# Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat 2004

# Inhaltsverzeichnis


A. Allgemeines — Seite

I. Obergericht
1. Personelles ..... 5
2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde ..... 5
3. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Zivil- und Strafsachen ..... 8
4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen ..... 11
5. Verschiedenes ..... 13

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht ..... 23
III. Zivil- und Strafgerichte ..... 24

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 ..... 165
Kantonales Recht ..... 168

D. Gesetzesregister 2004 — 215

# Das Obergericht des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

Sehr geehrter Herr Präsident,
sehr geehrte Damen und Herren

Gestützt auf § 37 Abs. 2 der Kantonsverfassung erstatten wir Ihnen Bericht über die Tätigkeit der thurgauischen Zivil- und Strafgerichte, des kantonalen Konkursamts sowie der Friedensrichter- und Betreibungsämter im Jahr 2004.

Die Bundesgesetzgebung und damit verbunden auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung greifen immer stärker in die kantonale Prozesshoheit und in die Gerichtsorganisation ein. Es ist wichtig, dass in dem stets enger werdenden Bereich, welcher dem Kanton für selbständige prozessrechtliche Regelungen verbleibt, zweckmässige und eigenständige Lösungen gewählt werden, die sich weniger an finanziellen Überlegungen als an den Grundsätzen der Effizienz orientieren.

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

Frauenfeld, im April 2005

Das Obergericht des Kantons Thurgau

Der Präsident:
Thomas Zweidler

Die Obergerichtsschreiberin:
Dr. Barbara Merz

# A. Allgemeines

## I. Obergericht

### 1. Personelles

Auf das Ende der Amtsperiode ist Oberrichterin Erika Glättli zurückgetreten. Sie war seit 1989 als nebenamtliches Mitglied des Obergerichts tätig gewesen; wir danken ihr für ihren Einsatz in der zweitinstanzlichen Justiz.

Ende Mai 2004 wählten Sie Helene Pauli zum nebenamtlichen Mitglied des Obergerichts. Oberrichterin Helene Pauli trat ihr Amt am 1. September 2004 an.

Die Obergerichtskanzlei stellt seit August 2004 erstmals einen Ausbildungsplatz für eine Lernende der kantonalen Verwaltung zur Verfügung. Vjollca Gjergji absolviert bei uns ihr erstes kaufmännisches Lehrjahr.

### 2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde

a) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 169 Berufungsverfahren eingeschrieben. Erledigt werden konnten insgesamt 205 Berufungsverfahren, davon 51 in Fünfer- und 154 in Dreierbesetzung. Die Zahl der beim Obergericht hängigen Berufungsverfahren sank damit von 105 auf 69 Verfahren.

Im Berichtsjahr wurden 297 Rekurse und Beschwerden anhängig gemacht; das Obergericht konnte 292 entsprechende Verfahren erledigen.

Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen, Rekurse und Beschwerden) im Jahr 2004 insgesamt 466 Fälle ein, während 497 Fälle erledigt werden konnten.

b) Von den neun Berufungsverfahren, die vor Obergericht Ende 2003 überjährig waren, konnten im Jahr 2004 fünf Fälle erledigt werden. Von den im Jahr 2003 eingegangenen Fällen waren neun Verfahren am Ende des Berichtsjahrs noch hängig. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2004 bei 13 Fällen.

Beim Obergericht ist ein Beschwerdeverfahren hängig, welches überjährig, d.h. vor dem 31. Dezember 2003 eingegangen ist. Das Verfahren war auf Wunsch des Beschwerdeführers während längerer Zeit sistiert worden, wurde aber mittlerweile gegenstandslos. Überjährig ist ausserdem ein Rekursverfahren, in welchem im Zusammenhang mit der Einkommensfrage der Entscheid eines Sozialversicherungsträgers abgewartet werden muss.

c) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 136 Berufungsverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang der Akten bis zum Versand des Entscheids) von 8,5 Monaten auf (2003: 9,4 Monate; 2002: 9,1 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 2,9 Monate (2003: 3,1 Monate; 2002: 3,0 Monate).

Die im Berichtsjahr materiell erledigten 199 Rekurs- und Beschwerdeverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des

Entscheids) von 2,5 Monaten auf (2003 und 2002 waren es je 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).

d) Im Berichtsjahr fanden zwei Referentenaudienzen statt. Im einen Fall konnten die Parteien verglichen werden; im anderen Fall kam keine Einigung zustande. Das Obergericht nahm einen Augenschein vor. Vom Obergerichtspräsidium wurden insgesamt 26 Einvernahmen durchgeführt.

e) Das Obergerichtspräsidium erledigte vier Gesuche um vorsorgliche Massnahmen im Immaterialgüterrecht. Zwei Gesuche wurden abgewiesen; ein Gesuch wurde zurückgezogen, und auf ein Gesuch konnte nicht eingetreten werden.

f) Werden im Rahmen eines zweitinstanzlichen Schriftenwechsels mit der letzten Eingabe neue Akten eingereicht, wurde der Gegenpartei nach ständiger Praxis des Obergerichts - und entsprechend den kantonalen Vorschriften - stets Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen; dasselbe galt auch, wenn in der Berufungsantwort neue und erhebliche (rechtliche oder tatsächliche) Gesichtspunkte vorgebracht wurden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche in diesem Punkt unbesehen der Praxis des Europäischen Gerichtshofs folgt, geht heute weit über diese an sich selbstverständlichen Grundsätze hinaus und räumt dem Betroffenen - auch ohne entsprechende Anträge - ein Recht auf Replik selbst dann ein, wenn die Antwortschrift nach Auffassung des entscheidenden Gerichts weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht irgendwelche neuen Vorbringen enthält (BGE vom 2. März 2004, 5P.18/2004). Konkret bedeutet dies, dass die jeweils letzte Rechtsschrift in allen schriftlichen Verfahren noch der Gegenpartei zugestellt werden muss, welche ihrerseits, insbesondere

wenn sie anwaltlich vertreten ist, kaum davon Abstand nehmen wird, sich nochmals zu äussern, worauf dasselbe Prozedere sich in umgekehrter Richtung wiederholt. Es liegt auf der Hand, dass mit einem solchen Vorgehen zwangsläufig die Gefahr eines nahezu endlosen Schriftenwechsels und Kollisionen mit dem Beschleunigungsgebot verbunden sind. Faktisch wird die Durchsetzung der vom Bundesgericht geforderten Vorgehensweise insbesondere in den Rekurs- und Beschwerdeverfahren zu teils massiven Verfahrensverzögerungen führen. Um solchen Problemen wenigstens im vereinfachten Berufungsverfahren begegnen zu können, ist das Obergericht seit dem Frühjahr 2004 dazu übergegangen, statt eines einfachen Schriftenwechsels in der Regel von Amtes wegen eine mündliche Berufungsverhandlung durchzuführen. Diese Massnahme wurde auch von der Anwaltschaft grundsätzlich positiv aufgenommen, umso mehr, als sie bei den Berufungsverfahren zu einer spürbaren Verkürzung der Verfahrensdauer führt.

## 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 sechs

**Aufsichtsbeschwerden gegen Bezirksgerichte, Bezirksgerichtliche Kommissionen und Bezirksgerichtspräsidien**

zu befassen. Drei Beschwerden wies es ab, und auf zwei Beschwerden trat es nicht ein. Eine weitere Beschwerde schützte es

teilweise. Im letzteren Fall wurde das zuständige Gericht angewiesen, nochmals zu prüfen, ob sich mit Blick auf das laufende Strafverfahren tatsächlich die Sistierung des Zivilprozesses rechtfertige.

c) Die

**Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen, Einzelrichterinnen und Einzelrichter**

erledigten in Zivil- und Strafsachen im Berichtsjahr insgesamt 2'380 Prozesse (ohne summarisches Verfahren), nämlich 1'544 Zivilfälle und 836 Straffälle; 2003 waren es insgesamt 2'330 Fälle und im Jahr 2002 2'519 Fälle gewesen. Gleichzeitig wurden 2'532 Prozesse neu eingeschrieben; 2003 waren es 2'290 Fälle und 2002 2'549 Fälle gewesen. Die gesamte Zahl der Pendenzen stieg von 980 Fällen (Ende 2002) bzw. 907 Fällen (Ende 2003) auf 1'065 Fälle (Ende 2004). Demgegenüber sank die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) von 167 Ende 2002 bzw. 171 Ende 2003 leicht auf 151 Ende 2004. Darunter finden sich 39 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 2004 4'533 Fälle; 2003 waren es 4'257, im Jahr 2002 4'120 Fälle gewesen.

d) Im Berichtsjahr führten die

**Friedensrichterinnen und Friedensrichter**

in insgesamt 1'437 Streitfällen das Vermittlungsverfahren durch. Hievon wurden 397 Fälle (rund 28%) durch Vergleich erledigt; in 317 Fällen (rund 22%) wurde keine Weisung verlangt. In 727 Fäl-

len (rund 50%) wurde die Weisung an das zuständige Gericht ausgestellt. 48 weitere Fälle wurden im Einzelrichterverfahren entschieden.

e) Das Obergericht führt die Oberaufsicht über die

**Schlichtungsbehörden in Mietsachen.**

Im Jahr 2004 wurde in 46% der Fälle eine Einigung erreicht. In 19% der Fälle musste festgestellt werden, dass sich die Parteien nicht einigen konnten; in 9% hatte die Schlichtungsbehörde zu entscheiden. 26% der Streitsachen wurden anderweitig (durch Rückzug, infolge Gegenstandslosigkeit oder Überweisung) erledigt.

Die Geschäftslast der Schlichtungsbehörden in Mietsachen schwankt nach wie vor sehr stark: Im Berichtsjahr erledigten die Schlichtungsbehörden insgesamt 625 Fälle. Im Jahr 2003 waren es 779 Fälle gewesen, während in den Jahren 2002 bzw. 2001 nur gerade 512 bzw. 602 Fälle, umgekehrt aber im Jahr 2000 835 Fälle erledigt wurden.

f) Die

**Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz**

hatte im Berichtsjahr ein Geschäft zu behandeln, in welchem mangels Einigung der Parteien die Weisung an das zuständige Bezirksgericht ausgestellt werden musste.

## 4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen

a) Die Zahl der Beschwerden und Gesuche an das Obergericht im Bereich des SchKG hat gegenüber dem Vorjahr leicht zugenommen: 2004 waren es 28 Fälle, 2003 24 Fälle und 2002 30 Fälle. Die Zahl der Beschwerden an die Bezirksgerichtspräsidien als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen ist gestiegen; im Jahr 2004 waren es 102 Beschwerden gegenüber 81 im Jahr 2003 und 71 im Jahr 2002. Es wird auf die Tabellen 8 und 22 verwiesen.

b) Im Berichtsjahr wurden 338 Konkursverfahren erledigt und 323 Konkurse eröffnet. Bei den Firmenkonkursen ist mit erstmals über 200 Fällen ein Rekord zu verzeichnen; die angespannte Wirtschaftslage hinterlässt ihre Spuren. Die Erbschaftsliquidationen nahmen wiederum zu, während die Zahl der Privatkonkurse leicht zurückging. Wiederum musste rund die Hälfte der bearbeiteten Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt werden. Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf Fr. 153'244'699.77. Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts sank von 177 Verfahren (Ende 2003) auf 162 Verfahren (Ende 2004; vgl. Tabelle 25).

c) Die Zahl der von den Betreibungsämtern ausgestellten Zahlungsbefehle ist auf 74'360 (2004) gegenüber 71'617 (2003) und 69'127 (2002) gestiegen. Die Zahl der Pfändungsvollzüge erhöhte sich von 34'248 (2002) bzw. 37'899 (2003) auf 40'620 (2004). 2004 waren 34'582 Verwertungen zu verzeichnen; 2003 waren es 31'312 und 2002 27'884 gewesen. Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 26 verwiesen.

d) Auf den 31. Mai 2004 wurden die letzten Zusammenlegungen von Friedensrichter- und Betreibungsämtern vorgenommen;

damit ist die Umsetzung der Kreisreorganisation im Zusammenhang mit der Justizreform abgeschlossen. Die Reduktion von ursprünglich 32 auf 20 Kreise ist als wesentliche Strukturverbesserung zu werten, wenn auch einzelne Ämter betriebstechnisch immer noch zu klein sind.

e) Im Jahr 2004 haben zwei Kandidaten die thurgauische Betreibungsbeamtenprüfung bestanden und konnten zu Substituten ernannt werden. Die Kreisreorganisation hat nichts daran geändert, dass die Rekrutierung von ausgebildetem Fachpersonal für die Betreibungsämter nach wie vor ein Dauerthema bleibt.

f) Der Verband Thurgauer Friedensrichter und Betreibungsbeamter konnte anlässlich seiner Jahresversammlung 2004 sein 100-jähriges Bestehen feiern; zu diesem Anlass erschien eine kleine Festschrift. Der Verband hat in den vergangenen hundert Jahren sehr wertvolle Arbeit geleistet. Er war und ist in vielen Fragen Ansprechpartner für die Verwaltung und die Gerichte, kümmert sich in verdienstvoller Weise um Vereinheitlichungen im praktischen Vorgehen seiner Mitglieder und hat sich deren Weiterbildung zur dauernden und wichtigen Aufgabe gemacht. So manches Problem konnte mit der Hilfe des Verbands schnell und unbürokratisch gelöst werden, und im praktischen Leben der Justiz ist er als Partner nicht wegzudenken.

g) Die schweizerische Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten hielt ihre Jahresversammlung am 4./5. Juni 2004 in Lipperswil ab. Den Thurgauer Organisatoren gelang es dabei, für ihre Kolleginnen und Kollegen aus der ganzen Schweiz einen gediegenen und gelungenen Anlass zu bieten. Anlässlich der Jahresversammlung hielt der Obergerichtspräsident den Festvortrag zum Thema "Vom Treiben des Rechtstriebs und der Fülle des Falliments".

## 5. Verschiedenes

a) Das Obergericht hielt seine

**Plenarsitzungen**

am 1. April und 21. September 2004 in Frauenfeld ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

**Weiterbildungsveranstaltungen**

teil: Besucht wurden Tagungen über neue Schwerpunkte im Strafprozess in Basel, über Internet in Gerzensee, über Moraldilemmata von Richtern in Ittingen, über aktuelle Probleme im Vormundschafts- und Kindesrecht in Zürich und über Informatik und Recht in Bern sowie die Schweizer Familienrechtstage in Zürich. Zwei Juristen besuchten die Seminare des Lehrgangs richterlicher Tätigkeit in Gerzensee.

c) Das Obergericht ist kantonale Zentralbehörde für die

**Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen.**

In diesem Zusammenhang übermittelte das Obergerichtspräsidium den Bezirksgerichtspräsidien und anderen Behörden im Berichtsjahr 165 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland (2003: 150 Ersuchen; 2002: 98 Ersuchen). Demgegenüber mussten von der Zentralbehörde nur gerade sieben Rechtshilfeersuchen aus dem Thurgau weitergeleitet werden (2003: drei Ersuchen; 2002: acht Ersuchen); der Grund liegt darin, dass die thurgauischen Gerichtsbehörden zum direkten Verkehr mit den zuständigen ausländischen Behörden berechtigt sind.

d) Das Obergericht äusserte sich am 11. Februar 2004 gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zum

**Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen "Schutz vor Gewalt im Familienkreis und in der Partnerschaft".**

Es wies darauf hin, der Vorentwurf befasse sich mit Themen, die teils schon seit Jahren der Neuregelung harrten. Umso mehr sei zu bedauern, dass die vorgeschlagene Gesetzesrevision den derzeitigen Trend der Gesetzgebung widerspiegle, spontan aufgegriffene, emotional besetzte und rein tagespolitische Themen relativ rasch in kleinen Teilrevisionen zu regeln, ohne sie im grösseren Kontext zu lösen. Die Detailregelung vermöge prozessual nicht sehr zu befriedigen, da sie teils etwas theoretisch anmute. Über das Summarverfahren vor Gericht fehlten genauere Vorstellungen: Ein schriftliches Gesuch werde angesichts der Dringlichkeit von Massnahmen wohl kaum verlangt werden können; Einvernahmen seien aber unabdingbar. Angesichts der teils massiven möglichen Eingriffe in die Persönlichkeit der "verletzenden Person" könne auf deren Anhörung kaum verzichtet werden. Werde keine superprovisorische Verfügung erlassen, könne gegen die vom erstinstanzlichen Richter verhängten Massnahme ein Rechtsmittel erhoben werden, was allenfalls deutliche Verfahrensverzögerungen mit sich bringe. Mit Rücksicht auf die vorgesehenen Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der "verletzenden Person" und die EMRK stelle sich die Frage, ob nicht trotz Einfachheit und Raschheit des Verfahrens alle in Betracht kommenden Beweismittel zugelassen werden müssten, insbesondere die Befragung von Zeugen, was aber wiederum zu Verfahrensverzögerungen führe. Nebulös bleibe die Lösung der Frage, wie die Vollstreckung allfälliger Anordnungen erfolgen solle; die ZPO biete diesbezüglich relativ wenig Handhabe. Insofern sei nicht zu verkennen, dass aus praktischer Sicht das Phänomen der häuslichen Gewalt am ehesten mit polizeilichen Massnahmen angegangen werden müsse: Eine entsprechende poli-

zeigesetzliche Regelung schlage wesentlich schneller und klarer durch als ein gerichtliches Verfahren; sie könne durchaus mit den notwendigen rechtsstaatlichen Sicherungen versehen werden. Die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen kümmere sich nicht um die finanziellen Konsequenzen für die Kantone. Der Trend, bei jedem neu auftauchenden Problem eine neue Beratungsstelle zu schaffen, stehe im Widerspruch zu den teils zweifelhaften Erfahrungen, die man in der Praxis mit solchen Stellen mache.

e) Gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit nahm das Obergericht am 24. September 2004 Stellung zur vorgesehenen

**Revision des Patentgesetzes.**

Es hielt dabei fest, auf die sich stellenden materiellen Fragen habe das Obergericht, da es sich um rein politische Entscheidungen handle, im Einzelnen nicht einzugehen. Hingegen begrüsse es die Schaffung eines Bundespatentgerichts. Wichtig sei dabei insbesondere, dass eine Kompetenzattraktion für mit dem Patentrecht zusammenhängende zivilrechtliche Ansprüche vorgesehen werde. Allerdings würde es sich rechtfertigen, auch andere Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes einer bundesgerichtlichen Zuständigkeit zu unterstellen. Als sinnvoll erscheine die im Entwurf vorgesehene Regelung über die Patentanwälte.

f) Am 24. September 2004 erstattete das Obergericht seine Vernehmlassung zur vorgesehenen

**Teilrevision des Zivilgesetzbuchs (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht).**

Grundsätzlich begrüsste das Obergericht die Stossrichtung des Entwurfs und die vorgeschlagenen Revisionspunkten im Wesentli-

chen. Bei Art. 679 Abs. 2 des Entwurfs frage sich, ob die Beschränkung auf blossen Schadenersatz tatsächlich Sinn mache; die bisher möglichen Ansprüche, auch wenn sie selten zum Tragen kämen, sollten eher beibehalten werden. Es bestehe zudem keine Notwendigkeit für eine öffentliche Beurkundung von Dienstbarkeiten. Die vorgeschlagene Lösung sei mit Bezug auf die damit verbundenen Umtriebe und Kosten nicht gerade sehr bürgerfreundlich. Ausserdem sei die öffentliche Beurkundung keine Garantie für eine genügende inhaltliche Umschreibung der Dienstbarkeit und damit für die Vermeidung von Streitigkeiten.

g) Am 18. November 2004 liess sich das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zur

**Revision des Urheberrechtsgesetzes**

vernehmen, indem es darauf hinwies, die vorgesehene Änderung des Urheberrechtsgesetzes zur Anpassung an den technologischen Fortschritt und zur Ermöglichung der Ratifizierung der beiden WIPO-Abkommen (WCT und WPPT) sei sinnvoll. Es sei zu begrüssen, dass der Gesetzgeber im Bereich der neuen digitalen Medientechnologien einen Interessenausgleich schaffe. Das Obergericht betonte, ebenso wie die Schaffung eines Bundespatentgerichts zu begrüssen sei, würde es sich rechtfertigen, auch andere Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes einer bundesgerichtlichen Zuständigkeit zu unterstellen.

h) Am 18. November 2004 nahm das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit Stellung zum

**Vorentwurf zur Änderung des Strafgesetzbuchs betreffend die Umsetzung von Art. 123a BV über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter und einzelne nachträgliche Korrekturen am neuen Massnahmenrecht.**

Das Obergericht begrüsste, dass der Gesetzgeber die unbestimmten Rechtsbegriffe in der Bundesverfassung konkretisiere. Bei den Voraussetzungen der lebenslänglichen Verwahrung werde der Doppelbegriff "Sexual- und Gewaltstraftäter" durch einen Anlasstatenkatalog bestimmt, was sinnvoll erscheine. Dasselbe gelte auch für die Überprüfung der lebenslänglichen Verwahrung, die gemäss Art. 123a Abs. 2 BV nur sehr eingeschränkt möglich sei. Die Fragen, ob im Zeitpunkt des Prozesses die lebenslange Gefährlichkeit einer Person ein für allemal bejaht werden könne, und ob die Therapierbarkeit von Persönlichkeitsmerkmalen abhängig gemacht werden dürfe, blieben freilich bestehen; ebenso werde wohl der Gerichtshof in Strassburg entscheiden müssen, ob das Überprüfungsverfahren EMRK-konform sei. Gemäss dem Vorentwurf sei neu auch die nachträgliche Anordnung der lebenslänglichen Verwahrung zulässig, obwohl dies von Art. 123a BV nicht verlangt werde. Eine solche nachträgliche Anordnung der Verwahrung, die eine klare und schwere Revision zu Ungunsten des Verurteilten darstelle, sei kaum EMRK-konform. Das Parlament habe eine Bestimmung zur nachträglichen Anordnung der "ordentlichen" Verwahrung im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des StGB abgelehnt, "weil sie von praktisch allen angehörten Experten als mit der Verfassung und der EMRK unvereinbar erklärt" worden sei; warum dies nun kurze Zeit später nicht mehr gelten solle, sei nicht zu verstehen. Bei den Voraussetzungen zur Anordnung der "ordentlichen" Verwahrung werde neu auf einen Anlasstatenkatalog verzichtet; gefordert werde ein Verbrechen oder Vergehen und gestützt auf besondere Umstände die ernsthafte Erwartung, der Täter werde ein Verbrechen begehen, durch das er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtige. Damit werde zur Charakterisierung der Gefährlichkeit des Täters der Akzent hauptsächlich auf die Prognose verlagert und den Gerichten ein extrem grosses Mass an Ermessen eingeräumt. Die Verantwortung für den Entscheid, ob eine Verwahrung angebracht und angemessen sei, liege damit völlig bei den

Gerichten; diese könnten zwar als Entscheidgrundlage auf die forensisch-psychiatrischen Risikokalkulationen abstellen, doch liege das Problem darin, dass gerade diese psychiatrischen Risikokalkulationen nach wie vor umstritten seien und wohl auch immer sein würden. Die vorgeschlagene Formulierung sei zu schwammig. Ein konkreter Anlasstatenkatalog sei vorzuziehen, wie er etwa von der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz vorgeschlagen werde. Die nachträgliche Anordnung der ordentlichen Verwahrung sei ebenso problematisch wie die nachträgliche Anordnung der lebenslangen Verwahrung.

i) Am 18. November 2004 hielt das Obergericht im Rahmen seiner Vernehmlassung zu

**verschiedenen kantonalen Erlassen im Zusammenhang mit der Revision des Strafgesetzbuchs und dem Inkrafttreten des Jugendstrafgesetzes**

gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit fest, die Konzentration der Vorschriften zum Strafvollzugsrecht im EG StGB sei sinnvoll. Bei den Übertretungstatbeständen sei die neue Bestimmung über die Missachtung amtlicher Anordnungen problematisch, da sich erhebliche Beweisprobleme stellen würden. Ebenso unterliege gewissen Zweifeln, ob sich der neue Straftatbestand der Verweigerung der Lenkerangabe bewähren werde. Bei der Revision der StPO sei es eine politische Frage, ob den Untersuchungsrichtern eine generelle Strafkompetenz bei Freiheitsstrafen bis zu drei Monaten zuzugestehen sei; immerhin seien die Konsequenzen zu bedenken (faktischer Ausschluss der Öffentlichkeit, Beurteilung von Verbrechen praktisch als Bagatellsachen, Problematik der Verbindung zwischen Untersuchungsrichter und Strafverfügungsrichter). Im Hinblick auf eine eidgenössische StPO dürfte es sich rechtfertigen, die Schaffung eines kantonalen Polizeirichteramts zu prüfen.

j) Am 15. Dezember 2004 stellte das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zum vorgesehenen

**Bundesbeschluss über die Genehmigung des Haager Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung**

fest, gegen eine Genehmigung dieses Übereinkommens sei grundsätzlich nichts einzuwenden. Die vorgesehenen Anpassungen von IPRG und SchKG erschienen als zweckmässig. Allerdings blieben zahlreiche Fragen offen, deren Lösung einmal mehr den Gerichten überlassen werde.

k) Am 23. Dezember wies das Obergericht gegenüber dem Eidgenössischen Institut für Geistiges Eigentum im Rahmen einer informellen Vernehmlassung zum

**vorgesehenen Bundesgesetz über den Patentanwaltsberuf**

darauf hin, der Entwurf lehne sich zu Recht stark an das BGFA an. Problematisch erscheine jedoch die unklare Regelung mit Bezug auf die Unabhängigkeit der Berufsausübung, vor allem auch im Zusammenhang mit dem Berufsgeheimnis. Dass das Berufsgeheimnis gemäss dem Entwurf gegenüber dem Arbeitgeber keine Geltung haben solle, sei abzulehnen; das Berufsgeheimnis würde zu sehr relativiert. Es dürfte illusorisch sein, den Patentanwalt als Arbeitnehmer zu verpflichten, für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch seinen Arbeitgeber besorgt zu sein. Die Bestimmung, wonach im gerichtlichen Verfahren im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechten oder gewerblichen Schutzrechten eine Anhörung der Patentanwältin oder des Patentanwalts auf Antrag einer Partei vorgesehen sei, sei verfehlt. Abgesehen davon, dass eine solche Vorschrift ins Patentgesetz gehören würde, da sie sich an den

Richter wende, handle es sich um eine prozessrechtliche Neuschöpfung, welche ebenso systemwidrig wie zwecklos sei.

l) Am 19. Oktober 2004 hatte das Obergerichtspräsidium Gelegenheit, gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zuhanden des Bundesamtes für Justiz Stellung zu einer Beschwerde zu nehmen, die im Jahr 2000 beim Europäischen Gerichtshof in Strassburg in Zusammenhang mit einem obergerichtlichen Verfahren gegen die Schweiz eingereicht worden war. Die Beschwerde wurde mittlerweile zurückgezogen. Gegenstand des Verfahrens bildete die

**Frage der öffentlichen Urteilsverkündung.**

Das Obergerichtspräsidium wies vorab darauf hin, im massgebenden Zeitpunkt habe - nach den Urteilen Belilos c. Schweiz und Weber c. Schweiz - keineswegs festgestanden, dass die seitens der Schweiz bei der Ratifizierung der EMRK angebrachten Vorbehalte ungültig seien. Entscheidend sei aber, dass weder die EMRK noch die BV festlegten, auf welche Art und Weise die öffentliche Urteilsverkündung erfolgen müsse; insbesondere werde nicht verlangt, dass das Urteil an einer öffentlichen Verhandlung mündlich verlesen oder gar begründet werde. Das Öffentlichkeitsgebot werde gemäss Lehre und Praxis gewahrt, wenn das Publikum die Möglichkeit habe, von einem Urteil Kenntnis zu nehmen, z.B. durch Publikation in Periodika oder auf Internet, oder dadurch, den Urteilstext auf der Gerichtskanzlei zu verlangen oder einzusehen. Nach der Auffassung des Bundesgerichts sei dem Zweck des Verkündungsgebots mit einer solchen Publikationspraxis sogar besser gedient als mit einer mündlichen Eröffnung des Urteils an einer Gerichtsverhandlung, da das Publikum faktisch nur begrenzte Möglichkeiten habe, an solchen Verhandlungen teilzunehmen. Im Wesentlichen kämen zwei Ersatzformen der öffentlichen Urteilsverkündung in Betracht, nämlich die Orientierung der Öffentlich-

keit über die Presse, z.B. über Gerichtsberichterstatter, oder die Auflage von Urteilen auf der Gerichtskanzlei mit der Möglichkeit des Bürgers, darin Einsicht zu nehmen. Das Obergericht des Kantons Thurgau wende schon seit Jahren beide Formen an.

Hinsichtlich der Einsicht in der Gerichtskanzlei ergebe sich aus der EMRK und der BV nicht zwingend die Pflicht der Justizbehörden, ihre Entscheide im Gerichtsgebäude öffentlich aufzulegen; tatsächlich geschehe dies denn auch nur in wenigen kantonalen Gerichten systematisch. In den meisten Kantonen, welche für sich selbst Ersatzformen für die fehlende mündliche Urteilsverkündung entwickelt hätten, werde die Bevölkerung nicht offiziell über die Möglichkeit in Kenntnis gesetzt, bei der Gerichtskanzlei um Einsichtnahme in die nicht veröffentlichten Gerichtsentscheide zu ersuchen (allenfalls unter der Voraussetzung des Nachweises eines berechtigten Interesses und in anonymisierter Form); auf diese Weise müssten interessierte Bürger aus eigener Initiative beim Gericht vorstellig werden und die Einsichtnahme verlangen. Nachdem der EGMR in ähnlichen Konstellationen aber eine Konventionsverletzung verneint habe, könne darin kein unzumutbares, mit dem Sinn und Zweck der EMRK nicht mehr zu vereinbarendes Hindernis beim Zugang zu den relevanten Informationen erblickt werden. Die Praxis des Obergerichts entspreche diesem Vorgehen, allerdings mit der nach wie vor zulässigen Einschränkung, dass die Einsicht in Urteile von einem berechtigten Interesse abhängig gemacht werde, insbesondere, wenn berechtigte Geheimhaltungsinteressen von Parteien zu schützen seien (RBOG 2000 S. 20 f.).

Die Öffentlichkeit der Urteilsverkündung könne auch gewährleistet werden, indem der Urteilsspruch über die Medien, d.h. über Gerichtsberichterstatter, bekannt gegeben werde. Das Obergericht orientiere die zugelassenen Medienleute regelmässig über die Termine der öffentlichen Verhandlungen. Sechs Tage nach Versand des schriftlich begründeten Urteils an die Parteien werde das

Urteil in vollem Wortlaut den Gerichtsberichterstattern zugestellt, welche an der Verhandlung vor Obergericht teilgenommen hätten.

m) Entsprechend der Verordnung über die Gerichtsberichterstattung erteilte das Obergericht elf Medienleuten die

**Zulassung als Gerichtsberichterstatterin bzw. Gerichtsberichterstatter**

an unseren Straf- und Zivilgerichten; umgekehrt ist die Zulassung von vier Medienleuten erloschen. Ausserdem wurde 17 Medienleuten die Zulassung verlängert. Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau demnach 45 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter zugelassen.

n) Im Rahmen der

**Einführung der EDV bei den Bezirksgerichten**

wurde am 30. Juni 2004 im Obergericht eine Orientierung über das neue EDV-Programm, insbesondere die Geschäftsverwaltung und das Rechnungswesen, sowie über die geplanten Einführungsschritte durchgeführt. Die Bezirksgerichte Kreuzlingen und Weinfelden, die als Pilotgerichte eingesetzt worden waren, sind ebenso wie die Bezirksgerichte Arbon und Frauenfeld bereits auf das Programm JURIS umgerüstet; bei den übrigen Bezirksgerichten soll die Einführung von JURIS im Lauf des Jahres 2005 erfolgen.

o) Am 18. August 2004 traf sich das Obergericht in Frauenfeld zu einem Erfahrungsaustausch mit dem Obergericht des Kantons Schaffhausen.

# II. Rechtsmittel an das Bundesgericht

Die Zahl der an das Bundesgericht weitergezogenen Entscheide hat wieder deutlich zugenommen. Von den insgesamt 85 Rechtsmitteln, die das Bundesgericht im Berichtsjahr erledigte, wurden neun geschützt und vier teilweise geschützt. 34 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 31 Fällen trat das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht ein, und sieben Fälle wurden anderweitig erledigt. Es wird auf Tabelle 9 verwiesen.

In den 851 Rechtsmittelverfahren, bei welchen das Bundesgericht in den Jahren 1995 bis 2004 Entscheide des Obergerichts überprüfte, wies es das Rechtsmittel in 422 Fällen ab. In 251 Fällen trat es auf das Rechtsmittel nicht ein, und 74 Fälle wurden anderweitig erledigt. In 65 Fällen wurde das Rechtsmittel geschützt und in weiteren 39 Fällen teilweise geschützt. Somit liegt das Mass der vom Bundesgericht ganz oder teilweise geschützten Rechtsmittel bei etwa 12%.

# III. Zivil- und Strafgerichte

(Stand Anfang April 2005)

**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 |
| | 1996 | Labhardt Fredi, lic.iur., Rechtsanwalt, 6006 Luzern | 1955 |
| | 2000 | Leuenberger Renate, Fürsprecherin, 8272 Ermatingen | 1971 |
| | 2001 | Gubler Klaus, lic.iur., Rechtsanwalt, 8272 Ermatingen | 1971 |
| | 2003 | Spross Sabine, Fürsprecherin, 8203 Schaffhausen | 1968 |

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

| | |
|---|---|
| Kanzlei: | Goldinger Maja, 8500 Frauenfeld<br>Gallo-Grillo Marianna, 8370 Sirnach<br>Bisig Monika, 8508 Homburg<br>Peter-Staubli Doris, 8547 Gachnang |
| Weibelin: | Tayler Verena, 8268 Salenstein |
| Lernende: | Gjergji Vjollca, 9500 Wil |

## 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: | 1967 | Schneider Bruno, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8280 Kreuzlingen | 1940 |
| Gerichtssekretär: | 2002 | Alde Michael, lic.iur., Rechtsanwalt, 9320 Arbon | 1969 |

**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

| | **2004** | 2003 | 2002 |
|---|---|---|---|
| Sitzungen | **103** | 108 | 83 |
| Plenum | **2** | 3 | 2 |
| Fünferbesetzung | **30** | 23 | 21 |
| Dreierbesetzung | **71** | 82 | 60 |
| Einschreibungen | **523** | 546 | 541 |
| erstinstanzliche Verfahren | **2** | 1 | 4 |
| Berufungsverfahren | **169** | 195 | 184 |
| davon in Fünferbesetzung | **39** | 54 | 50 |
| davon in Dreierbesetzung | **130** | 141 | 134 |
| Rekursverfahren | **249** | 245 | 247 |
| Beschwerdeverfahren | **48** | 43 | 44 |
| übrige Verfahren | **55** | 62 | 62 |
| erledigte Verfahren | **553** | 541 | 536 |
| erstinstanzliche Verfahren | **2** | 4 | 5 |
| Berufungsverfahren | **205** | 186 | 173 |
| davon in Fünferbesetzung | **51** | 42 | 52 |
| davon in Dreierbesetzung | **154** | 144 | 121 |
| Rekursverfahren | **247** | 242 | 257 |
| Beschwerdeverfahren | **45** | 45 | 38 |
| übrige Verfahren | **54** | 64 | 63 |
| Pendente Berufungsverfahren Ende Jahr | **69** | 105 | 96 |
| davon Eingang vor dem 1. Januar 2004 | **13** | 9 | 7 |

Von den 13 überjährigen Berufungsverfahren sind zwei Prozesse aufgrund gesetzlicher Bestimmungen bzw. im Einverständnis der Parteien sistiert.

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

| | hängig per 1.1.04 | neu | erledigt per 31.12.04 |
|---|---|---|---|
| Fabrik- und Handelsmarken | 1 | 2 | 2 |
| **Total** | **1** | **2** | **2** |
| 2003 waren es | 4 | 1 | 4 |
| 2002 waren es | 5 | 4 | 5 |

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 | 19 | 6 | 2 | 3 | - | 3 | 1 | 3 | 1 |
| Bischofszell | 15 | 4 | - | 3 | 2 | 5 | 1 | - | - |
| Diessenhofen | 6 | 2 | - | - | - | 2 | 1 | 1 | - |
| Frauenfeld | 15 | 2 | 1 | 1 | 1 | 5 | 2 | 2 | 1 |
| Kreuzlingen | 31 | 7 | 3 | 4 | 2 | 10 | 2 | 2 | 1 |
| Münchwilen | 23 | 6 | - | 3 | 3 | 2 | 3 | 6 | - |
| Steckborn | 13 | 6 | 1 | - | 1 | 2 | 1 | 1 | 1 |
| Weinfelden | 11 | - | 1 | 4 | 3 | - | - | 3 | - |
| Rückweisung BuGer | 2 | 1 | - | - | - | 1 | - | - | - |
| **Total** | **135** | **34** | **8** | **18** | **12** | **30** | **11** | **18** | **4** |
| 2003 waren es | 119 | 39 | 10 | 19 | 9 | 24 | 8 | 7 | 3 |
| 2002 waren es | 97 | 23 | 6 | 14 | 8 | 27 | 10 | 8 | 1 |

In diesen 135 Berufungsverfahren waren 159 Berufungen sowie sieben Anschlussberufungen zu beurteilen.

**Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:**

| | |
|---|---|
| **Personenrecht** | |
| - Schutz der Persönlichkeit | 3 |
| **Familienrecht** | |
| - Ehescheidung | 32 |
| - Änderung Scheidung/Trennung | 3 |
| - Unterhalt | 3 |
| - übriges Familienrecht | 3 |
| **Erbrecht** | |
| - Erbteilung | 2 |
| - übriges Erbrecht | 2 |
| **Sachenrecht** | |
| - Eigentum | 1 |
| - beschränkte dingliche Rechte | 2 |
| - übriges Sachenrecht | 5 |
| **Obligationenrecht** | |
| - unerlaubte Handlung | 3 |
| - ungerechtfertigte Bereicherung | 1 |
| - Kauf und Tausch | 8 |
| - Miete | 6 |
| - Pacht | 2 |
| - Arbeitsvertrag | 30 |
| - Werkvertrag | 9 |
| - Auftrag | 7 |
| - Bürgschaft | 1 |
| - übrige Innominatverträge | 5 |
| - einfache Gesellschaft | 2 |
| **Betreibungsrechtliche Prozesse** | |
| - Aberkennung | 2 |
| **Übriges Zivilrecht** | |
| - Versicherungsvertrag | 1 |
| - sonstiges Zivilrecht | 1 |
| **Verschiedenes** | 1 |

Tabelle 4. Rekursverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

| Herkunft | Zahl | abgewiesen | geschützt | teilweise geschützt | Rückweisung an Vorinstanz | nicht eingetreten | anderweitig erledigt* |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Arbon | 31 | 12 | 4 | 3 | 1 | 9 | 2 |
| Bischofszell | 33 | 16 | 3 | 1 | - | 11 | 2 |
| Diessenhofen | 8 | 4 | 1 | - | - | 2 | 1 |
| Frauenfeld | 46 | 16 | 4 | 6 | - | 17 | 3 |
| Kreuzlingen | 40 | 14 | 5 | 6 | 2 | 12 | 1 |
| Münchwilen | 42 | 20 | 6 | 8 | - | 6 | 2 |
| Steckborn | 21 | 11 | 1 | 3 | - | 3 | 3 |
| Weinfelden | 22 | 8 | 4 | 3 | 1 | 5 | 1 |
| Friedensrichterämter | 1 | - | - | - | 1 | - | - |
| Rückweisung BuGer | 1 | - | - | - | - | - | 1 |
| Revision | 2 | - | 1 | - | - | 1 | - |
| **Total** | **247** | **101** | **29** | **30** | **5** | **66** | **16** |
| 2003 waren es | 242 | 84 | 39 | 35 | 12 | 63 | 9 |
| 2002 waren es | 257 | 99 | 39 | 29 | 9 | 56 | 25 |

* inkl. Rückzug und Anerkennung

In diesen 247 Rekursverfahren waren 272 Rekurse sowie sieben Anschlussrekurse zu beurteilen.

Tabelle 5. Rekursverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart

| Gegenstand | Zahl | abgewiesen | geschützt | teilweise geschützt | Rückweisung an Vorinstanz | nicht eingetreten | anderweitig erledigt* |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **SchKG** | | | | | | | |
| - Rechtsöffnung | 91 | 32 | 14 | 10 | - | 29 | 6 |
| - Konkurseröffnung | 28 | 13 | 4 | - | - | 10 | 1 |
| - übrige Rekurse nach SchKG | 6 | 2 | 1 | - | - | 3 | - |
| **Befehlsverfahren** | | | | | | | |
| - Handhabung klaren Rechts | 3 | - | 1 | - | - | - | 2 |
| - Ausweisung | 15 | 5 | 2 | - | - | 7 | 1 |
| - übrige Rekurse im Befehlsverfahren | 10 | 5 | - | 3 | 1 | 1 | - |
| **ZGB/OR** | | | | | | | |
| - vorsorgliche Massnahmen bei Ehescheidung/-trennung | 15 | 7 | 1 | 2 | 1 | 4 | - |
| - Eheschutzmassnahmen | 45 | 21 | 2 | 13 | 2 | 4 | 3 |
| - fürsorgerische Freiheitsentziehung | 1 | - | - | - | - | 1 | - |
| - übrige Rekurse nach ZGB/OR | 6 | 2 | 1 | 1 | - | 1 | 1 |
| **ZPO und übrige Gebiete** | | | | | | | |
| - Revision | 2 | - | 1 | - | - | 1 | - |
| - Kostenrekurs | 7 | 6 | - | 1 | - | - | - |
| - Erledigungsbeschlüsse | 3 | 2 | - | - | - | 1 | - |
| - unentgeltliche Prozessführung | 7 | 3 | 2 | - | - | 1 | 1 |
| - übrige Rekurse nach ZPO | 8 | 3 | - | - | 1 | 3 | 1 |
| **Total** | **247** | **101** | **29** | **30** | **5** | **66** | **16** |
| 2003 waren es | 242 | 84 | 39 | 35 | 12 | 63 | 9 |
| 2002 waren es | 257 | 99 | 39 | 29 | 9 | 56 | 25 |

* inkl. Rückzug und Anerkennung

Tabelle 6. Beschwerdeverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

| Herkunft | Zahl | abge-wiesen | geschützt | teilweise geschützt | Rückzug | nicht einge-treten | gegen-standslos |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Bezirksgerichte | 1 | - | - | 1 | - | - | - |
| Bezirksgerichtliche Kommissionen | 1 | - | - | - | - | 1 | - |
| Gerichtspräsidien | 4 | 3 | - | - | - | 1 | - |
| Friedensrichterämter | - | - | - | - | - | - | - |
| **Total** | **6** | **3** | **-** | **1** | **-** | **2** | **-** |
| 2003 waren es | 4 | - | - | 1 | - | 1 | 2 |
| 2002 waren es | 6 | 5 | - | - | - | - | 1 |

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 | 10 | 4 | - | 4 | 1 | 1 | - | - |
| Bischofszell | 12 | 3 | - | 7 | - | - | 2 | - |
| Diessenhofen | 3 | 1 | 1 | - | - | 1 | - | - |
| Frauenfeld | 11 | 7 | 3 | 1 | - | - | - | - |
| Kreuzlingen | 10 | 2 | 3 | 4 | 1 | - | - | - |
| Münchwilen | 7 | 4 | - | 1 | 2 | - | - | - |
| Steckborn | 9 | 5 | 1 | 2 | - | 1 | - | - |
| Weinfelden | 7 | 7 | - | - | - | - | - | - |
| Rückweisung BuGer | 1 | - | - | - | - | - | - | 1 |
| **Total** | **70** | **33** | **8** | **19** | **4** | **3** | **2** | **1** |
| 2003 waren es | 67 | 32 | 7 | 17 | - | 6 | 4 | 1 |
| 2002 waren es | 75 | 24 | 9 | 26 | 1 | 13 | 1 | 1 |

In diesen 70 Berufungsverfahren waren 73 Berufungen sowie sechs Anschlussberufungen zu beurteilen.

**Die Berufungen wurden eingelegt:**

- von der Staatsanwaltschaft: 6 Fälle
- von den Angeklagten: 57 Fälle
- von Geschädigten und Opfern: 10 Fälle

**Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:**

| | |
|---|---|
| **Strafgesetzbuch** | |
| - Delikte gegen Leib und Leben | 11 |
| - Delikte gegen das Vermögen | 17 |
| - Ehrverletzungen | 5 |
| - Delikte gegen die sexuelle Integrität | 4 |
| - gemeingefährliche Delikte | 2 |
| - Delikte gegen die Rechtspflege | 1 |
| **Bundesgesetz über den Strassenverkehr** | 12 |
| **Bundesgesetz über die Betäubungsmittel** | 10 |
| **Nebenstrafrecht des Bundes** | 6 |
| **Leistungen nach OHG** | 1 |
| **Fristwiederherstellung** | 1 |

**Weitere Geschäfte:**

Das Obergericht hatte ein Wiederaufnahmegesuch sowie drei spätere Verfahren (vorzeitige Löschung des Strafregistereintrags) zu behandeln.

