Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat 2003

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 10
5. Rechtsetzung 12
6. Verschiedenes 12

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht 20
III. Zivil- und Strafgerichte 21

B. Statistische Angaben

I. Obergericht 31
II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle 41
III. Bezirksgerichte 42
IV. Friedensrichterämter 55
V. Bezirksämter 56
VI. Konkursamt 57
VII. Betreibungsämter 58

C. Entscheide

Bundesrecht 60
Kantonales Recht 157

D. Gesetzesregister 2003 — 181

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 2003.

In der Bundesgesetzgebung stehen wichtige Vorhaben an - die Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs und des Vormundschaftsrechts, die eidgenössische ZPO und StPO -, welche im prozessualen Bereich teils stark in die kantonale Verfahrenshoheit eingreifen. In diesem Zusammenhang wird es sehr bedeutungsvoll sein, dass das kantonale Parlament den verbleibenden Spielraum für die Ausgestaltung des kantonalen Rechts, insbesondere der Behördenorganisation, für sinnvolle und moderne Lösungen zu nutzen vermag.

Wir empfehlen unseren Jahresbericht Ihrem Interesse und ersuchen Sie, sehr geehrter Herr Präsident, sehr geehrte Damen und Herren Kantonsrätinnen und Kantonsräte, um Genehmigung.

Frauenfeld, im April 2004

Das Obergericht des Kantons Thurgau

Der Präsident:
Thomas Zweidler

Die Obergerichtsschreiberin:
Dr. Barbara Merz

A. Allgemeines

I. Obergericht

1. Personelles

Auf Ende Mai 2003 ist in der Obergerichtskanzlei Christoph Stauffacher in den verdienten Ruhestand getreten. Er war während nicht weniger als 39 Jahren in der Obergerichtskanzlei tätig, die er mit seinem Wissen und seiner Erfahrung prägte. Wir danken ihm für seinen langjährigen Einsatz und wünschen ihm alles Gute im neuen Lebensabschnitt.

Die Personalkapazität der Obergerichtskanzlei liegt aufgrund von Umstrukturierungen nun neu bei 3,7 Stellen.

2. Tätigkeit als Gerichtsbehörde

a) Im Berichtsjahr gingen beim Obergericht 195 Berufungsverfahren ein. Erledigt werden konnten insgesamt 186 Verfahren, davon 42 in Fünfer- und 144 in Dreierbesetzung. Die Zahl der beim Obergericht hängigen Berufungsverfahren stieg damit von 96 auf 105 Verfahren.

Im Berichtsjahr wurden 288 Rekurse und Beschwerden anhängig gemacht; das Obergericht konnte 287 entsprechende Verfahren erledigen.

Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen, Rekurse und Beschwerden) im Jahr 2003 insgesamt 483 Fälle ein, während 473 Fälle erledigt werden konnten.

b) Von den sieben Berufungsverfahren, die vor Obergericht Ende 2002 überjährig waren, konnten im Jahr 2003 vier Fälle erledigt werden. Von den im Jahr 2002 eingegangenen Fällen waren zudem sechs Verfahren am Ende des Berichtsjahrs noch hängig. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2003 bei neun Fällen.

Beim Obergericht ist ein Rekursverfahren hängig, welches überjährig, d.h. vor dem 31. Dezember 2002 eingegangen ist. Das Verfahren musste im Zusammenhang mit anderen Prozessen aus rechtlichen Gründen während längerer Zeit zwingend sistiert werden; es konnte aber im Frühling 2004 erledigt werden.

c) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 133 Berufungsverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab Eingang der Akten bis zum Versand des Entscheids) von 9,4 Monaten auf (Vorjahr: 9,1 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 3,1 Monate (Vorjahr: 3,0 Monate).

Die im Berichtsjahr materiell erledigten 201 Rekurs- und Beschwerdeverfahren wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des Entscheids) von 2,4 Monaten auf (wie im Vorjahr). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,9 Monate (wie im Vorjahr).

d) Im Berichtsjahr fand eine Referentenaudienz statt, die allerdings zu keiner Einigung führte. Das Obergericht nahm einen Augenschein vor. Vom Obergerichtspräsidium wurden insgesamt 21 Einvernahmen durchgeführt.

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 vier

Aufsichtsbeschwerden gegen Bezirksgerichte, Bezirksgerichtliche Kommissionen und Bezirksgerichtspräsidien sowie Friedensrichterämter

zu befassen. Zwei Beschwerden wurden zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben, und auf eine Beschwerde wurde nicht eingetreten. Eine weitere Beschwerde wurde insofern teilweise geschützt, als die dem Beschwerdeführer von der Vorinstanz auferlegte Verfahrensgebühr gestrichen wurde. In einem der als gegenstandslos abgeschriebenen Fälle hielt das Obergericht fest, trotz der Komplexität der Angelegenheit und der Gleichheit der sich stellenden Fragen hätte die Vorinstanz, auch wenn sie bereits superprovisorische Anordnungen getroffen hatte, mit dem Massnahmenentscheid nicht bis zur Fällung des Haupturteils zuwarten dürfen.

c) Die

Bezirksgerichte, Bezirksgerichtlichen Kommissionen, Einzelrichterinnen und Einzelrichter

erledigten in Zivil- und Strafsachen im Berichtsjahr insgesamt 2’330 Prozesse (ohne summarisches Verfahren), nämlich 1’501 Zivilfälle und 829 Straffälle; im Vorjahr waren es insgesamt 2'519 Fälle. Gleichzeitig wurden 2’290 Prozesse neu eingeschrieben; 2002 waren es 2’549 Fälle gewesen. Die gesamte Zahl der Pendenzen sank von 980 Fällen (Ende 2002) auf 907 Fälle (Ende 2003). Demgegenüber stieg die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) von 167 Ende 2002 leicht auf 171 Ende 2003 an. Darunter finden sich indessen 36 unechte Pendenzen, d.h. Fälle, welche aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder im Einverständnis mit den Parteien sistiert sind.

Im summarischen Verfahren wurden im Jahr 2003 von den Gerichtspräsidien 4’257 Fälle erledigt; 2002 waren es 4’120, im Jahr 2001 4’100 Fälle gewesen.

d) Im Berichtsjahr führten die

Friedensrichterinnen und Friedensrichter

in insgesamt 1’453 Streitfällen das Vermittlungsverfahren durch. Hievon wurden 437 Fälle (rund 30%) durch Vergleich erledigt; in 289 Fällen (rund 20%) wurde keine Weisung verlangt. In 727 Fällen (rund 50%) wurde die Weisung an das zuständige Gericht ausgestellt. 57 weitere Fälle wurden im Einzelrichterverfahren entschieden.

e) Das Obergericht führt die Oberaufsicht über die

Schlichtungsbehörden in Mietsachen.

Im Jahr 2003 wurde in 38% der Fälle eine Einigung erreicht. In 16% der Fälle musste festgestellt werden, dass sich die Parteien nicht einigen konnten; in 8% hatte die Schlichtungsbehörde zu entscheiden. 38% der Streitsachen wurden anderweitig (durch Rückzug, infolge Gegenstandslosigkeit oder Überweisung) erledigt.

Die Geschäftslast der Schlichtungsbehörden in Mietsachen hat deutlich zugenommen: Im Berichtsjahr erledigten die Schlichtungsbehörden insgesamt 779 Fälle. Im Jahr 2002 waren es 512 Fälle, während im Jahr 2001 602 und im Jahr 2000 835 Fälle zu behandeln waren.

f) Die

Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz

hatte im Berichtsjahr drei Geschäfte zu behandeln. In zwei Fällen konnte ein Vergleich erzielt werden; in einem Fall wurde die Weisung an das zuständige Bezirksgericht ausgestellt.

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 abgenommen: 2003 waren es 24 Fälle, 2002 noch 30 Fälle. Die Zahl der Beschwerden an die Bezirksgerichtspräsidien als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen ist gestiegen; im Jahr 2003 waren es 81 Beschwerden gegenüber 71 im Jahr 2002. Es wird auf die Tabellen 8 und 22 verwiesen.

b) Im Berichtsjahr wurden 318 Konkursverfahren erledigt und 300 Konkurse eröffnet. Die Zahl der Firmenkonkurse ist im Berichtsjahr nur leicht zurückgegangen, während die Zahl der Nachlasskonkurse deutlich zugenommen hat; insbesondere die ausgeschlagenen Erbschaften nehmen seit Jahren tendenziell zu. Rund die Hälfte der bearbeiteten Konkursverfahren musste mangels Aktiven eingestellt werden. Erstmals seit Jahren war aufgrund eines personellen Kapazitätsengpasses ein Konkursverfahren zur Abwicklung an eine ausseramtliche Konkursverwaltung zu übergeben. Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf Fr. 154'035'138.38. Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts sank von 195 Verfahren (Ende 2002) auf 177 Verfahren (Ende 2003; vgl. Tabelle 25).

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

d) Seit 1. Januar 2003 wird das Konkursamt neu als Hauptabteilung "Konkursamt und Betreibungsinspektorat" geführt, mit den Abteilungen „Konkursamt“ und „Betreibungsinspektorat“. Diese Neuorganisation hat sich bereits bewährt.

e) Am 23. Dezember 2003 wies das Obergericht das Konkursamt zuhanden der Betreibungsämter darauf hin, dass die Behandlung der Grundstückgewinnsteuern in der Spezialexekution der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anzupassen sei.

5. Rechtsetzung

Am 8. April 2003 änderte das Obergericht seine

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

Die zu archivierende Sammlung der Beschlüsse und Urteile sowie die Sammlung der Verfügungen sind neu nach dreissig Jahren zur weiteren Archivierung dem Staatsarchiv zu übergeben. Die Aufbewahrungsfristen für die Akten in Zivil- und Strafsachen einschliesslich der Verhandlungsprotokolle sowie die Einschreibungsregister und Gerichtsmanuale blieben unverändert; neu werden diese Unterlagen nach entsprechender Auswahl und vorgängiger Absprache vom Staatsarchiv übernommen. Akten, welche vom Staatsarchiv nicht übernommen werden, sind zu vernichten.

6. Verschiedenes

a) Das Obergericht hielt seine

Plenarsitzungen

am 8. April, 15. Juli und 2. Dezember 2003 in Frauenfeld ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

Weiterbildungsveranstaltungen

teil: Besucht wurden Tagungen über "Inhalt und Koordination der verschiedenen Schadenausgleichssysteme" in Gerzensee, über Internet in St. Gallen und Gerzensee, über wirkungsorientierte Ver-

waltungsführung in der Justiz in Olten, über Rechtsinformatik in Magglingen, über Ehe- und Scheidungsrecht in Zürich, über Rechtshilfe und Vollstreckung in Luzern, über die Anhörung des Kindes in Freiburg, über häusliche Gewalt in Bern und über neue Wege der Familiengerichtsbarkeit in St. Gallen. Eine Delegation nahm an der Tagung von Richtern und Staatsanwälten aus Bayern, Österreich und der Schweiz in Fischbachau (D) über das Thema „Recht und Ethik der modernen Medizin“ teil.

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 150 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland. Demgegenüber mussten von der Zentralbehörde nur 3 Rechtshilfeersuchen aus dem Thurgau weitergeleitet werden; der Grund liegt darin, dass die thurgauischen Gerichtsbehörden zum direkten Verkehr mit den zuständigen ausländischen Behörden berechtigt sind.

d) Das Obergericht äusserte sich am 31. März 2003 gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zur vorgesehenen

Totalrevision des Opferhilfegesetzes.

Es wies dabei im Wesentlichen darauf hin, ob das Institut der opferrechtlichen Genugtuung beibehalten werden solle, sei eine politische Frage. Jedenfalls sei der Geltungsbereich bezüglich der Delikte einzuschränken, eine Unterscheidung zwischen Opfer und Angehörigen zu machen und die Höhe der Genugtuung zu beschränken. Für Genugtuungen sei mindestens ein Maximalbetrag vorzusehen, wobei eine Unterscheidung zwischen Angehörigen und direkten Opfern sachgerecht sei. Angezeigt sei dringend eine

Einschränkung des Deliktskatalogs, indem alle Delikte ausscheiden sollten, die zwar zu einer Verletzung der Persönlichkeit des Opfers führten, aber nicht auf direkte körperliche Gewalt zurückzuführen seien. Personen, die in der Schweiz lebten und Opfer einer im Ausland begangenen Straftat geworden seien, sowie deren betroffene Angehörige sollten grundsätzlich nicht die Hilfe von Beratungsstellen beanspruchen können. Die Bestimmung, welche den Anspruch auf Entschädigung und Genugtuung bei einer Straftat im Ausland vom Schweizerbürgerrecht des Opfers abhängig mache, sei beizubehalten. Im Übrigen sei davon abzuraten, in das OHG weitere Themen einzubringen, namentlich die Problematik des Menschenhandels und der häuslichen Gewalt; das OHG dürfe auch nicht als Grundlage für eine Pflicht der Kantone zur Erstellung von Frauenhäusern dienen. Die vorgesehene Ausdehnung der Unentgeltlichkeit auf weitere Verfahren sei unnötig und verursache Mehrkosten. Ein Einsichtsrecht der Beratungsstelle in die Akten des Strafverfahrens sei strikte abzulehnen.

e) Gegenüber dem Personalamt nahm das Obergericht am 10. Juni 2003 Stellung zur

Totalrevision der Verordnung des Regierungsrates über die Rechtsstellung des Staatspersonals.

Es hielt dabei fest, der Entwurf stelle eine massvolle Anpassung der bisherigen Verordnung an die heutigen Gegebenheiten dar, deren Stossrichtung generell unterstützt werden könne. Zu beachten sei allerdings, dass es eine Zuständigkeit des Regierungsrats bei Anstellungen von Mitarbeitern der Gerichte nicht gebe. Die Verordnung sollte schliesslich ausdrücklich vorschreiben, dass die Personalkommission paritätisch zusammengesetzt werde.

f) Am 17. Juni 2003 erstattete das Obergericht seine Vernehmlassung zur vorgesehenen

Revision der Verordnung des Grossen Rates über die Besoldung des Staatspersonals.

Herzstück der Vorlage sei die Ersetzung der Bestimmungen zum Teuerungsausgleich durch das Modell einer generellen Lohnanpassung. Das Obergericht könne diesem neuen Modell mit den drei Zielen Kaufkrafterhaltung, Weiterleitung eines Anteils an der Wertschöpfung/Produktivitätssteigerung sowie Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des Kantons als Arbeitgeber zustimmen. Es begrüsse auch die Änderungen bezüglich Anrechnung und Abtretung von Sozialversicherungsleistungen und bezüglich Minimallohn. Sofern im Entwurf der Verordnung des Grossen Rates über die berufliche Vorsorge des Staatspersonals und der Lehrkräfte die Möglichkeit geschaffen werden solle, bei der Kaufkrafterhaltung bzw. beim Teuerungsausgleich der Renten zu sparen, indem die Renten nicht wie die Besoldungen oder nicht im gleichen Ausmass ihre Kaufkraft erhalten sollten, müsste dies offen deklariert und diskutiert werden.

g) Am 25. November 2003 nahm das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit Stellung zum

Vorentwurf zu einer schweizerischen Zivilprozessordnung.

Dabei wies es unter anderem darauf hin, den Kantonen müsse gestattet werden, interkantonale Fachgerichte bestellen zu können. Die bereits diskutierte Schaffung eines eidgenössischen Patentgerichts sei zu begrüssen. Die Streitwertgrenze für die direkte Anrufung des Obergerichts liege eher zu hoch. Die Möglichkeit der Hauptintervention sollte im Gesetz erwähnt werden. Die Verbandsklage gehöre in den Gebieten, in denen sie eingeräumt wer-

den wolle, zur Spezialgesetzgebung; sie sollte nicht Gegenstand der Zivilprozessordnung bilden. Die Widerklage müsse klar geregelt werden. Der vorgesehene Kostenvorschuss von höchstens der Hälfte der mutmasslichen Gerichtskosten erscheine nicht als sinnvoll; abgesehen davon rechtfertige es sich nicht, in jedem Fall eine Kostenvorschusspflicht vorzusehen. In der Praxis habe sich die Regelung gemäss § 75 Abs. 3 ZPO TG ausserordentlich bewährt; ein entsprechendes Instrument bei Prozessen zwischen nahestehenden Personen solle auch in die eidgenössische ZPO aufgenommen werden. Der Zeuge vom Hörensagen habe nach wie vor Bedeutung. Mit Bezug auf das Hauptverfahren lehne das Obergericht den vorgesehenen Systemwechsel nicht ab. Das neue System führe aber keineswegs zu einer Verfahrensbeschleunigung; die Tendenz des Entwurfs weise zudem sehr klar in Richtung eines Einzelrichters, so dass für ein Gericht mit Laienrichtern kaum noch Platz bleibe, und der fliessende Übergang vom Behauptungs- zum Beweisverfahren sei nicht unproblematisch. Ein Verzicht auf das Schlichtungsverfahren solle auch in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten möglich sein. Eine paritätisch zusammengesetzte Schlichtungsbehörde in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sei gut gemeint, bringe aber nicht sonderlich viel. Entscheidend sei vielmehr, dass zwingend regionale Schlichtungsbehörden geschaffen werden müssten, da sich die bisherige Gemeindelösung jedenfalls bei den Mietschlichtungskommissionen nur sehr eingeschränkt bewähre. Das Untersuchungsverfahren nach thurgauischem Recht (§§ 152 ff. ZPO) habe sich in Familiensachen ausgesprochen bewährt, während der Vorentwurf keine brauchbaren Alternativen zu bieten habe. Enttäuschend sei, dass kein Einheitsrechtsmittel vorgeschlagen werde; die Lösung mit Appellation, Rekurs und Beschwerde als ordentliche Rechtsmittel sei altmodisch und nicht bürgerfreundlich. Noven sollten im zweitinstanzlichen Verfahren bis zu einem bestimmten Zeitpunkt unbeschränkt möglich sein. Es spreche nichts dagegen, die Möglichkeit eines Anschlussrekurses zu schaffen.

h) Am 23. Dezember 2003 nahm das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit Stellung zu den

Vorentwürfen für eine Revision des ZGB (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) sowie für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.

Es hielt dabei insbesondere fest, die Revision des Vormundschaftsrechts sei schon längst fällig gewesen. Der Vorentwurf enthalte drei neue Rechtsinstitute, welche die Betreuung durch die Angehörigen und die eigene Vorsorge für den Fall der Urteilsunfähigkeit förderten und damit ein behördliches Eingreifen überflüssig machen sollen. Der Vorentwurf beschränke sich auf die Beistandschaft, welche nunmehr auch die Handlungsfähigkeit tangieren, wenn nicht - wie bei der umfassenden Beistandschaft - gänzlich aufheben könne. Die Verantwortung liege künftig noch vermehrt beim Anwender des neuen Gesetzes, welcher für jede hilfsbedürftige Person eine massgeschneiderte Beistandschaft schaffen müsse. Die übergangsrechtlich vorgesehene Frist zur Anpassung der nach geltendem Recht bestehenden Massnahmen sei zu kurz, nachdem allein im Thurgau rund 1'600 vormundschaftliche Erwachsenenschutzmassnahmen geführt würden. Als nicht unproblematisch erscheine die als positiv empfohlene Stärkung der Solidarität in der Familie, insbesondere der Verzicht auf Inventarpflicht und Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage, wenn der Ehegatte oder die Eltern der betroffenen Person als Beistand eingesetzt worden seien; Familienbande bedeuteten noch lange nicht, dass das Wohl des Verbeiständeten im Auge behalten werde. Positiv erscheine der verstärkte Schutz urteilsunfähiger, in Anstalten lebender Personen, wobei insbesondere die verstärkte kantonale Aufsicht von Bedeutung sei, es aber diesbezüglich an einer detaillierten Regelung fehle. Als ungenügend erscheine die Regelung der interdisziplinären Zusammenarbeit; nicht zu verkennen seien

die mit der vorgesehenen Regelung verbundenen Mehrkosten. Bezüglich des Verfahrens vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sei kein besonderes Gesetz nötig, sondern eine Integration dieser Bestimmungen ins ZGB oder in die eidgenössische ZPO möglich. Zweifelhaft sei allerdings die Tragweite der neuen Bundeskompetenz von Art. 122 BV. Die Professionalisierung, welche infolge des vorgesehenen Ersatzes der Vormundschaftsbehörde durch eine richterliche Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht erfolgen solle, lasse sich auch durch eine Regionalisierung der Vormundschaftsbehörden und den zwingenden Einsitz von Fachleuten erreichen. Die Schaffung einer gerichtlichen Behörde schiesse über das angestrebte Ziel hinaus, da sich eine solche Behörde mangels Gestaltungsfreiheit nicht sonderlich für das Erwachsenen- und Kindesschutzrecht eigne. Entscheidend bleibe, dass bei der konkreten Ausgestaltung der Behördenorganisation der Interdisziplinarität und Professionalität genügend Rechnung getragen werde.

i) Im Zusammenhang mit einem Gesuch um

Entbindung vom Amtsgeheimnis

hielt das Obergericht in einem Entscheid vom 21. August 2003 fest, in der StPO sei nicht klar geregelt, wie weit mit Blick auf das Amtsgeheimnis das Mitteilungsrecht bzw. die Mitteilungspflicht gestützt auf § 48 Abs. 1 und 2 StPO gehe. Angesichts der Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK) und aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes sei das Untersuchungsverfahren nach aussen hin grundsätzlich geheim; die Strafverfolgungsbehörden seien mithin an die Amtsgeheimnispflicht gebunden. Anders verhalte es sich mit Bezug auf die Tätigkeit der Strafgerichte, die vom Grundsatz her gemäss Art. 6 EMRK publikumsöffentlich stattfinde. Wolle eine Strafverfolgungsbehörde oder ein Strafgericht Dritte von sich aus über ein Strafverfahren orientieren, müssten in jedem Fall

die Voraussetzungen von § 48 StPO gegeben sein. § 48 Abs. 1 StPO betreffe den Fall, wo neben den strafrechtlichen Folgen eines Vorfalls oder Zustands die Anordnung weiterer Massnahmen durch andere Behörden geprüft werden müsse, z.B. vormundschaftliche oder fürsorgerische Massnahmen im Zusammenhang mit Delikten, welche die Familie beträfen; ebenfalls unter § 48 Abs. 1 StPO seien verwaltungsrechtliche Massnahmen zu ziehen. § 48 Abs. 2 StPO sei demgegenüber auf den Fall zugeschnitten, wo die Öffentlichkeit über ein Strafverfahren orientiert werde; eine solche Orientierung könne aus verschiedenen Gründen notwendig werden. Im Gegensatz zum in RBOG 2000 S. 19 f. behandelten Fall gehe es weniger um eine Mitteilung an den Arbeitgeber des Betroffenen als um eine Orientierung der zuständigen Behörde bzw. Trägerschaft des Jugendtreffs: Der Umstand, dass gegen einen Leiter einer Fachstelle für Jugendarbeit und eines Jugendtreffs - weitgehend aufgrund von Geständnissen - Anklage wegen Drogenhandels (als schwerer Fall) erhoben werde, tangiere die allgemeinen öffentlichen Interessen und insbesondere den Bereich des Jugendschutzes in einem ganz erheblichen Ausmass. Dies rechtfertige es, das zuständige Gericht insoweit vom Amtsgeheimnis zu entbinden, als es die zuständigen Organisationen informieren könne.

j) Am 3. Juni 2003 stellte das Obergerichtspräsidium den Bezirksgerichten die neuen Weisungen betreffend die

Übermittlung kantonaler Strafentscheide

an das Bundesamt für Polizei zu.

k) Entsprechend der Verordnung über die Gerichtsberichterstattung erteilte das Obergericht neun Medienleuten die

Zulassung als Gerichtsberichterstatterin bzw. Gerichtsberichterstatter

an unseren Straf- und Zivilgerichten; umgekehrt ist die Zulassung von zehn Medienleuten erloschen. Ausserdem wurde acht Medienleuten die Zulassung verlängert. Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau 38 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter zugelassen.

l) Im Rahmen der

Einführung der EDV bei den Bezirksgerichten

wurden die Bezirksgerichte Weinfelden und Kreuzlingen als Pilotgerichte eingesetzt; die Bezirksgerichte Arbon, Frauenfeld, Kreuzlingen und Weinfelden sollen im Jahr 2004 auf das neue (überarbeitete) System JURIS umgerüstet werden. Das Planungsziel, JURIS bei allen Bezirksgerichten mit entsprechender gerichtsinterner Vernetzung einzuführen, wird entgegen der ursprünglichen Planung frühestens im Jahr 2005 erreicht werden.

m) Im Verlauf des Berichtsjahrs konnten die

Internetseiten der Zivil- und Strafgerichte

unter www.tg.ch erneut ausgebaut werden. Neu wurden neben den Angaben über die Gerichte, der Linksammlung sowie den Terminen der öffentlichen Verhandlungen des Obergerichts und dessen Weisungen nun auch die grundsätzlichen Entscheide aus den Rechenschaftsberichten der Jahre 1994 - 2002 aufgenommen.

n) Das Obergericht befasste sich anlässlich seiner Plenarsitzung vom 2. Dezember 2003 ein erstes Mal mit den Vorschlägen des Anwaltsverbands zu einer

Revision des Anwaltstarifs des Obergerichts.

o) Am 24. Juni 2003 traf sich das Obergericht in Frauenfeld zu einem Erfahrungsaustausch mit dem Kantonsgericht St. Gallen. Am 18. Juni 2003 trafen sich die vollamtlichen Mitglieder des Obergerichts mit dem Vorstand des Thurgauer Anwaltsverbands.

II. Rechtsmittel an das Bundesgericht

Die Zahl der an das Bundesgericht weitergezogenen Entscheide hat wiederum abgenommen. Von den insgesamt 50 Rechtsmitteln, die das Bundesgericht im Berichtsjahr erledigte, wurden 5 geschützt. 28 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 13 Fällen trat das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht ein, und 4 Fälle wurden anderweitig erledigt. Es wird auf Tabelle 9 verwiesen.

III. Zivil- und Strafgerichte

(Stand Anfang April 2004)

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
	1989	Glättli-Stäuble Erika, kaufm. Angestellte, 8500 Frauenfeld	1942
	2000	Glauser Jung Anna Katharina, lic.iur., Rechtsanwältin, 8552 Felben-Wellhausen	1963
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, 8500 Frauenfeld	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 Gallo-Grillo Marianna, 8370 Sirnach Bisig Monika, 8508 Homburg Peter-Staubli Doris, 8547 Gachnang
Weibelin:	Tayler Verena, 8268 Salenstein

Bezirksgerichte, Bezirksgerichtliche Kommissionen und Gerichtspräsidien

Bezirk Arbon

	Amtsantritt		*Geburtsjahr*
Präsident:	2000	Zanoni Ralph, lic.iur., Rechtsanwalt, 9320 Arbon	1958
Vizepräsident:	1989	Kaufmann Urs, Dr.iur., Rechtsanwalt, 8592 Uttwil	1955
Mitglieder:	1995	Matossi Franco, Edelmetalltechniker, 8590 Romanshorn	1955
	1996	Luginbühl Marianne, Personalassistentin, 9326 Horn	1950
	2000	Heeb Hanspeter, lic.iur., 8590 Romanshorn	1959
	2000	Abegglen Inge, Laborantin, 9320 Arbon	1950
Ersatzmitglieder:	1987	Osterwalder Peter, Lehrer, 8590 Romanshorn	1946
	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:	1984	Bischof Josef, Kultur-Ing. ETH, 8583 Sulgen	1938
	1996	Frauenfelder Sibylle, Psychotherapeutin, 9220 Bischofszell	1946
	2000	Lindenmann Emil, Unternehmer, 8580 Amriswil	1942
	2000	Bosshard Veronika, Restauratorin, 9220 Bischofszell	1946
Ersatzmitglieder:	1992	Dahinden Beda, Malermeister, 9220 Bischofszell	1946
	1992	Rosenast Doris, Hausfrau, 8580 Amriswil	1958
	2000	Ohnemus Monika, Hausfrau/Katechetin, 8580 Amriswil	1958
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:	1988	Tobler Eva, Lehrerin/Hausfrau, 8500 Frauenfeld	1948
	1992	Eberle Hans, Sekundarlehrer, 8500 Frauenfeld	1937
	1992	Iseli Ueli, Landwirt, 8546 Islikon	1942
	2000	Anderegg Doris, kaufm. Ange-stellte, 8512 Wetzikon	1951
Ersatzmitglieder:	1989	Bodmer Stuber Ruth, Kinder-gärtnerin, 8500 Frauenfeld	1957
	2000	Hefti Peter, Kaufmann, 8500 Frauenfeld	1947

	2000	Müller Klemens, Bauing. ETH, 8357 Guntershausen	1959
Gerichts-schreiber:	1992	Allan Colin, lic.iur. 8500 Frauenfeld	1962
Gerichts-sekretärin:	2004	Irene Herzog, 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:	1996	Flammer Franz, Ingenieur, 8280 Kreuzlingen	1949
	2000	Andres-Brändle Edith, Sekre-tärin/Hausfrau, 8272 Ermatingen	1952
	2000	Nufer Dieter, Landwirt, 8573 Siegershausen	1947
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 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
	1996	Widmer Marianne, Sekretärin, 8266 Steckborn	1951
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

	1985	Steinmann Fritz, a. Heimleiter, 8572 Berg	1939
	2000	Schmidheiny Vreni, Methodiklehrerin, 8575 Bürglen	1954
	2002	Grünig Hermann, Rektor, 8561 Ottoberg	1954
Ersatzmitglieder:	1992	Huber-Graf Elsy, Hausfrau, 8556 Wigoltingen	1949
	1992	Müller Ruth, kaufm. Angestellte, 8570 Weinfelden	1957
	2000	Brunner Otto, mag.oec., 8570 Weinfelden	1963
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

	2003	2002
Sitzungen	**108**	83
Plenum	**3**	2
Fünferbesetzung	**23**	21
Dreierbesetzung	**82**	60
Einschreibungen	**546**	541
erstinstanzliche Verfahren	**1**	4
Berufungsverfahren	**195**	184
davon in Fünferbesetzung	**54**	50
davon in Dreierbesetzung	**141**	134
Rekursverfahren	**245**	247
Beschwerdeverfahren	**43**	44
übrige Verfahren	**62**	62
erledigte Verfahren	**541**	536
erstinstanzliche Verfahren	**4**	5
Berufungsverfahren	**186**	* 173
davon in Fünferbesetzung	**42**	52
davon in Dreierbesetzung	**144**	* 121
Rekursverfahren	**242**	257
Beschwerdeverfahren	**45**	38
übrige Verfahren	**64**	63
Pendente Berufungsverfahren Ende Jahr	**105**	* 96
davon Eingang vor dem 1. Januar 2003	**9**	7

Von den neun überjährigen Berufungsverfahren ist ein Prozess aufgrund gesetzlicher Bestimmungen bzw. im Einverständnis der Parteien sistiert.

* Im vergangenen Jahr wurde ein Fall mehr erledigt als im letztjährigen Rechenschaftsbericht ausgewiesen

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

	hängig per 1.1.03	neu	erledigt per 31.12.03
Erfindungspatente	1	-	1
Fabrik- und Handelsmarken	2	-	1
Geschäftsfirmen	1	1	2
Total	**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	24	6	2	5	2	5	2	2	-
Bischofszell	16	4	1	2	1	3	1	3	1
Diessenhofen	1	1	-	-	-	-	-	-	-
Frauenfeld	13	3	1	4	1	1	3	-	-
Kreuzlingen	22	9	2	5	1	3	1	1	-
Münchwilen	17	5	2	-	1	7	1	-	1
Steckborn	12	7	2	2	1	-	-	-	-
Weinfelden	12	4	-	1	1	5	-	1	-
Rückweisung BuGer	2	-	-	-	1	-	-	-	1
Total	**119**	**39**	**10**	**19**	**9**	**24**	**8**	**7**	**3**
2002 waren es	97	23	6	14	8	27	10	8	1

In diesen 119 Berufungsverfahren waren 137 Berufungen sowie acht Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:

Personenrecht	
- Schutz der Persönlichkeit	2
Familienrecht	
- Ehescheidung	14
- Änderung Scheidung/Trennung	6
- Vaterschaft	1
- Unterhalt	2
- übriges Familienrecht	1
Erbrecht	
- Erbteilung	3
Sachenrecht	
- Eigentum	3
- beschränkte dingliche Rechte	2
- Besitz und Grundbuch	1
- übriges Sachenrecht	3
Obligationenrecht	
- unerlaubte Handlung	7
- ungerechtfertigte Bereicherung	2
- Abtretung	2
- Kauf und Tausch	5
- Miete	5
- Arbeitsvertrag	29
- Leihe	2
- Werkvertrag	9
- Auftrag	6
- Innominatverträge	8
Betreibungsrechtliche Prozesse	
- Aberkennung	2
- übriges Betreibungsrecht	1
Übriges Zivilrecht	
- Versicherungsvertrag	3

Tabelle 4. Rekursverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	29	8	7	4	3	5	2
Bischofszell	30	10	6	4	-	10	-
Diessenhofen	9	4	2	-	-	3	-
Frauenfeld	51	14	9	7	-	19	2
Kreuzlingen	44	16	6	3	3	13	3
Münchwilen	26	13	1	4	2	6	-
Steckborn	24	9	4	2	2	6	1
Weinfelden	27	9	4	10	2	1	1
Friedensrichterämter	-	-	-	-	-	-	-
Rückweisung BuGer	1	-	-	1	-	-	-
Revision	1	1	-	-	-	-	-
Total	**242**	**84**	**39**	**35**	**12**	**63**	**9**
2002 waren es	257	99	39	29	9	56	25

* inkl. Rückzug und Anerkennung

In diesen 242 Rekursverfahren waren 266 Rekurse sowie 12 Anschlussrekurse zu beurteilen.

Tabelle 5. Rekursverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
SchKG							
- Rechtsöffnung	82	25	14	8	-	32	3
- Konkurseröffnung	28	10	11	-	1	6	-
- übrige Rekurse nach SchKG	6	1	-	1	-	4	-
Befehlsverfahren							
- Handhabung klaren Rechts	1	1	-	-	-	-	-
- Ausweisung	10	5	1	-	-	3	1
- übrige Rekurse im Befehlsverfahren	6	1	1	-	-	4	-
ZGB/OR							
- vorsorgliche Massnahmen bei Ehescheidung/-trennung	23	7	3	8	1	2	2
- Eheschutzmassnahmen	42	15	3	15	3	4	2
- fürsorgerische Freiheitsentziehung	1	-	-	-	1	-	-
- übrige Rekurse nach ZGB/OR	5	2	1	-	-	2	-
ZPO und übrige Gebiete							
- Revision	-	-	-	-	-	-	-
- Kostenrekurs	9	3	4	1	-	-	1
- Erledigungsbeschlüsse	5	2	-	-	-	3	-
- unentgeltliche Prozessführung	9	4	1	2	2	-	-
- übrige Rekurse nach ZPO	15	8	-	-	4	3	-
Total	**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	-	-	-	-	-	-	-
Bezirksgerichtliche Kommissionen	-	-	-	-	-	-	-
Gerichtspräsidien	3	-	-	-	-	1	2
Friedensrichterämter	1	-	-	1	-	-	-
Total	**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	5	3	2	-	-	-	-
Bischofszell	7	2	-	4	-	-	1	-
Diessenhofen	5	4	-	1	-	-	-	-
Frauenfeld	7	3	1	1	-	2	-	-
Kreuzlingen	13	8	1	1	-	2	1	-
Münchwilen	11	4	1	3	-	1	2	-
Steckborn	5	3	-	1	-	1	-	-
Weinfelden	8	3	1	3	-	-	-	1
Rückweisung BuGer	1	-	-	1	-	-	-	-
Total	**67**	**32**	**7**	**17**	**-**	**6**	**4**	**1**
2002 waren es	75	24	9	26	1	13	1	1

In diesen 67 Berufungsverfahren waren 73 Berufungen sowie sechs Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die Berufungen wurden eingelegt:

- von der Staatsanwaltschaft: 4 Fälle
- von den Angeklagten: 61 Fälle
- von Geschädigten und Opfern: 8 Fälle

Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:

Strafgesetzbuch	
- Delikte gegen Leib und Leben	10
- Delikte gegen das Vermögen	9
- Ehrverletzungen	3
- Delikte gegen die Freiheit	1
- Delikte gegen die sexuelle Integrität	4
- Delikte gegen die Familie	4
- gemeingefährliche Delikte	1
- Urkundenfälschung	3
- Delikte gegen den Volkswillen	1
- Delikte gegen die Rechtspflege	2
- Delikte gegen die Amts- und Berufspflicht	1
Bundesgesetz über den Strassenverkehr	18
Bundesgesetz über die Betäubungsmittel	3
Nebenstrafrecht des Bundes	4
Kantonales Strafrecht	2
Wiederaufnahme eines Strafverfahrens	1

Weitere Geschäfte:

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

Es erledigte ausserdem 19 Beschwerden nach Strafprozessrecht. Hievon wurden acht abgewiesen, sechs geschützt und drei teilweise geschützt; eine Beschwerde wurde anderweitig erledigt und auf eine 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	14	12	1	-	-	1	-	-	52 Tage
Als Aufsichtsbehörde im Konkurswesen									
- Gesuche	1	-	1	-	-	-	-	-	10 Tage
- Beschwerden	9	2	-	-	-	1	3	3	33 Tage
Total	**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	12	8	1	-	1	2
Nichtigkeitsbeschwerde						
in Zivilsachen	-	-	-	-	-	-
in Strafsachen	8	5	1	-	1	1
Staatsrechtliche Beschwerde						
in Zivilsachen	15	7	2	-	6	-
in Strafsachen	11	7	1	-	2	1
Betreibungsrechtliche Beschwerde	4	1	-	-	3	-
Total	**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 1.1.2003	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	27	45	29	7	2
Bischofszell	24	30	11	1	-
Diessenhofen	6	7	4	-	-
Frauenfeld	24	32	22	8	1
Kreuzlingen	31	28	37	25	7
Münchwilen	21	32	28	9	-
Steckborn	13	19	21	10	-
Weinfelden	44	8	29	23	4
Total	**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.

