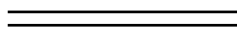
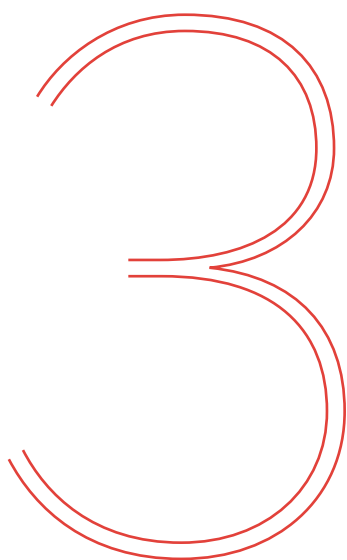
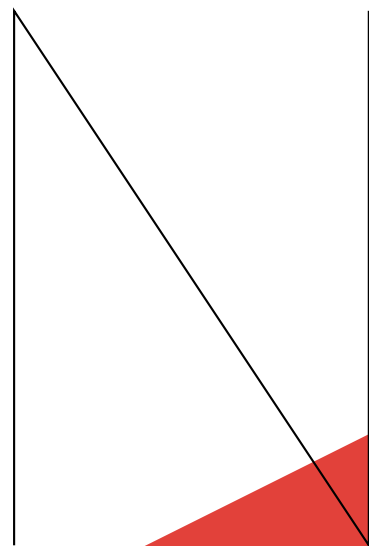
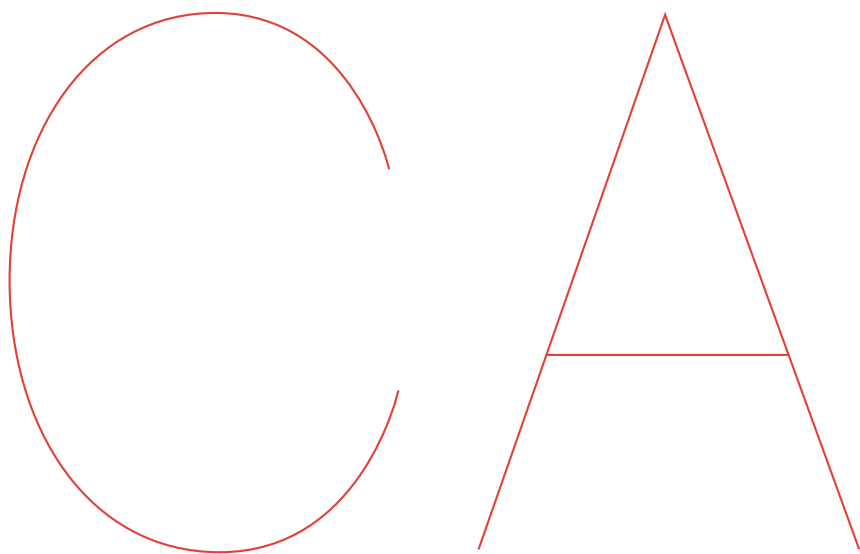


Zeitschrift für  
**kantonale** Rechtsprechung  
Heft 3 2014



**N°**

# Impressum

---

---

**CAN – Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung/[www.can-online.ch](http://www.can-online.ch)**

**3. Jahrgang Heft 3/2014**

**Zitiervorschlag**

CAN 2012 Nr. 34 S. 101

CAN online 2012 Nr. 23

**Herausgeberschaft**

Annette Dolge, Dr. iur., LL.M., Obergerichtspräsidentin, Schaffhausen

**Redaktion**

Leitung: Annette Dolge, Dr. iur., LL.M., Obergerichtspräsidentin (SH),

Prof. Dr. Karl Spühler, ehem. Bundesrichter (BS, ZH),

Mitglieder: Jann Six, Dr. iur., Oberrichter (AG), Irene Kobler-Bryner, lic. iur., Gerichtsschreiberin (AI),

Christine Baltzer-Bader, Dr. iur., Kantonsgerichtsvizepräsidentin (BL),

Cornelia Apolloni Meier, Oberrichterin (BE),

Thomas Nussbaumer, Dr. iur., Obergerichtspräsident (GL),

Petra Thöny, lic. iur., Gerichtsschreiberin (GR), Louis Iseli, lic. iur., Gerichtsschreiber (LU),

Andreas Jenny, Dr. iur., Obergerichtspräsident (OW), Mathis Bösch, lic. iur., Gerichtsschreiber (SZ),

Heinz Schaller, lic. iur., Leitender Gerichtsschreiber (SO), Patrick Guidon, Dr. iur., Kantonsrichter (SG),

Gianpietro Cantoni, lic. iur., Gerichtsschreiber (UR), Peter Furger, lic. iur., Gerichtsschreiber (ZG)

**Korrespondentinnen und Korrespondenten**

Andreas Linder, lic. iur., Leitender Gerichtsschreiber (BL), Denise Beldi, lic. iur.,

Gerichtsschreiberin (BE), Helen Holzapfel Pürro, MLaw, Gerichtsschreiberin (BE),

Erich Hug, lic. iur., Leitender Gerichtsschreiber (GL), Pascal Haussener, lic. iur.,

Leitender Gerichtsschreiber (SO), Martin Bauer, lic. iur., stv. Generalsekretär (SG)

Erscheint 4 mal jährlich

Abonnementspreis: CHF 198.–/Studenten: CHF 98.–/Einzelnummer: CHF 60.–

ISSN 2235-6460

**Verlag und Abonnementsverwaltung**

Schulthess Juristische Medien AG

Zwingliplatz 2/Postfach/8022 Zürich

Tel: 044 200 29 19/Fax: 044 200 29 08

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Das Jahresabonnement verlängert sich um ein Jahr, wenn nicht spätestens acht Wochen vor Ende des Bezugszeitraums schriftlich gekündigt wird.

Studierende legen bitte eine Kopie ihrer Legitimationskarte bei.

**Gestaltung**

Simone Arnold

**Zivilrecht**

45

Vertragsrecht

**Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag, Ausmass der  
Beurkundungspflicht (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 216 Abs. 2 OR, § 34 Abs. 1 und 3 Amtschreibereiverordnung – OG SO, 6.6.2013,  
ZKBER.2013.17

**Zivilprozessrecht**

46

Nichtigkeit

**Feststellung der Nichtigkeit eines Entscheides durch die Rechts-  
mittelbehörde bei qualifizierten Verfahrensmängeln (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 60 ZPO – KG BL, 4.2.2014, 410 13 300/LIA

47

Prozessvoraussetzungen

**Abgeurteilte Sache bei Klagerückzug, Bestimmtheit des Rechts-  
begehrens, Fragepflicht** \_\_\_\_\_

Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO, Art. 56 ZPO, Art. 65 ZPO, Art. 221 ZPO – OG ZH, 30.1.2014,  
LF140001-O/U

48

Schiedsvereinbarung

**Subjektiver Geltungsbereich einer Schiedsvereinbarung** \_\_\_\_\_

Art. 61 ZPO – HG BE, 2.7.2013, HG 11 114

49 – 50 – 51

Kosten

**Kostenvorschuss, Streitwert bei Anfechtung eines General-  
versammlungsbeschlusses** \_\_\_\_\_

Art. 98 ZPO, Art. 91 ZPO – OG AG, 28.2.2014, HOR.2014.7

**Gegenstandslosigkeit des Verfahrens nach Tod der Berufungskläger  
und Ausschlagung der Erbschaft, Verteilungsgrundsätze für die Kosten-  
und Entschädigungsfolgen (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 60 ZPO, Art. 107 ZPO, Art. 242 ZPO – AppG BS, 3.4.2014, ZB.2012.4

**Kosten für Kopien elektronischer Eingaben** \_\_\_\_\_

Art. 130 Abs. 3 ZPO – KG SZ, 14.1. 2014, ZK2 2013 55 und 56

52

Schlichtungsverfahren

**Grundsätzliche Teilnahmepflicht der Parteien an der Schlichtungsverhandlung, kein Entscheid der Schlichtungsbehörde ohne Antrag der klagenden Partei (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 204 Abs. 1 und 3 ZPO, Art. 212 Abs. 1 ZPO – KG BL, 18.2.2014, 410 13 315/LIA

53

Klagebewilligungsfrist

**Klagefrist nach Klagebewilligung bei der Anfechtung von Vereinsbeschlüssen oder Beschlüssen der Stockwerkeigentümer (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 209 Abs. 4 ZPO, Art. 75 ZGB – OG AG, 7.3. 2014, ZOR.2013.98

54 – 55

Verfahren

**Replikrecht (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 229 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK – OG AG, 28.1.2014, HOR.2013.22

**Superprovisorische Massnahmen, SMS-Werbung** \_\_\_\_\_

Art. 261 ZPO, Art. 265 ZPO – OG AG, 14. November 2013, HSU.2013.82

**Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**

56

Rechtsöffnung

**Rechtsöffnung, Spezifizierung periodisch geschuldeter Leistungen (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 67 Abs. 1 SchKG – KG SZ, 30.9.2013, BEK 2013 73

57

Arrest

**Schiedsspruch als Arrestgrund** \_\_\_\_\_

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, Art. III-V New Yorker Übereinkommen – OG ZG, 7.2.2013, BZ 2012 118

**Strafrecht**

58

Schuldfähigkeit

**Parkinson-Erkrankung und Schuldfähigkeit** \_\_\_\_\_

Art. 19 StGB – KG SG, 17.1.2013, ST.2011.128/131-SK3

Einstellung des Verfahrens

**Einstellung, Form des Entscheids, Rechtsmittel (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 55a StGB, Art. 80 Abs. 1 StPO, Art. 379 ff. StPO – OG AG, 19.12.2013, SBK.2013.308

**Strafprozessrecht**

Einzelrichterzuständigkeit

**Einrechnung einer allfälligen Widerrufsstrafe bei der Einzelrichterzuständigkeit** \_\_\_\_\_

Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO, Art. 46 Abs. 1 StGB, § 11 Abs. 1 EG StPO/AG – OG AG, 6.3.2014, SST.2013.277

Zustellung von Entscheiden

**Zustellungsfiktion bei Rückbehalteauftrag an die Post, guter Glaube** \_\_\_\_\_

Art. 84 Abs. 4 lit. a StPO – OG BE, 17.1.2014, BK 2013 330

Unentgeltliche Rechtspflege

**Keine Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für den Strafkläger im Berufungsverfahren (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 136 Abs. 1 StPO – KG SG, 26.3.2014, ZS.2014.1/2-SKP

Beweismittel

**Verwertbarkeit von Befragungsprotokollen, Recht auf Verteidigung, rechtlich geschütztes Interesse auf Entfernung unverwertbarer Beweismittel** \_\_\_\_\_

Art. 141 Abs. 2 StPO, Art. 131 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 158 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 StPO, Art. 312 Abs. 2 StPO, Art. 382 Abs. 1 StPO – OG BE, 6.2.2014, BK 2013 362

**Verwertbarkeit von Aktenstücken aus anderen, getrennt geführten Verfahren (m. Bem.)** \_\_\_\_\_

Art. 147 Abs. 1 StPO – OG BE, 4.9.2013, BK 2013 179

Rezension

**Ernst Platz**

Der Vergleich im schweizerischen Recht

Aus den Kantonen

**Was gibt's Neues bei den Gerichten?**

## 45

Vertragsrecht

**Vorvertrag zu einem Grundstückskaufvertrag, Ausmass der Beurkundungspflicht  
Art. 216 Abs. 2 OR, § 34 Abs. 1  
und 3 Amtschreibereiverordnung**

*Der einem Vorvertrag beigefügte Situationsplan ist notariell mit zu beurkunden, dies im Gegensatz zu einem amtlichen Mutationsplan. Fehlt die Beurkundung des Situationsplans, sind in Bezug auf den Kaufgegenstand die Formvorschriften nicht eingehalten und der Vorvertrag ist nichtig.*

**Obergericht des Kantons Solothurn, Zivilkammer,  
6. Juni 2013, ZKBER.2013.17**

Mitgeteilt und bearbeitet von lic. iur. Heinz Schaller,  
Leitender Gerichtsschreiber

ZUSAMMENFASSUNG DES  
SACHVERHALTS:

F. ist Eigentümerin des Grundstücks GB Nr. X. Sie schloss mit M. einen öffentlich beurkundeten Vorvertrag zu einem Liegenschafts Kaufvertrag. Kaufgegenstand war «ab GB Nr. X die auf dem beiliegenden Situationsplan schraffierte Fläche von rund 900 m<sup>2</sup>». Als Kaufpreis nahmen die Parteien einen Betrag von CHF 170.00 pro m<sup>2</sup> in Aussicht. Sie behielten sich vor, bis zur Unterzeichnung des Hauptvertrags und nach der Vermessung durch den Geometer die genaue Fläche der Liegenschaft und den effektiv geschuldeten Kaufpreis zu bestimmen. Im Berufungsverfahren machte F. geltend, der Vorvertrag sei in Bezug auf den Kaufgegenstand und den Kaufpreis zu wenig bestimmt. Zudem werde dieser Punkt nicht von der Beurkundung erfasst, weshalb der Vorvertrag nichtig sei. Die Zivilkammer hiess den Einwand und damit die Berufung gut.

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

2.1 Die Berufungsklägerin verweist für ihre Auffassung, der Kaufgegenstand sei nicht beurkundet worden, auf einen Entscheid des Bundesgerichts (BGE 106 II 146). Das Bundesgericht hatte in diesem Entscheid aufgrund einer (altrechtlichen) Berufung ein Urteil des Obergerichts des Kantons Obwalden zu überprüfen. Es ging dabei um einen Kaufrechtsvertrag, mit dem ein Kaufsrecht an einem Teil eines Grundstücks eingeräumt worden war. Der Vertrag, durch den ein Kaufsrecht an einem Grundstück begründet wird, bedarf gestützt auf Art. 216 Abs. 2 Obligationenrecht (OR, SR 220) gleich wie ein Vorvertrag zu einem Liegenschafts Kaufvertrag zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Das Obergericht hatte im vor Bundesgericht angefochtenen Urteil erwogen, die vorgeschriebene Form habe alle subjektiv und objektiv wesentlichen Elemente des Vertrags zu erfassen. Die Bezeichnung des Kaufrechtsobjekts bedeute ein wesentliches Element des Kaufrechtsvertrags. Es bedürfe der Umschreibung der Lage im Vertragstext oder einer Planskizze. Die im konkreten Fall vorliegende Planskizze sei zwar von den Parteien unterzeichnet, trage aber weder Unterschrift noch Stempel des öffentlichen Notars. Aus dem Begriff der Unterschrift ergebe sich eine örtliche Beziehung des Namens des Beurkundenden zum Inhalt der Urkunde. Sollen Texte, Pläne oder Skizzen als beurkundet gelten, müssen sie durch die Unterschrift ihrer räumlichen Stellung nach gedeckt sein. Die Unterschrift habe den Abschluss der Urkunde zu bilden und müsse daher am Ende der Urkunde stehen oder zumindest dem Text oder der Skizze am Rande nachfolgen. Verlange nun das kantonale Recht für die Beurkundung die Unterschrift der Urkundsperson, könne ein vom Notar nicht unterschriebenes und dem von ihm unterschriebenen Teil der Urkunde nachfolgendes Blatt nicht als beurkundet gelten, auch wenn es dem Vorstehenden beigeheftet oder beigegeben sei. Die Planskizze könne deshalb für die Bestimmung der Lage der kaufrechtsbelasteten Fläche innerhalb des Grundstücks nicht herangezogen werden. Es ergebe sich daraus, dass ein wesentlicher Punkt des Kaufrechtsvertrags der öffentlichen Beurkundung ermangle und das Kaufsrecht folglich nichtig sei (ZBGR 1981 S. 45 ff.).

Das Bundesgericht wies die gegen das Urteil des Obergerichts erhobene Berufung ab. Es bestätigte, dass die Kaufrechtsparzelle im konkreten Fall nur unter Beizug der Planskizze ermittelt werden könne und daher Formvorschriften des kantonalen Beurkundungsrechts missachtet worden seien. Nach ständiger Rechtsprechung sei unter Formungültigkeit eines Vertrags dessen absolute Nichtigkeit zu verstehen, die zudem von Amtes wegen zu beachten sei (BGE 106 II 146 E. 2 f.).

**2.2** Gemäss Art. 216 Abs. 2 OR bedarf ein Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Wie diese vorzunehmen ist, bestimmt nach Art. 55 Abs. 1 Schlusstitel des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) das kantonale Recht. § 5 Abs. 1 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB, BGS 211.1) erklärt den Amtschreiber als allein zuständig für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über Grundstücke. Davon ausgenommen sind unter anderem Vorverträge von Kaufverträgen, die auch vom Notar beurkundet werden können. Die Parteien haben die Urkunde vor der Urkundsperson zu unterzeichnen (§ 14 Abs. 4 EG ZGB). Wenn die Urkunde unterzeichnet ist, setzt die Urkundsperson nebst Ort und Datum ihre Unterschrift bei (§ 17 EG ZGB). Die Verordnung über die Geschäftsführung der Amtschreibereien (Amtschreibereiverordnung, BGS 123.21) und die Notariatsverordnung (BGS 129.11) ergänzen, dass der Unterschrift ordnungshalber der Amtsstempel beziehungsweise der Notariatsstempel beizufügen ist (§ 33 Abs. 2 Amtschreibereiverordnung und § 36 Abs. 1 Satz 2 Notariatsverordnung).

Die Beurkundungsvorschriften des Kantons Solothurn entsprechen im Wesentlichen denjenigen, die den vorstehend wiedergegebenen Urteilen des Obergerichts des Kantons Obwalden und des Bundesgerichts zugrunde lagen. Insbesondere ist davon auszugehen, dass alles, was zu beurkunden ist, durch die Unterschrift der Urkundsperson ihrer räumlichen Stellung nach gedeckt sein muss. Die Unterschrift hat den Abschluss der Urkunde zu bilden. Ein nicht unterschriebenes und dem von der Urkundsperson unterschriebenen Teil der Urkunde nachfolgendes Dokument gilt nicht als beurkundet, auch wenn es dem Vorstehenden beigeheftet oder beigegeben ist. Entsprechend wird

für Pläne, die Bestandteile öffentlicher Urkunden bilden, ausdrücklich festgehalten, dass sie zu datieren und von den Parteien und dem Amtschreiber zu unterzeichnen sind (§ 34 Abs. 1 Amtschreibereiverordnung). Davon ausgenommen sind einzig Mutationspläne, bei denen die Unterschrift des Amtschreibers nicht erforderlich ist (§ 34 Abs. 3 Amtschreibereiverordnung).

**2.3** Der von den Parteien abgeschlossene Vorvertrag zu einem Liegenschaftskaufvertrag enthält unter dem Titel «Kaufgegenstand» eine Beschreibung der Liegenschaft GB Nr. X. In Fettschrift wird sodann festgehalten, dass die Verkäuferin ab diesem Grundstück «die auf dem Situationsplan schraffierte Fläche von rund 900 m<sup>2</sup> zu den nachfolgenden Bedingungen» verkauft. Seite 7 des Vertrags enthält die Formel «Der unterzeichnete öffentliche Notar beurkundet hiermit, dass die Vertragsparteien diesen Vorvertrag gelesen und als ihrem Willen entsprechend bezeichnet haben», Ort und Datum sowie die Unterschriften der Vertragsparteien und des Notars mit dem Stempel. Anschliessend folgt angeheftet ein «Auszug aus dem Plan für das Grundbuch». Ein Teil von GB Nr. X ist darauf handschriftlich schraffiert. Das Dokument trägt die Unterschriften der Vertragsparteien, einen Stempel von «Architekt», eine Telefonnummer, das Datum vom 21. November 2007 und die Adresse von «Vermessungsbüro» mit einer unleserlichen Unterschrift. Die Unterschrift eines Notars und einen entsprechenden Stempel enthält der Plan nicht. Der Situationsplan wurde somit nicht beurkundet.

**2.4** Der Berufungsbeklagte verweist darauf, dass gemäss der Amtschreibereiverordnung nicht einmal Mutationspläne anlässlich des Hauptvertrags vom Amtschreiber beurkundet werden müssten. Demnach sei auch ein Situationsplan als Beilage zu einem Vorvertrag nicht zu beurkunden.

§ 34 Abs. 3 der Amtschreibereiverordnung sieht in der Tat vor, dass bei Mutationsplänen die Unterschrift des Amtschreibers nicht erforderlich ist. Diese Bestimmung folgt in der Verordnung nach der Vorschrift von § 34 Abs. 1, wonach Pläne, die Bestandteile öffentlicher Urkunden bilden, im Gegensatz dazu vom Amtschreiber zu unterzeichnen sind. Bei § 34 Abs. 3 handelt es sich somit um eine Ausnahme vom Grundsatz von § 34 Abs. 1. Der

Grund für diese Ausnahme liegt auf der Hand: Beim Mutationsplan handelt es sich um ein amtliches Dokument, das von einem zur amtlichen Vermessung eingesetzten Geometer erstellt ist. Der Mutationsplan hat auch ohne Beurkundung durch einen Notar einen Stellenwert, der dem einer öffentlichen Urkunde entspricht (Art. 9 ZGB). So darf gemäss der Verordnung über die amtliche Vermessung (VAV, SR 211.432.2) der Grundbuchverwalter die Teilung oder Vereinigung von Liegenschaften sowie die flächenmässig ausgeschiedenen selbstständigen und dauernden Rechte im Grundbuch nur vornehmen, wenn die «Mutationsurkunde» vorgelegt wird. Auch die kantonale Verordnung über die Führung des Grundbuchs (BGS 212.472) verwendet den Begriff der «Mutationsurkunden» (§ 8 Abs. 2). Die Bestimmung von § 34 Abs. 3 der Amtschreibereiverordnung spricht daher nicht gegen, sondern für die Notwendigkeit der Beurkundung anderer Pläne.

2.5 Zusammenfassend steht damit fest, dass der dem Vorvertrag beigefügte Situationsplan nicht notariell beurkundet wurde. Der Plan kann deshalb für die Bestimmung der ab GB Nr. X zu verkaufenden Parzelle nicht herangezogen werden. In Bezug auf den Kaufgegenstand, das heisst einem wesentlichen Punkt des Vertrags, sind somit die Formvorschriften von Art. 216 Abs. 2 OR nicht eingehalten. Der Vorvertrag vom 16. Februar 2009 ist gemäss Art. 11 Abs. 2 OR nicht gültig und keine Partei kann aus ihr Rechte ableiten.

#### BEMERKUNG:

*Das Urteil steht mit BGE 106 II 146, 148 E. 1 in Einklang. – Was zu beurkunden ist, bildet eine Frage des Bundesrechts, wie zu beurkunden ist und wer dafür zuständig ist, stellt abgesehen von der eidgenössischen Grundbuchverordnung Sache des kantonalen Rechts dar.*

Karl Spühler

# 46

Nichtigkeit

## **Feststellung der Nichtigkeit eines Entscheides durch die Rechtsmittelbehörde bei qualifizierten Verfahrensmängeln Art. 60 ZPO**

*Die Rechtsmittelbehörde hat die Nichtigkeit eines Entscheides der Vorinstanz festzustellen, wenn der Mangel des Entscheides besonders schwer wiegt und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Feststellung der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Anwendung der sog. Evidenztheorie auf den konkreten Fall (E. 3).*

**Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 4. Februar 2014, 410 13 300/LIA**

Mitgeteilt und bearbeitet von lic. iur. Andreas Linder,  
Leitender Gerichtsschreiber

### ZUSAMMENFASSUNG DES SACHVERHALTS:

Im Rahmen des Vollzuges einer Mieterausweisung stellte die zuständige Vollzugsbehörde Basel-Landschaft mit Verfügung vom 24. Oktober 2013 fest, dass das in der vormaligen Mietwohnung angetroffene Einrichtungsgut resp. die persönlichen Effekten der vormaligen Mieterin und Vollzugsbeklagten nach wie vor nicht abgeholt worden seien. Der Vollzugsbeklagten wurde eine einmalige Frist gewährt, um die Gegenstände abzuholen, die sich in ihrer ehemaligen Wohnung in Y. befänden. Das Abholen der Gegenstände habe mit vorheriger Rücksprache und Koordination mit der Vollzugsklägerin zu erfolgen. Die Gegenstände seien bei unterbleibender Fristwahrung ohne Weiteres zur Entsorgung resp. Entäusserung durch die Vollzugsklägerin freigegeben. Mit Gesuch vom 7. November 2013 gelangte die vormalige Mieterin und Vollzugsbeklagte an das Bezirksgericht Arlesheim. Sie führte zusammengefasst aus, am 15. Oktober



2013 habe die angeordnete Wohnungsräumung in Anwesenheit der Polizei stattgefunden. Aus gesundheitlichen Gründen sei es nicht möglich gewesen, das Hab und Gut rechtzeitig auszuräumen. Die Vollzugsbehörde Basel-Landschaft habe verfügt, dass sie ihre Sachen bis zum 15. November 2013 bei der Vermieterschaft abhole. Die Vertreterin der Vermieterschaft verweigere ihr allerdings den Zutritt zu den Sachen und verlange, dass zuerst die Finanzen bereinigt werden müssten. Es werde daher beantragt, dass die Beklagte mittels superprovisorischer Verfügung angewiesen werde, den Aufbewahrungsort sofort bekannt zu machen und den Zutritt zu gestatten. Mit Entscheid vom 13. November 2013 behaftete der Bezirksgerichtspräsident Arlesheim die Vertreterin der Gesuchsbeklagten bei ihrer Aussage, der Gesuchsklägerin, nach Rücksprache mit ihrem Vertreter, sowohl am Donnerstag, 14. November 2013, als auch am Freitag, 15. November 2013, Zugang zu deren ehemaligen Wohnung in Y. zwecks Räumung der Wohnung zu gewähren. Die Gerichtsgebühr von CHF 300.00 wurde der Gesuchsbeklagten auferlegt. Dagegen erhob die Gesuchsbeklagte Beschwerde.

#### AUS DEN ERWÄGUNGEN:

1. (...)
2. (...)

**3.1** Art. 60 ZPO verpflichtet das Gericht zur Überprüfung der Prozessvoraussetzungen. Die Norm wendet sich somit an alle Zivilgerichte unabhängig von der Verfahrensart und unabhängig von der Stufe im Instanzenzug. Vor der Rechtsmittelinstanz gesellen sich zu den weiterhin – wie vor der ersten Instanz – im Auge zu behaltenden Prozessvoraussetzungen die spezifischen und vorab zu behandelnden Zulässigkeitsvoraussetzungen des erhobenen Rechtsmittels. Auch in Summarsachen hat das Gericht das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen umfassend abzuklären. Geht das Gericht zu Unrecht vom Vorliegen der Prozessvoraussetzung aus und erfolgt deshalb ein Sachurteil, obschon ein Prozessurteil auf Nichteintreten hätte gefällt werden müssen, ist dieses Urteil grundsätzlich mit den üblichen Rechtsmitteln anfechtbar. Nichtigkeit, d.h., absolute Unwirksamkeit eines

Entscheides wird nur angenommen, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (sog. Evidenztheorie; vgl. BGE 132 II 21 E. 3.1). Inhaltliche Mängel haben somit nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit eines Entscheides zur Folge. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (vgl. Zingg, in: Berner Kommentar zur ZPO, N 19 und 50 f. zu Art. 60 ZPO mit diversen Nachweisen). Die Nichtigkeit eines Entscheides ist von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten (BGE 133 II 366 E. 3.1 und 3.2; 129 I 361 E. 2, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil 5A.45/2007 vom 6. Dezember 2007 E. 5.2.5).

**3.2** Aus den beigezogenen Akten der Vorinstanz lässt sich mittelbar erschliessen, dass zwischen den Parteien A. als Vermieterin und B. als Mieterin ein Verfahren um Ausweisung der Mieterin stattgefunden haben dürfte. In der Folge kam die vormalige Mieterin der Anweisung des Bezirksgerichts auf Räumung des Mietobjekts nicht zeitgerecht nach, sodass ihr im Rahmen des Vollzugsverfahrens durch die nunmehr zuständige Vollzugsbehörde Basel-Landschaft eine (weitere) Frist gewährt wurde, um die Gegenstände abzuholen, die sich in ihrer ehemaligen Wohnung in Y. befanden. Dabei habe das Abholen der Gegenstände mit vorheriger Rücksprache und Koordination mit der Vollzugsklägerin zu erfolgen. Alsdann sprach die vormalige Mieterin am 7. November 2013 wiederum beim Bezirksgericht Arlesheim vor und verlangte, dass die Vermieterschaft mittels superprovisorischer Verfügung angewiesen werde, den Aufbewahrungsort sofort bekannt zu machen und den Zutritt zu gestatten. Der weitere Verlauf des Verfahrens und insbesondere die Prozessleitung lässt sich den Akten der Vorinstanz nicht entnehmen. Mit Entscheid vom 13. November 2013 behaftete der Bezirksgerichtspräsident Arlesheim die Vertreterin der Gesuchsbeklagten bei einer Aussage, der Gesuchsklägerin, nach Rücksprache mit ihrem Vertreter, sowohl am Donnerstag, 14. November 2013, als auch am Freitag, 15. November 2013, Zugang zu deren ehemaligen Wohnung in Y. zwecks

Räumung der Wohnung zu gewähren. Die Gerichtsgebühr von CHF 300.00 wurde der Gesuchsbe-  
 klagten auferlegt. Das Kantonsgericht Basel-Land-  
 schaft, Abteilung Zivilrecht, gelangt heute nach  
 Einsichtnahme in die Akten zum Schluss, dass  
 dem Verfahren vor dem Bezirksgericht Arlesheim  
 diverse besonders schwere Mängel anhaften, die  
 den Entscheid vom 13. November 2013 als nichtig  
 erscheinen lassen. Aus dem fraglichen Entscheid  
 ist vorab nicht zu erkennen, wie sich im Gange des  
 Vollzuges einer rechtskräftig beurteilten Mieter-  
 ausweisung durch die Vollzugsbehörde Basel-  
 Landschaft wieder eine sachliche und funktionelle  
 Zuständigkeit des Bezirksgerichtspräsidiums her-  
 leiten lässt. Soweit die Vollzugsbehörde Basel-  
 Landschaft mithin im Rahmen ihrer Zuständigkeit  
 Anordnungen zu den Modalitäten des Vollzuges  
 trifft, liegt keine Zivilrechtsstreitigkeit mehr vor.  
 Aus dem besagten Entscheid wird sodann auch  
 nicht ersichtlich, woraus das Bezirksgericht Arles-  
 heim sinngemäss auf eine Anerkennung des frag-  
 lichen Gesuchs der vormaligen Mieterin durch die  
 Vermieterin schliesst. Es lässt sich aus der Pro-  
 zessleitung insbesondere nicht erkennen, ob und  
 wie der Vermieterschaft das rechtliche Gehör ge-  
 währt wurde. Gemäss Art. 53 ZPO haben die  
 Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf  
 rechtliches Gehör. Damit die Parteien ihre Mitwir-  
 kungsrechte überhaupt wahrnehmen können, sind  
 sie vom Gericht über den Gang des Verfahrens zu  
 orientieren. Die Betroffenen haben Anspruch dar-  
 auf, über sämtliche für die Entscheidfindung rele-  
 vanten Vorgänge und Grundlagen informiert zu  
 werden. Die gerichtliche Entscheidung darf nur  
 solche Tatsachen und Beweisergebnisse berücksich-  
 tigen, zu denen die Parteien Stellung nehmen  
 konnten. Aus dem rechtlichen Gehör fliesst insbe-  
 sondere auch der Anspruch der Parteien auf Teil-  
 nahme an der Abklärung des Sachverhalts. Die  
 Eingabe der vormaligen Mieterin vom 7. November  
 2013 trägt zwar einen Eingangsvermerk, allerdings  
 wird aus den Verfahrensakten nicht ersichtlich,  
 dass der vormaligen Vermieterschaft dieses Ge-  
 such unterbreitet wurde und sie Gelegenheit erhal-  
 ten hat, am gegen sie laufenden Verfahren teilzu-  
 nehmen. Genauso wenig findet sich ein tauglicher  
 Beleg, namentlich ein unterzeichnetes Protokoll  
 über die Anerkennung des Gesuchs durch die Be-  
 klagte, welcher eine Beendigung des Verfahrens  
 ohne Sachentscheid rechtfertigen würde. Die Be-

schwerdeführerin lässt im Rechtsmittelverfahren  
 vielmehr bestreiten, die vormalige Mieterin an der  
 Räumung überhaupt gehindert zu haben. Aus der  
 Vernehmlassung der Vorinstanz erhellt, dass die  
 Gerichtsschreiberin versucht haben soll – vor der  
 Anlegung eines Falles und um Weiterungen zu ver-  
 meiden – mit den Parteien telefonisch eine Eini-  
 gung zu erzielen. Soweit das Bezirksgericht Arles-  
 heim mithin beabsichtigte, ausserhalb seiner  
 sachlichen Zuständigkeit und eines formell korrek-  
 ten Verfahrens eine gütliche Verständigung zwi-  
 schen den Parteien zu erzielen, fehlt es offensicht-  
 lich an einer Grundlage für das Erheben von Ge-  
 richtskosten. Im Ergebnis liegen diverse schwer-  
 wiegende Verstösse gegen grundlegende Partei-  
 rechte vor. Der Entscheid vom 13. November 2013  
 widerspricht dem Geist der Zivilprozessordnung  
 und den wesentlichen Prinzipien der rechtsstaatli-  
 chen Ordnung dergestalt, dass es sich geradezu  
 aufdrängt, die Beschwerde gutzuheissen und den  
 besagten Entscheid des Gerichtspräsidenten Ar-  
 lesheim für nichtig zu erklären.

