

Rechenschaftsbericht  
über die Rechtspflege  
des Kantons Uri  
in den Jahren  
1996 und 1997

März 1998

**Das Obergericht des Kantons Uri  
an den Landrat des Kantons Uri**

Sehr geehrte Frau Präsidentin  
Sehr geehrte Damen und Herren

In Nachachtung von Art. 102 Abs. 2 KV wird Ihnen Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege im Kanton Uri in den Jahren 1996 und 1997 erstattet.

Das Obergericht empfiehlt den Rechenschaftsbericht Ihrem Interesse und ersucht Sie um dessen Genehmigung.

Altdorf, 16. März 1998

OBERGERICHT DES KANTONS URI

Der Präsident: R. Dittli

Der Gerichtsschreiber: R. Grünvogel

# Inhaltsverzeichnis

Seite

## 1. Teil: Rechenschaftsbericht

<b>A</b>	<b>Allgemeines</b>	
I	Gestaltung Bericht	4
II	Personelles	4
III	Weiterbildung	5
IV	Räumlichkeiten	5
V	Verschiedenes	5
<b>B</b>	<b>Tätigkeit der richterlichen Behörden</b>	
I	Vermittler	7
II	Landgerichtspräsidenten	7
III	Landgerichte	9
IV	Obergericht	11
V	Staatsanwaltschaft	15
VI	Verhörer	15
VII	Jugendanwaltschaft	17
VIII	Jugendgericht	18
<b>C</b>	<b>Tätigkeit übriger Behörden</b>	
I	Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte	18
II	Kommission für die Prüfung der Anwälte und Notare	19
III	Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs	19
IV	Betreibungsämter	20
V	Konkursämter	20
VI	Schätzungskommission im Expropriationsverfahren	21

## 2. Teil: Auszüge aus Gerichtsentscheiden

A	Zivil- und Zivilprozessrecht	22
B	Straf- und Strafprozessrecht	37
C	Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtspflege	47
D	Aufsicht über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte	120
E	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	129

## 3. Teil: Abkürzungsverzeichnis

132

# 1. Teil: Rechenschaftsbericht

## A Allgemeines

### I Gestaltung Bericht

Das geltende Gesetz über die Organisation der richterlichen Behörden (Gerichtsorganisationsgesetz, GOG, RB 2.3221) ist seit 1. Juni 1995 in Kraft. Die aktuelle Berichtsperiode fällt damit ganz unter die neue Gerichtsorganisation. Der vorliegende Bericht lehnt sich in seiner Gestaltung an den letzten, der bereits auf die neue Gerichtsorganisation ausgerichtet wurde. Damit sollen aussagekräftige Vergleiche über die Tätigkeit der richterlichen Behörden in der Vor- und der jetzigen Periode ermöglicht werden. Die Statistik mit Hilfe der neuen EDV-mässigen Geschäftskontrolle ist aber noch im Aufbau. Änderungen gegenüber der letzten Berichtsperiode haben sich ergeben, weitere werden noch folgen. Einzelne Vorberichtsdaten sind daher mit vertretbarem Aufwand nicht greifbar. Da nur alle zwei Jahre Gelegenheit besteht, ergangene Entscheide im Rechenschaftsbericht zu veröffentlichen, werden, soweit von aktuellem Interesse, Entscheide bis zum Datum des Berichts berücksichtigt, somit über die Berichtsperiode hinausgehend. Die Entscheidsammlung enthält vor allem Entscheide, die der Rechtsfortbildung dienen. So werden insbesondere Entscheide über die Anwendung neuer, ebenfalls am 1. Juni 1995 in Kraft getretener Verfahrensbestimmungen publiziert. Gerade dies spricht für das möglichst frühe Erscheinen des Berichtes. Der Berichtsteil Jugendanwaltschaft verbleibt vergleichsweise relativ ausführlich. Es geht um Kinder und Jugendliche. Ein erhöhtes Berichtsinteresse darf angenommen werden. Zahlen allein sind nur beschränkt wirklichkeitsgetreue Abbildung der Geschäftslast. Von grösserer Bedeutung als die Anzahl Geschäfte sind deren Umfang und Komplexität. Auch sind die Anforderungen an die Begründungsdichte eines Entscheides bei den Rechtsmittelinstanzen in der Regel höher.

### II Personelles

Landgerichtspräsident Dr. iur. Robert Regli demissionierte auf Mitte der Amtsperiode. Dr. iur. Bruno Aschwanden wurde vom Volk als neuer Landgerichtspräsident Uri gewählt. Der Amtsantritt erfolgte am 1. Juni 1997. Bereits am 1. Mai 1996 trat lic. iur. Gianpietro Cantoni als neuer Obergerichtsschreiber sein Amt an. Er ersetzte lic. iur. Marcel Maillard, der ebenfalls zurückgetreten war. Lic. iur. Tobias Kauer ist gestützt auf eine Vereinbarung des Kantons Nidwalden mit den Kantonen Obwalden und Uri über die Zusammenarbeit bei der Verfolgung von Wirtschaftsdelikten seit Anfang 1996 als a.o. Verhörrichter für Wirtschaftsdelikte im Kanton Uri tätig. Der Landrat wählte das Jugendgericht für die Amtsdauer vom 1. Juni 1996 bis 31. Mai 2000. Neue Präsidentin ist lic. iur. Ruth Wipfli Steinegger, neue Vizepräsidentin Natalia Russi-Berther. Alfred Poletti als Präsident und weitere Mitglieder waren zurückgetreten. Dr. iur. Emanuel Strub und lic. iur. Hansjörg Felber wurden durch das Obergericht als neue Ersatzmitglieder der Kommission für die Prüfung der Anwälte und Notare gewählt. In verschiedenen Gemeinden wurden die Vermittler- und Betreibungsämter oder deren Stellvertretung neu besetzt. Ebenso ergaben sich Änderungen beim Konkursamt. Nach mehr als zwanzigjähriger Tätigkeit demissionierte Dr. iur. Walter Zwysig als Konkursbeamter I. Der Landrat wählte den bisherigen Konkursbeamten II, lic. iur. Andreas Bilger, zum Vorsteher des nunmehr einzigen Konkursamtes und Gallus Grepper-Mahler zum stellvertretenden Konkursbeamten. Der Amtsantritt erfolgte in beiden Fällen am 1. Januar 1997. Die personelle Zusammensetzung der richterlichen und der im Rechenschaftsbericht aufgeführten übrigen Behörden ergibt sich im Weiteren aus dem Staatskalender. Den zurückgetretenen Behördenmitgliedern gilt an dieser Stelle der nochmalige Dank für die geleisteten Dienste. Am 7. Oktober 1996 fand in der St. Jakob-Kappelle in Isenthal die Vereidigung des Jugendgerichtes Uri statt. Die Getschwiler-Kappelle in Spiringen bildete am 30. Juni 1997 den äusseren Rahmen für die Vereidigung von Vermittlerinnen und Vermittlern.

### **III Weiterbildung**

Die Weiterbildung blieb wichtiges Anliegen. Entsprechende Veranstaltungen widmeten sich dem Rechtsschutz durch Organe der EMRK, dem Zivil- und Strafprozessrecht, dem Gleichstellungsgesetz, dem Scheidungsprozess, dem SchKG, dem Lasergeschwindigkeitsmesssystem, der Strafzumessung und Gewährung des bedingten Strafvollzugs nach der neuen Praxis des Bundesgerichts, dem Strafvollzug, Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, der AHV-Gesetzgebung und der Arbeitslosenversicherung. Je nach Thema nahmen jeweils Mitglieder verschiedener Gerichtsinstanzen an den Veranstaltungen teil. Die Vermittlerinnen und Vermittler und deren Stellvertreterinnen und Stellvertreter wurden zu einer Instruktion eingeladen. Auf dem Gebiete des SchKG wurden insbesondere die Betreibungsbeamtinnen und Betreibungsbeamten und deren Stellvertreterinnen und Stellvertreter über praxisrelevante Neuerungen der Gesetzesrevision instruiert. Die Veranstaltungen fanden inner- und ausserhalb des Kantons mit einheimischen und auswärtigen Referenten statt. Weitere Veranstaltungen z.B. zur Opferhilfe oder zu Rechtsfragen der Kausalität in der Sozialversicherung sind vorgesehen, ebenso weitere Instruktionen für die Vermittler- und Betreibungsämter.

### **IV Räumlichkeiten**

Im Herbst 1996 konnte das renovierte "Zieri-Haus" in Altdorf als neues Gerichtsgebäude bezogen werden. Der offiziellen Einweihung am 4. April 1997 folgte am 5. April 1997 für die Bevölkerung ein Tag der offenen Tür, welcher breiten Anklang fand. Die neuen Räumlichkeiten sind zweckmässig und erlauben weitgehend effiziente Abläufe.

### **V Verschiedenes**

Der Gedankenaustausch einer Delegation der Aufsichtskommission unter Beizug des Landgerichtspräsidenten Uri und der Landgerichtsvizepräsidentin Uri mit Vertretern des Urner Anwaltsverbandes im November 1996 diente der Erörterung gemeinsam interessierender Fragen.

Das Obergericht wurde zu verschiedenen Gesetzesvorlagen zur Stellungnahme eingeladen. Erwähnt seien auf bundesrechtlicher Ebene die Totalrevision der Bundesverfassung, das Bundesgesetz über das Bundesgericht, das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, das Bundesgesetz über den Konsumkredit, die Gebührenverordnung zum SchKG und das Bundesgesetz über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie den Einsatz technischer Überwachungsgeräte. Auf kantonrechtlicher Ebene sind die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, das Einführungsgesetz zum SchKG und die Verordnung zum Schulgesetz anzuführen. In seinen Mitberichten auferlegt sich das Obergericht in politischer Hinsicht Zurückhaltung. Es interessiert insbesondere, ob der Rechtsschutz verbessert oder verschlechtert wird, ob er einfach, rasch und wirksam ist und welche Auswirkungen auf die kantonale Gerichtsbarkeit zu erwarten sind.

Die Entlassung eines wegen sexuellen Handlungen mit Kindern Angeschuldigten aus der Untersuchungshaft ist in einzelnen Medien auf Kritik gestossen. Eine breite Öffentlichkeit wurde mit dem Fall konfrontiert. Die Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte ist im Rahmen der Fachaufsicht den sich stellenden Fragen nachgegangen. Die vorgebrachten Vorwürfe erwiesen sich als unbegründet. Beim verfahrensleitenden Verhörer konnte keine Amtspflichtverletzung festgestellt werden. Es wird weiter auf den veröffentlichten Entscheid Nr. 48 verwiesen.

Seit 1. Januar 1997 ist bei einzelnen richterlichen Behörden die EDV-Applikation Tribuna (Geschäftskontrolle) operationell. Die ersten Erfahrungen sind positiv. Die Einführung von Tribuna ist aber mit grossem zeitlichem und fachlichem Aufwand verbunden. Die Realisierung weiterer Bausteine steht bevor (Bibliotheks- und Präjudizienlösung).



## B Tätigkeit der richterlichen Behörden

Die Reihenfolge der Behörden ergibt sich grundsätzlich aus dem GOG. Die Vergleichszahlen der letzten Berichtsperiode werden jeweils in Klammern angeführt. Bei den noch hängigen Geschäften handelt es sich um Verfahren, die sistiert worden sind, bei denen ein Beweisverfahren hängig ist oder die erst gegen Ende der Berichtsperiode eingegangen sind und daher in dieser nicht mehr zur abschliessenden Behandlung gelangen konnten. Als erledigt gilt ein Verfahren, wenn die motivierte Ausfertigung des Entscheides versandt ist oder feststeht, dass, wo zulässig, keine Motivierung erfolgen muss.

### I Vermittler

#### Vermittlerstatistik

	Anzahl der durchgeführten Vermittlerverhandlungen		Ergebnis der Verhandlungen			
			vermittelt		unvermittelt	
Altdorf	31	(42)	10	(11)	21	(31)
Andermatt	5	(2)	1	(1)	4	(1)
Attinghausen	1	(4)	1	(2)	-	(2)
Bauen	1	(-)	1	(-)	-	(-)
Bürglen	14	(13)	6	(3)	8	(10)
Erstfeld	20	(22)	5	(7)	15	(15)
Flüelen	8	(11)	4	(5)	4	(6)
Göschenen	1	(1)	-	(1)	1	(-)
Gurtellen	1	(7)	1	(1)	-	(6)
Hospental	-	(1)	-	(-)	-	(1)
Isenthal	-	(1)	-	(1)	-	(-)
Realp	-	(-)	-	(-)	-	(-)
Schattdorf	12	(12)	8	(5)	4	(7)
Seedorf	5	(2)	4	(2)	1	(-)
Seelisberg	4	(1)	1	(1)	3	(-)
Silenen	5	(2)	1	(1)	4	(1)
Sisikon	2	(-)	2	(-)	-	(-)
Spiringen	4	(1)	4	(-)	-	(1)
Unterschächen	-	(2)	-	(2)	-	(-)
Wassen	1	(6)	-	(4)	1	(2)
<b>Total</b>	<b>115</b>	<b>(130)</b>	<b>49</b>	<b>(47)</b>	<b>66</b>	<b>(83)</b>

Es musste eine (-) Ordnungsbusse vom Vermittler ausgesprochen werden (Vermittleramt Silenen).

Vermittlungsbegehren, die durch die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller zurückgezogen worden sind - vor allem nach erfolgtem Hinweis auf die fehlende Zuständigkeit (Art. 190 Abs. 2 ZPO) - , sind statistisch nicht erfasst.

## II Landgerichtspräsidenten

### A Landgerichtspräsident Uri

#### 1. Geschäftslast

Neueingänge	aus Vorperiode übernommen	erledigt	davon ohne Motiv	pendent
-------------	------------------------------	----------	---------------------	---------

772	(922)	88	(83)	742	(917)	-	118	(88)
-----	-------	----	------	-----	-------	---	-----	------

## 2. Geschäftsfälle/Art der Erledigung

	Erledigungs- beschlüsse	Abweisung	Gutheissung
Familienrecht	35	5	48
Erbrecht	1	-	-
Sachenrecht	40	6	56
Nebenerlasse zum ZGB	-	-	1
Allgemeine Bestimmungen OR	2	-	-
Arbeitsvertragsrecht	14	2	3
Miet- und Pachtrecht	11	-	2
Übriges Vertragsrecht	14	-	8
Handelsrecht	1	-	1
Wertpapierrecht	1	-	11
Rechtshilfe	49	-	-
Unentgeltliche Rechtspflege	2	4	15
Befehlsverfahren	4	1	5
Vorsorgliche Massnahmen	1	1	2
Vorsorgliche Beweisabnahme	-	-	1
Allgemeine Verbote	1	1	16
Vollstreckungen	-	-	1
Rechtsöffnungsverfahren	73	26	110
Konkursverfahren	57	2	72
Arrest	1	1	10
Haftentlassung/-verlängerung	3	2	12
Überwachung gemäss StPO 133	-	-	3
Übrige Verfahren	3	1	-
<b>Total</b>	<b>313</b>	<b>52</b>	<b>377</b>

Durch die Einführung von Tribuna hat sich gegenüber der letzten Berichtsperiode die Zuordnung der einzelnen Fälle zu Rechtsgebieten bzw. Verfahrensarten teilweise geändert. Es werden daher keine Vorberichtsdaten angeführt.

## B Landgerichtsvizepräsidentin Uri

### 1. Geschäftslast

Neueingänge	aus Vorperiode übernommen	erledigt	davon ohne Motiv	pendent
40	(36)	-	(-)	40
				(36)
				-
				-
				(-)

### 2. Geschäftsfälle/Art der Erledigung

	Abschreibung	Abweisung Nichteintreten	Gutheissung
Rekurse gegen Verfügungen des Verhorrichters und des Staatsanwaltes	2	(2)	2
			(12)
			1
			(1)



Amtliche/notwendige Verteidigungen	-		3		26	
Weitere nach Strafprozessordnung	-	(-)	1	(-)	5	(21)*
Total	2	(2)	6	(12)	32	(22)

\* In der Vorberichtsperiode waren die amtlichen/notwendigen Verteidigungen in dieser Zahl mit-enthalten.

## C Landgerichtspräsident Ursern

### 1. Geschäftslast

Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		davon ohne Motiv		pendent	
38	(100)	2	(1)	38	(101)	-		2	(2)

### 2. Rechtsgebiete/Art der Erledigung

	Abschreibung	Abweisung Nichteintreten	Gutheissung
Eherecht	-	-	6
Sachenrecht	3	-	2
Mietrecht	1	-	1
Arbeitsvertragsrecht	6	-	2
SchKG	3	-	8
Andere	4	1	1
Total	17	1	20

## III Landgerichte

### A Landgericht Uri

#### 1. Zivilrechtliche Abteilung

##### 1.1 Geschäftslast

Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		davon ohne Motiv		pendent	
142	(154)	48	(52)	136	(158)	-		54	(48)

##### 1.2 Rechtsgebiete/Art der Erledigung

	Erledigungs- beschlüsse	Abweisung	Gutheissung
Familienrecht	9	1	86
Erbrecht	3	-	-
Sachenrecht	2	-	-
Allgemeine Bestimmungen OR	4	-	-
Miet- und Pachtrecht	4	-	-
Arbeitsvertragsrecht	3	-	-
Übriges Vertragsrecht	15	2	1

Schuldbetreibung und Konkurs	-	2	-
Ehrverletzung (Art. 173-178 StGB)	2	-	-
Erläuterung/Berichtigung (ZPO)	2	-	-
<b>Total</b>	<b>44</b>	<b>5</b>	<b>87</b>

Durch die Einführung von Tribuna hat sich gegenüber der letzten Berichtsperiode die Zuordnung der einzelnen Fälle zu Rechtsgebieten teilweise geändert. Es werden daher keine Vorberichtsahlen angeführt.

## 2. Strafrechtliche Abteilung

### 2.1 Geschäftslast

	Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		davon ohne Motiv		pendent	
Anklagen	145	(172)	70	(31)	195	(133)	157	20	(70)	
Gesuche										
• Umwandlung Busse in Haft	111	(41)	7	(-)	107	(34)	-	11	(7)	
• andere nach- trägliche rich- terliche An- ordnungen	3	(-)	1	(-)	4	(-)	-	-	(-)	

### 2.2 Art der Erledigung

Anklagen

Abschreibung		Verurteilung		teilweiser Freispruch		Vollständiger Freispruch	
64	(43)	121	(80)	4	(-)	6	(10)

Gesuche

Abschreibung		Abweisung		ganze/teilweise Guttheissung	
4	-	-	-	107	(34)

### 2.3 Rechtsgebiete \*

Strafgesetzbuch	151**	(29)
Strassenverkehrsgesetz	133	(76)
Betäubungsmittelgesetz	9	(2)
Gesetz über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern	4	(1)
Jagdschutzgesetz	1	(2)
Andere	8	(23)
<b>Total</b>	<b>306</b>	<b>(133)</b>

\* Es wurden nur die Hauptstrafatbestände aufgeführt bzw. erwähnt.

\*\* Davon sind 107 Umwandlungen von Busse in Haft.

## B Landgericht Ursern

## 1. Zivilgericht

### 1.1 Geschäftslast

Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		davon ohne Motiv		pendent	
26	(28)	2	(1)	25	(29)	1		3	(-)

### 1.2 Rechtsgebiete/Art der Erledigung

	Abschreibung	Abweisung Nichteintreten	Gutheissung
Eherecht	-	-	5
Forderungen	1	-	1
SchKG	7	-	4
unentgeltliche Rechtspflege	-	-	-
Andere	3	4	-
Total	11	4	10

## 2. Strafgericht

### 2.1 Geschäftslast

Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		davon ohne Motiv		pendent	
25	(28)	7	(-)	30	(28)	-		2	(-)

### 2.2 Rechtsgebiete/Art der Erledigung

	Abschreibung	Abweisung Nichteintreten	Gutheissung
StGB	-	1	4
SVG	3	-	15
BetmG	-	-	-
ANAG	-	-	-
JSG	-	-	-
Kantonales Recht	-	1	1
Andere	2	1	2
Total	5	3	22

## IV Obergericht

### 1. Gesamtgericht

Rechtsfälle waren keine zu entscheiden.

### 2. Zivilrechtliche Abteilung

## 2.1 Geschäftslast

angefallene Geschäfte	Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		davon ohne Motiv	pendent	
Berufungen	13	(29)	3	(2)	15	(28)	-	2	(3)
Rekurse	29	(67)	7	(8)	33	(68)	-	3	(7)
Gesuche	4	(4)	-	(2)	2	(6)	-	1	(-)
<b>Total</b>	<b>46</b>	<b>(100)</b>	<b>10</b>	<b>(12)</b>	<b>50</b>	<b>(102)</b>		<b>6</b>	<b>(10)</b>

## 2.2 Rechtsgebiete/Art der Erledigung

	Abschreibung		Nichteintreten		Abweisung		ganze/teilweise Gutheissung	
Ehe- und Kindesrecht	2	(3)	-	(1)	1	(2)	2	(5)
Erbrecht	-		-		1		1	
Sachenrecht	-	(3)	-	(-)	2	(2)	-	(-)
Kaufrecht	1		1		-		1	
Mietrecht	1	(-)	-	(-)	-	(3)	2	(-)
Arbeitsvertragsrecht	1	(-)	1	(-)	-	(1)	-	(3)
Werkvertragsrecht	1		-		1		-	
Zivilprozessrecht	2	(2)	1	(5)	-	(6)	8	(7)
SchKG	3	(5)	6	(2)	2	(10)	5	(17)
unentgeltliche Rechts- pflege	-	(-)	-	(-)	-	(7)	1	(4)
Andere	1	(3)	-	(-)	2	(4)	-	(7)
<b>Total</b>	<b>12</b>	<b>(16)</b>	<b>9</b>	<b>(8)</b>	<b>9</b>	<b>(35)</b>	<b>20</b>	<b>(43)</b>

## 2.3 Weiterzüge an das Bundesgericht

Es wurden 3 (1) Berufungen und 6 (5) staatsrechtliche Beschwerden erhoben. Die Berufung aus der Vorperiode wurde beurteilt. 1 Berufung wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten, 2 Berufungen wurden gutgeheissen. 1 Berufung wurde als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegengenommen und gutgeheissen. Sämtliche staatsrechtlichen Beschwerden wurden vom Bundesgericht abgewiesen oder es wurde darauf nicht eingetreten.

## 3. Strafrechtliche Abteilung

### 3.1 Geschäftslast

angefallene Geschäfte	Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		davon ohne Motiv	pendent	
Berufungen	20	(27)	2	(-)	16	(25)	4	6	(2)
Revisionen	-	(1)	-	(-)	-	(1)	-	-	(-)
nachträgliche richter- liche Anordnungen	1	(2)	-	(-)	1	(2)	-	-	(-)
<b>Total</b>	<b>21</b>	<b>(30)</b>	<b>2</b>	<b>(-)</b>	<b>17</b>	<b>(28)</b>	<b>4</b>	<b>6</b>	<b>(2)</b>

### 3.2 Rechtsgebiete/Art der Erledigung

Rückzug                      Nichteintreten                      Abweisung                      ganze/teilweise

	Abschreibung				Gutheissung			
StGB	1	(-)	1	(-)	1	(2)	-	(4)
SVG	2	(2)	1	(-)	10	(9)	1	(6)
SDR	-	(-)	-	(-)	-	(1)	-	(-)
BetmG	-	(-)	-	(-)	-	(-)	-	(1)
ANAG	-	(-)	-	(-)	-	(1)	-	(-)
JSG	-	(1)	-	(-)	-	(-)	-	(1)
<b>Total</b>	<b>3</b>	<b>(3)</b>	<b>2</b>	<b>(0)</b>	<b>11</b>	<b>(13)</b>	<b>1</b>	<b>(12)</b>

### 3.3 Weiterzüge an das Bundesgericht

Es wurden 3 (5) Nichtigkeits- und 2 (3) staatsrechtliche Beschwerden erhoben. Sämtliche (alle) Beschwerden wurden vom Bundesgericht abgewiesen oder es wurde darauf nicht eingetreten.

## 4. Verwaltungsrechtliche Abteilung

### 4.1 Geschäftslast

angefallene Geschäfte	Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		pendent	
Beschwerden	190	(145)	25	(25)	163	(145)	52	(25)
Klagen	2	(2)	-	(1)	-	(3)	2	(-)
<b>Total</b>	<b>192</b>	<b>(147)</b>	<b>25</b>	<b>(26)</b>	<b>163</b>	<b>(148)</b>	<b>54</b>	<b>(25)</b>

### 4.2 Rechtsgebiete/Art der Erledigung

#### a Sozialversicherungsrecht

	Abschreibung		Nichteintreten		Abweisung		ganze/teilweise Gutheissung		pendent
AHVG	15	(14)	1	(1)	1	(4)	1	(-)	3
IVG	9	(2)	-	(1)	5	(18)	10*	(11)	11
KVG	2	(1)	-	(-)	1	(2)	-	(1)	1
UVG	2	(2)	-	(-)	5	(2)	4**	(3)	7
AVIG	18	(10)	7	(-)	21	(28)	3	(4)	9
Andere	3	(2)	-	(1)	-	(2)	-	(1)	1
<b>Total</b>	<b>49</b>	<b>(31)</b>	<b>8</b>	<b>(3)</b>	<b>33</b>	<b>(56)</b>	<b>18</b>	<b>(20)</b>	<b>32</b>

\* davon 3 Neubeurteilungen v. Parteientschädigungen im kantonalen Verfahren

\*\* davon 2 Neubeurteilungen v. Parteientschädigungen im kantonalen Verfahren

#### b Abgaberecht

	Abschreibung		Nichteintreten		Abweisung		ganze/teilweise Gut- heissung		pendent
BdBSt/DBG	3	(2)	-	(-)	1	(6)	-	(1)	3
StG	3	(7)	-	(-)	1	(7)	-	(4)	4
GS-Schätzung	5		2		3		-		1
GGStG	1	(-)	1	(-)	-	(2)	-	(1)	-
<b>Total</b>	<b>12</b>	<b>(9)</b>	<b>3</b>	<b>(-)</b>	<b>5</b>	<b>(15)</b>	<b>-</b>	<b>(6)</b>	<b>8</b>

c Andere

	Abschreibung		Nichteintreten		Abweisung		ganze/teilweise Gutheissung		pen- dent
Ausländerrecht	2		1		6		1		11
Bau-/Raumplanungsrecht	2	(2)	2	(1)	3	(-)	-	(1)	1
Schulwesen	3		1		-		-		-
Stipendien	3		-		-		-		-
Verschiedene	5	(2)	2	(-)	2	(2)	2	(-)	2
<b>Total</b>	<b>15</b>	<b>(4)</b>	<b>6</b>	<b>(1)</b>	<b>11</b>	<b>(2)</b>	<b>3</b>	<b>(1)</b>	<b>14</b>

### 4.3 Weiterzüge an das Bundesgericht

Es wurden 2 (3) Verwaltungsgerichtsbeschwerden beim Bundesgericht eingereicht. Beide (1) Beschwerden wurde abgewiesen, 2 (2) Verfahren aus der Vorperiode sind noch hängig.

Beim Eidgenössischen Versicherungsgericht wurden 10 (13) Verwaltungsgerichtsbeschwerden eingelegt. 2 Beschwerden aus der Vorperiode wurden erledigt. 2 (7) Beschwerden wurden ganz oder teilweise gutgeheissen, 4 (4) Beschwerden wurden abgewiesen, 6 (2) Verfahren sind noch hängig.

Staatsrechtliche Beschwerden wurden 7 (4) beim Bundesgericht eingereicht. 1 Beschwerde aus der Vorperiode wurde erledigt. 1 (-) Beschwerde wurde abgeschrieben, auf 2 (1) Beschwerden wurde nicht eingetreten, 1 (1) Beschwerde wurde abgewiesen, 1 (1) Beschwerde wurde gutgeheissen, 3 (1) Verfahren sind noch hängig.

## 5. Jugendgerichtskommission

Die Jugendgerichtskommission hatte wie in der Vorperiode keine Geschäfte zu erledigen.

## 6. Obergerichtspräsident

### 6.1 Zivilprozess

Es war über 7 (1) Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie 1 (-) Gesuch um Sicherheitsleistung zu entscheiden. Das Gesuch um Sicherheitsleistung wurde abgewiesen. 2 (-) Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wurden abgeschrieben, 5 (-) Gesuche gutgeheissen.

### 6.2 Strafprozess

In der Berichtsperiode wurden 4 (-) Rekurse erhoben. Bei sämtlichen Rekursen war die Umwandlung von Busse in Haft Prozessthema. 3 (-) Rekurse wurden abgeschrieben, 1 (-) Rekurs wurde abgewiesen.

Es wurde 1 (2) Gesuch um Beigabe eines amtlichen Verteidigers gestellt. Das Gesuch wurde zurückgezogen.

## 7. Bemerkungen

Die Rubrik "Abschreibungen" umfasst auch Weiterleitungen bzw. Überweisungen an zuständige Behörden. Die steigende Anzahl von Abschreibungen ist grösstenteils auf Rückzüge der Rechtsmittel einleger nach erfolgter Instruktionsverhandlung oder Rücknahme der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz zurückzuführen.

Die Berichtsperiode ist geprägt von der steigenden Geschäftslast bei der verwaltungsrechtlichen Abteilung. Umgekehrt hatten die zivilrechtliche und strafrechtliche Abteilung deutlich weniger Eingänge zu verzeichnen. Insbesondere die sozialversicherungsrechtlichen Fälle zeichnen sich durch zunehmende Komplexität aus.

## V Staatsanwaltschaft

### 1. Tätigkeit

Strafbefehle	1'781	(2'131)
Einstellung von Strafverfahren	446	(615)
Verwarnungen (BetmG)	1	(12)
Strafverfahren vor Landgericht	179	(161)
Strafverfahren vor Obergericht	19	(26)
Strafverfahren vor Bundesgericht	3	(5)
Total	2'429	(2'950)

### 2. Bemerkungen

In die abgelaufene Berichtsperiode wurden um die 200 Geschäfte als Pendenzen übernommen, während am 31.12.1997 um die 250 Geschäfte pendent waren. Die vergangene Berichtsperiode zeichnet sich einerseits aus durch weniger Strafbefehle und Einstellungsverfügungen gegenüber der vorangehenden Berichtsperiode, andererseits mussten durch die Staatsanwaltschaft mehr, insbesondere zum Teil viel aufwendigere Anklageverfahren behandelt und vor Gericht vertreten werden, als in der Vorperiode.

## VI Verhörerichter

### 1. Allgemeines

Die Geschäfte wurden durch einen hauptamtlichen und einen nebenamtlichen Verhörerichter (Teilpensum ca. 60 %) sowie durch das Sekretariat erledigt.

### 2. Tätigkeit

#### 2.1 Eingelangte Untersuchungsgeschäfte

insgesamt	932	(1'058)
- Rechtshilfe für auswärtige Amtsstellen	152	(153)
- Amtliche Untersuchungen nach ZPO	-	(2)
- Nichteröffnungen	29	(35)
- Gerichtsstand	-	(2)

#### 2.2. Haftfälle

- männliche	58	(34)
- weibliche	4	(7)

### 2.3 Tatbestandsgruppen der Untersuchungsgeschäfte

#### a) StGB

Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben		
- Vorsätzliche Tötung	1	(2)
- Fahrlässige Tötung	8	(13)
- Körperverletzung (inkl. Tätlichkeiten)	55	(43)
Delikte gegen das Vermögen	197	(153)
Delikte gegen die Freiheit	18	(14)
Delikte gegen die Familie	8	(13)
Gemeingefährliche Delikte	20	(19)
Urkundenfälschung	8	(12)
andere Delikte	61	(34)

#### b) andere Bundesgesetze

SVG	215	(239)
ARV	2	(12)
SDR	15	(30)
BetmG	37	(48)
ANAG	27	(35)
Lotteriegesezt	1	(19)
verschiedene	21	(71)

#### c) kantonales Recht

Jagdverordnung	-	(14)
andere Erlasse	9	(25)

#### d) ausserordentliche Todesfälle

Selbsttötung		
- männlich	8	(14)
- weiblich	2	(5)
tödliche Bergunfälle	9	(12)
andere Unfälle	11	(29)

e) andere Todesursache	18	(12)
------------------------	----	------

### 3. Bemerkungen

In der Berichtsperiode wurde ein Rückgang der eingegangenen Untersuchungsgeschäfte verzeichnet. Verletzungen von Bestimmungen des Strassenverkehrsrechts waren weniger häufig als in der Vorperiode Gegenstand von Strafuntersuchungen. Andererseits haben Strafuntersuchungen wegen Vermögensdelikten stark zugenommen. Zunehmend war auch die Zahl der Haftfälle. Dem Rückgang der Geschäfte in absoluten Zahlen steht eine erneute Zunahme der aufwendigen und zeitintensiven Untersuchungen gegenüber. Dies hat sich auch in den Untersuchungskosten niedergeschlagen. Insgesamt konnten 709 Geschäfte erledigt werden. In die vergangene Berichtsperiode wurden 101 Pendenzen übernommen und 109 in die laufende übertragen.



## VII Jugendanwaltschaft

### 1. Allgemeines

Im Berichtsjahr 1996/1997 wurden weniger Jugendliche/Kinder verurteilt. Es handelt sich vor allem um eine Abnahme bei den SVG-Delikten. Im Bereich der Eigentumsdelikte (Diebstahl, Entwendungen, Hehlerei, Hausfriedensbruch sowie Sachbeschädigung) ist ein massiver Anstieg mit entsprechend hohem administrativem Aufwand zu verzeichnen.

Im Sanktionenbereich werden vermehrt Arbeitsleistungen ausgesprochen, was zu einem erhöhten Aufwand der Jugendanwaltschaft im Strafvollzugsbereich führt. Von den nachfolgend aufgeführten pendenten Fällen sind 30 strafrechtlich erledigt, der Strafvollzug ist jedoch noch nicht abgeschlossen.

### 2. Tätigkeit

#### 2.1 Geschäftslast

Neueingänge		aus Vorperiode übernommen		erledigt		pendent	
227	(247)	5	(5)	191	(247)	41	(5)

#### 2.2 Art der Erledigung

Strafverfügungen	145	(193)
Einstellungsverfügungen	30	(49)
Überweisung nach Art. 372 StGB	3	(5)
Überweisung an das Jugendgericht kein Strafverfahren eröffnet	1	(-)
	12	(-)

#### 2.3 Art der Massnahmen oder Strafen

Verweise	64	(100)
Busse bedingt	9	(-)
Bussen	45	(76)
Arbeitsleistungen	11	(3)
Erziehungsmassnahmen	1	(-)
Absehen von Massnahmen oder Disziplinarstrafen	14	(14)
Aufschub der Strafe oder Massnahme	1	(-)

#### 2.4 Alter der Verurteilten

Kinder (7. - 15. Altersjahr)		
weiblich	17	(34)
männlich	48	(72)
Jugendliche (15. - 18. Altersjahr)		
weiblich	11	(11)
männlich	69	(76)

## 2.5 Delikte

StGB	28	(10)
SVG	100	(175)
BetmG	5	(3)
ANAG	7	(2)
Andere	5	(3)

## 3. Bemerkung

Ein Verfahren gilt erst mit Abschluss der Vollzugsmassnahme als erledigt.

## VIII Jugendgericht

Beim Jugendgericht wurde in der Berichtsperiode 1 (-) Straffall anhängig gemacht. Er konnte am Protokoll abgeschrieben werden.

## C Tätigkeit übriger Behörden

Als übrige Behörden gelten nichtrichterliche Behörden, die durch das Obergericht gewählt werden oder unter dessen Aufsicht stehen.

### I Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte

#### 1. Aufsicht über die richterlichen Behörden

Es wurden 9 (4) Aufsichtsbeschwerden eingereicht. 1 (2) noch in der Vorperiode eingereichte Aufsichtsbeschwerde wurde behandelt. 4 (-) Beschwerden wurden abgeschrieben, 3 (1) Beschwerden wurde keine, 1 Beschwerde wurde keine weitere Folge geleistet. 2 (-) Aufsichtsverfahren wurden eingeleitet. Sie sind geschlossen. Disziplarmassnahmen mussten keine verfügt werden.

3 (-) Ausstandsstreitigkeiten wurden bei der Aufsichtsbehörde anhängig gemacht. 2 Gesuche wurden abgewiesen. 1 Gesuch musste auf die neue Berichtsperiode übertragen werden.

Es wurden 3 (-) Wiedererwägungsgesuche eingereicht. Auf 2 Gesuche wurde nicht eingetreten. Das dritte konnte abgeschrieben werden.

#### 2. Aufsicht über die Rechtsanwälte

Gegen im Kanton Uri berufstätige Rechtsanwälte wurden 2 (-) Aufsichtsbeschwerden eingereicht. 1 Beschwerde wurde abgeschrieben, 1 Beschwerde Folge geleistet. Disziplarmassnahmen mussten keine verfügt werden.

#### 3. Erteilung des kantonalen Anwaltspatentes

1996 wurde lic. iur. Petra Muheim, von Flüelen, in Altdorf, und 1997 lic. iur. Roman Balli, von Cavergno TI, in Altdorf, das urtherische Anwaltspatent erteilt. 1 Praktikanten wurde für die Praktikumsdauer die Parteivertretung vor Gericht bewilligt.

#### 4. Erteilung der Bewilligung zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes

In der Berichtsperiode wurden 59 (58) generelle Berufsausübungsbewilligungen an Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen mit ausserkantonalem Patent erteilt. Zudem wurde 6 (1) Anwälten und Anwältinnen die Bewilligung erteilt, eine Partei in einem bestimmten Verfahren zu vertreten.

## 5. Weiterzüge an das Bundesgericht

Es wurde keine (2) staatsrechtliche Beschwerde erhoben.

## II Kommission für die Prüfung der Anwälte und Notare

In der Berichtsperiode meldeten sich 3 (2) Kandidaten und Kandidatinnen zur Prüfung an. 2 haben die Prüfung in der Berichtsperiode abgelegt und erfolgreich bestanden. 1 Kandidat ist für die Prüfung im Frühjahr 1998 angemeldet. Auch wurde 1 (-) Gesuch um Anrechnung von Praktikumszeit beurteilt.

## III Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs

### 1. Beschwerden und Gesuche

In der Berichtsperiode wurden 12 (16) Beschwerden nach Art. 17 SchKG eingereicht. 8 (11) Beschwerden richteten sich gegen Verfügungen des Betreibungsamtes, 4 gegen Verfügungen des Konkursamtes. Weiter wurde das von der Vorperiode übertragene Gesuch um Zusprechung einer Pauschalgebühr für amtliche Konkursverwaltung gutgeheissen. 2 (-) Beschwerdeverfahren mussten auf die neue Periode übertragen werden.

1 (-) Gesuch um Festlegung des Entgeltes für die amtliche Konkursverwaltung (Art. 47 Abs. 1 GebV SchKG) wurde gutgeheissen, ebenso 1 (-) Gesuch um Akteneinsicht.

1 (-) Aufsichtsanzeige wurde keine weitere Folge geleistet.

### Beschwerdeerledigung

Abschreibung		Nichteintreten		Abweisung		ganze/teilweise Gutheissung		pendent		Total	
4	(3)	2	(1)	1	(9)	3	(3)	2	(-)	12	(16)

Weiterzüge an das Bundesgericht waren wie in der Vorberichtsperiode keine zu verzeichnen.

### 2. Prüfung Geschäftsführung

Eine Delegation der Aufsichtsbehörde prüfte die Geschäftsführung der 20 (19) Betreibungs- sowie der beiden Konkursämter. Neu findet die Geschäftsprüfung jährlich (alle zwei Jahre) statt. Die Prüfung zeigte allgemein wiederum eine gute bis sehr gute Amtsführung. Disziplinar massnahmen mussten seitens der Aufsichtsbehörde keine verfügt werden.

## IV Betreibungsämter

### 1. Tätigkeiten nach SchKG

Die Geschäftslast ergibt sich aus der Betreibungsstatistik.

Betreibungsamt	Zahlungsbefehle		Pfändungs- ankündigungen		Pfändungen		Verwertungs- begehren		Konkursan- drohungen	
	96/97	(94/95)	96/97	(94/95)	96/97	(94/95)	96/97	(94/95)	96/97	(94/95)
Altdorf	2'067	(1'823)	1'030	(841)	968	(722)	238	(567)	46	(47)
Andermatt	508	(343)	253	(185)	91	(54)	69	(52)	3	(-)
Attinghausen	207	(210)	116	(51)	36	(27)	23	(7)	-	(4)
Bauen	36	(14)	24	(1)	24	(0)	2	(1)	-	(-)
Bürglen	499	(534)	245	(331)	148	(91)	87	(49)	6	(28)
Erstfeld	716	(969)	439	(580)	223	(223)	116	(121)	13	(9)
Flüelen	593	(420)	247	(102)	137	(55)	7	(21)	41	(26)
Göschenen	131	(121)	45	(35)	23	(24)	1	(-)	28	(11)
Gurtellen	216	(310)	146	(165)	61	(61)	32	(45)	3	(29)
Hospental	23	(12)	7	(-)	3	(-)	3	(-)	-	(-)
Isenthal	33	(48)	2	(11)	-	(-)	-	(-)	-	(-)
Realp	16	(12)	2	(-)	-	(-)	-	(1)	-	(-)
Schattdorf	614	(618)	193	(173)	100	(81)	6	(13)	2	(12)
Seedorf	262	(192)	153	(96)	53	(56)	47	(29)	10	(-)
Seelisberg	62	(46)	11	(6)	10	(2)	-	(-)	-	(-)
Silenen	198	(265)	93	(154)	63	(79)	41	(59)	-	(7)
Sisikon	117	(48)	53	(16)	40	(13)	26	(6)	-	(-)
Spiringen	88	(52)	22	(5)	7	(1)	-	(1)	1	(1)
Unterschächen	32	(32)	5	(11)	-	(2)	-	(-)	-	(-)
Wassen	78	(111)	32	(30)	23	(10)	-	(-)	-	(4)
<b>Total</b>	<b>6'496</b>	<b>(6'180)</b>	<b>3'118</b>	<b>(2'793)</b>	<b>2'010</b>	<b>(1'501)</b>	<b>698</b>	<b>(972)</b>	<b>153</b>	<b>(178)</b>

### 2. Weitere Tätigkeiten

Die Betreibungsämter führten auch in der vorliegenden Berichtsperiode das Eigentumsvorbehaltsregister sowie das Viehverschreibungsprotokoll.

## V Konkursämter

Beim Konkursamt gingen in der Berichtsperiode 27 (22) Konkurse ein. Mit den aus der Vorperiode übernommenen Verfahren konnten 20 (12) Verfahren abgeschlossen werden, so dass 15 (15) Verfahren noch nicht erledigt werden konnten. Die Verluste aus ordentlichen und summarischen Konkursverfahren betragen 1996 Fr. 3'875'801.65 (1994 Fr. 2'272'272.25) und 1997 Fr. 16'594'601.-- (1995 Fr. 4'090'934.--), somit total Fr. 20'470'402.65.-- (Fr. 6'363'206'25). Zudem gingen beim Konkursamt 8 (5) Rechtshilfebegehren ein, welche allesamt erledigt wurden.

Allgemein kann festgehalten werden, dass die Anzahl der eröffneten Verfahren, nachdem zu Beginn der Berichtsperiode ein Rückgang festzustellen war, wieder eine steigende Tendenz aufweist. Im Weiteren kann festgestellt werden, dass der Umfang der Verfahren zugenommen hat. Dies hat damit zu tun, dass vermehrt Geschäftsbetriebe auf dem konkursamtlichen Weg liquidiert wurden. Zudem waren in den einzelnen Verfahren vermehrt Liegenschaftsverwaltungen durch das Konkursamt zu übernehmen (58 während der Berichtsperiode). Stark rückläufig sind die Konkursöffnungen zufolge Insolvenzerklärung. Dies hat damit zu tun, dass aufgrund der SchKG-Revision der "Privatkonkurs" erschwert wurde. Die massive Zunahme der Verluste im Jahr 1997 ist insbesondere auf drei grössere Konkursverfahren zurückzuführen, die in diesem Jahr zum Abschluss gelangten und insgesamt eine Verlustsumme von ca. Fr. 14'000'000.-- aufwiesen.

Geprägt war die Berichtsperiode weiter durch die organisatorische Umstellung von zwei Konkursämtern (ehemals Konkursamt I und Konkursamt II) auf nur noch ein Konkursamt "Uri". Der Publi-

kumsverkehr konnte damit verbessert und die internen Vertretungsverhältnisse vereinfacht werden.

## **VI Schätzungskommission im Expropriationsverfahren**

In der Berichtsperiode gingen bei der Schätzungskommission im Expropriationsverfahren 3 (-) Gesuche um vorzeitige Besitzeseinweisung ein. Sämtliche Gesuche betrafen das gleiche Bannwalderschliessungsprojekt einer Einwohner- und Korporationsgemeinde. Die Expropriationsschätzungskommission hat in 2 Fällen das Gesuch um vorzeitige Besitzeseinweisung gutgeheissen, in 1 Fall hat sie das Gesuch abgewiesen.

## 2. Teil: Auszüge aus Gerichtsentscheiden

### A Zivil- und Zivilprozessrecht

**Nr. 1 Zivilprozessordnung. Art. 84 lit. f ZPO. Auch im Rekursverfahren muss eine sachbezogene Begründung der Begehren vorliegen.**

Obergericht, 10. September 1996, OG Z 96 12

#### **Aus den Erwägungen:**

4. Jedem Begehren in der Rechtsschrift muss auch eine Begründung entsprechen. Rechtserhebliche Tatsachen sind umfassend und klar darzulegen. Soweit der Verhandlungsgrundsatz gilt, haben die Parteien rechtsbegründete und rechtsaufhebende Tatsachen, für die sie beweisbelastet sind, rechtzeitig und in gehöriger Form einzubringen, andernfalls riskieren sie, wegen fehlender oder ungenügender Substanziierung mit ihren Ansprüchen abgewiesen zu werden (Art. 84 lit. f ZPO; vgl. Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, S. 117). Auch im Rekursverfahren muss eine sachbezogene Begründung der Begehren vorliegen, die mindestens auf einen zulässigen Rekursgrund schliessen lässt. Der Rekurrent hat sich mit dem angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen und darzutun, weshalb dieser in den angefochtenen Punkten falsch sein soll. Die Überprüfung erfolgt aufgrund der in der Rekurschrift und Rekursantwort enthaltenen Ausführungen. Soweit die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt wird und für die Begründung dieser Rüge generell auf die Darlegungen in den Rechtsschriften vor Vorinstanz verwiesen wird, ist darauf nicht näher einzugehen. Die Verantwortung für die Urteilsgrundlage ist - wie bereits ausgeführt - bei den Parteien (Verhandlungsmaxime, Beibringungsgrundsatz, Art. 52 ZPO: Da mihi facta, dabo tibi ius; Gibst du mir die Fakten, gebe ich dir das Recht). Es kann nicht angehen, dass der Richter im Rechtsmittelverfahren die Begründung für vorgebrachte Rügen tatsächlicher Natur in den vorinstanzlichen Akten aufzuspüren hat, indem er die Rechtsschriften vor Vorinstanz nach einer möglichen Begründung durchsucht.

**Nr. 2 Zivilprozessordnung. Art. 112 Abs. 3, Art. 192 ZPO. Die Parteien, die im Kanton Uri Wohnsitz haben, sind verpflichtet, persönlich zur Vermittlerverhandlung zu erscheinen. Dies gilt auch bei Einrede der Rechtshängigkeit. Die Vermittlerkosten und die Parteientschädigung gehen zulasten der nicht erschienenen Partei.**

Obergericht, 6. Juni 1997, OG Z 97 5

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Angefochten ist der Kostenentscheid des Vermittleramtes S. vom 25. Februar 1997 betreffend die Vermittlungsverhandlung vom 21. Februar 1997. Es gilt zu prüfen, ob der Rekurrent zum persönlichen Erscheinen verpflichtet war.

a) Wird dem Vermittler ein Vermittlungsgesuch gestellt, hat er umgehend die Parteien zur Vermittlungsverhandlung vorzuladen (Art. 191 Abs. 1 ZPO), nachdem er seine sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amtes wegen geprüft hat (Art. 190 Abs. 1 ZPO). Erachtet er sich als unzuständig, teilt er das dem Kläger mit. Beharrt der Kläger auf dem Gesuch, hat der Vermittler das Verfahren durchzuführen (Art. 190 Abs. 2 ZPO). Dem Beklagten bleibt die Einrede der Unzuständigkeit vor dem Richter gewahrt (Art. 190 Abs. 2 ZPO in fine). Die Prüfung der Zuständigkeit kann und soll nur summarisch erfolgen. Letztlich bleibt es Sache des Richters, über die Zuständigkeit zu befinden (vgl. Art. 200 Abs. 2 ZPO; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, S. 256). Das Eintreten auf die Klage vor dem Vermittler gilt nicht als Einlassung (Art. 33 Abs. 2 ZPO in fine).

b) Aufgabe des Vermittlers ist es, die Parteien auszusöhnen. Er führt den Vermittlungsversuch durch (Art. 6 Abs. 1 ZPO). Der Vermittler wirkt auf eine sachgerechte Erledigung der Streitsache hin, ohne in der Sache selbst zu entscheiden (Art. 12 Abs. 1 GOG). Um ein Gespräch zwischen den Parteien zu ermöglichen, verlangen die Prozessordnungen deren persönliches Erscheinen (Art. 192 ZPO; Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1995, S. 288). Insbesondere die Parteien, die im Kanton Uri Wohnsitz haben, sind verpflichtet, persönlich zur Vermittlungsverhandlung zu erscheinen (Art. 192 Abs. 1 und 2 lit. a e contrario ZPO). Vertreten lassen kann sich, wer durch Krankheit oder aus einem anderen wichtigen Grund (z.B. Gebrechlichkeit, Untersuchungshaft, Strafvollzug, Militärdienst) verhindert ist (Art. 192 Abs. 2 lit. b ZPO; vgl. Wegleitung des Obergerichtes für die Vermittler des Kantons Uri vom 6.3.1996, S. 24). Die Begründetheit der Verhinderung muss belegt werden (z.B. Arztzeugnis, Marschbefehl; vgl. Wegleitung, a.a.O.).