Es erledigte ausserdem 12 Beschwerden nach Strafprozessrecht. Hievon wurden fünf abgewiesen, fünf geschützt und eine teilweise geschützt; auf eine Beschwerde 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 | 24 | 20 | - | - | 1 | 1 | 1 | 1 | 52 Tage |
| Als Aufsichtsbehörde im Konkurswesen | | | | | | | | | |
| - Gesuche | 1 | - | 1 | - | - | - | - | - | 10 Tage |
| - Beschwerden | 3 | 2 | - | - | - | - | - | 1 | 33 Tage |
| **Total** | **28** | **22** | **1** | **-** | **1** | **1** | **1** | **2** | **48 Tage** |
| 2003 waren es | 24 | 14 | 2 | - | - | 2 | 3 | 3 | 43 Tage |
| 2002 waren es | 30 | 14 | 4 | - | 3 | - | 2 | 7 | - |

## II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle

Tabelle 9. Art des Rechtsmittels und Erledigung

| | Zahl | abgewiesen | geschützt | teilweise geschützt | nicht eingetreten | anderweitig erledigt |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Berufung | 17 | 10 | 1 | 1 | 3 | 2 |
| Nichtigkeitsbeschwerde | | | | | | |
| in Zivilsachen | - | - | - | - | - | - |
| in Strafsachen | 16 | 9 | 2 | 3 | 2 | - |
| Staatsrechtliche Beschwerde | | | | | | |
| in Zivilsachen | 29 | 6 | 6 | - | 15 | 2 |
| in Strafsachen | 9 | 6 | - | - | 1 | 2 |
| Betreibungsrechtliche Beschwerde | 14 | 3 | - | - | 10 | 1 |
| **Total** | **85** | **34** | **9** | **4** | **31** | **7** |
| 2003 waren es | 50 | 28 | 5 | - | 13 | 4 |
| 2002 waren es | 65 | 38 | 3 | 6 | 12 | 6 |

# III. Bezirksgerichte

## 1. Geschäftsführung der Bezirksgerichte

Tabelle 10. Tätigkeitsübersicht

| Bezirk | Sitzungen | Einschrei-bungen | Pendenzen Ende Jahr | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | | Total | davon Eingang vor dem 1.1.2004 | von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen * |
| Arbon | 25 | 56 | 42 | 15 | 2 |
| Bischofszell | 19 | 26 | 17 | 2 | - |
| Diessenhofen | 4 | 3 | 2 | 1 | 1 |
| Frauenfeld | 22 | 30 | 27 | 8 | 1 |
| Kreuzlingen | 34 | 45 | 45 | 19 | 9 |
| Münchwilen | 16 | 38 | 20 | 4 | - |
| Steckborn | 14 | 24 | 22 | 11 | - |
| Weinfelden | 24 | 24 | 22 | 8 | 4 |
| **Total** | **158** | **246** | **197** | **68** | **17** |
| 2003 waren es | 190 | 201 | 181 | 83 | 14 |
| 2002 waren es | 195 | 327 | 250 | 78 | 16 |

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

## A. Zivilrechtspflege

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 | 12 | 12 | - | - | - | - | - | 2 | 2 | 7 | 1 | - |
| Bischofszell | 9 | 9 | - | - | - | - | - | - | - | 9 | - | - |
| Diessenhofen | 2 | 2 | - | - | - | - | - | 1 | - | 1 | - | - |
| Frauenfeld | 18 | 18 | - | - | - | - | - | 2 | - | 15 | 1 | - |
| Kreuzlingen | 29 | 28 | 1 | - | - | - | 1 | 1 | - | 24 | 3 | - |
| Münchwilen | 27 | 19 | - | 8 | - | - | - | 6 | 3 | 15 | 2 | 1 |
| Steckborn | 20 | 14 | 6 | - | 1 | 3 | 3 | - | 4 | 9 | - | - |
| Weinfelden | 23 | 19 | - | 4 | - | - | - | 2 | - | 18 | 3 | - |
| **Total** | **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 |
| 2002 waren es | 242 | 157 | 70 | 15 | 11 | 35 | 29 | 13 | 19 | 116 | 15 | 4 |

Tabelle 12. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

| Bezirk | Zahl | erledigt durch | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | Urteil | Verfügung/Beschluss | | |
| | | | Vergleich | Rückzug und Anerkennung | Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten |
| Arbon | 12 | 4 | 5 | 3 | - |
| Bischofszell | 9 | 4 | 3 | 1 | 1 |
| Diessenhofen | 2 | 2 | - | - | - |
| Frauenfeld | 18 | 9 | 5 | 3 | 1 |
| Kreuzlingen | 29 | 11 | 9 | 4 | 5 |
| Münchwilen | 27 | 10 | 12 | 3 | 2 |
| Steckborn | 20 | 11 | 3 | 5 | 1 |
| Weinfelden | 23 | 11 | 5 | 7 | - |
| **Total** | **140** | **62** | **42** | **26** | **10** |
| 2003 waren es | 174 | 82 | 37 | 37 | 18 |
| 2002 waren es | 242 | 144 | 33 | 47 | 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 | 18 | 34 | 52 | 22 | 9 | 31 | 21 |
| Bischofszell | 3 | 14 | 17 | 7 | 4 | 11 | 6 |
| Diessenhofen | 1 | 2 | 3 | 3 | - | 3 | - |
| Frauenfeld | 4 | 16 | 20 | 4 | 3 | 7 | 13 |
| Kreuzlingen | - | 11 | 11 | 8 | - | 8 | 3 |
| Münchwilen | 4 | 21 | 25 | 15 | 4 | 19 | 6 |
| Steckborn | 1 | 2 | 3 | 3 | - | 3 | - |
| Weinfelden | 6 | 3 | 9 | 8 | - | 8 | 1 |
| **Total** | **37** | **103** | **140** | **70** | **20** | **90** | **50** |
| 2003 waren es | 54 | 79 | 133 | 81 | 15 | 96 | 37 |
| 2002 waren es | 38 | 117 | 155 | 80 | 21 | 101 | 54 |

Tabelle 14. Tätigkeitsübersicht

| Bezirk | Sitzungen | Einschreibungen | Pendenzen Ende Jahr | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | | Total | davon Eingang vor dem 1.1.2004 | von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen * |
| Arbon | 75 | 345 | 115 | 12 | 2 |
| Bischofszell | 70 | 254 | 61 | 3 | 2 |
| Diessenhofen | 10 | 35 | 7 | - | - |
| Frauenfeld | 73 | 319 | 101 | 10 | 2 |
| Kreuzlingen | 110 | 310 | 153 | 20 | 5 |
| Münchwilen | 49 | 323 | 131 | 6 | - |
| Steckborn | 19 | 101 | 57 | 5 | - |
| Weinfelden | 104 | 218 | 120 | 18 | 4 |
| **Total** | **510** | **1'905** | **745** | **74** | **15** |
| 2003 waren es | 460 | 1'698 | 602 | 81 | 21 |
| 2002 waren es | 451 | 1'857 | 629 | 76 | 11 |

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

Tabelle 15. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

| Bezirk | Zahl | Verfahren | | | Gegenstand | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | Familienrecht | | | | | | | |
| | | ordentliches | Untersuchungsverfahren | beschleunigtes | Ehescheidungen/ Ehetrennungen | andere | Erbrecht | Sachenrecht | Obligationenrecht | Schuldbetreibungs- und Konkursrecht | andere zivilrechtliche Streitigkeiten | Ehrverletzungsklagen |
| Arbon | 194 | 21 | 157 | 16 | 114 | 45 | - | 3 | 25 | 1 | 1 | 5 |
| Bischofszell | 171 | 18 | 145 | 8 | 117 | 28 | - | 3 | 20 | - | 2 | 1 |
| Diessenhofen | 17 | 17 | - | - | 11 | 3 | - | - | 3 | - | - | - |
| Frauenfeld | 173 | 21 | 134 | 18 | 113 | 30 | - | 3 | 25 | - | - | 2 |
| Kreuzlingen | 165 | 35 | 122 | 8 | 103 | 26 | - | 1 | 27 | 2 | 1 | 5 |
| Münchwilen | 146 | 22 | 120 | 4 | 104 | 15 | - | 4 | 19 | 3 | - | 1 |
| Steckborn | 55 | 9 | 44 | 2 | 39 | 7 | 1 | - | 7 | - | - | 1 |
| Weinfelden | 95 | 25 | 63 | 7 | 53 | 11 | - | - | 30 | 1 | - | - |
| **Total** | **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 |
| 2002 waren es | 979 | 135 | 782 | 62 | 714 | 67 | 4 | 26 | 127 | 4 | 25 | 12 |

Tabelle 16. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

| Bezirk | Zahl | erledigt durch | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | Urteil | Verfügung/Beschluss | | |
| | | | Vergleich | Rückzug und Anerkennung | Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten |
| Arbon | 194 | 130 | 30 | 34 | - |
| Bischofszell | 171 | 127 | 3 | 35 | 6 |
| Diessenhofen | 17 | 11 | 1 | 4 | 1 |
| Frauenfeld | 173 | 120 | 21 | 27 | 5 |
| Kreuzlingen | 165 | 122 | 10 | 25 | 8 |
| Münchwilen | 146 | 113 | 9 | 20 | 4 |
| Steckborn | 55 | 45 | 4 | 4 | 2 |
| Weinfelden | 95 | 66 | 11 | 13 | 5 |
| **Total** | **1'016** | **734** | **89** | **162** | **31** |
| 2003 waren es | 992 | 742 | 84 | 140 | 26 |
| 2002 waren es | 979 | 739 | 70 | 152 | 18 |

## B. Strafrechtspflege

Tabelle 17. Überweisungen und Erledigungen

| Bezirk | Überweisungen | | | | Erledigungen | | | | Pendenzen Ende Jahr |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | Pendenzen aus Vorjahr | Neu-eingänge | Total | davon Ein-sprachen gegen Strafver-fügungen | Urteil | Verfügung/ Beschluss | Total | davon Ein-sprachen gegen Strafver-fügungen | |
| Arbon | 23 | 131 | 154 | 10 | 110 | 26 | 136 | 10 | 18 |
| Bischofszell | 25 | 83 | 108 | 14 | 77 | 23 | 100 | 12 | 8 |
| Diessenhofen | 3 | 17 | 20 | 7 | 17 | 3 | 20 | 7 | - |
| Frauenfeld | 23 | 137 | 160 | 25 | 103 | 37 | 140 | 24 | 20 |
| Kreuzlingen | 31 | 104 | 135 | 52 | 92 | 13 | 105 | 38 | 30 |
| Münchwilen | 17 | 156 | 173 | 20 | 122 | 12 | 134 | 15 | 39 |
| Steckborn | 1 | 38 | 39 | 4 | 19 | 5 | 24 | 3 | 15 |
| Weinfelden | 24 | 91 | 115 | 13 | 73 | 14 | 87 | 6 | 28 |
| **Total** | **147** | **757** | **904** | **145** | **613** | **133** | **746** | **115** | **158** |
| 2003 waren es | 157 | 723 | 880 | 129 | 629 | 104 | 733 | 108 | 147 |
| 2002 waren es | 150 | 847 | 997 | 137 | 691 | 148 | 839 | 114 | 158 |

Tabelle 18. Einzelrichterliche Tätigkeit

| Bezirk | Sitzungen | Einschreibungen | Pendenzen Ende Jahr | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | | Total | davon Eingang vor dem 1.1.2004 | von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen * |
| Arbon | 60 | 71 | 16 | 1 | 1 |
| Bischofszell | 28 | 29 | 7 | - | - |
| Diessenhofen | 8 | 9 | - | - | - |
| Frauenfeld | 120 | 66 | 14 | 5 | 5 |
| Kreuzlingen | 42 | 80 | 26 | 1 | 1 |
| Münchwilen | 48 | 58 | 25 | 2 | - |
| Steckborn | 14 | 26 | 12 | - | - |
| Weinfelden | 31 | 42 | 23 | - | - |
| **Total** | **351** | **381** | **123** | **9** | **7** |
| 2003 waren es | 343 | 391 | 124 | 7 | 1 |
| 2002 waren es | 363 | 365 | 101 | 13 | 2 |

*
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 | 58 | 33 | 25 | 1 | 56 | 1 | - | 13 | 30 | 11 | 4 | 5 |
| Bischofszell | 34 | 18 | 16 | - | 33 | - | 1 | 11 | 17 | 6 | - | 2 |
| Diessenhofen | 10 | 10 | - | - | 6 | 4 | - | 6 | 1 | 3 | - | 7 |
| Frauenfeld | 65 | 41 | 24 | 1 | 64 | - | - | 14 | 32 | 17 | 2 | 6 |
| Kreuzlingen | 79 | 50 | 29 | - | 78 | 1 | - | 46 | 19 | 12 | 2 | 4 |
| Münchwilen | 57 | 54 | 3 | 3 | 52 | - | 2 | 32 | 18 | 4 | 3 | 9 |
| Steckborn | 21 | 11 | 10 | - | 20 | 1 | - | 10 | 8 | 3 | - | 2 |
| Weinfelden | 30 | 24 | 6 | 1 | 27 | - | 2 | 15 | 10 | 3 | 2 | 1 |
| **Total** | **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 |
| 2002 waren es | 376 | 206 | 170 | 13 | 323 | 7 | 33 | 155 | 126 | 74 | 21 | 25 |

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 | 13 | 7 | 63 | 5 | 42 | 12 | 55 | 10 | 207 |
| Bischofszell | 12 | 11 | 31 | 11 | 25 | 6 | 44 | 28 | 168 |
| Diessenhofen | 6 | - | 2 | 4 | - | 1 | 3 | 5 | 21 |
| Frauenfeld | 10 | 26 | 58 | 13 | 58 | 19 | 52 | 70 | 306 |
| Kreuzlingen | 31 | 10 | 49 | 17 | 34 | 12 | 72 | 2 | 227 |
| Münchwilen | 8 | 8 | 48 | 8 | 17 | 14 | 26 | 48 | 177 |
| Steckborn | 1 | 8 | 14 | 10 | 9 | 4 | 7 | 5 | 58 |
| Weinfelden | 8 | 4 | 36 | 6 | 12 | 9 | 20 | 32 | 127 |
| **Total** | **89** | **74** | **301** | **74** | **197** | **77** | **279** | **200** | **1'291** |
| 2003 waren es | 120 | 97 | 359 | 52 | 153 | 78 | 212 | 168 | 1'239 |
| 2002 waren es | 111 | 73 | 300 | 109 | 147 | 77 | 240 | 149 | 1'206 |

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 | 276 | 82 | 25 | 76 | 28 | 9 | 78 | 574 |
| Bischofszell | 213 | 103 | 9 | 26 | 11 | 5 | 60 | 427 |
| Diessenhofen | 42 | 30 | 1 | 11 | - | 2 | 7 | 93 |
| Frauenfeld | 272 | 129 | 11 | 63 | 5 | 26 | 11 | 517 |
| Kreuzlingen | 273 | 135 | 6 | 24 | 18 | 17 | 77 | 550 |
| Münchwilen | 230 | 122 | 11 | 21 | 33 | 4 | 89 | 510 |
| Steckborn | 100 | 97 | 4 | 11 | 6 | 3 | 25 | 246 |
| Weinfelden | 143 | 107 | 5 | 10 | 17 | 5 | 38 | 325 |
| **Total** | **1'549** | **805** | **72** | **242** | **118** | **71** | **385** | **3'242** |
| 2003 waren es | 1'454 | 707 | 66 | 209 | 145 | 55 | 382 | 3'018 |
| 2002 waren es | 1'472 | 630 | 80 | 186 | 98 | 58 | 390 | 2'914 |

Tabelle 22. Beschwerden gegen die Betreibungsämter

| Bezirk | Zahl | Erledigungsart | | | | | durchschnittliche Verfahrensdauer |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | abgewiesen | geschützt | teilweise geschützt | nicht eingetreten | anderweitig erledigt | |
| Arbon | 12 | 8 | - | 1 | 3 | - | 36 Tage |
| Bischofszell | 11 | 8 | - | - | 1 | 2 | 11 Tage |
| Diessenhofen | 3 | 1 | 1 | 1 | - | - | 38 Tage |
| Frauenfeld | 12 | 8 | 3 | - | - | 1 | 37 Tage |
| Kreuzlingen | 18 | 5 | 7 | 3 | 2 | 1 | 22 Tage |
| Münchwilen | 17 | 8 | 3 | 4 | 1 | 1 | 33 Tage |
| Steckborn | 15 | 4 | 3 | - | 3 | 5 | 35 Tage |
| Weinfelden | 14 | 7 | 2 | 4 | 1 | - | 45 Tage |
| **Total** | **102** | **49** | **19** | **13** | **11** | **10** | **32 Tage** |
| 2003 waren es | 81 | 33 | 11 | 12 | 14 | 11 | 35 Tage |
| 2002 waren es | 71 | 31 | 15 | 9 | 6 | 10 | 47 Tage |

# IV. Friedensrichterämter

Tabelle 23. Geschäftsumfang

| | behandelte Fälle | verglichen wurden | keine Weisung verlangt | Weisungen wurden erteilt | einzelrich-terliche Tätigkeit |
|---|---|---|---|---|---|
| Arbon | 170 | 46 | 50 | 74 | 7 |
| Romanshorn | 113 | 22 | 31 | 60 | 6 |
| Bischofszell | 29 | 15 | 1 | 13 | 1 |
| Amriswil | 91 | 33 | 26 | 32 | 2 |
| Sulgen | 39 | 12 | 12 | 15 | - |
| Diessenhofen | 43 | 15 | 11 | 17 | - |
| Frauenfeld | 145 | 47 | 7 | 91 | 10 |
| Aadorf | 72 | 20 | 24 | 28 | 3 |
| Felben-Wellhausen | 20 | 3 | 7 | 10 | 2 |
| Kreuzlingen | 117 | 30 | 8 | 79 | - |
| Kemmental | 47 | 6 | 18 | 23 | - |
| Tägerwilen | 102 | 27 | 19 | 56 | 1 |
| Münchwilen | 85 | 12 | 16 | 57 | - |
| Affeltrangen | 59 | 25 | 15 | 19 | 4 |
| Sirnach | 68 | 17 | 17 | 34 | 1 |
| Steckborn | 69 | 15 | 19 | 35 | - |
| Müllheim | 49 | 12 | 11 | 26 | 7 |
| Weinfelden | 88 | 24 | 4 | 60 | - |
| Bürglen | 38 | 4 | 14 | 20 | 1 |
| Märstetten | 43 | 12 | 7 | 24 | 3 |
| **Total** | **1'487** | **397** | **317** | **773** | **48** |
| 2003 waren es | 1'453 | 437 | 289 | 727 | 57 |
| 2002 waren es | 1'646 | 498 | 313 | 835 | 50 |

Tabelle 24. Tätigkeit als Strafgerichte

| Bezirk | Zahl der Strafverfügungen | |
|---|---|---|
| | Übertretungen | Vergehen und Verbrechen |
| Arbon | 2'370 | 504 |
| Bischofszell | 1'486 | 169 |
| Diessenhofen | 372 | 34 |
| Frauenfeld | 3'340 | 340 |
| Kreuzlingen | 3'483 | 723 |
| Münchwilen | 2'325 | 294 |
| Steckborn | 643 | 101 |
| Weinfelden | 1'580 | 194 |
| **Total** | **15'599** | **2'359** |
| 2003 waren es | 15'399 | 2'314 |
| 2002 waren es | 16'244 | 2'527 |

# VI. Konkursamt

Tabelle 25. Geschäftsumfang

| | **2004** | 2003 | 2002 |
|---|---|---|---|
| Pendenzen aus dem Vorjahr | **177** | 195 | 147 |
| Neueingänge | **323** | 300 | 296 |
| Erledigungen im Berichtsjahr | **338** | 318 | 248 |
| Pendenzen Ende Jahr | **162** | 177 | 195 |
| **Konkurseröffnungen** | | | |
| Firmenkonkurse | **202** | 183 | 190 |
| Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen) | **43** | 47 | 48 |
| Nachlasskonkurse (ausgeschlagene Erbschaften) | **78** | 70 | 58 |
| Total Neueingänge | **323** | 300 | 296 |
| **Konkurserledigungen** | | | |
| Widerruf | **7** | 4 | 5 |
| Aufhebung des Konkurses | **4** | 12 | 7 |
| Einstellung mangels Aktiven | **173** | 168 | 143 |
| Schlusserklärung | | | |
| nach summarischem Verfahren | **152** | 134 | 93 |
| nach ordentlichem Verfahren | **2** | - | - |
| Total Konkurserledigungen | **338** | 318 | 248 |

# VII. Betreibungsämter

Tabelle 26. Geschäftsumfang

| | Zahlungsbefehle | Pfändungs-vollzüge | Verwertungen |
|---|---|---|---|
| Arbon | 7'577 | 4'782 | 4'454 |
| Romanshorn | 5'814 | 2'934 | 2'508 |
| Bischofszell | 2'621 | 1'170 | 1'082 |
| Amriswil | 5'313 | 3'504 | 2'972 |
| Sulgen | 3'002 | 1'784 | 1'274 |
| Diessenhofen | 2'596 | 1'348 | 1'115 |
| Frauenfeld | 8'147 | 4'509 | 4'095 |
| Aadorf | 3'682 | 2'554 | 3'308 |
| Felben-Wellhausen | 1'523 | 761 | 548 |
| Kreuzlingen | 7'102 | 4'069 | 2'441 |
| Kemmental | 1'778 | 1'040 | 852 |
| Tägerwilen | 2'166 | 936 | 636 |
| Münchwilen | 3'720 | 2'027 | 1'806 |
| Affeltrangen | 2'903 | 1'104 | 799 |
| Sirnach | 4'264 | 2'175 | 1'681 |
| Steckborn | 3'138 | 1'582 | 1'259 |
| Müllheim | 2'064 | 1'025 | 956 |
| Weinfelden | 2'499 | 1'232 | 1'008 |
| Bürglen | 2'251 | 1'015 | 882 |
| Märstetten | 2'200 | 1'069 | 906 |
| **Total** | **74'360** | **40'620** | **34'582** |
| 2003 waren es | 71'617 | 37'899 | 31'312 |
| 2002 waren es | 69'127 | 34'248 | 27'884 |

# C. Entscheide

**des Obergerichts**

**und**

**des Obergerichtspräsidiums**

**1.** **Fristerstreckung durch einen juristischen Mitarbeiter der Gerichtskanzlei: Keine Berufung auf den Vertrauensschutz, wenn sich aus dem Gesetz klar ergibt, dass die angesetzte Frist nicht erstreckbar ist** (Art. 5 Abs. 3, 9 BV; §§ 71, 72 Abs. 1 und 138 Abs. 4 ZPO)

1. Wird eine dem ordentlichen Verfahren unterliegende Streitsache mit einem Streitwert von über Fr. 8'000.-- anhängig gemacht, ist mit der Weisung eine Klageschrift einzureichen (§ 138 Abs. 1 ZPO). Fehlt die Klageschrift, wird zur Verbesserung des Mangels eine nicht erstreckbare Verwirkungsfrist angesetzt unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Klage nicht eingetreten werde (§ 138 Abs. 4 ZPO). Die Klageschrift ist eine Prozessvoraussetzung (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 138 N 2).

§ 138 Abs. 4 ZPO bestimmt ausdrücklich, die zur Nachreichung der Klageschrift angesetzte Verwirkungsfrist sei nicht erstreckbar. Auch wenn es sich bei dieser Frist um eine richterliche handelt und gemäss § 71 ZPO solche Fristen grundsätzlich erstreckt werden können, ist dies hier aufgrund des klaren Wortlauts von § 138 Abs. 4 ZPO nicht möglich. Auch die Ansetzung einer "Notfrist" kommt unter diesen Umständen nicht in Betracht, zumal die thurgauische ZPO kein Notfrist-Verfahren kennt (RBOG 1991 Nr. 22; Merz, § 71 ZPO N 7). Schliesslich ist die Verwirkungsfrist gemäss § 138 Abs. 4 ZPO im Grunde genommen bereits eine Art Notfrist.

Der Bezirksgerichtspräsident setzte dem Berufungskläger eine nicht erstreckbare Frist bis zum 30. September 2003 zur Einreichung der Klageschrift. Er wies ausdrücklich darauf hin, bei nicht fristgerechter Einreichung werde auf die Klage nicht eingetreten. Zugleich wurde das Sistierungsbegehren abgewiesen. Unter diesen Umständen reichte der Berufungskläger seine Klageschrift mit Datum vom 6. Oktober 2003 verspätet ein.

2. Am 30. September 2003 telefonierte der Rechtsvertreter des Berufungsklägers mit der Kanzlei des Bezirksgerichts und orientierte diese, es sei ihm krankheitsbedingt nicht möglich, die Klageschrift innert Frist fertig zu stellen. Die Gerichtskanzlei (bzw. der Praktikant) gewährte eine weitere Fristerstreckung bis 6. Oktober 2003.

Aus Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV wird das Recht auf Vertrauensschutz abgeleitet. Dieses beinhaltet unter anderem, dass falsche Auskünfte einer zuständigen Behörde unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtssuchenden gebieten. Ein wichtiger Anwendungsfall besteht darin, dass einer Partei aus einer falschen, fehlenden oder missverständlichen Belehrung kein Nachteil erwachsen darf. Aufgrund einer unrichtigen Auskunft kann sich eine gesetzliche Frist im Einzelfall entsprechend verlängern. Allerdings kann sich nur derjenige auf eine fehlerhafte Auskunft berufen, der die Unrichtigkeit nicht kennt und auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Lediglich grobe Fehler einer Partei oder ihres Vertreters führen dazu, eine falsche Auskunft aufzuwiegen. Das Bundesgericht bejaht einen solchen Fehler und versagt den Vertrauensschutz, wenn eine Partei oder ihr Anwalt die Fehlerhaftigkeit der Rechtsmittelbelehrung allein durch Konsultation des massgebenden Gesetzestextes hätte erkennen können; nicht verlangt wurde hingegen, dass neben dem Gesetzestext auch

noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur nachgeschlagen werden muss. An einen Rechtskundigen darf ein strengerer Massstab angelegt werden als an einen gewöhnlichen Bürger (Merz, § 108 ZPO N 7a mit Hinweisen).

Die Fristerstreckung gewährte nicht der dafür zuständige Gerichtspräsident (§ 72 Abs. 1 ZPO), sondern ein Mitarbeiter der Bezirksgerichtskanzlei. Es liegt auch nicht der zulässige Fall vor, in welchem der Gerichtspräsident selbst den Entscheid fällt und die von ihm visierte Verfügung zu den Akten nimmt, während die Verfügung zuhanden der Parteien von einem Kanzleimitarbeiter unterschrieben wird (vgl. RBOG 1997 Nr. 41). Es braucht daher der Frage nicht nachgegangen zu werden, ob der Berufungskläger sich allenfalls auf den Vertrauensschutz berufen könnte, wenn eine Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten vorgelegen hätte. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann sich der Berufungskläger bzw. dessen Rechtsvertreter unter diesen Umständen nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Das gilt umso weniger, als bereits die Konsultation von § 138 Abs. 4 ZPO dem Berufungskläger bzw. dessen Anwalt hätte vor Augen führen müssen, dass die angesetzte Notfrist nicht erstreckbar ist. Bei dieser Rechtslage hätte er erst recht nicht auf die Auskunft eines Mitarbeiters der Gerichtskanzlei vertrauen dürfen, ganz abgesehen davon, dass er sich auf eine rein mündliche Fristerstreckung ohnehin nicht verlassen durfte (vgl. RBOG 1991 S. 8).

Obergericht, 16. November 2004, ZBR.2004.34

## 2. **Glaubhaftmachung eines Verstosses gegen das Gleichstellungsgesetz** (Art. 3 und 6 GlG)

1. Die Berufungsklägerin war bei der Berufungsbeklagten als Geschäftsführerin angestellt. Nachdem ihr gekündigt worden war, erhob sie Einsprache gegen die Kündigung und machte eine Diskriminierung im Sinn von Art. 3 GlG geltend.

2. a) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich unter anderem nicht unter Berufung auf eine Schwangerschaft (Art. 3 Abs. 1 GlG). Das Verbot gilt insbesondere auch für die Entlassung (Abs. 2). Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung oder in der Kündigung eines obligationenrechtlichen Arbeitsverhältnisses, so hat die betroffene Person lediglich Anspruch auf eine Entschädigung. Diese ist unter Würdigung aller Umstände festzusetzen, wird auf der Grundlage des voraussichtlichen oder tatsächlichen Lohns errechnet und darf den Betrag nicht übersteigen, der sechs Monatslöhnen entspricht (Art. 5 Abs. 2 und 4 GlG). Bezüglich der Entlassung wird - neben anderen Bereichen - eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird (Art. 6 GlG). Zu beachten ist dabei, dass die Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht überspannt werden dürfen, weil sonst die Beweislasterleichterung gemäss Art. 6 GlG faktisch gar nie zur Anwendung käme. Es muss somit nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein einer Diskriminierung sprechen. Das Gericht darf aber noch mit der Möglichkeit rechnen, dass die Kündigung nicht auf dem Geschlecht beruht (vgl. Steiger-Sackmann, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz [Hrsg.: Bigler-Eggenberger/Kaufmann], Basel/Frankfurt a.M. 1997, Art. 6 N 54 ff.).

b) Die Vorinstanz erwog, das umfangreiche Beweisverfahren habe zum Ergebnis geführt, dass es der Berufungsklägerin nicht gelungen sei, eine Diskriminierung zufolge Schwangerschaft glaubhaft zu machen, sondern dass die Berufungsbeklagte den Beweis für den Bestand sachlich gerechtfertigter Gründe für die Kündigung zu erbringen vermocht habe. Die Vorinstanz führte diverse Zeuginnen auf, welche die Behauptung der Berufungsklägerin nicht hätten bestätigen können. Vor diesen klaren Zeugenaussagen müsse die Information, welche die Zeugin X von der Berufungsklägerin selbst erhalten habe, in den Hintergrund treten. Gleiches gelte mit Bezug auf die (selbstverständliche) Aussage der Berufungsklägerin selbst sowie ihres Schwiegervaters.

c) Diese rudimentäre Begründung genügt aber nicht, um die Glaubhaftmachung einer diskriminierenden Kündigung wegen der Furcht der Berufungsbeklagten vor Familiengründung/Schwangerschaft durch die Berufungsklägerin zu verneinen. Aus der Nennung von Zeuginnen und Protokollseiten wird nicht klar, weshalb die Vorinstanz zu ihrer Auffassung gelangte. Es fehlt dem angefochtenen Urteil an der auch für einen erstinstanzlichen Entscheid erforderlichen Begründungsdichte. Abgesehen davon ist festzuhalten, dass die Zeugin X klar aussagte, die Berufungsklägerin habe ihr zwei oder drei Tage nach der Kündigung - völlig aufgelöst - von der Kündigung erzählt und eine allfällige Schwangerschaft als Kündigungsgrund genannt. Die anderen Zeuginnen äusserten sich diesbezüglich unterschiedlich und keineswegs einheitlich und eindeutig in der Richtung, wonach die Behauptungen der Berufungsklägerin völlig abwegig wären. Die einen wussten nichts von Kündigungsgründen, andere zwar von Kündigungsgründen, aber nicht von dem durch die Berufungsklägerin vermuteten; wieder andere bestätigten diesen. Unter solchen Umständen müsste jedenfalls gut begründet werden, weshalb trotz der bestätigenden Zeugenaussagen keine Glaubhaftmachung vorliegt, zumal die Darstellung der Berufungsklägerin nicht haltlos erscheint. Hinweise

auf gegenläufige Indizien (wie zum Beispiel die Einstellung einer Nachfolgerin; der Umstand, dass die Berufungsklägerin selber festhielt, der Chef habe gesagt, im Übrigen stimme die "Chemie" sowieso nicht; die Bestätigung des diskriminierenden Kündigungsgrunds im Arztzeugnis; die Tatsache, dass die Berufungsbeklagte die Kündigung nicht schriftlich begründete, auch nicht nach Aufforderung) und deren Würdigung fehlen im vorinstanzlichen Urteil weitgehend.

d) Damit ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche entweder plausibel zu begründen hat, weshalb der Kündigungsgrund wegen Familiengründung/Schwangerschaft nicht glaubhaft gemacht ist. Kommt sie hingegen zum gegenteiligen Schluss, wären die von der Berufungsbeklagten behaupteten Kündigungsgründe beweiswürdigend zu verifizieren. Sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, die Kündigung beruhe sowohl auf dem von der Berufungsklägerin geltend gemachten Grund als auch auf anderen sachlichen Gründen, wäre weiter wie bei der missbräuchlichen Kündigung im Sinn von Art. 336 OR - die diskriminierende Kündigung ist im Grunde genommen ein Spezialfall der missbräuchlichen Kündigung - zu fragen, ob der diskriminierende Grund das ausschlaggebende Motiv für die Kündigung war. Mit andern Worten wäre zu untersuchen, ob ohne den durch das Gleichstellungsgesetz missbilligten Grund das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst worden wäre. Diesfalls obläge der Berufungsbeklagten der Nachweis, dass sie die Berufungsklägerin auch bei Fehlen des diskriminierenden Grundes entlassen hätte (vgl. BGE 125 III 285; Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, Art. 336 OR N 32).

Obergericht, 18. März 2004, ZBO.2003.24

## 3. **Eheschutzverfahren: Berücksichtigung eines mazedonischen Scheidungsurteils** (Art. 176 ZGB; Art. 25, 27, 65 IPRG)

1. Das Gerichtspräsidium verpflichtete den Rekurrenten im Rahmen einer Eheschutzverfügung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Ehefrau. Der Ehemann reichte Rekurs ein mit dem Antrag, auf das Eheschutzbegehren sei nicht einzutreten: Die Parteien seien in Mazedonien, ihrem Heimatland, rechtskräftig geschieden worden.

2. a) Eine ausländische Entscheidung wird in der Schweiz anerkannt, wenn die Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist, begründet war, wenn gegen die Entscheidung kein ordentliches Rechtsmittel mehr geltend gemacht werden kann, wenn sie endgültig ist, sowie wenn kein Verweigerungsgrund im Sinn von Art. 27 IPRG vorliegt (Art. 25 IPRG).

Primäre Anerkennungsvoraussetzung ist somit, dass nach Auffassung der schweizerischen Rechtsordnung die Entscheidungszuständigkeit der Gerichte bzw. der Behörden des Erststaates gegeben ist (indirekte internationale Zuständigkeit; Berti/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 25 IPRG N 29). Ausländische Entscheidungen über die Scheidung oder Trennung werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthalts oder im Heimatstaat eines Ehegatten ergangen sind, oder wenn sie in einem dieser Staaten anerkannt werden (Art. 65 Abs. 1 IPRG). Damit ist die Anerkennungszuständigkeit äusserst grosszügig bestimmt. Es genügt, dass die Ehescheidung in einem Staat ausgesprochen worden ist, mit dem lediglich einer der Ehegatten durch Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder eine seiner Staatsangehörigkeiten (vgl. Art. 23 Abs. 3

IPRG) verbunden ist, oder dass die woanders geschiedene Ehe (z.B. am schlichten Aufenthalt eines Ehegatten) im Staat, in dem ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz hat oder durch den ein Ehegatte mit einer seiner Staatsangehörigkeiten (Art. 23 Abs. 3 IPRG) verbunden ist, anerkannt wird. Lediglich wenn die Ehe in einem Staat geschieden worden ist, dem kein Ehegatte oder bloss der Kläger angehört, wird die Entscheidung in der Schweiz nur anerkannt, wenn im Zeitpunkt der Klageeinleitung wenigstens ein Ehegatte in diesem Staat Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt und der beklagte Ehegatte seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz hatte, wenn der beklagte Ehegatte sich der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts vorbehaltlos unterworfen hat, oder wenn der beklagte Ehegatte mit der Anerkennung der Entscheidung in der Schweiz einverstanden ist (Art. 65 Abs. 2 IPRG; Siehr, Basler Kommentar, Art. 65 IPRG N 6).

b) Die Parteien sind mazedonische Staatsangehörige. Die Einschränkung von Art. 65 Abs. 2 IPRG kommt somit nicht zum Tragen; es ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz folglich nicht zu prüfen, ob eines der dort erwähnten, für die Anerkennung erforderlichen Zusatzelemente erfüllt ist. Hingegen wies das Gerichtspräsidium zu Recht darauf hin, es seien auch die allgemeinen Gründe, weshalb einer ausländischen Entscheidung die Anerkennung verweigert werden könne, zu beachten. Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG wird eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt, wenn die Anerkennung mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre. Gleiches gilt, wenn eine Partei nachweist, dass sie weder nach dem Recht an ihrem Wohnsitz noch nach dem am gewöhnlichen Aufenthalt gehörig geladen wurde, es sei denn, sie habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen, dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des schweizerischen Verfahrensrechts zustande gekommen ist, insbesondere dass ihr das rechtliche Gehör verweigert wurde, oder dass ein Rechtsstreit zwi-

schen denselben Parteien und über denselben Gegenstand zuerst in der Schweiz eingeleitet oder in der Schweiz entschieden worden ist, oder dass er in einem Drittstaat früher entschieden wurde und dieser Entscheid anerkannt werden kann (Art. 27 Abs. 2 lit. a, b und c IPRG).

Grundsätzlich hat der Anerkennungskläger den Nachweis, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung der Entscheidung gegeben sind, zu erbringen, und der Anerkennungsbeklagte hat die Verweigerungsgründe zu beweisen. Dies gilt allerdings nicht vorbehaltlos: Die indirekte Zuständigkeit nach Art. 25 lit. a IPRG hat der schweizerische Richter von Amtes wegen zu prüfen (Volken, in: IPRG Kommentar [Hrsg.: Heini/Keller/Sier/Vischer/Volken], Zürich 1993, Art. 27 IPRG N 11; Patocchi/Geisinger, Internationales Privatrecht, Zürich 2000, Art. 25 IPRG N 8). Auch die Verweigerungsgründe nach Art. 27 IPRG sind nicht ausschliesslich von der interessierten Partei, also in der Regel vom Anerkennungsbeklagten, geltend zu machen. Der Vorbehalt des materiellen schweizerischen Ordre public (Art. 27 Abs. 1 IPRG) ist von Amtes wegen zu beachten. Einreden im Sinn des verfahrensrechtlichen Ordre public hingegen hat der Anerkennungsbeklagte darzutun (BGE 122 III 351); umgekehrt ist es Sache des Anerkennungsklägers, allfällige Gegeneinreden (Art. 29 Abs. 2 lit. c IPRG) vorzubringen. Die Beweislast wird somit nicht nach Einredekategorien verteilt, sondern nach Interessenlage und nach jeweiliger Nähe zum Beweisthema (Volken, Art. 27 IPRG N 12). Hinsichtlich des Beweismasses genügt, dass die Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Urteils wahrscheinlich ist; der mit der Streitsache befasste Richter muss nicht Gewissheit haben, dass es in der Schweiz tatsächlich anerkannt werden kann. Er hat diesen Punkt sorgfältig zu prüfen und dabei zu berücksichtigen, dass etwaige Mängel des ausländischen Urteils durch ein Rechtsmittelverfahren im Ausland geheilt werden können (Patocchi/Geisinger, Art. 9 IPRG N 5.2 mit Hinweisen). Kann das ausländische

Scheidungsurteil mutmasslich nicht anerkannt werden, sind Eheschutzmassnahmen anzuordnen (AGVE 2002 S. 41).

3. a) Der Rekurrent stützt seine Behauptung, die Parteien seien rechtskräftig geschieden, auf die Kopie eines Urteils des Amtsgerichts A in Mazedonien sowie dessen Übersetzung. In diesem Entscheid wird festgehalten, der Klageantrag des Ehemanns sowie der Rekursgegnerin "wegen beidseitiger Ehescheidung" werde angenommen, und die im Dezember 2000 geschlossene Ehe werde geschieden. Zwischen den Ehegatten bestehe Einvernehmen über die Scheidung. Der Ehemann sei an der Verhandlung persönlich anwesend sowie durch einen Bevollmächtigten vertreten gewesen. Die Rekursgegnerin habe durch ihren Bevollmächtigten, Rechtsanwalt X in A, erklären lassen, dass sie mit dem Klageantrag einverstanden sei. Das Gericht habe "nach Erhebung der vorgelegten Beweise" und "Parteivernehmung" festgestellt, dass die Ehe unheilbar zerrüttet sei, und dass beide Ehepartner die Zustimmung zur Ehescheidung "frei, ernsthaft und unzweifelhaft gegeben haben".

b) Der Rekurrent gab anlässlich seiner Anhörung zu Protokoll, letztmals sei er über Weihnachten 2003/2004 in Mazedonien gewesen. "Ich bin ca. am 22. Dezember nach Mazedonien verreist und dort ca. am 8. Januar 2004 wieder zurückgekehrt. Ich war etwa zwei bis drei Wochen dort. ... Bevor ich vor Weihnachten nach Mazedonien geflogen bin, habe ich ca. zwei Wochen vorher auf die Gemeinde telefoniert und mich erkundigt, wie das mit Scheidungen läuft. Damals habe ich mich lediglich informiert. Ich habe das Verfahren noch nicht eingeleitet. Noch vor Weihnachten bin ich dann auf die Gemeinde gegangen, habe das Formular ausgefüllt und bin nachher auch noch zu einem Anwalt gegangen und habe diesem die Vollmacht erteilt. Es handelt sich um Y. Ich musste dies machen, weil ich dann ja bald wieder in die Schweiz

zurückreisen musste. Ans Gericht selbst musste ich nie. Ich hatte weder eine Anhörung noch war ich an der Gerichtsverhandlung. Das Verfahren läuft so, dass meine Frau vom Gericht drei Mal einen Brief bekam, dass sie vor Gericht kommen müsse. Wenn dann eine Person dem nicht nachkommt, wird die Ehe geschieden. Mein Vater war drei Mal bei der Frau des Bruders meiner Frau und hat ihr gesagt, dass das Scheidungsverfahren läuft, und dass meine Frau vor Gericht gehen muss. Wir wollten so sicher sein, dass es nachher nicht heisst, sie wüsste von nichts. Die drei Briefe des Gerichts an meine Frau wurden an die Adresse ihres Bruders in Mazedonien geschickt. Sie hatte dort gelebt. Auf der Seite meiner Frau kam dann niemand ans Gericht. Wenn nun eine beklagte Partei nicht ans Gericht geht, wird vom Gericht aus ein Rechtsanwalt eingesetzt, der die abwesende Partei vertreten muss. Ich nehme an, dass der im Scheidungsurteil erwähnte Anwalt meiner Frau nicht durch meine Frau, sondern durch das Gericht eingesetzt worden war. Der Schwiegervater der Schwester meiner Frau, welcher im Kanton Thurgau wohnt, war auf die Gemeinde in Mazedonien fragen gegangen, ob ich tatsächlich die Scheidung will. Diese Frage wurde bejaht. Auch deshalb wusste meine Frau vom Scheidungsverfahren."

c) Diese Ausführungen stimmen mit den im mazedonischen Scheidungsurteil enthaltenen in fast keinem Punkt überein; sie stehen zu jenen vielmehr zur Hauptsache in eklatantem Widerspruch. Die Ungereimtheiten machen mehr als deutlich, dass die im Gerichtsentscheid enthaltenen "Fakten" entweder nicht stimmen können, oder aber, wenn sie zuträfen, dass das dortige Verfahren von den hiesigen Behörden nicht akzeptiert werden kann. Nach seinen eigenen Angaben leitete der Rekurrent das Scheidungsverfahren vor Weihnachten, d.h. frühestens am 22. Dezember 2003 ein. Bereits am 16. Januar 2004 sprach das Gericht die Scheidung aus, angeblich, was der Ehemann aber bestreitet, in dessen Anwesenheit. Zwischen dem 23. Dezember und dem

15. Januar liegen 24 Tage. Dass das Gericht in A in diesem kurzen Zeitraum die Rekursgegnerin mittels Brief an ihren in Mazedonien lebenden Bruder drei Mal aufforderte, vor Gericht zu erscheinen, ist völlig unglaubwürdig. Selbst wenn dies aber tatsächlich der Fall gewesen wäre, müssten die der Rekursgegnerin alsdann angesetzten Fristen als reine Farce bezeichnet werden. Dazu kommt, dass die Aushändigung der Schreiben an die Rekursgegnerin durch nichts erstellt ist. Schliesslich weist der Rekurrent darauf hin, weil die Ehefrau vor Gericht nicht erschienen sei und auch niemanden mandatiert habe, sei vom Gericht von Amtes wegen ein Rechtsanwalt eingesetzt worden. Im Urteil des Amtsgerichts A wird demgegenüber festgestellt, beide Ehegatten seien an der Verhandlung anwesend gewesen und hätten die Scheidung beantragt.

Aus diesen Ungereimtheiten muss geschlossen werden, das ausländische Urteil sei standardmässig und ohne Bezug auf die Realität zustande gekommen. Die Aussagen des Rekurrenten widersprechen den im angeblichen Scheidungsurteil getroffenen Feststellungen krass; noch eher korrespondieren sie mit denjenigen der Rekursgegnerin. Unter diesen Umständen kommt die Anerkennung indessen zufolge Unvereinbarkeit mit dem schweizerischen Ordre public nicht in Frage. Es ist offensichtlich, dass bei einem gut drei Wochen dauernden Scheidungsverfahren, höchstwahrscheinlich ohne Einbezug der Ehefrau, deren rechtliches Gehör massiv verletzt wurde. Sie ist vom Amtsgericht A in Mazedonien nicht nur - was der Rekurrent an sich gar nicht bestreitet - nicht gehörig vorgeladen worden; darüber hinaus hatte sie offensichtlich auch keinerlei Gelegenheit, sich je vernehmen zu lassen. Weder ist beim Amtsgericht A ein Amtsbericht einzuholen - er würde mit Sicherheit keine anderen Angaben enthalten als das Urteil - noch sind die vom Rekurrenten offerierten Zeugen oder die Parteien selbst nochmals zu befragen: Die Widersprüche sind derart auffällig, dass der angeblich längst rechtskräftige mazedonische

Entscheid zumindest im Summarverfahren keine Beachtung finden kann.

d) Kann das mazedonische Scheidungsurteil nicht anerkannt werden, ist auf das Eheschutzbegehren der Rekursgegnerin einzutreten.

Obergericht, 20. September 2004, ZR.2004.68

## 4. **Anforderungen an die Vollstreckbarkeit und damit Genehmigung einer Unterhaltsvereinbarung** (Art. 176 ZGB)

1. Strittig ist, ob die Rekurrentin im Eheschutzverfahren Anspruch darauf erheben kann, dass der Ehemann verpflichtet wird, ihr Fr. 22'007.20 (ihr Rechtsbegehren vor Vizegerichtspräsidium) bzw. Fr. 20'310.14 (ihr Rechtsbegehren im Rekursverfahren, je nebst Zins) zu bezahlen. Sie stützt sich dabei auf den öffentlich beurkundeten Ehe- und Erbvertrag. Der Rekursgegner sei seinen daraus resultierenden Verpflichtungen nicht nachgekommen.

2. a) Der massgebende Passus im Ehe- und Erbvertrag lautet folgendermassen:

> "Ferner wird folgende Unterhaltsklausel vereinbart:
>
> Im Gegenzug zu der von der Ehefrau eingebrachten, vollständigen Lebensinfrastruktur (Wohnen, Mobiliar, kompl. Hausrat usw.) werden die gesamthaft aufgelaufenen Lebenshaltungskosten des gemeinsamen ehelichen Haus-

halts wie folgt getragen: ⅔ vom Ehemann, ⅓ von der Ehefrau."

b) Kernpunkt dieser Vereinbarung sind die Begriffe "gesamthaft aufgelaufene Lebenshaltungskosten" und "vollständige Lebensinfrastruktur". Alles, was hierunter zu subsumieren ist, muss finanziell im Verhältnis ⅔ : ⅓ geteilt werden. Nun ist aber nicht eruierbar, welche Positionen unter die "Lebenshaltungskosten" fallen. Allenfalls könnten sie als Gegenpol zu der von der Rekurrentin eingebrachten, "vollständigen Lebensinfrastruktur" gesetzt werden. Dieser Begriff wird in der Vereinbarung in Klammern mit "Wohnen, Mobiliar, kompl. Hausrat usw." definiert. Das Wort "usw." schliesst indessen aus, exakt angeben zu können, was zur "vollständigen Lebensinfrastruktur" bzw. zu den "übrigen Lebenshaltungskosten des gemeinsamen ehelichen Haushalts" gehört. Daran ändert auch das Schreiben des Notariats nichts. Es stammt zwar von demjenigen Notar, der den Ehe- und Erbvertrag der Parteien verfasste; seine Bestätigung hilft aber auch nicht weiter. Er weist darauf hin, der "im definitiven Exemplar verwendete Ausdruck 'gesamthaft aufgelaufene Lebenshaltungskosten des gemeinsamen ehelichen Haushaltes' war in den bei uns liegenden Entwürfen wie folgt umschrieben:

... die gesamthaft aufgelaufenen Kosten des gemeinsamen Haushalts (wie z.B. Hypozinsen + Amort. Haus, Steuern, Anschaffungen, Kleider, Möbel etc., KK, Versicherungen, Wasser, Strom, Heizungskosten, Telefon, Fahrzeugkosten, Ferien usw. ...".

Der vollständige Text lautet folgendermassen:

"Im Gegenzug zu der von der Ehefrau eingebrachten, vollständigen Lebensinfrastruktur (Wohnen, Mobiliar, kompl. Hausrat usw.) werden die gesamthaft aufgelaufenen Kosten des

gemeinsamen Haushalts (wie z.B. Hypozinsen + Amort. Haus, Steuern, Anschaffungen, Kleider, Möbel etc., KK, Versicherungen, Wasser, Strom, Heizungskosten, Telefon, Fahrzeugkosten, Ferien usw.) wie folgt getragen: ⅔ vom Ehemann, ⅓ von der Ehefrau."

Dieser Entwurf enthält einen inneren Widerspruch. Sowohl bei der "vollständigen Lebensinfrastruktur" als auch bei den "Kosten des gemeinsamen ehelichen Haushalts" werden Auslagen zufolge Wohnens erwähnt. Welche daraus resultierenden Positionen ausschliesslich von der Rekurrentin und welche von beiden Parteien zu tragen sind, geht aus der Vereinbarung nicht hervor. Es ist nicht eruierbar, ob die Hypothekarzinsen und die Amortisationen, gleichermassen aber auch die Strom- und Heizungskosten tatsächlich der von der Ehefrau eingebrachten "Lebensinfrastruktur (Wohnen ...)" zuzuordnen sind. Die Vorinstanz entschied sich für diese Annahme; ob sie richtig ist, wird von der Rekurrentin bestritten und kann zumindest im summarischen Verfahren nicht entschieden werden. Die konkretisierende Aufzählung im vom Notar erwähnten Vertragsentwurf lässt jedenfalls nicht zwingend darauf schliessen, die endgültige Fassung stelle lediglich eine Verkürzung der Entwürfe dar. Abgesehen davon ist der als massgeblich bezeichnete Entwurf in sich selbst unklar.

c) Die fehlende Präzision der Begriffe "Wohnen" und "Lebenshaltungskosten" ergibt sich indessen nicht nur aus dem Ehe- und Erbvertrag selbst, sondern auch aus den Ausführungen der Parteien zu den einzelnen Positionen, für die ab September 2002 entweder nur eine von ihnen oder aber beide anteilsmässig aufzukommen haben. So soll nach Darstellung der Rekurrentin der Ehemann nebst einem Teil des Hypothekarzinses auch einen Kaminfeger- sowie Heizölanteil, einen Anteil an der "Tiefkühlergarantie sowie einen solchen an den Gebäudeversicherungskosten"

tragen. Der Rekursgegner bestreitet eine seinerseitige dahingehende Zahlungspflicht. Gleiches gilt hinsichtlich der Rechnung Gartenpflege über total Fr. 263.10 und sogar in Bezug auf diejenige der Stadtpolizei Winterthur über Fr. 250.--: Die Rekurrentin verlangt, dass sich ihr Ehemann an diesen beiden Auslagen mit Fr. 175.40 und Fr. 166.67 beteiligt.

Die Parteien sind sich folglich alles andere als darüber einig, wer für welche bzw. in welchem Umfang für die Ausgaben des ehelichen Zusammenlebens aufkommen muss. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann ihrer Vereinbarung nicht entnommen werden. Aus eben diesem Grund musste das Gerichtspräsidium das Rechtsöffnungsbegehren der Ehefrau, welches sich ebenfalls auf den Ehe- und Erbvertrag stützte, im Jahr 2003 abweisen: Auch damals wurde darauf hingewiesen, aus dem im Vertrag aufgeführten Verteilungsschlüssel sei lediglich ersichtlich, in welchem Verhältnis die laufend anfallenden Kosten von den Eheleuten zu tragen seien; über den genauen Betrag dieser gemeinsam zu bezahlenden Auslagen lasse sich der Übereinkunft aber keinerlei Hinweis entnehmen. Diese Feststellung ist nicht nur hinsichtlich der einzelnen Positionen, für welche die Eheleute anteilsmässig aufkommen müssen, richtig, sondern auch in Bezug auf das vom Rekursgegner angeschnittene Problem, was zu geschehen habe, wenn die Lebenshaltungskosten plötzlich um mehr als die Hälfte steigen.

3. Die Unterhaltsvereinbarung der Parteien ist somit nicht vollstreckbar und kann demgemäss auch nicht genehmigt werden. Der Ehe- und Erbvertrag erlaubt es nicht, der Rekurrentin die von ihr verlangte Summe zuzusprechen: Einerseits werden darin Begriffe verwendet, die zumindest im summarischen Verfahren nicht definiert werden können; andererseits fehlt es an der für die Voll-

streckbarkeit notwendigen zahlenmässigen Festlegung der vom Rekursgegner zu entrichtenden Summe.