#### 4. (...)

#### BEMERKUNGEN:

*Der Entscheid erscheint als zutreffend. Zwar darf  
 Nichtigkeit nicht leichthin angenommen werden.  
 Hier liegen aber drei teils schwer wiegende Ver-  
 stösse vor: Fehlende Zuständigkeit im Vollzugs-  
 verfahren, mangelnde sachliche Zuständigkeit,  
 auf eine gütliche Verständigung mit Kostenfol-  
 gen, hinzuwirken, Verweigerung des rechtlichen  
 Gehörs. Diese Kumulation führte zu Recht zur  
 Nichtigkeit.*

*Karl Spühler*

## 47

Prozessvoraussetzungen

**Abgeurteilte Sache bei Klagerückzug, Bestimmtheit des Rechtsbegehrens, Fragepflicht  
Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO, Art. 56 ZPO,  
Art. 65 ZPO, Art. 221 ZPO**

*Das Rechtsbegehren muss auch im summarischen Verfahren so bestimmt sein, dass es im Falle der Guttheissung zum Urteil erhoben werden könnte (E. II/6). Ein ungenügend bestimmtes Begehren kann auch im Falle des Rückzugs nicht im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO abgeurteilt sein (E. II/7). Ob ein Begehren bestimmt ist, beurteilt sich nach den Art. 84 ff. ZPO und Art. 221 Abs. 1 lit. b ZPO. Auf eine nicht genügend bestimmte Klage ist nicht einzutreten. Ein erneuter Hinweis auf den Mangel ist bei der zweiten Klage mit ungenügendem Rechtsbegehren nicht mehr erforderlich (E. II/8).*

**Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,  
30. Januar 2014, LF140001-O/U**  
Bearbeitet von Prof. Dr. Karl Spühler

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

II. (...)

3. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe ihr identisches Rechtsbegehren gegen die gleichen Gesuchsgegner bereits im Verfahren ES130054 anhängig gemacht und daraufhin zurückgezogen. Dieser Rückzug sei nach der Zustellung des Gesuches an die Gegenpartei erfolgt, und eine Zustimmung der Gegenpartei zu einem Rückzug ohne Rechtsverlust liege nicht vor. Daher komme dem betreffenden Rückzug gemäss Art. 65 ZPO die Wirkung einer Klageabweisung zu. Einem neuen Gesuch gegen die gleiche Partei über den gleichen Streitgegenstand stehe somit das Pro-

zesshindernis der res iudicata nach Art. 59 Abs. 1 lit. e ZPO entgegen.

4. Die Gesuchstellerin lässt berufsungsweise geltend machen, die Vorinstanz habe im Erstverfahren darauf hingewiesen, dass das Begehren nicht hinreichend bestimmt sei. Danach habe sie, die Berufungsklägerin, das Begehren indes nicht präzisiert, sondern zurückgezogen. Nun sei die Vorinstanz der Ansicht, die beiden Begehren seien identisch. Die Identität zweier Klagen könne indes nicht festgestellt werden, wenn die erste Klage nicht hinreichend bestimmt gewesen sei.

5. Die Gesuchstellerin gab sowohl in ihrem Gesuch vom 2. Oktober 2013 um vorsorgliche Eintragung eines Grundpfandrechts als auch im Gesuch vom 11. Dezember 2013 zwei Grundbuchblätter an und bejahte die Frage nach Baurechten oder Miteigentumsanteilen (Stockwerkeigentum). Weiter erklärte die Gesuchstellerin, es sei(en) nicht die Gesamtliegenschaft mit dem Pfandrecht zu belasten, sondern die Anteile. In ihrem Gesuch vom 2. Oktober 2013 gab die Gesuchstellerin zusätzlich an, zu belasten seien «Grundbuchblätter Grundbuch Wertquoten-Anteile X. und allgemein».

Die Vorinstanz hat im Verfahren ES130054 betreffend das erstgenannte Gesuch, in der Verfügung vom 16. Oktober 2013 betreffend Aufforderung zur Verbesserung des Gesuchs, richtig festgehalten, dass aus dem Begehren nicht klar hervorgehe, welche Liegenschaft bzw. welcher Miteigentumsanteil mit welcher Pfandsomme belastet werden soll. Mit dem Gesuch vom 11. Dezember 2013 verhält es sich gleich, da die Gesuchstellerin bei diesem Anlass kein präzisiertes Gesuch einreichte, sondern bis auf den soeben aufgezeigten Unterschied und eine geringfügig abweichende Umschreibung der letzten Arbeiten das identische, nicht präzisierte Gesuch.

6. Die Anforderungen an die Klageeinreichung nach Art. 221 ZPO gelten auch für das Gesuch summarischen Verfahren nach Art. 252 ZPO (Art. 219 ZPO; vgl. BSK ZPO-Mazan, 2. Auflage 2013, Art. 252 N 9). Danach hat das Gesuch ein Rechtsbegehren zu enthalten. Dieses muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Guttheissung des Begehrens unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BSK ZPO-Willisegger, 2. Auflage 2013,

Art. 221 N 18). Dieser Anforderung genügten sowohl das erste als auch das zweite Begehren der Gesuchstellerin (vom 2. Oktober bzw. 11. Dezember 2013) nicht.

7. Eine abgeurteilte Sache (*res iudicata*) liegt vor, wenn der strittige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist. Dies trifft zu, wenn der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf den gleichen Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird (ZK ZPO-Zürcher, 2. Auflage 2013, Art. 59 N 36). «Bereits rechtskräftig beurteilt» in diesem Sinne kann nach Massgabe der Bestimmung von Art. 65 ZPO auch ein vor dem materiellen Entscheid zurückgezogenes Begehren sein, wenn der Rückzug erfolgte, nachdem das Begehren der Gegenpartei zugestellt wurde, und ohne dass diese dem Rückzug zugestimmt hätte.

7.1 Ein Begehren, auf das wegen fehlender Bestimmtheit nicht eingetreten werden kann, ist nach dem vorstehend Gesagten (vorne II./6) ungeeignet, einen materiellen Entscheid über einen bestimmten Anspruch herbeizuführen. Einem solchen Begehren kann konsequenterweise auch keine Ausschlusswirkung im Sinne der *res iudicata* gegenüber einem bestimmten Anspruch zukommen – welchem bestimmten Anspruch gegenüber dies so sein sollte, wäre nicht feststellbar.

7.2 Abzulehnen ist auch eine Ausschlusswirkung des ersten, zurückgezogenen Begehrens gegenüber einem weiteren, ebenfalls unbestimmten Begehren. Um die Identität zweier Ansprüche beurteilen zu können, ist es unverzichtbar, dass diese Ansprüche als solche genau identifiziert werden können. Die Ausschlusswirkung der *res iudicata* kann sich daher nur auf einen konkret bestimmten Streitgegenstand beziehen.

Fehlt es bereits an einem bestimmten Streitgegenstand, so ist das Begehren ohnehin ungeeignet, einen materiellen Entscheid herbeizuführen. Das der Ausschlusswirkung zugrunde liegende Interesse an der Vermeidung widersprüchlicher Urteile und der Sicherstellung des Rechtsfriedens durch ein bindendes Urteil (BSK ZPO-Gehri, 2. Auflage 2013, Art. 59 N 18) ist in dieser Konstellation somit in keinem Fall gefährdet. Ein materieller Entscheid könnte erst nach einer Verbesserung des

Rechtsbegehrens ergehen. Dann wäre eine Ausschlusswirkung eines früheren Begehrens denkbar, wenn das durch die Verbesserung genügend bestimmte Begehren identisch mit einem bereits beurteilten (ebenfalls bestimmten) Begehren wäre. Vorausgesetzt wäre dann aber, dass in einem früheren Verfahren ein solches, genügend bestimmtes Begehren gestellt wurde. Nur ein solches könnte mit dem neuen, verbesserten und entsprechend bestimmten Begehren identisch sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

7.3 Das Gesagte zeigt, dass der vorliegende Fall nicht mit demjenigen zu vergleichen ist, den das Bundesgericht in BGE 115 II 187 beurteilte. Danach wird die Abweisung einer Klage aufgrund *fehlender Substantiierung* materiell rechtskräftig. Nach Art. 65 ZPO muss für einen Rückzug bei gegebenen Voraussetzungen dasselbe gelten. In jenem Fall fehlte es indes nur an der Substantiierung der dem Anspruch zugrundeliegenden Tatsachenbehauptungen, während der Anspruch als solcher ausreichend individualisiert war (BGE 115 II 187 E. 3c S. 192). Ein genügend bestimmtes Rechtsbegehren lag damit vor. Dessen Beurteilung auch im Sinne der Verneinung der hinreichenden Substantiierung (mit der Folge der Klageabweisung) hat Ausschlusswirkung gegenüber einem späteren identischen Begehren. Einem *unbestimmten Begehren* kann dagegen nach dem Gesagten keine Ausschlusswirkung zukommen.

Anders als im vom Bundesgericht beurteilten Fall des bestimmten Begehrens mit ungenügend substantiierter Begründung wäre ein unbestimmtes Begehren aus den nachfolgend aufgezeigten Gründen denn auch nicht etwa wegen fehlender Substantiierung abzuweisen:

Die Anforderungen an die Klage bzw. das Gesuch nach Art. 221 ZPO gelten – unter Vorbehalt der Mängel nach Art. 132 ZPO – als Prozessvoraussetzungen (*Müller*, DIKE-Komm-ZPO, online-Version, Stand 20. Oktober 2013, Art. 59 N 81). Bei den von Art. 132 ZPO erfassten Mängeln handelt es sich indes um formelle Mängel in dem Sinne, dass etwas leicht Erkennbares fehlt, d.h. Dinge, deren Fehlen ohne besonderen Aufwand sofort erkennbar ist, wie die Unterschrift oder die Vollmacht. Ist dagegen etwas vorhanden, aber mangelhaft, so fällt dies unter die Prüfung der Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO (*Müller*,

DIKE-Komm-ZPO, online-Version, Stand 20. Oktober 2013, Art. 59 N 94 f.). Genügt ein Rechtsbegehren den Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit nicht, so ist dieser Mangel somit unter Art. 59 ZPO zu subsumieren und ist auf die Klage bzw. das Gesuch nicht einzutreten. Einem solchen Entscheid könnte nach allgemeiner Regel keine Ausschlusswirkung zukommen (Müller, DIKE-Komm-ZPO, online-Version, Stand 20. Oktober 2013, Art. 59 N 71). Das Gleiche muss für den Rückzug eines Begehrens gelten, das ungeeignet war, einen bestimmten Sachentscheid herbeizuführen.

Zusammenfassend hat die Vorinstanz das Prozesshindernis einer res iudicata zu Unrecht bejaht.

8. Indessen ist die Vorinstanz aus einem anderen Grund zu Recht auf das Begehren nicht eingetreten. Vorstehend wurde dargelegt, dass das Rechtsbegehren, welches die Gesuchstellerin am 11. Dezember 2013 stellte, den Anforderungen hinsichtlich der Bestimmtheit nicht genügte (vorne II./6). Ebenso wurde aufgezeigt, dass auf ein solches Begehren nicht einzutreten ist (vorne II./7.3). Der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Fragen könnte sich einzig, ob die Vorinstanz nach Treu und Glauben sowie in Anwendung der Fragepflicht nach Art. 56 ZPO gehalten gewesen wäre, die Gesuchstellerin erneut auf den Mangel der ungenügenden Bestimmtheit ihres Begehrens hinzuweisen. Eine solche Pflicht der Vorinstanz ist indes unter den vorliegenden Umständen zu verneinen. Nachdem die Gesuchstellerin im ersten Verfahren ES130054 auf die Anforderungen an die Bestimmtheit des Begehrens hingewiesen worden war, war es nach Treu und Glauben an der Gesuchstellerin, das zurückgezogene Begehren bei einer erneuten Einreichung in bestimmter Form zu stellen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht davon abgesehen, ein weiteres Mal auf den Mangel hinzuweisen.

# 48

Schiedsvereinbarung

## Subjektiver Geltungsbereich einer Schiedsvereinbarung Art. 61 ZPO

*Die Bindung eines Dritten an eine Schiedsvereinbarung ergibt sich – abgesehen von den Fällen der Rechtsnachfolge – ausnahmsweise daraus, dass der subjektive Geltungsbereich einer Schiedsvereinbarung auf einen Dritten ausgedehnt wird. Dies wird in drei Fallgruppen in Betracht gezogen: in Fällen der Rechtsscheinhafung, des Durchgriffs und aufgrund der Doktrin der groupe de sociétés. Vorliegend ist nach keiner der Fallgruppen eine Ausdehnung des Geltungsbereichs der Schiedsvereinbarung angezeigt.*

**Handelsgericht des Kantons Bern, 2. Juli 2013, HG 11 114**  
Mitgeteilt von lic. iur. Patric Poggio, Gerichtsschreiber

### ZUSAMMENFASSUNG DES SACHVERHALTS:

Die Beklagte führte zusammen mit der C AG als ARGE eine Sanierung durch. Im ARGE-Vertrag hatten sie unter dem Titel «Gerichtsbareit/Gerichtstand» eine Schiedsvereinbarung geschlossen. Im Rahmen der Sanierung wurden Arbeiten mit Wasserhöchstdruck (im Folgenden: HDW-Arbeiten) durchgeführt. Diese wurden zu Beginn durch die C AG erbracht. Als unvorhergesehen zusätzliche HDW-Arbeiten anfielen, wurden diese durch die Klägerin, eine 100%ige Tochtergesellschaft der C AG, erbracht. Die Klägerin stellte der ARGE für die erbrachten HDW-Arbeiten Rechnung. Diese wurden nicht vollumfänglich bezahlt. Die Klägerin verlangt nun die Bezahlung dieser Kosten von der Beklagten.

Das Handelsgericht hatte vorab über die Frage seiner Zuständigkeit zu befinden, da die Beklagte sich nicht vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen, sondern sich im Gegenteil stets auf die

Schiedsvereinbarung im ARGE-Vertrag berufen hatte.

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

### III. Formelles

(...)

3. Das Handelsgericht hat jedoch seine Zuständigkeit abzulehnen, wenn die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine **Schiedsvereinbarung** getroffen haben und sich die beklagte Partei nicht vorbehaltlos auf das Verfahren einlässt, die Schiedsvereinbarung offensichtlich ungültig oder nicht erfüllbar ist oder das Schiedsgericht nicht bestellt werden kann aus Gründen, für welche die im Schiedsverfahren beklagte Partei offensichtlich einzustehen hat (vgl. Art. 61 ZPO [SR 272]).

Vorliegend hat sich die Beklagte nicht vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen, sondern sich im Gegenteil stets auf eine Schiedsvereinbarung berufen (vgl. S. 51 ff., S. 140 ff., S. 171, S. 215 f.).

Zu prüfen ist deshalb im Folgenden, ob die Klägerin und die Beklagte eine gültige Schiedsvereinbarung getroffen haben.

4. Eine schiedsfähige Streitsache liegt vor, wenn die Parteien über den strittigen Anspruch frei verfügen können (vgl. Art. 354 ZPO). Die Parteien haben eine Schiedsvereinbarung über den strittigen Anspruch getroffen, wenn sie vereinbart haben, die Streitsache durch ein privates Schiedsgericht entscheiden zu lassen und der staatlichen Gerichtsbarkeit zu entziehen (vgl. Müller-Chen/Egger, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A. 2013, Art. 357 N. 1). Die Schiedsvereinbarung kann sich auf bestehende oder auf künftige Streitigkeiten aus einem bestimmten Rechtsverhältnis beziehen (vgl. Art. 357 Abs. 1 ZPO). Sie hat in einer Form zu erfolgen, die den Nachweis durch Text ermöglicht (vgl. Art. 358 Abs. 1 ZPO).

Vorliegend hat die Beklagte mit der C AG im ARGE-Vertrag unter dem Titel «Gerichtsbarkeit/Gerichtsstand» schriftlich Folgendes vereinbart: «Allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag werden beurteilt von einem Schiedsgericht gemäss

Ziffern 32.2 und 32.3». Die Ziffern 32.2 und 32.3 regeln Konstitution und Verfahren des Schiedsgerichts.

Diese Regelung betrifft einen frei verfügbaren Anspruch. Die Beklagte und C AG wollen einen allfälligen Streit darüber durch ein privates Schiedsgericht entscheiden lassen. Diese Vereinbarung betrifft künftige Streitigkeiten aus einem bestimmten Vertragsverhältnis. Sie ist schriftlich getroffen worden. *Die Vereinbarung ist demnach als gültige Schiedsvereinbarung zwischen der Beklagten und der C AG zu betrachten.*

Die Vereinbarung ist im Übrigen nicht offensichtlich nicht erfüllbar und es ist auch nicht ersichtlich, dass das Schiedsgericht nicht bestellt werden könnte.

5. Die Schiedsvereinbarung wurde jedoch *nur zwischen der Beklagten und der C AG* geschlossen. Nicht beteiligt an der Vereinbarung der Schiedsvereinbarung ist *die Klägerin*. Es stellt sich somit die Frage des subjektiven Geltungsbereichs der Schiedsvereinbarung.

5.1. Schiedsvereinbarungen wirken grundsätzlich nur zwischen den an ihrem Abschluss beteiligten Parteien (*Wirkung inter partes; Relativität der vertraglichen Verpflichtung*). Dritte können sich grundsätzlich nicht darauf berufen und sind nicht daran gebunden (vgl. BGE 134 III 565 E. 3.2 S. 567 f. = Pra 2009 Nr. 37; Berger/Kellerhals, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 492; Furrer et al., in: Furrer et al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. A., Art. 178 N. 22; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, Arbitrage international, 2. A. 2010, Rz. 260).

Die vorliegende Schiedsvereinbarung wurde zwischen der Beklagten und der C AG vereinbart. *Sie wirkt damit grundsätzlich allein zwischen der Beklagten und der C AG*. Die Klägerin hingegen ist Dritte. Sie ist demnach grundsätzlich nicht an die Schiedsvereinbarung gebunden.

5.2. Ausnahmsweise sind aber auch Dritte an eine Schiedsvereinbarung gebunden.

Eine Bindung eines Dritten an eine Schiedsvereinbarung ergibt sich in Fällen der **Rechtsnachfolge**. Darunter fallen die Abtretung einer Forderung (vgl. Art. 164 ff. OR), die (einfache oder kumu-

lative) Schuldübernahme (vgl. Art. 176 OR) oder die Übertragung eines Vertragsverhältnisses (vgl. zum Ganzen BGE 134 III 565 E. 3.2 S. 567 f. = Pra 2009 Nr. 37 m.w.H.; *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 496 ff.; *Kaufmann-Kohler/Rigozzi*, a.a.O., Rz. 262 ff.).

Vorliegend werden von keiner Partei Tatsachen vorgebracht, nach denen die Klägerin Rechtsnachfolgerin der C AG wäre. Dies wäre denn auch nicht ersichtlich. *Eine Bindung der Klägerin an die Schiedsvereinbarung gemäss ARGE-Vertrag infolge Rechtsnachfolge besteht deshalb nicht.*

Die Beklagte zitiert BGE 128 III 54. Dieser Entscheidung betrifft aber gerade den Fall einer Rechtsnachfolge (infolge Forderungsabtretung). Er ist deswegen für den vorliegenden Fall nicht einschlägig.

**5.2.2.** Eine Bindung eines Dritten an eine Schiedsvereinbarung kann sich ausnahmsweise auch daraus ergeben, dass der subjektive Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung auf den Dritten ausgedehnt wird (**Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf einen Dritten**; vgl. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 519; *Kaufmann-Kohler/Rigozzi*, a.a.O., Rz. 260).

Einer solchen Ausdehnung nicht entgegen steht das Formerfordernis von Art. 358 ZPO. Dieses gilt nämlich nur für die Schiedsvereinbarung selbst, d.h. für deren Vereinbarung, in welcher die Parteien gegenseitig ihren übereinstimmenden Willen erklärt haben, über den streitigen Anspruch ein privates Schiedsgericht befinden zu lassen (vgl. BGE 129 III 727 E. 5.3.1 S. 736 = Pra 2004 Nr. 178 zu Art. 178 Abs. 1 IPRG [SR 291]; *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 520). Es kann deshalb auch ein Dritter an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein, ohne dass er diese unterzeichnet hat (vgl. BGE 134 III 565 E. 3.2 S. 567 f. = Pra 2009 Nr. 37 zu Art. 178 Abs. 1 IPRG); dabei wird eine Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung nicht leichthin angenommen gegenüber einem Dritten, welcher darin nicht bezeichnet ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_128/2008 vom 19. August 2008 E. 4.12.).

Eine ausnahmsweise Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf einen Dritten wird von Rechtsprechung und Lehre in drei Fallgruppen in Betracht gezogen: in Fällen der Rechtsscheinhaftung, des Durchgriffs und aufgrund der Doktrin der *groupe de sociétés* (vgl. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 519 ff.; *Stefanie Pfisterer*, Ausdehnung von

Schiedsvereinbarungen im Konzernverhältnis, 2011, S. 218 f.).

Zu prüfen ist demnach im Folgenden, ob der Geltungsbereich der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin auszudehnen ist. Diese Prüfung ist für die genannten Fallgruppen im Folgenden je einzeln (im Folgenden E. IV./6., 7. und 8.) vorzunehmen.

**5.3.** Keine Bindung eines Dritten an eine Schiedsvereinbarung zu rechtfertigen vermag im Übrigen die von der Beklagten ins Feld geführte Prozessökonomie. Überdies würden sich in einem Verfahren der Auseinandersetzung der ARGE-Partner untereinander andere Fragen stellen, als dies im vorliegenden Verfahren der Fall ist.

Schliesslich zitiert die Beklagte BGE 130 III 72 und BGE 129 III 681. Diese Entscheide sagen nichts zur Ausdehnung des subjektiven Geltungsbereichs der Schiedsvereinbarung aus. Der von der Beklagten ebenfalls zitierte BGE 129 III 735 betrifft zwar diese Frage; hier konnte das Bundesgericht aber gerade offenlassen, ob das Schiedsgericht die Schiedsklausel zu Recht oder zu Unrecht ausgedehnt hatte. Diese Entscheide haben deshalb für den vorliegenden Fall keine weitere Bedeutung.

**6.** Zur Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin aus veranlasstem Rechtsschein:

**6.1.** Eine Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung auf einen Dritten rechtfertigt sich dann, wenn dieser *durch sein Verhalten nach Treu und Glauben den Anschein erweckt, sich anstelle oder neben einem der Vertragspartner ganz oder teilweise an den Vertrag einschliesslich der darin enthaltenen Schiedsklausel binden zu wollen*. Ein solches Verhalten kann der Dritte sowohl beim Abschluss des Vertrags als auch bei der Erfüllung des Vertrags zeigen (vgl. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 523; *Furrer et al.*, a.a.O., Art. 178 N. 23; *Kaufmann-Kohler/Rigozzi*, a.a.O., Rz. 271i; vgl. auch *Stefanie Pfisterer*, a.a.O., S. 168 ff. m.w.H., in Einzelfragen mit a.M.; vgl. auch BGE 134 III 565 E. 3.2 S. 567 f. = Pra 2009 Nr. 37).

*Stefanie Pfisterer* schreibt dazu Folgendes: Erbringt der Dritte Leistungen aus dem materiellen Vertrag (oder nimmt er solche entgegen), kann daraus noch in keiner Weise auf seinen Willen, Partei des Vertrags sein zu wollen, geschlossen werden. Verhält sich der Dritte derart, dass daraus zu

schliessen ist, er wolle Partei des Vertrags allein sein, rechtfertigt auch dies noch keine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf ihn. Denn aufgrund der Autonomie der Schiedsvereinbarung ist eben gerade erforderlich, dass das Verhalten des Dritten zum Ausdruck kommen lässt, dass er auch Partei der Schiedsvereinbarung sein will (vgl. *Stefanie Pfisterer*, a.a.O., S. 176 f.).

Aus der Rechtsprechung sind folgende konkrete Beispiele bekannt:

- Die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung aus veranlasstem Rechtsschein auf einen Dritten wurde verneint, obwohl dieser im Rahmen der Vollziehung des Vertrags in ständiger und wiederholter Weise intervenierte, da er nicht zusätzlich den Willen erkennen liess, Partei der Schiedsvereinbarung zu sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.48/2005 vom 20. September 2005 E. 3.4.1, zitiert in: *Stefanie Pfisterer*, a.a.O., S. 171).
- Die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung aus veranlasstem Rechtsschein auf einen Dritten wurde bejaht, da dieser aufseiten der beklagten Gesellschaften alles eingefädelt und kontrolliert hatte und sich als (scheinbar) ausserstehende Person dauernd in die Geschäfte der Beklagten und die Realisierung des mit der Klägerin vereinbarten Immobilienprojekts eingemischt hatte (vgl. Schiedsspruch, der BGE 129 III 727 zugrunde lag, zitiert in *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 522).
- Die Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung aus veranlasstem Rechtsschein auf einen Dritten wurde bejaht; dieser hatte sich gegenüber der Klägerin zugunsten der Beklagten finanziell engagiert und in zahlreichen Dokumenten ausdrücklich auf den Vertrag, der die Schiedsvereinbarung enthielt, verwiesen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.126/2001 vom 18. Dezember 2001; *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 522).
- Eine chinesische Zentralgesellschaft (Aussenhandelsgesellschaft) musste den erweckten Rechtsschein gegen sich gelten lassen, sie bilde mit der Provinzgesellschaft eine rechtliche Einheit, jene sei bloss eine Betriebsabteilung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.73/1993 vom 1. September 1993, zitiert in *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Fn. 405).

6.2. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin *beim Abschluss* des ARGE-Vertrags beteiligt gewesen wäre. Ein solches Verhalten hat die Beklagte zumindest nicht dargetan. Die Klägerin wird in der entsprechenden Vereinbarung auch nicht genannt.

Fraglich ist damit allein, ob die Klägerin durch ihr Verhalten *bei der Erfüllung* des ARGE-Vertrags nach Treu und Glauben den Anschein erweckt hat, sich ganz oder teilweise an den ARGE-Vertrag einschliesslich der darin enthaltenen Schiedsklausel binden zu wollen.

Festzustellen ist, dass die Klägerin tatsächlich Arbeiten für die (...) für die ARGE geleistet hat, wie die Beklagte richtig festhält. Zahlreiche andere Beteiligte, namentlich diverse Subunternehmen, haben aber genau dasselbe getan: Sie haben Arbeiten für die Instandstellung geleistet. Ein solches Verhalten ist denn auch keineswegs untypisch für andere Beteiligte, werden diese doch gerade herangezogen, um spezifische Arbeiten für den Unternehmer zu erledigen. Inwiefern die Klägerin aber stärker an der Vertragserfüllung teilgenommen hätte als andere Beteiligte, wie die Beklagte behauptet, ist nicht ersichtlich – das hält die Klägerin zu Recht fest.

Die Beklagte bringt zwar verschiedentlich vor, dass die Klägerin gegenüber der ARGE eine Sonderstellung eingenommen habe. U.a. führt sie an, zwischen der ARGE und der Klägerin sei kein schriftlicher Werkvertrag geschlossen worden und die Klägerin habe nie einen Garantieschein abgegeben. Der Geschäftsführer der Beklagten hat zudem erklärt, ihm gegenüber seien von Seiten der Klägerin und der C AG genau die gleichen Personen als Entscheidsträger aufgetreten.

Soweit die Beklagte mit diesen Vorbringen begründen will, dass die Klägerin nicht eine Subunternehmerin der ARGE war, sondern lediglich als Erfüllungsgehilfin der C AG fungierte, greift sie vor: Ob die Klägerin als Subunternehmerin der ARGE zu qualifizieren ist, beschlägt die Frage ihrer Aktivlegitimation. Diese wird gegebenenfalls in einem späteren Zeitpunkt zu prüfen sein. Für die Frage der Ausdehnung der Schiedsvereinbarung aus Rechtsschein ist sie jedoch nicht weiter relevant.

Jedenfalls kann Folgendes festgehalten werden: Die Klägerin ist eine selbständige juristische Person, deren Gründung im Handelsregister eingetragen wurde. Eine Zweckänderung im Jahr 2009,



wonach die Klägerin nicht mehr bloss die Vermietung von HDW-Anlagen usw. bezweckte, sondern neu die Ausführung von HDW- und anderen Arbeiten, wurde ebenso im Handelsregister eingetragen. Zusätzlich wurde diese Änderung den Geschäftspartnern der Klägerin, darunter auch der Beklagten, individuell zugestellt. Die Klägerin existiert damit seit Jahren. Seit Jahren geht sie auch einer geschäftlichen Tätigkeit nach. Vorliegend ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Klägerin, soweit sich das in den Akten niederschlug, immer unter eigener Firma aufgetreten ist: Namentlich tragen die einschlägigen Arbeitsrapporte für die Tage vom 5. November 2008 bis 22. September 2009 ebenso ihre Firma wie die ausgestellten Rechnungen, welche im Übrigen nach entsprechenden Prüfungen durch die Federführung bzw. die Kaufmännische Leitung, welche beide bei der Beklagten lagen, in drei Fällen ganz und im letzten Fall teilweise beglichen worden sind. Die Selbständigkeit der Klägerin wurde von der Beklagten denn vorprozessual auch nie bestritten. Insgesamt ist somit festzuhalten, dass sich die Klägerin transparent verhalten hat. Es bestehen keine Anzeichen, dass sich die Klägerin irgendwie täuschend anstelle der C AG gesetzt hätte. Im Gegenteil hat sie ihre rechtliche Selbständigkeit über längere Zeit und mehrfach dargetan.

Damit ist nicht ersichtlich, inwiefern die Klägerin ein Verhalten gezeigt hätte, aus welchem nach Treu und Glauben auf einen Bindungswillen zu schliessen wäre. Jedenfalls hat die Beklagte kein derartiges Verhalten bewiesen.

**6.3.** Eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin aus veranlasstem Rechtsschein ist damit nicht angezeigt.

**7.** Zur Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin aufgrund eines Durchgriffs:

**7.1.** Die Figur des Durchgriffs stammt aus dem materiellen Recht. Das materielle Recht basiert auf dem Grundsatz der Selbständigkeit juristischer Personen. Selbst bei einer mangelnden wirtschaftlichen Selbständigkeit von juristischen Personen – etwa in Konzernen – ist die juristische Selbständigkeit massgeblich. Nur ganz ausnahmsweise wird die hinter der juristischen Selbständigkeit liegende wirtschaftliche Selbständigkeit rechtlich

beachtet: Dann nämlich, wenn die juristische Selbständigkeit in rechtsmissbräuchlicher Weise verwendet wird (sogenannter «echter Durchgriff») [vgl. *Forstmoser et al.*, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 62 N. 92 ff.]; vgl. zum Ganzen *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A. 2012, § 2 N. 43 ff. m.w.H.; vgl. bereits das Urteil des Bundesgerichts 4P.330/1994 und 4P.332/1994 vom 29. Januar 1996 E. 6a, zitiert in: *Knoepfler/Schweizer*, a.a.O., S. 241 ff.).

Rechtsmissbrauch liegt z.B. vor, wenn bei wirtschaftlicher Identität zwischen einer beteiligten Partei und einem Dritten die gesellschaftsrechtliche Struktur einzig zum Zweck der Vereitelung berechtigter Ansprüche Anderer oder zur Umgehung vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtungen geschaffen wurde (vgl. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 527 f.).

Ein Durchgriff hat zur Folge, dass formalrechtlich die Selbständigkeit der juristischen Person als unerheblich und die wirtschaftliche Realität auch rechtlich massgebend betrachtet wird (vgl. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 527 f.).

**7.2.** Das Institut des Durchgriffs wird nach der überwiegenden schweizerischen Lehre *auch auf Schiedsvereinbarungen* angewendet: Wird eine juristisch selbständige, aber wirtschaftlich unselbständige juristische Person rechtsmissbräuchlich verwendet, soll auch eine Schiedsvereinbarung ohne Weiteres auf diese ausgedehnt werden (vgl. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 528; *Furrer et al.*, a.a.O., Art. 178 N. 23a; *Kaufmann-Kohler/Rigozzi*, a.a.O., Rz. 271k).

Das Bundesgericht hat sich ebenfalls dahingehend geäussert (Urteil des Bundesgerichts 4P.330/1994 und 4P.332/1994 vom 29. Januar 1996 E. 6b, bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts 4A\_160/2009 vom 25. August 2009 E. 4.3.1; vgl. auch *Knoepfler/Schweizer*, Arbitrage international, 2003, S. 241 ff.; vgl. zum Ganzen *Stefanie Pfisterer*, a.a.O., S. 147 ff.):

«(...) wo durchgriffsrechtlich die Selbständigkeit der Tochtergesellschaft als juristischer Person verneint wird, rechtfertigt sich im Allgemeinen, die Verbindlichkeit der Schiedsklausel ohne Weiteres auf die Muttergesellschaft auszudehnen, weil hier die Vertragswirkungen gleichsam verlagert werden».

7.3. Welches sind also die Voraussetzungen einer Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung aufgrund Durchgriffs? Erstens ist erforderlich, dass eine juristische Person mit eigener Persönlichkeit wirtschaftlich unselbständig ist. Dies liegt bei Gesellschaften in Konzernverhältnissen vor. Zweitens muss die juristische Selbständigkeit der juristischen Person zweckwidrig verwendet werden. Diese zweckwidrige Verwendung muss gerade in Bezug auf die Schiedsvereinbarung erfolgt sein. Nur dann besteht eine in Bezug auf die Schiedsvereinbarung rechtsmissbräuchliche Sachlage.