Die Vorladung zur Vermittlungsverhandlung vom 21. Februar 1997 erfolgte unbestritten form- und fristgerecht. Unbestritten ist ebenfalls, dass der Rekurrent persönlich an der Verhandlung nicht teilnahm. Unbestritten ist weiter, dass der Rekurrent kein Arztzeugnis einreichte. Hingegen macht er geltend, dass er durch B. an der Verhandlung vertreten worden sei. Demgegenüber ergibt sich aus dem Verhandlungsprotokoll (vgl. Art. 196 ZPO), dass B. nur „Vertreter auch von Frau B.“ war und Rechtsanwalt W. „verlangt für die nicht erschienene Partei von M. den Weisungsschein und macht auf Art. 112 Abs. 3 ZPO aufmerksam“. Aus dem Protokoll ist nicht ersichtlich, dass B. Einwände gegen die Feststellung erhoben hätte, dass der Rekurrent als nicht erschienene Partei angesehen wurde. Gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO, die Bestimmung ist als allgemeine Verfahrensvorschrift auf das Vermittlungsverfahren anwendbar, beweist das Verhandlungsprotokoll die richtige Wiedergabe der festgehaltenen Aussagen und Wahrnehmungen, solange nicht die Unrichtigkeit seines Inhalts nachgewiesen ist (vgl. Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., S. 113). Die Unrichtigkeit ist vorliegend nicht nachgewiesen. Auch ist aus den vorliegenden Akten nicht ersichtlich, dass dem Vermittler Begehren um Berichtigung des Protokolls unterbreitet worden wären (Art. 62 Abs. 2 ZPO). In seiner Vernehmlassung zum vorliegenden Rekurs bestätigt der Vermittler vielmehr noch einmal, dass von den beklagten Parteien einzig Herr B. anwesend war, dies auch als Vertreter von Frau B., jedoch nicht von Herrn M. Es erscheint weiter eher als unüblich, dass ein Rechtsanwalt sich in einer ihn persönlich betreffenden Sache durch einen juristischen Laien vertreten lässt.

c) Der Rekurrent macht nun insbesondere die Einrede der Rechtshängigkeit geltend. Aufgabe der Rechtshängigkeitseinrede ist die Verhinderung mehrerer Prozesse über den nämlichen Streitgegenstand. Nicht nur sollen unnötige Prozesse verhütet, sondern vor allem sonst drohende Urteilskollisionen sollen verhindert werden (Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsgesetz, Basel/ Frankfurt am Main 1990, S. 222). Nach Art. 189 Abs. 1 ZPO wird eine Streitigkeit durch Einreichung des Vermittlungsgesuchs rechtshängig. Die Rechtshängigkeit bewirkt namentlich, dass während derselben der gleiche Anspruch nicht nochmals gerichtlich geltend gemacht werden kann (vgl. Vogel, a.a.O., S. 207 f.). Gemäss Art. 94 Abs. 2 lit. e ZPO hat der Richter im Rahmen seiner Entscheidung (vgl. Überschrift 1. Titel 4. Kapitel 7. Abschnitt ZPO) von Amtes wegen das Fehlen einer anderweitigen Rechtshängigkeit oder der rechtskräftigen Beurteilung der gleichen Streitsache als Prozessvoraussetzung zu prüfen. Der Vermittler dagegen kann, wie erwähnt, nach Art. 12 Abs. 1 GOG nur auf eine sachgerechte Erledigung der Streitsache hinwirken, mit anderen Worten eine Aussöhnung anstreben. Insbesondere kann er gemäss Art. 12 Abs. 1 in fine GOG in der Sache selbst nicht entscheiden (weder mit Urteil noch mit Erledigungsbeschluss, vgl. Art. 96 f. ZPO), er hat keine Spruchkompetenz (vgl. Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., S. 12). Der Vermittler ist mithin nicht Sachrichter und kann demnach nicht über die Einrede der Rechtshängigkeit entscheiden. Dies bleibt dem Sachrichter vorbehalten (vgl. Art. 94 Abs. 2 lit. e ZPO, Überschrift 1. Titel 4. Kapitel 7. Abschnitt ZPO). Der Vermittler muss, wie bereits erwähnt, sobald ein Vermittlungsgesuch gestellt wird, nach Prüfung seiner Zuständigkeit die Parteien umgehend zur Vermittlungsverhandlung einladen. Hier ist alsdann die Einrede der Rechtshängigkeit vorzubringen. Sinn und Zweck der Vermittlungsverhandlung verlangen das grundsätzlich persönliche Erscheinen der Parteien. Art. 192 ZPO auferlegt eine entsprechende Pflicht. Erscheint nun eine Partei ohne genügenden Grund (Art. 193 ZPO) nicht zur Ver-

mittlungsverhandlung, trägt sie die Vermittlerkosten und die Parteientschädigung an die Gegenpartei, die der Vermittler ihr auferlegt (Art. 112 Abs. 3 ZPO). Schikanöse Vermittlungsgesuche können für den Gesuchsteller Kostenfolgen nach sich ziehen (Art. 104 Abs. 3 lit. b und c ZPO; vgl. auch Art. 195 Abs. 2 2. Satz ZPO).

Somit erweist sich der Rekurs insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

**Nr. 3 Zivilprozessordnung. Art. 123 Abs. 1 ZPO. Zulässigkeit von ausserkantonalen Anwälten als unentgeltliche Rechtsbeistände. Die Entschädigung richtet sich nach Recht und Praxis des Prozesskantons (Bestätigung der Rechtsprechung).**

Obergericht, 6. Oktober 1997, OG Z 97 14 (siehe Nr. 12)

**Aus den Erwägungen:**

7. Die Rekurrentin macht weiter geltend, es sei ihr RA G. als unentgeltlicher Rechtsbeistand zuzuweisen. Es gilt nun zu prüfen, ob vorliegend auch ein ausserkantonaler Anwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand zugewiesen werden kann.

Wie erwähnt richten sich Inhalt und Umfang der unentgeltlichen Rechtspflege nach der ZPO (E. 4). Benötigt die Gesuchstellerin einen Rechtsbeistand, weist ihr der Richter einen im Kanton berufstätigen Rechtsanwalt zu. Er berücksichtigt dabei angemessen die Wünsche der Gesuchstellerin. Der zugewiesene Rechtsanwalt ist verpflichtet, den Prozess zu führen, wenn nicht zwingende Gründe, wie solche des Ausstandes, entgegenstehen (Art. 123 Abs. 1 ZPO). Eine Gesetzesbestimmung ist in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar bzw. sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zugrunde liegenden Wertungen. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt (BGE 113 II 410 E. 3a, 113 V 77 E. 3b, 112 Ib 470 E. 3b, 112 V 171 E. 3a, 111 V 127 E. 3b). "Im Kanton berufstätig" kann grundsätzlich verschiedene Bedeutungen haben. Im Kanton berufstätig ist ein Anwalt, der im Prozesskanton ein Anwaltsbüro führt oder in einem solchen tätig ist. Im Kanton berufstätig ist aber auch ein Rechtsanwalt mit Kanzlei ausserhalb des Prozesskantons, der aber für den Prozesskanton die Zulassungsbewilligung besitzt und hier regelmässig oder unregelmässig tätig ist. Den "Gesetzesmaterialien" (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16.02.1994 an den Landrat zur ZPO, Protokoll der landrätlichen Prüfungskommission zur Änderung der ZPO vom 15.03.1994 und Landratsprotokolle) lässt sich insoweit nichts entnehmen. Sie nehmen zur Frage der Zulässigkeit eines ausserkantonalen Anwaltes keine Stellung. Hingegen lässt sich dem Bericht und Antrag (S. 9) entnehmen, dass sich die geltende ernerische ZPO vom 23. März 1994 namentlich an jene der Kantone Luzern, St. Gallen und Aargau lehnt. Zur Bestimmung in Art. 123 ZPO selbst wird auf § 134 und 135 ZPO/LU, Art. 283 ZPO/SG und § 130 und 131 ZPO/AG verwiesen. In § 135 ZPO/LU und § 130 ZPO/AG wird zwischen kantonalen und ausserkantonalen Anwälten unterschieden, ebenso in der entsprechenden Literatur zu allen angeführten Prozessordnungen (vgl. Walter Düggelin, Das zivilprozessuale Armenrecht im Kanton Luzern, Zürich 1986, S. 178, wobei sich diese Arbeit noch auf die aZPO/LU vom 28.01.1913 bezieht; zur geltenden ZPO/LU vom 27.06.1994: Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., S. 200; Peter Schönenberger in Yvo Hangartner, Das st. gallische Zivilprozessgesetz, St. Gallen 1991, S. 271 f.; Beat Ries, Die unentgeltliche Rechtspflege nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1994, Aarau 1990, S. 206). Gemäss Düggelin (a.a.O.) erfolgen seit einigen Jahren auch in Zivilprozessen Beiordnungen ausserkantonomer Anwälte. Nach Studer/Rüegg/Eiholzer (a.a.O.) kann auch ein ausserkantonomer Anwalt auf Antrag des Gesuchstellers zu dessen Rechtsbeistand ernannt werden, wenn etwa ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht und sich dieser mit dem Fall schon befasst hat. Schönenberger (a.a.O.) hofft, dass die Praxis, wenn irgend möglich, auch künftig die freie Anwaltswahl selbst dann nicht unnötig beschränkt, wenn der Wunsch nach Beizug eines ausserkantonomer Anwaltes besteht. Nach Ries (a.a.O.) sind grundsätzlich auch nicht im Kanton wohnhafte oder tätige Rechtsanwälte zur unent-



geltlichen Rechtsvertretung zugelassen, sofern ihnen die Bewilligung zur Berufsausübung erteilt worden ist. Der ernerische Gesetzgeber musste sich schon aufgrund der publizierten Bundesgerichtsentscheide (z.B. BGE 113 Ia 69, 95 I 409), aber auch angesichts der sich bereits damals zeigenden Liberalisierungstendenzen im Anwaltsrecht (Erläuternder Bericht zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte, Anwaltsgesetz, BGFA, S. 5) und der zunehmenden Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts (vgl. Bericht und Antrag, S. 9), der Problematik bewusst sein. Die ZPO verzichtet aber auf die Unterscheidung kantonale/ausserkantonale Anwälte. Dies insbesondere auch im Gegensatz zur ZPO/LU (§ 135), an die sich die ZPO/UR vor allem anlehnt. Aus der Bestimmung in Art. 94 Abs. 4 aZPO/UR vom 28. Juni 1963 kann nur die grundsätzliche Idee des unentgeltlichen Rechtsbeistandes entnommen werden (vgl. Bruno Aschwanden, Grundzüge, Besonderheiten und Probleme des ernerischen Zivilrechtsverfahren, Diss. Zürich 1983, S. 98 ff.). Gemäss Art. 36 Abs. 2 VRPV wird ein im Kanton praktizierender Anwalt beigegeben. Laut Art. 56 Abs. 1 StPO werden der notwendige und amtliche Verteidiger aus der Zahl der im Kanton Uri praktizierenden, niedergelassenen Rechtsanwälte bezeichnet. Ausgehend davon, dass die Begriffe berufstätig und praktizierend gleichbedeutend sind (vgl. Duden, 21. Aufl., Band I, S. 583, linke Spalte), weicht die StPO von der ZPO und der VRPV ab, indem sie das zusätzliche Element der Niedergelassenheit aufführt. Die StPO stammt aus dem Jahre 1980. Mit Ausnahme der hier nicht interessierenden Bestimmungen über das Jugendstrafverfahren wurde sie am 1. September 1980 in Kraft gesetzt (Art. 291 Abs. 2 StPO, Fn 3). Die geltende ZPO und die geltende VRPV stammen aus dem Jahre 1994 und wurden auf den 1. Juni 1995 in Kraft gesetzt. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass analog der StPO nur im Kanton Uri niedergelassene Rechtsanwälte als unentgeltliche Rechtsbeistände zugewiesen werden dürfen, dann hätte dies im Zusammenhang mit der Revision der aus dem Jahre 1963 stammenden aZPO und dem Erlass der VRPV, bei der sich die gleiche Frage stellte, im Gesetzestext Einzug finden müssen. Das von Art. 56 Abs. 1 StPO her bekannte zusätzliche Kriterium des "niedergelassenen" Rechtsanwaltes wurde aber nicht in die geltende ZPO aufgenommen. Auf den 1. Juni 1995 wurden im Übrigen auch einige Bestimmungen der StPO angepasst. Art. 56 StPO hat jedoch keine Änderung erfahren. Gemäss Art. 123 Abs. 1 Satz 2 ZPO berücksichtigt der Richter angemessen die Wünsche des Gesuchstellers. Diese Berücksichtigung weist zumindest tendenziell auf einen weiteren Kreis der zugelassenen Rechtsanwälte hin. Einzig Satz 3 könnte darauf hinweisen, dass nur kantonale Anwälte zugelassen sind, da ausserkantonale nicht zur Prozessführung verpflichtet werden können (BGE 60 I 18; Studer/Rüegg/Eiholzer, a.a.O., S. 199; vgl. auch Beat Ries, a.a.O., S. 206 mit Verweis auf § 130 Abs. 3 ZPO). Es ist aber der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der Text von Art. 123 ZPO offensichtlich aus Satzelementen der entsprechenden Bestimmungen der Zivilprozessordnungen, an die sie sich lehnt, zusammengesetzt ist. Dies mit dem Nachteil der Gefahr des zumindest teilweisen Verlustes der inneren Geschlossenheit. Zudem wäre ein gänzlicher Ausschluss von ausserkantonalen Anwälten mit Art. 6 EMRK und Art. 4 BV nicht vereinbar. Wohl besteht kein absolutes Recht auf freie Wahl des amtlichen Anwalts (BGE 114 Ia 104, 105 Ia 302; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz vom 23.05.1989 über die Verwaltungspflege des Kantons Bern, Bern 1997, N 22 zu Art. 111). Unter besonderen Umständen ergibt sich ein solcher Anspruch aber aus der Verfassung. So, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht oder der fragliche Anwalt bereits anderweitig für die Partei tätig geworden ist (BGE 113 Ia 71; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O.; vgl. auch Studer/Rüegg/Einholzer, a.a.O., S. 200) oder wenn die Partei bereits den Anwalt ihrer Wahl mit Instruktionen versehen hat, dessen Kosten sie selbst zu tragen hätte, wenn ihr ein anderer Armenanwalt bestellt würde (BGE 95 I 412). Ob vorliegend solche besonderen Umstände gegeben sind, kann nach dem übrig Gesagten offen bleiben. Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass sich die in verschiedenen Kantonen geltende Ordnung, dass zu amtlichen Anwälten nur die im Prozesskanton wohnhaften oder ständig tätigen Rechtsanwälte ernannt werden können, mit sachlichen Gründen vertreten lasse. Diese Gründe sind im Wesentlichen: Der im Kanton niedergelassene Anwalt kennt sich im kantonalen Prozessrecht besser aus (BGE 113 Ia 71, 95 I 409). Nur die kantonalen Anwälte können zur Annahme eines Mandates verpflichtet werden (BGE 95 I 411, 60 I 17). Die Führung eines Prozesses durch einen ausserkantonalen Anwalt kommt in der Regel teurer zu stehen (längere Einarbeitungszeit angesichts des fremden Prozessrechts, höhere Reisekosten usw.; BGE 113 Ia 71). Die unentgeltliche Rechtsverteidigung soll somit einen wirksamen Rechtsschutz zu nicht unnötigen Kosten erlauben. Angesichts der noch bestehenden Unterschiede in den kantonalen (Zivil-) Prozessordnungen entbehrt die Überlegung 1 des Bundesgerichtes auch heute noch nicht gewisser

sachlicher Begründetheit. Auch wenn heute ein frei praktizierender Rechtsanwalt vielfach oder gar regelmässig nicht mehr nur in den kleinräumigen Verhältnissen seines Wohnsitzkantons allein tätig ist, sondern sich auch mindestens in den Prozessordnungen der benachbarten Kantone relativ gut auskennt und durchaus befähigt ist, dort einen Prozess ordnungsgemäss zu führen (vgl. Andreas Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, in: AJP 1995, S. 185), so kennt sich doch gerade in eher ländlichen und kleinen Kantonen der dort niedergelassene Rechtsanwalt im kantonalen Prozessrecht im Allgemeinen besser aus, u.a. weil er hier in der Regel sein Anwaltspatent erworben hat. So besitzen insbesondere im Kanton Uri die hier niedergelassenen Anwälte mit wenigen Ausnahmen das ernerische Anwaltspatent. Soweit ein ausserkantonales Patent vorliegt, wird zumindest schon mehrere Jahre im Kanton Uri praktiziert. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen ein niedergelassener Anwalt praktisch forensisch nicht tätig ist oder ein ausserkantonaler, allenfalls auf ein bestimmtes Rechtsgebiet spezialisierter Rechtsanwalt zahlreiche Fälle im Prozesskanton führt. Zweifelsfrei muss allerdings ein Anwalt nicht im Kanton niedergelassen sein, um sich im kantonalen (Verfahrens-) Recht auszukennen. Der Überlegung des Bundesgerichtes kann dadurch Rechnung getragen werden, in dem in Fällen, in denen begründete Bedenken gegen einen ausserkantonalen Anwalt wegen ungenügenden Kenntnissen des ernerischen Verfahrensrechts bestehen, diesem das Mandat nicht übertragen wird (was analog auch für kantonale Anwälte gilt). Vorliegend sind keine entsprechenden Umstände ersichtlich. Da ausserkantonale Anwälte regelmässig nur auf Wunsch des Gesuchstellers und praxisgemäss wohl nur ernannt werden, wenn sich aus den Akten ergibt, dass der Anwalt das Mandat auch annimmt, dürfte die zweite Überlegung des Bundesgerichtes der praktischen Relevanz entbehren. Die Entschädigung des ausserkantonalen Anwaltes richtet sich gemäss konstanter Praxis des Obergerichtes so, wie wenn dieser im Kanton niedergelassen wäre. Es ist somit eine Entschädigung nach Recht und Praxis des Prozesskantons geschuldet (vgl. Urteil des Obergerichtes, 28.01.1987, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1986 bis 1987, Nr. 10, S. 55 ff.). Eine längere Einarbeitungszeit angesichts des fremden Prozessrechts sowie Reisekosten infolge ausserkantonalem Sitz der Kanzlei werden grundsätzlich nicht entschädigt. Vorbehalten bleiben wohl bspw. Fälle, in denen aus triftigen Gründen kein im Kanton Uri niedergelassener Rechtsanwalt als amtlicher Anwalt verpflichtet werden konnte. Insoweit entbehrt auch die Überlegung 3 des Bundesgerichtes der praktischen Relevanz. Letztlich spricht die in Art. 5 Üb-Best. BV verankerte, auch für die Rechtsanwälte geltende wissenschaftliche Freizügigkeit (vgl. BGE 123 I 259) in vorliegendem Zusammenhang gegen Unterschiede zwischen kantonalen und ausserkantonalen Rechtsanwälten, die nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Das Gleiche ergibt sich auch aus Art. 60 BV (vgl. BGE 122 I 109).

Die im Gegensatz zur StPO unterschiedliche Regelung lässt sich sachlich dadurch begründen, dass der amtliche Verteidiger unter bestimmten Voraussetzungen ein notwendiger ist (Art. 54 f. StPO). Der Beschuldigte muss allenfalls gegen seinen Willen verteidigt sein.

Zusammenfassend sprechen sowohl die grammatikalische, die systematische, die teleologische und die geltungszeitliche Auslegung gegen die von der Vorinstanz vertretene Auffassung. Die Einschränkung der freien Anwaltswahl auf gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO im Kanton berufstätige Rechtsanwälte ist in dem Sinne zu verstehen, dass nicht eine Niederlassung oder ein Sitz oder eine ständige Betätigung im Kanton erforderlich ist, sondern dass der Anwalt zur Berufsausübung im Kanton zugelassen sein muss (vgl. Beat Ries, a.a.O., S. 206; Andreas Kley-Struller, a.a.O., S. 185). Unter dieser Voraussetzung und dem im Übrigen Ausgeführten weisen denn auch die Zivilrechtliche und die Verwaltungsrechtliche Abteilung des Obergerichtes in konstanter Praxis ausserkantonale Anwälte als unentgeltliche Rechtsbeistände zu.

Der Rekurs bezüglich der Frage des Bezugs des ausserkantonalen Anwalts als unentgeltlichen Rechtsbeistand erweist sich demnach als begründet und ist in diesem Punkt gutzuheissen.

**Nr. 4 Zivilprozessordnung. Art. 249 ZPO. Berufung. Voraussetzungen für die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Zum Kostenentscheid bei Rückweisungen.**  
Obergericht, 6. Mai 1997, OG Z 96 3 (siehe Nr. 9)

### **Aus den Erwägungen:**

5. Das Obergericht fällt einen neuen Endentscheid. Ausnahmsweise kann es die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 249 ZPO). Eine Rückweisung ist in der Regel angezeigt, wenn die Vorinstanz auf die Klage überhaupt nicht eingetreten ist oder die Klage ohne materielle Prüfung des Anspruches abgewiesen hat oder versehentlich nicht über sämtliche Ansprüche geurteilt hat (Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 1982, S. 545; vgl. auch Studer/Rüegg/ Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, S. 354). Insbesondere kann, wenn sich die Vorinstanz mit einer materiellen Streitfrage nicht auseinandergesetzt hat, die Rückweisung angezeigt sein, um den Parteien den vollen Instanzenzug offenzuhalten (Obergericht des Kantons Bern, Entscheid vom 17.6.1947 i.S. K. gegen E., in ZBJV 84/1948 S. 414; Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Urteil vom 27.10.1986 i.S. R.G. gegen X-Versicherungsgesellschaft, in BJM 1988 S. 269 f.; Stähelin/Sutter, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, S. 266; Leuch/Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl., Bern 1995, S. 666). Die Rückweisung durch das Bundesgericht an die obere kantonale Instanz schliesst nicht aus, dass diese ihrerseits eine Rückweisung an die untere kantonale Instanz vornimmt. Das Bundesrecht sieht in Art. 64 OG nur vor, was zu geschehen hat, wenn der von der kantonalen Instanz festgestellte Tatbestand der Vervollständigung bedarf. Sache des kantonalen Prozessrechts ist es jedoch, zu entscheiden, wie im Verhältnis zwischen den kantonalen Instanzen zu verfahren ist, wenn das Bundesgericht eine Sache an die letzte kantonale Instanz zurückgewiesen hat (Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, a.a.O., S. 270; Stähelin/Sutter, a.a.O., S. 294). ...

6. Was den Kostenentscheid betrifft, enthält die ernerische Zivilprozessordnung keine besonderen Bestimmungen darüber, wie die Kosten in Fällen der Zurückweisung zur Neuurteilung aufzuerlegen sind. Grundsätzlich wäre bei vollständiger Zurückweisung denkbar, dass das Obergericht mit dem Rückweisungsentscheid selbst über die bisherigen erst- und zweitinstanzlichen Kosten entscheidet oder dass es die Auferlegung der bisher ergangenen Kosten dem späteren Urteil der Vorinstanz überlässt oder dass es die zweitinstanzlichen Kosten selbst neu bestimmt, die erstinstanzlichen Kosten aber der Vorinstanz vorbehält. Der letztgenannten Lösung ist der Vorzug zu geben, denn die zweitinstanzlichen Kosten einem späteren erstinstanzlichen Urteil vorzubehalten, erscheint von der Sache her als systemwidrig. Denkbar wäre demgegenüber der sofortige Entscheid über die bisher ergangenen erst- und zweitinstanzlichen Kosten im Rahmen des obergerichtlichen Rückweisungsentscheides. Dem steht jedoch die Erwägung entgegen, dass die Vorinstanz in jedem Falle einen neuen Entscheid wird fällen müssen und im Rahmen desselben auch über die erstinstanzlichen Kosten insgesamt wird entscheiden können. Von daher ist es gerechtfertigt, die Vorinstanz über die erstinstanzlichen Kosten selbst entscheiden zu lassen. Die gleiche Erwägung gilt jedoch nicht in Bezug auf die zweitinstanzlichen Kosten, da ungewiss ist, ob sich das Obergericht mit der Sache nochmals wird befassen müssen (vgl. Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, a.a.O., S. 270 f. m.H.). Vorliegend erfolgt eine teilweise Zurückweisung zur Neuurteilung. Die angestellten Ueberlegungen gelten sinngemäss. Insoweit das Obergericht einen neuen Endentscheid fällt, bestimmt es somit nicht nur über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sondern auch über die erstinstanzlichen Kosten. Die Vorinstanz wird damit nur noch über die im Zusammenhang mit der Beurteilung der Eventualbegehren entstandenen Kosten zu entscheiden haben. ...

### **Nr. 5 Zivilprozessordnung. Art. 257 ZPO. Rekurs. Voraussetzung für die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung.**

Obergericht, 10. September 1996, OG Z 96 13 (siehe Nr. 6 und 7)

### **Aus den Erwägungen:**

10. a) Die ZPO sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückgewiesen werden kann (Art. 257 ZPO). Freilich ist Zurückhaltung geboten.

In der Regel hat die rasche Erledigung des Verfahrens Vorrang (Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, S. 364). Ist die Beurteilung eines gestellten Begehrens jedoch nicht liquid, hat regelmässig eine Rückweisung stattzufinden. Das Obergericht als Rekursbehörde hat nicht die Möglichkeit, Beweiserhebungen zu machen (vgl. Art. 256 f. ZPO).

**Nr. 6 Familienrecht. Art. 145 ZGB. Grundsätze für die Bemessung des Unterhalts im Rahmen von Art. 145 ZGB.**

Obergericht, 10. September 1996, OG Z 96 13

Eine dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht ab (siehe Nr. 5 und 7).

**Aus den Erwägungen:**

5. Der Rekurrent rügt, die Vorinstanz sei in tatsachenwidriger Weise davon ausgegangen, sein Zwangsbedarf bliebe unangetastet.

a) Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass bei der vorsorglichen Regelung des Unterhalts gemäss Art. 145 Abs. 2 ZGB dem alimentenpflichtigen Gatten der betriebsrechtliche Notbedarf zu belassen ist (vgl. BGE 121 III 303 E. 5b, BGE 5P.526/1994 vom 18.04.1995, in SJZ 91/1995 S. 292 Nr. 29/4). Besteht doch ein praktisches Interesse - nicht zuletzt auch des anderen Ehegatten - , dem alimentenpflichtigen Ehegatten zumindest das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen und damit nicht zum vornherein sämtliche Anreize zur Erhöhung des Arbeitswillens zu beseitigen (a.a.O.). Die Vorinstanz unterlässt es jedoch, im angefochtenen Entscheid ihre tatsächlichen Annahmen konkret darzulegen. Sie begnügt sich mit der Darstellung der Rechtslage. Dies erschwert das Überprüfen der vom Gericht getroffenen Tatsachenannahmen.

b) Das gesetzlich geschützte Existenzminimum ist zwar in jedem Fall nach Ermessen festzusetzen, die von den kantonalen Aufsichtsbehörden sowie der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz aufgestellten Richtlinien sind dabei aber wesentliche Grundlage. Sie stellen eine rechtsgleiche Behandlung sicher. Ein Abweichen hiervon muss im Einzelfall begründet sein. Gestützt auf die Richtlinien der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz per 1. Januar 1994 hätte die Vorinstanz unter Beizug der ihr vorliegenden Unterlagen den betriebsrechtlichen Notbedarf wie folgt bestimmen müssen:

**1. monatlicher Grundbetrag**

- für alleinstehenden Schuldner	Fr.	1'010.--
- für Sohn A.	Fr.	275.--
- für Sohn B.	Fr.	195.--

---

Total Fr. 1'480.--

**2. Zuschläge zum monatlichen Grundbetrag**

- Liegenschaftsaufwand (Hypothekarzins)	Fr.	2'740.--
- Heizkosten	Fr.	-.--
- Sozialbeiträge/ Versicherungen		
Krankenkassen (obligatorisch)	Fr.	243.--
Gebäudeversicherung	Fr.	79.--
Mobiliar-/Haftpflichtversicherung	Fr.	19.--
- Radio-/TV-/Telefonabonnemente	Fr.	64.--
- Fahrten zum Arbeitsplatz	Fr.	140.--

---

Total Fr. 3'285.--

**Total betriebsrechtlicher Notbedarf Fr. 4'765.--**

Demgegenüber erzielt der Rekurrent gemäss den eigenen Angaben vor Vorinstanz ein monatliches Einkommen von Fr. 5'220.-- (monatliches Nettoeinkommen Y. AG: Fr. 4'220.--; monatliches Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit: Fr. 1'000.--).

Es ist somit festzuhalten, dass der Rekurrent gemäss den der Vorinstanz vorliegenden Beweismitteln einen Einkommensüberschuss von rund Fr. 450.-- erzielt. Die Vorinstanz musste somit entgegen der Auffassung des Rekurrenten nicht davon ausgehen, dass in sein betriebsrechtliches Existenzminimum eingegriffen werde. Auch wenn man der Vorinstanz ein gewisses Ermessen bei der Festlegung des betriebsrechtlichen Existenzminimums zubilligt, so hätte sie der Rekursgegnerin aber aufgrund der Akten und der von ihr selbst aufgezeigten Rechtslage nicht eine Unterhaltsrente im Umfang von Fr. 900.-- zusprechen dürfen.

6. Der Rekurrent macht geltend, dass die Vorinstanz bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages das Darlehen bei der X. Bank, die Steuerschuld und die Tatsache, dass die Kinder bis auf weiteres unter seiner Obhut stehen, in unzulässiger Weise nicht berücksichtigt habe. Zudem sei es vorliegend der Rekursgegnerin zuzumuten, für den eigenen Unterhalt (vollständig) aufzukommen.

a) Zwar hält die Vorinstanz fest, es sei nicht auf die tatsächlichen Einkommen eines Ehegatten abzustellen, sondern auf dasjenige, das er bei gutem Willen erzielen könnte (hypothetisches Einkommen). Dem angefochtenen Entscheid lässt sich aber nicht entnehmen, wie hoch die Vorinstanz das hypothetische Einkommen der Rekursgegnerin veranschlagt. Ebensowenig ist erkennbar, von welchem Notbedarf der Parteien ausgegangen wird, ob das Darlehen der X. Bank, die Obhutsverhältnisse und die Steuerbelastung berücksichtigt sind.

b) Bei der Beurteilung des Unterhaltsanspruches im Sinne von Art. 145 Abs. 2 ZGB ist auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen, wobei die bisherige Lebenshaltung die obere Schranke des Unterhaltsanspruches bildet (vgl. BGE 5P.357/1992 vom 12. November 1992, in AJP 1993 S. 201). Zu vergleichen ist der um die Einkommens- und Vermögenssteuern sowie übliche Versicherungsprämien erweiterte Notbedarf beider Gatten (BGE 114 II 304 E. 3d, 394 f. E. 4b) Ein hypothetisches Einkommen ist anzurechnen, soweit ein Gatte mit den nach den Umständen zumutbaren Anstrengungen mehr zu verdienen vermöchte, als er tatsächlich verdient (BGE 117 II 17 E. 1b, 110 II 117 E. 2a; ZR 1988 Nr. 113). Dabei gilt zu beachten, dass der bisher den Haushalt führende Gatte, soweit nötig und nach den Umständen zumutbar, nun auch einem Erwerb nachzugehen hat (BGE 114 II 17 E. 5, 301 E. 3). Wenn sich eine Partei in einem Punkt (z.B. bei der Wohnung) erheblich einschränkt, hat sie Anspruch darauf, den dadurch eingesparten Betrag anderweitig zu verwenden. Die Berücksichtigung eines hypothetischen Notbedarfs ist demnach gleicherweise zulässig wie die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (ZR 1988 Nr. 114). Schulden und Darlehen sind soweit zu berücksichtigen, als diese den Interessen beider Gatten gedient haben (SJZ 87/1991 358 Nr. 56/1). Insbesondere ist die zu leistende Zinszahlung zum Notbedarf desjenigen Ehegatten zu zählen, der diese tatsächlich begleicht. Die Pflicht zur Tilgung von Verpflichtungen gegenüber Dritter geht jedoch grundsätzlich der Unterhaltspflicht nach (Rep 1985 93). Demjenigen Ehegatten, der die Obhut der Kinder inne hat, steht grundsätzlich ein Kinderunterhaltsbeitrag zu. Ein Verzicht auf einzelne Unterhaltsbeiträge ist zulässig, sofern dadurch die Kindesinteressen nicht offensichtlich missachtet werden (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, N 52 zu Art. 176). Bei der Bemessung des erweiterten Notbedarfes des Obhutberechtigten sind zumindest der betriebsrechtliche Grundbetrag für die Kinder und durch die Kinder bedingte Zuschläge (z.B. Versicherung) zu berücksichtigen. Solange die Kinder beim obhutberechtigten Elternteil wohnen, hat dies allenfalls Einfluss auf den ihm/ihnen zustehenden Umfang des Wohnraumes. Bleibt ein Überschuss, so ist jeder Gatte daran zur Hälfte zu beteiligen (BGE 114 II 31 E. 7, 111 II 106 f. E. 3c). Bei Unterdeckung des Bedarfs sind die Einbussen grundsätzlich von allen Familienmitgliedern gleicherweise hinzunehmen (Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., Art. 176 N 25), wobei dem erwerbstätigen Unterhaltsverpflichteten der minimale Existenzbedarf zu belassen ist (vgl. E. 5a).

aa) Die Rekursgegnerin ist erst 42-jährig und war in den letzten Jahren gemäss eigenen Angaben berufstätig. Wenn auch zur Zeit arbeitslos, ist sie im Besitze einer Ausbildung und hat keine Kinder zu betreuen. Es ist ihr daher zumutbar, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. hierzu

BGE 114 II 9 = Pra 77/1988 Nr. 166; BGE 114 II 17 E. 5, 301 E. 3). Unter den nach den Umständen zumutbaren Anstrengungen hat die Rekursgegnerin zweifelsfrei die Möglichkeit mindestens Fr. 2'200.-- im Monat zu verdienen. Bei der Rekursgegnerin ist somit von einem hypothetischen Einkommen von mindestens Fr. 2'200.-- auszugehen.

bb) Das betriebsrechtliche Existenzminimum der Rekursgegnerin beträgt rund Fr. 1'660.-- (Grundbetrag: Fr. 1'010.--; Sozialversicherungsbeiträge: Fr. 130.--; Hausrat-/Haftpflichtversicherung: Fr. 19.--; Miete im ...: max. Fr. 500.-- [gerichtsnotorisch]). Hinzu kommen die Einkommens- und Vermögenssteuern sowie allenfalls weitere übliche Versicherungsprämien. In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Rekursgegnerin kann vorliegend davon ausgegangen werden, dass sie sich bei der Wohnung im Vergleich zur Situation vor Aufhebung des gemeinsamen Haushalts erheblich eingeschränkt hat, mithin bei der Wohnung von einer, wenn auch frankenmässig nicht allzu hohen, zusätzlichen hypothetischen Aufwendung auszugehen ist.

cc) Der in E. 5b festgestellte betriebsrechtliche Zwangsbedarfs von Fr. 4'765. -- ist für die Bemessung des erweiterten Notbedarfs des Rekurrenten um die tatsächlich von ihm zu leistenden und geleisteten Darlehenszahlungen von Fr. 500.--, den Steuern und Versicherungen und allenfalls einem weiteren Betrag für die Kinderbetreuung zu erweitern. Denn es wurde vom Rekurrenten in glaubhafter Weise dargetan, dass das Darlehen bei der X. Bank den Interessen beider gedient hat. Die Steuern dürften aufgrund der Einkommens- und Vermögensverhältnisse eher höher beim Rekurrenten als bei der Rekursgegnerin liegen.

Diesem erweiterten Notbedarf steht ein Einkommen von Fr. 5'220.-- gegenüber. Es ist somit festgestellt, dass die Ehegatten gemeinsam keinen Überschuss erzielen. Beide vermögen beim Aufbringen der unter den Umständen zumutbaren Anstrengungen ihren erweiterten Notbedarf persönlich nahezu im gleichen Umfang zu decken.

7. Aus Gesagtem ist erhellt, dass die Vorinstanz den Tatbestand unrichtig bzw. unvollständig festgestellt hat und mit dem Zusprechen einer Unterhaltsrente an die Rekursgegnerin im Umfang von Fr. 900.-- klar das Recht verletzt hat. Der vorinstanzliche Entscheid ist in diesem Punkt aufzuheben. Der Rekursgegnerin ist keine Unterhaltsrente zuzusprechen.

**Nr. 7 Familienrecht. Art. 145 ZGB. Verhältnis Unterhaltspflicht - Schuldentilgung. Kein grundsätzlicher Vorrang. Der Richter hat im Einzelfall nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. In der Regel sind bei vorsorglichen Massnahmen nach Art. 145 ZGB Einsparungen bei einer Partei, die zu Veränderungen führen, die später nicht mehr ohne weiteres rückgängig gemacht werden können, unzumutbar.**

Bundesgericht, 24. Februar 1997, 5P.472/1996 (siehe Nr. 5 und 6)

#### **Aus den Erwägungen:**

4. Hauptgegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde bildet in rechtlicher Hinsicht der dem Beschwerdegegner erlaubte Zuschlag zum monatlichen Grundbetrag von Fr. 2'740.-- unter dem Titel "Liegenschaftsaufwand (Hypothekarzins)". In Berücksichtigung des ihr selber angerechneten (fiktiven) Einkommens hält die Beschwerdeführerin diesen Betrag für zu hoch. Schuldentilgung gehe Unterhaltspflicht nach. Diese könne erfüllt werden durch Erhöhung der Hypothekarschuld, durch Vermietung des Einfamilienhauses und Miete einer billigeren Wohnung oder durch Verkauf des Einfamilienhauses. Unbestrittenermassen lebt im besagten Einfamilienhaus der Beschwerdegegner mit den beiden ehelichen Söhnen.

Es mag der Beschwerdeführerin zugegeben sein, dass nach betriebsrechtlichen Richtlinien der strittige Betrag im Sinne einer Miete ortsübliche Ansätze wohl sprengen dürfte (vgl. dazu BGE 109 III 52 Nr. 14; 119 III 73 E. 3c m.H.) und dass von einem hypothetischen Einkommen - im Massnahmenverfahren nach Art. 145 ZGB (allgemein: BGE 119 II 316 E. 4a m.H.; Urteil des Bun-

desgerichts vom 26. August 1991, in Rep 124/1991 S. 371 E. 4, betreffend Mietkosten) - ausgegangen werden könnte, indem der Mietzins richtliniengemäss (scil. nach Ablauf des nächsten Kündigungstermins) auf ein Normalmass herabgesetzt würde (BGE 114 III 14 ff. E. 2 und E. 4; vgl. BGE 116 III 21 E. 2d, auch zur unangemessenen Hypothekarzinsbelastung). Im Scheidungsverfahren aber dienen diese Grundsätze stets nur als Anhaltspunkt für die Bestimmung dessen, was aus den gesamten ehelichen Einkünften notwendigerweise bestritten werden muss (BGE 114 II 394 f. E. 4b). Einerseits darf zwar unter Berücksichtigung betriebsrechtlicher Momente durchaus geschlossen werden, dass die Pflicht zu Unterhalt derjenigen zur Tilgung von Schulden für die Bewohnung eines zu teuren Einfamilienhauses grundsätzlich vorgeht (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Ergänzungsband, N 162 zu Art. 145 ZGB). Andererseits sollte auch nicht ausser Betracht bleiben, dass für die Notbedarfsberechtigten grundsätzlich von den bestehenden Wohnverhältnissen auszugehen ist, selbst wenn diese unter dem Gesichtspunkt einer Betreibung als nicht angemessen erscheinen, gleichwie die Notwendigkeit gewisser Auslagen grosszügiger zu beurteilen ist als im Zusammenhang mit einer Pfändung (Lüchinger/Geiser, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basel 1996, N 15 zu Art. 145 ZGB, S. 738). Das birgt keinen Widerspruch in sich; vielmehr hat der Richter in Anwendung dieser Grundsätze nach Recht und Billigkeit zu entscheiden, so dass aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles weder die eine noch die andere Lösung zwangsläufig als willkürlich erscheinen muss (zum Willkürbegriff bei Ermessensentscheiden: BGE 109 Ia 109 E. c m.H.; vgl. BGE 120 Ia 374 E. 3b).

Zu dieser Ermessensbetätigung lässt sich dem angefochtenen Urteil nichts entnehmen. Die Beschwerdeführerin rügt das weder als Verletzung der aus Art. 4 BV ableitbaren Prüfungs- und Begründungspflicht noch sonstwie als verfassungswidrig, so dass unter diesen Umständen ihre heutigen Vorbringen als neu und unzulässig zu gelten haben. Immerhin folgt aus den Feststellungen zur Bedürftigkeit des Beschwerdegegners, dass das Einfamilienhaus bei einem Steuerwert von Fr. 512'000.-- mit Grundpfandrechten im Gesamtbetrag von Fr. 600'000.-- belastet ist. Eine weitere Ausschöpfung der Kreditmöglichkeiten dürfte daher selbst unter der Annahme eines Steuerwertes von Fr. 800'000.-- als ausgeschlossen erscheinen. Hinsichtlich Vermietung bzw. Verkauf des Einfamilienhauses und Miete einer kostengünstigeren Wohnung müssten dem Beschwerdegegner angemessene Fristen eingeräumt werden, die in einem sinnvollen Verhältnis zur Dauer des Scheidungsverfahrens zu stehen hätten. Da beide Ehegatten die Scheidung offenbar wünschen und das Verfahren an sich zügig vorangetrieben werden kann, sollte mit den erwähnten Vorkehren zumindest im heutigen Zeitpunkt nicht unnötig der weiteren Entwicklung vorgegriffen werden (vgl. BGE 119 II 318 E. 4b/aa); sachliche Gründe dafür sind jedenfalls nicht ersichtlich, namentlich wenn davon ausgegangen werden muss, dass auch die Beschwerdeführerin gemäss den Darlegungen des Obergerichts ihren (erweiterten) Notbedarf zu decken vermögen sollte. Bei diesen Gegebenheiten dürfte ein Verkauf oder ein Verlassen des Hauses für die Restfamilie wohl eher als unverhältnismässig zu betrachten sein (vgl. die bundesrätliche Botschaft zu Art. 163 ZGB, BBl 1979 II 1191, Ziff. 214.122, Abs. 4, S. 1251, sowie BGE 115 II 315 E. 3c, für die Vermögensentäusserung; BGE 114 II 18 E. 6 sowie erwähntes Urteil in Rep: 124/1991 S. 371 E. 5, betreffend teilweise Vermietung); davon abgesehen entspricht es dem weiteren - aus der Rechtsnatur vorsorglicher Massnahmen folgenden - Grundsatz, dass Einsparungen, die zu Veränderungen führen, die später nicht mehr ohne weiteres rückgängig gemacht werden können, in der Regel unzumutbar sind (Thomas Geiser, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten, AJP 1993 S. 907). Ein Ermessensmissbrauch liesse sich insofern nicht leichthin bejahen, womit im übrigen auch der Rüge ungleicher Wohnverhältnisse mangels Einkommensüberschusses die Grundlage fehlte (BGE 121 I 97 ff. sowie das zur amtlichen Veröffentlichung bestimmte Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 1996 i.S. S. [die Redaktion: BGE 123 III 1 ff.]).

**Nr. 8 Familienrecht. Art. 315a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden, wenn das Kindesschutzverfahren vor dem Scheidungsverfahren durchgeführt oder eingeleitet worden ist.**

Obergericht, 23. Dezember 1997, OG Z 97 16

## Aus den Erwägungen:

7. Materiell ist vorliegend strittig, ob die Vorinstanz zu Recht die Zuständigkeit für die angehrten Kindesschutzmassnahmen bestritten hat.

Gemäss Art. 315a ZGB ist der Ehescheidungsrichter grundsätzlich auch für Kindesschutzmassnahmen während des Ehescheidungsverfahrens zuständig. Vorbehalten bleibt indessen die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden, wenn das Kindesschutzverfahren vor dem Scheidungsverfahren durchgeführt oder eingeleitet worden ist (Art. 315a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Ist das Kindesschutzverfahren durch die Vormundschaftsbehörde vor dem Scheidungsverfahren durchgeführt oder eingeleitet worden, verbleibt die Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen grundsätzlich bei der vormundschaftlichen Behörde (vgl. Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4. Aufl., Bern 1994, N 27.57).

a) Vorliegend wurden die Kindesschutzmassnahmen mit Gesuch vom 17. Oktober 1995 bei der Vormundschaftsbehörde eingeleitet. Zwei Tage später wurden durch A. beim Präsident des Landgerichtes Uri Eheschutzmassnahmen beantragt. In Kenntnis der eingeleiteten Eheschutzmassnahmen verfügte die Vormundschaftsbehörde am 7. November 1997 Kindesschutzmassnahmen. Dieses Verfahren ist bis heute nicht rechtskräftig abgeschlossen worden: Die dagegen erhobene Beschwerde ist durch den Regierungsrat nicht entschieden. Der Beschwerde ist die aufschiebende Wirkung entzogen worden. Die Ehescheidungsklage wurde dagegen erst im Dezember 1995 eingereicht. Das Kindesschutzverfahren bei der Vormundschaftsbehörde ist somit vor dem Ehescheidungsverfahren eingeleitet worden. Den gesetzlichen Bestimmungen folgend, ist demnach grundsätzlich die Vormundschaftsbehörde, nicht etwa der Präsident des Landgerichtes Uri als Scheidungsrichter zuständig (Art. 315a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB).

b) Ob die Auffassung der Vorinstanz, der Scheidungsrichter sei im Anwendungsfalle von Art. 315a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB lediglich befugt, von der Vormundschaftsbehörde verfügte Massnahmen zu ergänzen bzw. zu verschärfen, nicht jedoch abzuändern, zutreffend ist, braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden.

Unter Berufung auf einen Entscheid des Zürcher Kassationsgerichtes aus dem Jahre 1991 (publiziert in SJZ 89/1993 S. 159 f.) macht die Rekurrentin geltend, weil sich die Verhältnisse gegenüber dem von der Vormundschaftsbehörde beurteilten Sachverhalt grundsätzlich verändert hätten, sei vorliegend trotzdem der Präsident des Landgerichtes zuständig.

aa) Das Zürcher Kassationsgericht hat in erwähntem Entscheid in zutreffender Weise ausgeführt, die in Art. 315a ZGB angestrebte Abgrenzung der Zuständigkeiten habe sich offensichtlich eher an praktischen Gesichtspunkten und Überlegungen der Zweckmässigkeit orientiert und weniger an grundsätzlichen Gedanken über das Verhältnis der verschiedenen Behörden zueinander. Es werde primär ein rasches und wirksames Vorgehen der Behörden zum Schutz und Wohl des Kindes angestrebt, und daher sei die Kompetenz in erster Linie derjenigen Behörde zuzusprechen, die in der gegebenen Lage und in gegebenem Zeitpunkt rascher und sachgerechter entscheiden könnte. Es seien stets die konkreten Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen. Die Zielsetzung von Art. 315a ZGB sei, die Zuständigkeit zum Entscheid derjenigen Behörde zuzuerkennen, welche die Situation im Zeitpunkt der Entscheidung besser abklären und wirksamer behandeln könne.

bb) Wie bereits dargetan, hatte die Vormundschaftsbehörde bei der Ergreifung der Massnahmen bereits Kenntnis vom eingeleiteten Eheschutzverfahren. Dies ergibt sich aus den Erwägungen 3 und 5 des Gemeinderatsbeschlusses. Die Kenntnisse der schon länger andauernden Eheprobleme, insbesondere der damit zusammenhängenden früheren Kindesentführungen (vgl. Gemeinderatsbeschluss E. 3) durch die Rekurrentin sowie dem zwischenzeitig eingeleiteten Eheschutzverfahren, lassen den Schluss zu, dass vorliegend ein grundsätzlicher Entscheid über den Entzug der Obhut gegenüber einem Elternteil im Sinne von Art. 310 ZGB Gegenstand des Beschlusses war. In Erwägung 5 dieses Beschlusses wird daher auch explizit auf Art. 310 ZGB verwiesen. Es ist davon auszugehen, dass (auch) Gegenstand des Beschlusses der Vormund-



schaftsbehörde war, welchem Elternteil die Obhut im Hinblick auf die eingeleiteten Eheschutzmassnahmen und dem möglicherweise folgenden Scheidungsverfahren und die damit begründete Trennung zugeteilt werden sollte bzw. welchem Elternteil im Hinblick auf diese Trennung die Obhut über die Kinder anvertraut werden sollte.

Im zitierten Zürcher Entscheid, der die Zuständigkeit des Ehescheidungsrichters trotz abgeschlossenem Kindesschutzverfahren vor Vormundschaftsbehörde bejahte, war eben gerade entscheidend, dass sich erst vor dem Scheidungsrichter die Frage stellte, welchem Elternteil die Obhut über das Kind während dem möglicherweise länger andauernden Scheidungsverfahren anvertraut werden sollte. Die Sachlage stellt sich vorliegend - wie aufgezeigt - anders. Der angerufene Landgerichtspräsident hatte sich nicht mit einer neuen Art der Fragestellung befasst, die sich der Vormundschaftsbehörde noch nicht gestellt hatte.

cc) Zudem liegen weitere Gründe vor, die im Sinne der aufgezeigten Kriterien des Zürcher Kassationsgerichtes eine Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde als sachlich richtig erscheinen lassen.

Die Vormundschaftsbehörde beschäftigt sich mit vorliegendem Fall seit mindestens zwei Jahren. Der für vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren zuständige Präsident des Landgerichtes Uri ist seit Juni 1997 im Amt. Die Ehescheidungsklage wurde Mitte Dezember 1995 eingereicht. Der zu Beginn sich mit der Sache befassende Präsident ist zwischenzeitig aus dem Amt geschieden. Der neue Präsident muss bzw. musste sich neu in den vorliegenden Fall einarbeiten. Er konnte das Scheidungsverfahren nicht von Beginn an begleiten. Demgegenüber hat sich die Vormundschaftsbehörde seit ihrem Beschluss vom November 1995 mit dieser Angelegenheit in mehr oder weniger grossen Zeitabständen regelmässig befasst, die Entwicklung der Kinder beobachtet.

