erlasse sicher näher liegt als der Vergleich mit dem kantonalen Steuergesetz: Bei dem von der Rekurrentin geltend gemachten Anspruch handelt es sich um eine Gebühr, die - anders als Steuern - nicht voraussetzungslos geschuldet ist, sondern als Entgelt für eine bestimmte staatliche Leistung erhoben wird (vgl. Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2.A., § 55 N 8, 18, 21; Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3.A., N 2042, 2072).

cc) Indessen liegt eine andere gesetzliche Grundlage - falls sie nicht ohnehin direkt anwendbar wäre - wesentlich

näher als die von der Rekurrentin erwähnten städtischen Regelemente:

Bei der in Betreibung gesetzten Forderung handelt es sich um eine Gerichtsgebühr des Stadtrichteramts Zürich. Für kommunale Instanzen gilt zwar die Verordnung des Regierungsrats des Kantons Zürich über die Gebühren der Gemeindebehörden (vgl. Hauser/Schweri, § 202 GVG N 36) und gestützt auf deren § 3 letztlich die kommunale Gebührenordnung. Die Kompetenz des Polizeirichteramts zur Untersuchung und Beurteilung von Übertretungen liegt indessen in § 74 Abs. 1 GVG begründet (Hauser/Schweri, § 74 GVG N 13 f.). Die Gemeindebehörden (Gemeinderäte) - und in den Städten Winterthur und Zürich die Polizeirichterämter - verfolgen und beurteilen die Übertretungen des kommunalen, kantonalen und eidgenössischen Rechts mit einer Bussenkompetenz von höchstens Fr. 500.-- (Hauser/Schweri, § 74 GVG N 13 und 17 f.). Aus diesem Grund ist für Gerichtsgebühren, die das Polizeirichteramt gestützt auf seine Kompetenz gemäss § 74 Abs. 1 GVG festsetzt, § 205 GVG direkt oder analog anzuwenden. Nach dieser Bestimmung unterliegen Gerichtskostenforderungen der zehnjährigen Verjährung gemäss dem Obligationenrecht. Die Anwendbarkeit von § 205 GVG hier zu verneinen, würde zum widersprüchlichen Ergebnis führen, dass die Frage der Kostenverjährung unter Umständen je nach der Bussenkompetenz bei einem Entscheid des Statthalteramts (Bussen über Fr. 500.--) anders zu beurteilen wäre als bei einer Bussenverfügung des Polizeirichteramts, da bezüglich einer Verfügung des Statthalteramts ohne Zweifel § 205 GVG anwendbar ist.

Die hier getroffene Lösung entspricht im Übrigen der Tendenz, dass mit Bezug auf Gebühren der Strafbehörden grundsätzlich die zehnjährige Frist des OR für anwendbar erachtet wird (vgl. Art. 265 StPO SG, Art. 241 StPO AR, Art. 170 Abs. 2 StPO AI, § 378 StPO SH, Art. 430 StrV BE, Art. 205 Abs. 3 StPO FR,

§ 392 StPO JU, § 147 GOG SZ; Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 63 N 3).

dd) Die Verjährungsfrist beginnt mit der Fälligkeit der Forderung zu laufen (Hauser/Schweri, § 205 GVG N 1). Die Verfügung des Stadtrichteramts Zürich datiert vom 11. November 1997 und erwuchs am 22. Dezember 1997 in Rechtskraft. Die zehnjährige Verjährungsfrist ist damit zum heutigen Zeitpunkt nicht eingetreten. Für die Forderung von Fr. 225.-- ist daher definitive Rechtsöffnung zu erteilen.

Obergericht, 18. Mai 2005, BR.2005.27

---

24. **Beginn der Rechtsmittelfrist gegen ein Konkursdekret; Verfügungsberechtigung zur Zahlung trotz Konkurseröffnung** (Art. 174 Abs. 1 und 2, 204 Abs. 1 SchKG)

---

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann das obere Gericht die Konkurseröffnung 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 ist, der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist, oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet.

a) Vorab ist zu prüfen, ob die am 11. April 2005 erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig innerhalb der Rechtsmittelfrist gemäss Art. 174 Abs.1 Satz 1 SchKG erfolgte:

Der Konkurs wurde von der Vorinstanz am Freitag, dem 18. März 2005 eröffnet. Massgebend für den Beginn der Rechts-

mittelfrist ist nicht die Eröffnung des Konkurses (so aber wohl Giroud, Basler Kommentar, Art. 174 SchKG N 11), sondern der Zeitpunkt der schriftlichen Mitteilung an die Parteien (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 174 N 7). Diese Lösung ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG, der davon spricht, der Entscheid des Konkursgerichts könne innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung weitergezogen werden. Hätte der Gesetzgeber die Rechtsmittelfrist ab der Eröffnung des Konkurses laufen lassen wollen, so hätte dies im Gesetzestext Niederschlag finden müssen, indem die fragliche Bestimmung so formuliert worden wäre, dass der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen nach der Konkurseröffnung weitergezogen werden könne. Keinen Zweifel am Willen des Gesetzgebers lassen auch die Materialien: In der bundesrätlichen Botschaft ist vom Beginn der Rechtsmittelfrist bereits ab der Konkurseröffnung keine Rede (BBl 1991 III 112); auch im Parlament sowie in dessen Kommissionen war der Entwurf des Bundesrates unbestritten, und es wurde diesem in den Räten ohne Diskussion zugestimmt (Amtl. Bull. NR 1993 S. 32 und Amtl. Bull. SR 1993 S. 649). Schliesslich ist festzustellen, dass ein Beginn der Frist für den Weiterzug ab der Eröffnung des Konkurses in offenkundigem Widerspruch zum sonstigen Rechtsmittelsystem stünde: Sowohl das Bundesrecht als auch das kantonale Recht knüpfen im formellen Schuldbetreibungs- und Konkurs- sowie im Zivilprozessrecht für den Beginn des Fristenlaufs generell auf die Zustellung und nicht die Fällung des Entscheids ab (Art. 17 Abs. 2 SchKG; Art. 54 Abs. 1, 69 Abs. 1, 77 Abs. 2, 89 Abs. 1 OG; §§ 225 Abs. 1 und 238 Abs. 1 ZPO; vgl. § 107 ZPO). Lediglich in den Schlichtungsverfahren beginnt die Frist zur Einreichung der Weisung mit dem Tag der Schlichtungsverhandlung und nicht dem Tag der allenfalls erst später erfolgten Zustellung der Weisung zu laufen (§§ 125 und 44 Abs. 2 i.V.m. 125 ZPO); dies ist aber kein Argument gegen den Fristenlauf bei Art. 174 SchKG ab der Zustellung des Entscheids, stellt doch die Weisung

keinen anfechtbaren Entscheid dar. Ausserdem weisen die Friedensrichter und Schlichtungsbehörden - mindestens die mit dem kantonalen Recht nicht vertrauten Parteien - regelmässig auf diese Besonderheit hin.

b) Wenn die angefochtene Verfügung am Freitag, dem 18. März 2005 spediert wurde, wurde sie am Montag, dem 21. März 2005 zugestellt, denn eingeschriebene Postsendungen werden am Samstag nicht verteilt (www.post.ch; Versand Inland; Briefe; Lettre Signature und Lettre Assurance); eine spätere Inempfangnahme wurde von der Rekurrentin nicht geltend gemacht. Der 21. März 2005 lag bereits innerhalb der Oster-Betreibungsferien (Ostern: 27. März 2005), was insofern unbedenklich ist, als die Mitteilung der Konkurseröffnung keine Betreibungshandlung darstellt, die in den Betreibungsferien nicht vorgenommen werden dürfte (BGE 120 Ib 250). Indessen führt die Zustellung während der Betreibungsferien dazu, dass die Rechtsmittelfrist nach Massgabe von BGE 121 III 284 f. erst am ersten Tag nach Ablauf der Ferien und damit am 4. April 2005 zu laufen begann und folglich bis zum 14. April 2005 dauerte. Demgemäss erfolgte die erwiesenermassen am 11. April 2005 erfolgte Tilgung der Konkursforderung rechtzeitig.

2. Angesichts der Rechtzeitigkeit der Tilgung der Konkursforderung ist lediglich der guten Ordnung halber darauf hinzuweisen, dass die Auffassung der Rekurrentin, sie sei erst ab dem Zeitpunkt, in welchem dem Rekurs die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, zur Zahlung der Konkursforderung berechtigt, unzutreffend ist: Die Überlegung beruht wohl darauf, dass das verwertbare Vermögen des Schuldners gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG mit der Konkurseröffnung durch die erste Instanz mit dem Konkursbeschlag belegt wird und entsprechend Rechtshandlungen, die der Schuldner nach der Konkurseröffnung in bezug auf Vermögens-

stücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, gegenüber den Konkursgläubigern ungültig sind. Wäre es allerdings die Idee des Gesetzgebers gewesen, dass der Schuldner nach der erstinstanzlichen Konkurseröffnung die Konkursforderung nicht mehr ohne weiteres tilgen dürfte, hätte er dem gegen das Konkurserkenntnis zustehenden Rechtsmittel von Gesetzes wegen den Suspensiveffekt verleihen müssen; andernfalls macht es jedenfalls keinen Sinn, in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG ohne weitere Einschränkung zu bestimmen, dass die Konkurseröffnung aufgehoben werde, wenn neben dem Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit die Tilgung der Schuld bewiesen werde. Bezüglich der Tilgung der Konkursforderung verhält es sich demnach gleich wie mit dem Kostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren: Auch diesbezüglich bezieht sich der fehlende Suspensiveffekt bzw. die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung nicht auf die Befugnis des Schuldners, einen Kostenvorschuss für das zweitinstanzliche Verfahren zu zahlen und diesen Vorschuss seinem Vermögen zu entnehmen (RBOG 2000 Nr. 23). Für beide Forderungen gilt somit, dass der Schuldner auch bei nicht erteilter aufschiebender Wirkung berechtigt ist, zur Zahlung auf sein im Übrigen mit dem Konkursbeschlag belegten Vermögen zu greifen. Bezüglich des Kostenvorschusses scheint dies übrigens auch die Auffassung der Rekurrentin zu sein, zahlte sie diesen doch, ehe ihr die aufschiebende Wirkung erteilt wurde.

Obergericht, 18. April 2005, BR.2005.26

Das auf staatsrechtliche Beschwerde hin ergangene Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juli 2005 befasste sich mit diesen Punkten nicht.

25. **Frist für das Rechtsmittel gegen ein Konkursschlusserkenntnis; ein Nachlassvertrag kann bis zu dessen Rechtskraft eingereicht werden** (Art. 174 Abs. 1, 268 Abs. 2, 332 SchKG)

1. Über den Schuldner wurde der Konkurs eröffnet und das Konkursverfahren nach dessen Durchführung vom Gerichtspräsidium am 9. September 2005 geschlossen. Der Schuldner erhob Rekurs und beantragte, es sei ihm der Vorschlag für einen Nachlassvertrag gemäss Art. 232 SchKG zu bewilligen. Am 10. November 2005 reichte er dem Obergericht einen Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich ein.

2. Gemäss Art. 261 SchKG stellt die Konkursverwaltung nach Eingang des Erlöses der ganzen Konkursmasse und nachdem der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen ist die Verteilungsliste und die Schlussrechnung auf. Nach der Verteilung legt die Konkursverwaltung dem Konkursgericht einen Schlussbericht vor (Art. 268 Abs. 1 SchKG). Findet das Gericht, dass das Konkursverfahren vollständig durchgeführt sei, so erklärt es dasselbe für geschlossen (Art. 268 Abs. 2 SchKG).

3. a) Der Entscheid des Konkursgerichts gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung an das obere Gericht weitergezogen werden. Die Parteien können dabei neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind.

b) In ihrer Rechtsmittelbelehrung in der angefochtenen Verfügung bezeichnete die Vorinstanz den Rekurs mit einer Frist von 20 Tagen als das zulässige Rechtsmittel. Weil es sich beim Konkursschlusserkenntnis jedoch zum einen um einen Ent-

scheid des Konkursgerichts und zum andern um das Gegenstück zum Entscheid über die Konkurseröffnung handelt, gilt auch hier die zehntägige Rechtsmittelfrist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG (Staehelin, Basler Kommentar, Art. 268 SchKG N 8).

4. a) Gemäss Art. 332 Abs. 1 SchKG begutachtet die Konkursverwaltung den Vorschlag zuhanden der Gläubigerversammlung, wenn ein Schuldner, über welchen der Konkurs eröffnet ist, einen Nachlassvertrag vorschlägt. Die Verhandlung über denselben findet frühestens in der zweiten Gläubigerversammlung statt. Die Art. 302-307 und Art. 310-331 SchKG (Gläubigerversammlung und Nachlassvertrag) gelten sinngemäss. An die Stelle des Sachwalters tritt jedoch die Konkursverwaltung. Die Verwertung wird eingestellt, bis der Nachlassrichter über die Bestätigung des Nachlassvertrags entschieden hat (Art. 332 Abs. 2 SchKG). Gemäss Art. 332 Abs. 3 SchKG wird der Entscheid über den Nachlassvertrag der Konkursverwaltung mitgeteilt. Lautet derselbe auf Bestätigung, so beantragt die Konkursverwaltung beim Konkursgericht den Widerruf des Konkurses.

Im System des SchKG stellt der Nachlassvertrag eine Massnahme zur Vorbeugung des Konkurses dar. Das Nachlassverfahren wird im Allgemeinen vor der Konkurseröffnung durch ein Gesuch um Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG eingeleitet. Dennoch hat der Gesetzgeber die Möglichkeit vorgesehen, einen Nachlassvertrag auch nach der Konkurseröffnung abzuschliessen. Den Gläubigern können alle Arten von Nachlassverträgen vorgeschlagen werden. Es kann sich um einen ordentlichen Nachlassvertrag (Stundungs- oder Dividendenvergleich) oder einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung handeln. Der Schuldner im Konkurs darf unabhängig von den Umständen, welche zum Konkurs geführt haben, mit seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag abschliessen. Für den im Konkurs vorgeschlage-

nen Nachlassvertrag sieht das Gesetz keine Nachlassstundung vor, weil der Konkurs die laufenden Betreibungen schon unterbrochen hat. Zudem wurden die der Bestätigung des Nachlassvertrags vorausgehenden Handlungen (Erstellung einer Bilanz, einer Betriebsrechnung und eines Inventars) schon durch die Konkursverwaltung vorgenommen, so dass die Masseaktiven und -passiven bereits bekannt sind, wenn sich die Gläubiger zum Nachlassvertragsentwurf äussern müssen. Demzufolge muss der Gläubiger, was sinngemäss auch für den Schuldner gilt, welcher einen Nachlassvertrag im Konkurs vorschlägt, seinem Gesuch die in Art. 293 Abs. 1 SchKG aufgezählten Unterlagen nicht beifügen; der Nachlassvertragsentwurf genügt (Winkelmann/Lévy/Jeanneret/Merkt/Birchler, Basler Kommentar, Art. 332 SchKG N 1, 2, 4, 9; vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 332 N 11).

b) Mit dem durch den Rekurrenten in seiner Vernehmlassung eingereichten Entwurf für einen Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich zwischen ihm und seinen Gläubigern sind die Voraussetzungen für ein Nachlassverfahren im Konkurs gemäss Art. 332 SchKG grundsätzlich erfüllt. Weder sind - wie im ordentlichen Nachlassverfahren - weitere Unterlagen nötig, noch haben die Konkursgerichte die Aussichten des Nachlassvertrags zu prüfen. Es wird demzufolge den Gläubigern obliegen zu entscheiden, ob sie den ihnen unterbreiteten Nachlassvertrag annehmen wollen; immerhin können die Erst- und Zweitklassgläubiger offensichtlich vollumfänglich befriedigt werden, während die Drittklassgläubiger aller Voraussicht nach eine Befriedigung im Umfang von 3,87% erhalten. Danach wird der Nachlassrichter über die Bestätigung des Nachlassvertrags entscheiden (Art. 332 Abs. 2 SchKG).

aa) Soweit der Rekursgegner unter Hinweis auf Art. 332 und 252 SchKG darauf hinweist, der Nachlassvertrag sei verspätet eingereicht worden, kann ihm nicht gefolgt werden.

Zunächst sieht das Gesetz keine Fristen vor, innerhalb welcher ein Nachlassvertrag vorgeschlagen werden muss. Gemäss Art. 195 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Ziff. 3 SchKG kann der Widerruf des Konkurses gestützt auf einen Nachlassvertrag bis zum Schluss des Verfahrens verfügt werden. Diese Erkenntnis widerspricht Art. 332 Abs. 1 zweiter Satz SchKG nicht, wonach frühestens in der zweiten Gläubigerversammlung über einen vorgeschlagenen Nachlassvertrag verhandelt wird. Diese Bestimmung äussert sich zum einen nur zur Behandlung des Vertragsentwurfs (wobei auch hier weder dem SchKG noch der KOV zu entnehmen ist, in welchem Zeitpunkt diese Versammlung einberufen werden muss), nicht aber zu dessen (Zeitpunkt für eine) Einreichung; zum andern ist eine Behandlung nach der zweiten Gläubigerversammlung ausdrücklich möglich (Art. 332 Abs. 1 SchKG). Auch Art. 252 SchKG kann, entgegen der Meinung des Rekursgegners, wonach der Gesetzgeber habe verbieten wollen, nach der zweiten Gläubigerversammlung noch Nachlassverträge vorzuschlagen, nichts Derartiges entnommen werden. Art. 252 Abs. 2 SchKG hält lediglich fest, in der Einladung zur zweiten Gläubigerversammlung müsse ausdrücklich angezeigt werden, sofern in dieser Versammlung über einen Nachlassvertrag verhandelt werden soll. Dabei ist jedoch festzuhalten, dass, wenn der Nachlassvertrag nach der zweiten Gläubigerversammlung vorgeschlagen wird, eine dritte Gläubigerversammlung einberufen werden muss, wobei gemäss der Rechtsprechung (BGE 48 III 135 f.) in einem solchen Fall der Konkursit oder der Gläubiger, welcher den Nachlassvertrag vorschlägt, den Kostenvorschuss leisten muss (Winkelmann/Lévy/Jeanneret/Merkt/Birchler, Art. 332 SchKG N 11; Bürgi, Basler Kommentar, Art. 252 SchKG N 14). Hier kommt überdies dazu, dass im summarischen Konkursverfahren gar keine Gläubigerversammlung stattfindet (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG). Schlägt der Gemeinschuldner im summarischen Verfahren einen Nachlassvertrag vor, ist eine Gläubigerversammlung einzuberufen, wenn er die Kosten dafür vorschiesst (Art. 96 lit. a KOV). Damit ist erstellt,

dass grundsätzlich während der ganzen Dauer des Konkursverfahrens ein Nachlassvertrag vorgeschlagen werden kann.

bb) Ausserdem spricht nichts dagegen, einen Nachlassvertragsentwurf auch nach dem Schluss des Konkursverfahrens zuzulassen, solange der Entscheid des Konkursgerichts noch nicht rechtskräftig ist. Zum einen ist das Konkursverfahren erst tatsächlich und definitiv beendet, wenn das Schlusserkenntnis rechtskräftig ist, wobei der Gesetzgeber verschiedene Tatbestände vorbehalten hat, bei denen das Konkursamt nach dem Schlusserkenntnis weiter tätig bleibt oder wieder tätig wird (Nachkonkurs gemäss Art. 269 SchKG, auf Weisung der Aufsichtsbehörde hin [vgl. Staehelin, Art. 268 SchKG N 9]). Zum andern kann die Tatsache, dass die Verteilung bereits abgeschlossen ist, keine Rolle spielen, weil die Konkursverwaltung bis zum Entscheid der Gläubigerversammlung über den Entwurf des Nachlassvertrags ungeachtet des unklaren Wortlauts von Art. 332 Abs. 2 zweiter Satz SchKG nach freiem Ermessen entscheidet, ob die Verwertungshandlungen ganz oder teilweise einzustellen sind (Winkelmann/Lévy/Jeanneret/Merkt/Birchler, Art. 332 SchKG N 15). Ausserdem ist auch keine Gefährdung der Gläubiger oder des Staates ersichtlich. Wenn nämlich die Gläubiger nicht überzeugt sind, dass sie finanziell mit dem Nachlassvertrag besser fahren, werden sie diesem nicht zustimmen. Die zusätzlich entstehenden Kosten muss bekanntlich der Konkursit vorschiessen. Offensichtlich liegt das Zustandekommen eines Nachlassvertrags somit im Interesse aller Beteiligten, wird der Schuldner doch nicht als Konkursit gebrandmarkt, und die Gläubiger erhalten offensichtlich mehr.

cc) Nach Abschluss des Verfahrens ist das Gerichtspräsidium sodann gehalten, die in Art. 176 Abs. 1 SchKG genannten Behörden über den Ausgang des Verfahrens unverzüglich zu informieren.

Obergericht, 28. November 2005, BR.2005.84

26. Hinterlegung des geschuldeten Betrags beim Betreibungsamt statt beim Obergericht (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2, 32 Abs. 2 SchKG)

1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann das obere Gericht die Konkurseröffnung 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 ist (Ziff. 1), der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist (Ziff. 2) oder der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet (Ziff. 3).

2. Die Vorinstanz berechnete die Schuld samt Zinsen und Kosten mit Fr. 12'132.80. Damit erweist sich die am 13. Juni 2005 erfolgte Hinterlegung von Fr. 12'300.-- bezüglich ihrer Höhe als ausreichend. Allerdings verlangt Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ausdrücklich die Hinterlegung beim Obergericht und nicht - wie hier erfolgt - beim Betreibungsamt. Es ist daher zu prüfen, ob die Hinterlegung gleichwohl als gültig zu beurteilen ist.

Gemäss Giroud (Basler Kommentar, Art. 174 SchKG N 22) hat der Schuldner darauf zu achten, dass er den geschuldeten Betrag beim oberen Gericht und nicht anderswo hinterlegt, weil dies nicht genügen würde. Zur Begründung dieses Standpunkts wird auf Brönnimann (Novenrecht und Weiterziehung gemäss Art. 174 E SchKG, in: Festschrift für Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, S. 450) hingewiesen, der diese Auffassung seinerseits auf die Ausführungen von Fritzsche/Walder (Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3.A., Bd. II, S. 44) zu Art. 172 Ziff. 3 SchKG abstützt. Indessen befassen sich diese beiden Autoren soweit ersichtlich weder am angegebenen noch an ei-

nem anderen Ort mit dieser Frage. Vor diesem Hintergrund kann der Auffassung von Brönnimann und Giroud von vornherein keine überragende Bedeutung zukommen, zumal diese - abgesehen vom allerdings unzutreffenden Hinweis auf die Begründung bei Fritzsche/Walder - ihren apodiktischen Standpunkt nicht begründen. Dies gilt erst recht, als nicht ausgeschlossen ist, dass Brönnimann und Giroud gar nicht an eine Hinterlegung beim Betreibungsamt dachten, sondern eine solche an einem x-beliebigen Ort nach dem Gutdünken des Schuldners vor Augen hatten. Hätten die Autoren an die Möglichkeit, dass ein Schuldner die Hinterlegung an das Betreibungsamt leisten könnte, gedacht, so wäre darauf wohl mit einiger Wahrscheinlichkeit hingewiesen und allenfalls ein differenzierter Standpunkt formuliert worden. Das Obergericht jedenfalls erachtet es als einzig angemessen, bei einer Hinterlegung beim Betreibungsamt Art. 32 Abs. 2 SchKG sinngemäss heranzuziehen; diese Bestimmung statuiert die Pflicht zur Weiterleitung einer an die unzuständige Behörde gerichteten Eingabe an die zuständige Amtsstelle, wobei in diesem Fall die Frist als gewahrt gilt. Es ist nicht einzusehen, weshalb diejenige Partei, die zwar ihre Rechtsmittelschrift gegen eine erstinstanzliche Konkurseröffnung bei einer unzuständigen Behörde einreicht, aber die Hinterlegung korrekt beim Obergericht leistet, besser gestellt sein sollte als die, welche die Rechtsschrift am richtigen Ort einreicht, dafür aber den geschuldeten Betrag am falschen Ort hinterlegt. Entscheidend kann im einen wie im anderen Fall nur sein, dass sich aus der an die unzuständige Behörde gerichteten Eingabe beziehungsweise bei der dort geleisteten Hinterlegung klar ergibt, welches die zuständige Behörde ist (vgl. BGE 127 III 567 ff.). Unter diesen Umständen muss im einen wie im anderen Fall die Pflicht zur Überweisung greifen, zumal weder die Sicht des Gläubigers noch prozessuale Überlegungen etwas anderes gebieten. Weil das Betreibungsamt davon Kenntnis hatte, dass in seiner Betreibung durch die erste Instanz der Konkurs über die Rekurrentin eröffnet wurde, musste ihm auch fraglos klar sein, dass die Hinterlegung durch die

Rekurrentin nur gestützt auf Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ergehen konnte und daher das Obergericht zuständige Amtsstelle wäre. Demzufolge muss mit der Hinterlegung der Fr. 12'300.-- beim Betreibungsamt die Schuld als wirksam hinterlegt gelten. Falls der Rekurs gutgeheissen wird, müsste unter diesen besonderen Umständen das Betreibungsamt angewiesen werden, jenen Betrag zur Tilgung der Schuld einschliesslich Zinsen und Kosten zu verwenden, denn die Rekurrentin bestritt ihre Schuldpflicht nicht.

Obergericht, 25. Juli 2005, BR.2005.51

---

27. **Der Beklagte kann im Prozess um abgetretene Ansprüche nicht geltend machen, die Kollozierung der klägerischen Forderung im Konkurs sei zu Unrecht erfolgt** (Art. 250, 260 SchKG)

---

1. Die Berufungsbeklagte macht gegenüber den Gläubigern, die sich Ansprüche der Masse abtreten liessen, geltend, die klägerische Forderung sei zu Unrecht kolloziert worden.

2. Anders als die Berufungsbeklagte vermag das Obergericht aus BGE 111 II 81 ff. nicht herauszulesen, dass ihr im Verfahren der paulianischen Anfechtung die Einrede des Nichtbestehens der Konkursforderungen der beiden klagenden Gläubiger zustehen soll. Das Bundesgericht hielt zu dieser Frage fest, das Recht zur Anfechtung eines Kollokationsplans sei gemäss Art. 249 und Art. 250 SchKG den Konkursgläubigern vorbehalten; einem Drittschuldner stehe es nur zu, wenn er zugleich Gläubiger sei und im Konkurs als solcher auftrete. Die Rechtsprechung habe es freilich zugelassen, auf einen rechtskräftigen Kollokationsplan zurückzu-

kommen. Dies gelte insbesondere, wenn sich herausstelle, dass eine Forderung offensichtlich zu Unrecht oder nicht kolloziert worden sei, ein Rechtsverhältnis sich seit der Kollokation geändert habe oder neue Tatsachen eine Revision rechtfertigen würden. Auch eine nachträgliche Änderung des Kollokationsplans habe indessen keine über den Konkurs hinausgehenden Rechtswirkungen, weil es im Kollokationsverfahren nicht um den Bestand einer Forderung, sondern bloss darum gehe, inwieweit angemeldete Gläubigeransprüche bei der Verteilung der Aktivmasse zu berücksichtigen seien. Ein Dritter habe darauf keinen Einfluss; falls er Schuldner der Konkursmasse sei, könne er sich daher seiner Verpflichtung gegenüber der Masse nicht mit dem Einwand entziehen, dass er von einem Nichtberechtigten belangt werde, weil dessen Konkursforderung zu Unrecht kolloziert worden sei. In einem nicht veröffentlichten Urteil aus dem Jahr 1982 sei allerdings beiläufig angenommen worden, der Bestand einer kollozierten Forderung dürfe in einem Abtretungsprozess nachgeprüft werden. In anderen Fällen sei das Bundesgericht dagegen stets davon ausgegangen, der Beklagte könne in einem solchen Prozess seine Schuldpflicht gegenüber der Masse nicht mit Einwendungen gegen den Kollokationsplan bestreiten, weil sich daraus ergebe, wer Konkursgläubiger sei, und zwar mit welchem Betrag, in welchem Rang und mit welchen Vorzugsrechten. Mit dem Kollokationsplan stehe auch fest, wer überhaupt die Abtretung eines Prozessführungsrechts nach Art. 260 SchKG verlangen könne, denn das Recht auf Abtretung folge aus der Stellung des Gläubigers im Konkurs und bestehe unabhängig davon, ob eine Forderung zu Recht kolloziert worden sei oder nicht; es gehe daher nicht an, den Bestand der Forderung gegen die Konkursmasse im Abtretungsprozess nachprüfen zu wollen (BGE 111 II 84 f.).