Entscheidend ist demnach, wann die juristische Selbständigkeit einer juristischen Person in Bezug auf eine Schiedsvereinbarung zweckwidrig verwendet wird. Eine Schiedsvereinbarung hat den Zweck, der Beilegung von Streitigkeiten aus einem bestimmten materiellen Rechtsverhältnis zu dienen. Kann dieser materielle Anspruch trotz Bestehens einer Schiedsvereinbarung nicht auf dem Weg der schiedsrichterlichen Streitbeilegung durchgesetzt werden, klaffen Anspruch und Durchsetzung des Anspruchs auseinander. Diesfalls ist die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person zweckwidrig. Im Zusammenhang mit einer Schiedsvereinbarung ist Rechtsmissbrauch also dann zu bejahen, wenn die juristische Selbständigkeit des Dritten verwendet wird, um den beabsichtigten Streitbeilegungsmechanismus zu vereiteln (vgl. zum Ganzen *Stefanie Pfisterer*, a.a.O., S. 144 und 156 ff.). Massgeblich ist demnach das Motiv, das zur Verwendung der juristischen Selbständigkeit führt.

7.4. Gemäss *Stefanie Pfisterer* ist in der schweizerischen Schiedsgerichtsrechtsprechung ein einziger Fall ersichtlich, in welchem ein solcher Durchgriff bejaht worden ist. Es handelt sich um einen Schiedsspruch aus dem Jahr 1991. Die herrschende Gesellschaft kontrollierte als Alleinaktionärin die abhängige Gesellschaft nicht nur vollständig, sondern hatte sie auch sämtlicher Aktiven entleert und gar aufgelöst (vgl. *Stefanie Pfisterer*, a.a.O., S. 143 f.).

7.5. Für den vorliegenden Fall ist relevant, dass die Klägerin eine *selbständige juristische Person* ist: Sie ist als Aktiengesellschaft im schweizerischen Handelsregister eingetragen. Gleichzeitig ist – wie die Beklagte dies richtig ausführt – fest-

zustellen, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Arbeitsausführung *in wirtschaftlicher Hinsicht nicht selbständig* ist, sondern in mehrfacher Hinsicht durch die C AG kontrolliert wurde: Die Klägerin ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der C AG gewesen. Der Verwaltungsrat beider Gesellschaften ist in den wesentlichen Funktionen durch dieselben Personen besetzt gewesen. Der für beide Gesellschaften zeichnungsberechtigte X hat federführend die Verhandlungen mit der Beklagten als Organ der C AG, wie auch als Organ der Klägerin sowie mit der Bauherrschaft als Organ der C AG geleitet.

7.6. Fraglich erscheint aber, ob die juristische Selbständigkeit der Klägerin *rechtsmissbräuchlich verwendet worden ist*.

Die Klägerin hat erklärt, sie sei von der ARGE für die Ausführung der HDW-Arbeiten zugezogen worden, weil ein Subunternehmer für den Endzuschlag gewünscht worden sei. Der Geschäftsführer der Beklagten, Y, hat seinerseits ausgeführt, dass sich die Klägerin seiner Meinung nach aus finanziellen Gründen auf ihre juristische Selbständigkeit berufe.

Nach Angaben beider Parteien wurde die Klägerin als juristisch selbständige Person demnach wohl insbesondere aus finanziellen Motiven eingesetzt. Dies erscheint durchaus plausibel. Ausschlaggebend für die Parteien waren demnach offenbar gerade nicht prozessuale Überlegungen. Es scheint deswegen fernab, dass die Klägerin eingesetzt wurde, um die im ARGE-Vertrag vereinbarte Schiedsklausel zu umgehen.

Im Übrigen ist an dieser Stelle auch Folgendes zu bedenken: Die von den Parteien im ARGE-Vertrag vereinbarte Schiedsklausel sieht Folgendes vor:

«Das Schiedsgericht besteht aus drei Personen und wird wie folgt bestellt: Jede Partei ernennt einen Schiedsrichter und diese wählen gemeinsam den Obmann, der Jurist sein muss (Richter oder Inhaber des Rechtsanwaltspatents). Unterlässt es eine Partei, innerhalb 10 Tagen ab Empfang der entsprechenden Aufforderung der anderen Partei ihren Schiedsrichter zu bezeichnen, wird derselbe durch den Präsidenten des obersten ordentlichen Zivilgerichts des Kantons ernannt, in dem sich der Sitz der FF befindet. Dieser bestimmt auch den Obmann des Schiedsgerichts, falls sich die von den Parteien ernannten Schiedsrichter über die Person des Obmanns nicht einigen können.»

Entscheidende Bedeutung bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts hat nach dieser Klausel der Präsident des obersten ordentlichen Zivilgerichts des Kantons, in dem sich der Sitz der Federführung (FF) befindet. Dies ist vorliegend der Präsident des Obergerichts des Kantons Bern, befindet sich doch der Sitz der Beklagten im Kanton Bern. Es liegt wohl nicht allzu fern, anzunehmen, dass der Obergerichtspräsident eine Person aus dem Kanton Bern als Obmann des Schiedsgerichts bestimmen würde. Ein exotischer Gerichtsstand dürfte jedenfalls kaum entstehen. Kommt dieser Streitbeilegungsmechanismus nicht zum Zug, so ist die staatliche Gerichtsbarkeit gegeben. Dabei handelt es sich nach dem Dargelegten um das Handelsgericht des Kantons Bern. Ein zusätzlicher Nutzen, der durch die Umgehung des Streitbeilegungsmechanismus entstände, ist damit kaum ersichtlich. Auch insofern erscheint es wenig wahrscheinlich, davon auszugehen, dass die Klägerin und die C AG die Anwendung der Schiedsvereinbarung im ARGE-Vertrag vereiteln wollten; andererseits wird die Beklagte durch die Nichtanwendung der Schiedsklausel nicht etwa in einen exotischen Gerichtsstand gedrängt.

Die Beklagte bringt im Übrigen diverse weitere Umstände vor, in denen sie einen Rechtsmissbrauch erkennen will. So erklärt sie, die Klägerin habe im Zeitpunkt der Arbeitsausführung über kein eigenes Personal verfügt. Oder sie führt aus, dass sich die Klägerin und die C AG täuschend verhalten hätten. Insofern die Beklagte damit einen durch die Klägerin gesetzten Rechtsschein geltend machen will, vermischt sie die Frage einer Ausdehnung der Schiedsklausel aufgrund eines Durchgriffs mit der Ausdehnung aus Rechtsschein. Hierzu sei auf die obigen Ausführungen (E. IV./6.) verwiesen. Inwiefern diese weiteren Umstände Rechtsmissbrauch begründen sollen, ist nicht ersichtlich.

7.7. Insgesamt ist nach dem Dargelegten nicht ersichtlich, dass die juristische Selbständigkeit der Klägerin zweckwidrig im Hinblick auf die Anwendung der Schiedsvereinbarung verwendet wurde. Es ist kein Missbrauch im Sinne einer Vereitelung des vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus ersichtlich. Der Beklagten ist es somit nicht gelungen, Tatsachen zu beweisen, die eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung infolge Durchgriffs gerechtfertigt hätten.

7.8. *Eine Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin infolge Durchgriffs ist damit nicht angezeigt.*

8. Zur Ausdehnung der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin *aufgrund der Doktrin der groupe de sociétés*:

Nach der Doktrin der *groupe de sociétés* ist eine Schiedsvereinbarung auf die Gesellschaften derselben Unternehmensgruppe (des Konzerns) auszudehnen, wenn diese Gesellschaften sich am Vertragsverhältnis beteiligen. Es genügt mit anderen Worten nicht erst ein Verstoss gegen Treu und Glauben, um die Wirkungen einer Schiedsvereinbarung auf Dritte auszudehnen (vgl. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 529; *Kaufmann-Kohler/Rigozzi*, a.a.O., Rz. 271j; *Stefanie Pfisterer*, a.a.O., S. 195 ff. m.w.H.).

Das Bundesgericht hat aber erklärt, dass auch im Rahmen der Doktrin der *groupe de sociétés* eine Bindung des Dritten an eine Schiedsvereinbarung nur mit Zurückhaltung anzunehmen sei und jedenfalls besondere Umstände voraussetze, die einen Vertrauensschutz des Dritten aus erwecktem Rechtsschein rechtfertigten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4P.330/1994 und 4P.332/1994 vom 29. Januar 1996 E. 7). Diese Äusserung hat es später mit folgenden Worten bestätigt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_128/2008 vom 19. August 2008 E. 4.1.2, nicht publ. in: BGE 134 III 565 = Pra 2009 Nr. 37):

«Conformément au principe de la relativité des obligations issues d'un contrat et de l'indépendance juridique des personnes morales, le droit suisse pose des conditions strictes à l'extension de la convention d'arbitrage à un tiers qui n'y est pas désigné (...). Que Z. ait été considérée par les arbitres comme la société mère de Y. n'autorise pas une autre conclusion. Aussi bien, sauf circonstances exceptionnelles n'existant pas ici, le contrôle d'une personne juridique par une autre ne constitue pas un élément suffisant pour renverser la présomption que seule la personne ayant souscrit la convention d'arbitrage es liée par celle-ci (...).»

Die schweizerische Lehre lehnt die Theorie der *groupe de sociétés* überwiegend ab (vgl. *Berger/Kellerhals*, a.a.O., Rz. 530; *Kaufmann-Kohler/Rigozzi*, a.a.O., Rz. 271k; *Stefanie Pfisterer*, a.a.O., S. 211 ff.).

Das Handelsgericht schliesst sich den vorgenannten Meinungen an. Von der Anwendung der Doktrin der *groupe de sociétés* ist deshalb vorliegend abzusehen.

9. Eine ausnahmsweise Ausdehnung des Geltungsbereichs der Schiedsvereinbarung auf die Klägerin scheint folglich nach keiner der genannten Fallgruppen angezeigt.

10. Die Schiedsvereinbarung hat somit *zwischen der Klägerin und der Beklagten keine Wirkung*. Zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens liegt damit keine gültige Schiedsvereinbarung vor.

(...)

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

3. Gemäss Art. 98 ZPO kann das Gericht von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen. (...) Gemäss § 7 Abs. 1 des kantonalen Dekrets über die Verfahrenskosten (VKD; SAR 221.150) berechnet sich der Grundansatz für die Gerichtsgebühr in vermögensrechtlichen Streitsachen nach dem Streitwert.

4. Die Klägerin reichte vor Handelsgericht neben dem hier nicht relevanten Kostenantrag zwei nicht auf eine bestimmte Geldsumme bezifferte Haupt- und ein ebenfalls nicht auf eine bestimmte Geldsumme beziffertes Eventualrechtsbegehren (gemäss Art. 91 Abs. 1 Satz 2 i.f. ZPO für die Streitwertfestlegung ebenfalls irrelevant) ein.

Eine Klage aus dem Aktienrecht, mit welcher u.a. festgestellt werden soll, es sei kein rechtsgültiger Generalversammlungsbeschluss gefasst worden, wobei allfällige Beschlüsse aufzuheben seien, gilt entgegen der klägerischen Ansicht als Klage aus einer vermögensrechtlichen Streitigkeit (vgl. nur BGE 107 II 179 E. 1). Der Streitwert bemisst sich vorliegend damit nicht nach Art. 91 Abs. 1, indes nach Art. 91 Abs. 2 ZPO.

Dabei ist auf das massgebende wirtschaftliche Interesse abzustellen. Hauptsächlich ist auf belegbare Zahlen abzustellen, die den wirtschaftlichen Wert einer Klage gegen die Gesellschaft auszudrücken vermögen (vgl. dazu Kunz, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, 1997, S. 86 ff.). Wenn solche fehlen, ist der subjektiven Bezifferung der Parteien entscheidendes Gewicht beizumessen (vgl. nur schon den Wortlaut von Art. 91 Abs. 2 ZPO). Bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte – wie hier, denn die Klägerin hat bisher in ihren Rechtsschriften nichts verlauten lassen, das Rückschlüsse auf das im vorliegenden Verfahren massgebende wirtschaftliche Interesse zulassen würde – ist allerdings mangels Alternativen und als vorläufiger Notbehelf aus Praktikabilitätsgründen auf vorhandene Zahlen wie etwa das Aktienkapital abzustellen (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_465/2008 vom 28. November 2008 E. 1.5).

(...)

# 49

Kosten

## **Kostenvorschuss, Streitwert bei Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses Art. 98 ZPO, Art. 91 ZPO**

*Die Höhe des Kostenvorschusses bei klageweiser Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses richtet sich nach dem wirtschaftlichen Interesse. Bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte ist auf vorhandene Zahlen wie etwa das Aktienkapital abzustellen.*

**Handelsgericht Aargau, Vizepräsident 2. Kammer, 28. Februar 2014, HOR.2014.7**

Mitgeteilt und bearbeitet von Dr. Jann Six, Oberrichter

## 50

Kosten

**Gegenstandslosigkeit des Verfahrens nach Tod der Berufungskläger und Ausschlagung der Erbschaft, Verteilungsgrundsätze für die Kosten- und Entschädigungsfolgen  
Art. 60 ZPO, Art. 107 ZPO, Art. 242 ZPO**

*Mit dem Tod der Berufungskläger und der Ausschlagung der Erbschaft durch die Nachkommen ist die Parteifähigkeit entfallen und das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Beim Abschreibungsentscheid handelt es sich um einen Prozessentscheid sui generis. Dessen Wirkung ist mit einem Nichteintretensentscheid vergleichbar. Der Entscheid begründet materielle Rechtskraft nur bezüglich der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens (E. 1). Bei der Kostenregelung sind alle Kriterien zu berücksichtigen, so welche Partei das Verfahren bzw. das Rechtsmittel veranlasst hat, bei welcher die Gründe für die Gegenstandslosigkeit eingetreten sind und wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Auf den mutmasslichen Prozessausgang ist dabei aber nur abzustellen, wenn er leicht zu eruieren ist (E. 2.1). Kostenverteilung im Einzelfall (E. 2.2–2.5).*

**Appellationsgericht Basel-Stadt, Appellationsgerichtspräsident, 3. April 2014, ZB.2012.4**

Bearbeitet von Prof. Dr. Karl Spühler

**AUS DEN ERWÄGUNGEN:**

1. Die Parteien beantragen übereinstimmend, das Berufungsverfahren sei zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Eingabe der Berufungskläger vom 16. September 2013, Ziffer 3; Eingabe der Berufungsbeklagten vom 11. November 2013, Ziffer 1). Im vorliegenden Fall sind die beiden ursprünglichen Berufungskläger im Lauf des vorliegenden Berufungsverfahrens verstorben und es

hat keine Rechtsnachfolge in den strittigen Anspruch stattgefunden, da alle Nachkommen die Erbschaft ausgeschlagen haben. Damit ist die Parteifähigkeit aufseiten der Berufungskläger entfallen und das Berufungsverfahren ist – wie von den Parteien übereinstimmend beantragt – zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben (Zingg, in: Berner Kommentar ZPO, Band I, Bern 2013, Art. 60 ZPO N 53). Beim Abschreibungsentscheid handelt es sich um einen Prozessentscheid sui generis, dessen Wirkung mit einem Nichteintretensentscheid vergleichbar ist. Der Entscheid entfaltet materielle Rechtskraft nur bezüglich der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens (Leumann Liebster, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 242 ZPO N 7 und 8; Killias, in: Berner Kommentar ZPO, Band I, Bern 2013, Art. 242 ZPO N 22).

Zuständig zur Abschreibung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit ist der Einzelrichter (§ 6 EG ZPO; AGE BEZ.2012.94 vom 21. Dezember 2012 E. 1.2).

2.

2.1 Wird das Berufungsverfahren als gegenstandslos abgeschrieben, kann das Gericht von den üblichen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist etwa zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage oder zum Rechtsmittel gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (Botschaft ZPO, S. 7297 mit Hinweisen).

Zum gegenseitigen Verhältnis der verschiedenen Kriterien hat das Bundesgericht vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO festgehalten, das Gericht dürfe sich bei der Ermessensausübung nicht auf ein einzelnes Kriterium versteifen, sondern habe alle Kriterien zu berücksichtigen (BGer 5P.394/2005 vom 16. Januar 2006 E. 2.3; *Stae-helin/Staehelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, § 16 N 36; *Fischer*, Stämpflis Handkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 107 ZPO N 12; ähnlich *Jenny*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage

2013, Art. 107 ZPO N 16). Nach Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO hat es darauf hingewiesen, das Gesetz selber äussere sich nicht zu den infrage kommenden Methoden; es gebiete daher weder, dass ausschliesslich bestimmte Methoden zu befolgen seien, noch sehe es eine Rangfolge unter ihnen vor (BGer 5D\_126/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3.2). In anderen – strafrechtlichen – Entscheiden hält das Bundesgericht fest, es sei zunächst der mutmassliche Prozessausgang zu prüfen. Lasse sich dieser nicht ohne Weiteres feststellen, werde in erster Linie diejenige Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst oder bei der die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben (BGer 2C\_201/2008 vom 14. Juli 2008 E. 2.3; BGer 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.1; BGer 6B\_123/2010 vom 22. Februar 2011 E. 3.1; *Urwylter*, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St.Gallen 2011, Art. 107 ZPO N 8; anders *Sterchi*, in: Berner Kommentar ZPO, Band I, Bern 2013, Art. 107 N 18, der die Prüfungsreihenfolge umkehrt [zuerst Veranlassung, dann mutmasslicher Prozessausgang]). Zusammenfassend ergibt sich, dass grundsätzlich alle Kriterien zu berücksichtigen sind, auf den mutmasslichen Prozessausgang jedoch nur abgestellt werden kann, wenn er leicht zu eruieren ist (so auch *Staehelin/Staehelin/Grolimund*, Zivilprozessrecht, § 16 N 36).

## 2.2

**2.2.1** In Bezug auf den mutmasslichen Ausgang des vorliegenden Berufungsverfahrens ist zunächst festzuhalten, dass sich die vorliegende Berufung einzig gegen die Ziffer 3 des angefochtenen Entscheiddispositivs richtet, mit welchem das Zivilgericht den Einwand der Berufungskläger betreffend Litispendenz (Verfahren [...]) «zurzeit abgewiesen» hat. Zur Begründung führt das Zivilgericht aus, die Berufungskläger und Beklagten hätten gestützt auf die Noveneingabe des Berufungsbeklagten (und Klägers) vom 30. November 2011 an der mündlichen Verhandlung vom 2. Dezember 2011 den Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit im Verfahren (...) erhoben. Aus den Verfahrensakten (...) ergebe sich, dass der Parteiwechsel von G. auf den Berufungsbeklagten noch nicht rechtskräftig vollzogen sei; der Partei-

wechsel sei gemäss Verfügung vom 27. Oktober 2011 unter Vorbehalt der fristgerechten Bezahlung der Gerichtskosten und der Sicherstellung der Parteikosten der Berufungskläger bis 23. Dezember 2011 bewilligt worden. Entscheidend sei zu dem, dass die Identität der Klagen in den Verfahren (...) und (...) erst dann feststehe, wenn über die Aktivlegitimation des Berufungsbeklagten im Verfahren (...) rechtskräftig entschieden sei. Deshalb müsse zurzeit der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit abgewiesen werden (angefochtener Entscheid, E. 6).

### 2.2.2 (...)

**2.2.3** Im vorliegenden Fall stellen sich im Rahmen des mutmasslichen Prozessausgangs im Wesentlichen zwei Fragen. Erstens fragt sich, ob der Zwischenentscheid vom 2. Dezember 2011, mit welchem der Einwand der anderweitigen Litispendenz «zurzeit» abgewiesen worden ist, grundsätzlich mit Berufung angefochten werden kann. Bejaht man diese erste Frage, stellt sich zweitens die Frage nach den Erfolgsaussichten der vorliegenden Berufung.

Art. 237 Abs. 1 ZPO regelt die Frage, in welchen Konstellationen das Gericht einen Zwischenentscheid treffen kann. Dies ist dann der Fall, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand gespart werden kann. Ein Zwischenentscheid zeichnet sich dadurch aus, dass er im Verlauf des Prozesses über einzelne (prozessuale oder materiellrechtliche) Streitpunkte ergeht und damit das Verfahren vor der aktuellen Instanz nicht abschliesst (vgl. BGE 130 III 76 E. 3.1.3 S. 79). Die ZPO unterscheidet den Zwischenentscheid zu prozessualen Fragen nicht von einem solchen über materiellrechtliche Fragen. Als Zwischen-Prozessentscheid kann er etwa eine positive Prozessvoraussetzung bejahen und damit auf Eintreten auf die Klage lauten; als Zwischen-Sachentscheid kann er sich auch über eine für das Fundament der Klage präjudizielle Vorfrage äussern, etwa die vom Prozessgegner erhobene Verjährungseinrede verwerfen (*Staehelin*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, Art. 237 ZPO N 5). Wird eine Prozessvoraussetzung dagegen ver-

neint, muss ein Endentscheid (in Form eines Nicht-eintretensentscheids) gefällt werden. Bei Bejahung der Verjährung (oder einer anderen materiellen Vorfrage) erfolgt ebenfalls ein Endentscheid (in Form eines Sachentscheids). Der Zwischenentscheid stellt demgegenüber einen Schritt auf dem Weg zur Gutheissung des eingeklagten Anspruchs dar. Eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung führt mit anderen Worten stets zu einem negativen Endentscheid (*Stahelin*, a.a.O., Art. 237 ZPO N 6).

Beim angefochtenen Entscheid vom 2. Dezember 2011 handelt es sich um einen Zwischenentscheid, mit welchem das Zivilgericht unter anderem über die vorliegend streitige prozessuale Frage der anderweitigen Rechtshängigkeit entschieden hat. Es hat diese negative Prozessvoraussetzung «zurzeit» verneint und somit einen Zwischenschritt auf dem Weg zur Gutheissung der Klage getan. Liegt aber ein Zwischenentscheid vor, ist dieser gemäss Art. 237 Abs. 2 ZPO grundsätzlich selbständig anzufechten; eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist ausgeschlossen. Da der Streitwert im vorliegenden Fall CHF 10'000.– bei Weitem übersteigt, ist der vorliegende Zwischenentscheid grundsätzlich mit Berufung anfechtbar (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO; *Killias*, a.a.O., Art. 237 ZPO N 37; zur Ausnahme vom Grundsatz vgl. unten E. 2.2.5).

**2.2.4** Ist der vorliegende Zwischenentscheid grundsätzlich mit Berufung anfechtbar, stellt sich die Frage nach den Erfolgsaussichten der vorliegenden Berufung. Das Zivilgericht hat den Einwand der Litispendenz «zurzeit» abgewiesen, dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Parteiwechsel im Verfahren (...) noch nicht rechtskräftig vollzogen sei (angefochtener Entscheid, E. 6). Es hat mit anderen Worten festgehalten, dass die Parteien im vorliegenden Verfahren (...) und im Verfahren (...) «zurzeit» noch nicht die selben sind.

Der selbständig eröffnete Zwischenentscheid über Prozessvoraussetzungen wird formell rechtskräftig, solange er nicht im Rechtsmittelverfahren aufgehoben wird. Umstritten ist die Frage, ob das erstinstanzliche Gericht im Sachentscheid an seinen eigenen Zwischenentscheid gebunden ist, in welchem das Vorliegen einer Prozessvoraussetzung bejaht worden ist, oder ob es auf seinen früheren, von den Parteien nicht angefochtenen Ent-

scheid zurückkommen kann und nunmehr dieselbe Prozessvoraussetzung verneinen kann. In der Literatur wird eine entsprechende Bindungswirkung zu Recht im Grundsatz verneint: Da die Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt des Endentscheids gegeben sein müssen und von Amtes wegen zu prüfen sind, ist das nachträgliche Entfallen einer Prozessvoraussetzung vom Gericht zu berücksichtigen. Die Bindungswirkung an den Zwischenentscheid entfällt in diesem Fall und das Gericht ist gehalten, entsprechende Noven zu berücksichtigen (*Killias*, a.a.O., Art. 237 ZPO N 11; *Zürcher*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, Art. 60 ZPO N 31; *Steck*, in: Basler Kommentar, Basel 2010, Art. 237 ZPO N 22). Eine künftige Bindung an den Zwischenentscheid ist im vorliegenden Fall umso mehr zu verneinen, als das Zivilgericht mit dem Zusatz, der Einwand der Litispendenz werde lediglich «zurzeit» abgewiesen, klargestellt hat, dass der Einwand einer späteren Überprüfung zugänglich ist, sofern entsprechende Noven vorgetragen werden.

Den Berufungsklägern, welche die vorläufige Abweisung des Einwands der Litispendenz anfechten wollten, standen demgemäss zwei Möglichkeiten offen: Erstens hätten sie von einer Berufung absehen und das Novum des vollzogenen Parteiwechsels im erstinstanzlichen Verfahren einbringen können. Dieses wurde mit dem Zwischenentscheid denn auch nicht abgeschlossen. Das Zivilgericht wäre diesfalls gehalten gewesen, das Novum von Amtes wegen zu berücksichtigen und allenfalls einen Endentscheid (bei Bejahung der anderweitigen Rechtshängigkeit) oder einen Zwischenentscheid (bei Verneinung der anderweitigen Rechtshängigkeit) zu fällen. Zweitens konnten die Berufungskläger – wie sie es vorliegend getan haben – den Zwischenentscheid mittels Berufung anfechten. Diesfalls hätten sie aber jedenfalls darlegen müssen, inwiefern es falsch sei, den Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit «zurzeit» abzuweisen. Das haben sie nicht getan. Sie haben sich einzig auf das Novum des nunmehr vollzogenen Parteiwechsels im Verfahren (...) berufen. Dieses echte, nach dem Zwischenentscheid eingetretene Novum ist jedoch nicht geeignet, die Richtigkeit der Abweisung des Einwands «zurzeit» – also im Entscheidzeitpunkt – infrage zu stellen.

2.2.5 In der Lehre wird gestützt auf die Auffassung der Expertenkommission zur Ausarbeitung der ZPO die Auffassung vertreten, es sei zulässig, die Berufung auch lediglich zum Zweck der Geltendmachung von Noven vor zweiter Instanz zu erheben (Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 551; anders Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, 2. Auflage 2013, Vorbemerkungen zu Art. 308–318 ZPO N 31). Dies kann allerdings lediglich Geltung beanspruchen in Bezug auf Endentscheide, die das Verfahren vor der ersten Instanz abschliessen, nicht aber in Bezug auf prozessuale Zwischenentscheide, die das erstinstanzliche Verfahren gerade nicht abschliessen. Liegt nämlich ein verfahrensabschliessender Endentscheid der ersten Instanz vor, können Noven grundsätzlich nicht mehr bei der ersten Instanz, sondern grundsätzlich nur noch bei der Rechtsmittelinstanz, namentlich durch die Erhebung einer Berufung, geltend gemacht werden. Liegt dagegen ein prozessualer Zwischenentscheid vor, können Noven – wie dargelegt – weiterhin im erstinstanzlichen Verfahren eingebracht werden. Wenn – wie im vorliegenden Fall – das erstinstanzliche Gericht in seinem Zwischenentscheid eine Abweisung des prozessualen Einwands der Beklagten lediglich «zurzeit» vornimmt und damit diese zum spätere Einführen von Noven im erstinstanzlichen Prozess geradezu einlädt, ist die beklagte Partei nicht nur befugt, sondern verpflichtet, das Novum vor erster Instanz geltend zu machen.

2.2.6 Aufgrund dieser summarischen Prüfung wäre auf die Berufung wohl nicht einzutreten gewesen.

2.3. Im Rahmen der Verteilung der Prozesskosten ist neben dem mutmasslichen Prozessausgang sodann zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage beziehungsweise zum Rechtsmittel gegeben hat. Im vorliegenden Fall hat der Berufungsbeklagte den Parteiwechsel im Verfahren (...) initiiert und hat somit auch die Erhebung des Einwands der anderweitigen Rechtshängigkeit im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren zu verantworten. Damit hat der Berufungsbeklagte die Berufungskläger veranlasst, die vorliegende Berufung einzureichen.

2.4 Schliesslich ist zu berücksichtigen, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde. Der Berufungsbeklagte führt diesbezüglich aus, dass er diese Gründe nicht zu vertreten habe. Die Erben der Berufungskläger hätten es nach deren Tod vorgezogen, die Erbschaft ihrer Eltern auszuschlagen und nicht in den Prozess einzutreten. Dieser Umstand falle allein in die Sphäre der Berufungskläger und dürfe nicht zulasten des Berufungsbeklagten gehen (Eingabe des Berufungsbeklagten vom 11. November 2013, Ziffern 4 und 5). Zwar trifft es zu, dass die Gründe, welche zur Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens geführt haben – der Tod der beiden Berufungskläger –, bei diesen eingetreten sind, und dass diese Gründe nicht dem ursprünglichen Berufungsbeklagten anzulasten sind. Im Gegenzug ist aber festzuhalten, dass die Gründe zwar bei den Berufungsklägern eingetreten sind, von diesen aber nicht verschuldet worden sind. Das Kriterium des Anlasses zum Gegenstandsloswerden des Verfahrens spricht somit zwar für eine Auferlegung der Prozesskosten an die Berufungskläger, allerdings in gemilderter Form, da der Anlass von den Berufungsklägern nicht verschuldet wurde.

2.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass zwei der drei Kriterien klar (mutmasslicher Ausgang des Berufungsverfahrens) oder eher (Anlass zum Gegenstandsloswerden der Berufung) dafür sprechen, die Prozesskosten den Berufungsklägern aufzuerlegen. Das dritte Kriterium (Anlass zur Berufung) spricht dagegen für eine Auferlegung der Prozesskosten an den Berufungsbeklagten. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, dass die Berufungskläger die Gerichtskosten und ihre eigenen Parteivertretungskosten und die Berufungsbeklagten ihre eigenen Parteivertretungskosten tragen.

3. (...)

#### BEMERKUNGEN:

*Für die Verteilung der Kosten und Entschädigungen ist es an sich am Gerechtesten, auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen. Dies würde bedingen, dass in allen Fällen von Gegen-*



standslosigkeit eine nicht nur oberflächliche Prüfung des mutmasslichen Prozessausganges erfolgen müsste. Dies wäre jedoch eine zu grosse Belastung für die Spruchkörper. Es ist daher sehr zu begrüssen, wenn der obige Entscheid festhält, auf den mutmasslichen Prozessausgang sei nur abzustellen, wenn dieser leicht zu eruieren sei. Darunter dürften Fälle gezählt werden, die keines Beweisverfahrens bedürfen und deren mutmasslicher Ausgang aufgrund der Akten während ein bis zwei Arbeitsstunden eruiert werden kann. In E. 2.4 und 2.5 prüft der Appellationsgerichtspräsident sehr sorgfältig den mutmasslichen Ausgang des Berufungsverfahrens und trifft den Kosten- und Entschädigungsentscheid schliesslich in Würdigung aller drei Kriterien für die Kostenverteilung. Der mutmassliche Ausgang des Verfahrens war hier relativ leicht zu eruieren. Ansonsten müsste auf die Verfahrensveranlassung und die Verursachung der Gegenstandslosigkeit abgestellt werden.

Karl Spühler

51

Kosten

---

**Kosten für Kopien elektronischer Eingaben  
Art. 130 Abs. 3 ZPO**

---

Das Gericht kann einer Partei die Kopierkosten für elektronische Eingaben nicht auferlegen, ohne die Nachreichung der Eingabe in Papierform ausdrücklich verlangt zu haben (E. 4). Die Aufforderung des Gerichts zur Nachreichung in Papierform sollte sich insbesondere auf umfangreiche Eingaben oder Beilagen beschränken (E. 5).

**Kantonsgericht Schwyz, 14. Januar 2014,  
ZK2 2013 55 und 56**

Mitgeteilt und bearbeitet von lic. iur. Cornelia Spörri-Kessler,  
Gerichtsschreiberin

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

4. Der Beschwerdeführer hat am 27. Mai 2013 im Namen der Beschwerdeführerin eine elektronische Eingabe bei der Vorinstanz eingereicht (vgl. Art. 130 ZPO). Dem Beschwerdeführer wurde in der Folge – nach nochmaliger elektronischer Zustellung – eine Kostenrechnung für die Kopien der elektronischen Stellungnahme zugesandt. Kosten für notwendige Kopien können zwar als Gerichtskosten im Sinne von Art. 95 Abs. 2 ZPO qualifiziert werden, wobei sich deren Verlegung nicht nach Obsiegen bzw. Unterliegen (vgl. Art. 106 ZPO) sondern nach dem Verursacherprinzip richtet (OGer ZH, Beschluss und Urteil vom 16. Juli 2012, PS120060, E. 3.1). Die Pauschale (Entscheidgebühren) schliesst nicht aus, dass für besondere, über den normalen Verlauf eines Verfahrens hinausgehende Dienstleistungen wie das Erstellen von Kopien auf Begehren einer Partei oder die Ausfertigung von Urteilen in anonymisierter Form Kanzleikosten separat in Rechnung gestellt werden (Rüegg, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2013, N 6 zu Art. 95 ZPO). Art. 131 ZPO hält denn auch ausdrücklich fest, dass das Gericht die notwendigen Kopien *auf Kosten der Partei* erstellen kann. Vorliegend ist indessen zu berücksichtigen, dass die Kostenrechnung ohne ausdrückliche Aufforderung zur Nachreichung in Papierform seitens der Vorinstanz erging. Die Vorinstanz beruft sich in der angefochtenen Verfügung auf ihre angeblich bekannte Praxis, wonach bei elektronischer Eingabe verlangt werde, dass die Eingaben und Beilagen in genügender Anzahl nachgereicht würden. Eine derartige Praxis ist jedoch gesetzeswidrig. Das Gericht muss nach dem Wortlaut von Art. 130 Abs. 3 ZPO die Nachreichung der Eingabe in Papierform ausdrücklich verlangen. Dazu ist der Partei eine angemessene Frist zu gewähren (vgl. Kramer/Kubat Erk, in: Brunner/Gasser/Schwander, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2011, N 10 zu Art. 130 ZPO). Hat eine Partei gestützt auf Art. 130 Abs. 3 ZPO Eingaben in Papierform nachzureichen, müssen die bei der Papierform für die Beachtlichkeit geltenden Erfordernisse erfüllt sein (Frei, Berner Kommentar, 2012, Bd. I, N 29 zu Art. 130 ZPO). Die Nachreichung hat demnach in zweifacher Ausfertigung zu erfolgen, da nach Art. 131 ZPO Eingaben und Beilagen in Papierform je in einem Exemplar für das Gericht

und für jede Gegenpartei einzureichen sind. Erst wenn die Anzahl nicht eingehalten wird, kann das Gericht eine Nachfrist ansetzen oder selber Kopien auf Kosten der betreffenden Partei erstellen (vgl. *Gschwend/Bornatico*, Basler Kommentar, a.a.O., N 10 zu Art. 130 ZPO). Da vorliegend weder der Beschwerdeführer noch die Beschwerdeführerin aufgefordert wurden, die elektronische Eingabe in Papierform innert angemessener Frist nachzureichen, waren die Voraussetzungen für einen Kostenentscheid unter den gegebenen Umständen nicht erfüllt bzw. konnte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer alleine gestützt auf Art. 130 Abs. 3 ZPO keine Kosten für die Kopien der Eingabe vom 27. Mai 2013 auferlegen. Die Kostenaufgabe erfolgte damit zu Unrecht.