Entsprechend ist die Vorinstanz in rechtlich nicht zu beanstandender Weise auf das Gesuch nicht eingetreten. Die Vormundschaftsbehörde kennt die Situation besser. Wenn nun eine wesentlich geänderte Situation geltend gemacht wird, kann dies vorliegend rascher und sachgerechter durch die Vormundschaftsbehörde beurteilt werden.

**Nr. 9 Erbrecht. Art. 604 und 626 ff. ZGB. Die Ausgleichungsklage ohne gleichzeitige Erbteilungsklage ist nur zulässig, wenn ein Feststellungsinteresse vorliegt. Wann ist das bundesrechtliche Feststellungsinteresse gegeben? Anwendungsfall.**

Obergericht, 6. Mai 1997, OG Z 96 3 (siehe Nr. 4)

**Aus den Erwägungen:**

3. Das Obergericht hat vorerst zu prüfen, ob die bloss auf Feststellung zielende Ausgleichungsklage ohne gleichzeitige Erbteilungsklage zulässig ist. Gemäss Bundesgericht darf aus dem Umstand, dass die Ausgleichungsklage im Erbteilungsprozess erhoben werden kann und sie häufig eine partielle Erbteilungsklage mit selbständigem Rechtsbegehren darstellt, nicht der Schluss gezogen werden, ein Feststellungsinteresse sei stets gegeben. Das zum Bundesrecht gehörende und von diesem beschränkte Feststellungsinteresse kann tatsächlicher oder rechtlicher Art sein und ist als Prozessvoraussetzung, soweit es den Sachverhalt betrifft, vom Kläger nachzuweisen. Es fehlt in der Regel, wenn eine Leistungsklage zur Verfügung steht, mit der ein vollstreckbares Urteil erwirkt werden kann; diesfalls ist auf die Feststellungsklage nicht einzutreten. Ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Behandlung wird hingegen bejaht, wenn die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien durch die richterliche Feststellung behoben werden kann und ihre Fortdauer für den Kläger unzumutbar ist. Das ist beispielsweise der Fall, wenn für längere Zeit nicht auf Leistung oder nicht auf vollen Schadenersatz geklagt werden kann. Weil ein rechtsgestaltendes Teilungsurteil gleich wie ein auf eine Leistung erkennendes Urteil vollstreckbar ist, muss auch die Teilungsklage einer Feststellungsklage vorgehen (BGE in vorliegender Sache vom 20.12.1996, S. 4 m.H. [Die Redaktion: BGE 123 III 1 ff.]).

Würde vorliegend die Ausgleichungsklage ungeachtet der Tatsache, dass hier die Erbteilung noch bevorsteht, und ohne Nachweis der tatsächlichen Komponente des Feststellungsinteresses zugelassen, wäre möglich, was die Rechtsprechung verhindern wollte: Zwei selbständige aufeinanderfolgende Prozesse, von denen notwendigerweise erst der zweite die Erbteilung herbeizuführen möchte. Ein Feststellungsinteresse wäre beispielsweise bei Vorliegen eines Erbteilungsvertrages gegeben, der unter Ergänzung der dem Richter unterbreiteten und von ihm entschiedenen Punkte vollstreckt werden könnte. Auch wäre eine bloss auf Feststellung zielende Ausgleichungsklage zulässig, wenn die Erbengemeinschaft fortgesetzt werden soll, weil diesfalls notwendigerweise nicht geteilt wird. Ebenso wäre die Ausgleichungsklage zulässig, wenn gesagt werden könnte, die Parteien vermöchten sich nach Vorliegen eines die Ausgleichungspflicht bejahenden Urteils mit hoher Wahrscheinlichkeit gütlich zu einigen. Ein hinreichendes Feststellungsinteresse kann aber nicht bloss mit dem noch nicht ausgeübten Wahlrecht nach Art. 628 Abs. 1 ZGB begründet werden. In diesem Fall ist ein alternatives Leistungsbegehren zu stellen, das sowohl dem Fall der Einwerfung des Vorempfanges als auch der blossen Anrechnung seines Wertes Rechnung trägt. Bei (längst) liquiden Ansprüchen fehlt das Feststellungsinteresse, weil auf eine vollstreckbare Leistung geklagt werden kann. Im Zusammenhang mit der Erbteilungsklage geltend gemachte Ansprüche (Herabsetzung und Ausgleichung) müssen nicht in jedem Fall als Leistungsbegehren gestellt werden. Es geht jedoch nicht an, sie in Feststellungsklagen zu kleiden mit der Folge, dass bis zur endgültigen Erbteilung mehrere aufeinanderfolgende Prozesse geführt werden können (BGE in vorliegender Sache vom 20.12.1996, S. 5 ff. m.H.).

4. Die kantonale Instanz, an die eine Sache zurückgewiesen wird, darf neues Vorbringen berücksichtigen, soweit es nach dem kantonalen Prozessrecht noch zulässig ist, hat jedoch die rechtliche Beurteilung, mit der die Zurückweisung begründet wird, auch ihrer Entscheidung zu Grunde zu legen (Art. 66 Abs. 1 OG). Gegen den neuen Entscheid ist die Berufung unabhängig vom Streitwert wiederum zulässig (Art. 66 Abs. 2 OG), denn nur auf diese Weise lässt sich überprüfen, ob das kantonale Gericht sich wirklich an die Entscheidungsgründe des Bundesgerichtes gehalten hat (Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt am Main 1990, S. 491). Es gilt daher nun insbesondere zu prüfen, ob das bundesrechtliche Feststellungsinteresse vorliegt. Als Prozessvoraussetzung ist dieses, wie bereits erwähnt, soweit es den Sachverhalt betrifft, vom Kläger nachzuweisen.

Den Klägerinnen wäre die Erbteilungsklage als Leistungs- und als Gestaltungsklage zur Verfügung gestanden. Die aus den Akten sich ergebenden zahlenmässigen Berechnungen der Klägerinnen über die ihnen angeblich zustehenden erbrechtlichen Ansprüche hätten es ihnen erlaubt, die Vollzugsrechte, die letztendlich zum erstrebten Vermögenserwerb dienen, geltend zu machen (BGE 84 II 685 insbesondere 692 ff.). Es wird in diesem Zusammenhang auch auf die in der Klage enthaltenen Eventualbegehren verwiesen. Mit der Feststellung der Ausgleichungspflicht hätten die Klägerinnen noch keinen vollstreckbaren Rechtstitel für den letztendlich erstrebten Vermögenserwerb in den Händen. Die Ungewissheit der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien würde durch die richterliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Ausgleichungspflicht auch nur gerade in diesem Punkt behoben. Die übrigen Streitpunkte (Lidlohn, Nachlass der Mutter, vorgenommene Erbteilungshandlungen) blieben weiterhin offen. Angesichts der Dauer des Verfahrens, Tod des Vaters im April 1991 und Anhebung der Klage im Januar 1992, erscheint eine gewisse Fortdauer der Ungewissheit über die Ausgleichungspflicht für die Klägerinnen als nicht unzumutbar. Nicht nur wird dies von den Klägerinnen nicht geltend gemacht, sondern boten diese im Verlaufe des gerichtlichen Verfahrens auch immer wieder Hand zu Vergleichsbemühungen, die das Verfahren mitverzögerten, und es war insbesondere eine Klage auf Leistung bzw. Gestaltung, wie erwähnt, nicht ausgeschlossen. Es kann auch nicht gesagt werden, die Parteien vermöchten sich nach Vorliegen eines die Ausgleichungspflicht regelnden Urteils mit hoher Wahrscheinlichkeit gütlich zu einigen. Vielmehr sind, wie ebenfalls schon erwähnt, weitere Streitpunkte offen, verschiedene Vergleichsbemühungen gescheitert und die Meinungsverschiedenheiten, wie die Klägerinnen selbst ausführen, grundsätzlicher Natur. Die Erbengemeinschaft soll auch nicht fortgesetzt werden, so dass diesfalls notwendigerweise nicht geteilt würde. Vielmehr haben bereits zumindest gewisse Erbteilungshandlungen stattgefunden. Weiter wird auch in diesem Zusammenhang auf die Eventualbegehren der Klage verwiesen.

Gesagtes erhellt, dass vorliegend das bundesrechtliche Feststellungsinteresse nicht gegeben ist.

**Nr. 10 Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 82 SchKG. Anwendung der "Basler Rechtsöffnungspraxis" bei synallagmatischen Verträgen (Bestätigung der Rechtsprechung).**

Obergericht, 18. Oktober 1996, OG Z 96 19

**Aus den Erwägungen:**

3. Beruht die Forderung auf einer durch öffentliche Urkunde festgestellten oder durch Unterschrift bekräftigten Schuldanerkennung, so kann der Gläubiger die provisorische Rechtsöffnung verlangen (Art. 82 Abs. 1 SchKG). Begrifflich stellt die Schuldanerkennung eine Willenserklärung dar, wonach sich der Schuldner zur Bezahlung eines bestimmten oder leicht bestimmbar Geldbetrages zu bestimmter Zeit verpflichtet. Als Schuldanerkennung im Sinne des Betreibungsrechts kommt aber nur ein gegenüber dem Schuldner als einforderbar verurkundeter Anspruch in Betracht. Diese Schuldanerkennungsurkunde ist rechtlich bloss ein Beweismittel. Sie unterscheidet sich dadurch vom vollstreckbaren gerichtlichen Urteil, das eine autoritative Feststellung über den Forderungsbestand enthält (Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1993, S. 139). Schuldanerkennungen, die als Rechtsöffnungstitel in Frage kommen, finden sich in verschiedenartigen Urkunden. So sind in den meisten zweiseitigen Rechtsgeschäften Verpflichtungen zu einer Geldzahlung enthalten; so in Kauf-, Miet-, Pacht-, Darlehens-, Dienst-, Werk- oder Versicherungsverträgen. Solche vertragliche Zahlungsverpflichtungen gelten aber nur dann als Schuldanerkennung, wenn der Schuldner bedingungslos zu zahlen hat, die gegen ihn geltend gemachte Forderung demzufolge liquid ist (Kurt Amonn, a.a.O., S. 141). Zweiseitige Verträge werden heute ganz allgemein als Rechtsöffnungstitel anerkannt, sofern erstellt ist, dass der Kläger die eigene Leistung gehörig erbracht hat (Bernhard F. Meyer, Die Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge, 2. Aufl., Zürich 1979, S. 48).

Der Richter spricht die provisorische Rechtsöffnung aus, sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht (Art. 82 Abs. 2 SchKG). Glaubhaftmachen ist einerseits weniger als ein Beweis und identisch mit dem Nachweis der Wahrscheinlichkeit; auf der anderen Seite ist es aber auch mehr als nur eine Bestreitung. Einwendungen erscheinen dann als glaubhaft, wenn der Richter überwiegend geneigt ist, an ihre Wahrheit zu glauben (Bernhard F. Meyer, a.a.O. S. 31).

4. Beim vorliegenden Kaufvertrag handelt es sich zweifelsohne um einen synallagmatischen (vollkommen zweiseitigen / wesentlich zweiseitigen) Vertrag. Die Parteien, welche einen synallagmatischen Vertrag eingehen, sind sich des Umstandes, dass die gegenseitigen Leistungen in einem Austauschverhältnis stehen, bewusst. Anerkennt man den wesentlich zweiseitigen Vertrag als Rechtsöffnungstitel, so muss gewährleistet sein, dass der synallagmatische Charakter auch in der Vollstreckungsphase beachtet wird. Im SchKG fehlt eine gesetzliche Regelung analog derjenigen in Art. 82 OR, mit welcher der Betriebene den Austauschcharakter einer synallagmatischen Forderung im Rechtsöffnungsprozess zur Geltung bringen könnte, denn die Schuldbetreibung ist auf die Vollstreckung einseitiger Leistungspflichten ausgerichtet. Wegen der verschiedenartigen Zielsetzung von Rechtsöffnungsverfahren und ordentlichem Zivilprozess geht es zudem nicht an (auch wenn es oft gemacht wird), ohne weiteres zivilprozessuale Grundsätze auf den Rechtsöffnungsprozess zu übertragen. Die Lösung des Problems muss vielmehr im Sinn und Zweck des Vollstreckungsrechtes gesucht werden (Bernhard F. Meyer, a.a.O., S. 47).

Heute gilt die sogenannte "Basler Rechtsöffnungspraxis" weitherum, so im Kanton Zürich, als gefestigte Rechtsprechung. Danach kann ein synallagmatischer Vertrag nur als Rechtsöffnungstitel dienen, wenn eine der folgenden Voraussetzungen gegeben ist:

a. wenn der Rechtsöffnungsbeklagte nicht bestreitet, dass der Rechtsöffnungskläger seinerseits den Vertrag erfüllt hat,

- b. wenn der Beklagte zwar bestreitet, dass der Kläger vertragsmässig erfüllt habe, seine Einwendungen aber offensichtlich haltlos sind,
- c. wenn der Kläger gegenüber einer Bestreitung des Beklagten durch Urkunden in liquider Weise und bei einer Prüfung, wie sie im summarischen Verfahren erfolgen kann, nachweist, dass er seine Vertragsleistung gehörig bewirkt hat,
- d. wenn der Beklagte gemäss Vertrag vorzuleisten hat.

Die Einwendungen aus dem synallagmatischen Vertrag müssen somit nicht glaubhaft sein; sie bringen das Rechtsöffnungsverfahren ohne weiteres zu Fall, es sei denn, sie erwiesen sich von vornherein als haltlos oder sie würden vom Gläubiger sofort durch Urkunden widerlegt (Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, S. 265).

5. Es gilt nun, die Einwendungen des Rekurrenten im Sinne der "Basler Rechtsöffnungspraxis", die auch im Kanton Uri gilt (Obergericht, 6. Juli 1994, OG-Z-23/94; 23. September 1996, OG-Z-16/96) zu prüfen.

Der Rekurrent macht verschiedene Mängel am Kaufobjekt (Undichtigkeit zwischen altem Weinkeller und Neubau im Untergeschoss, Geländer der Balkone, Briefkastenanlage, Handlauf an der Aussentreppe zum Containerplatz, Containerplatz, Storen usw.) geltend, insbesondere seien entgegen dem Baubeschrieb Kunststoff- anstelle von Holzfenstern eingebaut worden. Der Rekurrent macht weiter geltend, er sei nicht vorleistungspflichtig. Die Fälligkeit der Zahlung gemäss Ziff. 2.1. Bst. d des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages sei nach Art. 82 OR von der Erfüllung des Vertrages durch die Rekursgegnerin abhängig. Der Rekurrent bestreitet somit auch, dass die Rekursgegnerin den Vertrag gehörig erfüllt habe.

Aus dem Kaufvertrag (Ziff. 2.1 Bst. c und d) ergibt sich keine Vorleistungspflicht des Rekurrenten. So wurde die Bezugsbereitschaft nicht etwa erst nach dem Vorliegen sämtlicher Teilzahlungen erstellt. Auch fehlt eine Bestimmung, wonach die Schlusszahlung unabhängig vom allfälligen Bestehen von Gewährleistungsansprüchen zu erbringen ist.

Die Verrechnungseinrede bildet Gegenstand des Rechtsöffnungsverfahrens. Die Wirksamkeit der Schuldanerkennung ist nämlich in Frage gestellt, wenn der Schuldner sich darauf beruft, die Schuld sei zum Beispiel durch Verrechnung getilgt oder gestundet worden (Kurt Amonn, a.a.O., S. 143).

Die Einwendungen aus dem synallagmatischen (Kauf-) Vertrag müssen, wie erwähnt, gemäss der "Basler Rechtsöffnungspraxis" nicht einmal glaubhaft sein; sie bringen das Rechtsöffnungsbegehren ohne weiteres zum Fall, es sei denn, sie würden sich von vornherein als haltlos erweisen oder sie würden vom Gläubiger sofort durch Urkunden widerlegt. Die Einwendungen des Rekurrenten bezüglich des Minderungsanspruches sind nicht zum vornherein als offensichtlich haltlos zu bezeichnen. So bestreitet die Rekursgegnerin nicht, entgegen dem Baubeschrieb Kunststoffenster anstelle von Holzfenstern eingebaut zu haben. Zudem muss der Unternehmer die zu kurze Verbesserungsfrist als angemessen gelten lassen, wenn er gegen die zu kurze Dauer der angesetzten Frist nicht umgehend protestiert (Peter Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157 - 190, Zürich 1991, Anm. 5 zu Art. 169). Ein solcher umgehender Protest wird nicht geltend gemacht. Die provisorische Rechtsöffnung kann deshalb im Lichte der vorerwähnten "Basler Rechtsöffnungspraxis" nicht gewährt werden. Die Höhe und der Umfang eines allfälligen Minderungsanspruches und damit der Verrechnungsbetrag sind nicht im Rechtsöffnungsverfahren, sondern sind im ordentlichen Prozess zu bestimmen.

Somit erweist sich der Rekurs als begründet. Der Entscheid der Vorinstanz ist aufzuheben.

## **B Straf- und Strafprozessrecht**

**Nr. 11 Kantonales Verfahrensrecht. Gerichtsorganisation. Art. 4, 58 BV. Art. 31 ff. GOG. Der vertretungsweise Einsatz von Mitgliedern einer Abteilung in einer anderen ist nicht verfassungswidrig.**

Bundesgericht, 12. Dezember 1997, 1P.609/1997

### **Aus den Erwägungen:**

2. Zunächst rügt der Beschwerdeführer als verfassungswidrig, dass Oberrichter Ernst Imholz und Oberrichterin Yvette Zurfluh-Schürch an angefochtenen Entscheid mitgewirkt hätten. Diese gehörten gemäss Staatskalender 1997/98 des Kantons Uri nicht der Strafrechtlichen Abteilung des Obergerichtes an.

a) Art. 58 Abs. 1 BV bestimmt, dass niemand seinem verfassungsmässigen Richter entzogen werden darf und dass daher keine Ausnahmegerichte eingeführt werden dürfen. Darüber hinaus ist die Organisation der Rechtspflege und des gerichtlichen Verfahrens grundsätzlich Sache des kantonalen Prozessrechts. Die Bundesverfassung schreibt den Kantonen keine spezifische Gerichtsorganisation und kein bestimmtes Verfahren vor. Art. 58 Abs. 1 BV verbietet im Sinne einer justiziellen Minimalgarantie zum einen Ausnahmegerichte bzw. die Bestellung von ad hoc oder ad personam berufenen Richtern und verlangt damit eine durch Rechtssatz bestimmte Gerichts- und Verfahrensordnung. Zum andern ergibt sich aus Art. 58 Abs. 1 BV ein Anspruch auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter. Es soll damit garantiert werden, dass keine Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das Urteil einwirken (BGE 122 I 24 E. 2b/bb; 120 Ia 187 E. 2b; 117 Ia 380 f. E. 4b, je m.H.).

b) Die Rüge der Verletzung von Art. 58 BV ist offensichtlich unbegründet. Dass die beiden fraglichen Oberrichter an angefochtenen Entscheid mitwirkten, obwohl sie im Staatskalender nicht als (ordentliche) Mitglieder der Strafrechtlichen Abteilung genannt werden, verletzt die Verfassung nicht. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, bei Ernst Imholz und Yvette Zurfluh-Schürch habe es sich nicht um gewählte Mitglieder des Obergerichtes gehandelt, das Gericht habe nicht in vollständiger Besetzung getagt oder die erkennenden Richter hätten keine ausreichende Kenntnis des Prozessstoffes gehabt. In den dargelegten Schranken sind die Kantone bezüglich der internen Justizorganisation frei. Dies gilt namentlich für die Verteilung der gewählten Richterinnen und Richter auf die einzelnen Abteilungen des Gerichtes oder für den vertretungsweisen (ausserordentlichen) Einsatz von Mitgliedern der einen Abteilung in einer anderen Kammer des Gerichtes. Weder liegt bei zulässigen internen Vertretungen ein Ausnahmegericht im Sinne der Verfassung vor, noch liesse der Umstand, dass es sich bei den fraglichen Gerichtsmitgliedern nicht um ordentliche Mitglieder der Strafrechtlichen Abteilung handelte, diese objektiv als befangen erscheinen. Die Gründe dafür, weshalb Ernst Imholz und Yvette Zurfluh-Schürch ausnahmsweise als ausserordentliche Mitglieder der Strafrechtlichen Abteilung tätig wurden (Ferienabwesenheit bzw. Unabkömmlichkeit von ordentlichen Mitgliedern), gehen im übrigen aus der Vernehmlassung des Obergerichtes hervor.

Art. 4 BV hat in diesem Zusammenhang keine über das bereits Gesagte hinausgehende selbständige Bedeutung. ...

**Nr. 12 Strafprozessordnung. Art. 49 StPO. Grundsätzlich kein Anspruch der Zivilklägerin auf unentgeltlichen Rechtsbeistand im Strafuntersuchungsverfahren.**

Obergericht, 6. Oktober 1997, OG Z 97 14 (siehe Nr. 3)

### **Aus den Erwägungen:**

3. Die Rekurrentin wurde mit Verfügung des Verhorrichters X. vom 2. Mai 1997 im Strafverfahren gegen R. als Zivilklägerin zugelassen. Zivilklägerin ist, wer sich als Geschädigte am Strafverfahren beteiligt. Dabei gilt als Geschädigte, wer als Trägerin des angegriffenen Rechtsgutes von der Straftat betroffen ist (Art. 45 Abs. 1 und 2 StPO). Die Zivilklägerin kann im Strafverfahren gegen den Beschuldigten Ansprüche auf Schadenersatz, Genugtuung, Beseitigung der Störung und Rückgabe von Geld oder Sachen geltend machen, die sich aus der strafbaren Handlung herleiten lassen (Art. 46 Abs. 1 StPO). Der Verhorrichter hat die Geschädigte auf dieses Recht hinzuweisen und sie anzufragen, ob sie im Strafverfahren als Zivilpartei teilnehmen wolle (Art. 46 Abs. 2 StPO). Die Zivilansprüche müssen im Laufe des Verfahrens bis zu einer vom Verhorrichter anzusetzenden Frist bei diesem schriftlich eingereicht werden, wobei die Beweismittel anzugeben und soweit möglich beizulegen sind (Art. 47 StPO). Die Mitwirkungsrechte der Zivilklägerin beschränken sich auf den Zivilpunkt, sie kann sich nur im Zivilpunkt konstituieren (Art. 50 und 185 Abs. 2 StPO). Dies im Gegensatz zu anderen Verfahrensordnungen wie etwa der bernischen (Jürg Aeschlimann, Einführung in das Strafprozessrecht, Die neuen bernischen Gesetze, Bern/Stuttgart/ Wien 1997, S. 161 ff.) Die Zivilklägerin kann somit z.B. zu Zwangsmassnahmen oder zum Strafmass keine Stellung nehmen. Äussern soll sich die Zivilklägerin hingegen grundsätzlich zu den Punkten können, die den Nachweis der strafbaren Handlung als Grundlage für ihre Zivilansprüche schaffen (z.B. Voraussetzungen Schadenersatz nach Art. 41 OR: Schaden, Verursachung, rechtswidriges Verhalten und Verschulden). So kann die Zivilklägerin Beweisanträge stellen (Art. 149 Abs. 2 StPO) und an Beweiserhebungen teilnehmen (Art. 150 StPO). Sie kann sich somit zum Sachverhalt äussern. Ebenso sollte sie sich zur Widerrechtlichkeit äussern können, ohne an der strafrechtlichen Qualifikation im Einzelnen aber mitzuwirken. Ebenso kann sie sich zur Schuldfrage äussern (Hans Schultz, Gutachten vom 26.11.1979 an die Justizdirektion Uri zum Entwurf einer Strafprozessordnung für den Kanton Uri, S. 27). Die Zivilklägerin muss prozess-, das heisst handlungsfähig im Sinne von Art. 17 ZGB sein; fehlt die Prozessfähigkeit, so wird die Klägerin durch den Inhaber der elterlichen Gewalt vertreten (Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 1997, S. 131). Die Rekurrentin C. G. wird durch ihre Eltern F. und T. G. gesetzlich vertreten (Art. 304 Abs. 1 ZGB).

4. Gemäss Art. 49 StPO steht der Zivilklägerin, wenn die Voraussetzungen dafür nach Massgabe der ZPO (Art. 121 und 122 Abs. 1 lit. c) gegeben sind, die unentgeltliche Rechtspflege zu. Aus der Natur der Sache, es liegt eine Zivilstreitigkeit vor (Art. 1 Abs. 1 lit. a ZPO), und aus dem Fehlen anderweitiger Bestimmungen ergibt sich, dass sich Inhalt und Umfang der unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls nach der ZPO richten (Art. 122 f. ZPO). Das Landgerichtspräsidium Uri hat mit vorliegend angefochtenem Entscheid der Rekurrentin als Zivilklägerin für das künftige Strafverfahren vor Landgericht Uri die vollständige unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Art. 122 Abs. 1 ZPO). Die unentgeltliche Verbeiständung wurde dabei auf einen im Kanton Uri domizilierten Anwalt beschränkt. Streitig ist vorliegend nur noch die Zulässigkeit dieser Beschränkung sowie die Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (des unentgeltlichen Rechtsbeistandes) bereits im Strafuntersuchungsverfahren. Zur Frage der unentgeltlichen Rechtspflege im Strafuntersuchungsverfahren nimmt das Landgerichtspräsidium Uri keine Stellung. Zumindest formell hätte die Vorinstanz diesen Antrag aber auch beurteilen müssen. Die ZPO sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass im Rekursverfahren die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückgewiesen werden kann (Art. 257). Freilich ist Zurückhaltung geboten. In der Regel hat die rasche Erledigung des Verfahrens Vorrang (Studer/Rüegg/ Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, S. 364). Ist die Beurteilung eines gestellten Begehrens liquid, so findet daher in der Regel keine Rückweisung statt.

5. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (unentgeltliche Prozessführung, unentgeltlicher Rechtsbeistand) wird durch das kantonale Prozessrecht geregelt. Unabhängig davon wird ein Mindestanspruch direkt aus Art. 4 BV abgeleitet (BGE 121 Ia 61 ff.). Danach hat eine bedürftige Partei Anspruch darauf, dass der Richter in einem für sie nicht aussichtslosen Zivilprozess ohne Hinterlegung oder Sicherstellung von Kosten tätig wird, und dass ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand ernannt wird, wenn sie eines solchen zur gehörigen Wahrung ihrer Interessen bedarf (BGE 104 Ia 73). Das kantonale Recht beinhaltet keine über Art. 4 BV hinausgehende Regelung

(Obergerichtspräsidium des Kantons Uri, 27.08.1996, OGP-Z-3/96, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1994/95, Nr. 3, S. 21). Für die Beurteilung der Frage der Bedürftigkeit der Rekurrentin wird dabei vorweg auf die Ausführungen der Vorinstanz und auf den erwähnten Entscheid OG ZP 97 2 vom 6. Oktober 1997 des Präsidiums der Zivilrechtlichen Abteilung verwiesen, wonach die Bedürftigkeit der Rekurrentin bejaht wird. Die unentgeltliche Rechtsverteidigung muss sachlich geboten sei. Die konkreten Umstände des Einzelfalles und die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften sind zu berücksichtigen. Falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsstellung der Bedürftigen eingreift, ist die Verteidigung grundsätzlich geboten, andernfalls bloss, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen die Gesuchstellerin auf sich allein gestellt nicht gewachsen ist (BGE 122 I 51 E. 2c/bb, 119 Ia 265 E. 3b). Als besondere Schwierigkeiten fallen nicht nur Umstände wie Kompliziertheit der Rechtsfragen, Unübersichtlichkeit des Sachverhalts und dergleichen in Betracht, sondern insbesondere auch in der Person der Gesuchstellerin liegende Gründe, wie etwa deren Fähigkeiten, sich im Verfahren zurecht zu finden (BGE 122 I 51 E. 2c/bb). Entscheidend ist dabei allemal die sachliche Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im konkreten Einzelfall. Diese Voraussetzung wird im Allgemeinen bloss bejaht, wenn die aufgeworfenen Fragen sich nicht leicht beantworten lassen und die gesuchstellende Partei oder ihr ziviler Vertreter selbst nicht rechtskundig ist (Obergerichtspräsidium, a.a.O., S. 23).

6. Im Strafverfahren, somit insbesondere auch im Strafuntersuchungsverfahren, wird der Sachverhalt von Amtes wegen festgestellt (Untersuchungsgrundsatz, Art. 10 StPO). Der Verhörer hat die Wahrheit zu erforschen (vgl. auch Art. 148 StPO). Eine allfällige Kostenpflicht der Zivilklägerin erstreckt sich nur auf die durch die Behandlung des Zivilpunktes entstandenen Kosten, wenn die Zivilklage abgewiesen wird (Art. 66 StPO). Aus diesen Gründen soll der Geschädigten das Armenrecht gerade im Strafuntersuchungsverfahren grundsätzlich nur mit Zurückhaltung gewährt werden. Dies gilt erst recht hinsichtlich des Interesses der Geschädigten, den Beschuldigten bestraft zu sehen (Hauser/Schweri, a.a.O., S. 133). Auch wenn einer Geschädigten daran gelegen sein kann, dass der Täter für die ihr zugefügte Unbill der gesetzlichen Strafe zugeführt und das Unrecht so gesühnt wird, beschränkt doch die StPO, wie erwähnt, die Mitwirkungsrechte der Zivilklägerin auf den Zivilpunkt. Der Umstand, dass im Strafverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt - mithin ein Vorteil des Adhäsionsprozesses für die Geschädigte darin besteht, dass sie nicht die Last der Verhandlungsmaxime trägt, indem der Strafrichter sich im Zivilpunkt auf die im Strafverfahren getroffenen tatsächlichen Feststellungen stützt (Hauser/Schweri, a.a.O., S. 131 f.) -, schliesst die Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung indessen nicht a priori aus (BGE 117 Ia 282, 115 Ia 105 m.H.; vgl. auch BGE 122 III 392). Das Gleiche gilt in Bezug auf die dem Verhörer gegenüber einer Geschädigten obliegenden Pflichten (Art. 46 Abs. 2 und Art. 47 StPO). Diese Pflichten können aber die Anforderungen an die Notwendigkeit der unentgeltlichen Rechtsverteidigung hinaufsetzen.

Das Strafuntersuchungsverfahren stellt in der Regel eher bescheidene juristische Anforderungen an die Wahrung der Mitwirkungsrechte von Geschädigten. Es geht im Wesentlichen darum, allfällige Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche (relativ formlos) anzumelden sowie an Verhören von Angeschuldigten und allfälligen Zeugen teilzunehmen und eventuell Ergänzungsfragen zu stellen. Ein durchschnittlicher Bürger sollte in der Lage sein, seine Interessen als Geschädigter in einer Strafuntersuchung selbst wahrzunehmen. In diesem Zusammenhang berücksichtigt das Bundesgericht insbesondere das Alter, die soziale Situation, die Sprachkenntnisse oder die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung des Geschädigten sowie die Schwere und Komplexität des Falles. Das Bundesgericht hat einen direkt aus Art. 4 BV fließenden Anspruch eines Geschädigten auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in der Strafuntersuchung namentlich bei minderjährigen Opfern von Sexualverbrechen in Strafprozessen gegen ihre Väter oder bei erwachsenen aber psychisch stark beeinträchtigten Vergewaltigungsopfern bejaht, sofern die Geschädigten nicht amtlich verteidigt bzw. nicht ausreichend juristisch beraten sind. Bei der Frage nach der Notwendigkeit der Verteidigung eines bedürftigen Geschädigten muss im Übrigen ein sachgerechter Ausgleich zwischen dessen schutzwürdigen Rechtsverfolgungsinteressen und den (teilweise gegenläufigen) Interessen der Allgemeinheit an einem raschen und nicht übermässig teuren Funktionieren der Strafjustiz gesucht werden. Die Tatsache, dass im Strafverfahren die

Untersuchungsmaxime gilt, schliesst die Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung indessen, wie bereits erwähnt, nicht zum vornherein aus (BGE 123 I 147 f.). Nach der dargelegten Praxis des Bundesgerichtes sollte also ein durchschnittlicher Bürger (auch als juristischer Laie) in der Lage sein, seine Interessen als Geschädigter in einer Strafuntersuchung selbst wahrzunehmen. Ausnahmen von diesem Grundsatz können sich unter gewissen Umständen aufdrängen, falls der Geschädigte in seinem Geisteszustand beeinträchtigt oder minderjährig ist oder sofern er nur über geringe Kenntnisse der Verfahrenssprache verfügt und sich zudem in einer schwierigen psychischen Situation befindet, was insbesondere bei schweren Beziehungsdelikten der Fall sein kann. So wurde ein verfassungsmässiger Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung etwa bei einer Frau bejaht, die der deutschen Sprache unkundig und von ihrem Ehemann mit dem Messer schwer verletzt worden war. Das Bundesgericht berücksichtigt in diesem Zusammenhang auch, ob der Geschädigte seine Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche adhäsionsweise vor Strafgericht (oder in einem separaten Zivilprozess) geltend machen und dafür gesondert ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege stellen kann (BGE 123 I 149 f. m.H.). Eine geschädigte Partei in einem Strafverfahren, gerade wie dem vorliegenden, braucht Unterstützung nicht primär wegen schwierigen Rechtsfragen, sondern vorab in menschlicher Hinsicht (BGE 116 Ia 461). Vergleichsweise hat selbst der bedürftige Angeschuldigte nur dann unmittelbar gestützt auf Art. 4 BV einen Anspruch auf die Bestellung des unentgeltlichen Rechtsvertreters, wenn ihm (konkret, nicht abstrakt nach dem gesetzlichen Strafrahmen) eine schwerwiegende freiheitsentziehende Massnahme oder eine Strafe droht, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzugs ausschliesst. Droht zwar eine erhebliche, nicht aber eine besonders schwere Freiheitsbeschränkung, müssen zur relativen Schwere des Eingriffs besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Betroffene - auf sich allein gestellt - nicht gewachsen wäre (BGE 122 I 51; vgl. auch Art. 54 f. StPO).

Vorliegend handelt es sich bei der Geschädigten wohl um ein minderjähriges Mädchen, welches aber von seinen Eltern gesetzlich vertreten wird. Weder die Geschädigte, noch deren Eltern sind sprachunkundig oder gemäss den gerichtlichen Akten krank oder psychisch angeschlagen. Beim angeschuldigten Sexualtäter handelt es sich ebenfalls gemäss den dem Gericht zur Verfügung stehenden Akten nicht um ein Familienmitglied. Zu berücksichtigen ist ausserdem, wie vom Bundesgericht dargelegt, dass das Strafuntersuchungsverfahren eher bescheidene Anforderungen an die Wahrung der Mitwirkungsrechte der Geschädigten stellt. Es geht im Wesentlichen nur darum, auf Anfrage des Verhörers innert Frist allfällige Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche relativ formlos anzumelden sowie an den Verhören des Angeschuldigten und allfälliger Zeugen teilzunehmen und eventuell Ergänzungsfragen zu stellen. Besondere Anforderungen werden durch die Rekurrentin nicht geltend gemacht bzw. dargelegt. Das Obergericht ist der Auffassung, dass vorliegend die Vertretung der Geschädigten (nur) durch ihre Eltern im Strafuntersuchungsverfahren durchaus zumutbar ist und die Interessenwahrnehmung rechtsgenügend erfolgen kann. Insbesondere ist die im Vordergrund stehende Unterstützung in menschlich-sozialer Hinsicht nicht verunmöglicht. Hinzu kommt, dass durch die Vorinstanz der Rekurrentin zur Geltendmachung ihrer Zivilansprüche im eigentlichen Strafprozess vor Landgericht Uri die unentgeltliche Rechtspflege bereits bewilligt wurde. Sollten die Zivilansprüche an das Zivilgericht verwiesen werden (Art. 9 OHG, Art. 48 StPO), kann dort wiederum ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt werden.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch Art. 3 Abs. 4 OHG. Danach übernehmen die zu schaffenden kantonalen Opferberatungsstellen insbesondere Anwalts- und Verfahrenskosten, soweit dies aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Opfers angezeigt ist. Was den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung betrifft, räumt das Opferhilfegesetz indessen dem Geschädigten keine über die bundesgerichtlichen Rechtsprechungsgrundsätze zu Art. 4 BV hinausgehenden Rechte ein. Auch das neue Gesetz orientiert sich dabei an der Erkenntnis, dass die Opfer von Straftaten über rein juristische Unterstützung hinaus vor allem der Hilfe in psychologischer, sozialer, medizinischer, materieller und menschlicher Hinsicht bedürfen (Marc Forster, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in ZBI 93/1992, S. 467). Die Ansprüche nach OHG sind im Verhältnis zum Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege subsidiär (Regierungsrat des Kantons Aargau, in ZBI 98/1997 S. 38 ff; Gewerbe- und Fürsorgedepartement des Kantons Obwalden, in VVGE OW, Bd. XII, Nr. 31;



Gomm/Stein/Zehntner, Opferhilfegesetz, Bern 1995, S. 78 ff.; Andreas Kley-Struller, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, in AJP 1995 S. 184).

Der Rekurs bezüglich der unentgeltlichen Rechtspflege im Strafuntersuchungsverfahren ist demnach unbegründet und ist abzuweisen.

**Nr. 13 Strafprozessordnung. Art. 191 StPO. Der Rückzug eines Rechtsmittels kann bis zur Eröffnung des Endentscheides erfolgen.**

Obergericht, 26. Januar 1998, OG S 97 11

**Aus den Erwägungen:**

2. Alle Rechtsmittel unterstehen der Verfügungsgewalt derjenigen Person, welche sie ergriffen hat. Die Rechtsmittel können zurückgezogen werden (vgl. Art. 68 Ziff. 3 StPO; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 1997, S. 394; Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1997, N 983). Die ernerische Strafprozessordnung schweigt sich aber im Gegensatz etwa zur bernischen (vgl. Jürg Aeschlimann, Einführung in das Strafprozessrecht, Bern 1997, N 1774, wonach im mündlichen Verfahren vor Oberinstanz bis zum Schluss der Appellationsverhandlung die Appellation zurückgezogen werden kann) darüber aus, bis zu welchem Zeitpunkt ein Rückzug eines Rechtsmittels wirksam erklärt werden kann. Nach Schmid (a.a.O.) ist im Strafprozess der Rückzug grundsätzlich bis zum Moment des Erlasses des Rechtsmittelentscheides möglich. Im Zivilprozessverfahren kann ein Rechtsmittel bis zur Erledigung durch die Rechtsmittelinstanz vom Rechtsmittelkläger jederzeit zurückgezogen werden (Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 499 f.). Die Bestimmungen der Strafprozessordnung über ähnliche Konstellationen (Rückzug der Einsprache gegen den Strafbefehl bis zur Urteilsberatung gemäss Art. 165 StPO; Rückzug der Anklage bis zum Beginn der Hauptverhandlung gemäss Art. 169 StPO) eignen sich kaum zur sinngemässen Anwendung. Deshalb ist in Analogie zu Art. 97 Abs. 2 lit. b ZPO anzunehmen, dass die Berufung bis zur Eröffnung des Endentscheides des Obergerichtes zurückgezogen werden kann. Diese Regelung, die im Einzelfall dazu führen kann, dass nach gerichtlicher Beratung und Begründung die Berufung abgeschlossen werden muss, ist jedoch insofern einschränkend auszulegen, als unter "Eröffnung" nicht allein die schriftliche Zustellung des Entscheides zu verstehen ist, sondern die Möglichkeit des Rückzugs bereits mit der allfälligen mündlichen Mitteilung des Entscheides (Art. 191 StPO) entfällt, d.h. die Erklärung des Rückzugs eines Rechtsmittels muss - wo eine solche stattfindet - vor der mündlichen Verkündung erfolgen. Bei anderer Auslegung hätte es der Berufungskläger in der Hand, einem für ihn ungünstigen Entscheid nachträglich die Grundlage zu entziehen (Bänziger/Stolz/ Kobler, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Appenzell A.Rh., Herisau 1992, N 5 zu Art. 220, S. 227; Niklaus Schmid, a.a.O., wonach, wie erwähnt, der Rückzug des Rechtsmittels grundsätzlich bis zum Moment des Erlasses des Rechtsmittelentscheides möglich ist; vgl. auch Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, S. 354, wonach bis zum Erlass des Urteils der Rückzug eines Rechtsmittels zu berücksichtigen ist). Diese Überlegungen stehen auch im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 122 I 97), wonach ein Entscheid erst mit der offiziellen Mitteilung an die Parteien rechtliche Existenz erlangt. Wird kein Sachurteil gefällt, so ist der Entscheid als Beschluss zu fassen und zu begründen (Art. 192 Abs. 2 StPO). Die Berufung ist als durch Rückzug erledigt am Geschäftsprotokoll des Obergerichtes abzuschreiben.

**Nr. 14 Strafprozessordnung. Art. 221 Abs. 2 StPO. Die Rechtsbegehren der Berufungserklärung sind zumindest kurz und sachbezogen zu begründen.**

Obergericht, 14. November 1997, OG S 97 10 (siehe Nr. 16)

**Aus den Erwägungen:**

3. Gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO muss die Berufungserklärung nicht nur die Rechtsbegehren nennen, sondern auch eine kurze Begründung enthalten. Gemäss Antrag 2 der Berufungserklärung soll der Berufungskläger höchstens zu einer Gefängnisstrafe von einem Monat verurteilt werden, ferner sei ihm der bedingte Strafvollzug zu gewähren. Ausserdem sei die Busse auf maximal Fr. 2'000.-- festzusetzen. Da in der Berufungserklärung vom 28. August 1997 Ausführungen, aus welchen Gründen eine Gefängnisstrafe von höchstens einem Monat zu verhängen, der bedingte Strafvollzug zu gewähren und die Busse auf maximal Fr. 2'000.-- festzusetzen sei, fehlten, wurde dem Berufungskläger mit verfahrensleitender Verfügung vom 29. August 1997 durch den Gerichtspräsidenten eine Nachbesserungsfrist im Sinne von Art. 221 Abs. 2 Satz 2 StPO gewährt. Der Berufungskläger wurde ausdrücklich auf die Folgen bei unbenutztem Ablauf der Frist aufmerksam gemacht (Art. 22 Abs. 1 StPO). In der Nachbesserung vom 3. September 1997 wurden jedoch lediglich die Anträge auf Gewährung des bedingten Strafvollzuges sowie auf Herabsetzung der Busse begründet. Für die beantragte Reduktion der Dauer der Gefängnisstrafe erfolgte keine Begründung. Die Berufung ist, wie bereits erwähnt, ein vollkommenes Rechtsmittel. Sie erlaubt dem Obergericht, das angefochtene Urteil in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen. Auch reine Ermessensfragen können Gegenstand der Berufung sein (Art. 220 und Art. 228 StPO). Mit Blick darauf entspricht es einem rationellen Verfahren, wenn der Berufungskläger dem Gericht kurz mitteilen muss, inwiefern er das angefochtene Urteil abgeändert haben will und warum es seines Erachtens nicht richtig ist. Die kurze Begründung erlaubt dem Gericht, sich gezielt auf das Berufungsverfahren vorzubereiten (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 25.04.1994 an den Landrat zur Änderung der Strafprozessordnung, zum Beitritt zum Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen und zur Änderung der Dienst- und Besoldungsverordnung für die Mitarbeiter der kantonalen Verwaltung, S. 14). Auch wenn das Schwergewicht des Berufungsverfahrens nach wie vor auf der mündlichen Verhandlung liegt (Unmittelbarkeitsprinzip), gibt es doch mit der am 1. Juni 1995 in Kraft getretenen Bestimmung in Art. 221 Abs. 2 StPO eine gewisse Verstärkung der Schriftlichkeit (vgl. Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 1997, S. 196 f.). An die schriftliche Begründung sind eher bescheidene Anforderungen zu stellen, verlangt doch das Gesetz, wie erwähnt, eine kurze Begründung der Rechtsbegehren. Es ist, wenn auch nur in kurzer Form, auszuführen, weshalb das Urteil der Vorinstanz in den angefochtenen Punkten falsch sein soll. Die vom Gesetzgeber im Hinblick auf ein rationelles Verfahren gewollte Möglichkeit des Gerichtes, sich gezielt auf das Berufungsverfahren vorzubereiten, verlangt dabei, dass bspw. nicht nur das Nichterfüllen des objektiven und/oder subjektiven Tatbestandes oder eine zu hohe Bestrafung geltend gemacht, sondern dargelegt wird, warum die Überlegungen der Vorinstanz nicht zutreffend sein sollen, warum bspw. zu Unrecht ein Tatbestandselement als erfüllt betrachtet wurde oder die Bestrafung zu hoch ausgefallen ist. Das Erfordernis einer auch nur kurzen Begründung verlangt, sich mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen (vgl. BGE 118 Ib 136 E. 2, 113 Ib 288). Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung zweifelsohne auch verhindern helfen, dass unüberlegt Rechtsmittel eingelegt werden. Vorliegend fehlt die Begründung, warum die von der Vorinstanz verhängte Dauer der Freiheitsstrafe nicht richtig sein soll. Die in der durch einen Rechtsanwalt eingereichten Berufungserklärung enthaltenen Begründungen zu den übrigen Anträgen sind gemäss klarer Systematik und klarem Wortlaut nur zu diesen erfolgt. Im Übrigen ging der Berufungskläger anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung auf die beantragte Reduktion der Dauer der Gefängnisstrafe nicht mehr ein. Nachdem die Begründung bezüglich der angebehrten Reduktion der Gefängnisstrafe fehlt, ist auf diesen Antrag androhungsgemäss nicht einzutreten.

**Nr. 15 Strafprozessordnung. Art. 221 Abs. 4, Art. 223 Abs. 2 StPO. Begriff der Beweisergänzung. Die Staatsanwaltschaft, welche keine Anschlussberufung erhoben hat, kann anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung Beweisergänzungsbegehren stellen. Das rechtliche Gehör ist zu wahren.**

Obergericht, 10. Juli 1996, OG S 96 5

**Aus den Erwägungen:**

2. Vorfrageweise hat sich das Obergericht mit der Zulässigkeit des Beweisergänzungsbegehrens der Berufungsbeklagten zu befassen. Unter "Beweisergänzungen" im Sinne der nachfolgenden Bestimmungen sind neue, im Berufungsverfahren erstmals gestellte Beweisanträge zu verstehen (vgl. BGE vom 11.7.1995 i.S. B. und B. gegen Staatsanwaltschaft Uri und Obergericht des Kantons Uri, 6P.54/1995, E. 1c). Die Bestimmungen des Berufungsverfahrens sehen in Art. 221 Abs. 4 StPO für die Berufungserklärung und in Art. 223 Abs. 2 StPO für die Anschlussberufung vor, dass die Beweisergänzungen schriftlich beantragt werden müssen. In der Berufungserklärung beantragte Beweisergänzungen sind zudem ebenfalls schriftlich zu begründen (Art. 221 Abs. 4 StPO). Schliesst sich die Gegenpartei nun der Berufung nicht an, erfolgt also keine Anschlussberufung, stellt sich die Frage, ob sie, ohne an derartige Formvorschriften (Fristen, Schriftlichkeit) gebunden zu sein, noch in der Berufungsverhandlung Beweisergänzungen beantragen kann. E contrario lässt sich aus Art. 221 Abs. 4 und Art. 223 Abs. 2 StPO sowie auch aus Art. 208 i.V.m. Art. 180 StPO ableiten, dass die Berufungsbeklagte, welche keine Anschlussberufung erhoben hat, anlässlich der Berufungsverhandlung Beweisergänzungen stellen kann. Insbesondere verlangt auch Art. 222 StPO nicht, dass Beweisergänzungen mit der Stellungnahme innert 10 Tagen einzureichen sind, ist es doch der Gegenpartei freigestellt, ob sie überhaupt eine Stellungnahme abgeben will. Dem Beweisergänzungsantrag der Staatsanwaltschaft, die vorliegend selber weder Berufung noch Anschlussberufung erklärt hat, ist daher stattzugeben.

Da der Berufungskläger Einsicht in die Beweisergänzungen und dazu Stellung nehmen konnte, bleibt das rechtliche Gehör gewahrt (vgl. BGE 118 Ia 17).