Die Interpretation der Berufungsbeklagten findet auch in der Literatur keine Stütze: Sowohl Amonn/Walther (Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7.A., § 47 N 55) als

auch Berti (Basler Kommentar, Art. 260 SchKG N 62 f.) ziehen aus dem einschlägigen Bundesgerichtsurteil einzig den Schluss, dass der "debitor cessus" die Konkursforderung des Abtretungsgläubigers oder die Kollokationsverfügung darüber nicht in Frage stellen kann. Wäre das Bundesgericht der Auffassung gewesen, dass in gewissen Situationen die Konkursforderung oder die Kollokationsverfügung durchaus angefochten werden könne, so hätte es in seinem breit ausgelegten Überblick über seine Rechtsprechung auf eine theoretisch denkbare Ausnahme hingewiesen oder die Frage mindestens teilweise offen gelassen. Dies erfolgte indessen gerade nicht; vielmehr wurde das nicht veröffentlichte Urteil aus dem Jahr 1982 gewissermassen als "Ausreisser" dargestellt und einer stattlichen Zahl von Urteilen gegenüber gestellt, die durchwegs zu einem anderen Ergebnis gelangten. Insofern nützt der Berufungsbeklagten der Hinweis auf dieses unpublizierte Urteil nichts.

Obergericht, 7. April 2005, ZBO.2004.22

---

28. **Gehilfenschaft: Strafbarkeit von Alltagshandlungen oder berufstypischen Dienstleistungen** (Art. 25 StGB)

---

1. X liess sich von der als Taxifahrerin tätigen Berufungsklägerin nach A fahren, wo er die dortige Bank überfiel. Nach der Tat bestieg X wiederum das vor dem Bankgebäude wartende Taxi der Berufungsklägerin und wies diese an, wegzufahren.

2. Die Vorinstanz sprach die Berufungsklägerin der Gehilfenschaft zu Raub schuldig. Diese habe zumindest in Kauf genommen, dass der Haupttäter mit ihr als Taxifahrerin einen Raub

verübe, zumal sie genaue Kenntnis von dessen Absicht gehabt habe. Die Berufungsklägerin bestreitet die Erfüllung des objektiven Tatbestands nicht; sie macht aber geltend, den subjektiven Tatbestand nicht erfüllt zu haben.

3. a) Gemäss Art. 25 StGB kann milder bestraft werden, wer zu einem Verbrechen oder einem Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet. In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 25 StGB Vorsatz: Der Gehilfe weiss oder rechnet damit, eine bestimmt geartete Straftat zu unterstützen, und er will dies oder nimmt es in Kauf (BGE 121 IV 120). Sein Tatbeitrag ist jedoch untergeordneter Natur und für die Verwirklichung des Delikts nicht derart wesentlich, dass dieses mit ihm steht und fällt. Im Gegensatz zum Mittäter will der Gehilfe an der Verwirklichung der Haupttat nicht in massgebender Weise mitwirken, denn er sieht die Tat nicht als seine eigene (Forster, Basler Kommentar, Art. 25 StGB N 3). Umstritten ist, wie weit an und für sich harmlose Alltagsgeschäfte beziehungsweise berufstypische Dienstleistungen, die im Einzelfall aber der Förderung einer Straftat dienen, als Gehilfenschaft strafbar sein können: Das Bundesgericht nahm dazu bisher nicht abschliessend Stellung (BGE 120 IV 272); es behandelt die Frage als solche des subjektiven Tatbestands und begnügt sich mit der Feststellung, dass der Gehilfe nach Lage der Dinge von möglichen deliktischen Absichten des Täters gewusst oder sie doch in Kauf genommen haben müsse (BGE 121 IV 122 f.). Nach Auffassung von Stratenwerth kann dies nicht der entscheidende Gesichtspunkt sein: Wie schon die eigentliche Tathandlung, so stelle auch die Hilfeleistung zur Tat nur strafrechtlich relevantes Unrecht dar, wenn sie ein über das zulässige Mass hinausgehendes, unerlaubtes Risiko schaffe. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sei es kaum vertretbar, Alltagshandlungen, die mit dem Recht äusserlich in Einklang stünden, nur zu kriminalisieren, weil der Handelnde im Einzelfall mehr oder weniger zufällig wisse oder damit rechne, dass ein anderer sie zu

deliktischen Zwecken missbrauchen könnte. Ihr sozialer Sinn werde durch die Konventionen definiert, denen sie folgten. Anders dürfte es nur dort liegen, wo eine im Allgemeinen unverfängliche Handlung unter den gegebenen Umständen allein den Sinn haben könne, zur Begehung eines Delikts beizutragen, und der Gehilfe sich dessen bewusst sei (Schweizerisches Strafrecht, AT I, 2.A., § 13 N 115). Forster (Art. 25 StGB N 31 ff.) dagegen weist darauf hin, dass die Figur des erlaubten Risikos für sich allein betrachtet noch keine überzeugende Lösungen ermögliche. Die Frage, ob sich eine auf den ersten Blick harmlose Dienstleistung als sozialadäquat einstufen lasse, könne nicht ohne Würdigung der konkreten Umstände und insbesondere nicht ohne Rücksicht auf das Wissen und Wollen des Teilnehmers beurteilt werden. Bei näherer Betrachtung würden sich hinter der Problematik der harmlosen Alltagsgeschäfte Subsumtionsfragen des objektiven und insbesondere des subjektiven Beihilfetatbestands verstecken. Zwar möge es zulässig und sozialadäquat sein, Pfeffer zu verkaufen, nicht aber damit bewusst ein Vergehen oder Verbrechen zu unterstützen. Wer wisse und in Kauf nehme, dass der verkaufte Pfeffer nicht zum Würzen diene, sondern gezielt einem Opfer in die Augen verabreicht werden solle, könne genauso als Gehilfe strafwürdig und strafbar erscheinen wie derjenige, der wisse, dass dem Raubopfer (mit einem zur Verfügung gestellten Spray) Tränengas in die Augen gesprüht werden solle. Bei Alltagsgeschäften müsse die (ausnahmsweise) deliktische Verwendung für den Leistungserbringer naheliegend und erkennbar sein. Daher sei zu prüfen, wie alltäglich beziehungsweise harmlos die fragliche Ware oder Dienstleistung nach den Umständen und der nachvollziehbaren Sicht der Beteiligten erscheine.

b) Das Obergericht zieht die Auffassung Forsters derjenigen Stratenwerths vor. So überzeugt der Hinweis, wonach eine Beschränkung der Strafbarkeit für übliche Alltags- und Massengeschäfte über die Kriterien des objektiven und subjektiven Beihilfe-

tatbestands eher möglich erscheine als (allein) über die wenig justiziablen und kaum objektivierbaren Gesichtspunkte der Sozialadäquanz beziehungsweise des erlaubten Risikos, gerade auch aus praktischer Sicht (Forster, Art. 25 StGB N 37). Abgesehen davon setzt das Kriterium der Sozialadäquanz die Schwelle für die Strafwürdigkeit bei Alltagsgeschäften in der Tendenz zu hoch an. Das Verkaufen von Mineralwasser oder Pfeffer oder das Ausleihen eines Sackmessers etwa stellen wohl unstrittig sozial adäquate Handlungen dar (Stratenwerth, § 13 N 115; Forster, Art. 25 StGB N 31, 42): Wenn der Verkäufer oder der Verleiher bei solchen Geschäften - wenn auch nur zufällig - weiss oder lediglich in Kauf nimmt, dass der Käufer oder Entlehner mit der Mineralwasserflasche jemanden erschlagen, den Pfeffer zur Blendung des Raubopfers oder das Sackmesser zur Sachbeschädigung verwenden will, vermag aber nicht einzuleuchten, weshalb nach Stratenwerth (§ 13 N 115) hierin kein strafwürdiges Verhalten liegen soll. Auch wenn der Verkauf von Pfeffer sozial adäquat ist, ändert dies nichts daran, dass es nicht zulässig sein darf, damit bewusst ein Vergehen oder Verbrechen zu unterstützen. Schliesslich ist auch nicht unberücksichtigt zu lassen, dass die Auffassung Forsters näher bei der vom Bundesgericht angewandten rein subjektiven Betrachtungsweise liegt.

Letztlich ist im hier zu entscheidenden Fall aber gar nicht ausschlaggebend, welcher Auffassung gefolgt wird, denn auch Stratenwerth anerkennt, dass eine im Allgemeinen unverfängliche Handlung strafbar sein könne, wenn sie unter den gegebenen Umständen allein den Sinn haben könne, zur Begehung eines Delikts beizutragen und der Gehilfe sich dessen bewusst sei (§ 13 N 115). Nach der Auffassung des Obergerichts wusste die Berufungsklägerin schon frühzeitig um den Plan von X, und sie wollte mit ihrem Fahrdienst den geplanten Raub fördern. Die Taxifahrt hatte daher einzig den Sinn, den Haupttäter für die Begehung eines Raubs zu einer Bank zu führen und ihn vom Tatort wieder wegzu-

bringen. Eine ernsthafte andere Bedeutung ist nicht zu erkennen und konnte insbesondere auch durch die Berufungsklägerin nicht dargetan werden. Angesichts des direkten Vorsatzes der Berufungsklägerin kann auch die von Forster aufgeworfene Frage offen gelassen werden, ob bei "echten" Alltagshandlungen wie etwa beim Verkauf von Mineralwasser, bei Taxifahrten oder beim Verkauf von Blumen an einen Heiratsschwindler Eventualvorsatz ausgeschlossen und direkter Vorsatz gefordert werden sollte (Art. 25 StGB N 39). Immerhin ist festzustellen, dass sich diese Auffassung mit der geltenden Rechtslage wohl kaum in Einklang bringen lässt (vgl. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Art. 18 N 17).

Obergericht, 15. März 2005, SBO.2004.14

---

29. **Amtshandlung eines Polizeibeamten in seiner Freizeit; Verhältnismässigkeit einer Nacheile, um einen Strassenrowdy aus dem Verkehr zu ziehen** (Art. 32 StGB; Art. 90 Ziff. 2 SVG; § 68 Abs. 2 StPO)

---

1. a) Der Polizeibeamte X war während seiner Freizeit mit seinem Privatauto unterwegs, als ihm in A das Fahrzeug und die Fahrweise von Y auffielen (massiv zu geringer Abstand, ungenügendes Rechtsfahren, Überholen trotz Gegenverkehr). Der Polizeibeamte entschied sich, Y zu kontrollieren, und versuchte, mittels akustischer Warnvorrichtung und Lichthupe auf sich aufmerksam zu machen; zudem hielt er seinen Polizeiausweis hoch. Y reagierte nicht, sondern beschleunigte übermässig. Der Polizeibeamte folgte ihm mit derselben Geschwindigkeit von knapp 145 km/h. Beim Versuch, Y zu überholen, beschleunigte dieser erneut, worauf X eine Polizeipatrouille zur Unterstützung anforderte.

In B hielt Y sein Auto an, fuhr aber rückwärts wieder davon, als der Polizeibeamte aus seinem Wagen ausstieg. Auf der Weiterfahrt, wiederum gefolgt von X, missachtete Y mehrfach Stoppsignale und zeigte Richtungsänderungen nicht an. In C konnte die beigezogene Polizeipatrouille Y anhalten.

b) Y wurde wegen mehrfacher grober und einfacher Verletzung von Verkehrsregeln zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von drei Tagen und einer Busse von Fr. 1'000.-- rechtskräftig verurteilt.

c) Die Bezirksgerichtliche Kommission verurteilte den Polizeibeamten auf Einsprache hin wegen grober Verkehrsregelverletzung, nahm aber zufolge Verbotsirrtums von einer Bestrafung Umgang.

2. Im Berufungsverfahren ist die Erfüllung des Tatbestands der groben Verletzung von Verkehrsregeln zu Recht nicht mehr bestritten.

Der Berufungskläger setzte sich mit der von ihm geschaffenen Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer einzig im Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismässigkeit auseinander. Dabei stellte er fest, dass die Vorinstanz nur von einer abstrakten Gefährdung ausgegangen sei, woraus er ableitete, dass sein Vorgehen verhältnismässig gewesen sei. Für die Frage der Erfüllung des Tatbestands von Art. 90 Ziff. 2 SVG sind diese Ausführungen aber nicht von Belang.

3. Damit ist zu prüfen, ob das Vorgehen des Berufungsklägers, Y auf der Hauptstrasse von A nach C mit einer Geschwindigkeit von mindestens 120 km/h zu folgen, gerechtfertigt war.

a) Für die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 32 StGB, wonach die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, kein Verbrechen oder Vergehen darstellt, ist vorausgesetzt, dass sich der Berufungskläger zur Tatzeit im Dienst befand. Die Vorinstanz verneinte eine Dienstfahrt des Berufungsklägers mit dem Hinweis, dieser habe frei gehabt und sei von der vorgesetzten Dienststelle auch nicht zum Dienst aufgeboten worden.

b) Der Berufungskläger machte geltend, auch der Polizeikommandant habe bestätigt, dass er zur fraglichen Zeit im Dienst gewesen sei, und dass die Polizeibeamten entsprechend instruiert würden. Wenn die Vorinstanz annehme, ein Polizeibeamter sei nur im Dienst, wenn eine diesbezügliche Anordnung eines Vorgesetzten vorliege, sei dies daher offensichtlich falsch. Die Staatsanwaltschaft führte aus, der Berufungskläger habe sich gestützt auf § 68 Abs. 2 StPO "quasi im Dienst" befunden.

c) Das Obergericht geht mit der Vorinstanz einig, dass der Berufungskläger formell nicht im Dienst war. Er hatte frei und unterstand lediglich dem allgemeinen dienstrechtlichen Bereitschaftsgrad 1, der freien Aufenthalt erlaubt und nur die Erreichbarkeit über Telefon, Natel, Funk oder Telepager verlangt. Auf dieser Grundlage wäre der Berufungskläger nur im Dienst gewesen, wenn er gestützt auf § 34 des Dienstreglements der Kantonspolizei Thurgau, wonach die Mitarbeitenden bei Bedarf auch in ihrer Freizeit zum Dienst herangezogen werden können, alarmiert und aufgrund einer konkreten Anordnung in den Dienst beordert worden wäre (vgl. Ziff. 1.2 der Dienstvorschrift 0-1-044-E, "Erreichbarkeit" der Kantonspolizei Thurgau). Darüber hinaus verpflichtet § 68 Abs. 2 Satz 1 StPO die Angehörigen des Polizeikorps aber zur Anzeige aller Straftaten. Eine Einschränkung in dem Sinn, dass sich die Anzeigepflicht nur auf die eigentliche Dienst-, nicht aber die Freizeit bezieht, findet sich in dieser Be-

stimmung nicht, so dass die Praxis daraus zutreffend schliesst, ein Polizeibeamter sei auch ausserhalb seiner Dienstzeit - sei es auf der Fahrt von und zur Arbeit, sei es in der Freizeit - befugt, bei der Wahrnehmung strafbarer Handlungen einzuschreiten. Das Postulat der öffentlichen Sicherheit und von Ruhe und Ordnung sowie die Anzeigepflicht lassen es als unabdingbar erscheinen, dass ein Polizeibeamter auch ausserdienstlich zur Vornahme von Amtshandlungen befugt sein muss, wenn dies zur Erfüllung der Aufgaben und Pflichten nötig ist (Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 68 N 6). Demzufolge wechselt der Status eines Polizeibeamten, der zwar frei hat, in dieser Zeit aber eine Straftat feststellt, in jenen Fällen, in denen er sich nicht darauf beschränkt, eine Polizeipatrouille herbeizurufen, sondern selber die Amtshandlung vornehmen will (Zweidler, § 68 StPO N 6), automatisch und ohne weiteres von der Freizeit zur Dienstzeit. In dieser Konstellation bedarf es - anders als bei einer Alarmierung aufgrund eines der Bereitschaftsgrade - selbstverständlich keiner Anordnung durch einen Vorgesetzten. Hier ist offensichtlich, dass der Berufungskläger selber eine Amtshandlung vornehmen wollte, indem er vorhatte, Y zu kontrollieren. Erst nachdem die in diesem Verfahren zu beurteilende Nachfahrt mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h erfolgt war, rief der Berufungskläger über die Einsatzzentrale eine Patrouille zu Hilfe. Somit ist die Fahrt des Berufungsklägers als Dienstfahrt zu qualifizieren.

4. Gemäss Art. 32 StGB ist die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, kein Verbrechen oder Vergehen.

Art. 32 StGB bringt die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass eine Tat gerechtfertigt ist, die das Gesetz erlaubt und natürlich erst recht eine solche, die das Gesetz gebietet. Als Quelle solcher Erlaubnisse kommt die gesamte Rechtsordnung in

Betracht, und nicht nur das StGB (Seelmann, Basler Kommentar, Art. 32 StGB N 1, 3). Auch im Rahmen von Art. 32 StGB gilt indessen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Die durch die Amtspflicht gebotene Handlung muss demgemäss in einem angemessenen Verhältnis zu ihrem Zweck stehen. Diese Voraussetzung ergibt sich im kantonalen Recht aus § 2 Abs. 2 KV ("Alles staatliche Handeln muss auf einem Rechtssatz beruhen, in öffentlichem Interesse liegen und verhältnismässig sein") und kommt auch etwa in § 19 Abs. 1 PolG, wonach die Polizei gegen Personen, die sich polizeilichen Anordnungen widersetzen, zu Zwangsmitteln greifen kann, sofern weniger schwerwiegende Massnahmen ungeeignet sind, sowie in § 20 Abs. 2 PolG zum Ausdruck, nach welcher Norm jeder Schusswaffengebrauch den Umständen angemessen sein muss und nicht weiter gehen darf als erforderlich. Zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit müssen die in Betracht kommenden Werte gegeneinander abgewogen werden: Der vom Täter verfolgte Zweck einerseits und die von ihm zur Erreichung des Zwecks eingesetzten Mittel andererseits. Ausserdem muss in Betracht gezogen werden, über welche Mittel und welche Zeit der Täter verfügte. Die Behörde, welche die Verhältnismässigkeit der aus Amtspflicht begangenen Tat zu prüfen hat, sollte keinen allzu strengen Massstab anlegen; sie soll sich eine gewisse Zurückhaltung auferlegen, um dem Ermessensspielraum Rechnung zu tragen, der einem Beamten bei der Ausübung seines Amtes zuerkannt werden muss (Pra 70, 1981, Nr. 195)

a) Y fiel dem Berufungskläger durch eine Reihe von teilweise groben Verkehrsregelverletzungen auf, wobei es der Berufungskläger nach der Beschleunigung von Y auf knapp 145 km/h für möglich hielt, Anlass für dessen Fahrweise könnte Alkohol- oder Drogeneinfluss oder gar ein anderer deliktischer Hintergrund sein. Aus diesem Grund entschloss er sich, Y zum Zweck einer Kontrolle zu folgen und anzuhalten. Der Wert des Zwecks, mithin die Kontrolle, bestand darin, die von Y begangenen strafbaren

Handlungen, die zu erheblichen (abstrakten und auch konkreten) Gefährdungen anderer Verkehrsteilnehmer geführt hatten beziehungsweise führten, an Ort und Stelle zu ahnden und zu sanktionieren. Dabei war für den Berufungskläger wesentlich, dass ein späterer schriftlicher Vorhalt nach der Erfahrung dazu geführt hätte, dass die vorgeworfene Fahrweise bestritten würde. Das vom Berufungskläger zur Erreichung des Zwecks aufgewendete Mittel, nämlich die Nachfahrt mit einer rechtlich relevanten Geschwindigkeit von 120 km/h, führte seinerseits zu einer wenn auch nicht konkreten, so aber doch erheblichen abstrakten Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer. Insofern kann das Verhältnis zwischen Zweck (Ahndung mehrfacher konkreter und abstrakter Gefährdung durch Verkehrsregelverletzungen) und Mittel (abstrakte Gefährdung durch Verkehrsregelverletzung) für eine polizeiliche Dienstfahrt grundsätzlich gerade noch als angemessen qualifiziert werden. Anders zu entscheiden hiesse, Geschwindigkeitskontrollen durch Nachfahrten in als zivil getarnten Polizeifahrzeugen für gesetzeswidrig zu erklären.

b) Hingegen ist zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger aufgrund seines Dienstes gestützt auf § 68 Abs. 2 StPO in Zivilkleidung und allein in seinem Privatfahrzeug unterwegs war. Insofern lässt sich seine Fahrt gerade nicht mit derjenigen bei einer Nachfahrkontrolle vergleichen, da dort - wie die Vorinstanz zutreffend ausführte - zwei Polizeibeamte Dienst leisten und sich der Beifahrer um die Messung kümmern und Kontakt mit der Einsatzzentrale halten kann, während der Lenker sich voll auf den Strassenverkehr konzentrieren kann. Demzufolge kann dort auch eine Fahrt bei hoher Geschwindigkeit noch als angemessen beurteilt werden. Dies gilt erst recht bei einem Patrouillenfahrzeug, welches mit Blaulicht und Zweiklanghorn unterwegs ist und dadurch die übrigen Verkehrsteilnehmer auf die von ihm ausgehende Gefährdung aufmerksam macht. Hier aber konnte Y auch nach der Auffassung des Berufungsklägers nicht erkennen, dass es sich

beim Verfolger um einen Polizeibeamten im Dienst handelte. Daran ändert auch nichts, dass der Berufungskläger Y wiederholt den Polizeiausweis zeigte, konnte dieser doch vor und während der Nacheile gar nicht in der Lage gewesen sein, via seinen Rückspiegel den 1,5 cm hohen Text "Polizei" auf dem sich hinter der Frontscheibe des Fahrzeugs des Berufungsklägers befindlichen Ausweis zu lesen. Bei dieser Sachlage sah Y aus nachvollziehbaren Gründen keinen Anlass anzuhalten, zumal er wegen seiner rücksichtslosen Fahrweise durchaus Grund zur Befürchtung haben konnte, er habe jemandes Zorn geweckt, und dieser wolle sich an ihm rächen. Die Nacheile des Berufungsklägers im gleichen Tempo wie Y führte deshalb gerichtsnotorisch (und polizeinotorisch) dazu, dass vorab Y weniger vernunftgemäss handelte, sondern eher zu instinktiv geprägten Reaktionen neigte (BGE 111 IV 117), womit die bereits durch die hohen Geschwindigkeiten bestehende Gefährdung noch weiter verschärft wurde.

Gegen die Verhältnismässigkeit von Zweck und Mittel spricht auch die Tatsache, dass keine objektiven Anhaltspunkte dafür bestanden, Y könnte auf der Flucht sein, weil er ein schwerwiegendes Delikt begangen habe. Raserei und Rangeleien sind auf der Strasse verbreitet; gerade deshalb hätte es zur Annahme, Y sei wegen einer strafbaren Handlung auf der Flucht, weiterer Anhaltspunkte wie etwa einer Beschädigung am Fahrzeug oder einer Maskierung des Lenkers bedurft. Wenn der Berufungskläger ohne Vorliegen solcher Hinweise den Verdacht auf eine begangene strafbare Handlung hatte, hätte er sich mit der Einsatzzentrale in Verbindung setzen müssen (der dazu nötige, an sich verbotene Telefonanruf wäre durch die Amtspflicht klar gerechtfertigt gewesen), die ihn darüber hätte informieren können, ob ihr aus der Umgebung von A unlängst eine schwerwiegendere Straftat gemeldet wurde. Wäre dies der Fall gewesen, wäre die Verhältnismässigkeit allenfalls unter diesem Gesichtspunkt anders zu beurteilen. Nachdem der Berufungskläger aber ausschliesslich von den Widerhandlun-

gen gegen das SVG Kenntnis hatte und weitere Straftaten ohne objektive Anhaltspunkte nur aufgrund rein subjektiven Empfindens vermutete, erweist sich die Nacheile allein in einem Privatauto mit einer Geschwindigkeit von 120 km/h als nicht angemessen.

Schliesslich ist festzustellen, dass dem Berufungskläger zur Ahndung von Y anstelle der Nacheile durchaus andere, mildere und daher verhältnismässige Mittel zur Verfügung gestanden hätten: Nach der Feststellung mehrerer erheblicher SVG-Verstösse durch Y hätte der Berufungskläger ohne weiteren Verzug die Einsatzzentrale benachrichtigen und ein Patrouillenfahrzeug anfordern können. Danach hätte er Y mit der jeweils zulässigen - oder einer je nach den konkreten Orts- und Verkehrsverhältnissen allenfalls leicht übersetzten Geschwindigkeit im Bereich von 90 km/h - folgen können, um der Einsatzzentrale den jeweiligen Standort bekannt geben zu können. In Anbetracht des Umstands, dass die Fahrt von A nach C durch mehrere Ortschaften führte, in denen Y offenbar nicht schneller als die höchstens zulässige Geschwindigkeit fuhr, hätte dessen Weg wohl recht weit verfolgt werden können. Hätte der Berufungskläger die Spur aber verloren, wäre immer noch die Nummer des Kontrollschilds vom Wagen von Y bekannt gewesen, womit eine Anzeige ebenfalls hätte erfolgen können. Der Einwand des Berufungsklägers, damit wäre erst der Halter, nicht aber der Lenker bekannt gewesen, ist jedenfalls nicht stichhaltig: Gemäss der Praxis des Bundesgerichts wird bei Geschwindigkeitsüberschreitungen und fehlender Identifikationsmöglichkeit des Lenkers für einen Freispruch des Halters von diesem die glaubwürdige Erklärung verlangt, er sei im Zeitpunkt der Tat an einem anderen Ort gewesen; ausserdem müssen vom Halter glaubwürdige Täteralternativen genannt werden können. Diesbezüglich sind zwei Varianten möglich: Entweder nennt der Halter als mögliche Täter unbestimmt einen Personenkreis, bei dem er sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann (beispielsweise Familienangehörige), oder er zeigt überzeugend auf, dass

mehrere Personen Zugang zum Fahrzeug hatten (etwa mehrere Angestellte in einem Betrieb), und dass ihm der Täter nicht bekannt ist beziehungsweise Hinweise auf die Täterschaft fehlen (Weissenberger, in: Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2003 [Hrsg.: Schaffhauser], St. Gallen 2003, S. 378 f.). Zu beachten ist insbesondere auch, dass eine blosse Anzeige keinen geringeren Beweiswert gehabt hätte als eine Anzeige nach einer Nacheile: Für eine Verurteilung von Y war und wäre so oder so auf die Aussage des Berufungsklägers abzustellen (gewesen), ob Y nun nach einer Nacheile angehalten wurde oder ob es bei einer blossen Anzeige des Berufungsklägers geblieben wäre. Voraussetzung für eine Verurteilung wäre einzig die Glaubhaftigkeit der Aussage des Berufungsklägers gewesen, wobei diese bei einer Anzeige nicht geringer eingestuft worden wäre als nach der erfolgten Nacheile. Hingegen ist in diesem Zusammenhang zugunsten des Berufungsklägers zu erwähnen, dass die Auffassung der Vorinstanz, der Berufungskläger hätte sich während seiner Fahrt und neben dem Anruf bei der Einsatzzentrale auch noch die Nummern von Zeugen merken oder notieren können, nicht realistisch scheint. Von Zeugen auf der Strecke A - B ist nichts bekannt, während es in A, als andere Verkehrsteilnehmer ebenfalls zugegen waren, offenbar regen Verkehr hatte, der es dem Berufungskläger wohl verunmöglichte, sich neben der Beobachtung des Verkehrs die Nummern mehrerer Kontrollschilder zu merken und zu notieren.

c) Zusammenfassend ist die Vorgehensweise des Berufungsklägers als nicht mehr verhältnismässig zu qualifizieren. Die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Amtspflicht ist daher unbegründet.