5. Bei dieser Sachlage erübrigen sich Ausführungen zur Frage, ob die Kopierkosten dem Beschwerdeführer überhaupt hätten persönlich auferlegt werden dürfen. Ebenso kann offenbleiben, ob eine Nachreichung in Papierform nur in Ausnahmefällen verlangt werden kann. Dennoch sei der Vollständigkeit halber angefügt, dass in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006 festgehalten wird, dass das Gericht immer die Einreichung eines Dokuments in Papierform verlangen kann (BBl 2006 7221, S. 7306). Auch in der Lehre wird teilweise die Ansicht vertreten, dass das Gericht die Nachreichung der Eingabe und Beilagen in Papierform ohne besondere Begründung und auch nach erfolgreicher sowie gültiger elektronischer Übermittlung verlangen kann (*Gschwend/Bornatico*, a.a.O., N 1 zu Art. 130 ZPO; *Ernst/Oberholzer*, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung, 2013, Rz 255; vgl. *Kumschick*, in: Baker & McKenzie, Handkommentar ZPO, 2010, N 11 zu Art. 11 ZPO). Nach Meinung des Bundesamtes für Justiz soll mit der Regelung von Art. 130 Abs. 3 ZPO indessen sichergestellt werden, dass allfällige technische Probleme bei der Übermittlung nachträglich behoben werden können, und dürfen die Gerichte nicht standardmässig die Nachreichung der Eingaben in Papierform verlangen (Verordnung über die elektronische Übermittlung, Erläuterung der einzelnen Bestimmungen, Bundesamt für Justiz, [http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/elektronische\\_uebermittlung/erl-vo-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/elektronische_uebermittlung/erl-vo-d.pdf), S. 5). Einige Lehrmei-

nungen schliessen sich dieser Betrachtung an und halten fest, dass eine entsprechende Praxis dem Sinn dieser Bestimmung zuwiderlaufen würde (*Stahelin*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 8 zu Art. 130 ZPO; *Kramer/Kubat Erk*, a.a.O., N 10 zu Art. 130 ZPO). Auch unter dem Aspekt dieser Entwicklung ist eine generelle Aufforderung zur Nachreichung in Papierform wohl eher abzulehnen und sollte sich diese insbesondere auf umfangreiche Eingaben oder Beilagen beschränken.

# 52

Schlichtungsverfahren

---

**Grundsätzliche Teilnahmepflicht der Parteien an der Schlichtungsverhandlung, kein Entscheid der Schlichtungsbehörde ohne Antrag der klagenden Partei  
Art. 204 Abs. 1 und 3 ZPO,  
Art. 212 Abs. 1 ZPO**

---

*Die Parteien sind grundsätzlich verpflichtet, persönlich zur Schlichtungsverhandlung zu erscheinen. Die Vertretung ist lediglich für diejenigen Parteien möglich, die gestützt auf Art. 204 Abs. 3 ZPO von der Anwesenheitspflicht entbunden werden. Über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vertretung entscheidet die Schlichtungsbehörde (E. 4). Der Antrag des Klägers auf Entscheid gehört zu den Prozessvoraussetzungen für das von der Schlichtungsbehörde durchgeführte gerichtliche Entscheidverfahren. Der am Schlichtungstermin gestellte Antrag auf Entscheid hat aus dem Verfahrensprotokoll hervorzugehen (E. 5).*

**Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, 18. Februar 2014, 410 13 315/LIA**

Mitgeteilt und bearbeitet von lic. iur. Andreas Linder, Leitender Gerichtsschreiber

51

52

## AUS DEN ERWÄGUNGEN:

1. (...)
2. (...)
3. Mit Entscheid vom 29. Oktober 2013 hiess der Friedensrichter des Kreises Reinach die Klage von C. gut und verpflichtete die Ehegatten A. und B. als Beklagte, der Klagpartei einen Betrag von CHF 548.70 zu bezahlen. Die Entscheidgebühr und die hälftigen Betriebskosten wurden den Beklagten auferlegt und in der massgeblichen Betreuung der Rechtsvorschlag beseitigt. In der Begründung des Entscheides erwog der Friedensrichter, dass gestützt auf das Reglement über die gemeinsame Nutzung vom 29. Juni 2007 die laufenden Betriebskosten der Heizung – und zwar deren Energieverbrauch in Form von Strom – gesondert zu erfassen und den Parteien von der EBM separat in Rechnung zu stellen seien. Gemäss den Unterlagen, insbesondere aufgrund der vorgelegten Rechnungen der EBM, und dem separaten Zählerstand sei unbestritten, dass die Beklagtenpartei den Strom verbraucht und den Hälfteanteil schuldig sei. Die Beschwerdeführer machen eine unrichtige Rechtsanwendung geltend und rügen in ihrem Rechtsmittel vorab zwei Mängel im Schlichtungsverfahren. Sie lassen insbesondere monieren, die Vorinstanz habe die Regeln über das persönliche Erscheinen bzw. die Vertretung der Klägerschaft gemäss Art. 204 ZPO verletzt und die Voraussetzungen für einen Entscheid gemäss Art. 212 ZPO missachtet. Im Weiteren sei der Fall nicht spruchreif gewesen. Es sei unhaltbar, wenn der Friedensrichter zum Schluss komme, dass die Stromkosten für die Wärmepumpenheizung von den Parteien hälftig zu tragen seien. Die Klägerschaft und heutige Beschwerdegegnerin hält im Wesentlichen dagegen, sie sei wegen Krankheit am Erscheinen an der Schlichtungsverhandlung verhindert gewesen und durch ihren Ehemann rechtmässig vertreten worden. Dieser habe nach dem Scheitern einer Einigung einen Entscheid verlangt. Der Friedensrichter habe zu Recht eine hälftige Teilung der Stromkosten vorgenommen, da eine verbrauchsabhängige Aufteilung erst bei der nächsten Jahresendabrechnung möglich sein werde.

4.1 Laut Art. 204 Abs. 1 ZPO sind die Parteien grundsätzlich verpflichtet, persönlich zur Schlichtungsverhandlung zu erscheinen. Ziel dieser Anwesenheitspflicht ist die Förderung einer wirklichen Aussprache, denn eine Schlichtungsverhandlung ist dann am aussichtsreichsten, wenn sich die Parteien über ihren Rechtsstreit persönlich austauschen und ihre unterschiedlichen Standpunkte diskutieren bzw. erläutern können (*Botschaft* ZPO, S. 7331). Die Anwesenheitspflicht gemäss Abs. 1 bedeutet nicht, dass die Parteien alleine an der Schlichtungsverhandlung teilnehmen müssen. Vielmehr dürfen sie sich von einer Rechtsbeistandin, einem Rechtsbeistand oder einer Vertrauensperson begleiten lassen (Art. 204 Abs. 2 ZPO). Die Ausnahmen von der Pflicht, zur Schlichtungsverhandlung persönlich zu erscheinen, sind in Abs. 3 von Art. 204 ZPO abschliessend geregelt. Die Vertretung ist mithin lediglich für diejenigen Parteien möglich, die gestützt auf diese Gesetzesvorschrift von der Anwesenheitspflicht entbunden werden. Gemäss Art. 204 ZPO Abs. 3 ist dies für die folgenden drei Kategorien möglich: Personen mit ausserkantonalem oder ausländischem Wohnsitz (lit. a); Personen, die krankheits-, altersbedingt oder aus anderen wichtigen Gründen verhindert sind (lit. b) sowie bestimmte Personenkategorien, die zum Abschluss eines Vergleichs ermächtigt sind (lit. c). Ob eine Krankheit, das Alter oder andere wichtige Gründe eine Verhinderung gemäss lit. b darstellen, die von der Pflicht des persönlichen Erscheinens entbinden, ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vertretung nach Abs. 3 entscheidet jedenfalls die Schlichtungsbehörde bzw. der Friedensrichter. Aus dem Gebot der Waffengleichheit lässt sich ableiten, dass diejenige Partei, die sich vertreten lassen will, die Gegenpartei vorgängig darüber orientieren muss (*Botschaft* ZPO, S. 7332). Die Orientierung hat rechtzeitig entweder über die Schlichtungsbehörde oder direkt an die Gegenpartei zu erfolgen. Dies bedeutet, dass die Orientierung so früh wie möglich erfolgen muss, damit der Gegenpartei Zeit und Gelegenheit eingeräumt wird, ihrerseits Dispositionen zu treffen (*Alvarez/Peter*, in: Berner Kommentar zur ZPO, N 12 zu Art. 204 ZPO).

4.2 Das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, erachtet die Rügen der Beschwer-

deführer bezüglich einer Verletzung der Bestimmung von Art. 204 ZPO als stichhaltig. Es steht ausser Frage, dass die Klägerin nicht persönlich zur Schlichtungsverhandlung vom 29. Oktober 2013 erschienen war. Aus den vorgelegten Akten lässt sich zwar ersehen, dass sie bereits mit dem Schlichtungsgesuch vom 22. September 2013 ihren Ehemann bevollmächtigte, sie an der Verhandlung vor dem Friedensrichter zu vertreten. Ob das Schlichtungsgesuch den Beklagten in Anwendung von Art. 202 Abs. 3 ZPO tatsächlich übermittelt wurde und sie von dieser Vertretung vorgängig überhaupt Kenntnis erlangten, lässt sich aus den Akten nicht erschliessen. Allerdings kann dem nämlichen Gesuch ohnehin kein Grund für eine Verhinderung der Klägerin am persönlichen Erscheinen entnommen werden. Im Schlichtungsgesuch vom 22. September 2013 schildert die Klägerschaft im Wesentlichen bloss den Sachverhalt und die Grundlagen für den behaupteten Anspruch gegenüber den Beklagten. Die Parteien wurden durch die Vorladung des Friedensrichters vom 30. September 2013 ausdrücklich über die Pflicht zum persönlichen Erscheinen und die Voraussetzungen einer Vertretung in Kenntnis gesetzt. Die Klägerin wäre mithin gehalten gewesen, sich vorgängig mit einem begründeten Gesuch um Dispensation an den Friedensrichter zu wenden, worauf dieser über die Zulässigkeit der Vertretung hätte entscheiden müssen. Die Beklagten wären sodann darüber vorgängig zu orientieren gewesen. Mit der Teilnahme an der Verhandlung vom 29. Oktober 2013 haben die Beklagten ihren Anspruch, dass das Verfahren unter Beachtung der massgeblichen Bestimmung von Art. 204 ZPO abzulaufen hat, nicht verwirkt. Den Akten lässt sich insbesondere nicht entnehmen, dass der Friedensrichter die Beklagten an der besagten Verhandlung vorgängig über die Ausnahmen von der persönlichen Erscheinungspflicht aufgeklärt bzw. über die Dispensation der Klägerin befunden hätte und sich die Beklagten in Kenntnis dieser Voraussetzungen auf das Verfahren eingelassen hätten. Um den Normzweck von Art. 204 ZPO nicht seines Sinnes zu entleeren, erscheint es daher keinesfalls als rechtsmissbräuchlich, wenn sich die Beklagten nun nach Beizug eines Rechtsanwaltes (erstmalig) im Rahmen der Beschwerde auf die Regeln über das persönliche Erscheinen bzw. die Vertretung der Klägerschaft gemäss Art. 204 ZPO berufen.

5.1 Damit die Schlichtungsbehörde als Entscheidungsinstanz amten kann, ist nach Art. 212 Abs. 1 ZPO in erster Linie ein Antrag der klagenden Partei erforderlich. Dieser Antrag ist an keine Form gebunden. In der Regel dürfte der Antrag bereits mit Einreichung des Schlichtungsgesuchs gestellt werden. Scheitert der Schlichtungsversuch oder ist die beklagte Partei säumig, kann die klagende Partei – unter Umständen nachdem die Schlichtungsperson sie über diese Möglichkeit aufgeklärt hat – einen entsprechenden Antrag selbst noch in der Verhandlung stellen. In Streitigkeiten bis CHF 2000.00 muss die beklagte Partei somit stets mit einem Entscheid am Schlichtungstermin rechnen. Allerdings ist sie in diesen Fällen in der Vorladung – wie vorliegend geschehen – darauf hinzuweisen, dass die Schlichtungsbehörde insbesondere bei Säumnis und auf Antrag einen Entscheid fällen kann (Art. 147 Abs. 3 ZPO, vgl. *Rickli*, in: *Dike-Komm-ZPO*, N 6 zu Art. 212 ZPO). Nur ein nach den entsprechenden Regeln als zuständig geltendes Gericht darf auf eine Klage eintreten. Ist die Zuständigkeit an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, ist deren Einhaltung Bestandteil der Prozessvoraussetzung nach Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO (*Müller*, *DIKE-Komm-ZPO*, N 52 f. zu Art. 59 ZPO). Tatsächlich gehört der klägerische Antrag auf Entscheid der Schlichtungsbehörde demnach zu den Prozessvoraussetzungen für das von dieser Behörde durchgeführte gerichtliche Entscheidverfahren. Ohne dessen Vorliegen darf die Schlichtungsbehörde somit kein Entscheidverfahren eröffnen und kein Entscheid getroffen werden, sondern hat entweder die Klagebewilligung zu erteilen oder bloss einen Urteilsvorschlag zu erlassen. Solange die klagende Partei keinen Antrag auf Entscheid stellt, kann sie ihr Schlichtungsgesuch gefahrlos zurückziehen, danach bewirkt ein Rückzug Abstandsfolgen (Art. 65 ZPO).

5.2 Die Beschwerde der Beklagten, die Voraussetzungen für einen Entscheid gemäss Art. 212 ZPO seien durch den Friedensrichter verletzt worden, ist berechtigt. Ein Antrag der Klägerschaft auf Entscheid durch den Friedensrichter lässt sich in den Akten tatsächlich nicht finden. Insbesondere wurde ein solcher nicht in das Protokoll aufgenommen. Das Gesetz führt dies nicht ausdrücklich aus, doch hat die Schlichtungsbehörde grundsätzlich – und umso mehr, wenn sie entscheidet und damit

von der Schlichterin zur RichterIn mit Entscheidungskompetenz wird – Protokoll zu führen (vgl. Art. 202 Abs. 1, 208 Abs. 1 oder 209 Abs. 1 ZPO). Nicht zulässig ist zwar die Protokollierung der Parteiaussagen (Art. 205 Abs. 1 ZPO), der formelle Ablauf der Verhandlung und die wesentlichen Vorgänge sind hingegen festzuhalten. Das Protokoll hat in Anlehnung an Art. 235 ZPO den äusseren Rahmen der Verhandlung vollständig festzuhalten und die prozessualen Anträge und Rechtsbegehren der Parteien sowie Verfügungen der Schlichtungsbehörde wiederzugeben (vgl. *Egli*, Dike-Komm-ZPO, N 5 ff. zu Art. 205 ZPO; *Leuenberger*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, ZPO Komm., 2. Aufl., N 1 und N 6 zu Art. 235 ZPO; *Gloor/Umbrecht Lukas*, in: *KUKO-ZPO*, 2. Aufl., N 5 zu Art. 212 ZPO). Folglich sollte ein am Schlichtungstermin erklärter Antrag auf Entscheid aus Beweisgründen aus dem Protokoll hervorgehen. Keine Geltung hat das Protokollierungsverbot, wenn die Schlichtungsbehörde einen Entscheid erlässt. Eine Protokollierung der Parteiaussagen im Entscheidverfahren ist gesetzlich nicht ausgeschlossen und erscheint sogar als geboten (*Honegger*, in: *Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger*, ZPO Komm., 2. Aufl., N 4 f. zu Art. 212 ZPO). Die strikte Trennung der Verhandlung der Schlichtungsbehörde in einen informellen und – bei Infragekommen eines Entscheides – einen formellen Teil kann wesentlich zur Entschärfung des sich aus der Doppelrolle der Schlichtungsbehörde als Sühne- und Entscheidungsinstanz ergebenden Konflikts beitragen. Die Parteien sind denn auch über den Wechsel vom informellen zum formellen Teil zu informieren (*Egli*, a.a.O., N 8). Nach dem Gesagten sollte ein am Schlichtungstermin erklärter Antrag auf Entscheid aus Beweisgründen aus dem Verfahrensprotokoll oder dem Protokoll der Hauptverhandlung hervorgehen. Ebenso sollte sich daraus die vor der Hauptverhandlung erfolglos durchgeführte Sühneverhandlung ergeben. Die entsprechenden Nachweise wären zwar auch auf andere Weise als durch Vorlage des Protokolls zu erbringen, beispielsweise aus der Begründung des Entscheides oder durch die Vernehmlassung der Vorinstanz. Der Friedensrichter hat sich in seiner Stellungnahme vom 16. Januar 2014 hierzu allerdings nicht vernehmen lassen, und aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich nicht, dass die Klägerschaft einen entsprechenden Antrag gestellt hätte.

6. Aus den vorstehenden Erwägungen erhellt, dass das Verfahren und das Zustandekommen des Entscheides des Friedensrichteramtes Reinach vom 29. Oktober 2013 an erheblichen Mängeln leiden. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, und der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO aufzuheben. Da die Beschwerde wegen Verfahrensmängeln geschützt wird, kommt als Rechtsfolge nämlich nur die Aufhebung des Entscheides durch das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, in Betracht. Eine Heilung der Verfahrensmängel im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens ist vor dem Hintergrund, dass im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vornehmlich eine Aussöhnung zwischen den Parteien erreicht werden soll, und in Anbetracht der eingeschränkten Kognition im Beschwerdeverfahren nicht möglich. Im Übrigen würde der Instanzenzug zulasten der Parteien in unzulässiger Weise verkürzt, wenn das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, in dieser Sache entscheiden würde. Der Fall wird daher zur nochmaligen Behandlung an den Friedensrichter des Kreises Reinach zurückgewiesen. Dieser wird nochmals eine Verhandlung unter Beachtung der vorgenannten Verfahrensbestimmungen durchzuführen haben, um eine Einigung zwischen den Parteien anzustreben oder dann die Klagebewilligung zu erteilen. Falls der Friedensrichter erwägt, über die Sache nochmals zu entscheiden, so bleibt anzumerken, dass das Zinsbegehren der Klägerschaft zu behandeln ist. Im Weiteren ist das Ansetzen von Zahlungsfristen (Ziff. 3 des Entscheides) und eine Verpflichtung der Gläubigerschaft nach Zahlung der Forderung die Betreuung zurückzuziehen (Ziff. 5 des Entscheides) nur im Falle eines Vergleichs, nicht aber bei einem Entscheid möglich.

7. (...)

#### BEMERKUNG:

*Die Teilnahmepflicht der Parteien am Schlichtungsverfahren hat das Bundesgericht inzwischen auch für juristische Personen bestätigt (BGE 134 III 70).*

*Annette Dolge*

## 53

Klagebewilligungsfrist

**Klagefrist nach Klagebewilligung  
bei der Anfechtung von Vereins-  
beschlüssen oder Beschlüssen der  
Stockwerkeigentümer  
Art. 209 Abs. 4 ZPO, Art. 75 ZGB**

*Verwirkungsfristen des materiellen Privatrechts fallen nicht unter die «weiteren besonderen gesetzlichen und gerichtlichen Klagefristen» im Sinne von Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO. Auf die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen (Art. 75 ZGB) und damit auch auf die Anfechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümer (Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB) ist somit die dreimonatige Frist von Art. 209 Abs. 3 ZPO anwendbar.*

**Obergericht Aargau, 2. Zivilkammer, 7. März 2014, ZOR.2013.98**

Mitgeteilt und bearbeitet von Dr. Jann Six, Oberrichter

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

5.

5.1. Die Beklagte beanstandet, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass das Vertrauen der Kläger in die Rechtsmittelbelehrung auf der Klagebewilligung zu schützen sei.

5.2. Vorliegend steht fest, dass die Klagebewilligung den Klägern am 4. Juni 2013 zugestellt wurde und dass die Kläger die Klage am 3. September 2013 eingereicht haben. Die Klage wurde somit innerhalb von drei Monaten, nicht aber innerhalb eines Monats seit Eröffnung der Klagebewilligung eingereicht.

Die Frage nach dem Vertrauensschutz stellt sich nur, wenn für die Klageeinreichung nicht die dreimonatige Frist gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO, sondern die einmonatige Frist gemäss Art. 209 Abs. 4 ZPO gilt. Welche Frist gilt, ist eine Rechts-

frage. Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

5.3. Die Klagebewilligung berechtigt nach Eröffnung grundsätzlich während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim Gericht (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Abs. 4 enthält Ausnahmen von der Dreimonatsfrist des Abs. 3. Gemäss Abs. 4 beträgt die Klagefrist in Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht 30 Tage. Zudem sind weitere besondere gesetzliche und gerichtliche Klagefristen vorbehalten.

Beschlüsse der Stockwerkeigentümer können gemäss Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB innert Monatsfrist angefochten werden (vgl. *Wermelinger*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband IV 1c, Das Stockwerkeigentum, Art. 712a – 712t ZGB, Zürich 2010, N. 132 zu Art. 712m ZGB; AGVE 1992 S. 79 f.). Bei dieser Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist (*Riemer*, Berner Kommentar zu Art. 60–79 ZGB, Bern 1990, N. 62 zu Art. 75 ZGB; *Hürlimann-Kaup/Schmid*, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich 2010, Rdnr. 1323). Fraglich ist, ob die Monatsfrist sowohl für die Einreichung des Schlichtungsgesuches bei der Schlichtungsbehörde als auch für die Einreichung der Klage beim Gericht nach Erhalt der Klagebewilligung gilt. Die Vorinstanz hat dies bejaht unter Verweis auf *BGE 135 III 489 E. 6.2.*

5.4.

5.4.1. Ob auch Verwirkungsfristen des materiellen Rechts unter die in Art. 209 Abs. 4 ZPO vorbehaltenen besonderen gesetzlichen Klagefristen fallen, ist umstritten und vom Bundesgericht noch nicht abschliessend geklärt worden. Das Bundesgericht hat zwar in *BGE 135 III 489 E. 3.4 S. 491 f.* in Bezug auf die damals noch geltende Zivilprozessordnung des Kantons Bern entschieden, dass für die Klageeinreichung nicht die ordentliche Klagefrist von sechs Monaten, sondern die einmonatige Frist zur Anfechtung von Vereinsbeschlüssen gemäss Art. 75 ZGB anwendbar ist. Allerdings wurden in den damaligen Ausnahmebestimmungen des kantonalen Rechts (Art. 153 Abs. 4 ZPO/BE: «In Streitigkeiten über Ansprüche, für welche eine kürzere als sechsmonatige Verwirkungsfrist gilt, ist die Klagefrist auf die Dauer der entsprechenden Verwirkungsfrist verkürzt.») ausdrücklich kürzere *Verwirkungs-*

fristen vorbehalten, während Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO Klagefristen nennt (vgl. *Sutter-Somm*, Das Schlichtungsverfahren der ZPO: Ausgewählte Problempunkte, in: SZP 1/2012 S. 69 ff., 78–82, insbesondere S. 80 f.; *Alvarez/Peter* in: Berner Kommentar zur ZPO [BK-ZPO], 2013, N. 11 zu Art. 209). Es ist daher nicht klar, ob diese Rechtsprechung auch auf die Auslegung von Art. 209 ZPO zu übertragen ist (*Leuenberger*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2009, in: ZBJV 08/2011 S. 513 ff., 526 f.). Das Bundesgericht hat in jenem Entscheid zwar auch festgehalten, die von der Bundesversammlung beschlossene, aber noch nicht in Kraft getretene Schweizerische Zivilprozessordnung enthalte in Art. 209 Abs. 4 ZPO eine «(p)raktisch wörtlich gleiche Regelung (...) wie Art. 153 Abs. 4 ZPO/BE» (BGE 135 III 489 E. 6.2 S. 495). Zu beurteilen war jedoch Art. 153 Abs. 4 ZPO/BE, nicht Art. 209 Abs. 4 ZPO; dementsprechend setzte sich der Entscheid des Bundesgerichts mit dem damals noch nicht in Kraft stehenden Art. 209 Abs. 4 ZPO, abgesehen vom Hinweis auf den praktisch gleichen Wortlaut wie Art. 153 Abs. 4 ZPO/BE, auch nicht auseinander.

**5.4.2.** Die Lehre ist sich in dieser Frage uneinig: Nach *Bohnet*, Code de procédure civile commenté, Basel 2011, N. 14 zu Art. 209, fallen die für die Gestaltungsklagen im Sinne von Art. 87 ZPO geltenden Verwirkungsfristen nicht unter Art. 209 Abs. 4 ZPO. Bei der Anfechtungsklage gemäss Art. 75 ZGB handelt es sich um eine Gestaltungs-klage (*Bohnet*, a.a.O. N. 9 zu Art. 87). *Spahr*, argumentiert in seinem Aufsatz «Zur Gültigkeitsdauer der Klagebewilligung» (in: SJZ 2013, S. 273 ff.), der Vorbehalt in Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO umfasse ausschliesslich prozessuale Prosequierungsfristen. Ebenso vertritt *Honegger*, ZK-ZPO, N. 11 zu Art. 209, die Auffassung, Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO erfasse nur prozessuale Prosequierungsfristen, nicht jedoch materiell-rechtliche Verwirkungsfristen, bei denen es nicht um eine Fortsetzung des Verfahrens gehe, sondern das Recht selber vom Privatrecht einer Befristung unterstellt werde. Unter N. 12 zu Art. 209 führt dieser Autor dann allerdings weiter aus, das Bundesgericht habe in einem jüngeren Entscheid betreffend Anfechtung eines Vereinsbeschlusses jedoch bestätigt, dass sowohl das Schlichtungsgesuch als auch die Klage-

geeinreichung innert der kürzeren Verwirkungsfrist einzureichen seien. *Alvarez/Peter*, BK-ZPO, N. 11 zu Art. 209, führen unter Hinweis auf BGE 135 III 489 aus, die dort beurteilte Ausnahmebestimmung des kantonalen Rechts habe ausdrücklich kürzere Verwirkungsfristen vorbehalten, während Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO Klagefristen nenne und damit auf prozessuale Prosequierungsfristen beschränkt zu sein scheine.

*Ernst/Oberholzer* sind dagegen der Ansicht, das Bundesgericht habe in BGE 135 III 489 bereits angedeutet, «dass die seinerzeit zur ZPO/BE ausgesprochenen Erkenntnisse auch für das Schlichtungsverfahren der eidgenössischen ZPO gelten dürften»; davon sei trotz gelegentlicher Kritik in der Lehre auszugehen (*Ernst/Oberholzer*, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung (ZPO), 2013, N. 74). *Stahelin/Stahelin/Grolimund* vertreten unter Verweis auf BGE 135 III 489 ebenfalls die Auffassung, die Verkürzung der Frist gemäss Art. 209 Abs. 4 ZPO gelte auch für materiellrechtliche kürzere Klagefristen, wie bei der Anfechtung eines Vereinsbeschlusses (Art. 75 ZGB) oder eines Generalversammlungsbeschlusses einer AG (Art. 706a Abs. 1 OR; *Stahelin/Stahelin/Grolimund*, a.a.O., § 20 N. 34). Ebenso gehen *Hürlimann-Kaup/Schmid* davon aus, dass die Klage auf Anfechtung eines Vereinsbeschlusses aufgrund von Art. 75 ZGB i.V.m. Art. 209 Abs. 4 ZPO innert Monatsfrist nach Eröffnung der Klagebewilligung einzureichen ist (*Hürlimann-Kaup/Schmid*, a.a.O., Rdnr. 1323).

**5.5.** Um die Verwirkungsfrist gemäss Art. 75 ZGB zu wahren, musste vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung innert dieser Frist die Klageanhebung erfolgen (*Riemer*, a.a.O., N. 76 zu Art. 75 ZGB). Die Funktion, welche die Klageanhebung bis zum Inkrafttreten der ZPO hatte, übernimmt gemäss Art. 64 Abs. 2 ZPO seither die Rechtshängigkeit (*Sutter-Somm*, a.a.O., S. 78). Dem Bericht der Expertenkommission zum VE-ZPO ist bezüglich der Wirkungen der Rechtshängigkeit Folgendes zu entnehmen (Bericht S. 103):

«Das Bundeszivilrecht und das SchKG setzen für verschiedene Klagen Fristen, in denen sie eingeleitet, angehoben oder rechtshängig gemacht sein müssen: So z.B. für die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen (Art. 75 ZGB), die Anfechtung der

Vaterschaft (Art. 256c ZGB), die erbrechtliche Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage (Art. 521 und 533 ZGB), die Anfechtung der Kündigung im Mietrecht (Art. 273 OR), die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung der Aktiengesellschaft (Art. 706a OR) sowie für verschiedene Klagen des SchKG wie die Aberkennungsklage (Art. 83 SchKG) oder die Kollokationsklage (Art. 250 SchKG). Es handelt sich hier um Verwirkungsfristen. Um Klarheit zu schaffen, in welchem Zeitpunkt sie unter den verschiedenen kantonalen Prozessordnungen als gewahrt zu betrachten sind, stellte das Bundesgericht bereits früh in seiner Rechtsprechung folgende Regel auf: Die Klagefrist wird gewahrt mit der sogenannten Klageanhebung, d.h. mit derjenigen prozesseinleitenden oder vorbereitenden Handlung, mit der zum ersten Mal in bestimmter Form für den erhobenen Anspruch der Schutz des Gerichts angerufen wird. Absatz 2 nimmt diese Regel auf und stellt klar, dass einheitlich der Eintritt der Rechtshängigkeit für die Fristwahrung massgebend ist. Damit wird auch in Zukunft nach den gleichen Kriterien beurteilt werden können, ob diese Klagefristen gewahrt sind.»

In der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung wurde ausgeführt, die Umschreibung des Beginns der Rechtshängigkeit entspreche inhaltlich dem Begriff der Klageanhebung. Darunter sei jede prozesseinleitende oder -vorbereitende Handlung zu verstehen, mit der zum ersten Mal in bestimmter Form der Schutz des Gerichts angerufen werde. Das Bundesgericht habe diesen Begriff geprägt, um für die praktisch hoch bedeutsame Frage der Wahrung bundesrechtlicher Verwirkungsfristen eine einheitliche Lösung für die ganze Schweiz zu finden. Inskünftig werde die Klageanhebung nicht nur Fristen wahren, sondern zugleich die Rechtshängigkeit begründen. Als Beispiele für bundesrechtliche Verwirkungsfristen führt die Botschaft die Fristen für die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen, die Anfechtung der Vaterschaft, die erbrechtliche Ungültigkeits- und Herabsetzungsklage, die Anfechtung der Kündigung im Mietrecht sowie die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft an und verweist zudem auf die zahlreichen Klagefristen des SchKG (Bundesblatt 2006, S. 7277).

Art. 64 Abs. 2 ZPO in der schliesslich Gesetz gewordenen Form bestimmt, dass für die Wahrung einer gesetzlichen Frist des Privatrechts, die auf

den Zeitpunkt der Klage, der Klageanhebung oder auf einen anderen verfahrenseinleitenden Schritt abstellt, die Rechtshängigkeit nach der ZPO massgebend ist. Die Rechtshängigkeit wird durch Einreichung eines Schlichtungsgesuchs, einer Klage, eines Gesuches oder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens begründet (Art. 62 Abs. 1 ZPO).

5.6. Nach Eröffnung berechtigt die Klagebewilligung während dreier Monate zur Einreichung der Klage beim Gericht (Art. 209 Abs. 3 ZPO). Gemäss Art. 209 Abs. 4 Satz 2 bleiben – nebst der in Satz 1 geregelten Klagefrist in Streitigkeiten aus Miete und Pacht – «besondere gesetzliche und gerichtliche Klagefristen» vorbehalten. Art. 64 Abs. 2 ZPO verwendet demgegenüber den Ausdruck der «gesetzlichen Frist des Privatrechts». Der unterschiedliche Wortlaut von Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO und Art. 64 Abs. 2 ZPO spricht eher dafür, dass Rechtsbegehren innert den im materiellen Privatrecht vorgesehenen Verwirkungsfrist rechtshängig gemacht werden müssen, dass materielle Verwirkungsfristen des Privatrechts aber nicht zu einer Verkürzung der Frist für die Einreichung der Klage nach Eröffnung der Klagebewilligung führen. Letztlich erlaubt der Wortlaut von Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO für sich alleine allerdings keinen eindeutigen Schluss, ob unter den Begriff der vorbehaltenen «besonderen gesetzlichen Bestimmungen» im Sinne von Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO auch Verwirkungsfristen des materiellen Privatrechts fallen oder nicht.

5.7. Art. 209 Abs. 4 Satz 1 ZPO hält fest, dass die Klagefrist in Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht 30 Tage beträgt. Als Beispiele für weitere vorbehaltene besondere gesetzliche Klagefristen werden in der Botschaft zur Zivilprozessordnung die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), die Arrestprosektionsklage (Art. 279 SchKG) oder die Klage zur Prosequierung einer vorsorglichen Massnahme vor Rechtshängigkeit genannt (Bundesblatt 2006 S. 7333).