Obergericht, 20. September 2004, ZR.2004.55

## 5. Wegzug aus der gerichtlich zugesprochenen Wohnung als Abänderungsgrund; zeitliche Voraussetzungen für ein Zurückkommen auf eine Vereinbarung und die Abänderung einer Eheschutzverfügung (Art. 179 Abs. 1 ZGB)

1. Der Rekurrentin wurde mit Eheschutzverfügung vom März 2003 entsprechend ihrem Antrag das frühere gemeinsame Domizil der Eheleute zur alleinigen Benützung zugewiesen. Die Kosten für die Liegenschaft nahm das Vizegerichtspräsidium in ihr Existenzminimum auf. Im Sommer 2003 zog sie in eine Mietwohnung. Die Liegenschaft steht seither leer; der Rekursgegner will sie verkaufen. Strittig ist, wer für die Kosten der von der Rekurrentin gemieteten Wohnung aufzukommen hat. Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Rekursgegner habe sich daran zu beteiligen; Letzterer vertritt die Auffassung, nachdem der Rekurrentin die eheliche Liegenschaft zugewiesen worden sei, müsse sie für die zusätzlich geschaffenen Wohnkosten selbst aufkommen.

2. Damit sich ein Ehemann an den Kosten für eine von seiner Frau zusätzlich gemietete Wohnung beteiligen muss, ist erforderlich, dass er sich mit deren Auszug aus der ehelichen Liegenschaft einverstanden erklärte. Allein aus der Tatsache, dass er der Meinung ist, das Haus müsse veräussert werden, kann nicht auf diese seine Zustimmung geschlossen werden. Es liegt auf der Hand, dass Mehrkosten anfallen, wenn die Liegenschaft noch im-

mer den Parteien gehört, die Rekurrentin aber nicht mehr darin wohnt, sondern an einem anderen Ort eine Wohnung mietet. Bedingung dafür, dass keine zusätzlichen, gleichzeitig aber auch unnötigen Auslagen entstanden wären, wäre die Koordination des Auszugs aus der ehelichen Liegenschaft mit dem Zeitpunkt der Übernahme durch einen Käufer gewesen. Wenn sich die Ehefrau über diese an sich selbstverständliche zeitliche Gleichschaltung hinwegsetzt, wenn sie die auf ihren Antrag ihr zugesprochene Liegenschaft in einem Zeitpunkt verlässt, in dem deren Verkauf noch in weiter Ferne liegt, wenn sie sich zudem über den Auszugszeitpunkt nicht verbindlich mit dem Rekursgegner abspricht, und wenn der Wohnungswechsel schliesslich auch nicht aufgrund veränderter Verhältnisse im Sinn von Art. 179 ZGB zwingend geboten ist, hat sie die mit dem Auszug verbundenen Mehrkosten selber zu tragen. Nicht der Umzug als solcher stellt einen Abänderungsgrund dar; er muss sich vielmehr aufgrund erheblicher und dauernder Veränderungen als notwendig erweisen, damit die Rekurrentin eine Anpassung der bisher geltenden Regelung erwirken kann. Ausserdem sind Eheleute nach einem Zeitablauf von rund vier Jahren in aller Regel berechtigt, auf eine einst getroffene Übereinkunft zurückzukommen: Ein solcher Zeitraum stellt grundsätzlich einen wichtigen Grund für ein Zurückkommen auf eine Vereinbarung oder für die Abänderung eines gerichtlichen Entscheids dar.

Obergericht, 21. April 2004, ZR.2004.13

## 6. Die Kosten für den Grabunterhalt können als Erbgangsschulden von der Erbschaft abgezogen werden (Art. 474 Abs. 2 ZGB)

1. Die Parteien, allesamt Kinder des Erblassers, streiten über die Teilung des Erbes.

2. Die Berufungskläger machen den Aufwand für den Grabunterhalt geltend. Die Berufungsbeklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Grabunterhalt sei lediglich eine sittliche Pflicht der Erben, gehöre aber nicht zu den Erbschaftsschulden.

Bei der Berechnung des Vermögens des Erblassers sind gemäss Art. 474 Abs. 2 ZGB die Schulden, die Auslagen für das Begräbnis, für die Siegelung und Inventaraufnahme sowie die Ansprüche der Hausgenossen auf Unterhalt während eines Monats von der Erbschaft abzuziehen. Ob die Grabpflege zu den Erbschaftsschulden gehört, ist umstritten. Unter Hinweis auf BGE 54 II 90 hält Weimar (Berner Kommentar, Art. 474 ZGB N 6) dafür, zu den Auslagen für das Begräbnis gehörten die Kosten eines Dauergrabs, eines Grabsteins und der erstmaligen Bepflanzung, nicht aber die Auslagen für die Grabpflege. Er begründet dies damit, die restriktive Regelung von Art. 474 ZGB entspreche dem gemeinen Recht und sei ohne Zweifel so gewollt gewesen. Dies sei auch konsequent, da der verfügbare Teil prinzipiell nach dem Stand des Vermögens zur Zeit der Eröffnung des Erbgangs berechnet werde (Weimar, Art. 474 ZGB N 10). Entscheidend sei der Wert des Vermögens, wie er sich aus den Verhältnissen zur Zeit des Todes des Erblassers ergebe (Art. 474 ZGB N 3). Staehelin (Basler Kommentar, Art. 474 ZGB N 12) rechnet den Grabunterhalt "für eine angemessene Zeit" den Erbgangsschulden zu. Tuor (Berner Kommentar, 2.A., Art. 474 ZGB N 33) und Escher (Zür-

cher Kommentar, Art. 474 ZGB N 11) erwähnen die Auslagen für den Grabunterhalt im Zusammenhang mit Art. 474 ZGB nicht.

Das Obergericht betrachtet die Kosten für den Grabunterhalt, sofern sie als angemessen erscheinen, als Erbgangsschulden: Es dürfte in den allermeisten Fällen dem mutmasslichen Willen des Erblassers entsprechen, dass seine Erben nicht nur von seinem Vermögen profitieren, sondern dass auch sein Grab gepflegt wird. Auch nach dem Ortsgebrauch und der Praxis der Steuerbehörden werden die Kosten des Grabunterhalts vom Bruttonachlass abgezogen. Oft wird - wenn die Erben das Grab nicht selbst pflegen - eine Gärtnerei oder die Friedhofverwaltung mit dem Grabunterhalt betraut und dieser im Voraus bezahlt.

Obergericht, 13. Januar 2004, ZBO.2003.17

---

**7.** **Besteht eine Stockwerkeigentümergemeinschaft nur aus zwei Mitgliedern, ist für die Beschlussfähigkeit der Stockwerkeigentümerversammlung stets die Anwesenheit beider Mitglieder erforderlich** (Art. 712p ZGB)

---

1. Der Berufungskläger und die Berufungsbeklagte sind die einzigen Mitglieder einer Stockwerkeigentümergemeinschaft. Der Berufungskläger blieb der ersten und der zweiten Stockwerkeigentümerversammlung fern. Er focht die an der zweiten Versammlung gefassten Beschlüsse an. Die Vorinstanz wies die Klage ab.

2. Im Berufungsverfahren ist einzig die Frage strittig, ob die zweite Stockwerkeigentümerversammlung beschlussfähig war.

a) Die Vorinstanz zog in Erwägung, im vorliegenden Fall bestehe die Besonderheit darin, dass sich die Stockwerkeigentümergemeinschaft nur aus zwei Stockwerkeigentümern zusammensetze. An eine solche Konstellation habe der Gesetzgeber offensichtlich nicht gedacht. Die Beschlussfähigkeitsvorschriften in Art. 712p ZGB sollten Gewähr dafür bieten, dass die für die Gemeinschaft relevanten Entscheidungen von einer bestimmten Mitgliederzahl und einem bestimmten Anteilspotential getragen würden. Indem die Minderheit nicht in einem ihr genehmen Zeitpunkt Beschlüsse von allenfalls grosser Tragweite fassen könne, für die ansonsten keine Mehrheit zu finden wäre, schütze Art. 712p ZGB die Mehrheit. Dieser Sinn und Zweck von Art. 712p Abs. 1 ZGB werde nun aber in der Konstellation mit nur zwei Stockwerkeigentümern vereitelt. Bei lediglich zwei Stockwerkeigentümern liege zwingend eine Patt-Situation vor, in der nicht von einer Mehrheit oder von einer Minderheit gesprochen werden könne. Art. 712p Abs. 1 ZGB führe mithin bei zwei Mitgliedern dazu, dass jeder Stockwerkeigentümer faktisch ein absolutes Vetorecht erhalte. Ein einziger Stockwerkeigentümer könne die Stockwerkeigentümergemeinschaft funktionsunfähig machen. Dieser Zustand sei für die erste Stockwerkeigentümerversammlung noch hinzunehmen; werde hingegen Art. 712p Abs. 3 ZGB wörtlich ausgelegt, führe dies dazu, dass dieses faktische Vetorecht perpetuiert werde. Lege sich ein Stockwerkeigentümer dauerhaft quer, führe das dazu, dass die Stockwerkeigentümergemeinschaft fortwährend funktionsunfähig sei. Ein solches dauerhaftes Vetorecht habe der Gesetzgeber einem Stockwerkeigentümer nicht verleihen wollen; zudem laufe eine derartige Auslegung auch dem vom Gesetzgeber angestrebten Ziel zuwider, von der ersten Stockwerkeigentümerversammlung auf die zweite Stockwerkeigentümerversammlung die Quorumsvoraussetzungen zu erleichtern. Der Wortlaut von Art. 712p Abs. 3 ZGB greife zu weit. Im Fall einer Stockwerkeigentümergemeinschaft, die lediglich aus zwei Stockwerkeigentümern bestehe, müsse die Stockwerkeigentümergemeinschaft auch beschlussfähig sein, wenn

an der zweiten Stockwerkeigentümerversammlung lediglich ein Stockwerkeigentümer zugegen sei. Einzige Alternative zur Herabsetzung des Quorums wäre im vorliegenden Fall die Auflösung der Stockwerkeigentümergemeinschaft. Allerdings sei die Frage, ob der Richter nicht auch zuständig sei, über Beiträge der Stockwerkeigentümer im Fall einer blockierten Gemeinschaft zu befinden, wohl zu bejahen. Das erscheine bei einer Stockwerkeigentümergemeinschaft, die aus mehr als zwei Personen bestehe, im Fall einer Blockade zufolge nicht erreichter Quoren als richtige Lösung. Im Fall einer Stockwerkeigentümergemeinschaft, der nur zwei Gemeinschafter angehörten, müsse aber die Quorenerleichterung greifen, weil andernfalls ein Gemeinschafter ein absolutes Vetorecht hätte. Nachdem der Berufungskläger zudem nicht moniert habe, die beschlossene Abrechnung sei gesetzes- oder statutenwidrig erstellt worden, widerspreche es auch der Prozessökonomie, die Berufungsbeklagte in ein Verfahren zu zwingen, in dem sie den Richter um Genehmigung der Kostenverteilung anrufen müsse.

b) aa) Die Versammlung der Stockwerkeigentümer ist beschlussfähig, wenn die Hälfte aller Stockwerkeigentümer, die zugleich zur Hälfte anteilsberechtigt ist, mindestens aber zwei Stockwerkeigentümer, anwesend oder vertreten sind (Art. 712p Abs. 1 ZGB). Für den Fall der ungenügenden Beteiligung ist eine zweite Versammlung einzuberufen, die nicht vor Ablauf von zehn Tagen seit der ersten stattfinden darf (Abs. 2). Die zweite Versammlung ist beschlussfähig, wenn der dritte Teil aller Stockwerkeigentümer, mindestens aber zwei, anwesend oder vertreten sind (Abs. 3).

bb) Bei der Stockwerkeigentümergemeinschaft gilt für die Beschlussfassung grundsätzlich "das Kopfstimmprinzip" (Weber, Die Stockwerkeigentümergemeinschaft, Diss. Zürich 1979, S. 321). Nach Art. 712p Abs. 1 ZGB ist die Stockwerkeigen-

tümerversammlung nur beschlussfähig, wenn die Hälfte aller Stockwerkeigentümer (mindestens aber zwei) anwesend oder vertreten sind, wobei diese mindestens die Hälfte der Wertquoten innehaben muss. Für die Beschlussfähigkeit stellt das Gesetz mithin nicht nur auf das "Kopfstimmprinzip" ab, sondern zieht auch die Wertanteile der einzelnen Stockwerkeigentümer in Betracht. Dieses doppelte Quorum hinsichtlich der Anwesenheit für alle Beschlüsse stellt in der schweizerischen Gesetzgebung ein Unikat dar und lässt sich insbesondere deshalb rechtfertigen, weil die Stockwerkeigentümer eine unmittelbare Beitragspflicht trifft, die ein erhebliches Ausmass annehmen kann, die Stockwerkeigentümergemeinschaften meist relativ klein sind und folglich ein Versammlungsbesuch zumutbar ist sowie der Stimme des Einzelnen ein entsprechendes Gewicht zukommt (Meier-Hayoz/Rey, Berner Kommentar, Art. 712p ZGB N 4 ff. und 8; Weber, S. 373 f.). Die Bestimmung will verhindern, dass Beschlüsse, die für alle Stockwerkeigentümer wie auch für deren Rechtsnachfolger verbindlich sind, zustande kommen, bei denen nur eine Minderheit mitwirkte (Friedrich, Das Stockwerkeigentum, Bern 1965, § 31 N 1).

Meier-Hayoz/Rey sind offensichtlich der Auffassung, ein Stockwerkeigentümer, der Eigentümer von mehreren Stockwerkeinheiten sei, zähle bei der Bestimmung der Beschlussfähigkeit nur als ein Stockwerkeigentümer: "Das Gesetz schreibt in Art. 712p Abs. 1 ZGB vor, dass die Stockwerkeigentümerversammlung nur gültig Beschluss fassen kann, wenn die Hälfte aller Stockwerkeigentümer (nach Personen), die zugleich zur Hälfte (nach Wertquoten) anteilsberechtigt sind, mindestens aber deren zwei anwesend oder vertreten sind. Die Beschlussfähigkeit setzt somit ein doppeltes Quorum voraus: Weder die personelle noch die wirtschaftliche Hälfte genügt je für sich allein. Im Gegensatz zur Beschlussfassung, bei der die gleiche Zahl von Ja- und Nein-Stimmen nicht zur Annahme eines Antrags führt, bedarf es bei der Beschlussfähigkeit keiner Mehrheit (der Präsenz) von Köpfen und

Anteilen" (Art. 712p ZGB N 8). Bei den Ausführungen zur Bestimmung des Kopfstimmrechts, das neben dem Wertquotenstimmrecht für die Beschlussfähigkeit der Stockwerkeigentümerversammlung massgebend ist, halten diese Autoren ausdrücklich fest, ein jeder Stockwerkeigentümer habe grundsätzlich nur eine Stimme. Dies gelte auch für den Eigentümer mehrerer Stockwerkeigentumsanteile (Meier-Hayoz/Rey, Art. 712m ZGB N 64). Diese Ansicht vertreten unter anderem auch Weber (S. 321) und Friedrich (§ 32 N 5). Letzterer rät zudem, diese Tatsache im Reglement klarzustellen (§ 32 N 5). Auch die Gesetzesmaterialien lassen keinen anderen Schluss zu: Der Bundesrat präzisierte, ein Stockwerkeigentümer oder einige wenige, denen aber mehr als die Hälfte der Wertanteile zustehe, sollten nicht der grossen Mehrheit der übrigen Stockwerkeigentümer ein Reglement aufzwingen können, so wenig als sie sich umgekehrt selber von den übrigen ein Reglement aufzwingen lassen müssten. Deshalb seien sowohl die Anzahl Personen wie auch die Wertanteile von entscheidender Bedeutung (Botschaft des Bundesrats zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuchs [Miteigentum und Stockwerkeigentum] vom 7. Dezember 1962, BBl 1962 II 1495). Dass der Begriff "Personen" bzw. "Stockwerkeigentümer" demjenigen der "Köpfe" gleichgestellt ist, lässt sich ebenfalls daraus entnehmen, dass an einer aus zwei Miteigentümern bestehenden Gemeinschaft eine Mehrheitsbeteiligung unmöglich ist (BBl 1962 II 1482; der in Art. 712f Abs. 3 des Entwurfs verwendete Begriff "Personen" wurde durch "Stockwerkeigentümer" ersetzt, vgl. BBl 1962 II 1529 und Art. 712g Abs. 3 ZGB). Dass das "Kopfstimmprinzip" so ausgelegt werden muss, ergibt sich auch aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber überhaupt ein doppeltes Quorum verlangt. Hätte ein Stockwerkeigentümer, der mehrere Anteile hält, nämlich mehrere Stimmen, hätte einzig auf die Wertquoten abgestellt werden können.

Mit der Einführung des doppelten Quorums wird verhindert, dass einerseits ein einzelner oder einige wenige Stockwerkeigentümer mit einem grossen Anteil die Mehrzahl der Stockwerkeigentümer mit den kleineren Wertanteilen überstimmen und das Schicksal der Stockwerkeigentümergemeinschaft bestimmen können, und dass andererseits eine Minderheit der Stockwerkeigentümer in einem ihr genehmen Zeitpunkt Beschlüsse von allenfalls grosser Tragweite fassen kann, für die ansonsten keine Mehrheit zu finden wäre. Folglich hat jeder Stockwerkeigentümer, unabhängig von den ihm gehörenden Wertanteilen bzw. Anzahl Stockwerkeinheiten, eine Stimme.

cc) Die Lehre vertritt einhellig die Ansicht, dass es sich bei Art. 712p Abs. 1 ZGB um eine einseitig zwingende Norm handle. Während eine Erschwerung der Beschlussfähigkeit durch Erhöhung des gesetzlich vorgesehenen Quorums zulässig ist, darf eine Erleichterung der Beschlussfähigkeit nicht vorgenommen werden (Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 712p ZGB N 8 f.; Meier-Hayoz/Rey, Art. 712p ZGB N 10 und 12; Weber, S. 374 f.; Friedrich, § 31 N 4 und § 32 N 5). Das gilt namentlich auch für Art. 712p Abs. 3 ZGB (Wermelinger, Art. 712p ZGB N 42).

dd) Art. 32 Abs. 3 des Reglements der aus den Parteien bestehenden Stockwerkeigentümergemeinschaft betrifft die "Ausübung des Stimmrechts". Laut dieser Regelung gilt das Kopfstimmrecht, wonach ein Stockwerkeigentümer, dem mehr als ein Stockwerkanteil zusteht, die Rechte für jeden Anteil gesondert geltend machen könne. Demgegenüber gibt Art. 31 des Reglements, der von der "Beschlussfähigkeit der Versammlung" handelt, mit Ausnahme einer verlängerten Einberufungsfrist für die zweite Versammlung wörtlich Art. 712p ZGB wieder. Gemäss Art. 33 des Reglements fasst die Versammlung ihre Beschlüsse mit der Mehrheit der stimmenden Stockwerkeigentümer; bei

Stimmengleichheit entscheiden die Wertquoten-Anteile. Art. 34 des Reglements umschreibt die Geschäfte, die eines qualifizierten Mehrs bedürfen (Mehrheit aller Stockwerkeigentümer, die zugleich mehr als die Hälfte der Wertquoten besitzen), und Art. 35 führt die Traktanden auf, mit Bezug auf welche die Zustimmung aller Stockwerkeigentümer erforderlich ist.

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft traf also für die Bestimmung der Beschlussfähigkeit keine abweichende Regelung. Selbst wenn Art. 32 Abs. 3 des Reglements heranzuziehen wäre, könnte nicht darauf abgestellt werden, zumal diese Bestimmung eine Erleichterung der Anforderungen an die Beschlussfähigkeit bedeuten würde, was jedoch nicht zulässig ist (Friedrich, § 32 N 5; Meier-Hayoz/Rey, Art. 712p ZGB N 10, 12, Art. 712m ZGB N 64). Von bloss zwei Stockwerkeigentümern war bei Erlass des Reglements offensichtlich nicht ausgegangen worden.

ee) Dass sich in dieser Situation besondere Probleme stellen, liegt auf der Hand. Im Fall von zwei Stockwerkeigentümern dürfte das Kopfstimmrecht einzig sachgerecht sein, will nicht hingenommen werden, dass der (wegen unterschiedlicher Wertquotenverteilung) schwächere Teil von vornherein das Nachsehen hat. Das hat alsdann zur Konsequenz, dass Einstimmigkeit erforderlich ist; dasselbe Ergebnis kann im Übrigen auch durch Stimmrechtsbindungs-Verträge erreicht werden (Weber, S. 324). Das Erfordernis der Einstimmigkeit ist dem Recht der Stockwerkeigentümergemeinschaft ohnehin nicht fremd (Meier-Hayoz/Rey, Art. 712m N 92 ff., Friedrich, § 36 N 1 ff.).

Zwar sind Beschlussfassung und Beschlussfähigkeit nicht dasselbe. Nur von letzterer handelt Art. 712p ZGB. Indes zeigt der Seitenblick auf die Beschlussfassung in der Stockwerkeigentümerversammlung, dass das von der Vorinstanz in Zweifel gezogene Vetorecht kein Unikum ist. Auch in anderen Rechtsge-

meinschaften müssen sich die Mitglieder "zusammenraufen"; so fasst beispielsweise die einfache Gesellschaft ihre Beschlüsse mit Zustimmung aller Gesellschafter (vgl. Art. 534 Abs. 1 OR). Bereits deshalb ist die von der Vorinstanz vertretene richterliche Korrektur kein sachlich zwingendes Gebot. Dass das Ergebnis nicht befriedigt, begründet keine planwidrige Unvollständigkeit; eine rechtssystematische Lücke liegt nicht vor, allenfalls eine rechtspolitische. In der Lehre wird denn auch nicht auf die von der Vorinstanz gezogene Konsequenz geschlossen, sondern vielmehr darauf verwiesen, dass das Gesetz die Lebensfähigkeit der Gemeinschaft dadurch gewährleistet, dass jeder Stockwerkeigentümer sowie der Verwalter erforderliche Massnahmen entweder selber treffen dürfen oder durch den Richter anordnen lassen können (Meier-Hayoz/Rey, Art. 712p ZGB N 15; Weber, S. 377; Friedrich, § 31 N 2; Wermelinger, Art. 712p N 51 f.). Daran ändert auch nichts, dass die von der Vorinstanz als einzige Alternative erwähnte Auflösung der Stockwerkeigentümergemeinschaft eine Aufhebungsvereinbarung voraussetzt, hiervon abgesehen die Auflösung von einem Stockwerkeigentümer jedoch nur im Rahmen von Art. 712f Abs. 3 ZGB verlangt werden kann. Anders als beim gewöhnlichen Miteigentum nämlich kann der einzelne Stockwerkeigentümer grundsätzlich nicht die Auflösung der Gemeinschaft beanspruchen, unabhängig davon, ob dafür ein wichtiger Grund gegeben ist (Meier-Hayoz/Rey, Art. 712f ZGB N 5). Gleichsam als Ventil stellt Art. 649b ZGB den Ausschluss aus der Gemeinschaft zur Verfügung, welchen Art. 47 des Reglements regelt.

Ob andere Optionen bestehen, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht zu entscheiden; ausgeschlossen erscheint jedenfalls die richterliche Kompetenz, die nach Meinung der Vorinstanz "wohl" bejaht werden müsste, zur Festlegung der Beiträge der Stockwerkeigentümer im Fall einer blockierten Gemeinschaft nicht. Diesbezüglich ist nicht einzusehen, weshalb der Richter über Beiträge der Stockwerkeigentümer im Fall einer blockierten Ge-

meinschaft nur befinden soll, wenn der Stockwerkeigentümergemeinschaft mehr als zwei Stockwerkeigentümer angehören, weshalb aber bei Gemeinschaften mit zwei Eigentümern die Quorenerleichterung greifen soll. Die Anzahl der Mitglieder kann von vornherein kein taugliches Kriterium sein, auch schwerlich eine Regel, die der Richter in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB als Gesetzgeber aufstellen würde.

ff) Nachdem aufgrund von Art. 32 und 33 des Reglements zwar grundsätzlich das Kopfstimmrecht gilt, bei Stimmengleichheit aber die Wertquoten-Anteile entscheiden, ist der Berufungskläger bei der Beschlussfassung stets in der Minderheit, auch dort, wo das qualifizierte Mehr gefordert ist (Art. 34 des Reglements). Dem Mehrheits-Eigner kann der Berufungskläger einzig dort Paroli bieten, wo Einstimmigkeit erforderlich ist, entsprechend Art. 35 des Reglements; dies ist jedoch die Ausnahme. Vor diesem Hintergrund ist sogar nachvollziehbar, weshalb der Berufungskläger die Versammlungen durch seine Abwesenheit boykottiert. Sicherlich ist dies für die Gemeinschaft nicht komfortabel. Eine Pflicht zur Teilnahme an den Versammlungen besteht jedoch nicht. Wer von diesem Recht konsequent nicht Gebrauch macht, handelt nicht schon deswegen rechtsmissbräuchlich. Sonst wäre die Inkaufnahme bzw. die Herbeiführung einer Patt-Situation an sich als Rechtsmissbrauch zu qualifizieren und in letzter Konsequenz auch das Einstimmigkeitsprinzip als solches mit diesem Makel behaftet. Die von der Vorinstanz vorgenommene Quorenerleichterung kommt darüber hinaus einer Majorisierung des wertquotenmässig schwächeren durch den wertquotenmässig stärkeren Partner gleich. Sie ist wohl Kapitalgesellschaften immanent, der Stockwerkeigentümergemeinschaft, die sich aus zwei Eigentümern mit ungleichen Wertquoten zusammensetzt, indessen nicht angemessen. Deshalb führt die von der Vorinstanz vertretene Auffassung nicht zu einem sachgerechten und befriedigenden Ergebnis.

Dem Vorwurf der Vorinstanz an den Berufungskläger, er habe nicht moniert, die beschlossene Abrechnung sei gesetzes- oder statutenwidrig, ist entgegenzuhalten, dass diese Frage nicht in diesem Verfahren zu behandeln ist. Lediglich die Beschlussfähigkeit der Stockwerkeigentümerversammlung ist Thema des Verfahrens, weshalb der Berufungskläger nicht gehalten war, sich zur Gesetzes- oder Statutenwidrigkeit der Abrechnung zu äussern.

gg) Zusammenfassend war die zweite Stockwerkeigentümerversammlung ohne den Berufungskläger nicht beschlussfähig, weshalb Art. 712p Abs. 3 ZGB verletzt wurde und die gefassten Beschlüsse aufzuheben sind.

Obergericht, 18. November 2004, ZBO.2004.4

Auf eine dagegen erhobene Berufung trat das Bundesgericht am 5. April 2005 nicht ein.

## 8. **Kein Feststellungsinteresse bei Überschreitung einer Dienstbarkeit** (Art. 737 ff. ZGB)

1. Zwischen den Parteien ist der Inhalt und der Umfang einer im Grundbuch als "Fusswegrecht" eingetragenen Dienstbarkeit umstritten. Die Eigentümer des dienenden Grundstücks verlangen zum einen die Feststellung, dass die strittige Dienstbarkeit nicht das Recht umfasse, den Weg mit Fahrrädern zu befahren. Zum anderen beantragen sie, den Dienstbarkeitsberechtigten sei das Befahren des Wegs mit Fahrrädern zu verbieten (Art. 737 ff. ZGB).

2. Voraussetzung für die Behandlung einer Feststellungsklage ist das zum Bundesrecht gehörende und von diesem beschränkte Feststellungsinteresse. Es kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein und ist als Prozessvoraussetzung, soweit es den Sachverhalt betrifft, vom Kläger nachzuweisen. Es fehlt in der Regel, wenn eine Leistungsklage zur Verfügung steht, mit der ein vollstreckbares Urteil erwirkt werden kann; in diesem Fall ist auf die Feststellungsklage nicht einzutreten. Ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Behandlung wird hingegen bejaht, wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und ihre Fortdauer für den Kläger unzumutbar ist. Das ist beispielsweise der Fall, wenn für längere Zeit nicht auf Leistung oder nicht auf vollen Schadenersatz geklagt werden kann (BGE 123 III 51). Dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht die auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Basel Landschaft (BJM 1995 S. 129 ff.; ZBGR 78, 1997, S. 340 ff.) zurückgehende Lehrmeinung, wonach eine Feststellungsklage zur Klärung streitiger Rechtsbeziehungen und damit zur richterlichen Auslegung der Dienstbarkeit grundsätzlich auch dort zulässig sei, wo das gleiche Ziel mit einer Beseitigungs- oder Unterlassungsklage erreicht werden könne, da es hier wie dort um die Beseitigung eines andauernden Störungszustands gehe (Petitpierre, Basler Kommentar, Art. 738 ZGB N 12). Eine Feststellungsklage zur Beseitigung eines fortdauernden Störungszustands ist nur als Leistungs- bzw. Beseitigungsklage in Form der Feststellungsklage zulässig; Ziel ist, die Widerrechtlichkeit einer sonst nicht zu beseitigenden verletzenden Handlung festzustellen, vor allem bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7.A., 7. Kap. N 32). Abgesehen davon kann im vorliegenden Fall nicht von einem fortdauernden Störungszustand die Rede sein; dies würde bedeuten, dass die Berufungsbeklagten andauernd über das Grundstück der Berufungskläger fahren würden. Das von den Berufungsklägern beanstandete Verhalten der Beru-

fungsbeklagten ist ein klassischer Fall für eine Unterlassungsklage. Daran ändert nichts, dass die Berufungskläger geltend machen, sie hätten ein Feststellungsinteresse daran, die behauptete Dienstbarkeitsüberschreitung nicht nur gegenüber den Berufungsbeklagten, sondern auch gegenüber Dritten zu untersagen. Das Obergericht des Kantons Basel Landschaft hat in seinem Entscheid ein Feststellungsinteresse auch deshalb bejaht, weil nicht nur von bestimmten Personen verlangt werde, ein gewisses Verhalten künftig zu unterlassen, sondern darüber hinaus der festgestellte Umfang der Servitut in Rechtskraft erwachsen solle und auch andere Dienstbarkeitsberechtigte den Umfang der Servitut kennen und sich dementsprechend verhalten sollten (BJM 1995 S. 132; ZBGR 78, 1997, S. 343). Dem steht bereits die in demselben Urteil zitierte gegenteilige Auffassung entgegen, dass Dritten die Rechtskraft des Feststellungsurteils nicht unmittelbar entgegengehalten werden könne (BJM 1995 S. 132; ZBGR 78, 1997, S. 343; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A., S. 373 Anm. 49). Um den von den Berufungsklägern behaupteten Umfang der Grunddienstbarkeit auch gegenüber Dritten durchsetzen zu können, sind sie auf die Möglichkeit zu verweisen, ein allgemeines Verbot im Sinn von § 166 ZPO zu erwirken. Ein solches Verbot kann sich gegen einen unbestimmten Kreis richten (§ 166 Abs. 1 ZPO). Damit besteht kein selbständiges Feststellungsinteresse, womit auf die Feststellungsklage nicht eingetreten werden kann. Die Berufung ist diesbezüglich unbegründet.

Obergericht, 19. Februar 2004, ZBR.2003.63

## 9. Ein "Fusswegrecht" berechtigt nicht zum Befahren des Wegs mit einem Fahrrad (Art. 738 ZGB)

1. Strittig ist die Frage, ob die im Grundbuch als "Fusswegrecht" eingetragene Dienstbarkeit das Befahren des Wegs mit Fahrrädern erlaubt.

2. a) Die Grunddienstbarkeit ist im Grundbuch als "Last: Fusswegrecht zugunsten Parz. Nr. 44" bzw. "Recht: Fusswegrecht zulasten Parz. Nr. 43" eingetragen. Laut Servitutenprotokoll räumt der jeweilige Eigentümer der Parz. Nr. 43 dem jeweiligen Eigentümer der Parz. Nr. 44 gemäss Dienstbarkeitsvertrag "das Fusswegrecht auf der im beiliegenden Situationsplan farbig eingezeichneten Wegstrecke mit einer maximalen Breite von 1,50 m als Zugang zum projektierten Wohnhaus auf Parz. Nr. 44 ein", wobei die Planbeilage "einen integrierenden Bestandteil" des Dienstbarkeitsvertrags bildet. Der erwähnte Dienstbarkeitsvertrag liegt nicht im Recht. Nachdem keine der Parteien behauptet, das Servitutenprotokoll gebe nicht den genauen Wortlaut des Vertrags wieder, kann für die Frage, was im Dienstbarkeitsvertrag genau geregelt und vereinbart wurde, auf den Wortlaut des Servitutenprotokolls abgestellt werden.

b) Soweit sich die Rechte und Pflichten aus dem Grundbucheintrag deutlich ergeben, ist dieser für den Inhalt der Dienstbarkeit massgebend (Art. 738 Abs. 1 ZGB). Im Rahmen dieses Eintrags kann sich der Inhalt der Dienstbarkeit aus ihrem Erwerbsgrund oder aus der Art ergeben, wie sie während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt worden ist (Art. 738 Abs. 2 ZGB). Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts ist schliesslich auch nach Sinn und Zweck der Dienstbarkeit zu fragen, und es sind die Bedürfnisse des herrschenden Grundstücks

zu berücksichtigen (BGE 117 II 537). Der Sinn aller Äusserungen über den Inhalt einer Dienstbarkeit ist grundsätzlich durch Auslegung zu ermitteln. Dabei bestimmt Art. 738 ZGB als besondere Auslegungsnorm lediglich die Reihenfolge der für die Auslegung der eingetragenen Grunddienstbarkeiten massgeblichen Kriterien: Grundbucheintrag, Erwerbsgrund, Art der längeren, gutgläubigen Ausübung; eine darüber hinausgehende Bedeutung kommt Art. 738 ZGB nicht zu (Petitpierre, Basler Kommentar, Art. 738 ZGB N 1). Jeder Grundbucheintrag bedarf der Auslegung. Doch ist der Raum, innerhalb dessen sie sich entfalten kann, ganz verschieden bemessen, je nach dem Grad des spezifizierenden Aussagevermögens des Eintrags; eng begrenzt ist er, wenn der Eintrag in sich vollständig und klar ist (Liver, Zürcher Kommentar, Art. 738 ZGB N 36). Für den Umfang der Rechtsausübung des Dienstbarkeitsberechtigten ist somit in erster Linie der Grundbucheintrag massgebend. Nur sofern der Grundbucheintrag nicht deutlich ist, sind weitere Unterlagen und Aspekte beizuziehen, insbesondere der Begründungsakt der Dienstbarkeit oder die Art, wie die Dienstbarkeit während längerer Zeit unangefochten und in gutem Glauben ausgeübt wurde, zu berücksichtigen (BGE 123 III 464, 107 II 334, BGE vom 18. Juni 2002, 5C.82/2002, Erw. 3; Riemer, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2.A., § 12 N 7; Schmid, Sachenrecht, Zürich 1997, N 1277 ff.). Bereits aus dem Gesetzeswortlaut ist aber ersichtlich, dass nur dem klaren, unmissverständlichen Wortlaut des Grundbucheintrags eine absolute Wirkung zukommt (Petitpierre, Art. 738 ZGB N 4).

aa) Die Vorinstanz erwog, der Umfang des Stichworts "Fusswegrecht" sei aufgrund des alleinigen Grundbucheintrags nicht eindeutig und unmissverständlich; es blieben insbesondere die Fragen offen, ob der Weg unter anderem mit Rollschuhen, mit einem Dreirad, Trottinett, Rollstuhl, Kinderwagen und/oder mit einem Fahrrad befahren werden dürfe. Deshalb seien andere Auslegungselemente heranzuziehen. Auch der Be-

gründungsakt der Dienstbarkeit helfe nicht weiter. Die Vorinstanz verwarf sodann die Berufung der Berufungskläger auf den Gutglaubensschutz nach Art. 973 ZGB und kam schliesslich zum Ergebnis, Sinn und Zweck der Grunddienstbarkeit "Fusswegrecht", insbesondere unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten, müsse dahingehend lauten, dass der Weg mit Fahrrädern befahren werden dürfe.

bb) Im vorliegenden Verfahren ist die Frage der Deutlichkeit des Eintrags einzig unter dem Aspekt des Befahrens des Wegs mit Fahrrädern zu beantworten. Offen bleiben kann, wie es sich mit Rollschuhen, Dreirädern, Trottinetts, Rollstühlen und Kinderwagen verhält; abgesehen davon ist immerhin festzuhalten, dass bei diesen Fortbewegungsmitteln die Art der Fortbewegung weniger mit einem "Fahren" zu tun hat als mit einem "zu Fuss gehen": Kinderwagen oder Rollstühle werden von einer Begleitperson gestossen, welche in der Regel zu Fuss unterwegs ist, und die Fortbewegung mit Rollschuhen bzw. Trottinetts kann nicht mit einer Fahrradfahrt verglichen werden. Im vorliegenden Fall steht ein "Fusswegrecht" zur Diskussion. Der Wortlaut dieses Rechts, welches so im Grundbuch eingetragen ist, ist eindeutig. Ein Fusswegrecht beinhaltet einzig das Recht, einen bestimmten Weg zu Fuss zu benutzen, nicht aber das Recht, diesen Weg auch zu befahren, auch wenn dies (lediglich) mit einem Fahrrad geschieht (Liver, Art. 738 ZGB N 77 mit Hinweis auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern). Während das Obergericht des Kantons Thurgau in einem Urteil vom 27. Oktober 1875 noch festhielt, in einem Fusswegrecht dürfe nicht ein "Stosskarrenwegrecht" als mitinbegriffen betrachtet werden, wurde später festgestellt, in einem "Fusswegrecht" sei das Recht des Begehens bzw. Befahrens mit einem Handwagen bzw. Handkarren in aller Regel inbegriffen, weshalb einem ausdrücklich als "Karrwegrecht" bezeichneten Recht eine darüber hinausgehende Bedeutung zukommen müsse (RBOG 1989 Nr. 32). Damit umfasst ein "Fusswegrecht" lediglich

das Recht, einen Handwagen, Kinderwagen, Handkarren oder aber eben auch ein Fahrrad auf diesem Weg zu stossen und dabei diesen Weg selbst zu begehen. Dagegen ist das eigentliche Befahren des Wegs auf einem Fahrrad nicht von einem "Fusswegrecht" umfasst. Die Rechtssicherheit und die materielle Publizitätswirkung des Grundbuchs bzw. dessen öffentlicher Glaube verbieten eine extensive Auslegung in dem Sinn, dass ein Fusswegrecht auch das Befahren des Wegs umfasst, auch wenn es "nur" um das Befahren mit Fahrrädern geht. Wenn der Grundbucheintrag klar ist, darf sich der Erwerber des belasteten Grundstücks darauf verlassen, dass die Dienstbarkeit nicht grösseren, und der Erwerber des berechtigten Grundstücks darauf, dass sie nicht geringeren Inhalt und Umfang hat, als sich aus dem Eintrag ergibt. Die Grundbucheintragung hat somit für den Erwerber des berechtigten Grundstücks die gleiche Bedeutung wie für den Erwerber des belasteten Grundstücks (Liver, Art. 738 ZGB N 20 f.). Der gutgläubige Dritte soll sich auf den Eintrag verlassen dürfen, ohne prüfen zu müssen, ob er mit den Belegen und anderen Bestandteilen des Grundbuchs übereinstimmt. Das Bundesgericht handhabt diesen Grundsatz mit besonderer Strenge. So ist ein Erwerber eines Grundstücks nicht gehalten, anhand der Belege zu prüfen, ob eine im Hauptbuch erfolgte Eintragung oder Löschung mit dem dem Grundbuchführer seinerzeit vorgelegten Ausweis über den Rechtsgrund übereinstimmt. Dritte müssen sich darauf verlassen können, dass diese Übereinstimmung wirklich vorhanden ist; andernfalls würde der Wert des Grundbuchs für den Verkehr in unerträglicher Weise herabgesetzt (BGE 56 II 89). Auch wenn dieses Bundesgerichtsurteil nicht den Inhalt, sondern nur die Existenz einer Dienstbarkeit, die gelöscht worden war, zum Gegenstand hat, sind diese Erwägungen allgemein für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit massgebend (Liver, Art. 738 ZGB N 27 f.). Die Berufungskläger durften sich somit darauf verlassen, dass das im Grundbuch eingetragene "Fusswegrecht" keinen grösseren Inhalt und Umfang hat als das Begehen des Wegs zu Fuss. Entscheidende Bedeutung kommt auch dem

Umstand zu, dass die Parteien in diesem Verfahren nicht Parteien des Dienstbarkeitsvertrags waren. Das "Fusswegrecht" wurde sowohl auf dem belasteten als auch auf dem berechtigten Grundstück noch durch die ehemalige Eigentümerin beider Parzellen im Grundbuch eingetragen. Sowohl die Berufungskläger als auch die Berufungsbeklagten müssen sich auf den Grundbucheintrag verlassen dürfen, ohne dass entscheidend wäre, was die frühere Eigentümerin der beiden Parzellen mit der Dienstbarkeit bezweckte. Dementsprechend würden allfällige Zusicherungen und Auskünfte von Vertretern des Grundbuchamts oder der früheren Eigentümerin anlässlich des Verkaufs der Parzellen an die Berufungskläger und Berufungsbeklagten nichts an der Massgeblichkeit des klaren und eindeutigen Grundbucheintrags ändern. Von Bedeutung ist zudem, dass die Dienstbarkeit "Fusswegrecht" erst in jüngster Zeit, das heisst 1998, im Grundbuch eingetragen wurde. Nur wenn dieser Eintrag noch aus einer Zeit stammen würde, in welcher Fahrräder noch kein alltägliches Verkehrsmittel waren, könnte sich bezüglich Deutlichkeit und Klarheit des Eintrags gegebenenfalls eine andere Betrachtungsweise aufdrängen.

cc) Im Übrigen bleibt darauf hinzuweisen, dass dem Bedürfnis, einen Weg im Rahmen einer Dienstbarkeit auch mit Fahrrädern befahren zu können, problemlos Rechnung getragen werden kann. Bei der Formulierung des Dienstbarkeitsvertrags sind die Vertragsparteien frei, genau das zu vereinbaren, was sie wollen. In Bezug auf den Grundbucheintrag gilt es lediglich zu beachten, dass die stichwortartige Bezeichnung der Dienstbarkeit (Art. 35 Abs. 2 lit. c GBV) diese zusätzliche Nutzung mitumfasst, beschreibt oder zumindest nicht ausschliesst. Mit Bezeichnungen wie "Wegrecht", "Fuss- und Fahrwegrecht" oder "Fuss- und beschränktes Fahrwegrecht" ist dies ebenso möglich wie mit einer Bezeichnung "Fuss- und Velowegrecht" bzw. "Fuss- und Fahrradwegrecht". Einer Spezifizierung wäre gerade in diesem Fall, in

welchem die Dienstbarkeit als Eigentümerdienstbarkeit begründet wurde, nichts im Wege gestanden.

c) Damit erweist sich die Berufung als begründet. Die teleologische Auslegung durch die Vorinstanz nach Sinn und Zweck der Dienstbarkeit braucht somit nicht überprüft zu werden.

Obergericht, 19. Februar 2004, ZBR.2003.63

## 10. Streit mit Hauswartfamilie als wichtiger Grund im Sinn von Art. 266g OR?

1. Streitgegenstand im Berufungsverfahren ist die Frage, ob ein wichtiger Grund für die ausserordentliche Kündigung des Mietvertrags durch die Berufungsbeklagte (Mieterin) gegeben war.

2. Gemäss Art. 266g OR können die Parteien das Mietverhältnis aus wichtigen Gründen, welche die Vertragserfüllung für sie unzumutbar machen, mit der gesetzlichen Frist auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen (Abs. 1). Der Richter bestimmt die vermögensrechtlichen Folgen der vorzeitigen Kündigung unter Würdigung aller Umstände (Abs. 2). Diese Bestimmung, der Ausnahmecharakter zukommt, soll beiden Parteien ermöglichen, sich unter ausserordentlichen Umständen von ihrer vertraglichen Verpflichtung für die Zukunft zu befreien. Im Ergebnis kann sie als Umsetzung der clausula rebus sic stantibus, also des Grundsatzes, wonach Verträge nur geändert werden dürfen, wenn sich die Sachlage im Vergleich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses änderte, bezeichnet werden (Weber, Basler Kommentar, Art. 266g OR N 1). Als wichtige Gründe im Sinn dieser Bestimmung gelten nur

ausserordentlich schwerwiegende Umstände, die bei Vertragsabschluss weder bekannt noch voraussehbar waren und nicht auf ein Verschulden der kündigenden Partei zurückzuführen sind. Diese Umstände müssen so schwerwiegend sein, dass die Fortsetzung des Mietverhältnisses nur schon bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin objektiv unzumutbar ist; subjektive Unzumutbarkeit für die kündigende Partei ist unerheblich. Ob wichtige Gründe eingetreten sind, die einer Partei die Fortsetzung des Mietvertrags objektiv unzumutbar machen, hat der Richter gemäss Art. 4 ZGB nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Dabei hat er die für die vorzeitige Vertragsauflösung angeführten Gründe gegenüber dem Grundsatz der Verbindlichkeit der Verträge, der Rechtssicherheit sowie den Interessen der Gegenpartei an der Aufrechterhaltung des Vertrages abzuwägen (BGE vom 31. August 2001, 4C.375/2000, Erw. 3a). So ist ein wichtiger Grund etwa gegeben, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien durch wiederholte Reibereien oder Provokationen - insbesondere bei schikanösem Verhalten zur Verärgerung der Gegenpartei - dermassen gestört ist, dass eine Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr zumutbar ist (SVIT-Kommentar Mietrecht, 2.A., Art. 266g OR N 15). Ferner gilt als wichtiger Grund auch jedes nicht mehr leicht zu nehmende vertragswidrige Verhalten, das dem Vermieter anzurechnen ist und dem Mieter insbesondere den ungestörten Genuss der Mietsache nicht mehr erlaubt. Dazu gehört z.B. die dauernde (wiederholte) unverschuldete schikanöse Belästigung durch den Vermieter selber oder dessen Erfüllungsgehilfen, wenn diese gerügt wird und der Vermieter keine Abhilfe schafft oder schaffen kann. Dasselbe gilt für die schuldlose, dauernde, ernsthafte oder schikanöse Belästigung oder anhaltende Ängstigung durch Mitmieter (Higi, Zürcher Kommentar, Art. 266g OR N 53). Im Urteil 4C.375/2000 hielt das Bundesgericht fest, es sei erstellt, dass die Mieterin unter dem Eindruck eines Einbruchs in eine ernsthafte psychische Krise geraten sei und in ihrer Wohnung unter panikartigen Angstgefühlen gelitten habe. Damit könne ohne

weiteres vom Vorliegen einer ernsthaften Krankheit ausgegangen werden, welche die Benützung der Wohnung nicht mehr gestatte und als wichtiger Grund im Sinn von Art. 266g Abs. 1 OR zu qualifizieren sei. Den Einwand, die Mieterin habe eine angezeigte spezial-fachärztliche Behandlung abgelehnt, bezeichnete das Bundesgericht unter Hinweis auf das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, ob und wie er sich medizinisch behandeln lassen wolle, als unerheblich (Erw. 3b und c).

a) aa) Die Berufungsbeklagte wies in ihrer Kündigung auf die "sehr leidige" Angelegenheit bezüglich Hauswartregelung hin und hielt fest, dass die Verwaltung offensichtlich nur Gehör für die eine Partei habe und deswegen auch entsprechend einseitig reagiere. Die Beleidigungen durch die Hauswartfamilie und die Verwaltung seien inzwischen derart zahlreich geworden, dass die Berufungsbeklagte sich in ärztliche Behandlung habe begeben müssen, weil die unerträgliche Wohnsituation sie psychisch zu stark belastet habe. In der Klageantwort liess die Berufungsbeklagte diese Begründung durch eine Vielzahl von Behauptungen substantiieren, und im Berufungsverfahren liess sie für die behaupteten unzumutbaren Spannungen mit der Hauswartfrau vier weitere Zeugen offerieren. Ausserdem liess sie die Befragung ihres Hausarzts zur Frage, ob die Spannungen die einzige Ursache für die gesundheitlichen Störungen gewesen seien, beantragen.

bb) Die Vorinstanz führte im Zusammenhang mit den Ausführungen der Berufungsbeklagten aus, diese werde nach eigenen Ausgaben von der Hauswartin bzw. der Hauswartfamilie schikaniert, und die Liegenschaftenverwaltung unternehme nichts dagegen. Weil die Wohnsituation die Berufungsbeklagte psychisch zu stark belastet habe, habe sich diese in ärztliche Behandlung begeben müssen. Die Vorinstanz wies auf ein Schreiben der Liegenschaftenverwaltung hin, woraus hervorgehe, dass die Hauswartfamilie von Seiten der Vermieterschaft zur ordentlichen Erfüllung

ihrer Pflichten und zur gebotenen Rücksichtnahme angehalten worden sei. In Bezug auf die behauptete schikanöse Behandlung lägen keine Urkunden im Recht, welche diese beweisen würden. Zwar seien offenbar gewisse Spannungen vorhanden gewesen, doch würden die Ereignisse nicht derart schwer wiegen, dass diese die Unzumutbarkeit der Fortführung des Mietverhältnisses zur Folge gehabt hätten. Aus dem Arztzeugnis könne für die wichtige Zeit vor der Kündigung nichts herausgelesen werden, da die Berufungsbeklagte erstmals am Tag vor der Kündigung bei Dr.med. X in der Praxis gewesen sei. Im Übrigen sei die Diagnose ICD-10F43.21 als "leichte Depression" definiert, bei der fraglich sei, ob sie als wichtiger Grund nach Art. 266g OR genüge.

b) Die von der Berufungsbeklagten behaupteten Vorfälle sind schwerwiegender als von der Vorinstanz beurteilt, auch wenn tatsächlich die eine oder andere Kleinigkeit darunter ist. So ist zum Beispiel die Rüge der Hauswartfrau in Bezug auf das Abstellen des Fahrzeugs der Berufungsbeklagten auf dem Besucherplatz nicht zu beanstanden, denn ein solcher ist seiner Bezeichnung gemäss allein und jederzeit den Besuchern vorbehalten. Hingegen ist die Bezeichnung der Berufungsbeklagten als "Nutte" jenseits von Gut und Böse, und auch das Schikanieren seiner Kinder braucht sich kein Mieter gefallen zu lassen. Gerichtskundig ist sodann, dass dauernde unberechtigte oder wenigstens kleinliche Beanstandungen zu einem Zerwürfnis führen, erst recht wenn sie in einem unangebrachten Ton vorgetragen oder sogar mit Beschimpfungen verbunden werden. Die Berufungsbeklagte behauptete (quantitativ und qualitativ) weit mehr als einige wenige Überreaktionen seitens des Hauswartehepaars, und ebenso spricht ja auch die Liegenschaftenverwaltung von einer "derart verfahrenen und intoleranten Situation". Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass sich die Berufungsbeklagte bereits rund vier Monate vor der Kündigung erstmals an die Liegenschaftenverwaltung wandte und um Abhilfe ersuchte. Allerdings liess sich diese gegenüber der Beru-

fungsbeklagten erst gut eine Woche vor der Kündigung auf deren nochmalige telefonische Intervention hin vernehmen, wobei die Liegenschaftenverwaltung eingestehen musste, dass das versprochene Schreiben an die Hausbewohner (noch) nicht versandt sei.