Tabelle 11. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahren			Gegenstand							
		ordentliches	Untersuchungsverfahren	beschleunigtes	Personenrecht	Familienrecht		Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
						Vaterschaften	andere					
Arbon	18	17	1	-	-	-	1	3	-	10	4	-
Bischofszell	14	9	3	2	1	1	1	-	3	7	1	-
Diessenhofen	3	3	-	-	-	-	-	2	-	1	-	-
Frauenfeld	20	19	1	-	1	1	-	5	4	8	-	1
Kreuzlingen	44	39	5	-	-	4	1	3	3	33	-	-
Münchwilen	36	32	-	4	6	1	-	6	3	17	3	-
Steckborn	14	9	5	-	-	2	3	1	2	6	-	-
Weinfelden	25	13	6	6	-	5	1	1	-	14	4	-
Total	**174**	**141**	**21**	**12**	**8**	**14**	**7**	**21**	**15**	**96**	**12**	**1**
2002 waren es	224	166	52	6	6	22	33	12	23	113	10	5

Tabelle 12. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
		Urteil	Verfügung/Beschluss		
			Ver-gleich	Rückzug und Aner-kennung	Gegen-stands-losigkeit/ Nicht-eintreten
Arbon	18	9	3	6	-
Bischofszell	14	7	4	1	2
Diessenhofen	3	2	1	-	-
Frauenfeld	20	7	5	4	4
Kreuzlingen	44	22	6	14	2
Münchwilen	36	17	11	2	6
Steckborn	14	9	1	1	3
Weinfelden	25	9	6	9	1
Total	**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	10	31	41	17	6	23	18
Bischofszell	11	20	31	24	4	28	3
Diessenhofen	1	2	3	1	1	2	1
Frauenfeld	3	15	18	11	3	14	4
Kreuzlingen	4	4	8	8	-	8	-
Münchwilen	11	6	17	12	1	13	4
Steckborn	2	1	3	2	-	2	1
Weinfelden	12	-	12	6	-	6	6
Total	**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 1.1.2003	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	63	265	100	8	3
Bischofszell	57	239	78	1	-
Diessenhofen	19	37	9	-	-
Frauenfeld	72	370	95	7	1
Kreuzlingen	75	278	113	30	11
Münchwilen	49	248	88	13	-
Steckborn	17	99	35	4	-
Weinfelden	108	162	84	18	6
Total	**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	Eheschei-dungen/ Ehetrennungen	andere	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten	Ehrverletzungsklagen
Arbon	207	20	166	21	140	26	-	1	34	1	-	5
Bischofszell	135	21	107	7	83	24	-	2	19	-	-	7
Diessenhofen	17	2	13	2	12	1	-	-	3	-	1	-
Frauenfeld	176	11	158	7	129	29	-	1	17	-	-	-
Kreuzlingen	164	33	125	6	96	19	-	7	24	-	18	-
Münchwilen	155	32	110	13	97	16	-	9	28	-	-	5
Steckborn	62	7	47	8	47	-	-	1	14	-	-	-
Weinfelden	76	17	55	4	50	6	-	-	19	-	-	1
Total	**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		
			Ver-gleich	Rückzug und Aner-kennung	Gegen-stands-losigkeit/ Nicht-eintreten
Arbon	207	145	24	34	4
Bischofszell	135	107	6	18	4
Diessenhofen	17	16	1	-	-
Frauenfeld	176	127	8	36	5
Kreuzlingen	164	122	12	29	1
Münchwilen	155	114	24	14	3
Steckborn	62	48	4	4	6
Weinfelden	76	63	5	5	3
Total	**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	18	74	92	10	60	9	69	6	23
Bischofszell	12	104	116	6	78	13	91	5	25
Diessenhofen	*2	18	20	4	14	3	17	4	3
Frauenfeld	19	180	199	34	132	44	176	31	23
Kreuzlingen	34	122	156	38	112	13	125	27	31
Münchwilen	44	97	141	22	120	4	124	21	17
Steckborn	7	44	51	8	45	5	50	8	1
Weinfelden	21	84	105	7	68	13	81	6	24
Total	**157**	**723**	**880**	**129**	**629**	**104**	**733**	**108**	**147**
2002 waren es	150	847	997	137	691	148	839	114	158

* Für den Rechenschaftsbericht 2002 wurden drei Pendenzen gemeldet

Tabelle 18. Einzelrichterliche Tätigkeit

Bezirk	Sitzungen	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2003	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen *
Arbon	61	50	8	1	1
Bischofszell	27	40	14	-	-
Diessenhofen	4	4	-	-	-
Frauenfeld	108	67	19	2	-
Kreuzlingen	45	102	29	1	-
Münchwilen	54	72	33	2	-
Steckborn	11	24	9	-	-
Weinfelden	33	32	12	1	-
Total	**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	51	21	30	-	49	-	2	15	29	7	-	4
Bischofszell	31	15	16	2	28	-	1	10	12	7	2	2
Diessenhofen	4	4	-	-	3	-	1	2	1	1	-	-
Frauenfeld	49	25	24	-	45	2	2	28	11	5	5	9
Kreuzlingen	90	41	49	1	82	-	7	36	25	28	1	6
Münchwilen	56	43	13	4	50	-	2	24	23	5	4	8
Steckborn	19	10	9	-	19	-	-	10	5	4	-	2
Weinfelden	35	14	21	-	35	-	-	14	12	6	3	2
Total	**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	14	26	69	9	36	8	30	6	198
Bischofszell	22	12	46	3	20	7	46	9	165
Diessenhofen	2	-	5	-	1	-	3	4	15
Frauenfeld	13	29	82	13	31	14	32	73	287
Kreuzlingen	40	11	63	8	27	13	56	11	229
Münchwilen	12	7	43	14	19	15	15	42	167
Steckborn	7	4	16	3	11	5	14	9	69
Weinfelden	10	8	35	2	8	16	16	14	109
Total	**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	235	61	25	28	28	8	75	460
Bischofszell	176	89	8	36	12	5	61	387
Diessenhofen	54	38	-	7	4	4	1	108
Frauenfeld	263	132	14	55	25	5	8	502
Kreuzlingen	271	120	4	34	25	16	80	550
Münchwilen	179	109	9	19	23	6	101	446
Steckborn	117	87	1	18	11	5	23	262
Weinfelden	159	71	5	12	17	6	33	303
Total	**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	5	-	5	-	2	39 Tage
Bischofszell	5	4	1	-	-	-	27 Tage
Diessenhofen	4	4	-	-	-	-	40 Tage
Frauenfeld	13	5	4	2	2	-	29 Tage
Kreuzlingen	13	4	2	-	3	4	24 Tage
Münchwilen	6	3	-	2	1	-	35 Tage
Steckborn	8	4	1	1	2	-	29 Tage
Weinfelden	20	4	3	2	6	5	48 Tage
Total	**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	147	30	45	72	22
Romanshorn	65	14	20	31	5
Uttwil	39	11	12	16	-
Bischofszell	26	17	3	6	2
Amriswil	101	27	21	53	1
Sulgen	57	18	19	20	1
Diessenhofen	44	14	8	22	-
Frauenfeld	141	58	13	70	6
Aadorf	62	16	19	27	2
Thundorf	17	8	-	9	-
Uesslingen	19	3	7	9	2
Kreuzlingen	129	31	4	94	-
Kemmental	30	14	2	14	-
Kemmental	79	31	5	43	2
Münchwilen	113	30	22	61	-
Affeltrangen	54	25	14	15	1
Sirnach	83	21	23	39	4
Steckborn	22	9	3	10	-
Berlingen	13	3	1	9	-
Eschenz	7	1	4	2	-
Müllheim	61	25	14	22	6
Weinfelden	68	12	13	43	3
Berg	19	3	5	11	-
Bürglen	17	5	2	10	-
Märstetten	40	11	10	19	-
Total	**1'453**	**437**	**289**	**727**	**57**
2002 waren es	1'646	498	313	835	50

V. Bezirksämter

Tabelle 24. Tätigkeit als Strafgerichte

Bezirk	Zahl der Strafverfügungen	
	Übertretungen	Vergehen und Verbrechen
Arbon	2'269	425
Bischofszell	1'329	199
Diessenhofen	297	53
Frauenfeld	3'435	386
Kreuzlingen	3'723	680
Münchwilen	2'214	291
Steckborn	737	114
Weinfelden	1'395	166
Total	**15'399**	**2'314**
2002 waren es	16'244	2'527

VI. Konkursamt

Tabelle 25. Geschäftsumfang

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

VII. Betreibungsämter

Tabelle 26. Geschäftsumfang

	Zahlungsbefehle	Pfändungs-vollzüge	Verwertungen
Arbon	7'242	4'537	4'476
Romanshorn	5'567	3'045	2'635
Bischofszell	2'305	1'048	907
Amriswil	4'954	3'258	2'728
Sulgen	2'852	1'807	1'309
Diessenhofen	2'360	1'305	1'050
Frauenfeld	7'751	3'942	3'524
Aadorf	3'824	2'277	1'642
Thundorf	1'010	500	365
Uesslingen	568	142	117
Kreuzlingen	6'725	3'679	2'427
Kemmental	1'764	647	594
Tägerwilen	1'999	942	754
Affeltrangen	2'880	1'407	960
Münchwilen	3'709	2'214	1'792
Sirnach	4'391	1'613	1'382
Steckborn	3'181	1'575	1'286
Müllheim	2'198	984	818
Weinfelden	2'271	1'133	938
Berg	635	204	175
Bürglen	1'281	601	595
Märstetten	2'150	1'039	838
Total	**71'617**	**37'899**	**31'312**
2002 waren es	69'127	34'248	27'884

C. Entscheide

des Obergerichts

und

des Obergerichtspräsidiums

1. Rechtliches Gehör des Gesuchstellers mit Bezug auf Akten des Gesuchsgegners (Art. 29 BV; §§ 149 und 162 ZPO)

1. Der Rekurrent hatte im erstinstanzlichen Verfahren zusammen mit seiner Gesuchsantwort fünf Aktenstücke eingereicht. Der Rekursgegnerin waren diese Unterlagen nie zugestellt worden.

2. Die Parteien haben grundsätzlich das Recht, die Beweise vor Fällung des Entscheids zu würdigen (§ 149 ZPO; Art. 29 Abs. 2 BV); bei den Akten liegende oder beim Richter angemeldete, bestimmt bezeichnete Beweismittel können von beiden Parteien benutzt werden (§ 182 Satz 1 ZPO), und der Beweisführer kann ohne Zustimmung der Gegenpartei darauf nicht verzichten (§ 182 Satz 2 ZPO). Insofern rügt die Rekursgegnerin an sich zu Recht, sie habe nie Einsicht in diese erstinstanzlich noch im Recht liegenden Aktenstücke nehmen können. Dadurch verletzte die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (zur Heilung dieses Mangels im Rekursverfahren vgl. RBOG 1992 Nr. 35; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, Rechtsmittel, Allgemeines N 13 mit Hinweisen, § 162 N 5). Die Rekursinstanz kann eine Partei zur Edition zweitinstanzlich nicht mehr eingereichter Akten nur mit der Androhung zwingen, andernfalls werde auf die Vorbringen der Gegenpartei abgestellt; eine solche Androhung ist zwecklos, wenn die betroffene Partei nicht nur auf die Wiedereinreichung dieser Akten verzichtet, sondern auch gleich die mit diesen Akten verbundene Argumentation - hier die Verrechnungseinrede - fallen lässt. Es entspricht im summarischen Verfahren gestützt auf § 25 der Verordnung des Oberge-

richts über die Organisation und die Geschäftsführung der unteren gerichtlichen Behörden steter Praxis, dass die gesuchstellende Partei dann, wenn nur ein Schriftenwechsel durchgeführt wird (vgl. § 162 Abs. 1 ZPO), von den Vorbringen der Gegenseite sowie von den von ihr eingereichten Unterlagen erst zusammen mit dem Entscheid Kenntnis erhält, und dass die von den Parteien eingereichten Akten diesen nach Beendigung des erstinstanzlichen Verfahrens wieder retourniert werden. Die Parteien werden deshalb im Rekursverfahren jeweils aufgefordert, die vor Vorinstanz ins Recht gelegten Akten erneut einzureichen (Merz, § 238 ZPO N 5). Dieses Vorgehen darf jedoch nicht zur Folge haben, dass der Gesuchsteller die vom Gesuchsgegner vorgelegten Unterlagen nicht kennt. Deshalb müssen die Gerichtspräsidien im summarischen Verfahren gewährleisten, dass die gesuchstellende Partei von den vom Gesuchsgegner eingereichten Dokumenten spätestens zusammen mit dem Entscheid Kenntnis erhält, sei dies mittels Zusendung vor der Retournierung dieser Parteiakten, sei dies durch Zustellung von entsprechenden Kopien.

Obergericht, 8. September 2003, BR.2003.68

2. Vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess; Präzisierung von RBOG 2001 Nr. 1 (Art. 129, 134 ZGB)

In RBOG 2001 Nr. 1 wurden die Grundsätze für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Abänderungsprozess dargelegt. Im jenem Entscheid zugrunde liegenden Fall war das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen bei Bezahlung der im Scheidungsurteil festgesetzten Alimente nicht gefährdet. In Ergänzung zu RBOG 2001 Nr. 1 erwog das Obergericht in einem Entscheid vom 13. August 2001 (ZR.2001.58, S. 12 mit Hinweisen auf

BGE 123 III 7 f., 118 II 229; ZR 77, 1978, Nr. 91 S. 203), sofern sich seit Erlass eines Scheidungsurteils die tatsächlichen Verhältnisse derart verändert hätten, dass dem Unterhaltsverpflichteten das Existenzminimum bei Bezahlung der rechtskräftig festgesetzten Unterhaltsbeiträge klar und während längerer Zeit nicht mehr gewährleistet sei, seien die Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen in aller Regel erfüllt. Das gelte allerdings nur, wenn der Rentenschuldner den Eingriff in sein Existenzminimum infolge (behaupteter) veränderter Verhältnisse nicht selbst verschuldet habe. Mithin stelle ein potentieller Eingriff in das Existenzminimum keinen wichtigen Grund dar, wenn der Unterhaltsverpflichtete durch zumutbare Mehranstrengungen ein höheres als das aktuelle Einkommen erzielen könnte, es also in seiner Macht läge, einen wirklichen Eingriff zu vermeiden. In solchen Fällen dürfe mit anderen Worten ein entsprechendes hypothetisches Einkommen berücksichtigt werden. Es entsprach und entspricht somit der Praxis des Obergerichts, den (voraussichtlich dauernden) Eingriff in das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen als erheblichen Nachteil zu qualifizieren. In einem solchen Fall erscheint auch eine positive Hauptsachenprognose als rechtsgenüglich glaubhaft gemacht, weil das Grundrecht auf Existenzsicherung vom Zivilrichter zu berücksichtigen (BGE 126 III 356 mit Hinweisen) und alsdann mit einer entsprechenden Abänderung eines Scheidungsurteils zu rechnen ist.

Obergericht, 2. Dezember 2002, ZR.2002.116

3. **Massgebende Richtlinien zur Ermittlung des Existenzminimums** (Art. 137 Abs. 2, 176 ZGB)

Bei der Bemessung des Bedarfs der Parteien gelten die Grundsätze des Betreibungsverfahrens. Wohl stellen die von der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz erarbeiteten Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums gemäss Art. 93 SchKG kein objektives Recht dar; indessen ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass sie im Regelfall im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung zur Ermittlung des familienrechtlichen Grundbedarfs heranzuziehen sind (BGE 126 III 357 mit Hinweisen, 121 III 51, 114 II 394 f.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N 02.28). Insbesondere das betreibungsrechtliche Existenzminimum, das dem Unterhaltspflichtigen zu belassen ist (vgl. BGE 127 III 70, 126 III 356), wird nach Massgabe dieser Richtlinien errechnet (BGE vom 17. August 2001, 5P.141/2001, Erw. 3.b). Zwar hatte das Bundesgericht auch schon entschieden, es liege näher, auf die Grundbeträge des Kantons abzustellen, in dem der Pflichtige wohne (BGE 126 III 356 f.); begründet wurde dies aber insbesondere damit, der Pflichtige habe vier Kinder, die in verschiedenen Kantonen lebten. Das Obergericht bleibt indessen - nicht zuletzt auch im Interesse der Rechtssicherheit - bei seiner Praxis, unabhängig vom Wohnort der Parteien auf die Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz abzustellen. Dies rechtfertigt sich schon deshalb, weil viele im Grundbetrag eingeschlossene Produkte zumindest in der Ostschweiz im Durchschnitt etwa gleich teuer sein dürften. Den teilweise höheren Auslagen in anderen Kantonen wird bei den entsprechenden Positionen (z.B. Wohnkosten, Krankenkassenprämien) Rechnung getragen.

Obergericht, 18. November 2002, ZR.2002.90

4. **Existenzminimum: Kein pauschaler Zuschlag** (Art. 137 Abs. 2, 176 ZGB)

Die Vorinstanz berücksichtigte im Existenzminimum des Rekursgegners einen Zuschlag von 20% und begründete dies mit dem Gesundheitszustand, der anstehenden Ehescheidung und dem eher restriktiv gerechneten Existenzminimum. Die Gewährung eines pauschalen Zuschlags zur Festlegung des familienrechtlichen Notbedarfs widerspricht allerdings der im Kanton Thurgau gelebten Praxis, gemäss welcher ausgehend vom betreibungsrechtlichen Existenzminimum nur konkrete Zuschläge etwa für Steuern oder sonstige Ausgaben, die der ehelichen Gemeinschaft zugute kommen, gewährt werden (RBOG 1989 Nr. 2). Nachdem die Vorinstanz in die Existenzminimumsrechnung des Rekursgegners durchaus zutreffend bereits die Steuern sowie einen über das betreibungsrechtliche Existenzminimum hinausgehenden Betrag für medizinische Belange einbezog, kann der pauschale 20%-Zuschlag keine zusätzliche Berücksichtigung finden.

Obergericht, 16. Juni 2003, ZR.2003.30

5. **Wohnkosten bei Getrenntleben; veränderter Mietzins als Abänderungsgrund** (Art. 137 Abs. 2, 176 ZGB)

Nach ständiger Praxis des Obergerichts sind einem Ehegatten (hypothetische) Wohnkosten zuzugestehen, wenn er nach der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft für eine gewisse Zeit unentgeltlich bei Freunden oder Verwandten lebt, weil eine derartige Lösung des Wohnproblems längerfristig nicht als zumutbar

erscheint. Anders verhält es sich nur, wenn sich ein Ehegatte über längere Zeit mit einer kostenlosen oder kostengünstigen Wohngelegenheit begnügt. Daher ist dem Rekurrenten nach einer gewissen Zeit ohne weiteres zuzubilligen, in eine angemessene Wohnung umzuziehen, nachdem er nach der Trennung kurzfristig eine Wohnung für Fr. 418.-- pro Monat (zuzüglich Fr. 140.-- Nebenkosten und Fr. 30.-- für den Abstellplatz) gemietet hatte. Ein solcher Umzug stellt grundsätzlich einen Abänderungsgrund dar. Der Auffassung der Rekursgegnerin, der Rekurrent sei bei den tiefen Wohnkosten zu behaften, weil er es versäumt habe, den gemäss der Praxis zulässigen Betrag von Fr. 800.-- bis Fr. 1'000.-- zu beanspruchen bzw. in einem Rechtsmittelverfahren durchzusetzen, kann nicht gefolgt werden. Eine solche Praxis würde den sparsamen Ehegatten, der sich vorübergehend mit einer günstigen Wohngelegenheit begnügt und nur diese tatsächlichen Wohnkosten geltend macht, benachteiligen.

Obergericht, 27. Januar 2003, ZR.2002.146

6. **Erwerbstätigkeit der Ehefrau bei Betreuungspflichten gegenüber Kindern** (Art. 137 Abs. 2, 176 ZGB)

1. Im Rahmen eines Verfahrens betreffend Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsprozess macht die Rekurrentin geltend, ihr Gesundheitszustand erlaube es ihr nicht, einer Arbeit nachzugehen. Die von ihr eingereichten Unterlagen genügen indessen auch gesamthaft betrachtet nicht, um ihr nach einer Trennungszeit von nunmehr immerhin beinahe sieben Jahren weiterhin zu gestatten, keiner Erwerbstätigkeit nachgehen zu müssen (vgl. RBOG 1998 Nr. 1).

2. a) Zu entscheiden ist somit nunmehr, in welchem Ausmass der Rekurrentin eine Erwerbstätigkeit zuzumuten ist. Dabei kann der Auffassung von Schwenzer (in: Praxiskommentar Scheidungsrecht [Hrsg.: Schwenzer], Basel/Genf/München 2000, Art. 125 ZGB N 59), bei zwei Kindern im Alter von zwischen 10 und 16 Jahren sei der Ehefrau in der Regel nur eine Tätigkeit von 30% zuzumuten, nicht unbesehen gefolgt werden. Kinder, die in der Primarschule die Mittelstufe absolvieren, befinden sich schon recht häufig ausser Haus; nach dem Übertritt in die Oberstufe erhöht sich einerseits ihr Schulpensum nochmals, und andererseits nehmen ihre ausserfamiliären Interessen erneut zu. Zwei Jahre vor der Volljährigkeit eines Kindes sind die Betreuungspflichten des obhuts- und sorgeberechtigten Elternteils (zeitlich betrachtet) meist nicht mehr sehr gross. Ab 16 Jahren kann deshalb auch dessen Vollzeiterwerbstätigkeit zur Diskussion stehen.

Gestützt auf diese Überlegungen scheint es gerechtfertigt, das Mass der zumutbaren Teilzeitarbeit ab demjenigen Zeitpunkt, ab welchem diese überhaupt möglich erscheint, abzustufen und auf diese Weise die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

b) Der Rekurrentin wäre es zuzumuten gewesen, ab Frühling 2000 im Minimalumfang von 30% einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Bis im Winter 2002, als die beiden Buben 12½ und 14½ Jahre alt waren, hätte sie ihren Arbeitseinsatz ohne weiteres auf 50% ausdehnen können. Dem hält sie nun aber ihre mangelnde Ausbildung entgegen. Wie ihrem Einvernahmeprotokoll entnommen werden kann, verfügt sie über keinen Berufsabschluss. Bevor sie ihren Mann kennen gelernt habe, habe sie als Küchenmädchen gearbeitet. Während der Ehe sei sie keiner auswärtigen Arbeit nachgegangen. Als sie in A gewohnt hätten, habe sie das Amt der Hausabwartin versehen. Der Rekursgegner bestreitet diese Ausführungen nicht. Er macht jedoch zu Recht geltend, sie stünden der

Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht entgegen. Im Scheidungsverfahren wies er ferner darauf hin, die Rekurrentin habe vor und während der Ehe nicht nur als Hausabwartin, sondern auch im Service gearbeitet, was ihrerseits unwidersprochen blieb. Bei diesen Gegebenheiten kann von ihr zwar nicht verlangt werden, dass sie sich sofort in ein ihr von der Materie her völlig fremdes Gebiet, das nicht nur gerade mit dem Minimallohn entschädigt wird, einarbeitet; mit der Vorinstanz ist hingegen davon auszugehen, es wäre ihr sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht möglich, eine Arbeitsstelle zu erhalten, die keine qualifizierte Berufsausbildung bedinge. Zu denken sind an Tätigkeiten im Verkaufsbereich eines Grossverteilers, an Raumpflege- oder Servicearbeiten. Bei einem 50%-igen Arbeitspensum dürfte ihr im jetzigen Zeitpunkt bei Läden wie Migros oder Coop zu erzielendes Einkommen auf brutto Fr. 1'500.-- zu veranschlagen sein. Auf jeden Fall gerechtfertigt ist es jedoch, ihr ab Juni 2002 bei 50%-iger Tätigkeit ein Nettoeinkommen von Fr. 1'200.-- anzurechnen.

Obergericht, 24. März 2003, ZR.2003.5

---

7. **Örtliche Zuständigkeit und anwendbares Recht für vorsorgliche Massnahmen bei in Deutschland hängigem Scheidungsprozess** (Art. 137 Abs. 2 ZGB; Art. 24 LugÜ; Art. 6, 10, 62 IPRG)

---

1. Beide Parteien sind deutsche Staatsbürger und wohnen in der Schweiz. Um Eheschutz ersuchten sie vor rund drei Jahren in der Schweiz. Auf Scheidung der Ehe klagten zwischenzeitlich sowohl die Rekurrentin als auch der Rekursgegner in Deutschland.

2. Einmal getroffene Eheschutzmassnahmen behalten ihre Gültigkeit trotz Anhängigmachung des Scheidungsprozesses. Sie bleiben in Kraft, bis sie im Verfahren nach Art. 137 ZGB abgeändert werden (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Vorbem. zu Art. 171 ff. ZGB N 17 mit Hinweisen; Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4.A., N 21.08 mit Hinweisen; Candrian, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz, St. Gallen 1994, S. 71; BGE 101 II 2 f.). Die Begehren der Parteien sind somit nunmehr im vorsorglichen Massnahmenverfahren zu behandeln. Vorgängig ist aber aufgrund des in Deutschland hängigen Scheidungsprozesses die örtliche Zuständigkeit zu prüfen sowie das anwendbare Recht festzustellen.

3. a) aa) Gemäss Art. 24 LugÜ können die im Recht eines Vertragsstaates vorgesehenen einstweiligen Massnahmen einschliesslich solcher, die auf eine Sicherung gerichtet sind, bei den Gerichten dieses Staates auch dann beantragt werden, wenn für die Entscheidung in der Hauptsache das Gericht eines anderen Vertragsstaates aufgrund dieses Übereinkommens zuständig ist. Art. 24 LugÜ enthält keine Zuständigkeitsregelung, sondern verweist nur darauf, dass allein das nationale Recht der Vertragsstaaten zur Anwendung kommt (Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 3.A., S. 487). Massgebend ist somit das IPRG.

bb) Gemäss Art. 62 Abs. 1 IPRG kann das schweizerische Gericht, bei dem eine Scheidungs- oder Trennungsklage hängig ist, vorsorgliche Massnahmen treffen, sofern seine Unzuständigkeit zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde.

Gestützt auf diese Bestimmung sind die thurgauischen Gerichte nicht berechtigt, in der Streitsache des Ehepaars X vorsorgliche Massnahmen zu treffen: Die Eheleute klagten nicht in

der Schweiz, sondern in Deutschland auf Scheidung. Art. 10 IPRG hält jedoch - gleichermassen als Auffangtatbestand - fest, dass die schweizerischen Gerichte auch dann vorsorgliche Massnahmen treffen können, wenn sie für die Entscheidung in der Sache selbst nicht zuständig sind (Candrian, S. 70). In internationalen Sachverhalten hindert die mangelnde Hauptsachezuständigkeit für sich allein schweizerische Gerichte und Behörden folglich nicht, vorsorgliche Massnahmen im Inland zu treffen (Berti, Basler Kommentar, Art. 10 IPRG N 1). Voraussetzung dafür, dass gestützt auf Art. 10 IPRG vorsorgliche Massnahmen erlassen werden können, ist jedoch ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis (Volken, in: IPRG Kommentar [Hrsg.: Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken], Zürich 1993, Art. 10 N 1; Candrian, S. 70). In Lehre und Rechtsprechung wird ein solches Rechtsschutzbedürfnis seit längerem, d.h. schon vor Inkrafttreten des IPRG, in folgenden vier Fällen anerkannt: Wenn das Recht des Scheidungsgerichts eine dem früheren Art. 145 ZGB bzw. dem nunmehrigen Art. 137 Abs. 2 ZGB analoge vorsorgliche Regelung der Verhältnisse der im Scheidungsprozess stehenden Ehegatten nicht kennt; wenn Massnahmeentscheide des ausländischen Richters am schweizerischen Wohnsitz der Parteien nicht vollstreckt werden können; wenn Massnahmen zur Sicherung künftiger Vollstreckung in Vermögensobjekte im Inland angeordnet werden sollen; wenn Gefahr in Verzug ist (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Art. 145 ZGB N 410 ff.). Das Bundesgericht bejahte ein Rechtsschutzbedürfnis, das den Erlass vorsorglicher Massnahmen trotz fehlender Hauptsachezuständigkeit rechtfertigt, ausserdem auch, wenn nicht erwartet werden kann, dass das ausländische Gericht innert angemessener Frist eine vorsorgliche Massnahme anordnet (BGE vom 5. März 1991, 5C.243/1990, besprochen von Schwander, in: AJP 1992 S. 406 ff.; Candrian, S. 69 f., wo ausserdem betont wird, dass die Weiterführung der bisherigen Praxis angebracht sei; vgl. auch Schwander, S. 410).

b) Ob gestützt auf eines dieser Kriterien die schweizerische Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen begründet werden kann, ist fraglich. Es wäre den Parteien durchaus möglich gewesen, in Deutschland vorsorgliche Massnahmen zu erwirken: Das in der Hauptsache angerufene ausländische Gericht hätte fraglos ebenfalls innert angemessener Frist die für die Dauer des Prozesses notwendigen Streitpunkte (allenfalls neu) regeln können, und es wäre auch nichts entgegengestanden, diese Anordnungen alsdann in der Schweiz zu vollstrecken. Um die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zu begründen, wäre noch am ehesten denkbar, sich auf "Gefahr in Verzug" zu berufen. Dieser Begriff wird auch im Zusammenhang mit einstweiligen Verfügungen im Sinn von § 163 ZPO grosszügig ausgelegt: Hinsichtlich des Erfordernisses "zeitliche Dringlichkeit" genügt Glaubhaftmachung (Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 163 N 3). In Prozessen betreffend Abänderung von Scheidungsurteilen werden ferner in Notfällen (RBOG 1975 Nr. 2), d.h. wenn zeitliche Dringlichkeit gegeben oder Gefahr in Verzug ist, vorsorgliche Massnahmen erlassen. Diese Kriterien werden als erfüllt betrachtet, wenn es einer der Parteien nicht zugemutet werden kann, den Ausgang des ordentlichen Verfahrens abzuwarten. Vorsorgliche Massnahmen sind beispielsweise zur Wahrung des Kindeswohls (RBOG 2001 Nr. 1) oder aber dann, wenn eine Partei behauptet, die veränderten Verhältnisse hätten einen Eingriff in ihr Existenzminimum zur Folge, denkbar (RBOG 2003 Nr. 2).

In der hier zu beurteilenden Streitsache sind die Verhältnisse zwischen den Parteien bereits einmal richterlich geregelt worden. Über ihre gegenseitigen Pflichten herrscht somit an sich Klarheit. Wesentlichster nunmehriger Streitpunkt ist, wer für die Kosten der nach dem Auszug der Ehefrau leer stehenden ehelichen Liegenschaft aufzukommen hat. Diesen Entscheid könnte an sich das für die Hauptsache zuständige deutsche Gericht ohne weiteres in einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens treffen. Die Rekurren-

tin macht jedoch implizit einen Eingriff in ihr Existenzminimum geltend. Bei grosszügiger Betrachtungsweise kann diese Behauptung als ausreichendes Argument für die Begründung der Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zugelassen werden. Dies entspräche der Tendenz, aus Gründen des Schutzes der involvierten Personen den Erlass vorsorglicher Massnahmen einzig davon abhängig zu machen, ob vor dem ausländischen Gericht bereits ein dahingehendes Begehren hängig ist (Candrian, S. 70 Fn. 107; generell Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 1. Bd., 3.A., S. 302).

c) aa) Ob sich die örtliche Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte auf Art. 10 IPRG stützen kann, braucht letztlich aber gar nicht entschieden zu werden. Gemäss Art. 18 LugÜ wird das Gericht eines Vertragsstaates zur Beurteilung der Streitsache auch dann zuständig, wenn sich der Beklagte vor ihm auf das Verfahren einlässt. Dies gilt jedoch nicht, wenn er sich nur einlässt, um den Mangel der Zuständigkeit geltend zu machen, oder wenn ein anderes Gericht aufgrund von Art. 16 LugÜ ausschliesslich zuständig ist. Nach Art. 6 IPRG begründet in vermögensrechtlichen Streitigkeiten die vorbehaltlose Einlassung die Zuständigkeit des angerufenen schweizerischen Gerichts, sofern dieses nach Art. 5 Abs. 3 IPRG seine Zuständigkeit nicht ablehnen kann.

In seinem Anwendungsbereich, der vorliegend sowohl in zeitlicher und persönlich-räumlicher als auch in sachlicher Hinsicht ohne weiteres gegeben ist (Hess, Basler Kommentar, Art. 6 IPRG N 10 ff.), verdrängt das LugÜ nationalstaatliches Recht. Art. 18 LugÜ geht demnach Art. 6 IPRG vor. Dem Prozessrecht des Forums bleiben immerhin die Fragen überlassen, welche allgemeinen Voraussetzungen eine wirksame Einlassung erfüllen muss, und bis zu welchem Zeitpunkt der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit erheben muss und kann (Hess, Art. 6 IPRG N 9;

Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 5.A., Art. 18 LugÜ N 5 f.; Schwander, Das Lugano-Übereinkommen, St. Gallen 1990, S. 104 f.). Vorbehaltlose Einlassung ist die unzweideutige Bekundung des Beklagten, vor dem angerufenen Gericht zur Hauptsache zu verhandeln. Keine Einlassung liegt vor, wenn er nur Anträge formeller Art stellt. Seine Untätigkeit, auch die Unterlassung einer Unzuständigkeitseinrede auf peremtorische Fristansetzung des Gerichts hin oder der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein (Versäumnis-)Urteil, ist ebenfalls keine Einlassung. Verhandelt er ohne Rüge der Unzuständigkeit zu anderen formellen Fragen, hat er sich demgegenüber eingelassen (Hess, Art. 6 IPRG N 14, 15 und 17). Gleiches gilt selbstverständlich, wenn er sich nur materiell zur Streitsache äussert.

bb) Der Rekursgegner ersuchte am 13. März 2003 um Abänderung der bisherigen Anordnungen, ohne sich zur Frage der Zuständigkeit zu äussern. Die Rekurrentin beantragte am 15. April 2003, auf das Eheschutzbegehren sei infolge örtlicher und sachlicher Unzuständigkeit nicht einzutreten. Ihr eigenes Eheschutzgesuch vom 16. April 2003 stellte sie "unter der Voraussetzung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des Eheschutzrichters". Die Vorinstanz kam in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, die Zuständigkeit des thurgauischen Gerichtspräsidiums für die Anordnung von Eheschutzmassnahmen sei trotz des in Deutschland hängigen Ehescheidungsverfahrens gegeben. In ihrem Entscheid bestätigte sie die superprovisorische Anordnung, in welcher dem Rekursgegner gestattet worden war, ab März 2003 die Hypothekarzinsen für die eheliche Liegenschaft direkt an die Hypothekargläubigerin zu bezahlen. Dieser Teil der vorinstanzlichen Verfügung ist rechtskräftig. Es wäre rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Rekursgegner im nunmehrigen, von seiner Ehefrau eingeleiteten Rekursverfahren auf fehlende internationale Zuständigkeit der hiesigen Gerichte berufen würde: Obwohl zwischenzeitlich beide Parteien in Deutschland Klage erhoben hatten, war er es, der

das Verfahren hier in der Schweiz erneut aufrollte. Die Rekurrentin ihrerseits verwahrte sich nie gegen die Zuständigkeit des hiesigen Richters, sondern stellte vielmehr ihrerseits beim Gerichtspräsidium ein Eheschutzbegehren, wenngleich unter der Bedingung gegebener Zuständigkeit. Den Entscheid der Vorinstanz akzeptierte sie in formeller Hinsicht; jedenfalls warf sie die Frage des Gerichtsstands im Rekursverfahren nicht mehr auf. Bei diesen Gegebenheiten kann ohne weiteres von Einlassung ausgegangen werden.

4. a) Aus der Tatsache, dass die örtliche Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte als gegeben betrachtet wird, folgt nicht automatisch, dass Schweizer Recht zur Anwendung gelangt; die Frage nach dem massgebenden Recht stellt sich auch beim Erlass vorsorglicher Massnahmen (Schwander, Einführung, S. 302 N 637).

b) Vorsorgliche Massnahmen, die ein schweizerisches Gericht gestützt auf Art. 62 Abs. 1 IPRG erlässt, unterstehen schweizerischem Recht (Art. 62 Abs. 2 IPRG). Wenn dies der Fall ist, sofern die Unzuständigkeit des schweizerischen Gerichts zur Beurteilung der Klage nicht offensichtlich ist oder nicht rechtskräftig festgestellt wurde, ist nicht einzusehen, weshalb es dann, wenn das schweizerische Gericht vorsorgliche Massnahmen trifft, ohne für die Entscheidung in der Sache selbst zuständig zu sein (Art. 10 IPRG), anders sein sollte. Vorsorgliche Massnahmen, die gestützt auf Art. 10 IPRG erlassen werden, unterstehen folglich ebenfalls schweizerischem Recht.

Obergericht, 8. September 2003, ZR.2003.55

8. Art. 765 Abs. 3 ZGB räumt lediglich dem Nutzniesser ein Wahlrecht ein, nicht jedoch dem Eigentümer

1. a) Mit öffentlich beurkundetem Vertrag übertrug der Vater im Dezember 1982 seinen Landwirtschaftsbetrieb auf seinen Sohn. Gleichzeitig räumte dieser seinen Eltern ein lebenslängliches Nutzniessungsrecht an der landwirtschaftlichen Liegenschaft ein.

b) Im Juni 2002 erhob der Sohn Klage mit dem Antrag, seine Eltern seien solidarisch zu verpflichten, ihm einen zinsfreien Vorschuss von Fr. 63'400.-- im Sinn von Art. 765 Abs. 3 ZGB zu bezahlen. Die Vorinstanz wies die Klage ab, worauf der Sohn Berufung erhob.

2. Nach Art. 765 ZGB trägt im Verhältnis zur Dauer seiner Berechtigung der Nutzniesser die Auslagen für den gewöhnlichen Unterhalt und die Bewirtschaftung der Sache, die Zinse für die darauf haftenden Kapitalschulden sowie die Steuern und Abgaben (Abs. 1). Alle anderen Lasten trägt der Eigentümer; er darf aber, falls der Nutzniesser ihm auf Verlangen die nötigen Geldmittel nicht unentgeltlich vorschiesst, Gegenstände der Nutzniessung hiefür verwerten (Abs. 3). Art. 765 Abs. 3 ZGB begründet somit keinen Anspruch des Eigentümers auf ein zinsloses Darlehen des Nutzniessers, sondern lediglich - aber immerhin - das Recht, falls der Nutzniesser kein Darlehen gewähren will, Gegenstände der Nutzniessung hiefür zu verwerten oder die Nutzniessungsliegenschaft hypothekarisch zu belasten. Hat sich also der Eigentümer entschieden, die nötigen Massnahmen zu ergreifen, will er oder kann er die erforderlichen Mittel aber nicht (oder nur teilweise) aufbringen, hat er dem Nutzniesser die Wahl der Finanzierung (durch diesen oder aus dem Nutzniessungsgut) zu überlassen

(Baumann, Zürcher Kommentar, Art. 764-765 ZGB N 36, 45 und 47-49). Ein Verzicht auf dieses Wahlrecht ist im Gesetz nicht vorgesehen, weshalb das Gericht dem Nutzniesser dieses Wahlrecht auch nicht entziehen und ihn nicht zwingen kann, dem Eigentümer ein zinsloses Darlehen zu gewähren. Gerade dies aber verlangt der Berufungskläger mit seinem Rechtsbegehren, denn er beantragt nicht, wahlweise entweder einen unentgeltlichen Vorschuss oder das Recht auf Verwertung der Nutzniessungsgegenstände zugesprochen zu erhalten, sondern nur die erste Möglichkeit. Nachdem sich die Berufungsbeklagten der Klage widersetzen und damit die vom Berufungskläger an ihrer Stelle ausgeübte Wahl nicht genehmigen, kann die Klage von vornherein nicht geschützt werden und ist abzuweisen.