Art. 209 Abs. 4 Satz 1 ZPO entspricht Art. 274f OR, der mit dem Inkrafttreten der ZPO aufgehoben wurde (*Sutter-Somm*, a.a.O., S. 80). Art. 274f OR bestimmte, dass ein Entscheid der Schlichtungsbehörde rechtskräftig wird, wenn die Partei, die unterlegen ist, nicht innert 30 Tagen den Richter



anruft; wenn die Schlichtungsbehörde das Nichtzustandekommen der Einigung festgestellt hat, musste die Partei, die auf ihrem Begehren beharrte, nach dieser Bestimmung ebenfalls innert 30 Tagen den Richter anrufen. Die Bestimmung regelte demnach die (prozessuale) Klagefrist für die Anrufung des Gerichts nach durchgeführter Schlichtungsverhandlung. Im Anschluss an die nun in Art. 209 Abs. 4 Satz 1 ZPO geregelte Klagefrist in Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht behält Satz 2 von Art. 209 Abs. 4 ZPO «weitere besondere gesetzliche und gerichtliche Klagefristen» vor. Dieser systematische Zusammenhang spricht dafür, dass mit den «weiteren Klagefristen» in Satz 2 gleichartige Fristen wie in Satz 1 und damit ebenfalls prozessuale Klagefristen gemeint sind (vgl. Spahr, a.a.O., S. 276).

Diese Auslegung wird zusätzlich nahegelegt durch die in der Botschaft aufgeführten Beispiele für kürzere Klagefristen. Bei den Fristen für die Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), die Arrestprosektionsklage (Art. 279 SchKG) und die Klage zur Prosequierung einer vorsorglichen Massnahme vor Rechtshängigkeit handelt es sich – gleich wie bei der in Satz 1 von Art. 209 Abs. 4 ZPO geregelten Klagefrist – um prozessrechtliche Fristen, nicht um Verwirkungsfristen des materiellen Privatrechts. Die in der Botschaft erwähnten Beispiele deuten deshalb ebenfalls darauf hin, dass, mit den «weiteren besonderen gesetzlichen und gerichtlichen Klagefristen» im Sinne von Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO prozessrechtliche Klagefristen, nicht dagegen Verwirkungsfristen des materiellen Privatrechts gemeint sind (Spahr, a.a.O., S. 276). Hierfür spricht auch, dass die Botschaft die Frist für die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen (Art. 75 ZGB) zwar im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit als Beispiel für eine bundesrechtliche Verwirkungsfrist (Bundesblatt 2006, S. 7277), nicht aber im Zusammenhang mit der Klagebewilligung als Beispiel für eine «besondere gesetzliche Klagefrist» nennt (vgl. Bundesblatt 2006, S. 7333).

Art. 209 Abs. 4 Satz 2 ZPO ist demnach in dem Sinn auszulegen, dass Verwirkungsfristen des materiellen Privatrechts nicht unter die «weiteren besonderen gesetzlichen und gerichtlichen Klagefristen» fallen. Auf die Anfechtung von Vereinsbeschlüssen (Art. 75 ZGB) und damit auch die An-

fechtung von Beschlüssen der Stockwerkeigentümer (Art. 712m Abs. 2 i.V.m. Art. 75 ZGB) ist somit die dreimonatige Frist von Art. 209 Abs. 3 ZPO anwendbar.

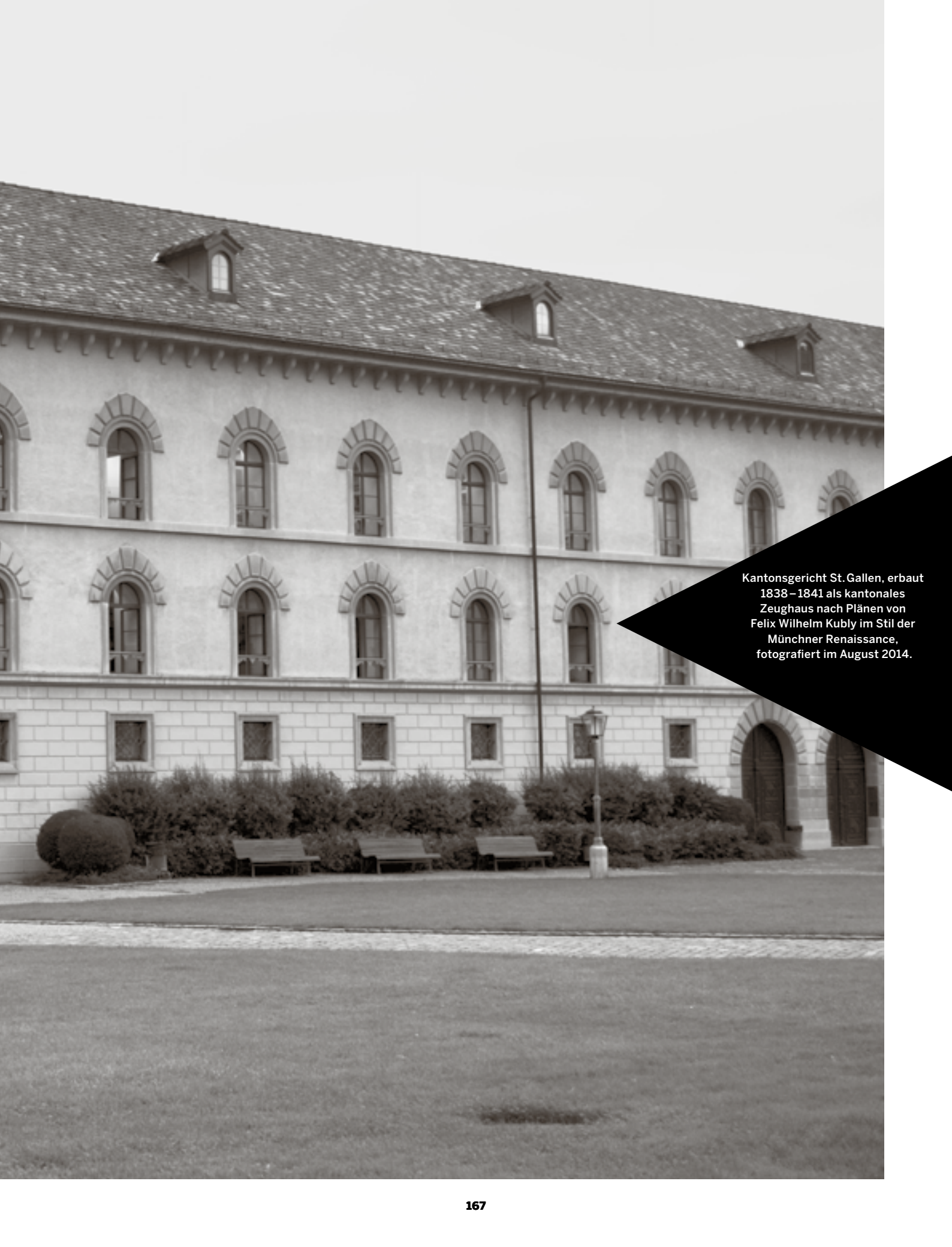
Die Frage des Vertrauensschutzes stellt sich deshalb nicht. Die Vorinstanz ist im Ergebnis daher zu Recht auf die Klage eingetreten. Die Berufung ist damit abzuweisen.

#### BEMERKUNG:

*Dieser sehr sorgfältig begründete Entscheid setzt sich grundlegend mit der vom Bundesgericht in BGE 135 III 489 zur alten Berner Zivilprozessordnung geäusserten Meinung auseinander, wonach bei der Anfechtung von Vereinsbeschlüssen für die Klageeinreichung nicht die ordentliche Klagefrist, sondern die einmonatige Frist von Art. 75 ZGB anwendbar sei. Beiläufig erwähnte das Bundesgericht damals, der künftige Art. 209 Abs. 4 ZPO enthalte eine wörtlich praktisch gleiche Regelung wie Art. 153 Abs. 4 ZPO/BE, was bei genauerer Betrachtung nicht ganz zutrifft. Es suggerierte damit eine Auslegung von Art. 209 Abs. 4 ZPO, welche sich auch auf die privatrechtlichen Klagefristen erstrecken würde, was von einem grossen Teil der Lehre übernommen wurde. Das Obergericht des Kantons Aargau kommt nun in einer grundlegenden Auslegung von Art. 209 Abs. 4 ZPO zur Auffassung, dass zwischen privatrechtlichen Klagefristen und prozessrechtlichen Prosequierungsfristen unterschieden werden muss. Nur letztere fallen unter Art. 209 Abs. 4 ZPO. Dagegen sind die privatrechtlichen Klagefristen mit der Rechtshängigkeit bei der Schlichtungsbehörde eingehalten und bedürfen keiner beschleunigten Prosequierung. Die Klagefristen des SchKG für die Aberkennungs- und Arrestprosequierungsklage sind indessen Prosequierungsfristen, für welche die kürzeren Fristen des SchKG gelten. Der Entscheid ist ein wertvoller Beitrag zur Auslegung des in Lehre und Praxis umstrittenen Art. 209 Abs. 4 ZPO. Er verdient uneingeschränkte Zustimmung.*

Annette Dolge





Kantonsgericht St. Gallen, erbaut  
1838 – 1841 als kantonales  
Zeughaus nach Plänen von  
Felix Wilhelm Kubly im Stil der  
Münchner Renaissance,  
fotografiert im August 2014.

## 54

Verfahren

---

**Replikrecht**  
**Art. 229 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV,**  
**Art. 6 Ziff. 1 EMRK**


---

*Nach der Praxis des Handelsgerichts ist im ordentlichen Verfahren davon auszugehen, dass eine unaufgeforderte Stellungnahme innert 20 Tagen ab Zustellung jener Eingabe zu erfolgen hat, auf welche sich die Stellungnahme bezieht. Einer Partei darf kein Vorteil daraus erwachsen, dass sie nicht umgehend die entsprechende Stellungnahme einreicht, sondern vorerst nur um eine Fristansetzung dafür ersucht.*

**Handelsgericht Aargau, Vizepräsident 2. Kammer,**  
**28. Januar 2014, HOR.2013.22**

Mitgeteilt und bearbeitet von Dr. Jann Six, Oberrichter

## AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

3. Mit Eingang der Duplik sind der Schriftenwechsel und das Behauptungsverfahren grundsätzlich abgeschlossen. Nach dessen Abschluss können neue Tatsachen und Beweismittel als Noven nur noch beschränkt in den Prozess eingebracht werden (Art. 229 Abs. 1 ZPO).

Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Eingaben der anderen Verfahrenspartei zu äussern (vgl. BGE 138 I 484 E. 2.1, 137 I 195 E. 2.3.1, 133 I 100 E. 4). Eine ausdrückliche Fristansetzung durch das Gericht zur Stellungnahme ist grundsätzlich nicht vorgesehen. Kommen Verfahrensbeteiligte, welche eine solche Eingabe ohne Fristansetzung seitens des Gerichts erhalten haben, zum Schluss, sie möchten nochmals zur Sache Stellung nehmen, so sollen sie dies grundsätzlich aus Gründen des Zeitgewinns umgehend tun, ohne vorher darum nachzusuchen

(BGE 133 I 98 E. 2.2; BGer 4A.273/2012 vom 30. Oktober 2012 E. 3.2). Nach der Praxis des Handelsgerichts ist im ordentlichen Verfahren davon auszugehen, dass eine solche Stellungnahme innert 20 Tagen ab Zustellung jener Eingabe zu erfolgen hat, auf welche sich die Stellungnahme bezieht. Soweit eine Partei wie vorliegend um eine Fristansetzung ersucht, rechtfertigt es sich allerdings aus Gründen der Rechtssicherheit, eine Frist anzusetzen. Einer solchen Partei soll aber grundsätzlich kein Vorteil daraus erwachsen, dass sie nicht umgehend die entsprechende Stellungnahme eingereicht, sondern vorerst nur um eine Fristansetzung dafür ersucht hat. Die Frist ist daher im Allgemeinen so anzusetzen, dass sie 20 Tage nach der Zustellung der Eingabe der Gegenpartei endet, zu welcher die betroffene Partei Stellung nehmen möchte.

## BEMERKUNGEN:

*Dieser Entscheid stellt ein erfreuliches Beispiel der Gewährung prozessualer Rechtsgleichheit dar. Die Ansetzung der sogenannten «Replikfrist» auf zwanzig Tage ist für einen handelsgerichtlichen Prozess angemessen. Für erstinstanzliche Verfahren vor gewöhnlichen Gerichten ist m.E. die Frist jedoch kürzer zu bemessen, zumal es in der Regel nur noch um einzelne Punkte geht.*

*Karl Spühler*

## 55

Verfahren

---

**Superprovisorische Massnahmen,  
SMS-Werbung  
Art. 261 ZPO, Art. 265 ZPO**


---

*Hat sich die superprovisorische Sperrung von Telefonnummern zur Verhinderung unzulässiger Marktbeeinflussungen durch SMS-Werbung als ungeeignet und somit nicht verhältnismässig erwiesen, ist ein neuerliches Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen zum Zwecke der Sperrung weiterer Telefonnummern abzuweisen.*

**Handelsgericht Aargau, Vizepräsident 1. Kammer,  
14. November 2013, HSU.2013.82**

Mitgeteilt und bearbeitet von Dr. Jann Six, Oberrichter

## AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

4. Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist (lit. a) und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (lit. b).

Die vorsorgliche Massnahme muss im Übrigen verhältnismässig sein. Namentlich muss sie geeignet sein, den befürchteten Nachteil voraussichtlich zu verhindern (BK-Güngerich, 2012, Art. 261 ZPO N. 39 und Art. 262 N. 2; BSK-Sprecher, 2. Aufl. 2013, Art. 262 ZPO N. 37 f. und N. 48). Die vorsorgliche Massnahme dient nicht dazu, bereits stattgefundenen Verletzungshandlungen zu bestrafen, sondern entweder deren anhaltende Wirkung zu beseitigen oder zukünftige Verletzungshandlungen zu verhindern.

5.

5.1. Im vorliegenden Fall hat die Gesuchstellerin in den bisherigen Summarverfahren glaubhaft gemacht, dass die Gesuchsgegnerin nach Lauterkeitsrecht unzulässige Werbe-SMS für Flugreisen (...) versendet hat und damit den entsprechenden Markt, auf welchem auch die Gesuchstellerin tätig ist, beeinflusst hat. Als vorsorgliche Massnahmen wurden daraufhin mittels insgesamt vier provisorischen und superprovisorischen Anordnungen innert knapp fünf Monaten insgesamt sechs Telefonnummern gesperrt, bezüglich welcher glaubhaft gemacht worden war, dass die Gesuchsgegnerin sie zum Versand unzulässiger Werbe-SMS verwendet hatte oder diese Nummern in den SMS immerhin als Absendernummern angegeben waren. Zuletzt waren davon sogar Nummern verschiedener Provider betroffen. Gemäss der Darstellung der Gesuchstellerin verschickte die Gesuchsgegnerin am 10. und 11. November 2013 von einer weiteren Telefonnummer eines neuen, von den bisherigen Sperrungen nicht betroffenen Providers weitere unzulässige Werbe-SMS.

5.2. Der Sachverhaltsverlauf zeigt immer eindrücklicher, dass – gemäss der glaubhaften Darstellung der Gesuchstellerin – sich die Gesuchsgegnerin durch die Sperrung der für den unzulässigen SMS-Versand verwendeten Nummern in keiner Weise davon abhalten lässt, über andere Nummern weitere derartige SMS zu versenden (...). Das Mittel der Nummernsperrung hat sich damit zur Verhinderung des befürchteten Nachteils als untauglich erwiesen. Es ist nicht geeignet, da es die Gesuchsgegnerin nicht daran hindern kann, sich von den bisherigen oder nötigenfalls auch von neuen Providern Telefonanschlüsse mit neuen Nummern zu beschaffen, über welche ein erneuter Versand abgewickelt werden kann.

Die Sperrung weiterer Nummern oder gar die Anweisung an bestimmte Provider, für die Gesuchsgegnerin keine neuen Anschlüsse mehr aufzuschalten, erweist sich aufgrund des Gesagten zur Verhinderung weiterer unzulässiger Marktbeeinflussungen als ungeeignet und ist somit nicht verhältnismässig. Dementsprechend ist das Gesuch um superprovisorische Massnahmen abzuweisen. (...)

## 56

Rechtsöffnung

---

**Rechtsöffnung, Spezifizierung  
periodisch geschuldeter Leistungen  
Art. 67 Abs. 1 SchKG**


---

*An den strengen Anforderungen der Rechtsprechung an die Spezifizierung der Zeitperiode monatlich geschuldeter Unterhaltsbeiträge (E. 3a und b) ist im öffentlichen Interesse festzuhalten (E. 3c). Abgesehen davon war die fragliche Zeitperiode in casu aufgrund des Prozessstoffes nicht ohne Weiteres erkennbar (E. 3d).*

**Kantonsgericht Schwyz, 30. September 2013,  
BEK 2013 73**

Mitgeteilt und bearbeitet von lic. iur. Mathis Bösch,  
Gerichtsschreiber

## AUS DEN ERWÄGUNGEN:

3. (...)
- a) Die monatliche Unterhaltspflicht stellt eine periodisch geschuldete Leistung dar (BEK 2011 95 vom 20. Oktober 2011 E. 4; KG 472/02 RK2 vom 22. Januar 2003 E. 7). In solchen Fällen muss im Zahlungsbefehl die Periode angegeben werden, für welche die Betreuung eingeleitet wird. Ist dies nicht der Fall, so ist das Rechtsöffnungsbegehren abzuweisen (vgl. *Staehelin*, BSK, 2. Auflage, Basel 2010, Art. 80 N 37 und 40 mit Hinweisen, u.a. auf die a.M. in AGVE 2001 45 ff., wonach sich diese Periode auch aus dem gesamten Prozessstoff ergeben kann, vgl. dazu unten lit. d/aa). Der Vorderrichter wie auch die von ihm erwähnten Entscheide des Obergerichts Thurgau bzw. des Kantonsgerichts Waadt berufen sich auf die eben zitierte, im Jahr 2010 erschienene zweite Auflage des Basler Kommentars. Darin werden die Anforderungen an die Spezifikation der Zeitperiode nicht relativiert, sondern nur um den Hinweis auf die andere Meinung des Obergerichts des Kantons Aargau ergänzt. Mithin hat der genannte Autor aufgrund der im äl-

teren, im Jahr 2005 erschienenen Ergänzungsband des Basler Kommentars nicht weiter kommentierten Praxis des Aargauer Obergerichts keinen Anlass gesehen, seine Meinung zu ändern, was im Jahre 2009 dem Kantonsgericht Graubünden noch nicht ersichtlich war (vgl. BISchK 2013 S. 31). Dieser Lehre und Rechtsprechung folgte auch das Kantonsgericht Schwyz in einem Fall im Jahr 2003, obwohl sich aufgrund der Ausführungen im Rechtsöffnungsbegehren die fragliche Zeitperiode damals hätte klar bestimmen lassen (KG 472/02 RK2 vom 22. Januar 2003 E. 7). Nicht ganz auf dieser Linie lag ein weiterer Beschluss, womit eine Nichtigkeitsbeschwerde indes nach altem Recht unter eingeschränkter Kognition abgewiesen wurde, die sich gegen die Erteilung der Rechtsöffnung für Unterhaltsbeiträge richtete, deren Periodisierung anhand unbestrittener Ausführungen des Rechtsöffnungsbegehrens von der Vorinstanz als eindeutig und hinreichend befunden worden war (RK2 2008 21 vom 3. März 2008 ebenfalls mit Hinweis auf den BSK-Ergänzungsband und AGVE 2001 45 ff.).

- b) Auch das Bundesgericht hat das Erfordernis der Spezifizierung der Zeitperiode bei der Anhebung der Betreuung in Betreibungsbegehren und mithin auch im Zahlungsbefehl neulich unter Bezugnahme auf Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG bestätigt. Nach seinem Urteil ist die Forderungsurkunde und deren Datum, in Ermangelung einer solchen der Grund der Forderung anzugeben. Begründet wird dies damit, dass die Umschreibung des Forderungsgrundes dem Betriebenen erlauben soll, sich zur Anerkennung des in Betreuung gesetzten Betrages zu entschliessen. Bei der subsidiären Variante von Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG sei nicht nur der Forderungsgrund, sondern wie in der primären Variante auch das Datum der Forderung anzugeben. Bei Dauerschuldverhältnissen mit periodischen Zahlungspflichten bedeute dies, dass die in Betreuung zu setzende Zeitperiode im Betreibungsbegehren zu spezifizieren sei (BGer 5A\_413/2011 vom 22. Juli 2011 E. 2). Diesem Bundesgerichtsurteil lag entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht bloss ein anfechtbarer Zahlungsbefehl zugrunde. Vielmehr wurde die Mangelhaftigkeit eines Betreibungsbegehrens geprüft, welches ein Betreibungsamt zur Verbesserung zurückgewiesen hatte, was angesichts

der sehr beschränkten Kognition des Betreibungsamtes (vgl. dazu *Wüthrich/Schoch*, BSK, Art. 69 SchKG N 12 ff.) nur bei einem wesentlichen Mangel möglich ist. Deshalb hat das Bundesgericht die mangelnde Spezifizierung der Zeitperiode bei Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen bei der Einleitung der Betreuung als wesentlichen Mangel betrachtet.

c) Diese strenge Praxis liegt im öffentlichen Interesse, da die ebenfalls von Amtes wegen zu prüfende Fälligkeit (*Staelin*, BSK, Art. 80 SchKG N 39) der Forderungen präzise Zeitangaben erfordert, um etwa auszuschliessen, dass vorzeitig betreibende Gläubiger gegenüber korrekt vorgehenden besser gestellt werden (*Stücheli*, Die Rechtsöffnung, Zürich 2000, S. 202; RK2 2003 288 vom 17. März 2004 E. 4.a). Weiter ist die Spezifikation der betriebenen Zeitperioden für die Verjährungsunterbrechung jeder einzelnen Forderung relevant und kann nicht rückwirkend im Rechtsöffnungsverfahren bestimmt werden (vgl. BISchK 2013 S. 34). Es ist deshalb unabdingbar, dass aus dem Betreibungsbegehren bzw. dem Zahlungsbefehl unmissverständlich hervorgeht, auf welche periodisch geschuldeten Leistungen sich die bezifferte und betriebene Forderung bezieht. Es genügt nach dem Gesagten nicht, wenn sich solche Informationen erst dem Rechtsöffnungsbegehren entnehmen lassen (OG TG vom 31. Januar 2011 vgl. in BISchK 2013 S. 30). Schliesslich ist die Periodisierung im Rahmen der Pfändung allenfalls auch für das Vorrecht der Unterhaltsgläubigerin auf Eingriff in das Existenzminimum des Schuldners für Unterhaltsforderungen aus dem letzten Jahr vor Zustellung des Zahlungsbefehls von Bedeutung.

d) Aus diesen Gründen ist die Beschwerde mangels hinreichend spezifizierten Zahlungsbefehls abzuweisen. Abgesehen davon ist auch nach den Ausführungen im Rechtsöffnungsbegehren nicht ersichtlich, inwiefern dem Schuldner im konkreten Fall nach Treu und Glauben hätte aufgrund des Prozessstoffes ohne Weiteres erkennbar sein müssen, für welche Zeitspanne die Gläubigerin ihn betreiben würde. Diesbezügliche neue Tatsachen können im Beschwerdeverfahren nicht vorgebracht werden (Art. 326 ZPO).

## BEMERKUNGEN:

*Das Zürcher Obergericht hat es genügen lassen, wenn sich dem Zahlungsbefehl zusammen mit der Begründung des Rechtsöffnungsgesuchs und dem eingebrachten Prozessstoff entnehmen lässt, für welche Zeitperiode ausstehende Unterhaltsbeiträge geltend gemacht werden (vgl. ZR 6/2013 Nr. 45). Im Wesentlichen wird dies mit dem klaren Wortlaut sowie den Sinn und Zweck von Art. 67 SchKG begründet. Dies erscheint angesichts der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. Entscheid E. 3.b) nicht ganz überzeugend. Im Schwyzer Fall war aufgrund des später eingebrachten Prozessstoffes indes auch die genaue Zeitperiode nicht eruierbar.*

Mathis Bösch

57

Arrest

---

**Schiedsspruch als Arrestgrund  
Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG,  
Art. III–V New Yorker  
Übereinkommen**

---

*Der Schiedsspruch eines Schiedsgerichts, das seinen Sitz nicht in einem Vertragsstaat des Lugano-Übereinkommens hat, eignet sich grundsätzlich als Arrestgrund im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG, auch wenn er nicht vorgängig selbständig vollstreckbar erklärt worden ist bzw. im Rahmen des Arrestverfahrens nicht vollstreckbar erklärt werden kann (E. 3). Der Arrest kann bewilligt werden, falls der Arrestgläubiger glaubhaft macht, dass der Schiedsspruch in der Schweiz nach den massgebenden Normen anerkannt und vollstreckt werden kann (E. 4 ff.)*

**Obergericht Zug, II. Beschwerdeabteilung,  
7. Februar 2013, BZ 2012 118**

Mitgeteilt von lic. iur. Peter Furger, Gerichtsschreiber

## AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

3. Nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG kann der Gläubiger für eine fällige Forderung, soweit diese nicht durch ein Pfand gedeckt ist, Vermögensstücke des Schuldners, die sich in der Schweiz befinden, mit Arrest belegen lassen, wenn der Gläubiger gegen den Schuldner einen definitiven Rechtsöffnungstitel besitzt. Der Arrestrichter kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass sich der von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Schiedsspruch des Internationalen Schiedsgerichts bei der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan (nachfolgend: ISG IHK) vom 11. April 2012 grundsätzlich als Arrestgrund im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG eignet, auch wenn er nicht vorgängig selbständig vollstreckbar erklärt worden ist bzw. im Rahmen des Arrestverfahrens nicht vollstreckbar erklärt werden kann. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, weshalb zur Begründung auf die zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid (Ziff. 7) verwiesen werden kann. Wie der Arrestrichter weiter zutreffend festhielt, kann der Arrest daher bewilligt werden, falls die Beschwerdeführerin glaubhaft machen kann, dass der Schiedsspruch in der Schweiz nach den massgebenden Normen anerkannt und vollstreckt werden kann. Dies ist umstritten.

4.1 Nach Art. III Satz 1 des Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (New Yorker Übereinkommen; NYÜ), dem sowohl die Schweiz als auch Kasachstan beigetreten sind, erkennt jeder Vertragsstaat Schiedssprüche als wirksam an und lässt sie nach den Verfahrensvorschriften des Hoheitsgebietes, in dem der Schiedsspruch geltend gemacht wird, zur Vollstreckung zu, sofern die in den folgenden Artikeln festgelegten Voraussetzungen gegeben sind.

4.2 Die in Art. IV NYÜ erwähnten Voraussetzungen zur Anerkennung und Vollstreckung des vorgelegten Schiedsspruchs (Urschrift oder beglaubigte Abschrift des Schiedsspruchs, Urschrift oder beglaubigte Abschrift der Schiedsvereinbarung, beglaubigte Übersetzungen dieser Schriftstücke) sind unstrittig gegeben.

4.3 Nach Ansicht der Vorinstanz liegen jedoch Anerkennungsverweigerungsgründe gemäss Art. V Ziff. 1 NYÜ vor. Sie hielt fest, das ISG IHK sei aufgrund der Lückenhaftigkeit der im Kaufvertrag vom 5. August 2008 enthaltenen Schiedsklausel ohne entsprechende Einigung der Parteien und ohne Bezeichnung durch das nach gescheiterten Einigungsverhandlungen von einer Partei angerufene zuständige staatliche Gericht für die Beurteilung des zwischen den Parteien entstandenen Vertragsstreits mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht zuständig. Es sei daher glaubhaft, dass dem Schiedsspruch vom 11. April 2012 im Falle eines ausdrücklichen Gesuchs um Vollstreckbarerklärung in Anwendung von Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ die Anerkennung in der Schweiz versagt werden müsse. Weiter erkannte der Arrestrichter, dass das ISG IHK das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt habe. Damit sei auch der Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Ziff. 1 lit. b NYÜ glaubhaft gemacht. Beides wird von der Beschwerdeführerin bestritten.

5.1 Nach Art. V Ziff. 1 lit. a NYÜ darf die Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruches auf Antrag der Partei, gegen die er geltend gemacht wird, nur versagt werden, wenn diese Partei der zuständigen Behörde des Landes, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, den Beweis erbringt, dass die Parteien, die eine Vereinbarung im Sinne von Art. II NYÜ geschlossen haben, nach dem Recht, das für sie persönlich massgebend ist, in irgendeiner Hinsicht hierzu nicht fähig waren, oder dass die Vereinbarung nach dem Recht, dem die Parteien sie unterstellt haben, oder, falls die Parteien hierüber nichts bestimmt haben, nach dem Recht des Landes, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, ungültig ist.

5.2 In der in Ziffer 10 des Kaufvertrags vom 5. August 2008 abgeschlossenen Schiedsvereinbarung bestimmten die Parteien als Schiedsgericht das «Schiedsgericht der Republik Kasachstan», das gemäss ihrer übereinstimmenden Darstellung bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht mehr existierte. Allerdings besteht Einigkeit zwischen den Parteien darüber, dass ungeachtet dieses Umstandes Streitigkeiten der Parteien aus dem Kaufvertrag vom 5. August 2008 einem



Schiedsgericht in Kasachstan vorzulegen sind. Selbst die Beschwerdegegnerin, welche die Zuständigkeit des von der Beschwerdeführerin angerufenen ISG IHK bestreitet, hielt im Arrestein-spracheverfahren in ihrer Eingabe vom 22. November 2012 fest, sie würde sich in keiner Weise dem Versuch widersetzen, in schiedsfreundlicher Auslegung der unwirksamen Klausel ein Schiedsgericht zu finden, dem die Streitigkeit in Kasachstan unterbreitet werden könne. Diesen Standpunkt hielt sie auch im Beschwerdeverfahren aufrecht. Demgemäss besteht ein übereinstimmender Wille der Parteien, dass Streitigkeiten aus dem Kaufvertrag vom 5. August 2008 von einem Schiedsgericht in Kasachstan zu entscheiden sind. Die an sich ungültige Schiedsklausel kann damit gleichwohl rechtswirksam werden, falls das kasachische Recht eine Möglichkeit vorsieht, das Schiedsverfahren in Gang zu bringen, und entsprechend verfahren worden ist.

**5.3** Dem Schiedsspruch des ISG IHK vom 11. April 2012 kann entnommen werden, dass der Präsident der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan auf entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin vom 8. Februar 2012 am 13. Februar 2012 in Anwendung von Art. IV des Europäischen Übereinkommens über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (EÜIH) das ISG IHK für die oben erwähnte Streitigkeit bestimmt und sich das ISG IHK gestützt darauf als zuständig erklärt hat.

**5.4** Der Arrestrichter erachtete es als unzulässig, die Schiedsklausel mit der in Art. IV EÜIH vorgesehenen Regelung zu ergänzen. Er führte aus, es gehe nicht an, ohne Ergründung dessen, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn ihnen die Nichtexistenz des von ihnen bezeichneten Schiedsgerichts bewusst gewesen wäre, die Schiedsklausel einfach mit Gesetzesrecht zu ergänzen, welches auf das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien mangels Ratifizierung des EÜIH durch die Schweiz nicht einmal subsidiär anwendbar wäre. Falls diese von der Beschwerdeführerin kritisierte Schlussfolgerung zuträfe, wäre nicht dargetan, dass das kasachische Recht eine Möglichkeit vorsieht, das Schiedsverfahren in Gang zu bringen, womit die Schiedsklausel nicht geheilt werden könnte. Doch selbst wenn die Bestimmung des für

die Parteien massgebenden Schiedsgerichts entgegen der Ansicht des Arrestrichters nach den Regeln des EÜIH zulässig wäre, wäre der Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ glaubhaft gemacht, wie bereits die Vorinstanz ausgeführt hat.

**5.5** Das ISG IHK hielt im Beschluss vom 11. April 2012 fest, aus der Schiedsklausel im Kaufvertrag vom 5. August 2008 ergebe sich, dass sich die Parteien auf ein ständiges Schiedsgericht mit Sitz in Kasachstan geeinigt hätten. Dieser Ansicht kann gefolgt werden. Allerdings sieht Art. IV Abs. 5 EÜIH Folgendes vor: Haben die Parteien vereinbart, die Regelung ihrer Streitigkeiten einem ständigen Schiedsgericht zu unterwerfen, ohne dass sie das ständige Schiedsgericht bestimmt haben, und einigen sie sich nicht über die Bestimmung des Schiedsgerichts, so kann der Kläger diese Bestimmung gemäss dem in Art. IV Abs. 3 EÜIH vorgesehenen Verfahren (Bezeichnung durch den Präsidenten der Handelskammer am Schiedsort oder am gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz der beklagten Partei) beantragen. Voraussetzung dafür, dass der Präsident einer Handelskammer das Schiedsgericht bestimmen kann, ist mithin ein vorgängiger erfolgloser Einigungsversuch der Parteien. Einen solchen Versuch hat die Beschwerdeführerin jedoch nicht nachgewiesen. Vielmehr hat der Präsident der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan das ISG IHK laut dem Schiedsspruch vom 11. April 2012 gestützt auf den Antrag der Beschwerdeführerin vom 8. Februar 2012 am 13. Februar 2012 ohne Weiterungen bestimmt. Desgleichen hat das ISG IHK für die Begründung seiner Zuständigkeit keinen solchen Nachweis verlangt.

