Thurgau

Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

2017

Inhaltsverzeichnis

A. Jahresbericht Seite

I. Personelles
1. Obergericht 9
2. Bezirksgerichte 9
3. Zwangsmassnahmengericht 10
4. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 10
5. Konkurs- und Betreibungswesen sowie Friedensrichterämter 11

II. Tätigkeit der Gerichtsbehörden
1. Obergericht 12
2. Bezirksgerichte 21
3. Zwangsmassnahmengericht 23
4. Rechtsmittel an das Bundesgericht 24

III. Tätigkeit der Schlichtungsbehörden
1. Friedensrichterämter 25
2. Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz 27
3. Schlichtungsbehörden in Mietsachen 27

IV. Schuldbetreibung und Konkurs
1. Beschwerden 29
2. Konkursamt 29
3. Betreibungsämter 31

V. Tätigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 32

VI. Stellungnahmen und Mitberichte 36

VII. Verschiedenes
1. Allgemeines 40
2. Obergericht 40
3. Bezirksgerichte 43

VIII. Verzeichnis der Justizbehörden 47

B. Statistische Angaben

I. Obergericht 61
II. Bundesgerichtlich erledigte Fälle 74
III. Zwangsmassnahmengericht 75
IV. Bezirksgerichte 76
V. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden 89
VI. Friedensrichterämter 92
VII. Konkursamt 93
VIII. Betreibungsämter 94

C. Entscheide 95

D. Gesetzesregister 2017 279

Die Kleidung der Sträflinge im Sommer besteht aus ungebleichtem Zwillich; alle acht Tage erhalten sie ein frisch gewaschenes Kleid- Das Winterkleid besteht aus einem weisslichen Wollstoff. Zur Nahrung erhalten sie Morgens und Nachts Haferbrei, und Mittags Erbsensuppe und Kartoffeln, oder wenn diese zu Ende gegangen sind, Mehlbrei; dazu kommt täglich eine halbe Mass Most. Den Sommer über, bei strenger Arbeit, wie in der Heu- und Kornernte, erhalten sie das beim Landmann übliche zweite Frühstück und ein Abendessen. – Die Hauptbeschäftigung der Züchtlinge, das ganze Jahr hindurch, ist im Sommer die Feldarbeit, welche etwa um 5 Uhr beginnt. Über den Mittag haben sie zwei Stunden Rast, und arbeiten dann wieder bis zu anbrechender Nacht. Nach Bedürfnis werden auch acht bis zehn Mann zu Strassarbeiten verwendet. Wenn die Feldarbeiten aufhören, so werden sie zum Dreschen gebraucht bis acht oder vierzehn Tage nach Lichtmess, dann zum Holzhauen. Die Weiber werden neben dem Feldbau mit dem Spinnen, Stricken, Nähen und Waschen dessen, was die Anstalt nöthig hat, beschäftigt. Im Winter arbeiten sie beim Licht bis zehn Uhr. Den Männern wird nach dem Nachtessen das Licht entzogen.

(Tobel, dargestellt nach seinem gegenwärtigen Zustand und seinen bisherigen Schicksalen, Thurgauisches Neujahrsblatt, Band 9, 1832)

Das Obergericht des Kantons Thurgau an den Grossen Rat

Sehr geehrte Frau Präsidentin,
sehr geehrte Damen und Herren

Gestützt auf § 37 Abs. 2 der Kantonsverfassung und § 2 Abs. 5 des Gesetzes über die Zivil- und Strafrechtspflege erstatten wir Ihnen den Bericht über die Tätigkeit der Zivil- und Strafgerichte, des Zwangsmassnahmengerichts, der Friedensrichterämter und der Schlichtungsbehörden, des Konkursamts und der Betreibungsämter sowie der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Jahr 2017.

Auch im Berichtsjahr zeigte sich die grosse Belastung der Gerichte, wenn sie einzelne umfangreiche Verfahren zu behandeln haben, wie etwa den Fall "Kümmertshausen" beim Bezirksgericht Kreuzlingen oder den Fall "FlowTex" beim Obergericht. Bei den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden hat sich die Situation weiter konsolidiert. Im Bereich der Schuldbetreibung hat sich die Neuorganisation der Betreibungs- und Friedensrichterämter bewährt.

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

Frauenfeld, im April 2018

Das Obergericht des Kantons Thurgau

Der Präsident:
Thomas Zweidler

Der Leitende Obergerichtsschreiber:
Giovanni Schramm

Datenübernahme und Druck: Trionfini, Satz Druck Verlag AG
8595 Altnau

A. Jahresbericht

I. Personelles

1. Obergericht

Die Personalkapazität bei den Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern des Obergerichts liegt derzeit bei 6,4 Stellen; im Zusammenhang mit einem grossen Straffall musste ein zusätzlicher Gerichtsschreiber befristet eingestellt werden. Bei der Obergerichtskanzlei sind es nach wie vor 4,2 Stellen.

2. Bezirksgerichte

a) Das

Gesamtpensum der Berufsrichterinnen und Berufsrichter

an den Bezirksgerichten wird durch eine Verordnung des Obergerichts geregelt. Es beträgt derzeit 1'540%. Das Gesamtpensum der Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber liegt bei 1'180%. Insgesamt sind es mithin - ohne nebenamtliche Gerichtsmitglieder, Ersatzmitglieder und Kanzleipersonal - bei den Bezirksgerichten 27,2 Stellen.

b) Im Zusammenhang mit der nächsten Revision des Zivil- und Strafrechtspflegegesetzes werden die

ausserordentlichen personellen Massnahmen

geregelt werden müssen, die im Zusammenhang mit längeren Ausfällen von Berufsrichterinnen oder Berufsrichtern (Krankheit, Unfall, Schwangerschaft) und mit der Bearbeitung von umfangreichen Fällen

möglich sind. Die derzeitige Regelung ist unbefriedigend: Die Gerichte müssen in personeller und sachlicher Hinsicht so ausgestattet sein, dass sie innert angemessener Frist über Klagen und Gesuche entscheiden können. Eine angemessene Entscheidungsfrist muss aber nicht nur in Zeiten eines durchschnittlichen Geschäftsgangs gewährleistet sein, sondern auch in Zeiten einer vorübergehenden Überbelastung eines Gerichts. Für solche Fälle hat das Parlament die Möglichkeit zu schaffen, ordentliche oder ausserordentliche Ersatzrichter und zusätzliches Personal beizuziehen. Andernfalls kann der Kanton schadenersatzpflichtig werden.

3. Zwangsmassnahmengericht

Das Zwangsmassnahmengericht besteht aus einem vollamtlichen Präsidenten und zwei nebenamtlichen Richtern, welche mit einem Pensum von je 50% arbeiten. Angesichts seiner besonders gearteten Tätigkeit sind für das Zwangsmassnahmengericht weder Ersatzmitglieder noch Gerichtsschreiberinnen oder Gerichtsschreiber vorgesehen.

4. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

a) Beim

Personalbedarf der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

hat Ihr Rat mit dem Budget 2017 die befristeten Stellen bei den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden weitgehend in ordentliche Stellen umgewandelt. Mit diesem Personalbestand sind die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nun effektiv in der Lage, die vom Bundesrecht vorgegebenen Aufgaben effizient zu erfüllen.

b) Das ordentliche

Gesamtpensum der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und ihrer Fachsekretariate

liegt für die Behörden nunmehr bei 2'050% und für die Fachsekretariate bei 2'720%. Insgesamt sind es mithin 47,7 Stellen gegenüber den ursprünglich festgesetzten 39,6 Stellen.

5. Konkurs- und Betreibungswesen und Friedensrichterämter

a) Beim Konkursamt und Betreibungsinspektorat sowie bei den Betreibungsämtern und Friedensrichterämtern lag der

Personalbestand

Ende 2017 gesamthaft bei 74,5 Stellen zuzüglich sieben Lernenden und zwei Praktikantinnen.

b) Im November 2017 musste für den Bezirk Weinfelden eine neue Friedensrichterin oder ein neuer Friedenrichter gewählt werden. Gewählt wurde Kenny Greber.

II. Tätigkeit der Gerichtsbehörden

1. Obergericht

a) Das Obergericht arbeitet grundsätzlich in zwei Abteilungen mit je drei Richterinnen und Richtern sowie je zwei Ersatzmitgliedern. Die erste Abteilung behandelt im Wesentlichen Strafberufungen, Zivilberufungen im summarischen Verfahren, Beschwerden in Zivilsachen und im Kindes- und Erwachsenenschutz sowie Beschwerden in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen. Die zweite Abteilung ist demgegenüber mit den Zivilberufungen im ordentlichen Verfahren, den Beschwerden in Strafsachen sowie den Beschwerden in Summarsachen aufgrund des SchKG befasst; ausserdem behandelt sie - vorbehältlich der in die Zuständigkeit des Obergerichtspräsidiums fallenden immaterialgüterrechtlichen Massnahmenverfahren - alle erstinstanzlichen Verfahren. Von dieser Grundbesetzung kann allerdings aus zureichenden Gründen abgewichen werden, insbesondere zur Vermeidung von Ausstandsproblemen und zum Ausgleich der Pensen der Gerichtsmitglieder. Die Einzelheiten finden sich in der auf der Webseite des Obergerichts publizierten Geschäftsordnung (www.obergericht.tg.ch).

b) Im Jahr 2017 gingen beim Obergericht gesamthaft 674 Verfahren ein (2016: 632 Verfahren; 2015: 672 Verfahren). Gleichzeitig konnten im Berichtsjahr 720 Verfahren erledigt werden (2016: 604 Verfahren; 2015: 658 Verfahren).

c) Von den insgesamt 674 Verfahren, die beim Obergericht im Jahr 2017 eingingen, waren Ende des Jahres bereits 565 Fälle (83%) erledigt (2016: 79%; 2015: 80%).

d) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht insgesamt 110 Berufungsverfahren eingeschrieben (2016: 120 Verfahren; 2015: 159 Verfahren). Erledigt werden konnten im Jahr 2017 117 Berufungsverfahren (2016: 123 Verfahren; 2015: 156 Verfahren).

Die Zahl der beim Obergericht insgesamt hängigen Berufungsverfahren sank damit von Ende 2016 bis Ende 2017 von 55 Verfahren auf 48 Verfahren. Ende 2015 waren es 59 Verfahren gewesen.

e) Im Berichtsjahr wurden beim Obergericht 361 Beschwerden anhängig gemacht (2016: 374 Verfahren; 2015: 373 Verfahren). Umgekehrt konnte das Obergericht im Jahr 2017 insgesamt 385 Beschwerdeverfahren erledigen (2016: 355 Verfahren; 2015: 380 Verfahren).

f) Zusammenfassend gingen bezogen auf die Hauptgeschäfte (Berufungen und Beschwerden) im Jahr 2017 insgesamt 471 Fälle ein, während 502 Fälle erledigt werden konnten. Bei den Hauptgeschäften waren es 478 Erledigungen im Jahr 2016 und 536 Erledigungen im Jahr 2015.

g) Die vier Berufungsverfahren, die beim Obergericht Ende 2016 überjährig waren, konnten im Jahr 2017 erledigt werden. Von den im Jahr 2016 eingegangenen Fällen konnten bis am Ende des Berichtsjahrs noch sechs Berufungsverfahren nicht erledigt werden. Die Zahl der überjährigen Pendenzen lag damit per Ende 2017 bei sechs Fällen (2016: vier Fälle; 2015: drei Fälle).

h) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 88 Berufungsverfahren in Zivilsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang der Akten bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 3,6 Monaten auf (2016: 4,7 Monate; 2014: 4,9 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 1,1 Monate (2016: 1,2 Monate; 2015: 1,3 Monate).

i) Die im Berichtsjahr materiell erledigten 33 Berufungsverfahren in Strafsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerech-

net ab dem Eingang der Akten bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 6,6 Monaten auf (2016: 7,2 Monate; 2015: 8,9 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Berufungsurteile (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Urteils) durchschnittlich 1,6 Monate (2016: 2,2 Monate; 2015: 1,4 Monate). Die gesetzliche Frist für die Urteilsbegründung in Strafsachen liegt bei zwei Monaten, ausnahmsweise drei Monaten.

j) Die im Jahr 2017 materiell erledigten 100 Beschwerdeverfahren in Strafsachen wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 2,2 Monaten auf (2016: 2,4 Monate; 2015: 2,1 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,4 Monate (2016: 0,5 Monate; 2015: 0,5 Monate).

k) Die im Jahr 2017 materiell erledigten 202 Beschwerdeverfahren in Zivilsachen (einschliesslich Kindes- und Erwachsenenschutzrecht) und im Bereich SchKG wiesen eine durchschnittliche Verfahrensdauer (gerechnet ab dem Eingang des Rechtsmittels bis zum Versand des begründeten Entscheids) von 1,5 Monaten auf (2016: 1,7 Monate; 2015: 1,5 Monate). Davon entfielen auf die Motivierung der Entscheide (gerechnet ab dem Entscheid des Obergerichts bis zum Versand des schriftlich begründeten Entscheids) durchschnittlich 0,4 Monate (2016: 0,6 Monate; 2015: 0,4 Monate).

l) Die Geschäftslast des Obergerichts ist in den letzten Jahren gestiegen. Die Zahl der vom Obergericht materiell erledigten Berufungsverfahren und Beschwerdeverfahren lag in den Jahren 2006 bis 2010 bei durchschnittlich 291 Verfahren und in den Jahren 2011 bis 2015 bei durchschnittlich 389 Verfahren. Im Jahr 2016 waren es 370 Verfahren, und im Jahr 2017 waren es 423 Verfahren. Die durchschnittliche Verfahrensdauer sank bei den Berufungsverfahren

auf 4,4 Monate (2016: 5,5 Monate; 2015: 6,6 Monate) und bei den Beschwerdeverfahren auf 1,7 Monate (2016: 1,9 Monate; 2015: 1,7 Monate).

m) Im Berichtsjahr erledigte das Obergerichtspräsidium drei

immaterialgüterrechtliche Massnahmenverfahren.

Ein Massnahmengesuch wurde abgewiesen, soweit es nicht gegenstandslos wurde. Im Entscheid wurde festgehalten, es sei nicht Sache des Richters, das Internet zu durchforsten, an welchen Stellen allenfalls urheberrechtlich oder wettbewerbsrechtlich relevante Sachverhalte zu finden seien; insofern sei das Gesuch zu wenig substantiiert. Ausserdem könne ein Massnahmengesuch nicht nur mit blossen Vermutungen und Befürchtungen begründet werden.

Ein Massnahmengesuch im Zusammenhang mit einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts wurde teilweise geschützt, indem den Gesuchsgegnern verboten wurde, gewisse Äusserungen über die Gesuchstellerin zu verbreiten. Hingegen wurde im Entscheid betont, es bestünden insbesondere mit Blick auf die Verhältnismässigkeit keine genügenden Gründe, die Gesuchsgegner im Sinn einer vorsorglichen Massnahme zu verpflichten, gewisse Artikel einschliesslich Cache-Versionen, wie beispielsweise bei Google, per sofort von ihren Webseiten zu entfernen. Im Internet seien die Aussagen der Gesuchsgegner bereits vielfach enthalten, da sie mindestens teilweise von Radio, Fernsehen und Printmedien sowie in den sozialen Medien aufgegriffen wurden; insofern sei der Schaden gegebenenfalls schon entstanden. Der Nutzen einer vorsorglichen Massnahme mit Bezug auf die von den Gesuchsgegnern selbst betriebenen Webseiten beziehungsweise jener Webseiten, auf die sie selber einen Einfluss habe, sei demgemäss zu gering, als dass eine solche Massnahme gerechtfertigt wäre.

Auf ein weiteres Massnahmengesuch konnte nicht eingetreten werden, weil der Kostenvorschuss nicht geleistet wurde.

n) Das Obergerichtspräsidium behandelte als Einzelgericht eine

Klage aus Urheberrecht

mit einem Streitwert unter Fr. 30'000.00. Die Klage wurde anerkannt.

o) Das Obergericht erledigte im Berichtsjahr eine

erstinstanzliche Streitigkeit.

Diese Klage wurde vom Obergericht geschützt. Es wird auf Tabelle 2 verwiesen.

p) Das Obergericht ist als einzige kantonale Instanz die zuständige Behörde nach dem

Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen.

In diesem Zusammenhang konnte im Berichtsjahr ein Verfahren zufolge des anlässlich einer Referentenaudienz angeregten Vergleichs erledigt werden.

q) Beim Obergericht wurden im Berichtsjahr keine

Schutzschriften

eingereicht. In den letzten zehn Jahren wurden insgesamt 21 Schutzschriften beim Obergericht deponiert. Schutzschriften werden von einer Partei hinterlegt, wenn die Befürchtung besteht, gegen diese Partei drohe die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme. Die Schutzschrift wird der Gegenpartei nur mitgeteilt, wenn

diese das entsprechende Verfahren einleitet, und die Eingabe wird sechs Monate nach Einreichung nicht mehr beachtet.

r) Insgesamt wurden vom Obergericht acht

Aufsichtsbeschwerden in Zivilsachen

beziehungsweise Beschwerden wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung behandelt.

Eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung richtete sich gegen ein Bezirksgericht; diese Beschwerde wurde abgewiesen. Dabei wurde festgehalten, es sei nicht Aufgabe der Gerichte, in Angelegenheiten, die nicht in ihre Zuständigkeit fallen, Rechtsauskünfte zu erteilen.

Abgewiesen wurde auch eine Rechtsverzögerungsbeschwerde gegen ein Betreibungsamt. Das Obergericht hielt fest, das Verhalten des Beschwerdeführers zeige, dass er die Beschwerde in böswilliger Absicht erhoben habe; ihm gehe es einzig um Rechthaberei in einem längst abgeschlossenen Verfahren, ohne dass ein schutzwürdiges Interesse seinerseits ersichtlich wäre.

Sechs Aufsichtsbeschwerden wurden gegen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden erhoben. Vier Beschwerden wurden abgewiesen, und zwei Beschwerden wurden zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben. In allen vier abgewiesenen Beschwerden erwiesen sich die Vorwürfe gegen die Behörden als haltlos. In einem Fall, in welchem der betroffene Jugendliche selbst die Unterstützung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wünschte, musste das Obergericht betonen, dass oberste Richtschnur bei Kindesschutzmassnahmen das Kindeswohl sei; dabei hätten die finanziellen Interessen der Eltern zurückzustehen. In einem anderen Fall stellte das Obergericht fest, aufgrund des Verhaltens der Beschwerdeführerin erscheine das Vorgehen der beteiligten Amtsstellen und Institutionen als durchaus gerechtfertigt;

das gelte insbesondere auch, nachdem die Beschwerdeführerin in einem halben Jahr nicht weniger als 124 mal bei der Notrufzentrale angerufen und damit Leitungen blockiert sowie zufällig angetroffene Passanten belästigt, beschimpft und bedroht habe. In einem weiteren Fall musste das Obergericht darauf hinweisen, dass die Beschwerdeführerin bei allfälligen weiteren aussichtslosen Beschwerden dieser Art mit einer Kostenauflage zu rechnen hätte.

s) Das Obergericht behandelte vier

Aufsichtsbeschwerden in Strafsachen wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung.

Zwei Beschwerden wurden abgewiesen, und zwei Beschwerden wurden geschützt. In einem dieser Fälle stellte das Obergericht eine Rechtsverzögerung fest, weil das Beschleunigungsgebot verletzt wurde.

t) Insgesamt erledigte das Obergericht im Berichtsjahr 130

Beschwerden gegen die Staatsanwaltschaft.

Von diesen 130 Beschwerden wurden 44 Beschwerden geschützt oder teilweise geschützt, oder das Verfahren wurde an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen. Im Jahr 2016 waren es 38 Fälle von insgesamt 136 Beschwerden gewesen, und im Jahr 2015 waren es 40 Fälle von insgesamt 118 Beschwerden. In den anderen Fällen wurden die Beschwerden abgewiesen oder aber nicht materiell erledigt (Nichteintreten, Gegenstandslosigkeit, Rückzug).

Diese Zahlen sind in Relation zur gesamten Geschäftstätigkeit der Staatsanwaltschaft zu sehen: Die Staatsanwaltschaft Thurgau erledigte seit 2012 jedes Jahr durchschnittlich rund 5'400 Strafverfahren wegen Verbrechen und Vergehen sowie rund 14'300 Strafverfahren wegen Übertretungen.

u) Das Obergericht ist kantonale Zentralbehörde für die

Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen.

In diesem Zusammenhang übermittelte das Obergerichtspräsidium den Bezirksgerichtspräsidien im Berichtsjahr 73 Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland zum Vollzug (2016: 64 Ersuchen; 2015: 65 Ersuchen); drei Zustellungsersuchen wurden abgelehnt. Zum grössten Teil handelte es sich dabei um Zustellungen von Vorladungen oder Rechtsschriften, teils aber auch um Beweisaufnahmen, insbesondere um Abklärungen über die sozialen und finanziellen Verhältnisse einer Person, meistens im Zusammenhang mit strittigem Kindesunterhalt, oder um die Einvernahme von Zeugen. Demgegenüber mussten von der Zentralbehörde nur gerade neun Rechtshilfeersuchen aus dem Thurgau weitergeleitet werden; der Grund liegt darin, dass die zivilrichterlichen Behörden im Thurgau aus Praktikabilitätsgründen zum direkten Verkehr mit den zuständigen ausländischen Behörden berechtigt sind. Das Obergericht leitete in den vor ihm hängigen Verfahren insgesamt 17 Rechtshilfeersuchen ins Ausland.

v) Die

Rechtshilfe in Strafsachen

ist demgegenüber - vorbehältlich reiner Akteneinsichtsbegehren - nach wie vor Sache der Generalstaatsanwaltschaft.

w) Im Jahr 2017 bewilligte das Obergericht ein Gesuch um

Bestellung eines Ersatzgerichts

für das an sich zuständige Bezirksgericht. In der Regel wird der Einsatz eines Ersatzgerichts notwendig, wenn Mitglieder oder Mitarbeitende eines Gerichts oder deren Angehörige an einem Prozess beteiligt sind;

alsdann soll schon jeder Anschein von Befangenheit von Anfang an vermieden werden. Das Obergericht hielt in diesem besonderen Fall fest, die Möglichkeit der Bezeichnung eines Ersatzgerichts dürfe insofern nur restriktiv Anwendung finden, als auf diese Weise den Parteien regelmässig der verfassungsmässige Richter entzogen werde, weil ein anderes Gericht als das nach der kantonalen Gerichtsorganisation zuständige entscheide. Immerhin könne es sich in Ausnahmefällen rechtfertigen, dass das Obergericht als Aufsichtsbehörde für das erstinstanzliche Verfahren ein Ersatzgericht einsetze, wenn ausserhalb von Ausstandsgründen eine besondere Situation gegeben sei und die Parteien einverstanden seien. Dies sei der Fall, wenn ein umfangreiches und mit Rücksicht auf die Haftsituation dringliches Verfahren vom an sich zuständigen Bezirksgericht mit Rücksicht auf dessen Geschäftsbelastung nicht innert nützlicher Frist behandelt werden könne.

x) Im Berichtsjahr entschied das Obergericht über die

Entbindung vom Amtsgeheimnis

für zwei Mitglieder einer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. In beiden Fällen wurden die Betroffenen zur Vornahme der entsprechenden Mitteilungen und Aussagen sowie zur Herausgabe der notwendigen Unterlagen an die Strafverfolgungsbehörden im Zusammenhang mit Strafverfahren berechtigt.

y) Die Obergerichtskanzlei führt für das Obergerichtspräsidium das

Dolmetscherregister.

Ende 2017 waren in diesem Register insgesamt 187 Dolmetscherinnen und Dolmetscher für 61 Sprachen verzeichnet. Als Dolmetscher in Zivil- und Strafsachen müssen in der Regel Personen eingesetzt werden, die im Dolmetscherregister oder in einem entsprechenden Register

eines anderen Kantons eingetragen sind. Ist keine solche Person verfügbar, können andere Personen eingesetzt werden, sofern die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen als gegeben erscheinen. In das Register werden handlungsfähige, gut beleumdete Personen aufgenommen, welche die deutsche Sprache und eine Fremdsprache grundsätzlich in Wort und Schrift beherrschen und damit Gewähr für eine korrekte und vollständige Übersetzung bieten.

z) Die Zahl der von der Obergerichtskanzlei gesamthaft ausgestellten

Rechtskraftbescheinigungen

bewegte sich im Rahmen der Vorjahre; sie lag im Berichtsjahr 2017 bei 605. Im Jahr 2016 waren es 605 Bescheinigungen, und im Jahr 2015 waren es insgesamt 582 Bescheinigungen gewesen.

2. Bezirksgerichte

a) Die interne Organisation der Gerichte wird in den

Geschäftsordnungen der Bezirksgerichte

geregelt. Die Geschäftsordnung jedes Bezirksgerichts ist im Internet (www.bezirksgericht.tg.ch) publiziert.

b) Die

Bezirksgerichte sowie die Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte

erledigten im Berichtsjahr insgesamt 1'493 Prozesse in Zivil- und Strafsachen (ohne das summarische Verfahren), nämlich 1'170 Zivilprozesse und 323 Strafprozesse (2016: 1'607 Fälle; 2015:

1'522 Fälle). Auf der anderen Seite wurden im Berichtsjahr insgesamt 1'684 Prozesse neu eingeschrieben (2016: 1'602 Prozesse; 2015: 1'646 Prozesse). Die gesamte Zahl der Pendenzen lag Ende 2017 bei 864 Prozessen (Ende 2016: 695 Fälle; Ende 2015: 722 Fälle). Demgegenüber sank die Zahl der Fälle aus dem Vorjahr und früheren Jahren (überjährige Pendenzen) gegenüber den Vorjahren auf 157 Fälle per Ende 2017 (Ende 2016: 170 Fälle; Ende 2015: 132 Fälle). Darunter finden sich fünf unechte Pendenzen, mithin Fälle, welche aufgrund gesetzlicher Vorschriften (zum Beispiel bei Konkurs einer Partei) oder im Einverständnis mit den Parteien sistiert sind (2016: 8 Fälle; 2015: 23 Fälle).

c) Im summarischen Verfahren erledigten die

Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte

im Berichtsjahr insgesamt 3'838 Fälle, was im Rahmen der Vorjahre liegt (2016: 3'838 Fälle; 2015: 3'900 Fälle).

d) Die

Geschäftslast der Bezirksgerichte

ist relativ konstant geblieben. Die gesamte Zahl der erledigten Verfahren bei den Bezirksgerichten sowie ihren Einzelrichterinnen und Einzelrichtern lag im Berichtsjahr 2017 bei 5'331 Verfahren. Im Jahr 2016 waren es 5'445 Verfahren gewesen, und im Jahr 2015 waren es 5'422 Verfahren.

e) Die Zahl der im Jahr 2017 von den Bezirksgerichten erledigten

Strafprozesse

ist wieder leicht gesunken. 2017 waren es 323 Verfahren gegenüber 377 Verfahren im Jahr 2016 und 312 Verfahren im Jahr 2015. Ge-

genüber dem früheren Recht ist der Zeitaufwand für die von den Gerichten zu behandelnden Strafprozesse deutlich gestiegen, und die zu beurteilenden Sachverhalte sind nicht einfacher geworden. Ausserdem können einzelne umfangreiche Strafprozesse zu einem kaum zu bewältigenden zusätzlichen Arbeitsanfall führen, ein Problem, das nun dringend gelöst werden muss.

f) Die Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte führten im Berichtsjahr insgesamt 22

Rechtshilfeeinvernahmen

für ausländische Gerichtsbehörden durch. Im Jahr 2016 waren es ebenfalls 22 Einvernahmen gewesen, und im Jahr 2015 waren es 12 Einvernahmen.

3. Zwangsmassnahmengericht

a) Die interne Organisation des Zwangsmassnahmengerichts wird in der Geschäftsordnung geregelt, welche im Internet publiziert ist (www.zwangsmassnahmengericht.tg.ch).

b) Das Zwangsmassnahmengericht erledigte im Jahr 2017 insgesamt 402 Verfahren (2016: 417 Verfahren; 2015: 374 Verfahren). Im Vordergrund standen 221 Verfahren im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft (insbesondere Haftanordnung, Haftverlängerung und Haftüberprüfung) sowie 172 Verfahren wegen Überwachungsmassnahmen (insbesondere Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie Überwachung mit technischen Geräten). Es wird auf Tabelle 13 verwiesen.

c) Neben diesen Hauptbereichen fallen in die Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts auch die Genehmigung weiterer

Zwangsmassnahmen und zusätzliche Entscheide, wie etwa die Genehmigung des Einsatzes verdeckter Ermittler und gegebenenfalls die Zusicherung der Anonymität, die Entsiegelung von Akten im Zusammenhang mit einem Berufsgeheimnis, die Anordnung einer DNA-Massenuntersuchung, die Anordnung der Überwachung von Bankbeziehungen und die Genehmigung der Notsuche.

4. Rechtsmittel an Bundesgericht und Bundesstrafgericht

a) Im Berichtsjahr erledigte das Bundesgericht in Lausanne insgesamt 115 Rechtsmittel, welche die Zivil- und Strafjustiz des Kantons Thurgau betrafen. Von diesen 115 Rechtsmitteln wurden vier Beschwerden geschützt, und fünf Beschwerden wurden teilweise geschützt. 40 Rechtsmittel wurden abgewiesen; in 57 Fällen trat das Bundesgericht auf das Rechtsmittel nicht ein, und neun Fälle wurden anderweitig erledigt. Im Jahr 2016 wurden von 87 Rechtsmitteln vier geschützt und zwei teilweise geschützt, und im Jahr 2015 waren es von 89 Rechtsmitteln sieben Beschwerden, die ganz oder teilweise geschützt wurden. Es wird auf Tabelle 12 verwiesen.

b) Von den 881 Rechtsmitteln, bei welchen das Bundesgericht in den letzten zehn Jahren (2008 bis 2017) Entscheide des Obergerichts überprüfte, wies es das Rechtsmittel in 272 Fällen (32%) ab. In 494 Fällen (56%) trat es auf das Rechtsmittel nicht ein, und 39 Fälle (4%) wurden anderweitig erledigt. In 40 Fällen wurde das Rechtsmittel geschützt und in weiteren 36 Fällen teilweise geschützt. Die Quote, in welcher Entscheide des Obergerichts korrigiert wurden, liegt mithin bei etwas über 8%.

c) Das Bundesstrafgericht in Bellinzona hatte im Berichtsjahr eine Beschwerde gegen das Obergericht im Zusammenhang mit der Entschädigung der amtlichen Verteidigung zu behandeln. Die Beschwerde wurde teilweise geschützt.

III. Tätigkeit der Schlichtungsbehörden

1. Friedensrichterämter

a) Die Friedensrichterämter unterstehen der Aufsicht des Bezirksgerichtspräsidiums und der Oberaufsicht des Obergerichts.

b) Seit Juni 2016 werden die

Friedensrichterämter auf Bezirksebene

geführt. Gleichzeitig wurden diese Ämter für organisatorische, personelle und administrative Belange dem Konkursamt und Betreibungsinspektorat angegliedert. Diese Neuorganisation hat sich grundsätzlich bewährt.

c) Im Berichtsjahr führten die Friedensrichterinnen und Friedensrichter in insgesamt 1'181 Streitfällen das Schlichtungsverfahren durch (2016: 1'109 Fälle; 2015: 1'134 Fälle; je ohne Einrechnung der Urteilsvorschläge). Davon wurden 555 Fälle (rund 47%) durch Vergleich oder Rückzug erledigt; in 626 Fällen (rund 53%) wurde eine Klagebewilligung an das zuständige Gericht erteilt. In 54 weiteren Verfahren kam es zu einem Urteilsvorschlag, und in 40 Fällen konnte das Friedensrichteramt einen einzelrichterlichen Entscheid fällen. Damit entschieden die Friedensrichterinnen und Friedensrichter insgesamt in 94 Fällen als Einzelgericht (2016: 90 Fälle; 2015: 70 Fälle; je unter Einrechnung der Urteilsvorschläge). Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 30 verwiesen.

d) Das Obergericht behandelte im Berichtsjahr 13 Beschwerden gegen Entscheide der Friedensrichterämter (2016: sechs Beschwerden; 2015: sechs Beschwerden). In diesen 13 Verfahren wurden fünf Beschwerden abgewiesen und eine Beschwerde zufolge Gegenstandslo-

sigkeit abgeschrieben. Drei Beschwerden wurden geschützt, und in vier gleichgelagerten Beschwerdeverfahren wurden die Entscheide aufgehoben und die Streitsachen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

e) In diesen vier Fällen ging es einmal mehr darum, dass das Friedensrichteramt bei einem Streitwert unter Fr. 2'000.00 nach dem erfolglosen Schlichtungsversuch entschied, ohne ein Protokoll zu führen. Die Protokollierung der mündlichen Vorträge der Parteien im Entscheidverfahren ist im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren unumgänglich; die Beschwerdeinstanz ist aufgrund ihrer eingeschränkten Kognition und des Novenverbots darauf angewiesen, dass die Anträge und die Behauptungen der Parteien sowie die von ihnen eingereichten Beweismittel protokolliert werden. In einem weiteren Fall wurde vom Friedensrichteramt ein Urteil gefällt, obwohl die klagende Partei dies gar nicht verlangt hatte. In zwei Fällen übersah das Friedensrichteramt, dass es nur über die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung entscheiden kann. Wird die Bestellung einer Offizialvertretung verlangt, sind die Akten zum Entscheid an den Einzelrichter des Bezirksgerichts zu überweisen; dieser legt auch die Höhe der Entschädigung für das Offizialmandat fest, wenn die Streitsache keinen Fortgang vor Gericht nimmt. Das bedeutet, dass der Friedensrichter weder über die Bestellung eines Offizialanwalts noch über dessen Honorierung zu entscheiden hat.

f) Solche Fälle führen häufig zum Antrag, der Staat habe die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Dazu hielt das Obergericht einmal mehr fest, die Überbindung von Verfahrenskosten an den Kanton in zivilrechtlichen Verfahren im Sinn von Art. 107 Abs. 2 ZPO müsse die absolute Ausnahme bleiben; dabei beziehe sich diese Bestimmung ohnehin nur auf die Gerichtskosten und nicht auf Parteientschädigungen. Voraussetzung einer Kostenüberbindung an den Kanton sei, dass die Kosten weder durch die Parteien noch durch am Verfahren beteiligte Dritte veranlasst worden seien; in den meisten Fällen dürften nur spezifische Fehlleistungen des Gerichts,

die jedoch kein Verschulden voraussetzen, zur Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO führen. Es müsse sich um einen gravierenden, von den Parteien nicht mitverschuldeten Verfahrensfehler (Justizpanne) handeln, mithin um eine krass falsche Anwendung gesetzlicher Bestimmungen; ebenso komme eine Anwendung dieser Bestimmung in Frage, wenn ein Entscheid als offensichtlich falsch aufzuheben ist und keine Partei mit einem Antrag auf diesen Entscheid hingewirkt habe.

2. Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz

Bei der kantonalen Schlichtungsstelle nach Gleichstellungsgesetz, die der Aufsicht des Obergerichts untersteht, gingen im Berichtsjahr zwei neue Schlichtungsbegehren ein (2016: drei Begehren; 2015: zwei Begehren). Diese beiden neu eingegangenen Verfahren konnten im Berichtsjahr abgeschlossen werden; ausserdem konnten auch zwei schon hängige Schlichtungsverfahren erledigt werden. In drei dieser vier Fälle konnte eine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden; in einem Fall musste eine Klagebewilligung ausgestellt werden.

3. Schlichtungsbehörden in Mietsachen

a) Die Schlichtungsbehörden in Mietsachen sind kommunal organisiert. Derzeit bestehen in den 80 Politischen Gemeinden im Kanton insgesamt 73 Schlichtungsbehörden, nachdem sich einzelne Gemeinden für diese Aufgabe zusammengeschlossen haben. Zum Teil haben ausserdem mehrere Schlichtungsbehörden dasselbe Präsidium. Die Schlichtungsbehörden in Mietsachen unterstehen der Aufsicht der Bezirksgerichtspräsidien und der Oberaufsicht des Obergerichts.

b) Im Jahr 2017 wurden von den Schlichtungsbehörden in Mietsachen insgesamt 643 Verfahren erledigt. In 336 Fällen (46%) wurde

eine Einigung erreicht. In 142 Fällen (21%) musste festgestellt werden, dass sich die Parteien nicht einigen konnten. In 13 Fällen (1%) wurde der Urteilsvorschlag von den Parteien angenommen, und in 15 Fällen (3%) wurde eine Klagebewilligung erteilt. In 4 Fällen (2%) entschied die Schlichtungsbehörde direkt. Die übrigen 133 Streitsachen (27%) wurden anderweitig (durch Nichteintreten oder Rückzug, infolge Gegenstandslosigkeit oder Überweisung an eine andere Behörde) erledigt.

Die Geschäftslast der Schlichtungsbehörden in Mietsachen blieb konstant: 2017 und 2016 waren es 643 erledigte Verfahren; 2015 wurden 714 Verfahren erledigt.

c) Gründe für die Anrufung der Schlichtungsbehörde waren bei den materiell behandelten Fällen: Anfangsmietzins (5 Fälle), Mietzinserhöhung (25 Fälle), Mietzinssenkung (50 Fälle), Nebenkosten (46 Fälle), ordentliche Vertragskündigung (74 Fälle), ausserordentliche Vertragskündigung (28 Fälle), Erstreckung des Mietverhältnisses (47 Fälle), Forderung auf Zahlung (148 Fälle), Mängel an der Mietsache (44 Fälle) und andere Gründe (43 Fälle).

d) Das Obergericht hatte im Berichtsjahr keine Beschwerden gegen Entscheide von Schlichtungsbehörden in Mietsachen zu behandeln. 2016 und 2015 war es je eine Beschwerde gewesen.

IV. Schuldbetreibung und Konkurs

1. Beschwerden

a) Die Zahl der Beschwerden und Gesuche an das Obergericht im Bereich des SchKG bewegte sich im Rahmen der Vorjahre: 2017 waren es 16 Fälle. 2016 waren es 13 Fälle, und 2015 waren es zehn Fälle gewesen. Von den 16 vom Obergericht im Berichtsjahr behandelten Beschwerden wurden 15 abgewiesen; in einem Fall wurde das Verfahren an die Vorinstanz zurückgewiesen. Es wird auf Tabelle 11 hingewiesen.

b) Die Zahl der Beschwerden an die Einzelrichterinnen und Einzelrichter der Bezirksgerichte als erstinstanzliche Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungssachen - mithin Beschwerden gegen die Betreibungsämter - ist nach wie vor gering: Im Jahr 2017 waren es 47 Beschwerden gegenüber 51 Beschwerden im Jahr 2016 und gegenüber 63 Beschwerden im Jahr 2015. Von diesen insgesamt 47 betreibungsrechtlichen Beschwerden mussten nur sechs geschützt oder teilweise geschützt werden, also lediglich rund 12%. Die durchschnittliche Verfahrensdauer ist wieder leicht gestiegen (2017: 66 Tage; 2016: 47 Tage; 2015: 61 Tage. Es wird auf Tabelle 26 verwiesen.

2. Konkursamt

a) Im Berichtsjahr wurden insgesamt 375 Konkursverfahren erledigt und 329 Konkurse eröffnet. Es wird auf Tabelle 31 verwiesen.

b) Die Anzahl der Konkurseröffnungen ist damit gegenüber den Vorjahren etwas gesunken (2017: 329 Konkurseröffnung; 2016: 362 Konkurseröffnungen; 2015: 332 Konkurseröffnungen). Dabei

haben die Firmenkonkurse wieder abgenommen (2017: 147 Firmenkonkurse; 2016: 186 Firmenkonkurse; 2015: 148 Firmenkonkurse). Bei den 147 Firmenkonkursen führte in fünf Fällen ein Mangel in der Organisation zur konkursamtlichen Liquidation (2016: 6 Fälle; 2015: 15 Fälle). Die Zahl der Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen) blieb relativ konstant (2017: 24 Privatkonkurse; 2016: 30 Privatkonkurse; 2015: 39 Privatkonkurse). Die Zahl der Nachlasskonkurse ist leicht gestiegen (2017: 158 Fälle; 2016: 146 Fälle; 2015: 145 Fälle). Nahezu die Hälfte der Konkurseröffnungen betreffen nunmehr Erbschaftsliquidationen.

c) Im Berichtsjahr musste weit mehr als die Hälfte der Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt werden (2017: 203 Konkursverfahren; 2016: 194 Konkursverfahren; 2015: 162 Konkursverfahren), oder die Fälle mussten als summarische Verfahren geführt werden (2017: 163 Konkursverfahren; 2016: 137 Konkursverfahren; 2015: 155 Konkursverfahren). Der Gesamtverlust der im Berichtsjahr erledigten Konkursverfahren belief sich auf rund 84 Mio. Franken (2016: rund 24 Mio. Franken; 2015: rund 120 Mio. Franken).

d) Die Zahl der Pendenzen des Konkursamts ist gegenüber den Ergebnissen der Vorjahre deutlich gesunken (Ende 2017: 149 Verfahren; Ende 2016: 195 Verfahren; Ende 2015: 173 Verfahren).

e) Die Zahl der überjährigen Konkursverfahren ist ebenfalls gesunken: Ende 2017 waren es 24 Verfahren gegenüber 36 Verfahren Ende 2016 und gegenüber 25 Verfahren Ende 2015. Von den Ende 2017 insgesamt hängigen 149 Konkursverfahren wurden 125 Verfahren im Jahr 2017 eröffnet, 11 Verfahren im Jahr 2016 und 13 Verfahren in früheren Jahren.

f) Bei den Unternehmen und selbstständig erwerbenden Konkursiten waren folgende Branchen betroffen: 28% Baubranche, 22% Gross- und Detailhandel, 5% Produktionsbetriebe, 43% Dienstleistungsbetriebe, 1% Immobilienunternehmen und 1% Holdinggesellschaften.

g) Alle neu eröffneten Verfahren konnten durch das Konkursamt selbst durchgeführt werden. Nur für Inventarisation, Verwaltung oder Verwertung mussten vereinzelt externe Hilfspersonen beigezogen werden. Wie schon seit Jahren ist auch derzeit kein Verfahren bei einer ausseramtlichen Konkursverwaltung pendent.

h) Das Konkursamt bearbeitete ausserdem 19 Rechtshilfefälle (2016: 20 Rechtshilfefälle; 2015: 15 Rechtshilfefälle).

3. Betreibungsämter

a) Heute bestehen nur noch fünf Betreibungsämter; jeder Bezirk hat ein Betreibungsamt. Die Betreibungsämter haben ihren Sitz in Romanshorn, Frauenfeld, Kreuzlingen, Münchwilen und Weinfelden. Die Betreibungsämter Frauenfeld und Weinfelden führen ausserdem je eine Aussenstelle in Steckborn und in Bischofszell. Die Aussenstellen sind hierarchisch dem Betreibungsamt des Bezirks unterstellt.

b) Die Zahl der von den Betreibungsämtern ausgestellten Zahlungsbefehle blieb im Verhältnis zu den Vorjahren relativ konstant. 2017 waren es 69'237 Zahlungsbefehle gegenüber 70'921 Zahlungsbefehlen im Jahr 2016 und gegenüber 69'838 Zahlungsbefehlen im Jahr 2015. Die Zahl der Pfändungsvollzüge ist wieder gestiegen: 2017: 42'557; 2016: 39'222 Vollzüge; 2015: 42'045 Vollzüge. Im Berichtsjahr waren 31'092 Verwertungen zu verzeichnen; im Jahr 2016 kam es zu 29'516 Verwertungen und im Jahr 2015 zu 29'745 Verwertungen. Für die Einzelheiten wird auf Tabelle 32 verwiesen.

V. Tätigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

a) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind in den fünf Bezirken organisiert. Sie unterstehen der fachlichen Aufsicht durch das Obergericht.

b) Die interne Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden wird in deren

Geschäftsordnungen

geregelt, welche im Internet (www.tg.ch) publiziert sind.

c) Die Einführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts entspricht den Erwartungen; es war von vornherein klar, dass eine derart umfassende Revision in der Umsetzung mehrere Jahre benötigt und sich gewisse Anfangsschwierigkeiten ergeben. In den letzten fünf Jahren sind allfällige Unzulänglichkeiten beseitigt und die Abläufe optimiert worden, und zwar bei allen beteiligten Personen und Institutionen. Die Belastungssituation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden hat sich aufgrund der personellen Massnahmen deutlich verringert, ist aber nach wie vor relativ hoch. Insgesamt ist jedenfalls für den Kanton Thurgau festzustellen, dass sich die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden bewährt hat, sodass eine positive Bilanz gezogen werden kann.

d) Im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit konnte das Obergericht feststellen, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden den an sie gestellten Erwartungen entsprechen und ihre Aufgaben gesetzeskonform erfüllen. Auch in den Rechtsmittelverfahren zeigten sich keine Probleme, die ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde erfordert hätten.

e) Bei den

Geschäften der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

wurden im Berichtsjahr 6'706 Verfahren eröffnet (2016: 6'614 Verfahren; 2015: 6'563 Verfahren), und 6'616 Verfahren wurden im Berichtsjahr erledigt (2016: 6'514 Verfahren; 2015: 7'372 Verfahren).

Bei diesen 6'616 erledigten Verfahren stand die Prüfung, Anordnung, Änderung und Aufhebung gesetzlicher Massnahmen sowie die Berichts- und Rechnungsprüfung mit insgesamt 3'958 Verfahren im Vordergrund.

Die übrigen Verfahren verteilten sich im Wesentlichen auf fürsorgerische Unterbringungen, auf Inventare, auf den Wechsel der Mandatsperson, auf vorsorgliche Massnahmen, auf Vorsorgeaufträge und Patientenverfügungen sowie auf Kinderbelange (Adoption, Kindesvermögen, persönlicher Verkehr, elterliche Sorge, Unterhalt, Vaterschaft). Dazu kamen die Beurteilung von Beschwerden sowie die Behandlung von prozessualen Fragen, wie etwa Akteneinsicht, Kindesvertretung, Kompetenzkonflikte, Rechtshilfe, Stundung und Erlass, unentgeltliche Rechtspflege, Vollstreckung.

Im Berichtsjahr betrafen 68 Verfahren fürsorgerische Unterbringungen (2016: 63 Verfahren; 2015: 80 Verfahren).

f) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden führten Ende 2017 insgesamt 3'845

laufende Massnahmen.

Ende 2016 waren es 3'836 laufende Massnahmen, und Ende 2015 waren es 3'784 laufende Massnahmen gewesen. Es wird auf die Tabellen 27 bis 29 verwiesen.

g) Das Obergericht erledigte im Berichtsjahr insgesamt 78

Beschwerden gegen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.

Im Jahr 2016 waren es 73 Beschwerden, und im Jahr 2015 waren es 79 Beschwerden.

Von den 78 im Berichtsjahr vom Obergericht behandelten Beschwerden wurden 50 Beschwerden abgewiesen, auf zwei Beschwerden wurde nicht eingetreten, und zwei weitere Beschwerde wurden zurückgezogen. 14 Beschwerden wurden zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschrieben. Nur eine Beschwerde wurde geschützt; vier Beschwerden wurden teilweise geschützt, und bei fünf Beschwerden wurde das Verfahren für weitere Abklärungen an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zurückgewiesen. Es wird auf die Tabellen 6 und 7 verwiesen.

Seit dem Bestehen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (2013 bis 2017) behandelte das Obergericht insgesamt 380 Beschwerden gegen diese Behörden. Davon hatte das Rechtsmittel nur in 77 Fällen oder 20% Erfolg, indem die Beschwerde geschützt oder teilweise geschützt wurde, oder indem das Verfahren an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zurückgewiesen wurde.

h) Das Bundesgericht urteilte im Berichtsjahr über mehrere

Entscheide des Obergerichts in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen.

Bei diesen insgesamt 14 Verfahren wies das Bundesgericht die Beschwerde in vier Fällen ab, und in neun Fällen trat es auf die Beschwerde nicht ein. Lediglich in einem Fall schützte des Bundesgericht das Rechtsmittel.

j) Gemäss der Verordnung des Obergerichts führen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden einen

Pikettdienst;

innerhalb des Kantons muss stets ein Behördenmitglied erreichbar sein. Dieser Pikettdienst kam im Berichtsjahr, ebenso wie in den beiden Vorjahren, rund 20mal zum Einsatz. Der Pikettdienst wird für die Nacht sowie an den Wochenenden und Feiertagen aktiv.

Bei diesen Pikett-Einsätzen ging es im Wesentlichen um Fälle von häuslicher Gewalt sowie um Probleme beim Holen und Bringen von Kindern im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht, um die Unterbringung von Kindern von suizidgefährdeten Eltern, um den Schutz von Kindern vor gewalttätigen Eltern und umgekehrt um tätliche Angriffe von randalierenden Jugendlichen gegen die Eltern, um die fürsorgerische Unterbringung von Erwachsenen, bis hin zu Jugendlichen, die aus Heimen davongelaufen waren.

VI. Stellungnahmen und Mitberichte

a) Am 17. Januar 2017 gab das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit seinen Mitbericht zur

parlamentarischen Initiative zur Modifizierung von Art. 53 StGB

ab. Gemäss Art. 53 StGB ist von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung abzusehen, wenn der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, sofern die Voraussetzungen für die bedingte Strafe nach Art. 42 StGB erfüllt sind und das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind. Wiedergutmachung ist somit bis zu einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren möglich. Das Obergericht begrüsste die Absicht, den Anwendungsbereich der Bestimmung einzuschränken. Insbesondere erscheine zweckmässig, die geltende Obergrenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe zu senken. Von den zwei Varianten (Wiedergutmachung nur noch, wenn als Strafe eine bedingte Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, eine bedingte Geldstrafe oder eine Busse, oder nur, wenn eine bedingte Geldstrafe oder Busse in Frage kommt), werde die zweite Variante bevorzugt. So oder so sei es angemessen, als Voraussetzung zu verlangen, dass der Täter den Sachverhalt eingesteht.

b) Am 1. Februar 2017 äusserte sich das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zur Motion der Kantonsräte Schallenberg und Vögeli

"Beistandschaften für UMA".

Das Obergericht wies darauf hin, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden für ein dem Kanton zugewiesenes unbegleitetes minderjähriges Kind eine gesetzliche Vertretung zu bestimmen haben,

indem je nach Alter, Reife und Unterstützungsbedarf des Kindes entweder eine Vertretungsbeistandschaft oder eine Vormundschaft errichtet wird. Die damit mandatierte Person muss die Kindesinteressen umfassend wahren und vertreten. Davon ausgenommen ist nur die Interessenvertretung im Asylverfahren, welche durch das Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz (HEKS) erfolgt. Damit hat die Mandatsperson die geeignete und altersadäquate Unterbringung und Betreuung sicherzustellen, die medizinische Versorgung des oder der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) sowie das Vorhandensein von altersgerechten und stabilisierenden Tagesstrukturen zu überwachen, bei Gewährung von Asyl oder vorläufiger Aufnahme unter Miteinbezug der betreuenden Instanzen die soziale, sprachliche und berufliche Integration (wie Spracherwerb und andere Grundkompetenzen, berufliche Ausbildung, Qualifizierung für das Erwerbsleben) zu überwachen und nötigenfalls zu koordinieren. Dazu muss die Mandatsperson eng mit den Betreuungspersonen und weiteren Stellen (Schulen, Brückenangeboten, Lehrbetrieben, Integrationsfachstellen) zusammenarbeiten. Schliesslich muss die Mandatsperson als Bezugsperson des UMA tätig und für diesen bei Bedarf erreichbar sein. Der Arbeitsaufwand für die Führung der Kindesschutzmassnahmen von UMA unterscheidet sich kaum von anderen platzierten Minderjährigen, wobei die Herausforderungen bei einer Traumatisierung durchaus auch grösser sein können. Gemäss der aktuellen Praxis bleiben die meisten UMA in der Schweiz, weil ihnen entweder Asyl oder die vorläufige Aufnahme gewährt wird. Daher ist die soziale und berufliche Integration dieser Personengruppe ein zentrales Anliegen, um eine langfristige Sozialhilfeabhängigkeit zu vermeiden. Dieses Ziel bedingt eine Kontinuität im Betreuer- und Bezugspersonennetz. Insbesondere die Mandatsperson sollte für die Aufgabenerfüllung über genügend Zeit und das erforderliche Fachwissen, vorab über kulturspezifische, psychopathologische und pädagogische Kenntnisse verfügen; ausserdem muss sie mit den zuständigen Fachstellen und Institutionen in den Bereichen Schule, Berufsbildung und Integration gut vernetzt sein.

Derzeit werden die Beistandschaften und Vormundschaften für UMA in den einzelnen Bezirken von verschiedenen Berufsbeiständinnen und Berufsbeiständen geführt. Aufgrund der geringen Fallzahlen ist es ihnen gar nicht möglich, sich das erforderliche fachspezifische Knowhow aufzubauen; ausserdem fehlt in der Regel die Zeit, um bedarfsgerecht als Bezugsperson der UMA tätig zu sein sowie das für eine erfolgreiche Integration nötige Netzwerk aufzubauen. Das Obergericht hielt deshalb fest, aus diesem Grund sei die Motion, wonach die Beistandschaft oder Vormundschaft im ganzen Kanton von ein oder zwei spezialisierten Mandatsträgern geführt wird, grundsätzlich zu befürworten, wobei es sich um eine unabhängige Fachperson und nicht um eine solche aus dem Betreuerteam handeln müsse. Zudem sei es sinnvoll, mit Erreichen der Volljährigkeit der UMA die Mandatsperson als Bezugsperson beizubehalten, indem eine massgeschneiderte Erwachsenenschutzmassnahme bis zum Abschluss einer beruflichen Ausbildung oder Vorliegen einer Qualifizierung für den Einstieg ins Erwerbsleben errichtet werde.

c) Am 20. Februar 2017 äusserte sich das Obergericht gegenüber dem Departement für Justiz und Sicherheit zur

Einfachen Anfrage "Wie weiter am Bezirksgericht Kreuzlingen - und allgemein in der erstinstanzlichen Zivil- und Strafrechtspflege?".

Das Obergericht hielt im Wesentlichen fest, die Probleme des Ausfalls von Berufsrichtern wegen Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft einerseits sowie der Belastung mit grossen Fällen andererseits, welche zu massiven Verzögerungen bei anderen Verfahren des betroffenen Gerichts führen können, seien ebenso alt wie ungelöst. Eine entsprechende Gesetzesanpassung sei relativ dringend: Die kantonalen Parlamente seien aufgrund des Rechtsverzögerungsverbots, das sich aus der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention ergibt, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verpflichtet, "die Gerichte in personeller und sachlicher Hinsicht mit Mitteln auszustat-

ten, die es erlauben, über Klagen, Beschwerden, Gesuche usw. innerhalb von angemessenen Fristen zu entscheiden. Eine angemessene Entscheidungsfrist müsse nicht nur in Zeiten eines durchschnittlichen Geschäftseingangs gewährleistet sein, sondern auch in Zeiten einer vorübergehenden Überbelastung eines Gerichts. Für solche Fälle habe das Parlament die Möglichkeit zu schaffen, ordentliche oder ausserordentliche Ersatzrichter und zusätzliches Personal beizuziehen. Andernfalls könne der Kanton schadenersatzpflichtig werden.

c) Am 5. Dezember 2017 liess sich das Obergericht zur kantonalen

Verordnung zum Wappenschutzgesetz

vernehmen. Es hielt fest, bezüglich der gerichtlichen Zuständigkeit genüge die Regelung in der ZPO und im ZSRG.

VII. Verschiedenes

1. Allgemeines

a) Die eidgenössischen Prozessordnungen gelten seit dem 1. Januar 2011. Auf denselben Zeitpunkt wurde auch das kantonale

Zivil- und Strafrechtspflegegesetz

in Kraft gesetzt. In einzelnen Punkten bedarf dieses Gesetz nunmehr einer Überarbeitung. Das Obergericht begrüsst, dass eine entsprechende Teilrevision nunmehr vom Departement für Justiz und Sicherheit vorbereitet wird.

b) Nach Auffassung des Obergerichts muss aber auch die

Verordnung des Grossen Rates über die Gebühren der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden

revidiert werden. Abgesehen davon, dass einzelne Verordnungsbestimmungen überholt sind, wurde die Verordnung noch nicht an die Terminologie der eidgenössischen Prozessordnungen angepasst, was zu Auslegungsproblemen führen kann. Zudem sind die heute vorgesehenen Gebührenrahmen zum Teil zu tief angesetzt und untereinander zum Teil zu wenig koordiniert.

2. Obergericht

a) Das Obergericht hielt seine

Plenarsitzung

am 21. April 2017 in Frauenfeld ab.

b) Delegationen des Obergerichts nahmen an verschiedenen

Weiterbildungsveranstaltungen und Tagungen

teil: Besucht wurden verschiedene Kurse und Seminare zur Revision des Vorsorgeausgleichs bei Scheidung, zur Justizberichterstattung, zur Kommunikation zwischen Gerichten, Medien und Öffentlichkeit, zur Führung für Richterinnen und Richter, zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, zu "Fürsorge oder Präventivhaft" und zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Recht. Je eine Delegation des Obergerichts nahm ausserdem am Tag der Richterinnen und Richter in Luzern, am Rechtsinformatikseminar, an der vom Bundesgericht durchgeführten Eidgenössischen Justizkonferenz sowie an der Kindes- und Erwachsenenschutzrechts-Tagung in Zürich teil.

d) Entsprechend der Informationsverordnung des Obergerichts erteilte das Obergerichtspräsidium im Berichtsjahr insgesamt 36 Medienleuten neu die

Zulassung als Gerichtsberichterstatterin oder Gerichtsberichterstatter

an unseren Straf- und Zivilgerichten. Für 29 Medienleute wurde die Zulassung verlängert; umgekehrt ist die Zulassung verschiedener Medienleute mittlerweilen erloschen. Ende des Berichtsjahrs waren im Thurgau rund 130 Medienleute als Gerichtsberichterstatterinnen und Gerichtsberichterstatter in Zivil- und Strafsachen zugelassen.

e) Das Obergerichtspräsidium musste im Berichtsjahr zwei

vorübergehende Zulassungen zur Gerichtsberichterstattung

für einen vor einem Bezirksgericht verhandelten Prozess erteilen.

f) Die

Medienstelle des Obergerichts

beantwortete im Berichtsjahr rund 145 Anfragen von Medienschaffenden, Gerichten und Privaten; sie veröffentlichte ausserdem insgesamt 14 Medienmitteilungen über Urteile des Obergerichts und gab zehn anonymisierte Obergerichtsentscheide heraus. Sie führte für das Obergericht die Presseschau (Monitoring), beteiligte sich an der Überarbeitung des neuen Internetauftritts des Obergerichts und betreute dessen Homepage. Die Medienstelle organisierte zudem zusammen mit dem Informationsdienst der Staatskanzlei am Obergericht einen Medienanlass, der auf grosses Interesse stiess.

g) Die Möglichkeit des

elektronischen Rechtsverkehrs

wird nur wenig genutzt. Um ihre Eingaben an die gerichtlichen Behörden in elektronischer Form einreichen zu können, benötigen die Parteien als Absender eine anerkannte qualifizierte elektronische Signatur; die Übermittlung muss über eine vorgegebene Zustellplattform (virtuelles Postfach) oder über die spezifische Eingabeadresse der Behörde (Kontaktformular) erfolgen. Der elektronische Rechtsverkehr umfasst im Thurgau nur den Empfang von Eingaben, nicht aber die Zustellung durch die Behörden.

h) Die

Bibliothek des Obergerichts

wurde von Mitarbeitenden der Kantonsbibliothek in einem neuen Katalog erfasst. Die entsprechenden Arbeiten konnten im Berichtsjahr erfolgreich abgeschlossen werden.

3. Bezirksgerichte

Die Bezirksgerichte organisierten im Juni 2017 in Münchwilen eine interne Weiterbildung hauptsächlich zum neuen Kindesunterhaltsrecht, an welcher die Berufsrichterinnen und Berufsrichter sowie die Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber der Bezirksgerichte teilnahmen.