Obergericht, 15. Mai 2003, ZBO.2003.2

Eine gegen dieses Urteil erhobene Berufung wies das Bundesgericht am 19. Januar 2004 ab.

9. **Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) als Vertragsbestandteil** (Art. 1 OR; Art. 82 SchKG)

1. Die Gläubigerin brachte im Rekursverfahren vor, in den auf der Rückseite des Vertrags abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei eine Laufdauer des Vertrags von drei Jahren vereinbart worden. Die Schuldnerin hatte sich auf eine einjährige Vertragsdauer berufen.

2. Die Vorinstanz erkannte mit zutreffender Begründung, die Geschäftsbedingungen der Rekurrentin auf der Rückseite des

Vertrags seien nicht Vertragsbestandteil geworden. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) können nur dann Vertragsbestandteil werden, wenn der Vertragspartner, der die AGB übernehmen soll, bei Vertragsschluss die Möglichkeit hatte, diese zur Kenntnis zu nehmen. Dazu gehört auch, dass sie verständlich und drucktechnisch lesbar sind (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 2.A., N 45.02 f. mit Hinweisen). AGB brauchen zwar nicht unbedingt in gleicher Grösse gedruckt zu sein wie der übrige Vertragsinhalt, da es gerade zum charakteristischen Erscheinungsbild der AGB gehört, dass sie "kleingedruckt" werden. Diesem Kleindruck müssen aber Grenzen gesetzt werden. Der Bereich des Zumutbaren wird verlassen, wenn die AGB wegen Art und Grösse des Schriftbilds nur mit Mühe zu entziffern sind, wenn sie in "augenmörderischem, unübersichtlichem Kleindruck" gehalten sind (Kramer, Berner Kommentar, Art. 1 OR N 207 mit Hinweisen; BGE 119 II 446). Das Obergericht hat im Zusammenhang mit einschränkenden Teilnahmebestimmungen für ein Gewinnspiel eines Massenversandhandels ausdrücklich auf die Problematik der gewählten Darstellung mit hellblauer Schrift auf hellblauem Untergrund auf der Rückseite eines Flyers hingewiesen und festgehalten, der Text sei kaum lesbar. Hier sind die Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des weissen Originalvertrags sowie der blauen und gelben Vertragskopien abgedruckt. Auf allen drei Exemplaren ist die Schrift kaum lesbar, weil aufgrund des dünnen Papiers der Text auf der Vorderseite des Vertragsformulars durchdrückt, und weil die Schrift sehr klein gehalten ist und sich angesichts der gewählten Druckfarbe (hellgrau) kaum vom Papier abhebt. Unter diesen Umständen war es für die Rekursgegnerin nicht zumutbar, vom Wortlaut der Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen, auch wenn sie selbst unternehmerisch tätig ist.

Obergericht, 25. August 2003, BR.2003.65

10. **Haftung des Imkers für Bienenstiche** (Art. 56 OR)

1. Der Berufungsbeklagte ist Nachbar des Berufungsklägers, der auf seinem Grundstück in einem zu einem Bienenhaus umgebauten ehemaligen Bahnwärterhaus eine Bienenzucht mit ungefähr 18 Völkern mit durchschnittlich je 40'000 bis 50'000 Bienen betreibt. Nachdem der Berufungsbeklagte im Juni 2000 bereits einen Bienenstich erlitten hatte, wurde er am 21. Juni 2000 erneut gestochen. Dieser Stich löste bei ihm eine allergische Reaktion aus, wodurch er das Bewusstsein verlor und in Spitalpflege verbracht werden musste. Der Abstand zum Bienenstock des Berufungsklägers betrug beim ersten Stich ungefähr 10 bis 15 m und beim zweiten rund 45 m.

Aufgrund dieses Zwischenfalls klärte die Politische Gemeinde die baurechtlichen Bestimmungen für das Bienenhaus des Berufungsklägers ab und forderte diesen auf, ein Baugesuch für das von ihm betriebene Bienenhaus einzureichen. In der Folge wies der Gemeinderat verschiedene Einsprachen ab und erteilte die Bewilligung zur Nutzungsänderung. Das Departement für Bau und Umwelt (DBU) hiess einen gegen diesen Entscheid erhobenen Rekurs gut und wies die Angelegenheit zur Neubeurteilung an den Gemeinderat zurück, damit dieser geeignete Massnahmen zur Immissionsabwehr bzw. -minderung prüfe. Im weiteren Verlauf des Verfahrens wurde der Bienenstand des Berufungsklägers von Vertretern der Kantonalen Bieneninspektorate der Kantone Thurgau und Zürich und des Landwirtschaftlichen Bildungs- und Beratungszentrums (LBBZ) Arenenberg begutachtet. Daraufhin erteilte der Gemeinderat unter Bezugnahme auf den Expertenbericht die Baubewilligung und setzte dabei die maximale Bienenvölkerzahl auf 20 fest. Dieser Entscheid wurde vom DBU bestätigt.

2. Umstritten ist, ob der Berufungskläger den dem Berufungsbeklagten durch den Bienenstich vom 21. Juni 2000 entstandenen Schaden zu ersetzen hat.

3. Für den von einem Tier angerichteten Schaden haftet, wer dasselbe hält, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet hat, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre (Art. 56 Abs. 1 OR). Bei der Tierhalterhaftung handelt es sich um eine einfache Kausalhaftung, und zwar um eine milde, weil ein Befreiungsbeweis möglich ist (Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3.A., N 979). Es ist nicht die besondere Gefahr der Tierhaltung, die die Kausalhaftung legitimiert, sondern der Interessenausgleich zwischen Schädiger und Geschädigtem durch das Korrelat von Nutzen und Risiko: Tierhaltung ist nach objektiven Prognosen mit Risiken verbunden. Duldet die Rechtsordnung diese Gefahren, ist es gerechtfertigt, demjenigen, der daraus einen Nutzen zieht, als Gegengewicht die Verantwortung für die Verwirklichung der Gefahr zuzuweisen (Fellmann, Der Tierhalter - Begriff oder Typus, in: SJZ 83, 1987, S. 339 mit Hinweisen). Für die Anwendung der Tierhalterhaftung müssen neben dem Haftpflichtsubjekt Tierhalter, der "selbständigen" Aktion des Tiers, dem Misslingen des Sorgfalts- oder Befreiungsbeweises auch die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang) vorliegen (Rey, N 983 ff.).

a) Unbestritten ist, dass der Berufungskläger als langjähriger Imker mit 18 Völkern à je ca. 40'000 - 45'000 Bienen Tierhalter ist.

b) Ebenso unbestritten ist, dass der Berufungsbeklagte, nachdem er am 21. Juni 2000 ein zweites Mal von einer Biene gestochen wurde, aufgrund der durchgemachten schweren Reakti-

on unter einer Bienengift-Allergie leidet. Von Belang für die Schadenersatzforderung ist einzig dieser zweite Stich. Dass der erste Stich eine die Allergie mitverursachende Wirkung gezeigt haben soll, wurde vom Berufungsbeklagten nicht ausreichend substantiiert.

c) Uneinigkeit herrscht zwischen den Parteien über die Schadensverursachung. Ein Schaden gilt nur dann als von einem Tier angerichtet, wenn ein entsprechender Kausalzusammenhang besteht (Brehm, Berner Kommentar, Art. 56 OR N 9).

aa) Die Haftung für einen Schaden ist nur gegeben, wenn insbesondere auch ein Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg vorliegt. Geht es um den Zusammenhang zwischen dem Anknüpfungspunkt der Haftung und der Rechtsgutverletzung (zum Beispiel zwischen einer Handlung und einer Körperverletzung), so geht es um die haftungsbegründende Kausalität; als haftungsausfüllende Kausalität wird der Zusammenhang zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden bezeichnet. Einmal muss überhaupt ein materieller, logischer (natürlicher) Zusammenhang bestehen. Das schadenstiftende Verhalten bildet eine Bedingung des Schadens (conditio sine qua non). Der natürliche Kausalzusammenhang ist immer gegeben, wenn das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiele. Der Beweis des natürlichen Zusammenhangs wird dadurch erschwert, dass dieser etwas Abstraktes und der Vorgang im Zeitpunkt des Beweisverfahrens bereits abgeschlossen ist. Somit ist es oft unmöglich, einen strikten Beweis zu erbringen. Die Rechtsprechung begnügt sich meistens mit dem Wahrscheinlichkeitsbeweis, wobei der geforderte Wahrscheinlichkeitsgrad nicht immer derselbe ist: Bei Personenschäden - vor welchen der Selbsterhaltungstrieb des Opfers bereits einen Schutz bildet - genügt im Allgemeinen die einfache Wahrscheinlichkeit. Wenn nur Vermutungen möglich sind, muss man mit den Hypothesen arbeiten, die

nach den Umständen vernünftigerweise in Betracht fallen; dann genügt die überwiegende Wahrscheinlichkeit. Bei Sach- und sonstigen Vermögensschäden - und dies scheint richtig - werden die Anforderungen oft erhöht, und es wird höchste Wahrscheinlichkeit verlangt, ja sogar Gewissheit (certitude fondée sur le cours ordinaire des choses). Die Beweispflicht zulasten des Geschädigten hat jedoch ihre Grenzen: Man verlangt von ihm nicht den Nachweis, dass er den Schaden hätte vermeiden können, wenn der Schädiger anders gehandelt hätte (Brehm, Art. 41 OR N 103 ff. mit Hinweisen).

bb) Die Vorinstanz hielt unter Hinweis auf Kistler (Schweizerisches Bienenrecht, Diss. Zürich 1944) fest, der Berufungsbeklagte habe nachgewiesen, dass er mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit von einer Biene des Berufungsklägers gestochen worden sei, weil er die Stiche in geringer Entfernung vom Bienenstock von 10 - 15 (erster Stich) bzw. 45 m (zweiter Stich) erlitten habe und der Berufungskläger auf dem Nachbargrundstück eine grosse Anzahl von Bienen halte. Damit habe der Berufungsbeklagte seiner Beweispflicht Genüge getan.

Der Argumentation der Vorinstanz ist zu entnehmen, dass sie die zwei Stiche zusammen abhandelt. Das ist nicht zulässig, weil einzig ein Schaden aus dem zweiten Stich vom 21. Juni 2000 substantiiert ist. Die Frage, ob eine Entfernung von 10 - 15 m zwischen Bienenstock und Ort des Stichs die Schadenersatzpflicht eines Imkers zu begründen vermag, kann deshalb offen bleiben.

Aus der von der Vorinstanz zitierten Dissertation (S. 122) geht bezüglich der Frage der besonderen Befreiungsgründe des Bienenhalters nach Art. 56 OR bei Flugbienen hervor, dass jemand, der von Bienen gestochen werde, den Bienenzüchter nur erfolgreich auf Schadenersatz belangen könne, wenn Letzterer eine der bei Bienenbetrieben gebotenen Massnahmen ausser Acht ge-

lassen habe. Der Imker müsse seinerseits wissen, dass dieser ihm auferlegte Befreiungsnachweis nicht gelinge, wenn der Geschädigte in der Umgebung des Bienenstands gestochen werde. Einige Schwierigkeiten verursache die Grenzziehung. Gemäss der "bisherigen Praxis" dürfe eine absolute Haftung des Bienenhalters in einem Umkreis von 50 m angenommen werden. Dagegen gehe man zu weit, den Imker verantwortlich zu machen, wenn der Stich in einer Entfernung von 150 m vom Bienenhaus erfolge. Der in der Nähe eines Bienenhauses Gestochene müsse nicht strikt beweisen, dass die schädigende Biene auch wirklich dem beklagten Bienenzüchter gehöre. Das werde vermutet, weil die Wahrscheinlichkeit, dass dem so sei, ausserordentlich gross sei, und weil andernfalls die Ansprüche des Geschädigten auf Schadenersatz illusorisch würden.

Kistler führt nicht aus, auf welche "bisherige Praxis" er sich abstützt. Die Formulierung "einige Schwierigkeiten verursacht die Grenzziehung" deutet darauf hin, dass er bei der Grenzziehung bei 50 m, die zu einer absoluten Haftung des Bienenhalters führen soll, selber seine Zweifel hatte. Die Unsicherheit des Autors kann deshalb nur dazu führen, dass bei der Zurechenbarkeit einer Biene zum Stamm eines Bienenhalters immer auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen ist und nicht irgendeine Distanz absolut gilt. Zum Schluss, dass die Umstände des konkreten Falls zu analysieren sind, kommt letztlich auch Kistler. Er schreibt in seiner Dissertation zum Thema "Verhinderung der Bienenimmission" (S. 63): "Auf welche Weise Bienenimmissionen am besten verhindert werden können, lässt sich in einem konkreten Fall nur auf empirischem Wege, d.h. durch einen Augenschein und eingehende Überprüfung der konkreten Verhältnisse an Ort und Stelle ermitteln." Weiter hält er fest (S. 66): "Der Abstand des Bienenhauses von der Grenze muss mindestens so gross sein, dass dadurch alle übermässigen Immissionen auf ein erträgliches Mass reduziert werden. Zur Verhinderung von übermässigen Einwirkungen genügen schon ei-

nige wenige Meter Entfernung, wenn entsprechende Schutzvorrichtungen angebracht sind. Umgekehrt können sich selbst 50 m Abstand als ungenügende Sicherung herausstellen, wenn die Bienen infolge falscher Behandlung stechlustig geworden sind und jede Schutzanlage mangelt." Kistler fügt ferner an (S. 68), dass eine übermässige Einwirkung durch einen Bienenbetrieb einerseits nicht nur von der Entfernung von den anstossenden Grundstücken abhängig sei, sondern andererseits von der Flugrichtung, vom Vorhandensein oder Fehlen von Schutzvorrichtungen wie Hecken, Wänden, hochgewachsenen Pflanzen und Obstbaumspalieren gegen das Eigentum des Anstössers hin. Was für das Nachbarrecht gilt, gilt erst recht für das Haftpflichtrecht. Gemäss Keller (Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 5.A., S. 165) ist es geradezu ein Merkmal der Tierhalterhaftung, dass immer die konkreten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Keller vermerkt zum Sorgfaltsbeweis bei der Tierhalterhaftung, dass die wichtigste Feststellung die sei, dass man jeden Fall aus den Umständen, die ihn kennzeichnen, heraus beurteilen müsse. So sei es auch nicht möglich, dass die Frage, ob ein Hund ständig anzubinden oder zu beaufsichtigen sei, allgemein beantwortet werden könne. Man werde dazu höchstens sagen können, dass es in der Stadt in der Regel notwendig, auf dem Land sicher nicht notwendig sei. Der Vorinstanz ist deshalb nicht zu folgen, wenn sie ausführt, dass bei solch geringen Entfernungen zwischen dem Ort der Stiche und dem Bienenstock sowie den auf dem direkten Nachbargrundstück gehaltenen Bienenvölkern eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der Berufungsbeklagte von einer Biene des Berufungsklägers gestochen worden sei. Es sind deshalb die konkreten Umstände des Einzelfalls zu analysieren.

cc) Der Ort des Geschehens befindet sich in einem Landwirtschaftsgebiet. Es sind gemischte bauliche Nutzungen für mässig störende Gewerbe inkl. Landwirtschaftsbetriebe erlaubt. Ausser der Bemerkung in der Berufungsbegründung, der

Berufungsbeklagte sei mit einer Giesskanne unterwegs gewesen, geht bezüglich der Tageszeit und der Witterung im Zeitpunkt des relevanten Stichs aus den Akten nichts hervor. Bekanntlich sind Bienen bei schwülem Wetter stichfreudiger als bei normalem. Das bedeutet nicht mehr, aber auch nicht weniger, als dass sich in einem solchen Gebiet an einem schönen Junitag neben Bienen des Berufungsklägers auch Bienen anderer Bienenhalter und Bienen aus wilden Völkern in der Luft befanden.

dd) Im ersten Rekursentscheid des DBU wurde der Gemeinderat angewiesen, im Rahmen der Neubeurteilung der Baubewilligung konkrete Massnahmen zur Immissionsabwehr bzw. -minderung zu prüfen. Das DBU wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sinnvollerweise ein vom Berufungskläger zu erstellendes Konzept erforderlich sei. Im Rahmen dieses Konzepts entstand die Begutachtung des Bienenstands durch die Vertreter des LBBZ Arenenberg und der Bieneninspektorate. Die Sachverständigen hielten darin fest, dass bei so grossem Abstand zur östlich gelegenen Parzelle und sehr grosser Distanz über die Staatsstrasse hinweg zur Parzelle des Berufungsbeklagten eigentlich kaum Probleme mit dem Bienenflug entstehen sollten. Um die trotzdem vorhandenen Befürchtungen der Nachbarn vollends zu entkräften, schlugen die Experten verschiedene Massnahmen vor, die schlussendlich in den zweiten Rekursentscheid des DBU einflossen. Bei den Sachverständigen handelt es sich um Spezialisten der Bienenzucht. Es besteht kein Grund, an den Schlussfolgerungen ihres Berichts zu zweifeln. Die Expertise wird auch von keiner Partei in Zweifel gezogen. Der Berufungsbeklagte führt in seiner Berufungsantwort lediglich aus, dass der Expertenbericht nicht isoliert betrachtet werden dürfe, sondern auch die Nachbemerkungen beigezogen werden müssten, die er jedoch selber nicht beibrachte. Gemäss der Expertise ist davon auszugehen, dass die Bienen in östlicher Richtung wegfliegen. Durch die Errichtung der Schutzmassnahmen wird bei der östlich gelegenen Liegenschaft

niemand gefährdet. Auf der West-/Südseite, in Richtung der Parzelle des Berufungsbeklagten, bestand schon im Zeitpunkt des Stichs vom 21. Juni 2000 eine niedere Sträuchereinzäunung, was vom Berufungsbeklagten nicht in Abrede gestellt wird. Nach Auffassung der Experten wird durch die Einzäunung mit Holzgeflechtwänden und Pfählen das angrenzende Trottoir südseitig besser geschützt, und die Liegenschaft des Berufungsbeklagten und deren Umfeld ist nicht mehr gefährdet. Der Berufungsbeklagte bringt in seiner Berufungsantwort vor, dass das Expertengutachten erst ein Jahr nach dem Schadenseintritt erstellt worden sei. Das ist zwar zutreffend; der Berufungsbeklagte macht jedoch nicht geltend, dass sich bezüglich des Standorts des Bienenhauses, der Flugrichtung oder der Abschirmvorrichtungen in dem dazwischen liegenden Jahr etwas geändert hätte. Es ist demzufolge erstellt, dass schon im Juni 2000 von Seiten der Experten keine Bedenken gegen die Bienenhaltung des Berufungsklägers bestanden hätten, wenn die Begutachtung damals durchgeführt worden wäre. Weiter ist erstellt, dass die von den Sachverständigen ein Jahr später vorgeschlagenen Massnahmen dem nachbarlichen Frieden dienen sollten, jedoch weder im Juni 2000 noch im Mai 2001 für eine sichere Bienenhaltung zwingend notwendig waren. Der Berufungsbeklagte bringt in der Berufungsbegründung vor, dass zum Zeitpunkt des zweiten Bienenstichs weitere mobile Bienenkästen auf dem Grundstück des Berufungsklägers aufgestellt gewesen seien. Deswegen könne der Abstand nicht nur zum Bienenhaus gemessen werden. Der Abstand zu den mobilen Bienenkästen sei viel geringer gewesen. Dem Berufungsbeklagten ist entgegenzuhalten, dass er anlässlich der Hauptverhandlung ausführte, der zweite Stich sei ca. 45 m vom Bienenstock entfernt passiert, wobei er zu behaften ist. Im Übrigen tat er nie dar, wie weit allenfalls die mobilen Bienenkästen vom Ort des Stichs entfernt waren. Der von ihm eingereichte Plan genügt den Anforderungen an die Substantiierungspflicht nicht, weil der Ort, wo er gestochen wurde, nicht eingezeichnet ist.

Wegen der Flugrichtung der Bienen in östlicher Richtung, der Lage des Grundstücks des Berufungsbeklagten in südlicher Richtung vom Bienenstock und des Orts des Stichs, südlich des Hauses des Berufungsbeklagten, der Einschätzung des Bienenstands durch die Experten, der Lage in einem Landwirtschaftsgebiet etc. besteht somit auch die Möglichkeit, dass die Biene, die den Berufungsbeklagten stach, einem anderen Bienenhalter oder der Natur und nicht dem Berufungskläger zugerechnet werden muss.

ee) Art. 8 ZGB fordert, dass ein Beweis als erbracht gilt, wenn der Richter von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt ist. Unannehmbar ist es, nach blosser Wahrscheinlichkeit zu urteilen, wo richterliche Überzeugung fehlt und der Sachverhalt letztlich doch im Zweifel bleibt, oder auf bloss glaubhaft gemachte und somit nicht bewiesene Sachbehauptungen abzustellen (BGE 118 II 238 f. mit Hinweisen). In gewissen Fällen akzeptierte das Bundesgericht jedoch einen vereinfachten Beweis, so z.B. beim natürlichen Kausalzusammenhang, wo es ausführt, dass der Richter sich mit der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, nicht hingegen mit der blossen Möglichkeit einer Verursachung begnügen kann (BGE 113 Ib 424). In anderen Entscheiden zur natürlichen Kausalität verlangte das Bundesgericht eine "probabilité convaincante" und stellte dabei auf Erfahrungswerte ab (BGE 119 Ib 342). In BGE 107 II 273 hielt das Bundesgericht im Fall einer Kausalhaftung gemäss Art. 58 SVG fest, dass der Geschädigte den Kausalzusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Unfall nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit nachzuweisen habe. Es müsse vielmehr genügen, wenn der Richter in Fällen, wo der Natur der Sache nach ein direkter Beweis nicht geführt werden könne, die Überzeugung gewinne, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Kausalverlauf spreche. Anders verhalte es sich, wenn nach den besonderen Umständen des Falls weitere Möglichkeiten bestünden, die neben der behaup-

teten Ursachenfolge ebenso ernsthaft in Frage kämen oder sogar näher lägen. Hohl (Le degré de la preuve dans les procès au fond, in: Der Beweis im Zivilprozess [Hrsg.: Leuenberger], Bern 2000, S. 127 ff.) schlägt vor, die Zahl der Beweismasse auf zwei zu reduzieren: Die Sicherheit sei die Regel, die hohe Wahrscheinlichkeit die Ausnahme, die in den Fällen anzuwenden sei, die der Natur der Sache nach schwer zu beweisen seien. Der Tatsachenbeweis sei sicher, wenn der Richter keine reellen Zweifel mehr habe. Die Existenz eines leichten Zweifels sei logischerweise unausweichlich und tolerabel. Bei der hohen Wahrscheinlichkeit dürfe eine einfache Wahrscheinlichkeit mit 51% nie genügen. Es brauche ein viel höheres Mass. Hohl beziffert die hohe Wahrscheinlichkeit mit mindestens 75%. Leuenberger (Glaubhaftmachen, in: Der Beweis im Zivilprozess [Hrsg.: Leuenberger], Bern 2000, S. 121) hält fest, dass man von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit spreche, wenn sich ein Gericht beim Nachweis des Kausalzusammenhangs oder der Unfreiwilligkeit des Schadensereignisses im Privatversicherungsrecht mit weniger als dem strikten Beweis begnüge.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Berufungsbeklagte am 21. Juni 2000 zwar mit einiger Wahrscheinlichkeit von einer Biene des Berufungsklägers gestochen wurde. Das reicht jedoch nicht aus, das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erfüllen, wie es das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur natürlichen Kausalität verlangt.

Bei diesem Ausgang erübrigt sich die Abnahme von Beweisen zu der vom Berufungskläger behaupteten Vielzahl weiterer Imker in der Umgebung.

Obergericht, 25. März 2003, ZBR.2002.47

11. **Werkmangel oder Sorgfaltspflichtverletzung?** (Art. 58 OR; Art. 36 Abs. 4 SVG; Art. 17 Abs. 1 VRV)

1. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass der Berufungskläger von der Berufungsbeklagten einen VW-Bus zum Gebrauch überlassen erhielt und es beim Zurückbringen des Transporters, genauer beim Rückwärtsfahren in die Einstellhalle, zu einer Kollision mit dem Hallentor kam. Ein schriftlicher Vertrag bestand nicht; die Tatsache jedoch, dass für das Fahrzeug eine Gebühr verlangt wurde, lässt darauf schliessen, dass zumindest stillschweigend ein Mietvertrag abgeschlossen wurde. Umstritten ist die Frage, ob der Berufungskläger verpflichtet ist, der Berufungsbeklagten den am Fahrzeug sowie den am Garagentor eingetretenen Schaden zu ersetzen, oder ob die Berufungsbeklagte aufgrund eines Mangels am automatischen Tor oder aufgrund der Motorfahrzeughaftpflicht selbst die Verantwortung für den Schaden zu übernehmen hat.

2. a) Zu beurteilen ist ein Rolltor einer Einstellhalle, welches sich beim Überfahren einer Leiste nach oben öffnet und später wieder schliesst. Solche Tore sind in Betrieben häufig anzutreffen. Wie der Berufungskläger selber richtig feststellt, hat die automatische Schliess- und Öffnungsanlage den Zweck, den Lenkern von ein- und ausfahrenden Lieferwagen das Aussteigen zu ersparen, allerdings auch nicht mehr und nicht weniger. Auf jeden Fall hat sie nicht den Zweck, dem einzelnen Lenker die ihm vom Gesetz auferlegte Sorgfaltspflicht abzunehmen bzw. ihn gänzlich davon zu befreien. Wie der Berufungskläger selber ausführt, stellt ein automatischer Schliessmechanismus kein Sicherheitselement dar, sondern eine Gefahrenquelle. Gerade deshalb sind solche Tore vorwärts zu befahren, damit erstens richtig über die Leiste gefahren und zweitens beobachtet werden kann, wie sich das Tor öffnet.

Das Tor schloss sich im vorliegenden Fall nicht - wie dies der Berufungskläger behauptet - "unmotiviert und ohne irgend ein Zutun", sondern es schloss sich vielmehr nach einer vorherigen Öffnung automatisch wieder. Da sich der Berufungskläger mit dem Lieferwagen nicht auf den Kontaktleisten befand, sondern diese vielmehr von der Seite umfuhr, öffnete sich das Tor nicht, obwohl der Berufungskläger mit seinem Fahrzeug herannahte. Wäre der Berufungskläger frontal und vorwärts auf das Tor zugefahren, so hätte er die Kontaktleiste überfahren und das Rolltor wäre wieder hochgegangen. Der gleiche Schliessmechanismus ist im Übrigen häufig auch bei Garageschranken in Einkaufszentren anzutreffen, welche sich erfahrungsgemäss nach dem durch ein Fahrzeug verursachten Öffnen meist bereits kurze Zeit nach dessen Passieren automatisch wieder schliessen, oft unabhängig davon, ob noch weitere Fahrzeuge vor der Schranke stehen. Auch bei Garagetoren ist nicht gewährleistet, dass sie wesentlich länger geöffnet sind, als für die Durchfahrt eines einzelnen Fahrzeugs notwendig ist. Weil nicht alle Tore gleich schnell, sie zum Teil zögerlich oder unter Umständen sogar überhaupt nicht reagieren können, ist es erforderlich, dass derjenige, der das Tor passieren will, aufmerksam beobachtet, ob sich das Tor programmgemäss öffnet und auch offen bleibt. Auf keinen Fall darf er sich rückwärts an das Tor heranfahrend darauf verlassen, dass das Tor seinen Schliessmechanismus einstellt, bis auch er vollständig in der Halle verschwunden ist. Um den Schliessmechanismus solcher Tore im Auge zu behalten und um allenfalls schneller reagieren zu können, sind solche Tore vorwärts zu befahren. Dies gilt für sämtliche Tore mit automatischem Schliessmechanismus, sei dies bei Tiefgaragen von Wohnüberbauungen oder auch bei Einstellhallen von Einkaufszentren. Niemandem käme es in den Sinn, bei solchen Anlagen rückwärts in die Garagen hineinfahren zu wollen, nur damit er gleich wieder vorwärts aus der Parklücke fahren kann. Wie die allgemeine Lebenserfahrung zeigt, darf sogar Toren, die ferngesteuert mittels Knopfdruck geöffnet und geschlossen werden, nicht

blindlings vertraut werden. Es ist gerichtsnotorisch, dass auch solche Schliessvorrichtungen beobachtet werden müssen, weil häufig - trotz Knopfdruck - die Funkverbindung erst beim zweiten oder dritten Knopfdruck hergestellt wird und die freie Fahrt vielfach eben gerade nicht so ohne weiteres garantiert ist. Dennoch bietet eine solche Schliessvorrichtung im Vergleich zu einem manuell zu öffnenden Tor einen wesentlichen und wohl kaum mehr missen zu wollenden Mehrkomfort, bleibt doch dem Fahrzeuglenker Zeit und Mühe erspart, das Fahrzeug zu verlassen, um das Tor von Hand zu öffnen.

Das Arbeitsinspektorat des Kantons Thurgau bestätigte ausdrücklich, dass das Rolltor zur Fahrzeugeinstellhalle der Berufungsbeklagten den Sicherheitsvorschriften entspreche und kein Mangel vorliege: Die Anforderungen des Arbeitnehmerschutzes seien erfüllt. Das Grundschutzziel der EKAS-Richtlinie 1511 (EKAS = Eidg. Koordinationskommission für Arbeitssicherheit), die Gewährleistung der Sicherheit für Benützer, Instandhaltungspersonal und Drittpersonen, sei gegeben. Die im Boden eingelassenen Induktionsschleifen seien kein Sicherheitselement, sondern dienten einzig dem Komfort der Benützer. Dem Argument des Berufungsklägers, es finde nicht kantonales Recht Anwendung, ist entgegenzuhalten, dass das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Frage nach einem allfälligen Mangel des Tors gestützt auf die eidgenössisch geltenden Richtlinien der SUVA bzw. EKAS prüfte. Ziff. 5.3 Abs. 3 der EKAS-Richtlinie 1511 bestimmt, dass die Kontaktleisten einen ausreichenden Nachlaufweg aufweisen müssen. Dies ist beim vorliegenden Rolltor der Fall. Die Tatsache, dass das Rolltor die strengen Sicherheitsvorschriften von SUVA und EKAS erfüllt, spricht doch deutlich dafür, dass es in Bezug auf die Sicherheit nicht mit Mängeln behaftet ist.

Auch der Hinweis auf ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich hilft dem Berufungskläger wenig, geht doch aus

diesem deutlich hervor, dass - wie dies der Berufungskläger geltend macht - das fehlerfreie Werk zwar so gebaut und ausgestattet sein muss, dass die Sicherheit der Benützer gewährleistet ist. Allerdings ist der Eigentümer dabei nicht verpflichtet, jeder nur denkbaren Gefahr vorzubeugen, sondern nur jenen Gefahren, welche sich aus dem normalen Gebrauch des Werks ergeben. Die Pflicht des Eigentümers ist strenger zu beurteilen, wenn die Gefahr gross ist, und wenn es technische Mittel gibt, sie abzuwenden. Die zu diesem Zweck notwendigen Auslagen müssen in einem vernünftigen Verhältnis zu den Interessen der Benützer und zum Zweck des Werks bleiben. Bei einem geringfügigen Mangel wird der Eigentümer nicht haftbar, wenn Unfälle mit einem vernünftigen Verhalten und einem Mindestmass an Vorsicht von Seiten der Benützer vermieden werden können (ZR 100, 2001, Nr. 47 S. 157). Zweck eines automatischen Hallentors ist, dass die in die Halle fahrenden Fahrzeuglenker sich nicht manuell mit dem Tor abzumühen brauchen, sondern bequem im Auto sitzen bleiben können. Allein darin besteht auch das Interesse der Benützer. Mit einem vernünftigen Verhalten und einem Mindestmass an Vorsicht seitens der Benützer kann dieser Zweck schnell erfüllt werden. Schwieriger und mit in keinem vernünftigen Verhältnis mehr stehenden Auslagen verbunden wäre die Umsetzung des Anspruchs, dass die Benützer das Werk blindlings und kopflos benutzen können sollten. Mit anderen Worten: Mit einem Mindestmass an Vorsicht konnte das Tor der Berufungsbeklagten gefahrlos passiert werden. Aus diesen Gründen ist die Frage, ob das Hallentor der Berufungsbeklagten einen Werkmangel aufwies, zu verneinen.

b) Gemäss Art. 36 Abs. 4 SVG darf der Fahrzeugführer beim Rückwärtsfahren niemanden behindern. Bei Fahrzeugen mit beschränkter Sicht nach hinten ist gemäss Art. 17 Abs. 1 VRV zum Rückwärtsfahren eine Hilfsperson beizuziehen, wenn nicht jede Gefahr ausgeschlossen ist. Der besonderen Gefährlichkeit des Rückwärtsfahrens bei durch die Art des Fahrzeugs, durch die La-

dung oder andere Umstände beschränkter Sicht ist mit dieser besonderen Vorsichtsmassnahme zu begegnen. Die Hilfsperson hat dafür zu sorgen, dass durch das Manöver des von ihr unterstützten Fahrzeugführers niemand in der ordnungsgemässen Benützung der Strasse behindert oder gefährdet wird (Schaffhauser, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. I, 2.A., N 787). Die offensichtliche Verletzung der durch Art. 36 Abs. 4 SVG gebotenen Sorgfaltspflicht ist eine grobe Verletzung einer Verkehrsregel (Schultz, Rechtsprechung und Praxis zum Strassenverkehrsrecht in den Jahren 1978-1982, Bern 1984, S. 274). Wie der Berufungskläger vor Vorinstanz ausführen liess, konnte er zwar durch das Rückfenster das offene Tor und die seitlichen Wände sehen; nach oben konnte er jedoch nicht sehen, da das Wagendach naturgemäss keinen Durchblick gewährt habe. So sei er vorsichtig in die Toreinfahrt gefahren. Die Sicht aus dem Heckfenster sei nicht optimal gewesen. Mit diesen Aussagen bestätigt der Berufungskläger, dass er beim Rückwärtsfahren eben gerade nicht den ganzen Rückraum überblicken konnte. Der Berufungskläger versuchte offensichtlich, mit einem VW-Bus, mit dessen Fahrweise er nicht vertraut war und dessen rückwärtige Sicht nicht optimal war, rückwärts in die Einstellhalle zu fahren, wobei er das Geschehen hinter sich zu wenig überblicken konnte. Entsprechend kommt hier Art. 17 Abs. 1 VRV voll zum Tragen, wonach der Berufungskläger der durch die Art des Fahrzeugs beschränkten Sicht mit der besonderen Vorsichtsmassnahme einer Hilfsperson hätte begegnen müssen. Hätte eine Hilfsperson das Rückwärtsfahren überwacht, so hätte diese aufgrund des sich schliessenden Tors reagiert, der Berufungskläger wäre nicht in das Garagentor gefahren, und entsprechend wäre kein Schaden entstanden. Zwar mag der Berufungskläger nicht in böser Absicht gehandelt haben, indem er das Fahrzeug so parkieren wollte, dass der nächste Benutzer vorwärts hätte hinausfahren können; dennoch ist das Verhalten kaum nachvollziehbar. Schliesslich ist ein Rückwärtsmanöver mit einem dem Fahrer nicht vertrauten VW-Bus alles andere als leicht. Auch widerspricht es

der allgemeinen Lebenserfahrung, dass jemand, der mit der Gesamtsituation und den Gesetzmässigkeiten eines Betriebs nicht vertraut ist, diese missachtet, indem er - obwohl in einer Einstellhalle sämtliche Fahrzeuge vorwärts parkiert sind und er das gemietete Fahrzeug bereits auch so der Parklücke entnommen hatte -, sich entgegen allen anderen rückwärts in die Einstellhalle zu manövrieren versucht.

Zusammenfassend gab es für den Berufungskläger keinen vernünftigen Grund, ein derart gewagtes Rückwärtsmanöver zu vollziehen. Wenn er dennoch von einem solchen nicht ablassen wollte, hätte er sich vergewissern müssen, ob nicht vor ihm ein anderes Fahrzeug in die Einstellhalle gefahren war und sich deshalb das Rolltor geöffnet hatte. Auf jeden Fall hätte er zur Absicherung eine Hilfsperson beiziehen müssen. Die Vorsichtsmassnahmen des Berufungsklägers waren diesbezüglich jedoch ungenügend, weshalb ihm der Vorwurf, seine Sorgfaltspflicht verletzt zu haben, indem er beim Rückwärtsfahren in eine Einstellhalle mit automatischem Schliessmechanismus zu wenig aufmerksam war, nicht erspart bleiben kann.

Obergericht, 14. November 2002, ZBR.2002.30

12. **Überwälzung der Prämien einer Taggeldversicherung auf den Arbeitnehmer?** (Art. 324a Abs. 4 OR)

1. Zwischen den Parteien ist strittig, ob sich der Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gegen die Arbeitgeberin oder die Taggeldversicherung richtet.