Obergericht, 12. Juli 2005, SBR.2005.18

30. Dargestellte Gewalt ("Nackt unter Kannibalen") und Gewaltdarstellungen; Anklagegrundsatz und Substantiierung der Anklage (Art. 135 StGB; §§ 21, 151, 153 StPO)

1. Der Berufungskläger beabsichtigte, einen Video-Shop aufzubauen. Über das Internet bestellte er bei einem Anbieter aus Deutschland den Film "Nackt unter Kannibalen", der vom Zollinspektorat beschlagnahmt wurde. Bei der im Anschluss durchgeführten Hausdurchsuchung wurden 35 DVDs wegen Gewaltdarstellungen beschlagnahmt. Die Bezirksgerichtliche Kommission verurteilte den Berufungskläger wegen Gewaltdarstellungen zu einer Busse von Fr. 1'200.-- und zog die beschlagnahmten DVDs ein.

2. a) Der Berufungskläger beantragte, der Film "Nackt unter Kannibalen" sei von den Richtern anzuschauen.

aa) Es ist Aufgabe des Staates, dem Beschuldigten alle eine Strafbarkeit begründenden Umstände nachzuweisen (§ 151 Abs. 1 StPO). Eine Verurteilung darf nur erfolgen, wenn die Schuld des Angeklagten mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist, wenn mithin rechtsgenügliche Beweise dafür vorliegen, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten objektiv und subjektiv den ihm in der Anklageschrift zur Last gelegten Straftatbestand verwirklichte (Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 151 StPO N 3). Gemäss § 151 Abs. 2 StPO hat das Gericht das Beweisergebnis nach seiner freien Überzeugung aufgrund der Akten und der Beweiserhebungen zu würdigen.

Bezieht sich der Vorwurf verbotener Darstellungen - sei es im Sinn von Art. 135 StGB (Gewaltdarstellungen), sei es mit Bezug auf Art. 197 StGB (Pornografie) - auf die Veröffentlichung

in Filmen, kann das Gericht den objektiven Tatbestand nur beurteilen, wenn es Kenntnis vom Inhalt des Filmmaterials - jedenfalls der in Frage stehenden Stellen - erlangt. Dies kann dadurch geschehen, dass einzelne aussagekräftige Bilder in den Akten als Ausdrucke vorhanden sind und die Identität der Prints zum fraglichen Film unbestritten beziehungsweise rechtsgenüglich nachgewiesen ist. Allenfalls kann es auch genügen, lediglich eine kurze Inhaltsangabe der Szenen - unter der Angabe, an welcher Stelle des Films sich diese finden - in die Akten aufzunehmen. Voraussetzung ist allerdings stets, dass auf diese Weise hinreichend zum Ausdruck kommt, welche Darstellungen als verbotswidrig zu betrachten sind. Sind keine solchen Akten vorhanden, kommt der Richter nicht umhin, den fraglichen Film gesamthaft zu sichten. Inwieweit das Gericht im Zusammenhang mit verbotenen Darstellungen auf andere Entscheide (vgl. Zweidler, § 151 StPO N 34) oder Verbotslisten und Indexe abstellen kann, ohne den Inhalt eines Films selbst gesehen zu haben, kann hier offen bleiben. Das gilt umso mehr, als es mit Bezug auf Brutalo-Filme offenbar keinen gesamtschweizerischen Index (mehr) gibt und selbst die von den Untersuchungsbehörden beigezogene Verbotsliste der Stadtpolizei Bern angeblich nur einen der beschlagnahmten Titel erwähnt, was von der Staatsanwaltschaft nicht widerlegt wurde.

bb) In den Akten finden sich keine Ausdrucke oder aussagekräftige Inhaltsangaben vom Film "Nackt unter Kannibalen". Eine Verurteilung wegen verbotener Gewaltdarstellungen kommt daher von vornherein nur in Betracht, wenn der Richter diesen Film sichtet. Das gilt namentlich auch für die Berufungsinstanz, da die Rechtsanwendung Sache des Gerichts ist und das Obergericht zu prüfen hat, ob der objektive Tatbestand von Art. 135 Abs. 1 StGB erfüllt ist. Daran ändern die Hinweise der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft nichts, der Berufungskläger sei bezüglich des objektiven Tatbestands geständig. Einerseits dürfen allgemein gehaltene Zugeständnisse des Angeklagten nicht un-

besehen hingenommen, sondern müssen auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden (Zweidler, § 151 StPO N 45). Andererseits sind sogenannte "Rechtsgeständnisse" für den Richter unverbindlich oder von geringem Belang (Zweidler, § 151 StPO N 44). Das gilt hier umso mehr, als weder die Akten noch die Anklageschrift aussagekräftige Hinweise auf die zur Anklage gebrachten Gewaltdarstellungen enthalten, auf die sich ein Geständnis konkret hätte beziehen können (und müssen).

b) Dem Antrag des Berufungsklägers, es sei eine von der Verteidigung ausgewählte Anzahl Filme von Amtes wegen vom Gericht zu sichten, braucht nicht stattgegeben zu werden. Dieser Antrag steht im Zusammenhang mit dem vom Berufungskläger geltend gemachten Rechts- beziehungsweise Sachverhaltsirrtum. Ein Rechts- oder Sachverhaltsirrtum steht indessen nicht zur Diskussion, weil es bereits am objektiven Tatbestand von Art. 135 StGB fehlt.

c) Einer Grundlage entbehrt der Beweisergänzungsantrag des Berufungsklägers, die Staatsanwaltschaft habe eine Gesetzesgrundlage bekannt zu geben, aus der für jedermann ersichtlich sei, dass der Staat versuche, dem Gewaltdarstellungsverbot Nachachtung zu verschaffen. Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage wegen verbotener Gewaltdarstellungen. Die entsprechende gesetzliche Grundlage findet sich in Art. 135 StGB. Nicht zutreffend ist die Auffassung des Berufungsklägers, Art. 135 StGB sei eine "lex imperfecta". Diese Bestimmung enthält keine Lücke. Vielmehr ist sie nach den gleichen Regeln wie in den übrigen Rechtsgebieten auszulegen (BGE 128 IV 274, 76 IV 214). Der in Art. 1 StGB enthaltene Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" verbietet bloss, über den dem Gesetz bei richtiger Auslegung zukommenden Sinn hinauszugehen, also neue Straftatbestände zu schaffen oder bestehende derart zu erweitern, dass die Auslegung durch den Sinn des Gesetzes nicht mehr gedeckt ist (BGE 127 IV 200).

Wenn der Berufungskläger in diesem Zusammenhang geltend macht, es werde gegen andere Personen im Zusammenhang mit Brutalo-Filmen keine Strafuntersuchung durchgeführt, beruft er sich sinngemäss auf den "Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht". 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 (BGE 127 I 2 f., 122 II 451 f.). Dass die Staatsanwaltschaft bestrebt ist, Art. 135 StGB Nachachtung zu verschaffen, belegt zwar dieses Verfahren. Zumindest mit Bezug auf gewisse beschlagnahmte Filme, die beispielsweise im Fernsehen gezeigt werden (Mad Max) oder im Handel erhältlich sind, könnte sich aber die Frage der "Gleichbehandlung im Unrecht" schon stellen, nachdem jedenfalls nicht nachgewiesen ist, dass auch gegen entsprechende Fernsehanstalten und Anbieter eine Strafuntersuchung eröffnet wurde. Die Frage kann hier aber offen gelassen werden, weil der Berufungskläger ohnehin freizusprechen ist. Im Übrigen müsste das Gebot der Gleichbehandlung beziehungsweise das Verbot der Ungleichbehandlung allenfalls bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden (vgl. Wiprächtiger, Basler Kommentar, Art. 63 StGB N 130, 132).

3. Die Staatsanwaltschaft erhob gegen den Berufungskläger Anklage wegen verbotener Gewaltdarstellungen gemäss Art. 135 Abs. 1 StGB. Sie bezog sich dabei einerseits konkret auf den Film "Nackt unter Kannibalen", andererseits auf 35 weitere beschlagnahmte, namentlich erwähnte DVDs.

a) Eine gerichtliche Verurteilung kann gemäss § 21 StPO nur Personen und strafbare Handlungen erfassen, auf die sich die Anklage bezieht. Das Gericht ist gemäss § 153 Abs. 1 StPO an die rechtliche Würdigung des Tatbestands durch die Staatsanwalt-

schaft und an deren Strafanträge nicht gebunden. Gemäss § 153 Abs. 2 StPO ist für die gerichtliche Beurteilung der Tatbestand massgebend, der sich aus den Akten und dem Beweisverfahren ergibt. Werden Tatumstände oder weitere strafbare Handlungen des Angeklagten festgestellt, die nicht Gegenstand der Anklage bilden, sind die Parteien hiezu besonders anzuhören. Sie können die Ergänzung der Untersuchung beantragen.

Die Garantie von §§ 21 und 153 Abs. 2 StPO ist Ausfluss des Anklagegrundsatzes und bedeutet, dass das Gericht an den zur Beurteilung stehenden Sachverhalt gebunden ist, damit der Angeklagte seine Verteidigung vorbereiten kann. Die Anklage bestimmt das Prozessthema. Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens können nur Sachverhalte sein, die dem Angeklagten in der Anklageschrift vorgeworfen werden. Diese muss die Person des Angeklagten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzis umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind (BGE vom 5. März 2003, 6P.151/2002 bzw. 6S.440/2002, Erw. 2; Zweidler, § 21 StPO N 1 und 4 sowie § 153 StPO N 3 und 8). In der Anklageschrift sind dem Angeklagten nicht nur die Tatsachen bekannt zu geben, auf die sich die gegen ihn erhobenen Vorwürfe stützen, sondern er muss auch erfahren, wie die Behörde die ihm zur Last gelegten Handlungen rechtlich qualifiziert (§ 142 Abs. 2 Ziff. 4 StPO). Die Anklageschrift hat den Sachverhalt zwar kurz, aber vollständig, objektiv, sachlich und genau aktenmässig darzustellen. Es muss daraus hervorgehen, welcher Lebensvorgang, welche Handlung oder Unterlassung des Angeklagten Gegenstand der Beurteilung bilden soll, und welches Delikt, welcher strafrechtliche Tatbestand in diesem Verhalten zu sehen ist. In der Anklageschrift sind die Beweismittel präzise zu bezeichnen, um dem Angeklagten zu ermöglichen, Einwände gegen diese Beweise oder gegen deren Qualität geltend zu machen. Die Anklage enthält somit die Umschreibung eines bestimmten Lebensvorgangs, der in

seinen für die Beurteilung der Strafsache wichtigen Teilen präzise sein muss, so dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Die Anklageschrift muss mithin all jene Angaben enthalten, die dem Angeklagten die Feststellung ermöglichen, welche Handlungen ihm im Einzelnen vorgeworfen werden. Dies bedeutet aber nicht, dass die strafbare Handlung zahlen- oder mengenmässig klar eingegrenzt sein muss (Zweidler, § 142 StPO N 3 f). Die schriftliche Anklagebegründung im Sinn von § 142 Abs. 3 StPO umfasst die notwendigen Ausführungen der Staatsanwaltschaft zum Sachverhalt und zur rechtlichen Würdigung; es handelt sich faktisch um einen schriftlichen Parteivortrag (Zweidler, § 142 StPO N 8).

b) Im Zusammenhang mit Anklagen, die sich auf Filme mit verbotenen Inhalten (Gewaltdarstellungen, Pornografie) beziehen, stellt sich die Frage, wie detailliert die Staatsanwaltschaft die einzelnen Vorwürfe zu begründen hat. Die Beantwortung dieser Frage hängt einerseits von der Anzahl der zur Anklage gebrachten Datenträger und andererseits von den Akten ab. Enthalten die Akten selbst Ausdrucke oder Angaben zu den Fundstellen, kann sich die Staatsanwaltschaft damit begnügen, unter Bezugnahme auf die Akten zu begründen, dass und weshalb diese Sequenzen gegen Art. 135 StGB (oder Art. 197 StGB) verstossen. Alsdann können auch der Angeklagte und das Gericht ohne weiteres feststellen, welche Sachverhalte die Staatsanwaltschaft zur Anklage bringen will. Es wäre eine Überdehnung der Begründungspflicht, von der Staatsanwaltschaft unter solchen Umständen zu verlangen, dass sie in jedem Detail erläutert, welche Szene eines jeden Films sie für verboten hält.

Je weniger Hinweise die Akten enthalten und je mehr Datenträger zur Diskussion stehen, desto detaillierter wird indessen die Anklage auf die verbotenen Darstellungen Bezug nehmen müssen. Unterlässt sie dies, kann und darf sich das Gericht darauf

beschränken, sich nur mit den Szenen in den Filmen näher auseinander zu setzen, auf welche die Staatsanwaltschaft Bezug nimmt. Der Strafrichter ist nicht gehalten, sich mit den weiteren Filmen beziehungsweise Sequenzen zu befassen. Er kann zwar auch die übrigen Datenträger auf verbotene Darstellungen hin prüfen, darf sich dabei aber auf eine summarische Prüfung beschränken. Ob er alsdann dem Angeklagten mit Bezug auf die nicht in der Anklageschrift erwähnten Szenen einen Vorhalt im Sinn von § 153 Abs. 2 StPO machen muss, braucht hier nicht entschieden zu werden.

c) Neben dem am Zoll Basel hängen gebliebenen Film "Nackt unter Kannibalen" liess der Untersuchungsrichter am 13. Mai 2004 DVDs mit folgenden Titeln beschlagnahmen: "Hellraiser", "Hellraiser III", "Masters of Horror I - IV", "Woodoo", "Return of living Dead II", "Cannibal Terror", "Tanz der Teufel", "Tanz der Teufel II", "Bones", "Blutmesse für Teufel", "Mad Max, der Vollstrecker", "Lord of the Dead", "La notte dei mortiviventi", "God's Army" und "Sleepless". In der Anklageschrift erwähnte die Staatsanwaltschaft diese insgesamt 35 DVDs namentlich und führte aus, sie seien wegen Gewaltdarstellungen beschlagnahmt worden. In der schriftlichen Anklagebegründung führte die Staatsanwaltschaft aus, der Berufungskläger habe bei sich zu Hause noch weiteres Filmmaterial, gespeichert auf 35 DVDs, vorrätig, die ebenfalls den Gewaltdarstellungen nach Art. 135 Abs. 1 StGB zuzuordnen seien. Dabei wird auf den Polizeirapport hingewiesen, in dem festgehalten wurde, die gesichteten DVDs würden Sequenzen enthalten, bei denen Körperteile abgetrennt oder Menschen brutal umgebracht würden; bei den DVDs seien zwei Stichproben vorgenommen worden.

Mit dem Hinweis auf den Polizeirapport und darauf, die beschlagnahmten DVDs (35 Datenträger) würden Gewaltdarstellungen enthalten, genügte die Staatsanwaltschaft ihrer Begründungspflicht nicht. Sie beschrieb keine einzige Szene, nannte keine

Fundstellen und legte insbesondere nicht dar, inwiefern welche Szenen der beschlagnahmten Filme den objektiven Tatbestand von Art. 135 Abs. 1 StGB erfüllen. Das konnte sie im Grunde genommen auch gar nicht, weil offensichtlich auch während der Strafuntersuchung lediglich bei zwei DVDs Stichproben gemacht wurden, wobei nicht einmal bekannt ist, um welche beiden Filme es sich dabei handelte. Mithin sichteten offensichtlich auch die Strafuntersuchungsbehörden die beschlagnahmten Filme nicht.

Mit Bezug auf die beschlagnahmten 35 DVDs liegt somit keine rechtsgenügliche Anklageschrift vor. Dieser Mangel kann auch nicht dadurch geheilt werden, dass das Obergericht die fraglichen Filme sichtet, weil der Berufungskläger nach wie vor keine Kenntnis von den konkret gegen ihn angehobenen Vorwürfen hätte. Ferner ist es nicht die Aufgabe der Berufungsinstanz, mögliche, unter Art. 135 Abs. 1 StGB fallende Filmsequenzen aus 35 Datenträgern herauszusuchen (vgl. Zweidler, § 208 StPO N 3) und dem Berufungskläger einen entsprechenden Vorhalt im Sinn von § 153 Abs. 2 StPO zu machen. Damit kommt eine Verurteilung des Berufungsklägers gestützt auf die 35 beschlagnahmten Filme von vornherein nicht in Betracht.

Nur der Vollständigkeit ist darauf hinzuweisen, dass ohnehin nicht leichthin davon ausgegangen werden könnte, die genannten Filme enthielten ohne weiteres verbotene Gewaltdarstellungen. Zwar wurde einerseits ein Teil dieser Filme in Deutschland tatsächlich verboten (beziehungsweise es wurden nur deutlich gekürzte Versionen zugelassen), doch hielten diese Verbote einer vertiefteren richterlichen Überprüfung schliesslich doch nicht stand, wie etwa beim Film "Tanz der Teufel", der vom deutschen Bundesverfassungsgericht schon am 20. Oktober 1992 freigegeben wurde. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass einzelne dieser Filme - mindestens in gewissen Kreisen - Kultstatus geniessen und

durchaus auch von öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalten ausgestrahlt werden, wie etwa die "Mad Max"-Trilogie.

d) Bezüglich des Films "Nackt unter Kannibalen" führte die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift aus, Kannibalen würden einer Frau unter anderem die Brustwarzen abschneiden und essen. In der Anklagebegründung hielt die Staatsanwaltschaft fest, eine Sichtung des Datenträgers habe ergeben, was insoweit in der Anklageschrift festgehalten worden sei. Hingewiesen wird sodann auf den Polizeirapport, gemäss dem der fragliche Datenträger Brutalo-Szenen enthalte; Frauen würden an einen Pfosten gebunden, und Kannibalen würden einer Frau die Brustwarzen wegschneiden und essen.

Hinsichtlich des Films "Nackt unter Kannibalen" ist der Anklageschrift somit zu entnehmen, welche konkrete Szene die Staatsanwaltschaft unter anderem als verbotene Gewaltdarstellung im Sinn von Art.135 Abs. 1 StGB erachtet (Abschneiden und Essen einer Brustwarze). Mit dieser Sequenz hat sich der Strafrichter somit konkret auseinander zu setzen. Zudem ist das Gericht frei, den Film auch auf mögliche weitere verbotene Gewaltdarstellungen hin zu überprüfen. Es kann sich dabei allerdings auf eine summarische Prüfung beschränken.

4. Gemäss Art. 135 Abs. 1 StGB wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände oder Vorführungen, die, ohne schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert zu haben, grausame Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Tiere eindringlich darstellen und dabei die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt oder zugänglich macht.

a) Art. 135 StGB (in Kraft seit 1. Januar 1990) war die am meisten umstrittene Bestimmung der Revision von 1989 (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Art. 135 N 1; Aebersold, Basler Kommentar, Art. 135 StGB N 1). Bereits vorher hatten die Hälfte der Kantone meist in ihren Einführungsgesetzen zum Strafgesetzbuch oder in Filmerlassen Strafnormen geschaffen, die nur oder auch Gewaltdarstellungen im Rahmen der jeweiligen gesetzlichen Umschreibung verboten und Verstösse mit Übertretungsstrafen belegten (Riklin, Sinn und Problematik einer "Brutalo-Norm" im Strafgesetzbuch, in: Das Menschenbild im Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 100-Jahr-Feier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, S. 407 f.). In zahlreichen dieser Kantone (Zürich, Bern, Luzern, Schwyz, Glarus, Zug, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Land, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Graubünden und Genf) wurde die kantonale "Brutalo-Norm" kaum je einmal angewandt (Riklin, S. 409).

In der Lehre wird der Tatbestand von Art. 135 StGB als missglückt angesehen. Die neue, mangelhaft vorbereitete Bestimmung trage "nur allzu deutlich den Stempel einer wenig durchdachten, durch spontane Eingriffe in der parlamentarischen Beratung noch zusätzlich belasteten Gelegenheitsgesetzgebung" (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 5.A., § 4 N 90). Angesichts der bestehenden Unsicherheiten wird eine restriktive Anwendung gefordert (Aebersold, Art. 135 StGB N 2). Bereits das geschützte Rechtsgut ist schwierig zu bestimmen. Wohl steht der Jugendschutz im Vordergrund. Beabsichtigt sein mag auch die Unterbindung der kommerziellen Ausbeutung niederster Instinkte, der Lust an fremder Qual. Auch könnten Gewaltdarstellungen beim Betrachter die Bereitschaft erhöhen, die Gewalttätigkeit anderer gleichgültig hinzunehmen oder selbst gewalttätig zu agieren (vgl. Stratenwerth, § 4 N 91; Trechsel, Art. 135 StGB N 2 f.; Aebersold, Art. 135 StGB N 3 f.; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III,

8.A., S. 64; vgl. BGE 124 IV 112). Bezüglich letzterem ist allerdings bereits höchst umstritten, auf welche Weise die Wirkungen von Gewaltdarstellungen in den Medien auf die Zuschauer wissenschaftlich fundiert gemessen werden können (vgl. Kunczik, Gewalt und Medien, Köln/Weimar/Wien 1998, S. 273 ff.). Es sei auch daran erinnert, dass beispielsweise Goethes "Die Leiden des jungen Werther" und "Die Wahlverwandtschaften" für Nachahmungstaten (zum Beispiel die Doppelselbsttötung von Heinrich von Kleist und Henriette Vogel) verantwortlich gemacht und teilweise verboten wurden (Kunczik, S. 23); eine solche Zensur wäre heute indiskutabel.

Gewalttätigkeiten sind feindliche Angriffe auf den Körper durch Schläge, Schnitte, Stiche, Chemikalien, elektrische Stösse. Blosse psychische Einwirkungen sind keine Gewalttätigkeiten, jedenfalls solange das Opfer nicht veranlasst wird, sich selbst körperliche Leiden zuzufügen (Trechsel, Art. 135 StGB N 4; Gerny, Zweckmässigkeit und Problematik eines Gewaltdarstellungsverbots im Schweizerischen Strafrecht, Diss. Basel 1994, S. 119). Grausam sind Gewalttätigkeiten, wenn sie gerade auf die Zufügung von Schmerz und Leiden abzielen, die nach ihrer Intensität, Dauer oder Wiederholung als besonders schwer erscheinen (ZR 96, 1997, Nr. 5 S. 23; Gerny, S. 122; Stratenwerth, § 4 N 100). Die Darstellung muss eindringlich sein, das heisst, sie muss auf das Publikum suggestiv und realistisch wirken und daher in das Bewusstsein eindringen (ZR 96, 1997, Nr. 5 S. 23). Eindringlichkeit bedeutet nicht, dass die Gewalt wiederholt oder während einer längeren Zeit gezeigt werden müsste. Eine einzige Gewaltdarstellung genügt, wenn sie das geforderte Mass der Intensität erreicht. Als Massstab kann das besondere Mass an Gefühlskälte gelten, das nötig ist, um eine solche Darstellung zu ertragen (Stratenwerth, § 4 N 100; Trechsel, Art. 135 StGB N 7). Unerheblich ist, ob die gezeigten Szenen bloss gespielt sind, und ob die Darstellenden freiwillig daran teilgenommen haben (Aebersold,

Art. 135 StGB N 16). Die Gewaltdarstellung muss schliesslich die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen. Allerdings erleichtert diese Umschreibung die Anwendung von Art. 135 StGB nicht. Offen ist bereits, ob es dabei um die Würde des Betrachters oder der Darsteller oder der Menschheit als solcher geht (vgl. Stratenwerth, § 4 N 102). Ebenso schwierig zu bestimmen ist die Abgrenzung zwischen einer schweren Verletzung dieser Würde von einer weniger schweren (vgl. Gerny, S. 135). Aebersold (Art. 135 StGB N 20) fordert daher, aus der zugrundeliegenden Absicht müsse der Schluss abgeleitet werden, bei Zweifeln über die Schwere der Verletzung sei freizusprechen. Ob diese Umschreibung den Tatbestand allerdings einschränkt, ist zweifelhaft (ZR 96, 1997, Nr. 5 S. 23).

b) aa) Vorauszuschicken ist, dass der auf der DVD enthaltene Film "Nackt unter Kannibalen" eine eher schlechte Bildqualität aufweist. Dementsprechend wurde in act. 13 festgestellt, es hätten keine Prints erstellt werden können. Der Betrachter muss sich mit anderen Worten bereits erheblich anstrengen, um bei gewissen Szenen überhaupt wahrnehmen zu können, was im Detail geschieht. Das vermindert die Eindringlichkeit der dargestellten Handlung. Allen Sequenzen mit Elementen von Kannibalismus ist zudem gemeinsam, dass sie häufig durch Kameraschwenks "unterbrochen" werden. Im Gegensatz zu den nachfolgenden Inhaltsangaben ist der Zuschauer daher nicht über die ganze Dauer einer Szene unablässig mit den geschilderten Grausamkeiten konfrontiert.

bb) Der Film handelt von einer Journalistin, die in einer Klinik Zeugin wird, wie eine junge Frau einer Krankenschwester die Brust abbeisst. Eine Tätowierung des kannibalisch veranlagten Mädchens weist auf ein Volk im Amazonas hin. Die Journalistin sowie ihr Kollege begeben sich in den Urwald, um gemeinsam mit weiteren Expeditionsteilnehmern dem Geheimnis

auf die Spur zu kommen. Dabei werden einige Mitglieder der Gruppe von Eingeborenen gefangen genommen und getötet. Die Übrigen beobachten diese Szenen.