In einer Lage, wie sie von der Berufungsbeklagten behauptet wird, ist es einem Mieter nicht zumutbar, wie hier aufgrund des langfristigen Mietvertrags noch während Jahren an den Mietvertrag gebunden zu sein. Fraglich erscheint höchstens, ob die ausserordentliche Kündigung zu früh ausgesprochen wurde, d.h. ob die Berufungsbeklagte noch auf eine Besserung der Lage hätte warten müssen. Dies wäre allerdings nur zu bejahen, wenn die Berufungskläger als Vermieter bzw. die Liegenschaftenverwaltung angemessen auf die Beanstandungen der Berufungsbeklagten reagiert hätten. Dies ist hier nicht der Fall: Wer während rund dreier Monate auf konkret erhobene Rügen hin weder im direkten Gespräch noch telefonisch noch schriftlich reagiert, handelt nicht angemessen. Nicht einmal das versprochene Schreiben an die Hausbewohner, mit dem die Liegenschaftenverwaltung an sich reagieren wollte, wurde erledigt, und auch das auf die nochmalige Intervention der Berufungsbeklagten ergangene Schreiben stellt keine angemessene Reaktion dar. Ein Vermieter, der ein langjähriges Vertragsverhältnis mit einem Mieter eingegangen und an der Aufrechterhaltung dieses Vertragsverhältnisses interessiert ist, muss Beschwerden dieses Mieters nachgehen und die gebotenen Massnahmen ergreifen. Im hier zu beurteilenden Fall wäre wenigstens ein (frühzeitiges) Gespräch mit den Mietern und dem Hauswartehepaar angezeigt gewesen, bei dem die Parteien auf ihre Pflichten hätten hingewiesen werden sollen. Der Aufwand dafür wäre gering gewesen, geringer jedenfalls als bei einer Auseinandersetzung vor den Gerichten. Ob die Berufungsbeklagte die untragbare Situation mitverschuldete, wie dies die Liegenschaftenverwaltung zumindest durchblicken liess, und allenfalls in welchem Ausmass, ist im Rahmen des Gegenbeweises zu klären und kann allenfalls dazu

führen, dass die ausserordentliche Kündigung ungerechtfertigt war.

Unter diesen Umständen muss der Berufungsbeklagten Gelegenheit gegeben werden, ihre Darstellung und damit den wichtigen Grund für die Zulässigkeit der ausserordentlichen Kündigung zu beweisen. Auch wenn die Beweismittel in solchen Situationen regelmässig beschränkt sind, dürften allein schon die Befragungen der beteiligten Personen eine Beurteilung erlauben. Den Berufungsklägern steht der Gegenbeweis offen: Sie können insbesondere beweisen, dass bzw. in welchem Mass die Situation durch die Berufungsbeklagte mitverschuldet wurde. Allerdings liegen dazu bislang fast keine substantiierten Behauptungen vor.

Obergericht, 26. Oktober 2004, ZBR.2004.49

---

## 11. **Verzicht auf Beweisabnahme bei Nichtleistung des Beweiskostenvorschusses im Mietrecht** (Art. 274d Abs. 3 OR; §§ 76 Abs. 2, 79 Abs. 3 ZPO)

---

1. Es ist zu prüfen, ob die Vorinstanz trotz der in Art. 274d Abs. 3 OR verankerten Untersuchungsmaxime auf die Beweisabnahme verzichten durfte, weil der Beweiskostenvorschuss nicht bezahlt wurde.

2. Während ein solches Vorgehen nach der im SVIT-Kommentar Mietrecht (2.A., Art. 274d OR N 19) vertretenen Auffassung wohl eher abgelehnt wird, steht Higi (Zürcher Kommentar, Art. 274d OR N 79) auf dem Standpunkt, die Nichtleistung eines Beweiskostenvorschusses sei als Weigerung zur zumutbaren Mitwirkung, die den Parteien in mietrechtlichen Streitigkeiten ob-

liege, zu qualifizieren. Dass der Richter Beweise von Amtes wegen erheben darf (vgl. Weber, Basler Kommentar, Art. 274d OR N 6), bedeutet nur, dass er diesbezüglich nicht an Offerten der Parteien gebunden ist, doch ist damit über die Frage einer allfälligen Kostenvorschusspflicht nichts ausgesagt. Im Zusammenhang mit dem Beweis der Vaterschaft ist die Zulässigkeit von Beweiskostenvorschüssen in der Lehre umstritten: Das Bundesgericht bejahte die Zulässigkeit in BGE 109 II 195 ff.; in einem neuen Urteil wies es auf diese Streitfrage hin, konnte die Frage aber offen lassen, weil sie dem Bundesgericht anstatt mit Berufung mit staatsrechtlicher Beschwerde hätte unterbreitet werden müssen (BGE vom 7. April 2004, 5C.73/2004, Erw. 2). Wenigstens bei der Untersuchungsmaxime mit Mitwirkungspflichten der Parteien in Verbindung mit dem Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung bei Bedürftigkeit muss nach der Auffassung des Obergerichts nach wie vor gelten, dass die Durchsetzung von Bundesprivatrecht keineswegs immer verlangt, die nicht bedürftige Partei von der Leistung von Kostenvorschüssen zu befreien. Bezogen auf den hier zu beurteilenden Fall ist daher nicht einzusehen, weshalb der nicht bedürftige Mieter einer Geschäftsliegenschaft nicht einen Beweiskostenvorschuss leisten sollte, wenn er die von ihm angebotenen Beweise abgenommen haben will. Die Vorinstanz sah daher zu Recht von der Beweisabnahme ab.

Obergericht, 23. September 2004, ZBR.2004.41

## 12. **Beweiskraft eines Arztzeugnisses; Mobbing ist keine Krankheit** (Art. 324a Abs. 1 OR; Art. 8 ZGB; § 187 ZPO)

1. a) Im November 2002 kündigte der Berufungsbeklagte (Arbeitnehmer) das Arbeitsverhältnis per 31. Januar 2003. Die

Berufungsklägerin verweigerte ihm den in der Folge verlangten Ferienbezug über fünf Tage in der letzten Januarwoche 2003. Im Dezember 2002 erlitt der Berufungsbeklagte eine Knieverletzung, worauf ihm sein Hausarzt bis 5. Januar 2003 eine unfallbedingte 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestierte. Danach wurde die Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit ab 4. Januar 2003 vorerst bis auf weiteres und schliesslich bis Ende Januar 2003 verlängert. In der letzten Januarwoche nahm der Berufungsbeklagte an einem Skilager teil. Die Berufungsklägerin verweigerte die Lohnzahlung.

b) Die Vorinstanz schützte die Klage auf Bezahlung des Lohnes bis Ende Januar 2003 und erwog, der Arzt habe als Zeuge auch die in den Arztzeugnissen bescheinigte Arbeitsunfähigkeit des Berufungsbeklagten wegen Krankheit vollumfänglich bestätigt.

2. Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit oder Unfall, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten (Art. 324a Abs. 1 OR).

Will der Arbeitnehmer Lohn ohne Arbeitsleistung verlangen, hat er nachzuweisen, dass die Voraussetzungen dafür erfüllt sind (Art. 8 ZGB). Den Arbeitnehmer trifft somit die Beweislast für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit und für die Kausalität zwischen der Arbeitsverhinderung und der Krankheit (Staehelin, Zürcher Kommentar, Art. 324a OR N 9). Der Beweis wird in aller Regel mit einem Arztzeugnis erbracht. Ob diesem Glauben geschenkt werden kann oder nicht, ist eine Frage der Beweiswürdigung (Geiser, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in: AJP 2003 S. 333).

Zu differenzieren ist die Auffassung der Vorinstanz, sofern die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt nicht offensichtlich unzutreffend sei, müsse darauf abgestellt werden. Ein Arztzeugnis unterliegt - wie jedes Beweismittel - der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 187 ZPO). Es stellt lediglich ein Indiz für eine Arbeitsunfähigkeit dar; das gilt insbesondere, wenn Bescheinigungen über die Arbeitsunfähigkeit vorgelegt werden, die lediglich eine geringe Aussagekraft haben (RBOG 1999 Nr. 27, 1985 Nr. 35). Im Übrigen ist auch die Aussage des ein Zeugnis konkretisierenden Arztes - wie jede Zeugenaussage - frei zu würdigen (vgl. Geiser, Kündigungsschutz bei Krankheit, in: AJP 1996 S. 557).

3. a) Gemäss dem Eintrag in der Patientenkarte und der Aussage des Arztes wurde der Mobbing-Vorwurf erst anlässlich der Arztkonsultation vom 17. Januar 2003 thematisiert. Die Aussagen des Arztes belegen zudem, dass er sich für diese Diagnose allein auf die Darstellung seines Patienten und dessen Ehefrau abstützte. Die Patientenkarte enthält den Hinweis "Sturm mit Arbeitgeber". Am 17. Januar 2003 sprach der Arzt getrennt mit dem Berufungsbeklagten und dessen Ehefrau. Er las an der Beweisverhandlung auch den von ihm am 17. Januar 2003 verfassten "Post-it-Zettel" vor und führte aus: "Er (der Berufungsbeklagte) habe gekündigt per Ende Januar 2003. Es gibt einen Vermerk auf SMS bezüglich Schlüssel. Das muss eine grössere Übung gewesen sein. Die Chefin habe angerufen, er müsse am Montag trotzdem Geräte sieben Stockwerke hoch schleppen ohne einen Lift. Dann steht, er werde gemobbt. Es ist ein Verweis darauf, dass er viel lupfen müsse. Bis zur Kündigung habe er jemanden gehabt, um die Geräte hoch zu tragen. Danach hätte er das allein machen sollen. ... Ich habe vermerkt, dass er (Berufungsbeklagter) weint, und dass die Frau kommt". Dementsprechend wurde am 17. Januar 2003 eine Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit bis 31. Januar 2003 - exakt

bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses des Berufungsbeklagten bei der Berufungsklägerin - bescheinigt. Es ergibt sich somit mit aller Deutlichkeit, dass die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit mit der vom Patienten geschilderten Mobbing-Situation begründet wurde. Damit ist näher auf diesen Vorwurf einzugehen.

b) Mobbing ist keine in den Kompetenzbereich eines Arztes fallende Diagnose. Die Frage, ob Mobbing vorliegt, ist eine reine Rechtsfrage: Es ist zu prüfen, ob ein Arbeitgeber seine in Art. 328 OR verankerte Fürsorgepflicht verletzt. Lässt ein Arbeitgeber diskriminierendes Verhalten eines Arbeitnehmers in seinem Betrieb zu, oder nimmt er selbst solche diskriminierenden Handlungen vor, ist die Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzt. Dementsprechend stellt jede vom Arbeitgeber ausgehende und im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehende Persönlichkeitsverletzung eine Vertragsverletzung dar (Geiser, Rechtsfragen der sexuellen Belästigung und des Mobbing, in: ZBJV 137, 2001, S. 438). Mobbing wird definiert als systematisches, anhaltendes oder wiederholtes feindliches Verhalten mit dem Zweck, eine Person am Arbeitsplatz zu isolieren, auszugrenzen oder sogar vom Arbeitsplatz zu entfernen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Juli 2002, in: ZBl 104, 2003, S. 206; Geiser, S. 430). Der Begriff beschreibt ein Phänomen, bei dem einzelne Arbeitnehmer eines Unternehmens gezielt, systematisch und über längere Zeit von einem oder mehreren Betriebsangehörigen schikaniert werden (Mobbing und andere psychosoziale Spannungen am Arbeitsplatz in der Schweiz, Studie des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Oktober 2002, S. 10). Die Mobbingdefinition von Leymann besagt, dass bei einer Person Mobbing vorliegt, wenn sie eine von 45 definierten Mobbing-Handlungen mindestens einmal in der Woche und seit mindestens einem halben Jahr erlebt (Studie des SECO, S. 7). Das Mobbing ist vom schlechten Arbeitsklima im Allgemeinen abzugrenzen (ZBl 104, 2003, S. 207; Geiser, S. 431). Die Unterscheidung zwischen Mobbing und

schlechtem Arbeitsklima ist in der Praxis schwierig. Es ist erforderlich, alle Einzelaspekte der behaupteten Diskriminierung abzuklären. Zeigen diese Abklärungen, dass systematisches, anhaltendes und wiederholtes feindliches Verhalten mit dem Zweck vorliegt, eine Person zu isolieren, auszugrenzen oder vom Arbeitsplatz zu entfernen, ist von einer mit rechtlichen Konsequenzen verbundenen Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auszugehen.

c) Der Arzt führte vor Vorinstanz aus, *das* Mobbing gebe es nicht. Der Berufungsbeklagte sei weinerlich, psychisch nicht stabil gewesen und schnell ausgerastet, auch gegenüber seiner Frau und der Familie. Er habe Schlafstörungen und einen Verlust des Selbstwertgefühls gehabt. Dieser Verlust habe sich beispielsweise in der Aussage gezeigt, dass er sich für die Firma angestrengt habe und nun "den Schuh" bekomme. Dazu gehörten auch die geschilderten Provokationen, dass er künftig allein Geräte in den siebten Stock tragen müsse. Man setze ihn wegen der Schlüssel mit der Polizei unter Druck. Mithin stellte der Arzt erstmals eine konkrete psychische Dekompensation fest, die aus Weinerlichkeit und - soweit vom Arzt feststellbar - Verlust des Selbstwertgefühls bestand. Die Schilderung von Schlafstörungen und dem Ausrasten gegenüber der Familie beruhen hingegen nicht auf konkreten Wahrnehmungen des Arztes. Die erstmals am 17. Januar 2003 festgestellte Weinerlichkeit und der Verlust des Selbstwertgefühls dürften jedoch nach objektiven Gesichtspunkten kaum dazu führen, einen Patienten bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses arbeitsunfähig zu schreiben. Es ist gerichtsnotorisch, dass sich eigentliche Depressionen nicht präzis auf das Ende eines Arbeitsverhältnisses festlegen lassen.

Somit ist offensichtlich und sowohl vom Arzt als auch vom Berufungsbeklagten letztlich nicht bestritten, dass die Diagnose der 100%-igen Arbeitsunfähigkeit bis zum Ende des Arbeits-

verhältnisses auf die geschilderte "Mobbing-Situation" zugeschnitten war. Dies bestätigte auch der Berufungsbeklagte, als er ausführte, er habe dem Arzt von den Schikanen erzählt. Er habe auch die Drohung mit der Polizei geschildert. Sein Arzt habe das mit der Polizei auch nicht verstanden.

Aus diesen Vorfällen kann indessen nicht auf ein eigentliches Mobbing geschlossen werden. Die Geschichte mit den Schlüsseln bezog sich auf die Rückgabe der Autoschlüssel gemäss einem Telefongespräch mit der Arbeitgeberin Ende Dezember 2002. Auch das behauptete Telefonat der Berufungsklägerin mit Bezug auf das Schleppen von Geräten ohne Lift muss spätestens am 30. Dezember 2002 stattgefunden haben, da nachher keine telefonischen Kontakte zwischen der Berufungsklägerin und dem Berufungsbeklagten, sondern nur noch zwischen dem Berufungsbeklagten und dem Ehemann der Berufungsklägerin stattfanden, als dieser sich nach dem Zustand des Arbeitnehmers erkundigte. Auch auf Ergänzungsfragen vermochte der Arzt das von ihm angeblich festgestellte Mobbing nicht weiter zu konkretisieren.

d) Somit steht fest, dass der Arzt am 17. Januar 2003 wegen des weinerlichen Verhaltens seines Patienten und lediglich aufgrund von zwei konkreten Vorfällen, die sich Ende 2002 ereigneten (als der Berufungsbeklagte ohnehin schon wegen Unfalls krank geschrieben war), zu Unrecht auf Mobbing schloss. Dementsprechend erfolgte auch die Bescheinigung einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit aus diesem Grund zu Unrecht. Dass der Berufungsbeklagte nicht generell unter Depressionen litt, erhellt schon daraus, dass er unmittelbar nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sogleich wieder 100% arbeitsfähig war, mithin gleichsam über Nacht nach einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit wieder gesund wurde. Gegen eine die Arbeitsfähigkeit einschränkende Depression spricht auch die Tatsache, dass der Berufungsbeklagte gemäss den Aussagen des Arztes in dessen Einverständnis am

längst geplanten Skilager als Aufsicht für Anfänger am Anfängerhügel und zugleich als Leiter im Haus mit Verantwortung für Kranke und Verletzte teilnahm. War der Berufungsbeklagte hiezu in der Lage, hätte er auch ohne weiteres seinen Nachfolger im Unternehmen der Berufungsklägerin einführen können.

e) Zusammenfassend haben die Arztzeugnisse hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit des Berufungsbeklagten zufolge Krankheit ab 5. Januar 2003 keine rechtsgenügliche Aussagekraft. Auch die Zeugenaussagen des Hausarztes vermochten die Arztzeugnisse nicht zu konkretisieren. Namentlich erwies sich die Grundlage der von ihm bescheinigten Arbeitsunfähigkeit - das behauptete Mobbing - als unbegründet.

Obergericht, 2. September 2004, ZBR.2004.44

---

**13.** **Es ist im Einzelfall zu entscheiden, ob das Zahlen fälliger (liquider) Erbschaftsschulden durch einen Erben als blosse Verwaltungshandlung oder als Einmischung gilt** (Art. 571 Abs. 2 OR)

---

1. Die Vermutung der Ausschlagung der Erbschaft bei offenkundiger Überschuldung des Nachlasses wird umgestossen, wenn ein Erbe die Erbschaft annimmt oder Erbenhandlungen im Sinn von Art. 571 Abs. 2 ZGB vornimmt (Tuor/Picenoni, Berner Kommentar, Art. 566 ZGB N 12 und Art. 571 ZGB N 5; Escher, Zürcher Kommentar, Art. 566 ZGB N 14). Nach dieser Bestimmung verwirkt ein Erbe das Ausschlagungsrecht, wenn er sich in die Angelegenheiten der Erbschaft eingemischt oder Handlungen vorgenommen hat, die nicht durch die blosse Verwaltung der Erbschaft und durch den Fortgang der Geschäfte des Erblassers gefor-

dert waren, oder wenn er sich Erbschaftssachen angeeignet oder verheimlicht hat.

2. a) Blosse Verwaltungshandlungen im Sinn von Art. 571 Abs. 2 ZGB vermögen die Vermutung der Ausschlagung (Art. 566 Abs. 2 ZGB) nicht umzustossen. Als blosse Verwaltungshandlungen bezeichnet werden dringende Ausbesserungen, die Bezahlung fälliger Erbschaftsschulden, das Inkasso fälliger Guthaben des Erblassers, die Weiterführung eines hängigen Prozesses oder eines eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahrens, die Weiterführung des Geschäftsbetriebs einschliesslich der Ordnung der Anstellungsverhältnisse oder der dringende Verkauf von Vermögenswerten, die beispielsweise einen Wertverlust erleiden oder der Beschaffung der für die Verwaltung nötigen Gelder dienen (Tuor/Picenoni, Art. 571 ZGB N 13; Schwander, Basler Kommentar, Art. 571 ZGB N 5). Als Einmischung und damit als konkludente Annahme der Erbschaft zu betrachten ist demgegenüber die Aneignung von Erbschaftssachen und -werten oder die Verheimlichung solcher gegenüber Miterben (Schwander, Art. 571 ZGB N 4). Die Wegnahme wertloser oder ganz geringfügiger Sachen ist noch nicht als Einmischung anzusehen. Die konkludente Annahme der Erbschaft setzt in der Regel ein bewusstes, vorsätzliches Verhalten (bezogen auf die einzelne Handlung) und zumeist ein positives Tun voraus. Dabei steht fast immer eigenes Interesse - zum Beispiel die Vermischung von Nachlass- und Erbengeldern - und nicht das blosse Erhaltungsinteresse im Vordergrund. Erforderlich ist das Wissen des Erben, dass es sich um einen dem Nachlass zugehörigen Wert handle (Schwander, Art. 571 ZGB N 5). Gemeinsam ist den Handlungen, dass sich die zur Erbschaft berufene Person verhält, wie wenn sie schon definitiv Erbin wäre; sie tritt eigentlich das Erbe wenigstens zum Teil schon an (Schwander, Art. 571 ZGB N 4).

b) Dass das Bezahlen fälliger (liquider) Schulden als blosse Verwaltungshandlung angesehen wird, erachtet das Obergericht im Zusammenhang mit der vermuteten Ausschlagung zufolge offensichtlicher Überschuldung des Nachlasses als nicht unproblematisch: Alsdann bestimmt zunächst der Erbe, welche Erbschaftsgläubiger mit den vorhandenen Aktiven des Nachlasses befriedigt werden. An sich müsste es aber wegen der offenkundigen Überschuldung bzw. der vermuteten Ausschlagung zur konkursamtlichen Liquidation gemäss Art. 193 SchKG kommen. Es würden sämtliche Gläubiger der nämlichen Klasse gleich behandelt (Art. 220 Abs. 1 SchKG). Im Ergebnis kann somit bei einer überschuldeten Erbschaft die Befriedigung einzelner Gläubiger zu einer Gläubigerbevorzugung führen, was wohl als Einmischung zu qualifizieren wäre. Der Erbe kann sich in diesem Zusammenhang auch kaum darauf berufen, erst nach einigen Zahlungen festgestellt zu haben, dass die Verlassenschaft überschuldet sei, weil es alsdann an der Offensichtlichkeit der Zahlungsunfähigkeit des Erblassers zum Todeszeitpunkt fehlen und damit die Vermutung der Ausschlagung nicht greifen würde. Man wird dieses Problem allenfalls lösen können, indem einerseits bei einem offenkundig überschuldeten Nachlass die Schuldentilgung nur als Verwaltungshandlung zu betrachten ist, wenn die Bezahlung dieser Forderung als (mindestens subjektiv für den betreffenden Erben) dringend notwendig erscheint und/oder damit weitere Folgekosten für die Erbschaft vermieden werden können. Andererseits muss offensichtlich sein, dass der Erbe sich nicht einmischen, sondern (gutgläubig) die Erbschaft verwalten wollte. An diese Kriterien ist insbesondere bei Berufung des Erben auf die vermutete Ausschlagung nach Ablauf der Ausschlagungsfrist ein strenger Massstab anzulegen.

Obergericht, 6. Juli 2004, ZBR.2004.25

## 14. **Auslegung einer Versicherungsvertragsklausel** (Art. 100 VVG; Art. 18 OR)

1. Der Berufungsbeklagte schloss als Versicherungsnehmer mit der Berufungsklägerin eine Versicherung für den Transport von Motocross-Maschinen inklusive Zubehör und Werkzeug, Crossbekleidung, Protektoren und einer Digitalkamera ab. Nachdem der Berufungsklägerin gemeldet worden war, der Lieferwagen sei aufgebrochen und der gesamte Inhalt gestohlen worden, teilte diese dem Berufungsbeklagten mit, ihre Abklärungen - insbesondere die Untersuchung der Schliessanlage des Lieferwagens durch einen Gutachter - hätten ergeben, dass das Fahrzeug nicht gewaltsam geöffnet worden sei. Es sei nur der Diebstahl infolge Aufbrechens des abgeschlossenen Transportmittels versichert.

2. Anspruchsgrundlage ist die zwischen den Parteien abgeschlossene Transportversicherung. Gegenstand der Versicherung ist gemäss Ziff. 1 der Vereinbarung der Transport von Motocross-Maschinen inklusive Zubehör und Werkzeug, Crossbekleidung, Protektoren und einer Digitalkamera. Nach Ziff. 3 Abs. 2 gelten Diebstahl und Abhandenkommen nur als versichert, wenn das abgeschlossene Transportmittel aufgebrochen oder das ganze Transportmittel gestohlen wird.

3. a) Bei der Auslegung von Ziff. 3 Abs. 2 der Vereinbarung, wonach Diebstahl und Abhandenkommen nur als versichert gelten würden, wenn das abgeschlossene Transportmittel aufgebrochen oder das ganze Transportmittel gestohlen werde, erwog die Vorinstanz, diese Bestimmung habe den Sinn, den einfachen Diebstahl als versichertes Ereignis auszuschliessen. Es sollten lediglich qualifizierte Diebstahlsereignisse versichert sein.

Damit von einem Aufbrechen gesprochen werden könne, genüge es, dass das Fahrzeug, welches aufgebrochen werde, abgeschlossen gewesen sei. Ob brachiale Gewalt oder subtilere Methoden angewandt würden, sei irrelevant: In beiden Fällen sei davon auszugehen, dass das Fahrzeug aufgebrochen werde, weil der Schliessmechanismus überwunden werde. Hätte die Berufungsklägerin nur ein gewaltsames Aufbrechen des Fahrzeugs versichern wollen, hätte sie dies in ihrer Offerte ausdrücklich festhalten müssen. Dem hält die Berufungsklägerin entgegen, mit der fraglichen Vertragsbedingung werde vom Versicherungsnehmer verlangt, dass er den Beweis des Aufbrechens erbringe. Dieser Beweis könne nur erbracht werden, wenn eine Beschädigung am Fahrzeug begangen worden sei, die das Öffnen ermöglicht habe. Aufbrechen beinhalte Gewaltanwendung, die Spuren hinterlasse, weshalb die von der Vorinstanz erwähnte Möglichkeit des gewaltlosen Aufbrechens nicht in Betracht komme. Gemäss dem Gutachten sei der Schliessmechanismus des Schlosses nicht beschädigt worden. Damit stehe fest, dass der Berufungsbeklagte den Beweis nicht erbracht habe, dass das Fahrzeug aufgebrochen worden sei.

b) Das Obergericht schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an. Die Bestimmung, dass nur das Aufbrechen des Transportmittels oder der Diebstahl des ganzen Transportmittels versichert ist, hat offensichtlich den Sinn, den einfachen Diebstahl als versichertes Ereignis auszuschliessen. Das anerkannte auch die Berufungsklägerin in ihrer Klageantwort; die Erweiterung der Deckung auf den umfassenden, kaum überprüfbaren einfachen Diebstahl ist nicht erwünscht. Versichert sein sollen lediglich qualifizierte Diebstahlsereignisse, um so den Nachweis und die Überprüfung des Diebstahls zu erleichtern und allfällige Missbräuche zu erschweren. Vom Versicherungsnehmer wird verlangt, dass er die ihm zumutbaren Vorkehrungen trifft, damit das versicherte Ereignis nicht eintritt bzw. nicht allzu leicht herbeigeführt werden kann. Zu diesen zumutbaren Vorkehrungen gehört das Abschlies-

sen des Fahrzeugs. Darüber hinausgehende Vorsichtsmassnahmen (Alarmanlage, spezielle Schliessvorrichtung usw.) können aber vom Versicherungsnehmer nicht erwartet werden und sind im vorliegenden Fall im Transportversicherungsvertrag von der Berufungsklägerin auch nicht verlangt worden. Damit von einem Aufbrechen im Sinn von Ziff. 3 Abs. 2 des Vertrags gesprochen werden kann, genügt es, dass das Fahrzeug, welches "aufgebrochen" wird, abgeschlossen war. Mit welchen Mitteln die Diebe die Schliessanlage des Fahrzeugs "knacken", spielt keine Rolle. Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob die Diebe brachiale Gewalt anwenden, etwa indem sie die Türen mit einem Brecheisen aufstemmen, eine Scheibe einschlagen oder den Schliesszylinder gewaltsam überdrehen, oder ob der Schliessmechanismus durch subtilere Methoden, wie beispielsweise durch einen Draht, durch Erzeugen von Druck oder durch elektronische Hilfsmittel (wie etwa durch Erzeugen der gleichen Frequenz wie jene des Autoschlüssels) überwunden wird. In allen diesen Fällen ist davon auszugehen, dass das Fahrzeug aufgebrochen wird, weil der Schliessmechanismus überwunden wird. Will die Berufungsklägerin demgegenüber nur ein gewaltsames Aufbrechen von Fahrzeugen versichern, müsste sie dies in ihren Offerten ausdrücklich erklären. Nach dem Sinn und Zweck, wie er der Einschränkung des Deckungsumfangs im Versicherungsvertrag zwischen den Parteien zugrunde liegt, ist aber das Aufbrechen nicht auf ein gewaltsames Aufbrechen beschränkt. Dem Argument der Berufungsklägerin, der Laie verstehe unter "Aufbrechen" bzw. "Einbrechen" eine Gewalthandlung, kann nicht gefolgt werden: Der Laie versteht unter "Auf-" bzw. "Einbrechen" in erster Linie das Überwinden des Schliessmechanismus und das Eindringen in den abgeschlossenen Raum. Als die mit einem Auf- bzw. Einbruch verbundene negative Folge steht dabei für ihn die Wegnahme seiner Wertgegenstände im Vordergrund, und nicht eine allenfalls erfolgte zusätzliche Sachbeschädigung. Der Laie, der seine Güter gegen ein solches Eindringen - oder eben Einbrechen bzw. Aufbrechen - zu schützen

versucht und zu diesem Zweck eine Versicherung abschliesst, kommt nicht auf den Gedanken, dass der Wert seiner Güter von der Versicherung nur deshalb nicht ersetzt werden könnte, weil der Eindringling anstelle von brachialer Gewalt subtilere Mittel für das Überwinden des Schliessmechanismus anwendet. Für den Laien macht es keinen Unterschied, und ihm ist es auch egal, wie raffiniert sich der Eindringling zu den Wertsachen Zugang verschafft und wie raffiniert ihm seine Wertsachen abhanden kommen; sein einziges Anliegen ist es, in einem solchen Fall der Wegnahme seiner Güter Versicherungsschutz zu erhalten. Dass eine Versicherungsgesellschaft im Ernstfall auf den spitzfindigen Gedanken kommen könnte, die Versicherungsdeckung sei zu verneinen, nur weil bei einem Einbruch - welcher Begriff dem "Aufbrechen" seitens der Berufungsklägerin ausdrücklich gleichgestellt wurde - zusätzlich zu der Entwendung der Güter nicht auch noch Türen und Fenster demoliert wurden, damit rechnet kein Laie; ansonsten würde er eine solche Versicherung kaum abschliessen, macht sie doch für ihn gar keinen Sinn. Setzt also die Versicherungsgesellschaft für die Gewährung des Versicherungsschutzes die brachiale Gewalt voraus, so hat sie dies im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses deutlich darzulegen und in ihren Offerten auch so zu formulieren. Ansonsten darf der Laie nach seinem Verständnis des Ein- bzw. Aufbruchs stillschweigend davon ausgehen, dass der Versicherungsschutz auch besteht, wenn die Täter den Schliessmechanismus der Türen auf subtile Weise überlisten.

Obergericht, 9. September 2004, ZBR.2004.42

Eine gegen dieses Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht am 23. Dezember 2004 ab.

## 15. **Blosse Sachbezeichnung im Markenrecht; Berücksichtigung im Massnahmeverfahren** (Art. 2 lit. a MSchG)

1. a) Die Gesuchstellerin brachte die "Teufelshörnli" im Frühjahr/Sommer 1999 auf den Markt. Die "Teufelshörnli" wurden 2002 als Marke eingetragen. Die Gesuchsgegnerin ihrerseits liess ungefähr zur gleichen Zeit "Teufelshörnchen" im Markenregister eintragen.

b) Die Gesuchstellerin stellte das Rechtsbegehren, es sei der Gesuchsgegnerin zu verbieten, die Bezeichnung "Teufelshörnchen" für Lebensmittelprodukte, bestehend aus Paprika gefüllt mit Frischkäse, oder andere Produkte, für welche die Marke "Teufelshörnli" eingetragen sei, zu gebrauchen und/oder dafür Werbung zu machen, und es sei ihr insbesondere zu verbieten, so bezeichnete Produkte herzustellen, ein-/auszuführen, selbst oder unter Beizug von Vertriebspartnern anzubieten, in Verkehr zu bringen oder zu diesem Zweck zu lagern. Für den Widerhandlungsfall sei den verantwortlichen Organen der Gesuchsgegnerin die Bestrafung mit Haft oder Busse nach Art. 292 StGB anzudrohen, und diese Massnahmen seien vorsorglich bis zur rechtskräftigen Erledigung des noch einzuleitenden Hauptverfahrens anzuordnen. Die Gesuchsgegnerin beantragte die Abweisung des Gesuchs. Ausserdem sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Gesuchsgegnerin die Einrede der Nichtigkeit der Marke "Teufelshörnli" erhebe.

2. Die Gesuchsgegnerin macht vorab geltend, unterschiedlich gewürzte und mit Frischkäse gefüllte Paprika seien eine mediterrane Vorspeise und keineswegs von der Gesuchstellerin "erfunden" worden; es handle sich um eine Sachbezeichnung.

a) In prozessualer Hinsicht erhebt die Gesuchstellerin an sich zu Recht den Einwand, im Massnahmeverfahren müsse der rechtmässige Bestand einer Marke lediglich glaubhaft gemacht werden; für eine gegenteilige Behauptung wäre die Gesuchsgegnerin beweispflichtig. Die Nichtigkeitseinwendung kann indessen nicht aus dem Massnahmeverfahren herausgehalten werden; der Einwand der Nichtigkeit ist daher in jedem Fall zu prüfen (Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Diss. Zürich 1993, S. 93). Ebenso kann, unabhängig davon, ob der Kläger die Nichtigkeit der Marke geltend macht, der Massnahmerichter den rechtmässigen Bestand der Marke überprüfen, wenn er seinerseits schon an dieser Rechtmässigkeit Zweifel hat; das gilt insbesondere, wenn der Kläger keine Anstalten trifft, den Hauptprozess von sich aus einzuleiten: Man soll dem Richter nicht zumuten, mit Scheuklappen an allgemein Bekanntem vorbeizusehen (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.A., Art. 202 N 3a).

b) Gemäss Art. 2 lit. a MSchG sind Zeichen vom Markenschutz ausgeschlossen, die Gemeingut sind, es sei denn, dass sie sich als Marke für die Waren oder Dienstleistungen durchgesetzt haben, für die sie beansprucht werden. Ob dieser Ausschlussgrund vorliegt, wird im Eintragungsverfahren von Amtes wegen geprüft (Art. 30 Abs. 2 lit. c MSchG), doch ist der Zivilrichter an diesen Entscheid in einem späteren Verfahren nicht gebunden (sic! 2000 S. 290, 1997 S. 57; BGE 103 Ib 275). Ob ein Zeichen gemeinfrei ist, beurteilt sich stets nach dem Gesamteindruck (BGE 120 II 149; sic! 2000 S. 286), wobei sich der Entscheid nach der Verkehrsauffassung richtet (vgl. David, Kommentar zum MSchG, Art. 2 N 9). Aus der Massgeblichkeit des Gesamteindrucks folgt, dass ein Zeichen nicht bereits deshalb vom Markenschutz ausgenommen ist, weil es einen gemeinfreien Bestandteil enthält; entscheidend bleibt, dass der Gesamteindruck nicht von gemeinfreien Elementen geprägt wird (Willi, Kommen-

tar zum MSchG, Art. 2 N 19). Ein schutzfähiges Zeichen kann sich aus einer Mehrzahl von Einzelelementen zusammensetzen, wobei auch gemeinfreie Zeichenbestandteile mit anderen Zeichen zusammen zu einem insgesamt schutzfähigen Zeichen kombiniert werden können; selbst die Verbindung von je für sich genommen nicht schutzfähigen Wörtern bzw. Wortbestandteilen kann dem Markenschutz zugänglich sein (David, Art. 2 MSchG N 8; Willi, Art. 2 MSchG N 20; BGE 104 Ib 139, 99 II 403). Setzt sich ein Zeichen aus einzelnen oder gar mehreren schutzunfähigen Elementen zusammen, so ist zunächst der Sinngehalt der einzelnen Bestandteile zu ermitteln (Willi, Art. 2 MSchG N 21). Als Zeichen des Gemeinguts im Sinn von Art. 2 lit. a MSchG gelten im Wesentlichen Sachbezeichnungen, Beschaffenheitsangaben, unmittelbare Herkunftsangaben, Qualitätsangaben und reklamehafte Anpreisungen sowie Ausstattungshinweise (Willi, Art. 2 MSchG N 48 ff.; vgl. David, Art. 2 MSchG N 10 ff.). Sachbezeichnungen sind vorab Warennamen oder Synonyme dazu; Beschaffenheitsangaben geben Auskunft über bestimmte Eigenschaften oder Merkmale der Ware, unabhängig, worauf sich die entsprechenden Hinweise beziehen (David, Art. 2 MSchG N 10 ff.). Allemal geht es aber um Zeichen und Angaben, welche im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung des Werts, des Ursprungsorts bzw. der Herkunft, der Zeit der Herstellung der Ware, der Erbringung einer Dienstleistung oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Ware dienen können; beschreibend sind damit alle Angaben, die in einem so engen Zusammenhang mit der Ware stehen, dass sie mittelbar oder unmittelbar auf eine bestimmte Qualität oder Quantität schliessen lassen, wobei der Begriff der beschreibenden Angabe weit zu fassen ist (David, Art. 2 MSchG N 10). Im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs müssen Zeichen vom Markenschutz ausgenommen werden, die für den Wirtschaftsverkehr wesentlich oder gar unentbehrlich sind; ein einzelner Gewerbetreibender soll nicht ein Zeichen für eigene kommerzielle Zwecke monopolisieren dürfen, das aufgrund seines

Sinngehalts für andere Gewerbetreibende von Bedeutung ist oder in Zukunft noch werden könnte. Dabei ist das Freihaltebedürfnis in Bezug auf die beanspruchten Waren zu prüfen. Der massgebende Verkehrskreis für die Beurteilung der Freihaltebedürftigkeit ist die Branche, wobei Verallgemeinerungen der Kenntnisse der massgeblichen Fachkreise mit Zurückhaltung zu erfolgen haben (Willi, Art. 2 MSchG N 42 ff.).

c) Die Gesuchsgegnerin führt verschiedene Belege dafür an, dass der Begriff "Teufelshörnli" bzw. "Teufelshörnchen" eine blosse Sachbezeichnung sei, indem sie darauf hinweist, welche Produktions- bzw. Gewerbebetriebe diese Bezeichnung verwenden. Die Gesuchstellerin macht demgegenüber mit entsprechenden Nachweisen geltend, die in Frage stehenden Betriebe bezögen - mit einer Ausnahme - alle das entsprechende Produkt bei ihr selbst bzw. bei der X AG, welche für die Gesuchstellerin einen Teil des Vertriebs übernommen habe; die Ausnahme bilde Y, welche auf Intervention hin allerdings mit der Gesuchstellerin eine Vereinbarung geschlossen habe, den in Frage stehenden Begriff nicht mehr zu verwenden. Wie es sich mit dem Wert der von der Gesuchstellerin eingereichten Belege prozessual verhält, kann einstweilen offen bleiben; entscheidend ist einzig, dass damit weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht ist, dass "Teufelshörnli" bzw. "Teufelshörnchen" keine Sachbezeichnung ist. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass seitens der Gesuchstellerin nicht einmal geltend gemacht wird, die von ihr offenbar über zahlreiche Kanäle, wie sie von der Gesuchsgegnerin aufgezeigt worden sind, vertriebenen Produkte seien als ihre Produkte bzw. als Markenprodukt zu erkennen. Umgekehrt ist mit den vorhandenen Akten indessen auch nicht belegt, dass es sich bei "Teufelshörnli" um eine Sachbezeichnung für mit Frischkäse gefüllte Paprikaschoten handelt; vielmehr liegt eher der Schluss nahe, dass beide Parteien die Bedeutung dieser von ihnen gewählten Bezeichnung für dieses spezielle Produkt auf dem schweizerischen Markt überschätzen.

Ob es sich in diesem Sinn um eine eigentliche Sachbezeichnung oder um eine gemeinfreie Beschreibung des Produkts handelt, ist allerdings insofern gleichgültig, als nur zu prüfen ist, ob im Sinn von Art. 2 lit. a MSchG ein Zeichen vorliegt, das Gemeingut bildet.

d) Damit ist dem Begriff "Teufelshörnli" näher nachzugehen.

aa) Vorab ist davon auszugehen, dass es sich entsprechend den Ausführungen der Gesuchsgegnerin bei mit Käse bzw. Frischkäse gefüllten Paprikaschoten um eine traditionelle Spezialität, die vor allem im mediterranen Raum, aber auch teilweise im übrigen Europa, sehr verbreitet ist, handelt. Gefüllte Paprikaschoten sind sehr beliebt (Kellermann/Eising, Fleischlos kochen, München 1998, S. 107). Paprikaschoten "sind von Natur aus schon dafür geschaffen, gefüllt zu werden, und deshalb dürfen sie wohl zu den beliebtesten Paprikagerichten zählen. Gefüllt wird höchst unterschiedlich – mit Fleisch oder Fisch, mit Käse, Brot, Reis oder auch mit einfachen bis raffinierten Mischungen. Viele Länderküchen haben ihre ganz speziellen Füllungen entwickelt. Gefüllt werden aber nicht nur die grossen Gemüsepaprika, sondern auch kleine und grössere Chilisorten" (Teubner/Schönfeldt/Lundberg, Paprika – Gewürz und Gemüse, Füssen 1993, S. 124). Dabei sind es vor allem die Landesküchen entlang dem Mittelmeer, welche unter anderen vielzähligen Möglichkeiten zur Füllung traditionell Käse aus der Region - und zwar meistens vom Schaf oder von der Ziege - verwenden (Teubner/Schönfeldt/Lundberg, S. 128): Gefüllte Paprikaschoten in jeglicher Ausgestaltung kennt man in Italien als "Peperoni ripieni" oder als "Involtini di peperoni" (Hess/Sälzer, Die echte italienische Küche, 13.A., S. 228) und in Spanien als "pimientos rellenos" (vgl. Arguiñano, 1069 recetas, 8.A., S. 132, 169, 343, 422, 547 f.) oder einfach als eine klassische Variante von "tapas" (Lissen/Cleary, Tapas, Köln 1996, S. 66 f.;

vgl. De las Casas, Die Tapas-Bar, München 1998, S. 31; vgl. auch Dickhaut, Italienische Barküche, Augsburg 1999, S. 16) oder z.B. - mit Reis gefüllt - als "bajoques farcidas" (Aris, Spanische Küche, Köln 1996, S. 111). Gefüllte Paprikaschoten in verschiedensten Formen finden sich ferner in der Küche des Orients (Schindler, Küche des Orients, Niedernhausen 1999, S. 9), insbesondere in der Türkei (Knich, Türkisch kochen, Augsburg 1999, S. 36; Casparek-Türkkan, Türkisch kochen, München 1992, S. 28), und in der Küche Asiens, z.B. in Afghanistan, wo sie als "Dolma-e-Mortsch" bezeichnet werden (Hayat, Die afghanische Küche, Bonn 1986, S. 72 f.), sowie - in ganz besonderer Vielfalt - in der Küche Mexikos (als "chiles rellenos", vgl. Teubner/Schönfeldt/Lundberg, S. 128; Henss/Kissel, Mexiko - Kulinarische Streifzüge, Blaufelden, o.J., S. 122; Mexikanisch-texanische Küche, o.Verf., Köln, o.J., S. 34). Gefüllte Paprikaschoten gibt es indessen auch in Osteuropa, wie etwa in Bulgarien (Osteuropäische Küche, o.Verf., Reichelsheim 2002, S. 139), und in Ungarn, wo sehr viel Paprika produziert wird, werden gefüllte Paprikaschoten als "Töltött paprika" bezeichnet (Gergely/Büschel/Stempell/Feierabend/Ditter, Ungarische Spezialitäten, Köln 1999, S. 59); entsprechende Spezialitäten gab es dementsprechend natürlich auch in der früheren DDR (Scheffler, Alles Soljanka oder wie?, 4.A., S. 54 f.). Beim von der Gesuchstellerin hergestellten Produkt handelt es sich mithin letztlich um eine in Süd-, Mittel- und Osteuropa sehr weit verbreitete und teils bereits altbekannte Variante eines ebenso altbekannten und traditionellen Gerichts.

bb) Die Zusammensetzung von Begriffen mit "Teufel-", die insbesondere in der Zoologie oder Botanik vorkommen ("Teufelsabbiss", "Teufelsdreck", "Teufelskirsche", "Teufelskralle", "Teufelsrochen", "Teufelsrübe", "Seeteufel" etc.) oder auch früher im Volksmund entstanden sind ("Teufelshand" für geflecktes Knabenkraut, "Teufelspflanze" für Petersilie, "Teufelsflucht" für Johanniskraut; vgl. Scherf, Zauberpflanzen - Hexen-

kräuter, München 2002, S. 41, 108 und 202), weisen sehr unterschiedliche Gründe der Wortentstehung auf - teils beschreiben sie das Aussehen, teils basieren sie auf Märchen und Sagen - und haben insofern eine sehr schillernde Bedeutung. Anders verhält es sich demgegenüber bei solchen Zusammensetzungen, die im Zusammenhang mit Essen und Trinken stehen:

Es entspricht einer langen Tradition im europäischen Raum, scharfe oder verführerische Gerichte als "teuflisch" oder mit der Wortverbindung "Teufels-" zu bezeichnen. Schon Auguste Escoffier (Le Guide Culinaire, Reprint 1999 der deutschen Übersetzung der 4.A., 1923, S. 857 f.) beschreibt "Diablotins" und "Diablotins d'Epicure" (in der deutschen Übersetzung als "Teufelsnocken" bezeichnet). Im Dictionnaire "Duboux" (Thun, Ausgabe 1991, S. 103 f.), welcher in der Schweiz für die Sprache der Speisekarten faktisch als massgebend gilt, sind mit der Zusammensetzung "diable" nicht weniger als zehn Speisen aufgeführt, ferner die "consommé diablotin", und als "diablotins" auch noch die "croûtons au fromage". Daneben gibt es im kulinarischen und gastronomischen Bereich - um nur einige wenige signifikante Beispiele zu nennen - "Teufelsbier" (www.irishpub.jena.de), "Teufelsbraten" (www.mdr.de/boulevard), "Teufelsbrot" (www.weinstube-lehmgrube.de; www.baeckereijung.de), "Teuflische Eier" (www.fox.soest.gmxhome.de), "Teufelseier" (Hofmann/Lydtin, Bayerisches Kochbuch, 55.A., Nr. 596; www.ruesselfix. ath.cx/rezepte; vgl. zur botanischen Bedeutung auch Brockhaus, Enzyklopädie in 20 Bänden, Studienausgabe, Leipzig 2001, Band 21 S. 700), "Teufelsfleisch" (www.rezepte.li; www.rezepte-home.de), "Teufelshappen" (www.mayofeinkost.de), "Teufelskaffee" (www.zeezicht.nl), "Teufelskartoffeln" (www.knorr-gastro.ch), "Teufelskessel" (www.hotelzetocha.cz; dialentry.gelsen-net.de), "Teufelskuchen" (Scheffler, S. 182; www.kirchenweb.at; www.backmitmir.de), "Teufelsküsse" (www.debschwitz.de; www.fox.soest.gmxhome.de), "Teufelsnudeln" (www.herwix.de; www.zum-muehlenhof.de),

"Teufelssalat" (www.chefkoch.de), "Teufelsschwanz" (www.cocktail-center.de; www.fox.soest.gmxhome.de), "Teufelssauce" (Duboux, S. 103; Scheffler, S. 144; www.rezepte.li), "Teufelssuppe" (www.droetker.de; www.swr.de/grossmutter/rezepte), "Teufelstarte" (www.fox.soest.gmxhome.de; "Crostata del Diavolo"), "Teufelstopf" (www.belzig-online.de; www.gasthaus-waldesruh.de), "Teufelstorte" (www.kirchenweb.at; www.essenmitfreude.de), "Teufelstrank" (www.mdr.de/boulevard; www.dada.at) und "Teufelszimt" (www.kirchenweb.at; www.fox.soest.gmxhome.de). In diesen Zusammenhang gehören ferner die - heute wegen ihrer sprichwörtlichen Bedeutung im kulinarischen Zusammenhang allerdings eher ironisch verwendeten - "In Teufels Küche" (z.B. das Rezeptbuch von Moles Kaupp, "Teufels Küche", Höllisch scharfe Sachen, München 2000) oder "Des Teufels Leibgericht" (www.chefkoch.de) und ähnliche Bezeichnungen (z.B. das Buch von Grimm, "Aus Teufels Topf", Die neuen Risiken beim Essen, 2.A.). Dass einzelne der genannten Wortzusammensetzungen als Marke eingetragen wurden, ist soweit ersichtlich nicht der Fall und erscheint angesichts der zahlreichen Mehrfachnennungen als höchst unwahrscheinlich.