Kaspar Gnehm von Hüttlingen wurde wegen einfacher Brandlegung und Diebstählen an das Gericht überwiesen.

Weil nach dem peinlichen Gesezbuch § 189 der Verbrecher des Todes würdig wäre.
Weil hingegen das Dekret vom 27. Jenner 1800 den Richter anweist, von der Schärfe des Gesezes abzugehen, wenn Milderungs-Gründe, die aus der Intensität und Moralität des Verbrechens hergenommen sind, eintretten.
Weil bey der durchaus vernachlässigten Erziehung des Verbrechers in moralischer Hinsicht, und auch anderen in den peinlichen Prozess-Akten enthaltenen Umständen, zu schliessen ist, dass der Verbrecher, vor und bey Vollbringung des Verbrechens der Brandanlegung, nicht im Stande war, von der Wichtigkeit seiner That Überlegung und Begriff zu haben.
Weil durch die Brandanlegung kein Schaden verursacht worden ist.
Weil der Verbrecher noch nie in Verhaft gelegen, und von einem peinlichen Gerichtshof bestraft worden - und mit Hinsicht auf seine jungen Jahre -
Weil den meisten Bestohlenen, schon Ersaz geschehen

Folgendes Strafurtheil erkennt:
Der Kaspar Gnehm solle zum warnenden Beyspiel für Andere, und zu seiner künftigen Besserung,

1. Eine Stunde lang mit der Aufschrift: "Boshafter Brandanleger und Dieb" an den Pranger gestellt,
2. Durch den Scharfrichter mit dem doppelten Staupenschlag durch die Stadt gezüchtiget,
3. Auf zwölf Jahre lang in das Zuchthaus verwiesen, und
4. gehalten seyn aus seinem allfälligen Vermögen alle Examinations-, Arrests- und andere obrigkeitlichen Kosten zu bezahlen.

Gegeben
Frauenfeld
den 11. May 1805

Der Präsident des Obern Criminal-Gerichts:
Vogler
Der Oberschreiber: Fehr

Der Kleine Rat erliess Kaspar Gnehm am 24. Mai 1805 auf dessen Begnadigungsgesuch hin wenigstens den Staupenschlag.

Tagblatt, Bd. IV, S. 146 ff.

IX. Verzeichnis der Behörden

(Stand anfangs April 2018)

Obergericht

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1986	Zweidler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt	1955
Vizepräsidentin:	1992	Thürer Elisabeth, Dr.iur., Rechtsanwältin	1953
Mitglieder:	1997	Reinhard François H., lic.iur., Rechtsanwalt	1952
	2000	Hausammann Peter, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
	2000	Glauser Jung Anna Katharina, lic.iur., Rechtsanwältin	1963
	2011	Ogg Marcel, Dr.iur., Rechtsanwalt	1971
Ersatzmitglieder:	1992	Hebeisen Andreas, lic.iur., Rechtsanwalt	1958
	2008	Kapfhamer-Kuhn Caroline, lic.iur., Rechtsanwältin	1974
	2011	Brandenberger-Amrhein Fabienne, lic.iur., Rechtsanwältin	1974
	2011	Weber Mario, lic.iur., Rechtsanwalt	1971

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Leitender Gerichtsschreiber:	2012	Schramm Giovanni, lic.iur., Rechtsanwalt	1955
Gerichts-schreiberinnen, Gerichtsschreiber:	1992	Soliva Thomas, Dr.iur., Rechtsanwalt	1959
	2006	Schneider Karin, lic.iur., Fürsprecherin	1971
	2011	Trepp Olivia, lic.iur., Fürsprecherin	1973
	2011	Maj Pietro, lic.iur., Rechtsanwalt	1965
	2015	Isch-Dörflinger Sina, MLaw, Rechtsanwältin	1984
	2016	Arnold Raphael, lic.iur., Rechtsanwalt	1980

Medienstelle des Obergerichts:	Soliva Thomas
Stellvertretung:	Trepp Olivia

Zwangsmassnahmengericht

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2011	Dünki Rolf M., lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Mitglieder:	2011	Möller Niels, lic.iur., Rechtsanwalt	1971
	2016	Pedrazzini Federico A., lic.iur., Rechtsanwalt	1970

Schlichtungsbehörde nach Gleichstellungsgesetz

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1997	Nussmüller Reinhold, lic.iur., Rechtsanwalt	1959
Mitglieder:	1997	Zülle Ernst, Arbeitnehmervertreter	1959
	1997	Büchi Susanne, Arbeitgebervertreterin	1952
Ersatzmitglied:	2009	Holliger-Schalch Deborah, MLaw HSG, Rechtsanwältin	1983

Bezirksgericht Arbon

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2000	Zanoni Ralph, lic.iur., Rechtsanwalt	1958
Vizepräsidentin:	2011	Trinkler Mirjam, lic.iur., Rechtsanwältin	1979
Berufsrichter:	2006	Diezi Dominik, Dr.iur., Rechtsanwalt	1973
Berufsrichterin:	2016	Sutter Heer Silke, lic.iur.	1964
Nebenamtliche Mitglieder:	2000	Abegglen Inge, Laborantin	1950
	2016	Brunner Ralph, Betriebsökonom FH	1959
	2016	Burri-Küng Matthias, Gerichtsschreiber am BVGer	1972
	2016	Senn Gabriela, Künstlerbetreuerin	1958
Ersatzmitglieder:	2000	Oswald Migg, dipl. Bauing. FH	1957
	2016	Di Nicola Daniela, Geschäftsfrau	1969
	2016	Läuchli-Plüer Verena Kauffrau	1957
Leitende Gerichtsschreiberin:	2017	Stübi Andrea, lic.iur., Rechtsanwältin	1986
Gerichtsschreiberin:	2006	Reinhardt-Schmid Franziska, lic.iur., Rechtsanwältin	1976
Gerichtsschreiber:	2014	Carletta Marco, MLaw, Rechtsanwalt	1983

Bezirksgericht Frauenfeld

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1992	Fuchs Rudolf, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsidentin:	2011	Herzog Irene, lic.iur., Rechtsanwältin	1974
Berufsrichterin:	2003	Steiger Eggli Christine, lic.iur.	1956
Berufsrichter:	2008	Hunziker René, lic.iur., Rechtsanwalt	1971
Nebenamtliche Mitglieder:	2011	Frei Marianna, Gemeindepräsidentin	1962
	2012	Aebersold Martin, Berufsschullehrer i.R.	1952
	2015	Müller Urs, Ing. Agr. FH, Leiter Obst Gemüse Beeren	1962
	2016	Capt Rosemary, dipl. Sozialarbeiterin FH, dipl. Supervisorin	1963
Ersatzmitglieder:	2004	Peter Liselotte, dipl. Bäuerin, Lehrerin	1961
	2011	Maute Wolfgang, Dr.iur. HSG, LL.M. (Int. Tax.)	1958
	2011	Rohr Christoph, dipl. Masch.Ing. ETH	1957
Leitender Gerichtsschreiber:	1992	Allan Colin, lic.iur., M.C.J.	1962
Gerichtsschreiberinnen:	2010	Marti Nadine, lic.iur., Rechtsanwältin	1983
	2015	Rüegg Janine, MLaw, Rechtsanwältin	1986
	2017	Hanselmann Fabienne, lic.iur., Rechtsanwältin	1986

Bezirksgericht Kreuzlingen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsidentin:	2011	Faller Graf Ruth, lic.iur., Rechtsanwältin	1969
Vizepräsident:	2011	Pleuler Thomas, lic.iur., Rechtsanwalt	1972
Berufsrichter:	2016	Roth Jürg, M.A. HSG, Rechtsanwalt	1979
nebenamtliche Mitglieder:	2008	Fäsi-Egloff Christina, dipl. Pflegefachfrau HF	1965
	2008	Imhof Erwin, Grenzwachtoffizier a.D.	1951
	2016	Raschle Marianne, Unternehmerin	1958
	1992	Werner Roland, Landwirt	1955
Ersatzmitglieder:	2004	Gisler Thomas, dipl. Augenoptikermeister	1960
	2011	Schrembs Enzo, Wirtschaftsjurist ZFH	1981
	2016	Haldimann-Stettler Brigitte, Pädagogin	1953
Leitende Gerichtsschreiberin:	2011	Zahnd-Rossi Fabienne, M.A. HSG, Rechtsanwältin	1984
Gerichts-schreiberinnen:	2011	Thür Brechbühl Suzanne, lic.iur., Rechtsanwältin	1962
	2014	Hinder Fabienne, lic.iur., Rechtsanwältin	1976
Gerichtsschreiber:	2015	Birguel Ahmet, M.A. HSG, Rechtsanwalt	1981

Bezirksgericht Münchwilen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	1987	Frei Alex, lic.iur., Rechtsanwalt	1956
Vizepräsident:	2011	Inauen Cornel, Dr.iur.	1976
Berufsrichterin:	2011	Schüler-Widmer Nina, lic.iur.	1974
nebenamtliche Mitglieder:	2011	Oswald Markus, Notar, Grundbuchverwalter i.R.	1951
	2011	Senn Ulrich, Leiter Rechtsdienst	1947
	2012	Haltiner Angela, Mediatorin / Unternehmerin	1962
	2016	Peter Köstli Sabina, dipl. Betriebswirtschafterin HF	1965
Ersatzmitglieder:	2008	Koller Brunner Susanna, Unternehmerin / Lehrcoach	1957
	2016	Ender-Truniger Simone, lic.iur., Rechtsanwältin, Familienfrau	1977
	2016	Wetter Simon, Betriebsökonom	1974
Leitender Gerichtsschreiber:	2012	Bühler Marc, M.A. in Law, Rechtsanwalt	1984
Gerichtsschreiber:	2013	Meili Peter, lic.iur.	1981

Bezirksgericht Weinfelden

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2009	Schmid Pascal, lic.iur., Rechtsanwalt	1976
Vizepräsidentin:	2000	Bommer Marianne, lic.iur., Rechtsanwältin	1966
Berufsrichterin:	2011	Spring Claudia, lic.iur., Rechtsanwältin	1977
nebenamtliche Mitglieder:	2002	Grünig Hermann, Rektor	1954
	2008	Tobler-Pfosser Alexandra, Sozialfachfrau	1961
	2008	Uhlmann Heinz, Kaufmann	1960
	2011	Tschopp Erwin, Schreinermeister	1953
Ersatzmitglieder:	2000	Brunner Otto, dipl. Handelslehrer HSG	1963
	2011	Jordi Helen, kaufm. Angestellte, Stadträtin	1957
	2016	Rüegg Josef, eidg.dipl. Geflügelmeister	1968
Leitender Gerichtsschreiber:	2008	Romano Emmanuele, lic.iur., Rechtsanwalt	1978
Gerichtsschreiber:	2011	Gächter Markus, lic.iur.	1981
Gerichtsschreiberin:	2018	Griglio Livia, MLaw	1991

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Arbon

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2017	Schmid Reto, lic.iur.	1963
Vizepräsident:	2012	Traber Beat, dipl. Sozialarbeiter FH, Verwaltungsökonom TG	1965
Mitglieder:	2014	Beljean Martin, Sozialarbeiter HFS/FH	1964
	2014	Zimmermann Maja, Sozialarbeiterin FH, Psychiatrieschwester SRK	1961
	2016	Hungerbühler Karin, Sozialpädagogin HFS	1968
Fachsekretariat:	2017	Prager Jan, lic.iur., Aktuar	1970
	2013	Ehrbar Manuela, Fachspezialistin	1972
	2013	Frangi Petra, Fachspezialistin	1958
	2013	Schär Daniel, Finanzfachmann	1970
Sachbearbeiterinnen:	2013	Brändle Erika, Sachbearbeiterin	1958
	2013	Müller Ursula, Sachbearbeiterin Revisorat	1968

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Frauenfeld

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsidentin:	2012	Merz Barbara, Dr.iur., lic.phil. I, Rechtsanwältin	1954
Vizepräsident:	2012	Schlierenzauer Beat, dipl. Sozialarbeiter FH	1956
Mitglieder:	2012	Haag Jürg, lic.phil. I	1956
	2012	Inauen René, dipl. Sozialpädagoge HFS	1958
	2012	Kaufmann Sybille, dipl. Sozialpädagogin FH	1962
	2013	Crameri Simone, dipl. Sozialarbeiterin FH	1973
	2018	Petrik Gabriel, lic.iur., Rechtsanwalt	1983
Fachsekretariat:	2012	Kern André, Sozialversicherungsfachmann	1969
	2013	Koch Iris, Fachfrau Finanz- und Rechnungswesen	1963
	2015	Frefel Monika, Fachfrau Finanz- und Rechnungswesen eidg. FA	1967
	2013	Mosimann Rachel, lic.iur., Rechtsanwältin	1985
	2013	Zurbriggen Nathalie, MLaw, Rechtsanwältin	1984
	2015	Lenherr-Wellauer Jolanda, lic.iur.	1969
Sachbearbeiterinnen:	2012	Bisig Monika, Sachbearbeiterin	1958
	2016	Eberli Rita, Sachbearbeiterin	1964
	2017	Meili Anna, Sachbearbeiterin	1963

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreuzlingen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsident:	2012	Jordi Christian, lic.iur., dipl. Handelslehrer	1975
Vizepräsidentin:	2012	Reutimann Daniela, Ehe- und Familientherapeutin	1967
Mitglieder:	2012	Koch Benno, Organisationsberater	1957
	2012	Ulrich-Huber Sabrina, lic.iur. HSG	1975
	2017	Schindler Urs, Sozialpädagoge FH	1971
Fachsekretariat:	2012	Grossenbacher Daniel, Finanzfachmann	1962
	2012	Zahnd-Megert Sabrina, lic.iur., Aktuarin	1984
	2013	Zollikofer-Blöchlinger Marlies, Psychotherapeutin FH	1954
	2016	Beiser Thomas, dipl. Betriebswirt	1966
	2016	Zürcher Manuela, MLaw, Rechtsanwältin, Aktuarin	1984
Sachbearbeiterinnen:	2012	Bold Cornelia, Sachbearbeiterin	1967
	2012	Lang Zarba Beatrice, Sachbearbeiterin	1965
	2016	Pietrocola Claudia, Sachbearbeiterin	1968

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Münchwilen

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsidentin:	2012	Schwarz Etter Katrin, lic.iur., Rechtsanwältin	1963
Vizepräsident:	2012	Ziörjen-Gerosa René, Sozialpädagoge FH	1956
Mitglieder:	2012	Zwingli-Bühler Simone, ehem.Vormundschaftssekretärin	1957
	2016	Messmer Simone, MLaw, B.A. Soziale Arbeit	1987
	2017	Dätwyler Rolf, lic.iur., Rechtsanwalt	1981
Fachsekretariat:	2012	Thüler Caroline, lic.phil., Psychologin	1976
	2014	Graf Ronald, Finanzfachmann	1960
	2016	Giezendanner Welsh-Armer Annina, MLaw	1984
	2016	Rischatsch Annina, MLaw, Rechtsanwältin	1987
Sachbearbeiterinnen:	2012	Gallo-Grillo Marianna, Sachbearbeiterin	1971
	2012	Steg-Ruckstuhl Cornelia, Sachbearbeiterin	1966

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Weinfelden

	Amtsantritt		Geburtsjahr
Präsidentin:	2012	Semadeni Röthlisberger Claudia, lic.iur.	1970
Vizepräsidentin:	2012	Oberhänsli Bettina, lic.phil., Klinische Psychologin FSP	1978
Mitglieder:	2012	Breitenmoser Claudia, Pädagogin	1961
	2015	Frehner Ralf, Sozialarbeiter FH	1985
		Vakant	
Fachsekretariat:	2012	Lenz Kieliger Beatrice, Betriebsökonomin FH	1961
	2013	Weiss Marianne, lic.iur.	1982
	2017	Studer Viviana, MLaw	1985
	2016	Moldovan Alina, Betriebsökonomin FH	1983
	2016	Schiess Sabrina, MLaw	1990
	2017	Schönenberger Jonas, Sozialpädagoge FH	1987
Sachbearbeiterinnen:	2017	Blättler Bettina, Sekretariatsleiterin	1969
	2013	Weber-Kündig Franziska, Sachbearbeiterin	1980
	2015	Cattaneo Angela, Sachbearbeiterin	1973

Friedensrichterämter

Bezirk Arbon	Huber Thomas
Bezirk Frauenfeld	Brägger Claudia
Bezirk Kreuzlingen	Scherb Walter
Bezirk Münchwilen	Johannsen Verena-Baffj
Bezirk Weinfelden	Greber Kenny

Betreibungsämter

Bezirk Arbon	Fröhlich René, Abteilungsleiter
Bezirk Frauenfeld	Meier Erika, Abteilungsleiterin
Aussenstelle Steckborn	Dubach Daniel, Leiter
Bezirk Kreuzlingen	Dörflinger Michael, Abteilungsleiter
Bezirk Münchwilen	Sträuli Martin, Abteilungsleiter
Bezirk Weinfelden	Högger Hansjörg, Abteilungsleiter
Aussenstelle Bischofszell	Stuber Beat, Leiter

B. Statistische Angaben

zum Geschäftsbericht der Gerichte, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, der Friedensrichterämter sowie des Konkursamts und der Betreibungsämter

I. Obergericht

1. Allgemeines

Tabelle 1. Tätigkeitsübersicht

	2017	2016	2015
Sitzungen	**115**	105	111
Plenum	**1**	2	1
Dreierbesetzung	**114**	103	110
Einschreibungen	**674**	632	672
erstinstanzliche Verfahren	**5**	-	2
Berufungsverfahren	**110**	120	159
Beschwerdeverfahren	**361**	374	373
übrige Verfahren	**198**	138	138
erledigte Verfahren	**720**	604	658
erstinstanzliche Verfahren	**2**	1	5
Berufungsverfahren	**117**	123	156
Beschwerdeverfahren	**385**	355	380
übrige Verfahren	**216**	125	117
pendente Berufungsverfahren Ende Jahr	**48**	55	59
davon Eingang vor dem 1. Januar 2017	**6**	4	3

2. Zivilrechtspflege

Tabelle 2. Erstinstanzlich beurteilte Streitigkeiten

	hängig per 1.1.17	neu	erledigt per 31.12.17
Geschäftsfirmen	-	1	-
Wettbewerbsbehinderungen	-	1	-
weitere Zivilsachen	-	1	1
Rückführung eines Kindes	-	2	1
Total	**-**	**5**	**2**
2016 waren es	1	-	1
2015 waren es	4	2	5

Tabelle 3. Berufungsverfahren gegen Entscheide der Bezirksgerichte sowie der Einzelrichterinnen und Einzelrichter in Zivilsachen

Bezirk	Zahl	erledigt durch materiellen Entscheid				erledigt durch anderen Entscheid			
		unbegründet	begründet	teilweise begründet	Rückweisung an Vorinstanz	Rückzug und Anerkennung	Vergleich	nicht eingetreten	anderweitig erledigt
Arbon	4	4	-	-	-	-	-	-	-
Frauenfeld	10	7	-	2	1	-	-	-	-
Kreuzlingen	18	9	1	1	5	-	1	-	1
Münchwilen	9	1	2	1	4	-	-	-	1
Weinfelden	12	2	1	1	3	-	1	3	1
Rückweisung BuGer	1	-	1	-	-	-	-	-	-
Total	**54**	**23**	**5**	**5**	**13**	**-**	**2**	**3**	**3**
2016 waren es	61	34	3	9	8	2	1	4	-
2015 waren es	71	28	10	13	11	1	2	6	-

In diesen 54 Berufungsverfahren waren 61 Berufungen sowie sieben Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die erledigten Berufungsverfahren verteilten sich auf die folgenden Rechtsgebiete:

Personenrecht	
- Schutz der Persönlichkeit	2
Familienrecht	
- Ehescheidung	4
- Änderung Scheidung/Trennung	2
- Güterrecht	1
Erbrecht	
- übriges Erbrecht	1
Sachenrecht	
- Eigentum	1
- Besitz und Grundbuch	5
Obligationenrecht	
- unerlaubte Handlung	3
- Kauf und Tausch	2
- Miete	3
- Arbeitsvertrag	10
- Werkvertrag	4
- Auftrag	2
- Innominatverträge	1
- einfache Gesellschaft	1
- Aktiengesellschaft	1
- aktienrechtliche Verantwortlichkeit	2
Betreibungsrechtliche Prozesse	
- Aberkennung	6
- übriges Betreibungsrecht	1
Übriges Zivilrecht	
- Versicherungsvertrag	1
- sonstiges Zivilrecht	1

Tabelle 4. Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Bezirksgerichte sowie der Einzelrichterinnen und Einzelrichter in Zivilsachen nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	27	19	2	1	1	2	2
Frauenfeld	20	11	2	1	2	3	1
Kreuzlingen	33	24	2	-	-	1	6
Münchwilen	15	13	-	1	-	-	1
Weinfelden	43	23	7	5	-	6	2
Friedensrichterämter	13	5	3	-	4	-	1
Übrige	-	-	-	-	-	-	-
Total	**151**	**95**	**16**	**8**	**7**	**12**	**13**
2016 waren es	130	78	8	4	3	28	9
2015 waren es	138	85	14	6	7	20	6

* inklusive Rückzug und Anerkennung

In diesen 151 Beschwerdeverfahren waren 162 Beschwerden zu beurteilen.

Tabelle 5. Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Bezirksgerichte sowie der Einzelrichterinnen und Einzelrichter in Zivilsachen nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
SchKG							
- Rechtsöffnung	46	28	4	2	2	7	3
- Konkurseröffnung	18	8	4	-	1	1	4
- übrige Beschwerden nach SchKG	8	5	-	1	-	1	1
Klares Recht							
- Ausweisung	12	11	1	-	-	-	-
- übrige Beschwerden	-	-	-	-	-	-	-
ZGB/OR							
- ZGB	4	2	-	-	-	-	2
- OR	5	2	-	-	-	2	1
ZPO							
- Kostenbeschwerden	16	11	1	4	-	-	-
- Erledigungsentscheide	2	2	-	-	-	-	-
- unentgeltliche Rechtspflege	10	5	3	1	-	-	1
- übrige Beschwerden	30	21	3	-	4	1	1
Total	**151**	**95**	**16**	**8**	**7**	**12**	**13**
2016 waren es	130	78	8	4	3	28	9
2015 waren es	138	85	14	6	7	20	6

* inklusive Rückzug und Anerkennung

Tabelle 6. Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rück-weisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Arbon	13	8	-	-	1	-	4
Frauenfeld	15	9	-	-	4	1	1
Kreuzlingen	16	12	-	2	-	-	2
Münchwilen	20	13	-	2	-	1	4
Weinfelden	11	6	-	-	-	-	5
Total	**78**	**50**	**1**	**4**	**5**	**2**	**16**
2016 waren es	73	49	2	5	4	5	8
2015 waren es	79	54	4	6	6	3	6

* inklusive Rückzug und Anerkennung

In diesen 78 Beschwerdeverfahren waren 83 Beschwerden zu beurteilen.

Tabelle 7. Beschwerdeverfahren gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
- Beistandschaft	28	18	-	1	3	1	5
- Fürsorgerische Unterbringung	14	10	-	-	-	-	4
- übrige Beschwerden	36	22	1	3	2	1	7
Total	**78**	**50**	**1**	**4**	**5**	**2**	**16**
2016 waren es	73	49	2	5	4	5	8
2015 waren es	79	54	4	6	6	3	6

* inklusive Rückzug und Anerkennung

3. Strafrechtspflege

Tabelle 8. Berufungsverfahren gegen Urteile der Bezirksgerichte

Bezirk	Zahl	erledigt durch materiellen Entscheid				erledigt durch anderen Entscheid		
		unbe-gründet	be-gründet	teilweise be-gründet	Rückwei-sung an Vorinstanz	Rückzug	nicht einge-treten	ander-weitig erledigt
Arbon	10	3	-	1	-	4	2	-
Frauenfeld	17	10	-	2	1	1	3	-
Kreuzlingen	10	1	-	1	-	6	2	-
Münchwilen	11	4	1	-	-	5	1	-
Weinfelden	11	2	2	1	-	6	-	-
Rückweisung BuGer	4	-	-	2	2	-	-	-
Total	**63**	**20**	**3**	**7**	**3**	**22**	**8**	**-**
2016 waren es	62	18	6	7	-	18	13	-
2015 waren es	85	28	6	10	2	23	15	1

In diesen 63 Berufungsverfahren waren 76 Berufungen sowie vier Anschlussberufungen zu beurteilen.

Die Berufungen wurden eingelegt:

- von der Staatsanwaltschaft: 14 Fälle
- von den Angeklagten: 56 Fälle
- von den Privatklägern: 6 Fälle

Die erledigten Berufungsverfahren hatten folgende Hauptdelikte zum Gegenstand:

Strafgesetzbuch	
- Delikte gegen Leib und Leben	9
- Delikte gegen das Vermögen	9
- Delikte gegen die Freiheit	3
- Delikte gegen die sexuelle Integrität	8
- Delikte gegen die Familie	2
- Urkundenfälschung	1
- Delikte gegen den Staat	1
- Delikte gegen die Rechtspflege	1
Bundesgesetz über den Strassenverkehr	15
Bundesgesetz über die Betäubungsmittel	4
Nebenstrafrecht des Bundes	9
Verfahren betreffend Opferhilfe	1

Weitere Geschäfte:

Das Obergericht hatte ein Verfahren betreffend Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zu behandeln.

Tabelle 9. Beschwerdeverfahren nach Herkunft und Erledigungsart

Herkunft	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückweisung an Vorinstanz	nicht eingetreten	anderweitig erledigt*
Generalstaatsanwaltschaft	5	1	1	1	2	-	-
Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsstraffälle	10	2	-	1	3	2	2
Staatsanwaltschaft Bischofszell	26	7	3	-	8	6	2
Staatsanwaltschaft Frauenfeld	27	12	1	-	3	8	3
Staatsanwaltschaft Kreuzlingen	30	11	5	-	6	5	3
Jugendanwaltschaft	6	3	-	1	-	-	2
Zwangsmassnahmengericht	18	11	-	2	1	-	4
Bezirksgerichte	12	5	1	2	1	3	-
Übrige	5	-	4	1	-	-	-
Rückweisung Bundesgericht	1	-	-	-	1	-	-
Total	**140**	**52**	**15**	**8**	**25**	**24**	**16**
2016 waren es	140	68	9	10	19	19	15
2015 waren es	154	67	14	10	29	21	13

* inklusive Rückzug und Anerkennung

Tabelle 10. Beschwerdeverfahren nach Gegenstand und Erledigungsart

Gegenstand	Zahl	abge-wiesen	geschützt	teilweise geschützt	Rückwei-sung an Vorinstanz	nicht eingetreten	ander-weitig erledigt*
Rechtsverzögerung / Rechtsverweigerung	8	4	-	1	2	-	1
Nichtanhandnahme / Einstellung	57	18	1	-	15	18	5
Untersuchungshaft / Sicherheitshaft	19	11	-	2	1	-	5
Zwangsmassnahmen	16	8	2	1	-	3	2
Beweis	6	1	2	1	1	1	-
Ausstand	3	-	3	-	-	-	-
Kosten	8	1	4	1	2	-	-
Verfahrenserledigung Gerichte	4	2	-	-	-	2	-
Übrige Beschwerden	19	7	3	2	4	-	3
Total	**140**	**52**	**15**	**8**	**25**	**24**	**16**
2016 waren es	140	68	9	10	19	19	15
2015 waren es	154	67	14	10	29	21	13

* inklusive Rückzug und Anerkennung

4. Tätigkeit als Aufsichtsbehörde im Schuldbetreibungs- und Konkurswesen

Tabelle 11. 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	15	14	-	-	1	-	-	-	42 Tage
Als Aufsichtsbehörde im Konkurswesen									
- Gesuche	-	-	-	-	-	-	-	-	-
- Beschwerden	1	1	-	-	-	-	-	-	44 Tage
Total	**16**	**15**	**-**	**-**	**1**	**-**	**-**	**-**	**43 Tage**
2016 waren es	13	12	-	-	-	-	-	1	43 Tage
2015 waren es	10	3	1	-	-	-	3	3	28 Tage

II. Gesamtübersicht der bundesgerichtlich erledigten Fälle

Tabelle 12. Art des Rechtsmittels und der Erledigung

	Zahl	abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt
Beschwerde						
in Zivilsachen	65	20	1	2	40	2
in Strafsachen	46	18	2	3	16	7
in Betreibungssachen	4	2	1	-	1	-
Total	**115**	**40**	**4**	**5**	**57**	**9**
2016 waren es	87	39	4	2	34	8
2015 waren es	89	29	5	2	51	2

III. Zwangsmassnahmengericht

Tabelle 13. Tätigkeitsübersicht

	Total Erledigungen	Haftfälle				Überwachungsmassnahmen			weitere Fälle
		Anordnung	Verlängerung	Überprüfung	übrige Fälle	Post- und Fernmeldeverkehr	technische Überwachungsgeräte	übrige Fälle	
Total	**402**	**94**	**54**	**18**	**55**	**131**	**14**	**27**	**9**
2016 waren es	417	115	37	10	40	138	21	45	11
2015 waren es	374	99	47	17	39	120	6	37	9

IV. Bezirksgerichte

1. Geschäftsführung der Bezirksgerichte (ohne eherechtliche Verfahren)

Tabelle 14. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	Sitzungen*	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2017	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen**
Arbon	68	102	58	7	-
Frauenfeld	101	127	72	16	3
Kreuzlingen	80	96	118	51	-
Münchwilen	53	89	64	17	-
Weinfelden	114	98	61	11	2
Total	**416**	**512**	**373**	**102**	**5**
2016 waren es	407	535	326	97	5
2015 waren es	463	458	304	80	15

* inklusive eherechtliche Verfahren

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

A. Zivilrechtspflege

Tabelle 15. Erledigte Prozesse nach Gegenstand

Bezirk	Zahl	Gegenstand						
		Personenrecht	Familienrecht	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
Arbon	31	-	-	2	3	19	5	2
Frauenfeld	13	-	-	-	1	11	1	-
Kreuzlingen	30	1	-	2	4	18	5	-
Münchwilen	41	14	6	1	4	15	1	-
Weinfelden	27	1	-	2	3	18	3	-
Total	**142**	**16**	**6**	**7**	**15**	**81**	**15**	**2**
2016 waren es	136	4	12	10	17	81	9	3
2015 waren es	109	5	5	7	13	72	6	1

Tabelle 16. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	erledigt durch			
			anderer Entscheid		
		materieller Entscheid	Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten
Arbon	31	8	12	6	5
Frauenfeld	13	8	4	1	-
Kreuzlingen	30	5	9	10	6
Münchwilen	41	24	6	10	1
Weinfelden	27	7	10	5	5
Total	**142**	**52**	**41**	**32**	**17**
2016 waren es	136	45	63	9	19
2015 waren es	109	40	35	21	13

B. Strafrechtspflege

Tabelle 17. Überweisungen und Erledigungen der Bezirksgerichte in Fünferbesetzung

Bezirk	Überweisungen					Erledigungen			Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neueingänge	Total	Verfahrensart		Urteil	Beschluss/ Verfügung	Total	
				ordentliches Verfahren	abgekürztes Verfahren				
Arbon	2	3	5	5	-	2	-	2	3
Frauenfeld	3	17	20	18	2	4	1	5	15
Kreuzlingen	19	4	23	22	1	5	2	7	16
Münchwilen	1	3	4	4	-	2	-	2	2
Weinfelden	3	9	12	12	-	8	2	10	2
Total	**28**	**36**	**64**	**61**	**3**	**21**	**5**	**26**	**38**
2016 waren es	34	30	64	60	4	31	5	36	28
2015 waren es	21	37	58	56	2	21	3	24	34

Tabelle 18. Überweisungen und Erledigungen der Bezirksgerichte in Dreierbesetzung

Bezirk	Überweisungen								Erledigungen			Pendenzen Ende Jahr
	Pendenzen aus Vorjahr	Neueingänge	Total	Verfahrensart					Urteil	Beschluss/ Verfügung	Total	
				ordentliches Verfahren	abgekürztes Verfahren	Einspracheverfahren	Jugendstrafverfahren	Nachverfahren				
Arbon	16	76	92	22	10	55	1	4	37	20	57	35
Frauenfeld	36	93	129	52	26	40	-	11	70	27	97	32
Kreuzlingen	35	51	86	33	22	29	-	2	36	8	44	42
Münchwilen	16	41	57	24	10	22	-	1	30	10	40	17
Weinfelden	18	69	87	26	10	29	2	20	35	24	59	28
Total	**121**	**330**	**451**	**157**	**78**	**175**	**3**	**38**	**208**	**89**	**297**	**154**
2016 waren es	106	356	462	177	62	186	9	28	246	95	341	121
2015 waren es	103	291	394	141	71	146	20	16	225	63	288	106

2. Geschäftsführung der Bezirksgerichte und der Einzelrichterinnen und Einzelrichter in eherechtlichen Verfahren

Tabelle 19. Tätigkeitsübersicht (ohne summarische Verfahren)

Bezirk	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
		Total	davon Eingang vor dem 1.1.2017	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen*
Arbon	139	51	10	-
Frauenfeld	168	45	5	-
Kreuzlingen	127	56	3	-
Münchwilen	101	37	10	-
Weinfelden	126	41	8	-
Total	**661**	**230**	**36**	**-**
2016 waren es	674	210	34	-
2015 waren es	715	207	23	2

* Als unechte Pendenzen gelten insbesondere sistierte Verfahren.

Tabelle 20. Erledigte Prozesse nach Gegenstand, Erledigungsart und Instanz

Bezirk	Zahl	Gegenstand			Erledigungsart							
					Bezirksgericht				Einzelrichterin oder Einzelrichter			
						anderer Entscheid				anderer Entscheid		
		Ehescheidungs-/ Ehetrennungsverfahren	Abänderungsklagen	Eheungültigkeit/ Ehenichtigkeit	materieller Entscheid	Vergleich	Rückzug/ Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten	materieller Entscheid	Vergleich	Rückzug/ Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten
Arbon	144	119	25	-	6	1	-	1	110	10	15	1
Frauenfeld	170	143	26	1	12	-	-	4	133	-	18	3
Kreuzlingen	99	82	17	-	5	-	-	-	67	9	14	4
Münchwilen	101	95	6	-	8	1	-	-	65	12	11	4
Weinfelden	127	107	19	1	31	1	7	5	72	-	6	5
Total	**641**	**546**	**93**	**2**	**62**	**3**	**7**	**10**	**447**	**31**	**64**	**17**
2016 waren es	671	581	86	4	51	3	7	4	501	42	49	14
2015 waren es	693	597	93	3	51	5	11	6	531	13	61	15

3. Geschäftsführung der Einzelrichterinnen und Einzelrichter

Tabelle 21. Tätigkeitsübersicht (ohne eherechtliche und summarische Verfahren)

Bezirk	Sitzungen*	Einschreibungen	Pendenzen Ende Jahr		
			Total	davon Eingang vor dem 1.1.2017	von den überjährigen Verfahren sind unechte Pendenzen**
Arbon	160	128	68	7	-
Frauenfeld	259	88	37	2	-
Kreuzlingen	127	105	56	3	-
Münchwilen	74	56	29	5	-
Weinfelden	137	134	71	2	-
Total	**757**	**511**	**261**	**19**	**-**
2016 waren es	758	393	159	39	3
2015 waren es	696	473	211	29	6

* inklusive eherechtliche Verfahren

** 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 22. Erledigte Prozesse nach Verfahren und Gegenstand

Bezirk	Zahl	Verfahrensart		Gegenstand						
		ordentlich	vereinfacht	Personenrecht	Familienrecht	Erbrecht	Sachenrecht	Obligationenrecht	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	andere zivilrechtliche Streitigkeiten
Arbon	95	4	91	-	18	1	3	66	7	-
Frauenfeld	70	2	68	2	9	1	4	49	5	-
Kreuzlingen	83	7	76	2	5	-	11	59	5	1
Münchwilen	54	7	47	-	-	-	3	47	4	-
Weinfelden	85	1	84	-	12	1	7	64	1	-
Total	**387**	**21**	**366**	**4**	**44**	**3**	**28**	**285**	**22**	**1**
2016 waren es	423	91	332	4	61	2	20	301	34	1
2015 waren es	408	29	379	6	42	-	20	320	18	2

Tabelle 23. Erledigte Prozesse nach Erledigungsart

Bezirk	Zahl	nach Erledigungsart				Rechtshilfeeinvernahmen
		materieller Entscheid	anderer Entscheid			
			Vergleich	Rückzug und Anerkennung	Gegenstandslosigkeit/ Nichteintreten	
Arbon	95	40	39	11	5	5
Frauenfeld	70	21	28	14	7	4
Kreuzlingen	83	24	31	22	6	5
Münchwilen	54	17	21	12	4	3
Weinfelden	85	37	24	9	15	5
Total	**387**	**139**	**143**	**68**	**37**	**22**
2016 waren es	423	168	150	59	46	22
2015 waren es	408	145	172	61	30	12

Tabelle 24. Einzelrichterliche Tätigkeit im summarischen Verfahren (ohne SchKG)

Bezirk	klares Recht		vorsorgliche Massnahmen Ehescheidung/-trennung	Eheschutzmassnahmen	Vormerkung von Bauhandwerkerpfandrechten	Kraftloserklärung von Wertpapieren	übrige Verfügungen nach ZGB und OR	Total
	Ausweisung von Mietern und Pächtern	andere						
Arbon	42	30	18	67	10	9	106	282
Frauenfeld	23	3	18	57	24	10	108	243
Kreuzlingen	24	10	8	35	25	9	95	206
Münchwilen	19	2	12	39	11	7	91	181
Weinfelden	40	2	14	45	45	16	106	268
Total	**148**	**47**	**70**	**243**	**115**	**51**	**506**	**1'180**
2016 waren es	168	60	56	234	48	62	474	1'102
2015 waren es	151	69	66	269	55	75	528	1'213

Tabelle 25. Einzelrichterliche Tätigkeit im summarischen Verfahren in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen

Bezirk	Rechts-öffnungs-gesuche	Konkurs-begehren	Insolvenz-erklärun-gen	Konkurs-eröff-nungen	Fest-stellung neuen Vermögens	Arrest-gesuche	übrige Entscheide nach SchKG	Total
Arbon	299	93	13	76	42	2	155	680
Frauenfeld	254	66	7	26	48	3	96	500
Kreuzlingen	236	75	1	28	34	10	99	483
Münchwilen	134	86	20	22	37	3	7	309
Weinfelden	302	141	23	59	48	19	94	686
Total	**1'225**	**461**	**64**	**211**	**209**	**37**	**451**	**2'658**
2016 waren es	1'196	543	59	245	216	42	435	2'736
2015 waren es	1'278	529	57	195	179	61	388	2'687

Tabelle 26. Beschwerden gegen die Betreibungsämter

Bezirk	Zahl	Erledigungsart					durchschnittliche Verfahrensdauer in Tagen
		abgewiesen	geschützt	teilweise geschützt	nicht eingetreten	anderweitig erledigt	
Arbon	12	6	1	3	-	2	72
Frauenfeld	7	4	1	-	1	1	143
Kreuzlingen	13	10	-	-	2	1	56
Münchwilen	5	-	-	-	5	-	40
Weinfelden	10	8	-	1	1	-	30
Total	**47**	**28**	**2**	**4**	**9**	**4**	**66**
2016 waren es	51	23	9	2	10	7	47
2015 waren es	63	18	12	4	11	18	61

V. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden

Tabelle 27. Tätigkeitsübersicht

Bezirk	eröffnete Verfahren	erledigte Verfahren	Pendenzen Ende Jahr
Arbon	1'261	1'260	343
Frauenfeld	1'770	1'666	286
Kreuzlingen	1'122	1'145	241
Münchwilen	1'037	1'108	180
Weinfelden	1'516	1'437	451
Total	**6'706**	**6'616**	**1'501**
2016 waren es	6'614	6'514	1'411
2015 waren es	6'563	7'372	1'311

Tabelle 28. Erledigte Verfahren nach Gegenstand

Bezirk	Fürsorgerische Unterbringung	Prüfung gesetzlicher Massnahmen	Änderung gesetzlicher Massnahmen	Aufhebung gesetzlicher Massnahmen	Berichts- und Rechnungsprüfung	Inventar	Patientenverfügung	übrige Verfahren	Total
Arbon	18	199	38	47	413	39	2	504	1'260
Frauenfeld	8	279	27	71	615	78	1	587	1'666
Kreuzlingen	15	198	45	45	417	59	-	366	1'145
Münchwilen	11	178	50	75	382	37	-	375	1'108
Weinfelden	16	233	90	65	491	52	-	490	1'437
Total	**68**	**1'087**	**250**	**303**	**2'318**	**265**	**3**	**2'322**	**6'616**
2016 waren es	63	1'156	245	322	2'302	314	2	2'110	6'514
2015 waren es	80	*1'151	210	280	2'322	354	5	2'970	7'372

* inklusive Überführung ins neue Recht (per Ende 2015 abgeschlossen)

Tabelle 29. Errichtete und abgeschlossene Massnahmen

Bezirk	errichtete Massnahmen			von auswärts übernommene Massnahmen	abgeschlossene Massnahmen	nach auswärts übertragene Massnahmen	laufende Massnahmen per 31.12.2017
	Total	neu errichtete	von Gerichten zum Vollzug angeordnete				
Arbon	122	111	11	23	109	19	929
Frauenfeld	134	132	2	22	118	23	895
Kreuzlingen	83	79	4	8	94	9	596
Münchwilen	93	91	2	31	94	24	584
Weinfelden	123	120	3	16	116	40	841
Total	**555**	**533**	**22**	**100**	**531**	**115**	**3'845**
2016 waren es	633	595	38	112	608	85	3'836
2015 waren es	*1'403	602	43	123	538	104	3'784

* inklusive 758 ins neue Recht überführte Massnahmen (per Ende 2015 abgeschlossen)

VI. Friedensrichterämter

Tabelle 30. Geschäftsumfang

Bezirk	Als Sühnebeamter behandelt			Als Einzelrichter erledigt		
	Total	Vergleich/ Rückzug	erteilte Klagebewilligungen	Total	Urteilsvorschlag	materieller Entscheid
Arbon	244	100	144	27	13	14
Frauenfeld	232	125	107	31	30	1
Kreuzlingen	212	98	114	13	2	11
Münchwilen	210	88	122	12	4	8
Weinfelden	283	144	139	11	5	6
Total	**1'181**	**555**	**626**	**94**	**54**	**40**
2016 waren es	1'109	532	577	90	39	51
2015 waren es	1'134	529	605	70	31	39

VII. Konkursamt

Tabelle 31. Geschäftsumfang

	2017	2016	2015
Pendenzen aus dem Vorjahr	**195**	173	165
Neueingänge	**329**	362	332
Erledigungen im Berichtsjahr	**375**	340	324
Pendenzen Ende Jahr	**149**	195	173
Konkurseröffnungen			
Firmenkonkurse	**147**	186	148
Privatkonkurse (Insolvenzerklärungen)	**24**	30	39
Nachlasskonkurse (ausgeschlagene Erbschaften)	**158**	146	145
Total Neueingänge	**329**	362	332
Konkurserledigungen			
Widerruf	**2**	3	1
Aufhebung des Konkurses	**7**	6	6
Einstellung mangels Aktiven	**203**	194	162
Schlusserklärung			
nach summarischem Verfahren	**163**	137	155
nach ordentlichem Verfahren	**-**	-	-
Total Konkurserledigungen	**375**	340	324

VIII. Betreibungsämter

Tabelle 32. Geschäftsumfang

	Zahlungsbefehle	Pfändungsvollzüge	Verwertungen
Arbon	16'268	11'936	8'040
Frauenfeld	16'485	9'593	8'716
Kreuzlingen	10'728	5'508	3'382
Münchwilen	11'336	6'637	4'470
Weinfelden	14'420	8'883	6'484
Total	**69'237**	**42'557**	**31'092**
2016 waren es	70'921	39'222	29'516
2015 waren es	69'838	42'045	29'745

C. Entscheide

des Obergerichts
und
des Obergerichtspräsidiums

I. BUNDESRECHT

1. Beweiswert einer Erklärung in einem Ehe- und Erbvertrag (Art. 9 Abs. 1, 195a Abs. 1 und 2 ZGB sowie Art. 179 ZPO)

1. In Ziff. A.II. des Ehe- und Erbvertrags vom 15. November 2007 hielten die Eheleute fest, welche Eigengüter bis zum Abschluss des Vertrags entstanden seien. In Bezug auf die Investitionen in die Liegenschaft des Ehemanns vereinbarten die Vertragsparteien Folgendes: "Wir halten ausdrücklich und übereinstimmend fest, dass seit Eheabschluss in die Liegenschaft des Ehemannes wertvermehrende Investitionen von total Fr. 200'000.00 getätigt wurden. Die Ehefrau hat von diesen Investitionen ohne entsprechende Gegenleistung aus ihrem Eigengut Fr. 100'000.00 beigetragen. Wir halten ausdrücklich fest, dass die Ersatzforderung - nach unserem ausdrücklichen Willen zinsfrei - bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht mehr zu berücksichtigen ist, da zugunsten der Ehefrau und zulasten der Liegenschaft des Ehemannes als Sicherstellung für die Forderung eine Grundpfandverschreibung im Betrage von Fr. 100'000.00 eingetragen wurde".

2. a) Gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB erbringen öffentliche Register und öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Für den Zivilprozess wurde diese Bestimmung von Art. 179

ZPO übernommen[1]. Grundsätzlich beschränkt sich die verstärkte Beweiskraft nach der herrschenden Lehre, und der Rechtsprechung des Bundesgerichts[2] auf diejenigen Tatsachen, die in der öffentlichen Urkunde als richtig bescheinigt werden, das heisst auf das, was der Notar persönlich kraft eigener Wahrnehmung festgestellt hat, was er als richtig zu bescheinigen in der Lage ist, und was er von Bundesrechts wegen auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen verpflichtet ist, unabhängig davon, ob er im Einzelfall die Prüfung vorgenommen hat oder nicht[3]. Aus diesem Grund gelangen rechtsgeschäftliche Willens- und Wissenserklärungen allein aufgrund des Umstands, dass sie öffentlich beurkundet worden sind, nicht in den Genuss verstärkter Beweiskraft in Bezug auf ihre Ernsthaftigkeit oder ihre inhaltliche Richtigkeit. Vielmehr beweist die öffentliche Urkunde nur die Tatsache, dass die Parteien die entsprechenden Erklärungen vor der Urkundsperson abgegeben haben[4].

b) Öffentlich beurkundete Inventare geniessen somit nur dann verstärkte Beweiskraft für ihre inhaltliche Richtigkeit, wenn diese von der Urkundsperson geprüft worden ist. Ausnahmsweise kann der Inhalt eines Inventars aber aufgrund einer gesetzlichen Sondervorschrift besondere Wirkungen aufweisen. So werden gemäss Art. 195a Abs. 2 ZGB die (Wissens-)Erklärungen der Ehegatten im Rahmen eines güterrechtlichen Inventars als richtig vermutet, wenn das Inventar innert eines Jahres seit Einbringen der Vermögenswerte errichtet wurde[5]. Eheverträge, welche sich auf den Bestand und die Zuordnung

---

1 Wolf, Berner Kommentar, Art. 9 ZGB N 14; Rüetschi, Berner Kommentar, Art. 179 ZPO N 2; Weibel, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 179 N 1

2 Vgl. Wolf, Art. 9 ZGB N 52

3 Wolf, Art. 9 ZGB N 48; Lardelli, Basler Kommentar, Art. 9 ZGB N 24

4 Wolf, Art. 9 ZGB N 48; Lardelli, Art. 9 ZGB N 26; BGE 110 II 2 f.

5 Wolf, Art. 9 ZGB N 50; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 195a ZGB N 19 f.

von Vermögenswerten zum einen oder andern Ehegatten und zu einer bestimmten Vermögensmasse im Frauen- oder Mannesgut beziehen, kommt die gleiche Bedeutung zu wie dem Inventar mit öffentlicher Urkunde nach Art. 195a ZGB[6].

c) Wurde die Frist von Art. 195a Abs. 2 ZGB nicht eingehalten, so kommt der öffentlichen Urkunde nur insofern ein besonderer Beweiswert zu, als die Tatsache der übereinstimmenden Erklärung der Ehegatten und deren Zeitpunkt im Sinn von Art. 9 ZGB von der öffentlichen Urkundsperson festgestellt wurden. In Bezug auf den Inhalt der Erklärungen handelt es sich dagegen um eine gewöhnliche, private Beweisurkunde der Ehegatten, die der freien gerichtlichen Beweiswürdigung unterliegt[7].

d) Es besteht aber regelmässig eine tatsächliche Vermutung für die inhaltliche Richtigkeit öffentlich beurkundeter Erklärungen, welche gegenüber Urkunden in einfacher Schriftlichkeit deshalb stärker ins Gewicht fällt, weil die öffentliche Beurkundung unter Mitwirkung eines Notars erfahrungsgemäss von der Abgabe nicht ernst gemeinter oder unrichtiger Erklärungen weit mehr abhält als die Schriftform[8]. Dabei bezieht sich die Wahrheitspflicht der Urkundsperson in beschränktem Ausmass über die blosse Tatsache der Abgabe der Erklärung hinaus auch auf deren Inhalt. Weiss der Notar nämlich, dass die abgegebene Erklärung nicht wahr ist, so darf er die entsprechende Beurkundung nicht vornehmen. Hat der Notar den Verdacht, dass die abgegebene Erklärung nicht wahr ist, so muss er die Parteien aufgrund seiner Rechtsbelehrungspflicht jedenfalls auf die rechtlichen

---

6 Hausheer/Aebi-Müller, Basler Kommentar, Art. 182 ZGB N 10

7 Hausheer/Aebi-Müller, Art. 195a ZGB N 18; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 195a ZGB N 26; BGE 100 IV 242

8 Wolf, Art. 9 ZGB N 49; Lardelli, Art. 9 ZGB N 26

Folgen unwahrer Erklärungen hinweisen[9]. Dabei ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass eine bewusst und gewollt wahrheitswidrige Wissenserklärung der Ehegatten den Tatbestand des Erschleichens einer falschen Beurkundung im Sinn von Art. 253 StGB erfüllt[10].

e) Die tatsächliche Vermutung charakterisiert sich dadurch, dass sie auf Indizien beruht, aus denen mittels Wahrscheinlichkeitsüberlegungen und aufgrund der Lebenserfahrung auf einen nicht direkt bewiesenen Sachumstand geschlossen wird[11]. Sie dient der Beweiserleichterung, hat aber keine Umkehr der Beweislast im technischen Sinn zur Folge. Dem Gegner steht der Gegenbeweis offen, den er durch Erwecken von Zweifeln an der Richtigkeit der Indizien und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen erbringen kann[12].

3. a) Die Vorinstanz erkannte zutreffend, dass die strittige Regelung im Ehevertrag keine erhöhte Beweiskraft im Sinn von Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO geniesst. Dies bedeutet, dass den Feststellungen im Ehevertrag über die Investition der Ehefrau von Fr. 100'000.00 aus ihrem Eigengut als (hälftiger) Anteil der wertvermehrenden Investitionen von total Fr. 200'000.00 sowie den aufgeführten Eigengütern der Ehefrau (Kontoguthaben Fr. 29'000.00, Säule 3a Fr. 34'000.00, Erbschaft Tante Fr. 43'000.00, Erbschaft Mutter Fr. 220'000.00) die gesetzliche Vermutung der Richtigkeit nicht zukommt und somit keine Beweislastumkehr zulasten des Berufungsklägers erfolgt.

---

9 Wolf, Art. 9 ZGB N 49

10 Hausheer/Aebi-Müller, Art. 195a ZGB N 15; Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 195a ZGB N 23

11 Lardelli, Art. 8 ZGB N 86; Walter, Berner Kommentar, Art. 8 ZGB N 473

12 Lardelli, Art. 8 ZGB N 87; Walter, Art. 8 ZGB N 474, 476; vgl. Wolf, Art. 9 ZGB N 49

b) Es gilt aber für die Richtigkeit der vom Berufungskläger bestrittenen Feststellungen über die im Ehevertrag aufgeführten Eigengüter der Ehefrau und die Investition der Ehefrau eine tatsächliche Vermutung. Dabei ist in Betracht zu ziehen, dass die Eheleute mit solchen Erklärungen in einem öffentlich beurkundeten Ehevertrag eine Sache klären wollen, nicht zuletzt wohl auch gerade im Hinblick darauf, spätere gerichtliche Auseinandersetzungen zu vermeiden. Die Eheleute wollen sich auf diese gemeinsame Erklärung behaften lassen und müssen dies nach Treu und Glauben auch; nach dem Tod eines Ehegatten gilt das auch für dessen Erben. Wenn diese die gemeinsame und übereinstimmende ehevertragliche Erklärung der Ehegatten bestreiten wollen, müssen sie Sachumstände substantiieren, die Zweifel an der Richtigkeit der ehevertraglichen Feststellungen über die Eigengüter und die Investitionen erwecken.

c) Der Berufungskläger brachte nicht rechtzeitig[13] substantiiert hinreichende Zweifel an, welche gegen die ehevertragliche Feststellung sprechen. Er begnügte sich vielmehr damit geltend zu machen, der Betrag sei tiefer, "wenn man die Beträge in den Akten nachrechnet", ohne jedoch die entsprechenden Beträge und die massgebenden Akten zu bezeichnen. Damit griff die tatsächliche Vermutung für die Richtigkeit der Erklärungen im Ehevertrag, und es brauchte für den der Berufungsbeklagten obliegenden Beweis neben dem Ehevertrag weder weitere Urkunden noch hatte die Berufungsbeklagte einzelne Zahlungsvorgänge zu beweisen.

Obergericht, 2. Abteilung, 22. September 2016, ZBR.2015.73

Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht am 2. Februar 2018 aus anderen Gründen teilweise gut (5A_182/2017).

---

[13] Art. 229 Abs. 2 ZPO

2. Übernachtungen von Kleinkindern beim besuchsberechtigten Elternteil; räumliche Distanz der elterlichen Wohnorte (Art. 273 Abs. 1 ZGB)

1. a) Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben derjenige Elternteil, dem die elterliche Obhut oder Sorge nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen ist von elementarer Bedeutung und kann eine entscheidende Rolle in seiner Persönlichkeitsfindung spielen. Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen[14].

b) Von besonderer Bedeutung bei der Festlegung des Besuchsrechts sind insbesondere das Alter des Kindes, die körperliche und geistige Gesundheit des Kindes und des Berechtigten, die Persönlichkeit und Bedürfnisse der Beteiligten, die Beziehung des Kindes zum Berechtigten, die Beziehung der Eltern untereinander, die zeitliche Verfügbarkeit aller Beteiligten, die Entfernung und Erreichbarkeit der Wohnorte, die Wohnverhältnisse beim besuchsberechtigten Elternteil sowie die berechtigten Wünsche und Meinungen des urteilsfähigen Kindes[15]. Bei der Berücksichtigung des Willens des Kindes ist zunächst dessen Alter beziehungsweise dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung, welche ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen ist,

---

[14] BGE 130 III 587 f.; BGE vom 19. Januar 2005, 5C.199/2004, nicht in BGE 131 III 209 publizierte Erw. 2

[15] Häfeli, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4.A., S. 83 f.; Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, Art. 273 ZGB N 10

sodann aber auch das Aussageverhalten und namentlich die Konstanz des geäusserten Willens zentral[16].

c) Die Häufigkeit und Dauer der Besuche sind dem Einzelfall anzupassen: Bei einem kleinen Kind sind grundsätzlich eher kurze, daher häufigere Besuche angezeigt (wenige Stunden bis zu einem halben Tag); bei einem Schulkind hingegen sind Wochenendbesuche die Regel[17]. Bei einem Kleinkind bis zum dritten Lebensjahr werden ein bis zwei kurze Besuche pro Woche als optimal, wenn auch nicht essentiell betrachtet, vorausgesetzt, es bestehen keine Spannungen zwischen den interagierenden Eltern beziehungsweise Beteiligten. Mit der zunehmenden Reife des Kindes im Vorschulalter wird die Häufigkeit der Kontakte weniger wichtig; entscheidender sind die Regelmässigkeit und die Qualität der Interaktionen mit dem besuchsberechtigten Elternteil[18]. Eine echte Bindung zwischen dem Kind und dem Elternteil setzt ein gegenseitiges Kennenlernen, Kontinuität sowie zeitliche und qualitative Intensität in der Beziehung voraus. Für ein Kind ist es grundsätzlich von Vorteil, wenn es von mehreren Bezugspersonen betreut wird, weil es so mehrere Vorbilder hat, die anders mit ihm umgehen. Das Kind kann so eine grössere Variationsbreite an Erfahrung sammeln und wird offener. Unter anderem deshalb erachten es heute zahlreiche Eltern als Gewinn, wenn ihr (Klein-)Kind bereits im Vorschulalter beispielsweise zwei Tage pro Woche in eine Krippe geht oder manchmal bei Grosseltern oder bei Freunden übernachtet. Die Vorstellung, (Klein-)Kinder dürften nur während ganz weniger begrenzter Stunden von der Hauptbezugsperson (das heisst der Mutter) getrennt werden, hat soweit ersichtlich keine wissenschaftliche Grund-

---

16 BGE vom 12. August 2015, 5A_367/2015, Erw. 5.1.3
17 Häfeli, S. 84
18 Staub, Bedeutung des Bindungskonzepts im interdisziplinären Diskurs, in: ZKE 2013 S. 249 f.

lage und pflegt damit einen biologistischen Muttermythos[19]. Die Scheidungsforschung wies nach, dass es nicht vor allem die Trennung an sich ist, woran Kinder leiden, sondern der Verlust eines Elternteils im Alltag[20]. Gerade unter Berücksichtigung der expliziten Stossrichtung des neuen Rechts, Vätern eine prominentere Rolle in der Kinderbetreuung einzuräumen, ist eine Modifikation der bisherigen Praxis angezeigt. Für die Festlegung des Besuchsrechts beziehungsweise der Betreuungsanteile bei gemeinsamer elterlicher Sorge sollten dem Gericht die Lebensverhältnisse der Familie bekannt sein, damit es möglich ist, eine kindgerechte Regelung für getrennt lebende Familien vorzuschlagen und notfalls festzusetzen. Erst auf Basis einer solchen Sachverhaltserforschung ist eine massgeschneiderte Lösung möglich[21].

d) Die Vorstellungen darüber, was in durchschnittlichen Verhältnissen als angemessenes Besuchsrecht zu gelten habe, gehen allerdings in Lehre und Praxis auseinander, wobei regionale Unterschiede festzustellen sind und eine Tendenz zur Ausdehnung des Besuchsrechts besteht[22]. Ab Schulbeginn sind im Kanton Zürich zwei Besuchswochenenden pro Monat und ein Ferienbesuchsrecht von zwei bis vier Wochen üblich. Der Deutschschweizer Durchschnitt scheint bei mindestens einem Besuchswochenende pro Monat und 14 Ferientagen pro Jahr zu liegen. Bei Spannungen zwischen den Eltern kann das Besuchsrecht bis um die Hälfte eingeschränkt werden, wobei das Bundesgericht einem eingeschränkten Automatismus eine Absage erteilte[23]. Es hielt dazu fest, dass Konfliktsituationen, wie sie in jeder Scheidung - analog auch bei der Auflösung eines Konkubinats - auftre-

---

19 Bernard/Meyer Löhrer, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern - Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, in: Jusletter 12. Mai 2014, N 28

20 Bernard/Meyer Löhrer, N 30

21 Bernard/Meyer Löhrer, N 38, 41

22 BGE vom 19. Januar 2005, 5C.199/2004, nicht in BGE 131 III 209 publizierte Erw. 2

23 Bernard/Meyer Löhrer, N 4

ten können, nicht zu einer einschneidenden Beschränkung des Besuchsrechts auf unbestimmte Zeit führen dürfen, wenn das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut ist, weil es unhaltbar wäre, wenn der obhutsberechtigte Elternteil es in der Hand hätte, gewissermassen durch Zwistigkeiten mit dem anderen Teil den Umfang des Besuchsrechts zu steuern[24]. Gerade wo ein elterlicher Streit zu schlichten ist, kann das Regelbesuchsrecht jedenfalls für eine erste Phase und gegebenenfalls durchaus auch länger gute Dienste leisten. Mit der Anordnung des Üblichen und dem Hinweis auf die gängige Praxis statt ellenlanger, diskutierbarer Abwägungen verliert kein Elternteil und keiner gewinnt - dem Kindeswohl kann so durchaus am meisten gedient sein[25]. Eine Einschränkung des Besuchsrechts kann angezeigt sein, wenn das Kind sonst überfordert wäre[26].

e) Übernachtungen als Bestandteil des Besuchsrechts sind für das Kind wichtig, weil die Rituale des Zubettgehens und Wiederaufstehens ihm in besonderem Mass das Gefühl vermitteln, auch beim Vater zuhause zu sein. Die Erfahrung des Übernachtens lässt gerade ein jüngeres Kind spüren, dass der Vater am anderen Morgen noch da ist. Ab welchem Alter Übernachtungen im Kindeswohl liegen, wird unterschiedlich beantwortet. Während die einen solche erst ab dem Kindergartenalter befürworten, empfehlen andere Fachleute Übernachtungen schon im Kleinkindalter[27]. Aus psychologischer Sicht sind Übernachtungen schon bei Kleinkindern zwischen zwei und drei Jahren möglich, für eine gesunde kindliche Entwicklung aber (noch) nicht unbedingt erforderlich[28]. Übernachtungen können demnach auch

---

24 BGE 130 III 589

25 Biderbost, Zu Besuch bei …, in: Kind und Scheidung (Hrsg.: Rumo-Jungo/Pichonnaz), Zürich 2006, S. 155

26 BGE 131 III 212

27 Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 12. Juli 2016, KES.2016.2, Erw. 7

28 Schreiner, in: FamKommentar Scheidung (Hrsg.: Schwenzer), 2.A., Anh. Psych N 171

bei kleineren Kindern angeordnet werden, namentlich, wenn sie mit dem Aufenthaltsort schon vertraut sind. Sie sind insbesondere problemlos, wenn schon vorher ein regelmässiger Umgang zwischen Kind und Besuchsberechtigtem stattfand und eine gute Beziehungsqualität besteht. Letztere ist sehr entscheidend[29]. Diese Richtlinien entsprechen der Erfahrungstatsache, dass auch kleine Kinder aus ungetrennten Ehen oder Partnerschaften regelmässig auswärts übernachten, sei es bei Grosseltern oder Göttis und Gottis, ohne dass deswegen Bindungsstörungen zu beobachten wären. Vielmehr können solche Erfahrungen den Kindern regelmässig zusätzliche Sicherheit bieten, weil sie spüren dürfen, dass sie auch andernorts als "nur" bei Mami oder Papi ein Zuhause haben. In jedem Fall ist die Frage des Übernachtens aber nicht theoretisch, sondern individuell bezogen auf das konkrete Kind zu beantworten. Massgebend sind allein die Interessen des Kindes[30]. Entwicklungspsychologisch betrachtet erwirbt das Kind im Alter zwischen drei und vier Jahren die emotionalen, kognitiven und sprachlichen Voraussetzungen für eine Mentalisierung und wird dadurch fähig, Trennungserfahrungen (einschliesslich Trennungen von der primären Bezugsperson) funktional zu verarbeiten. Fachleute weisen darauf hin, dass wiederholte Übernachtungen beim anderen Elternteil noch für viele Vierjährige zu früh seien und der Einzelfall fachpsychologisch beurteilt werden müsse. Grundsätzlich könne davon ausgegangen werden, dass die Konsolidierung der primären Bindungsbeziehung und eine gesunde Sprachentwicklung bessere Indikatoren für die Bereitschaft des Kindes für regelmässige nächtliche Trennungen von der primären Bezugsperson seien als das Alter des Kindes. Abgesehen von der Theorie und den entsprechenden klinischen Erfahrungen existiert bisher keine einzige Studie, die darauf hinweist, dass das

---

[29] Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 12. Juli 2016, KES.2016.2, Erw. 8; Schwenzer/Cottier, Art. 273 ZGB N 14; Salzgeber/Schreiner, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, in: FamPra.ch 2014 S. 74 ff.