In der ersten Szene beisst eine junge Insassin einer Klinik einer Krankenschwester deren Brust ab, worauf diese schreiend und mit blutüberströmter (unbedeckter) Brust das Zimmer verlässt und den Gang hinunter rennt. In der nächsten Einstellung wird das junge Mädchen gezeigt, das in einer Ecke ihres Zimmers kauert und auf etwas Undefinierbarem herumkaut (Beginn bei Min. 1:50; Dauer ca. 30 Sek.). Die Anklageschrift bezog sich indessen offensichtlich nicht auf diese Szene, weil darin keine Kannibalen vorkommen. In einer nächsten Einstellung betrachten die beiden Hauptdarsteller einen (angeblich authentischen) Dokumentarfilm über einen Stamm aus Tansania, der ein "blutiges Sühneopfer" darbringt. Die Sequenz ist schwarz-weiss, ohne Ton und von sehr schlechter Bildqualität. Einer Ehebrecherin wird der Kopf mit einer Machete abgeschlagen, und Eingeborene essen die Augen; dem Ehebrecher wird der Penis abgeschnitten und verspeist (Beginn bei Min. 10:50; Dauer ca. 1 Min.).

Die Szene, auf welche die Staatsanwaltschaft Bezug nahm, beginnt etwa bei Min. 57:00. Irgendwo in einem Urwald in Südamerika fesseln Kannibalen eine Frau an einen Pfosten. In der Folge wird ihr die rechte Brustwarze abgeschnitten. Es fliesst Blut, und man meint Brustgewebe zu erkennen. Die gefesselte Frau schreit markdurchdringend. Einige Männer verspeisen die Brustwarze. Etwas später wird der Frau der Bauch aufgeschlitzt, und Kannibalen essen ihre Eingeweide. Die Szene dauert insgesamt rund zwei Minuten.

In einer weiteren Szene (Beginn bei Std. 1:15) wird eine Frau in aufrechtstehender Haltung an den Handgelenken zwischen zwei Holzpfosten gefesselt. Ein Eingeborener sticht ihr mit

dem Messer in die Scham, öffnet ihren Unterleib und reisst die Eingeweide heraus. Diese werden gegessen. Anschliessend wird ein Mann zwischen die Pfosten gefesselt. Die Kannibalen schlingen einen Draht um seine Hüfte und ziehen an beiden Enden, bis der Unterleib vom Oberleib abgetrennt wird. Die ganze Szene dauert rund zwei Minuten. In einer letzten kurzen Szene (Std. 1:18) wird eine nackte bewusstlose Frau im Beisein des ganzen Stammes von einigen Männern vergewaltigt, wobei keine Details und - abgesehen vom erzwungenen Geschlechtsverkehr - keine Gewalttätigkeiten gezeigt werden.

cc) Der gesamte Film dauert rund 87 Minuten. Im Vergleich dazu nehmen die beschriebenen Sequenzen einen eher geringen und unbedeutenden Platz ein. Anders als bei den AGVE 1997 Nr. 36 und ZR 96, 1997, Nr. 5 ("Blutgeil") zugrunde liegenden Filmen kann hier nicht von einer Anhäufung grausamster und brutalster Szenen gesprochen werden, in denen "fast unaushaltbar eindringliche Schlachtereien" oder "in Grossaufnahme und teilweise über einen längeren Zeitraum hinweg blutige Gewaltakte" gezeigt werden, die auch "beim nervenstarken Zuschauer nachhaltig wirken" und in ihrer "bestialischen Rohheit" kaum mehr zu überbieten sind. Die von der Staatsanwaltschaft beschriebene Szene wird immer wieder durch Kameraschwenks in die Baumkronen oder auf die die Handlung beobachtenden Darsteller unterbrochen. Die entscheidende, Gewalt darstellende Szene - das Abschneiden und Verspeisen der Brust sowie das Aufschlitzen des Bauchs und das Essen der Eingeweide - wird jeweils durch Schnitte unterbrochen und ist daher bei normaler Laufgeschwindigkeit nur kurz und teilweise schlecht oder fast nicht erkennbar zu sehen. Zudem ist zumindest fraglich, ob das Essen der Brust und der Eingeweide, die als solche gar nicht zu erkennen sind, für sich allein genommen überhaupt als grausame Gewalttätigkeit im Sinn von Art. 135 Abs. 1 StGB zu qualifizieren ist. Die ganze Sequenz ist zwar ekelerregend und wirkt auf normale Betrachter abstossend.

Diese Wirkung beruht aber nicht zuletzt auf den begleitenden Geräuschen und insbesondere darauf, was sich der Betrachter möglicherweise in seiner Phantasie selbst ausmalt. Das, was in dieser Szene tatsächlich gezeigt wird, ist indessen aufgrund der kurzen Einstellungen, der Kameraschwenks und der schlechten Bildqualität keine eindringliche Gewaltdarstellung. Diese spielt sich vielmehr - wie etwa im Film "Das Schweigen der Lämmer" (Regie: Jonathan Demme; USA 1991) in der Phantasie des Zuschauers ab. Auch in jenem Film geht es um Kannibalismus. Der Unterschied liegt - abgesehen von der Qualität der Schauspieler und des Films an sich - lediglich darin, dass im "Das Schweigen der Lämmer" die kannibalische Handlung an sich nicht gezeigt wird. Vielmehr wird es der Phantasie des Betrachters überlassen, sich auszumalen, auf welche Weise Dr. Hannibal Lecter seine Opfer (zum Beispiel den gehäuteten Polizeibeamten) tötet.

Auch die anderen Szenen mit kannibalischen Elementen enthalten kurze Einstellungen und Schnitte und sind überwiegend von schlechter Bildqualität. Auch sie sind höchst abstossend, erreichen aber das geforderte Mass einer intensiven und eindringlichen Gewaltdarstellung nicht. Die Staatsanwaltschaft nahm denn auch auf diese Szenen in ihrer Anklageschrift und im Berufungsverfahren überhaupt nicht Bezug.

c) Zusammenfassend erscheinen die von der Staatsanwaltschaft erwähnte Szene und der Film als Ganzes zwar als abstossend und ekelhaft. Die Darstellung der Gewalttätigkeiten ist aber inhaltlich zu wenig bestimmend und zu wenig eindringlich. Zumindest bleiben in dieser Hinsicht erhebliche Zweifel. Der Berufungskläger ist daher vom Vorwurf der Gewaltdarstellungen auch mit Bezug auf den Film "Nackt unter Kannibalen" freizusprechen.

5. Nachdem die Staatsanwaltschaft nicht darlegte, dass und inwiefern die 35 beschlagnahmten DVDs sowie der Film "Nackt unter Kannibalen" verbotene Gewaltdarstellungen im Sinn von Art. 135 StGB enthalten, sind sie dem Berufungskläger herauszugeben.

Obergericht, 14. Juni 2005, SBR.2005.9

---

31. Nur mit Bezug auf erkenntlich abgegrenzte Plätze kann Hausfriedensbruch begangen werden (Art. 186 StGB)

---

1. Gemäss Art. 186 StGB wird auf Antrag mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer gegen den Willen des Berechtigten in ein Haus, in eine Wohnung, in einen abgeschlossenen Raum eines Hauses oder in einen unmittelbar zu einem Haus gehörenden umfriedeten Platz, Hof oder Garten oder in einen Werkplatz unrechtmässig eindringt oder trotz der Aufforderung eines Berechtigten, sich zu entfernen, darin verweilt.

2. Eine entsprechende Umfriedung bestand im vorliegenden Fall offenbar nicht; zumindest ergibt sich nichts Derartiges aus der Anklageschrift, und es ging auch die Vorinstanz von fehlender Umfriedung aus. Sie schloss sich allerdings der im Gegensatz zur herrschenden Lehre vertretenen Meinung von Thormann/von Overbeck (Das Schweizerische Strafgesetzbuch, BT II, Zürich 1941, Art. 186 N 5) an, welche nebst den durch irgend ein Hindernis, z.B. Mauer, Zaun oder Lebhag, abgetrennten Plätzen auch offene Plätze, die unmittelbar zum Haus gehören und häuslichen Zwecken dienen (Platz unter dem Vordach, auf einer Freitreppe, bei Bauernhöfen der Platz zwischen Haus und daneben stehendem

Brunnen), dazu zählt. Zu eng sei der französische Text, welcher auf die in der Westschweiz übliche Einschliessung (Ummauerung) der Hofplätze hindeute. Diese Meinung steht fast allein da und wird offenbar einzig noch von Stucki in einer Dissertation vertreten, was einem entsprechenden Hinweis von Trechsel (Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Art. 186 StGB N 4) entnommen werden kann. Wohl wäre auch nach der Meinung von Stratenwerth (Schweizerisches Strafrecht, BT I, 5.A., § 6 N 5) eine Ausdehnung des Schutzes auf offene Plätze, die unmittelbar zum Haus gehören und häuslichen Zwecken dienen, sinnvoll, jedoch mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbaren, welcher die unmittelbare Zugehörigkeit zu einem Haus ohnedies voraussetze. Auch Delnon/Rüdy (Basler Kommentar, Art. 186 StGB N 12) schliessen sich der herrschenden Lehre an, wonach offene Plätze auch dann nicht geschützt seien, wenn sie zu einem Haus gehörten. Massgebend für die Frage, ob ein Platz umfriedet ist, ist nicht die Lückenlosigkeit der Abgrenzung, sondern deren Erkennbarkeit (Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III, 8.A., S. 394). Dementsprechend könnte wohl ein Hofplatz als eingefriedet im Sinn von Art. 186 StGB qualifiziert werden, wenn mehrere Gebäude diesen umfassten und ihn in diesem Sinn als eingefriedet erscheinen liessen. In welcher Art der vom Berufungskläger betretene Hofplatz umfriedet sein soll, ergibt sich weder aus den Akten noch aus der Anklageschrift. Zu weit geht die Auffassung der Vorinstanz, dass jeglicher Innenbereich eines Bauernhofs, der zwischen dem Bauernhaus und einem Ökonomiegebäude liege, als durch das Hausrecht geschützt zu betrachten sei. Hieran vermag auch der Hinweis auf BGE 104 IV 107 nichts zu ändern, da sich jener auf die Anwendung der Bestimmungen des SVG auf einen privaten Platz bezog. Dabei ging es einzig um die Abgrenzung einer ausschliesslich dem privaten Gebrauch oder dem öffentlichen Verkehr dienenden Verkehrsfläche. Das Obergericht geht mit der herrschenden Lehre davon aus, dass Art. 186 StGB nur auf solche Plätze anwendbar ist, die umfriedet, d.h. erkenntlich abgegrenzt sind; nur diese Lö-

sung entspricht auch der ländlichen Tradition. Dabei muss die Art der Umfriedung in den Akten festgehalten sein. Der Berufungskläger ist deshalb vom Vorwurf des mehrfachen Hausfriedensbruchs freizusprechen.

Obergericht, 8. März 2005, SBR.2004.36

32. "Besondere Umstände" für eine Genugtuung gemäss Art. 12 Abs. 2 OHG (Art. 47 f. OR)

1. Der Berufungsbeklagte war der mehrfachen sexuellen Handlungen mit Kindern schuldig und wurde verpflichtet, dem Opfer eine Genugtuung zu bezahlen. Das Opfer verlangt, es sei der Staat zu verpflichten, ihm die vom Berufungsbeklagten geschuldete Genugtuung auszurichten.

2. Gemäss Art. 12 Abs. 2 OHG kann dem Opfer unabhängig von seinem Einkommen eine Genugtuung ausgerichtet werden, wenn es schwer betroffen ist und besondere Umstände es rechtfertigen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die zu Art. 47 und 49 OR entwickelten Grundsätze sinngemäss anwendbar (RBOG 2001 Nr. 10 S. 94). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Entschädigungs- und Genugtuungssystem des OHG dem Gedanken einer Hilfeleistung und nicht dem einer Staatshaftung entspricht (BGE 128 II 53, 125 II 555 f.; Gomm/Stein/Zehntner, Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995, Art. 12 OHG N 28). Bei Fehlen einer Dauerinvalidität ist in der Regel eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit bzw. Genesungsdauer Voraussetzung für die Ausrichtung einer Genugtuung. Demnach ist bei Angriffen auf die

sexuelle Integrität die Schwelle nicht zu niedrig anzusetzen. Das Opfer wird glaubhaft machen müssen, dass es Mühe hat, die Straftat zu verkraften. Allerdings ist zu beachten, dass die Genugtuung die Möglichkeit geben soll, auch gewisse Härten zu vermeiden, die sich bei der Anwendung der Bestimmungen über die Entschädigung, insbesondere jene über die obere Einkommensgrenze, ergeben. Es können auch jene Fälle berücksichtigt werden, in denen der materielle Schaden nicht gross ist, sich aber die Bezahlung einer Geldsumme als Genugtuung rechtfertigt, beispielsweise bei Straftaten sexueller Natur (Gomm/Stein/Zehntner, Art. 12 OHG N 20 f.; Botschaft des Bundesrats zum OHG, in: BBl 1990 II 991). Kumulativ zur schweren Betroffenheit müssen "besondere Umstände" die Zusprache einer Genugtuung rechtfertigen (BGE 125 II 175; Gomm/Stein/Zehntner, Art. 12 OHG N 17). Was unter den "besonderen Umständen" zu verstehen ist, erläutern weder die Botschaft noch die Kommentatoren. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts legt den Schluss nahe, darunter Sachumstände zu subsumieren, die bei der Beurteilung des Genugtuungsanspruchs gestützt auf Art. 47 und 49 OR nicht oder nicht in gleicher Weise berücksichtigt werden. So kann beispielsweise die Leistung einer Integritätsentschädigung gemäss UVG, die (teilweise) auf Wiedergutmachung der vom Opfer erlittenen materiellen Unbill abzielt, eine Genugtuung nach Art. 12 OHG ausschliessen (BGE 128 II 55, 125 II 175 f.). Alsdann würde indessen besser von besonderen Umständen gesprochen, die eine Genugtuung ausschliessen oder deren Herabsetzung rechtfertigen. Das trüge auch dem Grundsatz Rechnung, dass die zu Art. 47 und 49 OR entwickelten Grundsätze anwendbar sind und daher in der Regel bei Bejahung eines Genugtuungsanspruchs gestützt auf das OR ein solcher in Anwendung von Art. 12 OHG wohl kaum wird verneint werden können, ausser es sprächen eben "besondere Umstände" dagegen. Darunter könnte beispielsweise auch die Berücksichtigung von Vermögen (nicht aber Einkommen; vgl. Art. 12 Abs. 2 OHG) des Opfers fallen, womit dem Gedanken der Hilfeleistung - und nicht der Haftung -

bei der seitens des Staats erbrachten Genugtuung Nachachtung verschafft würde.

Obergericht, 13. Januar 2005, SBR.2004.28

33. **Verwertbarkeit von mittelbaren Zufallsfunden; Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten** (Art. 9 Abs. 2 und 3 BÜPF)

1. Im Rahmen einer Telefonüberwachung ermittelte die Staatsanwaltschaft Ravensburg gegen Y wegen dringenden Verdachts der gewerbsmässigen Einschleusung von Ausländern sowie des schweren Menschenhandels. Eine der Frauen, X, wurde in die Schweiz gebracht, wo sie im Saunaclub der Berufungsklägerin arbeitete. Die Staatsanwaltschaft Ravensburg übermittelte der Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau im Rahmen der Rechtshilfe das Dossier. Das Bezirksamt büsste die Berufungsklägerin in Anwendung von Art. 23 Abs. 6 ANAG mit Fr. 900.--.

2. Es ist auch im Berufungsverfahren unbestritten, dass die Berufungsklägerin X ohne fremdenpolizeiliche Bewilligung in ihrem Sauna-Club beschäftigte und damit im Sinn von Art. 23 Abs. 6 ANAG gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften verstiess. Umstritten ist lediglich, ob auf die Fakten, die zur Verurteilung führen, abgestellt werden darf, ob mithin die massgebenden Beweise verwertbar sind.

3. a) Die Erforschung der materiellen Wahrheit darf im rechtsstaatlichen liberalen Strafprozess nicht das uneingeschränkte Ziel des Verfahrens bilden. Eine Erhebung des Beweismaterials

um jeden Preis könnte wichtige andere Interessen verletzen. Höherrangig können die Menschenwürde, die Familienbande, das zwischenmenschliche Vertrauensverhältnis, Geheimnisse oder die Rechtssicherheit sein. Zahlreiche strafprozessuale Bestimmungen erweisen sich in diesem Sinn als Ausfluss einer Abwägung zwischen den unterschiedlichen Interessen, die einander gegenüber stehen. Sie stellen nichts anderes dar als eine Beschränkung der staatlichen Strafverfolgungsbefugnisse zum Schutz des Angeschuldigten oder auch Dritter. Dies zeigt sich besonders im Zusammenhang mit den Beweisverboten sowie den vielfältigen Aussage- und Zeugnisverweigerungsrechten, mit denen zu Lasten der Wahrheitsfindung auf besondere Konstellationen Rücksicht genommen wird (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6.A., § 60 N 1; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 2.A., N 802). Ist ein Beweismittel unter Missachtung gesetzlicher Vorschriften erhoben worden, stellt sich die Frage nach den prozessualen Folgen dieses Verstosses. Die Meinungen darüber sind kontrovers. Immerhin besteht Einigkeit darüber, dass nicht jedes vorschriftswidrig erlangte Beweismittel einem Verwertungsverbot unterliegt. Soweit nicht das Gesetz ausdrücklich ein solches Verbot vorsieht, bleibt unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu entscheiden, ob die Rechtsverletzung derart schwer wiegt, dass als Konsequenz nur die Unverwertbarkeit des rechtswidrig erlangten Beweismittels verbleibt. Das kommt in der Regel nur bei einer Verletzung von Gültigkeitsvorschriften in Frage (Oberholzer, N 508 und 808; Hauser/Schweri/Hartmann, § 60 N 6).

b) Die Berufungsklägerin machte zu Recht geltend, die Erkenntnisse aus den abgehörten Telefongesprächen mit ihr dürften in diesem Strafverfahren gegen sie gestützt auf Art. 9 Abs. 2 und 3 BÜPF nicht verwendet werden (§ 125 Abs. 2 StPO hat in dieser Hinsicht keine selbstständige Bedeutung mehr; vgl. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern

2005, § 125 N 9). Die Berufungsklägerin ist im Verfahren, in dem die deutschen Untersuchungsbehörden Telefone abhörten, Dritte im Sinn von Art. 9 Abs. 2 BÜPF, weshalb für Ermittlungen gegen die Berufungsklägerin die Zustimmung der Genehmigungsbehörde hätte eingeholt werden müssen. Eine solche Genehmigung liegt nicht vor und wäre im Zusammenhang mit den der Berufungsklägerin vorgeworfenen ANAG-Widerhandlungen auch nicht erhältlich gewesen.

c) Die Vorinstanz stützte ihren Schuldspruch nicht auf Aussagen der Berufungsklägerin und auch nicht auf solche von überwachten Personen, sondern auf die Angaben von X, die im Verfahren der Ravensburger Untersuchungsbehörden nicht eine Verdachtsperson, sondern eine mit Versprechungen nach Deutschland gelockte und dann in Bordelle vermittelte Frau, mithin im Grunde genommen Opfer war, und die in der Folge der illegalen Prostitution beschuldigt wurde.

Die Berufungsklägerin machte geltend, mit dem Abhören eines Gesprächspartners werde in schwerer Weise in dessen verfassungsmässiges Recht auf Schutz des Fernmeldegeheimnisses eingegriffen und dieser Eingriff mit der Protokollierung, Aufbewahrung und Verwendung aufrecht erhalten und zusätzlich noch verschärft. Daher könne nicht argumentiert werden, die Berufungsklägerin sei nicht durch die Telefonüberwachung in die Schusslinie geraten, sondern durch die polizeiliche Befragung von X. Der der Berufungsklägerin vorgeworfene Sachverhalt habe einzig im Zug der Abhörung des Telefons von Y ermittelt werden können. Ohne diese Telefonabhörung wäre die Berufungsklägerin nicht in den Verdacht geraten, gegen das ANAG verstossen zu haben. Daher beruhe ihre Verurteilung nicht auf den Aussagen von X, sondern auf einem Zufallsfund. Bereits die Ermittlung der Person von X sei ein solcher Zufallsfund gewesen.

aa) Die Vorinstanz erwog, die Erkenntnisse aus der Befragung von X seien kein Zufallsfund, da dieser Sachverhalt in einer engen Beziehung zu den gegenüber der Berufungsklägerin angewandten Strafbestimmungen stehe. Daher sei § 125 Abs. 2 StPO nicht anwendbar. Allerdings gilt im Zusammenhang mit Telefonüberwachungen für die Definition und Verwertung von Zufallsfunden nicht mehr die StPO, sondern Art. 9 BÜPF. Im Gegensatz zu § 125 Abs. 2 StPO liegt gemäss Art. 9 Abs. 2 BÜPF immer ein Zufallsfund vor, wenn die Erkenntnisse Straftaten einer Person betreffen, die in der Überwachungsanordnung keiner Straftat verdächtigt wird; der personelle Aspekt genügt, und ein Zusammenhang mit dem abzuklärenden Sachverhalt ändert nichts (Schmid, Strafprozessrecht, 4.A., N 769a; Schmid, Verwertung von Zufallsfunden sowie Verwertungsverbote nach dem neuen Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, in: ZStrR 120, 2002, S. 284 ff.; Hansjakob, BÜPF/VÜPF, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, St. Gallen 2002, Art. 9 N 19; Oberholzer, N 1319; Zweidler, § 125 StPO N 4 S. 512; ZR 103, 2004 Nr. 37 S. 151). Selbst wenn Art. 9 BÜPF aus Opportunitätsgründen "contra legem" (gegen das Gesetz beziehungsweise den Gesetzeswortlaut) ausgelegt würde, müsste die Verwertung der Erkenntnisse auf die in Art. 3 Abs. 2 und 3 erwähnten Katalogtaten beschränkt werden. Abgesehen davon waren Gespräche aus einer bewilligten Überwachung schon nach der bisherigen Praxis des Bundesgerichts nicht ohne weiteres gegen Dritte verwertbar, weil die Drittperson einen eigenständigen Schutz vor Überwachung beanspruchen kann. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war (und ist) eine Verwertung von Zufallsfunden nur möglich, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen zur Telefonüberwachung des Gesprächspartners aufgrund einer nachträglichen Prüfung ebenfalls erfüllt waren (BGE 125 I 49). Im Übrigen müsste der Zusammenhang gemäss § 125 Abs. 2 StPO ohnehin nicht zwischen der Vermittlung von X in den Sauna-Club der Beru-

fungsklägerin und den gegen die Berufungsklägerin angewandten Strafbestimmungen, sondern zwischen der dem Dritten vorgeworfenen Tat und den in der Überwachungsanordnung genannten strafbaren Handlungen bestehen. Abgesehen davon segnete das Bundesgericht die in verschiedenen Kantonen im Zusammenhang mit Zufallsfunden angewandte Praxis nie ab, sondern bezeichnete sie lediglich als "grundsätzlich bedenkenswert", allerdings mit der Einschränkung, dass es einen sachlich und zeitlich unmittelbaren Zusammenhang braucht und diese Praxis auf Übertretungen kaum angewandt werden kann (vgl. Pra 90, 2001, Nr. 61 S. 360; Oberholzer, N 1320). Diese Voraussetzungen sind in Bezug auf den Vorwurf der Widerhandlung gegen das ANAG auf der einen und den Vorwurf des Menschenhandels auf der anderen Seite nicht gegeben.

bb) Die Aussage von X ist ein gestützt auf die Ergebnisse der Telefonüberwachung indirekt erlangtes Beweismittel (vgl. Schmid, N 769b). Damit stellt sich die Frage nach der Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten. Dabei geht es um das Problem, ob das durch einen ungültigen und damit unverwertbaren Beweis mittelbar beschaffte Beweismittel beachtet werden darf, ob sich mithin das Beweisverwertungsverbot auch auf Ermittlungsergebnisse erstreckt, die nur dank der Missachtung des Beweisverbots gewonnen werden konnten. Diese Frage ist umstritten. Im amerikanischen Strafverfahrensrecht gilt die Lehre von der Unverwertbarkeit aller Früchte, die auf dem "verbotenen Baum" gewachsen sind ("tainted fruits of the poisonous tree"). Die strikte Beachtung dieser Regel widerspricht aber dem Prinzip der materiellen Wahrheit und führt im Ergebnis zu kaum zu rechtfertigenden Freisprüchen offensichtlich schuldiger Personen (Schmid, N 610; Oberholzer, N 813 ff.; Hauser/Schweri/Hartmann, § 60 N 16 ff.; BGE 109 Ia 246; ZR 91/92, 1992/93, Nr. 10 S. 29 f.). Die deutsche Rechtsprechung gesteht Verwertungsverboten für Zufallsfunde keine Fernwirkung zu, lehnt mithin eine Fernwirkung

von Beweisverboten grundsätzlich ab (Natterer, Die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus der Telefonüberwachung im Strafverfahren, Diss. Basel 2001, S. 77, 102; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 4.A., N 2420 f.). Das wird von der deutschen Lehre überwiegend kritisiert mit dem Hinweis, diese Praxis laufe auf eine Umgehung gesetzlicher Beweisverbote hinaus. Zumeist wird eine einzelfallbezogene Interessenabwägung vorgeschlagen, bei der die Intensität des Grundrechtseingriffs der ursprünglichen Beweiserhebung und der gestützt auf den neuen Tatverdacht ebenfalls zu führenden Ermittlungen der Schwere der zur Diskussion stehenden Straftat gegenübergestellt wird (Natterer, S. 103 f.). In der Schweiz ist die Frage, ob die mittelbar erhältlich gemachten weiteren Beweise auswertbar sind, gesetzlich nicht geregelt, und die Materialien äussern sich dazu ebenfalls nicht sehr deutlich. Nach Auffassung von Schmid (N 769b) spricht zwar vieles für eine generelle Unverwertbarkeit, doch wäre eine solche aus verschiedenen Gründen letztlich nicht haltbar. Wolle man solche Sekundärbeweise nicht generell zulassen, wäre eine Lösung in der Richtung zu sehen, dass sie zuzulassen seien, wenn die Behörde im Zeitpunkt der Beweisabnahme in guten Treuen von der Zulässigkeit der Überwachung habe ausgehen können, also z.B. im Fall, dass der Beschuldigte schliesslich zwar eines Delikts schuldig gesprochen worden sei (z.B. eines Diebstahls), aber nicht der Katalogtat (z.B. Veruntreuung), die Anlass zur Überwachung gegeben habe. Tertiärbeweise, also Beweise, die anhand des Sekundärbeweises gefunden worden seien, seien grundsätzlich immer verwertbar, zumal es sich dabei häufig um nicht mehr rückgängig zu machende Feststellungen handle (z.B. Auffinden von Deliktsgut oder Tätern).

cc) Die Möglichkeit, X zu befragen, ergab sich nicht aufgrund eines unverwertbaren Beweismittels, sondern gestützt auf die rechtmässige Telefonüberwachung von Y. Dieser telefonierte unter anderem auch mit X, die er in den Sauna-Club der Berufungsklägerin vermittelt hatte. X wurde in der Folge als Be-

schuldigte wegen illegaler Prostitution befragt und sagte während dieser Befragung aus, sie habe im Sauna-Club gearbeitet. Mithin kann an sich mit Bezug auf die Aussage von X nicht von den "Früchten eines vergifteten Baums" gesprochen werden. Trotzdem ist der Verteidigung Recht zu geben, dass ohne die Ergebnisse der Telefonüberwachung die belastende Aussage von X nicht vorhanden wäre. Da für solche mittelbaren Zufallsfunde sowohl auf Bundesebene als auch im kantonalen Verfahrensrecht eine gesetzliche Regelung fehlt, darf davon ausgegangen werden, dass keine generelle Unverwertbarkeit solcher Zufallsfunde besteht. Vielmehr ist über die Verwertbarkeit aufgrund einer Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen zu entscheiden. Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, umso eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse der angeschuldigten Person daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt. Demgegenüber ist das Beweismittel namentlich dann nicht verwertbar, wenn bei seiner Beschaffung ein Rechtsgut verletzt wurde, das im konkreten Fall den Vorrang vor dem Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts verdient. Zu würdigen sind mit anderen Worten ebenso das Gewicht und das Ausmass der Rechtsgüterverletzung bei der Beweisbeschaffung, z.B. der in Art. 13 BV verletzten Garantie des Privatlebens des Angeklagten (BGE 131 I 279, 130 I 132). Mit zu berücksichtigen ist auch, ob das rechtswidrig erlangte Beweismittel an sich zulässig und auf gesetzmässigem Weg erreichbar gewesen wäre (BGE 130 I 32). Das Bundesgericht wies die vereinzelte Kritik in der Lehre an der Vornahme einer Interessenabwägung ausdrücklich zurück und hielt fest, wenn das Beweismittel an sich nicht verboten sei, genüge eine Interessenabwägung zur Sicherstellung des verfassungsrechtlich gebotenen fairen Verfahrens. In solchen Fällen sei daran festzuhalten, dass nicht bereits aus dem verfahrensrechtlichen Verstoss bei der Beweisbeschaffung eine absolute Unverwertbarkeit gefolgert werden könne (BGE 131 I 281). Weiter präzisierte das Bundesgericht, sei ein (an sich zulässiger) Beweis rechtswidrig beschafft

worden, dürfte die Verwertbarkeit zur Verfolgung einer geringfügigen Straftat zu verneinen sein. Die Garantie eines fairen Strafverfahrens gegenüber dem Angeschuldigten und der grundrechtliche Schutz seines Privatlebens verlangten aber ebenso wenig eine Beschränkung der Interessenabwägung auf sehr schwere Delikte wie ein absolutes Verwertungsverbot (BGE 131 I 282).