Die verhältnismässig einfache und gängige Assoziation zwischen "teuflisch" und "scharf" bzw. "rezent" - oder besonders "verführerisch" - ist bei Gastronomen und insbesondere Köchen seit Jahrhunderten üblich und derart bekannt, dass sie immer wieder in Speisekarten und Rezepte einfliesst. Dem Wortbestandteil "Teufel" kommt dabei etwa dieselbe Bedeutung zu wie vielen anderen in der Gastronomie und verwandten Bereichen allgemein gebräuchlichen Wendungen, wie insbesondere "Jäger-" für Wald- und Wildgerichte ("Jägersauce", "Jägersalat", "Jägerschnitzel") oder "Bauern-" für rustikale Gerichte ("Bauernsuppe", "Bauerneintopf", "Bauernbrot") oder "Kloster-" für entsprechende klösterliche Rezepte ("Klosterbräu", "Klosterfladen", "Verlorene Klosterfrauen"). Dabei ist weiter zu beachten, dass zahlreiche sprichwörtliche

Redensarten im Zusammenhang mit "Teufel" existieren (Röhrich, Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten, Freiburg 1994, S. 1608 ff.); aus diesem Grund sind im Zusammenhang mit diesem Begriff zahlreiche amüsante Wortspielereien möglich, was die Gesuchstellerin selbst beweist, indem sie ihre "Teufelshörnli" auch schon als "Teufelskerlchen" bezeichnete. Darüber hinaus sind solche teils assoziativen, teils ironisierenden Wortspielereien und Begriffszusammensetzungen (im Zusammenhang mit "Teufel", "Hexen", "Zauber") insbesondere im kulinarischen und gastronomischen Bereich nicht nur in vielfältiger Weise möglich, sondern auch besonders interessant und reizvoll: Einerseits hatte der Teufel nach mittelalterlichem Volksglauben eine Küche, in welcher Hexen und Zauberer als seine Gehilfen am Werk waren (Röhrich, S. 1613), was natürlich seinen Niederschlag auch in der Literatur fand (vgl. die "Hexenküche" in Faust I). Insofern mag einer Küche, in der - beispielsweise nach geheim gehaltenen Rezepten - Zutaten zusammen gemischt werden und - etwa in einem grossen Topf oder Kessel (und insofern an die Alchimie erinnernd) - gekocht und gebraut wird, durchaus auch etwas Magisches anhaften; "Kochen ist die älteste Magie der Welt" (vgl. Francia, Das magische Kochbuch, München 2001, S. 9). Andererseits galt und gilt mangelnde Enthaltsamkeit im Essen und Trinken seit jeher als sündhaft oder jedenfalls deutlich negativ (vgl. z.B. Harrus-Révidi, Die Lust am Essen, Eine psychoanalytische Studie, München 1998, 2. Teil: "Doch der Teufel schlief nicht ...", S. 43 ff.), so dass manche kulinarische Verführung als "teuflisch" erscheinen kann. Schliesslich spielt in denselben Zusammenhang hinein, dass vorab in der bildenden Kunst des Mittelalters bis hin zur frühen Neuzeit zwischen der Teufelsgestalt zum einen und der antiken Götterwelt zum anderen - besonders zu Pan sowie zu Dionysos und den Satyrn, die ihrerseits tendenziell wiederum für Lebenslust stehen - enge Verbindungen geschaffen wurden; ihnen verdankt die Satansgestalt auch die Bocksfüsse, die Hörner und den Bocksschwanz (vgl. Scherf, S. 41; Brockhaus, Bd. 21 S. 699). Ausserdem führt nach

der christlichen Glaubenslehre der Teufel den einzelnen Menschen - ebenso wie Jesus selbst (Mt 4,1-11; Lk 4,1-13; Mk 1,12-13) - in Versuchung; den Menschen in Versuchung zu führen, ist letztlich eben auch der grundsätzliche Zweck jeder Speisekarte. Dazu kommen auch noch die psychologisch an die Religion anklingenden Momente von "Teufel", "Satan", "Hölle" einerseits und von "Engel", "Himmel" andererseits. Alle diese Assoziationen, die naturgemäss auch in der Werbung eine besondere Bedeutung haben, lassen sich nahezu beliebig vermehren.

cc) Der zweite Wortbestandteil "-hörnchen" bzw. "-hörnli" ist in seiner kulinarischen Bedeutung ebenso schillernd wie (relativ) nichtssagend. Als Hörnchen oder Hörnli werden im deutschen Sprachgebrauch Croissants (Butterhörnchen), Kleingebäck (z.B. Anishörnchen, Mandelhörnchen, Vanillehörnchen), aber auch Teigwaren ("Hörnli") und andere Speisen (z.B. Chilihörnchen) bezeichnet; der Begriff besagt - abgesehen von der Form - nicht mehr als die kulinarisch bzw. gastronomisch ähnlich verwendeten Bezeichnungen "Küchlein" oder "Bällchen" oder "Häppchen". In der Assoziation letztlich an das "Füllhorn" - das seit Jahrtausenden als Sinnbild für Überfluss und ländlichen (Ernte)Segen gilt (Brockhaus, Bd. 8 S. 44) - anknüpfend, sind insbesondere gefüllte Hörnchen ausgesprochen beliebt, wobei die Art der Füllung - wie ein Suchlauf im Internet unter "google" zeigt - kaum Grenzen kennt (z.B. Füllungen mit Creme, Datteln, Fleisch, Käse, Marmelade, Quark, Pilzen, Schokolade, Wurst). Zu beachten bleibt in diesem Zusammenhang, dass nur der Begriff "Teufelshörnchen" sprachlich korrekt ist, weil er mit Bezug auf beide Wortbestandteile in derselben Sprache gefasst ist; "Teufelshörnli" ist demgegenüber eine Zusammensetzung eines hochdeutschen mit einem schweizerdeutschen Begriff, denn im Dialekt müsste es "Tüüfelshörnli" heissen. Das ist insofern nicht ganz ohne Bedeutung, als der Begriff "Hörnli" in der deutschsprachigen Schweiz

für sich allein praktisch ausschliesslich nur für Teigwaren verwendet wird.

dd) Der Gesuchstellerin ist darin recht zu geben, dass es sich bei "Teufelshörnli" letztlich um eine Fantasiebezeichnung handelt, doch hat diese faktisch eine beschreibende Funktion (vgl. BGE 114 II 373 f.). Das gesteht die Gesuchstellerin implizit eigentlich selber zu, indem sie von einer gedanklichen Assoziation spricht, bei welcher sich die Fantasie "auf die Form und Farbe (gebogen, rot)" beziehen könne; genauso gut könne "der Geschmack, die Empfindung beim Verzehr des Produkts, Bezugspunkt sein". Die scharfe Paprika stehe in einem "teuflischen" Kontrast zum kühlen, milden Frischkäse; in ihrer Produktebeschreibung bezeichnet die Gesuchstellerin die "Teufelshörnli" denn auch als "eine teuflisch scharfe Kombination mit einer überraschend milden Note - eine kulinarische Symphonie von Himmel und Hölle". Daraus ergibt sich gleichzeitig auch, dass die Gesuchstellerin sehr bewusst an der beschriebenen kulinarisch-gastronomischen Tradition zur Verwendung des Ausdrucks "Teufel" und ähnlicher Begriffe anknüpft und in diesem Bereich eine Sperrwirkung für eine einzelne Wortzusammensetzung erreichen will.

ee) Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl der Begriff "Teufels-" als auch die Bezeichnung "-hörnli" an sich gemeinfrei sind. Entscheidend bleibt indessen die Wortzusammensetzung "Teufelshörnli" als Ganzes, welche aber auch in der Zusammenfügung nichts anderes ist als ein allgemeiner - ebenso gemeinfreier - Ausdruck für ein Gericht bzw. eine Speise, welche wie ein Horn aussieht oder mindestens irgendwie daran erinnert, welche entweder (teuflisch) scharf - so die häufigste Bedeutung von Zusammensetzungen mit "Teufel-" - oder aber (teuflisch) verführerisch ist. Insofern ist beispielsweise zu beachten, dass die Bezeichnung "Teufelshörnchen" im Ausland bereits für kulinarische Produkte verwendet wird, und zwar einerseits für Fleisch-

bzw. Wurstwaren - z.B. als Pfälzer Spezialität (www.metzgerei-lambert.de) - oder aber auch für Süssigkeiten, wie etwa Kleingebäck (www.kaffeetafel.de; www.chefkoch.de).

ff) Handelt es sich aber um gemeinfreie Begriffe, können "Teufelshörnchen" oder "Teufelshörnli" genauso wenig immaterialgüterrechtlichen Schutz beanspruchen wie "Spaghetti Diabolo" und "Teufelsnudeln" oder aber "Jägerschnitzel", "Bauernsuppe", "Klosterkuchen" und ähnliche kulinarische Bezeichnungen; diese Wortbildungen müssen dem Markt offen stehen.

Präsident des Obergerichts, 15. März 2004, PO.2003.1

---

**16. Der Eintritt der Rechtshängigkeit bestimmt sich nach kantonalem Recht** (Art. 35 GestG; §§ 90 Abs. 1, 121 Abs. 1 ZPO)

---

1. a) Y war Verwaltungsrat der X AG, deren Sitz sich in A (Kanton Thurgau) befindet. Am 2. Juni 1998 klagte die Z SA, Panama, gegen Y in Genf (Tribunal de Première Instance) auf Bezahlung von DM 1 Mio. (Provision). Y forderte die X AG zum Prozessbeitritt auf und verkündete ihr den Streit.

Mit Vermittlungsbegehren vom 21. Dezember 2000 an das Friedensrichteramt A verlangte die X AG unter anderem, es sei festzustellen, dass Y verpflichtet sei, die X AG von allen Ansprüchen der Z SA freizustellen. Am 3. Januar 2001 unterbreitete Y dem Tribunal de Première Instance, Genf, das Rechtsbegehren, im Fall des Unterliegens im Prozess gegen die Z SA habe die X AG die von ihm der Z SA zu leistende Provision zu erstatten. Das Tribunal de Première Instance trat auf die Streitsache ein, verfügte jedoch wegen Rechtshängigkeit einer identischen Klage die Sistie-

rung des Verfahrens, bis das thurgauische Gericht über seine Zuständigkeit befunden habe. Während das Genfer Obergericht zum Schluss kam, die in Genf von Y erhobene Klage sei mit der von der X AG am Bezirksgericht A eingereichten nicht identisch, stellte das Bundesgericht die Identität des Rechtsbegehrens der Klage vor Bezirksgericht A mit der Klage vor dem Tribunal de Première Instance in Genf fest.

b) Das Bezirksgericht A trat in der Folge auf das Rechtsbegehren nicht ein, worauf die X AG Rekurs erhob. Der Streit der Parteien dreht sich im Wesentlichen um die Frage, ob die Gerichte in Genf, dem Wohnsitz von Y, oder in A, dem Sitz der X AG, darüber zu befinden haben, wer letztlich die Forderung zu bezahlen hat, welche die Z SA in Genf gegen Y einklagte.

2. a) Werden bei mehreren Gerichten Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien rechtshängig gemacht, setzt jedes später angerufene Gericht das Verfahren aus, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat (Art. 35 Abs. 1 GestG). Ein später angerufenes Gericht tritt auf die Klage nicht ein, sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht (Art. 35 Abs. 2 GestG).

b) Diese Bestimmung will zum einen verhindern, dass der Kläger, der nach dem Gerichtsstandsgesetz meist mehrere mögliche Foren zur Wahl hat, seine Klage an mehreren Gerichten gleichzeitig anhängig machen kann, um sich so, entsprechend dem Verfahrensausgang, das ihm am besten zusagende Urteil aussuchen zu können. Auch der Beklagte soll nicht zweimal zur Verteidigung schreiten und im Fall des Unterliegens die Kosten tragen müssen. Ausserdem sollen die Gerichtsbehörden im öffentlichen Interesse nicht unnötig in Anspruch genommen und zudem einerseits im Interesse der Prozessökonomie Doppelprozesse und ande-

rerseits im Interesse einer wirkungsvollen Streiterledigung einander widersprechende Entscheidungen vermieden werden (Ruggle/Tenchio-Kuzmić, Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilprozessrecht [Hrsg.: Spühler/Tenchio/Infanger], Basel 2001, Art. 35 N 1 f.). Voraussetzung für die Anwendung von Art. 35 GestG ist Identität zwischen den Klagen, d.h. Parteiidentität und Identität des Streitgegenstands (Ruggle/Tenchio-Kuzmić, Art. 35 GestG N 5).

3. a) Die X AG beantragte, es sei festzustellen, dass Y kein Rückgriffsrecht ihr gegenüber zustehe, sollte dieser im Verfahren der Z SA gegen ihn in Genf unterliegen und zu einer Provisionszahlung verpflichtet werden.

b) Das Bundesgericht stellte in seinem Entscheid vom 8. Mai 2002 (BGE 128 III 284 ff.) verbindlich Identität der im Kanton Thurgau eingereichten negativen Feststellungsklage der X AG mit dem im Kanton Genf hängigen Verfahren fest (Pra 91, 2002, Nr. 134 S. 734 ff.). Der Antrag, mit welchem die X AG insbesondere feststellen lassen wolle, dass Y bei einem allfälligen Unterliegen in seinem Prozess gegen die Z SA kein Rückgriffsrecht zustehe, beruhe auf der gleichen Rechtsgrundlage und dem gleichen Sachzusammenhang wie das in Genf beantragte Streitverkündungsverfahren. A priori bestehe Identität des Streitgegenstands. Umstritten sei die Frage einer allfälligen Identität zwischen einer negativen Feststellungsklage und einer Leistungsklage. In Anbetracht der Übereinstimmung von Art. 35 GestG mit Art. 21 LugÜ und der gleichartigen Zielsetzung sei nicht ersichtlich, weshalb der von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem LugÜ entwickelte Begriff der Identität des Streitgegenstands nicht auch im Rahmen des GestG gelten sollte. Wenn eine negative Feststellungsklage und eine Leistungsklage zwischen denselben Parteien anhängig seien und sich auf densel-

ben Sachzusammenhang bezögen, müssten sie somit als identisch im Sinn von Art. 35 GestG betrachtet werden. Es sei in diesem Zusammenhang unerheblich, ob die negative Feststellungsklage vor oder nach der Leistungsklage erhoben worden sei, denn es wäre unlogisch, den Begriff der Identität von der Reihenfolge der Einleitung der Verfahren abhängig zu machen: Entweder seien die Klagen identisch, oder sie seien es nicht (Pra 91, 2002, Nr. 134 S. 736). In der zu beurteilenden Streitsache sei die Identität der im Kanton Thurgau eingereichten negativen Feststellungsklage mit dem im Kanton Genf anhängigen Verfahren betreffend Streitverkündung gegeben.

c) Zu prüfen ist somit, in welchem Kanton, ob im Kanton Thurgau oder im Kanton Genf, das Gericht zuerst angerufen wurde.

Welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Gericht als "zuerst angerufen" gilt, geht aus dem Wortlaut von Art. 35 Abs. 1 GestG nicht hervor. Massgebliches Kriterium ist indessen anerkanntermassen der Eintritt der Rechtshängigkeit (Pra 91, 2002, Nr. 134 S. 737 f.; Ruggle/Tenchio-Kuzmić, Art. 35 GestG N 18; Dasser, in: Gerichtsstandsgesetz [Hrsg.: Müller/Wirth], Zürich 2001, Vorbem. zu Art. 35-36 N 3). Art. 38 GestG-Entwurf sah vor, dass die Rechtshängigkeit mit der Klageanhebung eintritt. Diese Lösung wurde vom Parlament nicht angenommen, da es keine einheitliche Regelung auf eidgenössischer Ebene wünschte. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit muss somit nach dem kantonalen Recht bestimmt werden (Pra 91, 2002, Nr. 134 S. 738).

d) Im Kanton Thurgau werden Klage und Widerklage gemäss § 90 Abs. 1 ZPO mit der Einlassung in den Rechtsstreit und, wo kein Vermittlungsvorstand stattfindet, mit dem Eintreffen der erforderlichen Eingabe beim Gericht rechtshängig. Diese Be-

stimmung hält den bisherigen, bereits unter der Herrschaft der bis Ende 1988 massgebenden Zivilprozessordnung geltenden Rechtszustand fest: Die Rechtshängigkeit entstand schon früher, auch ohne ausdrückliche dahingehende Regelung (Böckli, Zivilprozess-Ordnung für den Kanton Thurgau, Frauenfeld 1930, § 114 N 1; RBOG 1989 Nr. 28 Ziff. 2), bei Streitsachen, welche die Durchführung eines Vermittlungsvorstands erforderten, mit der Einlassung in den Rechtsstreit und dauert bis zur rechtskräftigen Erledigung durch Urteil oder Abstandserklärung (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 90 N 1). Grund dafür, dass das Bundesgericht § 90 Abs. 1 ZPO als "keineswegs klar" bezeichnete und (fälschlicherweise) davon ausging, die Rechtshängigkeit trete mit der Einleitung des Sühnverfahrens ein (Pra 91, 2002, Nr. 134 S. 738), kann nur sein, dass es irrtümlich § 121 ZPO übersah. In dieser Bestimmung wird die "Einlassung in den Rechtsstreit" definiert. Sie 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. Die "Einlassung" stellt den eigentlichen Beginn des Prozessverfahrens dar (Litispendenz); sie begründet in Verfahren, bei denen ein Vermittlungsvorstand durchgeführt wird, die Rechtshängigkeit (Merz, § 121 ZPO N 1; vgl. auch Helg, Die Rechtshängigkeit und ihre Wirkungen im thurgauischen Zivilprozess, Diss. Bern 1959, S. 12 ff., 19 ff.).

Die vor Vorinstanz eingereichte Klage wurde folglich mit der friedensrichterlichen Feststellung der Nichteinigung der Parteien und Ausstellung der Weisung, d.h. am 31. Januar 2001, rechtshängig; das Bundesgericht ging zu Unrecht davon aus, massgebend sei, dass die X AG das Sühnverfahren im Kanton Thurgau am 20. Dezember 2000 eingeleitet habe. Dieser Feststellung kommt keine Bindungswirkung zu. Zum einen ist sie offensichtlich irrtümlich erfolgt (vgl. auch die entsprechende Bemerkung von Spühler in Pra 91, 2002, Nr. 134 S. 740). Zum anderen

ging es im jenem Verfahren zugrunde liegenden Entscheid noch gar nicht um die Überprüfung des Zuständigkeitsbeschlusses der Vorinstanz; diese Frage steht erst im jetzigen Verfahren zur Diskussion.

e) Die X AG bestreitet, dass das Bundesgericht die Bestimmungen der thurgauischen ZPO über den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit fehlerhaft auslegte. Insbesondere wendet sie ein, die kantonale Regelung dürfe nicht unbesehen auf interkantonale oder (euro)internationale Verhältnisse übertragen werden. § 121 ZPO sei auf den Rechtszustand zugeschnitten, wie er vor dem Inkrafttreten des GestG gegolten habe; die durch das GestG - und das LugÜ - geschaffene Wahl verschiedener konkurrierender Gerichtsstände sei nicht berücksichtigt. Es stelle sich somit die Frage nach einer Gesetzeslücke und der damit verbundenen richterlichen Lückenfüllung. Die Frage der Rechtshängigkeit sei in jedem Fall eine bundesrechtliche.

Das Obergericht kann diese Auffassung nicht teilen. Über den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit besteht, wie erwähnt, im Kanton Thurgau keinerlei Zweifel. Ausserdem lehnte es der Gesetzgeber zum einen ausdrücklich ab, im GestG die Rechtshängigkeit bundesrechtlich einheitlich zu regeln; eine Vereinheitlichung sei erst im Rahmen einer allfälligen eidgenössischen Zivilprozessordnung möglich (Dasser, Vorbem. zu Art. 35-36 GestG N 18 ff. mit Hinweisen auf die Materialien; Ruggle/Tenchio-Kuzmić, Art. 35 GestG N 21). Zum anderen bedarf es keinerlei richterlicher Lückenfüllung. Letztlich geht es bei der Bestimmung der Rechtshängigkeit im Zusammenhang mit Art. 35 GestG um die Frage, ob das sogenannte "forum running" für einen Gerichtsstand im Kanton Thurgau durch eine Vorverlegung des Zeitpunkts des Eintritts der Rechtshängigkeit gefördert werden soll. Dies ist indessen eine Frage, die nicht die Praxis, sondern der kantonale Gesetzgeber zu entscheiden hat. Dass es in Bezug auf die Frage der Rechtshängigkeit unterschiedliche kantonale Regelungen gibt (vgl. Ruggle/

Tenchio-Kuzmić, Art. 35 GestG N 23 ff.), und dass mit dem "forum running" Benachteiligungen bzw. Bevorteilungen für die Gegenpartei verbunden sind, ist hinzunehmen, solange der Gesetzgeber, sei es aktuell der kantonale, sei es im Rahmen der eidgenössischen ZPO der Bundesgesetzgeber, dies nicht ändert.

f) Unbestritten ist, dass die Rechtshängigkeit der Streitverkündung im Genfer Verfahren am 3. Januar 2001 eintrat. Daraus ergibt sich, dass das Genfer Gericht zuerst angerufen wurde, so dass die Vorinstanz bezüglich des Begehrens nicht zuständig ist und demzufolge zu Recht auf diese negative Feststellungsklage nicht eintrat. Der Einwand, Y habe vor Vorinstanz die Einrede der Rechtshängigkeit nicht erhoben, ändert daran nichts. Zwar trifft zu, dass dieser Rechtsbehelf der beklagten Partei nur auf Parteiantrag, nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (Merz, § 90 ZPO N 13; RBOG 1969 Nr. 6). Y trug diesen Einwand aber vor Vorinstanz rechtsgenüglich vor. Er wies in seiner Klageantwort darauf hin, die Rechtshängigkeit in Genf sei dadurch begründet, "dass das Genfer Gericht bereits mit einer kompletten Eingabe am 3. Januar 2001 gefüttert worden ist, während die Vorinstanz erst mit der Klageschrift vom 6. April 2001 einen gesamten Überblick über die Lage bekam." Alsdann fuhr er fort - und diesen Teil unterlässt die X AG zu zitieren: "Das Streitobjekt - welches in Genf umfassender ist als das Streitobjekt in A - war somit beim Genfer Gericht früher hinterlegt worden und hängig als bei der Vorinstanz. Es besteht somit ein litispendence Fall zu Gunsten der Genfer Gerichte." Zuzugeben ist, dass diese Formulierungen im massgebenden Teil etwas holprig sind; keinem Zweifel unterliegt indessen, dass mit ihnen die Einrede der Rechtshängigkeit der Klage in Genf erhoben werden wollte und auch erhoben wurde.

Obergericht, 22. März 2004, ZR.2003.123

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies das Bundesgericht am 3. Februar 2005 ab.

## 17. Die angeblich zu Unrecht gewährte Einsicht in das Betreibungsregister kann vom Schuldner mit Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG angefochten werden (Art. 8a SchKG)

1. Die Vormundschaftsbehörde verlangte beim Betreibungsamt einen Auszug aus dem Betreibungsregister betreffend den Beschwerdeführer. Im Rahmen einer gegen den Beschwerdeführer angehobenen Betreibung erhielt dieser Kenntnis von dem der Vormundschaftsbehörde zugestellten Betreibungsregisterauszug. Er erhob beim Gerichtspräsidium Beschwerde und rügte, das Betreibungsamt habe gegen das Datenschutzgesetz verstossen. Das Gerichtspräsidium trat auf die Beschwerde nicht ein. Es erwog, das Rechtsmittel richte sich nicht gegen eine behördliche Handlung in der laufenden Betreibung, sondern gegen die Zustellung eines Betreibungsregisterauszugs an die Gemeinde.

2. a) Mit Ausnahme der Fälle, in denen das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt, kann gegen jede Verfügung eines Betreibungsamts bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden (Art. 17 Abs. 1 SchKG). Die Beschwerde muss einen praktischen Verfahrenszweck verfolgen. Die Korrektur im Sinn eines Zurückkommens auf die anzufechtende Handlung muss noch möglich sein. Dies setzt voraus, dass die in Frage stehende Anordnung rückgängig gemacht oder berichtigt werden kann. Ziele, die ausserhalb des Vollstreckungsrechts liegen, können nicht mit der Beschwerde verfolgt werden. Die Feststellung einer Pflichtwidrigkeit, um eine bessere Grundlage für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen zu schaffen, reicht nicht aus (BGE 120 III 108 f.). Das Zwangsvollstreckungsverfahren muss noch im Gang oder - in Anwendung von Art. 17 Abs. 3 SchKG - noch nicht im Gang, die Belastung gegenwärtig und die beanstandete Hand-

lung widerrufbar bzw. die Unterlassung nachholbar sein. Andernfalls wäre eine Beschwerde sinnlos, es sei denn, der Betroffene wäre der Wiederholung einer zeitlich begrenzten Anordnung ausgesetzt (Cometta, Basler Kommentar, Art. 17 SchKG N 7; Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Basel/Genf/München 2000, Art. 17 SchKG N 6 ff., 12 ff.; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7.A., § 6 N 2). Beschwerdeobjekt ist die Verfügung eines Betreibungsorgans, mithin eine bestimmte behördliche Handlung in einem konkreten zwangsvollstreckungsrechtlichen Fall, die in Ausübung amtlicher Funktion aufgrund des SchKG und dessen Ausübungsbestimmungen erlassen worden ist, um einen praktischen Verfahrenszweck zu erlauben (Cometta, Art. 17 SchKG N 18).

b) Diese Grundsätze gelten indessen nicht ausnahmslos: Es gibt Fälle, in denen auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses verzichtet werden kann. So trat das Bundesgericht auf eine Beschwerde ein, mit der der Betriebene unter Berufung auf die gesetzwidrige Art der Mitteilung (öffentliche Bekanntmachung) die Aufhebung der Zustellung verlangt hatte, obwohl der Rechtsvorschlag rechtzeitig erhoben worden war. Mit der gesetzwidrigen Zustellung könnten Gebühren anfallen und die Beeinträchtigung moralischer Interessen verbunden sein (BGE 128 III 465). Ebenso wie dort kann es sich verhalten, wenn ein Schuldner rügt, ein Betreibungsamt habe unter Verletzung von Art. 8a SchKG, d.h. gesetzwidrig, Einsicht in das Betreibungsregister gewährt bzw. einen entsprechenden Auszug weitergegeben. Zwar kann die angeblich gesetzwidrige Handlung des Betreibungsamts in der Regel wohl nicht rückgängig gemacht werden. Gerade im sensiblen Bereich des Datenschutzes - und dazu gehört Art. 8a SchKG letztlich - können aber gewichtige persönliche und/oder moralische Interessen auf dem Spiel stehen. Der Schuldner kann durchaus ein legitimes Interesse daran haben, dass eine Gesetzwidrigkeit im Zusammenhang mit Art. 8a SchKG festgestellt und

möglicherweise derjenigen Person, die ungerechtfertigterweise Einsicht in das Betreibungsregister erhielt, mitgeteilt wird. Darüber hinaus kann auch die Gefahr der Wiederholung der Gesetzesverletzung drohen.

Unter diesen Gesichtspunkten kann daher nicht generell gesagt werden, auf eine Beschwerde des Schuldners wegen angeblich zu Unrecht gewährter Einsicht in das Betreibungsregister könne nicht eingetreten werden.

c) Wollte man der Auffassung der Vorinstanz folgen, die gerügte Verletzung von Art. 8a SchKG könne nicht mit der Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG geltend gemacht werden, müsste die Eingabe des Beschwerdeführers wohl als Anzeige zum Erlass einer Disziplinarmassnahme im Sinn von Art. 14 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG (Rüge) betrachtet werden. Der Verzeiger hat zwar weder Anspruch auf Akteneinsicht noch auf Erledigung durch einen beschwerdefähigen Entscheid. Bleibt eine untere Aufsichtsbehörde aber untätig oder sieht sie von einer Disziplinierung ab, kann der Verzeiger seine Anzeige an die obere Aufsichtsbehörde wiederholen (Emmel, Basler Kommentar, Art. 14 SchKG N 12; Lorandi, Art. 14 SchKG N 63). Alsdann ist im Zusammenhang mit der Prüfung einer schuldhaften Pflichtverletzung seitens des Betreibungsbeamten vorfrageweise ebenfalls zu prüfen, ob ihm eine Verletzung von Art. 8a SchKG vorzuwerfen ist.

Obergericht, 5. April 2004, BS.2004.10

**18.** **Auf einen verspäteten Rekurs gegen ein Konkursdekret kann nicht eingetreten werden, selbst wenn der Gläubiger ausdrücklich darauf verzichtet, die Nichteinhaltung der Frist geltend zu machen** (Art. 33 Abs. 3, 174 SchKG)

1. Die Vorinstanz eröffnete über den Rekurrenten per 2. Februar 2004 den Konkurs. Am 23. Februar 2004 teilte die Gläubigerin dem Gerichtspräsidium mit, sie ziehe das Konkursbegehren zurück. Am 26. Februar 2004 erhob der Schuldner Rekurs.

2. a) Zu Recht wies der Rekurrent darauf hin, dass er mit seiner Eingabe vom 26. Februar 2004 die zehntägige Rekursfrist nicht eingehalten habe (Art. 174 Abs. 1 SchKG; § 66 ZPO), weshalb auf den Rekurs grundsätzlich nicht einzutreten ist. Der Rekurrent vertritt jedoch die Meinung, das Schreiben der Rekursgegnerin vom 25. Februar 2004 - mit dem Wortlaut: "Zuhanden des Obergerichts bestätigen wir, dass wir gegen die Anhandnahme eines verspätet eingereichten Rekurses des Schuldners gegen den Konkurseröffnungsentscheid bzw. die Wiederherstellung der Rekursfrist nichts einzuwenden haben. Wir sind auch mit der Aufhebung des Konkurseröffnungsentscheids durch die Rekursinstanz einverstanden" - belege, dass diese auf die Einhaltung der Rekursfrist rechtsgenüglich verzichtet habe (Art. 33 Abs. 3 SchKG), womit der Anhandnahme des Rekurses trotz verspäteter Einreichung nichts entgegenstehe.

b) Art. 33 SchKG regelt die Änderung und Wiederherstellung von Fristen. Gemäss Abs. 3 dieser Bestimmung kann ein am Verfahren Beteiligter darauf verzichten, die Nichteinhaltung einer Frist geltend zu machen, wenn diese ausschliesslich in seinem Interesse aufgestellt ist. Art. 33 SchKG bezweckt, die grundsätzliche Fristenstrenge des SchKG zu mildern, falls diese zu

einem unbilligen Ergebnis führen würde. Erfasst werden sowohl gesetzliche als auch behördliche bzw. richterliche kurze Eingabefristen, wie beispielsweise Bestreitungs-, Klage- und Beschwerdefristen. Gemäss der Botschaft über die Änderung des SchKG vom 8. Mai 1991 (BBl 1991 III 1 ff.) sollen durch die revidierte Fassung nicht sämtliche gesetzlichen Fristen des SchKG veränderbar und wiederherstellbar erklärt werden. So ist Art. 33 SchKG z.B. nicht anwendbar auf materiell-rechtliche Verjährungs- und Verwirkungsfristen, betreibungsrechtliche Zustandsfristen sowie auf Fristen der kantonalen Rechtsmittel und des OG (Nordmann, Basler Kommentar, Art. 33 SchKG N 1). Gemäss der Botschaft (BBl 1991 III 46) wurde die Vorschrift von Art. 33 Abs. 2 aSchKG als Absatz 3 beibehalten. Inskünftig sollten jedoch alle an einem Verfahren Beteiligten, nicht nur der Schuldner, darauf verzichten können, die Nichteinhaltung einer Frist geltend zu machen. Voraussetzung dafür ist aber, dass die Frist ausschliesslich im Interesse des Verzichtenden aufgestellt worden ist. Das Erfordernis "ausschliesslich in seinem Interesse aufgestellt" entspricht der bisherigen Rechtsprechung, wonach kein Verzicht auf Fristen zulässig ist, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt wurden (AJP 1996 S. 1381). Zum Verzicht auf Fristen, welche "im öffentlichen Interesse" aufgestellt wurden, halten Fritzsche/Walder (Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1993, S. 163) fest, der Schuldner könne beispielsweise nicht auf die Geltendmachung der Verspätung einer Beschwerde des Gläubigers verzichten, da sich diese gar nicht gegen ihn, sondern gegen das Amt bzw. die untere oder die obere kantonale Aufsichtsbehörde richte. Gemäss Blumenstein (Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, S. 202) kann sich Art. 33 Abs. 2 aSchKG nur auf die betreibungsrechtlichen Befristungen beziehen; von diesen fallen logischerweise all diejenigen Fristen ausser Betracht, welche dem Schuldner oder einem Dritten zur Vornahme einer Vorkehr gesetzt worden sind, so dass nur noch diejenigen Fälle übrig bleiben, in welchen der Gläubiger binnen

einer bestimmten Frist eine gegen den Schuldner selbst gerichtete Vorkehr, d.h. ein Begehren um "Progredierung in der Vollstreckung" als solcher anbringt. Nicht hierher gehören unter anderem die Berufungsfristen gegenüber gerichtlichen Entscheiden, z.B. Art. 174, 185 und 294 aSchKG. In Bezug auf die zehntägige Rechtsmittelfrist blieb die revidierte Bestimmung materiell grundsätzlich identisch mit der alten Bestimmung (Giroud, Basler Kommentar, Art. 174 SchKG N 6).

c) Weil die SchKG-Revision 1994 bezüglich Art. 33 Abs. 3 SchKG - mit Ausnahme des Personenkreises, der darauf verzichten kann, die Nichteinhaltung einer Frist geltend zu machen - nichts Neues brachte, kann die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 33 aSchKG ebenfalls beigezogen werden. Entgegen der Meinung des Rekurrenten wurde die Rekursfrist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG nicht ausschliesslich im Interesse der Rekursgegnerin aufgestellt. Im Gegenteil: Bei der zehntägigen Rechtsmittelfrist handelt es sich um eine Norm, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt wurde, weshalb ein Verzicht auf diese Frist - wie ebenfalls bei Art. 88 Abs. 1 aSchKG (vgl. BGE 101 III 16) - nicht zulässig ist. Dass dem so ist, erhellt auch daraus, dass im Rechtsmittelverfahren über eine Konkurseröffnung selbst dann die Zahlungsfähigkeit des Schuldners von Amtes wegen zu prüfen ist, wenn der Gläubiger gemäss Art. 174 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG auf die Durchführung des Konkurses verzichtet. Anders wäre die Frage allenfalls im Rekursverfahren über eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung zu entscheiden (vgl. RBOG 2002 Nr. 19).

d) Ebenso irrelevant wie der Verzicht der Rekursgegnerin, auf der Einhaltung der Rekursfrist zu bestehen, ist ihr Einverständnis zur Fristwiederherstellung, ansonsten sich mit diesem Einverständnis durch die Gläubigerin die im öffentlichen Interesse aufgestellte Rechtsmittelfrist gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG nicht durchsetzen liesse.

e) Zu verneinen ist auch die Frage, ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, nach Eingang der Mitteilung der Rekursgegnerin vom 23. Februar 2004, sie ziehe das Konkursbegehren zurück, irgendetwas vorzukehren. Der lange Zeit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingegangene Rückzug des Konkursbegehrens durch die Rekursgegnerin kann nicht als Rekurs gegen die erfolgte Konkurseröffnung verstanden werden. Zu weit ginge es auch, von einem Gerichtspräsidium zu verlangen - sofern die Rechtsmittelfrist eingehalten würde -, den nach der Konkurseröffnung getätigten Rückzug des Konkursbegehrens dem Schuldner mit dem Hinweis zuzustellen, dieser Rückzug werde nur relevant, wenn der Schuldner selbst Rekurs gegen die Konkurseröffnung erhebe.

Obergericht, 10. März 2004, BR.2004.17

## 19. **Keine Rechtsöffnung für die Betreibungskosten** (Art. 80, 82 und 68 SchKG)

Die Kosten des Zahlungsbefehls sind Betreibungskosten im Sinn von Art. 68 Abs. 1 SchKG (BGE 123 III 272, 119 III 67; Emmel, Basler Kommentar, Art. 68 SchKG N 3; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, Zürich 1993, § 20 N 20). Der Gläubiger ist berechtigt, diese Kosten von den Zahlungen des Schuldners vorab zu erheben (Art. 68 Abs. 2 SchKG). Für Betreibungskosten darf daher keine Rechtsöffnung erteilt und deswegen erhobene Rechtsvorschläge dürfen nicht aufgehoben werden (BGE vom 23. Juni 2003, K 99/2002, Erw. 1).

Obergericht, 9. August 2004, BR.2004.66

## 20. Verweigerung der Rechtsöffnung wegen Rechtsmissbrauchs (Art. 82 SchKG; Art. 2 Abs. 2 ZGB)

1. Am 6. September 2000 trafen X und die Y AG die folgende Vereinbarung:

> 1.-3. (Vereinbarung von Teilzahlungen)
>
> 4. Sollte X eine Teilzahlung gemäss den vorstehenden Ziffern 1-3 nicht fristgerecht leisten, so wird er durch den Vertreter der Y AG ... mit eingeschriebenem Brief zwei Mal gemahnt unter Ansetzung einer Zahlungsfrist von je zwanzig Tagen. Die Mahngebühr beträgt je Mahnung Fr. 50.-- und ist mit der gemahnten Teilzahlung zu bezahlen.
>
> 5./6. ...
>
> 7. Im Sinn einer Verfallklausel vereinbaren die Parteien, dass X der Y AG den Betrag von Fr. 100'000.-- abzüglich bereits geleisteter Teilzahlungen (in bar und in WIR, WIR zu 100% angerechnet) schuldet und dieser Restbetrag sofort zur Rückzahlung fällig wird, sollte eine Teilzahlung inkl. Mahngebühr im Sinn der vorstehenden Ziffern 1-4 nicht fristgerecht geleistet werden.

Im Juni 2003 betrieb die Y AG X gestützt auf Ziff. 7 und verlangte Rechtsöffnung für Fr. 25'000.-- nebst Zins. Das Gerichtspräsidium verweigerte die Rechtsöffnung, worauf die Y AG Rekurs erhob.

2. Unter den Parteien ist unbestritten, dass der Rekursgegner die Gebühren für die Mahnungen im Mai 2002 bis heute nicht zahlte. Demnach liegt eine Verletzung von Ziff. 7 der Vereinbarung vor, und entsprechend sind sich die Parteien auch darüber ei-

nig, dass die provisorische Rechtsöffnung grundsätzlich zu erteilen ist.

3. Die Vorinstanz verweigerte indessen die Rechtsöffnung, weil die Rekurrentin rechtsmissbräuchlich vorgegangen sei.

a) Nach Art. 2 Abs. 2 ZGB findet der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Rechtsschutz. Eine Erscheinungsform von Rechtsmissbrauch stellt die verzögerte Rechtsausübung dar (Merz, Berner Kommentar, Art. 2 ZGB N 512 ff.). Die Tatbestände der Verwirkung fassen die Fälle unzulässiger Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens zusammen, in denen der Zeitablauf eine massgebende, für sich allein aber nicht ausschlaggebende Rolle spielt. Der Rechtsinhaber setzt sich durch die heutige Rechtsausübung in Widerspruch zu seiner früheren Untätigkeit (Merz, Art. 2 ZGB N 512). Blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung begründet allerdings keinen Rechtsmissbrauch (BGE 127 III 513), sonst würde das Institut der Verjährung ausgehöhlt (Merz, Art. 2 ZGB N 522). Die Verwirkung ist als ausserordentlicher Rechtsbehelf daher nur mit grosser Zurückhaltung und nur, wenn besondere Umstände es rechtfertigen, anzunehmen (Merz, Art. 2 ZGB N 515). So müssen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zeitablauf weitere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (BGE 125 I 19). Die verzögerte Rechtsausübung kann durch verschiedene Umstände gerechtfertigt werden, so dass die Verwirkung nicht eintritt. Insbesondere darf mit der Rechtsausübung zugewartet werden, bis die Bedeutung und Tragweite der Verletzung feststehen. In allen Fällen zu rechtfertigender Verzögerung ist jedoch eine Verwarnung des Verletzers oder ein anderer Vorbehalt der Ansprüche angezeigt (Merz, Art. 2 ZGB N 537 f.).

b) aa) Auszugehen ist davon, dass der Rekursgegner die Ende März 2002 fällig gewordene Rate über Fr. 500.-- nicht bezahlte. Nach Massgabe von Ziff. 4 der Vereinbarung mahnte die Rekurrentin den Rekursgegner daraufhin das erste Mal am 16. April 2002 und das zweite Mal am 10. Mai 2002, wobei sie ihm je eine Zahlungsfrist von 20 Tagen ansetzte und ausserdem auf die anfallenden Mahngebühren hinwies. In der Folge zahlte der Rekursgegner die ausstehende Rate, während die Mahngebühren unbezahlt blieben. Während die Rekurrentin bei den sonstigen Zahlungsverzügen des Rekursgegners diesem jeweils innert weniger Tage nach dem Eintritt des Verzugs Mahnungen zukommen liess, erfolgte nach der nicht fristgerechten Zahlung der Mahngebühren Ende Mai/Anfang Juni 2002 seltsamerweise keinerlei Reaktion. Vielmehr ist als nächstes Schreiben erst die Geltendmachung des Betrags von Fr. 25'000.-- zuzüglich der ausstehenden Mahngebühren gestützt auf Ziff. 7 der Vereinbarung ausgewiesen, das erst annähernd zwei Jahre später, nämlich am 30. April 2004, verfasst wurde. Vielsagend ist in diesem Zusammenhang die offensichtlich unzutreffende Behauptung der Rekurrentin, die Vorinstanz habe falsch gelegen, wenn sie ihr vorwerfe, sich nicht sofort auf die Vertragsverletzung berufen zu haben; aus den ins Recht gelegten Schreiben sei ersichtlich, dass dem Rekursgegner jeweils unverzüglich angezeigt worden sei, dass seine Leistung nicht gemäss der Vereinbarung erfolgt sei. Eine entsprechende Mahnung oder eine Anzeige, dass sich die Rekurrentin die Geltendmachung der aus Ziff. 7 der Vereinbarung fliessenden Ansprüche vorbehalte, erfolgte nämlich nachweislich gerade nicht, denn es wurde kein entsprechendes Aktenstück eingereicht. Wenn die Rekurrentin im zweitinstanzlichen Verfahren aktenwidrig das Gegenteil behauptet, gesteht sie letztlich selber zu, dass auch sie diesem Umstand offenkundig ausschlaggebende Bedeutung zumisst. Sie liegt damit fraglos richtig, denn nachdem die Rekurrentin in den sonstigen Fällen von Verzug tatsächlich jeweils sofort mahnte, durfte der Rekursgegner in guten Treuen davon ausgehen, die Rekurrentin

lasse die unbezahlten - und mit Blick auf die sonstige Abzahlungsverpflichtung ohnehin vollkommen vernachlässigbaren - Mahngebühren entweder gut sein oder werde sich mindestens nicht auf Ziff. 7 der Vereinbarung berufen. Dass die Rekurrentin dies dann knapp zwei Jahre später dennoch tat, ist somit als rechtmissbräuchlich zu werten, denn sie wartete mit der Geltendmachung eben gerade nicht einfach nur zu, sondern setzte sich durch das Absehen von einer sonst vollkommen üblichen Mahnung in offenkundigen und vor allen Dingen unvereinbaren Widerspruch zum früheren Verhalten.

bb) Der Grund für das rechtsmissbräuchliche Verhalten der Rekurrentin ist leicht durchschaubar, und er bestätigt den Rechtsmissbrauch eindrücklich. Hätte sie sich bereits im Juni 2002 auf Ziff. 7 der Vereinbarung berufen, so wären nicht nur wie heute Fr. 25'200.-- fällig geworden, sondern vielmehr Fr. 34'000.--, die zu zahlen der Rekursgegner aufgrund seiner - auch der Rekurrentin hinlänglich bekannten - finanziellen Lage nie und nimmer in der Lage gewesen wäre und für die fraglos ein Verlustschein resultiert hätte. Um einen Ausfall zu vermeiden, liess die Rekurrentin den Rekursgegner daher offensichtlich weiterhin seine monatlichen Ratenzahlungen abstottern, denn angesichts der dräuenden Ziff. 7 konnte sie davon ausgehen (was sich auch bestätigte), dass dies regelmässig geschehen werde. Dadurch nahm sie ab Juni 2002 bis zur vierzigsten Rate noch Fr. 9'000.-- ein, und erst als sie diese auf sicher hatte, machte sie mit Hinweis auf die noch ausstehenden Mahngebühren die Fr. 25'000.-- gemäss Ziff. 7 geltend. Damit bezweckte sie, die dem Rekursgegner "erlassenen" Fr. 25'000.-- wieder zu aktivieren und nach der Abzahlung von Fr. 75'000.-- dafür gegen den Rekursgegner vorzugehen.

Obergericht, 6. Oktober 2004, BR.2004.76

## 21. Rechtsöffnung gestützt auf einen zweiseitigen Vertrag; Präzisierung von RBOG 1996 Nr. 20 (Art. 82 SchKG; Art. 82, 184 ff. OR)

Gemäss RBOG 1996 Nr. 20 rechtfertigt ein schriftlich abgefasster Vertrag die provisorische Rechtsöffnung für die dem Betreibenden zustehende Geldsumme nur, wenn die Klagbarkeit der Schuld feststeht, d.h. wenn in zweiseitigen Verträgen der Betreibende die Erfüllung der Verpflichtungen, von denen die Klagbarkeit der Forderung abhängt, nachweist (vgl. auch Panchaud/Caprez, Die Rechtsöffnung, Zürich 1980, § 69; Meyer, Die Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge, Diss. Zürich 1979, S. 55 ff.; Brügger, SchKG, Schweizerische Gerichtspraxis 1946-1984, Art. 82 N 66, 174, 178). Eine derartige Praxis beschränkt bei einem zweiseitigen Vertrag die Möglichkeit der provisorischen Rechtsöffnung auf einen kleinen Anwendungsbereich und wurde deshalb zwischenzeitlich gelockert. Die Einwendung des nicht oder nicht korrekt erfüllten Vertrags ist materiellrechtlich gesehen eine Einrede und kann somit auch im Rechtsöffnungsverfahren nicht von Amtes wegen, sondern nur auf entsprechendes Vorbringen des Betriebenen berücksichtigt werden. Grundsätzlich ist ein vollkommen zweiseitiger Vertrag ein provisorischer Rechtsöffnungstitel für die darin erwähnte finanzielle Leistung. Gestützt darauf kann die provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, solange der Schuldner nicht behauptet, die Gegenleistung sei nicht oder nicht ordnungsgemäss erbracht worden, bzw. wenn diese Behauptung offensichtlich haltlos ist oder sofort durch Urkunden liquid widerlegt werden kann. Nur wenn der Betriebene die (ordentliche) Erfüllung der Gegenleistung ausdrücklich bestreitet, hat der Betreibende diese somit durch Urkunden nachzuweisen (Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 99, 101, 107; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 341 f.).

Obergericht, 21. April 2004, BR.2004.20

## 22. Kosten- und Entschädigungsregelung bei Bezahlung der in Betreibung gesetzten Forderung kurz vor Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens (Art. 48, 61, 62 GebV SchKG; Art. 8 ff. SchKG)

1. Im Rechtsöffnungsverfahren hat die unterliegende Partei gemäss den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen die Gerichtskosten zu tragen und muss der obsiegenden Partei, sofern ein entsprechendes Begehren gestellt wurde, eine Parteientschädigung ausrichten. Wer die Kosten zu tragen hat, richtet sich nach Bundesrecht. Die Kosten sind vom Richter im Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung der Rechtsöffnung festzulegen. Bezahlt der Schuldner die Forderung nach Einreichung des Gesuchs um Rechtsöffnung oder zieht er erst dann seinen Rechtsvorschlag zurück, so kann er trotz Abweisung bzw. Nichteintretens mit den Kosten belastet werden (Art. 48, 61 und 62 GebV SchKG; Staehelin, Basler Kommentar, Art. 84 SchKG N 72; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 144 f. und 150 f.). Bei der Bemessung der Parteientschädigung kann der kantonale Anwaltstarif hilfsweise beigezogen werden, ohne dass aber dessen Ansätze unbesehen zu übernehmen wären; die sich aus einem solchen Tarif ergebende Entschädigung muss den vom Anwalt erbrachten Diensten und den Umständen des Einzelfalls gerecht werden (BGE 119 III 69; Staehelin, Art. 84 SchKG N 74 mit Hinweisen).