[30] Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 12. Juli 2016, KES.2016.2, Erw. 8

Schlafen eines Kleinkinds bei einem Elternteil die Wahrscheinlichkeit für die Bindungssicherheit erhöht. Indessen zeigt die Erfahrung, dass oft ein beträchtliches Ausmass an Trost und Sicherheitsvermittlung nötig ist, um ein Kind bei nächtlichem Stress zu beruhigen. Selbst in intakten Familien mit zwei hochengagierten Eltern ist in diesen Situationen oft nur die Mutter in der Lage, das Kleinkind zu beruhigen. Gerade die Nacht stellt eine bindungssensible Situation für das Kind dar, weil Dunkelheit und Alleinsein das Bindungssystem aktivieren. Nicht von ungefähr leiden 30% aller Kleinkinder an Schlafstörungen[31].

2. a) X vollendete im Januar 2017 ihr zweites Altersjahr. Bei Kleinkindern bis zum dritten Lebensjahr werden in der Praxis grundsätzlich noch keine Besuche mit Übernachtungen verfügt. Das Übernachten beim besuchsberechtigten Elternteil setzt in jedem Fall voraus, dass das Kind mit dem Aufenthaltsort vertraut ist, schon vorher ein regelmässiger Umgang zwischen Kind und Besuchsberechtigem stattfand sowie eine gute Beziehungsqualität besteht. Diese Bedingungen sind aktuell nicht erfüllt, weshalb ein Besuchsrecht mit Übernachten derzeit noch nicht in Frage kommt. Bisher verbrachte der Beschwerdeführer mit X zu wenig Zeit allein, so dass noch kein Beziehungsaufbau in der notwendigen Qualität hätte stattfinden können. Hinzu kommt, dass sich X am Wohnort des Beschwerdeführers nicht auskennt und dieser ihr somit nicht vertraut ist.

b) Die Vorinstanz berechtigte den Beschwerdeführer, X jedes Wochenende, entweder am Samstag oder am Sonntag von 12.00 bis 17.00 Uhr (ohne Fahrtwege) zu sich auf Besuch zu nehmen. Es ist nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer diese Besuche am Wohnort von X durchführt. Er muss mit einer Fahrzeit von rund zwei Stun-

---

[31] Staub, S. 247

den pro Weg rechnen, da Stausituationen nicht ausgeschlossen werden können. Wollte der Beschwerdeführer die Tochter zu sich nach Hause nehmen, so sässe er acht und X vier Stunden pro Besuchstag im Auto. Für die zweijährige X dürften diese wöchentlichen Fahrzeiten anspruchsvoll sein, zumal die Fahrten an fixen Zeiten zu erfolgen haben und nicht auf ihren (Schlaf-)Rhythmus Rücksicht genommen werden kann. Es erscheint nicht sinnvoll, den Besuch beim Vater durch solche Strapazen mit negativen Eindrücken für das Mädchen zu verbinden. Die momentane Regelung, nämlich dass der Beschwerdeführer X bis zu ihrem dritten Geburtstag nur tageweise und am Nachmittag besuchen darf, ermöglicht ihm somit nicht, seine Tochter zu sich zu nehmen. X kann sich folglich nicht mit der dortigen Umgebung vertraut machen. Damit X diese kennenlernen kann, bevor dort Übernachtungen stattfinden, sollte sie mindestens zweimal pro Monat einen ganzen Tag dort verbringen können. Entsprechend ist das Besuchsrecht des Beschwerdeführers an jedem zweiten Wochenende auszudehnen. Ein Besuchsrecht von 10.00 bis 17.00 Uhr erscheint dabei angemessen. Es gilt zu berücksichtigen, dass X nach der vorinstanzlichen Regelung von 10.00 bis 19.00 Uhr mit dem Vater zusammen wäre, wobei sie davon aber vier Stunden im Auto verbringen müsste. Mit der neuen Regelung kann X insgesamt sieben Stunden mit dem Vater verbringen, ohne dass ein Teil des Besuchs auf zwei lange Autofahrten fällt. Dadurch kann sich die Beziehung zwischen Vater und Tochter festigen; X kann Vertrauen zum Beschwerdeführer aufbauen, sein Umfeld sowie seine Wohnung kennenlernen und den Beschwerdeführer als Bezugsperson wahrnehmen. Dass eine solche Regelung das Wohl von X gefährden könnte, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil erweist sich der regelmässige Kontakt zum Vater für die Entwicklung von X vielmehr als vorteilhaft. Der Vater stellt eine weitere Bezugsperson und mithin ein weiteres Vorbild in ihrem Leben dar. Sie lernt, dass Bezugspersonen unterschiedlich mit ihr umgehen und kann so eine grössere Variationsbreite an Erfahrungen sammeln. Ausserdem hat sie ein Recht darauf, ihre Wurzeln zu kennen.

c) Die Beschwerdegegnerin bot bereits mehrfach an, einen Transportdienst zu übernehmen. In der Beschwerdeduplik erklärt sie sich bereit, X abwechselnd (jedes zweite Mal) zu den jeweiligen Wochenendbesuchstagen zu bringen und am gleichen Tag wieder abzuholen. Dass die Beschwerdegegnerin X jedes zweite Wochenende zum Beschwerdeführer bringt und dort wieder abholt, rechtfertigt sich auch mit Blick darauf, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund ihres Umzugs für die grosse räumliche Distanz zwischen dem Beschwerdeführer und X verantwortlich ist. Eine solche Regelung liegt im Wohl von X und führt dazu, dass der Besuchstag für Vater und Tochter nicht zur übermässigen Belastung wird. Es steht dabei der Beschwerdegegnerin frei, bereits am Vortag zu ihrer Mutter, die einige Kilometer vom Wohnort des Beschwerdeführers entfernt lebt, zu fahren, damit X nicht vier Stunden am Tag im Auto verbringen muss. Für die restlichen Wochenenden erscheint die Regelung der Vorinstanz angemessen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin rechtfertigt es sich nicht, das Wochenendbesuchsrecht auf jedes zweite Wochenende zu beschränken, da eine gewisse Quantität und Regelmässigkeit der Besuche für den Beziehungsaufbau zwischen Vater und Tochter wichtig ist und auch im Kindeswohl liegt. Dementsprechend ist der Beschwerdeführer berechtigt, X ab sofort bis zu ihrem dritten Geburtstag jedes zweite Wochenende alternierend am Samstag oder Sonntag von 10.00 bis 17.00 Uhr und an den restlichen Wochenenden alternierend am Samstag oder Sonntag von 12.00 bis 17.00 Uhr zu oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Die Beschwerdegegnerin ist verpflichtet, X jedes zweite Wochenende auf 10.00 Uhr an den Wohnort des Vaters zu bringen und um 17.00 Uhr dort wieder abzuholen. An den anderen beiden Wochenenden hat der Beschwerdeführer die Besuche selber zu organisieren, wobei es ihm frei steht, ob er die Besuche am Wohnort von X oder bei sich zu Hause ausüben will. Wie die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid zutreffend erläuterte, werden die Fahrtwege nicht an die Dauer der Besuche angerechnet.

d) Ab wann X beim Vater übernachten kann, hängt grundsätzlich davon ab, wann die Beziehung zwischen Vater und Tochter die notwendige Vertrautheit aufweist und X auch mit dem Wohnort des Beschwerdeführers vertraut ist. Dafür ist insbesondere auch die Gestaltung und Umsetzung des Besuchsrechts massgeblich. Mit der hier festgelegten Regelung wird X durch die Ausübung des Besuchsrechts nunmehr eine Beziehung und Vertrauen zu ihrem Vater aufbauen können und lernt auch dessen Zuhause sowie Umfeld kennen. Es ist davon auszugehen, dass die Vater-Tochter-Bindung bis zum dritten Lebensjahr von X derart gefestigt ist, dass diese jedes zweite Wochenende eine Nacht beim Vater verbringen kann. Übernachtungen sind gerade im Hinblick auf die Festigung der Beziehung zwischen X und ihrem Vater von grosser Bedeutung. Der Beschwerdeführer ist somit berechtigt, X ab deren drittem Lebensjahr jedes zweite Wochenende von Samstag 09.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. Eine solche Regelung entschärft die Problematik des langen Anfahrtswegs, weshalb auch die Transportdienste der Beschwerdegegnerin entfallen. Überdies entspricht ein Besuchsrecht jedes zweite Wochenende mit Übernachtung der Praxis.

Obergericht, 1. Abteilung, 15. März 2017, KES.2017.8

3. **Bemessung des Betreuungsunterhalts** (Art. 285 Abs. 1 und 2 ZGB)

1. Nach Art. 285 Abs. 1 ZGB soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; dabei sind das Vermögen und die Einkünf-

te des Kindes zu berücksichtigen. Der Unterhaltsbeitrag dient auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte[32]. Das Gesetz schreibt keine bestimmte Berechnungsmethode für den Kindesunterhalt oder eine Rangordnung zwischen den verschiedenen Kriterien vor. Die Grundsätze des geltenden Rechts zur Bemessung der Unterhaltsbeiträge bleiben grundsätzlich auch mit der Einführung des Betreuungsunterhalts weiterhin anwendbar. Die Norm belässt den Gerichten den notwendigen Ermessensspielraum[33].

2. Für die Bemessung des Betreuungsunterhalts weist die Botschaft auf die finanzielle Sicherstellung der Präsenz des betreuenden Elternteils hin. Diese Präsenz kann gewährleistet werden, indem die Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils abgedeckt werden. Erzielt dieser Elternteil zufolge seiner vollumfänglichen persönlichen Kinderbetreuung während der Erwerbszeit gar kein Einkommen und verfügt er auch nicht über sonstige Einkünfte, können für den Betreuungsunterhalt seine Lebenshaltungskosten beigezogen werden. Für die Bemessung dieser Kosten ist der jeweilige Einzelfall entscheidend. Als Anhaltspunkt kann dabei vom betreibungsrechtlichen Existenzminimum (Grundbedarf) ausgegangen werden. Für die zu berücksichtigenden Erweiterungen sind die konkreten Verhältnisse im zu beurteilenden Einzelfall massgebend[34]. Dieser Ansatz der Lebenshaltungskosten wird auch von der herrschenden Lehre unterstützt[35].

a) Uneinheitlich wird in der Lehre die Frage beantwortet, ob und gegebenenfalls wie allfälliges Einkommen des betreuenden

---

32 Art. 285 Abs. 2 ZGB

33 Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 S. 575

34 Botschaft, S. 576

35 Jungo/Aebi-Müller/Schweighauser, Der Betreuungsunterhalt, in: FamPra.ch 2017 S. 172; Spycher, Betreuungsunterhalt, in: FamPra.ch 2017 S. 209; Allemann, Betreuungsunterhalt - Grundlagen und Bemessung, in: Jusletter 11. Juli 2016, N 55

Elternteils bei der Berechnung des Betreuungsunterhalts anzurechnen ist. So vertritt ein Teil der Lehre die Auffassung, das Einkommen des betreuenden Elternteils sei wie bereits vor der Revision bei der Methode des familienrechtlichen Grundbedarfs mit Überschussverteilung direkt anzurechnen[36]. Demgegenüber will der andere Teil der Lehre das Einkommen des betreuenden Elternteils nicht miteinbeziehen und nur jene Betreuungskosten berücksichtigen, die im Rahmen der Eigenbetreuungsquote entstehen[37]. Gemäss Botschaft ist bei Erwerbstätigkeit beider Elternteile für die Bemessung des Betreuungsunterhalts grundsätzlich jener Betrag massgebend, welcher dem Elternteil, der das Kind während der Erwerbszeit betreut, zur Deckung seiner Lebenshaltungskosten "unter Berücksichtigung seiner Leistungsfähigkeit" fehlt[38]. Diese Formulierung ist im Sinn der direkten Anrechnung des Einkommens zu verstehen. Erzielt der betreuende Elternteil wegen Kinderbetreuung während Zeiten, in denen er ansonsten einer Berufstätigkeit nachgehen würde, ein geringeres Einkommen als bei voller beruflicher Tätigkeit, so kann dies dazu führen, dass er die eigenen Lebenshaltungskosten auf dem relevanten Niveau nicht vollumfänglich bestreiten kann. Der Betreuungsunterhalt bezieht sich auf die Differenz zwischen "soll" und "ist". Erzielt der betreuende Elternteil hingegen trotz der Einschränkungen ein Einkommen, welches die eigenen Lebenshaltungskosten deckt, ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet[39].

b) Diese Berechnungsmethode berücksichtigt sowohl die Einnahmen als auch die Ausgaben aller Beteiligten. Sie ermittelt zunächst die Einnahmen, stellt sodann den Grundbedarf fest und verteilt nach Abzug einer nachgewiesenen Sparquote schliesslich einen allfälligen Überschuss. Zu den Einnahmen gehören die tatsächlichen oder

---

36 Spycher, S. 212; Allemann, N 57
37 Jungo/Aebi-Müller/Schweighauser, S. 174 ff.; vgl. Spycher, S. 212 f.
38 Botschaft, S. 575
39 Spycher, S. 212

hypothetischen Einkommen der Parteien. Alle Einkommen sind separat denjenigen Familienmitgliedern zuzuweisen, welche sie generieren. Kinderzulagen sind als Kindeseinkommen zu berücksichtigen. Den Einnahmen ist der Grundbedarf von Vater, Mutter und Kindern gegenüberzustellen. Das Existenzminimum der unterhaltspflichtigen Person ist nach wie vor unantastbar. Der Grundbedarf des Kindes, das heisst der Barbedarf, ist neu selbstständig, nach Ausscheidung von jenem des betreuenden Elternteils, zu ermitteln. Bei der Bemessung des Wohnkostenanteils von betreuendem Elternteil und Kindern ist eine Aufteilung nach "grossen und kleinen Köpfen" sachgerecht. Die auf die Steuerfaktoren der Kinder entfallenden Steueranteile sind ihnen zuzuordnen, im Mankofall allerdings bei allen Beteiligten ausser Acht zu lassen. Nur soweit nach der Deckung des Barbedarfs der minderjährigen unterhaltsberechtigten Kinder Einkommen überschüssig bleibt, besteht Raum für allfälligen Betreuungsunterhalt. Der Grundbedarf des betreuenden Elternteils ist im Übrigen wie bisher zu ermitteln. Der Betreuungsunterhalt entspricht quantitativ der Differenz zwischen der Eigenversorgungskapazität des betreuenden Elternteils, also namentlich dessen tatsächlichem oder hypothetischem Erwerbseinkommen, und seinem Grundbedarf[40].

Obergericht, 2. Abteilung, 27. April 2017, ZBR.2016.51

4. **Beistandschaft und Weisungen** (Art. 307 Abs. 3 sowie 308 Abs. 1 und 2 ZGB)

1. a) A, geboren 2011, ist der gemeinsame Sohn von X und Z. A lebt bei seiner Mutter X, welche 2016 Y, den Vater ihrer beiden

---

[40] Allemann, N 55 ff.

Töchter B (geboren 2015) und C (geboren 2016), heiratete. Y ist zudem Vater von drei schulpflichtigen Kindern, die bei ihrer Mutter leben und ihn regelmässig besuchen.

b) Am 6. Dezember 2016 erstattete die Primarschulgemeinde eine Gefährdungsmeldung für A. Aufgrund der eingeschränkten Kommunikation zwischen X und Z sei die Betreuungssituation von A mangelhaft. X und Z hätten zudem empfohlene Unterstützungsmassnahmen durch die Fachstelle "Perspektive Thurgau" und die Opferhilfe nicht in Anspruch genommen. Ferner bestünden Hinweise auf eine unzumutbare Wohn- und Lebenssituation von X und Z, welche die gesunde Entwicklung von A gefährde.

2. a) Richtschnur und zugleich Grenze elterlichen Handelns bildet das Kindeswohl; dabei geht es um die Erfüllung der Grundbedürfnisse des Kindes. Zu den Grundbedürfnissen des Kindes gehören unter anderem das Bedürfnis nach Ernährung und Versorgung, Erhalt der Gesundheit, Sicherheit beziehungsweise Schutz vor Gefahren, Zuwendung und Liebe, stabile Bindung, die auch Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung ermöglicht, sowie Bildung und Vermittlung von Wissen, Regeln und Erfahrungen. Ausgegangen wird auch vom Bedürfnis des Kindes nach einer Beziehung zu den beiden Elternteilen. Je jünger das Kind, desto grösser ist seine Abhängigkeit und sein Bedürfnis nach Schutz. Auch ist die Gefährdung deshalb umso höher, weil ernste Störungen in seiner frühen Entwicklungsphase starke und andauernde psychische Beeinträchtigungen zur Folge haben können[41]. Eine Kindeswohlgefährdung bezeichnet das Risiko der Nichterfüllung von Bedürfnissen. So führen häufige Wechsel der Bezugspersonen, Feindseligkeiten, Ablehnung, Gleichgültigkeit, Desinteresse der Be-

---

[41] Ludewig/Baumer/Salzgeber/Häfeli/Albermann, Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl: Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, in: FamPra.ch 2015 S. 570

zugsperson, Instrumentalisierung für Erwachseneninteressen, Belastung mit Konflikten anderer und unnötige emotionale Konflikte zu einer Gefährdung des Grundbedürfnisses "emotionale Zuwendung in stabilen sozialen Beziehungen"[42]. Eine Gefährdung des Kindeswohls wird angenommen, wenn nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Kindeswohls vorauszusehen ist. Es kann sich dabei um körperliche oder psychische Gefährdung oder um eine Kombination zwischen beiden Arten handeln. Es ist kein Verschulden der Eltern notwendig, und die Gefahr muss nicht direkt von ihnen ausgehen: Es genügt, wenn sie das Kind nicht ausreichend schützen können. Kindesschutzmassnahmen sollen präventiv wirken. Es ist deshalb insbesondere nicht erforderlich, dass sich die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Kindeswohls schon verwirklicht hat. Dadurch soll sichergestellt werden, dass interveniert werden kann, bevor eine Schädigung des Kindes eintritt[43].

b) aa) Liegt eine Kindeswohlgefährdung vor, so stehen der Behörde vier Arten von Massnahmen zur Verfügung: Die Ermahnung und die Erteilung von Weisungen[44], die Errichtung einer Beistandschaft[45] und als schwerwiegendste Massnahme die Beschränkung der elterlichen Sorge beziehungsweise der elterlichen Obhut[46]. Die Massnahme muss geeignet und verhältnismässig sein.

bb) Die Erteilung von Weisungen ist eine niederschwellige Intervention, vor allem in nicht besonders schwerwiegenden Fällen oder in Kombination mit anderen Massnahmen. Mit einer Weisung verlangt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein konkretes

---

42 Ludewig/Baumer/Salzgeber/Häfeli/Albermann, S. 570 f.
43 Cantieni/Blum, Kindesschutzmassnahmen, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Hrsg.: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck), Zürich 2016, N 15.6 ff.
44 Art. 307 Abs. 3 ZGB
45 Art. 308 Abs. 1 ZGB
46 Art. 310 f. ZGB

Tun, Unterlassen oder Dulden. Sie muss deshalb davon ausgehen können, dass die einzelne Adressatin oder der einzelne Adressat die verfügten Vorgaben subjektiv und objektiv zu befolgen in der Lage ist. Thematisch bestehen im Grundsatz keine Einschränkungen. Die Wirksamkeit von Weisungen hängt in der Praxis nicht zuletzt davon ab, wie deren Befolgung überwacht und durchgesetzt wird. Soweit die Behörde die Kontrolle nicht direkt ausüben will, kann sie dafür eine Stelle oder Person bezeichnen oder eine Beistandschaft mit entsprechendem Auftrag errichten. Gesondert zu erwähnen ist die Pflichtmediation. Von den Adressaten wird hier in verbindlicher Form verlangt, mit Unterstützung einer Fachperson eine einvernehmliche Lösung ihres Konflikts anzustreben. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde muss daher in ihrem Entscheid begründet darlegen, welche Ziele mit der Mediation zu verfolgen und welche Themen zu bearbeiten sind[47].

cc) In der mildesten Form der Beistandschaft legt Art. 308 Abs. 1 ZGB als Aufgabe die Unterstützung der Eltern mit Rat und Tat fest. Die Aufgabenstellung der Beiständin oder des Beistands erschöpft sich entgegen dem Wortlaut nicht in der Hilfestellung an die Eltern; die Beiständin oder der Beistand ist auch Stütze und Anlaufstelle für das Kind und gegebenenfalls für weitere in die Erziehung und Betreuung involvierte Personen. Einer Beiständin oder einem Beistand können gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB besondere Befugnisse übertragen werden. Im Gegensatz zum offenen Auftrag nach Art. 308 Abs. 1 ZGB geht es um punktuelle Vertretungstätigkeit und Interessenwahrung in bestimmten Kinderbelangen, die behördlich entsprechend der Gefährdungslage festzulegen sind[48]. Die Beiständin oder der Beistand wird dem Kind ernannt, nicht den Eltern. Die Beiständin oder der Beistand ist damit, soweit Vertretung im Spiel steht, direkt Vertreterin bezie-

---

47 Praxisanleitung Kindesschutzrecht (Hrsg.: KOKES), Zürich/St. Gallen 2017, N 2.26 f., 2.32

48 Praxisanleitung Kindesschutzrecht, N 2.48 ff.

hungsweise Vertreter des Kindes und hat dessen Interessen zu wahren. Trotzdem verbleibt das grundsätzliche Erziehungsprimat bei den Eltern.

3. a) Die Vorinstanz erkannte zu Recht, die massiven Konflikte auf der Erwachsenenebene, insbesondere zwischen den Eltern sowie zwischen dem Vater und dem Stiefvater und in etwas leichterer Form auch zwischen der Mutter und dem Stiefvater, seien für A sehr belastend. Dadurch befinde er sich in einem Loyalitätskonflikt, der psychisch an ihm nage und unweigerlich mit negativen Auswirkungen auf seine Entwicklung verbunden sei. Die Kindeswohlgefährdung ist offensichtlich und ergibt sich deutlich aus den Akten. In der Gefährdungsmeldung der Primarschule wird von grossen Meinungsverschiedenheiten während eines Gesprächs zwischen den Eltern gesprochen, das nicht nur von der Kindergärtnerin, sondern auch vom Schulsozialarbeiter beobachtet wurde. Dieser bot sich als Vermittler an, worauf die Eltern aber nicht zurückgekommen sind. Es werden ferner andere Beobachtungen des Schulsozialarbeiters erwähnt, die auf die schwierige Familiensituation hindeuten, so namentlich, A habe gegenüber der Kindergärtnerin geäussert, er sei schuld, dass sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eingeschaltet habe, und er müsse vielleicht in ein Kinderheim gehen. Auch der polizeiliche Interventionsbericht vom 3. Januar 2016 deutet auf eine konflikthafte familiäre Beziehung hin. Sowohl die Beschwerdeführer X und Y als auch Z geben in den Anhörungsprotokollen zu, das Verhältnis zwischen dem Stiefvater und dem Vater von A sowie zwischen der Beschwerdeführerin und Z sei schwierig. Zudem berichtete der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst aufgrund eines einmaligen Gesprächs vom 13. Juni 2016 von Hinweisen auf ungenügende Absprachen zwischen den geschiedenen Kindeseltern mit daraus entstehenden nachvollziehbaren Auffälligkeiten beim Kind. Der Stiefvater gab an der Anhörung vom 27. Januar 2017 auf die Frage, wie er denke, dass es A in solchen Konfliktsituationen gehe, an, er denke, es gehe ihm nicht gut. Er denke, A sei froh,

dass es ihn, den Stiefvater, gebe. Er wisse so, dass der Vater ihm nichts mehr antun könne. A gehe es allgemein nicht gut, wenn er vom Vater komme. Auch die Beschwerdeführerin gab am 17. Januar 2017 auf die Frage, wie sie denke, dass es A in solchen Konfliktsituationen gehe, an: "Ich denke nicht so gut. Weil er hat beide gern.". Der Schulsozialarbeiter bestätigte gegenüber der Vorinstanz, dass A stark unter dem Konflikt der Eltern beziehungsweise vor allem unter den Streitigkeiten zwischen Vater und Stiefvater leide. A selber gab gegenüber der Vorinstanz an, dass sein Stiefvater und sein Vater viel streiten würden und ihn das sehr traurig mache, vor allem nachts. Er habe dies alsdann immer im Kopf und könne deswegen schlecht schlafen. Auch "böse Träume" habe er deswegen oft. Auch die Beschwerdeführer X und Y hätten manchmal Streit, teilweise sogar sehr heftig. Nach seinen Wünschen gefragt, antwortete A, er wünsche sich, dass die Streitereien aufhörten; er möchte keine "blöden Wörter" mehr hören. "Blöde Wörter" seien beispielweise "Arschloch", "Dubel" oder "Vollpfosten", welche der Beschwerdeführer und sein Vater benützten und er hören müsse. Sie würden sich noch viele andere "blöde Wörter" sagen, aber er könne sich nicht alle merken. Der Beschwerdeführer gibt zu, dass er Z "Erzeuger" oder auch "Gummihals" nenne, und Z würde dies genauso tun; die Beschwerdeführerin sei die "Schlampe" oder die "fette Sau", er das "Arschloch". Die Konflikte zwischen den Erwachsenen sind somit augenscheinlich, und es liegt auf der Hand, dass A darunter leidet, in einem massiven Loyalitätskonflikt steht und damit in seinem Kindeswohl gefährdet ist. Die Beschwerdeführer bestreiten denn auch nicht, dass Kindesschutzmassnahmen angezeigt sind, da sie mit der Weisung der Vorinstanz, eine Abklärung von A beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst zu veranlassen und die entsprechenden Empfehlungen bezüglich Therapien und unterstützenden Massnahmen umzusetzen, einverstanden sind.

b) Soweit die Beschwerdeführer gegen die ihnen von der Vorinstanz erteilte Weisung, eine Familienmediation in Anspruch zu

nehmen, einwenden, auch die "Perspektive Thurgau" könne die Tatsache nicht ändern, dass sich Z und die Beschwerdeführer nicht leiden könnten, verkennen sie den Zweck der Familienmediation. Die Familienmediation soll nicht dazu führen, dass die Beschwerdeführer und Z einander leiden können, sondern dass sie in die Lage versetzt werden, die Auswirkungen ihres Verhaltens auf A zu erkennen, damit sie entsprechende Änderungen des eigenen Verhaltens vornehmen können. Aus den Akten geht klar hervor, dass die Kommunikation zwischen den Beschwerdeführern und Z konfliktbehaftet ist. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, "böse Worte" (Ausdruck von A) gegenüber dem Kindesvater verwendet zu haben. Die Beschwerdeführerin beschreibt das Verhältnis zwischen ihr und Z als "katastrophal". An der Anhörung vom 16. März 2017 äusserte sich der Beschwerdeführer zur beabsichtigten Weisung, gemeinsam eine Familienmediation in Anspruch zu nehmen, dies sei herausgeworfenes Geld. Dies bringe nichts. Z meinte, wenn er angewiesen werde, dann mache er dies, aber er wisse ja nicht, wie dies ablaufe, und was da genau passiere. Er akzeptiere aber den Entscheid. Die Beschwerdeführerin fragte, wer ihr den Lohnausfall zahle, und wer die Beratungen der "Perspektive Thurgau" zahle; man könne sich dies nicht leisten. Es gehe ihr nicht nur ums Finanzielle; sie habe aber die Befürchtung, dass das nichts bringe. Wenn sich Leute nur stur stellten, dann bringe es nichts. Sie kenne das von der Scheidung her. Man habe die verbalen Abwertungen abgestellt, und man brauche es nicht. Z bleibe der Vater von A, und er gehe jedes zweite Wochenende zu ihm, habe eine schöne Zeit und komme dann wieder zurück. Mehr brauche er nicht. Ein Kind werde immer spüren, dass Z und sie, die Beschwerdeführerin, sich nicht verstünden, und das werde sich auch nicht ändern. Man könne da hingehen und gute Miene zum bösen Spiel machen; man bekäme zwar ein Feedback, aber ändern täte das nichts. Die Beschwerdeführer übersehen dabei, dass mit der Familienmediation die Chance besteht, dass sie, der Beschwerdeführer und Z, lernen, respektvoll miteinander umzugehen, was A entlasten und aus seinem Loyalitätskonflikt befreien würde. Ob

die Mediation etwas bringt, hängt von der Motivation der Beteiligten ab; es darf wohl angenommen werden, dass die Beteiligten die nötige Motivation zum Wohl von A aufbringen. Die von der Vorinstanz den Beschwerdeführern und Z erteilte Weisung, eine Familienmediation in Anspruch zu nehmen, dient somit dem Kindeswohl und ist nicht zu beanstanden.

c) aa) Die Vorinstanz errichtete die Beistandschaft für A mit der Begründung, es erscheine aufgrund der fraglichen Kooperationsbereitschaft der Beteiligten und in Anbetracht der weiteren Gefährdungsmomente notwendig, als weitere Kindesschutzmassnahme eine Beistandschaft zu errichten, damit die fachkundige Unterstützung des Familiensystems auch über den Abschluss der Mediation hinaus gewährleistet werde und die Entwicklung von A längerfristig im Auge behalten werden könne. Die neutrale Beistandsperson solle gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB die Kindeseltern in ihrer elterlichen Sorge um A mit Rat und Tat unterstützen. Gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZGB werde die Beiständin damit beauftragt, die Einhaltung der Weisungen zu überwachen und die (Stief-)Eltern bei deren Aufgleisung sowie der Klärung der Finanzierung zu beraten und zu unterstützen. Zudem habe sie die Kommunikation auf der Erwachsenenebene bezüglich aller Belange, die A betreffen, zu fördern und bei Konflikten zu vermitteln. Sodann habe sie die physische und psychische Gesundheit sowie die altersadäquate Entwicklung von A zu überwachen und, sofern notwendig, die Eltern hinsichtlich der Aufgleisung und Finanzierung geeigneter Massnahmen zu beraten und zu unterstützen. Selbstverständlich solle die Beiständin als Ansprechperson für A, die Eltern und den Stiefvater fungieren. Darüber hinaus komme ihr die Funktion der Ansprechperson auch gegenüber der Schule sowie weiteren involvierten Fachpersonen zu, und es sei ebenfalls ihre Aufgabe, an den jeweiligen Standortgesprächen teilzunehmen und nötigenfalls die Koordinationsfunktion zu übernehmen. Aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erweise sich die Anordnung der Beistandschaft in

der genannten Form als geeignet, notwendig und auch zumutbar, um der Gefährdung des Kindeswohls von A angemessen begegnen zu können.

bb) Die Beschwerdeführer gehen offenbar und fälschlicherweise davon aus, die Vorinstanz werfe ihnen eine falsche Erziehung vor. Die Beschwerdeführer bilden mit ihren Kindern eine "Patchworkfamilie" mit sechs Kindern von zwei verschiedenen Müttern und zwei verschiedenen Vätern im Alter von elf Jahren bis zu acht Monaten. Solche familiären Konstellationen stellen regelmässig hohe Anforderungen an die Erziehungsverantwortlichen. A hat denn auch nicht primär Mühe mit der Erziehung, sondern er leidet unter dem Konflikt der Erwachsenen, der ihn in einen massiven Loyalitätskonflikt bringt. Es geht hier somit keineswegs um eine Schuldzuweisung bezüglich der konfliktreichen Situation zwischen den Erwachsenen, sondern darum, dass die Erwachsenen derzeit offensichtlich den Leidensdruck von A nicht erkennen können und (noch) nicht gewillt sind, ihr eigenes Verhalten zu ändern. A braucht deshalb Unterstützung von aussen.

cc) Die Errichtung der Beistandschaft ist zur Überprüfung der Einhaltung der Weisungen gerechtfertigt. Da A zwischen den Erwachsenen hin und her gerissen ist und sich in einem Loyalitätskonflikt befindet, ist es notwendig und sinnvoll, die Beiständin für ihn als Ansprechperson einzusetzen. Nachdem der Schulpsychologe und nun auch ein Psychomotoriktherapeut oder eine Psychomotoriktherapeutin sich mit A beschäftigen und der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst Abklärungen zu treffen hat, ist es angezeigt, dass die Beiständin nötigenfalls die Koordinationsfunktion zwischen Eltern, Stiefvater, Schule und den weiteren involvierten Fachpersonen übernimmt. Die Errichtung der Beistandschaft ist somit ebenfalls zu bestätigen.

Obergericht, 1. Abteilung, 5. Juli 2017, KES.2017.38

5. **Vorsorgeauftrag; Urteilsfähigkeit** (Art. 363 Abs. 1 und 2, 16 ZGB)

1. a) Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass eine Person urteilsunfähig geworden ist und ist ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, so erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt. Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, so prüft sie, ob dieser gültig errichtet worden ist, die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind, die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist, und ob weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind[49]. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen sind der Eintritt der Urteilsunfähigkeit, das Vorliegen einer Sorgebedürftigkeit der Vorsorgeauftraggeberin sowie die inhaltlichen Mindestanforderungen im Vorsorgeauftrag[50]. Für die Feststellung der Urteilsfähigkeit, insbesondere als Voraussetzung für die Wirksamkeit der eigenen Vorsorge, genügt in der Regel ein aussagekräftiges Arztzeugnis; ein Gutachten ist nicht zwingend erforderlich[51]. Der Vorsorgeauftrag kann somit nur wirksam werden, wenn der Auftraggeber die Urteilsfähigkeit bezüglich der in Art. 360 Abs. 1 ZGB erwähnten Bereiche verliert, wobei die Urteilsunfähigkeit von einer gewissen Dauer sein muss[52].

b) Gemäss Art. 16 ZGB ist urteilsfähig, wer in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln. Der Begriff enthält zwei Elemente: Ein intellektuelles Element - die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Auswirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen - und ein Willens- beziehungsweise Charakterelement, nämlich die Fähigkeit,

---

49 Art. 363 Abs. 1 und 2 Ziff. 1 bis 4 ZGB

50 Rumo-Jungo, Basler Kommentar, Art. 363 ZGB N 12

51 § 57 Abs. 2 KESV; Wohlgemuth, in: Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Hrsg.: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck), Zürich 2016, N 4.69

52 Wohlgemuth, N 4.70

gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten. Die Urteilsfähigkeit ist nicht abstrakt, sondern konkret in Bezug auf Schwierigkeit und Tragweite einer bestimmten Handlung zu beurteilen. Die Urteilsfähigkeit ist die Regel und wird aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung vermutet. Keine entsprechende Vermutung besteht, wenn auf eine permanente Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten zu schliessen ist. Liegen Geistesschwäche oder psychische Störungen vor, wird nicht die Urteilsfähigkeit, sondern umgekehrt die Urteilsunfähigkeit vermutet, da die Person ihrer allgemeinen Verfassung nach aufgrund der Lebenserfahrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss. Nicht jede Beeinträchtigung der geistigen Gesundheit rechtfertigt es, die Urteilsunfähigkeit zu vermuten; erforderlich ist ein dauernder und erheblicher Zustand geistigen Abbaus. Bei der Prüfung der Wirksamkeit eines Vorsorgeauftrags gilt nichts anderes: Je nach psychischem Gesundheitszustand des Auftraggebers ist allenfalls die Urteilsunfähigkeit zu vermuten[53].

2. a) Die Vorinstanz nahm an, dass X nach wie vor urteilsfähig sei; dabei stützte sich die Vorinstanz auf die Angaben des Hausarztes. In der Tat ging der Mediziner in seiner Stellungnahme an die Vorinstanz davon aus, dass X in der Lage ist, einen geeigneten Bevollmächtigten zu ernennen. Auch sprach er ihr die Fähigkeit zu, Zusammenhänge zu erfassen und vernunftgemäss zu handeln. Diese Stellungnahme des Hausarztes von X genügt den beweisrechtlichen Anforderungen an die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, zumal auch keine Anhaltspunkte vorliegen, wonach diese Einschätzung unzutreffend wäre. Es ist auch keine permanente Beeinträchtigung der geistigen

---

[53] ZKE 2016 S. 235, Übersetzung des BGE vom 1. Februar 2016, 5A_905/2015, Erw. 3.2.1; Rumo-Jungo, Art. 360 ZGB N 21

Fähigkeiten erkennbar, welche die Urteilsunfähigkeit vermuten liesse; zwar hört und sieht X nicht mehr gut, doch haben diese Beeinträchtigungen keinen Einfluss auf ihre Urteilsfähigkeit. Das fortgeschrittene Alter von 88 Jahren allein spricht ebenfalls nicht für eine Urteilsunfähigkeit. Insofern ist hier die Urteilsfähigkeit zu vermuten; es stellt sich somit die Frage, ob sich das Vermutete aufgrund der konkreten Umstände widerlegen lässt[54].

aa) Gemäss der Vorinstanz erwies sich die Anhörung von X als schwierig. Allerdings besteht Grund zur Annahme, dass diese Schwierigkeiten mindestens teilweise auch mit der Hör- und Sehbehinderung von X zusammenhingen. Bezeichnenderweise vermochte sich X anlässlich der persönlichen Aushändigung des angefochtenen Entscheids noch an den Besuch der Mitglieder der Behörde, der gut drei Wochen früher stattgefunden hatte, zu erinnern. Dabei erklärte sie, sie habe beim ersten Besuch nicht verstanden, wer die Behördenvertreter gewesen seien; sie sei deshalb misstrauisch geworden und habe diese Personen weggeschickt. Damit war X beim zweiten Besuch ohne weiteres in der Lage, die Situation richtig zu erfassen und einzuordnen. Dass sie beim ersten Besuch offenbar nichts mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anzufangen wusste und auch nicht verstand, weshalb sie diese Behörde im Alterszentrum aufsuchte, spricht somit nicht gegen ihre Urteilsfähigkeit. Ihre damaligen Aussagen, wonach sie gestürzt sei und sowieso bald umziehen wolle, sind als nachvollziehbare (wenn auch als hilflose) Versuche zu werten, die ihr unbekannten Personen möglichst rasch wieder los zu werden.

bb) Die Behauptung des Beschwerdeführers, wonach gemäss Auskunft einer Person X bisweilen "verwirrt" sei, spricht nicht gegen ihre Urteilsfähigkeit, zumal die Leiterin des Alterszentrums

---

[54] Kummer, Berner Kommentar, Art. 8 ZGB N 338

bestätigte, dass X genau wisse, was sie wolle. Festzustellen ist auch, dass das Alterszentrum mit Blick auf X zu keinem Zeitpunkt eine Gefährdungsmeldung machte. Vielmehr war es der Beschwerdeführer, der die Urteilsfähigkeit von X gegenüber der Vorinstanz in Frage stellte und damit den Stein ins Rollen brachte. Dieser Meldung waren Bestrebungen von X, ihr ehemaliges Haus zu veräussern, vorausgegangen. So sind den Akten Dokumente zu entnehmen, wonach X die Liegenschaft dem Beschwerdeführer für Fr. 1,2 Mio. veräussern wollte und ihren Neffen mit dem Vollzug dieses Rechtsgeschäfts beauftragte. Trotzdem wurde ein Kaufvertrag mit jemand anderem abgeschlossen, welcher das Haus für Fr. 1,45 Mio. erwarb. Aufgrund der zur Verfügung stehenden Akten kann über den Grund, weshalb X ihre ursprüngliche Absicht, das Haus dem Beschwerdeführer zu verkaufen, nicht in die Tat umsetzte, nur gemutmasst werden. Es ist aber nicht aussergewöhnlich und auch legitim, dass sich Hausverkäufer mit Blick auf die Käuferschaft plötzlich umbesinnen, wenn sie dadurch einen höheren Preis erzielen können. Es kommt hier hinzu, dass der Zuschlag nicht an eine wildfremde Person, sondern an die ehemalige Nachbarin von X ging. Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass sich X nicht nur aus finanziellen, sondern auch aus emotionalen Gründen anders besann. So oder anders zeugt das Verhalten von X nicht von einer eingeschränkten Urteilsfähigkeit, zumal der Hausarzt ihr im Zusammenhang mit dem Verkauf ihres Hauses Urteilsfähigkeit bescheinigte.

cc) Die Behauptung, wonach X an sie gerichtete Schreiben mit der Begründung nicht entgegennehme, "sie hat damit nichts zu tun, oder diese Briefe sind nicht für sie", ist mit Blick auf die Akten in einem Fall erstellt; so gab X "das Dokument" im Zusammenhang mit dem Verkauf der Liegenschaft beim Sekretariat des Alterszentrums ab, weil "es nichts mit mir zu tun hat". Allerdings ist nicht anzunehmen, dass X dieses Verhalten regelmässig an den Tag legt, ansonsten die Leitung des Alterszentrums wohl von sich aus den

Kontakt zur Vorinstanz gesucht hätte; dies ist hier aber gerade nicht geschehen. Zwar bestätigte auch der Hausarzt, dass X nicht mehr in der Lage sei, ihre administrativen Angelegenheiten selbst zu besorgen, doch ist dies nicht der springende Punkt. Entscheidend ist vielmehr, dass der Hausarzt gegenüber der Vorinstanz klarstellte, dass X durchaus fähig sei, Zusammenhänge zu erfassen und vernunftgemäss zu handeln. Sie sei auch in der Lage, einen geeigneten Bevollmächtigten zur Erledigung ihrer persönlichen, finanziellen und administrativen Angelegenheiten zu benennen. Damit erklärte der Mediziner X für urteilsfähig.

dd) Der Umstand, dass X (neu) ihren Neffen als Vorsorgebeauftragten einsetzte, spricht auch nicht gegen ihre Urteilsfähigkeit, selbst wenn dem Beschwerdeführer Erbenstellung zukommen sollte. So kommt es beispielsweise immer wieder vor, dass betagte Eltern ihre erwachsenen Kinder mit der Erledigung ihrer finanziellen Angelegenheiten beauftragen und hierfür die Nachkommen mit den entsprechenden Vollmachten ausstatten[55]. Dass X zudem bereits zu Lebzeiten ihre Neffen und Nichten finanziell unterstützt, ist aufgrund der günstigen finanziellen Verhältnisse[56] ebenfalls nichts Aussergewöhnliches.

b) Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz X als urteilsfähig einstufte. Die Vorinstanz stellt auch zu Recht fest, dass eine Voraussetzung für die Wirksamkeit des öffentlich beurkundeten Vorsorgeauftrags nicht gegeben ist.

Obergericht, 1. Abteilung, 16. August 2017, KES.2017.50

---

[55] Zu ergänzen ist, dass der Neffe beabsichtigt, die Verwaltung des Vermögens seiner Tante auf eine ihr bekannte Treuhänderin zu übertragen.

[56] Allein aus dem Verkauf der Liegenschaft wurden X über Fr. 1.0 Mio. gutgeschrieben.

6. Entschädigung des Beistands nach Aufwand (Art. 404 ZGB; § 88 KESV)

1. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verpflichtete den Verbeiständeten, seinen Beistand für eine knapp einjährige Rechnungs- und Berichtsperiode mit Fr. 8'520.00 zu entschädigen. Die Entschädigung umfasste eine Pauschale von Fr. 1'700.00, Pauschalspesen von Fr. 200.00 und Mehraufwand von Fr. 6'620.00; der Mehraufwand bestand aus zusätzlichem Aufwand des Beistands von 91 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 70.00 und Spesen von Fr. 250.00. Der Verbeiständete erhob Beschwerde, weil er mit dem Mehraufwand nicht einverstanden war.

2. a) Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZGB hat der Beistand Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person. Bei einem Berufsbeistand fallen die Entschädigungen und der Spesenersatz an den Arbeitgeber. Die Erwachsenenschutzbehörde legt die Höhe der Entschädigung fest, wobei sie insbesondere den Umfang und die Komplexität der dem Beistand übertragenen Aufgaben berücksichtigt[57]. Die Kantone erlassen Ausführungsbestimmungen und regeln die Entschädigung und den Spesenersatz, wenn diese nicht aus dem Vermögen der betroffenen Person bezahlt werden können[58].

b) Das Obergericht erliess in der Verordnung zum Kindes- und Erwachsenenschutz[59] Ausführungsbestimmungen über die Entschädigung des Beistands. Nach § 88 Abs. 1 KESV ist die Entschädigung der Beiständin oder des Beistands entweder nach dem notwendi-

---

[57] Art. 404 Abs. 2 ZGB
[58] Art. 404 Abs. 3 ZGB
[59] Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, KESV, RB 211.24

gen zeitlichen Aufwand oder nach einem entsprechend der Schwierigkeit des Mandats zu bestimmenden Pauschalbetrag zu bemessen. Gemäss § 88 Abs. 2 KESV beträgt der Stundenansatz je nach Anforderung Fr. 50.00 bis Fr. 70.00, wobei dieser Ansatz bei besonders schwierigen und komplexen Fällen ausnahmsweise bis höchstens auf das Doppelte erhöht werden kann. Der Pauschalbetrag für eine zweijährige Rechnungs- oder Berichtsperiode beträgt in der Regel Fr. 1'000.00 bis Fr. 10'000.00[60]. Spesen und Auslagen, wie insbesondere Fahrspesen für Besuche bei der betroffenen Person im Rahmen der persönlichen Fürsorge, sind zusätzlich zu ersetzen; die entsprechenden Kosten sind soweit möglich zu belegen. Bei geringem Spesenaufwand können pauschale Spesen von Fr. 100.00 bis Fr. 400.00 pro Jahr zugesprochen werden[61].

3. a) Die Vorinstanz sprach dem Beistand, entsprechend seinem Antrag, einerseits eine Pauschalentschädigung von Fr. 1'700.00 zu. Andererseits habe der Beistand für Tätigkeiten bezüglich der Liegenschaften, für die Schuldensanierung, die Klärung finanzieller Angelegenheiten mit Angehörigen des Verbeiständeten sowie die Rechenschaftsablage für den früheren Beistand einen Mehraufwand von 91 Stunden gehabt, welcher mit Fr. 70.00 pro Stunde zu entschädigen sei.

b) Soweit der Beschwerdeführer den Stundenansatz mit Hinweis auf den gemäss Eingangsinventar bestehenden passiven Überschuss anficht, ist festzuhalten, dass nicht die finanzielle Situation des Verbeiständeten für die Bestimmung des Stundenansatzes massgeblich ist, sondern der Schwierigkeitsgrad der Vermögensverwaltung. Nachdem der Beistand verschiedene Liegenschaften zu betreuen hatte,

---

[60] § 88 Abs. 3 KESV
[61] § 88 Abs. 5 KESV

bis hin zur Führung eines Prozesses mit einem Mieter, erscheint der Stundenansatz von Fr. 70.00 ohne weiteres als angemessen.

c) Wird die Entschädigung eines Beistands allerdings nach Aufwand bemessen, so muss dieser vom Verbeiständeten überprüft und nachvollzogen werden können. Die Vorinstanz stellte diesbezüglich lediglich auf den Antrag und die Erklärung des Beistands ab, wonach er einen zeitlichen Mehraufwand von 91 Stunden geleistet habe. In den Akten befindet sich keine Auflistung des Stundenaufwands, obwohl eine solche existieren müsste, wenn dieser Aufwand vom Beistand exakt mit 91 Stunden ermittelt werden konnte. Die allgemein gehaltene Erklärung des Beistands über die als Mehraufwand geleisteten Tätigkeiten lässt sodann keinen klaren Schluss auf den dafür erforderlichen Aufwand zu. Der Beschwerdeführer rügt damit zu Recht, er habe den geleisteten Aufwand nicht überprüfen können.

4. Es liegt nicht an der Beschwerdeinstanz, entsprechende Auskünfte beim Beistand einzuholen; vielmehr ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, welche eine entsprechende Zusammenstellung einzufordern und zu überprüfen haben wird. Diese Abrechnung wird alsdann vorgängig dem Beschwerdeführer zur Stellungnahme zu unterbreiten sein. Damit kann offen bleiben, ob nicht auch auf eine Entschädigung nach Ermessen im Sinn einer Pauschale hätte erkannt werden können. Nachdem auch die Rechnungsbelege dem Berufsbeistand bereits zurückgegeben wurden, fehlen dem Obergericht generell die erforderlichen Kenntnisse, um die ausgesprochene Entschädigung zu korrigieren oder zu bestätigen, weshalb sich die Rückweisung der Streitsache aufdrängt.

Obergericht, 1. Abteilung, 16. November 2017, KES.2017.68

7. **Entschädigung des Beistands: Mischrechnung von Pauschale und Aufwand zulässig** (Art. 404 Abs. 1 ZGB; § 88 Abs. 1 - 6 KESV)

1. Für X besteht eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Art. 394 i.V.m. 395 ZGB. Die Beschwerdeführerin amtete als private Mandatsträgerin. Auf Antrag von X setzte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde neu einen Berufsbeistand ein und ersuchte die Beschwerdeführerin, den Schlussbericht und die Schlussrechnung einzureichen. Mit Schlussrechnung verlangte die Beschwerdeführerin eine Entschädigung von insgesamt Fr. 4'018.00, bestehend aus der auf 18 Monate umgerechneten Pauschale von Fr. 2'550.00, der ebenfalls auf 18 Monate umgerechneten Spesenpauschale von Fr. 300.00 und dem Mehraufwand von Fr. 1'168.00, den sie mit zusätzlichem Aufwand im Zusammenhang mit einer Erbschaft von X begründete. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sprach der Beschwerdeführerin eine Entschädigung von Fr. 3'100.00 (abzüglich allfälliger Sozialversicherungsbeiträge) sowie Spesen von Fr. 477.60 zu.

2. a) Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZGB hat der Beistand oder die Beiständin Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person. Bei einem Berufsbeistand fallen die Entschädigung und der Spesenersatz an den Arbeitgeber. Die Erwachsenenschutzbehörde legt die Höhe der Entschädigung fest. Sie berücksichtigt dabei insbesondere den Umfang und die Komplexität der dem Beistand oder der Beiständin übertragenen Aufgaben[62]. Die Kantone erlassen Ausführungsbestimmungen und regeln die Entschädigung und den Spesenersatz, wenn diese nicht aus dem Vermögen der betroffenen Person bezahlt

---

[62] Art. 404 Abs. 2 ZGB

werden können[63]. Die Kantone haben bezüglich ihrer Ausführungsbestimmungen über die Höhe der Entschädigungen ein weites Ermessen. Sie können aufgrund des zeitlichen Aufwands nach Stundenansätzen entschädigen oder Pauschalen festlegen. Dabei liegt grosses Gewicht auf der persönlichen Betreuung; durch stark unterschiedliche Ansätze darf diese Aufgabe nicht abgewertet werden. Für die Vermögensverwaltung können Pauschalgebühren vorgesehen werden, die auf das Bruttovermögen oder auf den Vermögensertrag abstellen. Die Kantone dürfen mithin zwischen hilfsbedürftigen Personen mit viel und wenig Vermögen differenzieren[64].

b) Das Obergericht erliess in der Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung[65] Ausführungsbestimmungen über die Entschädigung der Beistandsperson. Nach § 88 Abs. 1 KESV ist die Entschädigung der Beiständin oder des Beistands entweder nach dem notwendigen zeitlichen Aufwand oder nach einem entsprechend der Schwierigkeit des Mandats zu bestimmenden Pauschalbetrag zu bemessen. Der Stundenansatz beträgt je nach Anforderung Fr. 50.00 bis Fr. 70.00, wobei dieser Ansatz bei besonders schwierigen und komplexen Fällen ausnahmsweise bis höchstens auf das Doppelte erhöht werden kann[66]. Der Pauschalbetrag für eine zweijährige Rechnungs- oder Berichtsperiode beträgt in der Regel Fr. 1'000.00 bis Fr. 10'000.00[67]. Spesen und Auslagen, wie insbesondere Fahrspesen für Besuche bei der betroffenen Person im Rahmen der persönlichen Fürsorge, sind zusätzlich zu ersetzen; die entsprechenden Kosten sind soweit möglich zu belegen. Bei geringem Spesenaufwand können pauschale Spesen von Fr. 100.00 bis Fr. 400.00 pro Jahr zugesprochen

---

63 Art. 404 Abs. 3 ZGB
64 Reusser, Basler Kommentar, Art. 404 ZGB N 44 f.
65 KESV, RB 211.24
66 § 88 Abs. 2 KESV
67 § 88 Abs. 3 KESV

werden[68]. Wird die Tätigkeit als Beiständin oder Beistand in Erfüllung einer sittlichen Pflicht geleistet, kann die Entschädigung auf Spesen und Auslagen beschränkt werden[69].

c) Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vereinbarte mit den beteiligten Berufsbeistandschaften "Richtlinien für die Entschädigung und den Spesenersatz der Beiständinnen und Beistände des Bezirks", welche pro Jahr einen Regelsatz von Fr. 1'700.00 für eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung vorsehen. Diese Richtlinien sind zwar nicht rechtsverbindlich, vermögen aber in der Praxis zugunsten einer rechtsgleichen Behandlung gute Dienste zu leisten; insofern ist nicht zu beanstanden, dass sich die Vorinstanz an diese Richtlinien hält. Das gilt jedenfalls solange, bis das Obergericht, welches für den Erlass entsprechender Ausführungsbestimmungen zuständig ist[70], eigene Richtlinien herausgibt[71].

3. Die Vorinstanz verfügte gestützt auf diese Richtlinien sowohl eine Pauschalentschädigung wie auch eine (Zusatz-)Aufwandentschädigung, obwohl § 88 Abs. 1 KESV entweder eine Entschädigung nach Aufwand oder eine Pauschalentschädigung, aber keine Mischrechnung vorsieht. Aus praktischen Gründen kann es jedoch sinnvoll sein, für die ordentlichen Leistungen eines Beistands auf die Pauschale abzustellen und zusätzliche Aufgaben nach Aufwand mit einem Stundenansatz zu entschädigen. Dies rechtfertigt sich insbesondere, wenn der zusätzliche, über die ordentlichen Aufgaben hinausgehende Aufwand - wie hier - nicht regelmässig anfällt, weil die Pauschalentschädi-

---

68 § 88 Abs. 5 KESV

69 § 88 Abs. 6 KESV

70 § 11c Abs. 2 EG ZGB (Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, RB 210.1)

71 Anlässlich der letzten Revision der KESV sprachen sich der Verband der Thurgauer Gemeinden und verschiedene Gemeinden für den Erlass einheitlicher Richtlinien für den ganzen Kanton aus.

gung jährliche Schwankungen ausgleicht und bei umfangreichen Beistandschaften eine höhere Pauschale anzusetzen wäre. Indem die üblichen Aufwendungen mit einer Pauschale und die notwendigen ausserordentlichen Leistungen nach Aufwand entschädigt werden, können allfällige zusätzliche Aufgaben des Beistands im Einzelfall angemessen entschädigt werden. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Entschädigung der Beschwerdeführerin mittels einer Mischrechnung festsetzte. Die Festsetzung der Entschädigung des Beistands liegt im Übrigen im Ermessen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde[72].

Obergericht, 1. Abteilung, 15. März 2017, KES.2017.17

8. Rechnungslegung von Angehörigen als Privatbeistände (Art. 420, 410 Abs. 1, 411 Abs. 1 ZGB; § 85 Abs. 2 KESV)

1. Die Beschwerdeführer sind die Eltern von X. Dieser leidet an einer angeborenen hirnorganischen Schädigung mit latenter Epilepsie. Seit 1991 besteht für ihn eine Vormundschaft; als Vormund amtete sein Vater. Dieser erstattete der Vormundschaftsbehörde in der Folge regelmässig alle zwei Jahre Bericht. 2013 verfügte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die umfassende Beistandschaft für X werde weitergeführt. Die Mutter wurde als zusätzliche Beiständin ernannt. Die Behörde bestätigte jährlich die vereinfachte Rechnungslegung der Beschwerdeführer. In der Folge beantragten die Beistände, die Berichtsabgabe sei auf einen Zweijahresturnus auszudehnen, was die Behörde abwies.