Diese Überlegungen gelten grundsätzlich auch für mittelbare Zufallsfunde. Dabei könnte man sich aber die Frage stellen, ob nicht die Garantie eines fairen Strafverfahrens und andere grundrechtliche Prinzipien zum Schutz des Privaten stärker in den Hintergrund treten, "je mittelbarer" beziehungsweise je weiter "entfernt" vom primären Beweismittel der Zufallsfund ist. Das würde beispielsweise erklären, dass tertiäre Beweismittel von der Fernwirkung eines Verwertungsverbots nicht betroffen sind.

Bei der hier zu beurteilenden Straftat handelt es sich um eine Übertretung. Das würde an sich eher gegen eine Berücksichtigung des mittelbaren Zufallsfunds sprechen. Allerdings kann die Berufungsklägerin bei genauer Betrachtung keine schützenswerten Interessen geltend machen, wenn man vom Interesse, von einer Strafverfolgung generell verschont zu bleiben, absieht beziehungsweise dieses Interesse als nicht schützenswert betrachtet. Im Vordergrund steht bei der Berufungsklägerin die durch das Post- und Fernmeldegeheimnis geschützte Kommunikation. Dieser Schutz steht allen an der Kommunikation beteiligten natürlichen und juristischen Personen zu. Nicht erforderlich ist, dass die geschützte Person auch Abonnentin ist; jeder Mitbenützer geniesst einen eigenständigen Grundrechtsschutz. Nicht nur die Person, gegenüber der eine amtliche Überwachung angeordnet wird, sondern auch deren Gesprächspartner sind grundrechtsgeschützt (Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3.A., S. 135). Die Ermittler gegen Y stiessen aber nicht gestützt auf abgehörte Telefongespräche mit der Berufungsklägerin auf X, sondern aufgrund anderer abgehörter Te-

lefonate, insbesondere mit X selbst und mit der mutmasslichen Frauenvermittlerin. Die Berufungsklägerin kann daher keine Verletzung ihres eigenen Grundrechtschutzes geltend machen, insbesondere nicht, weil hier nicht von einem Suchen nach Beweisen aufs Geratwohl, ohne genügenden dringenden Tatverdacht gesprochen werden kann ("fishing"; vgl. Schmid, N 725). Bereits aus diesem Grund kann die Aussage von X verwertet werden.

Zum selben Ergebnis führt folgende Überlegung: Gestützt auf die rechtmässige Telefonüberwachung gegen Y (ohne Berücksichtigung der Telefonate mit der Berufungsklägerin) und aufgrund entsprechender Ermittlungen kamen die Untersuchungsbehörden auf X als Opfer der Machenschaften der Bande um Y. X wurde in der Folge als Beschuldigte wegen illegaler Prostitution und als Auskunftsperson gegen Y befragt. Im Rahmen dieser Befragung gab X freimütig Auskunft und schilderte die Geschichte aus ihrer Sicht. Unter anderem kam auch ihre Vermittlung und ihr Aufenthalt im Sauna-Club der Berufungsklägerin zur Sprache. Diese die Berufungsklägerin belastende Aussage wurde in jeder Beziehung legal erworben. Insbesondere wurde X nicht dahingehend beeinflusst, gegen die Berufungsklägerin auszusagen (vgl. BGE 131 I 279 f. Erw. 4.2). Auch unter diesen Gesichtspunkten ist die Aussage von X verwertbar. Fraglich wäre nur gewesen, ob nach schweizerischem Recht ein Verfahren gegen X selbst möglich gewesen wäre.

d) Zusammenfassend sind die Aussagen von X gegen die Berufungsklägerin verwertbar. Zu Recht stellte daher die Vorinstanz darauf ab und verurteilte die Berufungsklägerin wegen Widerhandlung gegen das ANAG.

Obergericht, 24. November 2005, SBR.2005.31

34. Umfang der Entbindung vom Berufsgeheimnis bei einem Prozess eines Mandanten gegen seinen Anwalt (Art. 13 BGFA; Art. 321 StGB)

Bei der Prozesseinleitung eines Mandanten gegen seinen Rechtsanwalt darf grundsätzlich von einer (konkludenten) Entbindung vom Berufsgeheimnis ausgegangen werden, denn in diesem Fall gibt der Mandant die Aufgabe des Geheimhaltungswillens zu verstehen (vgl. BGE 106 IV 133; Testa, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwalts gegenüber dem Klienten, Diss. Zürich 2001, S. 165). Indessen ist zur Rechtsgültigkeit einer Einwilligung erforderlich, dass der Geheimnisherr weiss, in was er einwilligt (Keller, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Diss. Zürich 1993, S. 142). Es geht dabei um Tatsachen, die nur dem Anwalt, nicht aber dem Mandanten bekannt sind (vgl. Testa, S. 148); der Mandant muss wissen, worauf sich seine Einwilligung bezieht (Kull, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts, Diss. Zürich 2000, S. 85 f.; vgl. Wolffers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz, Zürich 1986, S. 139). In dieser Konstellation besteht das Recht zur Offenbarung nur bezüglich jener Tatsachen, die der Geheimnisherr ebenfalls kennt (Keller, S. 142). Mit anderen Worten ist in Fällen, in denen der Rechtsanwalt im Passivprozess mit seinen Behauptungen Wissen einbringt, über das der Mandant nicht verfügt, eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis notwendig.

Obergericht, 8. Februar 2005, ZBR.2004.80

35. **Insolvenzverfahren als Vollstreckungshindernis eines deutschen Vollstreckungsbescheids; Anerkennung des Beschlusses eines deutschen Amtsgerichts betreffend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens** (Art. 26 Abs. 1, 31 Abs. 1 LugÜ; Art. 166 ff., 175 IPRG)

1. Beruht eine auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung (Art. 38 Abs. 1 SchKG) gerichtete Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, so kann der Gläubiger beim Richter gemäss Art. 80 Abs. 1 SchKG die Aufhebung des Rechtsvorschlags (definitive Rechtsöffnung) verlangen. Ist das Urteil in einem fremden Staat ergangen, mit dem ein Vertrag über die gegenseitige Vollstreckung gerichtlicher Urteile besteht, so kann der Betriebene nach Art. 81 Abs. 3 SchKG die Einwendungen erheben, die im Vertrag vorgesehen sind. In keinem der Staatsverträge sind indessen die in Art. 81 Abs. 1 SchKG bezüglich inländischer Urteile vorgesehenen Einwendungen der nachträglichen Tilgung, Stundung und Verjährung erwähnt. Dennoch können sie als Selbstverständlichkeit, wonach eine getilgte, gestundete oder verjährte Forderung nicht vollstreckt werden kann, in jedem Rechtsöffnungsverfahren vorgebracht werden (Staehelin, Basler Kommentar, Art. 81 SchKG N 30). Vor dem Entscheid über die Rechtsöffnung muss indessen die ausländische Entscheidung in der Schweiz anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden. Die Vollstreckbarerklärung ist Vorbedingung der definitiven Rechtsöffnung; sie kann vorgängig in einem gesonderten Exequaturverfahren oder im Rechtsöffnungsverfahren vorfrageweise erfolgen (Pra 89, 2000, Nr. 13; BGE 116 Ia 396 ff.).

2. Gemäss Art. 26 Abs. 1 und Art. 31 Abs. 1 LugÜ wird jede in einem Vertragsstaat von einem Gericht erlassene Entscheidung in einem anderen Vertragsstaat anerkannt und vollstreckt. Unter "Entscheidung" ist nach Art. 25 LugÜ jede Entscheidung zu verstehen, ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung als Urteil, Beschluss oder Vollstreckungsbefehl, einschliesslich des Kostenfestsetzungsbeschlusses eines Urkundsbeamten. Ob die in einem Vertragsstaat ergangene Entscheidung rechtskräftig ist, spielt für die Anerkennung und Vollstreckung keine Rolle; Voraussetzung für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ist gemäss Art. 31 Abs. 1 LugÜ lediglich, dass die Entscheidung im Urteilsstaat vollstreckbar ist (Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3.A., S. 404). Ausgehend von der Grundregel, dass die internationale Zuständigkeit des Erstgerichts nicht nachgeprüft werden darf (Art. 28 Abs. 4 LugÜ; Walter, S. 414), regeln Art. 27 f. LugÜ die Anerkennungsverweigerungsgründe. Die Vollstreckbarerklärung setzt nach Art. 47 Ziff. 1 LugÜ voraus, dass die Partei, welche die Zwangsvollstreckung betreiben will, die Urkunden vorlegt, aus denen sich ergibt, dass die Entscheidung nach dem Recht des Ursprungsstaats vollstreckbar ist, und dass sie zugestellt wurde. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen hat der Vollstreckungsrichter von Amtes wegen zu prüfen (Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 5.A., Art. 31 N 8).

3. Beim Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts München vom 8./30. Juni 1999 handelt es sich unstrittig um einen grundsätzlich anerkennungsfähigen und damit vollstreckbaren Entscheid im Sinn von Art. 25 LugÜ (BGE 86 I 37).

4. Mit Bescheinigung des Amtsgerichts München vom 2. Mai 2005 wurde der fragliche Vollstreckungsbescheid im Sinn von Art. 31 Abs. 1 LugÜ für vollstreckbar erklärt. Somit ist der

Vollstreckungsbescheid auch in der Schweiz vollstreckbar, es sei denn, es lägen Gründe für die Verweigerung der Anerkennung vor. Einen solchen macht der Rekurrent geltend, indem er vorbringt, der Vollstreckungsbescheid vom 8./30. Juni 1999 sei wegen des mit Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 4. August 2003 über ihn eröffneten Insolvenzverfahrens nicht vollstreckbar. Bei der Ausstellung von Bescheinigungen der Vollstreckbarkeit werde nur geprüft, ob gegen den zu vollstreckenden Entscheid ein Rechtsmittel eingelegt worden sei. Daher habe der Umstand der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit nicht verhindern können, zumal der Schuldner gar nicht ins Verfahren einbezogen werde.

a) Die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit ist eine eigenständige gerichtliche Entscheidung (Walter, S. 440). Einzige Voraussetzung ist (neben dem Antrag des Berechtigten), dass die Entscheidung im Urteilsstaat vollstreckbar ist. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) erkannte, dass der Begriff der Vollstreckbarkeit lediglich Vollstreckbarkeit in "formeller" Hinsicht meine, nicht aber die Voraussetzungen, unter denen diese Entscheidung im Urteilsstaat selbst vollstreckt werden könne. Ob das Vollstreckungshindernis auch im Anerkennungsverfahren Beachtung findet, hängt vom internationalen Privatrecht des Anerkennungsstaates ab, hat aber nichts mit der Frage der Vollstreckbarkeit zu tun (Walter, S. 441). Demgemäss ist zu prüfen, ob der vom Rekurrenten als Vollstreckungshindernis geltend gemachte Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 4. August 2003 über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihn in der Schweiz anerkannt werden kann.

b) aa) Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren sind nach Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 LugÜ vom Anwendungsbereich dieses Übereinkommens ausgeschlossen. Die Begriffe "Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren" sind vertragsautonom auszu-

legen; es werden darunter Verfahren verstanden, die auf der Zahlungseinstellung, der Zahlungsunfähigkeit oder der Erschütterung des Kredits des Schuldners beruhen und in eine zwangsweise kollektive Liquidation der Vermögenswerte des Schuldners oder zumindest in eine Kontrolle durch die Gerichte münden (Walter, S. 171 mit Hinweisen). Entsprechend ist offensichtlich, dass das Insolvenzverfahren nach deutschem Recht ungeachtet dessen Ausgestaltung im Einzelnen vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen ist. Infolgedessen richtet sich die Frage der Anerkennbarkeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels eines Staatsvertrags nach Art. 166 ff. IPRG.

bb) Nach Art. 166 Abs. 1 IPRG wird ein ausländisches Konkursdekret, das am Wohnsitz des Schuldners ergangen ist, auf Antrag der ausländischen Konkursverwaltung oder eines Konkursgläubigers anerkannt, wenn das Dekret im Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar ist (lit. a), kein Verweigerungsgrund nach Art. 27 IPRG vorliegt (lit. b), und wenn der Staat, in dem das Dekret ergangen ist, Gegenrecht hält (lit. c). Der Konkursschuldner ist somit vom Wortlaut des Gesetzes her nicht legitimiert, die Anerkennung einer über ihn ergangenen ausländischen Konkurseröffnung zu beantragen. Allerdings ist in der Lehre umstritten, ob die Aufzählung der zum Antrag Legitimierten im Gesetz erschöpfend ist (vgl. die Übersicht über den Stand der Lehrmeinungen bei Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, Art. 166 N 72). Nach Volken ist das Problem allerdings nur ein scheinbares: Sei nämlich über einen Konkursiten im Ausland das Verfahren eröffnet worden, so seien grundsätzlich nur noch die Masse oder der Verwalter aktiv zu handeln berechtigt, nicht der Schuldner; dieser werde entmachtet. Ein Schuldner, der im Ausland selber um konkursrechtliche Schutzmassnahmen ersuche, befinde sich nach Schweizer Recht nicht im Konkurs, wohl aber in einer Situation des Nachlass- oder Stundungsverfahrens. Einer solchen Rechtslage werde unter Art. 175 IPRG Rechnung getragen, und die Anerkennung der

Nachlassmassnahme erfolge sinngemäss nach Art. 166-174 IPRG (Volken, Art. 166 IPRG N 73 f.). Zufolge der lediglich sinngemässen, also von der Stellung und Interessenlage abhängigen Anwendbarkeit von Art. 166 Abs. 1 IPRG ist davon auszugehen, dass es sich bei den zum Antrag auf Anerkennung ausländischer Nachlassverträge und anderer Verfahren Legitimierten um den Sachwalter und den Hauptschuldner handelt. Während im Konkursfall ein Konkursgläubiger an der Anerkennung interessiert sein kann, um den Hauptschuldner in seiner Verfügungsbefugnis zu begrenzen, wird es im Fall des gerichtlichen Nachlassvertrags eher der Hauptschuldner sein, der die Einzelexekution eines Gläubigers verhindern will (Volken, Art. 175 IPRG N 21).

c) Dementsprechend ist die Legitimation des Rekurrenten, den Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 4. August 2003 über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Schweiz anerkennen zu lassen, zu bejahen. In diesem Zusammenhang ist zunächst einmal festzustellen, dass mangels einer Vollstreckbarkeitsbescheinigung nicht klar ist, ob der fragliche Beschluss in Deutschland überhaupt vollstreckbar ist. Auch wenn der Beschluss keine Rechtsmittelbelehrung enthält, ergibt sich die Zulässigkeit der Beschwerde aus § 34 InsO; legitimiert dazu ist entweder der Schuldner oder ein Gläubiger, je nach dem, wer den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellte (vgl. § 13 InsO). Sodann ergibt sich aus dem Eröffnungsbeschluss, dass am 24. September 2003 der Berichts- und Prüfungstermin im Sinn von § 29 InsO stattfinden sollte, an welchem etwa über eine Einstellung des Verfahrens mangels Masse (§ 207 InsO) hätte beschlossen werden können. Ein Aktenstück mit den von den Gläubigern an dieser Versammlung gefassten Beschlüssen wurde vom Rekurrenten ebenfalls nicht eingereicht, so dass selbst bei der Annahme, der Eröffnungsbeschluss sei vollstreckbar geworden, die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung mangels Masse nicht ausgeschlossen ist. Schliesslich kann die Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst

dann nicht anerkannt und vollstreckt werden, wenn angenommen wird, der Beschluss sei vollstreckbar geworden, und das Verfahren sei am 24. September 2003 auch nicht eingestellt worden: Das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, geht nach Massgabe von § 80 Abs. 1 InsO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter über, und § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO bestimmt, dass Verfügungen des Schuldners über einen Gegenstand der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unwirksam sind. Angesichts dieser Rechtslage kann bei den im Recht liegenden Akten nicht nachvollzogen werden, weshalb der Rekurrent noch bis Ende März 2004 Ratenzahlungen an die Rekursgegnerin leistete. Ohne dass der Rekurrent hiefür eine schlüssige Erklärung abgibt, muss daher zwingend davon ausgegangen werden, seine Verfügungsbeschränkung sei dahingefallen, was wiederum nur damit erklärt werden kann, dass das Insolvenzverfahren - aus welchem Grund auch immer - mittlerweile eingestellt worden sein muss. Darauf deutet auch etwa hin, dass die vor der Insolvenzeröffnung in einem Rhythmus von drei Monaten erfolgten Abschlagszahlungen an die Rekursgegnerin mit dem Beschluss des Amtsgerichts Münster endeten, um plötzlich im November 2003 und damit drei Monate nach der Insolvenzeröffnung beziehungsweise zwei Monate nach dem Berichts-/Prüfungstermin wieder ihren Fortgang in nun monatlichem Rhythmus zu nehmen. An der zwingenden Annahme einer Verfahrenseinstellung vermag auch nichts zu ändern, dass sich der Rekurrent auf regelmässige Zahlungen an den Insolvenzverwalter beruft, woraus sich ergebe, dass das Insolvenzverfahren noch nicht abgeschlossen sei: Zwar finden sich in den Akten tatsächlich drei Belege, gemäss denen der Rekurrent im Oktober 2004 Zahlungen an X, bei dem es sich um den Insolvenzverwalter handelt, leistete. Allerdings wird auch damit ein Beweis, dass das Insolvenzverfahren noch hängig und daher der Eröffnungsbeschluss anzuerkennen ist, nicht erbracht: Diese Aktenstücke widersprechen den nachgewiesenen Zahlungen an

die Rekursgegnerin, und solange der Rekurrent diesen Widerspruch nicht schlüssig aufklärt, muss es bei der Annahme einer Verfahrenseinstellung und damit der Verweigerung der Anerkennung bleiben. Schliesslich ist es zumindest denkbar, dass Zahlungen an X auch in einem anderen Zusammenhang, losgelöst vom Insolvenzverfahren, hätten erfolgen können.

d) Zusammengefasst ist daher der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts München vom 8./30. Juni 1999 in der Schweiz für vollstreckbar zu erklären.

Obergericht, 14. Oktober 2005, BR.2005.66

36. Öffentlich- oder privatrechtlicher Arbeitsvertrag eines Schulhausabwarts (§ 1 ZPO; Art. 319 ff. OR)

1. a) Der Rekurrent hatte mit dem Präsidenten der Schulgemeinde für letztere einen Anstellungsvertrag für Hauswarte abgeschlossen. Nachdem er die Kündigung erhalten hatte, erhob er einerseits gegen den Präsidenten Aufsichtsbeschwerde, auf welche die Gesamtbehörde der Schulgemeinde nicht eintrat. Andererseits reichte er Klage ein mit dem Antrag, die Schulgemeinde sei zu verpflichten, ihm ein Arbeitszeugnis mit detailliert umschriebenem Inhalt auszustellen und Fr. 4'777.50 sowie eine angemessene Entschädigung gemäss Art. 336a OR zu bezahlen. Die Schulgemeinde beantragte Abweisung der Klage.

b) Obwohl beide Parteien ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis behaupteten, lud die Vorinstanz sie ein, zur sachlichen Zuständigkeit Stellung zu beziehen. Beide Parteien gingen in der Folge ausdrücklich von einem dem Privatrecht unterstehenden Arbeitsvertrag aus und beantragten Eintreten auf die Klage. Die Vorinstanz trat jedoch mangels sachlicher Zuständigkeit auf die Klage nicht ein. Sie erwog, entgegen den Darlegungen der Parteien sei ein öffentlich-rechtlicher Vertrag abgeschlossen worden. Es liege daher keine Zivilrechtsstreitigkeit vor.

2. Der Rekurrent beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, auf die Streitsache einzutreten und diese materiell zu beurteilen. Zur Begründung macht er geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei es zulässig, einen Hauswart privatrechtlich anzu-

stellen. Der Anstellungsvertrag sei seinerzeit nach dem unbestrittenen Willen der Volksschulgemeinde (Rekursgegnerin) auf privatrechtlicher Basis erfolgt. Diese Wahlfreiheit sei ihr zugestanden, weil der Rekurrent als Hauswart keine unmittelbare öffentliche Aufgabe zu erfüllen gehabt habe. Eine bloss mittelbare Aufgabenerfüllung genüge nicht, um ein Rechtsverhältnis zwingend dem öffentlichen Recht zu unterstellen. Bestehe Wahlfreiheit, dürfe der klare Wille der Parteien nicht einfach übergangen werden. Die gemäss Anstellungsvertrag zusätzlich geltenden Richtlinien 84 des Schweizerischen Fachverbands der Hauswarte seien ein privatrechtliches Regelwerk. Dass darin allenfalls auf die Anwendbarkeit öffentlich-rechtlicher Normen verwiesen werde, könne dessen zivilrechtlichen Charakter nicht beeinflussen. Die aktuellen Richtlinien 2003, die ebenfalls einen rein privatrechtlichen Charakter aufweisen würden und letztlich nur die Richtlinien 84 auf einen zeitgemässen Stand hätten bringen sollen, hätten auch mit einem privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrag Gültigkeit.

3. Die Vorinstanz kam mit einer sehr ausführlichen Begründung zum Schluss, der zwischen den Parteien abgeschlossene Anstellungsvertrag für Hauswarte sei als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren. Dem wäre wohl auch zuzustimmen, wenn der Vertrag unter Ausserachtlassung des Verhaltens und der Vorbringen der Parteien lediglich aufgrund der Akten qualifiziert würde. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass verschiedene Indizien, die auf den ersten Blick auf ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis hinweisen mögen, durchaus auch bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen vorkommen: Das Dienstverhältnis oder der Dienstvertrag ist die früher gebräuchliche Bezeichnung für alle Arbeitsverträge. Der Rekurrent erhielt zwar am 1. Februar 2000 ausdrücklich einen "Verweis", was einer Disziplinarmassnahme im Sinn von § 25 des Personalreglements der Rekursgegnerin entsprach. Er wurde aber am 5. Dezember 2003 auch ausdrücklich

verwarnt. Zudem werden auch in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen Verweise erteilt. Feste Besoldungsverordnungen mögen ein Indiz für ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis sein; Besoldungsordnungen, Lohntabellen und Einreihungspläne finden sich aber auch bei Unternehmungen der Privatwirtschaft. Dass der vom Präsidenten der Volksschulgemeinde unterzeichnete Arbeitsvertrag von der Schulgemeinde noch genehmigt werden musste, ist jedenfalls durch einen entsprechenden Beschluss nicht belegt; Anstellungsbestätigungen von übergeordneten Gremien kommen im Übrigen auch bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen vor.

4. a) Die Vorinstanz erwog, es bestehe allenfalls Raum für eine rechtsgeschäftliche Gestaltung des Vertragsverhältnisses seitens der Parteien. Es sei - mit Einschränkungen - möglich, dass das Gemeinwesen mit einem Angestellten auch ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis begründe. Allerdings verneine die neuere Lehre und Rechtsprechung die Wahlfreiheit weitgehend und lasse die Begründung eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses nur in Ausnahmefällen zu. Ein solcher Ausnahmetatbestand liege hier nicht vor. Auch die Parteien hätten keinen Grund geltend gemacht, weshalb dem zur Diskussion stehenden Rechtsverhältnis eine Besonderheit zukomme und es vom Grundsatz der öffentlich-rechtlichen Regelung ausgenommen sei. Allein der Umstand, dass sich die Parteien heute über die Zugehörigkeit des Vertrags zum Privatrecht einig seien, genüge nicht, um von dem in der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsatz abzuweichen. Diese Auffassung stützt sich auf die im angefochtenen Entscheid erwähnte Lehre und Rechtsprechung. Inwieweit diese noch der Rechtswirklichkeit entsprechen, erscheint angesichts der Tendenz, staatliche Aufgaben vermehrt auszulagern und Privatrechtssubjekten zu übertragen, aber fraglich.

b) Es existiert keine gesetzliche Bestimmung, wonach die öffentlich-rechtlichen Körperschaften des Kantons Thurgau mit ihren Angestellten ausschliesslich öffentlich-rechtliche Arbeitsverträge abschliessen dürfen. Mithin ist es ihnen nicht verwehrt, Mitarbeiter auf privatrechtlicher Basis anzustellen. Davon geht auch das Verwaltungsgericht aus (vgl. TVR 1994 Nr. 12 und 1991 Nr. 4). Ein Hauswart nimmt - wenn überhaupt - höchstens mittelbar oder am Rande öffentlich-rechtliche Aufgaben wahr. Daran ändert auch seine "indirekte Disziplinargewalt gegenüber Schülern" nichts. Über eine solche verfügt beispielsweise auch ein Wachmann der Securitas, der im Auftrag des Grundeigentümers ein Areal zu überwachen hat. Unter diesem Gesichtspunkt ist es einem Gemeinwesen somit grundsätzlich nicht verwehrt, mit einem Hauswart auch einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag abzuschliessen. Davon ging letztlich auch die Rekursgegnerin aus, die der Vorinstanz die neuen Musterverträge aus dem Handbuch für Hauswartungen (Stand Oktober 2002) einreichte, die eine öffentlich-rechtliche sowie eine privatrechtliche Anstellung ausdrücklich vorsehen. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, weshalb solche Anstellungsverhältnisse nur mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet werden sollen.

c) Der Rekurrent machte an der Hauptverhandlung geltend, die Rekursgegnerin habe die Wahl- und Gestaltungsfreiheit genutzt und ihn auf rein privatrechtlicher Basis angestellt. Die Rekursgegnerin schloss sich mit Bezug auf die Frage der privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Anstellung ausdrücklich den Ausführungen des Rekurrenten an. Sie wies zudem darauf hin, es bestünden neu zwei Musterverträge, die ausdrücklich auf den privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Charakter des jeweiligen Arbeitsvertrags hinweisen würden. Im vorliegenden Arbeitsvertrag würden keine öffentlich-rechtlichen Normen zugrunde gelegt. Der Präsident der Rekursgegnerin wies schliesslich darauf hin, alle Verwaltungsangestellten und Hauswarte einschliesslich

die Schulzahnklinik seien privatrechtlich angestellt, was allerdings mit Bezug auf die Anstellung einer Hauswartsangestellten im Jahre 2003 offenbar nicht zutrifft.