**5.6.1** Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, sie habe bereits vor Einleitung des Schiedsverfahrens mit der Beschwerdegegnerin kommuniziert und versucht, eine einverständliche Lösung zu finden. Auf ihr diesbezügliches Schreiben vom 16. Dezember 2011 habe die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 20. Januar 2012 reagiert. Bereits mit diesem Schreiben, in welchem sich die Beschwerdegegnerin mittels Vorschieben einer Reihe von unhaltbaren, teilweise ehrenrührigen Vorwürfen ihren Vertragspflichten zu entziehen versucht habe, sei mehr als deutlich geworden, dass sie sich

jeglicher Kooperation und auch einem Schlichtungs- bzw. Einigungsverfahren verweigern würde. Eine einverständliche Lösung sei angesichts dieser Verweigerungstaktik schlichtwegs unrealistisch gewesen, was die nachfolgende Korrespondenz und der weitere Gang des Schiedsverfahrens deutlich bestätigten.

5.6.2 Diese Ausführungen überzeugen nicht. Im Schreiben vom 16. Dezember 2011 forderte die Beschwerdeführerin die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen auf, die ausstehende Summe von USD 31'407'201.70 bis zum 10. Januar 2012 zu begleichen, andernfalls die in Übereinstimmung mit dem schweizerischen Zivilrecht nötigen Schritte zur Durchsetzung der Forderung ergriffen würden. Ein Vorschlag zur Unterbreitung der Sache an ein kasachisches Schiedsgericht wurde damit nicht gemacht. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin offenbar nach der ablehnenden Reaktion der Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2012, welche die geltend gemachte Forderung bestritten und eine Gegenforderung gestellt hat, am 8. Februar 2012 den Präsidenten der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan angerufen zur Bezeichnung eines Schiedsgerichts, ohne die Beschwerdegegnerin darüber zu informieren. Nachdem die Beschwerdeführerin keinen Versuch gemacht hat, sich mit der Beschwerdegegnerin zur Erledigung der Vertragsstreitigkeiten auf ein kasachisches Schiedsgericht zu einigen, kann sie auch nichts daraus ableiten, dass die Beschwerdegegnerin ihre Aufforderung vom 16. Dezember 2011 sowie ihre weiteren Mahnungen zur Begleichung des geltend gemachten Ausstandes abgelehnt und – wie sie sich ausdrückt – unkooperativ verhalten hat.

5.7 Damit bleibt es dabei, dass der von der Beschwerdeführerin angerufene Präsident der Industrie- und Handelskammer der Republik Kasachstan das ISG IHK ohne vorgängigen Einigungsversuch der Parteien und ohne die Beschwerdegegnerin überhaupt zu konsultieren bestimmt hat und sich das fragliche Schiedsgericht im Schiedsspruch ohne Weiterungen für zuständig erklärt hat. Diese Vorgehensweise verletzt das von den vorerwähnten Instanzen angerufene EÜIH. Das Schiedsgericht erklärte sich damit unter Verletzung der kasachischen Verfahrensvorschriften

als zuständig. Dies führt dazu, dass die mangelhafte Schiedsklausel im Vertrag vom 5. August 2008 nicht geheilt werden konnte, womit der Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ glaubhaft gemacht ist.

5.8 Dem Arrestrichter ist sodann beizupflichten, dass es der Beschwerdegegnerin nicht schadet, im Schiedsverfahren die Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichts unterlassen zu haben. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn sich die Beschwerdegegnerin vorbehaltlos auf das Schiedsverfahren eingelassen oder darauf verzichtet hätte, einen Vorentscheid über die Zuständigkeit im Sitzstaat mit der Rüge anzufechten, das Schiedsgericht habe sich zu Unrecht für zuständig gehalten (*Bernhard Berger/Franz Kellerhals*, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006, N 1892). Beides trifft indes nicht zu. Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht auf das Schiedsverfahren ein und das ISG IHK erliess keinen anfechtbaren Vorentscheid über seine Zuständigkeit. Überdies hat die Beschwerdegegnerin den Schiedsspruch des ISG IHK angefochten und dessen Zuständigkeit bestritten. Demgemäss kann die Beschwerdegegnerin nicht nur im Exequaturverfahren, sondern auch im vorliegenden Arrestverfahren, in welchem glaubhaft gemacht werden muss, dass der Schiedsspruch in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden kann, vortragen, dass sich das ISG IHK aufgrund einer unwirksamen Schiedsabrede, deren Mangel nicht geheilt wurde, für zuständig erklärt hat.

5.9 Zutreffend sind schliesslich die Ausführungen der Vorinstanz, wonach auch im Exequaturverfahren noch eingewendet werden kann, die Schiedsvereinbarung sei ungültig; das Schiedsgericht sei mithin nicht zuständig, weshalb ein Anerkennungsverweigerungsgrund vorliege (vgl. dazu E. 8.2.4 des angefochtenen Entscheids sowie *Berger/Kellerhals*, a.a.O., N 607 f.).

6.1 Ist somit der Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ glaubhaft gemacht, kann offengelassen werden, ob auch der von der Vorinstanz angenommene Anerkennungsverweigerungsgrund gemäss Art. V Abs. 1 lit. b NYÜ glaubhaft ist. Der Beschwerdeführerin ist es

damit nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass der Schiedsspruch des ISG IHK vom 11. April 2012 in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden kann. Damit liegt für die geltend gemachte Arrestforderung kein definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG vor. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass der Arrestrichter mit Entscheid vom 3. Dezember 2012 in Gutheissung der Arresteinsprache den Arrestbefehl ... vom 7. September 2012 aufgehoben hat. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

58

Schuldfähigkeit

---

### **Parkinson-Erkrankung und Schuldfähigkeit Art. 19 StGB**

---

*Die Frage, ob sich die Parkinson-Erkrankung der beschuldigten Person bzw. die damit verbundene Medikamenteneinnahme auf ihre Schuldfähigkeit in Bezug auf die ihr vorgeworfenen Sexualdelikte (Vergewaltigung, sexuelle Nötigung) ausgewirkt hat, ist von einem Sachverständigen zu beantworten. Einschränkung der Schuldfähigkeit im konkreten Fall verneint (Erw. IV./2).*

**Kantonsgericht St. Gallen, Strafkammer, 17. Januar 2013,**

**ST.2011.128/131-SK3**

Mitgeteilt und bearbeitet von Dr. iur. Marcel Schneider,  
Gerichtsschreiber

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

iv./2.a) Der Verteidiger rügte im Berufungsverfahren, dass weder von der Staatsanwaltschaft noch von der Vorinstanz je geprüft worden sei, welche Auswirkungen die (schwere) Parkinson-Erkrankung

des X bzw. die damit verbundene Medikamenteneinnahme («Medikamentencocktail») auf dessen Schuldfähigkeit zu den Tatzeiten gehabt habe. Es sei unverständlich, dass kein entsprechendes Gutachten eingeholt worden sei. Daher beantragte er die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens zur Schuldfähigkeit des X.

b/aa) Besteht ernsthafter Anlass, an der Schuldfähigkeit des Täters zu zweifeln, so ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht eine Begutachtung durch einen Sachverständigen an (Art. 20 StGB). Dabei ist die Anordnung eines Gutachtens nicht nur dann verlangt, wenn das Gericht tatsächlich berechnete Zweifel an der Schuldfähigkeit hat, sondern auch dann, wenn es solche nach den Umständen des Falls haben müsste; entscheidend ist die objektive Sachlage (BSK Strafrecht I-Bommer, Art. 20 N 9 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 116 IV 273 E. 4a S. 274 f.).

bb) Vorliegend steht fest, dass X schwer an Parkinson erkrankt ist und in diesem Zusammenhang mit verschiedenen Medikamenten versorgt wird. Zudem weisen Gerichtsentscheide in Deutschland darauf hin, dass eine Parkinson-Erkrankung bei den davon Betroffenen unter Umständen zu einer verminderten Steuerungs- bzw. Schuldfähigkeit führen kann (vgl. dazu den Aufsatz «Sexuelle Delinquenz und Morbus Parkinson» in der deutschen Zeitschrift «Der Nervenarzt» 4/2003, S. 370 ff.). Daher wurde vom Berufungsgericht ein forensisches-psychiatrisches Gutachten über X eingeholt, das sich insbesondere zu dessen Schuldfähigkeit und zum Medikamenteneinfluss äussern sollte. Das Gutachten von Dr. med. A ging am 29. November 2012 beim Gericht ein.

c/aa) Zur Frage der Schuldfähigkeit hält der Gutachter fest, dass im Zeitpunkt des Begehens der X zur Last gelegten Delikte möglicherweise eine Anpassungsstörung im Sinne der derzeitigen psychiatrischen Klassifikationssysteme (ICD-10) vorlag. Dabei handle es sich jedoch um eine Störung leichteren Grades, welche die Kriterien einer schweren psychischen Beeinträchtigung im Sinne des Strafgesetzes nicht erfülle. Sie sei nicht von forensischer Relevanz, insbesondere habe sie keine Auswirkung auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Das Vorliegen einer (ebenfalls erörterten) depres-

57

58

siven Störung sei im Vergleich zur Anpassungsstörung aufgrund der fehlenden Anzahl sowie des fehlenden Schweregrades der hierfür erforderlichen Symptome wesentlich unwahrscheinlicher. Selbst wenn diese Störung, was unwahrscheinlich sei, im Zeitpunkt der inkriminierten Straftaten vorgelegen hätte, hätte sie ebenfalls keine Minderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit zur Folge gehabt, da die hierfür erforderlichen psychischen Symptome, insbesondere z.B. eine wahnhaftige Realitätsverkenntung, nicht vorhanden gewesen seien. Zusammenfassend habe X im Zeitraum der inkriminierten Straftaten nicht unter einer psychischen Störung gelitten, die zu einer Minderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit hätte führen können. Betreffend den Medikamenteneinfluss wurde im Gutachten ausgeführt, dass die Einnahme von Medikamenten zur Behandlung einer Parkinson-Erkrankung nicht automatisch zu einer Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit führe. Im Regelfall hätten diese Medikamente keinen Einfluss auf voluntative kognitive Fähigkeiten wie diejenige zur Kontrolle von auftretenden Impulsen, diejenige zur Konzentration, diejenige zur Planung und Organisation sowie diejenige des schlussfolgernden Denkens und der Willensfreiheit zur Entscheidung für oder gegen eine Handlung. Allerdings könne es in selteneren Fällen bei den von X eingenommenen Medikamenten durchaus zu erheblichen Nebenwirkungen, auch solchen psychischer Art, kommen. Bei X sei so eine gut dokumentierte Spielabhängigkeit aufgetreten, welche insbesondere durch eine entsprechende Umstellung der Medikation bereits vor Beginn des straftaterelevanten Zeitraums weitgehend minimiert habe werden können. Hingegen sei es zu keinem Zeitpunkt zu einer sogenannten Hypersexualität gekommen, welche ebenfalls eine beschriebene, mögliche Nebenwirkung der zu Diskussion stehenden Medikamente sei. Ein Auftreten der Zeichen einer Hypersexualität wäre eine Voraussetzung für die Annahme, dass die Medikation sich auf die Steuerungsfähigkeit in sexueller Hinsicht ausgewirkt haben könnte. Da vorliegend eine solche Hypersexualität jedoch nie dokumentiert, sondern stets verneint worden sei und im Gegenteil die Häufigkeit sexueller Aktivitäten über die Jahre allmählich abgenommen habe, fehle das entscheidende Kriterium für die Annahme des Vorliegens einer dranghaften und nicht kontrollierbaren Steigerung

libidinöser Impulse. Da eine solche hypersexuelle Störung bei X auch im deliktbezogenen Zeitraum nicht vorgelegen habe, seien die von ihm in diesem Zeitraum begangenen sexuellen Aktivitäten als Ausdruck normaler sexueller Motivation zu sehen, die er mit oder gegen den Willen seiner Sexualpartnerin um- bzw. durchgesetzt habe. Eine Minderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit sei hiermit nicht verbunden gewesen, ebenso wenig im Zusammenhang mit den zur Last gelegten Drohungen. Eine Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit verneinte der Gutachter auch bei Einnahme des Potenzmittels Viagra, auch in Kombination mit den täglich einzunehmenden Medikamenten gegen die Parkinson-Erkrankung und gegen die psychischen Nebenfolgen sowie mit den ebenfalls einzunehmenden Schlaftabletten. Beruhigungsmittel, wie Schlaftabletten, Medikamente gegen die Parkinson-Erkrankung oder potenzfördernde Mittel würden nicht die Fähigkeit an sich, sich für oder gegen die Durchführung von Drohungen zu entscheiden, vermindern. Bezüglich der sexuellen Handlungen wird weiter ausgeführt, dass, selbst wenn X zu diesem Zeitpunkt potenzfördernde Mittel wie Viagra eingenommen und unter ihrem Einfluss gestanden hätte, hätten diese nicht zu einer Minderung der Kontrollfähigkeit sexueller Impulse geführt. Voraussetzung für das Eintreten der Wirkung von Viagra im Sinne einer verbesserten Erektion sei, dass bereits vor seiner Einnahme sexuelle Lust bestehe. Viagra selbst habe jedoch keinen Einfluss auf die Libido und könne somit auch nicht zu einer Hypersexualität führen, die bei X ohnehin zu keinem Zeitpunkt vorgelegen habe. Zusammenfassend schloss der Sachverständige, es hätten sich in der gutachterlichen Untersuchung keine Hinweise dafür gefunden, dass die eingenommenen Medikamente alleine oder in Kombination einen Einfluss auf die Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit des X gehabt hätten.

bb) Vorab ist festzuhalten, dass von einem rechtsgenügelichen Gutachten auszugehen ist. Es berücksichtigt die Vorgeschichte des X wie auch diejenige der Partnerschaft mit seiner Ehefrau, sein bisheriges Verhalten, verarbeitet Fremdangaben, insbesondere vorliegende Arztberichte, und eigene Untersuchungsbefunde. In seinen Schlussfolgerungen ist es klar, inhaltlich nachvollziehbar

und überzeugend. Auf das Gutachten ist abzustellen.

cc) Dem Antrag der Verteidigung, Dr. med. A auch noch an einer mündlichen Verhandlung einzuvernehmen, war aufgrund des schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachtens nicht stattzugeben. Dies umso weniger, als dem ebenfalls gestellten Beweisantrag nachgekommen wurde, den Neurologen des X, Dr. med. B, auf die weitere Verhandlung vom 17. Januar 2013 vorzuladen und zu den vom Verteidiger hauptsächlich geltend gemachten Verhaltens-/Impulskontrollstörungen bzw. zur diesbezüglichen Kritik am Gutachten sowie zur Sifrol-einnahme zu befragen.

(...)

dd/aaa(...)

bbb) Unbegründet ist weiter die Rüge des Verteidigers, dass entgegen der Annahme des Gutachters von einer verminderten Schuldfähigkeit auszugehen sei, weil laut dem Gutachter die von X ausgestossenen SMS-Drohungen von einem entsprechenden Affekt (infolge Kränkungen etc.) begleitet worden seien. Der Gutachter hat zu Recht festgestellt, dass das Vorliegen eines Affekts für sich allein in aller Regel keine Verminderung der Steuerungsfähigkeit zu begründen vermag (vgl. auch SJZ 62 [1966] Nr. 84). Ausserdem ging es in diesem Zusammenhang letztlich um die Frage, ob ein unkontrollierbares (hypersexuelles) Verhalten des X hinsichtlich der Sexualdelikte als Folge seiner Medikamenteneinnahme vorlag.

ccc) Der Verteidiger bringt zum Gutachten von Dr. med. A im Wesentlichen sodann vor, der Sachverständige sei zu Unrecht zum Schluss gekommen, dass eine Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit bei X nicht vorhanden gewesen sei, weil keine Hypersexualität vorgelegen habe. Der Gutachter lasse ausser Acht, dass die Einnahme von mindestens vier Milligramm Sifrol mit einem Unterbruch von drei Wochen, in denen nur drei Milligramm eingenommen worden seien, zu Verhaltensstörungen sowie zu Impulskontrollstörungen führen könne, die ihrerseits ein nicht gewolltes Verhalten auslösen könnten, wie zum Beispiel bezüglich der Art und Weise der Ausübung

des Sexualaktes bzw. des Aussprechens von Mitteilungen jeglicher Art.

Der Sachverständige Dr. med. A verneinte die Einschränkung der Steuerungsfähigkeit bei X, weil er davon ausging, dass bei diesem aufgrund der Medikation keine Hypersexualität vorgelegen habe bzw. sich dieser gegenüber seinem behandelnden Neurologen/Urologen Dr. med. B nie dahingehend geäussert habe.

Dr. med. B gab an der Verhandlung vom 17. Januar 2013 an, dass X seit September 2008 sein Patient sei. In Bezug auf medikamentös bedingte Impulskontrollstörungen führte er aus, dass X wegen der Spielsucht zu ihm gekommen sei. Von Hypersexualität sei nie die Rede gewesen. Er habe X zwar darauf angesprochen; dies habe er jedoch nie angegeben. Es sei (nur) um die Spielsucht gegangen, auch um eine Gewichtszunahme. Hypersexualität sei thematisiert, aber nicht bejaht worden. Die Ehefrau des X habe sicher nichts dazu gesagt. Weiter bejahte der Neurologe die Frage des Verteidigers, ob unter anderem das Medikament Sifrol zu den Dopaminagonisten gehöre. Die Einnahme von Letzteren könne zumindest zu Impulskontrollstörungen führen. Der Zeuge bestätigte, dass X Sifrol eingenommen habe, zunächst, d.h. im September 2008, drei Milligramm pro Tag. Anlässlich der Behandlung vom August 2009 habe er festgestellt, dass X das Sifrol auf vier Milligramm und auch das Madopar erhöht habe. Nach einer Umstellung auf Neupro und Halbierung der Dosis habe der Patient an der Besprechung vom 3. Dezember 2009 gesagt, dass er sozusagen keine Impulsstörungen mehr habe. Der Spieldrang sei weg gewesen; Hypersexualität sei nicht vorhanden gewesen. Insgesamt verneinte der Neurologe im Zusammenhang mit dem Medikamentenbezug des X explizit eine Impulskontrollstörung. Nicht zu 100 Prozent unmöglich sei, dass ein Parkinson-Patient die Impulsstörungen schönrede. Seines Wissens fördere jedoch Stress, wie z.B. Trennungstress, bei Einnahme von Sifrol eine Impulskontrollstörung nicht. Abschliessend wurde Dr. med. B vom Gericht gefragt, wie er die Schlussfolgerung von Dr. med. A, wonach bei X keine dranghafte und nicht kontrollierbare Steigerung libidinöser Impulse vorlegen habe, beurteile. Der Zeuge antwortete, dass er diese Schlussfolgerung unterstützen könne. Er habe auch nie einen Hinweis gehabt, dass eine solche Impulsstörung vorgelegen habe.

Aus diesen Angaben von Dr. med. B folgt – in Übereinstimmung mit den gutachterlichen Erkenntnissen von Dr. med. A – der Schluss, dass die Medikamenteneinnahme des X im Zusammenhang mit seiner Parkinson-Erkrankung zu keiner Hypersexualität führte und somit auch keine Einschränkung der Steuerungsfähigkeit vorlag. Daran vermögen die generellen Bestreitungen des Verteidigers nichts zu ändern, zumal Dr. med. B als Neurologe und Fachperson auf Impulskontrollstörungen sehr sensibilisiert ist und überdies für den konkreten Fall in Bezug auf die zentrale Frage nach der Hypersexualität klare und überzeugende Feststellungen machen konnte. Eine Blutuntersuchung war deshalb entgegen der Ansicht des Verteidigers nicht erforderlich. Auch hat Dr. med. B genügend Behandlungen mit X – in der Regel drei pro Jahr – durchgeführt. Die eindeutigen Befunde des Neurologen werden – anders als es die Verteidigung vorträgt – auch nicht durch den Umstand infrage gestellt, dass die wissenschaftliche Forschung noch keineswegs beendet ist. Weiter trägt der Verteidiger vor, dass bei Einnahme des Medikaments Sifrol Impulskontrollstörungen in der Partnerschaft bzw. in der Sexualität nicht ausgeschlossen seien. Dies hat Dr. med. B unter dem Aspekt der Hypersexualität für den konkreten Fall jedoch gerade ausdrücklich verneint. Dasselbe gilt für die wiederholte Behauptung des Verteidigers, dass (Partnerschafts-)Stress erst die negativen Symptome erzeugt bzw. verstärkt habe. Auch dies hat der Zeuge als Fachperson verneint.

d) Im Ergebnis ist aufgrund des schlüssigen Gutachtens von Dr. med. A und der klaren Befunde des den X behandelnden Neurologen Dr. med. B rechtsgenügend der Beweis erbracht, dass bei X im Zeitpunkt der vorliegend zu beurteilenden Straftaten keine Einschränkung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit und damit der Schuld-fähigkeit vorlag. Daher besteht im Folgenden kein Anlass für eine Strafmilderung unter diesem Titel.

(...)

HINWEIS:

Der Entscheid wurde auf Beschwerde hin vom Bundesgericht bestätigt (BGer 6B\_501/2013).

# 59

Einstellung des Verfahrens

**Einstellung, Form des Entscheids,  
Rechtsmittel  
Art. 55a StGB, Art. 80 Abs. 1 StPO,  
Art. 379 ff. StPO**

*Die Erledigungsform des Einstellungsbeschlusses bezieht sich nur auf jene Fälle, in welchen die Qualifikation der Katalogtat im Sinne von Art. 55a StGB unstreitig ist. Führt hingegen erst eine andere rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts zur Annahme einer Katalogtat, ist darüber in Urteilsform zu entscheiden. Gegen einen solchen Entscheid steht die Berufung und nicht die Beschwerde offen.*

**Obergericht Aargau, Beschwerdekammer, 19. Dezember 2013, SBK.2013.308**

Mitgeteilt und bearbeitet von Dr. Jann Six, Oberrichter

ZUSAMMENFASSUNG DES  
SACHVERHALTS:

Die Beschuldigte versetzte ihrem Lebenspartner anlässlich einer Auseinandersetzung mit einem mitgeführten Taschenmesser mit einer Klingenlänge von 6 cm mehrere Stiche in den Hals, Rücken und das linke Schulterblatt. Das Opfer wurde durch eine gemeinsame Kollegin und die Beschuldigte ins Spital Muri gebracht. Von dort wurde das Opfer auf die Intensivstation des Kantonsspitals Aarau überführt. Eine unmittelbare Lebensgefahr hat nicht bestanden, wobei gemäss Bericht des IRM Bern im Bereich des Halseinstichs lebenswichtige Gefässe lokalisiert sind, deren Verletzung einen grossen Blutverlust hätte nach sich ziehen können.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau klagte die Beschuldigte wegen versuchter Tötung gemäss Art. 111 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB an und beantragte eine Freiheitsstrafe von 6 Jahren. Das Bezirksgericht Bremgarten ging in der Folge jedoch vom Vorliegen einer blossen einfachen Körperverletzung aus und beschloss die

Sistierung des Strafverfahrens gemäss Art. 55a StGB für die Dauer von sechs Monaten. Nach Ablauf dieser Frist beschloss das Bezirksgericht Bremgarten die Einstellung des Strafverfahrens betreffend versuchte Tötung in Anwendung von Art. 55a Abs. 3 StGB. Der Beschluss wurde mit der Rechtsmittelbelehrung der Beschwerde gemäss Art. 393 ff. StPO versehen.

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

**1.3.**

**1.3.1.** Gemäss Art. 80 Abs. 1 StPO ergehen Entscheide, in denen über Straf- und Zivilfragen materiell befunden wird, in Form eines Urteils. Die anderen Entscheide ergehen, wenn sie von einer Kollektivbehörde gefällt werden, in Form eines Beschlusses, wenn sie von einer Einzelperson gefällt werden, in Form einer Verfügung.

**1.3.2.** Die Berufung, welche nach dem Gesetz als primäres Rechtsmittel der subsidiären Beschwerde vorgeht (Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 394 lit. a StPO), ist zulässig gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen worden ist (Art. 398 Abs. 1 StPO). Demgegenüber ist die Beschwerde nach Art. 393 Abs. 1 StPO zulässig gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Übertretungsstrafbehörden (lit. a), die Verfügungen und Beschlüsse sowie die Verfahrenshandlungen der erstinstanzlichen Gerichte – mit Ausnahme der verfahrensleitenden Entscheide – (lit. b) sowie die Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts in den von der Strafprozessordnung vorgesehenen Fällen (lit. c).

**1.4.**

**1.4.1.** Gemäss Art. 55a StGB stellt das Gericht auch nach erhobener Anklage das Strafverfahren ein, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Vorausgesetzt ist, dass es sich um Straftaten handelt, die in der Bestimmung abschliessend genannt sind (einfache Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3–5 StGB, wiederholte Tätlichkeiten gemäss Art. 126 Abs. 2 Bst. b, b<sup>bis</sup> und c StGB, Drohung gemäss Art. 180 Abs. 2 StGB und Nötigung gemäss Art. 181 StGB) und die weiteren

Bedingungen von Art. 55a Abs. 1 lit. a Ziff. 1–3 und Abs. 2 StGB erfüllt sind. Unter den gegebenen Umständen handelt es sich um ein Prozesshindernis, das in jedem Stadium des Verfahrens, mithin auch im gerichtlichen Hauptverfahren nach der Anklageerhebung zur Verfahrenseinstellung führt (BGE 139 IV 220 E. 3.4.6). Die von Art. 55a StGB vorgesehene Erledigungsform ist damit die Einstellungsverfügung bzw. der Einstellungsbeschluss gemäss Art. 320 i.V.m. Art. 329 Abs. 4 StPO (*Christoph Riedo/Reto Allemann*, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Auflage 2013, N. 219 zu Art. 55a StGB).

**1.4.2.** Ist wie im vorliegenden Fall keine Katalogtat von Art. 55a StGB angeklagt (versuchte Tötung), steht es dem Gericht im Rahmen der rechtlichen Würdigung frei, entgegen der Anklage eine Katalogtat (einfache Körperverletzung) anzunehmen. Diesfalls befindet das Gericht allerdings verfahrenserledigend über eine Frage des Strafrechts materiell, indem sie den Tötungsvorsatz verneint und ausgehend vom objektiven Verletzungsbild eine einfache Körperverletzung annimmt. Damit steht die von Art. 55a StGB vorgesehene Erledigungsform der strafprozessualen Vorgabe entgegen und es kann vorliegend die Frage des zulässigen Rechtsmittels nicht einfach aus der von Art. 55a StGB vorgegebenen Form des anzufechtenden Entscheids abgeleitet werden.

**1.4.3.** Rechtspolitische Grundidee der Norm von Art. 55a StGB war die Abkehr vom reinen Antragsersfordernis des Opfers bei Delikten im sozialen Nahraum (Parlamentarische Initiativen Gewalt gegen Frauen als Offizialdelikt und Sexuelle Gewalt in der Ehe als Offizialdelikt; BBI 2003, 1937; *Riedo/Allemann*, a.a.O. N. 27 zu Art. 55a StGB). Allerdings bestand die Befürchtung, dass damit auch Verfahren eingeleitet oder zu Ende geführt werden, obwohl dies aus einer Gesamtbeurteilung und aus Sicht beider Beteiligten im Einzelfall unerwünscht sein könnte. Deshalb wurde für die weniger schweren Delikte eine Bestimmung vorgesehen, wonach das Verfahren mit Einverständnis des Opfers eingestellt werden kann. Der Deliktskatalog des heutigen Art. 55a StGB erfasst also nur vergleichsweise weniger gravierende Straftaten, deren uneingeschränkte Verfolgung von Amtes wegen vom Gesetzgeber als übermässiger Eingriff in eine persönliche Beziehung betrachtet wird. Sobald

aufgrund der Schwere des Delikts das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung überwiegt, rechtfertigt sich eine Privilegierung des sozialen Nahraums aber nicht mehr. Das öffentliche Interesse resp. der staatliche Strafanspruch wird im Strafverfahren durch die Staatsanwaltschaft vertreten.

1.4.4. Wenn wie vorliegend fraglich erscheint, ob eine Katalogtat gegeben ist oder nicht, mithin das Gericht eine andere rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts vornimmt, befindet das Gericht über eine Frage des Strafrechts materiell und ihm Rahmen von Art. 55a StGB auch instanzabschliessend. Das Gericht entscheidet damit in sachrichterlicher Kompetenz und hat den Entscheid auch entsprechend zu begründen, damit dieser insbesondere von der Staatsanwaltschaft sachgerecht angefochten werden kann. Eine solche Entscheidung ist nach dem Gesagten in Urteilsform zu kleiden und entsprechend zu begründen. Das Sachurteil ist nach gesetzlicher Vorgabe nicht mit Beschwerde anfechtbar (Art. 393 Abs. 1 lit. a–c StPO), denn im Beschwerdeverfahren wird nicht über eine strafrechtliche Schuld geurteilt (*Patrick Guidon*, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, RN 520, RN 552). Daher würde die Argumentation mit der in Art. 55a StGB vorgesehenen Erledigungsform zu kurz greifen. Die Erledigungsform des Einstellungsbeschlusses kann sich somit nur auf die Fälle beziehen, in welchen die Qualifikation der Katalogtat unstreitig ist. Die richterliche Prüfung beschränkt sich diesfalls lediglich auf die übrigen (formellen) Voraussetzungen von Art. 55a StGB und somit darauf, ob ein Prozesshindernis besteht. Gegen dieses in Form eines Einstellungsbeschlusses zu kleidende Anfechtungsobjekt ist die Beschwerde gemäss Art. 393 ff. StPO gegeben.

1.4.5. Anders zu entscheiden hiesse, dass die sachrichterliche Beurteilung (andere rechtliche Würdigung, materiellrechtliche Fragestellung betreffend Katalogtat von Art. 55a StGB) im Rechtsmittelverfahren von einer Behörde zu beurteilen wäre, welcher keine eigentliche sachrichterliche Beurteilungskompetenz zukommt (*Guidon*, a.a.O., RN 552; *Niklaus Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage 2012, RN 1599 ff.). Dies kommt nach Auffassung der Beschwerdekammer

in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Aargau nicht in Betracht, weil diesfalls die rechtliche Beurteilung des Schuldpunktes einer umfassenden Prüfung im Rechtsmittelverfahren entzogen wäre.

1.5. Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz ihre andere rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts in Urteilsform begründen und mit dem Rechtsmittel der Berufung gemäss Art. 398 ff. StPO versehen müssen, damit die Staatsanwaltschaft diese rechtliche Würdigung sachgerecht anfechten und einer Rechtsmittelinstanz mit sachrichterlicher Entscheidbefugnis unterbreiten kann. Auf die Beschwerde kann in Folge Berufungsfähigkeit des Anfechtungsobjekts nicht eingetreten werden (Beschwerdeausschlussgrund von Art. 394 lit. a StPO).

**BEMERKUNGEN:**

*Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit einer vom Gericht vorgenommenen Teileinstellung zutreffend erwogen, dass die vom Gesetz in Art. 80 Abs. 1 StPO getroffene Differenzierung zwischen Urteil einerseits und Beschluss bzw. Verfügung andererseits wenig geeignet ist, die Rechtsnatur der Verfahrenseinstellung abschliessend zu erfassen und den Rechtsmittelweg zu bestimmen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_991/2013 vom 24. April 2014 E. 2.3). Das gilt auch für die vorliegende Konstellation.*

*Jann Six*



## 60

Einzelrichterzuständigkeit

**Einrechnung einer allfälligen  
Widerrufsstrafe bei der  
Einzelrichterzuständigkeit  
Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO, Art. 46  
Abs. 1 StGB, § 11 Abs. 1 EG StPO/AG**

*Der Einzelrichter ist im Kanton Aargau nur dann zuständig, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von maximal einem Jahr beantragt, wobei eine frühere, bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe unabhängig vom Antrag der Staatsanwaltschaft einzurechnen ist, wenn das Gericht gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB den Widerruf anordnen kann.*

*Unbeachtlich bleibt im Anwendungsbereich von Art. 19 StPO und § 11 EG StPO der allfällige Widerruf einer andersartigen Strafe (Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit). Es erfolgt keine Umrechnung und Zusammenzählung einer Geldstrafe oder von gemeinnütziger mit einer beantragten Freiheitsstrafe.*

*Haben weder die Staatsanwaltschaft noch der Einzelrichter erkannt, dass aufgrund einer während der Probezeit begangenen Tat richtigerweise auch über den Widerruf einer früher ausgesprochenen bedingten Freiheitsstrafe hätte entschieden werden müssen, wozu alleine das Bezirksgericht und nicht der Einzelrichter zuständig gewesen wäre, führt dies noch nicht zur Nichtigkeit des Urteils.*

**Obergericht Aargau, 1. Strafkammer, 6. März 2014, SST.2013.277**

Mitgeteilt und bearbeitet von Dr. Jann Six, Oberrichter

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

1.

1.1. Die Oberstaatsanwaltschaft beantragt im Hauptstandpunkt die Feststellung der Nichtigkeit

des Urteils des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. Februar 2013.

1.1.1. Das Urteil des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. Februar 2013 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Es kann deshalb nicht mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob das Urteil – wie von der Oberstaatsanwaltschaft ausgeführt wird – mangels sachlicher Zuständigkeit nichtig ist, weil die Frage des Widerrufs der gemäss Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 10. November 2010 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 14 Monaten unberücksichtigt geblieben ist.

1.1.2. Fehlerhafte Urteile sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 129 I 361 E. 2.1 mit Hinweisen).

1.1.3.

1.1.3.1. Gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO können die Kantone für die Beurteilung von Verbrechen und Vergehen, mit Ausnahme derer, für welche die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren, eine Verwahrung nach Art. 64 StGB, eine Behandlung nach Art. 59 Abs. 3 StGB oder, bei gleichzeitig zu widerrufenden bedingten Sanktionen, einen Freiheitsentzug von mehr als zwei Jahren beantragt, ein Einzelgericht vorsehen. Dementsprechend sieht § 11 Abs. 1 EG StPO vor, dass der Präsident des Bezirksgerichts als Einzelgericht entscheidet, wenn nicht die Staatsanwaltschaft unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Sanktion oder bedingten Entlassung eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, eine Verwahrung gemäss Art. 64 StGB oder eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 ff. StGB beantragt.