---

[72] Vgl. Art. 404 Abs. 1 ZGB, wo von angemessener Entschädigung die Rede ist.

2. a) Der Beistand oder die Beiständin führt Rechnung und legt sie der Erwachsenenschutzbehörde in den von ihr angesetzten Zeitabständen, mindestens aber alle zwei Jahre, zur Genehmigung vor[73]. Zudem erstattet der Beistand oder die Beiständin der Erwachsenenschutzbehörde so oft wie nötig, mindestens aber alle zwei Jahre, einen Bericht über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft[74].

b) Werden der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner, die Eltern, ein Nachkomme, ein Geschwister, die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner der betroffenen Person als Beistand oder Beiständin eingesetzt, so kann die Erwachsenenschutzbehörde sie gestützt auf Art. 420 ZGB von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung einzuholen, ganz oder teilweise entbinden, wenn die Umstände es rechtfertigen.

c) Sowohl aus dem Wortlaut als auch aus dem Zweck von Art. 420 ZGB geht klar hervor, dass die nahen Angehörigen nicht von Gesetzes wegen von diesen Pflichten befreit sind. Vielmehr liegt es im pflichtgemässen Ermessen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, eine allfällige Entbindung zu prüfen und anzuordnen[75]. Dabei sind die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls zu berücksichtigen, wie fachliche und persönliche Eignung des Beistands, belastete oder unbelastete Beziehung zur betreuten Person und deren Umfeld, Gewähr der sorgfältigen und im Interesse der betreuten Person liegenden Mandatsführung (beispielsweise die Geltendmachung aller verfügbaren sozial-

---

[73] Art. 410 Abs. 1 ZGB
[74] Art. 411 Abs. 1 ZGB
[75] Vogel, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg.: Breitschmid/Jungo), 3.A., Art. 420 ZGB N 5; Schmid, Basler Kommentar, Art. 420 ZGB N 5

versicherungsrechtlichen Ansprüche der betroffenen Person) trotz fehlender Rechnungspflicht[76]. In Anbetracht der Risiken beim Wegfall jeglicher behördlicher Kontrolle wird in der bisherigen Lehre ausnahmslos eine restriktive Anwendung dieser Bestimmung vertreten[77].

d) Die Entbindung von den administrativen Kontrollpflichten bedeutet keine Entbindung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde von der generellen Aufsichtspflicht. Sowohl die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit als auch die direkte Staatshaftung[78] finden nach wie vor Anwendung[79]; mithin hat der Kanton auch in solchen Fällen für allfällige Schäden, die von einem Beistand verursacht wurden, finanziell aufzukommen.

3. a) Die Konferenz für Kindes und Erwachsenenschutz (KOKES) gab in Zusammenarbeit mit insieme, Pro Infirmis, Procap und Alzheimer Schweiz ein Merkblatt "Angehörige als Beistand – Kriterien zur Umsetzung von Art. 420 ZGB" heraus[80]. Sie wies einleitend auf das Spannungsfeld zwischen den Interessen der verbeiständeten Person auf optimalen Schutz und den Interessen der Angehörigen auf administrative Erleichterung hin. Laut den Empfehlungen der KOKES habe die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Einzelfall zu prüfen (behördliches Ermessen), ob und inwiefern Angehörige von den Pflichten gegenüber der Behörde entbunden werden können. Es bestehe eine Prüfungspflicht. Mit anderen Worten sind generelle Entbindungen oder generelle Nichtentbindungen ohne Prüfung des Einzelfalls nicht rechtmässig. Entbunden werden könne von bestimm-

---

76 Vogel, Art. 420 ZGB N 5; Häfeli, Private Mandatsträger und Angehörige als Beistand, in: ZKE 2015 S. 208 f.; Schmid, Art. 420 ZGB N 5; vgl. Fassbind, Erwachsenenschutz, Zürich 2012, S. 297

77 Häfeli, S. 208 f.; Schmid, Art. 420 ZGB N 6

78 Art. 454 f. ZGB

79 Vogel, Art. 420 ZGB N 6; Schmid, Art. 420 ZGB N 7; Fassbind, S. 297

80 Vgl. www.kokes.ch; Dokumentation; Empfehlungen

ten Pflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde respektive deren Beaufsichtigung. Eine Entbindung entlasse die Behörde jedoch nicht aus ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht gegenüber dem Beistand und den Staat nicht aus der Haftung. Ebenso wenig sei der Beistand von seinen Vertretungs-, Verwaltungs- und Sorgfaltspflichten entlastet. Für Angehörige seien, sofern sie das wünschten und einfache Verhältnisse vorlägen, im Regelfall Erleichterungen vorzusehen. Ausschlaggebend bei der Frage, ob und von welchen Pflichten entbunden respektive in welchen Bereichen Erleichterung gewährt werden könne, sei das Interesse der verbeiständeten Person. Der periodische Bericht beziehe sich auf die im Einzelfall übertragenen Aufgabenbereiche und äussere sich zur Situation der betroffenen Person sowie zu allfälligen Veränderungen. Umstände, die eine Änderung der Massnahme erforderten, seien der Behörde auch ausserhalb einer Berichtspflicht und Berichtsperiode mitzuteilen. Die Behörde ermögliche den Angehörigen, sofern sie dies wünschten, eine reduzierte Berichtsablage. Mit Hilfe eines einfachen Rasters sollte festgehalten werden, wie es der betreuten Person gehe, und was sich seit der Errichtung der Massnahme verändert habe. In der Regel erfolge die reduzierte Berichtsablage alle zwei Jahre. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde könne - je nach Konstellation und sofern die Angehörigen das wollten oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde es als angezeigt erachte - auch eine jährliche Berichtsablage ermöglichen oder einen längeren Zeitraum vorsehen. Zudem könne die Behörde bei einfachen und übersichtlichen finanziellen Verhältnissen die Rechnungsablage erleichtern und eine reduzierte Rechnungsablage vorsehen.

b) aa) Rechnungsführung und -ablage sind neben der Berichterstattung über die persönlichen Verhältnisse die wesentlichen Instrumente der Aufsicht über die Mandatsführung, ja geradezu das Rückgrat behördlicher Aufsicht über die Führung einer Beistandschaft mit Vermögensverwaltung. Es handelt sich um ein wichtiges Instrument des Qualitätsmanagements zur Führung einer Beistandschaft: Die

Rechnungsführung dient der Qualitätsplanung und -lenkung, der Kontrolle der Qualitätssicherung und -förderung; sie ist ausserdem unentbehrlich für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsklagen durch die betreute Person selber oder durch deren Erben[81].

bb) Einfache und überschaubare Einkommens- und Vermögensverhältnisse, bei denen die Einnahmen gerade die Lebenshaltungskosten decken und kaum Vermögensreserven bestehen, rechtfertigen es, Angehörige als Beistand von der Rechnungsablage zu dispensieren und von ihnen lediglich einen jährlichen Kontoauszug und die aktuelle Steuererklärung zu verlangen. Wichtig ist, zu prüfen, ob Ansprüche an Sozialversicherungsleistungen, namentlich Ergänzungsleistungen und Rückerstattungen von Arztrechnungen sowie Beiträge an Pflegekosten geltend gemacht wurden. Nützlicher als der Dispens von der Rechnungsführung und -ablage ist die Unterstützung der Angehörigen, die als Beistände tätig sind. Gleiches gilt für die Berichterstattung[82].

cc) In der Auslegung und Anwendung von Art. 420 ZGB manifestiert sich das grundlegende Dilemma jeder Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde: Sie ist in der öffentlichen Wahrnehmung und in der Wahrnehmung von Personen aus dem sozialen Umfeld von Personen, die Schutz brauchen, entweder zu früh und "überschiessend" oder zu spät und zu wenig "zupackend". Die gesetzliche Regelung in Art. 420 ZGB beruht auf jahrzehntelangen Erfahrungen mit dem alten System, unter dem zwar Tausende von Eltern und andere Familienangehörige ihre erwachsenen, nicht selbstständigen Kinder oder Geschwister gut und unter Hintenanstellung eigener Interessen und oft über ihre Kräfte hinausgehend bis zu ihrem Lebensende be-

---

81 Häfeli, S. 210
82 Häfeli, S. 211

treut haben, aber unter dem auch nachweislich in nicht wenigen Fällen die Interessen der betreuten Person aus Überforderung oder aus eigenen Interessen vernachlässigt und verletzt wurden. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, die zudem nicht mehr wie früher auf Gemeindeebene angesiedelt und damit schon deshalb eher als anonyme Machtträger wahrgenommen werden, haben nun die ausserordentlich schwierige Aufgabe, in Ausübung von pflichtgemässem Ermessen eine Balance zu finden zwischen notwendiger Überwachung der Mandatsführung durch Angehörige und dem Zugeständnis von gesetzlich möglichen Freiräumen in der Betreuung[83]. Häfeli empfiehlt unter anderem, eine einzelfallbezogene Ermessensausübung bei grundsätzlich zurückhaltender Befreiung von Pflichten nach Art. 420 ZGB zu praktizieren und mindestens innerhalb desselben Kantons soweit möglich einheitliche "Policy" zu verfolgen[84].

4. a) Die Vorinstanz wies den Antrag, die Berichtsablage auf zwei Jahre auszudehnen, mit der Begründung ab, sie hole wie die anderen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Kanton Thurgau von sämtlichen privaten Mandatsträgern jährlich den Bericht und die Rechnung ein, damit ein regelmässiger Kontakt zu ihnen sichergestellt sei und im Fall eines Handlungsbedarfs sofort eingeschritten werden könne. Dies sei gerechtfertigt, da verschiedene Handlungen der Mandatsträger an Fristen gebunden seien, wie zum Beispiel bei Erbschaftssachen und bei der Geltendmachung von Sozialversicherungsleistungen[85]. Angesichts der vereinfachten Rechnungsführung und im Sinn der Rechtsgleichheit erscheine es grundsätzlich zumutbar, den Bericht mit Rechnung jährlich einzureichen.

---

83 Häfeli, S. 212

84 Häfeli, S. 214

85 So hat etwa bei den Ergänzungsleistungen die Vergütung von Krankheits- und Behindertenkosten innert 15 Monaten seit der Rechnungsstellung zu erfolgen.

b) Wie häufig und in welcher Form die privaten Beistände, namentlich die Beistände aus der Familie, Bericht erstatten müssen, liegt grundsätzlich im Ermessen der Behörde. Eine Erleichterung für die Angehörigen als Beistände besteht nicht nur darin, die Berichtsperiode zu verlängern, sondern auch in der Art und Weise, wie die Rechnung und der Bericht vorzulegen ist. So sieht § 85 Abs. 2 KESV vor, dass, soweit nicht eine Berufsbeistandschaft eingesetzt wird, die Behörde entscheidet, ob die Rechnung in der Form der doppelten Buchhaltung oder als einfache Kassenrechnung zu führen ist. Bei privaten Mandatsträgern kann die Behörde somit auf die Einforderung einer doppelten Buchhaltung verzichten und eine einfache Kassenrechnung als genügend bezeichnen. Bei ihrem Entscheid, in welchem Umfang die Mandatsträger von der Rechnungs- und Beistandspflicht befreit werden, haben die Behörden die Verhältnisse im Einzelfall zu berücksichtigen, was allerdings nicht ausschliesst, in der Praxis zur Vereinfachung ähnliche Fälle gleich zu behandeln.

c) aa) Die Vorinstanz ging nicht auf die konkreten Umstände der Beschwerdeführer und ihres verbeiständeten Sohns ein, sondern begründete das Festhalten an der einjährigen Periode mit der Gleichbehandlung aller privaten Mandatsträger und der behördlichen Aufsichtspflicht. Die Vorinstanz hat auf jeden Fall den Umstand zu beachten, ob der private Beistand Mitglied der Familie ist. Eine generelle Gleichbehandlung von allen privaten Mandatsträgern und von Angehörigen als Beiständen widerspricht Art. 420 ZGB, der nur für die Angehörigen gilt.

bb) Zu berücksichtigen sind ferner die finanziellen Verhältnisse der verbeiständeten Person. Es spielt eine Rolle, ob ein grosses Vermögen zu verwalten ist, beispielsweise aus Versicherungsansprüchen nach einem Unfall, der die Urteilsunfähigkeit des Betroffenen zur Folge hatte, oder ob die betroffene Person seit Jahren lediglich Renten der Invalidenversicherung und allenfalls Ergänzungsleistungen bezieht und über kein Vermögen verfügt. Weiter ist - insbesondere in

Bezug auf die Berichterstattung - von Bedeutung, ob die betroffene Person zu Hause bei den Eltern lebt oder in einer Behinderteninstitution betreut wird. Der Fall, wo Eltern über Jahre hinweg die finanziellen Angelegenheiten ihrer behinderten Kinder erledigten und in all diesen Jahren die Krankenkassenkosten korrekt zurückforderten, seit Jahren die Steuererklärungen korrekt ausfüllten und auch gegenüber den Sozialversicherungen die Ansprüche für ihre behinderten Kinder geltend machten sowie bei den Ergänzungsleistungen die notwendigen Angaben machten und dabei zeigten, dass sie damit nicht überfordert sind, ist nicht mit jenen Fällen vergleichbar, wo die Rechnungsführung ab und zu beanstandet werden muss.

cc) Zu bedenken ist ferner, ob die Situation sowohl in gesundheitlicher Hinsicht - bezüglich der verbeiständeten Person und bezüglich der Beistände - als auch in finanzieller Hinsicht stabil ist.

5. a) Die Beschwerdeführer haben nur eine vereinfachte Rechnung einzureichen, das heisst, sie müssen keine Buchhaltung führen, sondern lediglich die Belege einreichen, welche die Behörde im Entscheid aufführte. Somit gewährte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde den Beschwerdeführern bereits eine Erleichterung der Rechnungs- und Berichtsabgabe im Sinn von Art. 420 ZGB bezüglich des Umfangs der Rechnungslegung. Vereinfachungen sind allenfalls in Zukunft für die Berichterstattung über die persönlichen Verhältnisse zu prüfen. Der Verbeiständete wohnt in einer Aussenstelle einer Institution, und seine Gesundheit scheint stabil zu sein. Diesbezüglich stellte die Vorinstanz allerdings keine Vorschriften auf. Weiter wäre zu prüfen, ob allenfalls die Einreichung eines Berichts der Institution genügen würde, sofern die Institution ihrerseits periodisch über ihre Betreuung berichtet.

b) aa) Was die Erleichterung in Form einer Verlängerung der Berichtsperiode betrifft, sind insbesondere die Interessen der Beistände und diejenigen der Behörde gegenüberzustellen, und es ist

der Ermessensspielraum der Behörde zu beachten. Die Vorinstanz berücksichtigte hier die konkreten Verhältnisse nicht; sie unterschritt damit das ihr durch Art. 420 ZGB gewährte Ermessen.

bb) Ihr Entscheid ist allerdings auch unter Würdigung der konkreten Verhältnisse nicht zu korrigieren. Die Beistände müssen ohnehin jährlich die Steuererklärungen für ihren Sohn ausfüllen und die Krankheitskosten periodisch von der Krankenkasse rückfordern. Der zusätzliche Aufwand, um die entsprechenden Belege jährlich der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einzureichen, dürfte daher nicht sehr hoch sein. Was die Berichterstattung betrifft, so dürfen die Beistände bei unveränderten Verhältnissen auch auf den vorangegangenen Bericht Bezug nehmen. Berücksichtigt man demgegenüber die Verantwortung der Vorinstanz und beispielsweise die Tatsache, dass vergessen gegangene Rückforderungsansprüche nicht unbeschränkt geltend gemacht werden können, so ist der Entscheid der Vorinstanz, an der jährlichen Berichterstattung festzuhalten, nicht zu beanstanden.

Obergericht, 1. Abteilung, 14. April 2018, KES.2017.26

9. Kostenvorschuss für die Erstellung eines Gutachtens (Art. 98, 102 ZPO)

1. a) Der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin sind die Eltern einer fünfjährigen Tochter. Der Beschwerdeführer klagte beim Bezirksgericht gegen die Beschwerdegegnerin auf Unterhaltszahlungen für die Tochter und stellte gleichzeitig ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

b) In der Folge setzte die Verfahrensleitung des Bezirksgerichts dem Beschwerdeführer eine Frist an, um für die Kosten der

bevorstehenden Begutachtung der Tochter einen Vorschuss von Fr. 10'000.00 zu bezahlen.

2. a) Der Richter kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen[86]. Die Einforderung des Gerichtskostenvorschusses erfolgt stets von Amtes wegen. Die beklagte Partei hat weder ein Antragsrecht noch ist sie legitimiert, gegen den Verzicht auf einen Vorschuss Beschwerde zu führen. Ihr rechtlich geschütztes Interesse beschränkt sich auf die Frage der Sicherheitsleistung im Sinn von Art. 99 ZPO. Die Leistung des Vorschusses spätestens innert einer Nachfrist ist Prozessvoraussetzung. Nichtleistung oder unvollständige Bezahlung des verfügten Vorschusses führt zum Nichteintreten auf die Klage oder das Gesuch, im Rechtsmittelverfahren zum Dahinfallen des eingelegten Rechtsmittels[87]. Sodann hat jede Partei die Auslagen des Gerichts vorzuschiessen, die durch die von ihr beantragten Beweiserhebungen veranlasst werden. Beantragen die Parteien dasselbe Beweismittel, so hat jede Partei die Hälfte vorzuschiessen. Leistet eine Partei ihren Vorschuss nicht, so kann die andere die Kosten vorschiessen; andernfalls unterbleibt die Beweiserhebung. Vorbehalten bleiben Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat[88]. In Fällen, die der Untersuchungsmaxime unterliegen, kann die Beweisführung nicht von einer Vorschussleistung der Parteien abhängig gemacht werden. Die ZPO differenziert zwischen der vollen ("klassischen") und der beschränkten Untersuchungsmaxime. Die volle Untersuchungsmaxime gilt dort, wo das Gesetz vorschreibt, dass der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen - nicht bloss festzustellen - hat, nämlich in Kinderbelangen, mithin in Fällen, die überdies der Offizialmaxime unterstehen. Der Vorbehalt bezieht sich einzig auf

---

86 Art. 98 ZPO
87 Sterchi, Berner Kommentar, Art. 98 ZPO N 14, 16
88 Art. 102 Abs. 1 bis 3 ZPO

diese Fälle. Dies erscheint sachgerecht; denn nur in diesen Fällen entfällt nicht nur die subjektive Beweisführungslast, sondern auch jede objektive Beweislast, da das Gericht unbesehen der von den Parteien vorgetragenen Standpunkte zum Wohl des Kindes zu entscheiden hat[89].

b) aa) Die Vorinstanz stellte sich im angefochtenen Entscheid auf den Standpunkt, dass sich die Kosten für die ins Auge gefasste Expertise auf Fr. 8'500.00 bis Fr. 12'000.00 beliefen. Gemäss Art. 98 ZPO könne der Richter von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. Schliesslich verlangte die Vorinstanz vom Beschwerdeführer einen Kostenvorschuss von Fr. 10'000.00.

bb) Demzufolge will die Vorinstanz ihren Kostenvorschuss nicht als Beweiskostenvorschuss im Sinn von Art. 102 ZPO, sondern als Vorschuss für die Gerichtskosten gemäss Art. 98 ZPO verstanden haben. Einen solchen hatte die Vorinstanz bereits verlangt; damals wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, einen Vorschuss für die Gerichtskosten von Fr. 2'000.00 zu bezahlen. Mit dem angefochtenen Entscheid wurde der Vorschuss für die Gerichtskosten mit Rücksicht auf die zu erwartenden Gutachterkosten auf insgesamt Fr. 12'000.00 erhöht. Allerdings ist dies mit Blick auf das Verbot der Gesetzesumgehung[90] nicht statthaft: Zwar sind die Kosten für das Gutachten als Gerichtskosten zu qualifizieren[91], doch kann nicht gestützt auf Art. 98 ZPO die Vorschrift von Art. 102 Abs. 3 ZPO, wonach bei Streitigkeiten, in denen der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat und damit die Beweiserhebungen auch

---

89 Sterchi, Art. 102 ZPO N 7

90 Art. 2 Abs. 1 ZGB; vgl. Riemer, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2.A., § 5 N 12, 29

91 Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO

ohne Kostenvorschuss durchzuführen sind, ausgehebelt werden. Wollte man dies zulassen, wäre die Folge, dass auch bei Streitsachen, die der vollen ("klassischen") Untersuchungsmaxime unterliegen, die Kosten der Expertise von der klagenden Partei vorgeschossen werden müssten, und dass im Säumnisfall ein Nichteintretensentscheid ergehen müsste[92]. Dementsprechend ist die Beschwerde zu schützen, und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

Obergericht, 1. Abteilung, 16. August 2017, ZR.2017.40

10. Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung bei fehlendem Domizil in der Schweiz (Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO)

1. a) Gemäss Art. 99 Abs. 1 ZPO hat die klagende Partei auf Antrag der beklagten Partei für deren Parteientschädigung Sicherheit zu leisten, wenn sie keinen Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz hat, oder wenn sie zahlungsunfähig erscheint, namentlich wenn gegen sie der Konkurs eröffnet oder ein Nachlassverfahren im Gang ist oder Verlustscheine bestehen, oder wenn sie Prozesskosten aus früheren Verfahren schuldet, oder wenn andere Gründe für eine erhebliche Gefährdung der Parteientschädigung bestehen. Die klagende Partei hat nur dann Sicherheit für die Parteientschädigung der Beklagten zu leisten, wenn einer dieser Kautionsgründe vorliegt. Keine Sicherheit zu leisten ist im summarischen Verfahren mit Ausnahme des Rechtsschutzes in klaren Fällen[93].

---

92 Vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO
93 Art. 99 Abs. 3 lit. c ZPO

b) Bei fehlendem Domizil in der Schweiz[94] ist der zivilrechtliche Wohnsitz- beziehungsweise Sitzbegriff massgebend[95]. Im Fall des fehlenden klägerischen Sitzes in der Schweiz ist unwiderlegbar von einer erheblichen Gefährdung der Einbringlichkeit der Parteientschädigung für die beklagte Partei auszugehen, welche der beklagten Partei grundsätzlich Anspruch auf Sicherstellung gibt[96]. Der Anwendungsbereich von Art. 99 ZPO ist allerdings eingeschränkt durch allfällige staatsvertragliche Regelungen, welche aufgrund von Art. 2 ZPO für internationale Verhältnisse vorbehalten sind. Diese internationalen Vereinbarungen schliessen es aus, Personen mit Sitz im Ausland allein wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer oder wegen des Fehlens eines Wohnsitzes oder Aufenthalts in dem Staat, in dem die Klage erhoben wird, eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen. Dabei handelt es sich teilweise um multilaterale Übereinkommen[97] und teilweise um bilaterale Abkommen.

2. Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz im Fürstentum Liechtenstein. Dieses ist weder den Haager Übereinkommen beigetreten noch hat es bilaterale Staatsverträge mit der Schweiz abgeschlossen, die eine umfassende Befreiung von der Kautionspflicht vorsehen

---

94 Art. 99 Abs. 1 lit. a ZPO

95 Für juristische Personen gilt Art. 56 ZGB. Soweit sie im Handelsregister eingetragen sind, ist auf den eingetragenen Sitz abzustellen.

96 BGE 141 III 155

97 Eine Befreiung von der Kautionspflicht sehen etwa vor: Art. 17 des Haager Übereinkommens betreffend Zivilprozessrecht, SR 0.274.12, Art. 14 des Haager Übereinkommens über den internationalen Zugang zur Rechtspflege, SR 0.274.133, Art. 17 des Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität, SR 0.273.1, Art. 22 des Haager Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindsentführung, SR 0.211.230.02.

würden[98]. Damit auferlegte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zu Recht eine Kaution aufgrund ihres Sitzes im Ausland.

Obergericht, 1. Abteilung, 18. Oktober 2017, ZR.2017.55

11. Auflage der Verfahrenskosten an den Kanton nur in Ausnahmefällen; Kostenverteilung bei Schutz eines rein prozessualen Eventualantrags (Art. 107 Abs. 2, 106 ZPO)

1. a) Die Friedenrichterin wies die Herausgabeklage des Beschwerdeführers ab und beliess den Hund bei der Beschwerdegegnerin.

b) Der Beschwerdeführer erhob Beschwerde und beantragte, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ihm den Hund herauszugeben. Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und eine Klagebewilligung auszustellen.

c) Die Beschwerdegegnerin beantragte in der Beschwerdeantwort, die Beschwerde sei mit Ausnahme des Eventualantrags abzuweisen. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Ausstellung einer Klagebewilligung zurückzuweisen.

---

[98] Suter/von Holzen, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 99 N 22; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2.A., § 16 N 79; SJZ 65, 1969, S. 9; BGE 109 II 271

d) Das Obergericht hob den angefochtenen Entscheid auf und wies die Streitsache zur Ausstellung der Klagebewilligung an die Vorinstanz zurück.

2. a) aa) Strittig ist die Kostenverteilung. Der Beschwerdeführer beantragte, der Staat habe die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

bb) Die Überbindung von Verfahrenskosten an den Kanton in zivilrechtlichen Verfahren im Sinn von Art. 107 Abs. 2 ZPO muss die absolute Ausnahme bleiben[99]; dabei bezieht sich diese Bestimmung ohnehin nur auf die Gerichtskosten und nicht auf Parteientschädigungen[100]. Voraussetzung einer Kostenüberbindung an den Kanton ist, dass die Kosten weder durch die Parteien noch durch am Verfahren beteiligte Dritte veranlasst wurden; in den meisten Fällen dürften spezifische Fehlleistungen des Gerichts, die jedoch kein Verschulden voraussetzen, zur Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO führen[101]. Es muss sich um einen gravierenden, von den Parteien nicht mitverschuldeten Verfahrensfehler (Justizpanne) handeln, mithin um eine krass falsche Anwendung gesetzlicher Bestimmungen[102]; ebenso kommt eine Anwendung dieser Bestimmung in Frage, wenn ein Entscheid als offensichtlich falsch aufzuheben ist und keine Partei mit einem Antrag auf diesen Entscheid hinwirkte[103].

cc) Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt, zumal der Beschwerdeführer mit seinem Hauptantrag noch im Beschwerdeverfahren einen materiellen Entscheid forderte.

---

99 Sterchi, Berner Kommentar, Art. 107 ZPO N 24
100 BGE 140 III 389; Sterchi, Art. 107 ZPO N 25
101 Sterchi, Art. 107 ZPO N 26
102 BGE vom 23. März 2012, 5A_61/2012, Erw. 4
103 Jenny, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 107 N 25

b) aa) Wird das Hauptbegehren zugesprochen, fallen mit Blick auf die Verteilung der Prozesskosten Eventualbegehren nicht in Betracht; wird hingegen nur das Eventualbegehren zugesprochen, so gilt im Umfang der Differenz, um welchen der Streitwert des Eventualbegehrens unter demjenigen des Hauptbegehrens liegt, der Kläger als unterliegend[104]. Allerdings ist auch im Rechtsmittelverfahren entscheidend, ob eine Partei in der Hauptsache durchdringt, denn massgebend ist das Gesamtergebnis, wobei es nicht darauf ankommt, wie über die einzelnen Angriffs- oder Verteidigungsmittel entschieden wird[105]. Damit bleiben Eventualbegehren, die wie hier nur in einem prozessualen Antrag (Rückweisung an die Vorinstanz) bestehen, für die Frage des Unterliegens oder Obsiegens ohne Belang[106].

bb) Somit unterliegt der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren mit seinem Hauptantrag; die Beschwerdegegnerin obsiegt hingegen, da sie im Hauptantrag den Schutz des Eventualbegehrens des Beschwerdeführers verlangte.

Obergericht, 1. Abteilung, 21. Juni 2017, ZR.2017.26

---

[104] Sterchi, Art. 106 ZPO N 4; vgl. Urwyler/Grütter, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 106 N 6

[105] Jenny, Art. 106 ZPO N 6

[106] So schon die frühere thurgauische Rechtsprechung: RBOG 1957 Nr. 8; Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 75 N 10d; vgl. Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 60 N 21

12. Keine Akontozahlungen des Staates an die Offizialanwältin im Zivilverfahren (Art. 122 ZPO)

1. In einem familienrechtlichen Verfahren gewährte die Einzelrichterin des Bezirksgerichts der Ehefrau die unentgeltliche Rechtspflege mit Offizialanwältin und entzog ihr diese später wieder. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Frage, ob der Staat die Offizialanwältin für ihre bis zum Zeitpunkt des Entzugsentscheids getätigten Aufwände durch Ausrichtung einer Akontozahlung zu entschädigen hat.

2. a) aa) Art. 122 ZPO regelt die Liquidation der Prozesskosten, wenn mindestens eine Partei den Prozess unentgeltlich führte[107]. Unterliegt die unentgeltlich prozessführende Partei, so wird der Offizialanwalt vom Kanton angemessen entschädigt[108]. Weiter hat die unentgeltlich prozessführende Partei der Gegenpartei die Parteientschädigung zu bezahlen[109]. Obsiegt jedoch die unentgeltlich prozessführende Partei, so hat grundsätzlich die Gegenpartei die unentgeltlich prozessführende Partei zu entschädigen. Nur wenn diese Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist, so wird der Offizialanwalt vom Kanton angemessen entschädigt[110]. Dabei richtet sich das "Unterliegen" und das "Obsiegen" im Sinn von Art. 122 ZPO nicht nach dem Ergebnis der materiellen Anspruchsprüfung. Von Bedeutung ist vielmehr, ob der unentgeltlich prozessierenden Partei die Prozesskosten im Endentscheid ganz oder teilweise auferlegt wurden. Dabei ist unerheblich, ob dies gestützt auf Art. 106 ZPO nach Massgabe des Obsiegens oder aber in Anwen-

---

[107] Bühler, Berner Kommentar, Art. 122 ZPO N 3; Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, Art. 122 ZPO N 1
[108] Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO
[109] Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO
[110] Art. 122 Abs. 2 ZPO

dung der Kostenverteilungsregeln nach Ermessen geschieht[111]. Das Gericht kann die Prozesskosten insbesondere in familienrechtlichen Verfahren nach Ermessen verteilen[112]; dabei sind auch Billigkeitspunkte wie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in den Entscheid über die Kostenregelung einzubeziehen[113].

bb) Wer also letztlich die Offizialanwältin in welchem Umfang zu entschädigen hat, steht erst am Ende des Verfahrens fest. Daher ist es nicht angezeigt, dass der Staat der Offizialanwältin Akontozahlungen ausrichtet.

b) Soweit die Offizialanwältin auf Akontozahlungen an Offizialverteidiger im Strafverfahren[114] hinweist, ist die Situation im Strafverfahren nicht vergleichbar mit jener im Zivilverfahren: Während die amtliche Verteidigung im Strafverfahren sowohl bei einem Schuldspruch als auch bei einem Freispruch immer vorweg durch den Staat entschädigt wird[115], ist im Zivilverfahren die Entschädigungspflicht des Staates vom Ausgang des Verfahrens und den finanziellen Verhältnissen der Gegenpartei abhängig.

c) Auch das Argument der Offizialanwältin, ihre Mandantin und sie müssten Kenntnis darüber haben, welche Kosten der Staat übernehme, erweist sich nicht als stichhaltig. Die Vorinstanz entzog die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Offizialanwältin. Damit steht fest, dass die bis zum Zeitpunkt des Entzugsentscheids

---

111 Bühler, Art. 122 ZPO N 6, 83; Rüegg/Rüegg, Art. 122 ZPO N 2, 4

112 Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO

113 Vgl. Rüegg/Rüegg, Art. 107 ZPO N 6

114 In sehr lange dauernden Verfahren kann es sich rechtfertigen, auf Gesuch hin dem Offizialverteidiger oder Offizialvertreter bei Vorliegen triftiger Gründe einen Vorschuss aus der Gerichtskasse auszurichten (Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 52 N 28; vgl. SOG 2002 Nr. 15).

115 Ruckstuhl, Basler Kommentar, Art. 135 StPO N 21

getätigten Aufwände der Offizialanwältin vom Staat übernommen werden, sofern nicht die Gegenpartei dafür aufkommen muss. Demgegenüber hat die Ehefrau ab dem Zeitpunkt des Entzugsentscheids grundsätzlich selber für die Anwaltskosten aufzukommen, sofern ihr im Endentscheid nicht eine Prozessentschädigung zugesprochen wird.

d) Folglich ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Entschädigung für die Offizialanwältin noch nicht festsetzte und ihr auch keine Akontozahlungen ausrichtete.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. Mai 2017, ZR.2017.24

13. **Keine Gegenseitigkeit bei Editionsanspruch und Einsichtsrecht** (Art. 160 Abs. 1 lit. b, 156 ZPO)

1. a) Die Verfahrensleitung des Bezirksgerichts gewährte der Beschwerdegegnerin in einem Forderungsprozess Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen des Beschwerdeführers. Den Antrag des Beschwerdeführers auf Edition der Buchhaltungsunterlagen der Beschwerdegegnerin wies sie mangels eines schutzwürdigen Interesses ab.

b) Der Beschwerdeführer erhob Beschwerde und beantragte, die Einsicht in seine Buchhaltungsunterlagen sei der Beschwerdegegnerin nur unter der Voraussetzung zu gewähren, dass er im Gegenzug Einsicht in ihre Buchhaltungsunterlagen erhalte.

2. a) Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel ab-

nimmt[116]. Gefährdet die Beweisabnahme die schutzwürdigen Interessen einer Partei oder Dritter, wie insbesondere deren Geschäftsgeheimnisse, so trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen[117]. Die Parteien und Dritte sind zur Mitwirkung bei der Beweiserhebung verpflichtet. Unter anderem haben sie Urkunden herauszugeben; ausgenommen sind Unterlagen aus dem Verkehr einer Partei oder einer Drittperson mit einer Anwältin oder einem Anwalt, die oder der zur berufsmässigen Vertretung berechtigt ist, oder mit einer Patentanwältin oder einem Patentanwalt[118]. Aus dem Beweisanspruch gemäss Art. 152 ZPO und der prozessualen Mitwirkungspflicht der Parteien und Dritter nach Art. 160 ZPO ergibt sich das Recht der beweisführenden Partei, dass das Gericht Beweise erhebt und abnimmt. Diesen Ansprüchen der beweisführenden Partei sowie dem gerichtlichen Beweiserhebungsrecht beziehungsweise der gerichtlichen Beweiserhebungspflicht kann zum einen das Verweigerungsrecht der Gegenpartei gemäss Art. 163 f. ZPO und Dritter nach Art. 165 ff. ZPO entgegenstehen. Zum anderen können durch die Beweiserhebung und -abnahme schutzwürdige Interessen, namentlich das Geschäftsgeheimnis, der Parteien - einschliesslich der beweisführenden Partei selber - oder Dritter betroffen sein. In diesem Spannungsfeld zwischen der Wahrung schutzwürdiger Interessen einerseits und dem Interesse an der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs und an der Beweisführung, das heisst der Beweiserhebung und -abnahme, andererseits, hat das Gericht der Bestimmung von Art. 156 ZPO zufolge die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um die Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen zu vermeiden[119]. Die Bestimmungen über das Verweigerungsrecht der Partei und Dritter nach Art. 163 ff. ZPO regeln typische Fälle, in denen eine Partei oder Dritte die Mitwirkung verweigern können. Den

---

[116] Art. 152 Abs. 1 ZPO
[117] Art. 156 ZPO
[118] Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO
[119] Brönnimann, Berner Kommentar, Art. 156 ZPO N 2 f.

Parteien steht kein umfassendes Verweigerungsrecht zu. Vielmehr sind davon nur die in Art. 163 ZPO umschriebenen Bereiche erfasst: Gefahr der Aussetzung strafrechtlicher Verfolgung oder zivilrechtlicher Verantwortlichkeit von nahestehenden Personen oder Strafbarkeit wegen Verletzung eines Geheimnisses nach Art. 321 StGB[120]. In den anderen Fällen gesetzlich geschützter Geheimnisse haben die Trägerinnen und Träger glaubhaft zu machen, dass das Geheimhaltungsinteresse das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt, um die Mitwirkung verweigern zu können[121]. Ausser den Geschäftsgeheimnissen kommen als schutzwürdige Interessen der Schutz der Persönlichkeit, das heisst die Privat-, die Geheim- oder die Intimsphäre der Parteien oder Dritter, aber auch der Schutz der Gesundheit oder die Rücksicht auf das Kindeswohl in Frage. Auch schutzwürdige öffentliche Interessen - als Interessen Dritter - sind denkbar[122].

b) Die Partei, welche die Edition verlangt, hat die zu edierenden Urkunden möglichst genau zu bezeichnen, damit die Gegenpartei zweifelsfrei feststellen kann, welche Unterlagen sie herauszugeben hat. Damit das Gericht über die Beweiseignung der Urkunden urteilen kann, hat die beantragende Partei den Urkundeninhalt hinreichend zu substantiieren. Darüber hinaus hat die antragstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse an der Edition nachzuweisen. Dies ist erfüllt, wenn die beantragende Partei dartut, dass sie die Urkunden zum Nachweis eines bestimmten Beweisthemas benötigt. Nicht geschützt werden Anträge, welche aus reiner Neugierde oder auf "gut Glück" gestellt werden[123].

---

120 Rüetschi, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 160-167 ZPO N 30
121 Art. 163 Abs. 2 ZPO; Brönnimann, Art. 156 ZPO N 5
122 Brönnimann, Art. 156 ZPO N 11
123 Hasenböhler, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 160 N 13

3. a) Der Beschwerdeführer verlangt im Gegenzug zum Recht der Beschwerdegegnerin auf Einsicht in seine Buchhaltungsunterlagen ebenfalls Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen der Beschwerdegegnerin; andernfalls sei das Einsichtsrecht beiden Parteien zu verweigern. Ein solches "Gegenseitigkeitsrecht" existiert nicht. Der Editionsanspruch und mithin das Einsichtsrecht der Beschwerdegegnerin kann nicht vom Editionsanspruch und Einsichtsrecht des Beschwerdeführers abhängig gemacht werden. Vielmehr sind der Editionsanspruch beziehungsweise das Einsichtsrecht der beiden Parteien je unabhängig voneinander zu prüfen.

b) Der Beschwerdeführer setzt sich nicht mit dem Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Edition seiner Buchhaltungsunterlagen und ihrem Recht auf Einsicht in diese Urkunden auseinander und bestreitet diese auch nicht. Er macht zudem keine Verweigerungsrechte oder schutzwürdigen Interessen geltend, welche dem Editionsanspruch und damit auch dem Einsichtsrecht der Beschwerdegegnerin entgegenstehen könnten. Solche sind aus den Akten auch nicht ersichtlich. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Buchhaltungsunterlagen des Beschwerdeführers herausverlangte und nunmehr der Beschwerdegegnerin die Einsichtnahme gewährte.

c) Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer ebenfalls Anspruch auf Edition der Buchhaltungsunterlagen der Beschwerdegegnerin und mithin ein Einsichtsrecht in diese Buchhaltung hat. Der Beschwerdeführer muss dafür ein schutzwürdiges Interesse an der Edition und Einsichtnahme nachweisen; er muss darlegen, dass er die Urkunden zum Nachweis eines bestimmten Beweisthemas benötigt. Da die Beweislast für die geltend gemachte Forderung bei der Beschwerdegegnerin liegt, ist aufgrund der Ausführungen des Beschwerdeführers nicht ersichtlich, zu welchem Beweisthema die Edition der Urkunden der Beschwerdegegnerin dienen sollte. Die Ausführungen des Beschwerdeführers sind nicht genügend substantiiert. Nicht massgebend ist, ob die Beschwerdegegnerin ihre gegenüber dem Beschwerde-

führer geltend gemachten Ansprüche allenfalls buchhalterisch abgeschrieben haben könnte, da dies auf den Bestand eines allfälligen Anspruchs keinen Einfluss hätte. Ebenso stellt die vage Möglichkeit, dass die Beschwerdegegnerin ihre Ansprüche zediert haben könnte, keinen genügenden Grund dar, dem Beschwerdeführer die beantragte Edition und Einsichtnahme in die Buchhaltung der Beschwerdegegnerin zu gewähren. Der Beschwerdeführer behauptet denn auch nicht, die Beschwerdegegnerin habe ihm eine Zession angezeigt. Die Vorinstanz wies den Editionsantrag des Beschwerdeführers somit zu Recht ab. Es steht diesem aber frei, jederzeit einen neuen Editionsantrag zu stellen und substantiiert ein schutzwürdiges Interesse an der Edition nachzuweisen.

Obergericht, 1. Abteilung, 15. März 2017, ZR.2016.60

14. Keine Klageanerkennung oder Gegenstandslosigkeit des Prozesses, wenn der Beklagte dem Rechtsbegehren des Klägers bloss teilweise nachkommt; Kostenfolgen (Art. 241 f., 106 f. ZPO).

1. a) Der Beschwerdegegner erhob gegen den Beschwerdeführer mit folgendem Rechtsbegehren Klage beim Bezirksgericht:

> "Die beklagte Partei sei zu verpflichten, die Verzichtserklärung einzuhalten:
>
> 'Der Beklagte bestätige, dass er den gegenwärtigen lärmverminderten Zustand auch in Zukunft beibehalten werde, das heisst insbesondere, dass er auch in Zukunft auf zusätzliche Lärmemissionen verzichtet, wobei unter diesen zusätzlichen Lärmemissionen Folgendes zu verstehen ist:

Abgesehen von der bereits beanstandeten Haltung des Hahns sämtliche anderen Emissionen, welche einem solchen Hahn gleichbedeutend sind, wie etwa Papageien, Pfauen usw., geschweige auch solche, die angeblich noch lauter sind als Hähne, wie zum Beispiel Gänse.'"

b) In der Folge teilte der Beschwerdeführer mit, er habe den Hahn weggegeben.

c) Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts schrieb die Klage zufolge Gegenstandslosigkeit ab, auferlegte die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer und verpflichtete diesen, den Beschwerdegegner für das Verfahren zu entschädigen. Der Beschwerdeführer habe den Hahn weggegeben, womit das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdegegners weggefallen sei. Die Weggabe des Hahns sei einer Klageanerkennung ähnlich, weshalb es angemessen sei, die Prozesskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen.

d) Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde. Die Weggabe des Hahns sei als Klageanerkennung eingestuft worden. Er sei aber nicht damit einverstanden, dass er die Gerichtskosten tragen müsse.

2. a) Wird ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug dem Gericht zu Protokoll gegeben, so haben die Parteien das Protokoll zu unterzeichnen[124]. Art. 241 Abs. 1 ZPO umschreibt die massgebenden Formvorschriften. Wird die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten, so ist die Parteierklärung unwirksam und führt zur Mangelhaftigkeit eines darauf basierenden Abschreibungsbeschlusses[125]. Die Auffassung, die Bezahlung der eingeklagten Forde-

---

[124] Art. 241 Abs. 1 ZPO

[125] Leumann Liebster, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 3.A., Art. 241 N 12; AGVE 1988 S. 59

rung stelle eine Klageanerkennung durch konkludentes Verhalten dar, trifft nicht zu, denn die "konkludente" Abstandserklärung wird weder formgerecht noch gegenüber dem Gericht erklärt; vielmehr handelt es sich um einen Fall der Gegenstandslosigkeit durch nachträgliches Wegfallen des Streitgegenstands[126] beziehungsweise des Rechtsschutzinteresses der klagenden Partei. Gegenstandslos wird ein Prozess namentlich, wenn der Streitgegenstand oder das Rechtsschutzinteresse der klagenden Partei nach Eintritt der Rechtshängigkeit definitiv wegfällt[127]. Zwar ist umstritten, ob der Prozess infolge Wegfalls des Rechtsschutzinteresses gegenstandlos wird, wenn der eingeklagte Anspruch im Lauf des Verfahrens vollständig erfüllt wird, doch die Rechtsprechung und die Mehrheit der Lehre bejahen für einen solchen Fall eine Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit[128].

b) Das Rechtsbegehren der Klage ist etwas speziell gefasst. Faktisch geht es aber um die Verpflichtung, "auf zusätzliche Lärmemissionen" zu "verzichten", nämlich abgesehen von der "Haltung des Hahns sämtliche anderen Emissionen, welche einem solchen Hahn gleichbedeutend sind, wie etwa Papageien, Pfauen usw., geschweige auch solche, die angeblich noch lauter sind als Hähne, wie zum Beispiel Gänse". Das Rechtsbegehren umfasst mithin keineswegs nur die Haltung eines Hahns, sondern auch die Haltung anderer Tiere, wie Papageien, Pfauen oder Gänse. Damit, dass der Beschwerdeführer den Hahn weggegeben hat, kam er diesem Rechtsbegehren - wenn überhaupt, da er keine Verpflichtung einging - keineswegs vollständig nach, so dass weder von einer faktischen Klageanerkennung noch von Gegenstandslosigkeit des Prozesses ausgegangen werden kann; das Rechtsschutzinteresse des Beschwerdegegners ist nicht weggefallen, nur weil derzeit kein Hahn mehr kräht.

---

[126] Leumann Liebster, Art. 241 ZPO N 13
[127] Killias, Berner Kommentar, Art. 242 ZPO N 1
[128] Killias, Art. 242 ZPO N 15

c) Allerdings richtet sich die Beschwerde nicht gegen die Erledigung des Prozesses als solche, sondern nur gegen die Kostenfolgen. Zwar rügte der Beschwerdeführer, dass sinngemäss von einer Klageanerkennung ausgegangen worden sei, doch offensichtlich nur, weil ihm die Kosten auferlegt wurden; abgesehen davon kann er als beklagte Partei auch kein Interesse an der Fortführung des Prozesses haben. Der Beschwerdegegner seinerseits beantragte die Abweisung der Beschwerde. Damit ist die Abschreibung des Prozesses zufolge Gegenstandslosigkeit rechtskräftig.

3. a) Für die Kostenfolgen können Art. 106 Abs. 1 Satz 2 und Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO keine Anwendung finden, da weder eine Klageanerkennung noch Gegenstandslosigkeit gegeben ist. Vielmehr ist nach Art. 106 Abs. 2 ZPO vorzugehen.

b) Obsiegt keine Partei vollständig, sind die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO entsprechend dem Verfahrensausgang verhältnismässig aufzuteilen. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird für die Aufteilung der Kosten regelmässig das Verhältnis zwischen dem im Rechtsbegehren geforderten und dem im Urteil zugesprochenen Forderungsbetrag von Bedeutung sein. Dies ist jedoch nicht das einzige Kriterium. Auch das Gewicht einzelner Rechtsbegehren kann unterschiedlich sein; so ist der Grundsatz der Haftung stärker zu gewichten als die Höhe der Forderung, wenn diese vom richterlichen Ermessen abhängig war, wie etwa bei Schadenersatz- oder Genugtuungsforderungen; dem Entscheid, dass eine Partei grundsätzlich haftet, kann mehr Bedeutung zukommen als dem zu leistenden Betrag. Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist das Ausmass des Obsiegens nach Ermessen festzulegen[129].

---

[129] Urwyler/Grütter, in: Schweizerische Zivilprozessordnung (Hrsg.: Brunner/Gasser/Schwander), 2.A., Art. 106 N 6; vgl. Sterchi, Berner Kommentar, Art. 106 ZPO N 7

c) Der Beschwerdegegner hat ein Prozessresultat akzeptiert, welches sein Rechtsbegehren nur teilweise erfüllt, und umgekehrt hat der Beschwerdeführer der Klage teilweise nachgegeben, indem er den Hahn entfernte. Insofern ist der Prozesserfolg für beide Parteien etwa gleich zu gewichten, so dass es sich rechtfertigt, die Prozesskosten einschliesslich der Kosten des Schlichtungsverfahrens zu halbieren und die Parteikosten wettzuschlagen.

Obergericht, 1. Abteilung, 4. Oktober 2017, ZR.2017.49

15. **Bindung des Obergerichts an eigene Rückweisungsentscheide** (Praxisänderung gegenüber RBOG 2000 Nr. 28; Art. 318 ZPO)

1. a) Die Berufungsklägerin beantragt in Ziff. 1 der Berufungsbegehren, die (Zwischen-)Entscheide ZBR.2010.70 und ZBR.2013.50 des Obergerichts vom 3. März 2011 beziehungsweise vom 25. Februar 2014 seien aufzuheben.

b) Gestützt auf Art. 308 Abs. 1 ZPO sind mit Berufung erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen anfechtbar. Nicht der Berufung unterliegen hingegen die beiden Entscheide des Obergerichts vom 3. März 2011[130] und 25. Februar 2014[131], mit welchen das Verfahren jeweils zur weiteren materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen worden war. Gegen diese Entscheide stand, unter den restriktiven Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG, die Beschwerde

[130] Verfahren ZBR.2010.70
[131] Verfahren ZBR.2013.50

in Zivilsachen ans Bundesgericht zur Verfügung, welche die Berufungsbeklagte denn auch ergriff[132]. Auf Ziff. 1 der Berufungsbegehren ist somit nicht einzutreten.

2. a) Weiter wendet sich die Berufungsklägerin in der Berufungsschrift auch materiell zur Hauptsache gegen die beiden Entscheide des Obergerichts vom 3. März 2011 und 25. Februar 2014, mit denen das Obergericht das Vorliegen wichtiger Gründe im Sinn von Art. 337 Abs. 1 OR verneinte. Es ist daher zu prüfen, ob (und wieweit) das Obergericht an seine eigenen Rückweisungsentscheide gebunden ist.

b) In RBOG 2000 Nr. 28 erwog das Obergericht zur früheren ZPO TG, die zweite Instanz sei an die in ihrem ersten Entscheid in den Motiven niedergelegte Rechtsauffassung nicht gebunden. Faktisch dränge sich indessen eine Änderung der Rechtsauffassung der Rechtsmittelinstanz nur auf, wenn im zweiten Rechtsmittelverfahren neue Argumente und Tatsachen vorgetragen würden, welche im ersten Rechtsmittelverfahren noch nicht Thema gewesen seien. Gleiches gelte, wenn der erste Rechtsmittelentscheid ein offensichtlicher Fehlentscheid sei, oder wenn Revisionsgründe vorlägen, wie etwa, wenn das Gericht vorgebrachte erhebliche Tatsachen aus Versehen gar nicht oder offensichtlich in irrtümlicher Weise gewürdigt habe.

c) Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind nach einem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts sowohl dieses selbst als auch die kantonalen Instanzen an die rechtliche Beurteilung gebunden, mit der die Rückweisung begründet wurde. Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es ihnen wie auch den Parteien - abgesehen von zulässigen Noven - verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits

---

[132] BGE vom 13. Oktober 2011, 4A_496/2011; BGE vom 30. September 2014, 4A_316/2014

einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden waren. Wie weit die Gerichte und Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind, ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt[133]. Mit einer Beschwerde gegen den neuen kantonalen Entscheid können daher keine Argumente vorgetragen werden, die das Bundesgericht schon in seinem Rückweisungsentscheid verworfen hat oder die es im ersten Beschwerdeverfahren gar nicht prüfen musste, weil die Parteien sie nicht vorbrachten, obwohl sie dies tun konnten und mussten[134]. Dabei leitet sich die Bindung der urteilenden Instanz selber nicht aus der Rechtskraft ab, sondern aus einem allgemeinen Prinzip der Unabänderlichkeit und Einmaligkeit des Rechtsschutzes[135].

d) aa) Die herrschende Lehre[136] zur schweizerischen Zivilprozessordnung befürwortet die Bindungswirkung der rückweisenden Instanz weitgehend. Sterchi[137] bezeichnet die Bindungswirkung gestützt auf Überlegungen der Rechtssicherheit und des Gebots von Treu und Glauben als heute grundlegendes Prinzip des schweizerischen Prozessrechts. Auch Reetz/Hilber[138] plädieren für die Bindungswirkung und nennen als Gründe dafür das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes, die Konsequenz aus der unbestrittenen Bindung der ersten

---

133 BGE 135 III 335, 131 III 94, 116 II 222, 111 II 95

134 BGE vom 25. Juli 2016, 4A_696/2015, Erw. 3.5.1; BGE vom 24. September 2015, 4A_268/2015, Erw. 1.2; BGE vom 25. November 2014, 5A_748/2013, Erw. 2.1

135 BGE vom 25. Juli 2016, 4A_696/2015, Erw. 3.5.2.2; BGE 140 III 470

136 Stauber, in: ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde (Hrsg.: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber), Basel 2013, Art. 318 N 24

137 Berner Kommentar, Art. 318 ZPO N 15

138 In: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (Hrsg.: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger), 2.A., Art. 318 N 46

Instanz an den Rückweisungsentscheid sowie die Praxis des Bundesgerichts (zur Bindung an seine eigenen Rückweisungsentscheide), deren Übertragung auf den kantonalen Instanzenzug das Gebot der Einheitlichkeit verlange. Weniger eindeutig nimmt Seiler[139] Stellung; er kommt aber nach Darlegung der Argumente für und gegen eine Bindung auch zum Schluss, dass die Berufungsinstanz selbst an die mit der Gutheissung der seinerzeitigen (ersten) Berufung geäusserte Rechtsauffassung gebunden sei.

bb) Einschränkungen der Bindungswirkung ergeben sich nach der herrschenden Lehre jedoch bei Veränderung der Rechtslage oder des massgeblichen Sachverhalts (durch zulässige Noven), da auf die Rechtslage und den Sachverhalt im Urteilszeitpunkt abzustellen sei. Weiter sei ein Rückweisungsentscheid nicht bindend, sofern sich seither die bundesgerichtliche Rechtsprechung verändert habe[140].

e) Die Erwägungen der herrschenden Lehre überzeugen. Eine fehlende Bindungswirkung würde dazu führen, dass die Parteien in allfälligen Berufungsverfahren nach der Rückweisung und dem neuen erstinstanzlichen Entscheid wiederum dieselben Rügen vorbringen wie im ersten Verfahren, was nicht prozessökonomisch ist und nicht dem Sinn und Zweck einer Rückweisung entsprechen kann. Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb eine Partei, deren Rechtsauffassung das Obergericht nicht teilt, eine zweite Möglichkeit haben sollte, dem Obergericht die gleiche Frage nochmals zu unterbreiten. Daher kann an der bisherigen Praxis des Obergerichts zur ZPO TG nicht festgehalten werden. Es ist folglich davon auszugehen, dass das Obergericht an ein Rückweisungsurteil grundsätzlich gebunden ist,

---

[139] Die Berufung nach ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013, N 1554 ff.
[140] Seiler, N 1558; Sterchi, Art. 318 ZPO N 16; Reetz/Hilber, Art. 318 ZPO N 48; Stauber, Art. 318 ZPO N 25

soweit sich die Sach- oder Rechtslage und die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht verändert haben.

Obergericht, 2. Abteilung, 29. November 2016, ZBR.2015.77

Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesgericht am 23. Januar 2018 aus anderen Gründen gut (4A_349/2017).

16. Kognition des Rechtsöffnungsrichters bei der Auslegung von Verträgen (Art. 82 Abs. 1 SchKG; Art. 18 Abs. 1 OR)

1. a) Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG die provisorische Rechtsöffnung verlangen. Der Richter spricht die Rechtsöffnung laut Art. 82 Abs. 2 SchKG aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht.

b) Für die Glaubhaftmachung einer Einwendung im Sinn von Art. 82 Abs. 2 SchKG reicht die blosse Behauptung nicht. Hingegen bedarf es auch nicht eines eigentlichen Beweises; vielmehr genügt es, wenn der Richter aufgrund objektiver Anhaltspunkte überwiegend geneigt ist, an die Wahrheit der Einwände zu glauben, oder wenn er erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des Standpunkts des Betreibungsgläubigers haben muss[141]. Das Beweismass der "Glaubhaftmachung" ist vom Beweismass der "überwiegenden Wahrscheinlichkeit"

[141] BGE vom 11. Juni 2008, 5A_217/2008, Erw. 5; Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 87; Stücheli, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 349 f.

abzugrenzen. Glaubhaft gemacht ist die Einwendung, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte[142]. Im Rechtsöffnungsverfahren muss die Wahrscheinlichkeit in dem Sinn überwiegen, als mehr für die Verwirklichung der behaupteten, die Rechtsöffnung hindernden Tatsachen sprechen muss als dagegen[143]. Erforderlich ist damit eine gewisse Wahrscheinlichkeit; ungenügend ist eine bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeit[144].

c) Das Verfahren der provisorischen Rechtsöffnung ist ein reiner Urkundenprozess. Sein Ziel besteht nicht darin, den materiellen Bestand der in Betreibung gesetzten Forderung festzustellen, sondern darin, das Vorhandensein eines Vollstreckungstitels zu überprüfen. Der Rechtsöffnungsrichter würdigt nur die Beweiskraft der vorgelegten Urkunde, nicht aber den Bestand der Forderung. Er anerkennt die Vollstreckbarkeit des Titels, wenn der Schuldner seine Einwendungen nicht unverzüglich glaubhaft macht[145]. Vorgebracht werden dürfen sämtliche Einwendungen und Einreden, welche die geltend gemachte Schuldverpflichtung dahinfallen lassen[146].

2. a) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Um den tatsächlichen Parteiwillen festzustellen, berücksichtigt der Richter nicht nur den Gehalt der Willenserklärungen, sondern auch die Umstände vor und nach Vertragsschluss sowie zur Zeit des Vertragsschlusses. Der Richter

---

142 BGE 130 III 325
143 BGE 132 III 144; BGE vom 1. Juni 2015, 5A_1008/2014, Erw. 3.2
144 RBOG 2006 Nr. 38
145 BGE 132 III 142; BGE vom 8. Mai 2014, 5A_113/2014, Erw. 2.1
146 BGE vom 24. Juli 2014, 5A_114/2014, Erw. 3.1

hat deshalb im Streit über die Auslegung eines Vertrags oder einer Vertragsklausel zuerst nach dem tatsächlichen Willen beider Parteien zu forschen. Das Ergebnis dieser empirischen oder subjektiven Vertragsauslegung ist Sachverhaltsfeststellung; sie beruht auf Beweiswürdigung. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden mussten. Die Bestimmung des mutmasslichen Parteiwillens (normativer Konsens) ist Rechtsanwendung. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen; diese sind nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen[147]. Gemäss dieser konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Vertragsauslegung in zwei Schritten vorzunehmen: Zunächst ist im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung nach dem tatsächlichen Konsens zu suchen; danach ist, wenn nötig, im Rahmen der Rechtsanwendung ein normativer Konsens festzustellen.

b) aa) Die Kognition des Rechtsöffnungsrichters ist unstrittig beschränkt[148]. Nicht restlos geklärt ist die Kognition des Rechtsöffnungsrichters bei der Rechtsanwendung. Auch für den Rechtsöffnungsrichter gilt, dass er das Recht stets von Amtes wegen zu kennen und anzuwenden hat. Einzig Einwände, die der Richter ge-

---

[147] BGE 141 V 130, 140 III 90 f., 138 III 666, 132 III 632, 129 III 707
[148] Vgl. Erw. 1 c

stützt auf das materielle Recht nur auf entsprechende Einrede hin überprüfen darf, sind auch vom Rechtsöffnungsrichter erst zu berücksichtigen, wenn sie vorgebracht werden[149]. Das bedeutet gemäss Stücheli[150], dass der Rechtsöffnungsrichter auch schwierige Rechtsfragen klären muss und die Rechtsöffnung nicht verweigern darf, wenn die Rechtsfrage komplex ist oder kein "klares Recht" vorliegt. Der summarische Charakter der Rechtsöffnung beziehe sich stets nur auf die Sachverhaltsabklärung, nicht jedoch auf die Rechtsanwendung. Der Rechtsöffnungsrichter habe daher Gesetzesbestimmungen und Verträge auszulegen und die daraus folgenden Schlüsse zu ziehen. In Rechtsfragen gebe es kein Glaubhaftmachen. Insbesondere stelle bei der provisorischen Rechtsöffnung eine vom Beklagten vorgebrachte, nicht unbedingt zutreffende, aber doch vertretbare Auslegung der Schriftstücke keine glaubhafte Einwendung gegen deren Eigenschaft als Rechtsöffnungstitel dar. In rechtlicher Hinsicht sei die Kognition des Richters insofern beschränkt, als er nur überprüfen dürfe, ob Bestand, Höhe, Fälligkeit und Betreibbarkeit der betriebenen Forderung sowie allenfalls das Pfandrecht durch einen Rechtsöffnungstitel ausgewiesen seien. Die kantonale Praxis argumentiert demgegenüber zum Teil auch in Rechtsfragen mit Glaubhaftmachung[151]. Das Bundesgericht erwog in einem Fall, in dem es um die Auslegung eines Darlehensvertrags und konkret um die Fälligkeit der Darlehensrückzahlung ging, das Obergericht sei zum Schluss gekommen, dass die Parteien die Regelung von Art. 318 OR aufgrund des Vertragszwecks möglicherweise nicht gewollt hätten. Mit anderen Worten sei die Rechtslage zwischen den Parteien hinsichtlich der Fälligkeit der Darlehensrückzahlung nicht derart eindeutig, wie es für die Erteilung einer Rechtsöffnung erforderlich wäre. Die abschliessende Ermittlung des Parteiwillens und die

---

149 Stücheli, S. 117
150 Stücheli, S. 117 f.
151 Stücheli, S. 117 Anm. 294

abschliessende Vertragsauslegung seien nicht Sache des Rechtsöffnungsrichters. Mangels klaren Nachweises der Fälligkeit der in Frage stehenden Forderung sei die Verweigerung der Rechtsöffnung somit nicht zu beanstanden[152].

bb) Weil die Ermittlung des tatsächlichen Konsenses Sachverhaltsfeststellung ist, ist die Kognition des Rechtsöffnungsrichters in dieser Hinsicht beschränkt. Der Rechtsöffnungsrichter kann über den tatsächlichen Willen der Parteien und damit die Rechtsnatur der Vereinbarung nur aufgrund der Akten entscheiden. Für die Feststellung des normativen Konsenses als Rechtsanwendung besteht grundsätzlich volle Kognition; allerdings erfolgt diese Auslegung ebenfalls nur gestützt und im Rahmen der vorhandenen Akten. Die relativierende Äusserung des Bundesgerichts zur Ermittlung des Parteiwillens[153] muss demnach so verstanden werden, dass gestützt auf die vorhandenen Akten unter Berücksichtigung der glaubhaft gemachten sachverhaltsmässigen Einwände des Schuldners die Fälligkeit verneint werden durfte; dazu passt, dass das Bundesgericht vom "Nachweis" der Fälligkeit sprach, der nicht klar erbracht werden konnte.