Die Parteien behaupteten somit, sie hätten einen privatrechtlichen Vertrag abgeschlossen, was aufgrund des öffentlichen Rechts hier nicht ausgeschlossen ist. Das stellt keine rechtliche Auffassung bezüglich der sachlichen Zuständigkeit dar, an die das Gericht nicht gebunden wäre (§ 96 Abs. 1 ZPO). Es handelt sich vielmehr um Tatsachenbehauptungen im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss. Darüber musste nicht Beweis abgenommen werden, da die Rekursgegnerin diese Behauptung nicht bestritt, sondern sie im Prozess sogar ausdrücklich anerkannte (§ 180 Abs. 1 ZPO).

Aufgrund dieser Vorbringen der Parteien ist davon auszugehen, dass sie ursprünglich einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag abschliessen wollten. Letzteres bestätigte die Rekursgegnerin sogar in ihrer Stellungnahme an das Obergericht, hielt sie doch ausdrücklich fest, ursprünglich von einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ausgegangen zu sein. In dieser Hinsicht liegen unbestrittenermassen übereinstimmende Willensäusserungen vor; jedenfalls gingen beide Parteien davon aus. Bei der Beurteilung des Vertrags nach Form und Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum gebraucht wird (Art. 18 Abs. 1 OR). Gestützt auf die Parteivorbringen ist somit ein privatrechtlicher Vertrag zustande gekommen (Art. 1 OR).

d) In der Rekursantwort machte die Rekursgegnerin geltend, sie sei sich nie ganz sicher gewesen, ob ein privatrechtliches oder eher ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis vorgelegen habe. Sie habe sich daher zu den Vorbringen des Rekurrenten nicht geäussert und sei auf den Sachverhalt nicht eingegan-

gen. Sie stellte sich zudem auf den Standpunkt, es liege ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis vor.

Aufgrund der Akten nicht zutreffend ist die Behauptung der Rekursgegnerin, sie habe sich an der Hauptverhandlung den Ausführungen des Rekurrenten über die sachliche Zuständigkeit nicht angeschlossen. Vielmehr trifft das Gegenteil zu. Wenn die Rekursgegnerin geltend macht, entgegen dem Protokoll der Hauptverhandlung habe sie sich nicht weiter zur Einstufung des Arbeitsverhältnisses geäussert, ist sie damit nicht zu hören. Sie hätte dies innert Frist mit einem bei der Vorinstanz einzureichenden Protokollberichtigungsbegehren vorbringen müssen (§ 101 Abs. 1 ZPO).

Gestützt auf das Novenrecht (§ 240 i.V.m. § 230 Abs. 1 ZPO) kann die Rekursgegnerin allerdings neue Tatsachen behaupten, selbst wenn sie den von der Vorinstanz gemachten widersprechen (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 230 N 2). Die Rekursgegnerin kann mithin im Rekursverfahren entgegen ihren früheren Ausführungen geltend machen, sie sei beim Vertragsabschluss nicht von einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag ausgegangen. Das hilft ihr indessen nichts, weil diese Bestreitung im Sinn einer antizipierten Beweiswürdigung als unglaubwürdig zu betrachten ist: Einerseits sagte der Präsident der Rekursgegnerin vor Vorinstanz selbst aus, alle Verwaltungsangestellten und Hauswarte seien privatrechtlich angestellt. Im Entscheid der Schulbehörde über die Aufsichtsbeschwerde wurde andererseits der Nichteintretensentscheid ausdrücklich damit begründet, "gegen die Auflösung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses hätte der Beschwerdeführer (Rekurrent) in der Folge bis zum Ende der Kündigungsfrist bei der Schulbehörde schriftlich Einsprache erheben und hernach wegen angeblich missbräuchlicher Kündigung eines Arbeitsvertrags an das Zivilgericht gelangen können. Von diesem ordentlichen Rechtsmittel hat der

Beschwerdeführer indes keinen Gebrauch gemacht ... Stattdessen ergriff der Beschwerdeführer das subsidiäre Rechtsmittel der Aufsichtsbeschwerde, um einen 'Kündigungswiderruf' zu erreichen, was jedoch offensichtlicherweise unzulässig ist. Entsprechend ist auf die Aufsichtsbeschwerde ... nicht einzutreten". Unter diesen Umständen erweist sich der im Rekursverfahren eingenommene Standpunkt der Rekursgegnerin, sie sei bei Vertragsabschluss und auch nach der Kündigung nicht von einem privatrechtlichen, sondern von einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis ausgegangen, als unglaubwürdige Schutzbehauptung. Es widerspricht zudem Treu und Glauben, im Nachhinein das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zu behaupten, wenn selbst die Aufsichtsbehörde ausdrücklich von einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ausging. Damit steht als Beweisergebnis fest, dass die Parteien bei Vertragsabschluss übereinstimmend von einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag ausgingen und einen solchen abschlossen.

e) Unter diesen Umständen liegt eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinn von § 1 ZPO vor, weshalb auf die Klage einzutreten ist. Die Streitsache ist daher zum materiellen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Obergericht, 25. Juli 2005, ZR.2005.44

37. **Kompetenzattraktion beim Obergericht bei einem sowohl gegen den Gerichtsvorsitzenden als auch gegen den Gerichtsschreiber gerichteten Ausstandsbegehren; keine Befangenheit im Verhältnis zu einer Partei im Fall einer Auseinandersetzung zwischen einem Gerichtsfunktionär und einem Zeugen** (§§ 55 Ziff. 2 und 3, 52 ZPO)

1. Beim Einzelrichter X ist eine Forderungsklage gegen die Gesuchstellerin hängig.

2. a) Die Gesuchstellerin lässt beim Obergericht ein Ablehnungsbegehren gegen Gerichtspräsident X als Einzelrichter und Gerichtssekretär Y einreichen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, X und Y würden gemeinsam ein Advokaturbüro betreiben und somit den Berufsregeln gemäss BGFA unterstehen. Anwälte hätten namentlich jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Mandanten und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stünden, zu meiden. In den Sachverhalt involviert sei weiter A, die von ihr im hängigen Forderungsprozess als Zeugin offeriert worden sei. A habe den Bürokollegen des Rechtsvertreters der Gesuchstellerin mit der Durchsetzung einer Forderung gegenüber Y beauftragt. Diese Forderung habe sich daraus ergeben, dass Y in einem Baurechtsverfahren ohne Auftrag und Ermächtigung als Vertreter von A aufgetreten sei. Dagegen sei eine Aufsichtsbeschwerde bei der Anwaltskammer des Kantons St. Gallen eingereicht worden. Demnach müsse Y in allen mit A zusammenhängenden Angelegenheiten als befangen, wenn nicht gar verfeindet gelten. Der Konflikt von Y übertrage sich auf X, der als Kanzleipartner mit Y in geschäftlicher Beziehung stehe.

b) X und Y beantragten die Abweisung des Ausstandsbegehrens. Gerichtspräsident X teilte mit, die Zeugin A sei

ihm nicht persönlich bekannt, so dass er nicht wüsste, weshalb er ihr oder der Gesuchstellerin gegenüber befangen sein sollte. Gerichtssekretär Y reichte ein Schreiben der Anwaltskammer des Kantons St. Gallen ein und hielt fest, diese habe festgestellt, dass keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des eidgenössischen oder kantonalen Anwaltsgesetzes vorlägen. Die Behauptungen, auf die sich die Gesuchstellerin stütze, seien tatsachenwidrig und haltlos. Alle in der Beschwerde an die Anwaltskammer erhobenen Vorwürfe hätten widerlegt werden können. Er kenne die Zeugin A nicht. Im fraglichen Bauverfahren sei es darum gegangen, dass ihn B als Vertreterin von 13 Einsprecherinnen mandatiert habe, wobei zu diesen 13 Personen auch A gehört habe. Seine Ansprechperson sei B gewesen. Wie sich die insgesamt 13 Einsprecherinnen untereinander organisiert hätten, sei ausserhalb seines Einfluss- und Verantwortungsbereichs gelegen. Dass A bezüglich seines Vertretungsverhältnisses anderer Ansicht gewesen sei, laste er ihr nicht persönlich an; er sehe deshalb keine Veranlassung, gegenüber A befangen zu sein.

3. a) Über ein bestrittenes Ausstandsbegehren gegen den Gerichtspräsidenten als Einzelrichter entscheidet gemäss § 55 Ziff. 2 ZPO das Obergericht; richtet sich das Begehren gegen den Schreiber einer Gerichtsbehörde, so entscheidet diese selbst (§ 55 Ziff. 3 ZPO).

b) Diese Regelung ist nicht auf den Fall zugeschnitten, dass gleichzeitig ein Ausstandsbegehren sowohl gegen den Einzelrichter als auch gegen den Gerichtsschreiber erhoben wird und sich dieses bezüglich beider Funktionäre auf denselben Lebenssachverhalt abstützt. In dieser Konstellation hätte bei gleichzeitiger Geltendmachung der Ausstandsbegehren gemäss § 55 Ziff. 2 ZPO vorerst das Obergericht über den Ausstand des Einzelrichters zu befinden, während das gegen den Schreiber gerichtete

Begehren zufolge des sofortigen Ausstands des Einzelrichters (vgl. RBOG 1990 Nr. 25) vorderhand unbehandelt bliebe. Erst nach dem Beschluss des Obergerichts könnte über dieses Gesuch - je nach Ausgang des Verfahrens vor Obergericht durch den Einzelrichter oder dessen Stellvertreter - entschieden werden. Dabei liegt auf der Hand, dass dieser Entscheid gleich ausfallen würde wie der Beschluss des Obergerichts, da derselbe Sachverhalt zu entscheiden wäre und gegen die Verfügung nach § 55 Ziff. 3 ZPO ausserdem der Rekurs an das Obergericht zulässig ist (§ 234 Ziff. 6 ZPO). Bei dieser Sachlage ist es daher einzig sachgerecht, für beide Begehren eine Kompetenzattraktion beim Obergericht zu begründen.

4. Ein Gerichtsschreiber oder Richter kann gemäss § 52 ZPO abgelehnt werden, wenn andere als die in § 51 ZPO genannten Umstände vorliegen, die ihn als befangen erscheinen lassen. Voreingenommenheit ist gegeben, wenn Umstände gegeben sind, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Für die Ablehnung muss nicht nachgewiesen werden, dass der Richter tatsächlich befangen ist. Es genügt vielmehr bereits der objektiv gerechtfertigte Anschein, die für ein gerechtes Urteil notwendige Offenheit des Verfahrens sei nicht mehr gewährleistet. Dabei kann allerdings nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abgestellt werden. Das Misstrauen gegenüber einem Richter muss vielmehr 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 (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 52 N 1; vgl. BGE 126 I 73).

5. a) Dreh- und Angelpunkt der Rüge der Befangenheit ist A. Sie steht in einem Arbeitsverhältnis zur Gesuchstellerin, die Beklagte in dem beim Einzelrichter hängigen Forderungsprozess ist und in jenem Verfahren A als Zeugin anmeldete. A liess gegen Y, den Büropartner von Rechtsanwalt X, bei der Anwaltskammer des Kantons St. Gallen eine Beschwerde einreichen; sie liess sich dabei durch den Büropartner des Rechtsanwalts der Gesuchstellerin vertreten. Rechtsanwalt Y wurde zur Hauptsache vorgeworfen, A und andere Personen in einer Bausache vor mehreren Instanzen ohne Mandat vertreten zu haben. Daneben machte A gegenüber Rechtsanwalt Y eine Schadenersatzforderung geltend. Y bezahlte diesen Betrag, allerdings offenbar nur, um eine bereits eingeleitete Betreibung und damit einen Eintrag im Betreibungsregister abzuwenden.

b) aa) Aufgrund dieses Sachverhalts steht von vornherein fest, dass die Rüge der Befangenheit gegenüber Gerichtspräsident X mit Bezug auf den Streit zwischen A und Y an den Haaren herbeigezogen ist. Auch der Hinweis, Gerichtspräsident X habe im Forderungsprozess gegen die Gesuchstellerin einen Beweisbeschluss zu einer nicht relevanten Frage gefällt, der von der Gesuchstellerin schwieriger zu beweisen sei als die tatsächlich massgebende Frage, ändert daran offenkundig nichts: Es war das Obergericht, das in Gutheissung einer Berufung der Gesuchstellerin die Vorinstanz und damit Gerichtspräsident X als Einzelrichter anwies, Beweis über die nun als unwichtig behauptete Frage abzunehmen.

bb) Mit Blick auf Gerichtssekretär Y ist eine Auseinandersetzung mit A erwiesen. Wohl konnte der Vorwurf, er habe A ohne Mandat vertreten, gegenüber der Anwaltskammer des Kantons St. Gallen entkräftet werden, sah diese doch mangels Anhaltspunkten für eine Verletzung des eidgenössischen oder kantonalen Anwaltsgesetzes von vornherein von der Eröffnung eines

Disziplinarverfahrens ab. Indessen ist nicht bekannt, wie - wenn überhaupt - die Differenzen im Zusammenhang mit der von A geltend gemachten Schadenersatzforderung erledigt wurden. Eine solche Auseinandersetzung zwischen einem Gerichtsschreiber und einer Partei mag unabhängig davon, inwieweit die Vorwürfe zutreffen, objektiv durchaus den Anschein der Befangenheit rechtfertigen. Hier aber ist nicht das Verhältnis zwischen einem Gerichtsschreiber und einer Partei durch eine Auseinandersetzung belastet, sondern dasjenige zu einer Zeugin. In dieser Konstellation kann solange, als nicht eine Partei konkrete Anhaltspunkte geltend macht, die objektiv darauf schliessen lassen, dass die zwischen diesen Personen bestehenden Differenzen das Verhältnis des Gerichtsfunktionärs zu ihr belasten könnten, nicht von Befangenheit gegenüber der Partei ausgegangen werden. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, von welcher Partei der Zeuge offeriert wurde. Inwiefern die Tatsache, dass A bei der Gesuchstellerin arbeitet, Y dieser gegenüber befangen erscheinen lassen sollte, ist jedenfalls nicht ersichtlich und wurde auch nicht dargetan, genauso wenig, wie offen gelegt wurde, inwiefern zwischen A und der Gesuchstellerin neben dem geschäftlichen ein privates Verhältnis bestehen sollte.

Obergericht, 4. April 2005, ZPR.2005.3

38. Ein Konstanzer Anwalt kann nicht verpflichtet werden, in der Schweiz ein Zustelldomizil zu bezeichnen (§ 58 Abs. 3 ZPO)

1. X wird im gerichtlichen Verfahren durch ihren Ehemann, Rechtsanwalt in Konstanz, vertreten. Das Gerichtspräsidium forderte sie auf, binnen 20 Tagen in der Schweiz ein Zustelldomizil zu bezeichnen.

2. Die Vorinstanz stützte ihre Verfügung auf § 58 Abs. 3 ZPO. Nach § 58 Abs. 3 ZPO haben Parteien mit Wohnsitz im Ausland zur Entgegennahme amtlicher Mitteilungen zu Beginn des Verfahrens einen Bevollmächtigten in der Schweiz zu bezeichnen. Wenn sie einer amtlichen Aufforderung hiezu nicht nachkommen, können die Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen. Abweichende Regelungen in Staatsverträgen bleiben vorbehalten.

a) Nach Auffassung des Obergerichts trifft zwar zu, dass die Pflicht zur Bezeichnung eines Bevollmächtigten in der Schweiz gemäss Gesetzeswortlaut nur Parteien mit Wohnsitz im Ausland betrifft. Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung, welche aus einer Zeit datiert, wo ausländische Anwälte in der Schweiz nur in Ausnahmefällen vor Gericht auftreten durften, und im Rahmen einer zeitgemässen Auslegung ist aber kein Grund ersichtlich, § 58 Abs. 3 ZPO nicht auf Parteivertreter mit Sitz im Ausland auszudehnen. Diese Auslegung steht auch im Einklang mit § 58 Abs. 2 letzter Satz ZPO, wonach Zustellungen in Fällen, in denen ein Prozessvertreter bestellt wurde, gültig nur an diesen erfolgen können (RBOG 2004 Nr. 31).

b) Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) bezweckt unter anderem die Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere die Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen (Art. 1 lit. b) und die Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer (Art. 1 lit. d). Gemäss Art. 2 FZA dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer andern Vertragspartei aufhalten, im Anwendungsbereich des Abkommens aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht diskriminiert werden. Nach Art. 19 Anhang I des Abkommens kann, wer zur

Erbringung von Dienstleistungen berechtigt ist, oder wem eine entsprechende Erlaubnis erteilt wurde, seine Tätigkeit vorübergehend im Staat der Erbringung der Dienstleistung nach Massgabe der entsprechenden Bestimmungen unter den gleichen Bedingungen ausüben, wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt. Gestützt auf das FZA regelt das Anwaltsgesetz des Bundes (BGFA, SR 935.61) die Tätigkeit der Rechtsanwälte, welche aus Mitgliedstaaten der EU und der EFTA stammen. In Art. 21 ff. BGFA wurde die im Anhang III zum FZA erwähnte Richtlinie 77/249/EWG zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte umgesetzt. Dadurch soll die internationale Freizügigkeit für Angehörige von Mitgliedstaaten der EU und der EFTA gewährleistet werden. Unter anderem können solche Anwälte gemäss Art. 21 Abs. 1 BGFA im freien Dienstleistungsverkehr in der Schweiz Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (Art. 21 Abs. 2 BGFA).

c) Würde der Lösung der Vorinstanz gefolgt, wäre im Endeffekt zwar keine staatsvertraglich verbotene Diskriminierung gegeben, weil das Zustelldomizil für im Ausland domizilierte Rechtsanwälte nicht mit ihrer ausländischen Nationalität, sondern mit ihrem ausländischen Domizil begründet würde, denn das Diskriminierungsverbot bezieht sich auf die Staatsangehörigkeit. Einer solchen Argumentation kann, auch wenn sie rein formal zutrifft, nach Auffassung des Obergerichts nicht gefolgt werden. Mit einer solchen Regelung würden auf dem Umweg über das Domizil ausnahmslos alle ausländischen Rechtsanwälte, die im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs in der Schweiz tätig werden wollen, mit einem administrativen Hemmnis belegt, was das FZA gerade ausschliessen wollte. Dass ein Zustelldomizil in der Schweiz für einen ausländischen Anwalt ein Hemmnis darstellt, kann nicht ernstlich bestritten werden, bringt es doch nicht nur zusätzlichen Aufwand und Kosten mit sich, sondern beeinträchtigt auch die Berufstätigkeit an sich, wie etwa bei den Rechtsmittelfris-

ten, welche wegen des Fristbeginns mit Zustellung an das schweizerische Domizil für den ausländischen Anwalt regelmässig verkürzt würden. Das Argument, auch der im Ausland tätige Schweizer Anwalt sei davon betroffen, trifft so nicht zu, denn der Schweizer Anwalt, welcher in der Schweiz praktizieren will, führt kaum selbst Fälle im Ausland; ausserdem herrscht im Ausland oft Anwaltszwang, so dass der Schweizer Anwalt ohnehin die Hilfe eines ausländischen Kollegen in Anspruch nehmen muss. Vor diesem Hintergrund geht es nicht an, ausländische Anwälte in verfahrensrechtlicher Hinsicht anders zu behandeln als schweizerische, nur weil sie im Ausland ihre Kanzlei betreiben. Genau dies wollten das FZA und das BGFA verhindern. Dies gilt umso mehr, als das FZA ausdrücklich für kurzfristige Dienstleistungen gilt und der freie Dienstleistungsverkehr gemäss BGFA gerade auf Anwälte mit Geschäftssitz im Ausland zugeschnitten ist.

d) Nach Auffassung des Obergerichts kann allfälligen Problemen im Zusammenhang mit der Zustellung von Akten ins Ausland mit einer staatsvertragskonformen Auslegung von § 102 Abs. 2 ZPO begegnet werden. Nach dieser Vorschrift werden die Akten nur den nach dem BGFA zugelassenen Rechtsanwälten ausgehändigt; die Bestimmung gilt sinngemäss auch im Strafprozess (Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 78 N 9). Daraus folgt keine unbedingte und uneingeschränkte Pflicht zur Aushändigung der Akten; vielmehr hat die Aushändigung nach pflichtgemässem Ermessen des Gerichts zu erfolgen, und das Gericht hat die Möglichkeit, die Herausgabe der Originalakten sowohl an zugelassene Rechtsanwälte im Inland als auch solche im Ausland zu verweigern, sofern hiefür triftige Gründe bestehen. Nur diese Auslegung entspricht auch der heutigen Praxis zu § 102 Abs. 2 ZPO: In besonders umfangreichen Verfahren, wie etwa bei Wirtschaftsdelikten oder bei Beteiligung mehrerer Parteianwälte, kann angeordnet werden, dass die Akten auch von den Anwälten bei der zuständigen Amtsstelle eingesehen wer-

den (Zweidler, § 78 StPO N 9; ZGGVP 2000 S. 178 ff.). Ebenso kann der schikanöse Missbrauch des Akteneinsichtsrechts zur Verweigerung der Aushändigung von Akten führen (vgl. ZBJV 125, 1989, S. 553). Denkbar ist es ausnahmsweise auch, in dringenden Fällen, in welchen das Gericht die Akten selbst benötigt, den Rechtsanwalt darauf zu verweisen, die Akten bei der Gerichtskanzlei einzusehen (vgl. ZR 97, 1998, Nr. 20; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999, Art. 55 N 4c). Die Beschränkung der Aktenaushändigung an Anwälte (vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.A., Art. 134 N 1; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 56 N 19) hat ihren Grund darin, dass klare Verantwortlichkeiten mit Bezug auf die vertrauliche Behandlung und die unversehrte Rückgabe der Akten geschaffen werden (RBOG 1973 Nr. 12); deshalb kann eine Übergabe der Akten an einen Rechtsanwalt verweigert werden, wenn die Gefahr der Einsichtnahme in die Akten oder der Beeinträchtigung der Akten durch Dritte besteht, wenn mithin der Rechtsanwalt für die Sicherheit der Akten keine Garantie bieten kann. Hat aber das Gericht schon gegenüber inländischen Anwälten die Möglichkeit, nach pflichtgemässem Ermessen eine Aushändigung der Originalakten zu verweigern, gilt dies erst recht auch gegenüber Anwälten mit Wohnsitz im Ausland, wie etwa, wenn eine sichere Zustellung dieser Akten nicht gewährleistet ist. Daraus folgt allerdings grundsätzlich die Pflicht, im Fall einer Verweigerung der Herausgabe der Originalakten einen kopierten Aktensatz zuzustellen, wenn sich der damit verbundene Aufwand im Rahmen hält; bei umfangreichen Akten kann demgegenüber vom ausländischen Anwalt verlangt werden, dass er beim zuständigen Gericht Einsicht in die Akten nimmt, wie dies gegebenenfalls auch von einem inländischen Anwalt verlangt werden kann. Bei dieser Auslegung ist eine diskriminierungsfreie Handhabung der Aktenherausgabe im internationalen Verhältnis unter Wahrung der Interessen der Gerichte ge-

wahrt, und zwar nicht nur mit Bezug auf die Nachbarländer. Mit dieser Auslegung von § 102 Abs. 2 ZPO wird auch mit Blick auf die Frage des Gegenrechts dem Umstand Rechnung getragen, dass in vielen Ländern, insbesondere auch in den Nachbarstaaten Deutschland und Österreich, gegenüber den Anwälten eine teils wesentlich restriktivere Praxis bei der Herausgabe von Akten durch die Gerichte herrscht (vgl. Lingenberg/Hummel/Zuck/Eich, Kommentar zu den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, 2.A., S. 211 f.).

e) Abgesehen davon, dass es in der Regel praktisch ohnehin nur um den Verkehr mit Anwälten aus den Nachbarländern gehen wird, dürfen die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Zustellungen ins Ausland auch nicht überschätzt werden. Gemäss Art. 10 lit. a des Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965 (HZUe; SR 0.274.131) dürfen, sofern der Bestimmungsstaat keinen Widerspruch erklärt, gerichtliche Schriftstücke im Ausland befindlichen Personen unmittelbar durch die Post übersandt werden (lit. a). Nur wenige Staaten haben einen Vorbehalt gegen Art. 10 lit. a HZUe angebracht. Darunter finden sich zwar auch die Schweiz und Deutschland (vgl. BGE 131 III 449), doch besteht im Verhältnis der beiden Staaten kein Vorbehalt zu Art. 5 Abs. 2 HZUe, der vorsieht, dass unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 lit. b HZUe die Zustellung stets durch einfache Übergabe des Schriftstücks an den Empfänger bewirkt werden kann, wenn er zur Annahme bereit ist (vgl. ABSH 2002 S. 89). Gemäss Art. 7 Ziff. 1 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1) kann die Zustellung durch einfache Übergabe der Urkunde oder der Entscheidung an den Empfänger erfolgen. Aufgrund von Art. IIIA des Staatsvertrags zwischen der Schweiz und Deutschland über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen und die Erleichterung

seiner Anwendung (SR 0.351.913.61) können die zuständigen Stellen eines Vertragsstaates im Rahmen der Verfolgung von Straftaten gerichtliche Schriftstücke unmittelbar durch die Post an Personen übersenden, die sich im Hoheitsgebiet des anderen Vertragsstaates aufhalten. Vor dem Hintergrund des FZA, welches der Diskriminierung auf verschiedenen Ebenen entgegenwirken will, kann die Schweiz auch nicht darauf bestehen, dass nur Zustellungen ins Ausland akzeptiert werden, sofern eine "automatische Rückmeldung" garantiert ist. Die Gerichte arbeiten im Übrigen teils seit langem mit Empfangsquittungen, welche unmittelbar nach Erhalt zu retournieren sind. Mit Blick auf Zustellungsprobleme kann ein Zustelldomizil nur verlangt werden, wenn die postalische Zustellung tatsächlich regelmässig zu Problemen führen würde, beispielsweise wenn Anzeichen bestehen, dass ein Rechtsanwalt Verfahren verzögert. In diesem Fall muss eine individuelle Regelung getroffen werden.