2. Unter dem Titel "Krankheit und Unfall" listet Art. 9 Abs. 1 des Arbeitsvertrags die von der Arbeitgeberin zu erbringenden Leistungen auf. Gemäss Abs. 2 kann die Arbeitgeberin die Lohnzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall auch durch den Abschluss einer Krankengeldversicherung abgelten, mit einer Mindestleistung von 80%, einer Genussberechtigung von 720 innert 900 aufeinanderfolgenden Tagen sowie bei Anspruch auf vollen Monatslohn gemäss Abs. 1. Ausserdem ist geregelt, dass die Kosten der Krankentaggeldversicherung zulasten des Arbeitnehmers gehen.

a) Die Vorinstanz stellte fest, die Arbeitgeberin habe tatsächlich eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen. Auch wenn die entsprechende Versicherungspolice der Versicherung nicht eingereicht worden sei, ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag und einem Schreiben der Versicherung eindeutig, dass diese die Krankentaggelder direkt bezahlen sollte. Der Arbeitnehmer müsse deshalb diesen Anspruch direkt gegenüber der Versicherung geltend machen; die Arbeitgeberin sei diesbezüglich nicht passivlegitimiert.

b) Der Arbeitnehmer bestreitet mit seiner Anschlussberufung die fehlende Passivlegitimation der Arbeitgeberin. Er beruft sich auf fehlende Informationen und Belege, um den Anspruch überhaupt geltend machen zu können, sowie auf ein Schreiben der Versicherung an den Rechtsvertreter eines Mitarbeiters, in dem dieser erklärt habe, die Taggelder müsse sie nur an die Arbeitgeberin zahlen und nicht an die Arbeitnehmer.

c) Die Frage, ob die Parteien rechtsgenüglich vereinbarten, dass nicht mehr die Arbeitgeberin, sondern die Taggeldversicherung Schuldnerin allfälliger Ansprüche des Arbeitnehmers nach Art. 324a OR sei, kann offen bleiben.

Im vorliegenden Fall besteht das Problem darin, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer die gesamten Kosten der Taggeldversicherung überwälzte. Damit wird Art. 324a Abs. 4 OR verletzt, welcher für eine von den einseitig zwingenden Bestimmungen über den Lohn bei Verhinderung des Arbeitnehmers abweichende Regelung Gleichwertigkeit verlangt. Ob eine versicherungsrechtliche Abgeltung des Lohnfortzahlungsanspruchs gleichwertig ist, richtet sich nach Dauer und Höhe des Versicherungsanspruchs sowie nach der Beteiligung des Arbeitgebers an den Prämien (Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 324a OR N 36; Brunner/Bühler/Waeber, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 2.A., Art. 324a OR N 18). Gestritten werden kann allenfalls darüber, ob Gleichwertigkeit auch gegeben sein kann, wenn der Prämienanteil des Arbeitgebers etwas unter 50% liegt (bejahend Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5.A., Art. 324a/b OR N 23, die aber immerhin festhalten, sofern die Versicherungsleistung über die Pflichten des Arbeitgebers hinausgehe, sei eine Prämienbeteiligung der Arbeitnehmer zulässig; verneinend Brunner/Bühler/Waeber, Art. 324a OR N 18, welche Art. 331 Abs. 2 und 3 OR über Prämien für Krankenversicherungen im Rahmen der Personalvorsorge analog anwenden wollen). Der Grundgedanke von Art. 324a OR (Schutz des Arbeitnehmers bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung) und die parallele Regelung im Bereich der Personalvorsorge legen nahe, dass der Arbeitnehmer nicht mit mehr als 50% allfälliger Prämien belastet werden darf. Mit Sicherheit ist eine volle Überwälzung der Prämien auf den Arbeitnehmer nicht mehr gleichwertig, denn damit entledigt sich der Arbeitgeber jeglicher ihm vom Gesetzgeber zwingend auferlegter Mindestbeteiligung an der Lohnfortzahlung.

Liegt eine ungenügende Taggeldversicherung vor, so hat der Arbeitgeber die gesetzlichen Leistungen zu erbringen; der Arbeitnehmer muss sich aber die Leistungen der Taggeldversicherungen anrechnen lassen (Staehelin, Zürcher Kommentar,

Art. 324a OR N 66 mit Hinweis auf BGE 96 II 133). Damit kann sich der Arbeitnehmer im Rahmen der gesetzlichen Ansprüche direkt an die Arbeitgeberin halten; deren Passivlegitimation ist somit gegeben. Die Parteien behaupten nicht, die Taggeldversicherung habe bereits Leistungen erbracht, welche allenfalls anrechenbar wären. Sollten solche noch vor der Leistung durch die Arbeitgeberin direkt an den Arbeitnehmer erbracht werden, müsste er sich diese anrechnen lassen; sollten sie nachher noch eintreffen, wären sie der Arbeitgeberin herauszugeben.

Obergericht, 8. Mai 2003, ZBR.2002.69

---

13. **Das Nachschieben von Kündigungsgründen, die zur Zeit der fristlosen Entlassung dem Kündigenden bereits bekannt waren, ist grundsätzlich zulässig, solange sie im Rahmen der einschlägigen Vorschriften korrekt in den Prozess eingeführt werden** (Art. 337 OR)

---

1. a) Die Berufungsbeklagte entliess den Berufungskläger am 22. Januar 1999 fristlos. Mit Schreiben vom 9. Februar 1999 begründete sie die Kündigung mit insgesamt fünf Gründen. Den sechsten Grund, die Beteiligung des Berufungsklägers an einem Konkurrenzunternehmen, brachte sie erst im Rahmen des Gerichtsverfahrens vor.

b) Die Vorinstanz erachtete das Recht der Berufungsbeklagten, dem Berufungskläger wegen der Beteiligung an einem Konkurrenzunternehmen fristlos zu kündigen, als verwirkt, weil sie diesen Grund zu spät geltend gemacht habe. Die Berufungsbeklagte habe spätestens seit dem 20. Januar 1999 sichere Kenntnis davon gehabt, wie sich aus ihrer Strafanzeige vom 1. Februar 1999

ergebe. Trotzdem habe sie diesen Grund in ihrem Schreiben vom 9. Februar 1999 nicht aufgeführt. Die Berufungsbeklagte begründet diese Unterlassung mit der Strafanzeige; wegen der geplanten Hausdurchsuchung habe sie sich in der schriftlichen Begründung der Kündigung vom 9. Februar 1999 Zurückhaltung auferlegen müssen.

2. Zu beantworten ist die seit jeher kontroverse Frage nach der Zulässigkeit, Kündigungsgründe nachzuschieben.

a) Streiff/von Kaenel (Art. 335 OR N 17 und Art. 337 OR N 19) geben einen guten Überblick über die Problematik des Nachschiebens von Kündigungsgründen. Das Recht, eine schriftliche Begründung der fristlosen Kündigung zu verlangen, besteht seit 1989 (Art. 337 Abs. 1 OR). Der Gekündigte soll beurteilen können, ob er die fristlose Auflösung akzeptieren oder anfechten soll. Vor der Einführung der Begründungspflicht setzte sich die Auffassung durch, das Nachschieben zu gestatten. Hier war von den Gerichten anerkannt, dass weitere Kündigungsgründe, über die beim Aussprechen der fristlosen Entlassung genannten hinaus, bis und mit Hauptverhandlung (bzw. vom kantonalen Prozessrecht bestimmtem, letztmöglichem Zeitpunkt) vorgebracht werden könnten, selbst dann, wenn der Kündigende von ihnen erst nach dem Aussprechen der Entlassung Kenntnis erlangt habe. In der Literatur kamen teilweise kritische Äusserungen gegenüber dieser Gerichtspraxis vor. Mit der Einführung der Begründungspflicht auf Aufforderung hin entbrannte der Streit neu, ausgelöst nicht zuletzt durch die falsche Behauptung in der Botschaft, das Nachschieben von Kündigungsgründen sei schon nach altem Recht nicht gestattet gewesen; in der Lehre wurde so ziemlich alles vertreten (vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 335 OR N 17). Es überwiegt aber die Ansicht, dass aus Art. 337 Abs. 1 OR nicht zwingend der Schluss gezogen werden könne, der Kündigende sei an die von ihm abgegebene Kündigungsbegründung ein für allemal gebunden. Ob eine

Partei sich auf wichtige Gründe zu berufen vermöge, hänge entscheidend vom Vorhandensein ausreichender objektiver Sachverhalte und nicht davon ab, ob alle diese Sachverhalte sofort oder zum Teil erst später zur Begründung angeführt würden (vgl. Brühwiler, Art. 337 OR N 14 mit Hinweisen). Das Nichtbegründen trotz Aufforderung sei nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung zu berücksichtigen; die anderslautende Meinung in der Botschaft könne aber am allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz, dass neue Tatsachen bis zur Hauptverhandlung (und Noven teils noch später) vorgebracht werden könnten, nichts ändern (vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 335 OR N 17).

b) Zu unterscheiden sind drei Konstellationen: Bei der ersten Konstellation können nachgeschobene Sachverhalte, die sich nach der fristlosen Entlassung ereigneten - der Arbeitnehmer unterschlägt zum Beispiel nach der fristlosen Entlassung einen Geldbetrag -, die bereits ausgesprochene fristlose Entlassung nicht rechtfertigen, sind aber für behauptete Ansprüche wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung von Bedeutung (vgl. Staehelin, Art. 337 OR N 39). Bei Umständen, die zeitlich vor der fristlosen Kündigung eintraten, ist zu unterscheiden, ob sie dem Kündigenden zur Zeit der Kündigung bekannt waren oder nicht.

Gemäss herrschender Lehre und Praxis dürfen nachträglich bekannt gewordene Umstände (2. Konstellation) nachgeschoben werden (vgl. Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14.A., N 155; Brühwiler, Art. 337 OR N 14; Staehelin, Art. 337 OR N 39 mit Hinweisen). Die Problematik liegt bei diesen Fällen darin, dass einerseits eine fristlose Entlassung als "ultima ratio" nur zulässig ist, wenn die Verfehlungen objektiv geeignet sind, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder mindestens so tiefgreifend zu erschüttern, dass die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zumutbar ist, und dass sie subjektiv auch tat-

sächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben, dass aber andererseits diese Verfehlungen zur Zeit der Kündigung gerade nicht bekannt waren, weshalb das subjektive Erfordernis im Grunde genommen fehlt. Das Nachschieben ist deshalb gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur unter restriktiven Bedingungen möglich. Es ist in solchen Fällen danach zu fragen, ob die nachträglich bekannten Umstände den Kündigenden, wenn er sie gekannt hätte, dazu hätten bewegen können, die Vertrauensgrundlage als zerstört zu betrachten und den Arbeitsvertrag fristlos aufzulösen (vgl. BGE 127 III 314; Pra 87, 1998, Nr. 54 und 85, 1996, Nr. 207; JAR 2002 S. 166; Rehbinder/Portmann, Basler Kommentar, Art. 337 OR N 9).

Bei der dritten Fallgruppe entfällt diese hypothetische Fragestellung: Dem Kündigenden ist der (zusätzliche) Sachverhalt zur Zeit der fristlosen Entlassung zwar bekannt, er nennt ihn aber in der schriftlichen Begründung der fristlosen Kündigung nicht. Zu dieser Fallgruppe scheint sich das Bundesgericht noch nicht geäussert zu haben. Dagegen will eine Reihe von Autoren den Kündigenden, der eine Begründung abgibt, auf den ihm bekannten und von ihm bekannt gegebenen Gründen behaften bzw. den Empfänger schützen, der sich auf die geltend gemachten Gründe verlassen können müsse (vgl. die Übersicht bei Streiff/von Kaenel, Art. 335 OR N 17 f.; Vischer, S. 181; Rehbinder, Art. 337 OR N 17). Dieser Schluss ist aber nicht zwingend. Entscheidend ist vielmehr, ob (rechtzeitig) eine fristlose Kündigung erfolgt oder nicht. Erfolgt sie, ist für den Gekündigten klar, dass das Arbeitsverhältnis ab sofort und definitiv aufgelöst ist (vgl. Staehelin, Art. 337 OR N 39; JAR 2002 S. 267, 2000 S. 234). Ob die Voraussetzungen dafür gegeben waren (objektive Schwere der Verfehlungen, subjektive Folgen auf die Vertrauensbeziehung zwischen den Vertragsparteien, zeitliche Aspekte etc.) wird im Anfechtungsfall durch den Richter im Zivilprozess beurteilt (vgl. Staehelin, Art. 337 OR

N 39). In diesem Prozess sollen die Parteien wie üblich die Möglichkeit haben, unter Beachtung der einschlägigen Prozessvorschriften alles ihren Standpunkt Stützende vorbringen zu können (so zumindest ähnlich das Bundesgericht, allerdings nur zur Frage, ob der Kündigende, der einen ihm zur Zeitpunkt der Kündigung nicht bekannten Grund nachschiebt [2. Konstellation], diese unverzüglich geltend machen muss, in BGE 127 III 314). Eine Durchbrechung dieses prozessrechtlichen Grundsatzes allein aus der Pflicht ableiten zu wollen, Kündigungen zu begründen, geht nicht an; dazu wäre eine eindeutige, die allgemeinen Prozessregeln einschränkende Gesetzesformulierung nötig, zumal die Begründung nicht Gültigkeitserfordernis der Kündigung ist (vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 335 OR N 17; Staehelin, Art. 337 OR N 39; Rehbinder, Art. 337 OR N 17). Dieses Ergebnis vermag auch unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit am ehesten zu befriedigen, weil sonst die gekündigte Vertragspartei von der Zufälligkeit rechtzeitiger Beweisbarkeit eines Sachverhalts profitieren und Schadenersatz wegen ungerechtfertigter fristloser Kündigung beanspruchen könnte, obwohl sie dies nach der objektiven, dem Richter im Zeitpunkt des Urteils bekannten Sachlage eigentlich nicht verdiente (Brühwiler, Art. 337 OR N 14). So kann der Kündigende die Gründe aus legitimem Anlass noch zurückhalten wollen, z.B. wegen einer gegen den Entlassenen eingeleiteten Strafuntersuchung, deren Erfolg bei der Bekanntgabe in der Kündigungsbegründung gefährdet wäre; er kann nur Verdachtsmomente kennen, aber am Sammeln von Beweisen sein oder nach der Kündigung per Zufall auf Verfehlungen der Gegenseite stossen (vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 335 OR N 17). Ein Schutz des Vertrauens des Gekündigten auf die schriftliche Angabe von Gründen kommt in aller Regel, insbesondere bei schweren Vertragsverletzungen wie Straftaten zum Nachteil des Kündigenden, nicht in Betracht, da ein Behaften auf dessen früherer Begründung unter diesen Umständen rechtsmissbräuchlich wäre (Rehbinder, Art. 337 OR N 17).

Dem Schutz des Kündigungsempfängers, der sich mit einem nachgeschobenen Grund auseinandersetzen muss, kann ohne weiteres Rechnung getragen werden: Zum einen kann das Fehlen eines Grundes in der Begründung der fristlosen Entlassung bei der Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen berücksichtigt werden oder sogar eine Schadenersatzpflicht auslösen (vgl. Streiff/von Kaenel, Art. 335 OR N 17). Zum anderen kann der Richter auch inhaltlich, im Rahmen seines Ermessens (Art. 337 Abs. 3 OR) und der freien richterlichen Beweiswürdigung, das Fehlen des nachgeschobenen Grundes in der Begründung als Indiz dafür werten, dass er das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nicht zerstörte. Dabei wird der Richter unter anderem die Motive berücksichtigen, welche den Kündigenden veranlassten, den einen oder anderen Grund nicht zu nennen; der Gekündigte kann diese Motive zum Prozessgegenstand machen. Je nachdem wird das Verhalten des Kündigenden anders zu bewerten sein. Das Abwarten von Ergebnissen einer Strafuntersuchung ist wohl legitim. Es wird auch darauf ankommen, ob die Gegenseite sehr genau weiss, was sie "verbrochen" hat (zum Beispiel Unterschlagung), verglichen mit dem Vorwurf, fahrlässig die Interessen des Kündigenden verletzt zu haben, zum Beispiel durch Fehlbuchungen ohne Bereicherungsabsicht (Streiff/von Kaenel, Art. 335 OR N 17). Das Erfordernis der rechtzeitigen fristlosen Kündigung gilt auch für einen solchen nachgeschobenen Kündigungsgrund. Entscheidend ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz allerdings nicht die Frist zwischen der sicheren Kenntnis und der schriftlichen Bekanntgabe dieses Kündigungsgrundes, sondern zwischen Kenntnis und fristloser Entlassung. Ergänzend ist festzuhalten, dass im Rahmen dieser (beschränkten) Zulässigkeit, Kündigungsgründe nachzuschieben, die Gefahr gebannt ist, dass das Arbeitsverhältnis im Nachhinein seziert und erst im Prozess alles Mögliche aus früherer Zeit zur Stützung einer unüberlegten fristlosen Kündigung vorgebracht wird.

c) Zusammengefasst ergibt sich, dass das Nachschieben von Kündigungsgründen, die zur Zeit der fristlosen Entlassung dem Kündigenden bereits bekannt waren, grundsätzlich zulässig ist, solange sie im Rahmen der einschlägigen Vorschriften korrekt in den Prozess eingeführt werden; vorbehalten bleibt der Rechtsmissbrauch. Die Tatsache, dass die Gründe nachgeschoben wurden, insbesondere die Ursachen bzw. Motive für das Nachschieben, sind vom Richter zu berücksichtigen und können den Entscheid beeinflussen, ob ein wichtiger Grund gegeben ist. Damit wird auch der berechtigte Schutz der Arbeitnehmer vor ungerechtfertigten fristlosen Entlassungen nicht aufgeweicht. Dieser zweifellos nach wie vor nötige Schutz erfolgt wirksamer durch eine restriktive Praxis zum wichtigen Grund im Sinn von Art. 337 Abs. 1 OR als durch das Aufstellen formaler Hürden.

Obergericht, 16. Januar 2003, ZBO.2002.16

---

14. Ein qualifiziertes Abwerben von Kunden stellt auch bei bereits erfolgter Freistellung einen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses dar (Art. 337 OR)

---

1. Der Berufungskläger arbeitete für die in der Versicherungsbranche tätige Berufungsbeklagte als Aussendienstmitarbeiter der Hauptagentur in A. Nachdem er bei einem Konkurrenzunternehmen eine neue Arbeitsstelle gefunden hatte, kündigte er den bestehenden Arbeitsvertrag am 2. Februar 2001. Am gleichen Tag einigten sich die Parteien auf eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 28. Februar 2001, wobei der Berufungskläger bis zur vereinbarten Auflösung freigestellt wurde. In der Folge kündigte die Berufungsbeklagte am 8. Februar 2001 das Arbeitsverhältnis fristlos, weil der Berufungskläger im Januar 2001 über 100 Kun-

den eigenmächtig und unbefugt mitgeteilt habe, sie könnten ihre Versicherungsverträge in Abänderung zum bestehenden Vertrag gemäss einer vorangegangenen Besprechung unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist auf Ende jedes Versicherungsjahrs kündigen. Nachdem die Berufungsbeklagte der Forderung des Berufungsklägers, die fristlose Kündigung zurückzunehmen, nicht nachkam, erhob dieser Klage und forderte die Zahlung des Lohns bis zum Ablauf der Vertragsdauer. Die Vorinstanz wies die Klage ab, worauf der Berufungskläger ans Obergericht gelangte.

2. a) Der Ablauf der Ereignisse in tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, aktenmässig belegt oder vom Berufungskläger anerkannt, verweist er doch in seiner Berufungsbegründung diesbezüglich unter anderem auf das angefochtene Urteil. Einigkeit herrscht insbesondere darin, dass der Berufungskläger im Januar 2001 im Namen der Berufungsbeklagten, Hauptagentur A, ca. 120 Briefe an Kunden versandte, in denen mitgeteilt wurde, gemäss Besprechung mit dem Berufungskläger gelte in teilweiser Abänderung der vertraglichen Bestimmungen, dass die im Titel genannte Police unter Einhaltung einer dreimonatigen Frist mittels eingeschriebenem Brief auf Ende jedes Versicherungsjahrs gekündigt werden könne. Die Vorinstanz schloss aus dem Beweisverfahren, der Berufungskläger sei nicht befugt gewesen, solche Briefe selbst und allein als Vertreter der Berufungsbeklagten zu unterzeichnen, und es sei auch nicht gängige Praxis bei der Berufungsbeklagten gewesen, dass Aussendienstmitarbeiter solche Schreiben unterzeichnet hätten. Überdies habe dem Berufungskläger die entsprechende Unterschriftenregelung bei der Berufungsbeklagten bekannt sein müssen. Daraus und aus dem gesamten Verhalten des Berufungsklägers ergebe sich, dass der Berufungskläger darauf abgezielt habe, mit Blick auf den künftigen Stellenwechsel zu einem Konkurrenzunternehmen Kunden abzuwerben.

b) Zu entscheiden bleibt somit einzig die Rechtsfrage, ob der Berufungskläger mit seinem durch die Vorinstanz festgestellten Verhalten einen wichtigen Grund im Sinn von Art. 337 OR setzte, welcher die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen vermag. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers stellt sich nach den von ihm im Berufungsverfahren stehen gelassenen Feststellungen der Vorinstanz dabei aber nicht einzig die Frage, ob ein Abwerben von Kunden kurz vor Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine fristlose Entlassung auch noch rechtfertigen kann, wenn ein solcher Sachverhalt erst nach erfolgter Freistellung festgestellt wird. Zu beurteilen ist im vorliegenden Fall nicht nur eine blosse Aufforderung an Kunden, den Versicherungsvertrag auf den nächstmöglichen Termin zu kündigen, sondern ein qualifiziertes Abwerben, indem durch unbefugtes und eigenmächtiges Handeln im Namen des Arbeitgebers vorab die Kündigungsmöglichkeit in Abänderung bestehender Verträge so modifiziert wurde, dass eine Abwerbung überhaupt möglich wurde, nämlich auf Ende des (laufenden) Versicherungsjahrs. Ohne diese Abänderung wäre bei mehrjähriger Vertragsdauer eine Abwerbung faktisch kaum möglich, da der Versicherungsnehmer in diesem Fall - bis zum ordentlichen Vertragsende der alten Versicherungspolice - die Versicherungsprämien zweimal bezahlen müsste.

3. Aus wichtigen Gründen können der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR).

a) Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausschliesslich, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint (BGE 116 II 144) bzw. das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nach objektiven und subjektiven Gesichtspunkten endgültig zerstört ist (Staehelin, Zürcher Kommentar, Art. 337 OR N 3 mit Hinweisen; Rehbinder, Berner Kommentar, Art. 337 OR N 2 mit Hinweisen). Nur besonders schwere Pflichtverletzungen rechtfertigen eine fristlose Entlassung (BGE 127 III 313, 117 II 73 f., 116 II 150; Tarnutzer-Münch, Kündigungsschutz, in: Stellenwechsel und Entlassung [Hrsg.: Geiser/Münch], Basel/Frankfurt a.M. 1997, N 2.60). Es kann sich entweder um eine Verletzung der Treuepflicht oder der Arbeitspflicht handeln (BGE vom 6. November 2000, 4C.19/2000, Erw. 2). Leichtere Vertragsverletzungen rechtfertigen eine fristlose Entlassung nur im Wiederholungsfall trotz vorgängiger Abmahnung (BGE 121 III 472; von Kaenel, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung [Art. 337c Abs. 3 OR], Diss. Zürich 1996, S. 66). Als ultima ratio ist die fristlose Entlassung zudem erst zulässig, wenn dem Vertragspartner nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten (BGE 117 II 562).

b) Rechtsprechung und Literatur beurteilen zahlreiche Handlungen von Arbeitnehmern als "wichtige Gründe" im Sinn von Art. 337 OR, welche zur fristlosen Entlassung berechtigen (vgl. Rehbinder, Art. 337 OR N 6 ff.; Staehelin, Art. 337 OR N 14 ff.; Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2.A., Art. 337 OR N 2; Tarnutzer-Münch, N 2.61 ff.; Streiff/von Kaenel, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5.A., Art. 337 OR N 5). Dazu gehören insbesondere Vertrauensmissbrauch und Konkurrenzierung des Arbeitgebers während noch bestehendem Arbeitsverhältnis, das aktive Abwerben von Mitarbeitern (BGE 104 II 28) oder

Kunden für ein Konkurrenzunternehmen (Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 14.A., N 354; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N 5 lit. e). Dagegen sind nach der Lehre Vorbereitungen für die Gründung eines Konkurrenzunternehmens in der Freizeit statthaft und Selbstinserate zur Anwerbung von Personal nicht illoyal (Staehelin, Art. 337 OR N 22; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N 5 lit. e mit Hinweis auf ZR 72, 1973, Nr. 54). Die Treuepflicht gebietet dem Arbeitnehmer, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR); der Arbeitnehmer hat insbesondere alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers ist jedoch nicht schrankenlos. Grenze der Treuepflicht sind die berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit, zu denen insbesondere auch das Interesse an einer anderen Tätigkeit gehört. Deshalb darf ein Arbeitnehmer bei bestehendem Arbeitsvertrag eine spätere Tätigkeit vorbereiten. Jedoch verletzt er seine Treuepflicht, wenn diese Vorbereitungen gegen Treu und Glauben verstossen. Das ist vor allem der Fall, wenn der Arbeitnehmer noch während der Kündigungsfrist mit der Konkurrenzierung beginnt oder seinem Arbeitgeber Angestellte oder Kunden abwirbt (BGE 117 II 74 mit Hinweisen, 117 II 561; Tarnutzer-Münch, N 2.63 mit Hinweis auf BGE vom 23. Januar 1992, 4C.433/1991). Eine fristlose Entlassung ist dagegen nicht gerechtfertigt, wenn der bereits ordentlich gekündigte Arbeitnehmer während der Ferien ein paar Tage für einen anderen Unternehmer schwarz arbeitet (JAR 1997 S. 182 ff.).

c) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit gegen das Suchen einer neuen Arbeitsstelle bei einem Konkurrenzunternehmen sowie gegen entsprechende Vertragsverhandlungen und einen Vertragsschluss nichts einzuwenden. Der Arbeitnehmer darf seine für die Zeit nach der Beendigung des aktuellen Arbeitsverhältnisses geplante neue Arbeit vorbereiten. Dabei darf er aber seine Pflichten gegenüber seinem aktuellen Arbeitge-

ber nicht verletzen. Es ist offensichtlich, dass sich ein Arbeitnehmer - bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses - Zurückhaltung aufzuerlegen hat, wenn sein neuer Arbeitgeber den aktuellen konkurrenziert.

Unbestritten ist, dass der Berufungskläger die ca. 120 Briefe mit der Vertragsänderung eine bzw. zwei Wochen vor seiner Kündigung vom 2. Februar 2001, in welcher er mitteilte, er werde am 1. März 2001 "eine neue Herausforderung in der Assekuranz auf dem Platz A annehmen", versandte. Damit verstiess der Berufungskläger massiv gegen die Interessen seiner aktuellen Arbeitgeberin, indem er unbefugt und eigenmächtig ca. 120 Kunden ermöglichte, mehrjährige Versicherungsverträge im laufenden Jahr zu kündigen. Erst dadurch konnte sich der Berufungskläger die Möglichkeit schaffen, diese ca. 120 Kunden für seine neue Arbeitgeberin auf den frühest möglichen Zeitpunkt zu gewinnen. Dies ist als grobe Verletzung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht zu beurteilen, was in der Regel und im vorliegenden Fall zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin berechtigt.

Der Berufungskläger kann sein Verhalten nicht damit entschuldigen, es sei üblich, dass ein Aussendienstmitarbeiter einer Versicherung beim Stellenwechsel immer gewisse Kunden zum neuen Arbeitgeber mitnehme. Zutreffend ist zwar, dass regelmässig ein Teil der Kunden hauptsächlich wegen der Person des Versicherungsvertreters bei dessen Gesellschaft versichert ist und diese Kunden deswegen mit der Vertrauensperson die Versicherung wechseln wollen. Darum geht es indessen hier nicht. Entscheidend ist vielmehr einerseits, dass im Rahmen der Vertragsfreiheit (Abschlussfreiheit) zwar jeder Versicherungsnehmer die Versicherung wechseln kann, dabei allerdings immer den laufenden Versicherungsvertrag mit seinen Kündigungsfristen einzuhalten hat, weshalb bei einem überjährigen Vertrag der blosse Wechsel des Aus-

sendienstmitarbeiters zu einer neuen Versicherung nicht zur Kündigung des Versicherungsvertrags berechtigt. Ausserdem ist es einem Aussendienstmitarbeiter untersagt, bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit eigentlichen Abwerbebemühungen zu beginnen. Zulässig dürfte vor diesem Zeitpunkt in der Regel lediglich eine blosse Mitteilung über den Stellenwechsel, verbunden mit dem Dank für das bisherige Vertrauen, sein. Abgesehen davon geht es - entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers - in diesem Fall nicht nur um die Mitnahme einiger Kunden, zu denen ein besonderes Vertrauensverhältnis bestand, sondern darum, dass sich der Berufungskläger in ca. 120 Fällen mit überjähriger Vertragsdauer gezielt, unbefugt und eigenmächtig die Möglichkeit zur Abwerbung der Kunden entgegen den bestehenden Verträgen schuf.

d) Zu beantworten bleibt damit die Frage, ob die fristlose Entlassung allein deshalb nicht gerechtfertigt war, weil sie erst nach erfolgter Freistellung und nur 19 Tage vor Ablauf des Vertragsverhältnisses ausgesprochen wurde.

aa) Bei der Beantwortung der Frage, ob eine fristlose Entlassung gerechtfertigt ist, sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So ist in Betracht zu ziehen, wie lange der Kündigende andernfalls an das Arbeitsverhältnis gebunden wäre. Je eher das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf oder ordentliche Kündigung enden würde, umso gewichtiger muss der angeführte Kündigungsgrund sein, um eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen (vgl. BGE 117 II 563; Staehelin, Art. 337 OR N 4 mit Hinweisen; Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N 16). Dies gilt besonders, wenn die Frist einer vorangegangenen ordentlichen Kündigung bereits läuft (Rehbinder, Art. 337 OR N 2 mit Hinweisen). Unter Hinweis auf einen unveröffentlichten Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Juni 1990 wird in der Literatur zudem die Ansicht vertreten, dass dann, wenn ein Arbeitgeber einem Ar-

beitnehmer gekündigt und gleichzeitig auf seine weiteren Dienste verzichtet habe (Freistellung), der Arbeitgeber nur recht selten während der Kündigungsfrist noch eine fristlose Entlassung aussprechen und die Lohnzahlung einstellen könne. Unzumutbarkeit ergebe sich meist bei persönlicher Konfrontation; diese entfalle beim nicht mehr am Arbeitsort erscheinenden Arbeitnehmer. Nur wenn nach der Freistellung schwerwiegende Tatbestände, z.B. Veruntreuungen, bekannt würden oder sich der freigestellte Arbeitnehmer zu krassen Illoyalitäten gegen den bisherigen Arbeitgeber hinreissen lasse, könne nachträglich die fristlose Entlassung ausgesprochen werden (Streiff/von Kaenel, Art. 337 OR N 2).

bb) Der Berufungskläger beging eine erhebliche Treuepflichtverletzung. Sie wirkt beim Berufungskläger besonders schwer, weil Aussendienstmitarbeiter von Versicherungen in Bezug auf den Kundenstamm regelmässig ein besonders grosses Vertrauen ihres Arbeitgebers geniessen. Bereits relativ geringe Verfehlungen können dabei zu einer grundlegenden Zerstörung des Vertrauensverhältnisses führen. Zwischen den Parteien bestand die vertragliche Beziehung mit dem Anspruch auf bzw. der Pflicht zur Lohnzahlung aber weiter, auch wenn nach dem Zeitpunkt der Freistellung direkte und persönliche Konfrontationen der Parteien ausgeschlossen waren. Eine Besserstellung eines Arbeitnehmers, welcher freigestellt wurde, lässt sich bei erheblichen und groben Treuwidrigkeiten nicht rechtfertigen, zumal dieser Arbeitnehmer durch die Freistellung profitiert, indem der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers keine eigene Arbeitspflicht gegenübersteht. Im Übrigen ist im vorliegenden Fall die Freistellung nach erfolgter Kündigung im Arbeitsvertrag ausdrücklich vorgesehen. Der Berufungskläger schuf mit seinem Verhalten zudem ein beträchtliches Schadenspotential, versandte er sein Schreiben mit der Vertragsänderung doch immerhin an ca. 120 Kunden. In diesem Verhalten des Berufungsklägers ist eine gewisse Skrupellosigkeit zu erblicken, zumal in den Anstellungsbedingungen ausdrücklich fest-

gehalten ist, dass sich die Mitarbeiter jeder Betätigung zu enthalten haben, welche die Interessen der Berufungsbeklagten schädigen könnte. Schliesslich ist auch die geltend gemachte "kurze Zeit" zwischen fristloser Entlassung und Vertragsende zu relativieren. Der Berufungskläger teilte am 2. Februar 2001 im Kündigungsschreiben mit, er werde am 1. März 2001 die neue Arbeitsstelle antreten. Dieser Stellenantritt wäre ohne Verletzung des bestehenden Arbeitsvertrags, welcher ordnungsgemäss erst per Ende April 2001 hätte aufgelöst werden können, nicht möglich gewesen. Der Stellenantritt bereits per 1. März 2001 wurde in der Folge von der Berufungsbeklagten akzeptiert. Weil das frühe Auflösungsdatum aber vom Berufungskläger selbst gesetzt wurde, verliert sein Argument an Bedeutung, die Zeit zwischen der fristlosen Auflösung und dem Vertragsende sei zu kurz gewesen, um die fristlose Entlassung zu rechtfertigen.

e) Zusammenfassend ergibt sich, dass es der Berufungsbeklagten nicht mehr zuzumuten war, dem Berufungskläger trotz seines krass treuwidrigen Verhaltens den Lohn noch bis zum Ablauf der Vertragsdauer zu bezahlen. Unverhältnismässig wäre eher das Gegenteil, wenn der Arbeitnehmer trotz solchen Verhaltens noch belohnt würde, nur weil man seine Treuwidrigkeit nicht sofort entdeckte.

Obergericht, 9. Januar 2003, ZBR.2002.38

15. **Problematik von "Gewinnversprechen"** (Art. 2 UWG; Art. 1 OR)

1. Die Berufungsbeklagte (X) klagte gegen die Berufungsklägerin gestützt auf ein Gewinnversprechen in einem Werbemai-

ling auf Zahlung von Fr. 6'250.--. Die Vorinstanz schützte die Klage, worauf die Berufungsklägerin an das Obergericht gelangte.

2. Bereits mehrfach befasste sich das Obergericht mit "Gewinnversprechen". Dabei wurde festgehalten, dass die Berufungsklägerin ein Versandhandelsunternehmen ist, dessen Strategie auf der Kombination von Warenangeboten mit Gewinnspielen bzw. Gewinnversprechen beruht. Diese sind nichts anderes als eine ausgeklügelte, planmässige Absatzförderungsmassnahme, basierend auf einem strategischen Konzept und operativ in den verschiedensten Varianten ausgeführt. In einem anderen Verfahren schützte das Obergericht die Berufung der heutigen Berufungsklägerin gegen ein erstinstanzliches Urteil (SJZ 96, 2000, S. 592 ff.) und wies eine Klage gegen diese auf Bezahlung eines Betrags von Fr. 50'000.-- gestützt auf ein Gewinnversprechen ab. Auf eine dagegen erhobene Berufung trat das Bundesgericht aufgrund mangelnder Berufungsbegründung des damaligen Klägers nicht ein, hielt in einer ausführlichen Randbemerkung indessen fest, erkläre sich ein Veranstalter für den Fall des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts bereit, einen vor Abschluss des Rechtsgeschäfts ermittelten Gewinn an einen bestimmten möglichen Empfänger auszuzahlen, so werde der zuvor ermittelte Gewinnanteil Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Leistung, welche der Veranstalter einem bestimmten Empfänger für den Fall des Vertragsabschlusses offeriere. Es möge zwar dem regelmässig verfolgten Zweck der Kundenwerbung und dem inneren Willen des Erklärenden widersprechen, für den Fall des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts von geringem Wert die eigene Leistung um den zuvor ermittelten Gewinnanteil zu erhöhen. Erkläre jedoch der Veranstalter seinen Antrag auf Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinreichend klar, so dass der Empfänger nach Treu und Glauben schliessen dürfe, Inhalt des Angebots sei neben der Warenlieferung die Auszahlung eines bestimmten Gewinns gegen Leistung der Bezahlung des Warenpreises, so sei der Veranstalter an dieses Angebot unbesehen der (fehlenden)

Wertparität der Leistungen gebunden. Sofern der Empfänger das Angebot daher akzeptiere, habe der Veranstalter - unter Vorbehalt der Art. 21 und 23 ff. OR - neben der bestellten Ware auch den versprochenen Gewinnanteil zu leisten (BGE vom 19. Dezember 2001, 4C.261/2001, Erw. 2b mit Hinweis auf BGE 115 II 236).

Die Frage der Kostenverteilung gab dem Bundesgericht Gelegenheit, sich trotz Fehlens der Eintretensvoraussetzungen zu den materiell-rechtlichen Problemen des Falls zu äussern. Dem Urteil kommt erhebliche Bedeutung zu, weil das Bundesgericht keinen Zweifel daran lässt, dass es bei gegebenen Prozessvoraussetzungen keine Bedenken gehabt hätte, dem damaligen Kläger die Fr. 50'000.-- zuzusprechen. Im Hinblick auf künftige Verfahren wird unmissverständlich festgehalten, dass der Versender von Werbeschreiben, welcher bei den Adressaten den Eindruck erweckt, sie hätten einen Preis gewonnen, unter Umständen verpflichtet ist, auf Verlangen hin den versprochenen Preis auszubezahlen. Vorausgesetzt wird dafür lediglich, dass der Empfänger nach Treu und Glauben von einem Gewinn ausgehen durfte und der Gewinner vor seiner Benachrichtigung bereits feststand (Fehlen eines aleatorischen Elements). Überdies muss der Adressat die vom Versender des Schreibens aufgestellten Gewinnbedingungen erfüllen, d.h. in dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall die Bestellung von Waren im Betrag von mindestens Fr. 20.-- (Rüetschi, Erfüllungsanspruch aus versprochenem Hauptgewinn über Fr. 50'000.--, in: AJP 2002 S. 847).