**Nr. 16 Strafgesetzbuch. Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Fahren in angetrunkenem Zustand. Wiederholungstäter. Bedingter Vollzug der Freiheitsstrafe. Erhöhte Anforderungen an die günstige Prognose. Gesamtwürdigung. Kein Vorrang des ansonsten guten Leumundes. In concreto: keine Gewährung des bedingten Vollzuges.**  
Obergericht, 14. November 1997, OG S 97 10 (siehe Nr. 14)

#### **Aus den Erwägungen:**

5. a) Nach Art. 41 Ziff. 1 StGB kann der Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten aufgeschoben werden, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Delikten abgehalten. Der Richter hat also eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters anzustellen. Dabei steht dem Sachrichter gemäss BGE 118 IV 100 ein erhebliches Ermessen zu, bei dessen Ausübung er sich jedoch auf sachlich haltbare Gründe stützen muss. In eben zitiertem Entscheid hat das Bundesgericht die Rechtsprechung präzisiert. Auch im Strassenverkehr, wie überall, wo Art. 41 StGB anzuwenden ist, sei beim Entscheid über den bedingten Strafvollzug in erster Linie der Grundsatz der Spezialprävention massgeblich. Deshalb dürfe nicht aus generalpräventiven Überlegungen bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten ein derart strenger Massstab angelegt werden, dass angetrunkenen Fahrzeuglenkern der bedingte Strafvollzug praktisch zum Vornherein verschlossen bleibe. Unzulässig sei es aber auch, unter den nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu berücksichtigenden Umständen einzelnen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen, also etwa einseitig nur auf die Umstände der Tat abzustellen. Vielmehr seien auch beim Tatbestand des Fahrens in angetrunkenem Zustand neben den Tat Umständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen, in die Beurteilung miteinzubeziehen, um aufgrund einer Gesamtwürdigung darüber zu entscheiden, ob der Verurteilte für dauerndes Wohlverhalten Gewähr biete oder nicht. Zusammenfassend stellte das Bundesgericht fest, dass bei der Gewährung oder Verweigerung des bedingten Strafvollzuges beim Tatbestand des Fahrens in angetrunkenem Zustand die gleichen Kriterien zugrunde zu legen sind wie bei anderen Delikten. Die Besonderheit des Straftatbestandes und gegebenenfalls dass es sich um einen Rückfall handelt, sind nur Umstände, die neben allen anderen bei der Gesamtwürdigung

zu berücksichtigen sind. Bei Prüfung der Prognose steht nicht primär eine sozusagen mathematisch ermittelte Wahrscheinlichkeit deliktischen Rückfalls im Vordergrund. Man darf ruhig eingestehen, dass die Zukunft eine unsichere Sache ist und sich selbst durch eine umfassende und sehr intensive Auseinandersetzung mit der Täterpersönlichkeit eine absolut verlässliche Zukunftsvoraussage nicht treffen lässt. Dies schon deshalb nicht, weil sich die Täterpersönlichkeit in Zukunft ändern kann und somit auch die persönlichen und gesellschaftlichen Ursachen und Beweggründe für deliktisches Verhalten. Bei Prüfung der günstigen Prognose im Sinne von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB steht vielmehr die Frage im Mittelpunkt, unter welchen Voraussetzungen einem Verurteilten trotz unsicherer Zukunftsaussichten Vertrauen geschenkt werden darf (vgl. Peter Albrecht, in SJZ 1988 S. 101). Kann der Richter begründetes Vertrauen gewinnen, soll der Vollzug der Strafe aufgeschoben werden. Der Richter muss von der Besserungsaussicht mit Begründung überzeugt sein. Wo zwischen vager Hoffnung und Bedenken geschwankt wird, ist die Gewährung des bedingten Strafvollzuges nicht angezeigt (BGE 102 IV 63, 100 IV 133), weil dann kein Vertrauen auf Bewährung herrscht (PKG 1993 Nr. 24 E. 3).

b) Der Berufungskläger ist Wiederholungstäter. Eine frühere Bestrafung wird, auch wenn die Vorstrafe schon etwas länger zurückliegt, unter dem Gesichtspunkt des Vorlebens allgemein negativ berücksichtigt, wobei besonders gleichartige Delinquenz gegen eine günstige Prognose spricht (Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1997, S. 179 f. m.H.). Auch wenn ein strafgesetzlicher Rückfall im Sinne von Art. 67 Ziff. 1 StGB nicht vorliegt, liegt indes eine frühere Bestrafung im Sinne eines kriminologischen Rückfalles vor (PKG 1993 Nr. 24 E. 4). Dabei handelt es sich um einen kriminologischen Spezialrückfall, soweit die Delikte identisch sind (Fahren in angetrunkenem Zustand). Dieser Rückfall ist, wie erwähnt, als Gesichtspunkt des Vorlebens des Verurteilten bei der Beurteilung der Bewährungsprognose weiterhin von Bedeutung. Eine günstige Prognose setzt daher erhöhte Anforderungen bzw. besondere Umstände voraus.

c) Im Lichte dieser Ausführungen ist nun zu prüfen, ob der Berufungskläger die subjektiven Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges erfüllt oder nicht. Der Berufungskläger liess sich offensichtlich durch die mit Strafverfügung des Amtsstatthalteramtes H. vom 1. Dezember 1988 bedingt ausgesprochene und damit als Warnstrafe zu bezeichnende Freiheitsstrafe nicht von einer weiteren Fahrt in angetrunkenem Zustand abhalten. Das Gleiche gilt für die damals verhängte Geldbusse und den damaligen Führerausweisentzug (Art. 17 Abs. 1 lit. b SVG). Offenbar war der Strafeindruck durch die Erstverurteilung mit bedingtem Vollzug der Freiheitsstrafe zu gering (vgl. PKG 1993 Nr. 24 E. 7). Dies obwohl durch diesen, wenn auch etwas länger zurückliegenden Unfall dem Berufungskläger zudem die negativen Wirkungen des Alkohols im Strassenverkehr klar vor Augen geführt wurden. Die Überprüfung auf Angetrunkenheit erfolgte nämlich aufgrund eines Selbstunfalles. Die Schleuderspuren wiesen eine Gesamtlänge von 77 m auf. Der Sachschaden am eigenen Personenwagen und an fremdem Eigentum war beträchtlich. Der beim Berufungskläger durchgeführte Alcomat-Test ergab damals 1.21 Gewichtspromille. Es wurde eine Blutentnahme durchgeführt. Der Führerausweis wurde abgenommen. Bei diesem ersten Vorfall war der Berufungskläger 37 Jahre alt. Von einer Jugendsünde etwa kann nicht gesprochen werden. Beim zweiten und vorliegend zu beurteilenden Vorfall als 44-jähriger Mann, hatte er seine jetzige gute Stelle bei der L. AG bereits seit 2 Monaten inne. Auch diese gute Stelle hat ihn nicht von der Tat abgehalten. Der Berufungskläger hat ohne entschuldbaren Anlass und ohne jeglichen Zwang eine verhältnismässig lange Strecke in ziemlich angetrunkenem Zustand (1.24 ‰) gefahren. Es hat nicht die geringste Versuchung oder eine irgendwie geartete soziale Zwangslage zur Fahrt nach dem Alkoholgenuss bestanden. Die Trunkenfahrt des Berufungsklägers war völlig unnötig (PKG 1993 Nr. 24 E. 8). Allein, dass der Entschluss zum Führen eines Motorfahrzeuges erst unter dem Einfluss von Alkohol fiel, entlastet nicht (Stefan Trechsel, a.a.O., S. 178 m.H.). Der Berufungskläger hat sich einer groben Verletzung von Verkehrsregeln schuldig gemacht. Das Verschulden wiegt schwer. Durch seine Fahrweise hat er andere Verkehrsteilnehmer einer hohen abstrakten Gefährdung ausgesetzt mit der sehr naheliegenden Möglichkeit einer konkreten Gefährdung oder Verletzung anderer Verkehrsteilnehmer. Seine Fahrweise insbesondere auch als Geisterfahrer auf der A2 war in hohem Masse unfallträchtig. Die A2 und auch die Ausfahrt, die eine wichtige Verbindung über die Axenstrasse in den Raum Zürich herstellt, sind gerade in den Sommermonaten auch während den Nachtstunden häufig befahren. Die mögliche

heimtückische Wirkung einer Bowle musste dem Berufungskläger schon aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung bekannt gewesen sein. Das Verhalten nach dem Unfall mit dem Verstecken des beschädigten Autos, der Flucht in den Wald, dem Unterlassen der Schadensmeldung bzw. der unterlassenen Benachrichtigung der Polizei, dem Bewerfen des ihn suchenden Polizisten mit Steinen, dem hartnäckigen Versuch, sich der Festnahme zu entziehen, dem Sich-nicht-mehr-erinnern-Wollen an den Unfall vor der Polizei, was bei einer Blutalkoholkonzentration von 1.24 Gewichtsprozent kaum möglich ist (vgl. PKG 1993 Nr. 24 E. 7) und dem teilweisen Leugnen des Alkoholkonsums ebenfalls anlässlich der polizeilichen Befragung sprechen gegen eine günstige Prognose (Stefan Trechsel, a.a.O., S. 180 m.H.). Schockwirkung ist nicht ersichtlich, wird vom Berufungskläger im Gegensatz zum Vorfall von 1988 auch nicht geltend gemacht. Der Berufungskläger führt lediglich aus, dass er sich sein Verhalten nicht erklären könne, er wisse in der Regel, was er mache. Er macht weder Scham, Angst noch Sorge um Familienangehörige, die vor Schande bewahrt werden sollen, geltend (Stefan Trechsel, a.a.O., S. 180 f. m.H.). Aus seinem Verhalten muss nach Ansicht des Obergerichtes vielmehr auf mangelnde Einsicht geschlossen werden. Beim Vorfall von 1988 verweigerte der Berufungskläger die Unterschrift auf dem Formular über die vorläufige Abnahme des Führerausweises. Insoweit weisen die beiden Vorfälle betreffend Uneinsichtigkeit eine gewisse Ähnlichkeit auf.

d) Für eine günstige Prognose sind grundsätzlich Einsicht und Reue Voraussetzung (vgl. Stefan Trechsel, a.a.O., S. 180). Betreffend Einsicht wird vorweg auf das bereits Ausgeführte verwiesen. Die erst späte Einsicht vor dem verurteilenden Richter unter dem Eindruck des nahenden, für den Angeklagten allenfalls ungünstigen Urteils ist zurückhaltender zu gewichten, als eine noch während der Tat oder unmittelbar danach gezeigte Einsicht. Reue muss durch entsprechendes Verhalten dokumentiert sein. Eine entsprechende Bezeugung erst vor dem urteilenden Richter ist ebenfalls zurückhaltend zu gewichten. Das Erfordernis der Schadensdeckung hat allgemein geringe praktische Bedeutung (Stefan Trechsel, a.a.O., S. 181) und vorliegend gerade insbesondere, da, wie der Berufungskläger selbst ausführt, der Schaden über die Versicherung erledigt worden ist, und es sich damit praktisch um eine rein versicherungsmässige Angelegenheit handelte.

e) Der Berufungskläger weist auf seine im Übrigen einwandfreie Lebensführung und auf seinen im Übrigen unbescholtenen Leumund hin. Richtig ist, dass der Berufungskläger einen unbescholtenen bürgerlichen Leumund genießt. Richtig ist auch, dass dieses Element im Rahmen einer Gesamtwürdigung bei Prüfung der Prognose für künftiges Wohlverhalten in Rechnung zu stellen ist. Wenn es bei Fahren in angetrunkenem Zustand keine Schematisierung zuungunsten des Täters in Form von erhöhten Anforderungen, im Sinne ganz aussergewöhnlicher Umstände an die günstige Prognose, gibt, muss Gleiches in Bezug auf eine Schematisierung zugunsten des Täters gelten. Der gute bürgerliche Leumund hat bei der Gesamtwürdigung keinen Vorrang. Es ist bei einem guten bürgerlichen Leumund daher nicht ohne weiteres in jedem Fall eine günstige Prognose zu stellen. Es ist nicht zu übersehen, dass es beim kriminologischen Spezialrückfall bezüglich eines identischen Delikts etwelche Schwierigkeiten bereitet, aus der sonstigen, allgemein guten Lebensführung des Verurteilten etwas Gewichtiges für eine günstige Prognose ableiten zu wollen. Der Richter muss Vertrauen haben, um den Strafvollzug aufzuschieben. Dieses Vertrauen bezieht sich auf grundsätzlich jegliches künftige Wohlverhalten, insbesondere aber auch darauf, dass sich das beurteilte Delikt nicht wiederhole. Ist der Verurteilte schon zum zweiten Mal für identische Delikte verurteilt, liegt auf der Hand, bei den Betrachtungen über die Prognose eingehend zu prüfen, ob die Befürchtungen zu zerstreuen sind, dass der Verurteilte das zweimal begangene Delikt ein drittes Mal begehen könnte. Je öfter der Täter das gleiche Delikt begeht, desto mehr gelangen die in Bezug auf dieses Delikt relevanten Momente der Prognoseprüfung in den Vordergrund. Ist ein Verurteilter auf ein ganz bestimmtes Verhalten und Delikt sozusagen anfällig, wird es umso schwieriger, einen ins Gewicht fallenden Zusammenhang zwischen seinem ansonsten guten bürgerlichen Leumund und einer günstigen Prognose zu sehen. Zeigt ein Rechtsunterworfener bei Fahren in angetrunkenem Zustand wiederholt eine diesbezüglich spezifische Charakterchwäche, so ist nicht ersichtlich, wie dieses Charaktermanko durch den ansonsten guten Leumund wettgemacht werden und zu einer günstigen Prognose - namentlich für das Fahren in angetrunkenem Zustand - führen soll. Ein direkter, sachlicher Zusammenhang zwischen allgemein positiv angesehenen Eigenschaften wie z.B. Fleiss, Ordentlichkeit, Übernahme ziviler Verantwortung, Schuldenfreiheit, Hilfsbereitschaft etc. einerseits und dem Hang zu wiederholtem Fahren in ange-

trunkenem Zustand ist je weniger herzustellen, je öfter der Tatbestand des Fahrens in angetrunkenem Zustand gesetzt wird. Im konkreten Fall vermag der gute bürgerliche Leumund des Berufungsklägers gegen die spezifische, aus den beiden Delikten hervorgehende Charakterschwäche des Berufungsklägers nicht aufzukommen. Die durch die Tatsache des kriminologischen Spezialrückfalls, der Identität der beiden Delikte, der erst vor dem urteilenden Richter unter dem Eindruck des nahenden, allenfalls ungünstigen Urteils gezeigten Einsicht und Reue, der äusseren Umstände der neuerlichen Tat und der daraus hervorgehenden Charakterschwäche des Berufungsklägers erzeugten Bedenken vermag der sonstige gute Leumund des Berufungsklägers nicht zu zerstreuen. Die Tatumstände, das Verhalten unmittelbar nach der Tat und noch im Strafverfahren anlässlich der polizeilichen Befragung, das automobilistische Vorleben und der Charakter des Berufungsklägers weisen bedeutend stärker auf eine ungünstige Prognose hin, als das sonstige unbescholtene Ansehen des Berufungsklägers auf eine günstige Prognose hinweist (vgl. PKG 1993 Nr. 24 E. 9). Aufgrund vorstehender Überlegungen muss im Sinne einer Gesamtwürdigung festgestellt werden, dass jene relevanten Gesichtspunkte, welche für eine ungünstige Prognose sprechen, ein Übergewicht haben (PKG 1993 Nr. 24 E. 11). Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist dasjenige, das den Berufungskläger möglicherweise doch noch beeindruckt und ihn daher vielleicht dauernd bessern kann (vgl. PKG 1993 Nr. 24 E. 9). ...

f) Bei der Prognosestellung ist die gesamte Wirkung des Urteils zu berücksichtigen (Stefan Trechsel, a.a.O., S. 181). Neben der Freiheitsstrafe wird eine Busse ausgesprochen. Diese wird aufgrund der finanziellen Verhältnisse des Täters bemessen (E. 6) und soll einen Teil des Verschuldens abgelten. Es hat sich aber gezeigt, dass die im Nachgang zum Vorfall von 1988 verhängte Busse den Berufungskläger nicht von einer weiteren Fahrt in angetrunkenem Zustand abgehalten hat. Zu berücksichtigen ist auch die Tatsache und die Dauer des Führerausweisentzuges (BGE 118 IV 101). Der 9-monatige Ausweisentzug hat für den Berufungskläger wohl Umständlichkeiten mit sich gebracht, ihn aber nicht hart getroffen, was er auch nicht geltend macht (dies etwa im Gegensatz zu dem vom Bundesgericht in BGE 118 IV 97 beurteilten Fall, bei dem offenbar die harte berufliche Betroffenheit als selbständiger Metzgermeister durch den 10-monatigen Führerausweisentzug Bedenken gegen eine erneute Gewährung des bedingten Vollzuges der Freiheitsstrafe aufwog; Hans Wiprächtiger, Strafzumessung und bedingter Strafvollzug - eine Herausforderung für die Strafbehörden, in ZStrR 114/1996 S. 459). Auch hat der Entzug des Führerausweises anlässlich des Vorfalles von 1988 die Wirkung auf den Berufungskläger offenbar verfehlt (vgl. PKG 1993 Nr. 24 E. 11).

g) Bei der vorliegend zu verhängenden Freiheitsstrafe handelt es sich um eine kurze Gefängnisstrafe im Sinne von Art. 37<sup>bis</sup> StGB. Gemäss Art. 4 Abs. 1 VStGB 1 ist es den Kantonen gestattet, für u.a. kurze Gefängnisstrafen den Vollzug in der Form der Halbgefangenschaft einzuführen. Dies hat der Kanton Luzern getan (Verordnung vom 7.04.1975 über den Vollzug kurzfristiger Freiheitsstrafen, SRL Nr. 327). Gemäss Art. 3a Abs. 1 VStGB 3 kann das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement einem Kanton bewilligen, Freiheitsstrafen bis zu einer Dauer von höchstens drei Monaten in der Form der gemeinnützigen Arbeit zu vollziehen. Dem Kanton Luzern wurde diese Bewilligung erteilt (Verordnung vom 24.09.1991 über den Vollzug kurzer Freiheitsstrafen durch gemeinnützige Arbeit, SRL Nr. 327a). Der Berufungskläger wird somit die unbedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe durch gemeinnützige Arbeit oder in Halbgefangenschaft vollziehen können. Seiner beruflichen Integration ist Rechnung getragen (BGE 121 IV 97).

## C Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtspflege

**Nr. 17 Kantonales Verfahrensrecht. Gerichtsorganisation. Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 GOG. Anspruch der Partei auf richtige Besetzung des Gerichts. Die Zusammensetzung des Gerichts, das prozessleitende Verfügungen sowie den Endentscheid fällt, muss personell nicht identisch sein.**

Eidg. Versicherungsgericht, 24. Oktober 1997, I 511/96

### Aus den Erwägungen:

1. Der Beschwerdeführer macht geltend, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben, da das Gericht diesen nicht in derselben Besetzung gefällt habe wie die prozessleitende Verfügung vom 24. September 1996. In der Tat wurde Oberrichter Truttmann, welcher bei der Zwischenverfügung mitgewirkt hatte, infolge Ferienabwesenheit bei der Schlussverhandlung vom 25. Oktober 1996 sowie beim Endentscheid durch Oberrichter Kröpfl ersetzt.

a) Der Anspruch der Parteien auf die richtige Besetzung des Gerichts folgt als verfassungsrechtliche Minimalanforderung an das kantonale Verfahren unmittelbar aus Art. 58 Abs. 1 BV (BGE 118 Ia 285 E. 3d, 117 Ia 325 E. 2, 115 V 260 E. 2a, 114 Ia 279 E. 3b; Arthur Häfliger, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Bern 1985, S. 155). Indessen ergibt sich der erwähnte Anspruch auch aus einer bundesgesetzlichen Vorschrift, nämlich aus Art. 69 IVG i.V.m. Art. 85 Abs. 1 AHVG (ZAK 1988 S. 603 E. Ib m.H.).

Die nähere Ausgestaltung des kantonalen Verfahrens obliegt den Kantonen (Art. 69 IVG i.V.m. Art. 85 Abs. 2 AHVG). Mit den entsprechenden kantonalen Bestimmungen hat sich das Eidgenössische Versicherungsgericht grundsätzlich nicht zu befassen (Art. 128 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OG und Art. 5 Abs. 1 VwVG; Art. 104 lit. a OG). Es hat nur zu prüfen, ob ihre Anwendung zu einer Verletzung von Bundesrecht (Art. 104 OG), insbesondere des Willkürverbots gemäss Art. 4 BV geführt hat (ZAK 1988 S. 603 E. 1b m.H.).

b) Weder Art. 58 BV noch das inhaltlich gleiche Gebot der richterlichen Unabhängigkeit gemäss Art. 6 EMRK (BGE 105 Ia 180 E. 6) geben einen Anspruch auf gleichbleibende Besetzung des Gerichts während der ganzen Prozessdauer (BGB 96 I 323 E. 2a). Ein solcher Anspruch ist auch der ernerischen Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. März 1994 (VRPV) und dem kantonalen Gerichtsorganisationsgesetz vom 17. Mai 1992 (GOG) nicht zu entnehmen. Vorgeschrieben ist lediglich eine vollständige Besetzung, um gültig verhandeln, beraten und entscheiden zu können (Art. 34 Abs. 1 GOG). Ist der Obergerichtspräsident oder ein Oberrichter aus zwingenden Gründen verhindert, sein Amt auszuüben, können Richter des eigenen Gerichts beigezogen werden (Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 GOG). Die Durchführung des Beweisverfahrens kann ganz oder teilweise einer Abordnung des Gerichts oder dem Gerichtspräsidenten übertragen werden (Art. 60 Abs. 1 VRPV).

c) Die Prozessparteien haben Anspruch darauf, dass kein Richter urteilt, der nicht Kenntnis von ihren Vorbringen und vom Beweisverfahren hat. Entscheidend ist dabei, dass einem neu mitwirkenden Richter der Prozessstoff durch Aktenstudium zugänglich gemacht werden kann (BGE 117 Ia 134 E. 1e). Dieser Anspruch ist im vorliegenden Fall gewahrt. Bei der verfahrensleitenden Verfügung vom 24. September 1996 ging es lediglich darum, im Rahmen der Prozessinstruktion Anordnungen im Hinblick auf den weiteren Fortgang des Rechtsmittelverfahrens zu treffen. Einer solchen Zwischenverfügung kommt kein selbständiger Charakter zu, weshalb das Gericht daran nicht gebunden ist. Vielmehr kann es später trotzdem noch Beweisvorkehren anordnen, wenn sich dies als notwendig herausstellen sollte. Einem Richter, der bei der prozessleitenden Verfügung nicht mitgewirkt hat, steht es somit frei, die Abnahme weiterer Beweise zu beantragen. An der Schlussverhandlung vom 25. Oktober 1996 nahmen dieselben Richter teil, welche später auch beim Endentscheid mitwirkten. Oberrichter Kröpfl, welcher nunmehr anstelle von Oberrichter

Truttmann amte, war der Prozessstoff vollumfänglich zugänglich. Von einer willkürlichen Anwendung kantonalen Prozessrechts kann bei diesen Gegebenheiten nicht die Rede sein. Ein über das kantonale Recht hinausgehender, unmittelbar aus Art. 4 BV abgeleiteter Anspruch auf gleichbleibende Besetzung wurde in BGE 96 I 323 f. E. 2b und c nur deshalb angenommen, weil nicht alle urteilenden Richter der ausschliesslich mündlichen, in keinem Protokoll festgehaltenen Beweismassnahme beigewohnt hatten. Dies ist vorliegend nicht der Fall, besass das neu mitwirkende Gerichtsmitglied aufgrund der Akten und der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung doch dieselben Kenntnisse wie die übrigen Richter. Eine Aufhebung des kantonalen Entscheids verbunden mit der Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Wiederholung des Verfahrens kann somit unterbleiben.

**Nr. 18 Kantonales Verfahrensrecht. Ausstand. Allein durch die Tatsache, dass im Einspracheverfahren die gleichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Behörde mitwirken wie bei der angefochten Verfügung, ist kein Ausstandsgrund gegeben.**

Obergericht, 5. September 1997, OG V 97 29 (siehe Nr. 37)

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Verfahrensmässig rügen die Beschwerdeführer, dadurch, dass die Einsprache durch die gleiche Person, welche die angefochtene Verfügung zu verantworten hat, behandelt worden sei, sei das Gewaltenteilungsprinzip und das Ausstandsgesetz verletzt.

a) Das Gewaltenteilungsprinzip findet im Einspracheverfahren keine Anwendung. Denn das Einspracheverfahren (Art. 39 ff. VRPV), wie auch das Beschwerdeverfahren (Art. 43 ff. VRPV), ist ein verwaltungsinternes Rechtsmittelverfahren. Die Verwaltung überprüft ihre Verfügungen. Dies im Unterschied zur verwaltungsexternen Verwaltungsrechtspflege (vgl. Art. 54 ff. VRPV), in welcher eine richterliche Behörde den Verwaltungsakt überprüft.

b) Die Einsprache ist rechtsmittelmässige Anfechtung der Verfügung, wobei jedoch die nämliche Verwaltungsbehörde für die nochmalige Prüfung der Verfügung zuständig ist und nicht eine übergeordnete Rechtsmittelinstanz (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 33; vgl. Art. 39 VRPV). Sie ist spezialgesetzlich vorgesehen (Art. 40 VRPV). Die Behandlung der Einsprache obliegt - wie dargetan - wesensgemäss der verfügenden Behörde und kann den gleichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern übertragen werden, die beim Erlass der angefochtenen Verfügung mitgewirkt haben. Diese Mitarbeitenden sind entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht etwa wegen Vorbefassung ausstandspflichtig. Zwar sieht Art. 9 AusG als besonderen Ausstandsgrund die Vorbefassung vor. Dieser Ausstandsgrund ist aber auf die Überprüfung in oberer Instanz beschränkt. Das Gesetz spricht ausdrücklich von Ausstand "bei Entscheidungen von Beschwerden". Beschwerden werden anders als Einsprachen stets durch eine übergeordnete Verwaltungsinstanz beurteilt (vgl. Art. 43 f. VRPV). Gemeint ist somit nur die Mitwirkung in unterer Instanz (ebenso etwa im Kt. Bern: Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 11 zu Art. 9, N 3 zu Art. 55).

Diese Rügen sind somit offenkundig unbegründet.

**Nr. 19 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 15 Abs. 1 VRPV. Anspruch auf rechtliches Gehör im Zonenplanverfahren. Betroffene Grundeigentümer müssen sich in geeigneter Form äussern können bevor über die Zonenzuteilung ihrer Grundstücke definitiv entschieden wird.**

Obergericht, 3. November 1997, OG V 97 47

#### **Aus den Erwägungen:**



3. Verfahrensrechtlich rügt der Beschwerdeführer die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es wird sinngemäss geltend gemacht, der Einwohnergemeinderat bzw. der Regierungsrat hätte auf die am 11. Dezember 1996 eingereichte Einsprache bzw. Beschwerde eintreten, mithin die materiellrechtlichen Vorbringen gegen den öffentlich aufgelegten Zonenplan beurteilen müssen. Demgegenüber erachtet die Vorinstanz die vorgebrachten Einwendungen gegen den vom 16. August bis 16. September 1996 öffentlich aufgelegten Zonenplan als verspätet, vielmehr hätte der Beschwerdeführer diese Einwendungen im Rahmen des Einspracheverfahrens innert 30 Tagen seit Planaufgabe vorbringen müssen. Mit der Möglichkeit, im Rahmen dieses Einspracheverfahrens Einwendungen vorzubringen, sei das rechtliche Gehör gewahrt.

a) Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben; erst wo sich dieser Rechtsschutz als ungenügend erweist, greifen die unmittelbar aus Art. 4 BV folgenden bundesrechtlichen Minimalgarantien Platz. Nach Art. 15 Abs. 1 VRPV haben die Behörden bei jedem Verfahren, das zu einer Verfügung führt, die Grundsätze des rechtlichen Gehörs zu beachten.

Fraglich ist somit vorab, ob der Zonenplan Verfügung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 VRPV ist.

Die Rechtsnatur des Zonenplans ist nicht unumstritten. Er ist ein Rechtsgebilde eigener Art, der sich weder dem Rechtssatz noch der Verfügung allgemein gleichstellen lässt. Er weist sowohl Merkmale des Rechtssatzes wie der Einzelverfügung auf. Wäre der Zonenplan einem Rechtssatz gleichgestellt, bestünde kein Gehörsanspruch (BGE 121 I 232 f. E. 2c-d, 119 Ia 149 f. E. 5c/aa, 113 Ia 99 E. 2a, 106 Ia 78 E. 2b, 104 Ia 67 E. 2b je m.H.). Verfahrensrechtlich ist ein Zonenplan für die vom Plan Betroffenen betreffend das Äusserungsrecht jedoch als Summe von Einzelverfügungen anzusehen (BGE 94 I 342 f. E. 3; vgl. 119 Ia 150 E. 5 c/bb, 116 Ia 211 E. 3, 114 Ia 238 ff. E. 2c/cc-cf).

Es besteht somit ein Anspruch auf rechtliches Gehör.

b) Aufgrund der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Die entsprechenden Rügen sind deshalb vorweg zu prüfen (BGE 122 II 469 E. 4a, 120 Ib 383 E. 3b, 115 Ia 10 E. 2a, je m. H.).

4. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass einer Verfügung dar, die in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift (vgl. BGE 120 Ib 383 E. 3b m. H.). Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern.

a) Die betroffenen Grundeigentümer sind beim Erlass oder bei der Änderung von Zonenplänen in geeigneter Form individuell anzuhören, bevor über die Zoneneinteilung ihrer Grundstücke definitiv entschieden wird (BGE 119 Ia 150 E. 5c/bb, 111 Ia 168 E. 2c, 107 Ia 273 ff. m. H.; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 11/B/II/a, S. 26 f.). Diese Äusserungsmöglichkeit muss allerdings nicht notwendigerweise schon vor der Beschlussfassung über den Plan bestehen; es genügt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass Einwendungen im Rahmen eines Einsprache- oder Beschwerdeverfahrens vorgebracht werden können (BGE 119 Ia 150 E. 5c/bb, 114 Ia 238 ff. E. 2c/cc-cf; François Ruckstuhl, Der Rechtsschutz im zürcherischen Planungs- und Baurecht, in: ZBI 86/1985 S. 287 m.w.H.; Schürmann/Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 419). In Gemeinden, bei denen das Einspracheverfahren vor der Beratung und Beschlussfassung durch die Einwohnergemeindeversammlung durchgeführt wird, muss in jenen Fällen, in denen der beschlossene Zonenplan wesentlich vom zuvor öffentlich aufgelegten Entwurf abweicht (Änderungsanträge im Verlauf der Gemeindeversammlung), dem durch die Änderungen Betroffenen, falls er nicht an der Gemeindeversammlung teilnehmen konnte oder sich unvorbereitet mit dem betreffenden Antrag auseinandersetzen musste, direkt gestützt auf Art. 4 BV das

Recht gewährt werden, sich zu diesen Änderungen zu äussern (vgl. BGE 119 Ia 150 E. 5c/cc, 117 Ia 499 f. E. 2a, 111 Ia 168 f. E. 2c, 107 Ia 273 ff., 106 Ia 80 f.). Dies trifft insbesondere auch für den ausserkantonalen Grundeigentümer zu, der mangels Wohnsitz nicht stimmberechtigt ist (Art. 3 Abs. 1 GO Altdorf) und infolgedessen grundsätzlich auch nicht über ein Antrags-, Anfrage- und Vorschlagsrecht an der Gemeindeversammlung verfügt (Art. 24 ff. GO Altdorf). Ob in diesen Fällen ein zweites Einspracheverfahren durchzuführen ist (vgl. BGE 117 I a 500 E. 2a) oder eine Beschwerdemöglichkeit gegen den Zonenplanbeschluss der Einwohnergemeinde beim Regierungsrat direkt gestützt auf Art. 4 BV gegeben ist, braucht vorliegend jedoch, wie noch aufgezeigt wird, nicht beurteilt zu werden (vgl. hierzu Art. 60 Abs. 3 BauG/BE, BGE 106 Ia 80 E. 3 = Pra 69/1980 S. 750 f.).

b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör im Zonenplanverfahren hat nicht zur Folge, dass dem betroffenen Grundeigentümer Mitwirkungsrechte bei der Beratung und Beschlussfassung durch die Legislative eingeräumt werden müssen.

Die Beratung und Beschlussfassung des Zonenplanes erfolgt etwa in der Gemeinde Altdorf im Rechtsetzungsverfahren. Die Einwohnergemeindeversammlung als gesetzgebende Gewalt beschliesst den Zonenplan. Dabei kann der stimmberechtigte Bürger als Mitglied der Legislative aktiv teilnehmen (Art. 3, Art. 23 ff. GO Altdorf). Ihm steht im Rahmen der kommunalen Bestimmungen das Recht zu, zu einzelnen Verhandlungsgegenständen Anträge zu stellen (Art. 24 Abs. 2 GO Altdorf). Dieses Recht steht dagegen dem nicht stimmberechtigten Bürger nicht zu. Er ist nicht Mitglied der Legislative. Im Verfahren der Gesetzgebung bzw. der Rechtsetzung besteht für ihn kein Anspruch auf rechtliches Gehör (s. E. 3a).

Vielmehr genügt - wie bereits ausgeführt -, dass die betroffenen Grundeigentümer sich in geeigneter Form äussern können, bevor über die Zoneneinteilung ihrer Grundstücke definitiv entschieden wird, sei es nun im Einsprache- oder Beschwerdeverfahren, sei es ausnahmsweise als Stimmberechtigter bei der Beratung des Zonenplans durch die Legislative (Gemeindeversammlung). Definitiv entscheidet der Regierungsrat, dessen Genehmigungsbeschluss konstitutiver Natur ist (Art. 29 Abs. 2 BauG).

c) Vorliegend wurde der Zonenplan betreffend die Pz X. Altdorf im Vergleich zum aufgelegten Plan durch die Einwohnergemeindeversammlung nicht geändert, was der Beschwerdeführer auch nicht rügt. Ebenso wenig wird dargetan, anlässlich der Gemeindeversammlung seien andere, ihn betreffende Zonenplanänderungen vorgenommen worden. Der Beschwerdeführer macht sinngemäss lediglich geltend, er hätte ausdrücklich persönlich auf das Planauflageverfahren und die damit zusammenhängende Einsprachefrist hingewiesen werden müssen, damit er zu den im Planentwurf vorgesehenen Änderungen betreffend Pz X. Altdorf innert publizierter Einsprachefrist materiell Stellung hätte nehmen können.

Es steht fest, dass der Zonenplanentwurf während einer Einsprachefrist von 30 Tagen öffentlich aufgelegt, auf die Auflage und die Einsprachefrist vorgängig durch Publikation im Amtsblatt unter Angabe des vom Zonenplan erfassten Gebietes hingewiesen worden ist. Unbestrittenerweise hat der Beschwerdeführer sodann innert im Amtsblatt publizierter Einsprachefrist kein Rechtsmittel ergriffen.

Das vorliegend gewählte Planauflageverfahren entspricht den gesetzlichen Anforderungen (vgl. Art. 28 lit. b, Art. 30 Abs. 2 i.V.m. Art. 28 lit. a BauG). Wie die Vorinstanz in zutreffender Weise einlässlich begründet hat, gebietet weder Art. 4 BV, über die öffentliche Auflage hinaus den betroffenen Grundeigentümer persönlich zu benachrichtigen, noch ergibt sich eine solche Benachrichtigungspflicht aus dem kantonalen Recht. Darauf kann verwiesen werden. Es besteht keine rechtliche Pflicht, die Grundeigentümer persönlich über die amtliche Publikation hinaus zu informieren, unabhängig von ihrem Wohn- bzw. Aufenthaltsort. Auswärtige müssen die amtlichen Publikationen lesen (vgl. hierzu Schürmann/Hänni, a.a.O., S. 420; Haller/Karlen, Raumplanungs- und Baurecht, 2. Aufl., Zürich 1992, Rz 433; ZBI 86/1985 S. 168; BGE 106 Ia 312 f.). Dies gilt im Übrigen auch im Wohnsitzkanton des Beschwerdeführers (Kanton Y.). Zudem dürfte die strittige Zonenplanrevision B. für den Beschwerdeführer nicht ganz unerwartet gekommen sein, ist die Ge-

samtortsplanrevision in Altdorf doch seit mehreren Jahren im Gang, zwischenzeitlich weitgehend abgeschlossen und wurde ein erster Zonenplanentwurf vom Regierungsrat im Jahre 1994 zur Überarbeitung an die Gemeinde zurückgewiesen.

Der Vorwurf, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, ist somit unbegründet.

**Nr. 20 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 31 VRPV. Wiederherstellung. Voraussetzung des unverschuldeten Abhaltens. Gesetzesauslegung. Inhalt des Rechtsbegriffes (E. 2). Beurteilungsspielraum bei der Auslegung des Rechtsbegriffes (E. 3a). Anrechenbarkeit der Vorkehren und Versäumnisse von Hilfspersonen (E. 3b).**

Obergericht, 22. April 1997, OG V 97 19

**Aus den Erwägungen:**

2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe den Rechtsbegriff "unverschuldetes Abhalten" in Art. 31 VRPV falsch ausgelegt. Entgegen dem Wortlaut sei die Frist nur dann nicht wiederherzustellen, wenn grobes Verschulden der Gesuchstellerin vorliege.

a) Eine versäumte Frist kann wiederhergestellt werden, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter unverschuldet abgehalten wurde, innert der Frist zu handeln, und wenn er innert 10 Tagen seitdem das Hindernis weggefallen ist, ein begründetes Gesuch um Wiederherstellung einreicht (Art. 31 VRPV).

Ein Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar bzw. sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zugrundeliegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt (BGE 113 V 77 E. 3b, 113 II 410 E. 3a, 112 Ib 470 E. 3b, 112 V 171 E. 3a, 111 V 127 E. 3b).

Der Wortlaut in Art. 31 VRPV ist klar. Er spricht von unverschuldetem Abhalten des Gesuchstellers oder seines Vertreters. Unverschuldet bedeutet ohne jegliches Verschulden; unabhängig des Verschuldensgrades. Eine Wiederherstellung, kommt mit anderen Worten nur in Frage, wenn die Fristversäumnis die adäquate Folge einer vom Pflichtigen nicht zu vertretenden Behinderung war. Diese Regelung gilt auch im kantonalen Strafrechtsverfahren (Art. 22 Abs. 2 StPO).

b) Zwar gibt es vereinzelt Kantone, die im Verwaltungsgerichtsverfahren bei einem geringen Verschuldensgrad die Wiederherstellung der Frist zulassen, dies ist im Gesetz aber explizit festgehalten (vgl. Art. 85 Abs. 2 GerG/SG; § 12 Abs. 2 VRG/ZH). Demgegenüber sieht der Bundesgesetzgeber wie eine Vielzahl anderer Kantone für die Frage der Wiederherstellung der Frist eine Art. 31 VRPV entsprechende Bestimmung vor (Art. 24 Abs. 1 VwVG u. Art. 35 Abs. 1 OG, Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1993, N 151; § 26 VRPG/TG, Haubensak/Litschgi/Stähelin, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau*, Frauenfeld 1984, zu § 26; Art. 29 VGG/GR i.V.m. Art. 61 Abs. 1 ZPO/GR, Hansjörg Kistler, *Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Graubünden*, Zürich 1979, S. 122 ff.; Art. 29 GOG/OW, Attilio R. Gadola, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, Zürich 1991, S. 98 ff.; FLG/AR, Hans-Jürg Schär, *Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh.*, Teufen 1985, N 24 zu Art. 3; § 5 Abs. 5 VPO/BL).

c) Der Hinweis der Beschwerdeführerin, dass gemäss Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 ZPO im Zivilverfahren eine Wiederherstellung der Frist bei leichtem Verschulden möglich ist, vermag eine gegen den klaren Wortlaut gehende Auslegung nicht zu begründen. Die Gesetzesmaterialien lassen einen derartigen Willen des Gesetzgebers nicht erkennen. Zudem sieht - wie bereits erwähnt -

auch die kantonale Strafrechtspflege (Art. 22 Abs. 2 StPO) eine Art. 31 VRPV und nicht etwa Art. 81 Abs. 1 ZPO entsprechende Bestimmung vor.

d) Wenn die Beschwerdeführerin ausführt, es sei teleologisch nur richtig, dass ein Wiederherstellungsgesuch entgegen dem Wortlaut zuzulassen sei, sobald entschuldbare Hindernisse vorliegen, bleibt sie eine nähere Begründung schuldig. Das Interesse an Rechtssicherheit und an einem geordneten Rechtsgang gebietet vielmehr, einen strengen Massstab an die Wiederherstellung einer Frist zu legen. Entsprechend verlangt auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 24 Abs. 1 VwVG und Art. 35 Abs. 1 OG (vgl. Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, Basel 1996, N 1.71 m.H.) eine dem Wortlaut entsprechende Auslegung. Die Restitution ist eine Ausnahme.

e) Eine unterschiedliche Regelung betreffend die Wiederherstellungsvoraussetzungen in der ZPO und der VRPV/StPO lässt sich zuletzt auch sachlich rechtfertigen. Bei Zivilrechtsstreitigkeiten geht es regelmässig um rein private Interessen zwischen Privatparteien. Demgegenüber stehen im Verwaltungs-, aber auch im Strafrechtsverfahren stets öffentliche Interessen auf dem Spiel, welche eine restriktive Handhabung der Restitution von Fristen zu begründen vermögen.

Die Vorinstanz ist somit in zutreffender Weise davon ausgegangen, dass die Wiederherstellung der Frist gemäss Art. 31 VRPV nur möglich ist, wenn die Fristversäumnis die adäquate Folge einer vom Pflichtigen nicht zu vertretenden Behinderung war.

3. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe das Vorliegen eines Verschuldens zu Unrecht bejaht, es liege Ermessensmissbrauch vor. Zudem sei der Beschluss unverhältnismässig, weil er die Beschwerdeführerin äusserst hart treffe.

a) Bei der Figur des unverschuldeten Abhaltens handelt es sich um einen Rechtsbegriff, dessen Anwendung das Obergericht frei prüft. Den Behörden steht kein eigentliches Ermessen zu, welches die Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit gebieten würde, dies im Unterschied zu Normen, welche eine Interessenabwägung erfordern (z.B. Art. 4 ANAG). Es geht vielmehr um die Auslegung eines Rechtsbegriffes. Bei der Auslegung des Rechtsbegriffes steht den Vorinstanzen allenfalls ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (vgl. näher BGE 119 Ib 40, 117 Ib 321 E. 4a, 115 Ib 315 f. E. 4a, 113 Ib 100 E. c, 112 Ib 53 E. 5), wobei dessen Ausfüllen generell abstrakt zu erfolgen hat.

Die Rüge der Unverhältnismässigkeit zielt daher an der Sache vorbei. Zudem ist der Beschwerdeführerin entgegenzuhalten - wie nachfolgend aufgezeigt -, dass sie die von ihr geschilderten Konsequenzen selber zu vertreten hat.

Soweit die Beschwerdeführerin den Missbrauch des Ermessens rügt, meint sie damit das Überschreiten des Beurteilungsspielraums.

b) Für die Frage der Fristwiederherstellung ist das Verhalten bzw. das Verschulden des gesetzlichen oder gewillkürten Vertreters als das Verschulden des Rechtsträgers zu bewerten (BGE 114 Ib 67 ff.; Hansjörg Kistler, a.a.O., S. 125 m.H.). Wer die Vorteile der Stellvertretung geniesst, hat auch ein nachteiliges Verhalten des Vertreters zu verantworten (BGE 94 I 251, 90 I 189 ff.). Mit anderen Worten hat sich die Partei das Verschulden der Parteivertreter oder Hilfspersonen voll anrechnen zu lassen. Dieser Grundsatz besteht ungeachtet, ob die nachteiligen Folgen in einer Schadenersatzpflicht oder in einem Rechtsnachteil anderer Art bestehen. Selbst wenn jemand einen beruflichen Rechtsvertreter mit der Interessenwahrung beauftragt, und dieser eine Frist versäumt, kann die Frist nicht mit der Begründung wiederhergestellt werden, man habe darauf vertrauen dürfen, der Rechtsvertreter würde alles im Interesse des Klienten Stehende unternehmen, wozu er eigentlich verpflichtet wäre.

Die Wiederherstellung der Frist ist somit nur möglich, wenn weder der Partei noch ihrem Vertreter oder einer Hilfsperson ein Vorwurf gemacht werden kann.

Es ist unbestritten, dass die frühere Arbeitgeberin der Beschwerdeführerin die Frist in unentschuldbarer Weise versäumt hat. Wie die Beschwerdeführerin noch im Restitutionsgesuch vom 9. Dezember 1996 an den Regierungsrat ausführte, hat ihr die damalige Arbeitgeberin versprochen, gegen die Verfügung des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit vom 30. Oktober 1996 Beschwerde zu erheben. Deren Verschulden ist der Beschwerdeführerin zuzurechnen: Sie hat dafür einzustehen.

Wie weit die Beschwerdeführerin in einem derartigen (Abhängigkeits-)Verhältnis zur Arbeitgeberin stand, dass sie weder psychisch noch physisch in der Lage gewesen sein sollte, selber ihre Rechte wahrzunehmen oder zumindest zu prüfen, ob ihre Rechte durch die Arbeitgeberin tatsächlich wahrgenommen würden, ist nicht näher erhärtet. Der Hinweis auf die Fürsorgepflichten der Arbeitgeberin geht fehl, umfassen diese doch nicht eine Pflicht, eine Arbeitnehmerin in Rechtsangelegenheiten zu unterstützen (vgl. Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, N 2 zu Art. 328 OR).

Der Regierungsrat ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihre Vertreterin von der Fristwahrung nicht unverschuldet abgehalten worden sind.

Hat der Regierungsrat ein Verschulden zu Recht bejaht, braucht nicht näher geprüft zu werden, ob der Vorinstanz tatsächlich ein gewisser Beurteilungsspielraum offensteht (vgl. BGE 119 Ib 40, 117 Ib 321 E. 4a, 115 Ib 315 f. E. 4a, 113 Ib 100 E. c, 112 Ib 53 E. 5).

4. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen.

**Nr. 21 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 24 VRPV. Art. 64 i.V.m. Art. 18, Art. 49 Abs. 1 VRPV. Grenzen der richterlichen Pflicht, das Recht von Amtes wegen anzuwenden. Mitwirkungspflicht der Partei (E. 2). Die Koordinationspflicht ist ein fundamentaler Grundsatz des Verwaltungsrechts (E. 3).**

Obergericht, 3. Mai 1996, OG V 96 10 (siehe Nr. 42)

#### **Aus den Erwägungen:**

2. Der Richter wendet das Recht von Amtes wegen an (*iura novit curia*, Art. 64 i.V.m. Art. 18 VRPV). Dieser Grundsatz erfährt indessen eine Einschränkung aufgrund der vorhandenen Mitwirkungspflicht der Parteien. So besteht eine Begründungspflicht (Art. 64 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 VRPV): Die Parteien haben in der Rechtsschrift die behauptete Rechtsverletzung darzulegen. Zwar ist nicht vorausgesetzt, dass der richtige Rechtssatz oder überhaupt eine Rechtsnorm angerufen wird. Auf der anderen Seite ist das Obergericht aber auch nicht gehalten, nach allen erdenklichen Rechtsfehlern zu suchen. Es bedarf vielmehr Anhaltspunkte aus den Akten oder Rechtschriften, die hinreichend Anlass geben, sich mit Fragen auseinanderzusetzen, welche die Parteien nicht aufgeworfen haben (vgl. BGE 110 V 53 E. 4a, 113 Ib 288 in fine; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 214 f.; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, N 51; René Rhinow, Öffentliches Prozessrecht, Basel 1994, N 1303; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 89; Peter Karlen in: Geiser/Münch, Prozessieren vor Bundesgericht, Basel 1996, Rz 3.87)

Die Koordinationspflicht ist ein fundamentaler Grundsatz des Verwaltungsverfahrens. Zwar rügt der Beschwerdeführer deren Verletzung nicht, jedoch ergibt sich diese - wie nachfolgend aufgezeigt wird - ohne weiteres aus den Akten.

3. Am 1. März 1994 wurden Bestimmungen zur Koordinationspflicht in der Organisationsverordnung (OrgV, RB 2.3321) in Kraft gesetzt (Art. 66a, 66b, 69a, 70 Abs. 2, 72 Abs. 2, 86a OrgV; LRB vom 29. September 1993). Mit der Einführung dieser Bestimmungen wurde die imperative Rechtsprechung des Bundesgerichtes (vgl. BGE 117 Ib 325), die die Kantone anhielt,

ihre Gesetzgebung der von Bundesrecht geforderten Koordinationspflicht entsprechend zu gestalten, umgesetzt. Entsprechend fanden diese Bestimmungen auf sämtliche bereits anhängigen Verfahren Anwendung; so auch auf das vorliegende Verfahren. Am 1. Juni 1995 ist die VRPV in Kraft getreten. Die Koordinationsbestimmungen in der OrgV wurden dabei in diese neue Verordnung übernommen (Art. 24, 25, 45, 46 Abs. 2, 48 Abs. 2 VRPV). Der Einfachheit halber wird nachfolgend direkt auf die entsprechenden Bestimmungen in der VRPV Bezug genommen.

Hat die Behörde bei ihrer Entscheidung verschiedene materiellrechtliche Vorschriften mit einem engen Sachzusammenhang zu beachten, muss sie diese Bestimmungen innerhalb des Verfahrens widerspruchsfrei anwenden (Art. 24 Abs. 1 VRPV). Sind zur Verwirklichung eines Vorhabens Verfügungen anderer Behörden erforderlich, die untereinander einen engen Sachzusammenhang aufweisen, sorgt die im Leitverfahren zuständige Behörde dafür, dass diese Verfügungen inhaltlich und verfahrensmässig koordiniert werden. Insbesondere hat sie alle Verfügungen widerspruchsfrei zu koordinieren und gleichzeitig zu eröffnen (Art. 24 Abs. 2 lit. b VRPV). Die Baubehörde hat über das Baugesuch und die Einsprachen im gleichen Entscheid zu befinden. Nur so ist gewährleistet, dass der Baubewilligungsentscheid auf einer Gesamtbeurteilung des Bauvorhabens beruht, keine Widersprüche zwischen Baubewilligungs- und Einspracheentscheiden entstehen und alle Beteiligten über sämtliche Einsprachepunkte ausreichend informiert werden. Auch formell ist nur dieser Weg korrekt, da die Einsprache keine rechtlich selbständige Bedeutung hat; sie ist nur ein Punkt des Baubewilligungsentscheides. Wird etwa die zu erteilende Baubewilligung aus anderen Gründen nicht erteilt, werden sämtliche Einsprachen gegenstandslos. Entstehen indessen dem Beschwerdeführer durch das formell unrichtige Vorgehen keine Nachteile, so müssen auch nicht zwingend Konsequenzen prozessualer Art gezogen werden (vgl. AGVE 1978 S. 236 E. 5).

a) Bis dato hat die Baukommission die Baubewilligung für vorliegendes Projekt nicht erteilt. Sie hat, soweit aus den vorliegenden Akten ersichtlich, lediglich über die Einsprache des Beschwerdeführers entschieden. Auch hält der Einwohnergemeinderat in seinem Beschwerdeentscheid ausdrücklich fest, es seien noch einige offene Punkte zu regeln, ehe die Baubewilligung erteilt werden könne (Entscheid vom 13.02.1995, zu Ziff. 2.10). Entsprechend hätte die Baukommission diese verschiedenen, noch offenen Punkte abschliessend beurteilen müssen, ehe sie über die Einsprache zusammen mit dem Baugesuch in einem Entscheid zu befinden gehabt hätte. Entsprechend hat auch der Regierungsrat im angefochtenen Entscheid nur über die Einsprache befunden.