3. Zusammengefasst verbietet das FZA nach Auffassung des Obergerichts den Schweizer Gerichten, von einem Konstanzer Anwalt ein Zustelldomizil in der Schweiz zu verlangen. Er würde damit namentlich gegenüber den Schweizer Kollegen stark benachteiligt. Für ein solches Verhalten fehlt es mithin an einer genügenden sachlichen Begründung, welche eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würde. Damit wird nicht ausgeschlossen, dass ein Zustelldomizil verlangt werden kann, wenn tatsächlich erhebliche Probleme im Zusammenhang mit der Zustellung auftauchen sollten. Solange aber die direkte postalische Zustellung staatsvertraglich zulässig ist und die eingeschriebenen Sendungen, welche mit zu retournierenden Empfangsquittungen kombiniert werden können, möglich und entsprechende Kontrollen mit vertretbarem Aufwand zumutbar sind, kann ein Zustelldomizil in der Schweiz nicht verlangt werden.

Präsident des Obergericht, 30. November 2005, ZR.2005.96

39. Beweiskostenvorschuss: Beweispflichtige Partei, Höhe des Vorschusses, Rückerstattung (§ 76 ZPO)

1. Die Kosten von Beweisabnahmen sind in allen Verfahren von der beweispflichtigen Partei vorzuschiessen. Der Gerichtspräsident oder das Gericht bestimmen die Höhe des Kostenvorschusses und setzen für die Zahlung eine angemessene Frist an. Aus zureichenden Gründen kann auf die Vorschussleistung ganz oder teilweise verzichtet werden (§ 76 Abs. 2 und 3 ZPO).

2. Als "beweispflichtige Partei" im Sinn von § 76 Abs. 2 ZPO gilt diejenige, welche die materielle Beweislast trägt, d.h. somit diejenige, welche für die von ihr behaupteten Tatsachen den Beweis erbringen muss (§ 181 ZPO). Trotz des Wortlauts von § 76 Abs. 2 ZPO ist es indessen zulässig, auch diejenige Partei, die einen Gegenbeweis führen will, zur Leistung eines Kostenvorschusses zu verpflichten (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 76 N 4a). Es kann aber stets nur von derjenigen Partei ein Vorschuss verlangt werden, in deren Interesse die betreffende Gerichtshandlung vorgenommen werden soll (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 83 N 2). Die Vorschusspflicht betrifft folglich nur die eigenen Beweisanträge im Rahmen des Haupt- und Gegenbeweises.

3. Beim Entscheid darüber, in welcher Höhe ein Vorschuss für das Beweisverfahren einverlangt werden soll, steht dem Gericht ein grosses Ermessen zu. Leitplanken sind die "voraussichtlichen Barauslagen". Diese variieren je nachdem, welche Beweismittel angeboten beziehungsweise abgenommen werden. Diejenige Instanz, welche die Höhe des Kostenvorschusses bestimmt (vgl.

§ 76 Abs. 2 ZPO), ist nicht verpflichtet, von vornherein sämtliche allenfalls anfallenden Auslagen bevorschussen zu lassen: An eine einmal getroffene Anordnung ist sie nicht gebunden. Vielmehr kann es im Einzelfall sinnvoll sein, vorerst nur für die Kosten eines Teils der möglicherweise abzunehmenden Beweise einen Vorschuss zu verlangen. Ergibt sich im Lauf des Verfahrens sodann, dass weitere Abklärungen getroffen werden müssen, dürfen die Parteien zur Leistung eines weiteren Kostenvorschusses angehalten werden. Der betreffenden Partei ist er analog einer Prozesskaution zurückzuerstatten, soweit erstere nicht für Kosten haftet (Frank/Sträuli/Messmer, § 83 ZPO N 2a).

Obergericht, 2. Mai 2005, ZR.2005.35

40. Frist zum Stellen der Berufungsanträge im vereinfachten Berufungsverfahren (§ 232 ZPO)

1. Bei Berufungen gegen Urteile der Bezirksgerichtlichen Kommissionen und der Einzelrichter wird eine schriftliche Berufungsbegründung und eine schriftliche Berufungsantwort eingeholt. Ausnahmsweise, insbesondere wenn die Berufungsantwort wesentliche neue Gesichtspunkte enthält, kann ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt werden (§ 232 Abs. 1 ZPO). Auf Verlangen einer Partei führt das Obergericht eine mündliche Berufungsverhandlung durch (§ 232 Abs. 3 ZPO). Das Obergericht kann jedoch auch von Amtes wegen die Mündlichkeit des Verfahrens anordnen (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 232 N 7).

2. a) Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin stand ihr damit kein "verbrieftes Parteienwahlrecht" zu, um die Durchführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens zu verlangen. Vielmehr hätte einerseits auf Verlangen einer Partei eine mündliche Berufungsverhandlung angesetzt werden müssen und andererseits stand es dem Obergerichtspräsidenten frei, bereits zu Beginn des Berufungsverfahrens von Amtes wegen das mündliche Verfahren anzuordnen. Ein Anspruch auf die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens besteht somit nicht. Nachdem die Berufungsbeklagten der Durchführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens indessen zustimmten, wurde diesem Antrag der Berufungsklägerin entsprochen.

b) Die Berufungsklägerin macht geltend, ihr hätte für die Berufungseingabe eine nicht erstreckbare Verwirkungsfrist von 20 statt zehn Tagen angesetzt werden müssen, was sich aus § 228 ZPO ergebe. Die Bestimmung von § 228 Abs. 1 ZPO, wonach die Berufungsinstanz dem Berufungskläger eine nicht erstreckbare Verwirkungsfrist von 20 Tagen ansetzt, um schriftlich die Berufungsanträge zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen oder die Durchführung eines schriftlichen Verfahrens zu verlangen, gelangt hier nicht zur Anwendung. Im vereinfachten Verfahren ist § 232 ZPO massgebend; diese Bestimmung sieht keine gesetzliche Frist - auch nicht für die Berufungsanträge - vor, womit eine richterliche Frist anzusetzen ist, welche in der Regel nicht unter zehn Tagen betragen soll (§ 69 ZPO). Die diesbezüglichen Ausführungen der Berufungsklägerin erweisen sich damit als unzutreffend.

Obergericht, 1. Dezember 2005, ZBR.2005.9

41. Eine zu Unrecht festgestellte Fristversäumnis wird als Revisionsgrund behandelt; Haftung für Hilfspersonen (§ 246 Ziff. 1 lit. a ZPO; Art. 101 OR)

1. Die Gesuchstellerin focht ein erstinstanzliches Urteil an. Sie wurde vom Obergerichtspräsidium aufgefordert, innert einer nicht erstreckbaren Verwirkungsfrist von zehn Tagen die Anträge im Berufungsverfahren zu stellen und allfällige Noven geltend zu machen sowie innert derselben Frist den Kostenvorschuss zu leisten. Letzterer wurde fristgerecht bezahlt. Weil indessen beim Obergericht keine Berufungsanträge eingingen, trat dieses auf die Berufung nicht ein.

2. Daraufhin teilte die Gesuchstellerin beziehungsweise deren Rechtsanwältin mit, die Berufungsanträge seien rechtzeitig am 28. Januar 2005 gestellt und gleichentags versandt worden. Das Sekretariat habe das Schreiben versehentlich mit A-Post statt per Einschreiben versandt. Es sei eine Orientierungskopie an die Mandantin gegangen und bei dieser am 29. Januar 2005 eingetroffen. Gestützt auf das beigelegte Memo habe die Gesuchstellerin den Kostenvorschuss am 31. Januar 2005 bezahlt. Am 3. Februar 2005 habe das Anwaltssekretariat dem Obergericht die Akten eingeschrieben zugestellt, wie dies in der Berufungseingabe vom 28. Januar 2005 angekündigt worden sei. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Berufungseingabe der Post übergeben worden sei und diese die Sendung verloren habe, oder dass die Eingabe allenfalls versehentlich beim Obergericht in ein anderes Dossier geraten sei. Die Sekretärin sei sich sicher, die Berufungseingabe mit A-Post versandt zu haben. Der Rechtsvertreterin könne kein Verschulden vorgeworfen werden. Sie arbeite gut mit ihrer Sekretärin zusammen und habe sich stets auf sie verlassen können. Diese sei wegen des Umstands, dass sie die Lehre auf einer Gemeindever-

waltung gemacht habe, aus einer Vielzahl von Bewerberinnen ausgewählt worden, mit der Überlegung, sie habe auf der Gemeinde ebenso exakt arbeiten müssen wie in einem Anwaltsbüro. Unter diesen Umständen sei der Revisionsgrund von § 246 Ziff. 1 lit. a ZPO erfüllt. Eventuell sei die Frist wiederherzustellen.

3. a) Durch die Revision (Wiederherstellung) kann gemäss § 245 ZPO die Änderung aller rechtskräftigen Endentscheide durch neue Beurteilung des Streitfalls nachgesucht werden. Eine Revision ist innerhalb von 30 Tagen seit der Eröffnung des Erkenntnisses zulässig, wenn das Gericht vorgebrachte erhebliche Tatsachen aus Versehen gar nicht oder in irrtümlicher Weise würdigte (§ 246 Ziff. 1 lit. a ZPO), oder wenn einzelne streitige Punkte unbeurteilt blieben (§ 246 Ziff. 1 lit. b ZPO). Die Revision nach § 246 Ziff. 1 ZPO ist nur zulässig, wenn ein Versehen vorliegt. Das Versehen muss dazu geführt haben, dass das Gericht eine Tatsache ungewollt ausser Acht liess oder falsch würdigte. Die übergangene Tatsache muss aktenkundig und erheblich sein. Der Entscheid hätte anders ausfallen müssen, wenn die Tatsache, deren versehentliche Ausserachtlassung gerügt wird, berücksichtigt oder - ebenfalls versehentlich - nicht falsch gewürdigt worden wäre. Kein Versehen liegt vor, wenn das Gericht von der Berücksichtigung einer Tatsache bewusst absah, weil es diese als unerheblich erachtete (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 246 N 2a).

b) Die Gesuchstellerin machte geltend, sie habe die Berufungseingabe mit den Berufungsanträgen am 28. Januar 2005 der Post übergeben. Demgegenüber ging das Obergericht in seinem Nichteintretensbeschluss davon aus, es seien (trotz der entsprechenden Verfügung des Obergerichtspräsidiums) keine Berufungsanträge eingereicht worden. Genau gesehen handelt es sich dabei wohl nicht um eine aktenkundige beziehungsweise vor Ge-

richt vorgebrachte Tatsache im Sinn von § 246 Ziff. 1 ZPO, die der Beurteilung zugrundegelegt oder versehentlich nicht zugrundegelegt worden und somit der Revision zugänglich wäre. Daraus ist aber nicht zu schliessen, eine Frist, die entgegen der bisherigen Annahme des Gerichts gewahrt ist, sei in Analogie zu § 70 Abs. 2 ZPO wiederherzustellen (vgl. Merz, § 70 ZPO N 9). In der Praxis behandelt das Obergericht vielmehr die Tatsache einer zu Unrecht angenommenen Fristversäumnis regelmässig als Revisionsgrund im Sinn von § 246 Ziff. 1 lit. a ZPO. In materieller Hinsicht kommt dieser Unterscheidung keine Bedeutung zu; in formeller Hinsicht hingegen ist zu berücksichtigen, dass die Wiederherstellung der Frist gemäss § 70 Abs. 3 ZPO innert zehn Tagen nach dem Wegfall des Hindernisses (beziehungsweise hier nach Kenntnisnahme des zu Unrecht von einer versäumten Frist ausgehenden Entscheids) zu verlangen wäre, während derselbe Grund in Anwendung von § 246 Ziff. 1 ZPO innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung des Erkenntnisses geltend gemacht werden kann.

c) Die Gesuchstellerin ist für die Behauptung, die Berufungseingabe am Freitag, 28. Januar 2005, der Post übergeben zu haben, beweispflichtig (Merz, § 68 ZPO N 5). Diesen Beweis vermag die Gesuchstellerin beziehungsweise deren Rechtsanwältin nicht zu erbringen: Es steht fest, dass das Obergericht kein entsprechendes Schreiben erhielt. Die fragliche Eingabe hätte bei der Obergerichtskanzlei am Montag, 31. Januar 2005, eintreffen müssen. Mit Ausnahme von zwei bis drei Fällen, die ans Bundesgericht weitergeleitet werden mussten, sah die Obergerichtskanzlei sämtliche Dossiers, in denen am 31. Januar 2005 Verfahrensschritte zu verzeichnen waren, durch und prüfte, ob die Eingabe der Gesuchstellerin versehentlich in andere Akten geraten sei; gefunden wurde nichts. Damit steht fest, dass die Eingabe der Gesuchstellerin nicht in den Einflussbereich des Obergerichts gelangte.

Als ungewöhnlich zu bezeichnen ist, dass die Sendung von der nach Sachdarstellung der Gesuchstellerin sehr zuverlässigen Sekretärin der Rechtsanwältin nicht als Lettre signature (LSI) versandt worden sein soll. Sämtliche Eingaben von Anwälten, die zur Fristwahrung bei einem Gericht eingereicht werden, werden immer als LSI zur Post gegeben. Dies ist auch bei der Anwaltskanzlei der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin normalerweise der Fall. Es ist allerdings äusserst unwahrscheinlich, dass einerseits die Anwaltskanzlei entgegen dieser Gepflogenheit die Eingabe vom 28. Januar 2005 an das Obergericht mit gewöhnlicher A-Post versandte und andererseits die Post ausgerechnet diese Sendung dem Obergericht nicht übermittelte. Eine derartige Häufung von Zufällen muss als sehr unwahrscheinlich betrachtet werden. Die Behauptung der Gesuchstellerin, das an das Obergericht adressierte Schreiben vom 28. Januar 2005 sei rechtzeitig der Post übergeben worden, ist daher nicht rechtsgenüglich glaubhaft gemacht. Daran ändert die schriftliche Bestätigung der Sekretärin der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin nichts: Diese führte selbst aus, sie hätte an diesem fraglichen Vormittag viel zu tun gehabt; weil der Berufungsantrag so dünn gewesen sei, sei er ihr im Stress des Verpackens, Verbuchens und Frankierens nicht mehr speziell aufgefallen. Unter diesen Umständen ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Sekretärin sicher sein will, dass sie den Brief an das Obergericht mit A-Post weggeschickt habe. Daran ändert nichts, dass sie dies so in der Winjur-Software der Kanzlei verbucht haben will, da die Abbuchung offenbar nicht aufgrund der tatsächlich erfolgten Frankierung vorgenommen wurde, ansonsten ihr die Berufungseingabe noch hätte auffallen müssen. Die Ausführungen der Sekretärin vermögen somit am Umstand, dass beim Obergericht kein Schreiben - auch nicht verspätet - eintraf, und den daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen nichts zu ändern. Aus der Tatsache, dass die Orientierungskopie der Eingabe vom 28. Januar 2005 am 29. Januar 2005 bei der Gesuchstellerin einging, kann nicht geschlossen werden, auch die Berufungseingabe

an das Obergericht sei am 28. Januar 2005 der Post übergeben worden. Dasselbe gilt bezüglich des Umstands, dass die Gesuchstellerin gestützt auf ein Memo ihrer Rechtsvertreterin vom 28. Januar 2005 am 31. Januar 2005 den Kostenvorschuss bezahlte. Bewiesen ist damit lediglich, dass das Memo an die Gesuchstellerin versandt wurde. Auch die Tatsache, dass die Anwaltskanzlei am 3. Februar 2005 dem Obergericht die Akten retournierte, vermag nicht zu beweisen, dass die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin die Eingabe vom 28. Januar 2005 der Post übergab. Mit Bezug auf die Eingabe an das Obergericht ergeben sich aus all diesen Umständen keine zuverlässigen Schlüsse. Selbst wenn sie als Indizien für die Richtigkeit der Behauptung der Gesuchstellerin angesehen werden wollten, vermöchten sie die Tatsache nicht zu erschüttern, dass die an das Obergericht adressierte Berufungseingabe erstens beim Obergericht nie einging und zweitens bis heute bei der Post (oder allenfalls bei einer Fehlzustellung bei einem andern Adressaten) nicht gefunden wurde. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Post keine an das Obergericht adressierte Eingabe übergeben wurde. Damit ist das Gesuch um Revision abzuweisen.

Obergericht, 19. Mai 2005, ZBR.2005.37

42. **Objektive Klagenhäufung im Privatstrafverfahren** (§ 171 Abs. 1 StPO; § 88 ZPO)

1. Die Rekurrenten erhoben gegenüber den Rekursgegnern Klage wegen Ehrverletzung und Verstosses gegen das UWG; ausserdem machten sie aufgrund dieser Vorwürfe gemäss Weisung eine Forderung von Fr. 632'500.-- geltend. Nach dem Eingang der Weisung verlangte das Gerichtspräsidium von den Rekurrenten ei-

ne Klageschrift und verpflichtete sie mit Hinweis auf den Fr. 50'000.-- übersteigenden Streitwert zudem zur Zahlung eines Kostenvorschusses. Gegen die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses erheben die Rekurrenten der Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Verfügung gemäss Rekurs.

2. a) Privatstrafverfahren im Sinn von § 171 Abs. 1 StPO werden von der Bezirksgerichtlichen Kommission beurteilt (§ 7 Ziff. 4 StPO). Zu den Privatstrafverfahren gehören nicht nur sämtliche Ehrverletzungsdelikte (Art. 173-177 StGB), sondern auch alle auf Antrag zu verfolgenden Straftaten aus dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes einschliesslich jener wegen unlauteren Wettbewerbs. Formell sind die zivilprozessualen Grundsätze massgebend; hievon abgewichen wird lediglich im Zusammenhang mit Fragen über die Zuständigkeit, die Klageeinleitung, das Beweisverfahren und das Urteil (§§ 173-176 StPO; Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 171 N 3).

b) Für die Beurteilung zivilrechtlicher Streitigkeiten, deren Streitwert den Betrag von Fr. 8'000.--, nicht aber Fr. 30'000.-- übersteigt, ist die Bezirksgerichtliche Kommission zuständig (§ 46 Abs. 1 ZPO); ist der Streitwert höher, entscheidet das Bezirksgericht (§ 47 ZPO). Sämtliche dieser Rechtsstreitigkeiten sind im ordentlichen Verfahren abzuwandeln (§ 137 Abs. 1 ZPO).

c) Der Kläger kann im nämlichen Verfahren gleichzeitig mehrere Ansprüche gegen den Beklagten geltend machen, sofern für sie die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist. Das Gericht kann aber einerseits jederzeit die Trennung des Rechtsstreits in mehrere Prozesse anordnen, wenn sich aus der gemeinsamen Behandlung Nachteile ergeben. Getrennt eingereichte Klagen kann es

andererseits vereinigen, wenn daraus Vorteile erwachsen (§ 88 ZPO).

3. a) Die Bestimmung von § 88 Abs. 1 ZPO, wonach der Kläger im nämlichen Verfahren gleichzeitig mehrere Ansprüche gegen den Beklagten geltend machen kann, sofern für sie die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist, spielt bei den Privatstrafverfahren, insbesondere den Ehrverletzungshändeln, eine nicht zu unterschätzende Rolle, gibt sie dem Verletzten doch die Möglichkeit, die Klage auf Verurteilung des Schuldigen mit einer Leistungsklage auf Genugtuung zu verbinden. Die Bedingung der gleichen Verfahrensart ist in diesem wohl häufigsten Anwendungsfall der objektiven Klagenhäufung bei Ehrverletzungsstreitigkeiten erfüllt, denn beide Ansprüche sind im ordentlichen Verfahren geltend zu machen (RBOG 1943 Nr. 7 S. 56 Abs. 2), und die Gleichartigkeit der Forderungen wird nicht verlangt (Schneider, Der Ehrverletzungsprozess im thurgauischen Recht, Diss. Zürich 1977, S. 159 f.; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 88 N 5). Gesetzliche Voraussetzung für die objektive Klagenhäufung ist allerdings für sämtliche Ansprüche Identität der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit (Böckli, Zivilprozess-Ordnung für den Kanton Thurgau, Frauenfeld 1930, § 112 N 3; Merz, § 88 ZPO N 4). Die gewünschte Genugtuungssumme darf daher grundsätzlich den Betrag nicht überschreiten, zu dessen Beurteilung die Bezirksgerichtliche Kommission sachlich zuständig ist (Schneider, S. 160), d.h. es können nach geltendem Recht nicht mehr als Fr. 30'000.-- eingeklagt werden (§ 46 Abs. 1 ZPO). Ausserdem hat das Gericht gestützt auf § 88 Abs. 2 ZPO stets die Möglichkeit, die Trennung des Rechtsstreits in mehrere Prozesse anzuordnen, wenn sich aus der gemeinsamen Behandlung Nachteile ergeben (RBOG 1943 Nr. 7 S. 56 Abs. 3). Ein solcher Nachteil ist entsprechend der Regelung des Adhäsionsprozesses im Sinn von § 54 StPO regelmässig gegeben, wenn zur Behandlung der

privatrechtlichen Ansprüche ein ausgedehntes Beweisverfahren notwendig ist und deshalb mit Bezug auf den Straf- und Schuldpunkt die Gefahr einer Verletzung des Beschleunigungsgebots droht (vgl. Zweidler, § 54 StPO N 4, 6 ff.). § 54 Abs. 1 Satz 2 StPO, wonach im Adhäsionsprozess weitere Beweise zu Zivilklagen nur abzunehmen sind, soweit sie auch strafrechtlich von Bedeutung sind, findet somit sinngemäss auch im Privatstrafverfahren Anwendung.

b) Im Privatstrafverfahren können also zum einen keine privatrechtlichen Ansprüche erhoben werden, die vom Obergericht als einzige kantonale Instanz zu beurteilen sind (§ 49 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO), oder bei denen sich der Streitwert auf unter Fr. 8'000.-- beziehungsweise über Fr. 30'000.-- beläuft (§ 46 Abs. 1, § 47 ZPO). Lautet die Weisung auf einen hievon abweichenden Streitwert, oder ist für einen Teil der Streitsache das Obergericht zuständig, sind die über die Privatstrafverfahren hinausgehenden Ansprüche grundsätzlich in einen gesonderten Prozess zu verweisen (RBOG 1951 Nr. 5, 1943 Nr. 7; unpräzis RBOG 1987 Nr. 14 Ziff. 3). Aus Gründen der Prozessökonomie und der Praktikabilität ist es jedoch - entsprechend der bisherigen Praxis - angebracht, eine Kompetenzattraktion bei der Bezirksgerichtlichen Kommission zuzulassen, wenn das Privatstrafverfahren mit einer Zivilklage geringerer Bedeutung, mit welcher eine Genugtuung von höchstens Fr. 2'000.-- verlangt wird, verbunden ist, da in solchen Fällen regelmässig kein Beweisverfahren notwendig und das Privatstrafverfahren durch die Geltendmachung eines solchen Anspruchs nicht belastet wird.

Zum anderen ändert die Möglichkeit der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche im Privatstrafverfahren nichts daran, dass trotz der zwei zusammengefassten Klagen nur ein einziger Prozess, und zwar ein solcher im Sinn von § 171 Abs. 1 StPO, vorliegt, der allerdings einen zivilrechtlichen und einen

strafrechtlichen Teil aufweist (RBOG 1943 Nr. 7 S. 56 Abs. 2). Das Verfahren bleibt mündlich, und es ist entgegen § 138 ZPO, auch wenn der Streitwert der zusätzlich geltend gemachten privatrechtlichen Ansprüche Fr. 8'000.-- übersteigt, nicht zwingend eine Klageschrift notwendig. Immerhin ist die Einholung einer Klageschrift in analoger Anwendung von § 54a Abs. 1 Satz 2 StPO auch nicht ausgeschlossen (vgl. auch § 144 Abs. 3 ZPO).

Sind die zivilrechtlichen Ansprüche nicht liquid, sondern bedürfen erweiterter Abklärung, was stets zu zeitlichen Verzögerungen führt, ergeben sich folglich aus der gemeinsamen Behandlung des Zivil- und Privatstrafverfahrens Nachteile, sind die Prozesse zu trennen.