1.1.3.2. Für die Frage, ob eine allfällige Widerrufsstrafe für die Zuständigkeitsobergrenze für die Be-

urteilung durch den Einzelrichter von einem Jahr Freiheitsstrafe miteinzuberechnen ist, sind Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO und § 11 Abs. 1 EG StPO auszu-legen.

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, u.a. dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Eine historisch orientierte Auslegung ist für sich allein nicht entscheidend (BGE 138 V 23).

1.1.3.3. Sowohl Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO als auch § 11 Abs. 1 EG StPO stellen bei der Frage der Zuständigkeit für die gerichtliche Beurteilung durch den Einzelrichter ausdrücklich auf den Antrag der Staatsanwaltschaft ab. Während Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO sodann jedoch von einer «gleichzeitig zu widerrufenden bedingten Sanktion» spricht, bei der Höhe der beantragten Freiheitsstrafe somit nur dann eine Zusammenrechnung mit einer bedingt ausgesprochenen Strafe vornimmt, wenn von der Staatsanwaltschaft deren Vollzug beantragt wird, so ist in § 11 Abs. 1 EG StPO von einer «allfällig zu widerrufenden bedingten Sanktion» die Rede. Aufgrund des Wortlauts von § 11 Abs. 1 EG StPO spielt es in Bezug auf die Frage der Einzelrichterkompetenz keine Rolle, ob die Staatsanwaltschaft den Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe (Art. 46 Abs. 1 StGB) oder bloss eine Verwarnung und Verlängerung der Probezeit beantragt (Art. 46 Abs. 2 StGB). Diese gegenüber dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 lit. b StPO zusätzlich erfolgte Einschränkung für die Einzelrichterkompetenz ist zulässig (vgl. *Schmid*, Praxiskommentar StPO, 2. Aufl. 2013, N. 5 zu Art. 19 StPO), sind die Kantone doch bereits bei der Frage, ob sie überhaupt Einzelgerichte vorsehen wollen, frei und sind sie bejahendenfalls nur an die in Art. 19 Abs. 2 StPO genannten Obergrenzen gebunden. Der Einzelrichter ist im Kanton Aargau somit nur dann zuständig, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von maximal einem Jahr beantragt, wobei eine frühere, bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe unabhängig vom Antrag der Staats-

anwaltschaft einzurechnen ist, wenn das Gericht gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB den Widerruf anordnen kann.

1.1.3.4. Für diese Auslegung spricht auch der Sinn und Zweck der Bestimmung von § 11 Abs. 1 EG StPO: Bei Strafen bis zu einem Jahr steht die Geldstrafe als gegenüber der Freiheitsstrafe mildere Sanktion im Vordergrund (siehe z.B. Urteil des Bundesgerichts 6B\_449/2011 vom 12. September 2011 E. 3.6.1 mit Hinweisen). Ist eine Strafe von mehr als einem Jahr auszusprechen, kann jedoch keine Geldstrafe mehr ausgesprochen werden, da diese von Gesetzes wegen auf 360 Tagessätze begrenzt ist (Art. 34 Abs. 1 StGB). Steht aber fest, dass eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr auszusprechen ist, so droht dem Beschuldigten ein schwerer Eingriff in seine Freiheitsrechte, der es rechtfertigt, den Entscheid darüber in die Entscheidkompetenz des Bezirksgerichts zu legen.

Begeht ein Verurteilter während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Es kann zusammen mit der widerrufenen Strafe eine Gesamtstrafe bilden (Art. 46 Abs. 1 StGB). Ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen führt aber nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Dieser erfolgt nur, wenn wegen der Begehung des neuen Delikts von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, d.h. aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht. Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf (Art. 46 Abs. 2 StGB). Bei der Beurteilung der Legalprognose steht ihm ein Ermessensspielraum zu. Da das Gericht das Gesetz von Amtes wegen anwendet, hat es unabhängig vom Antrag der Staatsanwaltschaft einen Entscheid darüber zu treffen, ob bei einer während der Probezeit begangenen neuen Tat die früher bedingt ausgesprochene Strafe zu widerrufen ist.

In Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Bestimmung von § 11 Abs. 1 EG StPO entspricht es somit auch Sinn und Zweck dieser Bestimmung, dass die Einzelrichterkompetenz entfällt, sobald unter Einrechnung einer allfällig vom Gericht zu widerrufenden bedingten Freiheitsstrafe eine Frei-

heitsstrafe von mehr als einem Jahr beantragt wird. Auf den Antrag der Staatsanwaltschaft, ob die bedingt ausgefallte Freiheitsstrafe zu widerrufen ist oder nicht, kommt es dabei nicht an.

**1.1.35** Nichts anderes ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte von Art. 19 StPO (*Marko Cesarov*, Zur sachlichen Zuständigkeit des Einzelgerichts, in: *forum* poenale 1/2014 S. 41 ff.) und § 11 EG StPO. In der Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 2. September 2009 wurde zu § 11 EG StPO unter dem Titel «Strafkompetenz des Einzelgerichts» festgehalten, dass nahezu alle Parteien eine Erhöhung der Strafkompetenz des Einzelgerichts auf zwei Jahre Freiheitsstrafe abgelehnt hätten, da es allgemein als sinnvoller angesehen werde, wenn bei einer beantragten Strafe von mehr als 12 Monaten das Gesamtgericht zu entscheiden habe. Der Regierungsrat schlug in der Botschaft an den Grossen Rat deshalb vor, auf eine Erhöhung der Strafkompetenz des Einzelgerichts zu verzichten und diese – wie bis anhin gemäss § 5a StPO/AG – bei 1 Jahr zu belassen. In der Botschaft des Regierungsrats des Kantons Aargau an den Grossen Rat vom 27. Januar 2010, Bericht und Entwurf zur 2. Lesung, wurde ausgeführt, dass nebst der Verwahrung und stationären Massnahmen auch Massnahmen für junge Erwachsene gemäss Art. 61 StGB von der Einzelrichterkompetenz ausgeschlossen sein sollen. Erläuterungen zur Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Sanktion finden sich in den Botschaften des Regierungsrates an den Grossen Rat nicht.

**1.1.3.6.** Unbeachtlich bleibt im Anwendungsbereich von Art. 19 StPO und § 11 EG StPO der allfällige Widerruf einer andersartigen Strafe (Geldstrafe, gemeinnützige Arbeit). Mit Blick auf den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und den systematischen Kontext erfolgt keine Umrechnung und Zusammenzählung einer Geldstrafe oder von gemeinnütziger mit der beantragten Freiheitsstrafe. Art. 19 Abs. 2 StPO verlangt, anders als Art. 352 Abs. 3 StPO, keine Gesamtbetrachtung der Strafeinheiten (*Cesarov*, a.a.O., S. 41 ff.). Wenn der Gesetzgeber Freiheitsstrafe, Geldstrafe und gemeinnützige Arbeit auch in Bezug auf die Einzelrichterkompetenz hätte gleichstellen wollen, hätte er dies durch eine entsprechende Formulierung von

Art. 19 Abs. 2 StPO und/oder § 11 Abs. 1 EG StPO tun können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_444/2013 vom 31. Januar 2014 E. 2.1.2 betreffend die sich im Zusammenhang mit Art. 130 lit. b StPO gleichermaßen stellende Frage). Das tat er nicht und es scheint auch durchwegs plausibel, dass die Einzelrichterkompetenz nur für die schwerste Sanktionsart, die Freiheitsstrafen, nicht aber für Geldstrafen ausgeschlossen werden sollte. Das gilt auch für die Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Sanktion.

**1.1.3.7.** Der Vollständigkeit halber ist auf Folgendes hinzuweisen: Auch wenn die Zuständigkeit des Einzelrichters nicht durch das Urteil, sondern den Antrag der Staatsanwaltschaft (unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden Freiheitsstrafe) bestimmt wird, so ist aufgrund von Sinn und Zweck von Art. 19 StPO und § 11 Abs. 1 EG StPO, Entscheide mit einem drohenden schweren Eingriff in die Freiheitsrechte von der Einzelrichterkompetenz auszunehmen, doch ausgeschlossen, dass der Einzelrichter im Kanton Aargau alleine über eine Freiheitsstrafe von insgesamt mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe, eine Verwahrung oder eine stationäre Massnahme entscheiden darf. Der Einzelrichter ist zwar weder in Bezug auf die Straforten und Strafhöhe noch die Frage, ob eine zu einem früheren Zeitpunkt bedingt ausgesprochene Strafe zu vollziehen ist, an die Anträge der Staatsanwaltschaft gebunden und auch kann er bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen unabhängig vom Antrag der Staatsanwaltschaft eine Massnahme anordnen. Gedenkt er aber eine Freiheitsstrafe von insgesamt mehr als einem Jahr, eine Verwahrung oder eine stationäre Massnahme auszusprechen, so darf er dies nicht als Einzelrichter tun, sondern muss die Sache zur Beurteilung dem Bezirksgericht überweisen (§ 11 Abs. 2 EG StPO). Das gilt auch für den Fall, dass die Grenze von einem Jahr Freiheitsstrafe im Sinne von § 11 Abs. 1 EG StPO erst aufgrund des Widerrufs einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe überschritten wird.

**1.1.4** Der Vizepräsident des Bezirksgerichts Baden hat A. mit Urteil vom 28. Februar 2013 rechtskräftig mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen à Fr. 100.00 und einer Busse von Fr. 100.00 bestraft. Den mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zü-

rich-Sihl vom 30. März 2012 für eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten gewährten bedingten Strafvollzug hat er nicht widerrufen. Stattdessen wurde A. verwarnt und die ihm angesetzte Probezeit um ein Jahr verlängert.

Sowohl die Geldstrafe als auch die Busse lagen unbestrittenermassen innerhalb der Einzelrichterkompetenz gemäss Art. 19 StPO und § 11 Abs. 1 EG StPO. Dass gestützt auf den Antrag der Staatsanwaltschaft der Widerruf einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten zu prüfen war, konnte an der Einzelrichterkompetenz nichts ändern, denn zu beurteilen war unter Einrechnung dieser allfällig zu widerrufenden bedingten Freiheitsstrafe eine Freiheitsstrafe von insgesamt nicht mehr als einem Jahr. Der blosser Umstand, dass weder die Staatsanwaltschaft noch der Vizepräsident des Bezirksgerichts Baden erkannt haben, dass aufgrund der während der Probezeit begangenen Tat richtigerweise auch über den Widerruf der gemäss Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 10. November 2010 ausgesprochenen bedingten Freiheitsstrafe von 14 Monaten hätte entschieden werden müssen, wozu alleine das Bezirksgericht und nicht der Einzelrichter zuständig gewesen wäre, führt nicht zur Nichtigkeit des Urteils des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. Februar 2013. Zwar ist dieses aufgrund des ungeprüft gebliebenen Widerrufs der Freiheitsstrafe von 14 Monaten unvollständig. Es handelt sich dabei aber nicht um einen krassen Verfahrensmangel, der die Nichtigkeit des Urteils zur Folge hätte. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Unvollständigkeit weder von der Staatsanwaltschaft noch dem Richter rechtzeitig erkannt worden ist. Anders zu entscheiden wäre dann, wenn der Einzelrichter beispielsweise im Wissen um das Vorliegen einer während der Probezeit erfolgten Tat auf die Prüfung des Widerrufs einer bedingten Freiheitsstrafe nur deshalb verzichten würde, um die Sache nicht vom Bezirksgericht als Gesamtgericht beurteilen lassen zu müssen. In einem solchen Fall läge eine Kompetenzanmassung vor, welche – unter Vorbehalt der rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung – die Nichtigkeit des in sachlicher Unzuständigkeit ergangenen Urteils mit sich bringen würde. Ein solcher Fall liegt jedoch nicht vor. Das Urteil des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. Februar 2013 wies aufgrund seiner Unvollständigkeit vielmehr einen heilbaren Mangel auf, der mit dem ordentli-

chen Rechtsmittel der Berufung hätte angefochten werden können. Das ist nicht geschehen, weshalb das Urteil des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. Februar 2013 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. Die Berufung der Oberstaatsanwaltschaft ist nach dem Gesagten im Hauptstandpunkt abzuweisen.

1.1.5. Insoweit sich die Oberstaatsanwaltschaft zur Begründung ihres Antrags auf Feststellung der Nichtigkeit auf einen publizierten Entscheid der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Aargau vom 6. Dezember 2011 (AGVE 2011 Nr. 22 S. 75 ff.) beruft, ist sie damit nicht zu hören: Das Obergericht hat in diesem Entscheid ausgeführt, dass eine allfällige Widerrufsstrafe für die Strafobergrenze von sechs Monaten gemäss Art. 352 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StPO mit einzuberechnen und die fehlende sachliche Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft als schwerer Verfahrensfehler zu betrachten sei, der Nichtigkeit des Strafbefehls zur Folge habe (AGVE 2011 Nr. 22 S. 75 ff.). Dass die Oberstaatsanwaltschaft eine andere Meinung vertritt, hat das Obergericht erkannt und in seine Beurteilung einbezogen. Es besteht jedoch kein Grund, vorliegend darauf zurückzukommen, zumal diese Praxis in Absprache mit allen Strafkammern des Obergerichts erst kürzlich als Leitentscheid in den Aargauischen Gerichts- und Verwaltungsentscheiden AGVE veröffentlicht worden ist.

Vorliegend geht es denn auch nicht um die Frage der Nichtigkeit eines Strafbefehls, sondern um jene eines richterlichen Urteils. Zwischen Strafbefehlen und richterlichen Urteilen bestehen aufgrund der Rechtsnatur, des Verfahrens, der Fehlerquote und der rechtsstaatlichen Legitimation erheblich Unterschiede. So geniesst der Staatsanwalt im Bereich des Strafbefehlsverfahrens zwar richterliche Unabhängigkeit, ist aber nicht Richter und Strafbefehle werden auch nicht als Urteile verstanden, sondern als Angebot an die Parteien zur summarischen Verfahrenserledigung (*Schmid*, a.a.O., N. 1 vor Art. 352–357 StPO). Der Strafbefehl wird erst dann zum rechtskräftigen Urteil, wenn keine Einsprache erhoben worden ist (Art. 354 Abs. 3 StPO). Als besonders hoch wird bei Strafbefehlen sodann die Gefahr von Fehlentscheiden erachtet (vgl. z.B. *Franz Riklin*, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, N. 2 zu

Art. 352 StPO; *Gwladys Gilliéron*, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Zürich 2010; *Schmid*, a.a.O., N. 2 vor Art. 352–357 StPO). Schliesslich ist auch zu beachten, dass Art. 19 Abs. 2 StPO – anders als Art. 352 Abs. 3 StPO – keine Gesamtbetrachtung der Strafeinheiten vorsieht, was gegen eine undifferenzierte Gleichstellung der Bestimmungen und der Rechtsfolgen spricht.

Nach dem Gesagten kann für die Frage, ob das Urteil des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. Februar 2013 nichtig oder bloss anfechtbar ist, nicht auf den in den AGVE 2011 Nr. 22 S. 75 ff. publizierten Entscheid des Obergerichts abgestellt werden. Dieser Entscheid ist in Bezug auf die Rechtsfolgen nicht einschlägig.

1.1.6. Nach dem Gesagten wäre das Urteil des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. Februar 2013 aufgrund des ihm anhaftenden Mangels der Unvollständigkeit zwar anfechtbar gewesen. Es ist jedoch nicht nichtig.

Selbst wenn jedoch vom Vorliegen eines nichtigen Urteils auszugehen wäre, so wäre unter den vorliegenden Umständen auf das Feststellungsbegehren der Oberstaatsanwaltschaft nicht einzutreten gewesen. Der Vizepräsident des Bezirksgerichts Baden ist in seinem Urteil vom 28. Februar 2013 vollumfänglich den Anträgen der Staatsanwaltschaft gefolgt und das Urteil ist in der Folge unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Wenn sich die Oberstaatsanwaltschaft nunmehr auf den Standpunkt stellt, dieses Urteil sei nichtig, so steht dieses Vorbringen in einem offensichtlichen Widerspruch zum Verhalten der Staatsanwaltschaft und muss somit als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden. Der Umstand, dass die Nichtigkeit nunmehr von der Oberstaatsanwaltschaft und nicht der Staatsanwaltschaft Baden geltend gemacht wird, kann daran nichts ändern, nachdem es der Oberstaatsanwaltschaft freigestanden und von ihr auch zu erwarten gewesen wäre, das Urteil des Vizepräsidenten des Bezirksgerichts Baden vom 28. Februar 2013 selbständig anzufechten, wenn sie tatsächlich vom Vorliegen eines Nichtigkeitsgrundes ausgegangen wäre (§ 40 Abs. 2 EG StPO; § 4 Abs. 4 EG StPO). Hinzu kommt, dass die Oberstaatsanwaltschaft als kantonale Koordinationsstelle (§ 54 EG StPO) die Rückfallmeldung an die Staatsanwaltschaft Baden weiterleitete und

somit Kenntnis des Verfahrens hatte. Dass sich die Oberstaatsanwaltschaft unter diesen Umständen auf die Nichtigkeit beruft, verdient keinen Rechtsschutz.

# 61

Zustellung von Entscheiden

## Zustellungsfiktion bei Rückbehalt-auftrag an die Post, guter Glaube Art. 84 Abs. 4 lit. a StPO

*Ein Rückbehalttauftrag des Empfängers gegenüber der Post lässt die Anwendbarkeit der Zustellungsfiktion grundsätzlich unberührt. Jedoch kann von einer anwaltlich nicht vertretenen Person nicht verlangt werden, die Unterscheidung zwischen dem Ende der postalischen Abholfrist und dem Ende der Legalfrist betreffend Zustellungsfiktion zu kennen.*

*Vorliegend musste der anwaltlich nicht vertretene Beschwerdeführer nach Treu und Glauben nicht damit rechnen, dass trotz der von der Post verlängerten Abholfrist die Sendung bereits am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch als zugestellt gilt. Aus dem Auseinanderklaffen des Datums der Zustellungsfiktion und der tatsächlichen Zustellung darf ihm somit kein Nachteil erwachsen. Für die Frage der Zustellung ist deshalb auf den Tag abzustellen, an welchem der Beschwerdeführer den Strafbefehl tatsächlich erhalten hat.*

**Obergericht des Kantons Bern, Beschwerdekammer in Strafsachen, 17. Januar 2014, BK 2013 330**

Mitgeteilt von lic. iur. Denise Beldi, Gerichtsschreiberin

60

61

## AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

3. Sachverhaltsmässig ist unbestritten, dass der Strafbefehl dem Beschwerdeführer von der Post am 17. Juni 2013 zur Abholung gemeldet wurde. Der Beschwerdeführer verlängerte am 21. Juni 2013 die Abholfrist (...). Am 9. Juli 2013 wurde ihm der Strafbefehl schliesslich zugestellt. Am darauffolgenden Tag erhob er Einsprache gegen den Strafbefehl.

4.

4.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung erwogen, gemäss der gesetzlichen Zustellfiktion (Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO) gelte die Zustellung einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden sei, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als rechtsgültig erfolgt, sofern die Person mit einer Zustellung habe rechnen müssen. Diese Regel sei gemäss BGE 134 V 49 E. 3 f. auch bei einem Postrückbehalteauftrag analog anzuwenden. Folglich gelte der Strafbefehl als am 24. Juni 2013 zugestellt. Die Einsprachefrist habe somit am 4. Juli 2013 geendet, so dass die der Post am 10. Juli 2013 übergebene Einsprache verspätet erfolgt sei.

4.2 Der Vorinstanz ist insofern zuzustimmen, als gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Rückbehalteauftrag des Empfängers die Anwendbarkeit der Zustellfiktion unberührt lässt (BGE 134 V 49 E. 4). Mit anderen Worten hat die Frage, wie lange eine Sendung bei der Post abgeholt werden kann, grundsätzlich keinen Einfluss auf den Zeitpunkt des Eintritts der gesetzlichen Zustellfiktion (Urteil des Bundesgerichts 5A\_211/2012 vom 25. Juni 2012 E. 1.3; 8C\_655/2012 vom 22. November 2012 E. 3.3). Das Bundesgericht hielt jedoch ebenfalls fest, dass von einem anwaltlich nicht vertretenen Beschwerdeführer nicht verlangt werden kann, die Unterscheidung zwischen dem Ende der postalischen Abholfrist und dem Ende der Legalfrist betreffend Zustellfiktion zu kennen. Unter Vertrauensgesichtspunkten darf daher einem anwaltlich nicht vertretenen Beschwerdeführer aus dem Auseinanderklaffen des Datums der Zustellfiktion und des letzten Tages der postalischen Abholfrist kein Nachteil erwach-

sen (Urteil des Bundesgerichts 5A\_211/2012 vom 25. Juni 2012 E. 1.3; 8C\_655/2012 vom 22. November 2012 E. 3.3).

Der Beschwerdeführer ist nicht anwaltlich vertreten. Er musste nach Treu und Glauben nicht damit rechnen, dass trotz der von der Post verlängerten Abholfrist die Sendung bereits am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch als zugestellt gilt. Aus dem Auseinanderklaffen des Datums der Zustellfiktion und der tatsächlichen Zustellung darf ihm somit nach der hievorigen Rechtsprechung des Bundesgerichts kein Nachteil erwachsen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist deshalb unter den gegebenen Umständen für die Frage der Zustellung auf den Tag abzustellen, an welchem der Beschwerdeführer den Strafbefehl tatsächlich erhalten hat (9. Juli 2013). Die am 10. Juli 2013 der Post übergebene Einsprache erfolgte somit fristgerecht.

4.3 (...)

4.4 Diesen Ausführungen folgend ging die Vorinstanz zu Unrecht davon aus, dass die Einsprache gegen den Strafbefehl verspätet erfolgte. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Verfügung des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau vom 19. September 2013 ist aufzuheben. Das Regionalgericht ist anzuweisen, das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer fortzuführen.

Der Beschwerdeführer wird jedoch darauf hingewiesen, dass eine Sendung am siebten Tag, nachdem sie zur Abholung gemeldet wurde, als zugestellt gilt, und zwar unabhängig davon, ob die Sendung erst später in Empfang genommen wird (vgl. Art. 85 Abs. 4 lit. a StPO). Dieses Wissen wird dem Beschwerdeführer zukünftig anzurechnen sein, d.h. er wird sich nicht mehr darauf berufen können, dass er nicht wissen konnte, dass trotz der von der Post verlängerten Abholfrist die Sendung bereits am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch als zugestellt gilt.

(...)

## 62

Unentgeltliche Rechtspflege

---

**Keine Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für den Strafkläger im Berufungsverfahren Art. 136 Abs. 1 StPO**

---

*Sofern sich die Privatklägerschaft einzig im Strafpunkt am Verfahren beteiligen möchte, besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.*

**Kantonsgericht St. Gallen, Präsident der Strafkammer, 26. März 2014, ZS.2014.1/2-SKP**

Mitgeteilt und bearbeitet von Dr. Tom Frischknecht, Gerichtsschreiber

## AUS DEN ERWÄGUNGEN:

Gemäss Art. 136 Abs. 1 StPO gewährt die Verfahrensleitung der Privatklägerschaft «für die Durchsetzung ihrer Zivilansprüche» ganz oder teilweise die unentgeltliche Rechtspflege, wenn die Privatklägerschaft nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Zivilklage nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst unter anderem die Befreiung von Sicherheitsleistungen (Art. 136 Abs. 2 lit. a StPO). Unter den Begriff der Zivilansprüche fallen dabei sämtliche privatrechtlichen Ansprüche, die aus der Straftat abgeleitet werden (Zivilklage gemäss Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO; vgl. BGer. 1B\_45/2012 E. 4.2; 1B\_200/2011 E. 2.3 ff.). Sofern sich die Privatklägerschaft einzig im Strafpunkt am Verfahren beteiligen möchte, besteht kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (BSK StPO-Mazzucchelli/Postizzi, Art. 136 N 4; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 136 N 2; Oberholzer, Strafprozessrecht, 3. Aufl., N 552; Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 136 N 2; Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006 1181).

A. hat im vorliegenden Berufungsverfahren keine Zivilansprüche nach Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO

mehr geltend gemacht. Da nach Ablauf der gesetzlichen Frist von 20 Tagen eine Ausdehnung der Berufungsanträge nicht mehr möglich ist (BSK StPO-Eugster, Art. 399 N 3 m.w.H.) und es damit in den beiden Berufungsverfahren nur noch um den Strafpunkt geht, sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Privatklägerschaft nach Art. 136 Abs. 1 StPO nicht gegeben. Das entsprechende Gesuch des Privatklägers ist deswegen abzuweisen.

## HINWEIS:

Auf eine Beschwerde gegen diese Verfügung trat das Bundesgericht mit Urteil 1B\_177/2014 vom 22. Mai 2014 nicht ein.

## BEMERKUNG:

*Zur fehlenden Parteistellung der Zivilklägerschaft im Berufungsverfahren s. OGer AG, 8.12.2011, CAN 2012 Nr. 18.*

Annette Dolge

## 63

Beweismittel

---

**Verwertbarkeit von Befragungsprotokollen, Recht auf Verteidigung, rechtlich geschütztes Interesse auf Entfernung unverwertbarer Beweismittel**

**Art. 141 Abs. 2 StPO, Art. 131 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 158 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 StPO, Art. 312 Abs. 2 StPO, Art. 382 Abs. 1 StPO**

---

*Die beschuldigte Person hat ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass unverwertbare Beweise bereits frühzeitig aus den Akten*

gewiesen werden. Auf die Beschwerde gegen die Verweigerung der Entfernung von zwei Einvernahmeprotokollen aus den Akten ist einzutreten (E. 2). Im Rahmen einer Strafuntersuchung wegen vorsätzlicher Tötung wurde der Beschuldigte von der Polizei festgenommen und anschliessend als Auskunftsperson befragt. Bereits zu diesem Zeitpunkt bestand jedoch gegen ihn ein konkreter Tatverdacht, weshalb er als Beschuldigter hätte einvernommen und über seine Rechte hätte belehrt werden müssen. Da er nicht auf sein Recht auf Verteidigung aufmerksam gemacht worden war, ist die Einvernahme nicht verwertbar. Aufgrund des konkreten Tatverdachts hätte zudem die zunächst gegen unbekannte Täterschaft eröffnete Untersuchung vor der Einvernahme auf den Beschuldigten ausgedehnt werden müssen, sodass die erkennbar notwendige Verteidigung vor der Einvernahme sicherzustellen gewesen wäre, was nicht der Fall war. Die zweite Einvernahme anlässlich der Haftöffnung ist ebenfalls unverwertbar, da der Beschuldigte auch an dieser trotz erkennbar notwendiger Verteidigung nicht anwaltlich vertreten war (E. 4.3–4.5).

**Obergericht des Kantons Bern, Beschwerdekammer in Strafsachen, 6. Februar 2014, BK 2013 362**

Mitgeteilt von lic. iur. Denise Beldi, Gerichtsschreiberin

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

(...)

2.

2.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 StPO, Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BSG 162.11]). Zur Beschwerdeführung legitimiert ist jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat (Art. 382 Abs. 1 StPO).

2.2 Die Generalstaatsanwaltschaft macht geltend, nach der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung hätten Zwischenentscheide, welche die Beweisführung betreffen, in der Regel keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Art zur Folge. Im blossen Umstand, dass der Sachrichter von angeblich unverwertbaren Beweismitteln Kenntnis erhalten könne, liege noch kein Rechtsnachteil. So sehe auch das Gesetz vor der rechtskräftigen Beurteilung eines Strafverfahrens keine definitive Entfernung oder Unkenntlichmachung von Beweismitteln vor, deren Verwertbarkeit streitig sei. Vielmehr sei die Frage, ob strafprozessuale Beweisverwertungsmethoden vorliegen würden, grundsätzlich vom Strafrichter zu beurteilen. Im Übrigen lege der Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern ein aktuelles Rechtsschutzinteresse bereits im jetzigen Verfahrenszeitpunkt bestehe.

2.3 Die von der Generalstaatsanwaltschaft zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung ist – wie der Beschwerdeführer zutreffend vorbringt – nicht einschlägig. Sie bezieht sich auf Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, gemäss welchem die Beschwerde ans Bundesgericht gegen Zwischenentscheide nur zulässig ist, wenn diese einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Eine solche Einschränkung der Zulässigkeit der Beschwerde ist in der vorliegend anzuwendenden Schweizerischen Strafprozessordnung nur bei der Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft vorgesehen (Art. 394 lit. b StPO). In Fällen, wo mittels Beschwerde die Entfernung eines Aktenstücks wegen Unverwertbarkeit verlangt wird, gelangt der Ausschlussgrund von Art. 394 lit. b StPO jedoch nicht zur Anwendung (BK 13 179 vom 4. September 2013 E. 2; vgl. auch *Ruckstuhl*, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2011, Art. 131 N 11). Mit anderen Worten ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil nach Art. 93 BGG nicht gleichzusetzen mit einem rechtlich geschützten Interesse im Sinne von Art. 382 Abs. 1 StPO.

Die beschuldigte Person hat ein rechtlich geschütztes Interesse daran, dass unverwertbare Beweise im Strafverfahren nicht gegen sie verwendet werden. Dies beinhaltet zum einen, dass unverwertbare Beweise auch bei Zwischenentscheiden im Vorverfahren – etwa bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen – nicht berücksichtigt wer-



den dürfen (*Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 141 N 1; *Gless*, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2011, Art. 141 N 35). Zum anderen soll mit der Entfernung von unverwertbaren Beweismitteln aus den Akten nach der Intention des Gesetzgebers sichergestellt werden, dass diese die Entscheidungsfindung des Gerichts nicht beeinflussen können. Der Gesetzgeber hat sich deshalb in Art. 141 Abs. 5 StPO bewusst dafür entschieden, dass die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen und unter separatem Verschluss zu halten sind (vgl. Botschaft StPO S. 1184, wonach beim Belassen in den Akten verbunden mit der Pflicht zur Nichtbeachtung die Gefahr bestünde, dass die unverwertbaren Beweise die Entscheidungsfindung dennoch beeinflussen könnten). Daraus folgt, dass die beschuldigte Person ein rechtlich geschütztes Interesse daran hat, dass unverwertbare Beweise bereits frühzeitig aus den Akten entfernt werden. Die Zulässigkeit der Beschwerde gegen die Verweigerung der Entfernung von Beweismitteln aus den Akten wird denn auch in der Lehre zu Recht bejaht (vgl. *Guidon*, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, 2011, N 100; *Wohlens*, a.a.O., Art. 141 N 10; *Gless*, a.a.O., Art. 141 N 118).

2.4 Nach dem Gesagten hat der Beschwerdeführer entgegen der Auffassung der Generalstaatsanwaltschaft bereits im jetzigen Verfahrenszeitpunkt ein rechtlich geschütztes Interesse, die fraglichen Einvernahmeprotokolle aus den Akten weissen zu lassen. Er ist folglich zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht zusammengefasst geltend, die Einvernahmeprotokolle vom 1. und 2. (Monat, Jahr) seien nicht verwertbar, da er an diesen Einvernahmen nicht anwaltlich vertreten gewesen sei, obwohl eine Verteidigung bereits zu diesem Zeitpunkt erkennbar notwendig gewesen wäre.

3.2 In sachverhältnismässiger Hinsicht lässt sich den Akten Folgendes entnehmen:

Am 1. (Monat, Jahr) eröffnete die Staatsanwaltschaft eine Strafuntersuchung gegen unbe-

kannte Täterschaft wegen vorsätzlicher Tötung zum Nachteil von B. Gleichentags wurde im Rahmen dieser Untersuchung der Beschwerdeführer von der Polizei festgenommen und als Auskunftsperson befragt. Am 2. (Monat, Jahr) wurde das Verfahren personell auf den Beschwerdeführer ausgedehnt, worauf er anlässlich der Hafteröffnung von der Staatsanwaltschaft als beschuldigte Person einvernommen wurde. Während beider Einvernahmen war der Beschwerdeführer nicht anwaltlich vertreten.

4.

4.1 Die Staatsanwaltschaft hat in der angefochtenen Verfügung erwogen, der Umstand, dass der Beschwerdeführer am 1. (Monat, Jahr) als Auskunftsperson befragt worden sei, zeige, dass er zu diesem Verfahrenszeitpunkt nicht als Beschuldigter festgestanden habe und auch nicht als solcher behandelt worden sei. Bei der Befragung im Rahmen der Hafteröffnung seien die Formalien der StPO, wonach die Bestellung der notwendigen Verteidigung erst nach der ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme erfolgen müsse, eingehalten worden. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer weder in der Einvernahme als Auskunftsperson noch an der Hafteröffnung belastende Aussagen gemacht, sodass es keinen Grund gebe, diese Einvernahmeprotokolle aus den Akten zu weissen.

4.2 Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, auch wenn er vorerst formell als Auskunftsperson einvernommen worden sei, sei bereits vor dessen Einvernahme erkennbar gewesen, dass es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung handle. Schliesslich gehe bereits aus der Verfügung betreffend die vorläufige Festnahme des Beschwerdeführers hervor, dass dessen Festnahme erfolgt sei, weil die ersten Ermittlungen einen Tatverdacht gegen ihn ergeben hätten. Die Strafuntersuchung sei zu diesem Zeitpunkt bereits formell eröffnet worden, wenn auch anfänglich noch gegen unbekannte Täterschaft. Ferner handle es sich bei dieser ersten Befragung um eine durch die Staatsanwaltschaft an die Polizei delegierte Einvernahme im Sinne von Art. 312 Abs. 2 StPO, mithin um eine staatsanwaltschaftliche Einvernahme. Spätestens nach dieser hätte die notwendige Verteidigung sichergestellt werden müssen. Schliesslich sei das Argument der Staatsanwaltschaft, wonach sich

der Beschwerdeführer an den fraglichen Einvernahmen nicht selber belastet habe, unbeachtlich, da es sich erst im Fortgang des Verfahrens zeigen werde, ob die Aussagen des Beschwerdeführers belastend seien, und überdies die Würdigung des Aussageverhaltens nicht in der Hand der Untersuchungsbehörden, sondern des urteilenden Gerichts liege.