Das definitive Ausmass des zu bewilligenden Bauprojektes ist jedoch aufgrund des Baugesuches ersichtlich. Insbesondere trifft dies auch für die Erschliessung der unterirdischen Garage zu. Die noch offenen Punkte sind lediglich untergeordneter Bedeutung und haben keinen oder zumindest keinen rechtswesentlichen Einfluss auf das Ausmass des Bauprojektes. Dementsprechend ist dem Beschwerdeführer durch dieses formell unrichtige Vorgehen kein Rechtsnachteil erwachsen.

b) ... Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Beschwerdeführer durch die mangelhafte Koordination vorliegend kein rechtlich relevanter Nachteil erwachsen ist.

Angesichts der schon praktischen Bedeutung der Koordinationspflicht, der Tatsache, dass das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung diese konsequent verlangt und die Koordinationspflicht nun bereits seit dem 1. März 1994 im kantonalen Recht ausdrücklich statuiert ist, empfiehlt das Obergericht den Verwaltungsbehörden mit Nachdruck, die Koordinationspflicht umgehend umzusetzen - bzw. für deren Durchsetzung besorgt zu sein.

**Nr. 22 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 64 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 VRPV. Grenzen der richterlichen Pflicht, das Recht von Amtes wegen anzuwenden. Strengere Begründungspflicht einer Beschwerde bei berufsmässiger Vertretung.**  
Obergericht, 22. April 1997, OG V 97 14

### **Aus den Erwägungen:**

4. a) Da im kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren - etwa im Unterschied zu den Verfahren vor Bundesgericht - die berufsmässige Vertretung den zugelassenen Rechtsanwälten vorbehalten ist (Art. 10 Abs. 2 VRPV) und dieser Vorbehalt auch einen möglichst geordneten einfachen Geschäftsgang zum Zweck hat, dürfte bei einer anwaltschaftlichen Vertretung in der Regel ein strengerer Massstab an die Begründung der Beschwerde (Art. 64 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 VRPV) und damit an die Formulierung der Rügegründe zu stellen sein. Es dürfte dem Gericht trotz Pflicht zur Anwendung des Rechts von Amtes wegen in diesen Fällen kaum zugemutet werden, in einer Beschwerdeschrift nach sämtlichen möglichen Rügegründen zu suchen, vielmehr wäre diesfalls regelmässig davon auszugehen, dass der Vertreter hinreichend klar aufzeigt, welche Rügen er vorbringen will. Welche Rüge vorliegend vorgebracht ist, kann aber - wie aufzuzeigen ist - offen bleiben.

**Nr. 23 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 64 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 VRPV. Art. 49 Abs. 1 und 2 VRPV. Begründung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Hinweis auf Eingabe vor Vorinstanz (E. 3). Inhalt einer Verwaltungsbeschwerde. Bestimmung des Streitgegenstandes durch Antragstellung (E. 5).**

Obergericht, 27. Mai 1997, OG V 97 6

### **Aus den Erwägungen:**

3. Vorab ist zu prüfen, ob zur Begründung der vorliegenden Beschwerde der Verweis auf die vor Vorinstanz unaufgefordert eingereichte Schrift vom 13. September 1996 zulässig ist.

Der blosser Hinweis auf frühere Eingaben genügt grundsätzlich für die Beschwerdebegründung nicht. Nach Rechtsprechung des Bundesgerichtes und des Eidg. Versicherungsgerichtes ist im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren, sofern die Beschwerde die von Art. 108 Abs. 2 OG geforderten wesentlichen Bestandteile des Antrages und der minimalen sachbezogenen Begründung enthält, der Verweis auf frühere Rechtsschriften (für die zusätzliche Begründung) zulässig (vgl. BGE 118 Ib 136, 113 Ib 287 f. m.H.; ASA 43 S. 462 E. 1). Diese Rechtsprechung kann auch auf das kantonale Verfahren übertragen werden (vgl. Art. 49 Abs. 1 VRPV).

Vorliegend beruft sich der Beschwerdeführer auf ein eigenes in einem früheren Verfahren eingereichtes Schriftstück, welches sich in den Akten der Vorinstanz befindet, aber aus dem Recht und somit dem Verfahren gewiesen wurde. Der Verweis ist vorliegend zulässig, da sich das Aktenstück tatsächlich noch bei den Akten der Vorinstanz befindet. Anders wäre die Frage zu beurteilen, wenn dies nicht der Fall wäre (vgl. zum Ganzen: SVR-Rechtsprechung 1995 ALV Nr. 53).

4. ...

5. Vor Vorinstanz ist der Schriftenwechsel unbestrittenermassen am 28. Juni 1996 geschlossen worden (der Beschwerdeführer bezieht sich in seiner Eingabe vom 23. Juli 1996 ausdrücklich auf das Schreiben vom 28. Juni 1996). Der Beschwerdeführer stellte in der unaufgeforderten Eingabe vom 13. September 1996 Anträge und ergänzte die Beschwerdeschrift vom 9. Mai 1996. Die Eingabe wurde von der Vorinstanz aus dem Recht gewiesen. Der Beschwerdeführer beantragt nun vor Obergericht, auf diese Eingabe vor Vorinstanz sei einzutreten und es seien die darin gestellten Anträge gutzuheissen. Er begründet dies im Wesentlichen damit, dass seine erste Eingabe vom 9. Mai 1996 an die Vorinstanz keinen Antrag gehabt habe, sie genüge den Minimalanforderungen einer Beschwerdeschrift gemäss Art. 49 Abs. 1 VRPV nicht, entsprechend hätte ihm eine Frist zur Nachbesserung (Art. 49 Abs. 3 VRPV) gesetzt werden müssen. Da dies unterlassen worden sei, müsse die zweite Eingabe vom 13. September 1996 ins Recht genommen werden.

a) Die Vorinstanz hat die am 9. Mai 1996 eingereichte Beschwerde als rechtsgenügend betrachtet. Sie führt dabei aus, dass in der Vergangenheit im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren in der Praxis keine hohen Anforderungen an eine Beschwerde gestellt worden seien. Wenn aus dem Zusammenhang heraus die Begehren erkennbar waren, wurde das Erfordernis der Anträge als genügend betrachtet. Aus diesem Grund sei keine Frist zur Nachbesserung gesetzt worden.

aa) Nach Art. 49 Abs. 1 VRPV hat die Verwaltungsbeschwerde u.a. einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. Diese Bestimmung soll der Behörde hinreichende Klarheit darüber verschaffen, worum es beim Rechtsstreit geht. Nach der Praxis der Vorinstanz genügt es, wenn dies der Verwaltungsbeschwerde insgesamt entnommen werden kann. Dies ist nicht zu beanstanden. Es ist lediglich zu fordern, dass zumindest aus der Beschwerdebegründung ersichtlich ist, was der Beschwerdeführer verlangt und auf welche Tatsachen er sich beruft. Erst wenn der Antrag oder die Begründung überhaupt fehlen und sie sich auch nicht der Beschwerdeschrift entnehmen lassen, liegt keine rechtsgenügende Beschwerde vor, weshalb auf sie nicht eingetreten werden kann (vgl. zu Art. 108 Abs. 2 OG: BGE 113 Ib 287 m.H.; SVR-Rechtsprechung 1995 ALV Nr. 53 E. 1a).

bb) Eine Nachfrist - wie sie der Beschwerdeführer beantragt - ist nur anzusetzen, wenn die Angaben in der Beschwerde unklar, d.h. mehrdeutig sind. Die Nachfrist kann jedoch nicht dazu dienen, eine inhaltlich ungenügende Rechtsschrift zu ergänzen (BGE 118 Ib 136 E. 2, 112 Ib 635 E. 2a, 96 I 96).

cc) Das am 9. Mai 1996 eingereichte Schreiben des Beschwerdeführers beim Regierungsrat nimmt konkret zu einzelnen Ziffern der angefochtenen Dispositive Stellung. Damit bringt der Beschwerdeführer zum Ausdruck, dass er nur in diesen Punkten die Verfügungen des Einwohnergemeinderates X. anfechten will. Entsprechend war vor dem Regierungsrat betreffend die Verfügung zur Begrenzung des Lärms der Anlage nachfolgendes Streitgegenstand: ...

Aus der Eingabe vom 9. Mai 1996 vor Vorinstanz war und ist somit ersichtlich, in welchen Punkten die angefochtenen Verfügungen beanstandet worden sind. Dabei wird - wenn auch dürftig - begründet, weshalb die einzelnen angefochtenen Ziffern (Auflagen) der Verfügungen gerügt werden. Vom Beschwerdeführer wird denn auch nicht bemängelt, der Regierungsrat habe aus seiner Beschwerdeschrift falsche Anträge herausgelesen.

Die fristgerecht eingereichte Beschwerdeschrift vom 9. Mai 1996 ist demgemäss an sich klar. Die Vorinstanz hat diese Eingabe in zulässiger Weise als rechtsgenügende Beschwerdeschrift anerkannt und auf das Ansetzen einer Nachfrist zur Verbesserung der Beschwerdeschrift verzichtet. Auch lässt sich aus dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 14 Abs. 1 VRPV) kein Anspruch ableiten, zu jeder Zeit mit neuen Rechtsgründen und Einwendungen an die Rechtsmittelbehörde zu gelangen. Eine unaufgefordert erfolgte Eingabe kann daher unbeachtet bleiben und ist aus dem Recht zu weisen. Dies entspricht auch der Praxis des Bundesgerichtes und des Obergerichtes (vgl. BGE 99 Ib 89, 95 I 587; SVR-Rechtsprechung 1995 BVG Nr. 40 S. 117; RKUV 1985 S. 239 f. = ZAK 1986 S. 190 E. 3b).

b) Mit der Antragstellung wurde der Streitgegenstand bestimmt. Eine Abänderung des Antrags ist nur innerhalb der Rechtsmittelfrist bzw. der Frist zur Ergänzung der Beschwerde zulässig. Eine Ausnahme ist allenfalls bei Nebenpunkten zu machen (vgl. ZBI 67/1966 S. 516). Sodann können die Anträge und somit der Streitgegenstand reduziert werden (teilweiser Rückzug).

Da die Anträge in der Eingabe vom 13. September 1996 weder die gestellten Anträge reduzieren, noch neue Rechtsbegehren gestellt werden, die lediglich Nebenpunkte betreffen (vgl. ZBI 67/1966 S. 516), sind auch diese - da erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist eingereicht - ohne weiteres unbeachtlich und wurden durch die Vorinstanz zu Recht nicht beachtet. Insbesondere können, wie oben aufgezeigt, nicht einzelne, ursprünglich nicht angefochtene und somit mit Ablauf der Rechtsmittelfrist in materielle Rechtskraft erwachsene Punkte nachträglich gerügt werden, wie dies der Beschwerdeführer etwa mit den Ziff. 3.3 und 3.4 der Verfügung betreffend die 25m-



Schiessanlage und der Ziff. 6 der Verfügung betreffend die 50m-Schiessanlage tut. Sie liegen ausserhalb des Streitgegenstandes.

**Nr. 24 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 14 Abs. 1 und 3 VRPV. Art. 49 Abs. 1 VRPV. Die geringe Mitwirkungspflicht bei der Verwaltungsbeschwerde verlangt von der Entscheidungsbehörde eine erhöhte Sorgfaltspflicht bei der Abklärung des Sachverhalts und der Rügegründe.**

Obergericht, 19. Dezember 1997, OG V 97 73

#### **Aus den Erwägungen:**

13. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es liege ein Härtefall im Sinne von Art. 13 lit. f BVO vor. Sie lebe mit ihrem Ehemann und den Kindern in A. Der Regierungsrat hat zwar den Härtefall geprüft, indessen hat er sich mit der familiären Situation in den Erwägungen nicht auseinandergesetzt. Es ist daher zu schliessen, dass er diese nicht berücksichtigt hat.

Zu prüfen ist, ob der Regierungsrat den Sachverhalt unrichtig oder ungenügend festgestellt hat (Art. 57 Abs. 3 VRPV).

a) In der Verwaltungsbeschwerdeschrift vom 26. März 1997 macht die Beschwerdeführerin einen Härtefall im Sinne von Art. 13 lit. f BVO geltend. Indessen wird darin auf die familiäre Situation nicht näher hingewiesen. Die Vorinstanz hat die kantonale Fremdenpolizeibehörde zur Frage des Härtefalles zur Stellungnahme eingeladen. In ihrer Stellungnahme vom 15. April 1997 weist die kantonale Fremdenpolizeibehörde darauf hin, dass sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Ehegatten und den zwei Kindern in der Schweiz befindet.

b) In der Praxis werden im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren keine hohen (formellen) Anforderungen an eine Verwaltungsbeschwerde gestellt. Insbesondere nach der Praxis des Regierungsrates genügt es, wenn aus der Verwaltungsbeschwerde insgesamt entnommen werden kann, worum es beim Rechtsstreit geht. Danach genügt, dass zumindest aus der Beschwerdebegründung ersichtlich ist, was der Beschwerdeführer verlangt und auf welche Tatsachen er sich beruft. Erst wenn der Antrag oder die Begründung überhaupt fehlen und sie sich auch nicht der Beschwerdeschrift entnehmen lassen, erachtet der Regierungsrat die Beschwerdeschrift als nicht rechtsgenügend im Sinne von Art. 49 Abs. 1 VRPV (vgl. zum Ganzen: auszugsweise zur Publikation vorgesehener Entscheid des Obergerichtes i.S. T. vom 27. Mai 1997, OG V 97 6, E. 5 [die Redaktion: Nr. 23]). Daraus ergibt sich, dass die Vorinstanz geringe Mitwirkungspflichten (Art. 14 Abs. 3 VRPV) den Beteiligten gegenüber verlangt. Eine geringe Mitwirkungspflicht der Beteiligten verlangt von der Behörde andererseits eine erhöhte Sorgfaltspflicht bei der Abklärung des Sachverhaltes und der Rügegründe. Da - wie in E. 2 aufgezeigt - Noven vor Obergericht nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig sind und die Vorinstanz letzte Rechtsmittelbehörde ist, die den Streitgegenstand mit umfassender Kognition prüfen kann, hat sie auch aus diesen Gründen eine gegenüber dem Obergericht erhöhte Pflicht zur Sachverhaltsermittlung (vgl. Art. 14 Abs.1 VRPV; Untersuchungsmaxime). Ob die Vorinstanz bei einer anwaltschaftlichen Vertretung in der Regel an die Begründung der Beschwerde einen strengeren Massstab anlegen darf und damit an die Formulierung der Rügegründe und somit von einer erhöhten Mitwirkungspflicht der Parteien ausgeht, kann vorliegend offen bleiben (vgl. zum Verfahren vor Obergericht: auszugsweise zur Veröffentlichung vorgesehener Entscheid des Obergerichtes i.S. S. vom 22. April 1997, OG V 97 14, E. 4a [die Redaktion: Nr. 22]), wurde doch die Begründung als genügend betrachtet und die kantonale Fremdenpolizeibehörde nachfolgend zur Vernehmlassung eingeladen.

Unter Berücksichtigung des oben Ausgeführten hätte die Vorinstanz entsprechend die familiäre Situation näher prüfen müssen. Indessen hat sie dies nicht getan. Daraus folgt, dass die Angelegenheit in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (Art. 62 Abs. 2 VRPV).

**Nr. 25 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 55 Abs. 1 lit. d VRPV. Art. 64 i.V.m. Art. 51 Abs. 4 VRPV. Gerichtliche Überprüfung von Plänen (E. 1). Anspruch auf Nachbesserungsfrist. Voraussetzungen für einen zweiten Schriftenwechsel. Berücksichtigung von neuen Vorbringen im zweiten Schriftenwechsel (E. 2).**

Obergericht, 12. Juni 1997, OG V 96 30 (siehe Nr. 45)

### **Aus den Erwägungen:**

1. Der angefochtene Beschluss des Regierungsrates weist die Einsprachen der Beschwerdeführer ab, genehmigt die Statuten, den Plan sowie die Kostenschätzung.

a) Vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde richtet sich gegen den Einbezug von Nichtwasserbezügern sowie deren Grundstücke in die Genossenschaft. Die Statuten der Bodenverbesserungsgenossenschaft regeln die Mitgliedschaft, bezeichnen die beteiligten Grundstücke (Art. 3 Verordnung über die öffentlichrechtliche Bodenverbesserungsgenossenschaft, RB 9.3616, i.V.m. Art. 16 Abs. 1 EG/ZGB). Der Plan umfasst auch die beteiligten Grundstücke (Art. 2 lit. b Verordnung). Durch den Einbezug von Grundeigentümern als Mitglieder wird in deren Eigentumsgarantie eingegriffen. Gegen die Genehmigung von Plänen ist gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. d VRPV die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig, jedoch unterliegen die Einsprache-Entscheide den ordentlichen Anfechtungsregeln. Innerhalb der richterlichen Kontrolle der Einsprache-Entscheide ist näher zu prüfen, ob die im Einspracheverfahren angebehrte Planverweigerung oder -änderung von der Vorinstanz aus rechtlicher Sicht korrekt beurteilt worden ist. In diesem Rahmen ist die Genehmigung der Pläne gerichtlich zu überprüfen (zur Frage des tauglichen Anfechtungsobjektes: Attilio R. Gadola, Der Genehmigungsentscheid als Anfechtungsobjekt in der Staats- und Verwaltungsrechtspflege, in AJP 1993 S. 290 ff. m.H.; vgl. auch Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16.02.1994 an den Landrat zur VRPV, S. 32 f., insbesondere S. 33 Mitte).

b) Gegen die angefochtene Verfügung ist somit im aufgezeigten Sinne die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig (Art. 54 Abs. 2 lit. a, Art. 55 Abs. 1 lit. d VRPV). Die Beschwerdefrist (Art. 59 Abs. 1 VRPV) sowie die Formvorschriften (Art. 64 i.V.m. Art. 49 VRPV) wurden eingehalten. Die Verwaltungsrechtliche Abteilung des Obergerichtes ist vollständig besetzt und somit spruchfähig (Art. 33 Abs. 3 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 GOG). Die Beschwerdeführer sind als Adressaten durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung (Art. 64 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. a VRPV). ...

Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Die Beschwerdeführer begründen ihre Beschwerde in ihrer Beschwerdeschrift vom 1. April 1996 damit, dass für die Verwirklichung eines notwendigen Wasserversorgungsprojektes die Liegenschaften der beschwerdeführenden Nichtwasserbezüger nicht unerlässlich einbezogen werden müssten. Eine Begründung für den Eventualantrag, der Umfang der Rechte und Pflichten der Beschwerdeführer sei in den Statuten ausdrücklich und situationsgerecht zu umschreiben, fehlt in der Beschwerdeschrift gänzlich. Am 8. Mai 1996 reichen die Beschwerdeführer hierfür einen Ergänzungsvorschlag für Art. 22 der Statuten ein. In den Repliken vom 28. Mai und 2. Juli 1996 bringen die Beschwerdeführer eine Reihe neuer Rechtsgründe, Einwendungen und neue tatsächliche Behauptungen vor.

a) Nach Art. 64 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 VRPV hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde u.a. einen Antrag und eine Begründung zu enthalten. Eine Verbesserungsfrist ist nur anzusetzen, wenn Antrag und/oder Begründung fehlen oder wenn die Angaben in der Beschwerde unklar, d.h. mehrdeutig sind. Die Verbesserungsfrist kann jedoch nicht dazu dienen, eine inhaltlich ungenügende Rechtsschrift zu ergänzen (BGE 118 Ib 136 E. 2, 112 Ib 635 E. 2a, 96 I 96).

Aus der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 1. April 1996 ist ersichtlich, in welchen Punkten die angefochtene Verfügung beanstandet wird. Dabei wird mit Ausnahme des Eventualantrages

begründet, weshalb die angefochtene Verfügung gerügt wird. Eine Begründung für den Eventualantrag fehlt indessen. Den Beschwerdeführern hätte daher eine kurze Verbesserungsfrist gesetzt werden müssen, innert welcher sie eine Begründung für den Eventualantrag hätten nachreichen können (Art. 64 i.V.m. Art. 49 Abs. 3 VRPV). Da den Beschwerdeführern durch die fehlende Ansetzung einer Verbesserungsfrist kein Rechtsnachteil erwachsen darf, ist die von den Beschwerdeführern am 8. Mai 1996 eingereichte Ergänzung zum Eventualantrag zu berücksichtigen.

b) Ein Beschwerdeführer hat die Pflicht, innert Rechtsmittelfrist sämtliche Rechtsgründe und Einwendungen sowie Tatsachen und Beweismittel zu nennen (Eventualmaxime; Mitwirkungspflicht; Treu und Glauben). Ein zweiter Schriftenwechsel wird nur ausnahmsweise durchgeführt. Er dient vorab der weiteren Erhellung unklarer tatsächlicher oder rechtlicher Verhältnisse. Darüber hinaus sind Vorbringen des Beschwerdeführers in einem vor Obergericht zugelassenen zweiten Schriftenwechsel nur soweit zu hören, als sie dazu dienen, erstmals in der Stellungnahme gemachte neue Vorbringen der Gegenpartei zu widerlegen. Der Beschwerdeführer soll lediglich - aber immerhin - die Möglichkeit erhalten, zu den in der Beschwerdeantwort enthaltenen neuen tatsächlichen Behauptungen, Beweismittel oder Rechtsgründen und/oder zur nachgelieferten Begründung des Entscheides Stellung zu nehmen. Keinesfalls dient der zweite Schriftenwechsel dazu, Vorbringen nachzuholen, die in der Beschwerde oder in der Stellungnahme hätten geltend gemacht werden können (vgl. Alfred Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 26 N 9a, § 58 N 7; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 397 m.w.H.). Aus Gründen der Verfahrensökonomie (Eventualmaxime) und der Rechtsgleichheit sind verspätete Parteivorbringen - wie übrigens auch unaufgefordert eingereichte Eingaben - aus dem Recht zu weisen (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 194 f., S. 210; Alfred Kölz, a.a.O., § 58 N 7; Attilio R. Gadola, a.a.O.). Eine inhaltlich ungenügende Rechtsschrift soll nicht mehr nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ergänzt werden können (analog der Rechtsprechung zur Verbesserungsfrist; vgl. hierzu BGE 118 Ib 136 E. 2, 112 Ib 635 E. 2a, 96 I 96). Insbesondere können im zweiten Schriftenwechsel auch nicht neue Beschwerdegründe nachgeschoben werden (BGE 98 Ia 494; Urs Peter Cavelti, Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, St. Gallen 1994, S. 236 m.H.). Auch lässt sich aus dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 14 Abs. 1 VRPV) kein Anspruch ableiten, zu jeder Zeit mit neuen Rechtsgründen und Einwendungen an die Rechtsmittelbehörde zu gelangen. Soweit kein Grund für eine Wiederherstellung der versäumten Frist gegeben ist (Art. 31 VRPV), müssen verspätet gemachte Vorbringen unbeachtet bleiben und sind aus dem Recht zu weisen bzw. nicht zu hören. Darin liegt auch kein Verstoss gegen das Prinzip des rechtlichen Gehörs vor. Auch wird diese Rechtspraxis für den Beschwerdeführer insofern nicht zum Nachteil, als der Richter das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 18 VRPV) und es ihm freisteht, verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend oder bedeutsam sind, trotz der Verspätung zu berücksichtigen (BGE 99 Ib 89, 95 I 587; RKUV 1985 S. 239 f. = ZAK 1986 190 E. 3b; SVR-Rechtsprechung 1995 BVG Nr. 40 S. 117).

Aus Gesagtem ist erstellt, dass die von den Beschwerdeführern erstmals in ihren Repliken vom 28. Mai bzw. 2. Juni 1996 vorgebrachten Rügen, wie die der Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften (Replik vom 02.06.1996, S. 1 unten), der unzulässigen Gewährung des Stimmrechtes an Genossenschafter, die nicht Wasserbezüger sind (Replik vom 02.06.1996, S. 2 f.), der irreführenden Restkostenermittlung (Replik vom 02.06.1996, S. 3), der Verletzung des rechtlichen Gehörs (fehlende Auseinandersetzung mit Beschwerdepunkten; Replik vom 02.06.1996, S. 5) nicht zu hören sind. Ebenso ist der Antrag auf Durchführung eines Augenscheins verspätet. Darauf kann nicht eingetreten werden. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass, soweit aus den Akten erkennbar, die (verspätet) vorgebrachten Rügen zudem unbegründet sein dürften.

**Nr. 26 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 47 Abs. 2, Art. 52 Abs. 2, Art. 58 VRPV. Art. 57 Abs. 4 VRPV. Noven im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren (E. 2). Freie Prüfung der Verhältnismässigkeit. Abgrenzung zur Angemessenheit (E. 7).**  
Obergericht, 9. Dezember 1996, OG V 96 59 (siehe Nr. 31)

## Aus den Erwägungen:

2. Im verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel ohne Einschränkung zulässig (Art. 47 Abs. 2 VRPV; Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16.02.1994 an den Landrat zur VRPV, S. 38). Im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren können somit sowohl neue Tatsachen, die sich vor Erlass der angefochtenen Verfügung verwirklicht haben (unechte Noven), als auch Tatsachen geltend gemacht werden, die nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingetreten sind (echte Noven) (Art. 52 Abs. 2 VRPV). Im Unterschied hierzu sind im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren neue tatsächliche Behauptungen oder neue Beweismittel nur soweit zulässig, als dass sie mit dem Streitgegenstand zusammenhängen und durch die angefochtene Verfügung notwendig geworden sind (Art. 58 VRPV).

Letztes Erfordernis und die Tatsache, dass das Obergericht eine nachträgliche Verwaltungskontrolle durchführt, erhellen, dass vor Obergericht echte Noven grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind. Es ist mit anderen Worten für den Rechtsmittelentscheid die Sachlage massgebend, wie sie zur Zeit des Erlasses der vorinstanzlichen Verfügung bestand. Eine Änderung des Sachverhalts, die nach dem Entscheid der Vorinstanz eingetreten ist, kann gegebenenfalls im Rahmen eines neuen Verfahrens vor den Vorinstanzen geltend gemacht werden (vgl. Art. 26 f. VRPV; insbesondere Art. 27 Abs. 2). Denn man kann der Behörde nicht den Vorwurf machen, sie habe die Tatsachen unzureichend festgestellt, wenn sich diese erst nach ihrem Entscheid geändert haben (vgl. BGE 121 II 99 f. E. 1c = Pra 85/1996 S. 378).

Im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren können Beteiligte neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel (unechte Noven) nur dann vorbringen, wenn sie mit dem Streitgegenstand zusammenhängen und durch die angefochtene Verfügung notwendig geworden sind (Art. 58 VRPV). Dieses grundsätzliche Novenverbot ist als Ausfluss der Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Aufklärung des Sachverhaltes vor den Vorinstanzen (Art. 14 Abs. 3 VRPV) und von Treu und Glauben zu betrachten. Die Betroffenen sollen neue Tatsachen und Beweismittel im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren geltend machen müssen (Bericht und Antrag, S. 37). Unterlassen sie dies, haben sie die entsprechenden prozessualen Nachteile (Art. 58 VRPV, Novenverbot) zu tragen. Derartige spätere Vorbringen führen nicht dazu, dass die Feststellungen der Vorinstanz im Sinne von Art. 57 Abs. 3 VRPV als unvollständig zu bezeichnen sind (vgl. betr. Art. 105 Abs. 2 OG: BGE 121 II 100 = Pra 85/1996 S. 378 m.H.). Neue tatsächliche Behauptungen werden etwa dann durch die angefochtene Verfügung notwendig, wenn die Vorinstanz einen Neuentscheid getroffen oder die angefochtene Verfügung zwar bestätigt, jedoch neu begründet hat. Stets zur Prüfung neuer tatsächlicher Behauptungen verpflichtet ist der Richter sodann, wenn nachträglich entdeckte erhebliche Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden, die der Beschwerdeführer auch trotz aufgewendeter zumutbarer Sorgfalt nicht in der Lage war, rechtzeitig vorzubringen, die somit als Revisionsgrund zu berücksichtigen wären (vgl. Art. 77 Abs. 2 VRPV; Alfred Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 52 N 2). Nach der Rechtsprechung sind zusätzlich jene Beweismittel zulässig, die die Vorinstanz von Amtes wegen hätte erheben sollen, und deren Nichterhebung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 99 E. 1c = Pra 85/1996 S. 378; BGE 107 Ib 169 E. 1b = Pra 70/1981 S. 545 f.; BGE 106 Ib 79 E. 2a).

Ebensowenig sind verspätete Vorbringen im Verfahren vor Obergericht zu berücksichtigen, es sei denn, sie dienen dazu, Vorbringen der Gegenpartei in einer vor Obergericht zugelassenen Replik zu widerlegen (Eventualmaxime; vgl. BGE 109 Ib 249 f. E. 3c = Pra 73/1984 S. 231 f.; § 6 VPO/BL). Die Beteiligten haben somit sämtliche tatsächliche Behauptungen und Beweismittel - soweit zulässig - mit der Beschwerdeerhebung bzw. Stellungnahme vorzubringen.

3.-6. ...

7. Beim Entscheid über die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung hat die kantonale Fremdenpolizeibehörde Verhältnismässigkeitserwägungen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 ANAV anzustellen (BGE 116 Ib 117 E. 3c; AGVE 1991 S. 467; Peter Kottusch, Das Er-

messen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, ZBI 91/1990, S. 173; Toni Pfanner, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, St. Gallen 1985, S. 179).

Im Rahmen der Rechtskontrolle kann das Obergericht frei prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Verweigerung der fremdenpolizeilichen Bewilligung das entgegenstehende private Interesse des Ausländers an der Erteilung der Bewilligung überwiegt. Dem steht nicht entgegen, dass das Obergericht gemäss Art. 57 Abs. 4 VRPV nicht prüfen kann, ob der angefochtene Entscheid angemessen sei. Angemessenheit im Sinne dieser Bestimmung bedeutet nicht Verhältnismässigkeit, sondern Zweckmässigkeit (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 316). Für die obergerichtliche Kognition gilt somit in Fällen, wo Normen anzuwenden sind, welche eine Interessenabwägung erfordern, dass die Verhältnismässigkeit der angefochtenen Massnahme frei geprüft wird, der Behörde jedoch insofern ein Ermessensspielraum zu belassen ist, als es um die Zweckmässigkeit geht (Opportunität; vgl. betreffend Art. 104 lit. c OG BGE 116 Ib 356 f. E. 2b).

**Nr. 27 Kantonales Verfahrensrecht. Art. 58 VRPV. Zulässige Noven der Beschwerdeführer bei Ergänzung der Begründung des angefochtenen Entscheides durch die Vorinstanz in der Stellungnahme.**

Obergericht, 3. März 1997, OG V 96 65

**Aus den Erwägungen:**

3. Die Vorinstanz hat in ihrer Stellungnahme die Begründung des angefochtenen Entscheids ergänzt. Sie konkretisiert die im angefochtenen Entscheid erwähnte statistische Erhebung über die Verkäufe von Baulandparzellen in der Gemeinde S.. Der Beschwerdegegner erhielt nach den Grundsätzen des rechtlichen Gehörs im Rahmen der Instruktionsverhandlung die Möglichkeit, zu diesen neu geltend gemachten Tatsachen Stellung zu nehmen. Die dabei vorgebrachten neuen tatsächlichen Behauptungen bezogen sich auf die Stellungnahme zu den neuen Vorbringen der Vorinstanz und sind somit zulässig. Insbesondere dienten sie nicht dazu, Darlegungen nachzuholen, die bereits vor Vorinstanz (Art. 58 VRPV) oder in der Beschwerde hätten vorgebracht werden können und müssen (Eventualmaxime) (zum Ganzen vgl. RKUV 1985 S. 239).

Soweit jedoch der Beschwerdeführer anlässlich der Instruktionsverhandlung rügt, die anteilmässige Zuteilung der Grundstücksfläche zur Touristikzone und zur Wohnzone 1 sei nicht korrekt und somit sinngemäss die unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes rügt (Art. 57 Abs. 3 VRPV), ist diese Rüge verspätet. Wie die Zuteilung zu den einzelnen Zonen vorgenommen wurde, ergibt sich bereits aus der Begründung des Einsprache-Entscheides und nicht erst aus der Stellungnahme der Vorinstanz. Der Beschwerdeführer hätte somit diese Rüge mit der Beschwerdeschrift, spätestens jedoch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist, erheben müssen. Zudem ist diese Behauptung unbegründet, stützt sich doch die Kantonale Liegenschaftsschätzungskommission Uri auf den für sie verbindlichen aktuellen Zonenplan der Gemeinde S. Eine allfällige abweichende Aufteilung unter dem alten Zonenplan ist irrelevant.

**Nr. 28 Kantonales Verfahrensrecht. Verfahrensrecht des Bundes. IV. Beweiswürdigung hausärztlicher Aussagen.**

Obergericht, 26. Januar 1996, OG V 95 38

Eine dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde durch das Eidg. Versicherungsgericht, soweit darauf eingetreten, abgewiesen (Urteil vom 1. Juli 1996, I 127/96)

**Aus den Erwägungen:**

4. b) Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, er leide an einer Neurosis. Mit der seelischen Problematik habe sich bis dato niemand befasst.

Nach Art. 4 Abs. 1 IVG gilt als Invalidität neben dem körperlichen auch die durch einen geistigen Gesundheitsschaden als Folge von Geburtsgebrechen, Krankheit oder Unfall verursachte, voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde Erwerbsunfähigkeit. Zu den geistigen Gesundheitsschäden gehören neben den eigentlichen Geisteskrankheiten auch seelische Abwegigkeiten mit Krankheitswert. Nicht als Auswirkungen einer krankhaften seelischen Verfassung und damit als invalidenversicherungsrechtlich nicht relevant gelten Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, welche der Versicherte bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, zu vermeiden vermöchte, wobei das Mass des Erforderlichen weitgehend objektiv bestimmt werden muss. Es ist somit festzustellen, ob und in welchem Masse ein Versicherter infolge seines geistigen Gesundheitsschadens auf dem ihm nach seinen Fähigkeiten offenstehenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt erwerbstätig sein kann (BGE 102 V 166 f.; ZAK 1992 S. 170 f. E. 2a m. H.).

Die Gutachter der Orthopädischen Universitätsklinik Y. stellen lediglich fest, dass der Beschwerdeführer an einem relativ massiven Leidensdruck, welcher sich wechselhaft im rechten oder linken Knie sowie in der lumbalen Wirbelsäule findet, leidet (Gutachten S. 7). Ebenso bezeichnet das Kantonsspital X. den Leidensdruck als subjektiv erheblich (Beweis Nr. 25 IV, S. 2). Ein subjektiv erheblicher Leidensdruck genügt indessen nicht, vielmehr bedarf es einer eigentlichen seelischen Abwegigkeit mit Krankheitswert, die die Verwertung der Arbeitsfähigkeit sozialpraktisch als nicht mehr zumutbar oder - als alternative Voraussetzung - sogar für die Gesellschaft untragbar erscheinen lassen (vgl. BGE 102 V 167; ZAK 1992 S. 170 f. E. 2a m. H.). Dies wird jedoch weder anlässlich der Begutachtung in der Orthopädischen Universitätsklinik Y. noch von den Ärzten des Kantonsspitals X. festgestellt. Dies wird zudem auch nicht vom Hausarzt oder der Rehabilitationsklinik R. erwähnt. Zuletzt hat dies der Beschwerdeführer auch nie anlässlich der diversen ärztlichen Untersuchungen verschiedener Ärzte aktenkundig gemacht.

Da keiner der den Beschwerdeführer untersuchenden Ärzte aufgrund der durchgeführten Anamnesen, persönlichen Befragungen und Untersuchungen eine seelische Abwegigkeit beim Beschwerdeführer festgestellt, ebensowenig von einer derartigen Möglichkeit gesprochen hat, kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der psychische Zustand des Beschwerdeführers keinen Krankheitswert aufweist.

c) ... Selbst wenn man davon ausgehen möchte, dass die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf zumindest indirekt einen Einfluss auf die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit als Industrie- und Gewerbehilfsarbeiter in gut angepasster Tätigkeit hat, ist auch vorliegend den spezialärztlichen Feststellungen stärkeres Gewicht beizumessen (vgl. ZAK 1988 S. 477). Denn es entspricht einer Erfahrungstatsache, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre (auftragsrechtliche) Vertrauensstellung im Zweifelsfall eher zugunsten ihrer Patienten aussagen (BJM 1989 S. 31). Vorliegend ist das orthopädische Gutachten objektiv, berücksichtigt die geklagten Beschwerden, ist in Kenntnis der Vorakten - insbesondere der medizinischen Beurteilung durch den Hausarzt und der Berichte des Spitals X. - abgegeben worden, ist in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtend und die Schlussfolgerungen sind begründet. Soweit aus den Akten ersichtlich, stützt sich zudem der Hausarzt bei seiner Beurteilung nicht auf Tatsachen, die den Gutachtern nicht bekannt gewesen sind.

**Nr. 29 Verfahrensrecht des Bundes. Art. 108 Abs. 1 lit. c UVG. Aus dem Untersuchungsgrundsatz lässt sich kein Anspruch ableiten, zu jeder Zeit mit neuen Rechtsgründen und Einwendungen an die Rechtsmittelinstanz zu gelangen.**

Obergericht, 13. Juni 1997, OG V 95 28 (siehe Nr. 39)

### **Aus den Erwägungen:**

2. Die Beschwerdegegnerin hat zum Ergebnis des Gutachtens vom 13. Dezember 1996 erst nach gesetzter Frist Stellung genommen.

Aus dem Untersuchungsgrundsatz (Art. 108 Abs. 1 lit. c UVG, Art. 14 Abs. 1 VRPV) lässt sich kein Anspruch ableiten, zu jeder Zeit mit neuen Rechtsgründen und Einwendungen an die Rechtsmittelbehörde zu gelangen. Soweit kein Grund für eine Wiederherstellung der versäumten Frist gegeben ist (Art. 31 VRPV), muss eine verspätet erfolgte Eingabe unbeachtet bleiben und ist aus dem Recht zu weisen. Darin liegt kein Verstoss gegen das Prinzip des rechtlichen Gehörs. Auch wird diese Rechtspraxis für die Beschwerdegegnerin insofern nicht zum Nachteil, als der Richter das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (Art. 108 Abs. 1 lit. d UVG, Art. 18 VRPV) und es ihm freisteht, verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend oder bedeutsam sind, trotz der Verspätung zu berücksichtigen (BGE 99 Ib 89, 95 I 587; RKUV 1985 S. 239 f. = ZAK 1986 S. 190 E. 3b; SVR-Rechtsprechung 1995 BVG Nr. 40 S. 117).

**Nr. 30 Bundesverfassung, Art. 4 BV. Rechtsgleichheitsgebot. Bemessungskriterien. Mitwirkungspflicht der rügenden Partei. Anwendungsfall: Beurteilung eines Gesuches um ausserordentliche Bewilligung einer Aufenthaltsbewilligung im Zusammenhang mit der Beendigung der Übergangsregelung für Saisoniers und Kurzaufenthalter aus dem ehemaligen Jugoslawien (E. 13).**

Obergericht, 19. Dezember 1997, OG V 97 70 (siehe Nr. 34)

### **Aus den Erwägungen:**

13. Der Beschwerdeführer und die Beteiligten rügen auch die Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes.

a) Rügt ein Beschwerdeführer die Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes bei der Ausfüllung des Beurteilungs- und/oder Ermessensspielraumes durch die Verwaltungsbehörde, sind Noven soweit zulässig, als diese in anderen Entscheiden der Vorinstanz liegen. Berufte sich der Beschwerdeführer indessen vor Obergericht erstmals auf Entscheide der erstverfügenden Behörde, welche zum Zeitpunkt der Entscheideröffnung des angefochtenen Entscheides durch die Vorinstanz vorlagen, sind diese Noven in der Regel verspätet und nicht mehr zu hören (Art. 58 VRPV).

b) Die Behörden haben bei der Ausfüllung des Beurteilungs- und/oder Ermessensspielraumes das Rechtsgleichheitsgebot zu beachten. Danach ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln, d.h. rechtsgleich (BGE 106 Ia 275 E. 5b). Der Anspruch auf Gleichbehandlung verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind. Das Gleichheitsprinzip verbietet einerseits unterschiedliche Regelungen, denen keine rechtlich erheblichen Unterscheidungen zugrunde liegen. Andererseits untersagt es aber auch die rechtliche Gleichbehandlung von Fällen, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Die Gleichbehandlung durch die rechtsanwendende Behörde ist allerdings nur dann geboten, wenn die Tatbestände in allen ihren tatsächlichen Elementen absolut identisch sind oder aber wenn die im Hinblick auf die zu erlassende oder anzuwendende Norm relevanten Tatsachen gleich sind (BGE 117 Ia 101, 112 Ia 196 ff.). Eine rechtsanwendende Behörde verletzt dann den Gleichheitssatz, wenn sie zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich beurteilt (BGE 117 Ia 258 ff., 111 Ib 219). Eine rechtsungleiche Behandlung liegt gemäss der Praxis des Bundesgerichts aber grundsätzlich nur dann vor, wenn die nämliche Behörde gleichartige Fälle unterschiedlich beurteilt (BGE 103 Ia 119, 102 Ia 42). Indessen besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Wenn eine Behörde in einem Fall eine vom Gesetz abweichende Entscheidung getroffen hat, gibt das einem Bürger, der sich in der gleichen Lage befindet, grundsätzlich keinen Anspruch darauf,

ebenfalls von der Behörde abweichend behandelt zu werden (BGE 114 Ib 240). Dies gilt allerdings nur dann, wenn die abweichende Behandlung lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen erfolgt ist. Besteht hingegen eine eigentliche gesetzeswidrige Praxis und lehnt es die Behörde ab, diese aufzugeben, so kann der Bürger verlangen, dass die widerrechtliche Begünstigung, die Dritten zuteil wurde, auch ihm gewährt werde (BGE 115 Ia 83).

c) Der Beschwerdeführer beruft sich auf einen Fall eines Saisonniers, welcher bei der R. AG tätig ist. Aufgrund der stark schwankenden Umsatzzahlen sowie des schwankenden Personalbestandes bei der R. AG sei gleich wie bei der Hotel T. AG von einem Betrieb mit klar saisonalem Charakter auszugehen. Trotzdem sei für den Ausländer, der bei der R. AG arbeiten will, durch den Regierungsrat die ausserordentliche Jahresaufenthaltsbewilligung erteilt worden. Indessen vorliegend nicht.

Zutreffend ist, dass sowohl die Hotel T. AG als auch die R. AG als Saisonbetrieb im Sinne der Weisungen des BIGA vom November 1990 zu bezeichnen sind. Zweck dieser Weisung ist Kriterien zu definieren, nach welchen einem Betrieb Saisonstellen zugewiesen werden können. Dies wird denn auch durch die Vorinstanz nicht bestritten. Wenn die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ausführt, die R. AG liesse sich mit der Hotel T. AG nicht vergleichen, weil diese teilweise sogar einen 24-Stunden-Betrieb aufrecht erhalte sowie ganzjährig angestelltes Personal besitze und andere Umsatzzahlen aufweise, bringt sie damit indirekt zum Ausdruck, dass bei grösseren Unternehmen mit entsprechend grösserem Umsatz und mehr Personal, das auch während dem ganzen Jahr angestellt ist, ein vorübergehender Überbestand an Angestellten einfacher ausgeglichen werden kann. Wie unter E. 10e ausgeführt, ist dies ein zulässiges sachliches Beurteilungskriterium. Entsprechend ist bei einem grösseren Unternehmen mit saisonalem Charakter eine Dauerbeschäftigung eher gewährleistet. Gerade in diesem Punkt unterscheidet sich die R. AG von der Hotel T. AG. Von einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes kann daher in Bezug auf die Bewilligung der ausserordentlichen Jahresaufenthaltsbewilligung eines Angestellten bei der R. AG nicht gesprochen werden.

d) Des Weiteren berufen sich sowohl der Beschwerdeführer als auch die Beteiligte auf die Umwandlungsgenehmigung des Ehepaars P., welches bereits während zwölf Jahren in der Schweiz gearbeitet habe. Für dieses hat das KIGA das Gesuch um ausserordentliche Umwandlung genehmigt. Als Arbeitgeberin trat dabei die am vorliegenden Verfahren beteiligte Hotel T. AG auf. Dem Ehepaar wurde die Bewilligung, wie bereits ausgeführt, durch das KIGA erteilt. Entsprechend hätte der Beschwerdeführer bereits im regierungsrätlichen Verfahren die Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes rügen können und müssen. Indessen wurde dies nicht getan. Die Ausführungen hierzu sind als unzulässige Noven aus dem Recht zu weisen (Art. 58 VRPV; E. 11a). Auch wird auf E. 13a verwiesen.

Selbst wenn die Vorbringen zu hören wären, kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers die unterschiedliche Anwesenheitsdauer ein zulässiges Differenzierungskriterium sein. Denn wer während mindestens acht aufeinanderfolgenden Jahren als Saisonnier oder Kurzaufenthalter in der Schweiz tätig gewesen ist und den Nachweis einer Daueranstellung erbringt, hat noch keinen Bewilligungsanspruch. Die Anwesenheitsdauer kann gerade bei Betrieben, die mehr Gesuche gestellt haben, als dass gesicherte Dauerstellen vorliegen, Abgrenzungskriterium sein, um zu bestimmen, welchen Ausländern die Bewilligung zu erteilen ist. Vorliegend befand sich der Beschwerdeführer bei Gesuchseinreichung neun Jahre in der Schweiz, das Ehepaar P. gemäss den Unterlagen zwölf Jahre. Insoweit sind diese beiden Fälle nicht in sämtlichen rechtserheblichen Punkten identisch, so dass von keiner Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes gesprochen werden kann. Zuletzt befindet sich die kantonale Behörde bei Erfüllung der beiden Kriterien im in Art. 4 ANAG statuierten Ermessensspielraum. Dabei kann sie die unterschiedliche Aufenthaltsdauer in der Schweiz entsprechend gewichten. Wenn es auch nicht die Aufgabe des KIGA ist, das Vorliegen eines Härtefalles zu prüfen, kann es (muss indessen nicht) im Zweifelsfall zur Vermeidung von Härtefällen bei einer längeren Anwesenheitsdauer die ausserordentliche Jahresaufenthaltsbewilligung erteilen (vgl. Merkblatt BFA und BIGA vom 6.11.1996 betreffend Saisonniers und Kurzaufenthalter aus dem ehemaligen Jugoslawien, Beendigung der Übergangsregelung-Behandlung von Gesuchen um weiteren Verbleib).



e) Zuletzt verweist der Beschwerdeführer auf den RRB Nr. 452 vom 8. Juli 1997 in Sachen D. und führt aus, auch hier bestünden im Sachverhalt kaum Unterschiede. Nähere Ausführungen hierzu fehlen.

Ein pauschaler Hinweis auf andere nicht näher bezeichnete Entscheide der Vorinstanz zur Begründung der Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes genügt in der Regel nicht. Vielmehr ist konkret auf den (zum Vergleich herangezogenen) Fall hinzuweisen, einzugehen und darzutun, wie weit dieser in den rechtserheblichen Punkten in sachverhaltlicher und rechtlicher Hinsicht mit dem angefochtenen Entscheid identisch sein soll. Dies leitet sich aus der Begründungspflicht (Art. 64 i.V.m. Art. 49 Abs. 1 VRPV) und der Mitwirkungspflicht (Art. 14 Abs. 3 VRPV) der Rügenden ab. Ergibt sich indessen die Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes aus den Akten der Vorinstanz, kann ein pauschaler Hinweis darauf genügen. Indessen ist dem Obergericht nicht zuzumuten, sämtliche nicht näher belegten Parteibehauptungen, für welche sich aus den Akten keine Anhaltspunkte ergeben, näher abzuklären.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Rüge der rechtsungleichen Behandlung als unbegründet abzuweisen ist.

**Nr. 31 Fremdenpolizei. Art. 4 ANAG. Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung bei einem straffälligen Ausländer. Verhältnismässigkeit. Grundsätze bei der Ermessensausübung. Wenn eine Person, die den Grund für die Aufenthaltsbewilligung bildete (Familiennachzug), die Schweiz verlassen muss, entfällt der Zweck des Aufenthaltes, und es sind die Personen, die ein von der weggewiesenen bzw. wegzuweisenden Person abgeleitetes Anwesenheitsrecht haben, in der Regel auch wegzuweisen (E. 9e).**

Obergericht, 9. Dezember 1996, OG V 96 59 (siehe Nr. 26)

#### **Aus den Erwägungen:**

6. Der Beschwerdeführer war während rund zwölf Jahren im Besitze einer Aufenthaltsbewilligung, die Beschwerdeführerin während rund neun Jahren. Die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin war von der des Beschwerdeführers abgeleitet (Verbleib beim Ehegatten). Die Aufenthaltsbewilligungen wurden durch die kantonale Fremdenpolizeibehörde am 3. Mai 1996 nicht verlängert. Strittig ist, ob das Verweigern der Aufenthaltsbewilligungen zurecht erfolgt ist, ob die Nichtverlängerung und Wegweisung verhältnismässig ist.

7. Beim Entscheid über die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung hat die kantonale Fremdenpolizeibehörde Verhältnismässigkeitserwägungen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 ANAG und Art. 16 Abs. 3 ANAV anzustellen (BGE 116 Ib 117 E. 3c; AGVE 1991 S. 467; Peter Kottusch, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, ZBI 91/1990, S. 173; Toni Pfanner, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, St. Gallen 1985, S. 179).