2. a) Der Rekurrent liess den Rekursgegner mit Schreiben vom 6. November 2003 auffordern, ihm gestützt auf die Entscheide des Gerichtspräsidiums vom 3. September 2003 und des Obergerichts vom 20. Oktober/4. November 2003 Fr. 2'076.-- an Parteientschädigungen "innert der nächsten zehn Tage" zu überweisen. Dieses Schreiben ging dem Rekursgegner am 7. November 2003 zu. Am 19. November 2003 liess der Rekurrent

die Forderung in Betreibung setzen. Der Zahlungsbefehl wurde dem Rekursgegner am 20. November 2003 zugestellt, wobei dieser am gleichen Tag Rechtsvorschlag erhob. Mit Valuta 21. November 2003 ging der Betrag von Fr. 2'076.-- auf dem Klientenkonto des Rechtsvertreters des Rekurrenten ein. Das Rechtsöffnungsbegehren wurde am 24. November 2003 zur Post gegeben.

b) aa) Der Rekursgegner erhielt den Beschluss des Obergerichts vom 20. Oktober/4. November 2003 gemäss eigenen Angaben am 5. November 2003 zugestellt. Da gegen den Entscheid kein ordentliches Rechtsmittel zulässig war, erwuchs dieser gemäss § 112 Abs. 1 ZPO mit der Eröffnung in Rechtskraft, wodurch der Anspruch des Rekurrenten auf Zahlung der Parteientschädigungen an diesem Tag fällig wurde. Entgegen der Auffassung des Rekursgegners war der Rekurrent nicht gehalten, wegen der Einlegung der staatsrechtlichen Beschwerde oder allgemein aus Kulanzgründen mit der Geltendmachung der fälligen Forderung zuzuwarten. Auch die Ansetzung einer kurzen Zahlungsfrist von zehn Tagen kann nicht beanstandet werden, denn den Interessen des Schuldners auf Einräumung einer angemessenen Zahlungsfrist steht der Anspruch des Gläubigers auf umgehende Befriedigung fälliger Forderungen gegenüber. Nachdem der Rekurrent im Rekursverfahren nunmehr den tatsächlichen Zugang der Zahlungsaufforderung am 7. November 2003 nachweist, steht fest, dass die Zahlungsfrist am 17. November 2003 verstrich. Die Einleitung des Betreibungsverfahrens am 19. November 2003 und die Einreichung des Rechtsöffnungsbegehrens am 24. November 2003 erweisen sich unter dem Gesichtspunkt der Fälligkeit damit grundsätzlich nicht als verfrüht.

bb) Allerdings bezahlte der Rekursgegner zwischen der Zustellung des Zahlungsbefehls bzw. der Erhebung des Rechtsvorschlags und der Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens die betriebene Forderung. Die Zahlung ging mit Valuta

21. November 2003 auf dem dem Rekursgegner angegebenen Klientenkonto des Rechtsvertreters des Rekurrenten und damit noch vor der Postaufgabe des Rechtsöffnungsbegehrens am 24. November 2003 ein. Das Rechtsöffnungsbegehren war demnach zu diesem Zeitpunkt bereits nicht mehr notwendig. Der Einwand des Rekurrenten, das Rechtsöffnungsbegehren sei bereits am 21. November 2003, einem Freitag, diktiert und wegen Büroabwesenheit des Rechtsvertreters am Freitagnachmittag auf den Montag, den 24. November 2003, datiert und deshalb erst an diesem Tag zur Post gebracht worden, ist unbehelflich, denn solche Interna können nicht der Gegenpartei zur Last gelegt werden. Aus dem gleichen Grund hilft dem Rekurrenten bzw. seinem Rechtsvertreter auch der Hinweis nicht weiter, die Gutschriftsanzeige über den Eingang der Zahlung sei seinem Büro erst am 24. November 2003 zugegangen, wobei er diese wegen verschiedener Termine erst am Dienstag, 25. November 2003, zur Kenntnis habe nehmen können. Ausserdem trifft einen Gläubiger, der erstens eine so kurze Zahlungsfrist ansetzt, der zweitens unmittelbar nach Ablauf der Zahlungsfrist die Betreibung einleitet, und der drittens unmittelbar nach Zustellung des Doppels des Zahlungsbefehls das Rechtsöffnungsbegehren stellt, vor der Einreichung des Rechtsöffnungsbegehrens die Obliegenheit zu prüfen, ob die Zahlung eingegangen ist oder nicht. Macht er dies nicht, so hat er, wie die Vorinstanz im Ergebnis zutreffend feststellte, die Kostenrisiken zu tragen. Der Kostenspruch der Vorinstanz erweist sich demnach als richtig.

Obergericht, 23. Februar 2004, BR.2004.6

## 23. Rechtsmissbräuchliche Berufung auf ausländisches Recht, wenn vor Vorinstanz Schweizer Recht angerufen wurde (Art. 116 IPRG; Art. 2 Abs. 2 ZGB)

1. Die X AG mit Sitz in der Schweiz liess von der in Italien ansässigen Y s.r.l. für die in ihrem Eigentum stehende und von ihrem Verwaltungsratspräsidenten bewohnte Liegenschaft Marmor- und Natursteinplatten liefern und verlegen. Y verlangt die Bezahlung ihrer Leistung.

2. Die Vorinstanz erwog, Wiener Kaufrecht könne nicht anwendbares Recht sein, weil die Lieferung bzw. das Verlegen des gelieferten Steins nicht dem Geschäftsbereich der X AG, sondern vielmehr dem Privatbereich deren Verwaltungsratspräsidenten zuzuordnen sei. Aus der gleichen Überlegung heraus sei nicht Art. 117 IPRG, sondern Art. 120 IPRG anwendbar, womit Schweizer Recht zur Anwendung gelange.

3. Dagegen erhob die X AG Berufung und machte geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz stelle das zu beurteilende Rechtsverhältnis keine Konsumentenstreitigkeit dar, weshalb nicht Art. 120 IPRG, sondern Art. 117 IPRG zur Anwendung gelange. Da auch keine Rechtswahl getroffen worden sei, sei italienisches Recht anwendbar. An der Berufungsverhandlung wurde diese Auffassung dahingehend präzisiert, dass auf die Plattenlieferungen Wiener Kaufrecht und auf die Verlegearbeiten italienisches Recht anwendbar sei. Es sei daher geboten, die Streitsache zur Feststellung des italienischen Rechts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

a) Weil die Frage nach dem anwendbaren Recht und dessen Auslegung eine Rechts- und keine Tatfrage darstellt

(BBl 1983 I 311; Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3.A., S. 282 mit Hinweisen auf abweichende Lehrmeinungen), kann die beantragte Rückweisung an die Vorinstanz von vornherein nicht in Betracht gezogen werden. § 96 ZPO ist durch das IPRG mindestens insofern überholt, als die Gerichte gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG das Recht von Amtes wegen festzustellen haben. Auch wenn die Gerichte die Mithilfe der Parteien verlangen können (Art. 16 Abs.1 Satz 2 IPRG), ändert dies nichts daran, dass die Gerichte von sich aus alle erfolgsversprechenden Erkenntnisquellen nutzen müssen. Auch Satz 3 von Art. 16 Abs. 1 IPRG, wonach bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis den Parteien überbunden werden kann, bedeutet nicht, dass eine eigentliche Beweisführung und Beweislast mit allen Konsequenzen für die entsprechende Partei aufgestellt wird. Die "Überbindung" bedeutet vielmehr nichts anderes als eine Fortsetzung von Satz 2, nämlich eine Aufforderung an die Parteien, bei der Ermittlung des Rechts mitzuwirken. Erst wenn der Inhalt des anzuwendenden Rechts trotz aller Bemühungen nicht feststellbar ist, ist gemäss Art. 16 Abs. 3 IPRG als Ersatzrecht das schweizerische Recht anzuwenden (Walter, S. 282 ff.).

b) Wie die Berufungsklägerin ist auch das Obergericht der Auffassung, dass es sich beim vorliegenden Vertragsverhältnis nicht um ein solches über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für den persönlichen oder familiären Gebrauch des Konsumenten bestimmt sind (Art. 120 Abs. 1 IPRG), handelt. Zwar wurden die Steinplatten im und um das Wohnhaus des Verwaltungsratspräsidenten der Berufungsklägerin verlegt, doch ist dies auch bereits der einzige Punkt, der die Annahme eines Konsumentenvertrags allenfalls noch nahe legen würde. Entscheidend ist hingegen, dass die fragliche Liegenschaft im Eigentum der Berufungsklägerin steht und der Bewohner deren Verwaltungsratspräsident ist. In dieser Konstellation besteht kein Raum zur Annahme, die im Allgemeinen als auch in Bausachen geschäftserfah-

rene Berufungsklägerin sei in den Verhandlungen der Berufungsbeklagten unterlegen gewesen. Es besteht deshalb auch kein Grund, die Berufungsklägerin durch die Anwendung desjenigen Rechts zu schützen, auf welches sie normalerweise vertraut und auch vertrauen darf (Keller/Kren-Kostkiewicz, in: IPRG Kommentar [Hrsg.: Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken], Zürich 1993, Art. 120 N 4). Dementsprechend ist das Vorliegen eines Konsumentenvertrags zu verneinen, und es ist neu zu prüfen, welches Recht auf den Sachverhalt Anwendung findet.

c) Gemäss Art. 1 IPRG, der den Geltungsbereich des Gesetzes regelt, bleiben die von der Schweiz ratifizierten völkerrechtlichen Verträge vorbehalten (Abs. 2). Bevor für die Bestimmung des anwendbaren Rechts die Kollisionsnormen des IPRG konsultiert werden, ist daher stets zu prüfen, ob auf den zu beurteilenden Sachverhalt ein Staatsvertrag Anwendung findet; wo international vereinheitlichtes materielles Recht vorliegt, bedarf es keiner Kollisionsnormen mehr (Volken, in: IPRG Kommentar, Art. 1 N 62). Indessen haben es die Parteien z.B. im Bereich des Schuldrechts in der Hand, ihren Vertrag gemäss Art. 116 IPRG dem Recht eines von ihnen gewählten Staates zu unterstellen, was regelmässig auch durch Staatsverträge nicht ausgeschlossen wird. Im Anwendungsbereich des Übereinkommens der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenverkauf (UN- bzw. Wiener Kaufrecht, WKR; SR.0.221.211.1) zum Beispiel ist das sogenannte "opting out" gemäss Art. 6 WKR problemlos möglich (Amstutz/Vogt/Wang, Basler Kommentar, Art. 116 IPRG N 19). Zu prüfen ist daher als erstes, ob in der Tatsache, dass sich die Berufungsklägerin noch im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich auf das Schweizer Recht berief, eine Rechtswahl zu erblicken ist.

aa) In RBOG 1972 Nr. 2 stellte das Obergericht unter Hinweis auf BGE 81 II 176 fest, dass eine nachträgliche Rechtswahl darin erblickt werden könne, dass sich im Prozess bei-

de Parteien auf ein bestimmtes Recht berufen würden. Das Bundesgericht führte in BGE 119 II 175 f. aus, es stehe seit seiner mit BGE 87 II 200 begründeten Rechtsprechung auf dem Standpunkt, von einer Rechtswahl zugunsten eines bestimmten und von einem Verzicht auf die Anwendung eines anderen Rechts könne logischerweise nur dort gesprochen werden, wo den Parteien überhaupt bewusst geworden sei, dass sich die Frage nach dem massgebenden Recht stelle, denn die Wahl treffen könne nur, wer wisse, dass er die Möglichkeit habe, ein Vertragsverhältnis der einen oder anderen Rechtsordnung zu unterstellen, und ebenso könne auf eine von zwei Möglichkeiten nur verzichten, wer die beiden zu Gebote stehenden Möglichkeiten kenne. Ein auf übereinstimmenden Erklärungen beruhender Verweisungsvertrag, wie er für eine Rechtswahl notwendig sei, setze damit voraus, dass die Parteien einen bewussten Rechtswahl-Willen hätten und diesen äussern wollten. Würden die Parteien dagegen überhaupt nicht an die Frage des anwendbaren Rechts denken, so könne darin, dass sie von der inländischen Rechtsordnung ausgingen, für sich allein noch keine Rechtswahl erblickt werden. Später habe das Bundesgericht diese Auffassung insofern verdeutlicht, als es die gemeinsame Berufung auf ein bestimmtes Recht je nach den Umständen als Ausdruck oder Folge bewusster stillschweigender Rechtswahl oder mindestens als Indiz dafür jedenfalls nicht ausgeschlossen habe. Zwar bleibe ein hypothetischer Parteiwille als versteckte Anknüpfung grundsätzlich unbeachtlich, doch reiche auch für den Abschluss eines Verweisungsvertrags ein normativer Konsens aus. Die vom Gesetzgeber geforderte Klarheit der Rechtswahl erfordere hier allerdings eine objektiv hinreichend schlüssige, ausdrückliche oder konkludente Willenserklärung, die vom Empfänger nach dem Vertrauensgrundsatz unzweideutig als Offerte eines Verweisungsvertrags verstanden werden dürfe und müsse. Ein Rechtsfolgewillen dürfe namentlich nicht bereits aus einer Bezugnahme auf ein bestimmtes Recht abgeleitet werden. Vielmehr müssten zusätzlich objektive Anhaltspunkte den Schluss zulassen, damit solle in Ab-

weichung von der objektiven kollisionsrechtlichen Anknüpfung ein anderes materielles Recht bestimmt werden.

bb) Gemäss der Auffassung des Obergerichts ist in der Bezugnahme der Berufungsklägerin auf schweizerisches Vertragsrecht vor Vorinstanz sehr wohl eine ausreichend schlüssige Willenserklärung hinsichtlich der Anwendbarkeit des entsprechenden schweizerischen Rechts zu erblicken. So handelt es sich beim Vertreter der Berufungsklägerin gerichtsnotorisch um einen international tätigen Rechtsanwalt, dem das Vorliegen eines internationalen Sachverhalts ohne jeden Zweifel bewusst war und dessen Berufung auf das Schweizer Vertragsrecht daher nicht anders verstanden werden kann, als dass er dieses angewandt haben wollte. Hätte er sich getäuscht, d.h. die Internationalität des Sachverhalts verkannt, so wäre es an ihm gelegen, dies und den fehlenden Rechtsfolgewillen vor Obergericht darzulegen und sich auf einen entsprechenden Irrtum zu berufen. Entsprechende Ausführungen in diese Richtung erfolgten jedoch auch nicht ansatzweise. Es liegt deshalb der Verdacht nahe, dass die Berufungsklägerin die Frage nach der Anwendbarkeit eines anderen Rechts vor Vorinstanz bewusst nicht besonders thematisierte, nur um bei der Anwendung des schweizerischen Vertragsrechts durch die Vorinstanz einen Grund für das Einlegen eines Rechtsmittels zu schaffen. Darauf deutet jedenfalls hin, dass sich die Berufungsklägerin auch im Berufungsverfahren mit den behaupteten anwendbaren Bestimmungen des internationalen oder ausländischen Rechts überhaupt nicht auseinander setzte, sondern es ausnahmslos bei blossen und schwammigen Behauptungen beliess und darüber hinaus offen zugestand, das italienische Recht nicht zu kennen. Das Verhalten der Berufungsklägerin kann daher nicht anders interpretiert werden, als dass sie offensichtlich nur das Verfahren zu verkomplizieren versucht, was nach Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist und daher keinen Rechtsschutz finden kann. Demnach muss davon ausgegangen werden, dass die Berufungsklägerin

noch vor der ersten Instanz einen Rechtsfolgewillen hatte, schweizerisches Recht auf den Vertrag anwenden zu lassen, weshalb es nicht angehen kann, sich in der zweiten Instanz (aus durchschaubaren, prozesstaktischen Gründen) nun plötzlich auf ein anderes Recht zu berufen.

Obergericht, 11. September 2003, ZBO.2003.10

## 24. Verkehrsregeln beim Befahren eines (zweispurigen) Kreisels (Art. 41b Abs. 2 VRV)

1. Im doppelspurigen Kreisel befuhr der Berufungskläger von A her kommend die innere Spur und wollte auf die Autobahn einbiegen. Nachdem er den auf der äusseren Spur fahrenden Reisecar überholt hatte, setzte der Berufungskläger den rechten Blinker in Richtung Autobahn. Weil der Reisecar nicht auf die Autobahn abbog, sondern Richtung B weiterfuhr, kam es trotz des Bremsmanövers des Berufungsklägers zu einer Kollision. Mit Strafverfügung büsste das Bezirksamt den Berufungskläger mit Fr. 350.-- wegen mangelnder Rücksichtnahme auf den folgenden Verkehr beim Abbiegen nach rechts (Verlassen des Kreisels). Die Bezirksgerichtliche Kommission erachtete die Einsprache als unbegründet.

2. a) Zu Recht wies die Vorinstanz auf die einzelnen Pflichten eines Fahrzeuglenkers bezüglich Rechtsfahren und beim Einspuren sowie auf die Sicherheitsvorkehrungen hin. Gemäss Art. 34 Abs. 3 SVG hat der Fahrzeugführer, der seine Fahrtrichtung ändern will, wie zum Abbiegen, Überholen, Einspuren und Wechseln des Fahrstreifens auf den Gegenverkehr und auf die ihm

nachfolgenden Fahrzeuge Rücksicht zu nehmen. Dementsprechend weist Art. 44 Abs. 1 SVG darauf hin, dass auf Strassen, die für den Verkehr in gleicher Richtung in mehrere Fahrstreifen unterteilt sind, der Führer seinen Streifen nur verlassen darf, wenn er dadurch den übrigen Verkehr nicht gefährdet. Art. 39 Abs. 1 SVG schreibt zudem vor, dass jede Richtungsänderung mit dem Richtungsanzeiger oder durch deutliche Handzeichen rechtzeitig bekannt zu geben ist, was namentlich für das Einspuren, Wechseln des Fahrstreifens und Abbiegen gilt (lit. a), wobei eine pflichtgemässe Zeichengebung den Fahrzeugführer gemäss Abs. 2 derselben Bestimmung nicht von der gebotenen Vorsicht entbindet (BGE 127 IV 39, 125 IV 84 f., 91 IV 10). Überdies hat sich, wer rechts abbiegen will, nach Art. 36 Abs. 1 SVG an den rechten Strassenrand zu halten.

b) aa) Der Berufungskläger hält der Vorinstanz entgegen, sie verfalle einer formalistischen Betrachtungsweise, wenn sie lakonisch festhalte, Vorwegweiser seien lediglich blosse Orientierungstafeln, welche über die Vortrittsregeln nichts aussagten. Auch Hinweisschilder würden der Orientierung dienen; sie seien Orientierungstafeln. Diese könnten und sollten befolgt werden. Wenn jemand ein Hinweisschild korrekt befolge, dürfe ihm dies nicht zum Nachteil gereichen, was sicher gelte, wenn ein Hinweisschild die zu erwartende Situation richtig wiedergebe, und müsse erst recht gelten, wenn ein Hinweisschild den Motorfahrzeuglenker, der den Hinweis befolge, irreführe. Genau dies sei geschehen: Der Berufungskläger habe das Hinweisschild befolgt und sich darauf verlassen, dass auch die anderen Strassenbenützer sich ebenso verhalten würden. Darauf habe er vertrauen dürfen, nämlich, dass der in der äusseren Spur fahrende Car den Kreisel tatsächlich, wie dick und weiss auf grünem Grund festgehalten, verlassen werde. Auf den nachfolgenden Verkehr habe der Berufungskläger durchaus Rücksicht nehmen müssen, indes nur auf den sich korrekt verhaltenden anderen Strassenbenützer. Schon bei der damaligen Si-

tuation - nunmehr heute klar - habe für den aussen Fahrenden die Pflicht bestanden, den Kreisel rechts fahrend zu verlassen; wer dies nicht tue, handle auf eigenes Risiko.

bb) Wie der Augenschein ergab, steht in einem Abstand von rund zehn Metern vor dem Kreisel rechts der Fahrbahn ein grosses grünes Verkehrsschild, welches zwei Markierungen zeigt, zum einen einen fetten Strich von A her kommend auf die Autobahn, wobei es sich um die äussere Signalisation handelt, zum andern eine Markierung, die von A her kommend einen ¾-Bogen nach links wegweisend darstellt, wobei die Verbindung zum Kreis im unteren Drittel der Markierung nicht mehr fett ist. Auf grünem Grund sind die Ziele C, D und E oben links aufgeführt, und auf blauem Grund unten links F, G, H und B. Der Unterschied zum Unfallzeitpunkt in Bezug auf das Schild besteht darin, dass die innere Markierung, von A her kommend, nach einem halben Kreis zusätzlich eine fett markierte Abzweigung Richtung Autobahn festhielt. Zu Recht ist der Berufungskläger grundsätzlich der Meinung, dass sich durch die "Umsignalisation" für den Fahrzeuglenker nichts geändert habe. Nur geht er fehl in der Annahme, der aussen Fahrende müsse zwingend nach rechts auf die Autobahn einbiegen. Der Meinung des Berufungsklägers wäre nur zu folgen, wenn es sich bei der fraglichen Tafel um eine Einspurtafel im Sinn von Art. 53 SSV gehandelt hätte. Dabei zeichnet sich diese dadurch aus, dass sie auf mehrspurigen Strassen vor Verzweigungen anzeigt, welche Fahrstreifen zu einem bestimmten Ziel hinführen (Art. 53 Abs. 1 SSV), wobei es - entgegen der Meinung der Staatsanwaltschaft - nicht nur Einspurtafeln über der Fahrbahn, sondern auch solche neben der Fahrbahn gibt (Art. 53 Abs. 2 SSV i.V.m. Signal 4.41 bis 4.43 Anhang 2 SSV). Demgegenüber handelt es sich beim Strassenschild kurz vor dem Kreisel um einen Vorwegweiser im Sinn von Art. 52 Abs. 1 SSV bzw. Abs. 4 der entsprechenden Bestimmung, nämlich um einen Vorwegweiser bei "Kreisverkehrsplatz" i.V.m. Signal 4.54 Anhang 2 SSV, wobei die

Richtung der Strasse durch Striche dargestellt wird, welche dem Verlauf der Fahrbahnen nach der Verzweigung entsprechen. Bei solchen Vorwegweisern handelt es sich lediglich um eine Orientierungstafel, welche über die Vortrittsregelung nichts aussagt (BGE 104 IV 121). Bezüglich der Wahl des Fahrstreifens bedeutet das Signal "Vorwegweiser bei Kreisverkehrsplatz", dass auch dieses Signal sowohl bezüglich der Fahrstreifenwahl im Kreisel als auch bezüglich der Ausfahrt lediglich als Hinweis gilt. Immerhin sind aber die allgemeinen beim Fahrtstreifenwechsel geltenden Verkehrsregeln zu beachten (Zoelly, in: Fortbildungskurs Strassenverkehr des Schweizerischen Polizeiinstituts vom 11. November 2003, S. 12, www.astra.admin.ch). Die Spuren auf dem Kreisverkehrsplatz sind durch unterbrochene Linien gekennzeichnet; es handelt sich somit um Leitlinien im Sinn von Art. 73 Abs. 3 SSV, während weisse ununterbrochene Linien als Sicherheitslinien bezeichnet werden (Art. 73 Abs. 1 SSV). Bezüglich des Befahrens von zweistreifigen Kreiseln gibt es keine spezifischen Vorschriften, welche festlegen, welcher Fahrstreifen bei einer mehrspurigen Kreiseleinfahrt, in einem mehrspurigen Kreisel oder im Bereich einer mehrspurigen Ausfahrt aus einem Kreisverkehrsplatz zu wählen ist. In allen Fällen bleibt es dem Lenker freigestellt, für welchen Fahrstreifen er sich entscheidet. Vorbehältlich abweichender Markierungen (beispielsweise Sicherheitslinien) kann daher nach dem Passieren der Kreiseleinfahrt der Fahrtstreifen innerhalb des Kreisels gewechselt werden (Zoelly, S. 11). Dementsprechend war der Berufungskläger zwar befugt, im Kreisel selbst auf der linken Spur zu fahren und dann zum Abbiegen Richtung Autobahn auf die rechte Spur zu wechseln. Dabei hatte er jedoch die allgemeinen Verkehrsvorschriften zu beachten gehabt, namentlich beim Abbiegen, Überholen, Einspuren und Wechseln des Fahrstreifens auf die ihm nachfolgenden Fahrzeuge Rücksicht zu nehmen (Art. 34 Abs. 3 SVG). Insbesondere hätte dem Berufungskläger unter Berücksichtigung der Bodenmarkierung, die lediglich eine Leitlinie aufweist und aufgrund des fehlenden Blinkens des

Reisecars - wozu dieser beim Verlassen des Kreisels verpflichtet gewesen wäre (Art. 41b Abs. 2 VRV) - klar sein müssen, dass seine Meinung bezüglich des Verhaltens des Carchauffeurs nicht zutreffen kann. Die Aufmerksamkeit des Berufungsklägers hätte umso grösser sein müssen, nachdem er, auf der inneren Kreiselspur fahrend, den neben ihm fahrenden Car, um auf die Autobahn abbiegen zu können, quasi überholte.

c) Unter den gegebenen Umständen nützt dem Berufungskläger auch der Vertrauensgrundsatz gemäss Art. 26 Abs. 1 SVG nichts, wonach jeder Strassenbenützer, sofern nicht besondere Umstände dagegen sprechen, darauf vertrauen darf, dass sich die anderen Verkehrsteilnehmer ebenfalls ordnungsgemäss verhalten, ihn also nicht behindern oder gefährden: Auf den Vertrauensgrundsatz kann sich nur stützen, wer sich selbst verkehrsregelkonform verhalten hat. Wer gegen die Verkehrsregeln verstösst und dadurch eine unklare oder gefährliche Verkehrslage schafft, kann nicht erwarten, dass andere diese Gefahr durch erhöhte Vorsicht ausgleichen (BGE 120 IV 253 f., 118 IV 280). Die Rüge, der Chauffeur des Reisecars habe sich verkehrswidrig verhalten, geht somit ins Leere, nachdem erwiesen ist, dass jener berechtigt war, auf der rechten Spur zu fahren, ohne auf die Autobahn einbiegen zu müssen.

Obergericht, 18. Mai 2004, SBR.2004.9

## 25. **Der Untergang eines motorisierten Schiffs stellt nicht zwangsläufig eine konkrete Gefährdung des Gewässers dar** (Art. 6 GSchG)

1. Zur fahrlässigen Gewässerverschmutzung erwog die Vorinstanz, zwar sei weder Benzin noch Öl aus dem gesunkenen Schiff ausgelaufen. Indessen habe trotzdem die konkrete Gefahr einer Gewässerverschmutzung bestanden, weswegen die Seepolizei denn auch umgehend die Ölwehr zur Bergung des Schiffs aufgeboten habe. Weil die Witterung im Zeitpunkt des Untergangs stürmisch gewesen und der Seegrund am Unfallort steinig sei, habe die nahe Möglichkeit einer Gewässerverschmutzung durch aus dem Motor oder Tank auslaufendes Öl oder Benzin bestanden. Der Berufungskläger hält dagegen, die vorausgesetzte konkrete Gefährdung sei nicht gegeben. Es würden Anhaltspunkte fehlen, dass eine Gewässerverschmutzung nur durch die rasche Bergung des Schiffs habe verhindert werden können.

2. a) Gemäss Art. 6 GSchG ist es untersagt, Stoffe, die das Wasser verunreinigen können, mittelbar oder unmittelbar in ein Gewässer einzubringen oder sie versickern zu lassen (Abs. 1). Es ist auch untersagt, solche Stoffe ausserhalb eines Gewässers abzulagern oder auszubringen, sofern dadurch die konkrete Gefahr einer Verunreinigung des Wassers entsteht (Abs. 2). Nach Art. 70 GSchG wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer vorsätzlich Stoffe, die das Wasser verunreinigen können, widerrechtlich mittelbar oder unmittelbar in ein Gewässer einbringt, versickern lässt oder ausserhalb eines Gewässers ablagert oder ausbringt und dadurch die Gefahr einer Verunreinigung eines Gewässers schafft (Abs. 1 lit. a). Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse (Abs. 2). Die Erfüllung des Tatbestands von Art. 70 Abs. 1 lit. a GSchG setzt eine konkre-

te Gefährdung des Wassers voraus; eine - selbst erhöhte - abstrakte Gefahr genügt nicht. Eine konkrete Gefahr ist gegeben, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit einer Verletzung des geschützten Rechtsguts besteht (BGE vom 27. September 2002, 6S.520/2001, Erw. 1.2).

b) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Untergang des Schiffs des Berufungsklägers eine nahe Möglichkeit der Verschmutzung des Wassers bestand. Insbesondere konnte die Polizei in ihrem Bericht nicht darlegen, weshalb eine akute Gefahr für eine Gewässerverschmutzung bestanden haben soll. Zwar trifft es zu, dass der Untergang eines motorisierten Schiffs immer die Gefahr einer Gewässerverschmutzung in sich birgt, und insofern war die sofortige Bergung des Schiffs durch die Seepolizei auch durchaus angezeigt. Solange aber nicht nachgewiesen ist, dass am Motor des Schiffs, am Treibstofftank oder den Verbindungsleitungen bzw. den Anschlusskupplungen eine undichte Stelle war, die zum Austritt von Öl oder Treibstoff hätte führen können, ist die Gefahr lediglich als abstrakt zu werten. Ausschlaggebend dafür ist, dass die relevanten Teile wegen der ausserordentlich hohen Explosionsgefahr von Benzindämpfen in ordnungsgemässem Zustand dicht sein müssen. Zu diesem Zweck schreibt Art. 123 Abs. 3$^{quater}$ der Verordnung zum Binnenschifffahrtsgesetz (SR 747.201.1; BSV) vor, dass Füll- und Entlüftungsleitungen von Tankanlagen so ausgeführt und verlegt sein müssen, dass es bei bestimmungsgemässer Verwendung des Schiffs nicht zum Austritt von Brennstoff kommen kann. Die genannten Leitungen sind die einzigen Öffnungen eines Treibstofftanks, und wenn bezüglich dieser verlangt wird, dass sie dicht sein müssen, so gilt dies für den Tank als solchen und für die ab dem Tank zum Motor führenden Leitungen samt Kupplungen erst recht. Während die Füllöffnung regelmässig dicht verschlossen ist, stellt - wie das die Staatsanwaltschaft zutreffend darlegte - das Lüftungsventil den kritischen Punkt dar. Der Grund dafür liegt darin, dass dieses während des Betriebs geöffnet sein

sollte, weil sonst bedingt durch die infolge des Benzinverbrauchs abnehmende Treibstoffmenge ein Vakuum im Tank entstünde, womit die Treibstoffzufuhr zum Motor nicht mehr gewährleistet wäre und dieser abstellen würde. Indessen machte der Berufungskläger geltend, dass dieses Ventil geschlossen gewesen sei. Zwar ist diese Behauptung zusammen mit der Staatsanwaltschaft als doch eher seltsam zu werten, doch bestätigt der Umstand, dass beim Untergang tatsächlich kein Benzin aus dem Tank ausfloss, die Darstellung des Berufungsklägers. Also ist davon auszugehen, dass dieser das Ventil - aus welchen Gründen auch immer - vor oder während der Fahrt verschloss. Die Staatsanwaltschaft vermochte jedenfalls den Beweis, dass das Ventil im Zeitpunkt des Untergangs geöffnet war, nicht zu erbringen. Nachdem auch keine Hinweise vorliegen, dass der Tank und der Motor irgendwelche Beschädigungen aufwiesen und daher Öl oder Treibstoff hätten auslaufen können, ist eine konkrete Gefährdung zu verneinen. Daran ändern auch die stürmische Witterung beim Untergang und der steinige Seegrund beim Unfallort nichts: Zum einen schwamm der Kunststoff-Benzintank auf dem See und konnte so durch die Steine am Seegrund unmöglich beschädigt werden. Zum anderen konnte auch der Motor nicht auf den Steinen aufschlagen: Zur Befreiung des in den Propellerflügeln verwickelten Netzes kippte der Berufungskläger den Aussenbordmotor kurz vor dem Untergang hoch, womit der Motor mit seinem Sporn die Steine am Seegrund gar nicht berührte, mag das Schiff durch den Wellengang noch so sehr gegen die Steine geschlagen worden sein. Insofern bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass der Motor durch ein Bersten des Motorblocks in Bälde hätte undicht werden können. Eine konkrete Gefährdung einer Gewässerverschmutzung ist demnach unter allen Gesichtspunkten zu verneinen, und entsprechend ist der Berufungskläger vom Vorwurf der (fahrlässigen) Gewässerverschmutzung freizusprechen.

Obergericht, 4. November 2004, SBR.2004.29

## 26. **Höherer leitender Angestellter ist unabhängig von den ihm verliehenen Titeln, wer im Betrieb tatsächlich an den Schalthebeln der Macht sitzt** (Art. 13 Abs. 1 ArG; Art. 9 ArGV 1)

1. Die Berufungsklägerin war bei der Berufungsbeklagten als Geschäftsführerin angestellt. Nachdem ihr gekündigt worden war, forderte sie Ersatz für geleistete Überstunden.

2. Zwar wurde ein Überstundenzuschlag vertraglich wegbedungen, so dass Überstunden mit dem Normallohn abzugelten wären. Überstunden, welche gleichzeitig als Überzeit im Sinn des Arbeitsgesetzes zu qualifizieren sind, sind aber grundsätzlich mit einem Zuschlag von 25% zu vergüten, denn Art. 13 Abs. 1 ArG ist zwingender Natur (Pra 90, 2001, Nr. 47; Egli, Verhältnis zwischen den Bestimmungen über Überstunden und über Überzeit, in: AJP 2001 S. 120 ff.). Davon könnte hier nur abgewichen werden, wenn die Berufungsklägerin als höhere leitende Angestellte im Sinn des Arbeitsgesetzes zu betrachten wäre. Die Vorinstanz hielt dazu lediglich fest, für Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausübten, was auf die weitestgehend selbständig handelnde Berufungsklägerin zutreffe ("Organisation und Koordination der kaufmännischen Arbeiten, Personalführung und Einteilung, Bestellwesen"), gelte das Arbeitsgesetz nicht. Angesichts der restriktiven bundesgerichtlichen Praxis bestehen jedoch erhebliche Zweifel, ob die Berufungsklägerin tatsächlich höhere leitende Angestellte im Sinn des Arbeitsgesetzes war. Gemäss Art. 9 ArGV 1 übt eine höhere leitende Tätigkeit aus, wer aufgrund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebs oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss neh-

men kann. Gemäss Bundesgericht ist diese Bestimmung als Ausnahmebestimmung eng auszulegen; den Kern bilde die Entscheidungsbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten. Das setze begriffsnotwendig die Befugnis voraus, in wesentlichen Angelegenheiten zu entscheiden und nicht etwa bloss Antrag zu stellen. Wesentlich sei eine Angelegenheit, die das Unternehmen als Ganzes oder doch einen bedeutenden Teil davon betreffe und Fragen aufwerfe, deren Lösung den Gang oder die Struktur des Unternehmens oder eines bedeutenden Teils davon nachhaltig beeinflussen könnten (vgl. BGE 98 Ib 348; bestätigt in Pra 90, 2001, Nr. 47). Zusammengefasst ist höherer leitender Angestellter somit nicht, wer von seinem Arbeitgeber mit entsprechenden Titeln versehen wird, sondern praktisch nur noch, wer im Betrieb tatsächlich an den Schalthebeln der Macht sitzt (vgl. Egli, S. 125). Die Berufungsklägerin verfügte aber weder über Unterschriftsberechtigung noch über Budgetautonomie. Vielmehr hatte sie die Budgetierung nach Instruktion und Rücksprache zu erledigen. Beides spricht gegen die Eigenschaft als höhere leitende Angestellte (vgl. Pra 90, 2001, Nr. 47). Zudem behauptet die Berufungsklägerin zum einen, sie habe nicht selbständig etwas bewirken können; zum anderen habe sie ihren Chef mehrmals vergeblich darum ersucht, mehr Personal einstellen zu dürfen, da das Geschäft ihrer Auffassung nach unterdotiert war. Auch das spräche gegen eine höhere Kaderfunktion. Somit ist auch der Überstundenzuschlag von 25% zu gewähren.

Obergericht, 18. März 2004, ZBO.2003.24

**27. Der Anzeigeerstatter, welcher ein ernsthaftes Interesse glaubhaft macht, ist berechtigt, vom Urteil Kenntnis zu erlangen** (Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 UNO-Pakt II; § 162 Abs. 4 StPO)

1. Auf Meldung von X an das Veterinäramt überprüfte dieses die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und stellte in den Betrieben von Y und Z Verstösse gegen das Tierschutzgesetz fest. Die entsprechenden Entscheide teilte das Veterinäramt im Sinn einer Anzeige dem Bezirksamt mit, welches Y und Z je wegen Widerhandlungen gegen das Tierschutzgesetz büsste. Der Antrag von X auf Zustellung einer Kopie des Entscheids wurde sowohl vom Bezirksamt als auf Beschwerde hin auch von der Staatsanwaltschaft abgelehnt. Gegen diese Verfügung gelangte X an das Obergericht.

2. a) Der Beschuldigte kann auf den Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündigung nicht verzichten bzw. diesen nicht ausschliessen, denn der Anspruch steht nicht nur ihm, sondern (auch) der Öffentlichkeit zu. Der Grundsatz der öffentlichen Urteilsverkündung gilt daher auch, wenn das vorausgegangene Strafverfahren nicht öffentlich durchgeführt wurde, denn die möglichen Einschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes betreffen nur die Verhandlungen, nicht aber die öffentliche Verkündung des Urteils. Berechtigten entgegenstehenden privaten oder öffentlichen Interessen kann gegebenenfalls durch Kürzung oder Anonymisierung der Strafverfügung ausreichend Rechnung getragen werden (BGE 124 IV 238 f.).

b) In der Lehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, das Recht auf Bekanntgabe eines Strafurteils könne jedermann geltend machen. Dagegen verlangt die Rechtsprechung, dass ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird. Angesichts der Bedeutung, die der öffentlichen Urteilsverkündung insbesondere in Strafsachen zukommt, sind mit Bezug auf Einschränkungen dieses Rechts strenge Massstäbe anzulegen. Es genügt daher, wenn der Betroffene ein ernsthaftes Interesse an der Kenntnisnahme eines Strafurteils glaubhaft macht. Ein solches ist entgegen der Auffassung des Bezirksamts jedenfalls für den Anzeiger im Strafverfahren - auch wenn dieser nicht als Partei des Verfahrens gilt (RBOG 1996 Nr. 35) - ohne weiteres zu bejahen, und auch in der Konstellation wie der vorliegenden kann nicht ernsthaft behauptet werden, dem Beschwerdeführer mangle es an einem berechtigten Interesse an der Bekanntgabe der Strafverfügungen. Er erstattete zwar nicht selber Strafanzeige, doch brachte er die Strafverfahren durch seine Meldung beim Veterinäramt mittelbar ins Rollen. Dass er dies neben seinem primären Anliegen, der Tierschutzgesetzgebung zum Durchbruch zu verhelfen, ebenfalls bezweckte, liegt auf der Hand und macht das berechtigte Interesse offensichtlich.

c) Nach der Lehre und Rechtsprechung ist Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II Genüge getan, wenn das Strafurteil öffentlich bekannt gemacht wird; dazu genügt die Auflage eines Urteils bei einer der Öffentlichkeit zugänglichen Kanzlei, wo jedermann, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, den vollständigen Text des Urteils einsehen oder sich eine Kopie erstellen lassen kann. Sofern keine besonderen, schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen - bei deren Vorliegen allenfalls die Öffentlichkeit ausnahmsweise von den Verhandlungen ausgeschlossen werden könnte - ersichtlich sind, hat der Berechtigte Anspruch auf Kenntnisnahme des vollständigen, ungekürzten und nicht anonymisierten Urteils. Es genügt daher im Licht von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II, wenn die Strafgerichte die aus-

gefällten Urteile für einige Zeit auf der Kanzlei zur Einsicht durch Interessierte auflegen oder einem Berechtigten auf besonderes Ersuchen hin Einsicht in einen Strafbescheid gewähren. Es besteht indessen kein Anspruch auf Aushändigung einer Kopie (BGE 124 IV 239 f.). Hier macht es angesichts der nur je aus einer Seite bestehenden Strafverfügungen keinen Sinn, den Beschwerdeführer nach A fahren und dort Einsicht nehmen zu lassen. Entsprechend sind dem Beschwerdeführer die beiden Strafverfügungen in Kopie zuzustellen.

Obergericht, 6. Oktober 2004, SW.2004.8

## 28. Rechtsvorkehr durch nicht zugelassenen Vertreter (§ 30 ZPO)

1. Am 30. April schützte die Bezirksgerichtliche Kommission die Klage der Y AG gegen X. In der Rechtsmittelbelehrung wurden die Parteien darauf aufmerksam gemacht, sie seien berechtigt, innert zehn Tagen eine schriftliche Begründung zu verlangen, ansonsten das Urteil in Rechtskraft erwachse. Diesen Entscheid nahm die Ehefrau von X am 4. Mai in Empfang. Am 11. Mai verlangte Z im Namen von X eine schriftliche Urteilsbegründung. Da es sich bei Z nicht um einen von der Anwaltskommission zugelassenen Anwalt handelte, retournierte die Bezirksgerichtskanzlei die Eingabe am 13. Mai an Z. Am 18. Mai verlangte X die schriftliche Urteilsbegründung. Die Bezirksgerichtskanzlei teilte X am 3. Juni mit, sein Begehren um Zustellung einer schriftlichen Urteilsbegründung sei verspätet. Der Mangel der unzulässigen Vertretung durch Z könne auch nicht geheilt werden. Gegen diesen Entscheid erhob X Aufsichtsbeschwerde.

2. a) Gemäss § 242 ZPO ist die Aufsichtsbeschwerde in hängigen Verfahren zulässig wegen Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung oder anderer Verletzung von Amtspflichten durch richterliche Behörden oder Beamte. Richtet sich die Beschwerde gegen einen bestimmten Entscheid oder eine bestimmte Handlung, ist sie innert 20 Tagen seit der Mitteilung oder Kenntnisnahme einzureichen. In anderen Fällen ist sie so lange zulässig, als ein rechtliches Interesse besteht (§ 243 ZPO). Die Aufsichtsbeschwerde ist ein formloser Rechtsbehelf (RBOG 1996 Nr. 33, 1930 Nr. 14). Trotz der Tatsache, dass die Aufsichtsbeschwerde in der ZPO unter dem Titel "Rechtsmittel" zu finden ist, handelt es sich

bei ihr nicht um ein solches: Sie betrifft nicht das Prozessrechtsverhältnis der Parteien, sondern das Verhältnis zwischen einer Partei und dem Richter. Das bedeutet, dass die Aufsichtsbeschwerde nicht als Rechtsbehelf gegen materielle Entscheidungen dienen kann, wenn ein Rechtsmittel nicht oder nicht mehr gegeben ist (RBOG 1989 Nr. 37).

b) Da ein Gericht nicht nur Rechtsprechung ausübt, sondern auch Geschäfte der Justizverwaltung besorgt, ist es zugleich Rechtsprechungs- und Verwaltungsorgan. Gegenstand der Aufsichtsbeschwerde können als Folge der richterlichen Unabhängigkeit im Grunde nur Akte der Justizverwaltung sein. Der Antrag der Partei geht dahin, dass die entsprechende Behörde einem Missstand in Anwendung ihrer Aufsichts- und Disziplinargewalt entgegenwirkt (RBOG 1989 Nr. 37).

c) Rechtsverweigerung ist beispielsweise bei unmotivierter Ablehnung einer Entscheidung, bei willkürlicher Verneinung der Zuständigkeit, bei Verweigerung des rechtlichen Gehörs oder bei fehlender Begründung des Entscheids (RBOG 1955 Nr. 17, 1946 Nr. 12) gegeben. In einer vertretbaren, wenn auch falschen rechtlichen Beurteilung liegt nie eine Rechtsverweigerung (RBOG 1930 Nr. 14). Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn eine Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise erschwert oder verunmöglicht (BGE 121 I 177, 120 V 417). Allerdings sind in einem gerichtlichen Verfahren prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten, denn die Interessen des an einem Verfahren beteiligten Bürgers

sind gleichermassen bedroht durch die Missachtung der sie sichernden Formen wie auch durch einen übertriebenen Formalismus. Überspitzter Formalismus ist deshalb nur gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (BGE 118 V 315). Eine Praxis, die darauf gerichtet ist, Formfehler zu übergehen, ist problematisch, einerseits weil sie letztlich der Missachtung von Formvorschriften und damit unsorgfältiger Prozessführung Vorschub leistet, und andererseits weil sie neue Formen der Rechtsungleichheit schafft (RBOG 1995 Nr. 49).

3. a) Die Meinung der Y AG, die Aufsichtsbeschwerde hätte innerhalb der Frist von 20 Tagen erhoben werden müssen, ist nicht zutreffend. Die Aufsichtsbeschwerde richtet sich gegen die Verweigerung einer Begründung des im Dispositiv zugestellten Urteils der Bezirksgerichtlichen Kommission. Am 3. Juni teilte die Bezirksgerichtskanzlei dem Beschwerdeführer mit, das Gesuch von Z um Begründung des Urteils sei wegen unzulässiger Vertretung nichtig, und das Begehren des Beschwerdeführers selbst sei verspätet, weshalb das Urteil in Rechtskraft erwachsen sei. Weil sich die Aufsichtsbeschwerde ausschliesslich auf das Beschwerderecht gegenüber Organen der Rechtspflege bezieht (Hauser/Schweri, GVG, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, 4.A., § 108 N 9), die Bezirksgerichtskanzlei aber nur indirekt unter diese Organe fällt (§ 48 Ziff. 5 und § 49 Ziff. 3 ZPO sowie § 12 Abs. 2 GerOG gegenüber § 12 Abs. 1 GerOG), fehlt es an einem Anfechtungsobjekt für die Aufsichtsbeschwerde, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann. Die Frage, inwieweit der Gerichtsvorsitzende in den Entscheid vom 3. Juni involviert war, bleibt dabei gleichgültig.

b) Gemäss § 109 Abs. 1 ZPO kann, sofern es sich nach den Umständen des Falls rechtfertigt, bei mündlicher und schriftlicher Eröffnung des Urteils von dessen Begründung gemäss § 108 Abs. 1 Ziff. 6 ZPO abgesehen werden. Anstelle der Rechtsmittelbelehrung ist den Parteien bekannt zu geben, dass sie innert zehn Tagen schriftlich eine Begründung verlangen können, ansonsten das Urteil in Rechtskraft erwachse. Im Fall, wo ein erstinstanzliches Gericht in Anwendung von § 109 Abs. 1 ZPO lediglich das Urteilsdispositiv zustellt und die Wahrung der Zehntagesfrist strittig ist, oder wenn bezüglich dieser Frist ein Wiederherstellungsgesuch eingereicht wird, liegt die Zuständigkeit zur Beurteilung dieser Frage nicht beim erstinstanzlichen Gericht. Zum einen ist der Fall bei diesem Gericht nicht mehr hängig, weil die Frist tatsächlich verpasst wurde. Zum andern bildet die Wahrung dieser Frist letztlich Voraussetzung für die Möglichkeit, gegen den Entscheid die Berufung zu ergreifen; faktisch geht es damit um die Wiederherstellung einer für das Berufungsverfahren wesentlichen Frist. Unter diesen Umständen kann die Frage, ob diese Frist gewahrt ist bzw. ein entsprechendes Wiederherstellungsgesuch zu bewilligen ist, nur von der Berufungsinstanz entschieden werden (RBOG 1994 Nr. 16).

Die Vorinstanz - und insbesondere die Bezirksgerichtskanzlei - waren dementsprechend nicht zuständig, die Frage zu entscheiden, ob das Begehren rechtzeitig oder verspätet eingereicht wurde, und ob das Begehren des nicht prozessführungsberechtigten Z die Frist wahren konnte. Vielmehr hätte die Vorinstanz diese Frage dem Obergericht vorlegen müssen. Mithin vermochte das Schreiben der Bezirksgerichtskanzlei vom 3. Juni keine Frist auszulösen, innert welcher Aufsichtsbeschwerde zu führen gewesen wäre.