Obergericht, 2. Abteilung, 16. November 2017, BR.2017.42

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (5A_15/2018).

---

[152] BGE vom 17. August 2017, 5A_99/2017, Erw. 3
[153] Vgl. BGE vom 17. August 2017, 5A_99/2017, Erw. 3

17. Art. 178 ZPO führt nicht zu einer Lockerung der Beweisanforderungen von Art. 82 Abs. 2 SchKG.

1. a) Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG die provisorische Rechtsöffnung verlangen.

b) Der Richter spricht die Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht[154]. Der Begriff des Glaubhaftmachens entspricht demjenigen des Zivilprozessrechts. Glaubhaftmachen bedeutet weniger als beweisen, aber mehr als behaupten. Der Richter muss überwiegend geneigt sein, an der Wahrheit der vom Betriebenen geltend gemachten Umstände zu glauben. Es muss somit nur die Wahrscheinlichkeit bewiesen werden[155]. Anders ausgedrückt bedeutet Glaubhaftmachung, dass für das Vorhandensein einer Tatsache gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte[156].

c) aa) Gemäss Art. 180 Abs. 1 ZPO kann die Urkunde in Kopie eingereicht werden. Das Gericht oder die Partei kann die Einreichung des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie verlangen, wenn begründete Zweifel an der Echtheit bestehen. Art. 180 ZPO gilt für alle Verfahren der ZPO, somit auch für betreibungs- und konkursrechtliche Angelegenheiten. Entgegen den Bestimmungen des SchKG muss der Gläubiger im Rechtsöffnungsverfahren daher nicht das

---

[154] Art. 82 Abs. 2 SchKG
[155] Staehelin, Basler Kommentar, Art. 82 SchKG N 87
[156] BGE 132 III 144; BGE vom 20. Oktober 2011, 5A_586/2011, Erw. 2.4.2

Original der Schuldanerkennung vorweisen, sondern darf sich mit einer Kopie begnügen[157].

bb) Gemäss Art. 178 ZPO hat die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, deren Echtheit zu beweisen, sofern die Echtheit von der anderen Partei bestritten wird; die Bestreitung muss ausreichend begründet werden. Die Echtheit einer Urkunde wird - solange keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestehen - nach Treu und Glauben vermutet. Wurde die Urkunde nur in Kopie eingereicht, hat bei begründeten Zweifeln an der Echtheit das Gericht oder eine Partei zunächst die Einreichung des Originals oder einer amtlich beglaubigten Kopie der Urkunde zu verlangen[158]. Die Gegenpartei der beweisführenden Partei kann die Echtheit der Urkunde bestreiten. Sie muss indessen konkrete Umstände dartun, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokuments bezüglich Inhalts oder Unterschrift zu wecken vermögen. Nur wenn ihr dies gelingt, muss die beweisbelastete Partei den Echtheitsbeweis antreten. Das Gesetz verlangt eine besondere Substantiierung. Es kodifiziert die herrschende Lehre und Praxis. Eine pauschale Bestreitung der Echtheit genügt nicht[159].

2. Die Bestreitung der Echtheit der Unterschrift des Schuldners auf dem Rechtsöffnungstitel und damit der Urkunde ist nichts anderes als eine Einwendung im Sinn von Art. 82 Abs. 2 SchKG. Auch wenn Art. 178 ZPO - wie auch Art. 179 und 180 ZPO - für sämtliche Verfahren der ZPO gilt, mithin auch für das Rechtsöffnungsverfahren, stellt sich die Frage, ob die vom Schuldner verlangte Glaubhaftma-

---

[157] Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 S. 7323; Dolge, Basler Kommentar, Art. 180 ZPO N 11
[158] Dolge, Art. 178 ZPO N 1
[159] Dolge, Art. 178 ZPO N 2

chung im Rechtsöffnungsverfahren[160] einen strengeren Massstab verlangt als die "ausreichend begründete Bestreitung" im Sinn von Art. 178 ZPO. Das Bundesgericht liess die Frage offen[161], ob und in welchem Umfang die Glaubhaftmachung ein strengerer Massstab sei als die "ausreichend begründete Bestreitung" im Sinn von Art. 178 ZPO. Das Obergericht sieht keine Anhaltspunkte, die den Schluss zulassen würden, der Gesetzgeber habe mit Art. 178 ZPO die Beweisanforderung des Art. 82 Abs. 2 SchKG lockern wollen.

Obergericht, 2. Abteilung, 26. Oktober 2017, BR.2017.51

18. **Auch im Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung muss die zur Verrechnung gestellte Forderung urkundenmässig in liquider Weise belegt sein** (Bestätigung von RBOG 1999 Nr. 12, 1998 Nr. 10 und 1996 Nr. 17; Art. 82 Abs. 2 SchKG; Art. 120 OR).

1. a) Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen[162]. Der Richter spricht dieselbe aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht[163].

---

[160] Art. 82 Abs. 1 SchKG
[161] BGE vom 20. Oktober 2011, 5A_586/2011, Erw. 2.4.2
[162] Art. 82 Abs. 1 SchKG
[163] Art. 82 Abs. 2 SchKG

b) Die beiden Pfändungsverlustscheine stellen Schuldanerkennungen im Sinn von Art. 82 Abs. 1 SchKG dar[164], was unstrittig ist. Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer sofort Einwendungen glaubhaft machte, welche die Schuldanerkennungen entkräften.

c) Der Beschwerdeführer machte geltend, er habe von den Technischen Gemeindebetrieben zu hohe Stromrechnungen erhalten und bezahlt, weil eine Steckdose in der benachbarten Doppelgarage an seinen Stromanschluss angeschlossen gewesen sei. Deswegen mache er Verrechnung mit der Mietschuld geltend. Der Beschwerdeführer will somit die seiner Auffassung nach zu viel bezahlten Stromkosten als Schadenersatz mit den in Betreibung gesetzten und in den Pfändungsverlustscheinen verurkundeten nicht bezahlten Mietzinsen verrechnen.

2. a) Gemäss steter Rechtsprechung des Obergerichts müssen Bestand und Fälligkeit der Gegenforderung im Rechtsöffnungsverfahren urkundenmässig in liquider Weise belegt sein, und zwar durch solche Urkunden, die ihrerseits als Titel für die provisorische Rechtsöffnung taugen würden. Es genügt auch im Rechtsöffnungsverfahren nach Art. 82 SchKG nicht, wenn der Schuldner lediglich mehr oder weniger substantiierte Behauptungen bezüglich der von ihm geltend gemachten Verrechnungsforderungen aufstellt. Der Betriebene muss vielmehr für die von ihm erhobenen Verrechnungsforderungen über eine öffentliche oder private Urkunde verfügen, aus welcher der Wille des Betreibungsgläubigers hervorgeht, eine bestimmte und fällige Geldsumme dem Betriebenen beziehungsweise Gläubiger der Verrechnungsforderung zu bezahlen[165].

b) Zwar trifft zu, dass Art. 82 Abs. 2 SchKG lediglich verlangt, Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften,

---

[164] Art. 149 Abs. 2 SchKG
[165] RBOG 1999 Nr. 12, 1998 Nr. 10, 1996 Nr. 17

seien sofort glaubhaft zu machen. Daraus wird teilweise geschlossen, mit Bezug auf die Verrechnungsforderung genüge es, wenn die Gegenforderung sonst wie glaubhaft gemacht werde, wenn mithin der Richter - etwa aufgrund eines glaubhaften Versicherns - überwiegend geneigt sei, an die Wahrheit der vom Schuldner geltend gemachten Einwendungen zu glauben. Die Verrechnungseinrede kann aber nicht unbesehen mit den übrigen, die Schuldanerkennung entkräftenden Einwendungen gleichgestellt werden: Die Einwendungen wie Zahlung, Stundung, Verjährung und Verwirkung, Willensmängel oder die Einrede des nicht oder schlecht erfüllten Vertrags betreffen die in Betreibung gesetzte Forderung selbst oder das ihr zugrunde liegende Schuldverhältnis direkt. Für die Einrede der Verrechnung hingegen sind (mindestens) zwei Obligationen (Forderungen) erforderlich. Die Verrechnungsmöglichkeit setzt somit dem Grundsatz nach den Bestand und (mindestens) die Erfüllbarkeit der in Betreibung gesetzten Forderung voraus. Letztlich anerkennt daher der Betriebene - zumindest in der betreffenden Betreibung - die Betreibungsforderung, wenn er die Verrechnung erklärt. Die "entkräftende" Wirkung ergibt sich alsdann nicht aus der in Betreibung gesetzten Forderung selbst (mangelhafte Entstehung oder Erfüllung, fehlende Klagbarkeit oder Untergang durch Verjährung oder Stundung, Verwirkung, Tilgung durch Zahlung oder Erlass etc.), sondern aus einer Gegenforderung und damit aus einem anderen Sachverhalt. Dieser Unterschied mit Bezug auf die "Entkräftung" der in Betreibung gesetzten Forderung gebietet es, an die Glaubhaftmachung einer zur Verrechnung gestellten Forderung insofern erhöhte Anforderungen zu stellen, als die Verrechnungsforderung durch Urkunden zu belegen ist. Dies rechtfertigt sich nicht zuletzt auch deshalb, weil der Gläubiger der Verrechnungsforderung gegenüber dem Betreibungsgläubiger bevorzugt würde, wenn er die Verrechnungsforderung lediglich glaubhaft behaupten könnte, während der Betreibungsgläubiger die in Betreibung gesetzte Forderung durch die Vorlage eines Rechtsöffnungstitels, mithin einer Urkunde, belegen muss. Zudem sollten an den Nachweis einer Forderung ganz generell im Betreibungs- und Rechtsöffnungsverfahren dieselben Anforderun-

gen gestellt werden, unabhängig davon, ob für die Forderung die Betreibung angehoben oder die Forderung vom Betreibungsschuldner verrechnungsweise geltend gemacht wurde[166].

c) Die Verrechnungseinrede des Beschwerdeführers genügt diesen Anforderungen nicht. So fehlt es an einer urkundenmässig in liquider Weise belegten Verrechnungsforderung. Der Beschwerdeführer substantiierte im Übrigen nicht einmal deren Höhe. Indizien, die in die Richtung der Auffassung des Beschwerdeführers gehen, genügen nicht. Der Beschwerdeführer kann die von ihm geltend gemachte Verrechnungsforderung wohl nur mittels eines Gutachtens und / oder Zeugenaussagen belegen. Dazu hat er ein ordentliches Verfahren anzustrengen.

Obergericht, 2. Abteilung, 23. Februar 2017, BR.2017.3

19. **Anforderungen an die Spezifizierung der zu arrestierenden Gegenstände** (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG)

1. Der Beschwerdeführer machte bezüglich der Gegenstände in Nr. 1 der Arresturkunde des Betreibungsamts (beziehungsweise der Objekte in Buchstabe a des Arrestbegehrens des Beschwerdegegners respektive des Arrestbefehls des Einzelrichters) einen unzulässigen Such- oder Ausforschungsarrest geltend.

2. a) Der Arrestbefehl enthält den Namen und den Wohnort des Gläubigers und des Schuldners, die Angabe der Forderung, für welche der Arrest gelegt wird, die Angabe des Arrestgrundes, die

[166] RBOG 1999 Nr. 12

Angabe der mit Arrest zu belegenden Gegenstände sowie den Hinweis auf die Schadenersatzpflicht des Gläubigers[167].

b) aa) Die Verpflichtung zur genauen Bezeichnung der Vermögenswerte ist schwierig zu erfüllen, wenn der Arrest auf Gruppen von Gegenständen oder auf Bankguthaben des Arrestschuldners gelegt werden soll. Die Gerichtspraxis lässt es deshalb zu, dass die Werte nur ihrer Gattung nach umschrieben werden (Gattungsarrest), sofern ihr Standort und gegebenenfalls der Gewahrsamsinhaber bezeichnet sind. Ein Begehren auf Verarrestierung "aller Guthaben oder Beträge", die auf den Namen des Schuldners lauten, genügt daher den Anforderungen an die Bezeichnungspflicht. Da Forderungen durch Benennung des Drittschuldners bezeichnet werden, ist allerdings die Angabe der betreffenden Bank notwendig. Die Vorlage von Bankkorrespondenzen und dergleichen erleichtert die Glaubhaftmachung, ist jedoch nicht notwendig. Längere Zeit hatte die Praxis derartige Forderungen bei der Bankfiliale lokalisiert, die das Konto führte, und nicht am Hauptsitz. Diese Praxis entspricht jedoch nicht mehr den wirtschaftlichen Realitäten. Die Forderung ist daher am Sitz der Bank lokalisiert, welcher im Handelsregister figuriert[168].

bb) Die Arrestlegung ohne konkrete Anhaltspunkte über das Vorliegen von Vermögenswerten (sogenannter Ausforschungs- oder Sucharrest) ist rechtsmissbräuchlich. In diesem Fall wird die Massnahme nicht beantragt, um Ansprüche sicherzustellen, sondern um Vermögensauskünfte über den Schuldner zu erlangen. Die Unterscheidung zwischen dem unzulässigen Such- und dem zulässigen Gattungsarrest ist nicht immer einfach[169]. Für den Vollzug eines Gattungsarrests bedarf es zumindest einer minimalen Spezifikation der

---

[167] Art. 274 Abs. 2 Ziff. 1-5 SchKG
[168] Stoffel, Basler Kommentar, Art. 272 SchKG N 35 f.
[169] Stoffel, Art. 272 SchKG N 38

Arrestgegenstände, zum Beispiel folgendermassen: die im Lagerhaus der Firma X in Basel stehenden Möbel des Schuldners, seine im Zollfreilager Bern liegenden Teppiche, die in der Kunstgalerie Y in Zürich ausgestellten Werke des Schuldners, die im Tresor der Bank Z in Genf aufbewahrten Gemälde, der von dieser verwahrte Schmuck des Schuldners, dessen bei der Bank Z in Gstaad offen deponierte Wertschriften (Aktien, Obligationen, Schuldbriefe), seine dort bestehenden Guthaben, der Inhalt eines von ihm gemieteten Schrankfachs. Unzureichend spezifiziert wäre der Arrestgegenstand hingegen mit einer allgemeinen Umschreibung wie: sämtliche dem Schuldner gehörenden, in einem bestimmten Gebäude in O befindlichen Gegenstände, oder sämtliche ihm zustehenden Vermögenswerte bei der Bank Z (selbst wenn alle erdenklichen einzeln aufgezählt wären), namentlich wenn ein so formuliertes Begehren sich gleich gegen mehrere oder gar alle Platzbanken richten würde. Ein solcher Arrest, dem nicht der geringste konkrete Hinweis auf das tatsächliche Vorhandensein bestimmter Gegenstände an einem bestimmten Ort zugrunde liegt, wäre nichtig - nichts anderes als ein auf blosses Ausspionieren von Vermögen des Schuldners zielender und deshalb missbräuchlicher Sucharrest[170].

cc) Buchstabe a) des Arrestbegehrens des Beschwerdegegners stellt in Teilen genau einen solchen unzulässigen Sucharrest dar. So sollen ohne den geringsten konkreten Hinweis auf das tatsächliche Vorhandensein bestimmter Gegenstände an einem bestimmten Ort "sämtliche Guthaben und Forderungen des Beschwerdeführers, lautend auf ihn oder an denen er der wirtschaftlich Berechtigte ist", mit Arrest belegt werden; ferner sollen allgemein "Kontokorrentguthaben, Safe- und Depotinhalte, Metalldepots und Metallkonti, Festgeldkonti, Wertschriften (auch soweit bei anderen / ausländischen Korrespondenten deponiert) sowie Forderungen aus Termintransakti-

---

[170] Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9.A., § 51 N 35; RBOG 1985 Nr. 19

onen, Treuhandforderungen, Herausgabe- und Ablieferungsansprüche aller Art, Zahlungsansprüche unter Akkreditiven, Garantien, Bürgschaften usw." verarrestiert werden. Damit werden als Arrestobjekte gewissermassen sämtliche Vermögenswerte aufgeführt, die nach allgemeiner Lebenserfahrung überhaupt irgendwie in Frage kommen können. Eine derart generelle Aufzählung stellt jedoch keine genügende Spezifizierung der Arrestobjekte dar; sowohl die Interessen des Schuldners, welche auch im Arrestverfahren zu berücksichtigen sind, als auch die allgemein gültige Substantiierungspflicht stehen einer solchen offenen Umschreibung der Vermögenswerte entgegen. Angesichts des massiven Eingriffs in die Rechtssphäre des von einem Arrest Betroffenen ist es unumgänglich, minimale Erfordernisse an die Glaubhaftmachung sowohl bezüglich des Arrestgrundes und der Forderung, als auch der Existenz und Spezifizierung der behaupteten Vermögenswerte zu stellen[171].

dd) Dass dieser Wortlaut in Buchstabe a) des Arrestbegehrens einem unzulässigen Sucharrest gleichzusetzen ist, zeigt auch der Umstand, dass das Betreibungsamt aufgrund der in Buchstabe a) des Arrestbefehls übernommenen Formulierung nicht wusste, welchen Geldinstituten sie den Arrest überhaupt anzeigen sollte. Bezeichnenderweise traf das Amt von sich aus eine Auswahl und gelangte schliesslich an die Credit Suisse, UBS, Thurgauer Kantonalbank, Zürcher Kantonalbank, PostFinance sowie verschiedene Filialen der Raiffeisenbank. Damit besteht Grund zur Annahme, dass es bei den Arrestgegenständen in Buchstabe a) des Arrestbegehrens beziehungsweise Arrestbefehls primär einmal darum ging, Vermögensauskünfte über den Beschwerdeführer zu erlangen.

Obergericht, 2. Abteilung, 14. Dezember 2017, BR.2017.61

---

[171] RBOG 1985 Nr. 19

20. Mehrere Beschuldigte: Kein abgekürztes Verfahren ohne rechtskräftige Verfahrenstrennung; Nichtigkeit eines rechtskräftigen Urteils aus einem unzulässigen abgekürzten Verfahren (Art. 29 Abs. 1 lit. b, 30, 358 StPO)

1. a) Im Zusammenhang mit dem Brand einer Liegenschaft eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Untersuchung gegen den Beschwerdeführer wegen Brandstiftung und versuchten Betrugs sowie gegen A wegen Brandstiftung. A hatte bei seiner Verhaftung angegeben, den Brand im Auftrag des Beschwerdeführers gelegt zu haben; der Beschwerdeführer bestritt, etwas mit der Brandstiftung zu tun zu haben.

b) Auf Antrag von A bewilligte die Staatsanwaltschaft das abgekürzte Verfahren und beantragte wegen Brandstiftung und Gehilfenschaft zu versuchtem Betrug eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten. Das Bezirksgericht befand das abgekürzte Verfahren gegen A für rechtmässig und erhob die Straftatbestände sowie die Sanktion zum Urteil.

c) Rund ein Jahr später erhob die Staatsanwaltschaft beim Bezirksgericht gegen den Beschwerdeführer (im ordentlichen Verfahren) Anklage wegen Anstiftung zur Brandstiftung und versuchten Betrugs. Der Beschwerdeführer beantragte, es seien die in gleicher Sache ergangene Anklageschrift im abgekürzten Verfahren und das gestützt darauf ergangene Urteil gegen A sowie die Anklageschrift gegen den Beschwerdeführer nichtig zu erklären. Die Strafsachen gegen A und den Beschwerdeführer seien für eine gemeinsame korrekte Anklage oder korrekte Verfahrenstrennung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Das Bezirksgericht wies diese Anträge ab. Der Beschwerdeführer erhob Beschwerde und hielt an seinen vor dem Bezirksgericht gestellten Begehren fest.

2. a) aa) Straftaten werden gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO gemeinsam verfolgt und beurteilt, wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt. Nach Art. 30 StPO können die Staatsanwaltschaft und die Gerichte aus sachlichen Gründen Strafverfahren trennen oder vereinen. Gemäss Art. 33 Abs. 1 StPO werden die Teilnehmerinnen und Teilnehmer einer Straftat von den gleichen Behörden verfolgt wie die Täterin oder der Täter.

bb) Art. 29 StPO regelt gemäss Marginalie den Grundsatz der Verfahrenseinheit. Dieses Prinzip bildet seit langem ein Wesensmerkmal des schweizerischen Straf- und Strafverfahrensrechts. Es besagt unter anderem, dass Straftaten in der Regel in einem einzigen Verfahren verfolgt und beurteilt werden, wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt[172]. Der Grundsatz der Verfahrenseinheit bezweckt die Verhinderung sich widersprechender Urteile, sei dies bei der Sachverhaltsfeststellung, der rechtlichen Würdigung oder der Strafzumessung. Er gewährleistet somit das Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 BV. Überdies dient er der Prozessökonomie[173]. Die materielle Verfahrenseinheit bezieht sich insbesondere auf die innerkantonale sachliche Zuständigkeit[174].

cc) Eine Verfahrenstrennung ist gemäss Art. 30 StPO nur bei Vorliegen sachlicher Gründe zulässig und muss die Ausnahme bleiben. Die sachlichen Gründe müssen objektiv sein. Die Verfah-

---

172 Art. 29 Abs. 2 lit. b StPO

173 BGE 138 IV 31, 138 IV 219; BGE vom 24. März 2015, 6B_751/2014, Erw. 1.3; Fingerhuth/Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 29 N 1; Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010, Art. 29 N 1; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 173 f.; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2.A., Art. 29 N 1; RBOG 2013 Nr. 25, Erw. 4b

174 Bartetzko, Basler Kommentar, Art. 29 StPO N 3; Fingerhuth/Lieber, Art. 29 StPO N 2; Schmid, Art. 29 StPO N 2; vgl. Riklin, Art. 29 StPO N 3

renstrennung soll dabei vor allem der Verfahrensbeschleunigung dienen oder eine unnötige Verzögerung vermeiden helfen. Als sachliche Gründe werden etwa die bevorstehende Verjährung einzelner Straftaten oder die Unerreichbarkeit einzelner beschuldigter Personen genannt. Alle Beispiele beziehen sich auf Charakteristika des Verfahrens, des Täters oder der Tat, nicht aber auf organisatorische Aspekte auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden[175]. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann es sogar verfassungsrechtlich geboten sein, Strafverfahren gegen Teilnehmer zu vereinigen, insbesondere wenn die Gefahr besteht, dass die Art und der Umfang der Beteiligung wechselseitig bestritten werden und ein Teilnehmer die Schuld dem anderen zuweisen will[176].

b) Die Staatsanwaltschaft begründete die Verfahrenstrennung mit der Bewilligung des abgekürzten Verfahrens. Diese Begründung überzeugt nicht. Die Staatsanwaltschaft hätte vor einer allfälligen Bewilligung des abgekürzten Verfahrens zunächst prüfen müssen, ob eine Verfahrenstrennung überhaupt zulässig ist. Wäre sie zum Schluss gekommen, eine Verfahrenstrennung sei möglich, hätte sie eine formelle und beschwerdefähige Abtrennungsverfügung erlassen müssen. Beides unterliess die Staatsanwaltschaft. Der Hinweis auf den Bundesgerichtsentscheid 1B_187/2015 geht fehl. In diesem Fall stellte das Bundesgericht klar, die Staatsanwaltschaft sei verkehrt vorgegangen. Sie habe nämlich zunächst die Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens geprüft, und sei zum Schluss gekommen, da diese erfüllt seien, sei das Verfahren abzutrennen. Richtigerweise hätte sie zuerst prüfen müssen, ob die Verfahrenstrennung in einem Fall wie hier, wo sich die Beschuldigten gegenseitig belasten würden, im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung überhaupt in Frage komme.

---

[175] BGE 138 IV 219; BGE vom 21. Juli 2015, 1B_86/2015 und 1B_105/2015, Erw. 2.1; Bartetzko, Art. 30 StPO N 3 ff.

[176] BGE vom 23. Mai 2016, 1B_11/2016, Erw. 2.2; BGE 134 IV 334, 116 Ia 313

Verneinendenfalls hätte sich die Frage des abgekürzten Verfahrens erübrigt.

c) aa) Sachliche Gründe, welche ausnahmsweise eine Verfahrenstrennung rechtfertigen würden, sind hier keine ersichtlich. Wenn der beschuldigte Haupttäter den beschuldigten Anstifter belastet, dieser aber die Anstiftung bestreitet und seinerseits den Haupttäter belastet, zusammen mit Dritten die Tat verübt zu haben, sowie sich selber als Geschädigten des ihn beschuldigenden Haupttäters bezeichnet und für sich die Privatklägerstellung in Anspruch nimmt, kommt eine Verfahrenstrennung nicht in Frage. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine solche Konstellation nicht zu den vom Bundesgericht umschriebenen Fällen gehören soll, in denen der Umfang und die Art der Beteiligung wechselseitig bestritten sind und somit die Gefahr besteht, dass der eine Teilnehmer die Schuld dem andern zuweisen will. Auch der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft zwei verschiedene Dossiers mit zwei verschiedenen Verfahrensnummern führt, stellt keinen sachlichen Grund für eine Verfahrenstrennung dar. Die Argumentation der Staatsanwaltschaft, wonach sich eine Verfahrenstrennung aufgrund zwei separat geführter Verfahren rechtfertige, geht damit fehl. Da kein sachlicher Grund für die Verfahrenstrennung vorliegt, erübrigt sich sie Frage der Zulässigkeit des abgekürzten Verfahrens. Die Staatsanwaltschaft hätte folglich weder die Verfahren gegen den Beschwerdeführer und A trennen noch das abgekürzte Verfahren gegen A bewilligen dürfen.

bb) Das Obergericht hielt überdies im Rahmen dieses Strafverfahrens bereits fest, die Staatsanwaltschaft verdächtige den Beschwerdeführer, A mit der Brandlegung beauftragt zu haben. Es liege somit ein Fall von Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO vor. Auch wenn die Staatsanwaltschaft aus verwaltungsinternen Gründen zwei separate

Dossiers führe, gelte der Grundsatz der Verfahrenseinheit; es handle sich um ein Verfahren gegen zwei Beschuldigte (Täter und Anstifter)[177]. Trotzdem führte die Staatsanwaltschaft zwei getrennte Strafverfahren. Es handelt sich beim Beschwerdeführer und A um zwei Beschuldigte und nicht je nach Dossier um einen Beschuldigten und eine Auskunftsperson. Zudem gehören die Untersuchungsakten des Beschwerdeführers und A zu den einheitlichen Akten des Strafverfahrens. Dass die Staatsanwaltschaft keine beschwerdefähige Abtrennungsverfügung erliess, obwohl sie vom Obergericht darauf hingewiesen wurde, dass es sich um ein Verfahren gegen zwei Beschuldigte handle, lässt den Fehler umso schwerer erscheinen.

d) aa) Die Staatsanwaltschaft scheint auch den Nachteil zu übersehen, der sich für den Beschwerdeführer aus der Abtrennung des Verfahrens gegen A und dessen separate gerichtliche Beurteilung ergibt. Das Obergericht wies bereits in einem früheren Entscheid darauf hin, dass sich der Grundsatz der Verfahrenseinheit, der Anspruch der beschuldigten Teilnehmer einer Straftat auf ein einziges einheitliches Verfahren, nicht nur auf die Einsicht in die Akten, sondern auf die Durchführung eines einzigen einheitlichen Vor- und Hauptverfahrens beziehe. Dabei bestehe der rechtliche und praktische Nachteil, der dem Beschwerdeführer widerfahren würde, darin, dass durch den Erlass eines Strafbefehls gegen den einen Beschuldigten mit Bezug auf diesen Beteiligten vollendete Tatsachen geschaffen würden, die dem Beschwerdeführer im (eigenen) Strafverfahren zum Nachteil gereichen könnten[178]. Gleiches gilt für die separate Beurteilung des einen Beteiligten im abgekürzten Verfahren. Die "Reflexwirkung" und die Gefahr sich widersprechender Urteile lassen sich nicht wegdiskutieren. Bei einem engen Sachzusammenhang, mithin einer objektiven

[177] Entscheid des Obergerichts vom 6. Juni 2014, SW.2014.70, Erw. 2b
[178] Entscheid des Obergerichts vom 25. Februar 2016, SW.2016.5, Erw. 4b

Konnexität zwischen den den Beschuldigten vorgeworfenen Handlungen, ist folglich grundsätzlich ein einheitliches Verfahren durchzuführen. In einer solchen Konstellation besteht für einen geständigen Mitbeschuldigten kein Anspruch auf Durchführung eines abgekürzten Verfahrens.

bb) Ein Anspruch auf Durchführung eines abgekürzten Verfahrens lässt sich auch nicht aus dem Gleichheitsgebot ableiten. So hat ein geständnisbereiter Beschuldigter, der allfällige Zivilansprüche anerkennt, keinen Anspruch auf die Durchführung des abgekürzten Verfahrens. Im Gegenteil erfordert das Gleichheitsgebot, dass alle Tatbeteiligten grundsätzlich in einem einheitlichen Verfahren beurteilt werden, ansonsten eine Ungleichbehandlung vorliegt[179].

e) Schliesslich überzeugt auch das Argument der Verfahrensbeschleunigung nicht. Zwar kann die drohende Verletzung des Beschleunigungsgebots einen sachlichen Grund gemäss Art. 30 StPO darstellen, auf eine Verfahrensvereinigung zu verzichten[180]. Das Bundesgericht erachtete die Abtrennung von Verfahren von Mittätern verschiedentlich als zulässig, wenn das Verfahren eines oder mehrerer Mittäter weiter fortgeschritten war als die Verfahren anderer Mittäter und das Zuwarten gegen das Beschleunigungsgebot verstossen hätte[181]. Eine solche Konstellation liegt hier jedoch nicht vor. Die beiden Beschuldigten wurden kurz nacheinander festgenommen und blieben

---

[179] Vgl. Kaufmann, Das abgekürzte Verfahren bei mehreren Tatbeteiligten, in: recht 2009 S. 154

[180] BGE vom 24. März 2015, 6B_751/2014, Erw. 1.4

[181] BGE vom 17. Juni 2013, 1B_200/2013, Erw. 2.2 (ein Mittäter, wohnhaft im Ausland, dessen Einvernahme rechtshilfeweise durchgeführt werden musste); BGE vom 21. Dezember 2011, 1B_684/2011 und 1B_686/2011, Erw. 3.2 (ein Mittäter wurde erst später von Ecuador in die Schweiz ausgeliefert); BGE vom 24. März 2015, 6B_751/2014, Erw. 1.5 (ein Mittäter war schon acht Monate in Untersuchungshaft, als die Untersuchung gegen den Beschwerdeführer eröffnet wurde).

längere Zeit in Untersuchungshaft. Die Staatsanwaltschaft konnte das Verfahren gegen die beiden Beschuldigten ohne drohende Verfahrensverzögerung führen und die notwendigen Untersuchungshandlungen vornehmen. Entsprechend hielt die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift im abgekürzten Verfahren gegen A fest, das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer stehe vor der Anklageerhebung (im ordentlichen Verfahren).

f) Zusammenfassend hätte die Staatsanwaltschaft den Beschwerdeführer und A in einem gemeinsamen Verfahren verfolgen müssen, weshalb sich die Frage nach der Zulässigkeit der Durchführung eines separaten abgekürzten Verfahrens gegen A erübrigt hätte. Eine Verfahrenstrennung kommt in einer Konstellation, wie sie hier vorliegt, nicht in Frage. Im Übrigen hätte die Staatsanwaltschaft bei der Trennung der Verfahren eine Abtrennungsverfügung erlassen müssen. Die Vorinstanz stellte somit zutreffend schwerwiegende Verfahrensfehler fest.

3. a) Die Vorinstanz erwog, hätte die Staatsanwaltschaft ein gemeinsames Verfahren gegen den Beschwerdeführer und A geführt, hätte sich der Beschwerdeführer nicht gleichzeitig auch als Privatkläger konstituieren können. Es wäre daher stossend, wenn sich der Beschwerdeführer einzig aufgrund der Verfahrenstrennung nun doch als Privatkläger konstituieren könnte. Der Hinweis auf BGE 138 IV 29, auf den sich der Beschwerdeführer berufe, ziele ins Leere. Im zitierten Entscheid des Bundesgerichts sei der Beschuldigte das Opfer einer anderen Straftat (Körperverletzung) als derer, welcher er auch selbst beschuldigt sei (Gewalt und Drohung gegen Beamte). Zudem habe sich in diesem Fall die Frage gestellt, ob die Körperverletzung in Ausübung von Notwehr erfolgt sei.

b) Das Bundesgericht führte in BGE 138 IV 29 aus, der Grundsatz der Verfahrenseinheit bezwecke die Verhinderung sich widersprechender Urteile und diene der Prozessökonomie. Werde

jemand, nachdem er Polizeibeamte angegriffen haben solle, durch diese verletzt, seien die deswegen gegen das Opfer und die Polizeibeamten eröffneten Strafverfahren von einer einzigen Staatsanwaltschaft zu führen. Das Argument der Vorinstanz und der Staatsanwaltschaft, wonach der Beschwerdeführer unmöglich in ein und demselben Strafverfahren sowohl beschuldigte Person (mit Bezug auf die Anstiftung zur Brandstiftung) als auch Privatkläger (mit Bezug auf die Brandstiftung) sein könne, ist mit Blick auf BGE 138 IV 29 nicht stichhaltig. Auch in jenem Entscheid war der vom Bundesgericht genannte X sowohl Opfer (und Privatkläger) in Bezug auf die den Polizeibeamten vorgeworfene Körperverletzung als auch Beschuldigter mit Bezug auf die Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte sowie die versuchte Körperverletzung. Wie der Beschwerdeführer zutreffend geltend macht, ist entscheidend, dass die Interessen und Ziele des Beschwerdeführers mit Blick auf beide Rollen ein und dieselben sind. Der Beschwerdeführer wird sich ausschliesslich als Geschädigter präsentieren, wobei er wohl geltend machen wird, er habe A nicht zum Brand angestiftet. Im Gegensatz dazu wird A wohl den Standpunkt einnehmen, der Beschwerdeführer habe ihn zum Brand angestiftet. Gerade diese in höchstem Mass divergierenden Darstellungen verlangen, dass der Sachverhalt in einem einzigen Verfahren untersucht und beurteilt wird. Nur auf diese Weise lassen sich widersprüchliche Urteile verhindern. Ebenso muss es bei einer solchen Konstellation möglich sein, dass sich der Beschwerdeführer in Bezug auf die Brandstiftung auch als Privatkläger konstituieren kann. Im Übrigen hätte die Staatsanwaltschaft eine anfechtbare Verfügung erlassen müssen, wenn sie dem Beschwerdeführer die Privatklägerstellung nicht hätte gewähren wollen. Nur auf diese Weise hätte die Frage mittels Beschwerde im Vorverfahren geklärt werden können.

4. a) Die Vorinstanz stellte fest, für eine Nichtigerklärung müssten drei Voraussetzungen kumulativ gegeben sein: Der dem Entscheid anhaftende Mangel müsse besonders schwer sein, der Man-

gel müsse zudem offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein, und die Rechtssicherheit dürfe durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werden. Das abgekürzte Verfahren gegen A hätte nicht durchgeführt werden dürfen. Dieser gravierende Verfahrensmangel sei auch offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar gewesen. Die Anklageschrift im abgekürzten Verfahren und das gestützt darauf ergangene Urteil der Vorinstanz seien somit in einem unzulässigen Verfahren ergangen, weshalb es diese Rechtsakte nie hätte geben dürfen. Indessen würde die Rechtssicherheit erheblich gefährdet, wenn nun, lange Zeit nach Verbüssung der Strafe, ein erneutes Verfahren für den gleichen Sachverhalt gegen A eröffnet und er hierfür erneut angeklagt würde. Zudem habe A mangels ergangener Abtrennungsverfügung und Rechtsmittelverfahrens nicht damit rechnen müssen, dass die Anklageschrift im abgekürzten Verfahren und das gestützt darauf ergangene Urteil plötzlich hinfällig werden könnten. Damit behalte das Urteil im abgekürzten Verfahren gegen A seine Gültigkeit.

b) aa) Ein rechtswidriger Entscheid ist im Allgemeinen anfechtbar. Von der Anfechtbarkeit zu unterscheiden ist die Nichtigkeit. Einem nichtigen Entscheid geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Entscheid nichtig, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht[182].

[182] BGE vom 23. Mai 2016, 1B_11/2016, Erw. 3.2

bb) Nach der Gesetzessystematik betrifft die Verfahrenstrennung die Zuständigkeit. Das erstinstanzliche Gericht wird wegen des Problems der Vorbefassung im abgekürzten und ordentlichen Verfahren in anderer Besetzung urteilen. Die Verfahrenstrennung führt somit dazu, dass sich zwei verschiedene Spruchkörper in unterschiedlichen Verfahrensformen mit dem Delikt befassen müssen. Bei Verfahrenseinheit würde das ein einziger Spruchkörper in einem einheitlichen Verfahren tun. Die Verfahrenstrennung dürfte somit zu einer Änderung der Zuständigkeit führen. Damit wäre der angefochtene Entscheid als solcher über die Zuständigkeit zu betrachten[183].

c) aa) Die Vorinstanz erwog zutreffend, die ersten beiden Voraussetzungen - besonders schwerer Mangel und offensichtliche oder zumindest leichte Erkennbarkeit - seien gegeben. Gegen den Beschwerdeführer kann kein abgekürztes Verfahren geführt werden. Er muss sich deshalb im ordentlichen Verfahren verantworten. Da die Abtrennung des Verfahrens gegen A unzulässig ist, muss auch er sich dem ordentlichen Verfahren stellen. Das abgekürzte Verfahren hätte daher nie durchgeführt werden dürfen. Es fehlt an einer Grundlage für eine separate Anklageerhebung und ein separates Urteil. Die Anklageschrift und der Entscheid der Vorinstanz im abgekürzten Verfahren gegen A ergingen somit in einem unzulässigen Verfahren, weshalb es diese Rechtsakte nie hätte geben dürfen. Dieser Mangel wiegt besonders schwer. Hinzu kommen weitere Verfahrensfehler, nämlich dass die Staatsanwaltschaft keine Abtrennungsverfügung erliess und dem Beschwerdeführer die Privatklägerstellung nicht gewährte, ohne darüber eine Verfügung zu erlassen.

bb) Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft war der Mangel für alle Beteiligten offensichtlich oder zumindest leicht

---

[183] BGE vom 6. Oktober 2015, 1B_187/2015, Erw. 1.5.2

erkennbar. Offenkundig handelt es sich um einen Fall von Teilnahme. Damit war für den anwaltlich vertretenen A eindeutig erkennbar, dass das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer und ihn gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO grundsätzlich gemeinsam zu führen war. Er kann sich nicht auf die Rechtmässigkeit der Verfahrensabtrennung berufen, da ihm hätte bewusst sein müssen, dass es dafür einer formellen Abtrennungsverfügung bedurfte. Für die Staatsanwaltschaft war ohnehin klar, dass es sich um einen Fall von Teilnahme handelte, bei dem die Beschuldigten gemeinsam zu verfolgen sind, nachdem das Obergericht ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht hatte. Auch der Einwand der Staatsanwaltschaft, die Parteien hätten sich nicht in einem hängigen Rechtsmittelverfahren betreffend die Verfahrenstrennung befunden, überzeugt nicht. Die Staatsanwaltschaft trennte nicht nur die Verfahren gegen den Beschwerdeführer und A in unzulässiger Weise, sondern zeigte die Trennung auch nicht mit einer anfechtbaren Verfügung an. In einem solchen Fall kann das fehlende Rechtsmittelverfahren über die Trennung nicht als Argument für die fehlende Erkennbarkeit herangezogen werden. Das wäre rechtsmissbräuchlich. Zudem durfte sich der Beschwerdeführer gestützt auf die Vorgabe des Obergerichts darauf verlassen, dass die Staatsanwaltschaft ein einziges Verfahren gegen ihn und A führt.

d) aa) Die Rechtssicherheit ist im Bereich des Strafrechts von besonderer Bedeutung[184]. Die Rechtssicherheit darf durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werden; eine einfache Gefährdung genügt entsprechend nicht. Es kann daher nicht angehen, allenfalls noch nach Jahren ein unangefochten gebliebenes und in formelle Rechtskraft erwachsenes Strafurteil nichtig zu erklä-

[184] BGE vom 24. Dezember 2014, 6B_968/2014, Erw. 1.4; BGE vom 23. Januar 2009, 6B_744/2008, Erw. 1.3

ren, dessen fehlerhaftes Zustandekommen ohne Aktenkenntnis nicht erkennbar ist[185]. Dies gilt es auch in diesem Verfahren zu beachten.

bb) Eine erhebliche Gefährdung der Rechtssicherheit ist hier nicht ersichtlich, was sich schon daran zeigt, dass das fehlerhafte Zustandekommen des Strafurteils betreffend A problemlos ohne Aktenkenntnis erkennbar war. Alle Beteiligten wussten, dass es sich um einen Fall von Teilnahme und mithin um ein einheitliches Verfahren handelt, bei dem es ohne rechtskräftige Abtrennung gar kein separates abgekürztes Verfahren geben konnte. Ausserdem verlangte der Beschwerdeführer die Nichtigkeit des Urteils betreffend A entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht erst nach Jahren, sondern nach 15 Monaten.

cc) Beim Gebot der Rechtssicherheit geht es immer auch um Treu und Glauben[186]. Darauf kann sich A nicht berufen, musste ihm doch klar sein, dass er grundsätzlich mit dem von ihm beschuldigten Beschwerdeführer beurteilt werden musste. Sein Einwand, wonach die Rechtsprechung des Bundesgerichts und Obergerichts zur Verfahrenseinheit erst später ergangen sei, überzeugt nicht, zumal sich der Grundsatz der Verfahrenseinheit bei Teilnahmedelikten bereits aus Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO ergibt. Abgesehen davon bezieht sich das Gebot der Rechtssicherheit nicht nur auf die Perspektive von A, der an seinem rechtskräftigen Urteil festhalten will. Vielmehr geht es generell um eine klare und voraussehbare Regelung rechtlicher Verhältnisse, um Grundlagen, die nicht zu häufig ändern, um eine konstante Rechtsprechung und letztlich um ein stabiles, funktionierendes Rechtssystem, das Rechtsfrieden garantieren soll. Dazu gehört, dass eine offenbar rechtswidrige Praxis einer Untersuchungsbehörde

---

[185] BGE vom 23. Januar 2009, 6B_744/2008, Erw. 1.3

[186] Vgl. Schindler/Tschumi, in: Die schweizerische Bundesverfassung (Hrsg.: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender), 3.A., Art. 5 N 10

gestoppt wird. Die Aufhebung eines einzigen rechtskräftigen Strafurteils gegen einen einzigen Beschuldigten ist dabei hinzunehmen.

dd) Auch die erfolgreiche Reintegration von A und die guten Voraussetzungen für eine dauerhafte Deliktsprävention begründen keine erhebliche Gefährdung der Rechtssicherheit. Seine Bewährung seit Entlassung aus dem Strafvollzug kann im neuen Verfahren im Fall eines Schuldspruchs ohne weiteres berücksichtigt werden. Ebenso wären ihm die Untersuchungshaft und der Strafvollzug anzurechnen.

e) Es führt folglich kein Weg an der Nichtigerklärung der Anklageschrift und des Urteils im abgekürzten Verfahren gegen A vorbei. Die Nichtigkeit hat zur Folge, dass jederzeit ein zweites Verfahren in derselben Sache eingeleitet werden kann, da der Grundsatz "ne bis in idem" mangels rechtskräftigen Urteils nicht greift[187]. In analoger Anwendung von Art. 362 Abs. 3 StPO ist das Verfahren daher zur Durchführung und zum Abschluss eines ordentlichen Vorverfahrens gegen A an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen, damit dieser zusammen mit dem Beschwerdeführer beurteilt werden kann.

f) Da das abgekürzte Verfahren wegfällt, dürfen die Zugeständnisse von A, die dieser im Zusammenhang mit dem abgekürzten Verfahren abgab, nicht verwertet werden[188]. Diesbezügliche Aktenstücke sind aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss unter Verschluss zu halten. Das Verwertungsverbot gilt aber nicht für Erklärungen von A vor dem Antrag auf

---

[187] Ackermann, Absolute Nichtigkeit von amtlichen Prozesshandlungen im Zürcher Strafprozess, in: Festschrift 125 Jahre Kassationsgericht des Kantons Zürich, Zürich 2000, S. 322

[188] Art. 362 Abs. 4 StPO analog

Durchführung eines abgekürzten Verfahrens und ausserhalb des abgekürzten Verfahrens[189].

Obergericht, 2. Abteilung, 9. Februar 2017, SW.2016.126

21. Formulierung des Dispositivs, wenn bezüglich eines einzigen Lebenssachverhalts die schwere Körperverletzung zu verneinen und die einfache Körperverletzung bereits verjährt ist (Art. 81 Abs. 4 StPO; Art. 97, 122, 123 StGB)

1. a) In der Anklageschrift warf die Staatsanwaltschaft dem Berufungskläger insbesondere eine versuchte schwere Körperverletzung vor; der Berufungskläger habe im November 2007 mit einer metallenen Hantelstange gegen den Kopf seines Opfers geschlagen und dieses dabei im linken Schläfenbereich getroffen.

b) Die Vorinstanz entschied in diesem Zusammenhang, der Berufungskläger sei nicht schuldig der schweren und der qualifizierten einfachen Körperverletzung. Im begründeten Entscheid erläuterte die Vorinstanz, es liege keine schwere Körperverletzung vor, denn es könne dem Berufungskläger nicht mit der notwendigen Überzeugung vorgeworfen werden, dass er das Opfer lebensgefährlich habe verletzen wollen oder dies zumindest in Kauf genommen habe. Der Berufungskläger sei folglich vom Vorwurf der versuchten schweren Körperverletzung freizusprechen. Der Tatbestand der einfachen Körperverletzung zum Nachteil des Opfers sei zwischenzeitlich verjährt,

---

[189] Schwarzenegger, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 362 N 9; Schmid, Art. 362 StPO N 11 f.; Greiner/Jaggi, Basler Kommentar, Art. 358 StPO N 21 ff. und Art. 362 StPO N 30 ff.

weshalb das Strafverfahren diesbezüglich einzustellen wäre; das Urteilsdispositiv sei diesbezüglich falsch. Da daraus niemand einen Nachteil erleide, erübrige sich eine Berichtigung von Amtes wegen; im Übrigen sei die Berufung bereits angemeldet worden, so dass das Obergericht, falls notwendig, eine Korrektur vornehmen könne.

2. Im Urteilsdispositiv ist stets über alle Teile der Anklage zu entscheiden; ein Freispruch in einem Anklagepunkt ist im Urteilsdispositiv grundsätzlich zum Ausdruck zu bringen[190]. Die abweichende rechtliche Beurteilung des Anklagesachverhalts durch das Gericht zieht aber keinen Freispruch oder Teilfreispruch hinsichtlich des angeklagten Tatbestands nach sich; es hat lediglich eine Verurteilung wegen des vom Gericht bejahten Tatbestands zu ergehen[191]. Erfüllt der in der Anklageschrift vorgehaltene Sachverhalt die rechtlichen Voraussetzungen für eine schwere Körperverletzung[192] nicht, sondern nur diejenigen für eine einfache Körperverletzung[193], so wird daher im Dispositiv lediglich der Schuldspruch wegen einfacher Körperverletzung festgehalten; es erfolgt hingegen kein separater Freispruch wegen schwerer Körperverletzung.

3. Bei Eintritt der Verjährung erfolgt kein Freispruch, sondern eine Einstellung des Verfahrens, wobei die Verjährung die Schuld nicht auslöscht[194]. Eine Teileinstellung kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn mehrere Lebensvorgänge oder Taten im prozessualen Sinn zu beurteilen sind, die einer separaten Erledigung zugänglich sind. Soweit

---

[190] Brüschweiler, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 81 N 11

[191] BGE vom 27. August 2015, 6B_254/2015, Erw. 3.2; BGE vom 14. November 2012, 6B_99/2012, Erw. 5.5; Stohner, Basler Kommentar, Art. 81 StPO N 21; Schmid, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, 2.A., N 1343 Fn. 138

[192] Art. 122 StGB

[193] Art. 123 StGB

[194] Trechsel/Capus, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar (Hrsg.: Trechsel/Pieth), 2.A., Vor Art. 97 N 6

es sich hingegen nur um eine andere rechtliche Würdigung ein und desselben Lebensvorgangs handelt, scheidet eine teilweise Verfahrenseinstellung aus; es muss darüber einheitlich entschieden werden[195]. Jede Einstellung - nach welchem rechtlichen Gesichtspunkt auch immer - führt zur Einstellung des Verfahrens wegen des gesamten Lebensvorgangs. Grund dafür ist, dass sich die Rechtskraft und damit die Sperrwirkung des Urteils auf den gesamten einheitlichen Lebensvorgang bezieht und nicht auf eine bestimmte rechtliche Würdigung eben dieses Lebenssachverhalts. Die materielle Rechtskraft bestimmt sich also nach dem beurteilten Lebenssachverhalt und schliesst ein weiteres Strafverfahren zur erneuten Beurteilung desselben Lebenssachverhalts aus[196].

4. Folglich muss gestützt auf den in der Anklageschrift enthaltenen Lebenssachverhalt ein einheitliches Urteil ergehen. Kommt eine Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung nicht in Frage und ist betreffend die einfache Körperverletzung bereits die Verjährung eingetreten, so ist im Dispositiv nur die Einstellung des Verfahrens wegen einfacher Körperverletzung festzuhalten. Daher ist der Freispruch betreffend die versuchte schwere Körperverletzung zum Nachteil des Opfers von Amtes wegen aus dem Dispositiv zu streichen. Rechtlich ergibt sich daraus kein Unterschied, denn eine rechtskräftige Einstellungsverfügung kommt einem freisprechenden Endentscheid gleich[197].

Obergericht, 1. Abteilung, 24. April 2017, SBR.2016.59

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 5. Oktober 2017 ab, soweit es darauf eintrat (6B_864/2017).

---

[195] BGE vom 20. März 2014, 6B_653/2013, Erw. 3.2
[196] Ackermann, Unzulässige Teileinstellung bei gleichem Lebenssachverhalt, in: forum-poenale 2017, S. 47
[197] Art. 320 Abs. 4 StPO; BGE 143 IV 110

22. **Einsicht in Akten eines Mitbeschuldigten** (Ergänzung zu RBOG 2016 Nr. 29; Art. 107 Abs. 1 lit. a, 108 Abs. 1 lit. b StPO)

1. Das Obergericht erkannte im Entscheid RBOG 2016 Nr. 29[198], der Beschwerdeführer habe als Mitbeschuldigter grundsätzlich das Recht auf Einsicht in alle Akten des einheitlichen Strafverfahrens, das gegen ihn und den mitbeschuldigten Beschwerdegegner geführt werde. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sei aber nicht unbegrenzt. Unter anderem könnten die Strafbehörden die Akteneinsicht gemäss Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO einschränken, wenn dies zur Wahrung privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich sei. Zu denken sei an medizinische Befunde sowie psychiatrische Gutachten. Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts seien aber zurückhaltend und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes anzuwenden[199]. Das Obergericht kam zum Schluss, demnach seien sämtliche Ausführungen (in einem psychiatrischen Gutachten), die sich auf die begangenen Straftaten bezögen, grundsätzlich den Mitbeschuldigten offenzulegen. Hingegen seien sanktionsbezogene Ausführungen - wie namentlich über Schuldfähigkeit und allfällige Massnahmen - der Privat- und Geheimsphäre zuzuordnen und dürften somit dem Mitbeschuldigten vorenthalten werden[200].

2. In Bestätigung dieser Rechtsprechung des Obergerichts ist die Hierarchie zwischen Regel und Ausnahme klarzustellen: Grundregel ist die vollständige Akteneinsicht des (Mit-)Beschuldigten. Ausnahme ist die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts gemäss Art. 108 Abs. 1 lit. b StPO. Die Ausnahme muss zur Wahrung privater Ge-

---

198 S. 275
199 RBOG 2016 Nr. 29, S. 275 f.
200 RBOG 2016 Nr. 29, S. 279

heimhaltungsinteressen erforderlich sein, ist also zurückhaltend zu gewähren. Ein Geheimhaltungsinteresse allein genügt nicht. Vielmehr ist zu prüfen, ob das Geheimhaltungsinteresse die berechtigten Interessen des (Mit-)Beschuldigten an einer wirksamen Verteidigung offensichtlich überwiegt.

Obergericht, 2. Abteilung, 1. Juni 2017, SW.2017.26

23. Verwertbarkeit der Aussagen als Auskunftsperson nach einem Rollenwechsel zur beschuldigten Person (Art. 131 Abs. 3, 141 Abs. 1 StPO)

1. a) X war am 5. Juli 2013, um etwa 17.00 Uhr, mit seinem Audi in Richtung H unterwegs; Y fuhr mit seinem Mercedes direkt hinter ihm. In der Folge überholten X und Y einen anderen Personenwagen und setzten ihre Fahrt mit übersetzter Geschwindigkeit fort. Im Ausserortsbereich leitete X aufgrund eines abbiegenden Fahrzeugs eine Vollbremsung ein, um eine Kollision zu vermeiden. Der nachfolgende Y sah sich gezwungen, ebenfalls eine Vollbremsung einzuleiten; dabei wich er nach rechts auf den angrenzenden Fahrradweg aus und kollidierte linksseitig mit dem Audi sowie rechtsseitig mit zwei Leitpfosten und zwei Wegweisern. In unmittelbarer Nähe der Wegweiser standen zwei Personen, welche Y beinahe angefahren hätte. X seinerseits fuhr über den Verkehrsteiler hinaus und kam auf der Gegenfahrbahn zum Stillstand.

b) Um 19.09 Uhr befragte die Polizei X bis 21.26 Uhr als Auskunftsperson im Strafverfahren betreffend Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz. Um 21.46 Uhr vernahm sie ihn als be-

schuldigte Person ein; die Einvernahme dauerte bis 22.43 Uhr. Am Tag darauf befragte sie ihn erneut[201]. X war an diesen Einvernahmen nicht anwaltlich vertreten. Am 15. Juli 2013 wurde X ebenfalls ohne Verteidigung als beschuldigte Person zu den persönlichen Verhältnissen einvernommen.

2. X begründet die Unverwertbarkeit der Beweismittel damit, dass bereits kurze Zeit nach dem Unfall vom 5. Juli 2013 klar gewesen sei, dass es um einen Fall notwendiger Verteidigung gehe; trotzdem sei ihm kein Verteidiger zur Seite gestellt worden. Er sei erst durch die Bestellung eines Wahlverteidigers am 23. Juli 2013 verteidigt gewesen.

3. Gemäss Art. 130 lit. b StPO muss die beschuldigte Person verteidigt werden, wenn ihr eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme droht. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, achtet die Verfahrensleitung laut Art. 131 Abs. 1 StPO darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird.

a) Art. 130 lit. b StPO erfordert von der Staatsanwaltschaft bereits zu Beginn des Verfahrens eine Prognose über die mutmassliche Dauer der drohenden Freiheitsstrafe. Ergibt diese Prognose, dass der beschuldigten Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht, muss ihr die Verfahrensleitung nach Eröffnung der Untersuchung unverzüglich eine Verteidigung bestellen. Wird hingegen eine Strafe von unter einem Jahr prognostiziert und liegt deshalb - und auch sonst - kein Fall von notwendiger Verteidigung vor, hat die Verfahrensleitung nicht von Amtes wegen für eine Verteidigung zu sorgen[202]. Gründe, die eine notwendige Verteidigung gebieten, können auch erst nach der ersten Einvernahme oder Eröffnung der Untersu-

---

[201] Von 11.41 bis 13.25 Uhr
[202] RBOG 2012 Nr. 26

chung erkennbar werden, wenn sich beispielsweise aufgrund neuer Erkenntnisse ergibt, dass die Strafgrenze nach Art. 130 lit. b StPO doch erreicht wird[203]. Die Frage der Erkennbarkeit orientiert sich an objektiven Massstäben. Abzustellen ist auf die Informationen, die den Strafbehörden zum Zeitpunkt der jeweiligen Beweiserhebung bekannt waren[204]. Letztlich wird es darum gehen, ob der Grund für die notwendige Verteidigung bei Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkannt werden müssen[205].

b) Die Staatsanwaltschaft wurde offensichtlich von der Polizei über den Vorfall informiert und rückte an den Unfallort aus. Damit war die Untersuchung gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO i.V.m. Art. 307 Abs. 1 StPO eröffnet, auch wenn eine formelle Eröffnungsverfügung fehlt. Die in Art. 309 Abs. 1 StPO vorgesehene formelle Eröffnungsverfügung der Staatsanwaltschaft hat deklaratorische Bedeutung und sagt nichts darüber aus, ab welchem Zeitpunkt ein Vorverfahren nach Art. 299 ff. StPO und insbesondere eine Untersuchung nach Art. 308 ff. StPO geführt wird. Die StPO geht von einem materiellen Begriff der Eröffnung der Voruntersuchung wie auch der staatsanwaltschaftlichen Untersuchung aus. Eine Untersuchung im Sinn von Art. 308 ff. StPO ist somit eingeleitet, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit einem Straffall zu befassen beginnt. Jede Verfahrenshandlung einer Strafverfolgungsbehörde im Vorverfahren unterliegt daher der StPO, unabhängig davon, ob eine formelle Eröffnung nach Art. 309 erfolgte oder nicht[206]. Das bedeutet, dass X - falls die Voraussetzungen von Art. 130 lit. b StPO gegeben sind - an den polizeilichen

---

[203] Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2.A., Art. 131 N 1
[204] Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 442
[205] Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 131 N 13
[206] Schmid, Art. 309 StPO N 2; vgl. Omlin, Basler Kommentar, Art. 309 StPO N 6 ff.