Im Rahmen der Rechtskontrolle kann das Obergericht frei prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Verweigerung der fremdenpolizeilichen Bewilligung das entgegenstehende private Interesse des Ausländers an der Erteilung der Bewilligung überwiegt. Dem steht nicht entgegen, dass das Obergericht gemäss Art. 57 Abs. 4 VRPV nicht prüfen kann, ob der angefochtene Entscheid angemessen sei. Angemessenheit im Sinne dieser Bestimmung bedeutet nicht Verhältnismässigkeit, sondern Zweckmässigkeit (vgl. Fritz Gygi, Bundesverfassungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 316). Für die obergerichtliche Kognition gilt somit in Fällen, wo Normen anzuwenden sind, welche eine Interessenabwägung erfordern, dass die Verhältnismässigkeit der angefochtenen Massnahme frei geprüft wird, der Behörde jedoch insofern ein Ermessensspielraum zu belassen ist, als es um die Zweckmässigkeit geht (Opportunität; vgl. betreffend Art. 104 lit. c OG BGE 116 Ib 356 f. E. 2b).

8. Wie bereits ausgeführt, besass der Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung. Im Gegensatz zur Niederlassungsbewilligung, die auf unbefristete Dauer erteilt wird (Art. 6 Abs. 1 ANAG), ist die Aufenthaltsbewilligung stets befristet (Art. 5 Abs. 1 ANAG). Unabhängig vom Motiv, das zur erstmaligen Erteilung der Aufenthaltsbewilligung geführt hat, muss der Ausländer in diesem Fall mit der Möglichkeit rechnen, dass seine Bewilligung nicht verlängert wird. Sein Anwesenheitsverhältnis ist weit weniger gefestigt als dasjenige des Niedergelassenen. Abgesehen von den Erlöschens- und Widerrufsgründen gemäss Art. 9 Abs. 3 u. 4 ANAG kann letzterem das Anwesenheitsrecht nur bei einer Verwirklichung eines Ausweisungsgrundes entzogen werden. Ausweisungsgrund gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG bildet die gerichtliche Bestrafung wegen eines Verbrechens oder Vergehens, gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG sein Verhalten im allgemeinen und Handlungen, die darauf schliessen lassen, dass der Ausländer nicht gewillt oder fähig ist, sich in die im Gastland geltende Ordnung einzufügen (vgl. auch Art. 16 Abs. 2 ANAV). Weit umfassendere Entfernungsgründe treffen den Aufenthaltler, der nur über eine befristete Bewilligung verfügt, welche keinen Anspruch auf Verlängerung einschliesst. So können bereits polizeiliche, wirtschaftspolitische und demographische Gesichtspunkte gegen einen weiteren Aufenthalt sprechen (vgl. BGE 119 Ib 95 E. 1d, 109 Ib 179; AGVE 1995 S. 502, 1992 S. 521 f. m.H.). Nur schon das Fehlen der Zweckmässigkeit der weiteren Anwesenheit oder ein unstatthaftes Verhalten, das sich nicht mit der gebotenen loyalen Einfügung in der im Gastland geltenden Ordnung vereinbaren lässt, sprechen im Rahmen des Ermessensentscheidendes gemäss Art. 4 ANAG für eine Entfernung des Ausländers (AGVE 1991 S. 467; Hanspeter Moser, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, ZSR 86 II/1987 S. 435). Im Rahmen der Verhältnismässigkeitserwägungen sind bei der Frage nach dem Verbleib des Aufenthaltlers die der Ordnung des Gaststaates zugrundeliegenden sittlichen Werte und gesellschaftlichen Strukturen verstärkt zu gewichten. Als Nichtverlängerungsgründe kommen vor allem Widerruf- und Ausweisungstatbestände in Frage, selbst wenn die öffentlichen Interessen für einen Widerruf oder eine Ausweisung nicht ausreichen (Toni Pfanner, a.a.O., S. 180). Die der Befristung der Bewilligung zugrunde liegende Kontrollfunktion dient denn auch dazu, mittels einer Wegweisung aus beruflichen, sozialen oder moralischen Gründen zur besseren Eingliederung der übrigen Ausländer beizutragen; auch der Gesichtspunkt der Generalprävention ist demgemäss von einiger Bedeutung (vgl. Toni Pfanner, a.a.O., S. 177 u. 181) (AGVE a.a.O.). Ist eine fremdenpolizeiliche Massnahme als zwar rechtlich begründet aber nach den Umständen nicht angemessen, so soll sie angedroht werden. Man spricht in diesem Fall von einer Verwarnung (vgl. Peter Kottusch, a.a.O., S. 172 f.)

9. a) Der Beschwerdeführer musste über einen Zeitraum von etwa vier Jahren vier Mal strafrechtlich verurteilt werden. Die erstmals ausgesprochene bedingte Gefängnisstrafe musste bereits rund 15 Monate später widerrufen werden. Die danach neu ausgesprochene bedingte Gefängnisstrafe musste rund 2 ¼ Jahre später ebenfalls widerrufen werden. Insbesondere anlässlich des Strassenverkehrsunfalles in O. versuchte der Beschwerdeführer die Rechtspflege irrezuführen, indem er einen Tag nach dem Unfall das Unfallfahrzeug als gestohlen meldete. Gerade dieses Verhalten lässt sich nicht allein mit Alkoholproblemen oder unverarbeitetem Aggressionspotential begründen - wie dies der Beschwerdeführer offenbar versucht. Vielmehr bedarf es für dieses Verhalten einer bestimmten grundlegenden (mangelhaften) Einstellung gegenüber der Ordnung des Gaststaates. Das Bezirksgericht O. äusserte daher - zurecht, wie sich leider zeigen sollte - gewisse Bedenken betreffend die Beurteilung des künftigen Verhaltens des Beschwerdeführers.

Bereits das Verhalten in den Jahren 1991 - 1993 gab zu schweren Klagen Anlass und liess darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich in die in der Schweiz geltende Ordnung einzufügen. Um so mehr, als dass er bereits im November 1992 erstmals durch die kantonale Fremdenpolizeibehörde verwarnt wurde. Dem Beschwerdeführer wurde daher im Jahre 1993 der Widerruf bzw. die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung durch die kantonale Fremdenpolizeibehörde angedroht. Die Stellungnahme des Beschwerdeführers hierzu lässt Einsicht und Reue vermissen (vgl. BGE 116 Ib 117 f. E. 4b). Wie sich aus den Akten ergibt, hat die kantonale Fremdenpolizeibehörde von einer administrativen Fernhalte- oder Wegweisungsmassnahme nur Abstand genommen, weil der Beschwerdeführer aus dem bosnischen Raum stammt. Trotzdem musste der Beschwerdeführer am 20. Juni 1995 erneut wegen schwerwiegenden SVG-Vergehen gerichtlich verurteilt werden. Dies lässt jegliche Einsicht und Bemühung, sich in die Ordnung des Gastlandes einzufügen, vermissen und spricht gegen die Verlänge-

rung der Aufenthaltsbewilligung. Es ist nur folgerichtige Konsequenz, wenn die kantonale Fremdenpolizeibehörde nach vergeblicher zweimaliger Verwarnung, zuletzt mit der Androhung von Fernhalte- oder Wegweisungsmassnahmen, nach einem wiederholten, nicht unerheblichen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung zu der schärferen Massnahme - der Wegweisung - greift.

b) Soweit sich die Beschwerdeführer zum Vergleich auf BGE 120 Ib 130 ff. berufen, ist darauf hinzuweisen, dass die Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen wesentlich von den Umständen des Einzelfalls abhängt (BGE 120 Ib 14 E. 1b), zudem ist nicht erkennbar, wie weit sie aus zitiertem Entscheid etwas zu ihren Gunsten ableiten könnten. Insbesondere ruft das wiederholte Begehen von Delikten sowie das Verhalten des Beschwerdeführers im Anschluss an den Verkehrsunfall in O. stärker nach einer Ausweisung, als beispielsweise ein isoliertes Beziehungsdelikt (vgl. AGVE 1989 S. 466). Zuletzt ist, wie bereits ausgeführt, ein Fehlverhalten des Ausländers in der Interessenabwägung bei der Wegweisung strenger zu beurteilen, als wenn - wie etwa bei einer Ausweisung - in bestehende Bewilligung eingegriffen wird (vgl. BGE 120 Ib 131 E. 4a m.H., 116 Ib 117). Ebenso wenig ist Art. 8 EMRK zu beachten.

c) Soweit der Beschwerdeführer ausführt, seine Gesetzesverletzungen seien auf seelisch psychische Konflikte und auf ein unverarbeitetes Aggressionspotential zurückzuführen, zeigt gerade dies die Anfälligkeit des Beschwerdeführers zu strafbarem Verhalten und somit die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auf. Trotz mehrmaligen Verurteilungen und mehrmaligen Verwarnungen war der Beschwerdeführer nicht in der Lage oder gewillt, sich in die in der Schweiz geltende Ordnung einzufügen. Der Beschwerdeführer hatte nun wirklich mehrmals die Möglichkeit gehabt, sein Verhalten zu bessern bzw. etwas gegen seinen psychischen Zustand zu unternehmen.

d) Dass sich der Beschwerdeführer bereits seit 12 Jahren in der Schweiz aufhält und er aus einem Dorf der ehemaligen Kriegsfrontlinie stammt, welches weitgehend zerstört sein dürfte, rechtfertigt keine stärkere Gewichtung seiner Interessen an einem weiteren Verbleib als das dargelegte öffentliche Interesse an seiner Entfernung. Er hat gezeigt, dass ihn auch eine längere Anwesenheit in der Schweiz und die mehrmalige Gewährung der Möglichkeit, sein Verhalten zu ändern, nicht abhalten konnten, wiederholt gegen die öffentliche Ordnung zu verstossen. Zudem war es ihm nicht möglich, aus den fremdenpolizeilichen Verwarnungen seine Lehren zu ziehen.

e) Die Ehefrau des Beschwerdeführers, die Beschwerdeführerin, ist in Bosnien aufgewachsen. Im Rahmen des Familiennachzuges gelangte sie in die Schweiz und lebt nun etwa seit neun Jahren hier. Ihr Anwesenheitsrecht und das der gemeinsamen Kinder M. und I. steht und fällt mit demjenigen des Beschwerdeführers. Wenn die Person, die den Grund für die Aufenthaltsbewilligung bildete, die Schweiz verlassen muss, entfällt nämlich der Zweck des Aufenthaltes, und es sind die Personen, die ein von der weggewiesenen bzw. wegzuweisenden Person abgeleitetes Anwesenheitsrecht haben, in der Regel auch wegzuweisen (vgl. Art. 10 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 6 ANAV; vgl. auch Peter Kottusch, Zur rechtlichen Regelung des Familiennachzuges von Ausländern, in ZBI 90/1989 S. 355 ff.; AGVE 1995 S. 506, 1991 S. 460 ff.).

Daraus lässt sich nun aber nicht ableiten, dass Verwarnungen an einen Ausländer auch an möglicherweise mittelbar betroffene Personen, insbesondere an jene, die eine abgeleitete Anwesenheitsberechtigung haben, eröffnet werden müssen. (Zumindest) zum Zeitpunkt der Verwarnung hat diese für den Dritten keinen Rechtsnachteil zur Folge. Sein Anwesenheitsrecht bleibt unberührt. Zudem kann der verwarnte Ausländer ein Interesse daran haben, dass niemand von der Verwarnung erfährt. Die Mitteilung an Dritte könnte daher im Einzelfall eine Persönlichkeitsverletzung darstellen.

Die Beschwerdeführerin geht keiner Arbeit nach. Angesichts ihrer Herkunft ist eine Rückreise ins Heimatland, auch wenn diese mit gewissen vorab wirtschaftlichen und persönlichen Schwierigkeiten verbunden ist, nicht unzumutbar, denn der Beschwerdeführerin - gemessen am Schicksal des Ehemannes und der übrigen Ausländer aus dem ehemaligen Jugoslawien (insbesondere jener aus Bosnien-Herzegowina) - wird nicht eine ausserordentliche Härte erwachsen. Gesagtes gilt

auch für die Kinder. Diese befinden sich zudem in einem anpassungsfähigen Alter, das es ihnen ermöglicht, sich in neue kulturelle und soziale Verhältnisse einzugewöhnen.

Eine ausnahmsweise Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für die Beschwerdeführerin und allenfalls ihre Kinder M. und I. wurde daher im Rahmen von Art. 4 ANAG zurecht verneint. Da die Beschwerdeführerin bis heute keiner Arbeit nachgegangen ist, kann ihre Anwesenheit und die der Kinder M. und I. ohnehin nicht bedenkenlos hingenommen werden.

10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführer als verhältnismässig erscheint. Insbesondere auch unter Berücksichtigung ihrer familiären Situation und der Situation in ihrer Heimat. Der Beschwerdeführer hätte sich bereits früher darüber klar werden können und müssen, dass er eine Verantwortung seiner Familie gegenüber trägt (BGE 120 Ib 133 E. 5c).

11. Die von der Vorinstanz verfügte Frist zur Ausreise auf den 31. Dezember 1996 erscheint unter Berücksichtigung der gesamten Umstände als verhältnismässig. Es wird zudem auf Art. 14a Abs. 6 ANAG verwiesen.

12. Aus Gesagtem ergibt sich, dass sich die Vorinstanzen an das ihnen zustehende Ermessen gehalten haben und nicht gegen das Verhältnismässigkeitsgebot verstossen haben. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen.

**Nr. 32 Fremdenpolizei. Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung. Besteht der Zweck des Aufenthaltes aus dem Verbleib beim Ehegatten, kann bei Beendigung der Ehegemeinschaft die Aufenthaltsbewilligung widerrufen werden (E. 4). Verhältnismässigkeit. Bemessungsgrundsätze (E. 5). Beim Wegfall der Ehegemeinschaft ist der Ausländer nicht ohne ersichtlichen Grund schlechter zu stellen, als wie wenn er nie eine Aufenthaltsbewilligung B im Rahmen eines Familiennachzuges erhalten hätte (E. 6).**

Obergericht, 3. Dezember 1996, OG V 96 57

#### **Aus den Erwägungen:**

4. Der Beschwerdeführer hat die Aufenthaltsbewilligung B zum Zweck des Verbleibs beim Ehegatten erhalten (vgl. Aufenthaltsbewilligung vom 1.07.1993). In der Folge erhielt er eine Arbeitsbewilligung ausserhalb des Kontingents (vgl. Aufenthaltsbewilligung vom 27.06.1994). Die Ehe des Beschwerdeführers wurde mit Urteil vom 26. Oktober 1995 (in Rechtskraft seit 30.11.95) durch das Landgericht Uri geschieden. Strittig ist nun, ob das Bestehen der Ehe eine Bedingung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG darstellt, deren Wegfall den Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung zulässt. Dies ist eine Rechtsfrage, die das Obergericht zu prüfen hat (vgl. Art. 57 Abs. 1 VRPV).

a) Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist der jeweilige Aufenthaltswitz eine Bewilligungsbedingung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 ANAG, an die der Ausländer gebunden ist (vgl. Peter Kottusch, Zur rechtlichen Regelung des Familiennachzuges von Ausländern, ZBI 90/1989 S. 355 f.). Liegen die Zulassungsbedingungen nicht mehr vor, kann die Aufenthaltsbewilligung folglich widerrufen (Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG) oder nicht erneuert werden (Art. 4 ANAG) (vgl. Rekursentscheid des Regierungsrates des Kantons Zürich Nr. 706 vom 8.03.1989 i.S. V. in Raess/Raess-Eichenberger, Das aktuelle schweizerische Ausländerrecht, Zürich 1995, Ziff. 4/3.4; Bundesamt für Ausländerfragen, Weisungen zur Ausländergesetzgebung für die kantonalen Fremdenpolizeibehörden, Ziff. 643.22). Hat ein Ausländer eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzuges erhalten und ist die Familienbande weggefallen, ist die Zulassungsbedingung nicht mehr vorhanden. Denn dieser Ausländer hat grundsätzlich nur ein von der Anwesenheitsbewilligung eines bereits in der Schweiz ansässigen Ausländers/Schweizers abgeleitetes Aufenthaltsrecht. Daran ändert nichts, wenn der Ausländer, der im Familiennachzug eingereist ist, im Nachgang

eine Arbeitsbewilligung erhalten hat. Denn eine derartige Arbeitsbewilligung unterliegt nicht der für die Zulassung ausländischer Arbeitskräfte allgemein geltenden zahlenmässigen Beschränkungen (Art. 12 f. BVO). Solange der Ausländer die Lebensgemeinschaft ausübt, hat er in dieser Hinsicht eine "abgeleitete" Vorzugsbehandlung. Fällt der Grund für die Vorzugsbehandlung dahin (Führen einer Lebensgemeinschaft), fällt die Vorzugsbehandlung dahin. Mit anderen Worten, die Bewilligung zur Erwerbstätigkeit ausserhalb des Kontingents ist an die Bedingung geknüpft, dass die Lebensgemeinschaft tatsächlich gelebt wird (vgl. AGVE 1988 S. 590 E. 3a).

Daraus erhellt sich, dass vorliegend der Verbleib beim Ehegatten Aufenthaltsbedingung ist. Mit der Trennung ist diese weggefallen. Entfällt die Grundlage für den Verbleib, kann die Aufenthaltsbewilligung somit grundsätzlich gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG widerrufen werden.

5. Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren, der Widerruf verstosse vorliegend gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip.

a) Ob beim Wegfall der Aufenthaltsbedingung ein Widerruf zu erfolgen hat, allenfalls lediglich die Aufenthaltsbewilligung nicht mehr erneuert werden soll oder gar die Aufenthaltsbewilligung aus anderen Gründen verlängert werden soll, liegt im Ermessen der kantonalen Fremdenpolizeibehörde (Art. 4 ANAG). Indessen hat sie bei der Ermessenshandhabung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen (vgl. BGE 98 Ib 90 E. 3, 93 I 10 E. 4; AGVE 1991 S. 467; Peter Kottusch, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, in ZBI 91/1990 S. 172). Das öffentliche Interesse an der Ausreise des Ausländers muss gewichtiger sein als die Interessen des Betroffenen an der weiteren Anwesenheit. Ferner kann nicht jedes beliebige Interesse des Ausländers einen Verbleib rechtfertigen. Das Interesse hat dem Zweck der ursprünglichen Anwesenheitsregelung zu entsprechen. Nebst der Lage des Arbeitsmarktes und dem bisherigen Verhalten des Ausländers ist nämlich auch der Zweck des Aufenthaltes massgebend (vgl. Art. 10 Abs. 2 ANAV). Eine Anwesenheitsbewilligung kann nur solange bestehen, als von dem mit der Bewilligung verbundenen Recht auch wirklich Gebrauch gemacht wird (vgl. AGVE 1993 S. 574 m.H.). Da der Beschwerdeführer weniger als fünf Jahre ein Anwesenheitsrecht hat, ist ihm zudem nicht eine verbesserte Rechtsstellung zuzubilligen (vgl. OECE/OECD-Ratsbeschluss vom 30.10.53/7.12.56, BBI 1978 II S. 214; ZR 76/1977 S. 231 f. E. 3 und BGE 100 Ib 229 f. zum Ratsbeschluss).

b) Im Rahmen der Rechtskontrolle kann das Obergericht frei prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Verweigerung bzw. am Widerruf der fremdenpolizeilichen Bewilligung das entgegengesetzte private Interesse des Ausländers an der Erteilung der Bewilligung überwiegt. Dem steht nicht entgegen, dass das Obergericht gemäss Art. 57 Abs. 4 VRPV nicht prüfen kann, ob der angefochtene Entscheid angemessen sei. Angemessenheit im Sinne dieser Bestimmung bedeutet nicht Verhältnismässigkeit, sondern Zweckmässigkeit (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 316). Für die obergerichtliche Kognition gilt somit in Fällen, wo Normen anzuwenden sind, welche eine Interessenabwägung erfordern, dass die Verhältnismässigkeit der angefochtenen Massnahme frei geprüft wird, der Behörde jedoch insofern ein Ermessensspielraum zu belassen ist, als es um die Zweckmässigkeit geht (Opportunität; vgl. betreffend Art. 104 lit. c OG BGE 116 Ib 356 f. E. 2b).

c) Der Beschwerdeführer verfügt seit lediglich drei Jahren über ein Bewilligungsverhältnis. Die Ehegemeinschaft ist bereits rund zwei Jahre nach Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zum Zweck des Verbleibs bei der Ehegattin gerichtlich geschieden worden. Zum Zeitpunkt der Bewilligungserteilung bestanden die Voraussetzungen für die Jahresaufenthaltsbewilligung zum Zweck des Verbleibs beim Ehegatten bereits nicht mehr (bereits die tatsächliche Trennung genügt; vorliegend wurde das Scheidungsurteil am 26.10.95 gefällt). Bei einer derart kurzen Aufenthaltsdauer ist das öffentliche Interesse an einer Abwehr der Überfremdung i.S. von Art. 16 Abs. 1 ANAG regelmässig stärker zu gewichten. Zudem war der Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Entscheidung arbeitslos und ist es gemäss Aktenlage auch heute noch. Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zulasten des kantonalen Kontingentes wird vom Kantonalen Amt für Industrie-, Gewerbe und Arbeit abgelehnt (Schreiben vom 15.03.1996, Akten Fremdenpolizei, Beleg 2) (Art. 42 Abs. 1 und 2, Art. 43 Abs. 4 BVO). Die wirtschaftlichen und persönlichen Schwierigkeiten,

die mit einer Rückkehr verbunden sind, sind für den Beschwerdeführer zumutbar (näheres hierzu: Bundesratsbeschlüsse zur Aktion "Bosnien-Herzegowina", vgl. E. 6) Die kantonale Fremdenpolizeibehörde hätte somit ohne weiteres die Möglichkeit gehabt, die vorliegend strittige Aufenthaltsbewilligung B gar nicht mehr zu erteilen. Dies wäre unter den gegebenen Umständen durchaus verhältnismässig gewesen. Gemäss Angaben der kantonalen Fremdenpolizeibehörde entspricht es jedoch ihrer Praxis, bis zur rechtskräftigen Scheidung zuzuwarten, danach aber die Aufenthaltsbewilligung zu widerrufen. Diese Praxis stellt vorliegend den Beschwerdeführer besser als unbedingt erforderlich, sie ist daher nicht zu beanstanden. Insbesondere geht der vom Beschwerdeführer aufgezeigte Vergleich zu anderen Kantonen fehl, die gemäss seinen Ausführungen beim Wegfall der Familienbande lediglich die Bewilligung nicht verlängern würden. Eben nach dieser Praxis wäre dem Beschwerdeführer die Bewilligung gar nicht mehr verlängert worden. Zuletzt fällt auf, dass ein erstes Gesuch für eine Aufenthaltsbewilligung zum Zweck des Verbleibs beim Ehegatten von der Fremdenpolizei mit der Begründung abgewiesen wurde, dass sich der Beschwerdeführer zwar in der Schweiz befinde, die Ehe jedoch nicht tatsächlich gelebt werde (vgl. Schreiben Amt für Verwaltungspolizei, Abt. Fremdenpolizei, vom 26.01.1993, Akten Fremdenpolizei, Beleg Nr. 44).

Gesamthaft gesehen hält sich die kantonale Fremdenpolizeibehörde betreffend Widerruf der Aufenthaltsbewilligung an den Rahmen des ihr gemäss Art. 4 ANAG zustehenden Ermessens. Der Entscheid ist verhältnismässig.

6. Indessen hat im vorliegenden Fall der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung B nicht die sofortige Wegweisung zur Folge. Wie sich aus den Akten der kantonalen Fremdenpolizeibehörde ergibt, erhielt der Beschwerdeführer am 27. März 1993 im Rahmen der Aktion Bosnien-Herzegowina eine Aufenthaltsbewilligung L. Dies, weil er nachgewiesenermassen seinen letzten Wohnsitz in Bosnien-Herzegowina hatte (vgl. Akten Fremdenpolizei, Beleg Nr. 29). Der kroatische Pass, welcher als Wohnort Z. angibt, ist erst im Jahre 1994 ausgestellt worden (Akten Fremdenpolizei, Beleg Nr. 16). Da der Beschwerdeführer, bevor er in die Schweiz zugezogen ist, Wohnsitz in Bosnien hatte, kommt er in den Genuss der in dieser Frage massgeblichen Weisungen.

Zwar hat der Bundesrat am 3. April 1996 die kollektive vorläufige Aufnahme im Rahmen der Aktion "Bosnien-Herzegowina" für alleinstehende Erwachsene sowie Ehepaare ohne Kinder per 30. April 1996 in Form einer Allgemeinverfügung aufgehoben. Den für den Vollzug zuständigen kantonalen Behörden wurde zuletzt empfohlen, die Ausreisefrist nach Art. 12 Abs. 2 Verordnung über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (SR 142.281) auf den 30. April 1997 festzusetzen (BR-Beschluss vom 26. Juni 1996; vgl. auch EJPD, Weisung über die Aufhebung der gruppenweisen vorläufigen Aufnahme bestimmter Kategorien von Ausländern aus dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawien vom 12.04.1996, Ziff. 2.2). Nicht in den Genuss dieser Ausreisefrist sollten Personen aus Bosnien-Herzegowina kommen, die sich kriminell, renitent oder rechtsmissbräuchlich verhalten (Mitteilung EJPD, Bundesamt für Flüchtlinge vom 12.07.1996 an die Fremdenpolizeibehörden und Fürsorgeämter der Kantone).

Ein kriminelles, renitentes und rechtsmissbräuchliches Verhalten ist aufgrund der Aktenlage nicht erkennbar. Der Beschwerdeführer ist nicht ohne ersichtlichen Grund schlechter zu stellen, als wie wenn er nie eine Aufenthaltsbewilligung B im Rahmen eines Familiennachzuges erhalten hätte. Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben.

**Nr. 33 Fremdenpolizei. Art. 4 ANAG. Art. 36 BVO. Das Abwarten versicherungsrechtlicher Entscheide rechtfertigt die weitere Anwesenheit in der Regel nicht.**  
Obergericht, 24. Januar 1997, OG V 96 48

#### **Aus den Erwägungen:**

5. Wie das Eidg. Versicherungsgericht in BGE 118 V 84 E. 4b ausgeführt hat, darf ein ausländischer Arbeitnehmer, der in der Schweiz verunfallt oder erkrankt und keine Arbeitsbewilligung

hat, grundsätzlich vorübergehend während der medizinischen Behandlung hier bleiben. Art. 36 BVO sieht diesbezüglich vor, dass anderen (als den in Art. 31 - 35 BVO erwähnten) nicht erwerbstätigen Ausländern Aufenthaltsbewilligungen erteilt werden können, "wenn wichtige Gründe es gebieten." Andererseits ist zu beachten, dass gemäss Art. 4 ANAG die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung entscheidet. Die BVO vermag daher keinen Rechtsanspruch zu begründen. Selbst beim Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 36 BVO kann die Fremdenpolizeibehörde im Einzelfall von einer Bewilligung aus anderen Gründen absehen (vgl. auch Art. 37 BVO; s. E. 4 in fine) (BGE 119 Ib 96 E. 2b, 118 Ib 155 E. 1a). Ferner hat das Bundesgericht im unveröffentlichten Urteil V. vom 26. Juni 1991 ausgeführt, dass auch das schweizerisch-jugoslawische Sozialversicherungsabkommen keinen Anspruch auf eine Anwesenheitsbewilligung vermittelt.

Es liegt demnach im Ermessen der kantonalen Fremdenpolizeibehörde, die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen oder nicht. Immerhin muss die Verweigerung der Bewilligungserteilung nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts verhältnismässig sein; da aber im Vergleich zur Regelung von Art. 7 und Art. 17 ANAG bereits geringere öffentliche Interessen für die Nichterteilung einer Bewilligung genügen, sind die entgegenstehenden privaten Interessen weniger stark zu gewichten als etwa im Falle eines Familiennachzugbegehrens gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG oder gar bei einer Ausweisung (vgl. BGE 122 II 390 E. 3a).

**Nr. 34 Fremdenpolizei. Art. 4 ANAG. Beendigung der Übergangsregelung zur Einführung des Dreikreismodells. Das Dreikreismodell des Bundesrates verstösst nicht gegen übergeordnetes Recht (E. 6). Rechtsnatur der Weisungen des BIGA (neu: BWA) und BFA zur Beendigung der Übergangsregelung für Saisoniers und Kurzaufenthalter aus dem ehemaligen Jugoslawien (E. 9). Kriterium der Dauerbeschäftigung. Bemessungskriterien (E. 11). In zeitlicher Hinsicht ist die Übergangsfrist zur Einführung des Dreikreismodells verhältnismässig (E. 14).**

Obergericht, 19. Dezember 1997, OG V 97 70 (siehe Nr. 30)

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Seit den Bundesratsbeschlüssen vom 23. September und 16. Oktober 1991 zählt das Gebiet des ehemaligen Jugoslawien (Bosnien-Herzegowina, Kroatien, Mazedonien, Slowenien, Bundesrepublik Jugoslawien [Serbien und Montenegro]) nicht mehr zu den traditionellen Rekrutierungsgebieten im Sinne von Art. 8 BVO. Nach der alten Fassung von Art. 28 Abs. 1 BVO konnten Saisoniers - unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft - auf Gesuch hin eine Saison- in eine Jahresbewilligung umwandeln lassen, wenn die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 28 erfüllt waren. Seit dem 1. Januar 1995 können gemäss Art. 28 Abs. 1 BVO (neue Fassung) nur Angehörige der Staaten der EFTA und der EU von der Möglichkeit der Umwandlung der Saisonbewilligung profitieren. Für Angehörige der Staaten des ehemaligen Jugoslawien galt, dass sie die entsprechenden Umwandlungsvoraussetzungen bis spätestens 31. Dezember 1994 erfüllt haben mussten. Eine spätere ordentliche Umwandlung ist ausgeschlossen. Gemäss den Übergangsbestimmungen (Art. 58 BVO; AS 1995 S. 4872, 1994 S. 2310) konnten Saisoniers aus nicht-traditionellen Rekrutierungsgebieten letztmals im Kontingentsjahr 1995/96 Saisonbewilligungen erhalten, die längstens bis zum 31. Dezember 1996 gültig waren. Somit lief die Übergangsregelung für Saisoniers aus dem ehemaligen Jugoslawien Ende 1996 aus. Für die Frage der Umwandlung von Saisonbewilligungen wurde indessen keine Übergangsregelung durch den Bundesrat erlassen (BGE 122 II 117 E. 2a in fine). Das Bundesgericht schloss daraus, dass grundsätzlich alle Voraussetzungen einer Umwandlung bis zum 31. Dezember 1994 erfüllt sein mussten, was den durch das BIGA (neu ab 01.01.1998: Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit, BWA) und BFA gemeinsam erlassenen Weisungen entspricht. Ab dem 1. Januar 1995 können Saisoniers, die nicht den Staaten der EFTA und der EU angehören, nur dann umwandeln, wenn sie spätestens am 31. Dezember 1994 sämtliche Voraussetzungen erfüllt haben; ab dem 1. Januar 1995 sind sie

zwar nicht endgültig von Saisonarbeit, wohl aber von der Umwandlungsmöglichkeit ausgeschlossen. Dies gilt sowohl für die ordentliche Umwandlung nach Art. 28 Abs. 1 lit. a BVO als auch für den Härtefall gemäss Art. 28 Abs. 1 lit. b BVO (BGE 122 II 119 E. 2c).

4. Vorliegendes Prozessthema ist, ob dem Beschwerdeführer eine ausserordentliche arbeitsmarktliche Jahresaufenthaltsbewilligung (vgl. Art. 42 Abs. 1 BVO) erteilt werden kann. Die von der Vorinstanz abschlägig beurteilte Möglichkeit einer Härtefallbewilligung gestützt auf Art. 13 lit. f BVO wird nicht mehr gerügt.

5. Soweit die Vorinstanz neu geltend macht, das Pachtverhältnis der die Arbeitsstelle garantierenden Arbeitgeberin beim Hotel T. sei aufgelöst, ist dies nicht zu hören.

Im verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren sind neue Tatsachen und Beweismittel ohne Einschränkung zulässig (Art. 47 Abs. 2 VRPV; Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 16.02.1994 an den Landrat zur VRPV, S. 38). Im verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren können somit sowohl neue Tatsachen, die sich vor Erlass der angefochtenen Verfügung verwirklicht haben (unechte Noven), als auch Tatsachen geltend gemacht werden, die nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingetreten sind (echte Noven) (Art. 52 Abs. 2 VRPV). Im Unterschied hierzu sind im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren neue tatsächliche Behauptungen oder neue Beweismittel nur soweit zulässig, als dass sie mit dem Streitgegenstand zusammenhängen und durch die angefochtene Verfügung notwendig geworden sind (Art. 58 VRPV).

Letztes Erfordernis und die Tatsache, dass das Obergericht eine nachträgliche Verwaltungskontrolle durchführt, erhellen, dass vor Obergericht echte Noven grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind. Es ist mit anderen Worten für den Rechtsmittelentscheid die Sachlage massgebend, wie sie zur Zeit des Erlasses der vorinstanzlichen Verfügung bestand. Ob vorliegend aufgrund der zeitlich begrenzten Geltungsdauer der Übergangsregelung richtigerweise gar auf die tatsächlichen Verhältnisse zu einem früheren Zeitpunkt abzustellen wäre, kann offen bleiben. Eine Änderung des Sachverhalts, die nach dem Entscheid der Vorinstanz eingetreten ist, ist gegebenenfalls im Rahmen eines neuen Verfahrens vor den Vorinstanzen zu prüfen (vgl. Art. 26 f. VRPV; insbesondere Art. 27 Abs. 2) oder kann die Vorinstanz dazu bewegen, den angefochtenen Beschluss gestützt auf Art. 27 Abs. 2 VRPV zurückzunehmen. Auch kann man der Behörde nicht den Vorwurf machen, sie habe die Tatsachen unzureichend festgestellt, wenn sich diese erst nach ihrem Entscheid geändert haben (vgl. auch BGE 121 II 99 f. E. 1c = Pra 85/1996 S. 378).

6. Der Beschwerdeführer rügt, das neue Dreikreismodell des Bundesrates und die damit zusammenhängende Änderung von Art. 28 BVO verstosse gegen Art. 4 BV und sei völkerrechtswidrig. Sie verstosse gegen das Rassendiskriminierungsverbot.

Es ist zutreffend, dass durch die neue Fassung von Art. 28 Abs. 1 BVO in erster Linie für Saisoniers und Kurzaufenthalter aus dem ehemaligen jugoslawischen Raum insoweit eine besondere Situation entsteht, als dass inskünftig eine Umwandlung in eine Jahresaufenthaltsbewilligung nicht mehr verlangt werden kann und grundsätzlich auch keine Kurz- und Saisonaufenthaltsbewilligungen. Dieser besonderen Situation Rechnung tragend, hat der Bundesrat in obenerwähntem Sinne Übergangsbestimmungen geschaffen. Diese wurden durch das Bundesgericht explizit als völkerrechts- und verfassungskonform, nicht gegen das Rassendiskriminierungsverbot verstossend, erklärt (BGE 123 II 474 ff. E. 3, 4b, 122 II 117 ff. E. 2). Indessen hat sich das Bundesgericht, soweit erkennbar, bis heute nicht explizit zu den Weisungen betreffend die Möglichkeit einer ausserordentlichen Bewilligung nach Ablauf der Übergangsregelung geäussert. Da diese aber, wie aufzuzeigen ist, den Verfahrensbeteiligten mehr Rechte einräumen, sind sie in verfassungs- und völkerrechtsmässiger Hinsicht nicht zu beanstanden.

7. Soweit der Beschwerdeführer eine geltend gemachte restriktive Bewilligungspraxis des Kantons aus politischer Sicht rügt, ist vorab festzuhalten, dass das Obergericht vorliegend den angefochtenen Beschluss nur bezüglich Rechtsverletzungen prüfen kann (Art. 57 Abs. 1 VRPV). Die Angemessenheit des Beschlusses kann nicht überprüft werden. Angemessen ist die den Umständen angepasste Lösung im rechtlich nicht normierten Handlungsspielraum (BGE 118 Ib 324



E. 3c). Das Obergericht kann somit nicht prüfen, ob ein Entscheid zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen bzw. können.

8. Der Beschwerdeführer macht geltend, die kantonalen Behörden hätten in der Vergangenheit gegen Treu und Glauben verstossen, indem sie einerseits das Erreichen des Umwandlungsanspruches vereitelt hätten und andererseits vorliegend mit einer restriktiven Praxis die Erteilung der ausserordentlichen Aufenthaltsbewilligung zu vereiteln versuchen würden.

Wie weit dadurch gegen das Gebot des Handelns nach Treu und Glauben verstossen wird, vermag das Obergericht nicht zu erkennen. Insbesondere fehlt es am erforderlichen Vertrauensschutz (näheres zum Grundsatz von Treu und Glauben: BGE 116 Ib 187; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N 382 ff.).

Diese Rüge ist offenkundig unbegründet. Des Weiteren wird auf die Ausführungen unter E. 10 verwiesen.

9. Die gemeinsamen Weisungen des BIGA und BFA vom 21. Oktober 1994 bzw. 1. November 1995 und 26. Juni 1996 sehen zusätzlich eine ausserordentliche "Umwandlungs"-Möglichkeit vor. Danach kann ehemaligen Saisoniers und Kurzaufenthaltern aus Staaten des ehemaligen Jugoslawien in Abweichung von der allgemeinen Zulassungsregel ausserordentlich eine Jahresaufenthaltsbewilligung zulasten des kantonalen Kontingentes erteilt werden.

a) Es ist fraglich, ob die Bundesämter in Form von Weisungen überhaupt befugt sind, weder im Gesetz noch auf Verordnungsstufe vorgesehene, die Übergangsbestimmungen des Bundesrates ergänzende Zulassungsvoraussetzungen zu erlassen. Denn der Bundesrat regelte - wie bereits oben ausgeführt - in seinen Übergangsbestimmungen zur Einführung des Dreikreismodells lediglich, dass Saisoniers aus nicht-traditionellen Rekrutierungsgebieten, die die Umwandlungsvoraussetzungen nicht erfüllen, längstens bis zum 31. Dezember 1996 noch eine Saisonbewilligung erhalten dürfen (AS 1995 S. 4872, Art. 58; AS 1994 S. 2311) und das Bundesgericht hat festgestellt, dass mangels weiterer Regelung die Umwandlungsvoraussetzungen bis spätestens 31. Dezember 1994 erfüllt sein müssten. Eine ausserordentliche Erteilung von Jahresaufenthaltsbewilligungen bei Ablauf der Übergangsregelung ist nicht vorgesehen. Indessen sehen dies die Weisungen vor.

Somit steht entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht ohne weiteres fest, dass die Weisungen der Bundesämter, soweit sie die Möglichkeit einer ausserordentlichen Bewilligung umschreiben, rechtmässig sind.

b) Nach Art. 4 i.V.m. Art. 15 ANAG entscheidet die kantonale Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt oder Niederlassung. Wie bereits Peter Kottusch ausführte (Peter Kottusch, Das Ermessen der kantonalen Fremdenpolizei und seine Schranken, in: ZBI 91/1990 S. 151) steht es trotz Art. 25 Abs. 1 ANAG dem Bund nicht zu, mit Weisungen Bewilligungsvoraussetzungen aufzustellen und dadurch den kantonalen Entscheidungsspielraum einzuschränken. Solche Schranken bedürfen der Form eines Rechtssatzes zumindest auf der Stufe einer bundesrätlichen Verordnung (vgl. Robert Patry, Le problème des directives de l'Administration fédérale des contributions, in: ASA 59 S. 28; BGE 119 Ib 41 E. 3d). Immerhin können solche Weisungen dazu dienen, dass eine einheitliche und rechtsgleiche Praxis befolgt wird. Vom materiellen Gehalt her sind sie aber an den Rahmen gebunden, den ihnen das Gesetzes- oder Verordnungsrecht vorgibt (BGE 119 Ib 41 f. E. 3d).

c) Will man dennoch davon ausgehen, dass die durch die Bundesämter zusätzlich geschaffene Übergangsregelung betreffend die mögliche Erteilung einer ausserordentlichen Bewilligung als zulässige Rechtssetzung zu betrachten ist, sind die in den Weisungen aufgestellten Kriterien verbindlich. Darin verwendete unbestimmte Begriffe wären also unbestimmte Gesetzesbegriffe. Da derartige Umschreibungen auslegungsbedürftig sind, eröffnen sie der rechtsanwendenden Behörde eine Art "Tatbestandsermessen". Dies ist jedoch nicht zu verwechseln mit der Ermessensaus-

übung bei der Rechtsanwendung. Für die Ermessensausübung gelten andere Grundsätze als bei der Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen (zu deren Auslegungsmethodik: BGE 121 III 224 ff., 121 V 126 f.; zur weiteren Unterscheidung von Ermessen und unbestimmten Rechtsbegriffen: vgl. Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 192 ff.). Die Frage nach dem richtigen Verständnis eines unbestimmten Rechtsbegriffes ist eine Rechtsfrage. Eine falsche Interpretation hat eine Rechtsverletzung zur Folge. Das Obergericht hat die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen somit grundsätzlich frei zu überprüfen. Indessen ist das Obergericht bei der Würdigung spezieller Umstände nicht in allen Fragen gleichermaßen kompetent (z.B. besondere Fachkenntnisse) wie die Vorinstanz oder die verfügende Behörde. In diesen Fällen legt es sich Zurückhaltung auf (vgl. BGE 120 Ia 275, 119 Ib 265 und 40 f., 118 Ib 490, 117 Ib 117).

d) Betrachtet man dagegen die Weisungen nicht als Rechtssatz, sondern lediglich als Weisungen, die die kantonalen Behörden in ihrem Ermessensspielraum nicht einschränken, ist zu beachten, dass das KIGA Gesuche um eine ausserordentliche Bewilligung im Sinne der Weisungen zugelassen und nach erfolgter Rückweisung durch den Regierungsrat die in den Weisungen aufgestellten Kriterien für anwendbar betrachtet hat. Durch die zusätzlich geschaffene Möglichkeit einer ausserordentlichen Bewilligung werden den Betroffenen mehr Rechte eingeräumt, als dies der Gesetz- bzw. Ordnungsgeber getan hat. Somit besteht für den Fall, dass es für eine ausserordentliche Bewilligung an einer genügenden gesetzlichen Grundlage fehlen sollte, wegen der Vielzahl der beurteilten Gesuche ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Das bedeutet jedoch lediglich, dass ein Anspruch auf die Beurteilung eines rechtzeitig gestellten Gesuchs unter rechtsgleicher Anwendung der Ermessenskriterien besteht. Wie indessen die Behörde die in den Weisungen verwendeten Begriffe wie etwa "Dauerbeschäftigung" versteht, ist diesfalls nicht eine Rechtsfrage, denn diese stellen nicht Rechtsbegriffe im oben aufgezeigten Sinne dar, sondern sie sind Begriffe, die im Rahmen der Ermessensausübung verwendet werden. Hier steht es dem Obergericht nicht zu, den Begriff über seine Rechtmässigkeit als solches zu überprüfen, sondern lediglich, ob der Inhalt, der dem Begriff beigemessen wird, eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung zur Folge hat. Diesfalls befinden wir uns im Ermessensbereich.

e) Letztlich ist vorliegend nicht entscheidend, ob die in den Weisungen statuierte Möglichkeit einer ausserordentlichen Bewilligung auf einer genügenden Rechtsgrundlage beruht oder nicht, denn, wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist, selbst wenn der Weisung Rechtsetzungscharakter zugesprochen würde, das vorliegend strittige Kriterium der Dauerbeschäftigung durch die kantonalen Behörden in rechtlich nicht zu beanstandender Weise ausgelegt worden.

Nachfolgend wird daher der Einfachheit halber vom Rechtsetzungscharakter der Weisungen ausgegangen.

10. Gemäss den Weisungen müssen die Angehörigen von Nicht-EFTA- und Nicht-EU-Staaten während mindestens acht aufeinanderfolgenden Jahren in der Schweiz gearbeitet haben und eine dauerhafte Beschäftigung nachweisen können. Steht kein kantonales Kontingent mehr zur Verfügung, so kann beim BIGA die Freigabe zu Lasten des Bundeskontingentes beantragt werden. Ein entsprechendes Gesuch musste bis spätestens Ende 1996 gestellt worden sein (Weisungen vom 21. Oktober 1994, Ziff. 4, vom 1. November 1995, Ziff. 5, und vom 26. Juni 1996, Ziff. 10). Die dauerhafte Beschäftigung muss gesichert sein (Weisungen vom 21. Oktober 1994, Ziff. 4 und vom 1. November 1995, Ziff. 4).

Die Weisung vom 26. Juni 1996 spricht davon, dass die Jahresbewilligung erteilt werden kann (nicht muss), wenn die in der Weisung aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. In der Weisung vom 26. Juni 1996 empfehlen die Bundesbehörden ferner, dass die kantonalen Behörden die Erteilung dieser Bewilligung nicht an strengere Voraussetzungen knüpfen sollen. Dies ist lediglich als Empfehlungscharakter zu betrachten. Mit anderen Worten, selbst wenn neben dem Kriterium der Arbeitstätigkeit während acht aufeinanderfolgenden Jahren auch das Kriterium der Dauerbeschäftigung erfüllt ist, muss nicht ex lege eine Jahresaufenthaltsbewilligung erteilt werden. Obwohl der Rechtssatz sowohl auf der Tatbestands- als auch auf der Rechtsfolgeseite unbestimmt ist (sog. Koppelungsvorschrift), liegt in casu keine Ermessensschumpfung vor (zu den Begriffen Koppe-

lungsvorschrift und Ermessensschumpfung: Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 148, 154; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 303 f., 314). Denn das ANAG belässt den Entscheid letztlich den kantonalen Instanzen (Art. 4 ANAG; BGE 93 I 6 E. 3). Die Weisungen setzen demgemäss zwei objektive Voraussetzungen für die Erteilung der ausserordentlichen Bewilligung voraus. Erst wenn diese beiden Kriterien erfüllt sind, befindet sich die kantonale Behörde im in Art. 4 ANAG statuierten Ermessensspielraum. Denn damit überhaupt ein Ermessensentscheid getroffen werden kann, muss das Recht vorerst Ermessensspielräume geschaffen haben. Nur wo Ermessen rechtlich überhaupt besteht, kann eine gerichtliche Überprüfung daraufhin stattfinden (BGE 118 Ib 324 E. 4c) und erst darin ist entscheidend, dass bei der Ermessensausübung die allgemeinen Rechtsgrundsätze beachtet werden.