4. Der Beschwerdeführer bringt vor, nichts davon gewusst zu haben, dass Z bereits des Öfteren von den Gerichten darauf hingewiesen worden sei, zur berufsmässigen Vertretung nicht befugt zu sein. Nur einmal, im Dezember des Vorjahres, als Z für ihn eine Beweismitteleingabe eingereicht habe und er diese in der Folge persönlich habe unterzeichnen müssen, habe bezüglich der Vertretung ein Problem bestanden; über die näheren Umstände sei er jedoch nicht orientiert worden, weder durch Z noch durch das Bezirksgericht. Die Situation sei im Mai auch für Z völlig anders gewesen als im Dezember des Vorjahres. Aufgrund der Auslandsabwesenheit des Beschwerdeführers und im Wissen um die kurze zehntägige Frist habe Z geglaubt, zu dieser kurzen fristwahrenden Erklärung berechtigt zu sein. Der Beschwerdeführer sei in rechtlichen Belangen unbedarft, und das Wissen von Z, eine unbefugte Vertretung auszuüben, könne dem Beschwerdeführer nicht angelastet werden.

a) Gemäss § 30 ZPO kann eine Partei, soweit es das Gesetz nicht ausdrücklich ausschliesst, die Prozessführung oder Verbeiständung im Prozess dem Ehegatten, einem Verwandten der auf- oder absteigenden Linie, Geschwistern, den Schwiegereltern, Schwiegersohn oder Schwiegertochter, Schwager oder Schwägerin sowie einem von der Anwaltskommission zur Ausübung des Anwaltsberufs zugelassenen Anwalt übertragen. Die Aufzählung in § 30 ZPO ist abschliessend (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 30 N 2; RBOG 1996 Nr. 30). Mit Ausnahme bestimmter, hier nicht interessierender Verfahren steht die berufsmässige Vertretung vor den Gerichten in allen Streitigkeiten nur den von der Anwaltskommission zugelassenen Anwälten zu (§ 34 ZPO). Eine Eingabe, die von einer nicht zur Vertretung im Sinn von § 30 ZPO berechtigten Person unterzeichnet ist, leidet an einem formellen Mangel und ist in der Regel zur Verbesserung innert Nachfrist zurückzuweisen mit der Androhung, dass sonst darauf nicht eingetreten werde (Merz, § 30 ZPO N 7).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bedeutet es keinen überspitzten Formalismus, vom Bürger zu verlangen, dass er seine Rechtsschriften eigenhändig unterzeichnet oder von einem Bevollmächtigten und nach kantonalem Verfahrensrecht zugelassenen Vertreter unterzeichnen lässt (BGE 114 Ia 22, 111 Ia 171). Allerdings haben prozessuale Vorschriften der Verwirklichung des materiellen Rechts zu dienen, weshalb die Gerichte verpflichtet sind, sich innerhalb des ihnen vom Gesetz gezogenen Rahmens gegenüber dem Rechtssuchenden so zu verhalten, dass sein Rechtsschutzinteresse materiell gewahrt werden kann. Behördliches Verhalten, das einer Partei den Rechtsweg verunmöglicht oder verkürzt, obwohl auch eine andere rechtskonforme Möglichkeit bestanden hätte, ist mit Art. 29 BV nicht vereinbar. Dementsprechend ist ein Richter oder Kanzleibeamter eines Gerichts verpflichtet, die betreffende Partei auf einen Mangel aufmerksam zu machen und dessen Verbesserung zu verlangen, wenn er bei einer Rechtsmittelerklärung einen sofort erkennbaren Formfehler wie das Fehlen einer gültigen Unterschrift feststellt und die Rechtsmittelfrist noch nicht verstrichen ist; wird der Mangel der Unterschrift so früh erkannt, dass die Partei den Fehler bei entsprechendem Hinweis innert Frist verbessern könnte, verletzt das Stillschweigen der Behörde Art. 29 BV (BGE 120 V 417). Der kantonale Richter handelt gegen Treu und Glauben, wenn er ein nicht oder von einer nicht zur Vertretung berechtigten Person unterzeichnetes Rechtsmittel als unzulässig beurteilt, ohne eine kurze, gegebenenfalls auch über die gesetzliche Rechtsmittelfrist hinausgehende Nachfrist für die gültige Unterzeichnung anzusetzen (BGE 120 V 419).

b) Die Lösung, Eingaben zur Verbesserung innert Frist zurückzusenden, entspricht auch der Praxis des Obergerichts. Dabei geht es vor allem darum, dem Rechtssuchenden die Möglichkeit zu geben, Versehen zu korrigieren, sei es zum Beispiel eine vergessene Unterschrift nachzutragen, oder die Unzulässigkeit einer Vertretung zu korrigieren. Ist jedoch dem Betroffenen die

Unzulässigkeit einer Vertretung einmal bekannt gegeben und die Möglichkeit einer entsprechenden Korrektur zugestanden worden, so kann er sich im Verlauf des gleichen Verfahrens nicht erneut auf entsprechende Handlungen des nicht zugelassenen Vertreters berufen bzw. erwarten, dass ihm erneut eine Nachfrist zur Korrektur angesetzt werde. Gesetzliche Fristen sind streng einzuhalten, was sich zum Beispiel auch daraus ergibt, dass diese nicht erstreckt werden können (Merz, § 71 ZPO N 1). Die Möglichkeit zur Verbesserung einer Rechtsvorkehr ist daher nur bei Unkenntnis oder bei einem Versehen zu erlauben. Hat aber ein Rechtssuchender Kenntnis von der Unzulässigkeit der von ihm gewählten Vertretung, weil ihm dies im entsprechenden Verfahren bereits mitgeteilt wurde, so kann er ein zweites Mal keine Nachsicht mehr erwarten.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist nicht von Belang, ob dem in unzulässiger Weise Vertretenen persönlich und ausdrücklich mitgeteilt wurde, dass die Vertretung nicht zulässig sei; entscheidend sind vielmehr die Verhältnisse des Einzelfalls. Im vorliegenden Fall steht einerseits aufgrund der Zugaben des Beschwerdeführers fest, dass der Beschwerdeführer schon einmal eine von Z verfasste Rechtsschrift selbst unterzeichnen musste, was an sich schon ein deutliches Zeichen dafür war, dass Z nicht oder jedenfalls nur beschränkt berechtigt war, Parteien vor Gericht zu vertreten; aufgrund dieses Vorfalls hätte der Beschwerdeführer erkennen müssen, dass Probleme mit der Vertretungsberechtigung bestanden. Andererseits aber genügt es je nach den Umständen, wenn die Mitteilung über die fehlende Vertretungsberechtigung an den Vertreter direkt erfolgt, welcher für eine entsprechende Information des Vertretenen selbst verantwortlich ist, denn auch der nicht zugelassene "Vertreter" handelt mit Vertretungsvollmacht des Vertretenen, so dass sich der Vertretene die vom Gericht an den "Vertreter" gerichteten Erklärungen anrechnen lassen muss. Insofern verhält es sich nicht anders, als wenn eine

Partei eine Zustelladresse bezeichnet, was zur Folge hat, dass gerichtliche Akten inklusive Vorladungen an die Zustelladresse gesandt werden müssen und nicht der Partei zugestellt werden dürfen, ansonsten die Zustellung nicht rechtsgültig ist und keine Fristen auslösen kann (Merz, § 58 ZPO N 15): Wenn seitens einer als Zustelladresse bezeichneten Person die Sendungen und Mitteilungen des Gerichts nicht weitergeleitet werden, hat sich die betreffende Partei deren Verhalten anrechnen zu lassen; es ist nicht zu erkennen, aus welchen Gründen die ständige Praxis, dass Fehler von Hilfspersonen einer Partei dieser selbst zugerechnet werden (RBOG 1999 Nr. 24, 1984 Nr. 13, 1962 Nr. 10; vgl. RBOG 1993 Nr. 16, 1991 S. 8), in solchen Fällen nicht zur Anwendung gelangen sollte. Mit Blick auf diese Rechtslage war die Vorinstanz auch berechtigt, das von Z unterzeichnete Begehren zur Begründung des Entscheids an diesen selbst zurückzusenden. Damit wurde er in die Lage versetzt, noch am 14. Mai eine entsprechende Unterzeichnung durch den Beschwerdeführer oder dessen Ehefrau zu veranlassen, was objektiv ja auch ohne weiteres möglich gewesen wäre. Daran ändert nichts, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, Z sei am 13. und 14. Mai aus gesundheitlichen Gründen nicht im Büro gewesen und habe deshalb den fraglichen Brief erst am Montag, 18. Mai erhalten, denn Z hatte - als "Vertreter" oder als Zustelladresse - im Rahmen seines Auftrags dafür besorgt zu sein, dass seine "Klienten" auch im Fall ihrer Abwesenheit über wesentliche Vorfälle in Kenntnis gesetzt werden.

Zusammenfassend ist das von Z gestellte Begehren um Begründung des Urteils damit unbeachtlich, und es musste von Seiten der Vorinstanz auch keine Nachfrist zur Behebung des Mangels angesetzt werden.

5. Nachdem die Ehefrau des Beschwerdeführers das Urteilsdispositiv am 4. Mai in Empfang nahm, war die vom Be-

schwerdeführer selbst unterzeichnete Erklärung vom 18. Mai unbestrittenermassen verspätet. Es bestand auch kein Anlass, die Erklärung vom 18. Mai als Wiederherstellungsbegehren im Sinn von § 70 Abs. 2 ZPO entgegenzunehmen. Wiederherstellungsgesuche sind spätestens zehn Tage nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (§ 70 Abs. 3 ZPO). Bei der Prüfung von Wiederherstellungsgesuchen ist zudem ein strenger Massstab anzulegen. Wiederherstellung ist nur zu erteilen, wenn Hindernisse es dem Gesuchsteller unmöglich machen, innerhalb der Frist zu handeln (Merz, § 70 ZPO N 4a). Mit keinem Wort wird im Schreiben vom 18. Mai um Wiederherstellung nachgesucht; allfällige Verhinderungen an der rechtzeitigen Abgabe der Berufungserklärung werden nicht geltend gemacht. Nachdem Z den Beschwerdeführer am 17. Mai über den Inhalt des Schreibens der Bezirksgerichtskanzlei vom 13. Mai informierte, hätte ein allfälliges Wiederherstellungsbegehren spätestens am 27. Mai gestellt werden müssen. Dass ein solches Wiederherstellungsgesuch eingereicht worden wäre, wird vom Beschwerdeführer zu Recht nicht behauptet; erst die Aufsichtsbeschwerde kann sinngemäss als Begehren um Wiederherstellung bezeichnet werden.

6. Somit wurde das Begehren um Urteilsbegründung innert Frist weder vom Beschwerdeführer selbst noch von einem zugelassenen Vertreter erklärt. Damit erwuchs das Urteil der Bezirksgerichtlichen Kommission in Rechtskraft. Auf die Aufsichtsbeschwerde kann demgemäss nicht eingetreten werden; das damit sinngemäss verbundene Wiederherstellungsgesuch ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Obergericht, 26. Juli 2004, AJR.2004.3

## 29. **Keine doppelte Schlichtung** (§ 44a ZPO)

Die Berufungsklägerin macht gleichzeitig Ansprüche aus Gleichstellungsgesetz und aus Arbeitsvertrag geltend. In diesen Fällen findet keine doppelte Vermittlung statt, auch wenn für die Vermittlung des einen Teils der Rechtsbegehren die Schlichtungsstelle und für den andern Teil das Friedensrichteramt zuständig wäre. Vielmehr ist in solchen Fällen eine einheitliche Schlichtungsverhandlung durch die Schlichtungsstelle für alle von der klagenden Partei erhobenen Rechtsbegehren durchzuführen (vgl. Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 44a N 5). Die Berufungsklägerin klagte somit zu Recht mit einer einzigen Weisung der Schlichtungsstelle.

Obergericht, 18. März 2004, ZBO.2003.24

## 30. **Im Berufungsverfahren kann der Mangel der sachlichen Zuständigkeit geheilt werden** (§§ 45 ff., 223 ZPO)

1. a) Gemäss § 45 Abs. 1 ZPO beurteilt der Bezirksgerichtspräsident sämtliche Mietrechtsstreitigkeiten sowie alle übrigen zivilrechtlichen Streitigkeiten, deren Streitwert den Betrag von Fr. 500.--, nicht aber Fr. 8'000.-- übersteigt. Die Bezirksgerichtliche Kommission beurteilt nach § 46 Abs. 1 ZPO alle zivilrechtlichen Streitigkeiten, deren Streitwert den Betrag von Fr. 8'000.--, nicht aber Fr. 30'000.-- übersteigt.

b) Die Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG ist nach herrschender Lehre und Praxis keine betreibungs-

rechtliche Klage, auch nicht eine solche mit Reflexwirkung auf das materielle Recht, sondern eine materiellrechtliche Klage. Mit ihr kann die Feststellung der Nichtexistenz der betriebenen Forderung verlangt werden. Sie unterscheidet sich mit Ausnahme der Verteilung der Parteirollen und des Gerichtsstands grundsätzlich nicht von einer ordentlichen Feststellungsklage (BGE 128 III 46 f.; Staehelin, Basler Kommentar, Art. 83 SchKG N 14). Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach dem jeweils anwendbaren Prozessrecht, mithin in der Regel nach kantonalem Recht. Soweit nicht kantonalrechtliche Spezialvorschriften bestehen, ist dasjenige Gericht zur Behandlung der Aberkennungsklage sachlich zuständig, das für eine entsprechende normale materielle Klage zuständig wäre. Die Aberkennungsklage muss somit unter Umständen beim Arbeitsgericht, beim Handelsgericht oder beim Versicherungsgericht angehoben werden (Staehelin, Art. 83 SchKG N 39).

2. a) Im zu beurteilenden Aberkennungsprozess behauptete die Berufungsbeklagte, der Berufungskläger habe als solidarisch haftender Mieter die vertraglich vereinbarten Mietzinse zu bezahlen. Der Berufungskläger erhob den Einwand, er könne dafür nicht in Anspruch genommen werden, weil er dem Mietverhältnis zwischen der Berufungsbeklagten einerseits und den Mietern X, Y und der Z AG andererseits nur beigetreten sei, um das Sicherungsinteresse der Vermieterin an der Erfüllung der Hauptschuld abzudecken. Damit handelt es sich ohne Zweifel um eine mietrechtliche Streitigkeit. Einerseits ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die bundesrechtliche Zuständigkeitsordnung des Mietrechts allgemein zu verstehen, und es sind dieser Ordnung solche Streitigkeiten, die mit der Benützung der Mietsache in Zusammenhang stehen, einheitlich zu unterstellen. Andererseits ist zu vermeiden, die Zuständigkeit vom Beweisergebnis in der Sache abhängig zu machen (BGE 120 II 117). Schliesslich leitet sich der Anspruch, um dessen Bestand es geht, aus einem Mietverhältnis ab (RBOG

1999 Nr. 5; Higi, Zürcher Kommentar, Art. 274 OR N 44 und 57). Die Klage auf Aberkennung einer mietrechtlichen Forderung verändert die Rechtsnatur als mietrechtliche Streitigkeit nicht (vgl. Higi, Art. 274b OR N 9).

Sachlich zuständig zur Beurteilung der vorliegenden Klage wäre somit der Gerichtspräsident als Einzelrichter und nicht die Bezirksgerichtliche Kommission.

b) Hier beurteilte die Bezirksgerichtliche Kommission die Aberkennungsklage. Damit stellt sich die Frage nach der Gültigkeit des angefochtenen Entscheids. Die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit stellt einen schwerwiegenden Mangel und damit grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu, oder der Schluss auf Nichtigkeit würde sich nicht mit der Rechtssicherheit vertragen. Nichtigkeit tritt daher z.B. ein, wenn der ordentliche Richter über eine Verwaltungssache befindet, oder wenn sich ein Gemeinderat Kompetenzen der Schätzungskommission in Enteignungssachen anmasst, nicht aber, falls eine Behörde in ihrem Aufsichtsbereich - wenn auch unzuständigerweise - Verfügungen trifft (BGE 127 II 47 f.; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 5.A., S. 242).

In Strafsachen kann nach der Praxis des Obergerichts die Verletzung eines verfassungsmässigen Anspruchs formeller Natur seitens der Vorinstanz im Berufungsverfahren in der Regel geheilt werden (RBOG 1996 Nr. 41; BGE 127 I 132 f. i.V.m. 126 V 132). Gestützt auf § 199 Abs. 3 i.V.m. § 210 StPO erwog das Obergericht, der Mangel mit Bezug auf die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz könne ohne weiteres geheilt werden, indem die Berufung von derjenigen Rechtsmittelinstanz behandelt werde, die bei Einhaltung der Zuständigkeitsvorschriften vor erster Instanz

zuständig wäre. Auch wenn in der ZPO eine § 199 Abs. 3 StPO entsprechende Bestimmung fehlt, sind diese Grundsätze bei zivilrechtlichen Streitigkeiten ebenfalls anwendbar. Sowohl dem Einzelrichter als auch der Bezirksgerichtlichen Kommission (Dreierbesetzung) und dem Bezirksgericht (Fünferbesetzung) kommt Entscheidungsbefugnis in Zivilsachen zu. Rechtsmittelinstanz gegenüber Entscheiden des Einzelrichters, sofern er nicht endgültig entscheidet, und der Bezirksgerichtlichen Kommission ist das Obergericht in Dreierbesetzung (§ 48 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZPO). Zudem könnte man sich fragen, ob die Beurteilung einer Streitsache durch ein "grösseres" Gericht (Bezirksgerichtliche Kommission statt Einzelrichter, Bezirksgericht statt Bezirksgerichtliche Kommission oder Einzelrichter) überhaupt eine Verletzung des Anspruchs auf den verfassungsmässigen Richter darstellt (vgl. § 25 Abs. 2 StPO). Diese Frage kann aber offen gelassen werden, weil der Mangel der sachlichen Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts im Berufungsverfahren ohnehin geheilt wird.

Obergericht, 16. November 2004, ZBR.2004.34

---

**31.** **Ohne konkrete Hinweise, dass das Mandatsverhältnis zum Anwalt aufgelöst wurde, sind Zustellungen der Gerichte an eine Partei persönlich grundsätzlich nicht rechtsgültig** (§ 58 Abs. 2 ZPO)

---

1. Aufgrund der fälschlicherweise fehlenden Angabe eines Vertretungsverhältnisses in der Weisung und wohl damit verbunden auch in der Klageschrift trat die Vorinstanz mit dem Berufungskläger persönlich in Kontakt.

2. a) Dieses Vorgehen war - auch wenn der Vorinstanz aufgrund der besonderen Umstände kein Vorwurf zu machen ist - vor dem Hintergrund des nicht erloschenen Vertretungsverhältnisses nicht korrekt. Gemäss § 58 Abs. 2 letzter Satz ZPO haben Zustellungen in Fällen, in denen ein Prozessvertreter bestellt ist, an diesen zu erfolgen. Zustellungen an die Parteien selber sind in diesem Fall nicht rechtsgültig, und demgemäss kann eine angesetzte Frist auch nicht zu laufen beginnen (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 58 N 15; vgl. RBOG 1990 Nr. 39 und ABSH 1995 S. 162 f.). Zwar kann, wenn ursprünglich ein Mandatsverhältnis zu einem Anwalt bestand, eine Zustellung an die Partei selber zulässig sein. Dies ist allerdings nur der Fall, wenn konkrete Anzeichen dafür gegeben sind, dass das Mandatsverhältnis aufgelöst wurde, wie etwa, wenn sich ein Anwalt über längere Zeit nicht mehr meldet, oder wenn eine Partei im Verfahren eigene Rechtsvorkehren trifft, die üblicherweise nur vom Anwalt vorgenommen werden; im Zweifelsfall muss indessen jedenfalls eine entsprechende Rückfrage erfolgen.

b) Eine falsche Zustellung kann allerdings dadurch geheilt werden, dass der Empfänger trotzdem Kenntnis von der Sendung erhält und in der Wahrung seiner Rechte nicht beeinträchtigt wird (Hauser/Schweri, GVG, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, 4.A., § 177 N 7). Allerdings kommt eine Heilung der fehlerhaften Zustellung zum einen nur in Betracht, wenn eine Kenntnisnahme nachweislich erfolgte; die blosse Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt - im Gegensatz zur üblichen Praxis bei Zustellungen (vgl. BGE 100 III 3 ff.) - nicht. Zum anderen kann diese Praxis in einem Fall wie dem vorliegenden nur zur Anwendung kommen, wenn der Rechtsvertreter der betroffenen Partei selber Kenntnis von der Zustellung erhält oder aber wenn die Partei Kenntnis von der Zustellung erhält und (kumulativ) gleichzeitig erkennen kann, dass ihr Rechtsvertreter davon keine Kenntnis hat. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht

vor: Der Berufungskläger erhielt von den eingeschrieben versandten Fristansetzungen zur Klageantwort nachweislich keine Kenntnis, denn aus den Akten ergibt sich, dass beide Zustellungen mangels Inempfangnahme an die Vorinstanz zurückgingen. Ebenfalls aufgrund der Akten steht fest, dass dem Berufungskläger die entsprechenden Schreiben nachträglich auch nicht mit gewöhnlicher Post zugestellt wurden und er auch so nicht vom Inhalt Kenntnis nehmen konnte. Ganz abgesehen davon könnte die Frist gegenüber dem Berufungskläger selbst im Fall einer Inempfangnahme der Fristansetzungen nicht wirken, weil nicht gleichzeitig auch dessen Rechtsvertreter Kenntnis davon erlangte, denn dieser erfuhr auch nach der Darstellung der Berufungsbeklagten erst rund sechs Wochen nach der zweiten Fristansetzung durch den Berater der Berufungsklägerin vom Stand des Verfahrens; alsdann stellte er unverzüglich das Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Klageantwort. Schliesslich hätte der Berufungskläger im Fall einer Kenntnisnahme der Fristansetzungen auch nicht erkennen können, dass keine gleichzeitige Zustellung an seinen Rechtsvertreter erfolgte, so dass er auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben geschützt wäre.

c) Somit sind die Aufforderungen an den Berufungskläger zur Klageantwort als ungültig zu werten. Dadurch wurde der Berufungskläger in seinem rechtlichen Gehör schwerwiegend verletzt, hatten die ungültigen Zustellungen doch zur Folge, dass er sich im ganzen erstinstanzlichen Verfahren nicht ein einziges Mal zur Sache vernehmen lassen konnte. Auch wenn formelle Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens aufgrund der reformatorischen Natur der Berufung (§ 233 Abs. 1 ZPO) durch ein korrektes zweitinstanzliches Verfahren geheilt werden können (RBOG 1970 Nr. 13), kann dies bei einer derart umfassenden Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht mehr der Fall sein, da es an einer tauglichen Grundlage für ein Urteil mangelt (Merz, Rechtsmittel, Allgemeines N 1). Die Streitsache ist daher an die Vorinstanz zurück-

zuweisen. Diese wird das Verfahren mit der Aufforderung des Rechtsvertreters des Berufungsklägers zur Klageantwort weiterführen.

Obergericht, 23. November 2004, ZBR.2004.54

Auf eine dagegen erhobene Berufung/staatsrechtliche Beschwerde trat das Bundesgericht am 22. März 2005 nicht ein.

---

**32.** **Verzichtet die Klägerin nicht auf ihre Replik, ist der Beklagte trotz Säumnis mit der Klageantwort zur Hauptverhandlung vorzuladen. Auch wenn er abermals säumig bleibt, ist ihm in einem Beweisverfahren das rechtliche Gehör zu gewähren** (§§ 64 f., 140 ZPO)

---

1. Die Vorinstanz versah ihre peremtorische Fristansetzung zur Klageantwort mit dem Hinweis, Stillschweigen werde gleichzeitig als ausdrücklicher Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verstanden.

2. Ein solches Vorgehen ist grundsätzlich zulässig (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 65 N 2), allerdings nur, wenn die Gegenpartei ihrerseits ausdrücklich auf die Replik verzichtet hätte (Merz, § 140 ZPO N 2; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 131 N 1). Dies war hier nicht der Fall, so dass nach Massgabe der in RBOG 1994 Nr. 15 veröffentlichten Rechtsprechung beide Parteien zur Hauptverhandlung hätten vorgeladen werden müssen. Dies geschah indessen nicht, denn dem Rechtsvertreter des Berufungsklägers wurde keine Vorladung,

sondern lediglich die Kopie der Vorladung an die Berufungsbeklagte zur Kenntnisnahme zugestellt. Dabei wurde darauf hingewiesen, dass es dem Berufungskläger bzw. dem Rechtsvertreter freigestellt sei, an der Hauptverhandlung zu erscheinen, doch seien sie nach § 140 ZPO von jeglichen eigenen Vorbringen ausgeschlossen. Dies trifft so nicht zu, denn weil die Klageantwort im Gegensatz zur Klageschrift selber keine Prozessvoraussetzung ist, schliesst ihr Fehlen den Beklagten nicht von der Wahrung seiner Rechte aus (RBOG 1994 Nr. 15). Ganz abgesehen davon trug die Berufungsbeklagte an der Hauptverhandlung offensichtlich zahlreiche neue Behauptungen vor, und die Vorinstanz machte vom richterlichen Fragerecht nach § 95 Abs. 2 ZPO sehr regen Gebrauch, so dass dem Berufungskläger schon deswegen zwingend das rechtliche Gehör hätte gewährt werden müssen (vgl. Merz, § 65 ZPO N 2). Ausserdem ist festzustellen, dass die von der Vorinstanz gestellten Fragen wohl gemäss § 65 Abs. 2 ZPO angezeigte Beweiserhebungen ersetzen sollten. Ist aber im Säumnisverfahren wegen erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Behauptungen des Klägers die Abnahme von Beweisen nötig, so ist mit Rücksicht auf dessen rechtliches Gehör auch dem säumigen Beklagten Gelegenheit zur Teilnahme zu geben, und genauso ist dieser zur Beweiswürdigung (und zu rechtlichen Erörterungen) zuzulassen (Frank/Sträuli/Messmer, § 131 ZPO N 1a; vgl. Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.A., Art. 283a N 2, wo ohne Einschränkung darauf hingewiesen wird, dass in diesem Fall die [gewöhnlichen] Regeln über das Beweisverfahren Anwendung fänden).

Obergericht, 23. November 2004, ZBR.2004.54

Auf eine dagegen erhobene Berufung/staatsrechtliche Beschwerde trat das Bundesgericht am 22. März 2005 nicht ein.

## 33. **Ausweisung: Aktivlegitimation bei Miteigentum; Befugnisse des Konkursamts und der Gläubigerversammlung** (§ 164 Ziff. 3 ZPO; Art. 646 f. ZGB; Art. 237 f. SchKG)

1. a) Die Eheleute Y leben seit Herbst 2002 getrennt. Sie führten bis zum Ausbruch der ehelichen Zwistigkeiten ein Restaurant in Form einer 1995 gegründeten Kollektivgesellschaft, innerhalb welcher beide Parteien einzelzeichnungsberechtigt waren. Die Liegenschaft, in welcher sich das Restaurant befindet, steht in ihrem Miteigentum. Im Sommer 2003 wurde über die Kollektivgesellschaft der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt nahm die Liegenschaft in Verwaltung, musste jedoch nachträglich feststellen, dass sie im Privatbesitz der Gesellschafter steht und nicht in die Konkursmasse fällt. Heute wird das Restaurant von der X GmbH betrieben. Der Ehemann Y ist bei ihr teilzeitbeschäftigt.

b) Die Ehefrau Y erhob wegen unrechtmässiger Benutzung der Liegenschaft "Räumungsklage" gegen die X GmbH. Zur Begründung machte sie geltend, der von ihrem Ehemann einseitig unterzeichnete Mietvertrag sei rechtswidrig, da sie Miteigentümerin der Liegenschaft sei und der Mietvertrag von beiden Eheleuten hätte unterzeichnet werden müssen. Die X GmbH beantragte sinngemäss Abweisung des Begehrens. Mit der Gründung der GmbH sei es möglich gewesen, den Betrieb des Restaurants aufrecht zu erhalten; mit dem Konkursamt sei deshalb ein Pachtvertrag ausgehandelt und gleichzeitig das Warenlager übernommen worden.

c) Das Gerichtspräsidium wies die X GmbH an, die gesamten geschäftlichen Räumlichkeiten des Restaurants innert einer Frist von sechs Wochen ab Rechtskraft der Verfügung ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen. Die X GmbH erhob Rekurs und beantragte, das Gesuch der Rekursgegnerin betreffend

Mieterausweisung sei abzuweisen. Die Aktivlegitimation der Ehefrau Y werde bestritten.

2. a) aa) Die Sachlegitimation ist die Berechtigung des Klägers, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen (Aktivlegitimation), und zwar gegen den ins Recht gefassten Beklagten, der bezüglich des strittigen Rechts in der Pflichtstellung steht und damit passivlegitimiert ist (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7.A., 7. Kap. N 89). Ist die Aktivlegitimation nicht gegeben, ist die Klage nicht zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, sondern mittels Sachurteil abzuweisen (RBOG 1992 Nr. 19); bei der Sachlegitimation handelt es sich um eine Frage des materiellen Rechts (RBOG 1987 Nr. 16).

bb) Die Rekursgegnerin und ihr Ehemann sind je hälftig Miteigentümer der betroffenen Liegenschaft. Wenn mehrere Personen eine Sache nach Bruchteilen und ohne äusserliche Abteilung in ihrem Eigentum haben, so sind sie Miteigentümer. Ist es nicht anders festgestellt, sind sie Miteigentümer zu gleichen Teilen. Jeder Miteigentümer hat für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers, und es kann dieser Anteil von ihm veräussert und verpfändet und von seinen Gläubigern gepfändet werden (Art. 646 ZGB).

b) aa) Die Vorinstanz ging auf die Problematik des Miteigentumsverhältnisses ein und führte diesbezüglich aus, Art. 647b ZGB lege fest, dass bei Liegenschaften, die im Miteigentum stünden, wichtigere Verwaltungshandlungen nur mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer vorgenommen werden könnten. Zu diesen "wichtigeren Verwaltungshandlungen" zähle das Gesetz insbesondere und ausdrücklich den Abschluss und die Auflösung von Miet- und Pachtverträgen. Da die Rekursgegnerin dem Mietvertrag mit der X GmbH nicht zugestimmt habe, könne

sich die Betreiberin des Restaurants für ihre Anwesenheit in dieser Liegenschaft (bzw. die Anwesenheit ihrer Mitglieder oder Angestellten) nicht auf einen gültigen Mietvertrag abstützen, weswegen dem Räumungsbegehren grundsätzlich stattzugeben sei. Die X GmbH könne sich auch nicht darauf berufen, dem Ehemann Y stehe als Miteigentümer das Recht auf das Bewohnen der Liegenschaft zu und er habe sie, die X GmbH, gleichsam als Untermieterin berechtigt. Sei in Bezug auf das interne Verhältnis unter den Miteigentümern nichts Abweichendes geregelt, stehe jedem Miteigentümer das Recht auf Benutzung der Sache wie einem gewöhnlichen Eigentümer zu, jedoch nur insoweit, als sich dies mit den (gleichen) Rechten der anderen Miteigentümer vertrage. Es frage sich allerdings, ob nicht auch ein gerichtliches Ausweisungsbegehren zu den "wichtigeren Verwaltungshandlungen" gemäss Art. 647b ZGB gehöre, welches nur mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer gestellt werden könne. Meier-Hayoz (Berner Kommentar, Art. 647b ZGB N 5) zähle die "Prozessführung" zu den wichtigeren Verwaltungshandlungen, allerdings ohne nähere Begründung. Nach Auffassung des Gerichts könne dies jedoch nicht generell gesagt werden; es sei vielmehr im Einzelfall zu prüfen, was der Gegenstand des Prozesses sei. Wo wie hier nur zwei Miteigentümer vorhanden seien und der Prozess direkt oder indirekt einen Streit unter diesen beiden Miteigentümern betreffe, könne ein Mehrheitsbeschluss allein schon deshalb nicht gefordert werden, weil sich sonst ein Miteigentümer gegen den anderen gar nicht mehr wehren könne, wenn dieser seine Befugnisse überschreite, da er allein den Richter nicht anrufen könne. Der Rekursgegnerin müsse daher die alleinige Prozessführungsbefugnis auf jeden Fall zuerkannt werden. Dem hält die Rekurrentin entgegen, die Rekursgegnerin sei Miteigentümerin zur Hälfte der von der Rekurrentin gemieteten Liegenschaft und habe ein Ausweisungsbegehren gegen die Rekurrentin gestellt. Der zweite Miteigentümer habe sich ausdrücklich gegen dieses Ausweisungsbegehren ausgesprochen und damit zu verstehen gegeben, dass er mit der

Vermietung der Liegenschaft durch das Konkursamt an die Rekurrentin zu den bestehenden Konditionen einverstanden sei. Die Rekurrentin bestreite daher die Aktivlegitimation der Rekursgegnerin. Im Übrigen betreffe der Mietvertrag der Rekurrentin lediglich jene Flächen, die schon in der Vergangenheit vom Ehemann Y als Miteigentümer für den Restaurantbetrieb benutzt worden seien.

bb) Gemäss Art. 647a Abs. 1 ZGB ist jeder Miteigentümer zu den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen befugt, insbesondere zur Vornahme von Ausbesserungen, Anbau- und Erntearbeiten, zur kurzfristigen Verwahrung und Aufsicht sowie zum Abschluss der dazu dienenden Verträge und zur Ausübung der Befugnisse, die sich aus ihnen und aus den Miet-, Pacht- und Werkverträgen ergeben, einschliesslich der Bezahlung und der Entgegennahme von Geldbeträgen für die Gesamtheit. Mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt, können wichtigere Verwaltungshandlungen durchgeführt werden, insbesondere die Änderung der Kulturart oder Benutzungsweise, der Abschluss und die Auflösung von Miet- und Pachtverträgen, die Beteiligung an Bodenverbesserungen und die Bestellung eines Verwalters, dessen Zuständigkeit nicht auf gewöhnliche Verwaltungshandlungen beschränkt ist (Art. 647b Abs. 1 ZGB). Gemäss Art. 648 Abs. 1 ZGB ist jeder Miteigentümer befugt, die Sache insoweit zu vertreten, zu gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der andern verträglich ist.

cc) Mit dem Ausweisungsbegehren beantragte die Rekursgegnerin die Ausweisung der Rekurrentin aus der sich in ihrem Miteigentum befindlichen Liegenschaft. Sie verlangte somit sachenrechtlich gesehen die "Herausgabe" der Liegenschaft oder allenfalls die Beseitigung der Eigentumsstörung, welche in der Nutzung der Liegenschaft durch die Rekurrentin liegt, die sich ihrerseits auf einen entsprechenden Mietvertrag beruft. Bezüglich

des Schutzes des Miteigentums wird im Verhältnis zu Dritten unterschieden zwischen Ansprüchen, die sich auf den Miteigentumsanteil beziehen, und Ansprüchen, die sich auf die ganze Sache beziehen. Bei Ansprüchen auf die ganze Sache ist zwischen solchen auf teilbare und solche auf unteilbare Leistungen zu unterscheiden. Bei Ansprüchen aus dem Verhältnis der Miteigentümer unter sich sind die Klagen aus Eigentum von denjenigen aus Besitz zu unterscheiden. Die Klagen aus Eigentum stehen jedem Miteigentümer auch gegen den oder die anderen Miteigentümer zur Verfügung: Die Vindikation (bei Vorenthaltung der Sache), die Negatoria (bei Störung seines Rechts), die Feststellungsklage (bei Streit um die Quotengrösse), die Klagen aus Art. 679 ZGB (wenn ein Miteigentümer an einem Grundstück sein Eigentumsrecht überschreitet; Meier-Hayoz, Art. 646 ZGB N 93 ff.). Auch dem Miteigentümer steht der Herausgabeanspruch und somit die Aktivlegitimation gemäss Art. 641 ZGB zu: Gegenüber einem anderen Miteigentümer auf Einräumung des Mitbesitzes; gegenüber einem Dritten auf Herausgabe der ganzen Sache (in der Regel aber nur an alle Miteigentümer; Meier-Hayoz, Art. 641 ZGB N 59). Wenn es sich wie hier um Ansprüche auf unteilbare Leistungen handelt, ist nach Art. 648 Abs. 1 ZGB jeder Miteigentümer befugt, die Sache insoweit zu vertreten, als es mit den Rechten der anderen verträglich ist. In solchen Fällen ist es dem Einzelnen eben oft nur möglich, sein Anteilsrecht zu wahren, wenn ihm gestattet wird, die zur Wahrung des Gesamtrechts erforderlichen Rechtsbehelfe geltend zu machen (Meier-Hayoz, Art. 646 ZGB N 96). In solchen Fällen kann ein Anspruchsgegner die "exceptio plurium litis consortium" nicht erheben (Meier-Hayoz, Art. 648 ZGB N 8). In Bezug auf die Aktivlegitimation zur Eigentumsfreiheitsklage hielt das Bundesgericht fest (BGE 95 II 402), dass jeder Miteigentümer befugt sei, sich gegen ungerechtfertigte Einwirkungen auf sein Eigentum zu wehren, und zwar nicht bloss gegen Störungen Dritter, sondern auch gegen solche von Miteigentümern. Es spiele deshalb keine Rolle, dass sich andere Miteigentümer mit der Störung ausdrück-

lich einverstanden erklärt hätten oder dagegen nicht eingeschritten seien. "Vertreten" im Sinn von Art. 648 Abs. 1 ZGB wird untechnisch im Sinn der Fürsorge für die Sache verwendet. Das Recht zur Vertretung der Sache (Geltendmachungsrecht, Individualklagerecht), das eine Auswirkung der Gemeinsamkeit des den mehreren Miteigentümern zustehenden Rechts darstellt, hat - im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Verkehr - zum Gegenstand, die Abwehr von Angriffen Dritter auf die gemeinsame Rechtssphäre durch Erhebung der aus dem Eigentum fliessenden Ansprüche, sei es im Prozess, sei es aussergerichtlich, zu gewähren. Art. 648 Abs. 1 ZGB hat also prozessual gesprochen nur Bedeutung für die Aktivprozesse (Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Zürcher Kommentar, Art. 648 ZGB N 2).

dd) Somit erweist sich die Argumentation der Vorinstanz als im Ergebnis zutreffend. Gerade in Fällen, in denen zwei Miteigentümer entgegengesetzte Interessen verfolgen, kann für wichtigere Verwaltungshandlungen nicht ein gemeinsames Handeln der Miteigentümer verlangt werden. Andernfalls wäre der Miteigentümer, der die Verletzung seiner Rechte geltend machen will, schutzlos. Wenn einer von zwei Miteigentümern behauptet, der andere habe gesetzliche, das Miteigentumsverhältnis betreffende Vorschriften verletzt, muss er dies vor Gericht auch ohne Zustimmung des anderen vorbringen können, weil solche Verstösse andernfalls der gesetzlichen Ordnung widersprechen würden.

3. a) In Bezug auf die Ausweisung gemäss § 164 Ziff. 3 ZPO erkannte die Vorinstanz zu Recht, dass sich die Rekurrentin im Restaurant, das sich im Miteigentum der Rekursgegnerin und ihres Ehemanns befindet, ohne gültige Rechtsgrundlage aufhält. Der Mietvertrag, auf den sich die Rekurrentin beruft, den sie jedoch nicht einreichte, wurde sehr wahrscheinlich vom Konkursamt als Konkursverwalterin im Konkurs der Kollektivgesellschaft der

Eheleute Y abgeschlossen. Gemäss ihren eigenen Ausführungen war die Rekursgegnerin daran nicht beteiligt. Gemäss dem Schreiben des Konkursamts vom September 2003 ging dieses irrtümlich davon aus, dass sich die Liegenschaft im Eigentum der Kollektivgesellschaft und damit in der Konkursmasse befinde, was die Rekurrentin ausdrücklich anerkannte. Als das Konkursamt seinen Irrtum bemerkte, hob es die Verwaltung der Liegenschaft wieder auf und rechnete über die Einnahmen ab. Die Konkursverwaltung war somit offensichtlich nicht berechtigt, mit der Rekurrentin einen Mietvertrag abzuschliessen.

b) Gegen diese Argumentation wendet die Rekurrentin ein, der Entscheid, die Liegenschaft im Konkurs zu admassieren resp. nicht zu admassieren, binde den Zivilrichter im vorliegenden Verfahren nicht; er wirke lediglich für das jeweilige zwangsvollstreckungsrechtliche Verfahren. Insbesondere sei jedoch anhand der Konkursakten zu klären, ob und inwieweit die Gesellschafter der Kollektivgesellschaft die Liegenschaft "quoad sortem" zur Nutzung übertragen hätten, und inwieweit die Vereinbarung des Konkursamts mit der Rekurrentin als Massnahme im Rahmen der Fortsetzung des vom Gemeinschuldner betriebenen Gewerbes mit Festsetzung der Bedingungen gemäss Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG zu werten sei, für deren Dauer die Gesellschafter der Konkursitin die Liegenschaft weiterhin "quoad sortem" zur Verfügung zu stellen ihre Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hätten. Ohne Einsicht in die Konkursakten lasse sich diese Frage nicht beantworten.

Was die Rekurrentin zum Konkursverfahren ausführt, vermag nicht zu überzeugen. Aus dem Schreiben des Konkursamts vom September 2003 ergibt sich, dass die Liegenschaft - entgegen der Auffassung der Rekurrentin - nicht zur Konkursmasse gehört, die Admassierung somit irrtümlich erfolgte. Die Gläubigerversammlung kann über Fragen, deren Erledigung keinen Aufschub

duldet, Beschlüsse fassen, insbesondere über die Fortsetzung des Gewerbes oder Handels des Gemeinschuldners, über die Frage, ob Werkstätten, Magazine oder Wirtschaftsräume des Gemeinschuldners offen bleiben sollen, über die Fortsetzung schwebender Prozesse, über die Vornahme von freihändigen Verkäufen (Art. 238 Abs. 1 SchKG). Die erste Gläubigerversammlung bestimmt, in welchem Umfang von den gesetzlichen Möglichkeiten der Selbstverwaltung der Gläubiger Gebrauch gemacht werden soll. Mit diesen organisatorischen Fragen der Gläubigerversammlung befasst sich Art. 237 SchKG. Art. 238 SchKG regelt diejenigen materiellen Aufgaben, welche von der ersten Gläubigerversammlung zu erledigen sind. Wegen der in der ersten Gläubigerversammlung noch unsicheren Zahl der zuzulassenden Gläubiger handelt es sich durchwegs nur um Beschlüsse für dringliche Fragen, die keinen Aufschub dulden (Russenberger, Basler Kommentar, Art. 238 SchKG N 1). Oft müssen zwischen der Konkurseröffnung und der ersten Gläubigerversammlung dringliche Fragen behandelt werden, so z.B. bezüglich der Weiterführung des Gewerbes des Gemeinschuldners. Stellen sich diese Fragen sofort, muss das Konkursamt sich mit ihnen beschäftigen. Das Konkursamt übernimmt hier auch ohne Wahl durch die Gläubigerversammlung zumindest vorübergehend die Funktion der Konkursverwaltung. In diesem Zusammenhang wird von einer gebundenen Kompetenz der Konkursverwaltung in dem Sinn gesprochen, als die Konkursverwaltung nur mit Zustimmung der Gläubigerversammlung die Weiterführung des Gewerbes oder Handels des Gemeinschuldners verfügen darf. Der Entscheid über die definitive Fortsetzung eines Unternehmens steht ausschliesslich der ersten Gläubigerversammlung zu (Russenberger, Art. 238 SchKG N 4).

Eine Zustimmung der Gläubigerversammlung müsste mittlerweile - ca. ¾ Jahr nach der Konkurseröffnung - vorliegen; dies wird aber von der Rekurrentin nicht behauptet. Im Übrigen kann die Konkursverwaltung zum Zweck der Weiterführung des

Betriebs zwar Verträge für die Konkursmasse aushandeln und abschliessen; sie kann jedoch nicht bestehende Verträge mit Dritten zu Lasten dieses Dritten einseitig abändern, wie sie es in Bezug auf die Rekursgegnerin getan hat.

c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rechtsgrundlage für den Mietvertrag zwischen dem Konkursamt und der Rekurrentin fehlt und die Vorinstanz die Rekurrentin in Anwendung von § 164 Ziff. 3 ZPO zu Recht anwies, die gesamten geschäftlichen Räumlichkeiten des Restaurants innert einer Frist von sechs Wochen ordnungsgemäss zu räumen und zu verlassen.

Obergericht, 6. Mai 2004, ZR.2004.18

---

**34.** **Kein Wiederaufleben des Novenrechts, wenn nach der Erstattung der Berufungseingaben vom mündlichen zum schriftlichen Berufungsverfahren gewechselt wird** (§§ 230, 228, 232 ZPO)

---

1. Bei Berufungen gegen Urteile der Bezirksgerichtlichen Kommissionen und der Einzelrichter wird ein vereinfachtes Verfahren durchgeführt, wobei gemäss § 232 ZPO in der Regel eine schriftliche Berufungsbegründung und eine schriftliche Berufungsantwort eingeholt werden (Abs. 1). Sofern eine Partei dies verlangt, führt das Obergericht eine mündliche Berufungsverhandlung durch (Abs. 3); das Obergerichtspräsidium kann jedoch auch von Amtes wegen die Mündlichkeit des Verfahrens anordnen (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 232 N 7). Eine solche Anordnung nahm der Präsident des Obergerichts hier vor. Wegen gesundheitlicher Probleme des Berufungsbeklagten ordnete das Obergerichtspräsidium im Einver-

ständnis mit den Parteien später allerdings ein schriftliches Verfahren an.

2. a) Zusammen mit der Information über das mündliche Verfahren setzte das Obergerichtspräsidium dem Berufungskläger eine Frist von zehn Tagen an, um im Berufungsverfahren die Anträge einzureichen und allfällige Noven geltend zu machen. Der Berufungskläger verzichtete damals ausdrücklich auf Noven; die Verjährungseinrede erhob er erst in der schriftlichen Berufungsbegründung.

b) Gemäss § 230 Abs. 1 ZPO können in der Berufungseingabe neue Tatsachen behauptet, Bestreitungen oder Einreden erhoben und neue Beweismittel bezeichnet werden. Als Berufungseingabe gelten im schriftlichen (ordentlichen oder vereinfachten) Berufungsverfahren die Rechtsschriften im ersten Schriftenwechsel (mithin die Berufungsbegründung und Berufungsantwort bzw. die Anschlussberufungsbegründung und Anschlussberufungsantwort), im mündlichen ordentlichen Verfahren die Eingaben gemäss § 228 und § 229 ZPO und im mündlichen vereinfachten Verfahren die Eingaben, die bei Durchführung einer mündlichen Verhandlung analog §§ 228 und 229 ZPO bei den Parteien eingeholt werden; das mündliche vereinfachte Verfahren entspricht dem mündlichen ordentlichen Verfahren ohne Replik und Duplik.

c) Im vorliegenden Fall wurde ein mündliches Verfahren angeordnet, und dementsprechend wurde nach Massgabe von §§ 228 bzw. 229 ZPO den Parteien Frist angesetzt, die Berufungsanträge zu stellen und Noven geltend zu machen, wobei der Berufungskläger auf Noven verzichtete. Der Umstand, dass in der Folge zur Verfahrensbeschleunigung mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand des Berufungsbeklagten nachträglich ein schriftliches Verfahren angeordnet wurde, lässt das Novenrecht nicht

wieder aufleben, denn die Rechtsschriften traten im vorliegenden Verfahren nur an die Stelle der sonst mündlich erstatteten Parteivorträge; dem Berufungskläger wurde denn bei der Anordnung des schriftlichen Verfahrens nur eine Frist für die Berufungsbegründung angesetzt, nicht aber - wie dies in einem von vornherein angeordneten schriftlichen Berufungsverfahren der Fall wäre - auch eine Frist für die Berufungsanträge und für die Geltendmachung von Noven. Mithin ist festzuhalten, dass die erst mit der schriftlichen Berufungsbegründung erfolgte Einrede der Verjährung prozessual verspätet ist.

Obergericht, 17. Februar 2004, ZBR.2003.60

---

**35.** **Der im Berufungsverfahren gestellte Antrag auf Zusprache von Verzugszins ist ein unzulässiges Novum** (§§ 230, 146 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO; Art. 104 OR)

---

1. Mit Anschlussberufung verlangte die Berufungsbeklagte Verzugszins auf dem ihr zugesprochenen Betrag.

2. a) Aus der Dispositionsmaxime (§ 97 ZPO) folgt, dass das Rechtsbegehren zu Beginn des Prozesses so zu formulieren ist, dass es bei gänzlicher Gutheissung der Klage ohne Ergänzung und Verdeutlichung zum Entscheid des Gerichts erhoben werden kann (RBOG 1997 Nr. 48, 1983 Nr. 17). Die eingebrachten Rechtsbegehren dürfen nur eingeschränkt, nicht aber erweitert oder geändert werden. Vorbehalten bleiben die Zustimmung der Gegenpartei, eine von der Partei nicht verschuldete Änderung von Streitgegenstand oder wesentlicher Klagegründe sowie Prozesse im Untersuchungsverfahren vor erster Instanz (§ 90 Abs. 2 Ziff. 1

ZPO). Nach der Praxis ist es aber zulässig, nachträglich Verzugszinse zu fordern (RBOG 1983 Nr. 17 S. 81). Allerdings können ohne Antrag des Klägers keine Nebenansprüche wie Zinsen zugesprochen werden (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 54 N 17). Das Rechtsbegehren darf nicht einfach nach dem Buchstaben beurteilt werden. Massgebend ist der Sinn des Antrags. Ist dieser zweifelsfrei feststellbar, dürfen zur Vermeidung von unnötigem Formalismus insbesondere bei Laien keine unnötigen formellen Anforderungen an die Formulierung des Rechtsbegehrens gestellt werden. Um den Sinn des Rechtsbegehrens feststellen zu können, hat der Richter auch die Klagebegründung und allfällige Eventualbegehren zu berücksichtigen (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 90 N 5).

b) aa) In der Weisung forderte die Berufungsbeklagte Fr. 17'891.20 nebst 5% Zins seit 26. November 2002. In der Klageschrift verlangte sie lediglich noch Fr. 16'467.75 ohne Zins. An der Hauptverhandlung wurde an den Rechtsbegehren gemäss der Klageschrift festgehalten, ohne zusätzlich Zins zu verlangen. Damit musste die Vorinstanz davon ausgehen, die Berufungsbeklagte mache keinen Verzugszins mehr geltend bzw. habe dieses Begehren gänzlich fallengelassen. Mangels eines entsprechenden Antrags bezüglich der Nebenansprüche bzw. aufgrund eines (Teil-)Rückzugs sprach die Vorinstanz der Berufungsbeklagten daher zu Recht keine Zinsen zu.

bb) Nebenansprüche wie Zinsen können zwar ohne Verletzung der Dispositionsmaxime verlangt werden, auch wenn sie nicht in der Weisung enthalten waren. Damit ist aber die Frage nicht beantwortet, bis zu welchem Zeitpunkt sie noch geltend gemacht werden können. Die Antwort geben für das erstinstanzliche Verfahren §§ 144 ff. ZPO und für das Rechtsmittelverfahren §§ 230 und 240 i.V.m. § 146 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO. Im Beru-

fungsverfahren sind neue Anträge (auf materielle Erledigung des Prozesses) gestützt auf § 230 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nicht und gemäss § 230 Abs. 3 i.V.m. § 146 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO nur zulässig, wenn sie durch den Verlauf des Prozesses veranlasst wurden. Das ist der Fall, wenn im Verlauf des Prozesses eine derartige Änderung der Sach- oder Rechtslage offenkundig wird, dass es stossend wäre und der Prozessökonomie widersprechen würde, wenn diese Änderung im laufenden Verfahren mangels Zulässigkeit einer Abänderung der Anträge nicht berücksichtigt werden könnte. § 146 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO meint deshalb zum Beispiel Vorbringen, die durch die Aussage eines Zeugen oder die Behauptung einer Gegenpartei im letzten Vortrag hervorgerufen oder durch für alle Beteiligten unerwartete neue Erkenntnisse eines Sachverständigen ausgelöst werden (RBOG 2002 Nr. 31). Nachdem der mit Bezug auf den Verzugszins gestellte Antrag vor Vorinstanz fallengelassen wurde, erweist sich das in der Anschlussberufung gestellte Rechtsbegehren auf Zusprache von Verzugszins als neu. Dieser Antrag wurde nicht durch den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ausgelöst, sondern ist - was letztlich auch die Berufungsbeklagte zugestand - ihrer Nachlässigkeit zuzuschreiben. Er ist somit nicht zulässig.