3. a) Obwohl dieses Bundesgerichtsurteil in der Literatur sowohl bezüglich der Begründung als auch vom Ergebnis her kritisiert wurde (Rüetschi, S. 847) und sich das Bundesgericht lediglich in einem "obiter dictum" zu den materiell-rechtlich entscheidenden Fragen äusserte, folgt das Obergericht der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die in der gewählten Form offensicht-

lich bewusst geäussert wurde. Die Problematik von "Gewinnversprechen" ist bekannt und unter lauterkeitsrechtlichen Gesichtspunkten immer wieder diskutiert worden (Baudenbacher, in: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [Hrsg.: Baudenbacher], Basel/Genf/München 2001, Art. 2 N 53 ff.; Streuli-Youssef, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden [Art. 3 UWG], in: SIWR V/1, 2.A., S. 192 ff.). Seit Jahren werden die Briefkästen von Privathaushalten in der Schweiz von verschiedenen Unternehmen mit derartigen "Gewinnversprechen" überschwemmt. Die Form dieser Versprechen ist höchst unterschiedlich: Viel Papier mit zum Teil verwirrlichen Werbeaussagen und -anpreisungen bei den einen; pseudoseriöses Auftreten mit Hinweisen auf Notare oder Rechtsanwälte mit Doktor- und Fantasietiteln, welche Gewinne verwalten und auszahlen würden, bei den anderen. Der menschlichen Vorstellungskraft sind bei der Ausgestaltung derartiger Gewinnversprechen keine Grenzen gesetzt. Die materielle Botschaft indessen ist bei den meisten Gewinnversprechen dieselbe: Beim Empfänger wird der Eindruck erweckt, er habe einen grossen Preis gewonnen, obwohl er nie an einem Preisausschreiben teilnahm. Der Empfänger muss - so lautet die Botschaft - nur wenig tun, um in den Besitz des Gewinns zu gelangen: Irgendwo eine Bestellmarke aufkleben und die "Gewinnkarte" zurücksenden, eine kleine Bearbeitungsgebühr einzahlen oder - besonders modern - unter einer (selbstverständlich gebührenpflichtigen) Telefonnummer irgendwelche weiteren Instruktionen abhören, die ihm erst nach einem minutenlangen Tonbandvortrag über Belanglosigkeiten bekannt gegeben werden. Oft wird dabei dem Empfänger des Gewinnversprechens mit zum Teil subtilen psychologischen Methoden suggeriert, dass die Auszahlung der Gewinnsumme oder die Übergabe des gewonnenen Diamantrings, Luxusautos usw. durch eine kleine Warenbestellung etwas beschleunigt oder sogar begünstigt werden könnte (Koller, Gewinnversprechen - schuld- und lauterkeitsrechtliche Aspekte, in: JKR 2001 S. 88). Aus rechtspolitischer Sicht ist durchaus wün-

schenswert, dass die Zivilgerichte bereit sind, die Schwelle für den normativ festzustellenden Verpflichtungswillen der Unternehmung wesentlich tiefer anzusetzen als bis anhin (vgl. Koller, S. 135 f.), auch wenn es auch in diesem Bereich Sache des Gesetzgebers wäre, Missbräuche zu bekämpfen. Ob eine bestimmte Erklärung einen Verpflichtungswillen des Erklärenden beinhaltet, richtet sich in erster Linie nach dessen wirklichem Willen. Gegebenenfalls wird dem Erklärenden, der keinen echten Verpflichtungswillen hat, normativ ein solcher Verpflichtungswille zudiktiert, und zwar dann, wenn der Erklärungsempfänger nach dem Vertrauensprinzip unter Berücksichtigung aller Umstände die an ihn gerichtete Erklärung als vom Verpflichtungswillen des Erklärenden getragen verstehen durfte.

Wie es sich damit bei Gewinnversprechen verhält, kann nicht generell, sondern nur im Einzelfall beurteilt werden. Erweckt das Unternehmen mit Ausdrücken wie "Sie haben definitiv und offiziell gewonnen", "Ihre Losnummer gehört zu den grossen Gewinnern!" etc. beim (konkreten) Empfänger den Eindruck, ihm sei - gegebenenfalls unter Erfüllung gewisser Bedingungen wie Einsenden einer Karte, Warenbestellung etc. - das grosse Los zugefallen, so sind dies nach einer Lehrmeinung (Koller, S. 111 f.) gewichtige Indizien, die für einen Verpflichtungswillen des Absenders sprechen. Dem steht allerdings die allgemeine Erfahrung gegenüber, derzufolge im Grund kaum jemand damit rechnen kann, von einem kommerziell tätigen Unternehmen "einfach so" eine namhafte Leistung zu erhalten, ohne zumindest vorgängig an einem Wettbewerb teilgenommen zu haben. Darüber hinaus hat es der Unternehmer in der Hand, durch geeignete Hinweise im "Gewinnversprechen" klar zu machen, dass es sich nicht um ein unbedingtes Versprechen im rechtlichen Sinn, sondern bloss um eine Gewinnchance handle, die man durch bestimmte Handlungen (z.B. Einsenden eines Wettbewerbstalons) verbessern könne. In der Praxis zeigt es sich allerdings, dass die von gewissen Versandhandelsunternehmen abgegebenen Gewinnversprechen diese Klarheit

gerade nicht zu erreichen versuchen, sondern dass sie im Gegenteil durch komplizierte Gestaltung der Unterlagen, verwirrliche Querverweise zwischen verschiedenen "Dokumenten", daneben aber immer unter Verwendung von einen definitiven Gewinn suggerierenden Wendungen bewusst Unklarheit schaffen. Unter vertrauenstheoretischen Gesichtspunkten lässt sich einem solchen Vorgehen leicht begegnen: Wer bewusst und systematisch Verwirrung stiftet bzw. den Gewinn verspricht und im Gegenzug dieses Versprechen durch eine Vielzahl von verwirrlichen Wendungen gleich wieder relativiert, kann sich nicht beklagen, wenn ihm ein Verpflichtungswille normativ unterstellt wird. Ein gewichtiges Indiz gegen den Verpflichtungswillen lässt sich damit aber nicht beseitigen: Warum sollte ein Unternehmer irgend einem ihm unbekannten Empfänger der Werbesendung ohne weitere Bedingungen und Auflagen (und sei es auch nur die Teilnahme an einem Wettbewerb) eine namhafte Leistung versprechen? Ist man gewillt, letzterem Umstand keine grosse Bedeutung zuzumessen, und lässt sich den dem Empfänger zugesandten Unterlagen auch sonst nicht mit genügender Klarheit entnehmen, dass das Gewinnversprechen nicht von einem Verpflichtungswillen getragen ist, so kann die Erklärung des Unternehmers ohne weiteres als Offerte gedeutet werden. In diesem Fall hat es der Empfänger in der Hand, diese durch (rechtzeitige) einseitige Erklärung anzunehmen und so einen Vertrag entstehen zu lassen. Dann steht dem Empfänger ein vertraglicher Anspruch auf Ausrichtung der versprochenen Leistung zu. Eines weiteren Verpflichtungsgrunds bedarf es diesfalls nicht. Dass sich ein solcher Vertrag nicht einem Vertragstyp des Besonderen Teils des OR zuordnen lässt, ist unerheblich (Koller, S. 111 ff.).

b) Somit ist in diesem Fall einzig entscheidend, ob die Berufungsbeklagte nach Treu und Glauben annehmen durfte, Inhalt des Angebots der Berufungsklägerin sei neben der Warenlieferung die Auszahlung des Betrags von Fr. 6'250.--.

aa) Diese Frage ist mit der Vorinstanz zu bejahen. Auf der Vorderseite des Gewinn- und Testbestellscheins ("Formulaire de gain & de commande à l'essai") sticht ein Abbild eines Eurochecks über den Betrag von Fr. 6'250.-- ins Auge, auf welchem gross und mit Fettdruck festgehalten ist: "2e Communiqué concernant l'avoir d'argent comptant de 6'250.-- Fr. de monsieur Max Mustermann!" (bei der Berufungsbeklagten: "... de madame X!"). Daneben ist die dem Obergericht aus früheren Verfahren bestens bekannte Frau Y ("Direction/Service Clients") freundlich, seriös und Vertrauen erweckend - mit leicht geneigtem Kopf und Brille - abgebildet. In einer Sprechblase teilt sie mit, sie habe schon verschiedene Male versucht, die Berufungsbeklagte zu erreichen. Sie solle jetzt bitte reagieren, damit ihr die Fr. 6'250.-- nicht entgingen. Darunter wird "Madame X" erneut namentlich angerufen und ihr in kleiner Schrift mitgeteilt, es sei schade, dass sie ihr Barguthaben noch nicht verlangt habe. Wie sich die Berufungsbeklagte erinnere, habe Y die Berufungsbeklagte vor noch nicht allzu langer Zeit mit der angenehmen Neuigkeit überrascht, ihre Guthabensvignette gebe ihr das Recht auf eine bedeutende Summe (der Gesamtbetrag belaufe sich auf Fr. 6'250.--). Bis jetzt habe sie trotzdem nichts von ihr gehört. Auf einer neuen Zeile und unterstrichen steht sodann, die Berufungsbeklagte habe noch immer das Recht auf ihr Guthaben, aber jetzt sei es höchste Zeit, zu reagieren. Danach führt Y - wiederum unterstrichen - weiter aus, der Einfachheit halber habe ihr Chef ihr ausnahmsweise ein Duplikat des Guthabensbelegs und eine Guthabensvignette für die Berufungsbeklagte gegeben. Die Berufungsbeklagte solle die Vignette auf den Guthabensbeleg des Gewinn- und Testbestellscheins kleben und an sie zurückschicken, mit oder ohne unverbindliche(r) Testbestellung. Nach einem Hinweis auf den neuen Katalog schliesst Direktorin Y: "Also, profitieren Sie von Ihrer letzten Chance! Schicken Sie mir Ihren Guthabens-Beleg mit der aufgeklebten Vignette, damit ich Ihre Bestellung umgehend ausführen lassen kann. Nichts wird dann die Auszahlung Ihres Guthabens mehr verhindern können."

Bei einer derart klaren und eindeutigen Aussage in Bezug auf das Gewinnversprechen, welche vorab optisch und grafisch deutlich herausgehoben ist, dann mehrfach wiederholt wird und durch die Fotografie einer bewusst Vertrauen erweckend dargestellten Direktorin eine persönliche Note erhält, kann sich die Berufungsklägerin nicht mit dem Hinweis auf irgendwelche Teilnahmebedingungen vom Gewinnversprechen distanzieren.

bb) Die Argumentation der Berufungsklägerin mit den Teilnahmebedingungen erweist sich ohnehin als unbehelflich, zeigt sie doch exemplarisch die Verwirrungstaktik, welche die Berufungsklägerin mit den Adressaten ihrer Werbesendungen betreibt. Auf dem Gewinn- und Testbestellschein steht zwar unterhalb des Feldes, in welches die Vignette aufgeklebt werden muss, in kleiner Schrift der Satz: "Ich habe die Wettbewerbsbedingungen gelesen und akzeptiere sie", aber kein Hinweis darauf, welches diese Wettbewerbsbedingungen sind, und wo sie überhaupt zu finden sind. Aus der kleingedruckten Erklärung der Direktorin Y lässt sich nur die Bedingung herauslesen, die Vignette auf den Guthabensbeleg ("preuve d'avoir") des Gewinn- und Testbestellscheins zu kleben und - mit oder ohne unverbindliche Testbestellung ("avec votre commande à l'essai sans obligation ou sans") - an die Direktorin zurückzusenden. Auf der Rückseite sind als einzige Bedingungen Lieferbedingungen aufgeführt, welche den sich auf das Gewinnversprechen beziehenden Hinweis enthalten, das Gewinnspiel sei auf internationalem Niveau organisiert (Schweiz, Österreich, Deutschland, Niederlande, Frankreich, Luxemburg und Belgien). Die Gewinner eines Preises von über Fr. 500.-- erhielten ihren Gewinn, wenn sie ihn abholten. Im Übrigen würden sich die Gewinner damit einverstanden erklären, ihren Namen und ihr Foto in einer der nächsten Ausgaben erscheinen zu lassen. Von irgendwelchen das Gewinnversprechen über Fr. 6'250.-- einschränkenden Bedingungen ist nirgends die Rede. Nicht nur von Durchschnittsadressaten lässt sich die von der Beru-

fungsklägerin angerufene einschränkende Bedingung, wonach der "Gesamtgewinnbetrag" von Fr. 6'250.-- je nach Anzahl der Teilnehmer aufgeteilt werde, erst nach längerem Suchen auf der Rückseite des hellblauen Flyers finden. Auf der Vorderseite ist die wichtige Mitteilung ("Communication importante!") des älteren, weisshaarigen Directeur d'attribution officielle aufgedruckt. Dabei teilt dieser dem "Monsieur Mustermann" ebenfalls mit, wie er aus ihren Dokumenten sehe, habe er (Monsieur Mustermann) in ihrem letzten grossen Gewinnspiel Fr. 6'250.-- gewonnen, aber bisher das Guthaben nicht verlangt. Er soll es heute einfordern, damit sein Recht nicht verwirke. Dafür müsse er einfach seine Vignette, die sich unten links auf diesem Brief befinde, auf den Gewinn- und Testbestellschein kleben und diesen innert 14 Tagen mit oder ohne unverbindliche(r) Testbestellung an die Berufungsklägerin zu Handen von Frau Y senden. Nur auf der ebenfalls hellblauen Rückseite dieses Flyers ist in ebenfalls hellblauer Schrift die von der Berufungsklägerin angerufene Bestimmung aufgedruckt.

Wer ein solches Verwirrspiel praktiziert, kann nicht ernsthaft behaupten, der Adressat habe in guten Treuen von einer solchen einschränkenden Bestimmung Kenntnis nehmen müssen. Ausserdem ist diese Bestimmung durch die von der Berufungsklägerin gewählte Darstellung mit hellblauer Schrift auf hellblauem Untergrund kaum lesbar, insbesondere für ältere Leute. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Zielpublikum der Berufungsklägerin zugestandenermassen das "unterste Preissegment" ist, also vorwiegend einfache und/oder ältere Leute, die sich nicht gewohnt sind, Angebote besonders kritisch zu studieren. Abgesehen davon ist der Wortlaut dieser Teilnahmebedingungen ebenfalls unklar. Zudem ist die Zustellung dieser versteckten, kaum wahrnehmbaren einschränkenden Bestimmung auf der Rückseite des hellblauen Flyers nicht bewiesen und kann von der Berufungsklägerin auch nicht bewiesen werden. Dies hat sie sich selbst zuzuschreiben, da sie diese einschränkende Bestimmung

nicht an einer deutlich sichtbaren Stelle aufdruckt, wo sie nach Treu und Glauben hingehören würde. Allein der Umstand, dass sich die Vignette, welche einzusenden ist, auf der "wichtigen Mitteilung" befindet, ist jedenfalls kein rechtsgenüglicher Beweis dafür, dass die von der Berufungsklägerin angerufene Bestimmung, welche sich auf der Rückseite dieses Aktenstücks befindet, auch der Berufungsbeklagten zugestellt wurde. Jedenfalls ist nicht auszuschliessen, dass diese Bestimmung lediglich in dem von der Berufungsklägerin eingereichten Musterset auf der Rückseite des hellblauen Flyers aufgedruckt ist und der Berufungsbeklagten ein entsprechender Flyer ohne diese Bestimmung zugestellt wurde.

cc) Auch dem Einwand der Berufungsklägerin, im Unterschied zum vom Bundesgericht beurteilten Fall sei hier die Teilnahme am Gewinnspiel klar losgelöst von einer allfälligen Warenbestellung, kann nicht gefolgt werden. Der Grad der Verknüpfung zwischen Gewinnversprechen und Warenbestellung ist in beiden Fällen ähnlich, jedenfalls nicht derart, dass die Erwägungen des Bundesgerichts nicht anwendbar wären. In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall ging es um ein "Zertifikat zur Gewinn-Anforderung", auf dem es hiess: "Gegen Rücksendung dieses Zertifikats zur Gewinn-Anforderung und Ihrer unverbindlichen Testanforderung nehmen Sie an der Gewinnverteilung teil." Im vorliegenden Fall erklärt Direktorin Y, man solle die Vignette auf das entsprechende Feld des Gewinn- und Testbestellscheins kleben und zusammen mit der unverbindlichen Testbestellung oder ohne an sie schicken. Aus dem Zusatz "ou sans" kann die Berufungsklägerin nichts Entscheidendes für sich ableiten. Abgesehen davon verknüpft Direktorin Y am Ende ihrer Ausführungen auf dem Gewinn- und Testbestellschein Gewinnspiel und Warenbestellung doch noch eindeutig, indem sie erklärt, man solle ihr den Guthabensbeleg mit der aufgeklebten Vignette zustellen, damit sie umgehend die Bestellung ausführen lassen könne. Nichts werde dann die Auszahlung des Guthabens mehr verhindern können.

Selbst wenn man annehmen wollte, die Teilnahme am Gewinnspiel sei völlig losgelöst von einer allfälligen Warenbestellung, könnte die Berufungsklägerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Für diesen Fall wäre das Gewinnversprechen als Offerte zum Vertragsabschluss und das Einfordern des Gewinns als Akzept zu qualifizieren (Koller, S. 110 ff.). Damit erhält der Empfänger eines Gewinnversprechens einen vertraglichen Anspruch auf Ausrichtung der versprochenen Leistung. Es spricht nichts dagegen, ein Gewinnversprechen als gewöhnliches Angebot (unter Abwesenden) zum Abschluss eines (gesetzlich nicht geregelten) Vertrags zu qualifizieren. Angesichts der klaren und deutlichen Formulierungen von Direktorin Y und dem Vermerk in Fettdruck auf dem Eurocheck muss sich die Berufungsklägerin, falls sie keinen echten Verpflichtungswillen hatte, einen solchen normativ zudiktieren lassen, weil die Berufungsbeklagte unter den dargelegten Umständen die an sie gerichtete Erklärung als vom Verpflichtungswillen der Berufungsklägerin getragen verstehen durfte (Koller, S. 111).

dd) Unbeachtlich hat auch der Einwand der Berufungsklägerin zu bleiben, sie habe im vorliegenden Fall nicht wie in dem vom Bundesgericht beurteilten Fall zwei Gewinnspiele in der gleichen Sendung vermischt; es sei lediglich ein einziges Gewinnspiel zu beurteilen. Als durchschnittlich aufmerksame Adressatin durfte die Berufungsbeklagte nach Treu und Glauben aus den klaren und eindeutigen Erklärungen der Berufungsklägerin ohne weiteres schliessen, sie habe Fr. 6'250.-- gewonnen. Ein zweites oder drittes Gewinnspiel im selben Versand ist nicht erforderlich, um Verwirrung zu stiften. Verwirrend ist nicht das Gewinnversprechen; dieses ist im Gegenteil klar und eindeutig. Das Verwirrspiel bezieht sich nur auf den von der Berufungsklägerin vor Vorinstanz und im Berufungsverfahren behaupteten inneren Willen, sie habe die versprochenen Fr. 6'250.-- gegen Rücksendung der Vignette auf dem Gewinn- und Testbestellschein (mit oder ohne

unverbindliche Warenbestellung) zu keinem Zeitpunkt an die Berufungsbeklagte bezahlen wollen, und darauf, dass die von ihr aufgestellten Teilnahmebedingungen angeblich klarstellen sollen, dass für die Berufungsbeklagte kein Gewinn entstanden sei bzw. dieser Gewinn weniger als Fr. 5.-- betrage, weshalb er nicht ausbezahlt werde.

c) Zusammenfassend durfte die Berufungsbeklagte somit nach Treu und Glauben annehmen, die Berufungsklägerin biete ihr neben einer allfälligen Warenlieferung zusätzlich die Auszahlung des Betrags von Fr. 6'250.-- an. Allfällige Berichterstattungen über die Berufungsklägerin bzw. deren Tätigkeiten in den Medien ändern daran nichts. Entsprechend ist aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Berufungsbeklagte an ihr Angebot gebunden.

Obergericht, 9. Januar 2003, ZBR.2002.25

---

16. **Bei nachgewiesener Zahlungsunfähigkeit des einen Ehegatten haftet der andere Ehegatte nur noch für seinen Anteil an der Gesamtsteuer** (Art. 80 SchKG; § 16 StG)

---

1. Die Rekursgegnerin bestreitet nicht, dass die Steuerrechnung einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt und sie demgemäss grundsätzlich nur die Einreden der Tilgung, Stundung oder Verjährung erheben kann (Art. 80 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 SchKG i.V.m. § 192 Abs. 4 StG und Art. 81 Abs. 1 SchKG). Sie macht jedoch geltend, ihr Ehemann sei zahlungsunfähig, weshalb sie nicht für die Gesamtsteuern belangt werden könne.

2. a) Gemäss § 16 Abs. 1 StG haften die Ehegatten in rechtlich und tatsächlich ungetrennter Ehe solidarisch für die Gesamtsteuer. Ist der eine von ihnen zahlungsunfähig, haftet nach Massgabe von § 16 Abs. 2 StG jeder Ehegatte nur für seinen Anteil an der Gesamtsteuer. Bei rechtlicher oder tatsächlicher Trennung der Ehe entfällt nach § 16 Abs. 3 StG die Solidarhaftung für alle noch offenen Steuerschulden. § 16 Abs. 1 StG regelt sowohl die Steuerveranlagung als auch den Steuerbezug. Abs. 2 und 3 dieser Bestimmung halten demgegenüber insbesondere fest, wie der Bezug vorzunehmen ist. Unter bestimmten Umständen haften die Ehegatten nicht mehr solidarisch für die Steuern, sondern nur noch jeder für seinen Anteil. Dies ist einerseits der Fall, wenn der eine von ihnen zahlungsunfähig geworden ist, und andererseits, wenn die Eheleute nicht mehr zusammenleben. In beiden Fällen soll der eine Partner nicht für den Steuerbetrag, welcher nicht durch sein Einkommen oder Vermögen verursacht wurde, haftbar werden. § 16 Abs. 3 StG hält dabei ausdrücklich fest, die getrennte Besteuerung entfalte nicht erst für die kommenden, sondern für alle noch offenen Steuerschulden Wirkungen. Diese Bestimmung sichert die Ehegatten ab, die in rechtlich oder tatsächlich getrennter Ehe leben, dass nicht nachträglich der gesamte offene Steuerbetrag bei dem einen Ehegatten eingezogen wird. Die Steuerbezugsbehörde hat in aller Regel keine Kenntnis davon, ob bzw. dass Umstände eingetreten sind, welche von Gesetzes wegen zur Folge haben, dass Ehegatten nicht mehr solidarisch für die Steuern haften. Es kann deshalb durchaus vorkommen, dass die Steuerrechnung trotz Trennung der Ehe das Einkommen und Vermögen beider Ehegatten umfasst. Die Zahlungsunfähigkeit oder Trennung hat indessen nicht eine Änderung der Veranlagung, sondern einzig den Wegfall der Solidarhaftung zur Folge. Eine dahingehende Veränderung der Gegebenheiten muss nicht zwingend mit Rechtsmitteln im Veranlagungsverfahren geltend gemacht werden. Nachdem es einzig eine Frage des Steuerbezugs und die anteilsmässige Haftung gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist, muss die betroffene Partei die

Möglichkeit haben, sich trotz des Vorliegens eines rechtskräftigen Titels für die definitive Rechtsöffnung hinsichtlich der Gesamtsteuer erst dann, wenn der Staat die Forderung eintreiben will, auf die veränderten Gegebenheiten zu berufen (RBOG 1997 Nr. 13).

b) Hinsichtlich der Frage nach der Zahlungsunfähigkeit des Ehemanns der Rekursgegnerin stellte die Vorinstanz auf den von der Rekursgegnerin eingereichten Auszug aus dem Betreibungsregister ab und gelangte zum Schluss, die Zahlungsunfähigkeit sei ausgewiesen.

aa) Vorab ist festzuhalten, dass die Einrede der Zahlungsunfähigkeit nach § 16 Abs. 2 StG durch den Steuerpflichtigen nicht nur lediglich glaubhaft dargetan, sondern bewiesen werden muss, da im Rahmen der definitiven Rechtsöffnung auch die gesetzlich zugelassenen Einwendungen strikt bewiesen werden müssen (vgl. Art. 81 Abs. 1 SchKG).

bb) Nach der Rechtsprechung des Obergerichts belegt auch die Tatsache, dass ein Erlassgesuch vorliegt, keine Zahlungsunfähigkeit im Sinn von § 16 Abs. 2 StG. Zwar kann der Umstand, dass Verlustscheine ausgestellt wurden, ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit sein, doch wird dies allerdings relativiert, wenn die Betreibungen und Verlustscheine namentlich in jüngerer Zeit vorab die öffentliche Hand und die Krankenversicherung betreffen. Sinngemäss zur Praxis zur Definition der Zahlungsfähigkeit nach Art. 174 Abs. 2 SchKG und nach § 77 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO ist Zahlungsunfähigkeit jedenfalls nicht gleichzusetzen mit Zahlungsunwilligkeit, insbesondere gegenüber öffentlich-rechtlichen Gläubigern (RBOG 1997 Nr. 16 und 1990 Nr. 29).

Es ist ohne weiteres zuzugestehen, dass gerade in diesem Fall der Betreibungsregisterauszug mit 35 Vorgängen in der

Zeit von Januar 2001 bis Ende Mai 2003 ein durchaus gewichtiges Indiz für die Annahme der Zahlungsunfähigkeit des Ehemanns darstellt und auch die bestehenden 44 Verlustscheine mit Forderungen im Gesamtbetrag von über Fr. 430'000.-- in diese Richtung deuten. Auf der anderen Seite legt der Umstand, dass der Ehemann der Rekursgegnerin in den Jahren 1999 und 2000 seine tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse im Steuerverfahren nicht offen legte und daher bereits zum dritten bzw. vierten Mal nach Ermessen veranlagt werden musste, die Vermutung nahe, dass möglicherweise doch eher von Zahlungsunwilligkeit als von -unfähigkeit auszugehen ist. Darauf lässt auch schliessen, dass es sich gemäss dem Betreibungsregisterauszug bei den betreibenden Gläubigern zum weit überwiegenden Teil um Steuerbehörden und die Krankenversicherung handelt, während der Ehemann seine anderen Verbindlichkeiten offenkundig mehr oder weniger fristgerecht zu erfüllen in der Lage ist. Dieser Eindruck mangelnden Zahlungswillens wird noch dadurch verstärkt, dass der Ehemann die im Sommer 2001 erworbene Liegenschaft in der Steuererklärung "aus Versehen" nicht deklarierte. Für das Jahr 2001 wies er ein - in der Zeit von Juni bis Dezember erzieltes - Einkommen von knapp Fr. 43'000.-- aus, während für das Jahr 2002 offenbar wiederum keine Steuererklärung vorliegt. Nachdem keine aktuelleren Einkommenszahlen nachgewiesen wurden, ist demnach gestützt auf das Einkommen im Jahr 2001 davon auszugehen, dass der Ehemann monatlich weiterhin gut Fr. 6'000.-- verdient.

Vor dem Hintergrund dieser Umstände und des gegenwärtigen Einkommens ist der Rekursgegnerin der Beweis für die behauptete Zahlungsunfähigkeit des Ehemanns mit dem Betreibungsregisterauszug nicht gelungen; die Zahlungsunfähigkeit ist nicht einmal glaubhaft gemacht. Vielmehr ist tatsächlich eher von mangelndem Zahlungswillen gegenüber ganz bestimmten Gläubigern auszugehen, worauf auch hindeutet, dass sich die Eheleute trotz behaupteter Zahlungsunfähigkeit ein Einfamilienhaus zu einem monatlichen Mietzins von beachtlichen Fr. 2'250.-- leisten.

Schliesslich weist die Rekurrentin durchaus zu Recht darauf hin, dass es widersprüchlich sei, wenn die Vorinstanz zwar bezüglich der Betreibung gegen die Rekursgegnerin die Zahlungsunfähigkeit ihres Ehemanns verneine, indessen in der gegen diesen laufenden Betreibung die Rechtsöffnung erteilt habe.

Obergericht, 28. Juli 2003, BR.2003.57

---

17. Die in Art. 1 Abs. 2 VwVG aufgeführten Behörden sind Bundesbehörden gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG

---

1. Die Schweizer Milchproduzenten SMP verlangte gestützt auf eine von ihr erlassene Verfügung definitive Rechtsöffnung. Die Vorinstanz verweigerte diese.

2. a) Strittig ist, ob die Verfügung der Rekurrentin vom 17. September 2002 im Sinn von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG einem gerichtlichen Urteil gleichgestellt ist. Die Vorinstanz verneinte dies unter Hinweis auf Staehelin (Basler Kommentar, Art. 80 SchKG N 105): Private Organisationen, z.B. Ausgleichskassen und Krankenkassen, die in Ausübung von Bundesrecht Verfügungen erliessen, seien keine Bundesbehörden; die in BBl 1991 III 66 vertretene Auffassung, wonach alle in Art. 1 Abs. 2 VwVG aufgeführten Behörden Bundesbehörden gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG seien, werde nicht geteilt.

b) Das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren findet auf das Verfahren in Verwaltungssachen Anwendung, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind (Art. 1 Abs. 1

VwVG). Als Behörden im Sinn dieser Bestimmung gelten auch Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, also private Institutionen, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen (Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG). Wenn gegen deren Entscheide die Beschwerde unmittelbar an eine Bundesbehörde unzulässig ist, ist das VwVG jedoch nicht anwendbar (Art. 3 lit. a VwVG).

Dass eine Instanz oder Behörde öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllt, reicht somit nicht aus, um sie dem VwVG zu unterstellen; darüber hinaus müssen ihre Verfügungen direkt mittels Beschwerde bei einer Bundesbehörde angefochten werden können. Trifft dies nicht zu, ist die entsprechende Organisation nicht als Bundesbehörde zu qualifizieren. Demgegenüber sind diejenigen Behörden nach Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG, gegen deren Verfügungen unmittelbar Beschwerde an eine Bundesbehörde möglich ist, dem VwVG unterstellt und gelten folglich als Bundesbehörden im Sinn von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG. Vor der Revision des SchKG konnten sie sich im Betreibungsverfahren auf den damals geltenden Art. 40 Satz 2 VwVG berufen (und Art. 162 aOG), der rechtskräftige Verfügungen auf Geldleistung vollstreckbaren richterlichen Urteilen gemäss Art. 80 SchKG ausdrücklich gleichsetzte. Diese Vorschrift wurde einzig aus systematischen Gründen anlässlich der Revision in das SchKG überführt (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; BBl 1991 III 66); Art. 40 VwVG in der heutigen Fassung weist nur noch darauf hin, dass Verfügungen auf Geldzahlungen oder Sicherheitsleistungen auf dem Weg der Schuldbetreibung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs zu vollstrecken sind.

Am früheren Rechtszustand änderte sich folglich durch die neue Fassung von Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG nichts - eine Tatsache, auf die auch Staehelin in Art. 80 SchKG N 103 hinweist. Eine private Organisation, die in Erfüllung ihr übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen darf, und deren

Entscheid direkt bei einer Bundesbehörde beanstandet werden kann, kann folglich für die von ihr rechtskräftig auferlegten finanziellen Verpflichtungen definitive Rechtsöffnung verlangen. In BGE 128 III 39 ff. (Pra 91, 2002, Nr. 111) erklärte das Bundesgericht denn auch die für die Erhebung von Radio- und Fernsehempfangsgebühren zuständige Schweizerische Inkassostelle für Radio- und Fernsehempfangsgebühren (Billag AG) - eine private Organisation, deren Verfügungen beim BAKOM angefochten werden können - für berechtigt, den Rechtsvorschlag im Sinn von Art. 80 f. SchKG beseitigen zu lassen. Demgegenüber dürfen Verfügungen privater Organisationen, die zwar auch in Ausübung von Bundesrecht ergehen, aber nicht unmittelbar durch eine Bundesbehörde überprüfbar sind, nicht gestützt auf Art. 80 SchKG, sondern "nur" aufgrund des Konkordats über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe zur Vollstreckung öffentlich-rechtlicher Ansprüche vollstreckt werden.

c) Bei der Rekurrentin handelt es sich nicht um eine kantonale Behörde, sondern um eine einer Bundesverwaltungsbehörde gleichzusetzende Organisation im Sinn von Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG: Sie ist von Bundesrechts wegen zuständig und befugt, Selbsthilfebeiträge auch bei solchen Milchproduzenten zu erheben, die Nichtmitglieder einer regionalen Milchgenossenschaft sind (Art. 4, 5c und 5d sowie Abschnitt A der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen vom 7. Dezember 1998 mit Änderung vom 7. November 2001; Art. 11, 12 Abs. 4 und Anhang 2 lit. A der geltenden Verordnung vom 20. Oktober 2002; SR 919.117.72). Gegen ihre Verfügungen kann beim Bundesamt für Landwirtschaft Beschwerde erhoben werden (Art. 166 LwG; SR 910.1). Sie sind somit als Entscheide im Sinn von Art. 5 VwVG zu qualifizieren, und die Rekurrentin kann sich zu deren Vollstreckung auf Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG stützen.

Obergericht, 8. September 2003, BR.2003.73

18. **Die mit Telefax übermittelte, unterzeichnete Schuldanerkennung ist ein Titel für die provisorische Rechtsöffnung** (Art. 82 SchKG)

Es ist zu prüfen, ob der Rekurrent mit Bezug auf seine Forderung über eine Schuldanerkennung im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG verfügt. Danach muss ein vom Schuldner unterzeichnetes Dokument vorliegen, in welchem dieser erklärt, einer bestimmten Person eine bestimmte Summe zu einem bestimmten Zeitpunkt zu schulden. Gemäss der Praxis zu Art. 82 SchKG kann eine Schuldanerkennung aus mehreren Urkunden bestehen, wobei nur die eigentliche Anerkennungserklärung unterzeichnet worden sein muss. Der geschuldete Betrag muss nicht notwendigerweise in dem unterschriebenen Dokument beziffert werden, sondern kann sich aus anderen Schriftstücken ergeben, auf die sich das unterschriebene Dokument bezieht. Zwischen der Anerkennungserklärung und den weiteren Aktenstücken muss ein offensichtlicher und unzweideutiger Zusammenhang bestehen (Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 15 und 25, je mit Hinweisen). Da auch im Rechtsöffnungsverfahren grundsätzlich § 189 ZPO gilt und somit Urkunden nicht zwingend im Original vorzulegen sind, genügt es, wenn der Gläubiger die Fotokopie einer schriftlichen Schuldanerkennung einreicht, sofern der Schuldner die Rechtsgültigkeit des Beweismittels oder seiner Unterschrift nicht bestreitet (RBOG 1996 Nr. 19, 1990 Nr. 33; Staehelin, Art. 82 SchKG N 17 mit Hinweisen. RBOG 1982 Nr. 14 und 1963 Nr. 14 sind überholt). Diese Grundsätze haben auch bei einem Telefax zu gelten. Auch in diesem Fall hat der Schuldner eine Schuldanerkennung im Original unterzeichnet und diese alsdann per Telefax dem Gläubiger übermittelt. Der vom Gläubiger auf seiner Station empfangene Ausdruck enthält die vom Schuldner geleistete Unterschrift, ist insofern also mit einer Fotokopie vergleichbar. Der Unterschied zwischen der fotokopierten und der per Telefax übermittelten Schuld-

anerkennung liegt lediglich darin, dass bei der in Kopie ins Recht gelegten Schuldanerkennung in der Regel der Gläubiger über das Original verfügt, während beim Telefax das unterzeichnete Original regelmässig beim Schuldner verbleibt (ausser er würde es zusätzlich noch postalisch dem Gläubiger zustellen). Im Gegensatz dazu ist eine in einer E-Mail enthaltene Schuldanerkennung nicht unterzeichnet (vgl. Staehelin, Art. 82 SchKG N 14). Solange der Schuldner nicht glaubhaft macht, dass die auf dem Telefax wiedergegebene Unterschrift gefälscht sei, ist daher auch eine in einem Fax enthaltene unterzeichnete Schuldanerkennung als Rechtsöffnungstitel im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG zu qualifizieren.

Obergericht, 25. August 2003, BR.2003.66

---

19. **Im Rechtsöffnungsverfahren muss der Schuldner den Forderungsgrund substantiiert bestreiten** (Art. 82, 149 Abs. 2 SchKG)

---

1. Die Rekurrentin beruft sich im Rekursverfahren wie bereits vor Vorinstanz allein auf den Verlustschein, während der Rekursgegner das dem Verlustschein zugrunde liegende Schuldverhältnis mit der Begründung bestreitet, er habe mit der betreffenden Bank nie in geschäftlichem Kontakt gestanden.

2. Seit der in BGE 69 III 89 vorgenommenen Praxisänderung kommt dem Verlustschein im An- oder Aberkennungsprozess nicht mehr die Wirkung einer Vermutung zu Gunsten des Bestands der Forderung zu, da dies zu einer mit Art. 8 ZGB nicht zu vereinbarenden Umkehr der Beweislast führen würde (vgl. Huber, Basler

Kommentar, Art. 149 SchKG N 42). Gleich entschied das Bundesgericht bei der Vorlage eines Verlustscheins durch den Betriebenen zum Beweis für den Bestand seiner Gegenforderung im Verfahren auf definitive Rechtsöffnung und auf Aufhebung einer Betreibung nach Art. 85 SchKG (BGE 116 III 68, 102 Ia 363 ff., 98 Ia 355 f.). Hingegen bezeichnet Art. 149 Abs. 2 SchKG den (definitiven Pfändungs-)Verlustschein ausdrücklich als Titel für die provisorische Rechtsöffnung (vgl. BGE 116 III 68, 102 Ia 365, 66 III 91). Da er verurkundet, dass der Betriebene in einer früheren Betreibung keinen Rechtsvorschlag erhob, oder dass dieser durch Rechtsöffnung oder Urteil beseitigt wurde, kommt ihm in diesem Verfahren wie jedem anderen Titel für die provisorische Rechtsöffnung, sei dies nun eine öffentliche Urkunde oder eine Schuldanerkennung, eine erhöhte Beweiskraft für den Bestand der im Titel genannten Forderung zu (vgl. BGE 102 Ia 365). Diesen Grundsätzen entsprechend obliegt es entgegen der Auffassung der Vorinstanz dem Betriebenen bzw. hier dem Rekursgegner, das Bestehen des Grundverhältnisses ausreichend substantiiert zu bestreiten. Dies erfolgte hier nicht, wurde doch seitens des Rekursgegners zur Begründung im Wesentlichen lediglich vorgebracht, er habe mit den fraglichen Banken nie in geschäftlichem Kontakt gestanden. In welchem Zusammenhang sodann die Ausführungen über den Auftrag zu einer Fassadenrenovation, den er offenbar vor über 13 Jahren erhalten haben soll, über dessen Hausbank sowie über einen offenbar damit zusammenhängenden Prozess mit diesem Verfahren bzw. mit der dem Verlustschein zugrunde liegenden Forderung stehen sollen, vermag das Obergericht nicht zu erkennen. Nachdem auch dem Verlustschein in Bezug auf das Grundverhältnis nicht mehr zu entnehmen ist, als dass die an die Rekurrentin abgetretene Forderung auf einem Schuldsaldo des Kontokorrentkontos bei der betreffenden Bank beruht, hätte der Rekursgegner in Analogie zur Bestreitung des Bestands einer unterschriftlich anerkannten Schuld im Einzelnen und vor allen Dingen nachvollziehbar darlegen und glaubhaft machen müssen, wieso

gegen ihn überhaupt je ein Verlustschein ausgestellt wurde, wenn die diesem zugrunde liegende Forderung gar nicht bestehen sollte. Dies erfolgte nicht, weshalb die provisorische Rechtsöffnung zu erteilen ist. Unter diesen Umständen ist der Rekursgegner auf den ordentlichen Prozessweg zu verweisen, wobei alsdann der Beweis des Bestands der Forderung der Rekurrentin obliegt.