11. Vorliegend ist strittig, ob das Kriterium der Dauerbeschäftigung erfüllt ist. Der Beschwerdeführer macht sinngemäss geltend, die Vorinstanz verneine in willkürlicher Weise das Vorliegen der Dauerbeschäftigung. Die Vorinstanz ginge in willkürlicher Weise von einer klar saisonalen Tätigkeit des Beschwerdeführers aus. Die kantonalen Behörden würden gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstossen, wenn sie als Beurteilungskriterium die Frage prüfen würden, ob der gesuchstellende Arbeitnehmer bei einem Saisonbetrieb arbeiten würde.

a) Wie weit sich die kantonalen Behörden widersprüchlich verhalten haben sollen, vermag das Obergericht nicht zu erkennen. Vorliegend geht es einzig um die Frage, ob die Voraussetzungen für die ausserordentliche Aufenthaltsbewilligung erfüllt sind. Wenn der Beschwerdeführer zur Begründung dieser Rüge ausführt, Betriebe ohne saisonalen Charakter oder mit nicht klarem bzw. ausgesprochenem Saisoncharakter seien gegenüber Betrieben mit klar saisonalem Charakter bevorzugt, ist hinzuweisen, dass Zweck der ausserordentlichen Aufenthaltsbewilligung primär ist, dem Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung in der Schweiz zu ermöglichen. Sowohl Arbeitnehmer wie Arbeitgeber haben in der Regel ausreichend Zeit gehabt, aufgrund des neu eingeführten Dreikreismodells durch den Bundesrat die notwendigen Dispositionen zu treffen. Das ehemalige Jugoslawien wurde bereits im Jahre 1991 in den Kreis der nicht-traditionellen Rekrutierungsgebiete aufgenommen. Die Übergangsregelung wurde Ende 1994 letztmals um zwei weitere Jahre verlängert. Es standen somit rund fünf Jahre zur Verfügung um die entsprechenden Dispositionen zu treffen. Aufgrund der Arbeit des Beschwerdeführers kann auch nicht argumentiert werden, die Einschulung eines Nachfolgers hätte mehr als diese fünf Jahre in Anspruch genommen. Zudem beruht die Differenzierung auf sachlich vertretbaren Gründen (vgl. E. 11d).

b) Der Begriff der Dauerbeschäftigung ist unbestimmt. Da vorliegend der verfügenden Behörde besondere Fachkenntnisse zu attestieren sind, ist ihr ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Auslegung des Begriffes "Dauerbeschäftigung" einzuräumen (vgl. BGE 120 Ia 275, 119 Ib 265 und 40 f., 118 Ib 490, 117 Ib 117), mithin legt sich das Obergericht als richterliche Behörde Zurückhaltung auf. Einer vertretbaren Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes ist die Anerkennung nicht zu versagen (vgl. BGE 108 Ib 203, 96 I 373). Die kantonalen Behörden ziehen als Beurteilungskriterium, ob eine dauerhafte Beschäftigung vorliegt, die in den Weisungen formulierten Kriterien bei. Dies ist nicht zu beanstanden. Insbesondere weil dies eine rechtsgleiche Behandlung der Gesuche um die Ausnahmegewilligung gewährleistet.

c) Gemäss der Weisung vom 26. Juni 1996 gilt als eine dauerhafte Beschäftigung eine grundsätzlich ganzjährige Tätigkeit, die weder klar saisonalen Charakter aufweist noch auf einem zeitlich bzw. saisonal begrenzten Arbeitsvertrag beruht. Eine Ganzjahresbewilligung kann jedoch erst dann erteilt werden, wenn nach der Gesamtbeurteilung der Arbeitsmarktbehörde die Weiterbeschäftigung im Betrieb (Auftragslage, mittelfristige Beschäftigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers, Tätigkeitsbereich, bisherige Beschäftigungslage, Auftragsentwicklung etc.) bei einem einzigen Arbeitgeber auf Dauer bzw. mindestens auf absehbare Zeit gefestigt erscheint. Entsprechend mussten gemäss Weisung vom 1. November 1995 mit dem Gesuch ein unbefristeter Arbeitsvertrag und Unterlagen zur Beurteilung der wirtschaftlichen Situation des Betriebes beigebracht werden. Die kantonale Arbeitsmarktbehörde hat eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen. Daher ist die Aufzählung in den Weisungen, wie der Begriff der Dauerbeschäftigung auszulegen ist, lediglich exemplarisch und nicht abschliessend. Die kantonale Behörde darf weitere Kriterien zur näheren Konkretisierung aufstellen. Indessen dürfen diese nicht sinn- und sachfremd sein.

d) Bezüglich der Frage, ob die Tätigkeit einen klar saisonalen Charakter aufweist, prüften die kantonalen Behörden zunächst, ob die Tätigkeit in einem Saisonbetrieb ausgeführt werden soll. Dabei wurde in einem weiteren Schritt zwischen Betrieben mit klar saisonalem Charakter und den weiteren Saisonbetrieben unterschieden. Bezüglich der Qualifizierung eines Betriebes zu einem Saisonbetrieb stellten die vom BIGA im November 1990 erlassenen "Weisungen und Erläuterungen zur BVO betreffend die Saisonniers" Grundlage dar. Danach gilt ein Betrieb des Gastgewerbes als Saisonbetrieb, wenn er bloss während bestimmten Zeiten des Jahres oder das ganze Jahr geöffnet ist, aber eine oder mehrere deutliche jahreszeitliche Beschäftigungsspitzen aufweist. Dieser Ansatz erscheint als zulässig. Denn bei einer Tätigkeit in einem Saisonbetrieb ist immanent, dass nicht sämtliche Angestellten ganzjährig beschäftigt sind. Mithin ist die Daueranstellung nicht im gleichen Ausmass (in von vornherein erkennbarer Weise) gesichert, wie in einem Betrieb, welcher grundsätzlich nur Ganzjahresangestellte hat. Die weitere Differenzierung zwischen Saisonbetrieb und Betrieb mit klar saisonalem Charakter scheint darüber hinaus auch als zulässig. Die Weisung vom 21. Oktober 1994 verlangt eine qualifizierte Form der Dauerbeschäftigung. Es bedarf einer gesicherten Dauerbeschäftigung. Je typischer ein Betrieb saisonalen Charakter hat, je geringer dürfte in der Regel Gewähr für eine Dauerbeschäftigung gegeben sein. In einem Betrieb, der nur geringe saisonale Schwankungen hat, mithin wenig bis keine Saisonniers, aber dafür eine entsprechend grosse Anzahl von Dauerbeschäftigten, besteht eher die Gewähr einer dauerhaften Beschäftigung. Damit ist aber auch ausgesagt, dass die Beschäftigung nicht bereits beim nächsten kleineren wirtschaftlichen Einbruch (Umsatz, Gewinnmarge, etc.) gefährdet bzw. nicht mehr gewährleistet sein darf. Wenn nun ein Arbeitgeber einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern eine dauerhafte Beschäftigung garantiert, diese Anzahl aber mit der angesuchten Umwandlungsbewilligung gerade ausschöpfen würde, ist zu beachten, dass gerade bei den Unternehmen, die aus einer Rezession durchlaufenden Branche mit klar saisonalem Charakter stammen, die Dauerstelle in der Regel nur beschränkt gesichert ist. Zu berücksichtigen gilt es sodenn die weiteren Beurteilungskriterien.

e) Auch scheint vertretbar, dass durch das KIGA als ein weiteres Entscheidkriterium die Anzahl der Dauerbeschäftigten bzw. der Personalbestand im Betrieb herangezogen wird. So kann etwa ein grösseres Unternehmen mit vielen Angestellten einen vorübergehenden Überbestand an Dauerbeschäftigten eher verkraften, als ein kleines Unternehmen, welches nur wenige Angestellte hat. Bildlich gesprochen bedeutet dies, dass bei einem Unternehmen, bei dem hundert Vollzeitangestellte arbeiten, zwei zusätzliche Arbeitsstellen bei der Firma weniger ins Gewicht fallen, als bei einem Betrieb, der lediglich zehn Vollzeitangestellte hat. Sodenn wird in grösseren Unternehmen durch natürliche Fluktuation ein vorübergehender Überbestand eher ausgeglichen werden können. Ebenso dürfte der Differenzierung zwischen Saisonbetrieben mit grossem Bestand an Ganzjahrespersonal und entsprechendem Umsatz und Betrieben mit wenig Ganzjahresangestellten die Überlegung zugrunde liegen, dass es nicht Zweck der Weisungen sein kann, die Jahresbewilligungen zulasten anderer (bisher) ganzjährig Angestellten zu erteilen. Dies entspricht Art. 7 BVO, der den Vorrang der inländischen Arbeitnehmer statuiert. Dabei ist unerheblich, in welchem Zeitmodell (Teilzeit oder Vollzeit) der Arbeitnehmer arbeitet bzw. arbeiten soll. Als inländische Arbeitnehmer gelten neben den Schweizern auch Ausländer mit Niederlassungsbewilligung. Unter diesem Blickwinkel ist die vorinstanzliche Feststellung, die Ausführungen im Entscheid des KIGA, es sei nicht der Sinn der Weisungen, Umwandlungen von Saisonniers in Jahresaufenthalter auf Kosten anderer Dauerbeschäftigten zu bewilligen, erscheine vertretbar, zu verstehen. Hier ist insoweit zu konkretisieren, dass in jenen Fällen, in denen ein Ausländer mit Saisonbewilligung oder L-Bewilligung aus Ex-Jugoslawien seit Beginn der Aktion Bosnien-Herzegowina (21. April 1993) jeweils über das ganze Jahr angestellt war, somit de facto wie in einem Daueranstellungsverhältnis arbeitete, dieser durch die Umwandlung nicht ohne weiteres einem Dritten eine Stelle streitig machen dürfte, besteht doch die Stelle de facto schon seit mehreren Jahren. Vorbehalten sind in diesen Fällen selbstredend andere Faktoren, die die Stelle nicht als gesichert erscheinen lassen, wie etwa die Wirtschaftslage einzelner Branchen allgemein und des Unternehmens in concreto, so dass in naher Zukunft mit einem Stellenabbau oder Kurzarbeit zu rechnen ist.

f) Auch scheinen die von den kantonalen Behörden zugezogenen Kriterien der Lohnsumme sowie des Umsatzes als geeignete Kriterien, um das unterschiedliche Ausmass des saisonalen Charakters eines Betriebes beurteilen zu können. Wie bereits ausgeführt, steht indessen immer im Vordergrund, ob eine Dauerbeschäftigung garantiert werden kann. Das Kriterium des saisonalen Charakters ist dabei nicht das Einzige, das es zu beachten gilt.

g) Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei in den letzten fünf Jahren (Aktion Bosnien-Herzegowina) während zwölf Monaten angestellt gewesen. Er gehöre zum eigentlichen Stammpersonal. Dem hält die Vorinstanz im Entscheid entgegen, dass lediglich für acht bis zehn Arbeitnehmer von 32 bzw. 33 vollzeitbeschäftigten Angestellten während der Sommersaison eine dauerhafte Beschäftigung durch die Arbeitgeberin garantiert werden könne. Dass es nicht Sinn der Weisungen sei, Umwandlungen von Saisoniers in Jahresaufenthalter auf Kosten anderer Dauerbeschäftigten zu bewilligen.

Die Arbeitgeberin kann gemäss Erhebungsbogen für acht bis zehn Arbeitnehmer eine dauerhafte Beschäftigung garantieren. Im Jahre 1995 waren während dem ganzen Jahr fünf Schweizer sowie fünf Ausländer mit L-Ausweis angestellt. Im Jahr 1996 waren es fünf Schweizer und vier Ausländer mit L-Ausweis. Ausgehend vom Ist-Bestand des Jahres 1996 (neun Ganzjahresangestellte) kann somit lediglich festgehalten werden, dass nicht für alle vier Ausländer mit dem L-Ausweis eine gesicherte Dauerstelle garantiert werden kann. Wie sich aus der Stellungnahme der Hotel T., die durch die Vorinstanz unwidersprochen geblieben ist, ergibt, hat die Hotel T. für drei Personen ein Gesuch um Umwandlung in eine ausserordentliche Jahresaufenthaltsbewilligung eingereicht. Von diesen drei Personen wurde für zwei Personen die Umwandlung genehmigt. Strittig ist vorliegend das Gesuch der dritten Person. Diese würde die achte und letzte minimal von der Arbeitgeberin garantierte Dauerarbeitsstelle besetzen. Es wird auf E. 11d und e verwiesen. Unter Berücksichtigung der oben ausgeführten Beurteilungskriterien erachtet das Obergericht den Beschluss der Vorinstanz, obwohl der Beschwerdeführer während der letzten fünf Jahre offenbar über das ganze Jahr angestellt war, als gerade noch vertretbar. Insbesondere weil selbst wenn das Kriterium der Dauerbeschäftigung als ausgewiesen zu betrachten wäre, der kantonalen Arbeitsmarktbehörde ein Ermessen verbleibt, ob sie die ausserordentliche Jahresaufenthaltsbewilligung erteilen will und die kantonale Arbeitsmarktbehörde eine eher restriktive Bewilligungspraxis handhabte.

Gesamthaft ist festzustellen, dass die kantonalen Behörden das Kriterium der gesicherten Dauerbeschäftigung in rechtlich nicht zu beanstandender Weise als nicht erfüllt betrachtet haben.

12. Der Beschwerdeführer rügt, die BVO sei (als Rechtsinstitut) rechtsmissbräuchlich verwendet worden, in dem auf Kosten einer bestimmten Bevölkerungsgruppe (Ex-Jugoslawen) eine kantonale Ausländerpolitik betrieben würde. Im Sinne der in Art. 1 lit. b BVO geforderten Eingliederungsmassnahmen für ausländische Arbeitnehmer, welche schon jahrelang einer Arbeit in der Schweiz nachgehen würden, sei die ausserordentliche Bewilligung zu erteilen.

Vorab ist festzuhalten, dass vorliegend anwendbare Übergangsbestimmungen speziell für Personen, die aus Ex-Jugoslawien stammen, aufgestellt worden sind, mithin ihnen eine gegenüber anderen Ausländern, die ebenfalls aus einem Land stammen, das zum äusseren Kreis des Dreikreismodells zuzurechnen ist, bevorzugte Stellung eingeräumt wird. Sodenn liegt es primär bei der kantonalen Arbeitsmarktbehörde, die kantonale Arbeitsmarktpolitik zu definieren (E. 7).

Der Vollständigkeit halber ist hinzuweisen, dass Art. 1 lit. b BVO zwar auch, wie der Beschwerdeführer ausführt, die Förderung der Eingliederung von Ausländern als Ziel der BVO statuiert. Indessen dient das Fremdenpolizeirecht vorab der Abwehr der Überfremdung (Art. 1 lit. a BVO) und der Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur und einer möglichst ausgeglichenen Beschäftigung (Beschäftigungspolitik; Art. 1 lit. c BVO; vgl. BGE 93 I 7 E. 3a). Mit anderen Worten hat die BVO mehrere Zielrichtungen, wovon die Förderung der Eingliederung von Ausländern eher als ein Nebenzweck zu bezeichnen ist. Die Ausländerpolitik ist und war im Kern immer primär Arbeitsmarkt- und damit Wirtschaftspolitik. So hat auch die BVO primär arbeitsmarktpolitische Ziele (vgl. systematische Einordnung der BVO in der systematischen Sammlung nicht etwa unter

"Staat" sondern unter "Nr. 823 Arbeitsmarkt und Arbeitsbeschaffung" sowie den Titel: Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer).

Daraus ist auch erstellt, dass die Rüge, die kantonalen Behörden würden die Weisungen BVO-widrig auslegen, unbegründet ist.

13. ...

14. Wie bereits dargetan, beschränkt sich die Kognitionsbefugnis des Obergerichtes auf Rechtsfragen. Das Obergericht kann insbesondere nicht prüfen, ob ein Entscheid zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen bzw. können (E. 7).

Die Behörde hat indessen dort, wo ihr ein Beurteilungs- und/oder Ermessensspielraum eingeräumt wird, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen (vgl. BGE 98 Ib 90 E. 3, 93 I 10 E. 4, 96 I 242; AGVE 1991 S. 467; Peter Kottusch, a.a.O., S. 172; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. Aufl., Basel 1986, Nr. 58 B III in fine). Die durch den Rechtssatz vorgesehene oder durch die Verfügung angeordnete Verwaltungsmaßnahme muss im Einzelfall das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein (BGE 91 I 464).

a) Im Rahmen der Rechtskontrolle kann das Obergericht frei prüfen, ob das öffentliche Interesse an der Verweigerung der fremdenpolizeilichen Bewilligung das entgegenstehende private Interesse des Ausländers an der Erteilung der Bewilligung überwiegt. Dem steht nicht entgegen, dass das Obergericht gemäss Art. 57 Abs. 4 VRPV nicht prüfen kann, ob der angefochtene Entscheid angemessen sei. Angemessenheit im Sinne dieser Bestimmung bedeutet nicht Verhältnismässigkeit, sondern Zweckmässigkeit (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 316). Für die obergerichtliche Kognition gilt somit in Fällen, wo Normen anzuwenden sind, welche eine Interessenabwägung erfordern, dass die Verhältnismässigkeit der angefochtenen Massnahme frei geprüft wird, der Behörde jedoch insofern ein Beurteilungs- und/oder Ermessensspielraum zu belassen ist, als es um die Zweckmässigkeit geht (Opportunität; vgl. betreffend Art. 104 lit. c OG BGE 116 Ib 356 f. E. 2b).

b) Der Bundesrat bezweckt mit dem sogenannten Dreikreismodell, die Zulassungspolitik gegenüber Angehörigen der EFTA und EU zu liberalisieren, gegenüber gewissen anderen Staaten (Vereinigte Staaten von Amerika, Kanada usw.) eine begrenzte Rekrutierung beizubehalten, im Übrigen aber Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen nur mehr in Ausnahmefällen zu erteilen. Die BVO bezweckt primär eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und dem der ausländischen Wohnbevölkerung (vgl. Art. 1 lit. a und b BVO). Wie bereits ausgeführt (E. 12) ist und war die Ausländerpolitik im Kern immer primär Arbeitsmarkt- und damit Wirtschaftspolitik. Dies zeigt allein schon die Tatsache, dass die vorliegend zur Anwendung kommende BVO klare arbeitsmarktpolitische Ziele hat. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer haben ausreichend Zeit gehabt, aufgrund des neu eingeführten Dreikreismodells durch den Bundesrat die notwendigen Dispositionen zu treffen. Das ehemalige Jugoslawien wurde bereits im Jahre 1991 in den Kreis der nicht-traditionellen Rekrutierungsgebiete aufgenommen. Die Übergangsregelung wurde Ende 1994 letztmals um zwei weitere Jahre verlängert. Es standen somit rund fünf Jahre zur Verfügung um die entsprechenden Dispositionen zu treffen (vgl. schon E. 11a). Soweit die Einführung des Dreikreismodells trotz der mehrjährigen Übergangsfrist im Einzelfall eine aussergewöhnliche Härte mit sich bringt, kann diese durch eine von der kantonalen Fremdenpolizeibehörde zu erteilende Aufenthaltsbewilligung (sog. Härtefallbewilligung) aufgefangen werden. Vorliegend ist dies nicht mehr Gegenstand des Verfahrens (E. 4). Die Bestimmungen verstossen daher nicht gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip.

Unter Berücksichtigung der Ausführungen zur Frage, ob in casu eine gesicherte Dauerbeschäftigung nachgewiesen ist, ist daher nicht erkennbar, wie weit der angefochtene Beschluss das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt haben soll.

**Nr. 35 Fremdenpolizei. Art. 13 lit. f BVO. Härtefall. Abgrenzung zum Asylrecht (E. 13b) und zu Art. 28 Abs. 1 lit. b BVO (E. 13c). Beurteilungskriterien, insbesondere bei Kindern (E. 13d-g), unter Berücksichtigung der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Untersuchungspflicht der Verwaltungsbehörde (E. 13h).**

Obergericht, 4. März 1998, OG V 97 107

#### **Aus den Erwägungen:**

13. Bezüglich der Verneinung des Vorliegens eines Härtefalles im Sinne von Art. 13 lit. f BVO rügt der Beschwerdeführer... Sinngemäss macht er geltend, der Begriff "Härtefall" sei durch die Vorinstanz unzutreffend ausgelegt worden. Insbesondere sei die Situation der Kinder zu wenig beachtet worden.

a) Nach Art. 13 lit. f BVO sind Ausländer von den Höchstzahlen ausgenommen, wenn ein schwerwiegender persönlicher Härtefall oder staatspolitische Gründe vorliegen. Bei der Figur des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles handelt es sich um einen Rechtsbegriff, dessen Anwendung das Obergericht frei überprüft. Den Behörden kommt insofern kein Ermessen zu (BGE 119 Ib 40 E. 3b, 117 Ib 321 E. 4a). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, rechtfertigt sich für die Gerichte eine Zurückhaltung nicht, soweit es darum geht, die begrifflichen Grenzen des Härtefalles festzulegen. In Frage kommt eine gewisse Zurückhaltung nur allenfalls bei der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse, soweit Umstände massgeblich sind, hinsichtlich derer die Verwaltungsbehörden über einen besseren Gesamtüberblick und damit über eine grössere Vergleichsbasis verfügen als das Obergericht, dem ja nur einzelne Fälle zum Entscheid vorgelegt werden. Soweit über die Ausnahme von den Höchstzahlen aus staatspolitischen Gründen zu befinden ist, haben sich die Gerichte indessen grosse Zurückhaltung aufzuerlegen (BGE 119 Ib 40 f. E. 3b). Vorliegend ist lediglich die Figur des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles strittig.

b) Die Begrenzungsmassnahmen bezwecken in erster Linie ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und dem der ausländischen Wohnbevölkerung und sind auf eine Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur und auf eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung ausgerichtet (vgl. Art. 1 lit. a und c BVO). Die Ausnahme von der zahlenmässigen Beschränkung nach Art. 13 lit. f BVO hat zum Ziel, die Anwesenheit in der Schweiz solchen Ausländern erleichtert zu ermöglichen, die an sich den Höchstzahlen zu unterstellen wären, bei denen sich dies jedoch infolge der besonderen Umstände ihres Falles als übermässige Härte auswirken würde oder dies staatspolitisch unerwünscht wäre (vgl. BGE 119 Ib 41 E. 3c, 117 Ib 321 E. 4b). Da es sich bei Art. 13 lit. f BVO um eine Ausnahmenorm handelt, muss bei der Anwendung der Bestimmung gewährleistet bleiben, dass eine Befreiung von den Höchstzahlen nicht zum Normalfall wird, sondern eben eine Ausnahme bleibt. Auch ergibt sich aus dem Verordnungstext, dass die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalles grundsätzlich restriktiv zu handhaben sind (BGE 117 Ib 322 E. 4b). Für die Frage des Härtefalles sind ausschliesslich humanitäre Gesichtspunkte wesentlich, die nicht auf staatlicher Verfolgung beruhen. Denn die Härtefallregelung der Begrenzungsverordnung dient nicht dazu, Aufenthalt in der Schweiz zwecks Schutz vor kriegerischen Ereignissen und staatlichen Übergriffen oder ähnlichen Eingriffen in die persönliche Freiheit zu gewähren. Dafür steht einerseits das Asylverfahren zur Verfügung, andererseits können solche Umstände für die Vollziehbarkeit einer verfügten Wegweisung (vgl. Art. 14a Abs. 4 ANAG sowie BBI 1990 II 668 f.) massgeblich sein (vgl. BGE 123 II 128 E. 3, 119 Ib 43 E. 4b). Indessen können allenfalls besondere Erschwernisse im Heimatland bei der Würdigung der persönlichen, familiären und ökonomischen Verhältnisse des Ausländers mitberücksichtigt werden. Individuelle Benachteiligungen oder solche von nationalen oder ethnischen Minderheiten kommen dafür allerdings nur insoweit in Frage, als sie nicht auf staatlicher Verfolgung beruhen (a.a.O.).

c) Soweit der Beschwerdeführer ausführt, Art. 13 lit. f BVO entspräche Art. 28 Abs. 1 lit. b BVO ist dies unzutreffend. Für die Annahme eines Härtefalles nach Art. 28 Abs. 1 lit. b BVO, der heute nur noch für Saisoniers aus EU- und EFTA-Staaten Anwendung findet, sind mindestens zwölf Saisons à nahezu neun Monate erforderlich. Die Anforderungen an den Härtefall nach Art.

13 lit. f BVO sind nach Bundesgericht strenger (vgl. BGE 117 Ib 317 ff.; unveröffentlichter BGE vom 15.1.1996 i.Sa. G.).

d) Der Beschwerdeführer begründet das Vorliegen eines Härtefalles in erster Linie mit der Anwesenheitsdauer und dem Alter sowie der Integration insbesondere des älteren Kindes. Dabei beruft sich der Beschwerdeführer auf BGE 123 II 125 ff.

e) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt der massgebliche Härtefall voraus, dass sich der betreffende Ausländer in einer persönlichen Notlage befindet. Das bedeutet, dass seine Lebens- und Daseinsbedingungen gemessen am durchschnittlichen Schicksal von Ausländern in gesteigertem Masse in Frage gestellt sein müssen bzw. die Verweigerung von der Ausnahme der zahlenmässigen Begrenzung für den Betroffenen schwere Nachteile zur Folge hätte. Bei der Beurteilung des Härtefalles sind alle Gesichtspunkte und Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen (BGE 117 Ib 322 E. 4b). Beim Vergleich mit dem Schicksal anderer Ausländer ist zu beachten, dass allfällige vom Gesetz vorgegebene Besonderheiten in der rechtlichen Stellung einer Ausländerkategorie zwar allenfalls mitberücksichtigt werden können, aber nicht bereits für sich eine massgebliche Härte begründen (BGE 119 Ib 38 ff. E. 2c und 4c). Ein Härtefall setzt nicht zwingend voraus, dass sich der Ausländer je hier aufgehalten hat, sofern sich eine Anwesenheit in der Schweiz als unabdingbar zur Vermeidung einer bedrohlichen Notlage entpuppt. Andererseits genügt die bisherige oder eine frühere Anwesenheit für sich allein nicht zur Annahme eines Härtefalles. Wenn der Ausländer allerdings eine besonders enge Beziehung zur Schweiz hat, z.B. weil er während längerer Zeit mit Anwesenheitsrecht hier lebte und gut integriert ist, kann dies die Anforderung an die Dringlichkeit der Notlage verringern, sofern gerade auch darin eine Härte zu sehen ist, dass er seine Beziehung zur Schweiz nicht oder nicht mehr hier leben kann (BGE 119 Ib 43 f. E. 4c; 117 Ib 322 f. E. 4b). Dies ist auch daran zu messen, wie weit es dem Ausländer zumutbar ist, sich in einem anderen Land, namentlich in seiner Heimat, aufzuhalten bzw. sich dorthin zu begeben.

f) Der Beschwerdeführer ist verheiratet und hat zwei Kinder im Alter von 7 bzw. 11 Jahren. Betrachtet man den Beschwerdeführer und seine Ehegattin isoliert, ist für das Obergericht kein Härtefall zu erkennen. Auch unter Berücksichtigung ihrer Anwesenheitsdauer sowie ihrer Herkunft ist davon auszugehen, dass eine Rückreise ins Heimatland, auch wenn mit gewissen vorab wirtschaftlichen und persönlichen Schwierigkeiten verbunden, nicht unzumutbar ist. Denn dem Beschwerdeführer und seiner Ehegattin wird, gemessen am Schicksal der übrigen Ausländer aus dem ehemaligen Jugoslawien (insbesondere jener aus Bosnien-Herzegowina), isoliert betrachtet nicht eine ausserordentliche Härte erwachsen (vgl. auch Merkblatt des Bundesamtes für Ausländerfragen und des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit [neu: Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit] vom 6. November 1996; darin erachten diese Bundesbehörden eine Tätigkeit als Saisonier von bis zu zwölf Saisons für die Annahme eines Härtefalles nach Art. 13 lit. f BVO allein kaum als genügend. Vorliegend sind es zwölf Saisons).

g) Indessen befinden sich neben dem Beschwerdeführer und seiner Ehegattin ihre zwei Kinder in der Schweiz. Diese sind im Alter von 2 bzw. 6 Jahren in die Schweiz eingereist. Sie sind 7 bzw. 11 Jahre alt. Das jüngere Kind dürfte die 1., das ältere die 5. Primarschulklasse besuchen. Mit anderen Worten hat das ältere Kind die gesamte bisherige schulische Ausbildung in der Schweiz genossen.

aa) Gemäss BGE 123 II 129 E. 4a dürfen die einzelnen Familienmitglieder nicht isoliert betrachtet werden, die Familie ist als Gesamtes zu betrachten, das einzelne Familienmitglied im Kontext der Familie. Es wäre schwierig, den Härtefall z.B. einzig für die Eltern oder die Kinder zu bejahen. Auch sind die Probleme der Kinder ein gewichtiger Punkt bei der Beurteilung der Familiensituation, jedoch nicht das einzige Kriterium. Es ist mit anderen Worten eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

bb) Im erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht unter Beizug einer Reihe unveröffentlichter Entscheide erstmals Beurteilungskriterien aufgestellt, die es bezüglich der Kinder zu beachten gilt. Es sind das Alter der Kinder, als sie in die Schweiz kamen, ihr Alter zum Zeitpunkt, an dem sie



die Schweiz verlassen müssten, die Dauer und der Erfolg in der Schule, der Fortschritt in einer beruflichen Ausbildung, die Möglichkeit der Fortsetzung der Ausbildung sowie die Perspektiven, die in der Schweiz erworbenen Fertigkeiten auch im Ausland auszuüben, zu berücksichtigen. Gemäss Bundesgericht sind Kinder im jungen Alter (bis 4/5 Jahre) generell noch stark an die Eltern gebunden. Es ist daher regelmässig davon auszugehen, dass eine Integration im Heimatland ohne weiteres möglich ist. Denn in dieser Lebensperiode (Vorschulalter, Kindergarten) hat noch keine irreversible Integration in der Schweiz stattgefunden. Handelt es sich um ein Kind, welches bereits eingeschult ist und sich autonom (losgelöst von den Eltern) in den Lebensalltag der Schweiz zu integrieren begann, kann demgegenüber die erzwungene Rückkehr eine wirkliche Entwurzelung mit sich bringen, dies muss aber nicht sein. Dies ist vor allem von seinem Alter, seinen Bemühungen, sich in die Schweiz zu integrieren, der Stufe und dem Erfolg des Schulbesuches sowie den existierenden sozioökonomischen Unterschieden zwischen der Schweiz und dem Land, in welches es weggewiesen werden könnte, abhängig.

cc) Das Bundesgericht hat den Härtefall in zwei Fällen verneint, in denen das Kind zum massgeblichen Zeitpunkt jeweils 9 Jahre alt war und die 2. bzw. 3. Primarschulklasse besuchte. Beide Kinder waren 4 Jahre jung bei der Einreise. Bei zwei Geschwistern, welche 14 bzw. 16 Jahre alt waren und die die Aufnahme- und Entwicklungsklassen besuchten sowie 10 bzw. 13 Jahre jung bei der Einreise waren, erachtete das Bundesgericht den Härtefall ebenso wenig als gegeben. Ein Härtefall wurde auch verneint bei drei Geschwistern, welche zwischen 7 und 9 <sup>2</sup>/<sub>3</sub> Jahre jung waren und zwei die 1. und eines die 4. Primarschulklasse besuchten. Diese Kinder waren bei der Einreise zwischen 1 und 3 Jahre jung.

Indessen hielt das Bundesgericht bei einer Familie mit 3 Geschwistern zwischen 14 und 17 Jahren fest, dass diese seit vier Jahren in der Schule gut integriert waren. Die Kinder waren zwischen 9 und 12 Jahre jung bei der Einreise. Das Vorliegen des Härtefalles wurde bejaht. Bei einer 21-jährigen Frau, die 15 Jahre jung bei der Einreise war, bejahte das Bundesgericht den Härtefall ebenso. Der Härtefall wurde auch bei einem 16-jährigen Sohn bejaht, der die 9. Primarschulklasse besuchte und 12 Jahre jung bei der Einreise war. Dabei hielt das Bundesgericht fest, dass die Eltern ausserordentlich gut in der Schweiz integriert waren. Bei einem 12-jährigen Kind, welches bei der Einreise 8 Jahre jung war, bejahte das Bundesgericht den Härtefall, weil das Kind sehr gut in die Schule integriert war. Es wurde dabei festgestellt, dass sich das Kind nur noch mit Schwierigkeiten in den Schulalltag im Heimatland integrieren könnte.

h) Aufgrund des Dargelegten ist die Rückreise für das jüngere Kind (heute 7-jährig) als zumutbar zu betrachten. Das ältere Kind ist 11 Jahre jung und mit 6 Jahren in die Schweiz eingereist. Es befindet sich zum jetzigen Zeitpunkt wohl in der 5. Primarschulklasse. Den gesamten bisherigen obligatorischen Schulunterricht hat es in der Schweiz absolviert. Vergleicht man das Alter des Kindes zum Zeitpunkt der Einreise sowie das aktuelle Alter, die Dauer des Besuchs des obligatorischen Schulunterrichtes mit den vom Bundesgericht zitierten Fällen, bei denen das Vorliegen eines Härtefalles verneint oder bejaht wurde, ist vorliegend insoweit von einem Grenzfall auszugehen, als dass weitere Abklärungen im oben aufgezeigten Sinn erforderlich sind. Denn das Bundesgericht hat in den von ihm in BGE 123 II 125 ff. zitierten Fällen bei denen das Kind bis zu 10 Jahre jung war, und maximal die 4. Primarschulklasse besuchte, den Härtefall jeweils verneint, indessen hat es in einem Fall, in dem das Kind 12 Jahre jung zum möglichen Ausreisezeitpunkt war und 8 Jahre bei der Einreise, den Härtefall aufgrund der konkreten Umstände bejaht. Auf der anderen Seite wurde für zwei Geschwister, welche 14 bzw. 16 Jahre alt waren und die die Aufnahme- und Entwicklungsklassen besuchten sowie 10 bzw. 13 Jahre jung bei der Einreise waren, der Härtefall verneint.

Die Vorinstanz hat den Härtefall nach Art. 13 lit. f BVO geprüft. Indessen hat sie sich bei der Beurteilung des Härtefalles betreffend die Kinder darauf beschränkt, das aktuelle Alter sowie jenes bei der Einreise festzuhalten. Unter Berücksichtigung des oben Ausgeführten hätte die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung der gesamten familiären Situation, vor allem jene des älteren Kindes näher prüfen und berücksichtigen müssen. Indessen hat sie dies nicht getan. Daraus folgt, dass die Angelegenheit in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (Art. 62 Abs. 2 VRPV). Es sind zusätzliche Abklärungen im aufgezeigten Sinne vorzunehmen. Sodann ist unter Beachtung

der aufgezeigten Kriterien betreffend das Vorliegen eines Härtefalles für die ganze Familie erneut eine Beurteilung vorzunehmen.

14. ...

15. Aus Gesagtem ist erstellt, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist und der Entscheidung des Regierungsrates insoweit aufzuheben ist, als dass die Sache zur Neuurteilung des Härtefalles im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

**Nr. 36 Kantonale direkte Steuern. Art. 24 Abs. 1, Art. 28 lit. k, Art. 167 Abs. 2, Art. 173 StG. Kein Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Steuerrekursverfahren (E. 4). Keine Pflicht der Einsprachebehörde, ausdrücklich auf das Recht auf mündliche Anhörung in Einspracheverfahren hinzuweisen. Bestätigung der Rechtsprechung (E. 6). Rechtliches Gehör: Voraussetzungen der Heilung einer Verletzung. Bedeutung der Unterscheidung von edierten Akten und neuen, der Beschwerdeantwort zugefügten Belegen durch die Vorinstanz (E. 7, 8). EKC. Erträge aus Letters. Einkommensrealisierung: natürliche Vermutung. Unsicherheit des Sachverhaltes. Ermessenseinschätzung. Gerichtliche Überprüfung (E. 9, 10). Mögliche strafrechtliche Konfiskation der Gelder und Besteuerung (E. 11). Abgrenzung Schneeballsystem und Lotterie oder lotterieähnliche Veranstaltung (E. 12).**

Obergericht, 7. November 1997, OG V 96 74

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Die vom Beschwerdeführer nach Abschluss des Schriftenwechsels in der unaufgeforderten Eingabe am 10. Juli 1997 geltend gemachten Noven sind zu berücksichtigen.

Denn die Eventualmaxime, nach der die Parteien die Beweise bis zu einem bestimmten Verfahrensstadium vorgebracht haben müssen und später eingereichte, von Entschuldigungsgründen abgesehen, nicht mehr berücksichtigt werden können, gilt nach überwiegender Lehre und wohl auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. ASA 5 S. 194 f.) im Steuerrekursverfahren für die direkte Bundessteuer nicht (Art. 143 Abs. 1, Art. 142 Abs. 4 DBG; Blumenstein/Locher, System des Steuerrechts, 5. Aufl., Zürich 1995, S. 421; Känzig/Behnisch, Die direkte Bundessteuer, 2. Aufl., III. Teil, Basel 1992, N 2 und 6 zu Art. 109, m.H. auch auf BGE). Diese Praxis kann für das Verfahren für die kantonale Steuer übernommen werden. Das kann aber nicht soweit gehen, dass den Parteien jegliche Diligenzpflicht abgenommen würde. Es besteht mithin die Möglichkeit, unter bestimmten Umständen eine Partei dabei zu behaften, dass sie es in unentschuldbarer Weise unterliess, Tatsachen rechtzeitig, sei es im erstinstanzlichen Verfahren, sei es im Verfahren vor Obergericht, anzubringen (vgl. ZAK 1961 S. 454 f.; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 67 f. und 210; eher weitergehend: ASA 58 S. 674; für das kt. Recht: RKE SO vom 21.10.85, RB 1985 Nr. 2; VGE ZH vom 7.4.1963, ZBI 65 S. 450, zitiert in Känzig/Behnisch, a.a.O., N 6 zu Art. 109 ). Auch kann das verschuldet verspätete Vorbringen von Noven Kostenfolgen nach sich ziehen (Art. 181 Abs. 2 StG).

Vorliegend lässt sich nicht ohne weiteres sagen, dass der Beschwerdeführer die vorgebrachten Noven in unentschuldbarer Weise früher hätte vorbringen müssen. Sie werden daher berücksichtigt.

4. Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Replik die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Weder das StG noch Art. 61 oder Art. 64 i.V.m. Art. 51 Abs. 4 VRPV räumen dem Beschwerdeführer den Anspruch auf eine mündliche Verhandlung ein. Der vom Beschwerdeführer angerufene Art. 173 StG, der der steuerpflichtigen Person das Recht einräumt, im Einspracheverfahren

vor der Steuerkommission die schriftliche Einsprache mündlich zu vertreten, findet im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren keine Anwendung. Für das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren sieht Art. 179 StG lediglich das schriftliche Verfahren vor (Abs. 1) und schliesst den Parteivortrag *expressis verbis* aus (Abs. 5). Das Verfahren über die Steuerfestsetzung fällt ebenso wenig unter die Verfahrensgarantien der EMRK (vgl. BGE vom 19.08.1996 = StE 1997 A 26 Nr. 1, SJZ 93/1997 S. 222; Martin Zweifel, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Basel 1997, N 3 zu Art. 41 StHG; Ruth Herzog, Art. 6 EMRK und die kantonale Verwaltungsrechtspflege, Bern 1995, S. 278 ff. insbesondere S. 283 m.H.). Zudem ist der Antrag verspätet. Es liegt im Ermessen des Gerichts, eine mündliche Schluss- bzw. eine Instruktionsverhandlung anzuordnen.

Steuerstreitigkeiten werden durch das Obergericht praxisgemäss im schriftlichen Verfahren erledigt. Der Sachverhalt erscheint als genügend erstellt. Eine persönliche Befragung des Steuerpflichtigen ist aufgrund seiner Mitwirkungspflichten nicht notwendig (vgl. Ulrich Cavelti, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Basel 1997, N 17 zu Art. 50 StHG).

Auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung bzw. einer Instruktionsverhandlung wird daher verzichtet.

#### 5. Der Beschwerdeführer stellt eine Reihe von Beweisanträgen.

Kraft der Untersuchungsmaxime bestimmt das Obergericht, welche Beweismittel zu verwenden sind (Beweisanordnungsbefugnis). Es liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen, darüber zu befinden, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären ist. Überdies steht ihm auch die freie Beweiswürdigung zu. Nach der sogenannten antizipierten Beweiswürdigung ist Beweisanträgen nicht stattzugeben, wenn nicht beweiskräftige, zum Nachweis der rechtserheblichen Tatsachen untaugliche Beweismittel beantragt werden (ASA 57 S. 169) sowie wenn der rechtserhebliche Sachverhalt hinreichend abgeklärt ist (VPB 45 S. 162) (Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 416; Fritz Gygi, a.a.O., S. 274 m.w.H.).

6. Gemäss Art. 173 StG steht der steuerpflichtigen Person das Recht zu, ihre schriftliche Einsprache vor der Steuerkommission mündlich zu vertreten. Der Beschwerdeführer macht nun sinngemäss geltend, die Veranlagungsbehörde habe das in Art. 173 StG statuierte rechtliche Gehör verletzt, weil sie ihn nicht eingeladen habe, sich mündlich im Einspracheverfahren zu äussern.

Art. 173 StG statuiert ein Recht auf mündliche Anhörung, schreibt aber nicht vor, der Einsprecher sei von der Steuerkommission ausdrücklich auf dieses Recht aufmerksam zu machen. Der Anspruch auf mündlichen Vortrag auf entsprechendes Verlangen hin stellt ein eigentliches Parteirecht dar und geht in diesem Punkt über das in Art. 4 BV oder Art. 6 EMRK statuierte rechtliche Gehör hinaus. Die Möglichkeit, sich schriftlich zu allen relevanten Fragen des Falles zu äussern, genügt in der Regel und in *casu* dem auf Art. 4 BV oder Art. 6 EMRK beruhenden Gehörsanspruch (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 6 zu Art. 21, N 1 ff. zu Art. 31; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 66, je m.H.). Wie bereits ausgeführt, lässt sich aus dem Wortlaut nicht entnehmen, dass der Einsprecher explizit auf dieses Recht hinzuweisen sei. Ob indessen über den Wortlaut hinausgehend eine entsprechende Pflicht besteht, hatte die Kantonale Rekurskommission bereits unter dem alten Steuergesetz einmal näher zu prüfen (Entscheid vom 11.09.1985, publiziert in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1984 und 1985, Nr. 32). In Frage stand die Auslegung der Bestimmung Art. 72 Abs. 2 aStG. Diese entspricht inhaltlich Art. 173 StG. Die Rekurskommission kam zum Schluss, dass "einzig dann, wenn der Steuerpflichtige ausdrücklich vor der Beurteilung der Einsprache angehört zu werden verlangt oder wünscht", ihm das Gesetz dieses Recht gewähre. Wenn, wie der Beschwerdeführer ausführt, die auf dem publizierten Entscheid der Rekurskommission zu Art. 72 Abs. 2 aStG beruhende, ausdrücklich als zulässig erklärte Praxis der Veranlagungsbehörde nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte, hätte dieser anlässlich der Totalrevision des Steuergesetzes im Jahre 1992 die Möglichkeit gehabt, bei fehlender Zustimmung zur Praxis, den Wortlaut von Art. 173 StG abweichend zu Art. 72 Abs. 2 aStG zu formulieren. Dies hat er indessen nicht getan. Auch zielt der Verweis auf die Regelungen im Zivilprozessrecht (insbesondere ZPO)

an der Sache vorbei. Angebracht wäre ein Vergleich zur Verwaltungsrechtspflegeverordnung. Die VRPV geht indessen weniger weit als das Steuergesetz: Es ist lediglich ein Recht für die verfahrensleitende Behörde, zur mündlichen Verhandlung vorzuladen, statuiert (Art. 64 i.V.m. 51 Abs. 4 VRPV, vgl. auch Art. 61 VRPV). Es besteht daher keine Veranlassung, von der bisherigen Praxis abzuweichen.

Die Beschwerde ist in diesem Punkt somit offenkundig unbegründet.

7. Der Beschwerdeführer macht eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da ihm im Einspracheverfahren nicht Einsicht in sämtliche Akten der Vorinstanz gewährt worden sei. Eine nachträgliche Heilung sei vorliegend ausgeschlossen.

a) Vorweg ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 11. September 1996 (Beleg Nr. 4, VI) im Einspracheverfahren sinngemäss Einsicht in die Akten der Veranlagungsbehörde beantragte. Diese sandte unter Hinweis, dass die übrigen Akten (nicht vom Steuerpflichtigen eingereichte) dem Steuerpflichtigen zur Einsicht nur offen stehen, sofern die Ermittlung des Sachverhaltes abgeschlossen sei und soweit nicht öffentliche oder private Interessen entgegen stehen würden, trotzdem eine detaillierte Darstellung der Aufrechnung (Belege Nr. 6.1 und 6.2, VI). Dabei wurde darauf hingewiesen, dass sich diese Zusammenstellung auf Unterlagen stützen würde, die sie im Rechtshilfeverfahren erhalten hätten (Schreiben vom 27. September 1996 [Beleg Nr. 5, VI]).

b) Zunächst ist zu prüfen, ob und falls ja, in welche Aktenstücke dem Beschwerdeführer die Einsicht verwehrt worden ist.

Soweit aus den vorinstanzlichen Akten ersichtlich, haben dem Beschwerdeführer im Einspracheverfahren die Belege Nr. 8, 10 und 12 nicht zur Einsicht vorgelegen. Die Vorinstanz unterscheidet bei den von ihr dem Obergericht eingereichten Belegen nicht klar zwischen edierten Akten und neuen, der Beschwerdeantwort zugefügten Belegen. Ebenso wenig ist ohne weiteres erkennbar, ab welchem Zeitpunkt (vor oder nach gewährter Akteneinsicht) besagte Belege der Veranlagungsbehörde zur Verfügung standen. Dem ist durch die Vorinstanz inskünftig Beachtung zu schenken. Dies kann aber - wie aufzuzeigen ist - offen bleiben.

aa) Nach Art. 152 Abs. 1 und Abs. 2 StG steht dem Beschwerdeführer in die übrigen Akten, die nicht von ihm selbst eingereicht oder unterzeichnet worden sind, ein Einsichtsrecht zu, sofern die Ermittlung des Sachverhaltes abgeschlossen ist und soweit nicht öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.

Als übrige Akten gelten dabei in Anlehnung an die Lehre und Rechtsprechung zum gleichlautenden Art. 114 Abs. 1 und Abs. 2 DBG lediglich als Beweismittel dienende Aktenstücke im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. b VwVG, so dass rein interne Papiere wie Notizen, Entwürfe, Mitberichte, schriftliche Mitteilungen etc. nicht editionspflichtig sind (BGE 113 Ia 9, 103 Ia 492 f. E. 8, 100 Ia 102 E. 5b; Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 365 Fn 11; Fritz Gygi, a.a.O., S. 69).

bb) Beleg Nr. 8 ist ein allgemein gehaltener Bericht der Eidg. Steuerverwaltung über den EKC. Er beinhaltet lediglich generell-abstrakte Ausführungen und bezieht sich nicht konkret auf vorliegenden Fall. Er kommt einer internen Wegleitung nahe. Beleg Nr. 10 ist ein Entscheid des BGer in einem anderen Verfahren, der erst nach der durch die Vorinstanz gewährten Akteneinsicht gefällt worden ist, mithin auch nicht durch die strittige Akteneinsicht umfasst sein konnte. Von einer Behörde zu einem strittigen Sachverhalt gesammelte Rechtsquellen sind grundsätzlich nicht vom Akteneinsichtsrecht umfasst.

Bei den Belegen Nr. 8 und 10 handelt es sich somit um "interne" Belege, welche dem Beschwerdeführer nicht zwingend zur Einsicht und Stellungnahme zugestellt werden mussten. Auf der anderen Seite kann die Kenntnissgabe derartiger Aktenstücke im Einzelfall sinnvoll und wünschenswert sein. Denn dadurch ist es dem Gesuchsteller ermöglicht, die rechtliche Situation besser abzuschätzen. Der Rückzug der Einsprache/Beschwerde kann die Folge sein. Eine grosszügi-

ge - rechtlich allerdings nicht vorgeschriebene - Handhabung des Einsichtsrechts scheint in diesen Fällen angezeigt.

cc) Es verbleibt somit Beleg Nr. 12.

Beleg Nr. 12 ist ein Datenblatt der Schweizerischen Bundespolizei. Darin werden in tabellarischer Form monatlich die Anzahl Letters, darauf anfallende Kapitalrückzahlungen und Erträge dargestellt, soweit im Jahr 1994 Erträge angefallen sind. Es ist davon auszugehen, dass dieser Beleg zum Zeitpunkt der gewährten Akteneinsicht vorlag, verweist die Veranlagungsbehörde in ihrem Schreiben vom 27. September 1996 auf Unterlagen, die sie im Rechtshilfeverfahren erhalten hat und der Beleg entspricht inhaltlich dem Beleg Nr. 6.1. Beleg Nr. 12 wurde somit dem Beschwerdeführer vorenthalten.

Aus welchem Grund die Veranlagungsbehörde die Einsicht in den Beleg Nr. 12 verwehrt, ergibt sich aus dem Schreiben vom 27. September 1996 nicht einwandfrei. Zwar ist "Ermittlung des Sachverhaltes abgeschlossen" im Schreiben kursiv hervorgehoben, ob damit allerdings gesagt werden wollte, dass nur aus diesem Grund das Einsichtsrecht verwehrt worden ist, ist nicht erstellt. Denn gleichzeitig wird auf die weiteren möglichen Verweigerungsgründe (s. E. 7. a) hingewiesen.

Da eine Veranlagungsverfügung grundsätzlich erst eröffnet werden kann, wenn die Sachverhaltsabklärungen abgeschlossen sind, sind im Einspracheverfahren grundsätzlich sämtliche Belege dem Beschwerdeführer zur Einsicht zur Verfügung zu stellen. Dabei ist unerheblich, ob er im Veranlagungsverfahren seine Mitwirkungspflichten verletzt hat und allenfalls eine Ermessensveranlagung durchgeführt werden musste. Auch ändert die Tatsache, dass das Einspracheverfahren Bestandteil der Veranlagung ist bzw. das Veranlagungsverfahren fortsetzt (vgl. Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 382; Martin Zweifel, a.a.O., N 2 zu Art. 48 StHG m.H. auf Botschaft), nichts. Es kann nicht angehen, dass im Einspracheverfahren, nur weil der der Veranlagungsverfügung zugrundeliegende Sachverhalt bestritten wird, Einsicht in Akten verweigert wird, mit der Begründung, dass eben gerade der Sachverhalt noch strittig sei. Damit wird dem Einsprecher praktisch verunmöglicht, seine Rechte gehörig zu wahren. Ebenso steht es der Steuerbehörde grundsätzlich nicht zu, dem Ansuchenden lediglich Einsicht in eines von mehreren inhaltlich weitgehend identischen Dokumenten zu gewähren.

Anders ist die Frage indessen zu beantworten, wenn neben dem Veranlagungsverfahren Ermittlungen im Strafsteuerverfahren noch nicht abgeschlossen sind und durch die vorzeitige Gewährung der Akteneinsichtnahme dieses Verfahren in Frage gestellt würde. Dies ist insbesondere etwa bei Ermittlungen in Hinterziehungsverfahren denkbar (vgl. Agner/Jung/Steinmann, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zürich 1995, N 4 zu Art. 114; Känzig/Behnisch, a.a.O., N 7 zu Art. 71 m.w.H.). Auch kann etwa ein Recht auf Geheimhaltung der von Behörden oder Privaten erhaltenen vertraulichen Informationen (Schutz der Auskunftspersonen und Denunzianten vor nachteiligen Folgen) ein Akteneinsichtsrecht beschränken. In diesen Fällen ist dem um Akteneinsicht anbegehrenden Steuerpflichtigen klar mitzuteilen, dass ihm nicht ein umfassendes Akteneinsichtsrecht gewährt wird. Auf Wunsch des Steuerpflichtigen bestätigt die Steuerbehörde alsdann die Verweigerung der Akteneinsicht durch eine Verfügung, die durch Beschwerde angefochten werden kann (Art. 152 Abs. 4 StG; vgl. Art. 114 Abs. 4 DBG).

Zusammenfassend ist festzuhalten, soweit lediglich mit der Begründung des fehlenden Abschlusses der Ermittlungen des Sachverhaltes das Einsichtsrecht verwehrt worden wäre, würde dies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellen.

c) Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers im Verfahren vor Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn der Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition wie der Vorinstanz zusteht und der Partei das rechtliche Gehör im Rechtsmittelverfahren umfassend gewährt wird (BGE 100 Ia 11, 99 Ib 57 E. 3, 97 I 886, 96 I 188, 93 I 656; vgl. gar BGE 1P.85/1994 vom 17.06.1994, in: ZBI 1995 S. 136; Alfred Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, N 24 zu § 8; Hau-

bensak/Litschgi/Stähelin, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Thurgau, Frauenfeld 1984, N 5 zu § 13; Hans-Jürg Schär, Gesetz über das Verwaltungsverfahren des Kantons Appenzell A.Rh., Teufen 1985, N 7 zu Art. 7; kritisch hierzu: Georg Müller, Kommentar zur Bundesverfassung, N 103 zu Art. 4 BV m.w.H.). Das Eidg. Versicherungsgericht lässt im Unterschied zum Bundesgericht eine solche Heilung lediglich - aber immerhin - nur bei nicht besonders schwerwiegenden Gehörsverletzungen zu, ohne freilich zu präzisieren, was es darunter im Einzelnen versteht. Sodann will es eine solche Heilung als Ausnahme verstanden wissen (BGE 116 V 185 f. E. 1b; Ulrich Zimmerli, Zum rechtlichen Gehör im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel, FS 75 Jahre EVG, Bern 1992, S. 320 f.). Vorliegend befinden wir uns jedoch nicht im Sozialversicherungsbereich: Es finden die Kriterien des Bundesgerichtes Anwendung.