Einvernahmen von Anfang an hätte verteidigt sein müssen[207]. Zudem hat sich die Staatsanwaltschaft Wissen und Handeln der Polizei anrechnen zu lassen; sie kann sich nicht darauf berufen, sie habe die Notwendigkeit der Verteidigung nicht erkennen können, weil sie nicht über die der Polizei bekannten Informationen verfügt habe. Die Staatsanwaltschaft leitet das Untersuchungsverfahren und hat die Verantwortung dafür, dass rechtzeitig eine notwendige Verteidigung angeordnet wird.

c) aa) Im Audi sassen X und Z. In der ersten Einvernahme um 18.54 Uhr sagte Z als Beschuldigter aus, er sei gefahren. X bestätigte dies. Die Polizei ging somit zu Beginn der Befragungen davon aus, Beschuldigter sei Z. Sie befragte daher X um 19.09 Uhr in Anwendung von Art. 178 lit. d StPO zu Recht als Auskunftsperson, weil er mutmasslich nicht Täter, aber als Täter oder Teilnehmer der abzuklärenden Straftat nicht auszuschliessen war. Z gab gegen Ende seiner Einvernahme zu Protokoll, er sei nicht gefahren; es sei X gewesen. Seine Befragung wurde kurz danach um 21.40 Uhr für weitere Abklärungen unterbrochen. Die parallel dazu durchgeführte erste Einvernahme von X endete bereits um 21.26 Uhr, das heisst vor dem "Zugeständnis" von Z. Die Polizei durfte somit während der ganzen ersten Befragung von X davon ausgehen, er sei nicht Beschuldigter. Erst nach der Aussage von Z, X sei gefahren, befragte die Polizei diesen ein zweites Mal, diesmal zu Recht als beschuldigte Person.

bb) Es ist denkbar, dass eine Auskunftsperson nicht nur als Täter in Betracht kommt, sondern im Lauf der Untersuchung der Tat dringend verdächtigt wird. Sie ist im weiteren Verfahren als beschuldigte Person einzuvernehmen. Zu beantworten bleibt aber die Frage, ob die bisher als Auskunftsperson gemachten Aussagen gültig

---

[207] Art. 131 Abs. 2 StPO: "jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung"

bleiben oder ungültig oder gar unverwertbar werden. Zwar hätte auch die Auskunftsperson ihre Aussage wie eine beschuldigte Person verweigern können, was für die Verwertbarkeit ihrer früheren Aussagen spräche. Laut Vogel[208] sollen die früheren Aussagen nur im Verfahren gegen Dritte als Beweismittel gültig bleiben, im Verfahren gegen die nun selbst beschuldigte Person hingegen nicht, weil sie im Zeitpunkt ihrer früheren Aussagen noch keine Beschuldigtenrechte gehabt habe. Ob dies generell zutrifft, kann hier offen bleiben. Zuzustimmen ist dieser Auffassung aber jedenfalls dann, wenn der betroffenen Person in Bezug auf die Befragung verteidigungswirksame Rechte vorenthalten wurden. Dies ist etwa der Fall, wenn sie bei ihrer Einvernahme nicht anwaltlich vertreten war und gleichzeitig - wäre sie als beschuldigte Person einvernommen worden - hätte erkannt werden müssen, dass eine Verteidigung im Sinn von Art. 130 StPO notwendig gewesen wäre. Diesfalls ist die frühere Befragung als Auskunftsperson nur gültig, wenn die nunmehr beschuldigte Person auf ihre Befragung verzichtet[209].

cc) X wurde im Verlauf der ersten Befragung vorgehalten, die Lenker des Audis und des Mercedes - gemeint waren zu diesem Zeitpunkt Y und Z - hätten sich mutmasslich ein Rennen geliefert oder seien mit massiv übersetzter Geschwindigkeit gefahren. Die Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen bedroht Art. 90 Abs. 3 SVG mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu vier Jahren. Damit stand dieser Tatvorwurf bei der ersten Befragung von X im Raum und war als solcher massgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine notwendige Verteidigung anzuordnen war. Dazu kam der Vorwurf einer massiven Geschwindigkeitsüberschreitung, was die Anwendung von Art. 90 Abs. 4 SVG nahelegte.

---

[208] Vogel, Auskunftsperson im Zürcher Strafprozessrecht, Diss. Zürich 1999, S. 163
[209] Kerner, Basler Kommentar, Art. 178 StPO N 17

Daher war schon bei der ersten Befragung als Auskunftsperson erkennbar, dass dem X (als Beschuldigtem) eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr drohte. Es lag somit erkennbar ein Fall notwendiger Verteidigung im Sinn von Art. 130 lit. b StPO vor.

dd) Die gleichen Überlegungen gelten für die zweite Einvernahme von X als beschuldigte Person am 5. Juli 2013 und die weiteren Befragungen, die ebenfalls ohne Verteidigung durchgeführt wurden. Wenn schon in der ersten Einvernahme der Vorwurf eines Rennens und einer massiven Geschwindigkeitsüberschreitung im Raum stand, galt dies erst recht für die anschliessende Befragung, die um 21.45 Uhr begann. Die Polizei fragte X denn auch ausdrücklich, ob er sich mit dem Mercedes ein Rennen geliefert habe. Auch hier hätte X notwendig verteidigt sein müssen.

d) Da X auf die Wiederholung der ohne Verteidigung erhobenen Beweise nicht verzichtete, sind diese Beweise ungültig im Sinn von Art. 131 Abs. 3 StPO und absolut unverwertbar nach Art. 141 Abs. 1 StPO.

Obergericht, 2. Abteilung, 19. Oktober 2017, SW.2017.97

24. **Absolute Unverwertbarkeit von Beweismitteln bei Verletzung erkennbar notwendiger Verteidigung** (Art. 131 Abs. 3, 141 StPO)

1. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird[210]. Wurden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor eine Verteidigerin oder ein Verteidiger bestellt worden ist, so ist die Beweiserhebung gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet.

2. a) Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind gemäss Art. 140 StPO bei der Beweiserhebung selbst bei Zustimmung der betroffenen Person untersagt. Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, sind laut Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO in keinem Fall verwertbar. Dasselbe gilt gemäss Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO, wenn die StPO einen Beweis als unverwertbar bezeichnet. Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt wurden, sind gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise sind laut Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

---

[210] Art. 131 Abs. 1 StPO

b) Art. 141 StPO differenziert danach, zu welcher Normenkategorie die bei der Beweiserhebung verletzte Norm gehört. Die StPO unterscheidet zunächst zwischen Ordnungsvorschriften einerseits und Gültigkeitsvorschriften andererseits. Haben die Strafverfolgungsbehörden bei der Beweiserhebung eine Ordnungsnorm verletzt, bleibt der Beweis gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Ist dagegen eine Gültigkeitsvorschrift missachtet worden, ergeben sich die Rechtsfolgen entweder aus Art. 141 Abs. 1 (keine Verwertbarkeit) oder Abs. 2 StPO (nur verwertbar zur Aufklärung schwerer Straftaten). Art. 141 Abs. 1 StPO erfasst demnach absolute Gültigkeitsvorschriften, Abs. 2 relative[211]. Nie verwertbar ist ein Beweis kraft ausdrücklicher Regelung in Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO, wenn die StPO ihn als "unverwertbar"[212] bezeichnet. Ein relatives Verwertungsverbot liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Beweisabnahme als "ungültig"[213] bezeichnet[214].

c) Zu entscheiden ist somit, ob im Fall einer notwendigen Verteidigung eine Befragung des Beschuldigten ohne Verteidigung relativ oder absolut unverwertbar ist, falls der Beschuldigte nicht auf eine Wiederholung verzichtet, ob mithin Art. 131 Abs. 3 StPO unter Art. 141 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO fällt.

3. a) Die Entstehungsgeschichte zu Art. 131 Abs. 3 StPO und die Gesetzesmaterialien bringen keine Klarheit. Art. 137 Abs. 3 VE-StPO bezeichnete Beweisabnahmen ohne notwendige Verteidigung als "ungültig" und nicht "unverwertbar". Der Begleitbericht zum Vorentwurf erläuterte dies aber dahin, solche Beweise seien "unverwertbar". Im bundesrätlichen Entwurf zur StPO (Art. 129 Abs. 3 E-StPO)

---

211 Wohlers/Bläsi, Dogmatik und praktische Relevanz der Beweisverwertungsverbote im Strafprozessrecht der Schweiz, in: recht 2015 S. 163
212 Pas exploitable, non utilizzabile (zum Beispiel in Art. 158 Abs. 2 StPO)
213 Pas valable, non valide (zum Beispiel in Art. 177 Abs. 1 StPO)
214 Gless, Basler Kommentar, Art. 141 StPO N 67

war die Rede von "gültig", während die Botschaft und der Begleitbericht zum Vorentwurf festhielten, Einvernahmen ohne notwendige Verteidigung seien "unverwertbar". Im Nationalrat wurde ein Minderheitsantrag aus der vorberatenden Kommission abgelehnt, wonach die notwendige Verteidigung vor der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft (und nicht erst nach der ersten Einvernahme wie in Art. 131 Abs. 2 StPO) sicherzustellen sei; ohne Anwesenheit des notwendigen Verteidigers abgenommene Beweise und die daraus gewonnenen weiteren Beweise sollten nur "verwertbar" sein, wenn die beschuldigte Person auf eine Wiederholung verzichte. Daraus kann nicht auf eine technische Verwendung der Begriffe "gültig" und "verwertbar" geschlossen werden. Nach einer kurzen Erläuterung des Minderheitsantrags beschränkte sich die Diskussion im Nationalrat auf zwei Voten: Jenes des Departementsvorstehers Christoph Blocher bezog sich ausschliesslich auf den Antrag zu Art. 131 Abs. 2 StPO (vor statt nach) und dasjenige der Kommissionssprecherin nur in einem Satz auf Art. 131 Abs. 3 StPO; es galt den Folgebeweisen, die der Minderheitsantrag in die "Ungültigkeit" beziehungsweise "Unverwertbarkeit" hätte einbeziehen wollen. Aus der Entstehungsgeschichte von Art. 131 Abs. 3 StPO lässt sich somit nicht der Schluss ziehen, der im deutschen und italienischen Gesetzestext verwendete Begriff "gültig" sei im technischen Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO verwendet worden[215]. Umgekehrt lässt sich daraus auch nicht folgern, der im französischen Gesetzestext verwendete Begriff "unverwertbar" sei im technischen Sinn von Art. 141 Abs. 1 StPO zu verstehen.

b) Es ist daher (mehr als) fraglich, ob die Auffassung von Ruckstuhl zutrifft, aus dem Wortlaut des Abänderungsantrags, der von Unverwertbarkeit gesprochen habe, und aus der Begründung

---

[215] Bommer, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, in: recht 2010 S. 216 f.

desselben ergebe sich klar, dass damit die Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots gemeint gewesen sei und nicht erst die Statuierung eines Beweisverwertungsverbots an sich, da von dessen grundsätzlichem Bestehen allgemein ausgegangen worden sei[216]. Entscheidend ist, ob absolute oder relative Unverwertbarkeit gemeint war. Diesbezüglich ist ein eindeutiger gesetzgeberischer Wille nicht zu erblicken, da in den Gesetzesmaterialien sowohl von der Gültigkeit als auch von der Verwertbarkeit des erhobenen Beweises die Rede ist[217]. Es bleibt die Tatsache, dass der Gesetzgeber, so unter anderem auch die Botschaft, mehrfach von Unverwertbarkeit sprach, ohne klarzustellen, dass dies nicht technisch im Sinn von Art. 141 Abs. 1 StPO gemeint sei. Dazu aber hätte der Gesetzgeber allen Anlass gehabt, wollte er diese Deutung vermeiden.

4. a) Das Bundesgericht erwog im Zusammenhang mit Art. 131 Abs. 3 StPO, der deutsche und der italienische Wortlaut wichen vom französischen Gesetzestext markant ab. Während nach deutschem und italienischem Text eine Ungültigkeitsfolge vorgesehen sei ("nur gültig", "valido soltanto"), spreche der französische Wortlaut von Unverwertbarkeit ("ne sont pas exploitables"). Nach dem deutschen und dem italienischen Gesetzestext läge somit kein Fall von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO vor: Unverwertbarkeit (im Sinn von Satz 2) wäre nur gegeben, wenn dieses Gesetz einen Beweis als "unverwertbar" bezeichne. Weder der deutsche noch der italienische Wortlaut bezeichneten die Beweiserhebung in den Fällen von Art. 131 Abs. 3 StPO als unverwertbar. Im Entscheid vom 17. Februar 2014[218] sei das Bundesgericht gestützt auf den französischen Wortlaut im Ergebnis

---

[216] Ruckstuhl, Basler Kommentar, Art. 131 StPO N 17

[217] Bläsi, Bemerkungen zu Entscheid Nr. 2, Obergericht Zürich, III. Strafkammer, Beschluss vom 17. März 2015 i.S. X. gegen die Staatsanwaltschaft IV Zürich - UH150031, in: forumpoenale 2016 S. 9

[218] BGE vom 17. Februar 2014, 6B_883/2013, Erw. 2.3

von einem Fall der Unverwertbarkeit ausgegangen, habe aber die divergierenden Gesetzestexte weder angesprochen noch thematisiert. Wie es sich mit den materiell-rechtlichen Fragen zur Auslegung von Art. 131 Abs. 3 und Art. 141 StPO verhalte, könne offenbleiben[219].

b) Auch der Entscheid des Bundesgerichts vom 14. Februar 2014, welcher einen Sachverhalt zum Gegenstand hatte, der mit dem hier zu entscheidenden Fall vergleichbar war, liefert keine Antwort auf die hier massgebliche Frage[220]. Das Bundesgericht entschied die Frage nicht, ob Art. 131 Abs. 3 StPO ein Anwendungsfall von Art. 141 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO sei. Es kann daraus auch nicht geschlossen werden, das Bundesgericht habe dem erstinstanzlichen Strafgericht im Fall, dass Art. 131 Abs. 3 StPO eine "blosse" Gültigkeitsvorschrift im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO sein sollte, ein für allemal verwehrt, das Befragungsprotokoll unter den Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 2 StPO trotz Ungültigkeit doch noch zu verwerten. Dies wäre nur der Fall, wenn das Bundesgericht festgestellt hätte, dieses Protokoll sei unverwertbar im Sinn von Art. 141 Abs. 1 StPO. Das tat das Bundesgericht gerade nicht. Im Gegenteil sprach es nur davon, es sei ungültig. Im Dispositiv ist weder von Ungültigkeit noch von Unverwertbarkeit die Rede. Die ausdrückliche bundesgerichtliche Anordnung, das Protokoll einstweilen separat unter Verschluss zu halten und erst nach rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens zu vernichten, hilft ebenfalls nicht weiter. Sie entspricht Art. 141 Abs. 5 StPO und berücksichtigt, dass die Parteien im gerichtlichen Hauptverfahren die Verwertbarkeit von umstrittenen Beweisen (nochmals) beantragen können. Das Sachgericht kann alsdann im Hauptverfahren - wenn die Strafuntersuchung abgeschlossen ist - zum Schluss kommen, die Verwertbarkeit sei zur Aufklärung einer schweren Straf-

---

[219] BGE 141 IV 293 f.; BGE vom 12. August 2015, 1B_124/2015, Erw. 2.1.2
[220] BGE vom 14. Februar 2014, 1B_445/2013, Erw. 2

tat im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO unerlässlich, falls die Beweiserhebung nach Auffassung des Strafgerichts nicht unter Art. 141 Abs. 1 StPO fällt. Das Bundesgericht stellte lediglich die Ungültigkeit der Einvernahme im Sinn von Art. 131 Abs. 3 StPO fest und ordnete die Rechtsfolge nach Art. 141 Abs. 5 StPO an. Weder war damit ein Entscheid über die absolute oder relative Unverwertbarkeit verbunden noch über die Erfüllung der Voraussetzungen für die Verwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 2 StPO (Aufklärung einer schweren Straftat)[221].

c) Das Berner Obergericht sprach sich in einem Entscheid vom 21. März 2016 für absolute Unverwertbarkeit aus. Werde eine beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme nicht darüber belehrt, dass sie berechtigt sei, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen, sei die Einvernahme unverwertbar (Art. 158 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 StPO). Umso mehr müsse die Unverwertbarkeit Platz greifen, wenn der beschuldigten Person trotz erkennbarer notwendiger Verteidigung kein Verteidiger zur Seite gestellt worden sei[222]. In einem kurz zuvor ergangenen Entscheid vom 9. Februar 2016 konnte das Berner Obergericht die Frage noch offen lassen, weil keine Unerlässlichkeit zur Aufklärung einer schweren Straftat im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO vorlag[223].

d) Das Zürcher Obergericht erkannte dagegen in einem Entscheid vom 17. März 2015 - allerdings ohne Begründung - auf ein

---

[221] Vgl. aber BGE vom 21. Mai 2014, 1B_124/2014, Erw. 1.2.4, welcher in Bezug auf BGE 1B_445/2013 offenbar davon ausging, es habe "von vornherein" festgestanden, dass "diese Einvernahmen effektiv unverwertbar" seien.

[222] Beschluss des Obergerichts Bern vom 21. März 2016, BK 2016 44, in: Can 2016 Nr. 62, S. 186

[223] Entscheid des Obergerichts Bern vom 9. Februar 2016, SK 2015 24, in: Can 2016 Nr. 61, S. 178

relatives Verwertungsverbot[224]. Es ging stillschweigend davon aus, Art. 131 Abs. 3 StPO sei ein Anwendungsfall von Art. 141 Abs. 2 StPO.

In einem Entscheid vom 24. Juni 2016 sprach das Zürcher Obergericht dagegen im Zusammenhang mit Art. 131 Abs. 3 StPO von Unverwertbarkeit, nicht aber von Ungültigkeit: Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen sei von der Unverwertbarkeit der von der Beschuldigten vor Bestellung der amtlichen Verteidigung getätigten Aussagen auszugehen. Art. 131 Abs. 3 StPO bestimme, dass in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, vor der Bestellung einer Verteidigung vorgenommene Beweiserhebungen "nur gültig" seien, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichte. Es liege ein Fall notwendiger Verteidigung vor, was von Anfang an erkannt worden sei. Mangels Verzichts der Beschuldigten auf Wiederholung erwiesen sich die entsprechenden Aussagen daher als unverwertbar[225]. Die Gänsefüsschen bei "nur gültig" können dahingehend interpretiert werden, dass das Zürcher Obergericht - den Gesetzestext wörtlich zitierend - damit "unverwertbar" meinte.

e) In einem Entscheid vom 1. Dezember 2016 zitierte das Bundesgericht aus dem angefochtenen Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 5. April 2016. Das Jugendgericht (Basel-Stadt) habe angenommen, die Schlussbefragung ohne notwendige Verteidigung sei nicht verwertbar. Die Vorinstanz (das Appellationsgericht Basel-Stadt) habe diese Ausführungen (des Jugendgerichts) als zutreffend erachtet und die Schlusseinvernahme ohne Verteidigung gemäss Art. 131 Abs. 3 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO als unver-

[224] Beschluss des Obergerichts Zürich vom 17. März 2015, UH150031, Erw. 3
[225] Entscheid des Obergerichts Zürich vom 24. Juni 2016, SB160140, Erw. III.1.c

wertbar betrachtet[226]. Das Bundesgericht musste sich dazu mangels Notwendigkeit nicht äussern.

f) Jedenfalls die höchsten kantonalen Instanzen der Kantone Basel und Bern subsumieren Art. 131 Abs. 3 StPO unter Art. 141 Abs. 1 StPO. Auch das Zürcher Obergericht spricht in einem Entscheid von Unverwertbarkeit. Das Bundesgericht liess die Frage in BGE 141 IV 293 f. zwar ausdrücklich offen; es hielt aber in einem Entscheid vom 17. Februar 2014 fest, eine Einvernahme des Beschuldigten ohne Verteidiger sei im Prinzip unverwertbar[227], wenn ein Fall notwendiger Verteidigung vorliege und der Beschuldigte nicht auf die Wiederholung verzichte[228]. In der Folge prüfte und bejahte das Bundesgericht die erkennbare Notwendigkeit der Verteidigung und erklärte die Beschuldigteneinvernahme für unverwertbar[229]. Damit weist die Rechtsprechung eher in Richtung absolute Unverwertbarkeit. Ein Urteil, das sich mit einer Begründung für die relative Unverwertbarkeit aussprach, existiert - soweit überblickbar - nicht.

5. a) Die Lehre nimmt zu der hier interessierenden Frage nicht oder nur teilweise begründet Stellung. Soweit überblickbar, findet sich - ausser dem Hinweis auf den deutschen und italienischen Gesetzestext - eine vertiefte Begründung für die relative Unverwertbarkeit im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO in der Literatur nicht.

b) aa) Nach Schmid ist ungeregelt, ob der ohne Beizug eines Verteidigers erhobene Beweis verwertbar bleibe, wenn die Wiederholung wegen Todes des Zeugen nicht mehr möglich sei. Sei die Beweisabnahme im Übrigen korrekt gewesen, sei die Aussage in analo-

---

[226] BGE vom 1. Dezember 2016, 6B_655/2016, Erw. 1.2
[227] "En principe inexploitable"
[228] BGE vom 17. Februar 2014, 6B_883/2013, Erw. 2.1.3
[229] BGE vom 17. Februar 2014, 6B_883/2013, Erw. 2.3

ger Anwendung von Art. 60 Abs. 2 StPO verwertbar, jedoch eingeschränkt im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO (Verwertung zur Aufklärung schwerer Verbrechen) [230]. Diese Konstellation - infolge Tod des Zeugen ist keine Wiederholung möglich - ist eine andere als die diesem Entscheid zugrunde liegende und daher nicht zielführend. Hier wäre die Wiederholung möglich, und es geht nicht um eine Zeugeneinvernahme, bei der die Verteidigung nicht anwesend sein konnte.

bb) Die Ausführungen von Jositsch helfen ebenfalls nicht weiter. Auch er scheint aber eher relative Unverwertbarkeit im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO anzunehmen[231].

cc) Ohne nähere Begründung für absolute Unverwertbarkeit sprechen sich Pieth[232], Riklin[233] und Riedo/Fiolka/Niggli[234] aus. Nach Keller bewirkt die zu Unrecht unterlassene Verteidigung die Unverwertbarkeit der erhobenen Beweise ohne jegliche weitere Interessenabwägung, soweit der Beschuldigte nicht auf eine Wiederholung verzichtet. Letzteres werde er nicht tun, wenn er später seine früheren Aussagen (zum Beispiel ein Geständnis) nicht mehr in den Akten haben wolle[235]. Laut Ruckstuhl liegt ebenfalls ein absolutes Verwertungsverbot vor. Andernfalls könnten die Strafverfolgungsbehörden die Verwertbarkeit nach Belieben vornehmen, solange nur ein schwerwiegendes Delikt zur Diskussion stehe. Es seien die Strafverfolgungsbehörden, die den Beweisverlust zu verantworten hätten[236]. Auch

---

230 Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2.A., Art. 131 N 8
231 Jositsch, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2.A., N 255, 281
232 Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3.A., S. 101
233 Riklin, Schweizerische Strafprozessordnung, Kommentar, 2.A., Art. 131 N 3: "nur gültig (d.h. ein Beweis nur verwertbar)"
234 Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 951
235 Keller, Die neue schweizerische StPO: Formalisierung und Effizienz - bleibt die materielle Wahrheit auf der Strecke?, in: ZStrR 129, 2011, S. 238
236 Ruckstuhl, Art. 131 StPO N 17 f.

für Lieber bedeutet "ungültig" im Sinn von Art. 131 Abs. 3 StPO, dass das so gewonnene Beweismittel nicht verwertet werden darf. Eine zusätzliche Interessenabwägung habe in diesem Fall nicht stattzufinden[237].

dd) Oberholzer hält Beweise für absolut unverwertbar, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, oder bei denen das Gesetz in anderer Weise die Unverwertbarkeit ausdrücklich vorsieht (zum Beispiel Art. 158 Abs. 2, 177 Abs. 1 und 3, 150 Abs. 3, 277 Abs. 2, 289 Abs. 6, 362 Abs. 4 StPO). Daneben kenne die StPO eine zweite Kategorie von grundsätzlich absoluten Verwertungsverboten, die jedoch nur zum Tragen kämen, falls sich die betroffene Person darauf berufe (zum Beispiel Art. 131 Abs. 3 StPO)[238]. Nach Auffassung von Gless existieren neben den Fallkonstellationen mit einem ausdrücklich absoluten Beweisverbot weitere Fallgruppen, in denen ebenfalls das Verwertungsverbot nach Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO eingreift, etwa bei Beweisaufnahmen, die ohne die notwendige Verteidigung nach Art. 131 StPO durchgeführt werden. Der gesetzgeberische Verweis darauf, dass die Beweiserhebung nur dann "gültig" sei, wenn die nicht verteidigte beschuldigte Person auf die Wiederholung verzichte, meine "verwertbar"[239].

ee) Laut Bommer führt der fehlende Hinweis auf das Recht auf Verteidigung nach Art. 158 Abs. 2 StPO zu strikter Unver-

---

[237] Lieber, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 131 N 8, 12, 14; in N 14 tritt Lieber ausdrücklich der Auffassung von Schmid entgegen. Vgl. auch Lieber, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung, in: ZStrR 126, 2008, S. 187: "Werden Beweise abgenommen, bevor die Verteidigung bestellt wurde, obschon erkennbar notwendige Verteidigung vorlag, ist die Beweiserhebung ungültig und somit unverwertbar."

[238] Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 703 f.

[239] Gless, Art. 141 StPO N 60, 60a

wertbarkeit. Die fehlende Verteidigung im Fall einer notwendigen im Sinn von Art. 131 StPO stehe an Gewicht dem fehlenden Hinweis nach Art. 158 Abs. 1 StPO nicht nach oder wiege sogar noch schwerer. Jedenfalls laufe es auf dasselbe hinaus, ob der Beschuldigte nicht verteidigt gewesen sei, aber hätte verteidigt sein müssen, oder ob er nicht verteidigt gewesen sei, aber in Kenntnis seines Rechts eine Verteidigung bestellt hätte. In beiden Fällen finde er sich ohne Beistand wieder. Die Folge der Unverwertbarkeit sei zudem auf den Fall beschränkt, dass die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre. Bereits insofern lasse sich fragen, mit welchem Recht die fehlende Erkennbarkeit zulasten des Beschuldigten ausschlage. Wenn sie es aber schon tue, wie es das Gesetz vorsehe, bestehe um so weniger Anlass, die Position des Beschuldigten in Fällen erkennbar notwendiger Verteidigung noch einmal dadurch zu schwächen, dass die Folgen unterbliebener Verteidigung relativiert würden. Schliesslich hätte die Subsumtion von Art. 131 Abs. 3 StPO unter Art. 141 Abs. 2 StPO zur Konsequenz, dass ein in einem Fall von erkennbar notwendiger Verteidigung ohne diese Verteidigung erhobener Beweis um so eher verwertet werden dürfe, je schwerer die Straftat sei, um die es gehe; dabei gebe gerade die Schwere der Straftat nach Art. 130 lit. b StPO den Grund dafür ab, dass das Gesetz die Verteidigung für notwendig erkläre[240].

ff) Gleich oder ähnlich argumentiert Vetterli. Die StPO sehe eine notwendige Verteidigung gerade bei besonders schweren Straftaten vor. Könnten die Strafverfolgungsbehörden die Nichteinsetzung dieser notwendigen Verteidigung später durch den Hinweis auf diese schwere Tat heilen, würde dies das Institut der notwendigen Verteidigung praktisch aushöhlen. Zudem würde eine blosse Ungültigkeit gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO im Vergleich zur absoluten Un-

[240] Bommer, S. 217

verwertbarkeit laut Art. 158 Abs. 2 StPO in einem Missverhältnis stehen: Eine Verletzung der Vorschriften der notwendigen Verteidigung tangiere die Beschuldigtenrechte mindestens gleich intensiv, wenn nicht sogar stärker als die Unterlassung des Hinweises auf das Recht auf eine Verteidigung[241]. Bläsi schliesslich weist zutreffend darauf hin, einerseits dürfe ein Beweis verwertet werden, je schwerer die Straftat wiege, die aufzuklären sei (Art. 141 Abs. 2 StPO). Andererseits solle die notwendige Verteidigung die beschuldigte Person gerade auch gegen ihren Willen genau davor schützen, dass Beweise ohne notwendigen Verteidiger erhoben würden[242].

6. a) Diese Argumente der Lehre überzeugen. Nur die Beweiserhebungen nach Art. 131 Abs. 3 StPO sind "ungültig", die ohne notwendige Verteidigung durchgeführt wurden, wenn die Notwendigkeit der Verteidigung für die Strafverfolgungsbehörden erkennbar war. Dies hiesse, dass Beweise unter den Voraussetzungen von Art. 141 Abs. 2 StPO verwertbar wären, wenn die Strafverfolgungsbehörden bewusst und gewollt keine notwendige Verteidigung sicherstellten. Dabei bräuchten die Strafverfolgungsbehörden gerade bei schweren Straftaten, bei denen nach Art. 130 StPO offensichtlich ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben ist, die Unverwertbarkeit nicht zu befürchten. Sie könnten ohne jegliche Folgen den Verstoss gegen Art. 131 Abs. 3 StPO einräumen, solange die Straftat schwer genug und der Beweis zur Aufklärung unerlässlich ist. Bei Straftaten, bei denen ausser den eigenen Belastungen des Beschuldigten keine nennenswerten weiteren Beweise existieren, ist die Unerlässlichkeit praktisch immer gegeben. Je schwerer zudem die Straftat und je dringender damit die Sicherstellung einer notwendigen Verteidigung ist, umso folgenloser bliebe die bewusste und gewollte Nichtbestellung einer

---

[241] Vetterli, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Praxis zu den Verwertungsverboten, in: ZStrR 130, 2012, S. 465

[242] Bläsi, S. 10

Verteidigung. Ferner ist nicht einsichtig, weshalb Einvernahmen ohne Belehrung über das Recht auf Verteidigung gemäss Art. 158 Abs. 2 StPO absolut unverwertbar sein sollten, während Einvernahmen ohne Sicherstellung einer erkennbar notwendigen Verteidigung nur relativ unverwertbar wären. Noch schwerer nachvollziehbar fällt dieser Vergleich aus, wenn dem verteidigten Beschuldigten ein zu wenig konkreter Vorhalt gemacht wird[243]. Während dort immerhin der Verteidiger intervenieren und um einen konkreten Vorhalt ersuchen kann, ansonsten die beschuldigte Person nicht aussage, bleibt der Beschuldigte im Fall von Art. 131 Abs. 3 StPO gänzlich ohne notwendige Verteidigung. Im erstgenannten Fall ist die Aussage absolut unverwertbar, im zweiten hingegen wäre sie nur relativ unverwertbar. Dieses Ergebnis wäre mehr als bedenklich.

b) Damit ist hier exakt ein Fall gegeben, in dem eine für den Beschuldigten wesentliche Verfahrensnorm keine ausdrückliche Unverwertbarkeit vorsieht, obwohl das darin gewährte Verfahrensrecht in gleich hohem Mass dem Schutz der beschuldigten Person dient wie eine Norm, die eine Unverwertbarkeit ausdrücklich vorsieht. Der Anwendungsbereich von Art. 141 Abs. 1 StPO kann in gewissen Fällen nicht allein davon abhängig sein, ob der Gesetzgeber eine Vorschrift ausdrücklich als absolute Gültigkeitsvorschrift kennzeichnete. Vielmehr muss entscheidend sein, ob einer verletzten Norm eine Funktion zukommt, die für die Umsetzung der Normen zentral ist, die der Gesetzgeber ausdrücklich als absolute Gültigkeitsvorschriften bezeichnete[244]. Dies ist bei Art. 131 Abs. 3 StPO ohne weiteres der Fall.

---

[243] Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO
[244] Wohlers/Bläsi, S. 163

7. Zusammenfassend sprechen der deutsche und italienische Gesetzestext von Art. 131 Abs. 3 StPO für relative Unverwertbarkeit nach Art. 141 Abs. 2 StPO, der französische Gesetzestext für absolute nach Art. 141 Abs. 1 StPO. Die Gesetzesmaterialien helfen nicht weiter. Das Bundesgericht liess die Frage in BGE 141 IV 293 f. ausdrücklich offen. Kantonale Präjudizien für die absolute Unverwertbarkeit gibt es in Bern und Basel-Stadt; solche für relative Unverwertbarkeit finden sich keine[245]. Die Lehre spricht sich mehrheitlich und mit überzeugenden Argumenten für die absolute Unverwertbarkeit aus, wenn im Fall einer erkennbar notwendigen Verteidigung Beweise ohne Bestellung einer Verteidigung erhoben wurden, und wenn die beschuldigte Person nicht auf eine Wiederholung verzichtet. Dieser Auffassung schliesst sich das Obergericht an.

Obergericht, 2. Abteilung, 29. Juni 2017, SW.2017.25

Eine dagegen erhobene Beschwerde ist beim Bundesgericht hängig (6B_990/2017).

25. Die unentgeltliche Rechtspflege der Privatklägerschaft geht der kindesschutzrechtlichen Entschädigung vor (Art. 136 ff., 106 StPO; Art. 306 Abs. 2 ZGB).

1. a) Die Staatsanwaltschaft führt eine Strafuntersuchung wegen sexueller Handlungen zum Nachteil der minderjährigen X. Auf Gesuch der Staatsanwaltschaft errichtete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde für X eine Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB und setzte Rechtsanwalt Y als Beistand ein.

[245] Gegebenenfalls ein Entscheid des Obergerichts Zürich

Daraufhin stellte Rechtsanwalt Y bei der Staatsanwaltschaft das Rechtsbegehren, es sei X als Privat- und Strafklägerin die unentgeltliche Rechtspflege mit ihm als Offizialanwalt zu gewähren.

b) Die Staatsanwaltschaft wies das Gesuch um Bestellung eines Offizialanwalts mit der Begründung ab, die strafprozessuale unentgeltliche Rechtspflege sei zur kindesschutzrechtlichen Entschädigung subsidiär, dies im Gegensatz zur Hilfe gemäss OHG.

2. a) aa) Hier geht es um ein Strafverfahren, in welchem X als Opfer und Privatklägerin Parteistellung hat. Die Hilfe gemäss OHG ist gegenüber dem prozessrechtlichen Institut der unentgeltlichen Rechtspflege subsidiär[246]. Für die Privatklägerschaft regelt die StPO ausdrücklich und speziell das Instrument der unentgeltlichen Rechtspflege. X hat deshalb unter den Voraussetzungen von Art. 136 StPO Anspruch auf umfassende unentgeltliche Rechtspflege für die Durchsetzung ihrer Zivilansprüche, insbesondere auf Bestellung eines Rechtsbeistandes. Dass ein Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, ist unbestritten. Der Rechtsbeistand wird gemäss Art. 138 Abs. 1 i.V.m. Art. 135 Abs. 1 StPO durch den Kanton entschädigt. Warum dies nicht mehr gelten soll, sondern die Wohnsitzgemeinde die Vertretungskosten bezahlen soll, nur weil die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde auf Gesuch der Staatsanwaltschaft die Vertretung aufgleiste, ist nicht einzusehen.

bb) Nach Art. 106 Abs. 1 StPO kann eine Partei Verfahrenshandlungen nur gültig vornehmen, wenn sie handlungsfähig ist. Diese Bestimmung ist allgemein gültiges Verfahrensrecht und richtet sich vorab an die Privatklägerschaft[247]. Eine Partei muss demnach handlungsfähig sein, um sich überhaupt am Prozess beteiligen zu

---

[246] Mazzucchelli/Postizzi, Basler Kommentar, Art. 137 StPO N 19
[247] Küffer, Basler Kommentar, Art. 106 StPO N 1

können. X ist nicht handlungsfähig, weil sie noch nicht 18 Jahre alt ist[248]. Eine handlungsunfähige Person wird gemäss Art. 106 Abs. 2 StPO durch ihre gesetzliche Vertretung vertreten. Weil die Mutter von X als ihre gesetzliche Vertreterin offenbar nicht in der Lage ist, sie als Opfer und Privatklägerin im Strafverfahren so zu vertreten, wie es nötig wäre, hatte die Kindesschutzbehörde nach Art. 306 Abs. 2 ZGB einen Beistand zu ernennen oder die Angelegenheit selber zu regeln. Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gingen korrekt entsprechend dem Zusammenspiel zwischen Strafprozessordnung und Zivilgesetzbuch vor, indem die Behörde gestützt auf das Gesuch der Staatsanwaltschaft für die minderjährige X einen Prozessbeistand ernannte. Die Strafprozessordnung selber verlangt eine Vertretung der minderjährigen X; es geht um eine prozessuale Vertretung des Kindes. Dass in einem solchen Fall das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege nicht mehr gelten soll, wäre widersinnig.

cc) Der Zivilprozess kennt für bestimmte Bereiche Spezialbestimmungen für die prozessuale Vertretung des Kindes[249]. Die Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB, um die es hier geht, nimmt für andere Verfahren (wie beispielweise die Opfervertretung im Strafverfahren gegen die Eltern) die Funktion der Verfahrensvertretung des Kindes ein[250]. Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO bezeichnet die Kosten für die Vertretung des Kindes gemäss Art. 299 und 300 ZPO als Gerichtskosten. Entsprechend abwegig wäre es, die Kosten der Vertretung des Kindes gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB von vornherein den Gemeinden zu überbinden und in diesen Fällen die unentgeltliche Rechtspflege auszuschliessen.

---

[248] Art. 13 i.V.m. Art. 14 ZGB
[249] Insbesondere Art. 299 f. ZPO und Art. 314a^{bis} ZGB
[250] Schwenzer/Cottier, Basler Kommentar, Art. 306 ZGB N 7a

b) Es ist auch irrelevant, wer ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellt. Vielmehr darf es keine Rolle spielen, ob ein solches Gesuch von der Privatklägerschaft selber, sei sie mündig (sofern die mündige Privatklägerin selber ein solches Gesuch stellen kann) oder unmündig, durch einen gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter oder direkt oder indirekt durch eine Behörde gestellt wird. Hätte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf Art. 306 Abs. 2 ZGB bei der Staatsanwaltschaft für X ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Einsetzung von Rechtsanwalt Y als Rechtsvertreter gestellt, hätte diese das Gesuch ohne weiteres bewilligt, denn es wäre noch kein Beistand ernannt gewesen. Ob das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wird, darf aber nicht davon abhängen, wie die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorgeht. Die Strafprozessordnung und damit auch die strafprozessuale Regelung der unentgeltlichen Rechtspflege käme nur dann nicht zur Anwendung, wenn eine andere ausdrückliche gesetzliche Regelung dies vorsähe. Eine solche Regelung ist hier nicht ersichtlich, und wird von der Staatsanwaltschaft auch nicht behauptet. Die von der Staatsanwaltschaft erwähnte "geltende Praxis der Staatsanwaltschaft Thurgau und der übrigen Kantone", wonach primär die kindesschutzrechtlichen Entschädigungsvorschriften zur Anwendung kommen, ist nicht nur dem Obergericht, sondern - wie eine entsprechende Nachfrage des Obergerichts ergeben hat - auch der KOKES[251] völlig unbekannt. Zudem ist eine solche Praxis - soweit ersichtlich - auch anderweitig nirgends dokumentiert. Bezeichnenderweise nannte die Staatsanwaltschaft auch kein einziges konkretes Präjudiz.

c) Dass die strafprozessuale Regelung der unentgeltlichen Rechtspflege Vorrang vor der kindesschutzrechtlichen Entschädigung hat, sorgt sodann für Klarheit, steht im Einklang mit der Hilfe gemäss

---

[251] Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (www.kokes.ch)

OHG und trägt zur raschen Erledigung des betreffenden Verfahrens bei.

d) Die in BGE 110 Ia 87 ff. vertretene Ansicht, wonach eine Partei, die über einen geeigneten rechtskundigen Vertreter verfüge, der zu ihrer Vertretung im Prozess nicht nur in der Lage, sondern ohne Vorschuss der Kosten auch bereit oder verpflichtet ist, nicht unter Berufung auf Art. 4 aBV die Ernennung eines Armenanwalts verlangen könne, ist überholt. Der Entscheid ist vor rund 33 Jahren ergangen, und seither wurde der verfassungsrechtliche Anspruch der Privatklägerschaft gemäss Art. 4 aBV mit Art. 136 ff. und Art. 133 ff. StPO sinngemäss konkretisiert.

Obergericht, 2. Abteilung, 4. Mai 2017, SW.2017.22

26. Verwertbarkeit von Aufzeichnungen auf einem Mobiltelefon; Abgrenzung Zufallsfund und unzulässige Beweisausforschung (Art. 141 Abs. 2, 160, 243, 246 f. StPO)

1. a) Der Berufungsbeklagte ist Halter eines Motorrads; dieses wurde von der Kantonspolizei am 7. Juni mit einer Geschwindigkeit von 121 km/h bei einer signalisierten Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h gemessen.

b) Die Kantonspolizei führte am 17. Juli auf Auftrag der Staatsanwaltschaft am Wohnort des Berufungsbeklagten eine Hausdurchsuchung durch und stellte Schuhe, eine Motorradjacke, eine Jeanshose, einen Helm, ein Motorrad sowie ein Mobiltelefon sicher. Bei der Auswertung des Mobiltelefons wurden unter anderem sechs Dateien (Videosequenzen) mit verbotenen tierpornografischen Inhalten und sieben Dateien (Videosequenzen) mit verbotenen Gewaltdarstel-

lungen festgestellt. Die Staatsanwaltschaft beschlagnahmte die sichergestellten Gegenstände.

c) Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage gegen den Berufungsbeklagten. Sie beantragte, er sei der qualifizierten groben Verletzung der Verkehrsregeln, der mehrfachen Pornografie sowie der mehrfachen Gewaltdarstellung schuldig zu sprechen. Das Bezirksgericht sprach den Berufungsbeklagten der qualifiziert groben Verletzung der Verkehrsregeln schuldig, hingegen nicht schuldig der mehrfachen Pornografie sowie der mehrfachen Gewaltdarstellung.

d) Die Staatsanwaltschaft erhob Berufung. Gegenstand des Berufungsverfahrens waren nur die Freisprüche betreffend mehrfache Pornografie und mehrfache Gewaltdarstellung; der Schuldspruch der qualifiziert groben Verletzung der Verkehrsregeln war hingegen unbestritten. Zu entscheiden war insbesondere, ob die Aufzeichnungen auf dem Mobiltelefon verwertbar seien.

2. a) aa) Unter Zufallsfunden nach Art. 243 StPO versteht man die bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen im Allgemeinen und bei Durchsuchungen und Untersuchungen im Besonderen zufällig entdeckten Beweismittel, Spuren, Gegenstände oder Vermögenswerte, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem direkten Zusammenhang stehen und den ursprünglichen Verdacht weder erhärten noch widerlegen, aber auf eine weitere Straftat hinweisen[252]. Solche Zufallsfunde werden sichergestellt[253] und mit einem Bericht der Verfahrensleitung übermittelt; diese entscheidet über das weitere Vorgehen[254]. Art. 243 Abs. 2 StPO erlaubt die Verwertung der Zufallsfunde somit nicht ausdrücklich. Anders als bei Zufallsfunden aus der

[252] BGE vom 5. August 2016, 6B_191/2016, Erw. 1.3
[253] Art. 243 Abs. 1 StPO
[254] Art. 243 Abs. 2 StPO

Überwachung des Post- und Telefonverkehrs[255] stellt das Gesetz keine zusätzlichen materiellen und formellen Anforderungen an die Verwertbarkeit von Zufallsfunden aus Durchsuchung oder Untersuchung. Daraus ergibt sich e contrario, dass diese gegen den Beschuldigten oder in einem (möglicherweise bislang noch nicht eröffneten) Strafverfahren gegen Dritte verwendet werden können. Kriterium für die Verwertbarkeit dieser Zufallsfunde ist die hypothetische Zulässigkeit der Zwangsmassnahme, das heisst, dass die Durchsuchung für das (zufällig gefundene) Delikt und gegen die betroffene Person zulässig gewesen wäre und keine besonderen Umstände (etwa Berufsgeheimnisse) dagegen sprechen. Die Natur des Zufalls einerseits und dessen zulässige Verwertbarkeit andererseits bringen es mit sich, dass das Erfordernis des vorbestehenden Tatverdachts bei Zwangsmassnahmen nach Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO nicht gilt[256].

bb) Zufallsfunde führen zu einem Dilemma: Zum einen verlangt das Prinzip der materiellen Wahrheit, dass die gefundenen Spuren und Gegenstände verwertet werden. Das in Art. 7 StPO verankerte strafprozessuale Legalitätsprinzip gebietet es denn auch den Strafbehörden, Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn hinreichende Verdachtsmomente bekannt werden. Zum anderen erfolgte der Fund im Rahmen einer Zwangsmassnahme, welche diesen eben gerade nicht beabsichtigte und somit den erfolgten Grundrechtseingriff diesbezüglich nicht zu rechtfertigen vermag. Zudem sind bei der Anwendung von Zwangsmassnahmen strafprozessuale Grundsätze zu beachten, die unter anderem die Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden zum Ziel haben. Eine bedingungslose Zulassung der Zufallsfunde würde das Risiko der vorbehaltlosen Suche nach Beweismitteln mit sich bringen. In diesem Sinn sind die Zufallsfunde in einer Grauzone

---

[255] Vgl. Art. 278 StPO

[256] Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 243 N 4

zwischen der rechtmässig angeordneten Zwangsmassnahme und der verbotenen Beweisausforschung angesiedelt[257].

b) aa) Zufallsfunde sind von unzulässigen Beweisausforschungen abzugrenzen, den sogenannten "fishing expeditions". Eine solche besteht, wenn einer Zwangsmassnahme kein genügender Tatverdacht zugrunde liegt, sondern aufs Geratewohl Beweisaufnahmen getätigt werden. Aus solchen Beweisausforschungen resultierende Ergebnisse sind nicht verwertbar[258]. Keine zufällige Entdeckung liegt vor, wenn Spuren oder Gegenstände an Orten gesucht werden, wo sich solche in Bezug auf das abzuklärende Delikt vernünftigerweise nicht vermuten lassen. Diesfalls handelt es sich nicht um Zufallsfunde, sondern um das Ergebnis einer verbotenen Beweisausforschung. Hingegen gelten Spuren oder Gegenstände als zufällig entdeckt, wenn sie anlässlich einer systematisch durchgeführten Zwangsmassnahme zwangsläufig entdeckt werden[259]. Ein Indiz für eine verbotene Beweisausforschung ist auch ein Missverhältnis zwischen der Anlasstat, welche die Zwangsmassnahme begründete, und dem eingesetzten Mittel. Gleiches gilt, wenn ein milderes, denselben Erfolg ermöglichendes Mittel bewusst nicht eingesetzt wurde, wobei ein Verstoss gegen das Erforderlichkeitskriterium vorliegt. Diesbezüglich ist der anordnenden Behörde jedoch ein Ermessensspielraum zuzugestehen. Schliesslich kann ein Zufallsfund nie ausgeschlossen werden und wird somit faktisch im Grundsatz immer in Kauf genommen[260]. Eine Beweisausforschung liegt allerdings auch vor, wenn weiter durchsucht wird, obwohl das Durchsuchungsziel erreicht oder aber dessen Unerreichbarkeit festgestellt wurde. Im Gegensatz zum Zufallsfund wird der Hinweis also nicht durch eine zwecktaugliche Durchführung der

---

[257] Gfeller/Thormann, Basler Kommentar, Art. 243 StPO N 2
[258] BGE vom 5. August 2016, 6B_191/2016, Erw. 1.3
[259] Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N 13
[260] Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N 18

Zwangsmassnahme innerhalb der gesteckten und begründeten Grenzen entdeckt, sondern diese werden (vorsätzlich) missachtet[261].

bb) Beweise, welche die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich[262]. Angesichts dessen, dass es letztlich darum geht, die in Art. 2 Abs. 2 StPO geforderte Einhaltung der gesetzlichen Formen für obsolet zu erklären, sollte der Anwendungsbereich auf Delikte der schweren Kriminalität beschränkt werden, also auf Straftatbestände, bei denen als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe vorgesehen ist[263]. Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, sind verwertbar[264]. Ob im Einzelfall eine Gültigkeits- oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet) primär nach dem Schutzzweck der Norm: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor[265]. Als Gültigkeitsvorschriften sind unter anderem Normen einzustufen, welche die Voraussetzungen für das Ergreifen von Zwangsmassnahmen regeln. Erkenntnisse, die gewonnen werden, ohne dass die Voraussetzungen für den in Frage stehenden Eingriff gegeben waren, sind unverwertbar. Dies gilt insbesondere auch für die Ergebnisse einer

---

[261] Gfeller/Thormann, Art. 243 StPO N 19
[262] Art. 141 Abs. 2 StPO
[263] Wohlers, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 141 N 21a
[264] Art. 141 Abs. 3 StPO
[265] BGE 139 IV 134

mangels vorbestehenden Tatverdachts unzulässigen Beweisausforschung[266].

c) aa) Schriftstücke, Ton-, Bild- und andere Aufzeichnungen, Datenträger sowie Anlagen zur Verarbeitung und Speicherung von Informationen dürfen durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen[267]. Von der Durchsuchung solcher Aufzeichnungen wird gesprochen, wenn die Schriftstücke oder Datenträger im Hinblick auf ihren Inhalt oder ihre Beschaffenheit durchgelesen oder besichtigt werden, um ihre Beweiseignung festzustellen, sie allenfalls zu beschlagnahmen und zu den Akten zu nehmen. Solche Durchsuchungen von Unterlagen und Datenträgern sind grundsätzlich von der Staatsanwaltschaft (allenfalls vom Sachgericht) anzuordnen. Es ist der Staatsanwaltschaft aber unbenommen, die Polizei im Rahmen von Art. 312 StPO damit zu beauftragen, die auf die Amtsstelle verbrachten und entsiegelten Aufzeichnungen nach bestimmten Kriterien zu durchsuchen und auszuwerten[268].

bb) Die Durchsuchung von Aufzeichnungen stellt einen besonders schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen dar. Ein Eingriff in die Privatsphäre ist nur zulässig, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt, verhältnismässig ist und der Kerngehalt des Grundrechts unangetastet bleibt[269]. Die Auswertung von Bilddateien stellt unbestrittenermassen einen Eingriff in die Privatsphäre dar[270]. Das informationelle Selbstbe-

---

[266] Wohlers, Art. 141 StPO N 24; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 849; Gless, Basler Kommentar, Art. 141 StPO N 81, wobei Letztere von einem absoluten Verwertungsverbot ausgeht.
[267] Art. 246 StPO
[268] BGE 139 IV 133
[269] Art. 36 BV; vgl. Art. 197 Abs. 1 StPO
[270] Vgl. BGE vom 7. Februar 2011, 6B_757/2010, Erw. 2.4

stimmungsrecht umfasst auch die persönlichen und geheimen, personenbezogenen Informationen von Personen. Das Gesetz sieht deshalb für die Durchsuchung von Aufzeichnungen ein besonders geregeltes Verfahren vor und gewährt dem Betroffenen einen speziellen, erhöhten Rechtsschutz. Dieser Rechtsschutz wird durch das Recht auf Siegelung und den Richtervorbehalt für den Entscheid über die Entsiegelung gewährleistet[271]. Post- und Fernmeldegeheimnis erfassen nur den Kommunikationsfluss, weshalb gespeicherte Daten wie E-Mails, aber auch Randdaten, die auf Datenverarbeitungsanlagen vom Absender oder Empfänger gespeichert sind, oder in Mailboxen gespeicherte und bereits abgerufene E-Mails unter die Anwendungsbestimmungen über Durchsuchung und Beschlagnahme fallen[272].

cc) Aufzeichnungen, die dem Beschlagnahmeverbot nach Art. 264 Abs. 1 StPO unterliegen, dürfen grundsätzlich auch nicht durchsucht werden. Dieser Bestimmung folgend dürfen unter anderem Aufzeichnungen und Korrespondenz, die aus dem Verkehr zwischen der beschuldigten Person und Personen stammen, die nach den Art. 170 ff. StPO das Zeugnis verweigern können und die im gleichen Sachzusammenhang nicht selbst beschuldigt sind, nicht beschlagnahmt werden. Bei Datenträgern ist jedoch denkbar, dass darauf sowohl vom Beschlagnahmeverbot erfasste als auch nicht vom Beschlagnahmeverbot erfasste Aufzeichnungen abgespeichert sind. Der Datenträger als solcher würde also einem Beschlagnahmeverbot unterliegen. Das sich daraus ergebende Problem löst der Umstand, dass die Durchsuchung nicht auf Aufzeichnungen beschränkt ist, die für das Strafverfahren erheblich sind. Könnten nur solche Aufzeichnungen durchsucht werden, würde das eine der Beschlagnahme vorausgehende detaillierte Prüfung jeder einzelnen Aufzeichnung bedingen, womit die

[271] Keller, Art. 246 StPO N 2
[272] Keller, Art. 246 StPO N 8

im Interesse des Inhabers der Aufzeichnungen sowie unmittelbar betroffener Dritter vorgesehene Siegelung ihres Sinns entleert würde[273].

dd) Nach Art. 247 Abs. 1 StPO ist dem Inhaber der zu durchsuchenden Aufzeichnungen vor der Durchsuchung die Gelegenheit einzuräumen, zum Inhalt der Aufzeichnungen, die Gegenstand der Durchsuchung bilden sollen, Stellung zu nehmen[274]. Damit der Inhaber sein Äusserungsrecht wirksam ausüben kann, ist die durchsuchende Behörde gehalten, ihn - wenn auch nur in knapper Form und mittels Befehls - über den Gegenstand des Verfahrens und die gesuchten Aufzeichnungen zu informieren. Entsprechend ist ihm Gelegenheit zu bieten, sich zur Beweisrelevanz der in Frage stehenden Aufzeichnungen zu äussern und Argumente anzuführen, weshalb sie nicht der Beschlagnahme nach Art. 263 ff. StPO unterliegen und deshalb auch nicht durchsucht werden dürfen. Aus demselben Grund ist er auf sein Recht hinzuweisen, die Siegelung zu erwirken. Gleichzeitig soll es ihm anheim gestellt bleiben, die gesuchten Aufzeichnungen freiwillig herauszugeben und eine solche Durchsuchung abzuwenden. Durch die Gewährung des rechtlichen Gehörs wird der Inhaber in die Lage versetzt, noch vor Einblick der durchsuchenden Behörde auf das Schicksal der zu durchsuchenden Aufzeichnungen Einfluss zu nehmen[275].

3. a) Die auf dem Mobiltelefon des Berufungsbeklagten gefundenen Videoaufzeichnungen haben unbestritten keinen Zusammenhang mit der Verletzung der Verkehrsregeln. Ob sie als Zufallsfund gelten oder das Ergebnis einer Beweisausforschung sind, hängt davon ab, ob die Durchsuchung des Mobiltelefons zur Beweissiche-

---

[273] Thormann/Brechbühl, Basler Kommentar, Art. 246 StPO N 8
[274] Thormann/Brechbühl, Art. 247 StPO N 1
[275] Thormann/Brechbühl, Art. 247 StPO N 4 f.

rung im Verfahren betreffend Verletzung der Verkehrsregeln zulässig war.

b) Der Berufungsbeklagte wurde vor der Hausdurchsuchung auf seine Rechte im Zusammenhang mit der Durchsuchung von Aufzeichnungen aufmerksam gemacht. Er bestätigte, den Hausdurchsuchungsbefehl erhalten zu haben und unter anderem seine Rechte als Inhaber von zu durchsuchenden Aufzeichnungen, wie namentlich das vorgängige Äusserungsrecht und das Siegelungsrecht, zur Kenntnis genommen zu haben. Gleichentags bestätigte der Berufungsbeklagte, er sei Inhaber der durchsuchten Aufzeichnungen sowie Gegenstände und verlange keine Siegelung.

c) Der für die Durchsuchung des Mobiltelefons notwendige Tatverdacht lag ebenfalls vor. So bestand der Verdacht, dass sich der Berufungsbeklagte der qualifiziert groben Verletzung der Verkehrsregeln schuldig gemacht haben könnte. Die Auswertung des Mobiltelefons lag ausserdem im öffentlichen Interesse, diente sie doch der Aufklärung einer Straftat.

d) Auf den Radarfotos sind das Motorrad, der Helm und die Lederjacke des Motorradfahrers erkennbar. Ersichtlich ist ferner, dass der Motorradfahrer am ganzen Unterschenkel tätowiert ist. An der Hausdurchsuchung stellte die Polizei ein Motorrad sicher, das mit demjenigen auf dem Radarbild identisch ist. Der Berufungsbeklagte ist unbestritten dessen Halter. An der Hausdurchsuchung stellte die Polizei ferner eine Motorradjacke, einen Helm und Turnschuhe sicher. Der Fahrer auf dem Radarbild trug dieselbe Jacke, denselben Helm und dieselben Schuhe. Die Polizei sicherte an diesen Gegenständen zudem verschiedene DNA-Spuren. Schliesslich fotografierte sie auch das Bein des Berufungsbeklagten, dessen Unterschenkel ebenfalls eine mit derjenigen des fehlbaren Motorradfahrers vergleichbare Tätowierung zeigt. Im Anschluss an die Hausdurchsuchung befragte die Staatsanwaltschaft den Berufungsbeklagten im Beisein seines Verteidi-

gers. Dabei gestand der Berufungsbeklagte, in die Radarkontrolle gefahren zu sein und das Blitzen bemerkt zu haben. Er bestätigte, die Fahrtstrecke gefahren zu sein und die beschlagnahmten Kleider getragen zu haben. Die Staatsanwaltschaft legte dem Berufungsbeklagten anschliessend das Radarfoto vor, und der Berufungsbeklagte anerkannte, dass er das sei. Die Beweislage war somit spätestens nach der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft klar, und es fragt sich, ob die Durchsuchung des Mobiltelefons verhältnismässig war.