Obergericht, 24. Februar 2003, BR.2003.7

---

20. **Provisorische Rechtsöffnung für das Retentionsrecht des Vermieters** (Art. 82 SchKG; Art. 268 OR; Art. 895 ff. ZGB)

---

1. Die Vorinstanz hatte provisorische Rechtsöffnung für die in Betreibung gesetzte Forderung und für den Pfandgegenstand gemäss der Retentionsurkunde erteilt. Die Mieterin erhob Rekurs und machte geltend, die Voraussetzungen für die provisorische Rechtsöffnung lägen beim Retentionsrecht selten vor. Die Rekurrentin habe das Retentionsrecht des Rekursgegners nicht anerkannt; vielmehr werde es ausdrücklich bestritten.

2. Mit der Vorinstanz ist auch für das Retentionsrecht provisorische Rechtsöffnung zu erteilen. Die Praxis sprach sich mehrfach für die Zulässigkeit der provisorischen Rechtsöffnung aus, so etwa das Kantonsgericht Neuenburg (RJN 1992 S. 241 f.), das Obergericht des Kantons Zürich (ZR 77, 1978, Nr. 10 S. 18) oder das Kantonsgericht Zug (SJZ 53, 1957, Nr. 61 S. 108). Einzig das Amtsgerichtspräsidium Willisau war anderer Meinung. Auch in der Literatur wird die Zulassung der Rechtsöffnung weitgehend befürwortet. Es darf davon ausgegangen werden, dass ein Mieter mit der Unterzeichnung des Mietvertrags nicht nur die Schuld an

sich, sondern auch das dem Vermieter von Gesetzes wegen zustehende Retentionsrecht grundsätzlich anerkennt (Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 170 mit Hinweisen). In materieller Hinsicht erhob die Rekurrentin gegen das Retentionsrecht keinerlei Einwendungen.

Obergericht, 30. Juni 2003, BR.2003.41

21. **Auswirkungen des Doppelaufrufs auf bestehende Mietverhältnisse** (Art. 142 SchKG; Art. 261 OR)

1. Die X AG, vertreten durch die Rekurrentin 1, kaufte vor einigen Jahren von der Rekursgegnerin eine Liegenschaft, welche seit diesem Kauf vom Rekurrenten 2, dem Ehemann der Rekurrentin 1, gemietet wird. Einige Jahre später verlangte einer der Grundpfandgläubiger der X AG die Verwertung der Liegenschaft, wobei diese von der Rekursgegnerin nach Doppelaufruf ersteigert wurde. Auf Begehren der Rekursgegnerin wies die Vorinstanz die Rekurrenten unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter im Widerhandlungsfall an, die Liegenschaft zu verlassen.

2. Die Rekurrenten begründen ihren Rekurs u.a. mit dem Hinweis, der Rekurrent 2 und die X AG hätten hinsichtlich der strittigen Liegenschaft einen Mietvertrag abgeschlossen. Den Nachweis für ihre Behauptung erbringen sie mit dem entsprechenden Mietvertrag. Dieses erstmals vorgelegte Aktenstück kann trotz Stillschweigens der Rekurrenten vor Vorinstanz berücksichtigt werden: Es belegt die Richtigkeit ihrer Behauptung, es habe ein Mietverhältnis zwischen dem Rekurrenten 2 und der früheren Eigentümerin der Liegenschaft bestanden.

Hievon ist folglich in tatbeständlicher Hinsicht auszugehen. Die Rekursgegnerin verwahrt sich dagegen nicht; sie bringt einzig vor, sie habe die Liegenschaft "ohne die nicht vorgemerkten Mietverträge" ersteigert. Weil sie offensichtlich stets von Mietverträgen mit dem Rekurrenten 2 und/oder der Rekurrentin 1, die nicht im Grundbuch vorgemerkt seien, ausging, verlangte sie ausdrücklich Steigerung unter Doppelaufruf gemäss Art. 142 SchKG.

3. a) Es wurde bislang allseits übersehen, dass bei diesen Gegebenheiten zu prüfen ist, ob und gegebenenfalls welche Wirkungen der Doppelaufruf nach Art. 142 SchKG auf ein bestehendes Mietverhältnis hat. Bekanntlich geht letzteres mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über, wenn der Vermieter die Sache nach Abschluss des Mietvertrags veräussert, oder wenn sie ihm in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren entzogen wird (Art. 261 Abs. 1 OR); der Erwerber hat einzig bei dringendem Eigenbedarf die Möglichkeit der vorzeitigen Kündigung (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR). Das schweizerische Zivilrecht lässt es ferner zu, dass ein verpfändetes Grundstück ohne Zustimmung der Grundpfandgläubiger weiter belastet wird (Art. 812 Abs. 1 ZGB). Gleichzeitig legt es aber fest, dass das ältere Pfandrecht der späteren Belastung vorgehe, und dass diese zu löschen sei, wenn ihr Bestand den vorangehenden Pfandgläubiger schädige (Art. 812 Abs. 2 ZGB). Dieser sachenrechtlichen Regelung entspricht die Vorschrift von Art. 142 SchKG: Ist eine Liegenschaft ohne Zustimmung des vorgehenden Grundpfandgläubigers mit einer Dienstbarkeit oder Grundlast belastet, hat er das Recht, den Aufruf sowohl mit als auch ohne diese Last zu verlangen. Reicht das Angebot für die Liegenschaft mit dieser Last zur Befriedigung des Gläubigers nicht aus, und erhält er ohne sie bessere Deckung, ist er berechtigt, die Löschung der Last im Grundbuch zu verlangen. Bleibt nach seiner Befriedigung ein Überschuss, ist dieser in erster Linie bis zur Höhe des Werts der Last zur Entschädigung der Berechtigten zu verwenden.

b) Die Auffassungen darüber, welche Konsequenzen sich aus der "Drittwirkung" des Mietvertrags, d.h. dem Übergang des Mietverhältnisses auf den Käufer einer Liegenschaft, ergeben, gingen seit jeher auseinander (vgl. BGE 125 III 126 ff.). Die Rekurskommission des Obergerichts schloss sich in RBOG 1993 Nr. 7 der Auffassung an, ein Doppelaufruf vermöge auf den von Gesetzes wegen übergehenden Mietvertrag keine Wirkung auszuüben. Grund hiefür sei die unbestreitbare Tatsache, dass mit der Revision des Mietrechts eine Stärkung der Rechtsstellung des Mieters habe bewirkt werden wollen und auch bewirkt worden sei. Das Bundesgericht präzisierte diese Rechtsprechung in BGE 125 III 128 ff. folgendermassen: In BGE 124 III 37 ff. (Pra 87, 1998, Nr. 56) sei entschieden worden, dass der Doppelaufruf im Sinn von Art. 142 SchKG für (nicht vorgemerkte) Pachtverträge, welche gemäss Art. 14 LPG von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergingen, zulässig sei. Diese Auffassung sei für Mietverträge, die gemäss Art. 261 OR von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergingen, zu übernehmen. Auch wenn Art. 142 SchKG bei der Revision im Jahr 1994 in dieser Hinsicht nicht angepasst worden sei, ergebe sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte von Art. 261 OR nichts für eine bewusste Bevorzugung von Mietern mit langfristigen Mietverträgen gegenüber prioritären Grundpfandgläubigern in der Zwangsvollstreckung, so dass von einem zu weiten Wortlaut der massgebenden Bestimmungen ausgegangen werden müsse und eine Regelungslücke angenommen werden könne. Da erst der Doppelaufruf im Sinn von Art. 142 SchKG erweise, ob überhaupt vorgängige Grundpfandrechte durch den später abgeschlossenen Mietvertrag in ihrem Wert beeinträchtigt würden, sei der doppelte Aufruf in sinngemässer Anwendung der betreibungsrechtlichen Bestimmung ebenfalls für nicht eingetragene, langfristige Mietverträge zuzulassen. Dies habe aber nicht zur Folge, dass der Mietvertrag unbesehen der ausdrücklichen Anordnung in Art. 261 Abs. 1 OR überhaupt nicht auf den Erwerber übergehen würde. Der Doppelaufruf im Sinn von Art. 142 SchKG vermöge

zwar nicht den Übergang des Mietvertrags gemäss Art. 261 Abs. 1 OR schlechthin zu hindern; er eröffne aber immerhin dem Erwerber ohne Nachweis dringlichen Eigenbedarfs die ordentliche gesetzliche Kündigungsmöglichkeit auf den nächsten Termin. Werde Art. 142 SchKG in dieser Weise analog auf den gesetzlichen Übergang späterer langfristiger Mietverträge angewendet, so werde zwar den Interessen vorgehender Grundpfandgläubiger nicht der unbedingte Vorrang eingeräumt; es werde aber auch der gesetzgeberischen Absicht, den Mietvertrag ebenfalls im Fall der Zwangsverwertung der Mietsache auf den Erwerber übergehen zu lassen (Art. 261 OR), Rechnung getragen. Art. 142 SchKG sei somit in dem Sinn analog auf Mietverträge anzuwenden, die gemäss Art. 261 OR von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergingen, als dem Erwerber ermöglicht werde, nach dem Doppelaufruf die Mietsache unbesehen dringenden Eigenbedarfs auf den nächsten gesetzlichen Termin zu kündigen.

c) Aus dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich für die Beurteilung der hier zur Diskussion stehenden Streitsache Folgendes: Als die Rekursgegnerin die fragliche Liegenschaft ersteigerte, war der Rekurrent 2 Mieter derselben. Der Mietvertrag, den er mit der X AG abgeschlossen hatte, ging mit der Ersteigerung trotz des Doppelaufrufs auf die Rekursgegnerin über. Der Doppelaufruf bewirkte nicht automatisch den Untergang des Mietverhältnisses, wie dies die Rekursgegnerin behauptet; genauso wenig trifft aber die Auffassung der Rekurrenten zu, er habe keinerlei Einfluss auf den mit der früheren Eigentümerin der Liegenschaft abgeschlossenen Mietvertrag. Die Rekursgegnerin trat einerseits in die Rechtsstellung der vormaligen Vermieterin ein, ist aber andererseits ohne Angabe von Gründen berechtigt - gleichzeitig aber vor Stellung eines Ausweisungsbegehrens auch verpflichtet -, das von Gesetzes wegen auf sie übergegangene Mietverhältnis auf den nächstmöglichen gesetzlichen Termin zu kündigen.

Dass die Rekursgegnerin je in dieser Hinsicht tätig wurde, ist nicht nachgewiesen und wird von ihr auch nicht behauptet. Das Schreiben des Betreibungsamts, mit welchem die Rekurrenten aufgefordert wurden, die Liegenschaft zu räumen und der neuen Eigentümerin in sauberem Zustand zu übergeben, kann selbstverständlich nicht als rechtsgültige Kündigung seitens der Rekursgegnerin qualifiziert werden. Unter diesen Umständen können sich die Rekurrenten aber im Zusammenhang mit ihrem Verbleib in der Liegenschaft nach wie vor auf einen Mietvertrag berufen. Sie befinden sich somit nicht ohne Rechtstitel im strittigen Objekt, sondern sind hiezu berechtigt. Damit ist dem Ausweisungsbegehren der Boden entzogen; der Rekurs erweist sich als begründet.

Obergericht, 24. März 2003, ZR.2003.16

22. **Weisung, kein Motorfahrzeug zu führen** (Art. 41 Ziff. 2 StGB)

1. Nachdem X bereits im Frühling 2001 durch das Bezirksamt wegen mehrfacher grober Verletzung von Verkehrsregeln und weiteren SVG-Delikten verurteilt wurde, fiel er 14 Monate später - kurze Zeit nachdem er in den Besitz des Führerausweises gelangt war - im Strassenverkehr erneut negativ auf, indem er an einem Samstagabend auf ein vor ihm fahrendes und mit jungen Frauen besetztes Fahrzeug sehr nahe auffuhr, während längerer Zeit das Fahrzeug mittels Fernlicht blendete, es auf unübersichtlicher Strecke überholte, die Fahrzeuglenkerin gefährlich ausbremste und unnötig die Lichthupe betätigte. Die Bezirksgerichtliche Kommission verurteilte X wegen einfacher und mehrfacher grober Verletzung von Verkehrsregeln zu einer Gefängnisstrafe und zu einer Busse unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Zudem wurde X die Weisung auferlegt, während zwei Jahren kein Motor-

fahrzeug zu führen. Im Übrigen wurde die im Frühling 2001 bedingt ausgesprochene Gefängnisstrafe für vollziehbar erklärt. Gegen dieses Urteil erhob X Berufung.

2. a) Völlig zu Recht kam die Vorinstanz zum Schluss, dass dem Berufungskläger eine Weisung zu erteilen ist. Sie rechtfertigte das Fahrverbot für die Dauer von zwei Jahren für alle Motorfahrzeuge damit, dass der Berufungskläger noch nicht reif genug sei, um dauernd ein Fahrzeug ohne Verletzung von Verkehrsregeln und insbesondere ohne massive Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer zu führen. Es bedürfe einer unterstützenden Massnahme dazu, damit vom Berufungskläger eine charakterliche Reifung und Festigung erwartet werden könne. Dazu gehöre, dass der Berufungskläger für längere Zeit kein Motorfahrzeug führen dürfe. Die erste Verurteilung und auch der Entzug des Lernfahrausweises für immerhin neun Monate hätten keine bessernde Wirkung gezeitigt, weshalb die Erteilung einer Weisung im Interesse des Berufungsklägers liege.

b) Der Berufungskläger hält die Weisung für unverhältnismässig und völlig unüblich. Sie ziele offensichtlich auf eine zusätzliche Bestrafung ab, was nicht zulässig sei. Zudem sei es Sache der Administrativbehörde, über Massnahmen zu entscheiden.

c) Unter Hinweis auf Schneider (Basler Kommentar, Art. 41 StGB N 316) wies die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass die Weisung, kein Fahrzeug zu lenken, nicht dadurch gegenstandslos wird, dass dem Verurteilten durch die Verwaltungsbehörde der Führerausweis entzogen wird; die beiden Massnahmen können unabhängig voneinander angeordnet werden, mögen sie für den Betroffenen auch weitgehend die gleichen Folgen haben. Die Weisung und der Entzug des Führerausweises werden nicht notwendigerweise nach den gleichen Gesichtspunkten verhängt. Die Wei-

sung soll vor allem zur Besserung des Verurteilten beitragen, während der Führerausweisentzug in erster Linie eine sichernde Massnahme zur Verhütung von neuen Verkehrsgefährdungen darstellt. Entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers hat die Weisung nach der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht den Charakter einer Nebenstrafe (Schneider, Art. 41 StGB N 317). Die Weisung, während der Probezeit kein Motorfahrzeug zu führen, ist als unterstützende Massnahme weder unerfüllbar noch unzumutbar, noch zielt sie darauf ab, dem Betroffenen Nachteile zuzufügen. Sie ist darauf gerichtet, der Gefahr neuer Verfehlungen vorzubeugen, und erfolgt zu Recht, wenn sich die Bewährung nicht auf das fahrtechnische Können des Täters, sondern auf seinen Charakter bezieht, dessen Reifung und Festigung möglich erscheint (Schneider, Art. 41 StGB N 315 mit Hinweisen). Der Berufungskläger machte geltend, dass er das Auto benötige, weil er früh aufstehen müsse, um zur Arbeit zu gelangen. Laut eigenen Angaben arbeitet der Berufungskläger als Fabrikarbeiter. Gemäss Art. 7 Abs. 1 SVG ist jedes Fahrzeug mit eigenem Antrieb, durch den es auf dem Erdboden unabhängig von Schienen fortbewegt wird, ein Motorfahrzeug. Motorwagen gemäss Art. 10 Abs. 1 der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS) sind Motorfahrzeuge mit mindestens vier Rädern - ausgenommen Leicht- und Kleinmotorfahrzeuge sowie Motorhandwagen -, Motorfahrzeuge mit drei Rädern und einem Leergut über 1'000 kg, Arbeitsmotorwagen sowie Raupenfahrzeuge, die nicht als Motorräder gelten. Art. 18 VTS definiert die Motorfahrräder, wobei gemäss lit. a Leicht-Motorfahrräder einplätzige, einspurige Fahrzeuge mit elektrischer Tretunterstützung bis 25 km/h und einer maximalen Nennleistung von 0,25 kW und andere einplätzige Fahrzeuge mit einer bauartbedingten Höchstgeschwindigkeit von nicht mehr als 30 km/h in eingefahrenem Zustand auf ebener Strasse und einem Hubraum von höchstens 50 cm^3 bei Verbrennungsmotoren sind. Um dem Berufungskläger ein gewisses Mass an motorisierter Fortbewegungsmöglichkeit zu

belassen, wird die Weisung der Vorinstanz insoweit abgeändert, als dem Berufungskläger die Weisung erteilt wird, während zwei Jahren ab Rechtskraft des Urteils kein Motorfahrzeug (mit Ausnahme von Motorfahrrädern) zu führen.

Obergericht, 26. August 2003, SBR.2003.31

---

23. **Betrug durch Massenversand von mit Telecom-Rechnungen verwechselbaren Dienstleistungsofferten** (Art. 146 Abs. 1 StGB)

---

1. a) Der Berufungskläger versandte "Offerten" mit vorgedrucktem Einzahlungsschein an zahlreiche juristische und natürliche Personen in der deutschen Schweiz. Diese "Offerten" lehnten sich in der Aufmachung sehr eng an die üblichen Rechnungen der Telecom an. In der Folge wurde der Offertversand mit entsprechenden "Bestellungen" bzw. Einzahlungen des vorgedruckten Betrags beantwortet. Streitig ist, ob der Berufungskläger den objektiven und subjektiven Tatbestand des Betrugs erfüllte.

b) Die Vorinstanz wirft dem Berufungskläger vor, mit verschiedenen betrügerischen Machenschaften den objektiven Tatbestand einer arglistigen Täuschung der Adressaten bzw. des Betrugs gemäss Art. 146 StGB verwirklicht zu haben, indem er sein "Werbemailing" in einem hohen Mass der Telefonrechnung der damaligen PTT angeglichen habe. Der Vergleich mit einer Telecom/PTT-Rechnung zeige Übereinstimmungen, die sich nicht mehr mit dem vorgegebenen Zweck, dass das Mailing überhaupt gelesen werde, erklären liessen. Die Verteidigung verneint in objektiver Hinsicht das Vorspiegeln von Tatsachen und bestreitet vorweg die Verwechselbarkeit der "Offerte" mit einer Telefonrechnung.

c) Das im Massenversand verschickte Schreiben des Berufungsklägers war aufgrund einer Vielzahl von Übereinstimmungen mit einer PTT/Telecom-Rechnung in Aufmachung, Schriftbild, Inhalt bzw. (scheinbarem) Angebot sowie hinsichtlich Material und Verpackung in hohem Mass geeignet, eine erhebliche Verwechslungsgefahr zu schaffen. Diese konnte auch durch die textlichen und begrifflichen bzw. inhaltlichen Hinweise auf den Offertcharakter des Schreibens und auf den wesentlichen Umstand, dass es sich nicht um das Angebot eines Unternehmens im Telekommunikationsbereich handelte, nicht wesentlich vermindert werden, waren diese doch allesamt eher unauffällig oder sogar versteckt angebracht und erst bei genauerer, aufmerksamer Prüfung erkennbar. Die vom Berufungskläger angeführten Konkretisierungen und Klarstellungen bezüglich seines Angebots für einen Registereintrag (in Buchform oder auf CD) konnten den durch zahlreiche gestalterische Elemente und Details, insbesondere aber auch durch den in fetter Schrift hervorgehobenen Firmennamen und die Verwendung eines Schweizerkreuzes vermittelten Gesamteindruck einer von einer amtsnahen Stelle stammenden, periodischen Rechnung (mit beigelegtem Einzahlungsschein) nicht durchbrechen oder gar aufheben; ebenso wenig deutlich bewirkten sie eine Klarstellung, dass es sich um ein blosses Werbeschreiben bzw. nur um eine Offerte handelte. Das Schreiben war somit in hohem Masse geeignet, eine Täuschung, das heisst eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung (vgl. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Art. 146 N 2) zu bewirken, welche Folge unbestrittenermassen auch bei einer signifikanten Anzahl von Adressaten eintrat. So kam es zu immerhin über tausend Einzahlungen, wovon ein beträchtlicher Teil in der irrtümlichen Annahme, es handle sich um eine Telefonrechnung, erfolgten. Daran kann auch der Hinweis der Verteidigung, eine grössere Anzahl von Adressaten hätten die "Offerte" auch als solche erkannt, nichts ändern; immerhin versandte der Berufungskläger seine Offerte an über zweihunderttausend juristische und natürliche Perso-

nen. Die Verwechslungsgefahr wurde noch erhöht durch den Zeitpunkt des Versands kurz vor Weihnachten bzw. Jahresende, wo periodisch zu begleichende Rechnungen, insbesondere solche, welche wie jene der Telecom mit einem erhöhten Zahlungspflichtbewusstsein verbunden sind, oft routinemässig beglichen werden. Dazu bedurfte es keiner "Lügen" (im engeren Sinn) bzw. unwahrer Angaben, abgesehen davon, dass das Werbemailing tatsächlich einige offensichtliche Ungereimtheiten und falsche Versprechungen enthielt, zum Beispiel hinsichtlich einer angeblichen "Niederlassung" in Bern, der Aufgliederung des Rechnungsbetrags für ein noch nicht konkret vorhandenes Produkt oder den Hinweis auf eine bereits früher erfolgte Offerte. Durch das bewusst und geschickt ("originell") in Anlehnung an eine PTT/Telecom-Rechnung gestaltete Werbemailing wurden zahlreiche Adressaten objektiv in die Irre geführt und zu einer schädigenden Vermögensdisposition veranlasst.

2. a) Streitig ist weiter, ob der Berufungskläger mit Arglist gehandelt hat. Die Verteidigung stellt dies unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis, insbesondere hinsichtlich der Verwendung eines "Lügengebäudes", in Frage. Wie es sich damit verhält, kann aber offen bleiben, da auch im vorinstanzlichen Urteil davon nicht die Rede ist und der täuschende bzw. arglistige Charakter des Werbemailings nicht oder nicht vorab in der Abstützung auf eigentliche "Lügen" bzw. wahrheitswidrige Angaben, sondern vielmehr in der geschickten Vorspiegelung von Tatsachen (Rechnung eines öffentlich-rechtlichen Betriebs) durch bewusste Imitation (vgl. BGE 104 IV 84) bzw. in der Vorenthaltung von Informationen (gestalterisch und inhaltlich unmissverständlicher Klarstellungen) besteht. Die Vorinstanz erkennt dagegen im Vorgehen des Berufungsklägers, insbesondere im Hinweis auf eine angebliche Niederlassung der "Telekommunikation Adressverlag AG" in Bern, in der Verwendung des Schweizerkreuzes sowie gesamthaft

in der Angleichung des Werbemailings an eine Telefonrechung der damaligen Telecom/PTT, explizit "betrügerische Machenschaften"; bei diesen kommt es praxisgemäss - wie bei Lügengebäuden - nicht mehr darauf an, ob die Überprüfung der Angaben möglich, zumutbar und voraussehbar war.

b) Zur Begründung der bewusst in Anlehnung an eine PTT/Telecom-Rechnung gestalteten Sendung gab der Berufungskläger gegenüber dem Untersuchungsrichter an: "Es ist mir darum gegangen, etwas einfach zu machen, und die Telefonrechnung versteht ja offensichtlich jeder. Es geht mir um eine klare und einfache Formulierung der Dienstleistung respektive des Angebots." Wenn Einfachheit und Allgemeinverständlichkeit aber die Anliegen des Berufungsklägers waren, ist überhaupt nicht nachvollziehbar, weshalb etwa ein Strichcode verwendet wurde, der allein grafische Funktion erfüllte, denn ein variabler Strichcode - wie bei der PTT/Telecom - stand gar nie zur Diskussion. Gegen Klarheit sprechen auch der für eine Offerte unübliche Betrag in Franken und Rappen und die Beilage einer Rechnung sowie der Satz "Bitte verwenden Sie zur Bezahlung dieser Offerte den beigefügten Einzahlungsschein. Dankeschön"; Offerten enthalten üblicherweise keinen Einzahlungsschein. Schleierhaft ist überdies, weshalb die "Offerte" Bezug nimmt auf eine angeblich früher ergangene Offerte. Damit läge eine Irreführung jener Leser nahe, die zwar erkannten, dass keine Rechnung der PTT/Telecom vorlag, indessen zur Kenntnis nehmen mussten, dass bereits eine Offerte erfolgt sei, so dass die zugesandte Rechnung nun deren Konsequenz sein musste. Nicht nachvollziehbar bleibt auch, weshalb die als Ziel erfolgte Klarheit erforderte, die "Offerte" gleich zu lochen wie eine Telefonrechnung. Alles andere als der Klarheit zuträglich war sodann die Tatsache, dass es entgegen der "Offerte" eben gerade nicht um sämtliche "im Inland zu erstellende Publikationen" ging, sondern vielmehr lediglich der deutschsprachige Raum abgedeckt werden sollte. Hinzu tritt, dass derjenige Leser, welcher überhaupt die All-

gemeinen Geschäftsbedingungen auf der Rückseite konsultierte, immer noch nicht klar erkennen konnte, welcher Art der Eintrag denn konkret sein sollte; es erfolgte lediglich der allgemeine Hinweis, die Offerte beinhalte eine Veröffentlichung in einem Druckerzeugnis und/oder auf einer CD-ROM.

c) Unter dem Aspekt der besondern Schutzwürdigkeit des Opfers (vgl. Schubarth, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, BT II, Bern 1990, Art. 148 StGB N 51) ist auch der Hinweis verschiedener Strafanzeiger bzw. Strafantragsteller zu beachten, dass zufolge des Grossversands auf jeden Fall damit zu rechnen war, dass einige "Dumme" die "Offerte" als PTT/Telecom-Rechnung zahlen würden. So wurde von einem Strafantragsteller festgehalten, würde auch nur jeder 1000ste Empfänger "hereinfliegen", komme bei einem Massenaussand an wohl einige 10'000 Adressen "eine ganz hübsche Summe" zusammen; tatsächlich betrug der Rücklauf 1,3%. Nun würde dieser Aspekt für sich allein gesehen wohl noch nicht zur Begründung der nötigen Arglist ausreichen, da für das Erfassen solcher Massenversände vor allem das UWG dient. Von Bedeutung ist indessen, dass der Berufungskläger sein Schreiben vorab an Personen des Geschäftslebens richtete, die nicht in jedem Fall über eine in kaufmännischen und rechtlichen Belangen hinreichend ausgebildete Administration verfügen. Somit war damit zu rechnen (dass dies tatsächlich der Fall war, lässt sich diversen Strafanträgen/Strafanzeigen entnehmen), dass zahlreiche "subalterne" Personen die "Offerte" in Empfang nahmen, diese zufolge der üblichen Versandzeit für eine PTT/Telecom-Rechnung nur unkritisch prüften und bezahlten oder zur umgehenden Bezahlung weiterleiteten, weil bei Nichtbezahlen einer Rechnung der PTT/Telecom zu erwarten war, dass das Telefon abgestellt würde, wie dies denn auch im Fall eines Spanierklubs geschah. Die Vorinstanz verwies somit zu Recht auf Geschädigte, welche aus diesem Beweggrund zahlten. Mit der breiten Streuung des Massenversands, namentlich bei Geschäftsfirmen, konnte auf-

grund der bei vielen Adressaten voraussehbar arbeitsteiligen Organisation in jedem Fall mit zahlenmässig nicht unerheblichen irrtümlichen Zahlungen gerechnet werden, ohne dass dies allein der "Dummheit" bzw. Unsorgfalt der Adressaten zugeschrieben werden kann. Die Rechnung wurde zwei Tage vor dem Zeitpunkt versandt, da üblicherweise die Swisscom-Rechnung verschickt wird. Da der Versand im Dezember erfolgte, konnte dies schon deshalb kein Misstrauen erwecken, weil zufolge der arbeitsfreien Weihnachtsferientage Rechnungen ab Dezember ohnehin früher verschickt werden, damit sie noch in die Jahresrechnung des laufenden Jahres Eingang finden können. Schliesslich bleibt die Verteidigung eine ausreichende Begründung schuldig, weshalb eine an Imitation bzw. eine "sklavische" Angleichung an das Vorbild der PTT/Telecom-Rechnung grenzende Gestaltung des Werbeschreibens als besonders "originelles, gestalterisches Werbemittel" zu verstehen sei, zumal die Empfänger mit solchen Rechnungen, wie die Vorinstanz zu Recht erwähnte, kaum sonderlich positive Assoziationen verbinden.

Obergericht, 21. November 2002, SBO.2002.9

24. **Verletzung von Fürsorge- und Erziehungspflichten** (Art. 219 StGB)

1. X reiste 1989 mit seiner Ehefrau und den beiden Töchtern Y, Jahrgang 1983, und Z, Jahrgang 1984, in die Schweiz ein. Weil es zwischen den Eltern und den Töchtern zu Problemen in der Erziehung kam, beauftragte die Vormundschaftsbehörde 1999 den Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst, einen Untersuchungsbericht über Z zu erstatten. Die Familie kehrte im November 1999 ohne Z aus den Ferien zurück. In der Folge meldete X

seine Tochter Z bei der Einwohnerkontrolle ab. Y beschwerte sich bei den Sozialdiensten über ihren Vater, worauf der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst der Familie ein therapeutisches Hilfsangebot empfahl, jedoch darauf hinwies, dass dieses der Familie nicht aufgezwungen werden solle. Dabei wurde X die Teilnahme an Familiengesprächen vorgeschlagen und dringend geraten, dass Z nach ihrer Rückkehr in die Schweiz eine Psychotherapie beginne und Y sich einer Gruppenpsychotherapie unterziehe. In der Zwischenzeit erstattete Y Strafanzeige gegen ihren Vater. In einem Brief teilte Y später mit, sie ziehe die Anzeige zurück und habe gelogen, weil sie von zu Hause habe weggehen und Z aus ihrem Heimatland habe holen wollen; sie habe aber erfahren, dass Z gar nicht mehr zurück wolle. Anlässlich der polizeilichen Befragung hielt Y an ihrem Brief fest. Aufgrund ihrer Aussage, sie werde von ihren Eltern körperlich misshandelt, wurde Y ärztlich untersucht; dabei wurden keine Verletzungen festgestellt. Gleichentags erklärte Y, sie habe den Brief, in dem sie die Anzeige zurückgezogen habe, unter dem Druck des Vaters verfasst; der Briefinhalt entspreche nicht der Wahrheit. Da Y danach in ihr Heimatland zurückkehrte, meldete der Vater seine Tochter bei der Einwohnerkontrolle ab. Später gelangte Y wieder in die Schweiz, wobei ihr eine neue Identität verschafft wurde. Die Bezirksgerichtliche Kommission verurteilte X wegen mehrfacher (fahrlässiger) Verletzung von Fürsorge- und Erziehungspflichten zu einer Gefängnisstrafe unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs. Vom Vorwurf der versuchten Nötigung wurde X freigesprochen. X und Y erhoben Berufung.

2. Wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer unmündigen Person verletzt oder vernachlässigt und sie dadurch in ihrer körperlichen oder seelischen Entwicklung gefährdet, wird mit Gefängnis bestraft (Art. 219 Abs. 1 StGB). Handelt der Täter fahrlässig, so kann statt auf Gefängnis auf Busse erkannt werden (Art. 219 Abs. 2 StGB).

Der Straftatbestand von Art. 219 StGB stellt die Gefährdung der körperlichen oder seelischen Entwicklung unter Strafe, womit es sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt, wobei keine "schwere" Gefährdung erforderlich ist (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Art. 219 N 4; Broder, Delikte gegen die Familie, insbesondere Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, in: ZStrR 109, 1992, S. 292). Geschütztes Rechtsgut ist das Wohl der unmündigen Person, mithin die körperliche oder geistige Integrität derselben (Eckert, Basler Kommentar, Art. 219 StGB N 2; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 5.A., § 26 N 45; Rehberg, Strafrecht IV, 2.A., S. 19). Schutzzweck ist insbesondere die normale gesunde Entwicklung von Geist und Körper der Heranwachsenden (Broder, S. 293). Zum möglichen Täterkreis gehören unter anderem die Eltern (Trechsel, Art. 219 StGB N 1; Rehberg, S. 19; Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, BT, Bern 1997, Art. 219 StGB N 7). Täterhandlung ist die Verletzung (Tun) oder Vernachlässigung (Unterlassen) der Fürsorge- oder Erziehungspflicht, wobei als Fürsorge die Befriedigung verschiedenster Bedürfnisse (Nahrung, Kleider, Unterkunft, Zuneigung, Liebe, Ausbildung, Förderung in diversen Bereichen etc.) zu betrachten und die Erziehung schwieriger zu definieren ist (Eckert, Art. 219 StGB N 8; Trechsel, Art. 219 StGB N 3). Am ehesten ist in der Erziehung zu sehen, dass jemand über eine längere Dauer in erheblichem Mass auf die Integration des Unmündigen in unsere Gesellschaft Einfluss nimmt (Eckert, Art. 219 StGB N 8). Ab welcher Grenze nun diese Pflichten verletzt sind, ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen, weshalb die Norm von Art. 219 StGB auch schwer mit dem Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren ist (Stratenwerth, § 26 N 42; Trechsel, Art. 219 StGB N 3 und 7; Eckert, Art. 219 StGB N 9). Nicht jede Überschreitung des Züchtigungsrechts wird von Art. 219 StGB erfasst, sondern nur eine Form oder ein Ausmass der Misshandlung oder Vernachlässigung des Unmündigen, die eine (längerfristige) Beeinträchtigung seiner Ent-

wicklung nach sich zu ziehen droht (BGE 125 IV 71; Stratenwerth, § 26 N 42; Rehberg, S. 20; Eckert, Art. 219 StGB N 9). Der Inhalt der Pflicht kann nicht abstrakt definiert werden; es obliegt daher dem Richter, diesen von Fall zu Fall aufgrund der Umstände, vor allem in Berücksichtigung des im konkreten Fall zu schützenden Gutes, des Anlasses des Schutzes und des Verhältnisses zwischen dem Garanten und dem Opfer zu bestimmen (BGE 125 IV 68 f.). Da es sich bei Art. 219 StGB um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt, ist für eine Strafbarkeit nicht erforderlich, dass das Verhalten des Täters zu einem Ergebnis, d.h. zu einer Beeinträchtigung der körperlichen oder seelischen Unversehrtheit des Minderjährigen führt. Die bloss abstrakte Möglichkeit einer Gefährdung genügt indessen nicht, die Beeinträchtigung muss im konkreten Fall wenigstens als wahrscheinlich erscheinen (vgl. BGE 125 IV 69). Die fahrlässige Tatbegehung setzt nur voraus, dass der Täter die Gefährdung der Entwicklung als Folge seines erkennbar pflichtwidrigen Verhaltens hätte voraussehen können (Rehberg, S. 20). Die fahrlässige Verübung der Tat ist erfasst, um allen Schwierigkeiten beim Nachweis des Gefährdungsvorsatzes zu entgehen. Dies hätte in der Praxis zur Folge, dass schon die unbewusste Gefährdung auch nur der seelischen Entwicklung eines Kindes etwa durch überstrenge Erziehungsmethoden oder durch mangelnde Zuwendung strafbar wäre, was zwangsläufig zu einer - wohl nicht gewollten - Ausdehnung von strafbarem Verhalten führen würde (Eckert, Art. 219 StGB N 12; Stratenwerth, § 26 N 43; Schubarth, Art. 219 StGB N 9 f.). All dies führt dazu, dass Art. 219 StGB auf schwerwiegende, krasse Fälle beschränkt werden muss (Trechsel, Art. 219 StGB N 7; Eckert, Art. 219 StGB N 10; Schubarth, Art. 219 StGB N 10).