4. a) Die Rekurrenten werfen den Rekursgegnern vor, zu ihrem Nachteil wissentlich falsche Behauptungen aufgestellt und auf diese Weise gegen das UWG verstossen und sich der Ehrverletzung schuldig gemacht zu haben. Der Schaden, der ihnen dadurch entstanden sei, belaufe sich auf insgesamt Fr. 632'000.-- (Weisung) beziehungsweise auf Fr. 632'500.-- (Klageschrift). Während sie noch anlässlich des Vermittlungsvorstands ausdrücklich darauf hinwiesen, dieser Schaden in Höhe von Fr. 632'000.-- werde "gemäss OR" geltend gemacht, wobei sie sich vorbehielten, mindestens Fr. 1 Mio. zu verlangen (Weisung), reduzierten sie in ihrer Klageschrift ihre Forderung einstweilen auf Fr. 10'000.--; die restlichen Fr. 622'500.--, allenfalls aber auch der Differenzbetrag bis zu Fr. 1 Mio., werde möglicherweise in einem separaten Verfahren eingeklagt. Hievon war nicht erstmals in der Klageschrift die Rede: Nachdem die Vorinstanz die Rekurrenten nach Eingang der Weisung aufgefordert hatte, eine Klageschrift einzureichen und einen Kostenvorschuss zu bezahlen, teilten letztere noch vor dem Einreichen der Klageschrift mit, es würde nur ein Teilschaden von Fr. 10'000.-- geltend gemacht, "nachdem es uns bei dem Verfahren

in der Hauptsache um die Klage wegen UWG und das Strafgesetzbuch geht und nicht den Schadenersatz, nachdem dies das Verfahren ja auch unverhältnismässig in die Länge ziehen würde, was wir nicht wollen, da es uns in der Hauptsache darum geht, die Widerrechtlichkeit von Handlungen der Beklagten feststellen zu lassen, und um weitere Verleumdungen bei unseren Geschäftspartnern und Kunden zu verhindern". Nach dem Erstatten der Klageschrift bekräftigten die Rekurrenten dieses ihrerseitige Hauptanliegen: Es gehe ihnen "nur darum, ihre Ehre wieder herzustellen und den Rekursgegnern Einhalt zu gebieten, um weiteren Schaden für sie abzuwenden ...". Gleiches ergibt sich aus der Rekursschrift: Nachdem den Rekurrenten daran gelegen sei, das Verfahren schnell voranzutreiben, um weitere Schäden durch die Rekursgegner zu vermeiden, komme eine Schadenersatzklage über Fr. 632'500.-- in diesem Verfahren überhaupt nicht in Frage. Dies gelte speziell, weil eine solche Forderung angesichts der finanziellen Situation der Rekursgegner gar nicht einbringlich wäre.

b) Aus diesen Anträgen und Begründungen ergibt sich die Notwendigkeit der Trennung der anhängig gemachten Verfahren. Die Schadenersatzforderung belief sich einst auf mindestens Fr. 632'000.-- und nunmehr noch auf Fr. 10'000.--. Die Rekursgegner bestreiten sie nicht nur, sondern erhoben anlässlich des Vermittlungsvorstands Widerklage über Fr. 200'000.--. Die Schadenersatzansprüche sind in keiner Weise liquid. Begründet werden sie in der Klageschrift mit Aufträgen, die den Rekurrenten aufgrund der behaupteten strafbaren Handlungen der Rekursgegner entzogen worden seien: Sechs Familien hätten ihre Werkverträge aufgelöst, wodurch mehrfacher Gewinnausfall entstanden sei, und weshalb überdies Planungskosten nicht erhältlich gemacht werden könnten. Ob und in welchem Ausmass diese Behauptungen zutreffen, muss in einem ordentlichen Zivilprozess geklärt werden. Im Privatstrafverfahren sind lediglich Beweise abzunehmen, die im Zusammenhang mit dem Straf- und Schuldpunkt stehen; ob die

Rekurrenten Anspruch auf eine Schadenersatzforderung in nicht unbeträchtlicher Höhe haben, wird ein Beweisverfahren dieser Art nicht ergeben. Die nötigen Beweise bezüglich des Zivilpunkts im Privatstrafverfahren zu erheben, würde zu einer Verzögerung des Verfahrens führen, die sich nicht rechtfertigen liesse. Dieser Meinung sind die Rekurrenten selber offensichtlich auch, ist die Beschleunigung des Verfahrens doch einer der Gründe, weshalb sie ihren Schadenersatzanspruch zwischenzeitlich auf Fr. 10'000.-- reduzierten; diese Herabsetzung ändert jedoch nichts daran, dass über die Forderung nicht innert nützlicher Frist entschieden werden kann.

c) Bei den aktuellen Gegebenheiten ist die Trennung der anhängig gemachten Verfahren folglich unumgänglich. Demgemäss ist die angefochtene Verfügung aufzuheben, und es sind neue verfahrensleitende Anordnungen zu treffen. Dabei ist auf folgende Punkte hinzuweisen:

aa) Für das Privatstrafverfahren ergibt sich aus § 76 Abs. 1 ZPO, dass kein Kostenvorschuss eingefordert werden darf; ausserdem sind die Parteien auch nicht gehalten, Klageschriften einzureichen (vgl. § 174 StPO; Zweidler, § 174 StPO N 7).

bb) Die nach den Worten der Rekurrenten "verbindlich" erklärte Herabsetzung des Streitwerts auf Fr. 10'000.-- kann nicht ohne Folgen bleiben. Eine Klage wird mit der Einlassung in den Rechtsstreit rechtshängig. Die Einlassung in den Rechtsstreit ist bei Streitsachen, bei welchen ein Vermittlungsvorstand durchzuführen ist, als vollendet zu betrachten, wenn der Kläger sein Rechtsbegehren eröffnet, der Beklagte darauf seine Erklärung abgegeben und der Friedensrichter den Ausgleichsversuch ohne Erfolg abgeschlossen hat (§ 121 ZPO). Mit dem anlässlich des Vermittlungsvorstands vorgetragenen Rechtsbegehren wird der Umfang des Streits definiert; das Rechtsbegehren darf

nach Eintritt der Rechtshängigkeit wohl noch eingeschränkt, nicht aber erweitert werden (§ 90 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO; Merz, § 90 ZPO N 3, 8c). Die betreffende Partei ist auf einer nachträglichen Einschränkung des Rechtsbegehrens zu behaften: Die Einschränkung ist verbindlich und unwiderruflich (Merz, § 90 ZPO N 11b). Will eine Partei gestützt auf denselben Rechtsgrund und denselben Sachverhalt in einem späteren Zeitpunkt nochmals eine Schadenersatzforderung geltend machen, kann ihr die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengehalten werden (Merz, § 112 ZPO N 7 ff.). Auf diese Tatsache wies die Vorinstanz die Rekurrenten bereits hin; dessen ungeachtet beteuerten letztere mehrfach, an der Streitwertreduktion festzuhalten.

cc) Die Kläger haben für Forderungsprozesse mit einem Streitwert von über Fr. 50'000.-- einen Kostenvorschuss zu leisten (§ 76 Abs. 1 ZPO). Massgebend ist der Streitwert gemäss Rechtsbegehren des Klägers zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit, d.h. wiederum bei erfolglosem Abschluss des Ausgleichsversuchs (Merz, § 36 ZPO N 2). Die Tatsache, dass die Rekurrenten den Streitwert von Fr. 632'000.-- auf Fr. 10'000.-- reduzierten, kann somit nicht zur Folge haben, dass sie von der Kostenvorschusspflicht befreit werden.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs zu schützen ist. Gegen die Verfügung betreffend Prozesskostenvorschuss bestand zwar entgegen der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz kein Rechtsmittel (RBOG 2001 Nr. 40). Nur die Höhe von Beweiskostenvorschüssen (vgl. Merz, § 234 ZPO N 7b), nicht hingegen diejenige Vorschusspflicht, die sich auf § 76 Abs. 1 ZPO stützt, kann angefochten werden: Derartige Entscheide sind prozessleitender Natur und im Interesse einer raschen Prozesserledigung in aller Regel erst mit dem Endentscheid anfechtbar; die Prozesskostenvorschusspflicht nach § 76 Abs. 1 ZPO wird in § 234

Ziff. 3 ZPO bewusst nicht erwähnt. Daran hat sich aufgrund des Umstands, dass die Prozesskostenvorschusspflicht auf Forderungsprozesse mit einem Streitwert von über Fr. 50'000.--, auf Aberkennungsprozesse und auf Verfahren nach § 49 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 ZPO ausgeweitet wurde, nichts geändert. Dass das Obergericht auf den Rekurs trotzdem eintrat, hat seinen Grund darin, dass die Trennung der bislang miteinander verbundenen Prozesse von Amtes wegen vorzunehmen ist.

Obergericht, 2. Mai 2005, SW.2005.2

---

43. **Berechtigung der Staatsanwaltschaft, hinsichtlich der vom Staat gestützt auf das OHG zu leistenden Genugtuung bedingte (Anschluss-)Berufung zu erheben** (§§ 196 Abs. 1, 199 und 204 StPO)

---

1. Entgegen dem angefochtenen Urteil spricht das Obergericht den Berufungskläger von den Vorwürfen der sexuellen Handlungen mit den beiden Opfern frei. Es ist daher zu prüfen, wie es sich bei dieser Lage mit der von der Vorinstanz gestützt auf das OHG zulasten des Staates festgelegten Genugtuung verhält. Die Opfer halten dafür, dieser Punkt des Urteils der Vorinstanz sei nicht angefochten worden, so dass selbst bei einem allfälligen Freispruch des Berufungsklägers der Staat zur Leistung der OHG-Genugtuung verpflichtet bleibe.

2. a) Gemäss Art. 12 Abs. 2 OHG kann dem Opfer unabhängig von seinem Einkommen durch den Staat eine Genugtuung ausgerichtet werden, wenn es schwer betroffen ist und besondere Umstände es rechtfertigen. Das OHG enthält keine Be-

stimmungen über die Bemessung der Genugtuung. Diese Leistungen unterscheiden sich zwar in ihrer Rechtsnatur von den zivilrechtlichen Ansprüchen gemäss Art. 47 und 49 OR, doch sind bei der Opferhilfe die von den Zivilgerichten entwickelten Grundsätze zur Bemessung der Genugtuung sinngemäss heranzuziehen (BGE 128 II 53, 125 II 555 f.). Nach Art. 14 OHG werden Genugtuungsleistungen, die das Opfer erhalten hat, von der Genugtuung abgezogen (Abs. 1 Satz 3). Hat die Behörde eine Genugtuung zugesprochen, so gehen die Ansprüche, die dem Opfer aufgrund der Straftat zustehen, im Umfang der Genugtuung an den Kanton über. Diese Ansprüche haben Vorrang vor den verbleibenden Ansprüchen des Opfers und den Rückgriffsansprüchen Dritter (Abs. 2).

b) Im thurgauischen Recht besteht für das Opfer einer strafbaren Handlung die Möglichkeit, im Strafverfahren gegen den Haftpflichtigen einerseits seine Zivilansprüche diesem gegenüber und andererseits seine (entsprechenden) OHG-Ansprüche gegenüber dem Staat geltend zu machen. Damit wird der Adhäsionsprozess gemäss § 53 StPO sowie Art. 9 OHG und das OHG-Verfahren gemäss § 10a Abs. 1 Satz 1 StPO sowie Art. 11 ff. OHG mit dem Strafprozess verbunden. Auch wenn sich dies faktisch nur in Einzelfällen auswirkt, darf nicht vergessen gehen, dass damit drei verschiedene Verfahrensarten mit nicht in allen Teilen übereinstimmenden Formen und Voraussetzungen ineinander verwoben sind: Der Adhäsionsprozess regelt die Beziehung zwischen Opfer und Täter, das OHG-Verfahren die Beziehung zwischen Opfer und Staat, während der Strafprozess das Verhältnis zwischen Staat und Täter betrifft; dabei geht es im Adhäsionsprozess um zivilrechtliche Forderungen und im OHG-Verfahren um öffentlichrechtliche Ansprüche. Gleichzeitig ist nach Möglichkeit in demselben Verfahren auch gleich über den Rückgriff des Staates gegenüber dem Täter für die dem Opfer erbrachten Leistungen zu entscheiden (Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 53 StPO N 11).

c) aa) Der Berufungskläger ist der einzige, der ein Rechtsmittel gegen das Urteil der Vorinstanz einlegte, wobei er das angefochtene Urteil bezüglich Schuld- und Strafpunkt, der den beiden Opfern im Adhäsionsverfahren zugesprochenen Genugtuungsforderungen sowie der dem Staat gegen ihn eingeräumten Rückgriffsrechte (bezüglich der vom Staat gestützt auf das OHG zu leistenden Genugtuung sowie der Kosten der Offizialverteidigung) rügte. Den Entscheid der Vorinstanz bezüglich der Pflicht des Staates zur Leistung von Genugtuung anzufechten, fehlte dem Berufungskläger dagegen die Beschwer und damit die Legitimation (vgl. RBOG 1997 Nr. 28). Auch die Staatsanwaltschaft war zur Berufung bezüglich des OHG-Entscheids nicht legitimiert: Zwar hat diese nach § 4 Abs. 2 StPO bei Genugtuungsbegehren gemäss OHG die Interessen des Staates zu wahren, womit sie an sich legitimiert ist, die von einer Vorinstanz festgesetzten staatlichen Genugtuungen als grundsätzlich zu hoch zu rügen. Weil hier die Staatsanwaltschaft im Schuld- und Strafpunkt aber die Abweisung der Berufung beantragte, hätte sie zur Wahrung der staatlichen Interessen im Zusammenhang mit den OHG-Forderungen der Opfer an sich bedingte (Anschluss-)Berufung erheben und für den Fall des (teilweisen) Obsiegens des Berufungsklägers eine Herabsetzung der OHG-Genugtuungen beantragen müssen, was indessen nicht zulässig ist und zwingend zu einem Nichteintretensentscheid geführt hätte (RBOG 1984 Nr. 39; Zweidler, § 196 StPO N 18 und § 204 StPO N 6). Somit sind die von der Vorinstanz festgelegten staatlichen Genugtuungsbeträge nicht angefochten, und es muss von daher dabei bleiben, dass der Staat diese zu zahlen hat, obwohl der Berufungskläger in massgebendem Umfang freigesprochen und seine Verpflichtung zur Leistung von Genugtuung erheblich reduziert wird.

bb) Es bleibt die Frage, ob in dieser unbefriedigenden Konstellation, die ganz offensichtlich nicht dem Sinn staatlicher Opferhilfe entspricht, von Amtes wegen eingegriffen und

zufolge des Schutzes der Berufung im Schuldpunkt die staatliche Genugtuung zulasten der Opfer überprüft und allenfalls herabgesetzt werden kann. Auch wenn dem thurgauischen Strafprozess entgegen der Auffassung der Opfer die Rechtsfigur der Teilrechtskraft unbekannt ist (§ 201 Abs. 1 StPO; RBOG 1993 Nr. 34 und 1991 Nr. 33), ist die Frage gleichwohl zu verneinen: Das Obergericht entschied in RBOG 1997 Nr. 28, dass auf das OHG-Verfahren die Regeln der StPO sowie allenfalls sinngemäss diejenigen der ZPO anwendbar sind; die analoge Anwendung einzelner Bestimmungen des VRG wurde mit der Begründung, es sei dafür trotz der öffentlich-rechtlichen Natur der Ansprüche kein Grund ersichtlich, ausdrücklich verworfen. Damit bilden allein die StPO und sinngemäss auch die ZPO die prozessrechtliche Grundlage für die Adhäsions- und OHG-Verfahren. Das strafprozessuale Schlechterstellungsverbot bezieht sich gemäss dem Wortlaut von § 209 StPO nicht auf die Zivilforderungen von Opfern oder anderen Geschädigten, so dass von daher ein Eingreifen von Amtes wegen nicht ausgeschlossen wäre. Indessen gilt der allgemeine zivilprozessuale Grundsatz des Verbots der "reformatio in peius" mindestens sinngemäss auch im Adhäsionsprozess (Zweidler, § 209 StPO N 16), und für das OHG-Verfahren kann nichts anderes Geltung beanspruchen. Selbst wenn auf diese Frage - entgegen den vom Obergericht in RBOG 1997 Nr. 28 herausgearbeiteten Maximen - das VRG sinngemäss angewendet werden wollte, könnte ein Eingreifen von Amtes wegen und damit verbunden eine Schlechterstellung der Opfer nicht in Frage kommen: Zwar kennt das Verwaltungsrechtspflegegesetz beim Rekurs das Verbot der "reformatio in peius" nicht (§ 51 Abs. 1 VRG), so dass eine Reduktion der staatlichen Genugtuungsleistung möglich wäre. Allerdings müssten auf das mit kantonal lediglich einer Rechtsmittelmöglichkeit ausgestaltete OHG-Verfahren sinngemäss die Bestimmungen über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (§ 61 VRG) angewendet werden, und gerade diese kennt das Verbot der "reformatio in peius" ebenfalls. Entsprechend ist es dem Obergericht

so oder anders verwehrt, in die von der Vorinstanz zugesprochenen staatlichen Genugtuungen einzugreifen und diese zuungunsten der Opfer zu reduzieren.

cc) Nachdem diese Lösung zu einem stossenden Ergebnis führt, wird der Staatsanwaltschaft zur Wahrung der Interessen des Staates künftig erlaubt, bedingte (Anschluss-)Berufung bezüglich der staatlichen OHG-Genugtuung zu erheben, falls der Angeklagte seinerseits gegen den Schuldpunkt Berufung erhebt und die Staatsanwaltschaft diesbezüglich die Abweisung beantragt. Mit dieser Praxisänderung wird alsdann sichergestellt, dass in einem Fall wie dem vorliegenden auch die staatliche Leistungspflicht überprüft werden kann.

Obergericht, 4. Oktober 2005, SBO.2005.4

D. Gesetzesregister 2005

I. Bundesrecht

ZGB
vom 10. Dezember 1907/SR 210

Art. 125	Bedeutung und Bemessung des "gebührenden" Unterhalts: 2005 Nr. 1
Art. 128	Auslegung einer (unter altem Recht ergangenen) Indexklausel; Präzisierung von RBOG 1992 Nr. 9: 2005 Nr. 2
Art. 129 Abs. 1	Abänderung von Unterhaltsbeiträgen: Berücksichtigung von Zusatzeinkommen, zu dem die unterhaltsberechtigte Person nicht verpflichtet ist: 2005 Nr. 3
Art. 133	Umfang des Besuchsrechts, wenn die Eltern darüber streiten: 2005 Nr. 10
Art. 137 Abs. 2	Das Schicksal eines Prozesskostenvorschusses: 2005 Nr. 4
	Eheliche Schulden können im Notbedarf nur berücksichtigt werden, wenn der Gesamtbedarf der getrennt lebenden Familie gedeckt ist: 2005 Nr. 5
	Anrechnung eines hypothetischen Einkommens: 2005 Nr. 6

	Abänderung eines Ehetrennungsurteils mittels vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens: 2005 Nr. 7
Art. 159, 176	Das Schicksal eines Prozesskostenvorschusses: 2005 Nr. 4
Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1	Eheliche Schulden können im Notbedarf nur berücksichtigt werden, wenn der Gesamtbedarf der getrennt lebenden Familie gedeckt ist: 2005 Nr. 5
	Anrechnung eines hypothetischen Einkommens: 2005 Nr. 6
	Berechnung des Unterhaltsbeitrags; Verteilung des Überschusses: 2005 Nr. 8
	Vorgehen bei zuviel bezahlten Unterhaltsbeiträgen: 2005 Nr. 9
Art. 273 Abs. 1	Umfang des Besuchsrechts, wenn die Eltern darüber streiten: 2005 Nr. 10
Art. 395	Ein Kauf mit Ratenzahlung erfordert die Mitwirkung des Beirats; Betreibungsfähigkeit eines unter Beiratschaft stehenden Schuldners: 2005 Nr. 11

OR
vom 30. März 1911/SR 220

Art. 41	Haftpflicht eines Skiliftunternehmens: 2005 Nr. 12
Art. 47	"Besondere Umstände" für eine Genugtuung gemäss Art. 12 Abs. 2 OHG: 2005 Nr. 32
Art. 97	Haftpflicht eines Skiliftunternehmens: 2005 Nr. 12
Art. 101	Eine zu Unrecht festgestellte Fristversäumnis wird als Revisionsgrund behandelt; Haftung für Hilfspersonen: 2005 Nr. 41
Art. 197 Abs. 1	Beweis der Mangelhaftigkeit der Kaufsache; Mangelfolgeschaden als unmittelbarer Schaden im Sinn von Art. 208 Abs. 2 OR: 2005 Nr. 14
Art. 205	Verwirkung des Rechts auf Wandelung durch Gebrauch der mangelhaften Sache; grobes Verschulden oder arglistiges Handeln des Verkäufers: 2005 Nr. 13
Art. 208 Abs. 2	Beweis der Mangelhaftigkeit der Kaufsache; Mangelfolgeschaden als unmittelbarer Schaden: 2005 Nr. 14

Art. 253, 305 — Die fehlende konsequente Durchsetzung des Ausweisungsanspruchs durch den Eigentümer einer Liegenschaft lässt kein Recht des Besitzers auf Gebrauchsüberlassung entstehen: 2005 Nr. 15

Art. 319 ff. — Öffentlich- oder privatrechtlicher Arbeitsvertrag eines Schulhausabwarts: 2005 Nr. 37

Art. 337c Abs. 3 — Für die Bestimmung der Strafzahlung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung ist nicht die Anzahl Monatslöhne, sondern die Höhe der Entschädigung massgebend: 2005 Nr. 16

BG über die Erfindungspatente (PatG)
vom 25. Juni 1954/SR 232.14

Art. 8 — Die Vorlage von Mustern gegenüber der Swissmedic gilt nicht als Verletzung von Schutzrechten: 2005 Nr. 17

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

Art. 9 Abs. 2 — Rechtsnatur des Anspruchs auf Veröffentlichung des Urteils: 2005 Nr. 18

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

Art. 10	Nach einer Strafanzeige eines Richters liegt ein Ausstandsgrund nur vor, wenn ein Zusammenhang zwischen der zur Anzeige führenden Handlung und der später zu beurteilenden Streitsache besteht: 2005 Nr. 19
Art. 22 Abs. 1	Schikanöse Betreibungen sind auch nach dem Inkrafttreten von Art. 85a SchKG weiterhin nichtig: 2005 Nr. 20
Art. 32 Abs. 2	Hinterlegung des geschuldeten Betrags beim Betreibungsamt statt beim Obergericht: 2005 Nr. 26
Art. 44	Die Arrestlegung der Eidgenössischen Steuerverwaltung für eine Mehrwertsteuerforderung räumt kein Vorzugsrecht an den Arrestgegenständen ein: 2005 Nr. 21
Art. 80	Auslegung einer (unter altem Recht ergangenen) Indexklausel; Präzisierung von RBOG 1992 Nr. 9: 2005 Nr. 2
	Anforderungen an eine superprovisorische Verfügung als Titel für die definitive Rechtsöffnung: 2005 Nr. 22
	Verjährung der Verfahrensgebühr einer Bussenverfügung des Polizeirichteramts der Stadt Zürich: 2005 Nr. 23

Art. 81	Vorgehen bei zuviel bezahlten Unterhaltsbeiträgen: 2005 Nr. 9
Art. 82	Ein Kauf mit Ratenzahlung erfordert die Mitwirkung des Beirats; Betreibungsfähigkeit eines unter Beiratschaft stehenden Schuldners: 2005 Nr. 11
Art. 85a	Schikanöse Betreibungen sind auch nach dem Inkrafttreten von Art. 85a SchKG weiterhin nichtig: 2005 Nr. 20
Art. 174 Abs. 1	Frist für das Rechtsmittel gegen ein Konkursschlusserkenntnis; ein Nachlassvertrag kann bis zu dessen Rechtskraft eingereicht werden: 2005 Nr. 25
Art. 174 Abs. 1 und 2	Beginn der Rechtsmittelfrist gegen ein Konkursdekret; Verfügungsberechtigung zur Zahlung trotz Konkurseröffnung: 2005 Nr. 24
Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2	Hinterlegung des geschuldeten Betrags beim Betreibungsamt statt beim Obergericht: 2005 Nr. 26
Art. 204 Abs. 1	Beginn der Rechtsmittelfrist gegen ein Konkursdekret; Verfügungsberechtigung zur Zahlung trotz Konkurseröffnung: 2005 Nr. 24
Art. 250, 260	Der Beklagte kann im Prozess um abgetretene Ansprüche nicht geltend machen, die Kollozierung der klägerischen Forderung im Konkurs sei zu Unrecht erfolgt: 2005 Nr. 27

Art. 268 Abs. 2	Frist für das Rechtsmittel gegen ein Konkursschlusserkenntnis; ein Nachlassvertrag kann bis zu dessen Rechtskraft eingereicht werden: 2005 Nr. 25
Art. 274	Die Arrestlegung der Eidgenössischen Steuerverwaltung für eine Mehrwertsteuerforderung räumt kein Vorzugsrecht an den Arrestgegenständen ein: 2005 Nr. 21
Art. 332	Frist für das Rechtsmittel gegen ein Konkursschlusserkenntnis; ein Nachlassvertrag kann bis zu dessen Rechtskraft eingereicht werden: 2005 Nr. 25

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

Art. 166 ff., 175	Insolvenzverfahren als Vollstreckungshindernis eines deutschen Vollstreckungsbescheids; Anerkennung des Beschlusses eines deutschen Amtsgerichts betreffen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens: 2005 Nr. 35

StGB
vom 21. Dezember 1937/SR 311.0

Art. 25	Gehilfenschaft: Strafbarkeit von Alltagshandlungen oder berufstypischen Dienstleistungen: 2005 Nr. 28
Art. 32	Amtshandlung eines Polizeibeamten in seiner Freizeit; Verhältnismässigkeit einer Nacheile, um einen Strassenrowdy aus dem Verkehr zu ziehen: 2005 Nr. 29
Art. 135	Dargestellte Gewalt ("Nackt unter Kannibalen") und Gewaltdarstellungen; Anklagegrundsatz und Substantiierung der Anklage: 2005 Nr. 30
Art. 186	Nur mit Bezug auf erkenntlich abgegrenzte Plätze kann Hausfriedensbruch begangen werden: 2005 Nr. 31
Art. 321	Umfang der Entbindung vom Berufsgeheimnis bei einem Prozess eines Mandanten gegen seinen Anwalt: 2005 Nr. 34

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

Art. 12 Abs. 2	"Besondere Umstände" für eine Genugtuung: 2005 Nr. 32

BG über die Mehrwertsteuer (MWSTG)
vom 2. September 1999/SR 641.20

Art. 69 f.	Die Arrestlegung der Eidgenössischen Steuerverwaltung für eine Mehrwertsteuerforderung räumt kein Vorzugsrecht an den Arrestgegenständen ein: 2005 Nr. 21

SVG
vom 19. Dezember 1958/SR 741.01

Art. 90 Ziff. 2	Amtshandlung eines Polizeibeamten in seiner Freizeit; Verhältnismässigkeit einer Nacheile, um einen Strassenrowdy aus dem Verkehr zu ziehen: 2005 Nr. 29

BG betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)
vom 6. Oktober 2000/SR 780.1

Art. 9 Abs. 2 und 3	Verwertbarkeit von mittelbaren Zufallsfunden; Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten: 2005 Nr. 33

BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (BGFA)
vom 23. Juni 2000/SR 935.61

Art. 13	Umfang der Entbindung vom Berufsgeheimnis bei einem Prozess eines Mandanten gegen seinen Anwalt: 2005 Nr. 34

Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ)
vom 16. September 1988/SR 0.275.11

Art.	26 Abs. 1, 31 Abs. 1	Insolvenzverfahren als Vollstreckungshindernis eines deutschen Vollstreckungsbescheids; Anerkennung des Beschlusses eines deutschen Amtsgerichts betreffend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens: 2005 Nr. 35

III. Kantonales Recht

ZPO
vom 6. Juli 1988/RB 271

§	1	Öffentlich- oder privatrechtlicher Arbeitsvertrag eines Schulhausabwarts: 2005 Nr. 36
§§	52, 55 Ziff. 2 und 3	Kompetenzattraktion beim Obergericht bei einem sowohl gegen den Gerichtsvorsitzenden als auch gegen den Gerichtsschreiber gerichteten Ausstandsbegehren; keine Befangenheit im Verhältnis zu einer Partei im Fall einer Auseinandersetzung zwischen einem Gerichtsfunktionär und einem Zeugen: 2005 Nr. 37
§	58 Abs. 3	Ein Konstanzer Anwalt kann nicht verpflichtet werden, in der Schweiz ein Zustelldomizil zu bezeichnen: 2005 Nr. 38
§	76	Beweiskostenvorschuss: Beweispflichtige Partei, Höhe des Vorschusses, Rückerstattung: 2005 Nr. 39
§	88	Objektive Klagenhäufung im Privatstrafverfahren: 2005 Nr. 42
§§	111, 163	Anforderungen an eine superprovisorische Verfügung als Titel für die definitive Rechtsöffnung: 2005 Nr. 22

§ 164 Ziff. 3		Die fehlende konsequente Durchsetzung des Ausweisungsanspruchs durch den Eigentümer einer Liegenschaft lässt kein Recht des Besitzers auf Gebrauchsüberlassung entstehen: 2005 Nr. 15
§ 232		Frist zum Stellen der Berufungsanträge im vereinfachten Berufungsverfahren: 2005 Nr. 40
§ 246 Ziff. 1	lit. a	Eine zu Unrecht festgestellte Fristversäumnis wird als Revisionsgrund behandelt; Haftung für Hilfspersonen: 2005 Nr. 41

StPO

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

§ 21	Dargestellte Gewalt ("Nackt unter Kannibalen") und Gewaltdarstellungen; Anklagegrundsatz und Substantiierung der Anklage: 2005 Nr. 30
§ 68	Nach einer Strafanzeige eines Richters liegt ein Ausstandsgrund nur vor, wenn ein Zusammenhang zwischen der zur Anzeige führenden Handlung und der später zu beurteilenden Streitsache besteht: 2005 Nr. 19
§ 68 Abs. 2	Amtshandlung eines Polizeibeamten in seiner Freizeit; Verhältnismässigkeit einer Nacheile, um einen Strassenrowdy aus dem Verkehr zu ziehen: 2005 Nr. 29

§§	151, 153	Dargestellte Gewalt ("Nackt unter Kannibalen") und Gewaltdarstellungen; Anklagegrundsatz und Substantiierung der Anklage: 2005 Nr. 30
§	171 Abs. 1	Objektive Klagenhäufung im Privatstrafverfahren: 2005 Nr. 42
§§	196 Abs. 1, 199, 204	Berechtigung der Staatsanwaltschaft, hinsichtlich der vom Staat gestützt auf das OHG zu leistenden Genugtuung bedingte (Anschluss-)Berufung zu erheben: 2005 Nr. 43