4. a) aa) Ist die beschuldigte Person geständig, so prüfen Staatsanwaltschaft und Gericht die Glaubwürdigkeit ihres Geständnisses und fordern sie auf, die näheren Umstände der Tat genau zu bezeichnen[276]. Art. 160 StPO bekräftigt, was sich schon aus dem Untersuchungsgrundsatz[277] und dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung[278] ergibt: Die Staatsanwaltschaft und das Gericht haben ein Geständnis darauf zu überprüfen, ob es der Wahrheit entspricht. Nur so können falsche Geständnisse erkannt werden, zumal die Beweislage auch für den Fall des Widerrufs eines Geständnisses abgesichert werden muss[279]. Die Gründe für falsche Geständnisse sind vielfältiger Natur. So kann die beschuldigte Person beispielsweise bewusst ein falsches Geständnis abgeben, um den wahren Täter zu schonen[280]. Art. 160 StPO bezieht sich auf die Situation, in welcher die beschuldigte Person früh im Verfahren ein Geständnis ablegt, also bevor die Strafverfolgung aufgrund eigener Ermittlungen die Tat bereits mehr oder weniger nachweisen kann. Besonders in diesen Fällen ist die Gefahr gross, dass nach dem Geständnis die Ermittlungsbemühungen

---

276 Art. 160 StPO
277 Art. 6 StPO
278 Art. 10 Abs. 2 StPO
279 Godenzi, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 160 N 3
280 Ruckstuhl, Basler Kommentar, Art. 160 StPO N 1

nachlassen und eben nur noch auf das Geständnis abgestellt wird, anstatt dieses auf seinen Wahrheitsgehalt hin zu überprüfen. Die Absicherung des Geständnisses durch Erforschung weiterer Details soll dazu dienen, dass spätere Widerrufe des Geständnisses ohne Einfluss auf die Beweislage bleiben, wenn durch die weiteren Beweise die Tat der beschuldigten Person auch ohne ihr Geständnis nachgewiesen werden kann[281].

bb) Die Staatsanwaltschaft begründete die Auswertung des Mobiltelefons mit der Absicherung des Geständnisses; namentlich erhoffte sie sich aus der Durchsuchung des Mobiltelefons weitere Hinweise auf die Täterschaft und den subjektiven Tatbestand. Nicht nachvollziehbar ist, inwiefern die Auswertung des Mobiltelefons Hinweise auf den subjektiven Tatbestand liefern soll, zumal es sich dabei um innere Tatsachen handelt, welche nur aufgrund von Indizien abgeklärt werden können[282]. Die Durchsuchung des Mobiltelefons zur Absicherung des Geständnisses des Berufungsbeklagten ist hingegen grundsätzlich nicht zu beanstanden, denn auf dem Mobiltelefon könnten sich beispielsweise Textnachrichten befinden, in welchen der Berufungsbeklagte die Geschwindigkeitsüberschreitung thematisierte. Solche Textnachrichten würden folglich Rückschlüsse auf die Täterschaft zulassen. Für die Erreichung des Ziels der Staatsanwaltschaft, das Geständnis zu untermauern und die Täteridentifikation sicherzustellen, war die Durchsuchung des Mobiltelefons somit geeignet.

b) Anders verhält es sich bei der Erforderlichkeit der Durchsuchung des Mobiltelefons. An der Hausdurchsuchung stellte die Polizei Motorrad, Helm, Jacke und Schuhe sicher. Diese Gegenstände stimmten mit jenen auf dem Radarbild überein. Die Auswer-

---

[281] Ruckstuhl, Art. 160 StPO N 2, 5

[282] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, § 151 N 135; EGV-SZ 1992 Nr. 32; vgl. BGE vom 17. Juni 2002, 1P.87/2002, Erw. 3.4

tung des Mobiltelefons diente gemäss Staatsanwaltschaft auch der Prüfung, ob der Berufungsbeklagte mit seinem Geständnis jemanden schützt. In Frage kam namentlich sein Halbbruder, welcher mit dem Berufungsbeklagten zusammenwohnt. Die bei der Hausdurchsuchung sichergestellten Gegenstände hätten durchaus auch dem Halbbruder gehören können, oder dieser hätte sich die Motorradausrüstung des Berufungsbeklagten ausgeliehen haben können. Der Berufungsbeklagte führte an der Einvernahme zur Person durch die Kantonspolizei Zürich aus, sein Halbbruder sei Buschauffeur, womit ein Motiv zur Deckung bestünde, da für den Halbbruder bei einer solchen Verletzung der Verkehrsregeln nicht nur der Entzug des Führerausweises, sondern auch der Stellenverlust auf dem Spiel stünde. Der Berufungsbeklagte ist über den ganzen Unterschenkel tätowiert. Eine solche Tätowierung ist auch auf dem Radarbild erkennbar. Unbekannt ist, ob auch der Halbbruder am Unterschenkel eine solche Tätowierung aufweist, was an der Hausdurchsuchung problemlos hätte festgestellt werden können, war der Halbbruder doch damals auch anwesend. Auf die Durchsuchung des Mobiltelefons hätte aufgrund des detaillierten Geständnisses des Berufungsbeklagten und der bereits genügend festgestellten Beweislage an sich verzichtet werden können. Die Staatsanwaltschaft grenzte die Auswertung des Mobiltelefons für die Durchsuchung auf bestimmte Begriffe ein. Gemäss Auftrag der Kantonspolizei an den Kriminaltechnischen Dienst sei das Mobiltelefon bezüglich WhatsApp, SMS- und MMS-Nachrichten, Screenshots sowie Videos zwischen dem 7. Juni und 17. Juli auszulesen; insbesondere sei das Mobiltelefon auf folgende Begriffe zu durchsuchen: "geblitzt, Radar, Laser, A-Ort, B-Strasse, Motorrad, Geschwindigkeit, Ausweis, schnell, 07 Juni und Polizei". Soweit sich die Auswertung des Mobiltelefons auf diese Begriffe beschränkt hätte, wäre sie nicht als absolut unnötig und mithin noch als erforderlich zu betrachten gewesen. Der Kriminaltechnische Dienst durchsuchte indessen das gesamte Mobiltelefon und beschränkte seine Suche nicht auf die vorgegebenen Begriffe. Es ist nicht davon auszugehen, dass ein Suchlauf nach diesen Begriffen die

Videoaufzeichnungen betreffend Pornografie und Gewaltdarstellungen zutage gefördert hätte. Dass eine nur auf Begriffe beschränkte Suche nicht möglich sein sollte, machte die Staatsanwaltschaft nicht geltend. Vielmehr ging sie selbst davon aus, dass ein Mobiltelefon auch nur nach Begriffen durchsucht werden kann; ansonsten hätte sie den Auftrag anders formuliert. Der Kriminaltechnische Dienst überschritt bei der Auswertung folglich den noch zulässigen Rahmen für die Durchsuchung des Mobiltelefons. Die Auswertung der gesamten Mobiltelefondaten war nicht erforderlich und somit unverhältnismässig.

c) Die Voraussetzungen für die Durchsuchung des gesamten Mobiltelefons des Berufungsbeklagten sind damit nicht erfüllt. Die dadurch gewonnen Beweise (Videodateien) sind demnach das Ergebnis einer unzulässigen Beweisausforschung. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz handelt es sich bei der Durchführung einer unzulässigen Zwangsmassnahme nicht um eine blosse Ordnungsvorschrift; vielmehr besteht ein ungerechtfertigter Eingriff in die Privatsphäre des Berufungsbeklagten. Erkenntnisse, die gewonnen werden, ohne dass die Voraussetzungen für den in Frage stehenden Eingriff gegeben waren, sind unverwertbar. Überdies handelt es sich bei den Straftaten der Pornografie und der Gewaltdarstellungen nicht um schwere Straftaten im Sinn von Art. 141 Abs. 2 StPO, welche als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe vorsehen und bei welchen die Verwertbarkeit ausnahmsweise zulässig wäre. Die durch die Auslesung des Mobiltelefons festgestellten Videodateien sind daher nicht verwertbar.

Obergericht, 1. Abteilung, 10. April 2017, SBR.2017.2

27. Gutachten zur Glaubhaftigkeit der Aussagen eines 16-jährigen Opfers (Art. 182, 389 StPO)

1. a) Das Opfer, geboren im Jahr 1999, erstattete Anzeige gegen den Berufungskläger. Der Berufungskläger sei ein Freund der Familie und regelmässig bei ihnen zu Besuch gewesen; dort sei es in den Jahren 2005 bis 2011 zu sexuellen Übergriffen gekommen.

b) Das Bezirksgericht sprach den Berufungskläger in Bezug auf die Vorwürfe des Opfers der mehrfachen sexuellen Nötigung und der mehrfachen sexuellen Handlungen mit einem Kind schuldig.

2. Der Berufungskläger beantragt im Berufungsverfahren die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens über die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Opfers während der im Jahr 2015 durchgeführten Videobefragungen. Einziges Beweismittel zu den Vorwürfen seien die Aussagen des Opfers. Die Vorinstanz habe in gewissen Punkten auf diese Aussagen abgestellt und in vielen anderen Punkten die Aussagen des Opfers als unmöglich oder unglaubhaft bezeichnet. Eine objektive Beurteilung der Qualität und Validität der Aussagen des Opfers fehle. Eine solche objektive Beurteilung durch einen Gutachter tue dringend not, um dem Gericht einen objektiven Anhaltspunkt für seine Entscheidfindung geben zu können. Der Opfervertreter wendet ein, es werde von Amtes wegen zu prüfen sein, ob der Antrag auf Einholung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens nicht verspätet erfolgt sei.

3. a) Das Rechtsmittelverfahren beruht auf den Beweisen, die im Vorverfahren und in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erhoben worden sind[283]. Eine Aufforderung an die Parteien, wie sie Art. 331 Abs. 2 StPO vorsieht, ist im Berufungsverfahren nicht nötig,

---

[283] Art. 389 Abs. 1 StPO

da nach der Grundregel von Art. 369 Abs. 1 StPO im Rechtsmittelverfahren keine Beweise mehr abgenommen werden. Beweise werden im Berufungsverfahren nur abgenommen, wenn im bisherigen Verfahren Beweisvorschriften verletzt wurden, die Beweiserhebungen unvollständig waren oder die Akten über die Beweiserhebungen unzuverlässig erscheinen[284]. Die Rechtsmittelinstanz kann von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei die erforderlichen zusätzlichen Beweise abnehmen[285]. Beweisergänzungsanträgen ist im Berufungsverfahren stattzugeben, wenn daraus wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind. Es müssen mindestens glaubhafte konkrete Angaben oder sonstige konkrete Anhaltspunkte für Tatsachen und Umstände vorliegen, die geeignet sind, zur Belastung oder Entlastung des Angeschuldigten beizutragen; demgegenüber sind Beweisanträge abzulehnen, wenn die Beweisergänzung nicht sachdienlich, das Beweismittel untauglich oder unerheblich, die zu beweisende Tatsache bereits anders bewiesen, für die Beurteilung der Schuld- und Straffrage nicht geeignet oder der Aufwand unverhältnismässig ist. Beweisergänzungen durch den Beizug von Sachverständigen rechtfertigen sich nur, wenn sie notwendig und sinnvoll sind[286]. Grundsätzlich können somit auch Beweisanträge erstmals im Berufungsverfahren gestellt werden.

b) Die Einholung eines Gutachtens über die Glaubhaftigkeit der Aussagen des Opfers wird erstmals im Berufungsverfahren thematisiert. Der Antrag der Verteidigung auf Einholung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens kann jedoch nicht allein mit der Begründung abgewiesen werden, der Antrag erfolge zu spät, erst recht nicht, wenn er damit begründet wird, die Vorinstanz habe die Aussagen des Opfers nicht durchgehend gleich glaubhaft qualifiziert und sei dem Opfer nur

---

[284] Art. 389 Abs. 2 StPO
[285] Art. 389 Abs. 3 StPO
[286] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 202 N 16 und 18

in einzelnen Aussagen gefolgt. Diese Schlussfolgerung konnte der Verteidigung vor der Urteilseröffnung gar nicht bekannt sein.

c) Der Berufungskläger plädierte an der Berufungsverhandlung über sechs Seiten zur Glaubwürdigkeit des Opfers als Person. Während früher die Glaubwürdigkeit des Zeugen im Mittelpunkt stand, ist heute die konkrete Aussage zentral, und die Idee einer allgemeinen Glaubwürdigkeit gilt als überholt[287]. Der allgemeinen Glaubwürdigkeit eines Zeugen kommt deshalb im Sinn einer dauerhaften persönlichen Eigenschaft kaum mehr relevante Bedeutung zu. Weitaus bedeutender für die Wahrheitsfindung als die allgemeine Glaubwürdigkeit ist die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage[288].

4. a) Gemäss Art. 182 StPO ziehen Gerichte eine oder mehrere sachverständige Personen bei, wenn sie nicht über die besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, die zur Feststellung oder Beurteilung eines Sachverhalts erforderlich sind. Das Gutachten soll das fehlende fachliche Wissen der Strafbehörde bei der Abklärung des Sachverhalts ersetzen. Ob die Feststellung oder Beurteilung des rechtlich relevanten Sachverhalts besondere Kenntnisse voraussetzt, ist grundsätzlich anhand eines objektiven Massstabs zu beantworten, wobei dem Gericht ein Ermessensspielraum zusteht. Wenn Umstände vorliegen, welche die Verständnisfähigkeit des Richters an seine Grenzen bringen, so ist er verpflichtet, eine Expertise anzufordern. Zweifeln die Entscheidungsträger, ob sie über die erforderlichen Sachkompeten-

---

[287] Berlinger, Glaubhaftigkeitsbegutachtung im Strafprozess, Diss. Luzern 2014, S. 15

[288] BGE 133 I 45; Donatsch, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 162 N 15; Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1442; Ruckstuhl/Dittmann/Arnold, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, N 505; Zweidler, § 151 StPO TG N 35, 58

zen verfügen, so ist dies bereits Anlass dafür, ein Gutachten einzuholen[289].

b) Die Prüfung der Glaubhaftigkeit von Aussagen ist nach herrschender Lehre und Praxis primär Sache der Gerichte. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände ist auf eine sachverständige Begutachtung zurückzugreifen. Bei "psychisch normalen" prozessbeteiligten Erwachsenen dürfte grundsätzlich kein Experte zur Glaubhaftigkeitsprüfung herbeigezogen werden. Als besondere Umstände, welche medizinisches oder psychologisches Fachwissen nötig machen, gelten etwa Anzeichen für eine ernsthafte psychische Störung oder für Altersdemenz sowie die Beurteilung von vorübergehenden Störungen wie zum Beispiel Alkoholrausch, akuter Drogenentzug oder starker Medikamenteneinfluss. All diese Besonderheiten könnten die Wahrnehmungs-, Erinnerungs- oder Wiedergabefähigkeit beeinträchtigen und eine erlebnisbasierte Aussage verunmöglichen. Der Richter ist zudem von Bundesrechts wegen gehalten, ein Gutachten einzuholen, wenn die Beurteilung der Qualität der Aussage eines Zeugen oder einer Auskunftsperson von der Bewertung besonderer Umstände in der Person des Aussagenden abhängig ist, welche Fachwissen auf den Gebieten der Psychiatrie und/oder der Psychologie erfordern. Dies ist etwa der Fall, wenn unklar ist, ob der Zeuge angesichts seines individuellkonkreten Entwicklungs- oder Geisteszustands oder unter den Wirkungen eines aussergewöhnlichen Beziehungsgeflechts überhaupt in der Lage ist, sachgerecht wahrzunehmen, diese Wahrnehmung zu verarbeiten und wiederzugeben. Ferner drängt sich die Bestellung eines Sachverständigen immer auf, wenn der Richter Mühe hat, die Art der Artikulation des Kindes zu verstehen, wenn es also gleichsam einer "Übersetzung" seiner Aussage bedarf[290]. Um zu wissen, in welchen

[289] Berlinger, S. 272 ff.
[290] Berlinger, S. 275 f.

Fällen ein Glaubhaftigkeitsgutachten nötig oder zumindest sinnvoll ist, sollte sich der Richter an den drei aussagepsychologischen Analysebereichen orientieren: Aussagetüchtigkeit, Aussagequalität und Aussagezuverlässigkeit[291].

aa) Die Aussagetüchtigkeit bezieht sich auf die kognitiven Fähigkeiten eines Zeugen, einen spezifischen Sachverhalt zuverlässig wahrzunehmen, diesen im Gedächtnis zu speichern und später wieder weitgehend selbstständig abzurufen sowie tatsächlich erlebte Begebenheiten von anderweitig generierten Vorstellungen zu unterscheiden. Bei der Aussagetüchtigkeit geht es um die Fähigkeiten des Zeugen, überhaupt eine zuverlässige Aussage machen zu können und nicht darum, ob die im Einzelfall geschilderte Darstellung glaubhaft oder fehlerfrei ist. Es ist unklar, welche Aussagequalität ein Zeuge potentiell erzielen können muss, um als aussagetüchtig zu gelten. Weder Fehlerfreiheit noch die durchschnittliche Aussageleistung eines psychisch gesunden Erwachsenen kann gefordert werden. Entscheidend ist das Überschreiten einer unteren Mindestschwelle: die Fähigkeit, in zentralen Aspekten erlebnisbasierte Aussagen zu machen. Allein die Diagnose einer psychiatrischen Erkrankung führt nicht zwangsläufig zur Aufhebung der Aussagetüchtigkeit eines Zeugen[292]. Eine Glaubhaftigkeitsbegutachtung sollte nach Massgabe der Rechtsprechung namentlich in Fällen angeordnet werden, in welchen Anzeichen ernsthafter geistiger Störungen vorliegen, welche die "Aussageehrlichkeit des Betroffenen" beeinträchtigen könnten, oder wenn es besondere psychiatrische oder psychologische Fachkenntnisse braucht, um die Auswirkung einer bestimmten Abnormität auf das Aussageverhalten des "psychisch erheblich Beeinträchtigten" deuten zu können[293].

---

[291] Berlinger, S. 283
[292] Berlinger, S. 24 f. und Fn. 135
[293] Möller/Maier, Grenzen und Möglichkeiten von Glaubwürdigkeitsbegutachtungen im Strafprozess, in: SJZ 96, 2000, S. 254

Allein aufgrund bejahter Aussagetüchtigkeit lässt sich noch keine Aussage über die Glaubhaftigkeit der Aussagen machen. Umgekehrt führt fehlende Aussagetüchtigkeit jedoch dazu, dass die Zeugenaussage in der Regel nicht positiv als erlebnisbasiert eingestuft werden kann[294].

bb) Die Aussagequalität befasst sich mit der Abgrenzung zwischen erlebnisbasierten Schilderungen und absichtlichen Falschaussagen[295]. Zur Unterscheidung zwischen erlebnisgestützten Aussagen und unabsichtlichen Falschaussagen muss demgegenüber die Konstruktebene beziehungsweise der Analysebereich der Aussagezuverlässigkeit bemüht werden. Es geht um die Frage, ob eine qualitativ hochwertige Aussage (Ebene der Aussagequalität) unter Berücksichtigung individueller und kontextueller Rahmenbedingungen auch als zuverlässig beurteilt werden kann[296].

cc) Diese Kategorienbildung hilft, die Komplexität der Materie zu reduzieren und mögliche Schwierigkeiten als solche zu erkennen[297]. Glaubhaftigkeitsgutachten werden unter anderem angefordert, wenn die potentiellen Opfer sehr junge Kinder sind, wenn Entwicklungsverzögerungen, Einschränkungen oder Behinderungen der geistigen Leistungsfähigkeit vorliegen, oder wenn es bei kindlichen, jugendlichen oder erwachsenen potentiellen Opfern Hinweise auf spezielle psychische Schwierigkeiten gibt[298]. Eine Glaubhaftigkeitsbegutachtung durch eine sachverständige Person drängt sich in der Regel sachlich erst auf, wenn das Gericht aufgrund besonderer Umstände auf zusätzliches medizinisches oder psychologisches Fachwissen angewiesen ist. Dies ist etwa der Fall, wenn Anzeichen bestehen, dass die

---

294 Berlinger, S. 24
295 Berlinger, S. 28 ff.
296 Berlinger, S. 48
297 Berlinger, S. 283
298 Kling, Qualitätsbeurteilung und Fehlererkennung bei aussagepsychologischen Gutachten, in: AJP 2015 S. 713

betreffende Person wegen einer ernsthaften geistigen Störung, Drogensucht oder sonstiger Umstände in ihrer Wahrnehmungs-, Erinnerungs- oder Wiedergabefähigkeit beeinträchtigt und zur wahrheitsgemässen Aussage nicht fähig oder nicht willens sein könnte. Dem Gericht steht bei der Beantwortung der Frage, ob aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls der Beizug eines Sachverständigen zur Glaubhaftigkeitsbegutachtung notwendig ist oder nicht, ein Ermessensspielraum zu[299].

c) Ab einem gewissen Alter können Kinder forensisch brauchbare Aussagen machen. Als allgemein anerkannte Faustregel gilt, dass Kinder ab etwa vier Jahren aussagetüchtig sind[300]. Zwar sind Kinderaussagen mit der gebotenen Zurückhaltung und Vorsicht zu würdigen, zumal das Erinnerungsvermögen und andere intellektuelle Fähigkeiten bei Kindern regelmässig noch weniger weit entwickelt sind als bei Erwachsenen. Besonders Kleinkinder können sich (je nach Sachthema und Lebenssituation) auch noch in einer mehr oder weniger ausgeprägten kindheitsadäquaten "Phantasiewelt" bewegen, in der sich reale Erlebnisse und fiktive Geschehnisse teilweise überschneiden. Bei Kindern besteht ausserdem eine gewisse Gefahr einer "Überanpassung" an allfällige Erwartungen und Suggestionen von Erwachsenen. Auf der anderen Seite sind gerade schulpflichtige Kinder in der Regel fähig, wesentliche Lebensvorgänge in ihrem Kern zutreffend darzustellen. Um Aussagefehler möglichst zu vermeiden und zu erkennen, ist bei der Befragung von mutmasslichen kindlichen Opfern von Sexualdelikten der Rückgriff auf kinderpsychologisch geschulte Fachpersonen geboten[301].

---

[299] Wiprächtiger, Aussagepsychologische Begutachtung im Strafrecht, in: forumpoenale 2010 S. 41
[300] Berlinger, S. 26
[301] Wiprächtiger, S. 41 f.

5. a) Das Opfer war im Zeitpunkt seiner Aussagen gegenüber der Polizei knapp 16 Jahre alt. Es berichtete über die erlebten sexuellen Übergriffe, die es laut seinen Angaben im Alter von sechs bis zwölf Jahren erlebt hatte, die also bis zu zehn Jahre zurücklagen. Die Aussagetüchtigkeit kann beim Opfer grundsätzlich vermutet werden. Es bestehen keine Anzeichen, wonach seine kognitiven Fähigkeiten, den Sachverhalt zuverlässig wahrzunehmen, diesen im Gedächtnis zu speichern und später wieder weitgehend selbstständig abzurufen, nicht vorhanden gewesen wären. Auch hatte es die Fähigkeit, eine für Dritte nachvollziehbare Schilderung zu produzieren[302].

b) Was die Aussagequalität betrifft, so äusserte sich das Opfer in den Befragungen klar und deutlich und schilderte die Ereignisse sowie seine Gefühle bei dem Erlebten. Es wäre kognitiv in der Lage, falsche Aussagen mit Hilfe seines Alltags- und Allgemeinwissens zu konstruieren. Eine Würdigung nach den allgemeinen Kriterien der Aussagewürdigung ist damit grundsätzlich möglich. Auch diesbezüglich bestehen keine erheblichen Probleme im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung.

c) Im Zusammenhang mit der Aussagezuverlässigkeit sind insbesondere die Suggestionsproblematik und die Aussagemotivation von Bedeutung. Generell gilt nämlich, dass mit zunehmendem Zeitablauf mit einer Abnahme des Aussageumfangs und der generellen Aussagegenauigkeit zu rechnen ist. Jedoch ist es möglich, mit wiederholten Befragungen neue Details in freien Berichten von Kindern und Erwachsenen zutage zu fördern. Es zeigte sich, dass bei Kindern bezüglich länger zurückliegenden Ereignissen auf Befragungswiederholungen zu verzichten ist. Gerade bei Schilderungen von Kindern besteht die Gefahr, dass sie mit zunehmendem Zeitablauf deutlich ungenauer

---

[302] Vgl. auch Berlinger, S. 24

werden, zugleich aber suggerierte Angaben im Zug von wiederholten Befragungen immer detaillierter werden[303]. Dem Bericht der Perspektive Thurgau folgend thematisierte das Opfer im November 2012 erstmals sexuelle Übergriffe. Offenbar erwähnte das Mädchen auch gegenüber seiner Schwester und den Nachbarsmädchen, dass der Berufungskläger ihm zu nahe gekommen sei. Bis zur Anzeige bei der Polizei im Januar 2015 und den darauf folgenden Video-Aussagen wurden die sexuellen Übergriffe auch während ihres stationären Aufenthalts in der Psychiatrischen Klinik im Frühling 2014 thematisiert, sowohl gegenüber den Therapeuten als auch gegenüber den Mitpatienten. Was genau der Berufungskläger mit dem Opfer gemacht hatte, erzählte das Mädchen offenbar nicht. Das Opfer wurde von gewissen gleichaltrigen Kindern aus der Nachbarschaft und von seinen Mitpatienten in der Psychiatrischen Klinik in dem Sinn beschrieben, dass es bei jeder Gelegenheit Aufmerksamkeit auf sich ziehen wolle. Das Opfer räumte in der zweiten Videobefragung ein, früher habe es Geschichten erzählt, die nicht zugetroffen hätten, um Aufmerksamkeit auf sich zu lenken. Im Austrittsbericht der Psychiatrischen Klinik werden die Diagnosen einer mittelgradigen depressiven Episode und einer ernsthaften sozialen Beeinträchtigung aufgeführt. Dem Bericht ist ferner zu entnehmen, dass in der Grundschule eine ADHS-Abklärung stattgefunden habe, wobei kein ADHS festgestellt worden sei. Seit fünf Jahren bestehe ein selbstverletzendes Verhalten, seit etwa drei Jahren ein restriktives Essverhalten. Der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst führte 2015 als Diagnose eine kombinierte Störung des Sozialverhaltens und der Emotionen auf. Das Zentrum für Kind, Jugend, Familie nannte 2016 in seinem Bericht als Diagnosen eine rezidivierende depressive Störung und eine posttraumatische Belastungsstörung. Das Opfer habe das Bedürfnis, mit einer Person über den in der Vergangenheit erlebten sexuellen Missbrauch zu sprechen, und leide auch unter wiederkeh-

[303] Berlinger, S. 57 f.

renden Flashbacks, welche plötzlich und für das Mädchen unvorbereitet auftreten und zu Aggression mit anschliessendem Rückzug führen würden. Die Flashbacks würden es an die Missbrauchserfahrungen in der Vergangenheit erinnern. Es habe teilweise Vermeidungsverhalten bestanden, um das Erleben solcher Flashbacks zu umgehen. Man ordne die beschriebene Symptomatik als rezidivierende depressive Störung mit gegenwärtig leichter bis mittelgradiger Episode und posttraumatische Belastungsstörung nach erlebtem sexuellem Missbrauch in der Vergangenheit ein. Hinzu kämen Probleme im Aufbau von verlässlichen Beziehungen, der Regulation von Nähe und Distanz und dem Umgang mit Stress, unter anderem verursacht durch Druck, Bedrängung oder Flashbacks. Man habe deswegen die Überprüfung von beruflichen Massnahmen bei der IV eingeleitet.

6. a) Wie weit gerade die Vorwürfe der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung einer Weiterentwicklung des wiederholt Erzählten des Opfers entsprechen oder auf tatsächlich Erlebtem basieren, ist für das Gericht angesichts der verhaltensauffälligen Persönlichkeit des Opfers nicht leicht zu beantworten. Den Akten folgend erzählte das Opfer im November 2012 erstmals von sexuellen Übergriffen, ohne offenbar ins Detail zu gehen. So wird im Austrittsbericht der Clienia Littenheid vom Juli 2014 erwähnt, die Ausgestaltung der sexuellen Übergriffe sei unklar. Bei der Perspektive Thurgau hatte das Opfer von November 2012 bis März 2014 Einzelsitzungen. Während eines Klinikaufenthalts von März bis Mai 2014 hatte das Mädchen drei Einzelsitzungen. In der Folge überwies der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst das Opfer zur Einzeltherapie an die Zentren für Kind, Jugend, Familie. Von Dezember 2014 an war das Mädchen dort in psychotherapeutischer Behandlung. Wie viele Einzelsitzungen es hatte, ergibt sich aus den Akten allerdings nicht. Es wäre hilfreich zu wissen, ob das Opfer bereits in seinen Therapien detaillierte Angaben über die Übergriffe machte, oder ob es erstmals bei der Polizei darüber

Auskunft gab. Dies soll im Rahmen der Glaubhaftigkeitsbegutachtung abgeklärt werden.

b) Die Perspektive Thurgau beschrieb in ihrem Bericht vom April 2015 ein auffälliges sexualisiertes Verhalten des Opfers. Es stellt sich einerseits die Frage, ob dieses Verhalten mit den Übergriffen erklärbar ist. Andererseits muss abgeklärt werden, ob dieses Verhalten dazu führte, dass das Opfer den Geschlechtsverkehr, den Oralsex und das Eindringen mit dem Finger in die Scheide - also diejenigen Handlungen, welche die Vorinstanz als nicht erfolgt betrachtete - hinzufügte, ohne dass diese sich wirklich ereigneten. Auch dieser Frage muss mit der Glaubhaftigkeitsbegutachtung nachgegangen werden.

c) Auch die Aussagemotivation des Opfers ist angesichts seiner psychisch auffälligen Persönlichkeitsstruktur schwierig zu beurteilen. Der Vorwurf, sie wolle sich in den Mittelpunkt stellen oder Aufmerksamkeit erheischen, könnte beispielsweise - muss aber nicht - für die Aussagen in Bezug auf die Vergewaltigung ursächlich sein. Allerdings bestehen für das Gericht keine Zweifel, dass sexuelle Übergriffe stattfanden. Aus den verschiedenen Aussagen von Familienangehörigen und Beteiligten, aber auch des Opfers und des Berufungsklägers, zeichnet sich ein deutliches Bild eines seit Kindheit verhaltensauffälligen Mädchens ab, das schon seit Jahren mit Problemen zu kämpfen hatte. Wie weit diese Probleme mit dem sexuellen Missbrauch zusammenhängen und die Aussagequalität des Opfers beeinträchtigten, kann ohne Fachwissen nicht ohne weiteres beurteilt werden.

7. a) Die Einholung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens drängt sich damit aus mehreren Gründen auf: Zum einen ist nicht ausgeschlossen, dass die schweren Vorwürfe, welche die Staatsanwaltschaft gegen den Berufungskläger erhob, zutreffen. Zum anderen hat das Opfer eine verhaltensauffällige Persönlichkeit, namentlich mit den Diagnosen einer posttraumatischen Belastungsstörung und einer

kombinierten Störung des Sozialverhaltens und der Emotionen. Zudem kann es sein, dass das Opfer vor seiner Aussage bei der Polizei bereits mindestens zwei Jahre mit Therapeuten über die Missbräuche gesprochen hatte; es ist nicht bekannt, ob und wenn ja inwiefern die sexuellen Übergriffe thematisiert wurden.

b) Ein Glaubhaftigkeitsgutachten kann anhand der Akten und der Videoaufnahmen erstellt werden. Der Sachverständige hat dabei nicht nur der Frage nachzugehen, welche Sexualdelikte sich ereigneten, sondern auch abzuklären, in welcher Häufigkeit diese geschehen waren. Eine nochmalige Befragung des Opfers, das in der Zwischenzeit ohnehin wieder zwei Jahre älter ist, wird wohl kaum neue Erkenntnisse bringen, weshalb darauf zu verzichten ist, sofern nicht der Gutachter eine Befragung für notwendig hält. Zudem ist der Gutachter anzuweisen, bei den Therapeuten weitere Auskünfte einzuholen, die darüber Aufschluss geben sollen, ob und was das Opfer diesen von den Übergriffen erzählte.

Obergericht, 1. Abteilung, 3. April 2017, SBR.2016.33

28. **Nichteintreten auf die Beschwerde gegen einen Hausdurchsuchungsbefehl; Vorrang des Entsiegelungsverfahrens** (Art. 248, 393 ff. StPO)

1. a) Mit Durchsuchungsbefehl ordnete die Staatsanwaltschaft im Rahmen einer Strafuntersuchung wegen des Verdachts von Steuerdelikten die Durchsuchung von Unterlagen des Beschwerdeführers an. Die Polizei führte die Hausdurchsuchung durch und sicherte diverse EDV-Daten. Der Beschwerdeführer verlangte deren Siegelung, worauf die Staatsanwaltschaft fristgerecht beim Zwangsmassnahmengericht die Entsiegelung der versiegelten EDV-Daten verlangte.

b) Der Beschwerdeführer gelangte mit Beschwerde an das Obergericht und beantragte sinngemäss, es sei die Unrechtmässigkeit der Hausdurchsuchung und des Hausdurchsuchungsbefehls mangels hinreichenden Tatverdachts festzustellen. Das Obergerichtsvizepräsidium sistierte das Beschwerdeverfahren bis zum Abschluss des Entsiegelungsverfahrens beim Zwangsmassnahmengericht. Dieses stellte im Entsiegelungsverfahren fest, das Siegel sei im Beisein des Beschuldigten entfernt worden. Es beauftragte eine Drittperson, den elektronischen Datenbestand forensisch zu sichern und aufzubereiten.

c) Der Beschwerdeführer verlangte darauf beim Obergericht die Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens.

2. Im Sinn von Art. 385 Abs. 1 lit. a StPO angefochten ist nur der Hausdurchsuchungsbefehl und die gestützt darauf durchgeführte Hausdurchsuchung. Aus der Beschwerdeschrift ergibt sich hinreichend, dass der Beschwerdeführer einen rechtsgenüglichen Tatverdacht und die Verhältnismässigkeit als Voraussetzungen der Hausdurchsuchung als Zwangsmassnahme nach Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO bestreitet.

3. Die Staatsanwaltschaft beantragt, auf die Beschwerde (gegen den Hausdurchsuchungsbefehl und die Hausdurchsuchung) sei nicht einzutreten.

a) aa) Zur Begründung macht die Staatsanwaltschaft geltend, gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung gehe das Entsiegelungsverfahren dem Beschwerdeverfahren vor. Bereits dort habe das Zwangsmassnahmengericht den hinreichenden Tatverdacht zu prüfen. Der Beschwerdeführer habe nicht dargelegt, weshalb sich ausnahmsweise ein paralleles Beschwerdeverfahren rechtfertige. Damit bleibe kein Raum für dieses Beschwerdeverfahren. Hier wie dort seien die gleichen Fragen zu entscheiden.

bb) Dagegen brachte der Beschwerdeführer vor, im Entsiegelungsverfahren bestehe die Hauptbegründung darin, es fehle an einem hinreichenden Tatverdacht. Nur in Verbindung mit dem der Vollständigkeit halber gestellten Eventualantrag, sämtliche Dokumente im Zusammenhang mit den von ihm geführten Beistandschaften von der Entsiegelung auszunehmen, berufe er sich im Entsiegelungsverfahren auf Geheimhaltungsinteressen. Die Staatsanwaltschaft habe sich mit dem Schutz jener Daten aber bereits im Entsiegelungsbegehren einverstanden erklärt, womit die Frage der Entsiegelung der mit den Beistandschaften zusammenhängenden Dokumente nicht mehr Gegenstand des Entsiegelungsverfahrens sei. Damit sei alleinige Begründung im Entsiegelungsverfahren der fehlende hinreichende Tatverdacht. Auf eine Beschwerde gegen die Entsiegelung durch das Zwangsmassnahmengericht trete das Bundesgericht aber nicht ein[304]. Das Zwangsmassnahmen- und das Obergericht hätten ohnehin unterschiedliche Aufgaben, und den Entscheiden des Obergerichts käme grösseres Gewicht zu. Es sei allgemeine Aufsichtsinstanz über die Staatsanwaltschaften. Sollte es die Beschwerde mangels hinreichenden Tatverdachts schützen, könnte es zwar die Staatsanwaltschaft nicht anweisen, die Untersuchung einzustellen. Die Staatsanwaltschaft müsste sich aber gut überlegen, ob sie die Untersuchung fortsetze oder das Verfahren einstelle. Dies hätte zur Folge, dass in einem Beschwerdeverfahren an das Bundesgericht Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG angerufen werden könnte. Das Bundesgericht müsste auf die Beschwerde eintreten, weil mit seinem Entscheid faktisch ein Endentscheid herbeigeführt und ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten gespart werden könnte. Damit sei die von der Staatsanwaltschaft geforderte Begründung für einen Ausnahmefall nachgewiesen.

---

[304] Hinweis auf BGE vom 16. November 2016, 1B_360/2013

b) aa) Laut BGE vom 24. März 2014 eröffnete die Staatsanwaltschaft des Kantons Neuenburg gegen einen Beschuldigten eine Strafuntersuchung. Die Polizei führte bei ihm gestützt auf den Hausdurchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft eine Hausdurchsuchung durch und stellte verschiedene Gegenstände sicher, darunter einen Computer. Der Betroffene verlangte sofort die Siegelung und die Staatsanwaltschaft daraufhin die Entsiegelung. Das Kantonsgericht Neuenburg schützte die Beschwerde des Beschuldigten und ordnete die Rückgabe der Gegenstände an diesen an. Dagegen erhob die Staatsanwaltschaft Beschwerde beim Bundesgericht, das diese schützte und den Beschwerdeentscheid des Kantonsgerichts aufhob. Die Beschwerde des Beschuldigten an das Kantonsgericht sei unzulässig. Es entspreche der Natur gewisser Zwangsmassnahmen wie dem Hausdurchsuchungsbefehl, dass sie erst nach ihrer Vollstreckung rechtlich überprüft werden könnten. Allerdings verfüge der Betroffene im weiteren Verfahren über vollkommenen Rechtsschutz. Sobald die Strafbehörden Gegenstände sichergestellt hätten, könne der Betroffene deren Siegelung nach Art. 248 Abs. 1 StPO verlangen. Dann sei es an der Staatsanwaltschaft, die Entsiegelung zu verlangen (Art. 248 Abs. 2 StPO). Im Verlauf dieses Verfahrens vor dem Zwangsmassnahmengericht (Art. 248 Abs. 3 lit. a StPO) und nicht vor der Beschwerdeinstanz nach Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO könne der Betroffene Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrechte oder auch andere Gründe geltend machen (Art. 248 Abs. 1 StPO). Dabei könne der Betroffene auch akzessorische Einwände erheben wie einen fehlenden hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich der ihm angelasteten Straftat, aber auch die Unverhältnismässigkeit der Zwangsmassnahme oder die Rechtswidrigkeit des Hausdurchsuchungsbefehls. Eine separate StPO-Beschwerde komme nur in Frage, wenn ausschliesslich Einwände ("les griefs

soulevés") erhoben würden, die keinerlei rechtlich geschützte Geheimhaltungsinteressen beträfen[305].

Im Entscheid vom 25. September 2012 erwog das Bundesgericht, nicht zu folgen sei der Ansicht der Vorinstanz, StPO-Beschwerden gegen Herausgabebefehle[306] seien in dem Sinn zweigleisig zu behandeln, dass zwar auf Geheimnisschutzrügen (im engeren Sinn) nicht eingetreten werde, akzessorische Einwände, die nicht unmittelbar Geheimnisschutzfragen beträfen, jedoch von der Beschwerdeinstanz gemäss StPO materiell zu prüfen seien. Eine solche Praxis würde laut Bundesgericht nicht nur zu einer unnötigen Gabelung und Komplizierung des Rechtswegs führen. Sie finde überdies im Wortlaut sowie im Sinn und Zweck des Gesetzes keine Stütze. Art. 248 Abs. 1 StPO sehe das Siegelungsverfahren auch vor, wenn sich die betroffene Person auf "andere Gründe" als auf ein Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht berufe. Zwar sei es die primäre Aufgabe des Entsiegelungsrichters zu prüfen, ob schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen einer Durchsuchung entgegen stünden. Falls aber die von einer provisorischen Sicherstellung betroffene Person neben Geheimhaltungsgründen auch noch andere akzessorische Einwände vorbringe, seien diese ebenfalls im Siegelungsverfahren zu prüfen. Dies gelte namentlich für akzessorische Rügen des fehlenden hinreichenden Tatverdachts oder der mangelnden Untersuchungsrelevanz der erhobenen Aufzeichnungen und Gegenstände und für Fragen der Verhältnismässigkeit. Eine separate StPO-Beschwerde gegen Herausgabebefehle komme somit nur in

[305] BGE vom 24. März 2014, 1B_360/2013, Erw. 2.2; BGE vom 16. November 2016, 1B_351/2016, Erw. 1.3

[306] Was gemäss BGE vom 16. November 2016, 1B_351/2016, Erw. 1.3, auch für Hausdurchsuchungen mit Sicherstellungen gilt.

Frage, wenn ausschliesslich Einwände erhoben würden, die keinerlei rechtlich geschützte Geheimhaltungsinteressen beträfen[307].

bb) In der Literatur wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung dahingehend zusammengefasst, die Verfahrensökonomie gebiete, dass identische Rügen nicht gleichzeitig in mehreren Rechtsmitteln zu erheben seien, zumal die Multiplizierung derselben das Verfahren ungebührlich in die Länge ziehe. Dem Entsiegelungsrichter komme dabei umfassende Kognition zu, sodass die Siegelung der Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO grundsätzlich vorgehe. Dies gelte zumindest im Verhältnis zur Beschwerde gegen die Anordnung der Durchsuchung oder die Editionsverfügung. In Anbetracht dessen sei auch das Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts oder der Beweiswahrscheinlichkeit nicht auf dem Weg der Beschwerde geltend zu machen[308]. Im Entsiegelungsverfahren seien auch andere Voraussetzungen als nur entgegenstehende Geheimhaltungsinteressen zu prüfen, weshalb aus Gründen der Rechtssicherheit die Praxis nicht überzeuge, eine gesonderte Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO zuzulassen[309].

c) aa) Gemäss dem Entsiegelungsgesuch der Staatsanwaltschaft machte der Beschwerdeführer anlässlich der Hausdurchsuchung gegenüber der Polizei geltend, er sei als Beistand (im Sinn des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts nach ZGB) tätig. Die sichergestellten EDV-Geräte enthielten auch Daten zu dieser Tätigkeit und somit zu den verbeiständeten Personen und deren Verhältnissen. Daher sei die Siegelung der gespiegelten Festplatten erfolgt. Eine Siegelung dürfte sich laut Staatsanwaltschaft vorliegend hauptsächlich

---

[307] BGE vom 25. September 2012, 1B_136/2012, Erw. 4.4

[308] Thormann/Brechbühl, Basler Kommentar, Art. 248 StPO N 61; Müller/Gäumann, Siegelung nach Schweizerischer StPO, in: Anwaltsrevue 2012 S. 293; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2.A., Art. 248 N 6

[309] Keller, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 248 N 12

auf den Schutz allfälliger Amtsgeheimnisse betreffend die Verhältnisse der verbeiständeten Dritten beziehen. Soweit sich die Siegelung auf solche Informationen aus der Tätigkeit des Beschwerdeführers als Beistand beziehe, habe die Staatsanwaltschaft kein Interesse an deren Entsiegelung, zumal diese EDV-Daten zur Sachverhaltsabklärung kaum etwas beitrügen. Anders sei dies bezüglich der EDV-Daten, die den Beschwerdeführer und seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse beträfen. Daran sei die Staatsanwaltschaft interessiert. Der Beschwerdeführer habe diesbezüglich bislang kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse dargelegt. Sollten keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen dagegen sprechen, seien daher sämtliche EDV-Daten, soweit sie nicht die Tätigkeit des Beschwerdeführers als Beistand beträfen, zu entsiegeln. Entsprechende Datenstämme zur Tätigkeit als Beistand wären - soweit lokalisierbar - auszuscheiden und die übrigen EDV-Daten im Rahmen der Entsiegelung zu extrahieren.

bb) Der Beschwerdeführer machte in seiner Stellungnahme zum Entsiegelungsgesuch geltend, falls das Zwangsmassnahmengericht von einem hinreichenden Verdacht hinsichtlich des Steuerbetrugs ausgehen sollte, dürfe zumindest keine Entsiegelung jener Dateien erfolgen, die im Zusammenhang mit den von ihm geführten Beistandschaften stünden. Darunter fielen nicht nur Textdateien und Excel-Tabellen, sondern auch E-Mails. Die Staatsanwaltschaft anerkenne grundsätzlich, dass sie zufolge des Amtsgeheimnisses nicht durchsucht werden dürften. Die Word- und Excel-Dateien befänden sich in einem bestimmten Verzeichnis und könnten relativ einfach ausgeschieden werden. Schwieriger sei es mit den E-Mails. Sie befänden sich in einer Outlook-Offline-Datendatei. Darin fänden sich keine Unterordner wie bei den Word- und Excel-Dateien. Deshalb seien sie nur im geöffneten Programm Outlook sichtbar und könnten nicht auf gleiche einfache Weise ausgesondert werden. Dafür sei ein unabhängiger Fachmann beizuziehen, der dafür Gewähr biete, dass nur die nicht

in Ordnern von Beistandschaften abgelegten E-Mails der Staatsanwaltschaft zugänglich gemacht würden.

d) Damit geht es im Entsiegelungsverfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht um Einwände, die sowohl geschützte Geheimhaltungsinteressen als auch andere Voraussetzungen der Hausdurchsuchung und der Siegelung oder Entsiegelung betreffen, unter anderem um die Frage des hinreichenden Tatverdachts auf Steuerbetrug. Der Beschwerdeführer erhob im Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht somit nicht ausschliesslich Einwände, die keinerlei rechtlich geschützte Geheimhaltungsinteressen zum Gegenstand haben. Vielmehr ist in jenem Verfahren neben dem Tatverdacht auch strittig und zu prüfen, welche Daten und Dateien versiegelt bleiben und welche der Staatsanwaltschaft zugänglich zu machen sind. Damit erhob der Beschwerdeführer auch Einwände betreffend rechtlich geschützte Geheimhaltungsinteressen und nicht ausschliesslich andere Einwände. Somit hat der Entsiegelungsrichter zu prüfen und zu entscheiden, ob schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen und andere Gründe wie der fehlende Tatverdacht einer Durchsuchung oder Beschlagnahme entgegenstehen. Ein separates Beschwerdeverfahren nach Art. 393 ff. StPO kommt nicht in Betracht. Auf die Beschwerde ist nicht einzutreten. Somit besteht keine Notwendigkeit, das Beschwerdeverfahren weiter zu sistieren.

Obergericht, 2. Abteilung, 18. Mai 2017, SW.2016.149

29. **Unzulässige Überwachung des Festnetzanschlusses eines Beschuldigten nach dessen Inhaftierung** (Art. 270 lit. a und lit. b Ziff. 2 StPO)

1. Das Zwangsmassnahmengericht genehmigte die Überwachung des Festnetzanschlusses des - unter anderem wegen vorsätzlicher Tötung beschuldigten - Beschwerdeführers. Dieser wurde in der Folge verhaftet, die Überwachung des Festnetzanschlusses indessen erst zwei Tage später abgesetzt. Der Beschwerdeführer verlangt, alle nach seiner Verhaftung abgehörten Gespräche über seinen Festnetzanschluss seien aus den Akten zu entfernen beziehungsweise zu löschen.

2. In materieller Hinsicht machte der Beschwerdeführer geltend, es sei ihm nach dem Zeitpunkt der Verhaftung nicht mehr möglich gewesen, seinen Festnetzanschluss zu benützen. Damit habe es ab diesem Zeitpunkt an einer verdächtigen Zielperson gefehlt, welche diesen Anschluss noch hätte nutzen können; gegen niemanden sonst in seinem Haushalt sei eine Überwachung bewilligt gewesen. Dementsprechend sei mit seiner Verhaftung jeder Rechtsgrund für die Überwachung weggefallen; die Massnahme hätte sofort aufgehoben respektive abgebrochen werden müssen.

3. a) Die Staatsanwaltschaft beendet gemäss Art. 275 Abs. 1 lit. a StPO die Überwachung unverzüglich, wenn die Voraussetzungen dafür nicht mehr erfüllt sind. Soweit eine gesetzmässige Telefonüberwachung vorliegt, die auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Beschleunigungsgebot in Strafsachen ausreichend Rechnung trägt, hat der Beschuldigte grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass die Staatsanwaltschaft untersuchte Straftaten unverzüglich, etwa durch Festnahme von Verdächtigen, unterbindet respektive geheime Überwachungsmassnahmen (allenfalls vor Ablauf der richterlich genehmigten Dauer) möglichst rasch abbricht und die überwachte Person darüber informiert. Die Wahl der sachlich gebotenen Untersuchungsführung

liegt im pflichtgemässen Ermessen der Staatsanwaltschaft. Dementsprechend dürfen gesetzmässige Untersuchungsmassnahmen (unter den Bedingungen von Art. 275 Abs. 1 StPO) grundsätzlich so lange dauern, wie es für die sorgfältige Sachverhaltsabklärung sachlich notwendig erscheint[310].

b) aa) Zur hier interessierenden Frage, ob eine Überwachung der beschuldigten Person im Sinn von Art. 270 lit. a StPO nach deren Inhaftierung ohne neue Anordnung und Genehmigung fortgesetzt werden darf, besteht - soweit ersichtlich - (noch) keine bundesgerichtliche Rechtsprechung, die nach Einführung der StPO ergangen wäre. BGE 140 IV 40 erweist sich diesbezüglich nicht als einschlägig, weil es in diesem Entscheid um die Frage ging, wann Staatsanwaltschaft und Polizei eingreifen müssen, wenn in überwachten Telefonaten künftige oder andauernde Straftaten angekündigt werden.

bb) Allerdings befasste sich das Bundesgericht in BGE 125 I 98 ff., mithin vor Inkrafttreten der StPO, mit der Thematik. Diesem Entscheid lag die Aargauer StPO zugrunde. Das Bundesgericht erwog, nach § 88 Abs. 1 StPO AG könne der Telefonverkehr des Beschuldigten oder Verdächtigten überwacht werden. Unter den Begriff des "Telefonverkehrs des Beschuldigten oder Verdächtigten" fielen zunächst alle Gespräche, die von denjenigen Anschlüssen aus geführt würden, die auf den Namen des Beschuldigten oder Verdächtigten lauteten. Hier sei umstritten, ob ein auf den Namen des Beschuldigten oder Verdächtigten lautender Telefonanschluss auch überwacht werden dürfe, wenn der Beschuldigte oder Verdächtigte den Anschluss wegen seiner Abwesenheit nicht benützen könne und dies den Strafverfolgungsbehörden bekannt sei. Bereits früher habe das Bundesgericht festgehalten, eine lückenlose Überwachung von Be-

---

[310] BGE 140 IV 45 f.

schuldigten und Verdächtigten erfordere unter Umständen, dass auch Mitteilungen kontrolliert werden könnten, die über Drittpersonen übermittelt würden. Diese Personen machten sich in einem weiteren Sinn selbst verdächtig und hätten daher Eingriffe in gleicher Weise hinzunehmen wie die Beschuldigten und Verdächtigten selber. Es sei daher nicht unverhältnismässig, den Brief-, Telefon- und Telegrafenverkehr dieser Drittpersonen zu überwachen. Voraussetzung hierfür sei, dass aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden müsse, diese Drittpersonen würden tatsächlich Mitteilungen von Beschuldigten oder Verdächtigten entgegennehmen oder für solche weiterleiten. Eine Überwachung des Telefonverkehrs des Beschuldigten oder Verdächtigten habe demnach nicht nur den Zweck, diejenigen Gespräche festzuhalten, bei denen der Beschuldigte oder Verdächtigte selbst von dem auf seinen Namen lautenden Anschluss aus jemanden angerufen habe. Vielmehr gehöre zur Überwachung des Telefonverkehrs auch, dass die Namen derjenigen Personen festgestellt würden, die auf den dem Beschuldigten oder Verdächtigten gehörenden Anschluss anriefen. Ebenso sollten diejenigen Anrufe festgehalten werden, die für den Beschuldigten oder Verdächtigten bestimmt seien, aber aus irgendeinem Grund während dessen Abwesenheit vorgenommen würden. Soweit die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen einer Überwachung des Telefonverkehrs erfüllt seien, könne es deshalb notwendig sein, einen auf den Namen des Beschuldigten lautenden Telefonanschluss auch zu überwachen, wenn sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug befinde. Wäre die Telefonüberwachung während der Dauer der Untersuchungshaft oder des Strafvollzugs unzulässig, könnten Personen, die an den dem Beschuldigten vorgeworfenen Taten beteiligt seien, gerade während der Abwesenheit des Beschuldigten auf dessen Telefonanschluss anrufen und für den Beschuldigten bestimmte Mitteilungen hinterlassen, ohne Gefahr zu laufen, abgehört zu werden. Der Begriff "Telefonverkehr des Beschuldigten oder Verdächtigten" in § 88 Abs. 1 StPO AG umfasse somit alle Gespräche, die auf den Namen des Beschuldigten oder Verdächtigten lautende Telefonanschlüsse

erfolgt seien, ohne Rücksicht darauf, ob sich der Beschuldigte oder Verdächtigte in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug befinde oder sonst wie daran gehindert sei, diese Anschlüsse selber zu benützen.

c) aa) Ein Blick in die Lehre zeigt folgendes Bild: Nach Jean-Richard-dit-Bressel[311] ist die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs keine personelle, sondern eine reelle Massnahme. Sie knüpfe nicht an eine Person, sondern an einen Gegenstand an, nämlich entweder an eine Postadresse oder an eine Fernmeldeadresse. Ändere die Zielperson diese Bezugspunkte, so sei grundsätzlich die Massnahme neu zu verfügen. Dabei brächten - so dieser Autor weiter - weder die StPO noch die Materialien klar zum Ausdruck, unter welchen Voraussetzungen eine Postadresse oder ein Fernmeldeanschluss einer bestimmten Person zuzurechnen sei. Indes liessen die in der Botschaft zum BÜPF geschilderten Beispiele vor allem an den Vertragspartner der Anbieterin denken[312].

bb) Gemäss Hansjakob[313] darf der Festnetzanschluss der in Untersuchungshaft versetzten beschuldigten Person weiterhin überwacht werden, wenn davon auszugehen sei, dass der Anschluss von Angehörigen weiter verwendet werde, um Informationen über das Strafverfahren auszutauschen, sodass sie zu Nachrichtenmittlern werden könnten. Gleichzeitig zitiert dieser Autor BGE 125 I 99 f., wobei er präzisiert, wenn diese Form der Anordnung allerdings länger anhalte, sei eine neue Genehmigung einzuholen, weil sich die Überwachung dann neu nicht mehr auf Art. 270 lit. a, sondern auf Art. 270 lit. b StPO stütze, wonach der Fernmeldeanschluss von Drittpersonen

---

311 Jean-Richard-dit-Bressel, Basler Kommentar, Art. 270 StPO N 5

312 Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 270 StPO N 6; Botschaft zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1. Juli 1998, BBl 1998 IV 4263

313 Hansjakob, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 270 N 8

überwacht werden dürfe, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden müsse, dass der Dritte für die beschuldigte Person bestimmte Mitteilungen entgegennehme oder von dieser stammende Mitteilungen an eine weitere Person weiterleite.

d) aa) BGE 125 I 98 ff. ist schon älter und erging nicht unter dem Regime der StPO. Insofern ist hier Zurückhaltung angezeigt. Unter Rechtssicherheits- und Grundrechtsschutzaspekten erweist es sich als äusserst problematisch, wenn der Fernmeldeanschluss des inhaftierten Beschuldigten trotz der klaren Regelung von Art. 270 lit. b StPO weiterhin nach Art. 270 lit. a StPO überwacht würde. Zwar will Hansjakob[314] dies offenbar zeitweilig tolerieren, doch stellt sich die Frage, ab welcher Zeitspanne dann doch eine neue Genehmigung einzuholen wäre. Dieser Lösungsansatz erweist sich deshalb unter dem Aspekt der Rechtssicherheit kaum als praktikabel. Tatsache ist, dass mit der Verhaftung der beschuldigten Person deren Bezugspunkt betreffend den Fernmeldeanschluss vollständig ändert. Für diesen Fall ist mit Jean-Richard-dit-Bressel[315] die Massnahme respektive Überwachung neu zu verfügen. Dabei kann dies erfolgen, ohne dass die Telefonüberwachung auch nur für eine Minute unterbrochen werden müsste. Die Staatsanwaltschaft kann nämlich sofort die Überwachung des konkreten Fernmeldeanschlusses als Drittüberwachung im Sinn von Art. 270 lit. b Ziff. 2 StPO anordnen. Alsdann muss die Staatsanwaltschaft innert 24 Stunden seit der Anordnung dieser neuen Überwachung die Anordnung samt Begründung sowie die für die Genehmigung wesentlichen Verfahrensakten einreichen; das Zwangsmassnahmengericht entscheidet in der Folge mit kurzer Begründung binnen fünf Tagen seit der Anordnung der Überwachung[316]. Wenn die Staatsanwaltschaft tatsächlich Wert darauf gelegt hätte, die Entourage

---

[314] Hansjakob, Art. 270 StPO N 8
[315] Art. 270 StPO N 5
[316] Art. 272 Abs. 1, 274 Abs. 1 und 2 StPO

respektive Angehörigen des Beschwerdeführers zu überwachen, weil nicht auszuschliessen gewesen sei, dass diese Dritten für den Beschwerdeführer bestimmte Mitteilungen entgegennehmen würden, hätte sie die Überwachung fortführen und gleichzeitig eine Anordnung nach Art. 270 lit. b Ziff. 2 StPO erlassen sowie diese vom Zwangsmassnahmengericht genehmigen lassen können. Es ist kaum vorstellbar, dass das Zwangsmassnahmengericht bei entsprechender Begründung diese Genehmigung nicht erteilt hätte. Es ist somit kein Grund ersichtlich, weshalb die Staatsanwaltschaft berechtigt erklärt werden sollte, eine Überwachung Dritter - wenn auch nur für kurze Zeit - unter dem Titel von Art. 270 lit. a StPO fortzusetzen.

bb) Damit ist zu prüfen, ob der Genehmigungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts eine Überwachung der Angehörigen des Beschwerdeführers, mithin eine Drittüberwachung im Sinn von Art. 270 lit. b Ziff. 2 StPO, umfasste. Das Zwangsmassnahmengericht stellte in seinem Entscheid fest, die Staatsanwaltschaft habe gegen den Beschwerdeführer eine Strafuntersuchung wegen Verdachts auf vorsätzliche Tötung eröffnet und die aktive Fernmeldeüberwachung der Rufnummer angeordnet. Katalogtat im Sinn von Art. 269 Abs. 2 lit. a StPO bilde demnach allein die vorsätzliche Tötung nach Art. 111 StGB. Zudem bejahte das Zwangsmassnahmengericht mit Blick auf die Beteiligung des Beschwerdeführers an der vorsätzlichen Tötung den dringenden Tatverdacht im Sinn von Art. 269 Abs. 1 lit. a StPO. Schliesslich erklärte das Gericht auch die Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit und der Subsidiarität im Sinn von Art. 269 Abs. 1 lit. b und c StPO als erfüllt, ohne dass aus diesem Entscheid herausgelesen werden könnte, damit sei auch eine Drittüberwachung nach Art. 270 lit. b Ziff. 2 StPO gemeint. Eine solche Anordnung hätte das Zwangsmassnahmengericht jedoch ausdrücklich genehmigen müssen; dazu bestand aber kein Anlass, nachdem die Staatsanwaltschaft in ihrem Gesuch um Genehmigung der Überwachung allein den Beschwerdeführer als beschuldigte Person und Anschlussinhaber der zu

überwachenden Rufnummern (eine Mobil- und eine Festnetznummer) bezeichnet sowie neben der Rubrik "Drittperson (Art. 270 lit. b StPO)" ein "Nein" geschrieben hatte. Bezeichnenderweise wurde in der Begründung des Gesuchs eine Drittüberwachung mit keinem Wort verlangt und Art. 270 lit. b Ziff. 2 StPO nicht erwähnt. Auch in der Anklageschrift betreffend den Beschwerdeführer heisst es zu den aufgeführten Rufnummern ausdrücklich "beide genutzt vom Beschwerdeführer". Dem war ab der Verhaftung des Beschwerdeführers jedoch nicht mehr so. Damit fehlt für die Überwachung ab dem Moment der Festnahme des Beschwerdeführers die entsprechende richterliche Genehmigung. Die ab diesem Zeitpunkt aus der Überwachung gewonnenen Erkenntnisse erweisen sich als unverwertbar, wobei daran auch eine nachträgliche Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht nichts ändern könnte, da vor der Genehmigung gewonnene Erkenntnisse unverwertbar bleiben[317]. Wurde die Überwachung nicht genehmigt oder wurde - wie hier - die Genehmigung gar nicht eingeholt, sind die Dokumente und Datenträger aus der Überwachung zu vernichten[318]. Mit Dokumenten sind die schriftlichen Aufzeichnungen über die Überwachungen, namentlich die Niederschriften von Telefongesprächen, gemeint[319].

Obergericht, 2. Abteilung, 26. Januar 2017, SW.2016.145

---

317 Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 272 StPO N 5
318 Art. 277 Abs. 1 StPO
319 Hansjakob, Art. 277 StPO N 4

30. Keine Sistierung des Verfahrens vor Eröffnung der Strafuntersuchung (Art. 309, 314 StPO)

1. Das Vorverfahren besteht aus dem Ermittlungsverfahren der Polizei und der Untersuchung der Staatsanwaltschaft[320]. Es wird durch die Ermittlungstätigkeit der Polizei oder (alternativ) durch die Eröffnung einer Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft eingeleitet[321]. Die Staatsanwaltschaft eröffnet unter anderem eine Untersuchung, wenn sich aus der Strafanzeige ein hinreichender Tatverdacht ergibt[322]. Sie kann Strafanzeigen, aus denen der Tatverdacht nicht deutlich hervorgeht, der Polizei zur Durchführung ergänzender Ermittlungen überweisen[323]. Alsdann eröffnet die Staatsanwaltschaft die Untersuchung in einer Verfügung (Eröffnungsverfügung)[324]. Auf die Eröffnung verzichtet die Staatsanwaltschaft, wenn sie sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt[325].