Obergericht, 9. November 2004, ZBR.2004.28

---

**36.** **Vollstreckung des Besuchsrechts; Rechtsmittellegitimation der Kinder; Änderung der Rechtsprechung** (§§ 260 Abs. 3, 261 f. ZPO; Art. 275 ZGB)

---

1. Im Jahr 1997 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Die drei Kinder, geb. 1990, 1992 und 1994, stellte das Gericht unter die Obhut der Mutter. Dem Vater räumte es ein gerichtsübli-

ches Besuchsrecht ein. Bei dessen Ausübung kam es zu Schwierigkeiten. Das Gerichtspräsidium verpflichtete die Mutter, alle notwendigen Vorkehren zur Ausübung des Besuchsrechts zu treffen und dem Vater die drei Kinder während der festgesetzten Zeiten zu übergeben. Die Mutter reichte Rekurs ein. In formeller Hinsicht machte sie geltend, es stelle sich ernsthaft die Frage der Beteiligung der Kinder im Vollstreckungsverfahren; zumindest wäre deren Beistand einzubeziehen gewesen.

2. a) Gegenstand der Vollstreckung eines Besuchsrechts ist nicht der persönliche Verkehr an sich, sondern ein bestimmtes für dessen ordnungsgemässe Abwicklung nötiges Tun oder Unterlassen des Besuchsbelasteten oder -berechtigten. Sie ist nur möglich, wenn dieses Tun oder Unterlassen durch die im Dispositiv des massgebenden Entscheids festgehaltene Besuchsordnung bestimmt ist oder ohne weiteres bestimmt werden kann (Hegnauer, Berner Kommentar, Art. 275 ZGB N 151).

b) Die Vollstreckung richtet sich in der Regel gegen den besuchsbelasteten Inhaber der elterlichen Obhut. Ihm wird ein bestimmtes Tun befohlen, z.B. in einem bestimmten oder bestimmbaren Zeitpunkt und an einem bestimmten Ort dem Besuchsberechtigten das urteilsunfähige Kind zu übergeben oder es zu ihm zu schicken und dieser Weisung mit zumutbaren Mitteln Nachachtung zu verschaffen (Hegnauer, Art. 275 ZGB N 154). Demgemäss hat der Besuchsberechtigte konkret die Übergabe der Kinder entsprechend den im Entscheid festgelegten Modalitäten wie Zeitpunkt und Dauer zu verlangen (BGE 118 II 393). Das Kind selbst ist nicht Adressat behördlicher Vollstreckung. Zwar ist ein Befehl an das urteilsfähige Kind zulässig; er ist aber mit Blick auf den Zweck des persönlichen Verkehrs kaum sinnvoll. Dagegen ist das Kind verpflichtet, den Anordnungen des Inhabers der Obhut über den persönlichen Verkehr Folge zu leisten. Dieser hat ihnen

mit den gebotenen Mitteln Nachachtung zu verschaffen. Dem Kind ist eine gewisse "Selbstüberwindungsleistung" zuzumuten (Hegnauer, Art. 275 ZGB N 157).

c) Die Vollzugsbehörde ist grundsätzlich an die von der für die Festsetzung des persönlichen Verkehrs zuständigen Behörde getroffenen Anordnungen gebunden (BGE 120 Ia 372 f., 111 II 315 f.). Zu prüfen hat sie indessen, ob die Vollstreckung mit den verfügbaren Mitteln zulässig und möglich ist. Abzulehnen ist sie, wenn das urteilsfähige Kind sich unbeeinflusst weigert, den Anordnungen des Inhabers der Obhut über den persönlichen Verkehr nachzukommen. Die Vollstreckungsbehörde hat die Weigerung entweder durch direkte Anhörung oder durch Sachverständige festzustellen. Die Vollstreckung ist zur Zeit zu verweigern, wenn sie das Kindeswohl ernstlich gefährden würde. In Betracht kommen nur schwerwiegende gesundheitliche Gründe, die durch ein substantiiertes ärztliches Zeugnis belegt sind. Sind die Gründe dauernder Natur, darf die Vollstreckung nur für die kurze Zeit verweigert werden, welche nötig ist für den Inhaber der Obhut, um ein Gesuch um Abänderung der Gesuchsordnung zu stellen, und für die hiefür angerufene Behörde, um über die einstweilige Einstellung des Besuchsrechts zu befinden (Hegnauer, Art. 275 ZGB N 166 ff.).

d) Die Frage, mit welchen Mitteln ein Anspruch zu vollstrecken ist, wird vom materiellen Recht beantwortet. Demgemäss bestimmt das Bundesrecht die Mittel der Vollstreckung. Für den persönlichen Verkehr ergeben sich diese aus der Natur des Anspruchs. Die Wahl der Mittel unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Abzuwägen ist die durch das Besuchsrecht zu schützende Beziehung des Besuchsberechtigten und des Kindes einerseits und der mit der Vollstreckung verbundene Eingriff in die Verhältnisse des Besuchsbelasteten und seine Beziehung zum Kind andererseits. Zu berücksichtigen sind überdies die Bemühun-

gen der Beteiligten, Schwierigkeiten auf gütlichem Weg zu beheben (Hegnauer, Art. 275 ZGB N 159). Zur Durchsetzung des Besuchsrechts kommen Beratung, Ermahnungen, Weisungen oder eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB in Betracht (Schwenzer, Basler Kommentar, Art. 275 ZGB N 13). Die behördliche Vollstreckung sollte in jedem Fall nur verlangt und angeordnet werden, wenn die Beratung und die Mittel des vormundschaftlichen Schutzes ohne Erfolg geblieben sind oder von vornherein aussichtslos erscheinen. Alsdann steht indirekter psychischer Zwang durch Androhung von Strafe im Vordergrund. Von Bundesrechts wegen kann mit dem Befehl oder der Weisung die Bestrafung wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB angedroht werden. Werden einer Partei unter dieser Strafandrohung verschiedene Obliegenheiten auferlegt, müssen diese exakt umschrieben werden (BGE 127 IV 120). Sieht das kantonale Recht Ordnungsstrafen vor, kann die Vollstreckungsbehörde anstelle jener diese androhen. Ob auch direkter Zwang anwendbar ist, ist streitig. Ihn generell abzulehnen, begünstigt nach Auffassung des Obergerichts die Vereitelung des Besuchsrechts und kann unerlaubte Selbsthilfe herausfordern. Gegenüber einem einsichtslosen oder böswilligen Inhaber der Obhut muss deshalb direkter Zwang in Form der Ersatzvornahme zugelassen werden, soweit dies ohne Verletzung des Kindeswohls möglich ist. Sie ist aber in der Regel erst anzuordnen, wenn der indirekte Zwang, die Strafandrohung, wirkungslos blieb (Hegnauer, Art. 275 ZGB N 159 ff.).

3. a) In RBOG 1992 Nr. 37 wurde festgehalten, Kinder seien in Gestaltungsurteilen, speziell der Kinderzuteilung im vorsorglichen Massnahmeverfahren und im Scheidungsurteil, keine Dritte im Sinn von § 260 Abs. 3 ZPO. Bis zu ihrer Volljährigkeit seien sie zumindest themenmässig gleichermassen Teil des Scheidungsprozesses und müssten bis zu einem gewissen Alter in Kauf nehmen, dass andere ohne ihrerseitige Rechtsmittelmöglichkeit

über ihr weiteres Dasein entscheiden würden. Ihre fehlende Einspracheberechtigung ergebe sich ferner aus dem Umstand, dass für den Scheidungs- oder Massnahmerichter, der über die Gestaltung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen der Kinder zu den Eltern die nötigen Verfügungen zu treffen habe, allein das Wohl des Kindes wegleitend sei. Welche Regelungen dem Kind am meisten zugute kämen, werde zumindest für das jeweilige Verfahrensstadium und unter Vorbehalt veränderter Verhältnisse abschliessend geprüft.

b) In der von der damaligen Rekurskommission des Obergerichts im Jahr 1992 beurteilten Streitsache stand einerseits die Vollstreckung einer in einem Massnahmeverfahren für die Dauer des Scheidungsprozesses verfügte Obhutszuteilung und nicht das Besuchsrecht einer der Parteien, festgelegt in einem rechtskräftigen Scheidungsurteil, zur Diskussion. Andererseits wurde die Rechtsposition der Kinder im Scheidungsverfahren zwischenzeitlich massiv verbessert (Art. 144 ff. ZGB). Auf ihre Meinung ist Rücksicht zu nehmen; sie sind anzuhören (Art. 144 Abs. 1 ZGB). Die neuen Bestimmungen bezüglich Kinder- und Verfahrensrecht sind auch auf altrechtliche Scheidungen bzw. Abänderungsverfahren anwendbar (Art. 7a Abs. 3 SchlT ZGB). Für die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern gelten generell die neu in Kraft getretenen Bestimmungen (Art. 12 SchlT ZGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können urteilsfähige Minderjährige, um Rechte betreffend ihre Persönlichkeit wahrzunehmen, selbstständig oder durch den Vertreter ihrer Wahl handeln. Ein 12-jähriges Kind ist gemäss BGE 120 Ia 371 legitimiert, gegen einen Vollstreckungsentscheid betreffend Ausübung des Besuchsrechts staatsrechtliche Beschwerde zu erheben.

Die in RBOG 1992 Nr. 37 geäusserte strikte Auffassung, Kinder seien im Vollstreckungsverfahren nicht berechtigt, ein Rechtsmittel zu ergreifen, ist somit in dieser absoluten Form

überholt. In der hier zu beurteilenden Streitsache wären wohl zumindest die beiden älteren Kinder berechtigt gewesen, selbstständig oder durch einen von ihnen bezeichneten Vertreter gegen den Entscheid des Gerichtspräsidiums Rekurs einzureichen. Ihrerseitige Rechtsmitteleingaben liegen jedoch nicht vor; sie sind somit in diesem Verfahren nicht Parteien. Die in Art. 146 ZGB festgehaltene Möglichkeit, dass das Gericht aus wichtigen Gründen die Vertretung von Kindern im Prozess durch einen Beistand anordnet, kommt hier aus grundsätzlichen Überlegungen nicht zum Tragen: Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ergibt sich klar, dass sie ausschliesslich im Scheidungsverfahren gilt; sie analog anzuwenden im Fall der Notwendigkeit, einen Vollstreckungsentscheid erlassen zu müssen, ginge zu weit.

Obergericht, 17. Mai 2004, ZR.2004.29

---

**37.** **Untersuchungshaft stellt nicht zwingend einen Grund für die notwendige Verteidigung dar** (§ 50 Abs. 4 StPO; Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK; Art. 32 Abs. 2 BV)

---

1. Der Berufungskläger bringt vor, seine während der Strafuntersuchung zu Protokoll gegebenen Aussagen seien nicht verwertbar, weil er trotz notwendiger Verteidigung nicht verteidigt gewesen sei. Es sei allgemeiner Standard, dass einem Untersuchungshäftling ab einer Haftdauer von fünf Tagen ein amtlicher Verteidiger zur Seite gegeben werde.

2. a) In der thurgauischen StPO gibt es keine Regelung, wonach bei einer Untersuchungshaft ab einer bestimmten Dauer ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben ist. Vielmehr gelten als

Gründe für eine notwendige Verteidigung grundsätzlich ausschliesslich die Kriterien von § 50 Abs. 4 StPO. Nachdem im Kanton Thurgau die gesetzliche Regelung der notwendigen Verteidigung bei Revisionen jeweils der aktuellen diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts angepasst wurde (Protokoll der Sitzung der Kommission zur Vorberatung einer Änderung der StPO vom 13. September 1990, S. 104 f.), wird diese Bestimmung durch das Obergericht heute im Wesentlichen so ausgelegt, dass zum einen in schweren Fällen, in denen eine schwerwiegende freiheitsentziehende Massnahme oder eine unbedingte Freiheitsstrafe von mehr als einem halben Jahr in Betracht fällt, eine Verteidigung notwendig ist (RBOG 2003 Nr. 29). Zum anderen ist eine Verteidigung in Fällen von relativer Schwere nötig, wenn zwar mit einer Freiheitsstrafe von lediglich einigen wenigen Wochen oder Monaten zu rechnen ist, der Fall indessen besondere Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Natur bietet, denen der Angeklagte - auf sich allein gestellt - nicht gewachsen ist (vgl. BGE 120 Ia 43). Als besondere Schwierigkeiten fallen nicht nur Umstände wie die Kompliziertheit der Rechtsfragen, die Unübersichtlichkeit des Sachverhalts und dergleichen in Betracht, sondern auch in der Person des Angeklagten liegende Gründe, wie etwa dessen Fähigkeit, sich im Verfahren zurechtzufinden.

b) Aus den Materialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber neben den in § 50 Abs. 4 StPO genannten keine weiteren Gründe für eine notwendige Verteidigung einführen wollte. Vielmehr wurde bewusst die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Gesetzesinhalt gemacht, und entsprechend wurde in der vorberatenden Kommission zur Revision der StPO im Jahr 1990/1991 eine Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf das Untersuchungsverfahren schon grundsätzlich mit der Begründung, auch die EMRK verlange dies nicht, verworfen (Protokoll der Sitzung der Kommission zur Vorberatung einer Änderung der StPO vom 13. September 1990, S. 111 f., und der Sitzung vom 20. Februar

1991, S. 422 ff.). Bereits das Thesenpapier der Expertenkommission für die damalige Revision der StPO hatte unter dem Titel "Einfluss der EMRK auf das Strafverfahrensrecht/Faires Verfahren/Verteidigungsrechte" eine notwendige Verteidigung ab einer gewissen Dauer der Untersuchungshaft nicht empfohlen (vgl. S. 10 ff.). Die Revision von 1999 sodann nahm im hier interessierenden Zusammenhang keine Änderung an § 50 Abs. 4 StPO vor, sondern ergänzte diese Bestimmung mit Blick auf den neu eingefügten Abs. 5 lediglich mit der Einschränkung "grundsätzlich" (ABl. 1999 S. 1207). Ohne dass übergeordnetes Recht die notwendige Verteidigung ab einer bestimmten Dauer der Untersuchungshaft gebietet, ist es demnach ausgeschlossen, dass die Gerichte im Kanton Thurgau in ihrer Rechtsprechung diesen Grund für eine notwendige Verteidigung einführen. Es liegt ganz offensichtlich keine Lücke in der gesetzlichen Regelung vor, sondern vielmehr ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers in dem Sinn, dass eine Untersuchungshaft ab einer gewissen Länge nicht automatisch zur notwendigen Verteidigung führen soll. Entsprechend ist eine Lückenfüllung durch den Richter ausgeschlossen (Häfelin/Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3.A., N 192). Dass ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, ergibt sich schliesslich auch aus der Vernehmlassung des Kantons Thurgau zum Vorentwurf zu einer schweizerischen Strafprozessordnung, wo die Streichung von Art. 136 lit. a VE StPO ("Die Beschuldigten müssen durch zugelassene Anwältinnen oder Anwälte verteidigt werden, wenn die Untersuchungshaft einschliesslich einer vorläufigen Festnahme fünf [Variante: zehn] Tage gedauert hat") empfohlen wurde (Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zu einer schweizerischen Strafprozessordnung [Hrsg.: Bundesamt für Justiz], Bern 2003, S. 38 Anm. 282).

c) Auch wenn unbestritten ist, dass die Fähigkeit zur Verteidigung durch die Untersuchungshaft eingeschränkt sein kann, besteht entgegen den Ausführungen der Verteidigung auch

kein allgemeiner Standard, einem Untersuchungshäftling ab einer gewissen Haftdauer eine notwendige Verteidigung beizugeben. Zwar trifft es zu, dass es in einer Reihe von Kantonen entsprechende Regelungen - in allerdings unterschiedlichen Ausgestaltungen - gibt: Während die eine Konzeption eine notwendige Verteidigung ab einer gewissen (und unterschiedlichen) Dauer der Untersuchungshaft und alsdann für das ganze Verfahren vorsieht, bezieht sich die notwendige Verteidigung wegen einer bestimmten Dauer der Untersuchungshaft nach dem anderen System lediglich auf die Dauer der Untersuchungshaft; andere Kantone, in der Ostschweiz namentlich Appenzell Inner- und Ausserrhoden sowie Glarus, kennen die Dauer der Untersuchungshaft als Grund für die notwendige Verteidigung wie der Kanton Thurgau nicht. Weder aus dem Wortlaut von Art. 14 Abs. 3 lit. d des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2), Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK oder Art. 29 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 2 BV noch aus der entsprechenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und des Bundesgerichts ergibt sich, dass eine Untersuchungshaft ab einer bestimmten Dauer einen absoluten Grund für eine notwendige Verteidigung darstellt (BGE 100 Ia 187 f.; vgl. BGE vom 6. März 2002, 1P.694/2001, Erw. 2.1 und 2.2; BGE vom 17. März 2004, 1P.780/2003, Erw. 3; BGE vom 3. Juli 2004, 6P.65/2004, Erw. 3.1 und 3.2). Das Bundesgericht stellt für die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Anspruch auf ein faires Verfahren ein Beisein eines Verteidigers verlangt, auf die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls ab, während sich der EGMR auf eine Gesamtbetrachtung stützt: Es wird geprüft, ob dem Angeschuldigten - mit Blick auf das gesamte Strafverfahren - im Ergebnis eine ausreichende Verteidigung zukam (BGE vom 3. Juli 2004, 6P.65/2004, Erw. 3.2).

d) Demzufolge besteht auch in Ermangelung übergeordneten Staatsvertrags- oder Verfassungsrechts keine Verpflichtung, im thurgauischen Strafprozess einem Untersuchungshäftling

ab einer bestimmten Haftdauer ohne weiteres einen notwendigen Verteidiger beizugeben. Also ist die strittige Frage, ob dem Berufungskläger in der Strafuntersuchung ein Pflichtverteidiger zu bestellen gewesen wäre, aufgrund der Kriterien von § 50 Abs. 4 StPO und der dazu ergangenen Rechtsprechung zu beantworten. Selbst wenn aber eine notwendige Verteidigung ab einer bestimmten Haftdauer bejaht werden wollte, ist der Vollständigkeit halber festzustellen, dass ohnehin nicht sämtliche Aussagen von der Rüge des Berufungsklägers betroffen wären, sondern selbstredend lediglich diejenigen, die ab diesem Zeitpunkt gemacht wurden. Zudem wäre nach derjenigen Konzeption, wonach die notwendige Verteidigung nur für die Zeit der Untersuchungshaft gilt, auch die Einvernahme vom 19. September 2003 verwertbar, denn in diesem Zeitpunkt war der Berufungskläger bereits wieder seit anderthalb Jahren auf freiem Fuss.

Obergericht, 23. November 2004, SBO.2004.11

Eine staatsrechtliche Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig.

## 38. **Bagatellfall, welcher die Bestellung eines Offizialverteidigers nicht erfordert** (§ 50 Abs. 4 StPO)

1. Die Staatsanwaltschaft erhob gegen den Beschwerdeführer Anklage wegen Betrugs und Irreführung der Rechtspflege, wegen mehrfacher versuchter Nötigung und Widerhandlung gegen das Waffengesetz, wegen versuchten Diebstahls, Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs, mehrfachen Führens eines Motorfahrzeugs ohne Haftpflichtversicherung und mehrfachen Missbrauchs von Kontrollschildern sowie schliesslich wegen einfacher Körperverletzung und Raufhandels. Beantragt wurde eine

Bestrafung mit zwei bis drei Monaten Gefängnis und Fr. 300.-- Busse, "grösstenteils als Zusatzstrafe" unter Anrechnung von einem Tag Untersuchungshaft und unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von drei Jahren. Der Beschwerdeführer sei während der dreijährigen Probezeit unter Schutzaufsicht zu stellen. Vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die ausgesprochene 12-monatige Gefängnisstrafe sei abzusehen, der Beschwerdeführer aber gehörig zu verwarnen, die Probezeit um ein Jahr auf insgesamt drei Jahre zu verlängern und der Beschwerdeführer in dieser Zeit unter Schutzaufsicht zu stellen. Der Beschwerdeführer beantragte die Bestellung eines Offizialverteidigers. Das Gerichtspräsidium wies das Gesuch ab.

2. a) Zu beurteilen ist, ob die Streitsache als Bagatellfall zu qualifizieren ist, wo mithin von vornherein kein verfassungsmässiger Anspruch auf amtliche Verteidigung besteht, oder ob es sich um einen relativ schweren Fall handelt. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers für die massgebliche Dauer lediglich die neu auszufällende Freiheitsstrafe massgebend ist und es keine Rolle spielt, ob diese Sanktion teilweise eine Zusatzstrafe zu einer früher ausgefällten Strafe darstellt, solange nicht der Widerruf des bedingten Vollzugs für die Einsatzstrafe zur Diskussion steht. Nicht entscheidend ist zudem, dass der Beschwerdeführer gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt mit dem Widerruf des bedingten Strafvollzugs (für die Einsatz- und/oder Zusatzstrafen bzw. alten und neuen Strafen) rechnen muss, falls er sich in der Probezeit inskünftig etwas zuschulden kommen lassen oder sich beharrlich der beantragten Schutzaufsicht entziehen sollte. Würde anders entschieden, müsste jede Strafsache, in der eine bedingte Strafe von sechs oder mehr Monaten beantragt wird, als schwerer Fall qualifiziert werden.

b) Das Obergericht vertritt mit der Staatsanwaltschaft die Auffassung, dass regelmässig bei einer drohenden bedingten Freiheitsstrafe von bis zu rund drei Monaten von einem Bagatellfall auszugehen ist. Zu Recht wies die Staatsanwaltschaft in diesem Zusammenhang darauf hin, der Entwurf zu einer schweizerischen StPO sehe in Art. 138 sogar vor, bis zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten weise ein Fall grundsätzlich Bagatellcharakter auf (Begleitbericht zum Vorentwurf für eine schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001, S. 101). Alsdann erscheint der Eingriff in die Rechte des Gesuchstellers in aller Regel als nicht schwer und auch nicht als relativ schwer. Die fragliche Grenze von rund drei Monaten lässt sich auch damit rechtfertigen, dass der Gesetzgeber selbst für die leichteste Art eines Delikts - die Übertretung - als längste Dauer drei Monate Haft vorsieht (Art. 39 Ziff. 1 i.V.m. Art. 101 StGB). Schliesslich ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB ein Fall als "leicht" zu qualifizieren, wenn die Strafe drei Monate nicht übersteigt (BGE 128 IV 11).

c) Droht einem Gesuchsteller zusammenfassend eine bedingt zu vollziehende Freiheitsstrafe von nicht mehr als rund drei Monaten, ist die Streitsache grundsätzlich als Bagatellfall zu qualifizieren. Eine Ausnahme kann allenfalls dann vorliegen, wenn der Gesuchsteller aufgrund persönlicher Umstände überhaupt nicht in der Lage ist, sich zu verteidigen, oder wenn die Strafuntersuchung sich als ausserordentlich kompliziert erwies.

Obergericht, 15. Dezember 2003, SW.2003.14

## 39. **Bei örtlicher Unzuständigkeit besteht kein Anspruch auf Weiterleitung an die zuständige Behörde** (§ 69 Abs. 3 StPO)

1. Aufgrund einer in einem anderen Kanton durch die Berufungsbeklagte verfassten E-Mail, wonach sich der Berufungskläger in der Sado-Maso-Szene bewege, erhob dieser Ehrverletzungsklage wegen übler Nachrede, eventuell wegen Verleumdung. Die Bezirksgerichtliche Kommission sprach die Berufungsbeklagte vom Vorwurf der Ehrverletzung frei. Sie erwog insbesondere, einzig das Einreichen eines Ausdrucks der E-Mail im Rahmen einer Eingabe des Rechtsvertreters der Berufungsbeklagten im zwischen den Parteien hängigen Eheschutzverfahren könne als Äusserung, welche den Tatbestand der Ehrverletzung erfüllen könnte, betrachtet werden. Indessen sei diese Eingabe vom Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten in A verfasst worden, weshalb die Bezirksgerichtliche Kommission nicht zuständig sei. Dagegen erhob der Berufungskläger Berufung.

2. a) Bezüglich der vom Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten verfassten Eingabe liegt nach der im erstinstanzlichen Verfahren vertretenen Darstellung des Berufungsklägers die Tathandlung in A, womit die Vorinstanz mit Blick auf Art. 346 Abs. 1 StGB zutreffend zum Ergebnis gelangte, örtlich nicht zuständig zu sein. Korrekterweise hätte in diesem Fall indessen ein Nichteintretensentscheid und kein Freispruch ergehen müssen. In Bezug auf die im Berufungsverfahren vorgetragene Darstellung, wonach bereits die Erstellung und die Weiterleitung der E-Mail an den Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten strafrechtlich relevant sei, blieb der Begehungsort ungewiss: Nur wenn die Berufungsbeklagte den Ausdruck der fraglichen E-Mail im Bezirk C des Kantons Thurgau zuhanden ihres Anwalts zur Post gegeben hätte, wäre die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz überhaupt gegeben; solches

wurde aber nicht einmal behauptet. Wenn es sich so verhalten hätte, wäre dieses Vorgehen gar nicht erst von der Anklage erfasst, denn wenn der Rechtsvertreter seine Eingabe unter Beilage des Ausdrucks der E-Mail absandte, müsste die Tathandlung der Berufungsbeklagten entgegen der Weisung bereits vor dem Verfassen der Eingabe stattgefunden haben. Mangels genauer Darstellung des Sachverhalts durch den Berufungskläger ist aber durchaus auch denkbar, dass sich die Berufungsbeklagte samt ihrem Laptop in die Kanzlei ihres Rechtsvertreters nach A begab und erst dort die fragliche E-Mail ausdruckte, womit die örtliche Zuständigkeit wiederum in A läge. So oder anders lässt sich die örtliche Zuständigkeit der Vorinstanz auch nicht mit Hilfe von Art. 346 Abs. 3 StGB konstruieren.

b) Zwar trifft es zu, dass der vom Berufungskläger angerufene § 69 Abs. 3 StPO (der nach der Rechtsprechung des Obergerichts auch in Ehrverletzungssachen gilt) vorsieht, dass wenn ein Strafantrag innert Frist bei einer im ersten Teil der StPO erwähnten nicht zuständigen Behörde gestellt wurde, die Frist als gewahrt gilt; in diesem Fall ist der Antrag unverzüglich an die zuständige Behörde weiterzuleiten. Indessen greift die in dieser Bestimmung normierte Überweisung nur bei fehlender sachlicher und nicht auch bei nicht gegebener örtlicher Zuständigkeit. Ausschlaggebend dafür ist, dass § 69 Abs. 3 StPO Bezug nimmt auf die "im ersten Teil [der StPO] erwähnten Behörden". In diesem Teil ist die sachliche Zuständigkeit geregelt, während die (innerkantonale) örtliche Zuständigkeit erst im zweiten Teil in § 24 StPO durch einen Hinweis auf die Bestimmungen des StGB geregelt ist. Schon aus dieser Systematik ergibt sich, dass § 69 Abs. 3 StPO für die Überweisung ausschliesslich an der fehlenden sachlichen Zuständigkeit anknüpft. Auch § 25 StPO ändert an der Zuständigkeitsordnung gemäss dem ersten Teil der StPO nichts: Diese Bestimmung legt die Zuständigkeitsordnung der Strafgerichte nämlich nicht ins Belieben der Staatsanwaltschaft, sondern stellt lediglich klar, dass für

die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit nach §§ 6 ff. StPO die dem Angeklagten in der Überweisung vorgeworfenen Delikte massgebend sind. Abgesehen davon kann § 25 StPO auf das Privatstrafverfahren keine Anwendung finden (§ 171 Abs. 1 StPO).

c) Auch die auf das vorliegende Verfahren grundsätzlich zur Anwendung gelangende ZPO enthält keine Vorschrift, wonach beim unzuständigen Gericht angehobene Prozesse an das zuständige Gericht überwiesen werden dürften. Sowohl in der Praxis (RBOG 1992 Nr. 38 und 1994 Nr. 32) als auch in der Literatur (Merz, Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 94 N 2a; Bürgi/Schläpfer/Hotz/Parolari, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Zürich 2000, § 94 N 11; Böckli, Zivilprozess-Ordnung für den Kanton Thurgau, Frauenfeld 1930, § 162 N 2) ist unbestritten, dass der thurgauische Gesetzgeber bewusst von der Aufnahme des Instituts der Prozessüberweisung in die ZPO absah und es sich demnach nicht um eine Lücke in der gesetzlichen Regelung handelt, die vom Richter ausgefüllt werden könnte. Vor diesem Hintergrund liegt auch auf der Hand, dass die Weisung Nr. 2 des Obergerichts vom 28. Januar 1943/Oktober 1992 ebenfalls nicht die Prozessüberweisung beschlägt, sondern lediglich einzelne Eingaben im Rahmen eines bereits hängigen Verfahrens betrifft, die irrtümlich bei einer falschen Behörde eingereicht werden.

d) Schliesslich besteht auch kraft Bundesrechts keine Pflicht zur Prozessüberweisung: Es ist nicht das kantonale Verfahrensrecht, das in einem Fall wie diesem die Durchsetzung des materiellen Bundesrechts vereitelt, sondern es ist ausschliesslich auf den Fehler des Berufungsklägers zurückzuführen, wenn er mit Blick auf die Antragsfrist seines Anspruchs verlustig geht (BGE 122 IV 256 f. und 69 IV 158).

Obergericht, 26. Oktober 2004, SBR.2004.23

## 40. **Wiederaufnahme der Strafuntersuchung: Voraussetzungen, Rechtsmittel** (§ 139 StPO)

1. Gemäss § 133 Abs. 1 StPO wird die Untersuchung durch Strafverfügung, durch Übermittlung der Akten samt Schlussbericht an die Staatsanwaltschaft oder durch Einstellung des Verfahrens abgeschlossen. Wenn zureichende Gründe für eine weitere Strafverfolgung fehlen, ist die Untersuchung einzustellen (§ 137 Abs. 1 StPO). Die Einstellung wird gemäss § 137 Abs. 3 StPO vom Untersuchungsrichter verfügt. Er hat die begründete Verfügung mit den Akten der Staatsanwaltschaft zur Genehmigung zu unterbreiten. Gemäss § 139 StPO kann eine eingestellte Untersuchung wieder aufgenommen werden, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel dazu Anlass geben. Einer definitiven Einstellungsverfügung kommt in Bezug auf den untersuchten Sachverhalt nur eine beschränkte materielle Rechtskraft zu, weil sie - entgegen einem richterlichen Urteil - regelmässig nicht auf einer umfassenden Prüfung der Sach- und Rechtslage beruht (Schmid, Strafprozessrecht, 4.A., N 809). Bei der definitiven Einstellung ist eine Wiederaufnahme zugelassen, wenn sich nach der Einstellung neue Anhaltspunkte für die Täterschaft oder die Schuld ergeben. Es muss sich somit die Beweislage geändert haben. Eine bloss abweichende Betrachtungsweise (bezüglich Beweis- und Rechtslage) genügt nicht (Schmid, N 810). Dementsprechend darf die Untersuchung so lange nicht wiederaufgegriffen werden, wie die Sachlage unverändert bleibt; auch wenn sich nachträgliche Zweifel an der Richtigkeit der Erwägungen, die zur Einstellung führten, ergeben, ändert dies nichts an der Verbindlichkeit der Einstellungsverfügung. Erst bei neuen Tatsachen oder Beweismitteln, die für das Vorliegen einer Straftat sprechen, oder bei neuen erheblichen Verdachtsgründen für die Täterschaft darf das Verfahren wieder aufgenommen werden (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5.A., § 78 N 24).

2. Im vorliegenden Fall wurde die Strafuntersuchung gegen den Berufungskläger mit Verfügung des Bezirksamts eingestellt. In der Folge fällte die Bezirksgerichtliche Kommission im Strafverfahren gegen die Nebentäter den Beschluss, die Strafsache zur Beweisergänzung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Zur Begründung führte sie insbesondere an, die Strafuntersuchung gegen den Berufungskläger sei allenfalls neu aufzunehmen oder auf Mitarbeiter der Bauunternehmung auszudehnen. Mit Verfügung ordnete die Staatsanwaltschaft die entsprechenden Ergänzungen der Untersuchung an. Enthalten war darin die Anweisung zur Wiederaufnahme der gegen den Berufungskläger eingestellten Strafuntersuchung wegen fahrlässiger schwerer Körperverletzung und Gefährdung durch Verletzung der Regeln der Baukunde, falls sich der Tatverdacht gegen ihn durch die angeordnete Befragung erhärte, allenfalls unter Einbezug weiterer verantwortlicher Mitarbeiter der Bauunternehmung. Diese Verfügung wurde dem Berufungskläger nicht eröffnet. In der Folge erstattete das Bezirksamt den Schlussbericht, gestützt auf welchen die Staatsanwaltschaft die Anklageschrift verfasste.

Dieses Vorgehen ist strafprozessual nicht korrekt. Wie bei der Eröffnung einer Strafuntersuchung ist auch die Wiederaufnahme einer Untersuchung durch den Untersuchungsrichter gemäss § 73 Abs. 1 StPO durch Aktenvermerk zu eröffnen. Dem Betroffenen muss aber die Möglichkeit offen stehen, gegen diese Wiederaufnahme entsprechend §§ 211 f. StPO Beschwerde zu führen, um geltend zu machen, die Voraussetzungen von § 139 StPO seien nicht gegeben. Die Beschwerdemöglichkeit setzt jedoch zwangsläufig voraus, dass der Wiederaufnahmeentscheid dem Betroffenen eröffnet wird. Unterbleibt eine Eröffnung des Entscheids, kann der Betroffene - da ihm gegen die Überweisung und die Anklageschrift kein Rechtsmittel zusteht (§ 141 Abs. 2 StPO) - auch noch im gerichtlichen Verfahren rügen, die Voraussetzungen von § 139 StPO seien nicht gegeben, und alsdann entscheidet der Straf-

richter anstelle der Beschwerdeinstanzen (Staatsanwaltschaft bzw. Anklagekammer) darüber, ob genügende Gründe für eine Wiederaufnahme der Strafuntersuchung vorlagen.

Obergericht, 13. Mai 2004, SBR.2004.3

# D. Gesetzesregister 2004

## I. Bundesrecht

**BV**
vom 18. April 1999/SR 101


Art. 5 Abs. 3, 9 Fristerstreckung durch einen juristischen Mitarbeiter der Gerichtskanzlei: Keine Berufung auf den Vertrauensschutz, wenn sich aus dem Gesetz klar ergibt, dass die angesetzte Frist nicht erstreckbar ist: 2004 Nr. 1

Art. 32 Abs. 2 Untersuchungshaft stellt nicht zwingend einen Grund für die notwendige Verteidigung dar: 2004 Nr. 37


**BG über die Gleichstellung von Mann und Frau (GlG)**
vom 24. März 1995/SR 151.1


Art. 3, 6 Glaubhaftmachung eines Verstosses gegen das Gleichstellungsgesetz: 2004 Nr. 2


**ZGB**
vom 10. Dezember 1907/SR 210


Art. 2 Abs. 2 Verweigerung der Rechtsöffnung wegen Rechtsmissbrauchs: 2004 Nr. 20

| | |
|---|---|
| | Rechtsmissbräuchliche Berufung auf ausländisches Recht, wenn vor Vorinstanz Schweizer Recht angerufen wurde: 2004 Nr. 23 |
| Art. 8 | Beweiskraft eines Arztzeugnisses; Mobbing ist keine Krankheit: 2004 Nr. 12 |
| Art. 176 | Eheschutzverfahren: Berücksichtigung eines mazedonischen Scheidungsurteils: 2004 Nr. 3 |
| | Anforderungen an die Vollstreckbarkeit und damit Genehmigung einer Unterhaltsvereinbarung: 2004 Nr. 4 |
| Art. 179 Abs. 1 | Wegzug aus der gerichtlich zugesprochenen Wohnung als Abänderungsgrund; zeitliche Voraussetzungen für ein Zurückkommen auf eine Vereinbarung und die Abänderung einer Eheschutzverfügung: 2004 Nr. 5 |
| Art. 275 | Vollstreckung des Besuchsrechts; Rechtsmittellegitimation der Kinder; Änderung der Rechtsprechung: 2004 Nr. 36 |
| Art. 474 Abs. 2 | Die Kosten für den Grabunterhalt können als Erbgangsschulden von der Erbschaft abgezogen werden: 2004 Nr. 6 |
| Art. 646 f. | Ausweisung: Aktivlegitimation bei Miteigentum; Befugnisse des Konkursamts und der Gläubigerversammlung: 2004 Nr. 33 |

Art. 712p — Besteht eine Stockwerkeigentümergemeinschaft nur aus zwei Mitgliedern, ist für die Beschlussfähigkeit der Stockwerkeigentümerversammlung stets die Anwesenheit beider Mitglieder erforderlich: 2004 Nr. 7

Art. 737 ff. — Kein Feststellungsinteresse bei Überschreitung einer Dienstbarkeit: 2004 Nr. 8

Art. 738 — Ein "Fusswegrecht" berechtigt nicht zum Befahren des Wegs mit einem Fahrrad: 2004 Nr. 9

**OR**
vom 30. März 1911/SR 220

Art. 18 — Auslegung einer Versicherungsvertragsklausel: 2004 Nr. 14

Art. 82 — Rechtsöffnung gestützt auf einen zweiseitigen Vertrag; Präzisierung von RBOG 1996 Nr. 20: 2004 Nr. 21

Art. 104 — Der im Berufungsverfahren gestellte Antrag auf Zusprache von Verzugszins ist ein unzulässiges Novum: 2004 Nr. 35

Art. 184 ff. — Rechtsöffnung gestützt auf einen zweiseitigen Vertrag; Präzisierung von RBOG 1996 Nr. 20: 2004 Nr. 21

Art. 266g — Streit mit Hauswartfamilie als wichtiger Grund: 2004 Nr. 10

| | |
|---|---|
| Art. 274d Abs. 3 | Verzicht auf Beweisabnahme bei Nichtleistung des Beweiskostenvorschusses im Mietrecht: 2004 Nr. 11 |
| Art. 324a Abs. 1 | Beweiskraft eines Arztzeugnisses; Mobbing ist keine Krankheit: 2004 Nr. 12 |
| Art. 571 Abs. 2 | Es ist im Einzelfall zu entscheiden, ob das Zahlen fälliger (liquider) Erbschaftsschulden durch einen Erben als blosse Verwaltungshandlung oder als Einmischung gilt: 2004 Nr. 13 |

**BG über den Versicherungsvertrag (VVG)**
vom 2. April 1908/SR 221.229.1

| | |
|---|---|
| Art. 100 | Auslegung einer Versicherungsvertragsklausel: 2004 Nr. 14 |

**BG über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (MSchG)**
vom 28. August 1992/SR 232.11

| | |
|---|---|
| Art. 2 lit. a | Blosse Sachbezeichnung im Markenrecht; Berücksichtigung im Massnahmeverfahren: 2004 Nr. 15 |

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

| | |
|---|---|
| Art. 35 | Der Eintritt der Rechtshängigkeit bestimmt sich nach kantonalem Recht: 2004 Nr. 16 |

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

| | |
|---|---|
| Art. 8 ff. | Kosten- und Entschädigungsregelung bei Bezahlung der in Betreibung gesetzten Forderung kurz vor Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens: 2004 Nr. 22 |
| Art. 8a, 17 | Die angeblich zu Unrecht gewährte Einsicht in das Betreibungsregister kann vom Schuldner mit Beschwerde angefochten werden: 2004 Nr. 17 |
| Art. 33 Abs. 3 | Auf einen verspäteten Rekurs gegen ein Konkursdekret kann nicht eingetreten werden, selbst wenn der Gläubiger ausdrücklich darauf verzichtet, die Nichteinhaltung der Frist geltend zu machen: 2004 Nr. 18 |
| Art. 68, 80, 82 | Keine Rechtsöffnung für die Betreibungskosten: 2004 Nr. 19 |
| Art. 82 | Verweigerung der Rechtsöffnung wegen Rechtsmissbrauchs: 2004 Nr. 20 |

| | |
|---|---|
| | Rechtsöffnung gestützt auf einen zweiseitigen Vertrag; Präzisierung von RBOG 1996 Nr. 20: 2004 Nr. 21 |
| Art. 174 | Auf einen verspäteten Rekurs gegen ein Konkursdekret kann nicht eingetreten werden, selbst wenn der Gläubiger ausdrücklich darauf verzichtet, die Nichteinhaltung der Frist geltend zu machen: 2004 Nr. 18 |
| Art. 237 f. | Ausweisung: Aktivlegitimation bei Miteigentum; Befugnisse des Konkursamts und der Gläubigerversammlung: 2004 Nr. 33 |

**GebV SchKG**
vom 23. September 1996/SR 281.35

| | |
|---|---|
| Art. 48, 61, 62 | Kosten- und Entschädigungsregelung bei Bezahlung der in Betreibung gesetzten Forderung kurz vor Einleitung des Rechtsöffnungsverfahrens: 2004 Nr. 22 |

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

| | |
|---|---|
| Art. 25, 27, 65 | Eheschutzverfahren: Berücksichtigung eines mazedonischen Scheidungsurteils: 2004 Nr. 3 |

Art. 116 Rechtsmissbräuchliche Berufung auf ausländisches Recht, wenn vor Vorinstanz Schweizer Recht angerufen wurde: 2004 Nr. 23

**Verkehrsregelnverordnung (VRV)**
vom 13. November 1962/SR 741.11

Art. 41b Abs. 2 Verkehrsregeln beim Befahren eines (zweispurigen) Kreisels: 2004 Nr. 24

**BG über den Schutz der Gewässer (GSchG)**
vom 24. Januar 1991/SR 814.20

Art. 6 Der Untergang eines motorisierten Schiffs stellt nicht zwangsläufig eine konkrete Gefährdung des Gewässers dar: 2004 Nr. 25

**BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG)**
vom 13. März 1964/SR 822.11

Art. 13 Abs. 1 Höherer leitender Angestellter ist unabhängig von den ihm verliehenen Titeln, wer im Betrieb tatsächlich an den Schalthebeln der Macht sitzt: 2004 Nr. 26

**V 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)**
vom 14. Januar 1966/SR 822.111

| | | |
|---|---|---|
| Art. | 9 | Höherer leitender Angestellter ist unabhängig von den ihm verliehenen Titeln, wer im Betrieb tatsächlich an den Schalthebeln der Macht sitzt: 2004 Nr. 26 |

# II. Staatsverträge

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

| | | |
|---|---|---|
| Art. | 6 Ziff. 1 | Der Anzeigeerstatter, welcher ein ernsthaftes Interesse glaubhaft macht, ist berechtigt, vom Urteil Kenntnis zu erlangen: 2004 Nr. 27 |
| Art. | 6 Ziff. 3 lit. c | Untersuchungshaft stellt nicht zwingend einen Grund für die notwendige Verteidigung dar: 2004 Nr. 37 |

**Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)**
vom 16. Dezember 1966/SR 0.103.2

| | | |
|---|---|---|
| Art. | 14 | Der Anzeigeerstatter, welcher ein ernsthaftes Interesse glaubhaft macht, ist berechtigt, vom Urteil Kenntnis zu erlangen: 2004 Nr. 27 |

**ZPO**
vom 6. Juli 1988/RB 271

| | |
|---|---|
| § 30 | Rechtsvorkehr durch nicht zugelassenen Vertreter: 2004 Nr. 28 |
| § 44a | Keine doppelte Schlichtung: 2004 Nr. 29 |
| §§ 45 ff. | Im Berufungsverfahren kann der Mangel der sachlichen Zuständigkeit geheilt werden: 2004 Nr. 30 |
| § 58 Abs. 2 | Ohne konkrete Hinweise, dass das Mandatsverhältnis zum Anwalt aufgelöst wurde, sind Zustellungen der Gerichte an eine Partei persönlich grundsätzlich nicht rechtsgültig: 2004 Nr. 31 |
| §§ 64 f. | Verzichtet die Klägerin nicht auf ihre Replik, ist der Beklagte trotz Säumnis mit der Klageantwort zur Hauptverhandlung vorzuladen. Auch wenn er abermals säumig bleibt, ist ihm in einem Beweisverfahren das rechtliche Gehör zu gewähren: 2004 Nr. 32 |
| §§ 71, 72 Abs. 1 | Fristerstreckung durch einen juristischen Mitarbeiter der Gerichtskanzlei: Keine Berufung auf den Vertrauensschutz, wenn sich aus dem Gesetz klar ergibt, dass die angesetzte Frist nicht erstreckbar ist: 2004 Nr. 1 |

| | | |
|---|---|---|
| §§ | 76 Abs. 2, 79 Abs. 3 | Verzicht auf Beweisabnahme bei Nichtleistung des Beweiskostenvorschusses im Mietrecht: 2004 Nr. 11 |
| §§ | 90 Abs. 1, 121 Abs. 1 | Der Eintritt der Rechtshängigkeit bestimmt sich nach kantonalem Recht: 2004 Nr. 16 |
| § | 138 Abs. 4 | Fristerstreckung durch einen juristischen Mitarbeiter der Gerichtskanzlei: Keine Berufung auf den Vertrauensschutz, wenn sich aus dem Gesetz klar ergibt, dass die angesetzte Frist nicht erstreckbar ist: 2004 Nr. 1 |
| § | 140 | Verzichtet die Klägerin nicht auf ihre Replik, ist der Beklagte trotz Säumnis mit der Klageantwort zur Hauptverhandlung vorzuladen. Auch wenn er abermals säumig bleibt, ist ihm in einem Beweisverfahren das rechtliche Gehör zu gewähren: 2004 Nr. 32 |
| § | 146 Abs. 2 Ziff. 1 | Der im Berufungsverfahren gestellte Antrag auf Zusprache von Verzugszins ist ein unzulässiges Novum: 2004 Nr. 35 |
| § | 164 Ziff. 3 | Ausweisung: Aktivlegitimation bei Miteigentum; Befugnisse des Konkursamts und der Gläubigerversammlung: 2004 Nr. 33 |
| § | 187 | Beweiskraft eines Arztzeugnisses; Mobbing ist keine Krankheit: 2004 Nr. 12 |
| § | 223 | Im Berufungsverfahren kann der Mangel der sachlichen Zuständigkeit geheilt werden: 2004 Nr. 30 |

| | |
|---|---|
| §§ 228, 230 | Kein Wiederaufleben des Novenrechts, wenn nach der Erstattung der Berufungseingaben vom mündlichen zum schriftlichen Berufungsverfahren gewechselt wird: 2004 Nr. 34 |
| § 230 | Der im Berufungsverfahren gestellte Antrag auf Zusprache von Verzugszins ist ein unzulässiges Novum: 2004 Nr. 35 |
| § 232 | Kein Wiederaufleben des Novenrechts, wenn nach der Erstattung der Berufungseingaben vom mündlichen zum schriftlichen Berufungsverfahren gewechselt wird: 2004 Nr. 34 |
| §§ 260 Abs. 3, 261 f. | Vollstreckung des Besuchsrechts; Rechtsmittellegitimation der Kinder; Änderung der Rechtsprechung: 2004 Nr. 36 |

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

| | |
|---|---|
| § 50 Abs. 4 | Untersuchungshaft stellt nicht zwingend einen Grund für die notwendige Verteidigung dar: 2004 Nr. 37 |
| | Bagatellfall, welcher die Bestellung eines Offizialverteidigers nicht erfordert: 2004 Nr. 38 |
| § 69 Abs. 3 | Bei örtlicher Unzuständigkeit besteht kein Anspruch auf Weiterleitung an die zuständige Behörde: 2004 Nr. 39 |

§ 139 Wiederaufnahme der Strafuntersuchung: Voraussetzungen, Rechtsmittel: 2004 Nr. 40

§ 162 Abs. 4 Der Anzeigeerstatter, welcher ein ernsthaftes Interesse glaubhaft macht, ist berechtigt, vom Urteil Kenntnis zu erlangen: 2004 Nr. 27