**4.3** Der Beschwerdeführer wurde bei der ersten Befragung formell als Auskunftsperson einvernommen. Für die Frage der Verwertbarkeit kann jedoch nicht allein auf die formelle Eigenschaft, in welcher der Beschwerdeführer befragt wurde, abgestellt werden. Zu prüfen ist vielmehr, ob zum Zeitpunkt der Einvernahme ein konkreter Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer bestand und er deshalb als beschuldigte Person hätte einvernommen bzw. die Strafuntersuchung auf ihn hätte ausgedehnt werden müssen.

Gemäss Art. 178 lit. d StPO wird als Auskunftsperson einvernommen, wer ohne selber beschuldigt zu sein, als Täter der abzuklärenden Straftat oder einer anderen damit zusammenhängenden Straftat nicht ausgeschlossen werden kann. Sobald ein hinreichender Anfangsverdacht besteht, welcher die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigt, ist die betreffende Person als Beschuldigter zu behandeln. Sie darf alsdann nicht (mehr) als Auskunftsperson einvernommen werden (*Donatsch*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, Art. 178 N 29).

Der Beschwerdeführer wurde von der Kantonspolizei Bern am 1. (Monat, Jahr) um 16.20 Uhr gestützt auf Art. 217 StPO festgenommen und anschliessend einvernommen. Im Festnahmebefehl wurde unter anderem festgehalten, dass ein dringender Tatverdacht der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens bestehe und dass erste Ermittlungen einen Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer ergeben hätten. Gestützt auf diese Ausführungen im Festnahmebefehl muss davon ausgegangen werden, dass aufgrund der polizeilichen Ermittlungen bereits vor der Einvernahme des Beschwerdeführers ein konkreter Tatverdacht gegen ihn bestand. Somit hätte der Beschwerdeführer bereits bei der ersten Befragung als Beschuldigter einvernommen werden müssen. Dies ergibt sich auch aus der gesetzlich geregelten Vorgehensweise bei einer polizeilichen Festnahme: Gemäss Art. 219 Abs. 1 und 2 StPO klärt die Polizei

die festgenommene Person unverzüglich über ihre Rechte im Sinne von Art. 158 StPO auf und befragt sie anschliessend in Anwendung von Art. 159 StPO zu dem gegen sie bestehenden Tatverdacht. Aus dem Wortlaut des Gesetzes und dem ausdrücklichen Verweis auf die Bestimmungen zur Einvernahme der beschuldigten Person ist zu schliessen, dass die von der Polizei in Anwendung von Art. 217 StPO festgenommene Person als Beschuldigter einzuvernehmen ist und ihr die entsprechenden Rechte gemäss Art. 158 f. StPO zu gewähren sind.

Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO weist die Polizei oder die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme darauf hin, dass sie berechtigt ist, eine Verteidigung zu bestellen oder gegebenenfalls eine amtliche Verteidigung zu beantragen. Wie sich dem Einvernahmeprotokoll entnehmen lässt, wurde der Beschwerdeführer bei der ersten Befragung nicht auf dieses Recht aufmerksam gemacht. Die Einvernahme vom 1. (Monat, Jahr) ist deshalb gemäss Art. 158 Abs. 2 StPO nicht verwertbar.

**4.4** Die Unverwertbarkeit der Einvernahme ergibt sich in Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer zudem aus Art. 131 StPO. Gemäss Art. 131 Abs. 2 StPO ist die notwendige Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, *jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung sicherzustellen*. Die Eröffnung einer Untersuchung hat somit zur Folge, dass die notwendige Verteidigung unverzüglich sicherzustellen ist und damit nicht bis zur Durchführung der ersten Einvernahme zugewartet werden kann (*Lieber*; in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, Art. 131 N 7). Vorliegend wurde die Strafuntersuchung vor der ersten Einvernahme formell zwar erst gegen unbekanntes Täterschaft eröffnet, jedoch bestand wie dargelegt bereits zum Zeitpunkt der ersten Befragung ein konkreter Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer. Die Strafuntersuchung hätte deshalb vor der Einvernahme auf den Beschwerdeführer ausgedehnt werden müssen, sodass die notwendige Verteidigung gemäss Art. 131 Abs. 2 StPO bereits zu diesem Zeitpunkt sicherzustellen gewesen wäre. Dass eine Verteidigung notwendig war, war aufgrund der Strafandrohung für das fragliche Delikt ohne Weiteres erkennbar. Gemäss Art. 131 Abs. 3 StPO ist die Einvernahme somit ungültig, zumal

der Beschwerdeführer nicht auf eine Wiederholung derselben verzichtet hat.

4.5 Aus den hievor gemachten Ausführungen folgt gleichzeitig, dass die Einvernahme anlässlich der Hafteröffnung vom 2. (Monat, Jahr) ebenfalls unverwertbar ist, da zu diesem Zeitpunkt das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer formell eröffnet war und somit die notwendige Verteidigung vor der Einvernahme hätte sichergestellt werden müssen. Im Übrigen bringt der Beschwerdeführer zutreffend vor, dass es sich bei der Einvernahme anlässlich der Hafteröffnung nicht um die erste staatsanwaltschaftliche Einvernahme handelte, zumal die erste, von der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 312 StPO an die Polizei delegierte Befragung bereits als staatsanwaltschaftliche Einvernahme gilt. Auch unter diesem Gesichtspunkt hätte die notwendige Verteidigung spätestens vor der zweiten Einvernahme sichergestellt werden müssen. Soweit die Staatsanwaltschaft vorbringt, der Beschwerdeführer habe sich in den beiden Einvernahmen nicht selbst belastet, tangiert dies einzig die Beweiswürdigung bzw. -eignung und nicht die Verwertbarkeit (vgl. *Wohlens*, a.a.O., Art. 141 N 23). Das Vorbringen ist insofern nicht stichhaltig.

5. Diesen Ausführungen folgend sind die beiden Einvernahmen des Beschwerdeführers vom 1. und 2. (Monat, Jahr) unverwertbar (Art. 158 Abs. 2 bzw. Art. 131 Abs. 3 i.V.m. Art. 141 Abs. 2 StPO). Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Verfügung der Regionalen Staatsanwaltschaft Z (...) ist aufzuheben. Die Regionale Staatsanwaltschaft Z ist anzuweisen, die Protokolle der Einvernahmen des Beschuldigten vom 1. und 2. (Monat, Jahr) aus den Akten zu weisen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten (Art. 141 Abs. 5 StPO).

(...)

# 64

Beweismittel

---

**Verwertbarkeit von Aktenstücken aus anderen, getrennt geführten Verfahren**  
**Art. 147 Abs. 1 StPO**

---

*Art. 147 Abs. 1 StPO, wonach die Parteien das Recht haben, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen, z.B. Auskunftspersonen, Zeugen und Mitbeschuldigten, Fragen zu stellen, findet in getrennt geführten Verfahren keine Anwendung. Einvernahmen beschuldigter Personen im jeweils anderen Verfahren haben über das Institut der Auskunftsperson zu erfolgen, in deren Rahmen die Teilnahme zu gewähren ist. Die anlässlich dieser Einvernahme der Auskunftsperson vorgehaltenen früheren Aussagen bzw. Einvernahmeprotokolle aus deren eigenem Verfahren sind verwertbar, sofern die beschuldigte Person angemessen und hinreichend Gelegenheit hatte, die Aussagen in Zweifel zu ziehen und Ergänzungsfragen zu stellen. Verweigert die Auskunftsperson die Aussage, kann auf deren frühere Aussage nur abgestellt werden, wenn sie für den Schuldspruch nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist.*

**Obergericht des Kantons Bern, Beschwerdekammer in Strafsachen, 4. September 2013, BK 2013 179**  
Mitgeteilt von lic. iur. Denise Beldi, Gerichtsschreiberin

AUS DEN ERWÄGUNGEN:

1. Gegen A. wird u.a. wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz ermittelt. Am 13. Juni 2013 wies die Kantonale Staatsanwaltschaft für besondere Aufgaben dessen Antrag ab, wonach das Protokoll der Einvernahme von B. vom 11. Januar 2011 sowie die darauf Bezug nehmenden Passagen der parteiöffentlichen Einvernahme von B. vom 21. Januar 2011 (...) und des Schlussberichts vom 4. Juli 2011 (...) aus

63

64

den Akten zu weisen sei. Gegen diese Verfügung reichte A., amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X., am 20. Juni 2013 Beschwerde bei der Beschwerdekammer in Strafsachen des Obergerichts des Kantons Bern ein. Darin wiederholte er sein Begehren. In ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2013 beantragte die Generalstaatsanwaltschaft die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. A. machte am 11. Juli 2013 von seinem Replikrecht Gebrauch.

2. Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer in Strafsachen innert 10 Tagen schriftlich und begründet Beschwerde geführt werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 396 Abs. 1 StPO, Art. 35 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSO; BSG 161.1] i.V.m. Art. 29 Abs. 2 des Organisationsreglements des Obergerichts [OrR OG; BGS 162.11]). In Fällen, wo mittels Beschwerde die Entfernung eines Aktenstücks wegen Unverwertbarkeit verlangt wird, gelangt der Ausschlussgrund von Art. 394 lit. b StPO nicht zur Anwendung (BK 12 140 vom 17. August 2012 E. 2 mit weiteren Hinweisen). Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen und somit zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 382 Abs. 1 StPO). Auf die form- und fristgerechte Beschwerde ist einzutreten.

3. Der hier interessierende Sachverhalt ergibt sich auch den Akten wie folgt:

Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, sich am 4. November 2010 zusammen mit C. in Frauenfeld mit B. getroffen zu haben. Anlässlich dieses Treffens soll der Beschwerdeführer von B. ein Heroinmuster erhalten und dieses getestet haben. Das Treffen wurde von einer Videokamera festgehalten. Ferner wurden die Telefongespräche der beteiligten Personen überwacht und konnte das Heroinmuster sichergestellt werden. B. wurde kurz darauf von den Behörden des Kantons Thurgau angehalten; das gegen ihn wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz geführte Verfahren obliegt den thurgauischen Strafverfolgungsbehörden. B. wurde von diesen am 5. und 11. November 2010 sowie am 11. Januar 2011 einvernommen. An der letztgenannten Einvernahme identifizierte er anhand einer Fotodokumentation

die Nr. 2 (C.) und Nr. 14 (A.), welche sich mit ihm in Frauenfeld getroffen haben sollen. Am 21. Januar 2011 wurde B. von der bernischen Strafverfolgungsbehörde als Auskunftsperson in der gegen den Beschwerdeführer geführten Strafuntersuchung einvernommen. Hierbei wurde dem Verteidiger des Beschwerdeführers die Teilnahme eingeräumt.

Am 25. April 2013 beantragte der Verteidiger die Entfernung gewisser Aktenstücke bzw. -stellen. Es handelte sich dabei insbesondere um das Einvernahmeprotokoll von B. vom 11. Januar 2011 aus dessen eigenem Verfahren. Die Verteidigung des Beschwerdeführers führte aus, die vorgenannte Einvernahme sei ohne Gewährung der Teilnahmerechte des Beschwerdeführers durchgeführt worden. Das Einvernahmeprotokoll sei daher im Verfahren gegen seinen Mandanten nicht verwertbar und aus den Akten zu weisen. In Folge dessen seien auch die auf diese Einvernahme Bezug nehmenden Passagen in der Einvernahme vom 21. Januar 2011 zu entfernen, ebenso die entsprechenden Zitate im Anzeigerapport der Kantonspolizei Bern. Die zuständige Staatsanwältin lehnte diesen Antrag ab.

4. Gemäss Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Unbestritten ist, dass dem Beschwerdeführer bei der Einvernahme von Auskunftspersonen in seinem eigenen Verfahren die Teilnahmerechte zu gewähren sind; dies wurde denn auch getan. Umstritten ist aber die Frage, ob dem Beschwerdeführer auch die Teilnahme an in anderen Verfahren durchgeführten Einvernahmen – soweit hier interessierend an der Einvernahme von B. als beschuldigte Person in dessen eigenem Verfahren (11. Januar 2011) – hätte eingeräumt werden müssen.

4.1 Die Staats- und Generalstaatsanwaltschaft halten dafür, dass Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO bei Einvernahmen beschuldigter Personen in örtlich getrennt geführten Verfahren keine Anwendung finde. Einvernahmen beschuldigter Personen in jeweils anderen Verfahren hätten über das Institut der Auskunftsperson zu erfolgen, in deren Rahmen dann den Verfahrensbeteiligten die Teilnahme zu gewähren sei. Die zuständige Staatsanwalt-

schaft hielt in der angefochtenen Verfügung u.a. fest, sie habe ohnehin im Verfahren gegen B. keine Leitung inne, es könne demzufolge auch nicht davon gesprochen werden, sie hätte dem Beschwerdeführer die Teilnahme an der von den thurgauischen Behörden angeordneten und durchgeführten Einvernahme vom 11. Januar 2011 verweigert. Selbst wenn dem Beschwerdeführer in Anlehnung an BGE 139 IV 25 grundsätzlich ein Teilnahmerecht zuzugestehen wäre, hätte dieses vorliegend eingeschränkt werden können. Bis zur Einvernahme vom 11. Januar 2011 hätten seitens von B. noch keine konkreten Belastungen vorgelegen. Der Beschwerdeführer sei demzufolge bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht mit sämtlichen Sachverhaltselementen des Tatvorwurfs «Frauenfeld» konfrontiert gewesen. Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur EMRK seien die Aussagen des B. vom 11. Januar 2011 aufgrund der weiteren Beweismittel (Telefon- und Videoüberwachung, sichergestelltes Heroinmuster) ohnehin und selbst bei Verletzung von Teilnahmerechten verwertbar.

Die Generalstaatsanwaltschaft macht darüber hinaus geltend, aus den in BGE 139 IV 25 entwickelten Grundsätzen könne keineswegs abgeleitet werden, in getrennt geführten Verfahren hätte eine Verfahrenskoordination stattzufinden mit der Folge der Nichtverwertbarkeit der erhobenen Beweise im Unterlassungsfall. Eine kodifizierte Mitteilung- bzw. Koordinationspflicht unter den Kantonen bestehe nicht. Ausserdem könne vorliegend ohnehin nicht von einer materiellen Mittäterschaft oder Teilnahme ausgegangen werden. Die Schnittstelle beider Verfahren ergebe sich lediglich im Tatvorwurf «Frauenfeld». Daraus könne aber noch keine Konnexität abgeleitet werden, welche allenfalls die Gewährung der Teilnahmerechte im Sinn von Art. 147 Abs. 1 StPO bedingen würde.

**4.2** Der Beschwerdeführer bringt in seinen Eingaben vor, die in BGE 139 IV 25 entwickelten Grundsätze zu den Teilnahmerechten würden nicht nur die Teilnahmerechte der Verfahrensbeteiligten in ein und demselben Verfahren betreffen, sondern beanspruchten auch dann Geltung, wenn gegen die betreffenden Personen formell verschiedene Verfahren geführt würden. Andernfalls könnte die Staatsanwaltschaft das Teilnahmerecht ohne Weiteres nach Belieben durch Eröffnung eines separaten

Verfahrens gegen jeden einzelnen Mitbeschuldigten und Edition der entsprechenden Einvernahmeprotokolle der jeweils anderen Verfahren umgehen. Die im vorgenannten Bundesgerichtsentscheid zitierten Grundsätze müssten immer dann gelten, wenn es sich bei den betreffenden Personen materiell um mutmassliche Mitbeschuldigte (Mittäter oder Teilnehmer) handle. Ob es sich bei zwei Beschuldigten um «Mitbeschuldigte» handle, werde nicht anhand rein formeller Kriterien, nämlich ihrer Verfolgung in einem einzigen oder in zwei getrennt geführten Verfahren, entschieden, sondern vielmehr anhand einer materiellen Betrachtungsweise. Würden ihnen strafbare Handlungen aufgrund ein und desselben Sachverhalts – wie vorliegend aufgrund eines angeblichen Treffens am 4. November 2010 in Frauenfeld – vorgeworfen, hätten sie als «Mitbeschuldigte» zu gelten. Es könne also hinsichtlich der Teilnahmerechte keine Rolle spielen, ob gegen die «Mitbeschuldigten» in ein und demselben Verfahren oder aber in – aus welchen Gründen auch immer – getrennten Verfahren ermittelt würde. Vorliegend hätten bei Berücksichtigung der in BGE 139 IV 25 entwickelten Grundsätze keine Gründe gegen eine Teilnahme seiner Person an der Einvernahme von B. vom 11. Januar 2011 gesprochen. Der Beschwerdeführer sei bereits am 21. Dezember 2010 hinreichend mit dem Tatvorwurf «Frauenfeld» konfrontiert worden. Dass B. ihn bis zu seiner Einvernahme vom 11. Januar 2011 noch nicht identifiziert und damit konkret belastet habe, sei nicht Voraussetzung für die Gewährung der Teilnahmerechte. Unbehelflich sei ferner das Argument der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, wonach sie nicht Verfahrensleiterin im gegen B. geführten Verfahren sei und demzufolge auch nicht eine «Teilnahme» verweigert habe, könne doch eine Verweigerung der Teilnahmerechte nicht nur durch ein aktives Tun, sondern auch durch Unterlassung begangen werden. Ausserdem hätte eine Einschränkung des Teilnahmerechts auch nicht mit Blick auf den Koordinationsaufwand rechtfertigt werden können.

Abschliessend hält der Beschwerdeführer da für, dass das fragliche Einvernahmeprotokoll von B. vom 11. Januar 2011 selbst dann nicht in seinem Verfahren verwendet werden dürfte, wenn er, der Beschwerdeführer, tatsächlich an vorgenannter Einvernahme nicht teilnahmeberechtigt gewesen

wäre. Würde auf einen rein formellen Begriff der «Mitbeschuldigten» abgestellt, käme den in separaten Verfahren verfolgten Beschuldigten im Verfahren gegen den jeweils anderen tatsächlich nur die Stellung einer Auskunftsperson im Sinn von Art. 178 StPO zu. Diesfalls wären im gegen ihn geführten Verfahren aber ebenfalls nur diejenigen Einvernahmen verwertbar, bei denen ihm die Teilnahme gewährt worden sei. Die Edition verfahrensfremder Einvernahmen stünde im klaren Widerspruch seines Anspruchs auf Teilnahme an der Erhebung dieses Beweismittels.

5. Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO statuiert den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren und bestimmt, dass die Parteien das Recht haben, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und den einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Das Bundesgericht hat sich in seiner Entscheid 139 IV 25 mit dem Teilnahmerecht von mehreren beschuldigten Personen desselben Verfahrens befasst, dabei – wie auch die Beschwerdekammer – von *Mitbeschuldigten* gesprochen. Dabei hat es weder den Begriff «Mitbeschuldigte» näher konkretisiert noch die hier interessierende Frage zu beantworten gehabt.

Es ist dem Beschwerdeführer darin beizupflichten, dass der Begriff «Mitbeschuldigte» sowohl einer rein formellen, als auch einer materiellen Betrachtung zugänglich ist. Erstgenannte bezieht sich auf die Frage der Anzahl geführter Verfahren; bei Letztgenannter ist allein ausschlaggebend, dass gegen die beschuldigten Personen wegen desselben Sachverhalts bzw. Tatvorwurfs ermittelt wird, unabhängig von der Anzahl geführter Verfahren. Die StPO erwähnt den Begriff «Mitbeschuldigte» – anders als der VE StPO – lediglich in Art. 178 Abs. 1 lit. e. Nach dieser Bestimmung sind im *gleichen Verfahren* beschuldigte Personen (sog. mitbeschuldigte Personen) zu einer ihnen nicht selber zur Last gelegten Straftat als Auskunftspersonen zu befragen. Art. 159 Abs. 3 und 4 VE StPO differenzierte darüber hinaus zwischen Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren und solchen in getrennten Verfahren. Danach konnten Aussagen von Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren nur dann als Beweismittel verwertet werden, wenn die Beschuldigten und die Verteidigung während des

Verfahrens mindestens einmal mit diesen Mitbeschuldigten und deren Aussagen konfrontiert worden waren (Abs. 3). Mitbeschuldigte in getrennten Verfahren wurden als Auskunftspersonen einvernommen (Abs. 4). Bereits vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich bei Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO eine formelle Betrachtungsweise des Begriffs «Mitbeschuldigte»; Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO ist somit dahingehend auszulegen, dass einer beschuldigten Person nur dann das Teilnahmerecht an Einvernahmen von «Mitbeschuldigten» zu gewähren ist, wenn diese im gleichen Verfahren verfolgt werden. Dies drängt sich umso mehr auf, als das in Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO spezifisch genannte Teilnahme- und Mitwirkungsrecht aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliesst (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO) und letzteres gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO den Verfahrensbeteiligten zu gewähren ist. Die Teilnahmeberechtigung steht somit nur den Verfahrensbeteiligten zu; diesen muss ferner gemäss Gesetzeswortlaut Parteistellung zukommen (so auch *Wohlens*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2011, Art. 147 N 3). Wird gegen «Mitbeschuldigte» in getrennten Verfahren ermittelt, kommt ihnen im jeweils anderen Verfahren keine Parteistellung zu bzw. sind sie – abgesehen von Art. 105 Abs. 1 lit. d StPO – keine Verfahrensbeteiligte. Sie sind daher – wie die Staats- und Generalstaatsanwaltschaft zu Recht festhält – als Auskunftspersonen einzuvernehmen (Art. 178 Abs. 1 lit. f StPO; so auch Art. 159 Abs. 4 VE StPO).

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer in Bezug auf den Tatvorwurf «Frauenfeld» im vom Kanton Thurgau gegen B. geführten Verfahren keine Teilnahmerechte zu gewähren gewesen wären. Eine Entfernung des Einvernahmeprotokolls vom 11. Januar 2011 und die Schwärzung der darauf bezugnehmenden Passagen des Einvernahmeprotokolls vom 21. Januar 2011 und des Schlussberichts vom 4. Juli 2011 drängen sich daher unter diesem Aspekt nicht auf. Damit braucht auf die weiteren, im Zusammenhang mit Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO gemachten Argumente des Beschwerdeführers und der Generalstaatsanwaltschaft nicht mehr eingegangen zu werden. Immerhin ist festzuhalten, dass die Teilnahme der beschuldigten Person bzw. deren Verteidigung an Beweiserhebungen nicht erst auf konkreten Antrag hin zu gewähren ist. Ferner ist der Befürchtung, wonach die Staatsanwalt-

schaft zwecks Umgehung der Teilnahmerecht vermehrt getrennte Verfahren gegen Mitbeschuldigte eröffnen könnte, zu entgegnen, dass mit Blick auf den Grundsatz der Verfahrenseinheit sachliche Gründe für eine getrennte Verfahrensführung vorliegen müssen (Art. 29 f. StPO) und eine getrennte Verfahrensführung ohne sachlichen Grund mit Beschwerde anfechtbar und somit nicht einfach dem Belieben der Staatsanwaltschaft anheimgestellt wäre.

6. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, im gegen den Beschwerdeführer geführten Verfahren dürften lediglich die Einvernahmen von B. verwertet werden, welche dieser in der Rolle als Auskunftsperson im Verfahren gegen den Beschuldigten gemacht habe (vgl. vorne E. 4.2 Absatz 2), ist festzuhalten, was folgt:

Dass auf Aussagen von Auskunftspersonen, die diese im eigenen Verfahren als beschuldigte Person gemacht haben, in jedem Fall nicht abgestellt werden dürfte, trifft in dieser Absolutheit nicht zu. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtung angezeigt: Die Staatsanwaltschaft ist befugt, Akten – einschliesslich Einvernahmeprotokolle – aus anderen Verfahren beizuziehen (Art. 194 Abs. 1 StPO). Dabei ist den Verfahrensbeteiligten das rechtliche Gehör zu gewähren. Aussagen von Belastungszeugen, worunter auch die Aussagen einer Auskunftsperson subsumiert werden (BGE 131 I 476 E. 2.2.), sind gemäss der Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK dann verwertbar, wenn die beschuldigte Person wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, das Zeugnis in Zweifel zu ziehen und Ergänzungsfragen zu stellen. Die beschuldigte Person muss in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage zu prüfen und ihren Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und in Frage zu stellen (BGE 133 I 33 E. 3.1; Entscheid des Bundesgerichts 6B\_251/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 2.3.2; je mit Hinweisen). Dieser Anspruch auf Konfrontation bzw. der Anspruch, dem Belastungszeugen Fragen stellen zu können, ist dann absolut, wenn das Zeugnis für den Schuldspruch ausschlaggebend ist. Im Fall, dass die einvernommene Person berechtigterweise die Aussagen bzw. die Beantwortung von Ergänzungsfragen anlässlich einer Konfrontation verweigert, verhält es sich im Ergebnis nicht anders, als wenn

sie nicht erschienen oder nicht erreichbar wäre (Entscheid des Bundesgerichts 6B\_670/2012 vom 15. Juli 2013 E. 4.3 mit weiteren Hinweisen; auch zum Folgenden). Der Fall der Aussageverweigerung ist somit demjenigen der Unerreichbarkeit gleichzustellen. Auf eine frühere Aussage des Belastungszeugen bzw. der Auskunftsperson kann nur abgestellt werden, wenn sie für den Schuldspruch nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Vorliegend wurden der Auskunftsperson B. am 21. Januar 2011 in Anwesenheit der Verteidigung des Beschwerdeführers ihre Aussagen aus dem thurgauischen Verfahren vorgehalten. Anlässlich dieser Einvernahme hat B. weder die früheren Aussagen widerrufen noch die Aussage verweigert. Die Verteidigung des Beschwerdeführers konnte demnach das Fragerecht ausüben und die Glaubhaftigkeit der Aussage prüfen. Damit sind die Verteidigungsrechte gemäss Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK hinlänglich gewährt worden. Einer Verwertung der von der Staatsanwaltschaft beigezogenen Einvernahmeprotokolle von B. vom 5. und 11. November 2010 sowie vom 11. Januar 2011 steht demzufolge auch unter diesem Gesichtspunkt nichts entgegen.

Diesen Ausführungen folgend ist die Beschwerde abzuweisen.

(...)

#### BEMERKUNG:

*Dieser Entscheid ist ein wesentlicher Beitrag zur Auslegung von Art. 147 Abs. 1 StPO. Er setzt sich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Teilnahmerecht des Mitbeschuldigten in BGE 139 IV 25 auseinander und führt diese Rechtsprechung für Beschuldigte, die (in verschiedenen Kantonen) in getrennt geführten Verfahren behandelt werden, konsequent weiter. Einvernahmen anderer beschuldigter Personen sind demnach über deren Einvernahme als Auskunftsperson ins Verfahren gegen den Beschuldigten einzuführen, unter Wahrung seiner Teilnahmerechte. Die früheren Aussagen der Auskunftsperson in ihrem eigenen Verfahren sind dann im Verfahren gegen den Beschuldigten grundsätzlich ebenfalls verwertbar.*

Annette Dolge

**Rezeension****Ernst Platz – Der Vergleich im schweizerischen Recht, 347 S.,  
Zürich/St. Gallen 2014**

Es gilt hier eine brandneue zivilprozessuale Arbeit über den Vergleich im schweizerischen Recht anzuzeigen. Diese umfassende Studie erschöpft sich keineswegs in der theoretischen Behandlung der Probleme, sondern basiert ganz offensichtlich auf gerichtlichen Erfahrungen des Autors. Im Zentrum steht eine sorgfältige Darstellung des gerichtlichen Vergleichs. Die sich in der Praxis nicht selten stellenden Probleme des zulässigen Inhaltes (dieser muss sich nach dem Autor zutreffend nicht auf den Verfahrensgegenstand beschränken), der Wirkungen, der Anfechtung, der Rechtskraft und der Vollstreckung erfahren eine tiefe und breite Darstellung. Praktisch dieselben Fragen erörtert der Autor beim «Vergleich in der gerichtlichen Meditation». Als Pedant zu diesen beiden Vergleichsarten erfährt auch der aussergerichtliche Vergleich eine angemessene Darstellung. Mangels Regelung im schweizerischen Recht wird dieser den Innominatkontrakten zugeordnet und vom Autor als rein schuldrechtlicher Vertrag behandelt. An verschiedenen Orten erfolgt auch ein aufschlussreicher Ausblick zu den internationalrechtlichen Fragestellungen.

Besonders wertvoll für die Alltagsarbeit in den Schlichtungsbehörden, Gerichten und der Advokatur sind die abschliessenden «Praktischen Aspekte des Vergleichsabschlusses». Hier werden nicht weniger als 24 Seiten der Redaktion des Vergleichsabschlusses gewidmet, eine Fundgrube für alle Praktikerinnen und Praktiker. Zusammenfassend kann das Werk jeder Gerichts- und Anwaltskanzlei empfohlen werden.

*Karl Spühler*

---

---



## Was gibt's Neues bei den Gerichten?

### Kanton Appenzell I.Rh.

An den Bezirksgemeinden vom Sonntag, 4. Mai 2014, wurden als Richterinnen ins *Bezirksgericht Appenzell I.Rh.* gewählt *lic. iur. Anna Assalve-Inauen*, Rechtsanwältin (Bezirk Rüte) und *Kathrin Rechsteiner-Schäfer*, M.A. HSG, dipl. Wirtschaftspädagogin (Bezirk Schlatt-Haslen). Sie ersetzen die zurückgetretenen Marie-Louise Dörig (Bezirk Rüte) und Roman John (Bezirk Schlatt-Haslen).

### Kanton Graubünden

Der bisherige Vizepräsident des Kantonsgerichts von Graubünden, *lic. iur. Urs Schlenker*, tritt per Ende August 2014 altershalber aus seinem Amt zurück. Zum neuen Kantonsrichter wählte der Grosse Rat am 24. April 2014 *Dr. iur. Peter Schnyder*, der bisher als Rechtsanwalt und Notar tätig war. Er wird sein Amt am 1. September 2014 antreten. Zur neuen *Vizepräsidentin* des Kantonsgerichts wurde die bisherige Kantonsrichterin *lic. iur. Ursula Michael Dürst* ernannt.

### Kanton Zürich

Als neuer Präsident des *Bezirksgerichts Winterthur* wurde in stiller Wahl der bisherige Vizepräsident *lic. iur. Andreas Oehler* gewählt. Er ersetzt den altershalber zurückgetretenen *Dr. Bernhard Sager*.

# Neu in 2. Auflage

# Der massgebliche Kommentar zur StPO



Gesetzestext  
auch in  
englischer  
Sprache

**Kommentar zur  
Schweizerischen  
Strafprozessordnung (StPO)**

2. Auflage

Andreas Donatsch  
Thomas Hansjakob  
Viktor Lieber (Hrsg.)

**August 2014**

2640 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-7255-6938-0  
CHF 448.00

**Herausgeber**

Prof. Dr. iur. Andreas Donatsch  
Dr. iur. et lic. oec. Thomas Hansjakob  
Dr. iur. Viktor Lieber

Am 1.1.2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 in Kraft getreten. Seit der ersten Auflage dieses Werkes im Jahr 2010 sind nicht nur Gesetzesrevisionen durchgeführt worden, sondern auch zahlreiche Urteile zur StPO ergangen – vereinzelt kaum vorauszusehende, wie diejenigen zur Rechtsmittellegitimation im Haftrecht oder zur Zuständigkeit des Bundesgerichts bei der Siegelung. Die 2. Auflage des Kommentars trägt neben den zur StPO seither publizierten Kommentaren und Lehrbüchern auch den unmittelbar bevorstehenden Entwicklungen (z.B. Entwurf der Änderungen zum BÜPF [Art. 269<sup>bis</sup> und 269<sup>ter</sup>]) Rechnung. Wie bisher werden die

einzelnen Normen dieses Gesetzes in konziser Weise und eingehend kommentiert. Die Literatur und Praxis werden analysiert und bei der Auslegung der einzelnen Gesetzesbestimmungen mit berücksichtigt. Der Gesetzestext ist wiederum in deutscher, französischer und italienischer Sprache abgedruckt. Zusätzlich ist er in die englische Sprache übersetzt worden. Dies mag vorab im Zusammenhang mit der Rechtshilfe in Strafsachen hilfreich sein. Bei der Gestaltung wurde Wert auf eine übersichtliche Darstellung und eine verständliche Sprache gelegt. Der Kommentar dürfte sowohl für den Praktiker als auch für den wissenschaftlich tätigen Juristen ein unentbehrliches Arbeitsinstrument darstellen.

# Frust am Bücherregal?

Wir  
feiern die  
**50.**  
Auflage



**ZGB/OR ist seit über  
100 Jahren gut aufgelegt.**

**Die klassische Textausgabe von  
Gauch/Stöckli mit Anhängen,  
Querverweisen, Sachregister und  
Anmerkungen.**

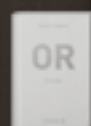
Diese Textausgabe ist auch nach 100 Jahren zu Recht die richtige Wahl. In seiner 50. Auflage bietet der Klassiker erneut weit mehr als die bloße Wiedergabe von Gesetzestexten: Hinweise auf Materialien, eine Vielzahl systematischer Querverweise, ein Sachregister, informative Anmerkungen über bevorstehende Änderungen, einschlägige Nebengesetze, Staatsverträge und Verordnungen sowie ein kostenloser Update-Service machen den Unterschied. Alles nach wie vor im kompakten Format, als Gesamtband oder als Teilbände.



50. Auflage  
2268 Seiten, gebunden  
CHF 158.00  
978-3-7255-6976-2



50. Auflage  
1052 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6978-6



50. Auflage  
1366 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6977-9