3. Die Vorinstanz machte dem Berufungskläger unter anderem den Vorwurf, er habe seine Töchter in ihr Heimatland verbracht bzw. deren Rückkehr aus dem Heimatland durch die Abmeldung der Töchter bei der Einwohnerkontrolle verunmöglicht.

a) Eine Verurteilung des Berufungsklägers allein aufgrund dieses Vorwurfs fällt schon allein deshalb ausser Betracht, weil die beiden Töchter zu diesem Thema bislang nicht befragt wurden. Z war bei der Abreise in das Heimatland beinahe 15 Jahre alt und wurde im gesamten Verfahren zu keinem Zeitpunkt einvernommen. Y, welche bei ihrer Abreise 17 Jahre alt war, wurde nur zu angeblichen Schlägen des Berufungsklägers, zu den Vorfällen im Heimatland und zu angeblichen sexuellen Übergriffen des Onkels im Zusammenhang mit dem Rückzug der Anzeige in dem von ihr erwirkten Strafverfahren gegen den Onkel befragt. Die Anhörungen von Y erfolgten somit vor ihrer Abreise und damit zu einem Zeitpunkt, bevor der Berufungskläger überhaupt hätte durch die Abmeldung eine schädigende Wirkung auf Y ausüben können. Im Recht liegen sodann lediglich noch eine Aktennotiz, worin festgehalten wurde, Y sei wieder zu Hause, und alle seien glücklich über diese Rückkehr. Ebenfalls aus dem Zeitraum, bevor Y abreiste, stammt die Aktennotiz des Bezirksamts, worin festgehalten wurde, Y habe erklärt, den Brief betreffend Rückzug der Anzeige unter Druck verfasst zu haben. Unklar bleibt auch, was in der Folge im Heimatland geschah. Zudem erfolgten diese Befragungen noch im Zusammenhang mit den anfänglich behaupteten Tätlichkeiten, Körperverletzungen und erlittenen sexuellen Misshandlungen, welche später von Y als reine Lüge bezeichnet wurden. Anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz führte der Berufungskläger aus, Z sei nunmehr glücklich im Heimatland; sie lebe zusammen mit seiner Mutter und seinen zwei Brüdern. An der Berufungsverhandlung wurde ergänzend erklärt, Z werde demnächst das Gymnasium abschliessen, und ein Studium stehe zur Diskussion.

b) Die Vorinstanz erachtete eine Befragung von Y und Z als nicht erforderlich, weil im Rahmen von Art. 219 StGB der Wille des Opfers nicht massgeblich sei. Entsprechend könne offen bleiben, ob Z freiwillig im Heimatland verblieben sei, und

ob Y freiwillig ins Heimatland gereist sei. Diese Betrachtungsweise erweist sich als zu pauschal, da dem Berufungskläger im Rahmen von Art. 219 StGB konkret vorgeworfen wird, das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Töchter missbraucht zu haben. Dieses Aufenthaltsbestimmungsrecht wird indessen durch Art. 301 Abs. 2 ZGB relativiert, worin eine Rücksichtspflicht auf die Meinung des Kindes bezüglich Aufenthaltsort vorgesehen ist. Dementsprechend kommt dem Willen der Töchter im Alter von 15 bzw. 17 Jahren massgebliche Bedeutung zu, weshalb eine Befragung von Y und Z zur Frage, ob sie freiwillig in ihr Heimatland gereist bzw. freiwillig dort verblieben sind, unabdingbar ist.

c) Nachdem eine Befragung der beiden Töchter unterblieb, bleibt auch die Auffassung der Vorinstanz unbelegt, die Abmeldung der Opfer sei einer eigentlichen "Schocktherapie" gleichgekommen, worin der konkrete Gefährdungserfolg bezüglich der psychischen Entwicklung der beiden Töchter liege. Y und Z sind im Heimatland geboren und reisten erst nach fünf bzw. sechs Lebensjahren in die Schweiz. Zudem ist anzunehmen, dass seit der Einreise in die Schweiz auch gelegentlich Ferien im Heimatland verbracht wurden. In der Heimat leben auch die Mutter und die Brüder des Berufungsklägers. Eine Zeugin gab diesbezüglich gar zu Protokoll, der Berufungskläger habe endgültig wieder ins Heimatland ausreisen wollen. Ohne nähere Untersuchung und insbesondere ohne Befragung der beiden Töchter kann jedenfalls nicht von einer "Schocktherapie" die Rede sein, bietet das Leben im Heimatland doch gegenüber dem Leben in der Schweiz nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile. In diesem Zusammenhang erklärte der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst gar, auch wenn die beiden Töchter sich lieber in der Schweiz sähen, könne einem Aufenthalt von Z bei ihrer grossväterlichen Familie im Heimatland auch konfliktentschärfende Wirkung zukommen, obwohl auch dafür Anhaltspunkte bestehen würden, dass der persönliche Freiraum eingeschränkt wäre. Die "Schocktheorie" erweist

sich zusammenfassend als unhaltbar, zumal Art. 219 StGB als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist (Broder, S. 292). Selbst wenn Art. 219 StGB ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellen würde, liesse sich die "Schocktheorie" aber nicht ernsthaft vertreten.

d) Damit ist nicht nachgewiesen, dass Y und Z zwangsweise durch den Berufungskläger ins Heimatland verbracht wurden, bzw. dass er deren Rückkehr in die Schweiz gegen deren Willen verhindert hätte. Zudem bleibt der Vorwurf einer eigentlichen "Schocktherapie" unbelegt, womit auch nicht erstellt ist, dass im Heimatland eine konkrete Gefährdung bzw. Beeinträchtigung für die gesunde Entwicklung von Geist und Körper der beiden Töchter zumindest wahrscheinlich war. Aus diesem dem Berufungskläger zur Last gelegten Verhalten kann somit kein strafrechtlich relevanter Vorwurf erhoben werden.

Obergericht, 8. Juli 2003, SBR.2003.8

---

25. **Rückerstattung eines Vorschusses nach OHG: Zuständigkeit, Verfahren, Voraussetzungen** (Art. 5 Abs. 1 OHV; Art. 16 Abs. 2 OHG; § 10a Abs. 2 StPO)

---

1. Die Rekurrentin wurde von X tätlich angegriffen, worauf sie Strafanzeige erhob. Das Gerichtspräsidium hiess ihre Gesuche um Bevorschussung nach Art. 15 OHG gut und sprach ihr zwei Vorschüsse in Höhe von je Fr. 25'000.-- zu. X wurde wegen vorsätzlicher schwerer Körperverletzung angeklagt, jedoch von diesem Vorwurf freigesprochen und wegen Tätlichkeit im Sinn von Art. 126 StGB verurteilt. Die Forderungen der Rekurrentin wurden auf den Zivilweg verwiesen; über allfällige Opferhilfean-

sprüche bzw. über eine allfällige Rückerstattung der vom Kanton bereits geleisteten Opferhilfezahlungen werde zu einem späteren Zeitpunkt entschieden. X reichte Berufung ein. Das Obergericht stellte das Strafverfahren wegen Tätlichkeit ein und verwies die Forderungen der Rekurrentin auf den Zivilweg. Das Gerichtspräsidium verpflichtete die Rekurrentin auf Antrag der Staatsanwaltschaft, dem Staat Thurgau die von ihm geleisteten Opferhilfevorschüsse im Gesamtbetrag von Fr. 50'000.-- zuzüglich 5% Zins zurückzuerstatten.

In der Folge teilte die Rekurrentin dem Gerichtspräsidium mit, ihres Erachtens stünden ihr die Fr. 50'000.-- zu. Sie sei zufolge der Gewaltanwendung über ein Jahr lang arbeitsunfähig gewesen und habe keinerlei Einkommen gehabt. Sie verdiene jetzt netto Fr. 3'000.-- pro Monat. Der Mietzins belaufe sich auf Fr. 1'060.--; monatlich Fr. 1'650.-- bzw. nunmehr Fr. 1'800.-- müsse sie für die Schuldentilgung verwenden. Zum Leben verblieben ihr monatlich ca. Fr. 300.--.

Das Gerichtspräsidium überwies die Eingabe zuständigkeitshalber dem Obergericht (§ 234 Abs. 1 i.V.m. § 48 Ziff. 4 ZPO), welches diese als Rekurs entgegennahm.

2. Wenn das Opfer einer Straftat sofortige finanzielle Hilfe benötigt, wird ihm aufgrund einer summarischen Prüfung seines Entschädigungsgesuchs ein Vorschuss gewährt (Art. 15 lit. a OHG). Das Opfer muss den Vorschuss zurückerstatten, wenn sein Entschädigungsgesuch abgelehnt wird (Art. 5 Abs. 1 OHV). Der Kanton kann auf die Rückforderung verzichten, wenn diese das Opfer in eine schwierige Lage bringen würde (Art. 5 Abs. 3 OHV).

3. a) Über Ansprüche gemäss Art. 15 OHG entscheidet der Bezirksgerichtspräsident im summarischen Verfahren gemäss Zivilprozessordnung (§ 10a Abs. 2 StPO).

b) Während gesetzlich geregelt ist, welche Behörde für die Zusprache eines Vorschusses zuständig ist, fehlt eine entsprechende Bestimmung für den Fall, dass dessen Rückerstattung zur Diskussion steht. Fraglos ist es sinnvoll, hiermit ebenfalls das Bezirksgerichtspräsidium zu betrauen. Zum einen befasste sich dieses bereits einmal mit der Angelegenheit; zum anderen entspricht diese Regelung derjenigen der Rückerstattung für im Zivilprozess vom Staat getragene amtliche Kosten und Entschädigungen (§ 85 Abs. 2 ZPO). In der Regel wird es die Staatsanwaltschaft sein, welche das Verfahren um Rückerstattung der geleisteten Vorschüsse in Gang bringt; sie ist es jedenfalls, die beim Bezirksgerichtspräsidium als Gesuchstellerin auftritt: Einerseits hat sie in genereller Hinsicht die Interessen des Staates zu vertreten, und andererseits verfügt sie aufgrund der bereits durchgeführten Straf- und OHG-Verfahren über diejenigen Informationen, die eine Rückforderung zumindest dem Grundsatz nach in Betracht kommen lassen (§ 4 Abs. 2 StPO). Liegen ihres Erachtens die Voraussetzungen hiefür vor, ist es indessen angebracht, dass sie das Opfer bzw. dessen Rechtsvertreter vorerst informell ersucht, die Opferhilfevorschüsse samt Zins zurückzuerstatten und sich erst bei Weigerung des Leistungsempfängers an das Gerichtspräsidium wendet.

4. a) Die Staatsanwaltschaft macht in formeller Hinsicht geltend, die Vorbringen der Rekurrentin könnten nicht gehört werden: In sinngemässer Anwendung von § 230 Abs. 2 ZPO stehe ihr kein Novenrecht zu.

b) Nachdem der Bezirksgerichtspräsident über Ansprüche gemäss Art. 15 OHG im summarischen Verfahren gemäss Zivilprozessordnung zu entscheiden hat, muss dieses Verfahren auch auf Rückforderungen Anwendung finden. Dies kann jedoch nicht bedeuten, dass gleichzeitig auch das zivilprozessuale beschränkte Novenrecht gilt, dass mit anderen Worten diejenige Partei, die sich vor erster Instanz nicht äusserte, im Rekursverfahren nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen neue Vorbringen vortragen kann (vgl. § 230 Abs. 2 und 3, § 146 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 16 Abs. 2 OHG hat die zuständige Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Diese Bestimmung ist auch auf das Verfahren um Ausrichtung eines Vorschusses (Gomm/Stein/Zehntner, Kommentar zum Opferhilfegesetz, Bern 1995, Art. 15 N 8) und damit auch auf das Rückerstattungsverfahren anwendbar; sie geht der kantonalen Vorschrift von § 10a Abs. 2 StPO vor. Der bundesrechtlich festgelegte Untersuchungsgrundsatz wird jedoch relativiert durch die Mitwirkungspflicht der Parteien, welche namentlich insoweit greift, als eine Partei das Verfahren durch eigenes Begehren einleitete und darin eigene Rechte geltend macht. Vom Gesuchsteller muss im OHG-Verfahren verlangt werden, dass er soweit zumutbar diejenigen Angaben macht, die der Behörde erlauben, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Die Behörde ist nicht gehalten, allen erdenklichen Möglichkeiten, für welche in den Akten keine Anhaltspunkte bestehen, nachzugehen (BGE vom 29. Oktober 2002, 1A.135/2002, Erw. 2.2 mit Hinweisen).

In den prozessualen Auswirkungen kommt der Anordnung, dass bei Gesuchen von Opfern um Entschädigung und/oder Genugtuung der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, somit etwa derselbe Stellenwert zu wie Art. 343 Abs. 4 OR im arbeitsrechtlichen Prozess. Konkret bedeutet dies, dass die Verhandlungsmaxime insoweit gilt, als die Sammlung des Prozessstoffes auch den Parteien obliegt: Die Parteien haben dem Gericht den

Sachverhalt, auf welchen es die Rechtssätze zur Anwendung bringen soll, darzulegen und zu beweisen; ebenso gelten mit Bezug auf die Behauptungslast und Substantiierungspflicht zivilprozessuale Grundsätze (RBOG 2000 Nr. 16, 1997 Nr. 29). So ist es grundsätzlich Sache des Opfers, das Ausmass der erlittenen immateriellen Unbill oder des Schadens bzw. diesbezüglich zumindest die schadensrelevanten Faktoren hinreichend darzulegen sowie seine Verhältnisse zu offenbaren, und umgekehrt sind anspruchshindernde Tatsachen im Verfahren zwischen Staat und Opfer seitens der Staatsanwaltschaft substantiiert darzutun. Steht die Rückforderung eines Vorschusses zur Diskussion, ist das Gericht folglich nicht verpflichtet, von sich aus den finanziellen Verhältnissen des Opfers nachzugehen; vielmehr hat letzteres seine Mitwirkungspflicht zumindest insoweit zu erfüllen, als es in einem ersten Schritt von sich aus wenigstens sinngemäss darauf hinweisen muss, seine finanzielle Lage stehe der in Aussicht genommenen Rückerstattung entgegen. Reicht es die für die Prüfung der Richtigkeit seiner Behauptungen notwendigen Unterlagen nicht ein, hat das Gericht seinen Vorbringen von Amtes wegen nachzugehen, indem es insbesondere aussagekräftige Akten (Strafakten, Unterlagen, die im Zusammenhang mit dem Entschädigungsbegehren anfielen, Steuerakten) beizieht und den zur Rückerstattung zu Verpflichtenden einvernimmt; die Behörde ist auch an die Beweisanträge des Opfers nicht gebunden, sondern kann von sich aus Erhebungen anstellen (vgl. Gomm/Stein/Zehntner, Art. 16 OHG N 12 sowie Art. 15 OHG N 8).

5. a) Die Rekurrentin beantragte, es sei ihr für die Folgen der Straftat eine Entschädigung sowie eine Genugtuung in Höhe von je Fr. 100'000.-- zuzusprechen. Die Vorinstanz sprach ihr zwei Vorschussleistungen in Höhe von je Fr. 25'000.-- zu. Später zog die Rekurrentin ihr Entschädigungsgesuch zurück, worauf das Bezirksgericht das Verfahren als durch Rückzug erledigt abschrieb.

b) Voraussetzung für die Pflicht zur Rückerstattung des Vorschusses ist gemäss Art. 5 Abs. 1 OHV, dass das Entschädigungsgesuch abgelehnt wurde. Ein Rückzug ist hinsichtlich der Rückerstattungspflicht einer Ablehnung gleichzustellen. Demgemäss hat die Rekurrentin die insgesamt Fr. 50'000.-- zurückzuerstatten, wenn der Kanton nicht auf die Rückforderung verzichtet, weil diese das Opfer in eine schwierige Lage bringen würde (Art. 5 Abs. 3 OHV).

c) Die Staatsanwaltschaft verlangte, die Rekurrentin sei zu verpflichten, dem Staat Thurgau die von ihm geleisteten Opferhilfevorschüsse im Gesamtbetrag von Fr. 50'000.-- zuzüglich Zinsen zurückzuerstatten.

Die Rekurrentin reichte keine Stellungnahme ein. Die Vorinstanz verfügte deshalb nur über ein von der Rekurrentin an die Staatsanwaltschaft verfasstes Schreiben, in welchem die Rekurrentin darauf hinwies, sie habe absolut keine Ahnung, wie sie die Fr. 50'000.-- zurückbezahlen solle. Sie könne zufolge ihrer Verletzungen nicht 100%-ig arbeiten und müsse von ihrem bescheidenen Einkommen monatlich Fr. 1'650.-- für die Abzahlung der durch die leidige Situation entstandenen Schulden verwenden. Weil der Vorinstanz keine Unterlagen vorlagen, aus denen sich die aktuellen Einnahmen und Ausgaben der Rekurrentin ergaben, kam erstere zum Schluss, auf die Rückforderung der Vorschüsse könne nicht verzichtet werden.

d) Der Vorinstanz war aufgrund des Schreibens der Rekurrentin an die Staatsanwaltschaft sowie auch aufgrund desjenigen ihres Anwalts bekannt, dass sich die Rekurrentin auf den Standpunkt stellt, sie müsse die Vorschüsse zufolge prekärer finanzieller Situation nicht zurückerstatten. Bei diesen Gegebenheiten hätte die Vorinstanz weitere Abklärungen tätigen sollen. Analog zum Verfahren betreffend unentgeltliche Prozessführung wäre

es trotz oder gerade wegen des Stillschweigens der Rekurrentin notwendig gewesen, letztere aufzufordern, Unterlagen über ihre persönlichen Umstände und insbesondere ihre finanziellen Verhältnisse einzureichen und sie zwecks Anhörung vorzuladen (vgl. Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 80 N 6a). In diesem Sinn hatte auch die Staatsanwaltschaft in ihrem Begehren betreffend Rückerstattung des Vorschusses Antrag gestellt: Sie ersuche darum, den Sachverhalt und die persönlichen Umstände der Rekurrentin von Amtes wegen abzuklären.

Dies nachzuholen, ist unumgänglich. Neu reicht die Rekurrentin im Rekursverfahren eine Abrechnung über den ihr ausbezahlten Lohn, den Mietvertrag über die von ihr bewohnte Wohnung sowie eine Zusammenstellung der Gläubigerforderungen ein. Beizuziehen sind des Weitern die Straf- und Entschädigungsakten sowie die Steuerunterlagen. Ausserdem ist die Rekurrentin einzuvernehmen. Um diese Vorkehren tätigen und alsdann einen neuen Entscheid fällen zu können, wird die Streitsache an die Vorinstanz zurückgewiesen. Ob auf die Rückforderung der Vorschüsse ganz oder allenfalls teilweise zu verzichten ist, oder ob die finanziellen Verhältnisse der Rekurrentin eine Rückerstattung erlauben, kann erst entschieden werden, wenn Klarheit über die finanzielle Situation herrscht: Erst in diesem Zeitpunkt kann die Vorinstanz entscheiden, ob die Rückforderung das Opfer in eine schwierige Lage bringen würde.

6. Bei der Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs "schwierige Lage" erscheint es gerechtfertigt, auf die Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum Begriff der grossen Härte zurückzugreifen (vgl. Gomm/Stein/Zehntner, Art. 15 OHG N 13). Diese Praxis, welche 2/3 des anrechenbaren Einkommens und des allenfalls hinzuzurechnenden Vermögensteils in Beziehung zur um 50% erhöhten Einkommensgrenze nach Art. 42

Abs. 1 AHVG setzt, geht auf einen Entscheid aus dem Jahr 1972 zurück und kann demgemäss als konstant bezeichnet werden (BGE 122 V 225). Mit der 10. AHV-Revision fielen diese Einkommensgrenzen als Bezugspunkte für die Verdeutlichung des unbestimmten Rechtsbegriffs der grossen Härte weg. Der Begriff wurde auf Verordnungsstufe geregelt; die grosse Härte wurde unter Bezugnahme auf Begriffe des Bundesgesetzes über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) definiert (Art. 79 Abs. 1bis AHVV; vgl. BGE 126 V 51). Mit dem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) wurde die Rückerstattungspflicht und der Begriff der grossen Härte formell und materiell einheitlich geregelt: Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten, sofern nicht eine grosse Härte vorliegt und die Leistungen in gutem Glauben empfangen wurden. Art. 5 ATSV definiert, basierend auf den anerkannten Ausgaben und den anrechenbaren Einnahmen gemäss ELG, detailliert und präzis, wann eine grosse Härte vorliegt.

Obergericht, 6. Oktober 2003, ZR.2003.76

26. Kein Zuschlag zur Grundgebühr für die Teilnahme eines Anwalts am Vermittlungsvorstand (§ 3 AT)

Der Rekursgegner verlangt für die Teilnahme am Vermittlungsvorstand einen Zuschlag von 10% auf der Grundgebühr: Diese Bemühungen seien in der Grundpauschale des Anwaltstarifs nicht enthalten und müssten deshalb separat entschädigt werden. Seine Auffassung findet weder in den gesetzlichen Bestimmungen noch in der Literatur oder Judikatur eine Stütze. Es entspricht konstanter thurgauischer Praxis, dass die Bemühungen eines Anwalts im Vermittlungsverfahren als mit der Grundgebühr abgegolten zu betrachten sind. In § 3 lit. a und lit. d AT werden als zuschlagsberechtigte Positionen einerseits "jede zusätzliche Verhandlung oder an deren Stelle angeordnete Schriftsätze, wenn das Hauptverfahren mehrere Verhandlungen erfordert", und andererseits die Führung zeitraubender Vergleichsverhandlungen vor oder während des Prozesses erwähnt. Die Teilnahme am Vermittlungsvorstand fällt weder unter die eine noch unter die andere dieser Bestimmungen. § 3 lit. a AT bezieht sich entsprechend seinem Wortlaut einzig auf Gerichtsverhandlungen, nachdem dort ausdrücklich als Grund für allfällige zusätzliche Verhandlungen das Haupt- resp. Beweisverfahren oder eine mündliche Experteninstruktion genannt wird. § 3 lit. d AT kann demgegenüber nicht in Betracht kommen, weil sich diese Bestimmung nicht auf den Aussöhnungsversuch des Friedensrichters (vgl. § 117 ZPO), sondern auf davon unabhängige Vergleichsgespräche der Parteien bzw. ihrer Anwälte bezieht.

Obergericht, 13. Januar 2003, ZR.2002.139

27. Sachliche Zuständigkeit des Obergerichts auch bei Klagen aus UWG, die in Verbindung mit firmenrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht werden (§ 49 Abs. 1 lit. g ZPO; Art. 12 Abs. 2 UWG)

1. Die X AG erhob beim Obergericht Klage gegen die Y AG und machte Ansprüche aus Firmenrecht und UWG geltend.

2. Die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts zur Beurteilung firmenrechtlicher Streitigkeiten folgt aus § 49 Abs. 1 Ziff. 1 lit. e ZPO, während sich aus dem kantonalen Recht für die Beurteilung der auf das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb gestützten Ansprüche keine sachliche Zuständigkeit ergibt, da von § 49 Abs. 1 Ziff. 1 lit. f ZPO nur Wettbewerbsbehinderungen nach Kartellrecht erfasst sind. Steht ein zivilrechtlicher Anspruch wegen unlauteren Wettbewerbs allerdings im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit, für die das entsprechende Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz oder andere Gerichtsstände vorsieht, so kann die Klage wegen unlauteren Wettbewerbs nach Massgabe von Art. 12 Abs. 2 UWG auch an diese angehoben werden. Hier steht die Klage aus UWG im Zusammenhang mit einer firmenrechtlichen Streitigkeit, wobei die Bestimmungen über die Geschäftsfirmen in den Art. 944 ff. OR gerade keine entsprechende Regelung enthalten. Es rechtfertigt sich indessen insbesondere mit Blick auf die Natur der Sache, § 49 Abs. 1 Ziff. 1 lit. g ZPO dahin auszulegen, dass die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts auch bei Klagen aus UWG, die in Verbindung mit firmenrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht werden, in analoger Anwendung von Art. 12 Abs. 2 UWG zu bejahen ist (vgl. Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 61 N 38). Ob der Vorwurf der Verletzung des UWG begründet ist oder nicht, spielt sodann

- unter Vorbehalt missbräuchlichen Verhaltens - für die Kompetenzattraktion keine Rolle (vgl. BGE 122 III 252 und 119 II 68; Baudenbacher/Glöckner, in: Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [Hrsg.: Baudenbacher], Basel/Genf/München 2001, Art. 12 N 53; RBOG 2002 Nr. 25).

Obergericht, 18. Februar 2003, Z1.2002.4

---

28. **Anfechtbarkeit einer Verfügung, mit der das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Anordnung abgewiesen wurde** (§§ 163, 235 ZPO; Art. 176 ZGB)

---

1. Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens beantragte der Ehemann, es sei ihm im Sinn einer superprovisorischen Massnahme mit sofortiger Wirkung das Getrenntleben unter Zuteilung der elterlichen Obhut über die Tochter zu bewilligen. Es sei der Ehefrau zu verbieten, während der Dauer des Eheschutzverfahrens die Tochter ins Ausland zu verbringen. Das Gerichtspräsidium wies das Begehren ab. Der Entscheid wurde nur dem Ehemann eröffnet. Der Ehefrau sei er erst zu eröffnen, wenn er rechtskräftig sei. Der Ehemann erhob Rekurs.

2. a) Die Vorinstanz wies das Gesuch des Rekurrenten mit der Begründung ab, mit Bezug auf das schwebende Eheschutzverfahren sei nach langem Zuwarten bei grundsätzlich unveränderter Situation ein Anspruch auf einstweiligen Rechtsschutz nicht ausgewiesen. Aus demselben Grund helfe dem Rekurrenten der Hinweis auf das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (HEntfÜ; SR 0.211.230.02) nicht weiter. Zweck dieses Übereinkommens sei die

rasche Wiederherstellung des vorherigen Zustands; an den entsprechenden Voraussetzungen fehle es. Dem Rekurrenten stehe es frei, die abgelehnten Anträge im Rahmen seiner Vernehmlassung in das Eheschutzverfahren einzubringen. Der Entscheid sei aber nach den primär anwendbaren Bestimmungen des HEntfÜ zu treffen, und zwar definitiv, da die durch die Verfügung nicht beschwerte Gegenpartei nicht zur Vernehmlassung eingeladen zu werden brauche. Der Entscheid sei der Rekursgegnerin erst zu eröffnen, wenn die abweisende Verfügung rechtskräftig geworden sei. Damit werde vermieden, dass ein allfälliger gegenteiliger Rekursentscheid ins Leere ginge, weil die Rekursgegnerin mit der vorzeitigen Eröffnung des abweisenden erstinstanzlichen Entscheids gewarnt worden sei.

b) aa) Gemäss § 235 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 ZPO sind im summarischen Verfahren Erledigungsverfügungen mit Rekurs anfechtbar; nicht anfechtbar sind vorläufige Verfügungen gemäss § 163 ZPO. Das HEntfÜ ändert an diesen prozessualen Bestimmungen über die Rechtsmittelfähigkeit von im summarischen Verfahren ergangenen Verfügungen nichts. Erledigungsverfügungen sind - im Gegensatz zu prozessleitenden Entscheiden bzw. Zwischenverfügungen - Entscheide, mit denen das Verfahren vor der betreffenden Instanz abgeschlossen wird. Im Summarverfahren gelten - anders als im ordentlichen Verfahren (vgl. Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, Bern 2000, § 234 N 2) - nicht nur Entscheide, mit welchen das Verfahren ohne Prüfung in der Sache selbst abgeschlossen wird, als Erledigungsverfügungen, sondern auch solche, in denen eine materielle Beurteilung der Streitsache erfolgt. Der Rekurs ist das ordentliche Rechtsmittel gegen solche Sach- oder Prozessentscheide des summarischen Verfahrens. Eine Verfügung, der bloss provisorischer Charakter zukommt, ist hingegen keine Erledigungsverfügung (Merz, § 235 ZPO N 1).

bb) Vorläufige (superprovisorische) Verfügungen sind keine Endentscheide. Es sind provisorische Zwischenentscheide, die eine Streitsache vorläufig und für eine beschränkte Dauer regeln und im Normalfall ohne Anhörung der Gegenpartei erlassen werden (vgl. zu den Ausnahmen: RBOG 2001 Nr. 5). Eine Rekursmöglichkeit gegen solche Verfügungen besteht daher nicht. Das gilt nicht nur für den Fall, in dem gestützt auf § 163 ZPO eine vorläufige Regelung erlassen wird, sondern auch dann, wenn das Gesuch betreffend Erlass einer superprovisorischen Massnahme abgewiesen wird. Auch diese ablehnende Verfügung stützt sich auf § 163 ZPO und hat nur provisorischen Charakter. Zu prüfen ist lediglich die Frage der Dringlichkeit. Wird sie bejaht, entscheidet das Gerichtspräsidium ohne Anhörung der Gegenpartei und verfügt eine vorläufige Regelung, holt alsdann die Gesuchsantwort bei der Gegenpartei ein, trifft gegebenenfalls weitere Abklärungen und entscheidet in der Folge definitiv. Wird die Dringlichkeit verneint, wird keine vorläufige Verfügung erlassen, und nach der Anhörung der Gegenpartei wird über die Sache mit einer Erledigungsverfügung entschieden. An sich braucht es den Hinweis in § 235 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO nicht, dass Verfügungen gemäss § 163 ZPO nicht mit Rekurs anfechtbar seien: Gemäss § 235 Abs. 1 ZPO ist im summarischen Verfahren der Rekurs (nur) gegen Erledigungsverfügungen zulässig, und vorläufige Verfügungen gemäss § 163 ZPO sind nicht als Erledigungsverfügungen zu qualifizieren.

An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass mit Bezug auf Verfügungen betreffend Beweissicherung und Arrestbewilligung nach der Rechtsprechung des Obergerichts zu unterscheiden ist, ob mit dem erstinstanzlichen Entscheid das entsprechende Gesuch geschützt oder abgewiesen wird (bezüglich Beweissicherung: RBOG 1994 Nr. 29 und 1990 Nr. 34; bezüglich Arrestbewilligung: RBOG 1993 Nr. 25 [§ 235 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO wurde per 1. Januar 2003 aufgrund der bundesrechtlichen Rege-

lung in Art. 278 SchKG aufgehoben]). Wird das Gesuch betreffend Beweissicherung und Arrestbewilligung abgewiesen, wird das summarische Verfahren abschliessend erledigt; nach einer Verfügung gestützt auf § 163 ZPO ist dies nicht der Fall.

cc) Gemäss § 234 Ziff. 3 ZPO können prozessleitende Entscheide, die vorsorgliche Massnahmen betreffen, mit Rekurs angefochten werden. Diese Bestimmung bezieht sich aber aufgrund des ausdrücklichen Ausschlusses der Rekursmöglichkeit in § 235 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO nicht auf vorläufige Anordnungen im Sinn von § 163 ZPO.

dd) Wenn gegen die Verfügung, mit welcher der Erlass einer superprovisorischen Massnahme verweigert wurde, der Rekurs zulässig wäre, würde dies dazu führen, dass die Rechtsmittelinstanz mit dem Rekursentscheid gegebenenfalls selbst eine vorläufige Regelung treffen müsste. § 163 ZPO erwähnt zwar (im Gegensatz zu §§ 164, 172 ff. ZPO, wo ausdrücklich vom "Bezirksgerichtspräsidenten" die Rede ist) lediglich den "Richter". Das ändert aber nichts daran, dass - von Ausnahmen abgesehen - die Rechtsmittelinstanz (bzw. deren Präsidium) keine superprovisorischen Anordnungen treffen kann. Die Anordnung bzw. Beibehaltung einer superprovisorischen Verfügung fällt in die Kompetenz des erstinstanzlichen Richters (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 110 N 69 mit Hinweisen).

ee) Der Entscheid, mit dem das Gesuch um Erlass einer vorläufigen Verfügung (§ 163 ZPO) abgelehnt wurde, ist damit nicht mit Rekurs anfechtbar.

c) aa) Die Vorinstanz wies in der Rechtsmittelbelehrung auf die Rekursmöglichkeit hin. Sie ging davon aus, der angefochtene Entscheid sei definitiv nach den anwendbaren Be-

stimmungen des HEntfÜ zu treffen, da die durch ihn nicht beschwerte Gegenpartei nicht zur Vernehmlassung eingeladen zu werden brauche. Dieser Auffassung ist entgegen zu halten, dass die vom Rekurrenten gestellten Anträge keine Anwendung des HEntfÜ erfordern. Dieses Übereinkommen ist ein Rechtshilfeabkommen mit dem Ziel, die Rückgabe widerrechtlich verbrachter oder zurückgehaltener Kinder sicherzustellen sowie die Ausübung von Sorge- und Besuchsrechten zu gewährleisten (vgl. Art. 1 HEntfÜ). Das HEntfÜ bezweckt somit, so schnell wie möglich den ursprünglichen Zustand (status quo ante) wiederherzustellen, damit am Gerichtsstand des beraubten Elternteils über Schutzmassnahmen entschieden werden kann (vgl. Siehr, in: IPRG Kommentar [Hrsg.: Heini/Keller/Siehr/Vischer/Volken], Zürich 1993, Art. 85 N 57 ff.; Siehr, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 129 ff.). Bei der Anwendung des HEntfÜ geht es damit gerade nicht um materielle Regelungen (elterliche Sorge, Obhut, Besuchsrecht). Der vor Vorinstanz gestellte Antrag des Rekurrenten betraf die Obhutszuteilung und den Erlass von Massnahmen gegen eine behauptete drohende Entführung. Diese Begehren sind nach dem anwendbaren schweizerischen Recht zu beurteilen. Der Rekurrent beantragte nicht die Rückführung seiner Tochter, sondern die Obhutszuteilung.

bb) Es drängte sich auch nicht auf, den angefochtenen Entscheid definitiv und ohne Anhörung der Gegenpartei zu fällen. Auch wenn der Rekurrent in missverständlicher Weise vor Vorinstanz beantragte, es sei "im Sinn einer superprovisorischen Massnahme mit sofortiger Wirkung" die elterliche Obhut zu regeln, war aufgrund der Begründung des Gesuchs offensichtlich, dass der Rekurrent die Obhutszuteilung nicht nur für den Fall beantragt hatte, dass sie superprovisorisch verfügt werde. Zudem wurde der Antrag gestellt, als das Eheschutzverfahren bereits hängig war. Das Begehren des Rekurrenten betreffend Obhutszuteilung war folglich als eigener Antrag in dem von der Rekursgegne-

rin eingeleiteten Eheschutzverfahren entgegenzunehmen, verbunden mit dem Begehren auf den Erlass einer superprovisorischen Verfügung. Vom Rekurrenten zu verlangen, die gestellten Anträge im bereits hängigen Eheschutzverfahren nochmals einzubringen, ist überspitzter Formalismus.

cc) Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich keine definitiven Verfügungen ohne Anhörung der Gegenpartei gibt. Ein Schriftenwechsel bzw. eine mündliche Verhandlung ist gesetzlich vorgeschrieben (§ 162 Abs. 1 und 2 ZPO). Dies entspricht dem Prinzip, dass auch das Summarverfahren kontradiktorisch ist. Dadurch gewinnt der Richter in der Regel eine bessere Entscheidungsgrundlage. Eine Abweisung von Anträgen nach dem Eingang und ohne Anhörung der Gegenpartei ist nur in Ausnahmefällen denkbar (z.B. bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens).

dd) Es ist kein Grund ersichtlich, die von beiden Parteien im rechtshängigen Eheschutzverfahren gestellten Anträge betreffend Obhutszuteilung nicht in dem das Verfahren erledigenden Endentscheid zu beurteilen. Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz zu Recht die Ablehnung des Antrags auf Erlass einer superprovisorischen Verfügung im Wesentlichen nur mit der fehlenden Dringlichkeit begründete. Weil die Vorinstanz im Ergebnis mit dem angefochtenen Entscheid zu Unrecht eine (definitive) Erledigungsverfügung erliess, ist daher auf den Rekurs einzutreten und der angefochtene Entscheid insoweit aufzuheben, als er über die Abweisung superprovisorischer Anordnungen hinausgeht. Eine formelle Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz erübrigt sich hingegen, weil der Rekurrent offenbar in der Zwischenzeit vor Vorinstanz einen entsprechenden Antrag stellte. Er wies ausdrücklich darauf hin, die Zuteilung der elterlichen Obhut an ihn werde im Rahmen des Rekurses nicht mehr beantragt, weil darüber die Vorinstanz im Rahmen des Eheschutzprozesses zu entscheiden habe.

d) Nicht einzutreten ist auf die Anträge des Rekurrenten betreffend die Bewilligung des Getrenntlebens, das Verbot der Verbringung der Tochter ins Ausland und die Hinterlegung der Reisepässe. Es steht dem Rekurrenten jederzeit die Möglichkeit offen, bei der Vorinstanz ein entsprechendes Gesuch - allenfalls verbunden mit dem Antrag auf Erlass einer vorläufigen Verfügung - zu stellen, falls sich die Verhältnisse während des Eheschutzverfahrens ändern sollten.

3. Gegen die Ablehnung des Gesuchs um Erlass einer vorläufigen Verfügung ist eine Aufsichtsbeschwerde (§§ 242 ff. ZPO) nicht zulässig, weil keine Rechtsverweigerung vorliegt. Eine solche wäre nur anzunehmen, wenn sich die Vorinstanz geweigert hätte, das Gesuch des Rekurrenten zu prüfen. Das war gerade nicht der Fall: Die Vorinstanz nahm das Gesuch an die Hand, prüfte es und wies es ab.

Obergericht, 12. März 2003, ZR.2003.9

---

29. **Notwendigkeit der Bestellung eines Offizialverteidigers bei einer drohenden Freiheitsbeschränkung von über sechs Monaten** (§ 50 Abs. 4 StPO)

Das Obergericht befasste sich bereits mit der Frage, ab welchem Strafmass einem Angeklagten ein Offizialverteidiger zu bestellen ist. Es kam zum Schluss, eine Gefängnisstrafe von zehn Monaten stelle eine gravierende Freiheitsbeschränkung dar. Demgegenüber sei eine Gefängnisstrafe von voraussichtlich zwischen viereinhalb und sechs Monaten noch nicht derart einschneidend, dass von einem schweren Fall auszugehen sei.

Dem Beschwerdeführer droht gemäss Anklageschrift eine Gefängnisstrafe von acht Monaten. Dass sie bedingt ausgefällt wird, ist kaum anzunehmen. Allenfalls acht Monate im Gefängnis verbringen zu müssen, stellt eine massive Freiheitsbeschränkung dar. Von einem schweren Fall ist immer dann auszugehen, wenn eine unbedingte Gefängnisstrafe von mehr als einem halben Jahr in Betracht fällt. Es ist deshalb gerechtfertigt, demjenigen Angeklagten, der mit einer Gefängnisstrafe von über sechs Monaten rechnen muss, und dem der bedingte Strafvollzug voraussichtlich nicht gewährt wird, einen Offizialverteidiger zu bestellen. Ob die Streitsache rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten bietet, ist unter diesen Umständen genauso unerheblich wie die Persönlichkeit des Angeklagten; ausschlaggebend dafür, dass letzterem ein amtlicher Verteidiger zur Seite gestellt wird, ist einzig die Dauer der in Aussicht stehenden Strafe. Liegt diese über sechs Monaten, wird die Rechtsposition des Angeklagten in einem Ausmass tangiert, das es rechtfertigt, die Offizialverteidigung generell als geboten zu betrachten.

Obergericht, 24. März 2003, SW.2003.1

30. "Bockigkeit" eines Untersuchungshäftlings als verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten? (§ 65 Abs. 2 StPO)

1. a) X arbeitete als Betreuer in einem Wohn- und Werkheim. Im November 1999 meldete er der Polizei den Todesfall der Heiminsassin Y. Am gleichen Tag sowie zwei Wochen später wurde X polizeilich befragt. Nach jener Befragung wurde er drei Wochen in Untersuchungshaft gesetzt. Im April 2002 stellte die Staatsanwaltschaft die Strafuntersuchung ein, nahm die Verfahrenskosten auf die Staatskasse und entschädigte den Verteidiger.

b) Im August 2002 verlangte X eine Haftentschädigung seitens des Staates von rund Fr. 21'000.-- und eine Genugtuung von mindestens Fr. 8'000.--.