Eine formelle Eröffnungsverfügung findet sich nicht in den Akten. Eine Strafuntersuchung gilt aber auch ohne formelle Verfügung als eröffnet, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt[326]. Hier korrespondierte die Staatsanwaltschaft lediglich mit den Beschwerdeführerinnen und erteilte der Polizei den Auftrag, einen Sachbearbeiter zu bestellen. Ein konkreter Ermittlungsauftrag im Sinn von Art. 312 Abs. 1 StPO erfolgte nicht[327]. Damit eröffnete die Staatsanwaltschaft auch materiell keine Strafuntersu-

---

320 Art. 299 Abs. 1 StPO
321 Art. 300 Abs. 1 StPO
322 Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO
323 Art. 309 Abs. 2 StPO
324 Art. 309 Abs. 3 Satz 1 StPO
325 Art. 309 Abs. 4 StPO
326 BGE 141 IV 24
327 Vgl. BGE vom 27. September 2016, 6B_976/2015, Erw. 4.2.3, wonach generelle Ermittlungsaufträge an die Polizei unzulässig sind.

chung gegen den Beschwerdegegner. Es ist somit irreführend, wenn die Staatsanwaltschaft von einer "Strafuntersuchung" spricht und diese sistiert.

2. Die Sistierung widerspricht somit dem Gebot von Art. 309 Abs. 4 StPO, wonach die Staatsanwaltschaft zwingend eine Strafuntersuchung zu eröffnen hat, wenn sie nicht sofort eine Nichtanhandnahmeverfügung oder einen Strafbefehl erlässt. Macht sie weder das eine noch das andere, muss sie eine Untersuchung eröffnen[328]. Art. 309 Abs. 4 StPO nennt die Sistierung gerade nicht als Ausnahme von der Eröffnung einer Strafuntersuchung. Hinzu kommt, dass die Strafprozessordnung die Sistierung erst im zweiten Abschnitt unter "Durchführung der Untersuchung" regelt[329] und ausdrücklich von "sistierter Untersuchung" spricht[330]. Demnach ist die Sistierung vor Eröffnung der Strafuntersuchung nicht möglich, und die Staatsanwaltschaft hätte zwingend eine Untersuchung eröffnen müssen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt somit zu schützen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Staatsanwaltschaft anzuweisen, gegen den Beschwerdegegner in einer Verfügung eine Strafuntersuchung zu eröffnen sowie diese sodann voranzutreiben.

Obergericht, 2. Abteilung, 9. Februar 2017, SW.2016.129

Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht am 18. Mai 2017 nicht ein (1B_199/2017).

---

328 Omlin, Basler Kommentar, Art. 309 StPO N 47
329 Art. 314 f. StPO
330 Vgl. Art. 315 Abs. 1 StPO: Die Staatsanwaltschaft nimmt von Amtes wegen eine sistierte Untersuchung wieder an die Hand, wenn der Grund der Sistierung weggefallen ist.

31. Nichteintreten auf eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Rückweisungsentscheid des Bezirksgerichts zur Beweisergänzung (Art. 393 Abs. 1 lit. b, 329, 343 StPO)

1. Das Obergericht wies eine Streitsache zur Beweisergänzung (Einholung eines Glaubhaftigkeitsgutachtens) an das Bezirksgericht zurück. Dieses überwies die Akten seinerseits an die Staatsanwaltschaft, sistierte das Verfahren und übertrug die Rechtshängigkeit bis zum Eingang der ergänzten Akten auf die Staatsanwaltschaft. Diese erhob gegen den verfahrensleitenden Entscheid Beschwerde und beantragte, die Rechtshängigkeit des Verfahrens sei auf das Bezirksgericht zu übertragen und dieses zu verpflichten, die notwendigen Beweiserhebungen selbst vorzunehmen.

2. a) Mit dem Eingang der Anklageschrift wird das Verfahren beim Gericht rechtshängig. Mit der Rechtshängigkeit gehen die Befugnisse im Verfahren auf das Gericht über[331]. Ergibt sich aufgrund der Prüfung der Anklage durch die Verfahrensleitung des Gerichts oder später im Verfahren, dass ein Urteil zur Zeit nicht ergehen kann, sistiert das Gericht das Verfahren. Falls erforderlich, weist das Gericht die Anklage zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück. Dabei entscheidet das Gericht, ob ein sistierter Fall bei ihm hängig bleibt[332]. Ist nur eine mit wenig Aufwand verbundene Ergänzung oder Berichtigung der Anklage oder eine einfache Beweisergänzung vorzunehmen, wird der Verbleib der Hängigkeit beim Gericht sinnvoll sein. Ist dagegen absehbar, dass die Staatsanwaltschaft längere Zeit benötigen wird, kommt unter Umständen eine Rückübertragung der Rechtshängigkeit an diese in Betracht. Durch die

---

[331] Art. 328 StPO
[332] Art. 329 Abs. 2 und 3 StPO

Rückübertragung der Rechtshängigkeit an die Staatsanwaltschaft fallen dieser wieder die Befugnisse zu, die ihr vor Anklageerhebung zustanden, und sie kann das Verfahren auch einstellen; verbleibt die Rechtshängigkeit beim Gericht, kann sie dies hingegen nicht[333].

b) Angefochten von der Staatsanwaltschaft ist der Beschluss der Vorinstanz, die das Verfahren zur Beweisergänzung an die Staatsanwaltschaft zurückwies und gleichzeitig die Rechtshängigkeit an diese rückübertrug. Es handelt sich dabei um einen verfahrensleitenden Entscheid. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist gemäss Art. 393 Abs. 1 lit. b StPO nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Beschwerde gegen verfahrensleitende Entscheide nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken. Einen solchen irreparablen Nachteil verneint das Bundesgericht bei Rückweisungen der Akten an die Anklagebehörde oder die Vorinstanz[334].

c) Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil könnte somit, wenn überhaupt, allein in der "Delegation" der Beweisergänzung an die Staatsanwaltschaft gesehen werden. Diesbezüglich macht diese namentlich eine Missachtung von Art. 343 Abs. 1 und 2 StPO durch das Sachgericht geltend. Gemäss dieser Bestimmung erhebt das Gericht neue und ergänzt unvollständig erhobene Beweise. Auch erhebt es im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals. Indes erachtet das Bundesgericht mit Bezug auf Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG[335] die blosse Verzögerung oder Verteuerung des

---

[333] Griesser, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 329 N 26; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2.A., Art. 329 N 13 f.

[334] Guidon, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 188 und 192

[335] Diese Bestimmung macht die Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht gegen selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide ebenfalls davon abhängig, dass dadurch ein nicht wieder gutzumachender Nachteil abgewendet werden kann.

Verfahrens als generell nicht genügend, um einen sofortigen Entscheid des Bundesgerichts zu erwirken. Anders beurteilt das Bundesgericht dies nur, wenn es rechtsstaatlich geradezu unzumutbar ist, die Parteien auf die Anfechtung des Endentscheids zu verweisen[336]. Wenn vorliegend die Staatsanwaltschaft statt das Gericht die Beweisergänzung durchführt, könnte dies allenfalls einzig eine Verzögerung oder Verteuerung des Verfahrens zur Folge haben. In analoger Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG reicht dies nicht aus, um der Staatsanwaltschaft einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu Gute zu halten. Mangels eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils der Staatsanwaltschaft ist auf die Beschwerde somit nicht einzutreten. Dieses Verfahrensergebnis bestätigen auch rein praktische Aspekte. Gerade das hängig gemachte Verfahren zeigt, dass "Grabenkämpfe" zwischen Bezirksgericht und Staatsanwaltschaft, ob die Rückweisung "dringlich" sei oder nicht, und wer den Verfahrensmangel zu vertreten und daher die zwingend vorzunehmende Beweisergänzung einzuholen habe, zu einer im Licht von Art. 5 Abs. 1 StPO nicht tolerierbaren Verlängerung des Verfahrens führen.

3. Selbst wenn in der Rückweisung ein nicht wieder gutzumachender Nachteil der Staatsanwaltschaft erblickt werden wollte und somit auf deren Beschwerde einzutreten wäre, wäre sie materiell abzuweisen. Allein schon Art. 329 Abs. 2 StPO relativiert Art. 343 StPO. Aufgrund des in Art. 329 Abs. 2 StPO zu findenden Passus „oder später im Verfahren“ ergibt sich, dass sich die gerichtliche Rückweisung an die Staatsanwaltschaft nicht bloss auf die Vorprüfung durch die Verfahrensleitung nach der Anklageerhebung beschränkt, sondern auch in späteren Verfahrensstadien noch möglich ist, wenn

---

[336] BGE 136 II 170 f.

Fehler in Akten und Anklage nachträglich entdeckt werden[337]. Aber auch die Entstehungsgeschichte von Art. 343 StPO macht deutlich, dass die Frage der Unmittelbarkeit im National- und Ständerat ein eigentliches Politikum war mit dem Resultat, dass den Sachgerichten ein grosser Ermessensspielraum zusteht. Dabei bleibt die Gerichtspraxis weiterhin von bisherigen kantonalen Gepflogenheiten beeinflusst, und diese bestanden bis Ende 2010 im Kanton Thurgau in einer (äusserst) beschränkten Unmittelbarkeit oder eigentlichen Mittelbarkeit des Hauptverfahrens[338]. Somit bleibt die obligatorische Beweisabnahme in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung die Ausnahme[339], welche im Hinblick auf Art. 329 StPO nur dann zwingend Platz greift, wenn es um die Wiederholung bereits im Vorverfahren ordnungsgemäss und vollständig erhobener Beweise geht, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint[340]. In diesem Sinn entschied das Obergericht bereits im Jahr 2011, als die Jugendanwaltschaft einen gerichtlichen Rückweisungsentscheid angefochten hatte[341]. Damit erfolgte die einlässlich begründete Rückweisung der Vorinstanz an die Staatsanwaltschaft zu Recht.

Obergericht, 2. Abteilung, 10. August 2017, SW.2017.64

---

337 Schmid, Art. 329 StPO N 10

338 §§ 148 Abs. 2 und 150 StPO TG; Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 148 N 3, § 150 N 5

339 Hauri, Basler Kommentar, Art. 343 StPO N 6 ff., 13

340 Fingerhuth, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Hrsg.: Donatsch/Hansjakob/Lieber), 2.A., Art. 343 N 30

341 Entscheid des Obergerichts vom 15. September 2011, SW.2011.106

32. Kosten- und Entschädigungsfolgen für den unterliegenden Privatkläger (Art. 428 Abs. 1 StPO)

1. a) Die Staatsanwaltschaft eröffnete gegen den Leiter eines Gemeindesteueramts ein Strafverfahren wegen Amtsmissbrauchs und stellte es in der Folge ein. Dabei nahm sie die Verfahrenskosten auf die Staatskasse und entschädigte den Leiter des Steueramts mit Fr. 2'667.00; auf weitergehende Entschädigungs- oder Genugtuungszahlungen verzichtete sie.

b) Der Anzeigeerstatter erhob Beschwerde, beantragte die Bestrafung des Leiters des Gemeindesteueramts (Beschwerdegegner) und verlangte eine Entschädigung von Fr. 2'500.00 sowie einen Auslagenersatz von Fr. 550.00; ausserdem sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers, beziehungsweise unter Ausrichtung einer angemessenen Prozessentschädigung durch die Staatskasse an den Beschwerdegegner, unter Einräumung des Rückgriffs des Staates auf den Beschwerdeführer.

2. a) Zusammenfassend stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen den Beschwerdegegner mit Recht ein. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

b) Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens[342]. Zwar ist kein Amtsmissbrauch im Sinn von Art. 318 StGB festzustellen, doch liess es die Gemeinde gleichwohl an der notwendigen Sorgfalt fehlen. Insofern erscheint es hier als gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer

---

[342] Art. 428 Abs. 1 StPO

keine Verfahrensgebühr aufzuerlegen[343]. Vor diesem Hintergrund erweist sich der Antrag des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Rechtspflege als obsolet[344].

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist dem Beschwerdeführer keine Entschädigung und auch kein Auslagenersatz zu bezahlen. Vielmehr hat der Beschwerdeführer den Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'330.00[345] zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu entschädigen. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners besteht für eine Entschädigungspflicht zulasten der Staatskasse keine gesetzliche Grundlage. Hier erhob allein der Privatkläger Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft; nach dem Verursacherprinzip sind ihm bei Unterliegen die Parteikosten des Beschwerdegegners aufzuerlegen[346]. Anders zu entscheiden hiesse, den Privatkläger im Beschwerdeverfahren weitestgehend zu privilegieren, weil er für den Fall des Unterliegens (nur) im Rahmen der vergleichsweise bescheidenen Verfahrensgebühr überhaupt ein Prozessrisiko trüge; dies erscheint als nicht gerechtfertigt.

Obergericht, 2. Abteilung, 26. Januar 2017, SW.2016.147

Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 17. März 2017 ab (6B_273/2017).

---

343 § 2 Abs. 1 VGG

344 Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nur eine Befreiung des Privatklägers von den Verfahrenskosten (Art. 136 Abs. 2 lit. b StPO).

345 5,2 Stunden multipliziert mit Fr. 250.00/Stunde (dem Honoraransatz bei Obsiegen gemäss § 13 Abs. 1 und 2 AnwT) zuzüglich Barauslagen von Fr. 30.00

346 BGE 139 IV 45 ff.; Wehrenberg/Frank, Basler Kommentar, Art. 432 StPO N 15; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 1762; Massari, Kosten- und Entschädigungsfolgen für die Privatklägerschaft im Strafprozess, in: Jusletter vom 2. Februar 2015, Ziff. 4.2 und 4.2.1

33. Keine Halterhaftung nach Art. 6 OBG für den Mieter des Fahrzeugs als materiellen Halter; § 38 EG StGB ist nicht mehr anwendbar.

1. a) aa) Die Staatsanwaltschaft sprach X mit Strafbefehl wegen Verletzung der Verkehrsregeln schuldig; sie warf ihm vor, er habe auf der Autobahn die zulässige Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h nach Abzug der technisch bedingten Sicherheitsmarge um 8 km/h überschritten.

bb) X erhob Einsprache gegen den Strafbefehl; er sei zwar Mieter des fraglichen Fahrzeugs, aber zur Tatzeit nicht dessen Fahrer gewesen. Bezüglich der Identität des Fahrers mache er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Die Staatsanwaltschaft informierte X, sie halte am Strafbefehl fest, weil gemäss Angaben und Unterlagen der Autovermieterin kein zweiter Mieter oder Lenker für das Fahrzeug eingetragen sei. X wiederholte, er sei im fraglichen Zeitpunkt nicht Lenker des Fahrzeugs gewesen und beantrage daher die Einstellung des Verfahrens.

cc) Anschliessend teilte die Staatsanwaltschaft X mit, sollte er als vorübergehender Halter des Mietwagens zur Tatzeit nicht der Lenker gewesen sein, sei er gemäss § 38 EG StGB[347] verpflichtet, ihr den Lenker bekannt zu geben. Andernfalls werde gegen ihn ein neues Verfahren wegen Nichtbekanntgabe des Fahrzeuglenkers nach § 38 EG StGB eröffnet.

b) aa) In der Folge stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen X wegen Verletzung der Verkehrsregeln ein. Gleichzeitig sprach sie ihn wegen Verweigerung der Lenkerangabe

---

[347] Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafrecht, RB 311.1

gemäss § 38 EG StGB schuldig. Sie warf ihm vor, der Personenwagen mit den Kontrollschildern yy sei bei gesetzlich zulässiger Höchstgeschwindigkeit von 120 km/h 8 km/h schneller als erlaubt gemessen worden. Als damaliger Mieter und somit Halter des Mietfahrzeugs habe es X trotz Aufforderung der Staatsanwaltschaft unterlassen, innert der gesetzten Frist den verantwortlichen Lenker zu benennen.

bb) X erhob gegen diesen Strafbefehl wiederum Einsprache und beantragte die Einstellung des Strafverfahrens. Da es sich beim Fahrzeuglenker um ein enges Familienmitglied handle, wolle er von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen.

cc) Die Staatsanwaltschaft hielt am Strafbefehl fest und überwies die Akten an das Bezirksgericht. Sie beantragte, X sei im Sinn des Strafbefehls zu verurteilen. Das Bezirksgericht sprach X wegen Verletzung der Verkehrsregeln schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von Fr. 60.00. X erhob Berufung und verlangte, er sei freizusprechen.

2. Gemäss § 38 EG StGB wird mit Busse bestraft, wer es als Halter eines Fahrzeugs auf behördliche Anfrage unterlässt, den Lenker des Fahrzeugs zu benennen. Solche früher anstelle von Art. 6 OBG in den Kantonen bestehenden Bestimmungen, wonach der Halter eines Motorfahrzeugs verpflichtet ist, der Polizei Auskunft zu geben, wer das Fahrzeug führte oder wem er es überliess, sind als strafprozessuale Regelungen einzustufen. Sie betreffen ein Gebiet, das seit der Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Strafprozessrecht auf den Bund nicht mehr der kantonalen Gesetzgebungshoheit unterliegt. Diese kantonalen Regelungen und mithin § 38 EG StGB sind daher ange-

sichts der derogativen Kraft des Bundesrechts nicht mehr anwendbar[348].

3. a) Ist nicht bekannt, wer eine Widerhandlung begangen hat, wird die Busse laut Art. 6 Abs. 1 OBG dem im Fahrzeugausweis eingetragenen Fahrzeughalter auferlegt. Dem Halter wird die Busse schriftlich eröffnet. Er kann sie innert 30 Tagen bezahlen[349]. Bezahlt er die Busse nicht fristgerecht, so wird das ordentliche Strafverfahren eingeleitet[350]. Nennt der Halter jedoch Name und Adresse des Fahrzeugführers, der zum Zeitpunkt der Widerhandlung das Fahrzeug geführt hat, so wird gegen diesen das Verfahren eingeleitet[351]. Kann mit verhältnismässigem Aufwand nicht festgestellt werden, wer der Fahrzeugführer ist, so ist die Busse vom Halter zu bezahlen, es sei denn, er macht im ordentlichen Strafverfahren glaubhaft, dass das Fahrzeug gegen seinen Willen benutzt wurde und er dies trotz entsprechender Sorgfalt nicht verhindern konnte[352].

b) Nach dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 OBG ist auf den formellen Halterbegriff abzustellen. Gemäss Botschaft regelt Art. 6 OBG das Verfahren, wenn der Fahrzeugführer nicht bekannt ist. In einem ersten Schritt wird die Ordnungsbusse der Person zugestellt, die im Fahrzeugausweis als Halter oder als für das Fahrzeug verantwortliche Person eingetragen ist. Gemäss dem Bundesgericht stellt dies klar, dass es nicht wie im Haftpflichtrecht auf die materielle, sondern auf die formelle Eigenschaft des Halters ankommt. Auch die Lehre geht davon aus, dass es sich beim Halter gemäss Art. 6 OBG, anders als

---

[348] Wohlers, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Fahrzeughalters, in: Strassenverkehr 1/2015 S. 11; Robert, Werkstattgespräche - Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Motorfahrzeughalters, in: Strassenverkehr 2/2014 S. 36

[349] Art. 6 Abs. 2 OBG

[350] Art. 6 Abs. 3 OBG

[351] Art. 6 Abs. 4 OBG

[352] Art. 6 Abs. 5 OBG

etwa bei Art. 93, 95 und 96 SVG, um den formellen Fahrzeughalter handelt[353]. Wird dem formellen Halter eine Ordnungsbusse für eine Widerhandlung zugestellt, welche er nicht beging, bieten sich ihm drei Möglichkeiten. Er kann die Busse selber bezahlen, was das Verfahren abschliesst. Oder er kann der Polizei den Fahrzeuglenker mit Namen und Adresse nennen, worauf das Verfahren gegen diesen weitergeführt wird. Schliesslich kann er bestreiten, die Widerhandlung begangen zu haben, ohne den Täter zu nennen. Wenn die Täterschaft mit verhältnismässigem Aufwand nicht festgestellt werden kann, nützt dem Halter dieses Bestreiten jedoch nichts, zumal er die Ordnungsbusse kraft seiner formellen Haltereigenschaft gestützt auf Art. 6 Abs. 5 OBG selbst zu bezahlen hat. Da angesichts der geringen Strafen aufwändige Untersuchungshandlungen regelmässig unverhältnismässig wären, bleibt die Busse alsdann in der Regel am formellen Halter haften[354].

c) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann auch die materielle Haltereigenschaft bei einem Strassenverkehrsdelikt, das von einem nicht identifizierten Fahrzeuglenker begangen wurde, ein Indiz für die Täterschaft sein[355]. Gibt der formelle Halter an, wer der materielle Halter ist, so gilt gegenüber diesem die Vermutung der Täterschaft[356]. Beruft sich der materielle Halter auf das Aussageverweigerungsrecht oder bringt er die Möglichkeit ins Spiel, nicht gefahren zu sein, hindert dies das Gericht nicht daran, seine Täterschaft anzunehmen[357]. Ein Schuldspruch darf zwar nicht ausschliesslich oder

---

353 BGE vom 10. Mai 2017, 6B_1007/2016, Erw. 1.4; Botschaft zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr vom 20. Oktober 2010, BBl 2010 S 8517; Robert, S. 35; Wohlers, S. 12

354 Maeder, Sicherheit durch Gebühren, Zur neuen Halterhaftung für Ordnungsbussen nach Art. 6 OBG, in: AJP 2014 S. 683

355 BGE vom 19. April 2012, 6B_812/2011, Erw. 1.5

356 Weissenberger, Kommentar Strassenverkehrsgesetz und Ordnungsbussengesetz, 2.A., Art. 6 OBG N 6

357 BGE vom 19. April 2012, 6B_812/2011, Erw. 1.5

im Wesentlichen darauf abgestützt werden, dass der Beschuldigte geschwiegen oder sich geweigert hat, Fragen zu beantworten oder Aussagen zu machen[358]. Anders liegt es, wenn die belastenden Beweise geradezu eine Erklärung verlangen, welche der Beschuldigte ohne weiteres geben könnte; alsdann kann die fehlende Erklärung in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden[359]. Das Recht auf Schweigen schützt den Beschuldigten nicht davor, dass sein Aussageverhalten bei der Beweiswürdigung berücksichtigt wird[360]; er hat beweisrechtliche Nachteile des Schweigens auf sich zu nehmen[361]. Der Beweis der Täterschaft des materiellen Halters darf als erbracht angesehen werden, wenn dieser sich darauf beschränkt, die Tat zu bestreiten, und wenn er sich über den möglichen Lenker vollständig ausschweigt oder keine glaubwürdigen Täteralternativen angibt. Das Gericht kann mit anderen Worten im Rahmen der Beweiswürdigung ohne Verletzung der Unschuldsvermutung zum Schluss gelangen, der materielle Halter habe das Fahrzeug selber gelenkt, wenn dieser sich weigert, Angaben zum tatsächlichen Lenker zu machen. Wenn sich der materielle Halter aber glaubhaft auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft und damit jedenfalls zum Ausdruck bringt, keine Angaben zur Täterschaft machen zu wollen, weil der fehlbare Fahrzeuglenker ein Familienmitglied ist, genügt dies, um seine Strafbarkeit auszuschliessen. Der Nachweis der Täterschaft scheitert zum Beispiel, wenn sowohl der materielle Fahrzeughalter als auch ein Familienmitglied angeben, möglicherweise Täter der Verfehlung zu sein, im Übrigen aber keine weitere Aussagen machen, und die Beweislage keine eindeutige Zuordnung des Fehlverhaltens erlaubt[362].

---

[358] ZR 96, 1997, Nr. 19 S. 55
[359] EuGRZ 1996 S. 590 f.; Pra 90, 2001, Nr. 110 S. 642 f.; Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3.A., N 733
[360] Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 86 N 4
[361] Vgl. EGV-SZ 1971 S. 9 f.
[362] Weissenberger, Art. 6 OBG N 11

4. a) Formelle Fahrzeughalterin des Personenwagens mit dem Kontrollschild yy ist die Autovermieterin. Die Kantonspolizei stellte dieser zunächst eine Übertretungsanzeige für die Geschwindigkeitsüberschreitung zu. Innert Frist teilte die Autovermieterin der Kantonspolizei mit, der Berufungskläger habe das Auto zum fraglichen Zeitpunkt gemietet. Die Autovermieterin nannte folglich Name und Adresse des Fahrzeugführers im Sinn von Art. 6 Abs. 4 OBG, welcher aus ihrer Sicht im Zeitpunkt der Widerhandlung das Auto gelenkt hatte. Damit leitete die Kantonspolizei zu Recht ein Verfahren gegen den Berufungskläger wegen Geschwindigkeitsüberschreitung ein und forderte ihn mit Übertretungsanzeige zur Bezahlung einer Busse von Fr. 60.00 innert einer 30-tägigen Frist auf. Nachdem der Berufungskläger die Busse innert Frist nicht bezahlt hatte, wurde gegen ihn ein ordentliches Strafverfahren wegen Verletzung der Verkehrsregeln eröffnet. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich nicht zu beanstanden; es entspricht Art. 6 Abs. 2-4 OBG.

b) Im Zeitpunkt der Geschwindigkeitsüberschreitung war demnach der Berufungskläger der materielle Halter, weil er mit Übernahme des Mietautos die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Fahrzeug erhielt. Da Art. 6 OBG jedoch auf die formelle Haltereigenschaft abstellt, ist der Berufungskläger nicht als Halter im Sinn von Art. 6 OBG zu qualifizieren. Der Berufungskläger hat die Busse wegen Verletzung der Verkehrsregeln somit nur zu bezahlen, wenn er entweder geständig ist oder ihm die Täterschaft aufgrund von Indizien nachgewiesen werden kann. Kann ihm die Täterschaft nicht nachgewiesen werden und bleibt diese unbekannt, kann ihm die Busse gestützt auf Art. 6 Abs. 5 OBG nicht auferlegt werden; diese Regelung gilt ausschliesslich für den formellen Halter.

c) Beim Berufungskläger als materiellem Halter greift grundsätzlich die Vermutung der Täterschaft. Er bestreitet jedoch, das Fahrzeug im Zeitpunkt der Widerhandlung gelenkt zu haben, und beruft sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht. Dies schliesst seine

Strafbarkeit aus, soweit er sich glaubhaft darauf berufen kann. Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Täterschaft anhand des Radarfotos nicht zweifelsfrei festgestellt werden konnte. Die Staatsanwaltschaft hätte deshalb durch Beweiswürdigung prüfen müssen, ob die Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechts glaubhaft erscheint, oder ob die materielle Haltereigenschaft des Berufungsklägers ein hinreichendes Indiz bildet, um von seiner Täterschaft auszugehen. Immerhin war er im Mietvertrag als einziger Mieter eingetragen. Zudem gibt es keine Hinweise, dass er in der Schweiz mit Personen verkehrt, gegenüber welchen er sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen könnte. Eine solche Beweiswürdigung nahm die Staatsanwaltschaft aber nicht vor, sondern stellte das Verfahren gegen den Berufungskläger wegen Verletzung der Verkehrsregeln mit der Begründung ein, der Beweis habe nicht erbracht werden können, dass der Berufungskläger zur Tatzeit das Fahrzeug gelenkt habe; alsdann leitete sie ein Verfahren wegen Verweigerung der Lenkerangabe ein. Dass der Berufungskläger seine Aussagen zur Täterschaft verweigerte, wäre jedoch nicht als selbstständiger Tatbestand zu ahnden, sondern im Rahmen der Beweiswürdigung im Strafverfahren wegen Verletzung der Verkehrsregeln zu berücksichtigen gewesen. Der Vorwurf der Verletzung der Verkehrsregeln steht hier aber infolge Einstellung des Strafverfahrens nicht (mehr) im Raum. Aus Art. 6 OBG kann keine gesetzliche Pflicht des materiellen Halters zur Bekanntgabe des Fahrzeuglenkers und eine damit einhergehende Sanktion im Widerhandlungsfall abgeleitet werden. Damit konnte sich der Berufungskläger nicht wegen Verweigerung der Lenkerangabe schuldig machen. Er ist folglich von diesem Vorwurf freizusprechen.

Obergericht, 1. Abteilung, 23. August 2017, SBR.2017.18

II. Kantonales Recht

34. Stundenansatz für die Entschädigung des Offizialanwalts in Strafsachen (§ 5 Abs. 1 und 2 sowie § 6 lit a-c und § 13 Abs. 2 AnwT)

1. Rechtsanwältin X erhob Beschwerde gegen die Festsetzung der Entschädigung und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und sie sei mit Fr. 5'512.70 (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu entschädigen.

2. a) Die Honorarnote der Beschwerdeführerin von insgesamt Fr. 5'512.70 enthält ein Honorar von Fr. 4'883.35, basierend auf einem Aufwand von 24 Stunden und 25 Minuten, Fr. 221.00 Barauslagen und Fr. 408.35 Mehrwertsteuer.

b) Die Staatsanwaltschaft referierte die einschlägigen Bestimmungen des Anwaltstarifs sowie die Vorwürfe an den Beschuldigten und das bisherige Verfahren. Sie kam zum Schluss, es handle sich nicht um einen aussergewöhnlichen Fall im Sinn von § 5 Abs. 2 AnwT. Damit sei die Verteidigerin im Rahmen der Pauschale nach § 5 Abs. 1 AnwT zu entschädigen, ohne dass die von ihr geltend gemachten Aufwandpositionen im Einzelnen geprüft werden müssten. Angemessen erscheine eine Entschädigung mit dem Maximalbetrag von Fr. 4'000.00. Schliesslich sei in Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu berücksichtigen, dass zwar eine anwaltliche Honorarbemessung nach Pauschalen zulässig sei, dass diese sich jedoch als verfassungswidrig erweise, wenn sie auf die konkreten Verhältnisse in keiner Weise Rücksicht nehme und im Einzelfall ausserhalb jedes

vernünftigen Verhältnisses zu den vom amtlichen Verteidiger geleisteten Diensten stehe[363]. So sei von einer Verletzung des Willkürverbots auszugehen, wenn die zugesprochene Entschädigung die Selbstkosten nicht zu decken und einen zwar bescheidenen, nicht aber bloss symbolischen Verdienst nicht zu gewähren vermöge. Im Sinn einer Faustregel habe sich die Entschädigung gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung in der Grössenordnung von Fr. 180.00 pro Stunde zu bewegen. Vorliegend mache die Beschwerdeführerin einen Zeitaufwand von rund 24,5 Stunden geltend. Würde ihr wie dargestellt ein Pauschalhonorar von Fr. 4'000.00 ausbezahlt, entspräche dies bei entsprechender Umrechnung einem Stundenansatz von rund Fr. 163.00 (Fr. 4'000.00 geteilt durch 24,5 Stunden) und würde damit gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung verstossen. Dementsprechend sei das Honorar über die Pauschale hinaus auf Fr. 4'410.00 (Fr. 180.00 multipliziert mit 24,5 Stunden) zu erhöhen. Das Honorar werde um die ausgewiesenen Barauslagen von Fr. 221.00 sowie um die Mehrwertsteuer von 8% (Fr. 370.50) ergänzt, was gesamthaft Fr. 5'001.50 ergebe.

3. a) aa) Nach Art. 135 Abs. 1 StPO wird die amtliche Verteidigung nach dem Anwaltstarif des Bundes oder desjenigen Kantons entschädigt, in dem das Strafverfahren geführt wurde.

bb) Im Kanton Thurgau werden Offizialverteidiger und Offizialvertreter von Opfern und Geschädigten in Strafsachen gemäss § 13 Abs. 2 AnwT nach dem notwendigen Zeitaufwand entschädigt, wobei die maximale Gesamtgebühr gemäss den ordentlichen Ansätzen nicht überschritten werden darf. Sie haben eine Schlussrechnung einzureichen, welche eine spezifizierte Aufstellung der mandatsbezogenen Tätigkeiten einschliesslich Barauslagen enthält. Der Hono-

[363] Mit Hinweis auf BGE 141 I 128

raransatz beträgt Fr. 200.00 pro Stunde. Die ordentlichen Ansätze betragen laut § 5 Abs. 1 AnwT für die Vertretung im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren bis Fr. 4'000.00 und für die Vertretung im Gerichtsverfahren bis Fr. 5'000.00; für die Vertretung im Untersuchungs- und im Gerichtsverfahren macht die Grundgebühr bis Fr. 7'000.00 aus. In aussergewöhnlichen Fällen, insbesondere in Verfahren mit unverhältnismässig grossem oder fremdsprachigem Aktenmaterial, mit sehr umfangreicher Korrespondenz, mit aufwändiger Instruktion, mit zahlreichen Einvernahmen oder bei in anderer Weise komplizierten Verfahren kann gemäss § 5 Abs. 2 AnwT das Maximum überschritten werden. Bei gerichtlichen Beweisverfahren, die erheblichen Zeitaufwand verursachen, werden nach § 6 lit. a-c AnwT für jede zusätzliche Verhandlung oder für an deren Stelle angeordnete Schriftsätze sowie bei aufwendigen Instruktionen (beispielsweise in auswärtigen Anstalten oder unter Beizug eines Dolmetschers) Zuschläge von je 10% bis 40% berechnet.

b) Die Staatsanwaltschaft bestreitet die Notwendigkeit des geltend gemachten Aufwands von rund 24,5 Stunden nicht. Strittig ist deshalb (lediglich), ob die Staatsanwaltschaft den in § 13 Abs. 2 AnwT festgesetzten Stundenansatz von Fr. 200.00 auf Fr. 180.00 reduzieren durfte.

c) Das Obergericht erwog bereits in seinem Entscheid vom 31. Oktober 2011[364], der Hinweis von § 13 Abs. 2 AnwT auf die ordentlichen Ansätze gemäss §§ 5 und 6 AnwT leide an einem Widerspruch, weil sich eine Entschädigung nach Zeitaufwand jedenfalls in gewissen Fällen nicht in den von § 5 AnwT vorgegebenen Rahmentarif einbetten lasse. Letztlich bleibe gar nichts anderes übrig, als die Ent-

[364] SW.2011.126

schädigung nach dem Zeitaufwand zu bemessen[365]. Dieser Widerspruch stellte die Staatsanwaltschaft verständlicherweise vor ein Dilemma. Auf der einen Seite enthält § 13 Abs. 2 AnwT den Grundsatz der Entschädigung nach Zeitaufwand mit einem Honoraransatz von Fr. 200.00 pro Stunde. Andererseits darf die maximale Gesamtgebühr gemäss den ordentlichen Ansätzen nicht überschritten werden. Eine strikte Umsetzung dieser Einschränkung würde zu einer Begrenzung des notwendigen Aufwands für die ordentlichen - nicht im Sinn von § 5 Abs. 2 AnwT aussergewöhnlichen - Fälle gemäss § 5 Abs. 1 AnwT führen. Dies ist unzulässig, was auch die Staatsanwaltschaft anerkennt. Wenn nun aber in den aussergewöhnlichen Fällen gemäss § 5 Abs. 2 AnwT der (notwendige) Aufwand der amtlichen Verteidigung mit Fr. 200.00 entschädigt wird, ist es nicht zu rechtfertigen, den (notwendigen) Aufwand der amtlichen Verteidigung für alle übrigen Fälle bis auf einen Ansatz von mindestens Fr. 180.00 pro Stunde zu reduzieren, wenn der als notwendig erkannte Aufwand die ordentlichen Rahmen überschreitet. Für eine solche unterschiedliche Behandlung der Tätigkeit einer amtlichen Verteidigung gibt es keinen sachlichen Grund. Die Tätigkeit der Verteidigung ist in gewöhnlichen Fällen nicht anders als in aussergewöhnlichen. Die Interessen der Klienten sind dieselben, unabhängig davon, ob gemäss Anwaltstarif ein gewöhnlicher oder aussergewöhnlicher Fall gegeben ist. Auch aus Sicht des Staates ist kein Unterschied ersichtlich. Das einzige Argument für eine Ungleichbehandlung ist fiskalischer Natur; ein solches rechtfertigt eine Ungleichbehandlung nicht.

d) Zusammengefasst beträgt der Stundenansatz der amtlichen Verteidigung sowohl in aussergewöhnlichen als auch in gewöhnlichen Fällen grundsätzlich Fr. 200.00. Voraussetzung für die Entschä-

---

[365] Mit Hinweis auf Zweidler, Die Praxis zur thurgauischen Strafprozessordnung, Bern 2005, § 52 N 14 a.E.

digung mit dem Stundenansatz von Fr. 200.00 ist und bleibt die Notwendigkeit des geltend gemachten Zeitaufwands. Erscheint eine Honorarnote für einen gewöhnlichen Fall im Sinn von § 5 Abs. 1 AnwT angesichts der Umstände des konkreten Verfahrens zu hoch, bleibt der Staatsanwaltschaft und dem Gericht nichts anderes übrig als den geltend gemachten Zeitaufwand auf seine Notwendigkeit hin zu überprüfen. Dabei bleibt es der Staatsanwaltschaft und dem Gericht unbenommen, Honorarnoten mit ungenügend spezifizierter Aufstellung der mandatsbezogenen Tätigkeiten zur Verbesserung zurückzuweisen oder Fragen zu bestimmten Aufwandpositionen zu stellen.

e) Die Entschädigung der Beschwerdeführerin beträgt somit Fr. 4'883.35[366] und Fr. 221.00 Barauslagen entsprechend Fr. 5'104.35 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer.

Obergericht, 2. Abteilung, Einzelrichter, 27. April 2017, SW.2017.105

35. Zulässigkeit einer nachträglichen Änderung im Spruchkörper (§ 71 Abs. 1 ZSRV, Art. 30 Abs. 1 BV)

1. a) Die Berufungskläger bemängelten in der Berufungsschrift, die Besetzung der Vorinstanz an der Hauptverhandlung sei nicht identisch mit dem Spruchkörper gemäss angefochtenem Entscheid. Neben einem Richter sei auch der Gerichtsschreiber ausgetauscht worden, während mit Bezug auf die Namensänderung der urteilenden Bezirksrichterin C davon auszugehen sei, dass es sich bloss um einen Schreibfehler handle. Bei Änderungen des Spruchkörpers sei es Aufgabe des Gerichts, die Parteien auf die beabsichtigte Auswechs-

[366] 24,417 Stunden à Fr. 200.00

lung von Richtern und die Gründe dafür hinzuweisen. Die unterlassene Vernehmlassung seitens der Vorinstanz stelle eine Verletzung des Anspruchs auf ein gesetzmässig zusammengesetztes Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV dar. Bereits deshalb sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das vorinstanzliche Verfahren beziehungsweise die Hauptverhandlung zu wiederholen.

b) Laut Berufungsbeklagten ist die Gehörsverletzung geheilt, indem das Obergericht eine Vernehmlassung bei der Vorinstanz zu den Gründen der Richterauswechslung einholte. Dies dränge sich aus prozessökonomischen Gründen auf, zumal der angefochtene Entscheid im Fall der Rückweisung der Streitsache mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht anders ausfallen werde. Ein solcher formalistischer Leerlauf sei zu vermeiden. In der Berufungsduplik brachten die Berufungsbeklagten weiter vor, die Rüge der Berufungskläger betreffend unrichtige Besetzung der Vorinstanz sei verwirkt, da sie den angeblichen Mangel nicht unverzüglich gerügt hätten. Die Parteien hätten sich an der Hauptverhandlung vom 14. Juni 2016 von der Zusammensetzung des Gerichts persönlich überzeugen können. Den Berufungsklägern hätte bereits damals die gegenüber der Vorladung abweichende Besetzung auffallen müssen, und sie hätten ihre Rüge bereits an Schranken vorbringen müssen. Da sie dies nicht getan hätten, hätten sie den Spruchkörper akzeptiert.

2. a) Die Vorinstanz lud die Parteien am 21. April 2016 zur Hauptverhandlung vom 14. Juni 2016 vor. Laut Vorladung bestand die Dreierbesetzung des Bezirksgerichts aus Gerichtspräsident A, Bezirksrichter B, Bezirksrichterin C und (a.o.) Gerichtsschreiber D. So war das Gericht am 14. Juni 2016 besetzt. In dieser Besetzung beschloss die Vorinstanz am 14. Juni 2016 die Verschiebung der Beratung. In der Folge führten die Parteien aussergerichtliche Vergleichsgespräche. Am 16. August 2016 teilten die Berufungskläger mit, die Parteien hätten keine Einigung gefunden und ersuchten um Fortsetzung des Verfahrens. Der Gerichtspräsident stellte diese Eingabe der

Gegenpartei zu und teilte mit, der Einzelrichter werde über das weitere Vorgehen im September / Oktober 2016 entscheiden. Am 27. September 2016 beriet und entschied das Bezirksgericht die Streitsache in der Besetzung Gerichtspräsident A, Bezirksrichter E, Bezirksrichterin C und Gerichtsschreiber F. Am 10. Oktober 2016 versandte die Vorinstanz den Entscheid im Dispositiv und am 3. November 2016 begründet.

b) Damit konnten die Berufungskläger die Gehörsverletzung im Zusammenhang mit der teilweisen Auswechslung der mitwirkenden Richter entgegen der Auffassung der Berufungsbeklagten nicht bereits an Schranken geltend machen. Ihre in der Berufungsschrift erhobene Rüge erfolgte rechtzeitig.

3. a) Das Bezirksgericht hat laut § 71 Abs. 1 ZSRV die Parteien auf die beabsichtigte Auswechslung von Richterinnen und Richtern und die Gründe dafür hinzuweisen. Unterlässt das Gericht dies, verletzt es das rechtliche Gehör der Parteien. Indessen kann diese Gehörsverletzung im Berufungsverfahren durch Einholung einer Vernehmlassung der Vorinstanz zu den Gründen für die Auswechslung geheilt werden[367].

b) Mit der Stellungnahme der Vorinstanz zu den Gründen für die Auswechslung von Bezirksrichter B durch Bezirksrichter E und der Möglichkeit der Parteien, dazu Stellung nehmen zu können, ist die vorinstanzliche Gehörsverletzung geheilt.

4. a) Ob eine nachträgliche Änderung im einmal gebildeten Spruchkörper zulässig ist, hat die ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht unter dem Blickwinkel der Garantie des verfassungsmässi-

[367] BGE 142 I 95

gen Gerichts geprüft, sondern als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Danach haben die Prozessparteien einen Anspruch darauf, dass kein Gerichtsmitglied urteilt, das nicht Kenntnis von ihren Vorbringen und vom Beweisverfahren hat. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist deshalb verletzt und das Verfahren (ganz oder teilweise) zu wiederholen, wenn nicht alle an der Beurteilung beteiligten Gerichtsmitglieder an der ausschliesslich mündlichen, in keinem Protokoll festgehaltenen Beweisabnahme mitgewirkt haben. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist hingegen gewahrt, soweit dem an der Beurteilung neu teilnehmenden Gerichtsmitglied der Prozessstoff durch Aktenstudium zugänglich gemacht werden kann und dadurch alle am Urteil mitwirkenden Gerichtsmitglieder die gleichen Kenntnisse haben. Nach der neueren Rechtsprechung kann auch der Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV verletzt sein, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens ohne hinreichende sachliche Gründe geändert wird. Jede Besetzung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, verletzt die Garantie des verfassungsmässigen Richters. Eine Veränderung der Besetzung ist einzelfallbezogen zulässig, wenn beispielsweise ein Mitglied des Gerichts aus Altersgründen ausscheidet oder wegen einer länger dauernden Krankheit oder wegen Mutterschaftsurlaubs das Amt nicht ausüben kann, oder wenn eine Neukonstituierung des Gerichts die Auswechslung erfordert[368].

b) Gemäss Stellungnahme der Vorinstanz vom 24. März 2017 wurde Bezirksrichter B nach der Hauptverhandlung vom 14. Juni 2016 deshalb durch Bezirksrichter E ersetzt, weil sich ersterer einer schweren Rückenoperation nach Bruch eines Rückenwirbels mit Versteifung über drei Wirbel unterziehen musste. Damit änderte die

---

[368] BGE vom 29. September 2015, 4A_271/2015, Erw. 6 (in BGE 142 I 93 ff. nicht publiziert)

Zusammensetzung des Spruchkörpers im Verlauf des Verfahrens aus einem hinreichend sachlichen Grund. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters ist somit nicht verletzt. Ebenso unbegründet ist die Rüge der Berufungskläger mit Bezug auf ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Gemäss Vernehmlassung der Vorinstanz nahm Bezirksrichter E nach einlässlichem Aktenstudium an der Urteilsberatung teil. Damit war dem an der Beurteilung neu teilnehmenden Richter der Prozessstoff durch Aktenstudium zugänglich, und er hatte die gleichen Kenntnisse wie die anderen Gerichtsmitglieder. Sämtliche Ausführungen der Parteien sind protokolliert. Damit hatte Bezirksrichter E auch umfassend Kenntnis von den mündlichen Vorbringen der Parteien. Dasselbe gilt auch mit Bezug auf die Auswechslung des Gerichtsschreibers. Der bei der Urteilsberatung eingesetzte Gerichtsschreiber F weilte gemäss Stellungnahme der Vorinstanz vom 1. April bis 30. Juni 2016 in einem unbezahlten Urlaub, weshalb er an der Hauptverhandlung vom 14. Juni 2016 durch den ausserordentlichen Gerichtsschreiber D ersetzt wurde. Bei der Urteilsberatung am 27. September 2016 war Gerichtsschreiber F aus seinem Urlaub zurück, während Gerichtsschreiber D nicht mehr im Amt war. Damit findet sich auch für den Gerichtsschreiberwechsel ein hinreichend sachlicher Grund. Die Namensänderung bei Bezirksrichterin C erklärt sich mit deren Heirat zwischen Hauptverhandlung und Urteilsberatung. Diesbezüglich erfolgte kein Richterwechsel.

Obergericht, 2. Abteilung, 14. April 2017, ZBR.2016.47

D. Gesetzesregister 2017

I. Bundesrecht

Bundesverfassung (BV)
vom 18. April 1999 / SR 101

Art. 30 Abs. 1	Zulässigkeit einer nachträglichen Änderung im Spruchkörper: RBOG 2017 Nr. 35

Zivilgesetzbuch (ZGB)
vom 10. Dezember 1907 / SR 210

Art. 9 Abs. 1	Beweiswert einer Erklärung in einem Ehe- und Erbvertrag: RBOG 2017 Nr. 1
Art. 16	Vorsorgeauftrag; Urteilsfähigkeit: RBOG 2017 Nr. 5
Art. 195a Abs. 1 und 2	Beweiswert einer Erklärung in einem Ehe- und Erbvertrag: RBOG 2017 Nr. 1
Art. 273 Abs. 1	Übernachtungen von Kleinkindern beim besuchsberechtigten Elternteil; räumliche Distanz der elterlichen Wohnorte: RBOG 2017 Nr. 2
Art. 285 Abs.1 und 2	Bemessung des Betreuungsunterhalts: RBOG 2017 Nr. 3

Art. 306 Abs. 2	Die unentgeltliche Rechtspflege der Privatklägerschaft geht der kindesschutzrechtlichen Entschädigung vor: RBOG 2017 Nr. 25
Art. 307 Abs. 3	Beistandschaft und Weisungen: RBOG 2017 Nr. 4
Art. 308 Abs. 1 und 2	Beistandschaft und Weisungen: RBOG 2017 Nr. 4
Art. 363 Abs. 1 und 2	Vorsorgeauftrag; Urteilsfähigkeit: RBOG 2017 Nr. 5
Art. 404	Entschädigung des Beistands nach Aufwand: RBOG 2017 Nr. 6
Art. 404 Abs. 1	Entschädigung des Beistands: Mischrechnung von Pauschale und Aufwand zulässig: RBOG 2017 Nr. 7
Art. 410 Abs. 1	Rechnungslegung von Angehörigen als Privatbeistände: RBOG 2017 Nr. 8
Art. 411 Abs. 1	Rechnungslegung von Angehörigen als Privatbeistände: RBOG 2017 Nr. 8
Art. 420	Rechnungslegung von Angehörigen als Privatbeistände: RBOG 2017 Nr. 8

Obligationenrecht (OR)
vom 30. März 1911 / SR 220

Art. 18 Abs. 1	Kognition des Rechtsöffnungsrichters bei Auslegung von Verträgen: RBOG 2017 Nr. 16
Art. 120	Auch im Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung muss die zur Verrechnung gestellte Forderung urkundenmässig in liquider Weise belegt sein (Bestätigung von RBOG 1999 Nr. 12, 1998 Nr. 10, 1996 Nr. 17): RBOG 2017 Nr. 18

Zivilprozessordnung (ZPO)
vom 19. Dezember 2008 / SR 272

Art. 98	Kostenvorschuss für die Erstellung eines Gutachtens: RBOG 2017 Nr. 9
Art. 99 Abs. 1 lit. a	Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung bei fehlendem Domizil in der Schweiz: RBOG 2017 Nr. 10
Art. 102	Kostenvorschuss für die Erstellung eines Gutachtens: RBOG 2017 Nr. 9
Art. 106	Auflage der Verfahrenskosten an den Kanton nur in Ausnahmefällen; Kostenverteilung bei Schutz eines rein prozessualen Eventualantrags: RBOG 2017 Nr. 11

Art. 106 f.	Keine Klageanerkennung oder Gegenstandslosigkeit des Prozesses, wenn der Beklagte dem Rechtsbegehren des Klägers bloss teilweise nachkommt; Kostenfolgen: RBOG 2017 Nr. 14
Art. 107 Abs. 2	Auflage der Verfahrenskosten an den Kanton nur in Ausnahmefällen; Kostenverteilung bei Schutz eines rein prozessualen Eventualantrags: RBOG 2017 Nr. 11
Art. 122	Keine Akontozahlungen des Staats an die Offizialanwältin im Zivilverfahren: RBOG 2017 Nr. 12
Art. 156	Keine Gegenseitigkeit bei Editionsanspruch und Einsichtsrecht: RBOG 2017 Nr. 13
Art. 160 Abs. 1 lit. b	Keine Gegenseitigkeit bei Editionsanspruch und Einsichtsrecht: RBOG 2017 Nr. 13
Art. 178	Art. 178 ZPO führt nicht zu einer Lockerung der Beweisanforderungen von Art. 82 Abs. 2 SchKG: RBOG 2017 Nr. 17
Art. 179	Beweiswert einer Erklärung in einem Ehe- und Erbvertrag: RBOG 2017 Nr. 1
Art. 241 f.	Keine Klageanerkennung oder Gegenstandslosigkeit des Prozesses, wenn der Beklagte dem Rechtsbegehren des Klägers bloss teilweise nachkommt; Kostenfolgen: RBOG 2017 Nr. 14
Art. 318	Bindung des Obergerichts an eigene Rückweisungsentscheide (Praxisänderung gegenüber RBOG 2000 Nr. 28): RBOG 2017 Nr. 15

Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)
vom 11. April 1889 / 16. Dezember 1994 / SR 281.1

Art. 82 Abs. 1	Kognition des Rechtsöffnungsrichters bei Auslegung von Verträgen: RBOG 2017 Nr. 16
Art. 82 Abs. 2	Art. 178 ZPO führt nicht zu einer Lockerung der Beweisanforderungen von Art. 82 Abs. 2 SchKG: RBOG 2017 Nr. 17
	Auch im Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung muss die zur Verrechnung gestellte Forderung urkundenmässig in liquider Weise belegt sein (Bestätigung von RBOG 1999 Nr. 12, 1998 Nr. 10, 1996 Nr. 17): RBOG 2017 Nr. 18
Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3	Anforderungen an die Spezifizierung der zu arrestierenden Gegenstände: RBOG 2017 Nr. 19

Strafgesetzbuch (StGB)
vom 21. Dezember 1937 / SR 311.0

Art. 97	Formulierung des Dispositivs, wenn bezüglich eines einzigen Lebenssachverhalts die schwere Körperverletzung zu verneinen und die einfache Körperverletzung bereits verjährt ist: RBOG 2017 Nr. 21

Art. 122	Formulierung des Dispositivs, wenn bezüglich eines einzigen Lebenssachverhalts die schwere Körperverletzung zu verneinen und die einfache Körperverletzung bereits verjährt ist: RBOG 2017 Nr. 21
Art. 123	Formulierung des Dispositivs, wenn bezüglich eines einzigen Lebenssachverhalts die schwere Körperverletzung zu verneinen und die einfache Körperverletzung bereits verjährt ist: RBOG 2017 Nr. 21

Strafprozessordnung (StPO)
vom 5. Oktober 2007 / SR 312.0

Art. 29 Abs. 1 lit. b	Mehrere Beschuldigte: Kein abgekürztes Verfahren ohne rechtskräftige Verfahrenstrennung; Nichtigkeit eines rechtskräftigen Urteils aus einem unzulässigen abgekürzten Verfahren: RBOG 2017 Nr. 20
Art. 30	Mehrere Beschuldigte: Kein abgekürztes Verfahren ohne rechtskräftige Verfahrenstrennung; Nichtigkeit eines rechtskräftigen Urteils aus einem unzulässigen abgekürzten Verfahren: RBOG 2017 Nr. 20

Art. 81 Abs. 4	Formulierung des Dispositivs, wenn bezüglich eines einzigen Lebenssachverhalts die schwere Körperverletzung zu verneinen und die einfache Körperverletzung bereits verjährt ist: RBOG 2017 Nr. 21
Art. 106	Die unentgeltliche Rechtspflege der Privatklägerschaft geht der kindesschutzrechtlichen Entschädigung vor: RBOG 2017 Nr. 25
Art. 107 Abs. 1 lit. a	Einsicht in Akten eines Mitbeschuldigten (Ergänzung zu RBOG 2016 Nr. 29): RBOG 2017 Nr. 22
Art. 108 Abs. 1 lit. b	Einsicht in Akten eines Mitbeschuldigten (Ergänzung zu RBOG 2016 Nr. 29): RBOG 2017 Nr. 22
Art. 131 Abs. 3	Verwertbarkeit der Aussagen als Auskunftsperson nach einem Rollenwechsel zur beschuldigten Person: RBOG 2017 Nr. 23
Art. 131 Abs. 3	Absolute Unverwertbarkeit von Beweismitteln bei Verletzung erkennbar notwendiger Verteidigung: RBOG 2017 Nr. 24
Art. 136 ff.	Die unentgeltliche Rechtspflege der Privatklägerschaft geht der kindesschutzrechtlichen Entschädigung vor: RBOG 2017 Nr. 25
Art. 141	Absolute Unverwertbarkeit von Beweismitteln bei Verletzung erkennbar notwendiger Verteidigung: RBOG 2017 Nr. 24

Art. 141 Abs. 1	Verwertbarkeit der Aussagen als Auskunftsperson nach einem Rollenwechsel zur beschuldigten Person: RBOG 2017 Nr. 23
Art. 141 Abs. 2	Verwertbarkeit von Aufzeichnungen auf einem Mobiltelefon; Abgrenzung Zufallsfund und unzulässige Beweisausforschung: RBOG 2017 Nr. 26
Art. 160	Verwertbarkeit von Aufzeichnungen auf einem Mobiltelefon; Abgrenzung Zufallsfund und unzulässige Beweisausforschung: RBOG 2017 Nr. 26
Art. 182	Gutachten zur Glaubhaftigkeit der Aussagen eines 16-jährigen Opfers: RBOG 2017 Nr. 27
Art. 243	Verwertbarkeit von Aufzeichnungen auf einem Mobiltelefon; Abgrenzung Zufallsfund und unzulässige Beweisausforschung: RBOG 2017 Nr. 26
Art. 246 f.	Verwertbarkeit von Aufzeichnungen auf einem Mobiltelefon; Abgrenzung Zufallsfund und unzulässige Beweisausforschung: RBOG 2017 Nr. 26
Art. 248	Nichteintreten auf die Beschwerde gegen einen Hausdurchsuchungsbefehl; Vorrang des Entsiegelungsverfahrens: RBOG 2017 Nr. 28
Art. 270 lit. a und lit. b Ziff. 2	Unzulässige Überwachung des Festanschlusses eines Beschuldigten nach dessen Inhaftierung: RBOG 2017 Nr. 29
Art. 309	Keine Sistierung des Verfahrens vor Eröffnung der Strafuntersuchung: RBOG 2017 Nr. 30

Art. 314	Keine Sistierung des Verfahrens vor Eröffnung der Strafuntersuchung: RBOG 2017 Nr. 30
Art. 329	Nichteintreten auf eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Rückweisungsentscheid des Bezirksgerichts zur Beweisergänzung: RBOG 2017 Nr. 31
Art. 343	Nichteintreten auf eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Rückweisungsentscheid des Bezirksgerichts zur Beweisergänzung: RBOG 2017 Nr. 31
Art. 358	Mehrere Beschuldigte: Kein abgekürztes Verfahren ohne rechtskräftige Verfahrenstrennung; Nichtigkeit eines rechtskräftigen Urteils aus einem unzulässigen abgekürzten Verfahren: RBOG 2017 Nr. 20
Art. 389	Gutachten zur Glaubhaftigkeit der Aussagen eines 16-jährigen Opfers: RBOG 2017 Nr. 27
Art. 393 ff.	Nichteintreten auf die Beschwerde gegen einen Hausdurchsuchungsbefehl; Vorrang des Entsiegelungsverfahrens: RBOG 2017 Nr. 28
Art. 393 Abs. 1 lit. b	Nichteintreten auf eine Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Rückweisungsentscheid des Bezirksgerichts zur Beweisergänzung: RBOG 2017 Nr. 31
Art. 428 Abs. 1	Kosten- und Entschädigungsfolgen für den unterliegenden Privatkläger: RBOG 2017 Nr. 32

Ordnungsbussengesetz (OBG)
vom 24. Juni 1970 / SR 741.03

Art. 6	Keine Halterhaftung nach Art. 6 OBG für den Mieter des Fahrzeugs als materiellen Halter; § 38 EG StGB ist nicht mehr anwendbar: RBOG 2017 Nr. 33

II. Kantonales Recht

Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif für Zivil- und Strafsachen (AnwT)
vom 9. Juli 1991 / RB 176.31

§ 5 Abs. 1 und 2	Stundenansatz für die Entschädigung des Offizialanwalts in Strafsachen: RBOG 2017 Nr. 34
§ 6 lit. a-c	Stundenansatz für die Entschädigung des Offizialanwalts in Strafsachen: RBOG 2017 Nr. 34
§ 13 Abs. 2	Stundenansatz für die Entschädigung des Offizialanwalts in Strafsachen: RBOG 2017 Nr. 34

Verordnung des Obergerichts zum Kindes- und Erwachsenenschutz (Kindes- und Erwachsenenschutzverordnung, KESV)
vom 22. Oktober 2012 / RB 211.24

§ 85 Abs. 2	Rechnungslegung von Angehörigen als Privatbeistände: RBOG 2017 Nr. 8
§ 88	Entschädigung des Beistands nach Aufwand: RBOG 2017 Nr. 6
§ 88 Abs. 1-6	Entschädigung des Beistands: Mischrechnung von Pauschale und Aufwand zulässig: RBOG 2017 Nr. 7

Verordnung des Obergerichts über die Zivil- und Strafrechtspflege (Zivil- und Strafrechtspflegeverordnung, ZSRV)
vom 27. Mai 2010 / RB 271.11

§ 71 Abs. 1 Zulässigkeit einer nachträglichen Änderung im Spruchkörper: RBOG 2017 Nr. 35

Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafrecht (EG StGB)
vom 17. August 2005 / RB 311.1

§ 38 Keine Halterhaftung nach Art. 6 OBG für den Mieter des Fahrzeugs als materiellen Halter; § 38 EG StGB ist nicht mehr anwendbar: RBOG 2017 Nr. 33