2. Bei Einstellung der Untersuchung und bei gerichtlichem Freispruch kann die angeschuldigte Person gemäss § 65 Abs. 1 StPO gegenüber dem Staat Schadenersatz und gegebenenfalls Genugtuung beanspruchen, wenn sie infolge des Strafverfahrens ungesetzlich oder unverschuldet ernstliche Nachteile, insbesondere einen Freiheitsentzug erlitt. Keinen solchen Anspruch besitzt die angeschuldigte Person, wenn sie durch verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten begründeten Anlass zum Strafverfahren oder zu den schädigenden Massnahmen gab (§ 65 Abs. 2 StPO).

Nicht nur ungesetzlich oder unverschuldet erlittene Untersuchungshaft, sondern auch andere Nachteile können eine Entschädigungspflicht des Staates auslösen (RBOG 1989 Nr. 41). Keinen solchen Anspruch besitzt, wer durch verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten begründeten Anlass zum Strafverfahren oder zu den schädigenden Massnahmen gab. Sträflich und leichtfertig ist eine an sich nicht rechtswidrige Handlung auch dann, wenn sie gegen Treu und Glauben oder gegen Sitte und Anstand verstösst und auf der Grenze zwischen strafbarer Handlung und Immoralität liegt, bzw. wenn der Verstoss mit Wissen und Willen oder aus grober Nachlässigkeit begangen wurde. Der Unterschied zwischen Leichtfertigkeit und Verwerflichkeit ist dabei lediglich quantitativer und nicht qualitativer Art (vgl. RBOG 1998 Nr. 34).

3. a) Die Staatsanwaltschaft lastete dem Beschwerdeführer an, er habe sich in der Einvernahme von Anfang Dezember 1999 und vermehrt noch in denjenigen von Mitte Dezember 1999 "bockig" verhalten und keine Fragen mehr beantworten wollen.

Seine Kooperationsbereitschaft sei damals nicht mehr vorhanden gewesen. Hinzu komme, dass er immer wieder Erinnerungslücken für die Zeit vor dem Entdecken der Toten geltend gemacht habe, wobei weder seine Ex-Frau noch der Heimleiter je festgestellt hätten, dass er solche Erinnerungslücken immer wieder einmal gehabt habe. Selbstverschuldet habe er also auch dadurch den dringenden Tatverdacht gesteigert und so seine Untersuchungshaft verlängert.

b) Nach Auffassung des Obergerichts muss der Vorwurf der angeblichen "Bockigkeit" nicht unwesentlich relativiert werden. Die erste polizeiliche Befragung fand rund eine Stunde, nachdem X die Heiminsassin Y tot aufgefunden hatte, statt. Als Ende November 1999 die Hausdurchsuchung durchgeführt wurde, war auch vorgesehen gewesen, den Beschwerdeführer nochmals eingehend polizeilich zu befragen. Es stellte sich jedoch heraus, dass er Ferien bezog. Die Kantonspolizei versuchte mehrfach, ihn telefonisch zu erreichen. Als dies Ende November 1999 gelang, wurde er - in Unkenntnis darüber, dass es sich bei Z um einen Polizeibeamten handelte - in ein Restaurant bestellt und nach seinem Erscheinen zum Kantonspolizeiposten geführt. Nach kurzer Befragung habe sich der Tatverdacht gegen ihn erhärtet. Da er zudem nicht mehr bereit gewesen sei, weitere Aussagen zu machen, und sich geweigert habe, das Befragungsprotokoll zu unterschreiben, sei er inhaftiert worden.

Aus dem Protokoll von Ende November 1999 ergibt sich, dass die Befragung vorerst ruhig und geordnet verlief; die ihm gestellten Fragen beantwortete der Beschwerdeführer, soweit er sich an die Einzelheiten noch erinnern konnte. 40 Minuten nach Beginn der Befragung wurde er offenbar ungeduldig; er wollte "endlich wissen, weshalb ich hier bin. Muss ich einen Anwalt beiziehen. Ich unterschreibe nichts, bevor ich mit meinem Anwalt gesprochen habe". In der Folge telefonierte er mit seinem Handy. Die Polizei war der Meinung, er sei mit seinem Anwalt verbunden; als

sie merkte, dass der Beschwerdeführer den Heimleiter angerufen hatte, wurde ihm das Telefon weggenommen. Es folgten Diskussionen darüber, ob der Beschwerdeführer sich nun wieder zur Sache äussere, bzw. ob er sich hinsichtlich seiner dahingehenden Verpflichtung zuerst mit einem Anwalt besprechen dürfe. Insbesondere wolle er fragen, ob seine Aussagen gegen ihn verwendet werden könnten. "Ich weiss doch nun auch nicht mehr, wie genau alles abgelaufen ist". Z wies ihn darauf hin, alle seine Aussagen könnten gegen ihn verwendet werden. Damit er sich die Sache nochmals genau überlegen könne, werde die Befragung unterbrochen. In der Folge weigerte sich der Beschwerdeführer, das Protokoll zu unterschreiben; er wolle vorher mit seinem Anwalt sprechen, damit man ihm nicht einen Strick aus seinen Aussagen drehen könne. Anfang Dezember 1999 erfolgten weitere Befragungen. Der Beschwerdeführer verhielt sich kooperativ. Dass er renitent war, geht aus den Protokollen nicht hervor; er protestierte lediglich gegen die Art der Fragestellung, beschwerte sich darüber, dass sich das Ganze nur noch in Vermutungen verstricke, und dass er den ganzen Tag keine Zigaretten bekommen habe. "Unter solchen Bedingungen arbeite ich nicht mehr mit". Mitte Dezember 1999 verliefen die Befragungen sodann nicht mehr sehr erfolgreich. Der Beschwerdeführer gab zu Protokoll, seiner Auffassung nach gehe es bei den gestellten Fragen nicht um Aufklärung im eigentlichen Sinn, sondern darum, ihn zu belasten. In der Folge verweigerte er die Aussage, und zwar sowohl hinsichtlich der Umstände zum Tod von Y als auch in Bezug auf die ihm unterstellten Drogenprobleme. In der dritten Woche Dezember 1999 äusserte er sich dahingehend, er habe nur zwei Sachen zu sagen: Zum einen habe er Y die Überdosis nicht verabreicht; zum anderen wäre er froh, wenn die Sache endlich aufgeklärt werden könne und der richtige Täter von der Polizei ermittelt würde. Weitere Angaben verweigerte er. Auch einen Tag danach schüttelte er jeweils nur den Kopf, verschränkte die Arme und schaute ins Leere. Gleichentags um 15.00 Uhr beantwortete er zu Beginn die ihm gestellten Fragen; als er sich dann aber falsch zi-

tiert fühlte, äusserte er sich nicht mehr. Zwei Tage später gab er noch immer keinerlei Antworten; am dritten Tag wurde er dann aber zunehmend gesprächig.

c) Es ist somit festzustellen, dass der Beschwerdeführer nicht von vornherein nicht bereit war, das ihm Mögliche zur Todesursache von Y beizutragen. Es war die spezielle Situation in der Untersuchungshaft, die ihn mit der Zeit dazu brachte, zu schweigen anstatt zu antworten. Er musste auf den gewohnten Zigarettenkonsum verzichten, sah sich mit Zusammenfassungen konfrontiert, die seinen Angaben nicht entsprachen, und fühlte sich - nicht ganz zu Unrecht - dadurch, dass er immer wieder dasselbe gefragt wurde, zweifellos in die Enge getrieben. Wenn er eine Antwort gab, war er aber offensichtlich bemüht, die Frage korrekt zu beantworten. Er verweigerte zwar ab einem gewissen Zeitpunkt für mehrere Tage jegliche Auskünfte und Angaben; bei den gegebenen Verhältnissen kann dies aber nicht zur Folge haben, dass sein grundsätzlich gegebener Anspruch auf Schadenersatz und Genugtuung als verwirkt zu bezeichnen ist. Es gilt im Zusammenhang mit § 65 StPO indessen entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht generell der Grundsatz, die Tatsache, dass der Verdächtigte die Aussagen verweigert habe, müsse unbeachtlich bleiben. Dieses Prinzip gelangt lediglich im strafprozessualen Verfahren zur Anwendung: Gemäss § 86 Abs. 1 StPO ist der Angeschuldigte zwar zur Wahrheit zu ermahnen, gleichzeitig aber auch ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass er die Aussage verweigern kann. Ob bei Einstellung der Untersuchung und bei gerichtlichem Freispruch eine Entschädigung geschuldet ist, bestimmt sich hingegen ausschliesslich nach §§ 65 ff. StPO. In diesem Zusammenhang kann es fahrlässig sein, unwahre oder keine Angaben zu machen: Derartiges Verhalten kann dazu führen, dass die Bedingung des unverschuldeten ernstlichen Nachteils nicht mehr erfüllt ist (§ 65 Abs. 1 StPO). So kann die Verweigerung der Aussage ohne weiteres dazu führen, dass sich die Untersuchungshaft verlängert; in einem sol-

chen Fall hat es sich der Ansprecher selbst zuzuschreiben, dass er nicht bereits in einem früheren Zeitpunkt wieder in Freiheit gesetzt wurde. Wo die Grenze zwischen vorwerfbarem Verhalten und blosser Immoralität liegt, lässt sich nicht generell umschreiben, sondern ist im Einzelfall zu entscheiden.

d) X kann sein mehrtägiges Stillschweigen nicht in dem Sinn zum Vorwurf gemacht werden, dass er nun gegenüber dem Staat keinerlei finanziellen Ansprüche geltend machen kann. Nebst den bereits erwähnten, ihn belastenden Umständen wie Zigarettenentzug und permanent gleiche Fragestellungen ist auch seine besondere Persönlichkeitsstruktur zu berücksichtigen. Er scheint ein Einzelgänger zu sein und wohnt in einem Wohnmobil. Seine geschiedene Frau wies darauf hin, er sei eher inaktiv und habe es gerne, wenn man ihn in Ruhe lasse. Sie glaube nicht, dass er an Gedächtnislücken leide, habe jedoch festgestellt, dass er Sachen anders als andere wahrnehme. Er selektioniere Wichtiges und Unwichtiges anders. Im Übrigen sei er grundehrlich und sage immer gerade hinaus, was er denke. Er provoziere die Leute gerne; das mache das Leben mit ihm so schwierig. Oft äussere er sich in Gesprächen auf unverständliche Art. Mit der Polizei oder den Behörden verstehe er sich sowieso nicht gut. Er sei in einer naiven Art ehrlich.

e) Nicht nur seiner Art entsprach es aber somit offensichtlich, dass er gelegentlich mit den Worten der Staatsanwaltschaft "bockig" wurde; es ist auch objektiv betrachtet nicht ganz verständlich, weshalb es zur Untersuchungshaft von immerhin 14 Tagen kam. Die Anklagekammer bejahte noch in ihrem Entscheid die Zulässigkeit der Untersuchungshaft bis zum Vorliegen des Berichts des IRM; nachher werde darüber zu entscheiden sein, ob die Haft weiterhin als rechtmässig beurteilt werden könne. Ebenfalls von Anfang Dezember 1999 stammt das Gutachten des IRM. Die Anklagekammer sandte es fünf Tage später dem Vertei-

diger zur Stellungnahme. In ihrer Verfügung, mit der X aus der Untersuchungshaft entlassen wurde, wies sie darauf hin, nachdem das Gutachten des IRM vorgelegen habe, sei erstellt gewesen, dass der Tod von Y nicht durch eine Fremdeinwirkung eingetreten sei. Unter diesen Umständen könne nicht mehr gesagt werden, Y sei vorsätzlich getötet worden, und der dringende Tatverdacht für ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt lasse sich nicht mehr weiter aufrechterhalten. Es sei jedoch auf die Eingabe von X von Mitte Dezember 1999 zu verweisen, in welcher er beantrage, die Haft bis zur Durchführung der entsprechenden Befragungen zu begrenzen, was bedeute, dass er selbst davon ausgehe, dass Kollusionsgefahr gegeben sei.

Aus dieser Zusammenfassung ergibt sich zweierlei: Zum einen ist nicht nachvollziehbar, weshalb nach Erhalt des Gutachtens des IRM, das den Beschwerdeführer entlastete, noch rund 12 Tage vergingen, bis die Beendigung der Untersuchungshaft angeordnet wurde; zum anderen ist der Schluss, X selber sei davon ausgegangen, es bestehe Kollusionsgefahr, nicht haltbar. Die Eingabe, in welcher diese Feststellung enthalten sein soll, liegt zwar nicht bei den Akten; allein schon aus den in den Unterlagen enthaltenen Schreiben des Verteidigers des Beschwerdeführers sowie aus dem Verhalten von diesem selbst ergibt sich jedoch ganz klar, dass nie das Einverständnis des Angeschuldigten zu den doch recht eingreifenden untersuchungsrichterlichen Massnahmen vorgelegen hatte.

Obergericht, 2. Juni 2003, SW.2003.3

31. Zuständigkeit des Obergerichts als Revisionsinstanz auch betreffend im Berufungsverfahren nicht angefochtener/unbeurteilt gebliebener Punkte (§ 219 Abs. 1 StPO, § 164 StPO)

1. a) Gemäss § 219 Abs. 1 StPO ist das Wiederaufnahmegesuch dem Gericht einzureichen, welches das frühere Verfahren rechtskräftig beurteilt hat.

Über die Wiederaufnahme entscheidet das Gericht, welches das angefochtene Urteil - sei es als erste Instanz oder als Rechtsmittelinstanz - gefällt hat (Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, Bern 1994, S. 556). Revisionsinstanz ist demnach das Gericht, das in der Sache geurteilt hat, das heisst der "iudex a quo" (vgl. Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5.A., § 102 N 11; RBOG 1999 Nr. 34 S. 210).

b) In formeller Hinsicht stellt sich somit die Frage, ob der Sachverhalt gemäss Anklageschrift überhaupt Gegenstand des obergerichtlichen Urteils bildete, dessen Revision vom Gesuchsteller verlangt wird, zumal der Schuldspruch der Vorinstanz in diesem Punkt im Berufungsverfahren nicht mehr streitig war. Dabei ist zu beachten, dass gemäss § 210 Abs. 1 2. Teilsatz StPO das Berufungsurteil als neues Urteil gemäss § 164 StPO abzufassen ist und den angefochtenen Entscheid ersetzt. Obwohl sich das Obergericht mangels Berufungsantrags mit dem Sachverhalt gemäss Anklageschrift nicht mehr bzw. nur noch in Form einer "obiter dictum"-Erwägung befasste, bleibt es, da sein Urteil den Schuldspruch wegen einfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz bestätigte und das erstinstanzliche Urteil integral ersetzte, auch für diesen Sachverhalt die zuständige Revisionsinstanz.

Obergericht, 19. Juni 2003, SAO.2003.1

32. **Widerhandlung gegen das Gesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel** (§ 31 Abs. 1 und 4 JagdG; Art. 2 JSV)

1. X fing auf seinem Grundstück einen Fuchs. Ehe er das Tier am Nachmittag des nächsten Tages mit einem Flobertgewehr durch einen Schuss in den Rachen tötete, hielt er es in einer Falle gefangen, um es noch zwei Personen zu zeigen. Auslöser war, dass der Fuchs im Garten von X Brutnester, Legehühner, Legeenten, einen Erpel und Junghühner gerissen haben soll. Auf Anzeige des Tierschutzvereins wurde X mit Strafverfügung wegen der Tötung eines mit einer Falle gefangenen Fuchses mit einer nicht für die Jagd zugelassenen Waffe zu einer Busse verurteilt. Die dagegen erhobene Einsprache von X wurde abgewiesen; die Bezirksgerichtliche Kommission verurteilte X wegen Widerhandlung gegen das Jagdgesetz zu einer Busse. Dagegen erhob X Berufung.

2. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, das vom Berufungskläger verwendete Flobertgewehr stelle eine nach dem Jagdgesetz unzulässige Waffe dar, da die Mündungsenergie von 27,116 Joule weit unter der in der Verordnung zum Jagdgesetz (RB 922.11) festgelegten Mindest-Mündungsenergie von 300 Joule für die Jagd auf Füchse liege. Die Mindestenergiewerte seien in die Jagdgesetzgebung aufgenommen worden, da habe sichergestellt werden wollen, dass beschossene Tiere sofort tot seien. Sei es ohne Gefährdung der Umgebung nicht möglich, die vorgeschriebene Jagdwaffe und die vorgeschriebene Munition zu verwenden, sei auf das Erlegen des Tiers zu verzichten. Es wäre dem Berufungskläger ohne weiteres möglich gewesen, den in der Falle gefangenen Fuchs an eine Stelle zu verbringen, an welcher die Tötung ohne Auswirkung auf die Umgebung hätte vollzogen werden können. Dem hält der Berufungskläger entgegen, die vom Be-

zirksamt eingeholten und vorgelegten Angaben über die ballistischen Werte seien im vorliegenden Fall nicht massgebend, da sich sämtliche Werte auf eine Schussdistanz von 100 m bezögen. Der Fuchs sei von ihm waidmännisch erlegt worden und habe nicht qualvoll verenden müssen. Die verwendete Falle habe er nicht transportieren können, da es sich nicht um eine Kastenfalle, sondern um ein 30 cm tief eingegrabenes Aufzuchtgehege gehandelt habe.

a) Gemäss § 31 Abs. 1 des Jagdgesetzes dürfen Grundbesitzer Füchse oder Marder, die sie bedrohen oder schädigen, in Gebäuden, Räumen und in deren allernächster Umgebung erlegen, soweit nicht die öffentliche Ordnung oder die Sicherheit von Personen oder Sachen gefährdet wird; nach Abs. 4 darf der Abschuss nur mit den für die Jagd zulässigen Waffen erfolgen. Diese werden in der Aufzählung von Art. 2 der bundesrätlichen Verordnung über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (JSV, SR 922.01) negativ umschrieben, indem unter anderem in Abs. 1 lit. f Selbstladewaffen mit einem Magazin von mehr als zwei Patronen, Seriefeuerwaffen, Schrotwaffen mit einem Kaliber von mehr als 18,2 mm (Kaliber 12), Armbrüste, Pfeilbogen, Schleudern, Speere, Luftgewehre und Luftpistolen als für die Jagd unzulässige Hilfsmittel bezeichnet sind; Faustfeuerwaffen dürfen nach Abs. 2 lediglich als Fangschussgeber verwendet werden. Zusätzlich zu dieser bundesrechtlichen Bestimmung schrieb der Regierungsrat als Verordnungsgeber gestützt auf die Delegationsnorm von Art. 2 Abs. 3 JSV in § 13 JagdV für die Jagd auf Füchse Jagdkugelpatronen mit einer Minimalenergie von 300 Joule bei einer Distanz von 100 m vor. Schliesslich stellen Fallen, ausgenommen Kastenfallen zum Lebendfang sowie Fallen für die Bekämpfung von Kleinnagern, Bisamratten und Nutria, nach Massgabe von Art. 1 Abs. 1 lit. a JSV verbotene Hilfsmittel dar, die nicht nur für die Jagd verboten sind, sondern deren Handel sogar verboten ist, und die weder hergestellt, ein-, durch- oder ausgeführt noch verwendet werden dürfen.

b) aa) Beim Flobertgewehr, das weder in der Jagdgesetzgebung des Bundes noch des Kantons Thurgau erwähnt ist, handelt es sich um ein kleinkalibriges Repetiergewehr mit Rundkugelpatronen. Es stellt demnach weder eine Selbstlade- oder eine Seriefeuerwaffe noch eine Schrotflinte oder ein Luftgewehr dar, weshalb es keinem der in Art. 2 Abs. 1 lit. f JSV als verboten bezeichneten Hilfsmittel zugeordnet werden kann. Nach Bundesrecht ist das Flobertgewehr daher eine für die Jagd grundsätzlich zulässige Waffe.

bb) Somit ist zu prüfen, ob für die Ausübung des Selbsthilferechts nach § 31 JagdG mit allen nach Art. 2 Abs. 1 JSV e contrario zulässigen Waffen geschossen werden darf, oder ob als Einschränkung zusätzlich Büchsenmunition mit der vom kantonalen Recht in § 13 JagdV vorgeschriebenen Mindestenergie benutzt werden muss.

Mit der Bestimmung von § 13 JagdV wollte der Regierungsrat fraglos nur die Mindestenergie beim klassischen Distanzschuss, nicht aber die Munition beim Fangschuss oder bei Schüssen aus sonst sehr geringer Distanz regeln, da eine Minimalenergie in der gesetzlich vorgeschriebenen Höhe für das waidgerechte Erlegen eines Tiers lediglich beim Schuss auf grosse Weiten notwendig ist. Die Verwendung von Jagdkugelpatronen mit Minimalenergie bei Schüssen auf sehr kurze Distanz oder beim Fangschuss hiesse dagegen im wahrsten Sinn des Wortes mit Kanonen auf Spatzen schiessen und hätte - ohne dass der sofortige Tod sichergestellt wäre - schwerste Verletzungen des Tiers zur Folge. Ausserdem wäre ein solcher Schuss wegen der hohen Gefahr von Abprallern oder Querschlägern mit offensichtlich erheblichen Gefahren sowohl für die Umgebung als auch für den Jäger selbst verbunden. Somit muss - nachdem im kantonalen Recht keine weiteren Einschränkungen vorgenommen wurden - für den Fangschuss ausschliesslich Art. 2 Abs. 2 JSV gelten. Nach dieser Bestimmung

sind als Fangschussgeber auch Faustfeuerwaffen zulässig; da Flobertgewehre in ihrer Wirkung Faustfeuerwaffen gleichkommen, sind sie für den Fangschuss (oder auch für sonstige Schüsse auf sehr geringe Distanz) in jeder Hinsicht waidgerecht und demnach ohne weiteres zulässig.

Diese Überlegungen müssen sinngemäss auch bei Schüssen im Rahmen des Selbsthilferechts nach § 31 JagdG gelten. Übt zum Beispiel ein Bauer sein Recht auf Selbsthilfe aus, und versucht er aus einem grösseren Abstand den mit einem seiner Hühner im Fang gerade aus dem Hühnergehege herausschleichenden Fuchs zu erschiessen, so sind selbstredend die Vorschriften von §§ 13 und 14 JagdV über die Minimalenergie von Büchsenmunition und die maximale Schrotgrösse von Flintenmunition zu beachten. Ertappt er dagegen den Fuchs auf frischer Tat im Hühnerstall oder im eng umfriedeten Hühnerhof, kann beim Schuss auf eine nur sehr geringe Distanz das Verwenden der gleichen Munition nicht in Frage kommen, und es ist dieselbe Munition wie bei Kurzdistanzschüssen oder beim Fangschuss durch die Jäger zu verwenden. Dies gilt umso mehr, als ein ungeübter Schütze mangels der Fähigkeit genauen Zielens das Tier häufig nicht sofort töten könnte, so dass es angesichts der ihm lediglich zugefügten schweren Fleischwunde qualvoll sterben müsste. Ausserdem ergibt sich auch aus § 31 Abs. 1 JagdG, der im Rahmen des Selbsthilferechts auch vom Abschuss in Gebäuden oder Räumen spricht, dass die Vorschrift über die Minimalenergie nicht ausnahmslos und unbesehen zur Anwendung gelangen kann: Es liegt auf der Hand, dass in einem geschlossenen Raum (wenn überhaupt) nur mit einer Faustfeuerwaffe oder einem Flobertgewehr geschossen werden kann und niemals mit Büchsen- oder Flintenmunition, die §§ 13 oder 14 JagdV entspricht.

c) Nachdem der Berufungskläger den in der Falle gefangenen Fuchs mit einem Schuss in den offenen Rachen und da-

mit aus geringstmöglicher Nähe erlegte, braucht nicht geprüft zu werden, bis auf welche Distanz die Verwendung eines Flobertgewehrs im Einzelnen zulässig ist. Im hier zu beurteilenden Fall jedenfalls war die Verwendung des Flobertgewehrs durch den Berufungskläger für den Schuss auf den Fuchs im Rahmen des Selbsthilferechts nicht verboten.

3. a) Hingegen kann es nicht angehen, im Rahmen des Selbsthilferechts einen Fuchs mit einer Falle nächtens im Garten zu fangen und hernach zu töten, da nicht mit Sicherheit feststeht, dass dasjenige Tier gefangen wird, das dem Grundbesitzer Schaden zufügte; dies aber ist nach § 31 Abs. 1 JagdG unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung des Selbsthilferechts. Wohl besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein in der Nähe eines Hühnerstalls gefangener Fuchs auch derjenige ist, der in der Vergangenheit an diesem Ort bereits Hühner und weiteres Federvieh riss, doch ist es durchaus auch vorstellbar, dass es sich um einen neu in dieser Gegend herumstreunenden Fuchs handelt, der noch keinerlei Schaden verursachte. Ein gleichsam vorsorgliches Fangen und anschliessendes Töten von Füchsen verträgt sich mit dem Wortlaut von § 31 Abs. 1 JagdG jedoch nicht, so dass die Ausübung des Selbsthilferechts nur erlaubt sein kann, wenn das dem Grundbesitzer Schaden zufügende Tier gleichsam auf frischer Tat ertappt wird. Würde anderes gelten, so wäre dem ausufernden Stellen von Fallen durch Laien Tür und Tor geöffnet, und das seiner Natur nach zurückhaltend zu handhabende Selbsthilferecht würde in nicht mehr kontrollierbarer Weise überspannt. Dies muss umso mehr gelten, als es jedem Grundbesitzer freisteht, einen Jäger mit dem Fang oder dem Abschuss eines auf seinem Boden herumstreifenden Fuchses zu beauftragen, da ein Jäger Füchse ohne Einhaltung der engen Voraussetzungen von § 31 Abs. 1 JagdG schiessen darf. Zulässig könnte im Rahmen des Selbsthilferechts allenfalls das Stellen einer Falle im Hühnerstall selbst oder in einem ausrei-

chend umfriedeten Hühnerhof sein, da in diesem Fall kein ernsthafter Zweifel daran bestehen kann, dass der dort gefangene Fuchs auch Hühner riss; die Frage kann hier allerdings letztlich offen gelassen werden, nachdem sich den eingereichten Fotografien nicht entnehmen lässt, dass das gesamte Grundstück des Berufungsklägers wie ein Hühnerhof umzäunt ist und der Berufungskläger selbst dies auch gar nicht behauptet. Der Gebrauch der Falle durch den Berufungskläger erweist sich daher als Verstoss gegen das Selbsthilferecht von § 31 Abs. 1 JagdG.

b) Unter diesen Umständen ist zwangsläufig auch die anschliessende Tötung des Fuchses rechtswidrig. Ausserdem handelt es sich bei der vom Berufungskläger verwendeten Falle nicht um eine Kastenfalle im Sinn von Art. 1 Abs. 1 lit. a JSV, weshalb sie ein verbotenes Hilfsmittel darstellt. Nachdem zum einen aber das Bezirksamt den Berufungskläger deswegen nicht schuldig sprach und zum anderen der Berufungskläger allein Berufung erhob, darf das Urteil nach Massgabe des in § 209 StPO verankerten Verschlechterungsverbots nicht zu seinen Ungunsten geändert werden, so dass deswegen kein zusätzlicher Schuldspruch ausgefällt werden darf (RBOG 1998 Nr. 38).

c) Selbst wenn hier das Fangen des Fuchses mit einer Falle im Rahmen des Selbsthilferechts als rechtmässig betrachtet werden wollte, muss das Vorgehen des Berufungsklägers entgegen seinen Beteuerungen als unverhältnismässig beurteilt werden. Nur damit er den gefangenen Fuchs zwei Personen zeigen konnte, hielt der Berufungskläger das Tier nach dem Fangen noch während Stunden im Gehege gefangen und liess es dadurch unnötig und insbesondere auch unnötig lange leiden. Da es sich bei einem Fuchs entgegen den abwegigen Ausführungen des Berufungsklägers ungeachtet des Umstands, dass es bei ihm um einen "Kulturfolger" geht, nach wie vor um ein Wildtier handelt, liegt es auf der Hand, dass sich dieser im Gitterkäfig namentlich in Gegenwart

von Menschen stark ängstigte, zumal für ihn keine Möglichkeit bestand, sich zu verstecken. Die vom Berufungskläger selbst eingereichte Fotografie Nr. 1 spricht in diesem Zusammenhang Bände, zeigt sie den gefangenen Fuchs doch mit weit aufgerissenen Augen und mit eingezogener Rute. Im Gegensatz zu diesem nur wenige Tage nach dem Vorfall entwickelten Bild scheint die Fotografie Nr. 2 nicht den in diesem Zusammenhang erlegten Fuchs zu zeigen, da die darauf abgebildete Person, bei der es sich wohl um den Berufungskläger handelt, andere Kleider trägt und der Umstand, dass sie auf dieser Fotografie keine Socken trägt, darauf hindeutet, dass dieses Bild in der wärmeren Jahreszeit und nicht im Winter aufgenommen wurde.

4. Damit erfüllte der Berufungskläger zusammengefasst den objektiven Tatbestand der Widerhandlung gegen § 31 Abs. 1 und 4 JagdG. Auch an der Erfüllung des subjektiven Tatbestands können keine Zweifel bestehen: Der Berufungskläger wollte die in seinem Garten umherstreifenden Füchse fangen und töten, wobei er sich bewusst war, dass ihm dies mit dem Einsatz einer Falle und der Verwendung einer Feuerwaffe sicher gelänge. Dass er sich dabei der Rechtswidrigkeit seines Tuns möglicherweise nicht in allen Punkten bewusst war, vermag ihn nicht zu entlasten, da dies grundsätzlich keinen zureichenden Grund für die Annahme eines Rechtsirrtums nach Art. 20 StGB darstellt. Gründe, die im hier zu beurteilenden Fall für ein Abrücken vom Grundsatz sprächen, sind nicht ersichtlich, zumal es dem Berufungskläger mit geringem Aufwand möglich gewesen wäre, sich über die Rechtslage bei einem Jäger oder bei der kantonalen Jagdverwaltung kundig zu machen (vgl. Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2.A., Art. 20 N 7).

Obergericht, 21. Januar 2003, SBR.2002.36

D. Gesetzesregister 2003

I. Bundesrecht

BV
vom 18. April 1999/SR 101

Art. 29	Rechtliches Gehör des Gesuchstellers mit Bezug auf Akten des Gesuchsgegners: 2003 Nr. 1

BG über das Verwaltungsverfahren (VwVG)
vom 20. Dezember 1968/SR 172.021

Art. 1 Abs. 2	Die in dieser Bestimmung aufgeführten Behörden sind Bundesbehörden gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG: 2003 Nr. 17

ZGB
vom 10. Dezember 1907/SR 210

Art. 129, 134	Vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess; Präzisierung von RBOG 2001 Nr. 1: 2003 Nr. 2
Art. 137 Abs. 2	Massgebende Richtlinien zur Ermittlung des Existenzminimums: 2003 Nr. 3
	Existenzminimum: Kein pauschaler Zuschlag: 2003 Nr. 4

Wohnkosten bei Getrenntleben; veränderter Mietzins als Abänderungsgrund: 2003 Nr. 5

Erwerbstätigkeit der Ehefrau bei Betreuungspflichten gegenüber Kindern: 2003 Nr. 6

Örtliche Zuständigkeit und anwendbares Recht für vorsorgliche Massnahmen bei in Deutschland hängigem Scheidungsprozess: 2003 Nr. 7

Art. 176 — Massgebende Richtlinien zur Ermittlung des Existenzminimums: 2003 Nr. 3

Existenzminimum: Kein pauschaler Zuschlag: 2003 Nr. 4

Wohnkosten bei Getrenntleben; veränderter Mietzins als Abänderungsgrund: 2003 Nr. 5

Erwerbstätigkeit der Ehefrau bei Betreuungspflichten gegenüber Kindern: 2003 Nr. 6

Anfechtbarkeit einer Verfügung, mit der das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Anordnung abgewiesen wurde: 2003 Nr. 28

Art. 765 Abs. 3 — Diese Bestimmung räumt lediglich dem Nutzniesser ein Wahlrecht ein, nicht jedoch dem Eigentümer: 2003 Nr. 8

Art. 895 ff. — Provisorische Rechtsöffnung für das Retentionsrecht des Vermieters: 2003 Nr. 20

OR
vom 30. März 1911/SR 220

Art. 1	Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) als Vertragsbestandteil: 2003 Nr. 9
	Problematik von "Gewinnversprechen": 2003 Nr. 15
Art. 56	Haftung des Imkers für Bienenstiche: 2003 Nr. 10
Art. 58	Werkmangel oder Sorgfaltspflichtverletzung?: 2003 Nr. 11
Art. 261	Auswirkungen des Doppelaufrufs auf bestehende Mietverhältnisse: 2003 Nr. 21
Art. 268	Provisorische Rechtsöffnung für das Retentionsrecht des Vermieters: 2003 Nr. 20
Art. 324a Abs. 4	Überwälzung der Prämien einer Taggeldversicherung auf den Arbeitnehmer?: 2003 Nr. 12
Art. 337	Das Nachschieben von Kündigungsgründen, die zur Zeit der fristlosen Entlassung dem Kündigenden bereits bekannt waren, ist grundsätzlich zulässig, solange sie im Rahmen der einschlägigen Vorschriften korrekt in den Prozess eingeführt werden: 2003 Nr. 13

Ein qualifiziertes Abwerben von Kunden stellt auch bei bereits erfolgter Freistellung einen Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses dar: 2003 Nr. 14

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

Art. 2 Problematik von "Gewinnversprechen": 2003 Nr. 15

Art. 12 Abs. 2 Sachliche Zuständigkeit des Obergerichts auch bei Klagen aus UWG, die in Verbindung mit firmenrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht werden: 2003 Nr. 27

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

Art. 80 Bei nachgewiesener Zahlungsunfähigkeit des einen Ehegatten haftet der andere Ehegatte nur noch für seinen Anteil an der Gesamtsteuer: 2003 Nr. 16

Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 Die in Art. 1 Abs. 2 VwVG aufgeführten Behörden sind Bundesbehörden: 2003 Nr. 17

Art. 82 Übernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) als Vertragsbestandteil: 2003 Nr. 9

Die mit Telefax übermittelte, unterzeichnete Schuldanerkennung ist ein Titel für die provisorische Rechtsöffnung: 2003 Nr. 18

Im Rechtsöffnungsverfahren muss der Schuldner den Forderungsgrund substantiiert bestreiten: 2003 Nr. 19

Provisorische Rechtsöffnung für das Retentionsrecht des Vermieters: 2003 Nr. 20

Art. 142 — Auswirkungen des Doppelaufrufs auf bestehende Mietverhältnisse: 2003 Nr. 21

Art. 149 Abs. 2 — Im Rechtsöffnungsverfahren muss der Schuldner den Forderungsgrund substantiiert bestreiten: 2003 Nr. 19

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

Art. 6, 10, 62 — Örtliche Zuständigkeit und anwendbares Recht für vorsorgliche Massnahmen bei in Deutschland hängigem Scheidungsprozess: 2003 Nr. 7

StGB
vom 21. Dezember 1937/SR 311.0

Art. 41 Ziff. 2 — Weisung, kein Motorfahrzeug zu führen: 2003 Nr. 22

Art. 146 Abs. 1 Betrug durch Massenversand von mit Telecom-Rechnungen verwechselbaren Dienstleistungsofferten: 2003 Nr. 23

Art. 219 Verletzung von Fürsorge- und Erziehungspflichten: 2003 Nr. 24

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

Art. 16 Abs. 2 Rückerstattung eines Vorschusses nach OHG: Zuständigkeit, Verfahren, Voraussetzungen: 2003 Nr. 25

V über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHV)
vom 18. September 1992/SR 312.51

Art. 5 Abs. 1 Rückerstattung eines Vorschusses nach OHG: Zuständigkeit, Verfahren, Voraussetzungen: 2003 Nr. 25

SVG
vom 19. Dezember 1958/SR 741.01

Art. 36 Abs. 4 Werkmangel oder Sorgfaltspflichtverletzung?: 2003 Nr. 11

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

Art. 17 Abs. 1	Werkmangel oder Sorgfaltspflichtverletzung?: 2003 Nr. 11

V über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (JSV)
vom 29. Februar 1988/SR 922.01

Art. 2	Widerhandlung gegen das kantonale Gesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel: 2003 Nr. 32

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

Art. 24	Örtliche Zuständigkeit und anwendbares Recht für vorsorgliche Massnahmen bei in Deutschland hängigem Scheidungsprozess: 2003 Nr. 7

III. Kantonales Recht

V des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen (AT)
vom 9. Juli 1991/RB 176.3

§ 3	Kein Zuschlag zur Grundgebühr für die Teilnahme eines Anwalts am Vermittlungsvorstand: 2003 Nr. 26

ZPO
vom 6. Juli 1988/RB 271

§ 49 Abs. 1 lit. g	Sachliche Zuständigkeit des Obergerichts auch bei Klagen aus UWG, die in Verbindung mit firmenrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht werden: 2003 Nr. 27
§§ 149, 162	Rechtliches Gehör des Gesuchstellers mit Bezug auf Akten des Gesuchsgegners: 2003 Nr. 1
§§ 163, 235	Anfechtbarkeit einer Verfügung, mit der das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Anordnung abgewiesen wurde: 2003 Nr. 28

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

§	10a Abs. 2	Rückerstattung eines Vorschusses nach OHG: Zuständigkeit, Verfahren, Voraussetzungen: 2003 Nr. 25
§	50 Abs. 4	Notwendigkeit der Bestellung eines Offizialverteidigers bei einer drohenden Freiheitsbeschränkung von über sechs Monaten: 2003 Nr. 29
§	65 Abs. 2	"Bockigkeit" eines Untersuchungshäftlings als verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten?: 2003 Nr. 30
§§	164, 219 Abs. 1	Zuständigkeit des Obergerichts als Revisionsinstanz auch betreffend im Berufungsverfahren nicht angefochtener/unbeurteilt gebliebener Punkte: 2003 Nr. 31

Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern (StG)
vom 14. September 1992/RB 640.1

§	16	Bei nachgewiesener Zahlungsunfähigkeit des einen Ehegatten haftet der andere Ehegatte nur noch für seinen Anteil an der Gesamtsteuer: 2003 Nr. 16

Gesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel
vom 13. Mai 1992/RB 922.1

§	31	Abs.	1	Widerhandlungen gegen dieses Gesetz: 2003
		und	4	Nr. 32