Der Beschwerdeführer hat im obergerichtlichen Verfahren Einsicht in die Akten genommen. In rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht kann das Obergericht den angefochtenen Entscheid frei prüfen (Art. 179 Abs. 4 i.V.m. Art. 167 Abs. 1 und Art. 168 Abs. 1 StG). Da die Vorinstanz sich in materieller Hinsicht im obergerichtlichen Verfahren einlässlich geäußert hat, würde im Übrigen eine Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu einer unnötigen Verzögerung führen (vgl. BGE 116 V 187 E. 3d).

Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, begangen durch die Vorinstanz, ist somit geheilt.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass selbst nach den Kriterien des Eidg. Versicherungsgerichtes eine allfällige Verletzung als geheilt zu gelten hat. Beleg Nr. 12 (Datenblatt "Anleger" der Schweiz. Bundespolizei) gibt inhaltlich den dem Beschwerdeführer zugestellten Beleg Nr. 6.1 wieder. Es ist eine Zusammenstellung betreffend EKC-Letters des Beschwerdeführers. Mit anderen Worten ergeben sich aus Beleg Nr. 12 für den Beschwerdeführer keine neuen tatsächlichen Erkenntnisse, die er nicht bereits aus Beleg Nr. 6.1 entnehmen konnte. Er war somit bereits im Einspracheverfahren in der Lage, entsprechende Einwendungen vorzubringen. Es kann somit, falls von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs überhaupt ausgegangen werden kann, nicht von einer besonders schwerwiegenden Verletzung gesprochen werden. Vor Obergericht erhielt er, wie bereits erwähnt, ein umfassendes Einsichtsrecht.

8. Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren, aus dem Einsprache-Entscheid ginge nicht hervor, was effektiv besteuert worden sei. Der Einsprache-Entscheid sei folge dessen ungenügend begründet.

Damit rügt der Beschwerdeführer auch hier sinngemäss die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Dieses verlangt u.a. von einer Behörde, dass sie sich in einem Einspracheverfahren mit den vorgebrachten Rügegründen auseinandersetzt. Im Einspracheverfahren hat die Behörde jedoch nicht zu prüfen, ob sich die angefochtene Verfügung unter schlechthin allen in Frage kommenden Aspekten als korrekt erweist. Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen sind von der Einsprachebehörde nur zu prüfen, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (Rügeprinzip; vgl. BGE 119 V 349 f. E. 1; vgl. auch Christoph Auer, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsverhältnis der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, Bern 1997, S. 94 ff.).

Dies hat die Vorinstanz vorliegend getan. Denn der Beschwerdeführer rügt im Einspracheverfahren die Besteuerung als solche, also nicht im Besonderen die Höhe der Besteuerung. Diese stand im Einspracheverfahren - soweit aus den Akten erkennbar - nie näher zur Diskussion. Die Vorinstanz hatte somit keine Veranlassung, nähere Ausführungen zur Höhe der allfälligen Besteuerung zu machen. Zudem ist dies aus den Belegen Nr. 6.1 und 6.2, welche dem Beschwerdeführer zugestellt worden sind, ohne weiteres ersichtlich.

Diese Rüge ist demgemäss offenkundig unbegründet. Zudem wäre dieser Mangel im obergerichtlichen Verfahren geheilt worden (s. E. 7).

9. Der Beschwerdeführer macht zu Unrecht geltend, die strittigen Erträge seien lediglich steuerfreie Kapitalrückzahlungen.

Bei beweglichem Vermögen sind Erträge steuerbar (Art. 24 Abs. 1 StG). Davon abzugrenzen ist im Bereich des beweglichen Privatvermögens der Vermögens- bzw. Kapitalgewinn. Dieser ist steuerfrei (Art. 28 lit. k StG). Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Beteiligungen aller Art gelten als Ertrag (Art. 24 Abs. 1 lit. c StG, subjektives Herkunftsprinzip; vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG). Leistungen des Schuldners an den Gläubiger, die zur Tilgung (Rückzahlung) der Kapitalschuld dienen, sind dagegen steuerfrei (vgl. Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 161 f; Heinz Masshardt, Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2. Aufl., Zürich 1985, N 65 zu Art. 21 Abs. 1 lit. c; Agner/Jung/Steinmann, a.a.O., N 11 zu Art. 20; Richner/Frei/Weber/Brütsch, Zürcher Steuergesetz, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N 28 zu § 19 lit. c).

Der DKC (Deutscher Kings-Club, später EKC [European Kings Club]) und schliesslich die EKC-Re-Insurance Ltd. Dublin (nachfolgend wird der Einfachheit stellvertretend der EKC genannt), verpflichtet sich im Letter, zwölf Auszahlungen in gleichbleibender Höhe, zahlbar bis spätestens am 7. jedes Kalendermonats, an Order des Inhabers des Letters zu leisten. Alle Zahlungen werden zunächst zur Tilgung der Kapitalschuld verwendet. Die weiteren Zahlungen stellen Zinsleistungen dar (Zeichnungsbestimmungen, Rückseite des Letters, 3. Absatz). Für den Erwerb eines Letters mussten Fr. 1'400.-- angelegt werden (Fr. 1'200.-- Kapital, zuzüglich Verwaltungsgebühr von Fr. 200.--). Darüber hinauschiessende Zahlungen sind demgemäss Ertrag.

Wenn die Veranlagungsbehörde nun bei den Letters die Zahlungen der Monate acht bis zwölf als (steuerbare) Erträge betrachtet, ist dies nicht zu beanstanden.

10. Unbestritten ist der Erwerb von 359 Letters. Der Beschwerdeführer rügt dagegen, per Saldo keinen Ertrag erwirtschaftet zu haben. Die von der Steuerbehörde ausgewiesenen Erträge seien reine Buchgewinne. Er habe seine Erträge in neue Letters reinvestiert. Wegen ständiger Interventionen der Strafverfolgungsbehörden sei die Erfüllung der theoretischen Forderungen an den EKC völlig unsicher gewesen. Praktisch seien seit Beginn 1994 keine Auszahlungen mehr erfolgt, da die Gefahr der behördlichen Beschlagnahme viel zu gross gewesen sei. Spätestens Ende September 1994 seien die Auszahlungen generell eingestellt worden.

Dem gegenüber erachtet die Steuerbehörde die Erträge jeweils ab Fälligkeit als realisiert. Der Beschwerdeführer hätte jederzeit die Möglichkeit gehabt, sich die Erträge in bar auszahlen zu lassen. Die Auszahlungen seien Ende Oktober 1994 in der Regel eingestellt worden, somit seien die Erträge aus den Letters bis und mit Monat Oktober 1994 steuerbar.

a) Einkommen gilt in der Bemessungsperiode grundsätzlich dann als realisiert, wenn dem Steuerpflichtigen Leistungen zufließen oder wenn er einen festen Rechtsanspruch erwirbt, über den er tatsächlich verfügen kann. In der Regel wird bereits der Forderungserwerb als einkommensbildend betrachtet, sofern die Erfüllung nicht als unsicher erscheint (BGE 113 Ib 26 E. 2e, 105 Ib 242 E. 4a; BGE 2A.365/1994 v. 21.10.96, E. 4a; ASA 61 669 E. 3b, 49 65 f.; Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 238; Ernst Käzigi, Wehrsteuer, 2. Aufl., 1. Teil, Basel 1982, N 7 zu Art. 21, N 2 zu Art. 41 m.H.; Heinz Masshardt, a.a.O., N 66 zu Art. 21 Abs. 1 lit. c; Reimann/Zuppinger/Scharrer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Band II und Ergänzungsband, Bern 1963/1983, N 13 u. 21 zu Vorbemerkungen zu §§ 19 - 32). Bei Einkünften aus Kapitalvermögen wird in der Regel auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung abgestützt (Blumenstein/Locher, a.a.O., S. 238 f.; Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, 5. Aufl., Muri-Bern 1995, S. 28 f.; Baur/Klöti-Weber/Koch/Meier/Ursprung, Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Muri-Bern 1991, N 305 zu § 22). Die Verwendungsart beim Empfänger ist dabei unwesentlich (vgl. Markus R. Neuhaus, Die Besteuerung des Aktienertrages, Zürich 1988, Zürcher Diss., S. 56; Ernst Käzigi, a.a.O., N 109 zu Art. 21). Insbesondere kann er die Erträge auch in neue Anlagen gleicher Art investieren.

b) Die Regel, dass bei Einkünften aus Kapitalvermögen das Fälligkeitsdatum den Zeitpunkt darstellt, an dem der Steuerpflichtige einen festen Rechtsanspruch erwirbt, über den er tatsächlich verfügen kann, stellt eine natürliche Vermutung dar. Das heisst, mit deren Verwirklichung darf aufgrund der Lebenserfahrung solange gerechnet werden, als nicht Umstände nachgewiesen sind, welche es unwahrscheinlich machen, dass sie sich verwirklicht hat (Martin Zweifel, Die Sachverhaltsermittlung im Steuerveranlagungsverfahren, Zürich 1989, S. 25). Die natürliche Vermutung führt zu einer Umkehr der objektiven Beweislast (Martin Zweifel, a.a.O., S. 111). Der Steuerpflichtige trägt die Folgen der Beweislosigkeit. Davon zu unterscheiden ist die subjektive Beweislast (Beweisführungslast). Nach ihr bestimmt sich, wer Beweis anzutreten und zu führen hat. Diese trägt grundsätzlich die Steuerbehörde (Untersuchungsmaxime) (vgl. Känzig/Behnisch, a.a.O., N 20 zu Art. 88; Martin Zweifel, a.a.O., S. 110). Sie hat nach zumutbarem Aufwand den Sachverhalt abzuklären.

Gemäss Ziff. 2 der Zeichnungsbestimmungen waren die einzelnen Zahlungen jeweils am 7. jeden Monats fällig. Zudem hätte der Beschwerdeführer bei ausbleibender Monatszahlung innert 10 Tagen ab Fälligkeitsdatum per sofort den Letter kündigen können (Ziff. 4 der Bestimmungen).

Als Zwischenergebnis ist der oben formulierten natürlichen Vermutung folgend davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer jeweils per 7. jeden Monats die Erträge aus den Letters als Einkommen realisiert hat, unabhängig davon, ob die Ertragsteile reinvestiert oder bar bezogen wurden. Mithin diese steuerbar sind.

c) Da der Beschwerdeführer die fehlende Verfügbarkeit der (reinvestierten) Erträge geltend macht, ist nachfolgend zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die diese natürliche Vermutung unwahrscheinlich machen, d.h., es ist zu prüfen, ob Umstände nachgewiesen sind, welche es unwahrscheinlich machen, dass der Beschwerdeführer über den erworbenen Rechtsanspruch tatsächlich noch verfügen konnte bzw. die die Erfüllung als unsicher/unwahrscheinlich erscheinen lassen. Und falls ja, ab welchem Zeitpunkt.

Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, er habe in concreto versucht, das Geld in bar erhältlich zu machen. Insbesondere hat er offenkundig auch nicht vom Kündigungsrecht gemäss Ziff. 4 der Bestimmungen Gebrauch gemacht. Dafür bestehen auch keine Anhaltspunkte. Er macht lediglich geltend, wegen behördlicher Beschlagnahmen sei die Auszahlung (generell) völlig unsicher gewesen. Praktisch seien seit Anfang 1994, spätestens ab Ende September 1994, keine Auszahlungen erfolgt. Auf der anderen Seite erachtet es die Veranlagungsbehörde lediglich als unsicher, dass der Beschwerdeführer über die ab November 1994 fällig gewordenen Erträge noch tatsächlich verfügen konnte.

Da der Beschwerdeführer selber nicht auf eine Barauszahlung der Erträge aus den Letters drängte, lässt sich der tatsächliche Zeitpunkt nicht zweifelsfrei festlegen. Es ist zu fragen, ab welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer - trotz Aufwendung alles Zumutbaren - die Erträge wahrscheinlich nicht mehr erhältlich hätte machen können.

d) Wie bereits dargetan, lässt sich der genaue Zeitpunkt, an dem die Erträge aus den Letters in concreto wahrscheinlich nicht mehr realisierbar waren, nicht genau feststellen.

Verbleibt nach pflichtgemässer Prüfung der Verhältnisse durch die Veranlagungsbehörde eine Unsicherheit des Sachverhalts, erfolgt - wie etwa wenn der Steuerpflichtige seinen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt - eine Ermessenseinschätzung (Art. 167 Abs. 2 StG; BGE 106 Ib 314, 72 I 45). Was von den Steuerbehörden in dieser Hinsicht verlangt werden kann, ist nur, dass sie von den richtigen Tatsachen ausgehen und sämtliche für die Schätzung in Betracht fallenden Umstände würdigen. Die Ermessenseinschätzung muss darauf gerichtet sein, den wirklichen Verhältnissen möglichst nahe zu kommen. Die Ermessenseinschätzung wird deshalb oft als eine Art Ermessensbetätigung aufgefasst (vgl. Martin Zweifel, a.a.O., S. 131 f.; Fritz Gygi, a.a.O., S. 279 f.), und die Gerichte prüfen sie, gleich wie Ermessensentscheide, nur mit Zurückhaltung. Es gilt zu prüfen, ob die möglichen und zumutbaren Abklärungen getroffen worden sind und ob die Schätzung den Beurteilungsfaktoren in vernünftiger Weise Rechnung trägt (ASA 50 S. 305 E. 3a m.H.).



Dabei kann das Obergericht selber zusätzliche Abklärungen treffen (Art. 179 Abs. 4 i.V.m. Art. 167 Abs. 1, Art. 180 Abs. 1 StG).

Die Eidgenössische Steuerverwaltung geht in ihrem Bericht über den EKC vom 12. Juli 1995 offenbar davon aus, dass der EKC seine Zahlungen nach Oktober 1994 eingestellt hat. Auf welche Beweise sie sich dabei abstützt, lässt sie offen. Die Veranlagungsbehörde hat den Bericht der Eidgenössischen Steuerverwaltung über den EKC vom 12. Juli 1995 berücksichtigt. Der die urnalischen EKC-Fälle untersuchende Verhörerichter bestätigt mit Eingabe vom 6. August 1997, dass bis Ende August 1994 und September 1994 (teilweise) Zahlungen an alle Anleger gemäss der entsprechenden Fälligkeit und vorbehältlich einer Reinvestition tatsächlich ausbezahlt worden sind. Ab September (recte: Oktober) 1994 bis Dezember 1994 hätten noch verschiedene Anleger Auszahlungen auf entsprechenden Druck erwirken können. Dies wird durch die von der Veranlagungsbehörde eingereichten Belege Nr. 14 bis 16 unterstrichen. Darin gibt ein Steuerpflichtiger an, regelmässig bis Oktober 1994 Barauszahlungen aus Letters erhalten zu haben. Ein anderer Steuerpflichtiger deklarierte selbst regelmässige Barauszahlungen bis März 1995, was im März 1995 immerhin Fr. 12'160.-- ausmachte. Wenn daher die Veranlagungsbehörde den Zeitpunkt, an dem der Beschwerdeführer über die fällig werdenden Erträge aus den Letters wahrscheinlich nicht mehr verfügen konnte, auf November 1994 schätzt, hat sie ihr Ermessen nicht überschritten oder missbraucht.

e) Es ist somit davon auszugehen, dass die Entscheidung des Beschwerdeführers, die fraglichen Einkommensbestandteile in den Jahren 1993 und 1994 zu reinvestieren und sich nicht auszahlen zu lassen, frei war. In diesem Sinne hat er über den Anspruch verfügt; dessen Erfüllung erschien damals nicht als unsicher. Der Beschwerdeführer hat demnach diese Einkommensbestandteile in den Jahren 1993 und 1994 realisiert.

f) Die Veranlagungsbehörde hat daher zurecht die Erträge aus Letters bis und mit Oktober 1994 als steuerbar betrachtet. Daran vermag auch die Tatsache, dass mit der Auszahlung der Erträge und dem investierten Kapital heute nicht mehr gerechnet werden kann, nichts zu ändern. Dies stellt einen Verlust auf Privatvermögen dar, der nicht als einkommensmindernd berücksichtigt werden kann (Art. 30 i.V.m. e contrario Art. 31 Abs. 2 lit. b StG; vgl. zu Art. 22 Abs. 1 lit. c BdBSt: BGE 2A.365/1994 v. 21.10.96, E. 4d).

Davon ausgehend hat die Veranlagungsbehörde in zutreffender Weise die Zahlungsdaten eines jeden Letters und die Rückzahlungen festgestellt und den steuerbaren Ertrag jener Letter bestimmt, die vor dem Monat Februar 1994 gekauft worden sind. Letters, die im oder nach dem Monat Februar 1994 gekauft wurden, wurden nicht berücksichtigt (vgl. auch Entscheid Verwaltungsgericht Kt. Thurgau, in Thurgauische Verwaltungsrechtspflege 1995, Nr. 16, durch BGE 2A.365/1994 v. 21.10.96 betreffend Bundessteuer bestätigt).

11. Der Beschwerdeführer macht geltend, aus strafbarer Handlung erwirtschaftetes Geld sei nicht steuerbar, die mögliche Konfiskation der Gelder durch den Strafrichter sei zu berücksichtigen.

a) Es sind grundsätzlich alle Einkünfte, unbekümmert, aus welcher Quelle sie stammen, steuerbar (ASA 15 S. 141). Somit unterliegen auch Erträge aus rechtswidrigen Geschäften der Besteuerung (vgl. BGE 70 I 254 f. E. 1; Ernst Käzlig, a.a.O., N 14 zu Art. 21 m.H. auf Rechtsprechung der Kantone Luzern, Bern, Zürich). Bei Erträgen, die aus rechtswidrigen Geschäften stammen und bei denen ernstlich mit der Ablieferung zu rechnen ist bzw. sie praktisch schon feststeht, ist jedoch nach der Auffassung einiger Autoren nicht von einer (steuerlich zu erfassenden) Einnahme auszugehen, weil diese von Anfang an durch die Ablieferungspflicht ausgeglichen wird (Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, a.a.O., N 18 zu Vorbemerkungen zu §§ 19-32; Grüniger/Studer, Kommentar zum Basler Steuergesetz, Basel 1970, S. 180 f.; Baur/Klöti-Weber/Koch/Meier/Ursprung, a.a.O., N 443 zu § 22). Weniger weit geht Käzlig. Er möchte eine strafgesetzliche Einziehung widerrechtlicher Einnahmen lediglich, aber immerhin, auch als Vermögensabgang berücksichtigt wissen (Käzlig, a.a.O.). Welcher Auffassung zu folgen ist, kann offen bleiben.

b) Bis dato wurden beim Beschwerdeführer die strittigen Erträge nicht eingezogen. Die Einziehung wird vom Richter nach Ermessen verfügt. Vorliegend dürfte als strafrechtlicher Einziehungsgrund lediglich die sogenannte Ausgleichs-Einziehung (Art. 59 StGB) in Frage kommen. Diese steht wesentlich im Dienste des sozialetischen Gebotes, dass der Täter "nicht im Genuss eines durch strafbare Handlung erlangten Vorteils bleiben" darf - strafbares Handeln soll sich nicht lohnen (BGE 105 IV 171, 106 IV 11, 337, 104 IV 5, 229, 100 IV 105; Stefan Trechsel, StGB-Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu Art. 59 StGB). Die Ausgleichs-Einziehung ist vorgeschrieben, soweit sie zur Beseitigung des unrechtmässigen Vorteils geboten erscheint. Dabei bildet die praktisch bedeutendste Schranke der Resozialisierungsgedanke: Dem Verurteilten soll nicht durch übermässige Schulden die Wiedereingliederung verunmöglicht werden (vgl. Stefan Trechsel, a.a.O., N 11 zu Art. 59 StGB).

Der Beschwerdeführer führt selbst aus, er habe per Saldo einen Verlust erlitten. Weder bestehen Anhaltspunkte, noch wird geltend gemacht, der Beschwerdeführer habe aus den Letters Barauszahlungen erhalten. Entsprechend wurden auch nicht bar bezogene Erträge in andere Vermögenswerte gelöst (Surrogat, z.B. Hauskauf).

Es kann somit nicht ohne weiteres ernstlich mit einer strafrechtlichen Einziehung gerechnet werden. Insbesondere kann nicht gesagt werden, diese stehe praktisch schon fest. Es fehlt an konkreten Anhaltspunkten. Lediglich die blosser Möglichkeit genügt auch nach der zweiten Auffassung nicht.

Sollte zu einem späteren Zeitpunkt die Einziehung tatsächlich erfolgen, steht es dem Steuerpflichtigen zudem frei, zum gegebenen Zeitpunkt ein Revisionsbegehren zu stellen.

Diese Rüge ist somit offenkundig unbegründet.

12. Zuletzt macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Erträge aus den Letters steuerlich gleich wie Einkünfte aus Lotterien und lotterieähnlichen Veranstaltungen zu behandeln wären. Aufgrund von Verurteilungen in Deutschland von Personen, die massgeblich im EKC-Lettergeschäft tätig gewesen seien, stehe fest, dass es sich beim Lettergeschäft um ein Schneeballsystem handle. Dies entspreche einer lotterieähnlichen Veranstaltung.

Vorab ist festzuhalten, dass in Deutschland das Schneeballsystem seit längerer Zeit nicht mehr als lotterieähnliche Veranstaltung im Sinne des deutschen Lotterieggesetzes verstanden wird. Das Verbot des Schneeballsystems fällt unter das deutsche UWG (vgl. Gunter Arzt, Lehren aus dem Schneeballsystem, in: FS für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, S. 527 f. m.H.). Vorliegend ist die Frage nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Sodenn ist nicht erstellt, ob und falls ja, in welcher Ausprägung, ein Schneeballsystem vorliegt (vgl. Ziff. 4 Replik BF vom 20.02.97).

Die Frage der Besteuerung der Lotteriegewinne wird kontrovers beurteilt (Nettobesteuerung; vgl. Ernst Käzsig, a.a.O., N 224 zu Art. 21 Abs. 1 lit. e, N 86 zu Art. 22 Abs. 1 lit. a), ist vorliegend aber nicht näher zu prüfen. Sog. Schneeballsysteme sind wie die Lotterie gemäss Art. 43 Lotterieverordnung unter Strafandrohung verboten und Art. 56 Lotterieggesetz gestattet dem Verordnungsgeber nur ein Verbot lotterieähnlicher Veranstaltungen. Daraus den Schluss zu ziehen, Schneeballsysteme seien lotterieähnliche Veranstaltungen im Sinne der Steuergesetze, geht fehl. In der Lehre ist bereits umstritten, ob die Gleichstellung in Art. 43 Lotterieverordnung überhaupt noch unter die Delegationsnorm fällt, mithin zulässig ist. Wesensmerkmal für die Zuordnung eines Vorganges zur Lotterie oder lotterieähnlichen Veranstaltung im Sinne der Steuergesetze ist die zufallsabhängige Gewinnchance in einer weiten Bandbreite (vgl. ASA 23 S. 368 E. 1). Bei Schneeballsystemen fehlt es regelmässig an diesem Merkmal. Ein reines Schneeballsystem führt gerade nicht zufällig zu Gewinnen oder Verlusten, sondern denotwendig zum Kollaps. Die Unsicherheit beschränkt sich auf den Zeitpunkt des unausweichlich eintretenden Verlustes und dies in einer relativ engen Bandbreite (vgl. Gunter Arzt, a.a.O., S. 527).

Somit ist selbst wenn das System des EKC ein Schneeballsystem darstellen sollte, dieses nicht gleich einem Lotteriegewinn oder Gewinn aus einer lotterieähnlichen Veranstaltung zu versteuern.

13. Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen.

**Nr. 37 Schätzung von Grundstücken. Art. 55 Abs. 1 lit. b und c StG. Steueramtliche Schätzung von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken in einer Bauzone. Änderung der Besteuerungspraxis als Folge des rev. StG.**

Obergericht, 5. September 1997, OG V 97 29 (siehe Nr. 18)

**Aus den Erwägungen:**

4. Gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. c StG ist bei Grundstücken, die vorwiegend der landwirtschaftlichen Nutzung dienen und deren Verkehrswert im Wesentlichen durch diese Nutzungsart bestimmt wird, einschliesslich der erforderlichen Gebäude, die Belastungsgrenze nach BGGB massgebend. Nicht überbaute Grundstücke sind je nach Lage und Baureife mit 50 bis 75 % des Verkehrswertes zu bewerten (Art. 55 Abs. 1 lit. b StG).

Die Beschwerdeführer führen zusammengefasst aus, der strittige Teil ihres Grundstückes liege zwar in einer Bauzone, sei jedoch über Jahre hinaus nicht baureif bzw. überbaubar. Er werde wie seit jeher ausschliesslich landwirtschaftlich genutzt. Entsprechend habe eine Schätzung gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. c StG stattzufinden. Die Vorinstanz bestreitet die Nutzung des Grundstückes nicht, führt aber aus, allein durch die Tatsache, dass der strittige Teil des Grundstückes in der Bauzone liege, sei der Verkehrswert dieses Teils des Grundstückes nicht mehr wesentlich durch die landwirtschaftliche Nutzung bestimmt. Ob das Grundstück zum massgeblichen Zeitpunkt baureif gewesen sei, sei unerheblich. Entsprechend sei der strittige Teil des Grundstückes nach Art. 55 Abs.1 lit. b StG zu bemessen.

a) Ausgangspunkt jeder Auslegung ist gemäss ständiger Praxis der Wortlaut einer Bestimmung (BGE 114 Ia 196). Der Wortlaut ist klar und eindeutig: Die Festsetzung des Steuerwertes entsprechend der Belastungsgrenze nach BGGB (im überholten Gesetzestext: BG über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen) gilt nur für Grundstücke, die sowohl vorwiegend der landwirtschaftlichen Nutzung dienen, als auch deren Verkehrswert im Wesentlichen durch diese Nutzungsart bestimmt wird. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass landwirtschaftlich genutzte Grundstücke grundsätzlich nur solange nicht den Verkehrswert als Bemessungsgrundlage haben sollen, als dass sie in einer ihrer Nutzungsart entsprechenden Zone liegen (Landwirtschaftszone).

Der Verkehrswert eines der Bauzone zugehörigen landwirtschaftlich genutzten Grundstückes wird typischerweise nicht im Wesentlichen durch die landwirtschaftliche Nutzung, sondern durch die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit der Überbauung bestimmt. Jedes Grundstück, das sich in einer Bauzone befindet, gilt grundsätzlich als für die Überbauung tatsächlich und rechtlich geeignet. Ob es sich dabei um Rohbauland (ohne bestehende Erschliessung) oder Bauland mit bereits vorhandener Erschliessung handelt, ist für diese Frage unerheblich. Ebenso wenig ist hierfür von Bedeutung, ob es sich dabei um Bauland zweiter Etappe handelt oder der Regierungsrat im Genehmigungsbeschluss des Zonenplans für die entsprechende Bauzone bestimmte Auflagen gemacht hat. Die Bauzone umfasst weitgehend überbautes Gebiet oder Grundstücke, die voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen werden (Art. 15 RPG). Der Verkehrswert eines in der Bauzone befindlichen landwirtschaftlichen Grundstückes ist somit regelmässig in einem erheblichen Ausmass durch die Nutzungsmöglichkeit als Bauland bestimmt, zumindest kann nicht gesagt werden, die landwirtschaftliche Nutzung bestimme im Wesentlichen den Verkehrswert. Jedoch sind aufgeführte Punkte Bemessungskriterien für die Festsetzung des Verkehrswertes.

b) Die Materialien unterstreichen dies.

Im Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 26. August 1991 an den Landrat zum Entwurf zum StG wird zu Art. 55 ausgeführt, dass landwirtschaftliche Grundstücke in der Bauzone nach lit. c zum Verkehrswert bewertet würden. Damit ist ausgesagt, dass der Gesetzgeber bei landwirtschaftlich genutzten Grundstücken, die in der Bauzone liegen, das zweite Erfordernis in lit. c als nicht mehr erfüllt betrachten wollte. Die weiteren Materialien, wie der Bericht der landrätlichen Prüfungskommission und das landrätliche Geschäftsprotokoll, schweigen sich zu Art. 55 StG aus. Somit ist zu schliessen, dass in einer Bauzone befindliche landwirtschaftlich genutzte Grundstücke nach dem Willen des Gesetzgebers - der Wille des Regierungsrates blieb unwidersprochen - zum Verkehrswert bewertet werden sollen, mithin nicht nach lit. c.

c) Auch wenn man den Zweck des Privilegierungstatbestandes in lit. c gegenüber der Verkehrswertschätzung prüft, kommt man zu keinem andern Schluss.

Lit. c bezweckt die Abweichung der Besteuerung vom Verkehrswert in Rücksicht auf die besondere Lage der Landwirtschaft. Die Erfüllung ihrer im Landesinteresse liegenden Aufgabe soll nicht durch eine Vermögensbesteuerung erschwert werden, die nicht auf die niedrigen Erträge Rücksicht nimmt, aus denen auch diese Steuer bezahlt werden muss (vgl. Richner/Frei/Weber/Brütsch, Zürcher Steuergesetz, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N 2 zu §35 m.H.). Mit dieser wesentlich milderer Besteuerung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass derartige Grundstücke Grundlage einer Erwerbstätigkeit bilden und ihr Wert demgemäss durch den Ertrag bestimmt wird. Die Qualifikation als landwirtschaftliches Grundstück hängt jedoch - anders etwa als die zürcherische Lösung (§35 StG/ZH) - nicht nur von der tatsächlichen Nutzung ab; massgebend ist zusätzlich vielmehr die Nutzungsmöglichkeit, nach der sich der Wert des Grundstücks im Verkehr ergibt und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, ob von der gegebenen Nutzungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird oder nicht. Zur Überbauung tatsächlich und rechtlich geeignete d.h. eingezonte Grundstücke können daher, selbst wenn sie landwirtschaftlich genutzt werden, nicht mehr nach der Höhe der Belastungsgrenze nach BGGb bemessen werden, weil der Verkehrswert von Rohbau- und Bauland regelmässig nicht durch den landwirtschaftlichen Ertrag, sondern die bauliche Nutzungsmöglichkeit bestimmt ist. Den gleichen Ansatz hat übrigens auch der Kanton St. Gallen gewählt (Art. 65bis StG/SG; Weidmann/Grossmann/Zigerlig, Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, Muri 1995, S. 177).

Mit dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise trug der kantonale Gesetzgeber in der Totalrevision vom 17. Mai 1992 den veränderten raumplanerischen Verhältnissen Rechnung. Das aStG stammte aus dem Jahre 1965. Am 1. Januar 1980 wurde das RPG in Kraft gesetzt. Das Hauptziel des RPG war und ist es, eine haushälterische Nutzung des Bodens zu erreichen (Art. 1 RPG), was bei verschiedenen Urner Gemeinden zur Folge hatte, dass sie ihre (überdimensionierten) Bauzonen teils massiv redimensionieren mussten bzw. noch müssen. Eine Vielzahl landwirtschaftlich genutzter Grundstücke, die in der (überdimensionierten) Bauzone lagen, wurden ausgezont. Was in der Bauzone liegt, soll innert längstens 15 Jahren überbaut werden (Art. 15 RPG). Bei der Bestimmung der Bauzonen ist neben den landwirtschaftlichen Bedürfnissen die anzustrebende (räumliche) Entwicklung der Gemeinde zu berücksichtigen (vgl. Art. 16 RPG). Wird ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück eingezont, soll es innert 15 Jahren überbaut werden, mithin der landwirtschaftlichen Nutzung entzogen werden. Damit ist gesagt, dass Grundstücke in der Bauzone, die landwirtschaftlich genutzt werden, nicht mehr den steuerlichen Vorteil nach Art. 55 Abs. 1 lit. c StG haben sollen. Auch für Bauland zweiter Etappe gilt demgemäss die Besteuerung nach Verkehrswert (vgl. Baur/Klöti-Weber/Koch/Meier/Ursprung, Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, Muri 1991, N 31 zu § 39).

Zweifelsfrei liesse sich durchaus die Auffassung vertreten, dass solange ein Grundstück in den Anwendungsbereich des BGGb fällt, dieses auch nach der Belastungsgrenze gemäss BGGb zu besteuern ist. Dies gilt insbesondere auch für Grundstücke, die in der Bauzone liegen, aber zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe (Def. in Art. 7 BGGb) gehören (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a BGGb). Dies vor allem mit der Begründung, dass das BGGb gerade zum Zweck hat, das bäuerliche Grundeigentum zu fördern und zu erhalten (Art. 1 Abs. 1 lit. a BGGb), die Landwirtschaft - soweit unter den Geltungsbereich des BGGb fallend - im öffentlichen Interesse liegt und daher nicht durch eine Vermögensbesteuerung erschwert werden soll. Das BGGb stammt vom 4. Oktober

1991. Wenngleich dagegen das fakultative Referendum ergriffen worden ist und das Gesetz an der Volksabstimmung am 27. September 1992 angenommen wurde, mithin nach der Verabschiedung des StG vom 17. Mai 1992, ist davon auszugehen, dass der kantonale Gesetzgeber den Zweck und Inhalt des BGGB kannte. Dieser sprach sich jedoch für eine andere Lösung aus. Bundesrecht wird nicht vereitelt, was auch nicht geltend gemacht wird. Auch stellt das BGGB selber auf die Raumplanung ab.

Zusammenfassend ist erstellt, dass die Auffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist, somit vorliegend der in der Bauzone befindliche Teil des landwirtschaftlich genutzten Grundstücks nicht nach Art. 55 Abs. 1 lit. c StG zu besteuern ist.

5. Da vorliegend der strittige Teil des Grundstücks nicht überbaut ist, hat die Vorinstanz die steueramtliche Schätzung zu Recht gestützt auf Art. 55 Abs. 1 lit. b StG vorgenommen. Danach ist in einem ersten Schritt der Verkehrswert zu schätzen. Im zweiten Schritt ist unter Berücksichtigung der Lage und Baureife das Grundstück mit 50 - 75% des Verkehrswertes steueramtlich zu bewerten. Somit ist gesagt, dass bei nicht überbauten Grundstücken der Steuerwert nicht vollumfänglich dem Verkehrswert zu entsprechen hat. Einerseits wirken sich die Lage und der Grad der Baureife auf den aktuellen Verkehrswert aus, andererseits sind sie sachliche Bemessungskriterien für die zeitliche Nähe und Wahrscheinlichkeit einer künftigen Bebauung des Grundstücks.

Die Beschwerdeführer rügen nun, die Schätzung der Fläche des Grundstückes, die sich in der Bauzone befinde, entspräche nicht dem wirklichen Wert. Die Bemessung sei willkürlich, weil sie die Lage, die fehlende Baureife und die wirtschaftlichen Faktoren nicht oder ungenügend berücksichtige. Es fehle aus diversen Gründen über Jahre hinaus an der Baureife, insbesondere weil sich der strittige Teil des Grundstückes in der Bauzone W2, zweite Etappe, befände, das Grundstück noch nicht erschlossen sei und das notwendige Zustandekommen eines Quartiergestaltungsplanes äusserst fraglich sei. Zudem sei das ganze Grundstück bis 1993 ohne Auflagen eingezont gewesen, trotzdem sei das Grundstück erheblich tiefer besteuert worden, als heute beabsichtigt. Dies obwohl seit 1993 nur noch die strittige Fläche von 8'600 m<sup>2</sup> in der Bauzone liege. Es sei in der Zukunft u.U. mit einer Auszonung zu rechnen. Dies ergebe sich aus dem Genehmigungsbeschluss des Regierungsrates vom 27.06.1994.

a) Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführer lässt sich aus dem Regierungsratsbeschluss nicht der Schluss ziehen, dass in naher Zukunft mit einer Auszonung zu rechnen ist. Das Gegenteil ist der Fall, die Zuordnung zur Bauzone W2 wurde mit dem Vorbehalt (recte: der Auflage) genehmigt, ein Schutzbauwerk zu errichten. Somit ist und bleibt der strittige Teil des Grundstückes eingezont. Sollte es tatsächlich zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Auszonung kommen, steht es den Beschwerdeführern frei, eine Neueinschätzung zu verlangen.

b) Die letzte Liegenschaftsschätzung beruht noch auf dem alten Steuergesetz. Danach genügte es, dass Grundstücke vorwiegend der landwirtschaftlichen Nutzung dienten und nicht zur Kapitalanlage oder zu Spekulationszwecken erworben wurden (Art. 30 Abs. 2 lit. a aStG), um steuerlich gegenüber den anderen nicht überbauten Grundstücken bevorzugt behandelt zu werden (vgl. Art. 30 Abs. 2 lit. c aStG). Dementsprechend wurde bei landwirtschaftlichen Grundstücken primär auf die Nutzungsart abgestellt und nicht auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Zone. Das StG vom 17. Mai 1992 hat indessen - wie bereits dargestellt - einen anderen Anknüpfungspunkt. Der vom Gesetzgeber vorgenommene Systemwechsel hat für eine Vielzahl von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken, die in der Bauzone liegen, eine entsprechend, teilweise massiv, höhere Steuereinschätzung zur Folge. Da sich jede Steuereinschätzung auf die zum massgeblichen Zeitpunkt geltenden Rechtssätze abzustützen hat und diese für vorliegenden Fall gegenüber der letzten Schätzung entscheidend geändert haben, ist die unter dem alten Recht vorgenommene Schätzung keine geeignete Vergleichsgrösse zur strittigen Schätzung.

c) Mit dem als nicht oder ungenügend berücksichtigt gerügten wirtschaftlichen Faktor dürften die Beschwerdeführer die tatsächliche Bewirtschaftungsart des Grundstückes meinen. Diese ist insoweit berücksichtigt, dass vorliegend Art. 55 Abs. 1 lit. b StG zur Anwendung gelangt, mithin das Grundstück nur in einem um 25 - 50% reduzierten Ausmass des Verkehrswertes besteuert

wird und nicht zum vollen Verkehrswert gemäss lit. a, wie wenn das Grundstück überbaut wäre. Wie bereits ausgeführt, fällt lit. c ausser Betracht. Eine weitere Berücksichtigung sieht der Gesetzgeber nicht vor.

d) Die fehlende Baureife wird durch die Vorinstanz nicht grundsätzlich in Frage gestellt und im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens entsprechend berücksichtigt. Im angefochtenen Einsprache-Entscheid führt die Vorinstanz aus, dass sie der Tatsache der fehlenden Erschliessung bezüglich Strasse, Wasser, Kanalisation usw. bei der Schätzung einerseits mit der Festlegung des Verkehrswertes von Fr. 100.--/m<sup>2</sup> und andererseits mit der Bewertung zu 50 % dieses Verkehrswertes Rechnung getragen habe.

e) Somit ist erstellt, dass die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts nicht zu beanstanden ist (vgl. Art. 57 Abs. 3 VRPV). Die Vorinstanz berücksichtigt die Baureife des Grundstückes. Der geschätzte Verkehrswert liegt erheblich unter dem eines bereits erschlossenen Grundstückes in ähnlicher Lage (gerichtsnotorisch). Die strittige Grundstücksfläche wurde mit 50 % des Verkehrswertes bewertet. Eine weitere Unterschreitung des Verkehrswertes ist gesetzlich ausgeschlossen.

Wie weit die Schätzung willkürlich sein soll, vermag das Obergericht nicht zu erkennen. Ein Entscheid ist erst dann willkürlich, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 121 I 114, 118 Ia 130, 115 Ia 332). Ebenso wenig kann von einem Ermessensmissbrauch gemäss Art. 57 Abs. 2 lit. c VRPV gesprochen werden. Ein Missbrauch des Ermessens liegt etwa vor, wenn sich die Behörde von unsachlichen, dem Zwecke der massgebenden Vorschriften fremden, zuwiderlaufenden Erwägungen leiten lässt (vgl. BGE 97 I 140 E. 3 m.H.).

Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

**Nr. 38 UV. Art. 18 Abs. 1 UVG. Sprengstoffunfall. Kausalität von psychischen und physischen Restbeschwerden. Anwendungsfall. Beweislast im Sozialversicherungsrecht (E. 6).**

Obergericht, 30. Dezember 1996, OG V 96 51

Eine dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde durch das Eidg. Versicherungsgericht abgewiesen (Urteil vom 4. Juli 1997, U29/97).

**Aus den Erwägungen:**

3. Gemäss Art. 18 Abs. 1 UVG hat ein Versicherter Anspruch auf eine Invalidenrente, wenn er infolge des Unfalles invalid wird. Als invalid gilt, wer voraussichtlich bleibend oder für längere Zeit in seiner Erwerbstätigkeit beeinträchtigt ist (Art. 18 Abs. 2 UVG). Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das der Versicherte nach dem Eintritt der unfallbedingten Invalidität und nach der Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihm zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte (Invalideneinkommen), in Beziehung gesetzt zum Einkommen, das er erzielen könnte, wenn er nicht (unfallbedingt) invalid geworden wäre (Valideneinkommen; vgl. Art. 18 Abs. 2 UVG).

4. Die SUVA bestreitet das Vorliegen einer unfallbedingten rechtserheblichen Invalidität beim Beschwerdeführer. Dabei erachtet sie die Tief- und Mitteltoninnenohr-Schwerhörigkeit, die Atembeschwerden und den psychischen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers als nicht unfallkausal. Der Beschwerdeführer betrachtet diese Beschwerden jedoch als unfallkausal.

Es ist somit vorab zu prüfen, ob zwischen dem Unfall und der aufgeführten Gesundheitsschädigung ein Kausalzusammenhang besteht.

5. a) Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität des Versicherten beeinträchtigt hat, der Unfall mit anderen Worten als Teilursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfielen (BGE 118 V 289 E. 1b, 117 V 360 E. 4a m.H.). Für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs genügt im Sozialversicherungsrecht in der Regel der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Die Unfallkausalität muss somit nicht mit (medizinisch-) wissenschaftlicher Genauigkeit zwingend nachgewiesen sein; allerdings genügt die blosser Möglichkeit eines Zusammenhangs für die Begründung eines Leistungsanspruches nicht (BGE 118 V 289 f. E. 1b, 117 V 379 E. 3e). Wird natürliche Kausalität verneint, entfällt die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs.

b) Zwischen dem Unfallereignis und der Schädigung muss ausserdem ein adäquater Kausalzusammenhang vorliegen (BGE 112 V 33 E. 1b). Ein Ereignis ist adäquate Ursache eines Erfolges, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des Eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges als durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 117 V 382 E. 4a m.H.).

Die klar fassbaren physischen Befunde können nach einem Unfall praxisgemäss ohne weiteres diesem zugeordnet werden, selbst wenn es sich um singuläre oder aussergewöhnliche Unfallfolgen handelt. Bei organisch nachweisbaren Befunden deckt sich deshalb die adäquate, also rechtserhebliche Kausalität weitgehend mit der natürlichen Kausalität; die Adäquanz hat hier gegenüber dem natürlichen Kausalzusammenhang praktisch keine selbständige Bedeutung (BGE 107 V 177; RKUV 1991 Nr. U 121 S. 103 in fine; Alfred Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, Bern 1985, S. 462).

Bei psychischen Störungen setzt die Bejahung der Adäquanz voraus, dass der Unfall eine massgebende Teilursache für das physische Leiden ist (BGE 115 V 136 E. 4c).

6. Der Beschwerdeführer führt aus, vorliegend trage die Beschwerdegegnerin die Beweislast. Sie habe den Nachweis zu erbringen, dass die Atem- und Hörbeschwerden des Beschwerdeführers heute wieder so hergestellt seien, dass die sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche als aufgehoben zu betrachten seien.

Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Im Sozialversicherungsprozess tragen mithin die Parteien in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheidung zuungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund der Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 E. 3b m.H.).

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers geht es vorliegend nicht um eine anspruchsaufhebende Tatfrage, bei der die entsprechende Beweislast - anders als bei der Frage, ob ein leistungsbegründender natürlicher Kausalzusammenhang gegeben ist - nicht beim Versicherten sondern beim Unfallversicherer liegt (vgl. RKUV 1992 Nr. U 142 S. 76 E. 4b). Es lässt sich aus den Akten nicht entnehmen, dass die SUVA die Atembeschwerden oder aber die Tief- und Mitteltoninnenohr-Schwerhörigkeit als unfallkausal anerkannt hat. Insbesondere bezogen sich die Taggeldleistungen auf die als unfallkausal anerkannte Handverletzung und später auf die Hochtoninnenohr-Schwerhörigkeit und den Tinnitus. Demgemäss hat der Beschwerdeführer die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit zu tragen.

7. Betreffend des geltend gemachten Gehörschadens wurde von der SUVA ein anstaltexternes Gutachten an die Klinik für Hals-, Nasen- Ohren- und Gesichtschirurgie, Kantonsspital C., (SUVA Act. 98) in Auftrag gegeben.

Dieses ist umfassend und wurde im angefochtenen Einsprache-Entscheid einlässlich zutreffend gewürdigt. Insbesondere kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers aus dem Austrittsbericht des Kantonsspitals A. vom 27. November 1992 (SUVA Act. 11) nicht schlüssig entnommen werden, dass die geltend gemachte Tief- und Mitteltoninnenohr-Schwerhörigkeit unfallkausal ist. Der Hörschwellenunterschied von 5 bis 10 dB kann keineswegs als erheblich bezeichnet werden. Diese geringgradige Differenz erklärt sich vielmehr mit der Untersuchungsmethode (vgl. SUVA Act. 98, Seite 4). Die Untersuchungen vom 13. und 18. Dezember 1995 im Kantonsspital C. ergaben eine weitgehend unveränderte Hörtonschwelle wie vor dem Unfall. Ein progressiver Hörverlust ist auszuschliessen (a.a.O., Seite 5). Die geltend gemachte Tief- und Mitteltoninnenohr-Schwerhörigkeit ist somit nicht unfallkausal.

8. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass bereits zum Zeitpunkt seiner Einlieferung ein Verdacht auf Aspirationspneumonie bestanden habe, er sei auf der Notfallstation respiratorisch insuffizient worden. Trotz Fehlen eines Inhalationstraumas sei er respiratorisch insuffizient geblieben. Er leide erst seit dem Unfall an den Atembeschwerden.

Der Beschwerdeführer erlitt bereits vor dem strittigen Unfall im Jahre 1990 ein Thoraxtrauma. Im Anschluss an das strittige Ereignis (1992) wurde er auf der Notfallstation vorübergehend respiratorisch insuffizient. Es wurde intubiert und der Beschwerdeführer maschinell beatmet. Eine Tracheotomie wurde durchgeführt.

a) Dr. R., spezialisiert auf Lungenkrankheiten, hat den Beschwerdeführer im Auftrag der Rehabilitationsklinik D. pneumologisch untersucht (SUVA Act. 37 u. 47). Obwohl er den Status nach dem Thoraxtrauma im Jahre 1990 als wahrscheinlich klinisch nicht relevant bezeichnet und davon ausgeht, dass der Beschwerdeführer erst seit dem Unfall im Jahre 1992 an Atembeschwerden leidet, erachtet er es mehr als fraglich, ob die Hyperreaktivität der Atemwege durch das zweite Trauma (jenes das vorliegend von Interesse ist) ausgelöst wurde. Seines Wissens sei kein Inhalationstrauma vorgelegen. Dies ist aktenkundig. Die im Anschluss an die Intubation erfolgte Bronchioskopie ergab keine Anhaltspunkte für ein Inhalatiostrauma (SUVA Act. 8).

Auch Hausarzt Dr. L. fand keine objektive Erklärung für die Atemnot, vielmehr vermutet er eine psychische Überlagerung (SUVA Act. 57).

Zwar verweist Dr. R. bei seinen Schlussfolgerungen nicht explizit auf medizinische Literatur oder ähnliches. Der Bericht ist jedoch objektiv abgefasst und beruht auf einer umfassenden Untersuchung (inkl. Anamnese). Dr. R. ist spezialisiert auf Lungenkrankheiten und wurde als anstaltsexterner Berichtersteller beigezogen, so dass die von ihm gemachte klare Schlussfolgerung nicht in Zweifel zu ziehen ist. Um so mehr, als dass im Anschluss an die erstmalige Behandlung der respiratorischen Insuffizienz der Beschwerdeführer im Kantonsspital B. umgehend auf ein mögliches Inhalationstrauma untersucht worden ist. Somit haben auch diese Ärzte das Vorliegen eines Inhalationstraumas zumindest implizit als Voraussetzung für eine Unfallkausalität betrachtet (SUVA Act. 8). Auch Dr. L. hat in Kenntnis der Untersuchungen von Dr. R. keine objektive Erklärung für die Ursache des hyperreaktiven Bronchialsystems.

b) Ein aus dem Unfall herrührender Schock - was vorliegend zumindest denkbar ist - kann durchaus zu einem vorübergehenden Zusammenbruch der Atmung führen. Dies erklärt jedoch die bleibenden Atembeschwerden nicht.

Soweit die fortbestehende Atemnot psychisch bedingt sein sollte (vgl. SUVA Act. 57), ist ihre Anerkennung als Unfallfolge abhängig von der Bejahung der Kausalität des psychischen Gesundheitszustandes vom Unfallereignis. Ist der Unfall nicht kausal für den psychischen Gesundheitszustand, sind es die aus dem psychischen Zustand herrührenden körperlichen Störungen auch nicht.



Damit steht fest, dass beim Fehlen eines Inhalationstraumas im Anschluss an ein Ereignis, das Ereignis objektiv aus somatischer Sicht höchst unwahrscheinlich ursächlich für eine Hyperreaktivität der Atemwege sein kann.

9. Es bleibt zu prüfen, ob das Unfallereignis ursächlich für den psychischen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers ist. Sinnvollerweise wird vorliegend zunächst die Adäquanz geprüft.

Bei der Beurteilung der Adäquanz ist vom Unfallereignis selbst und nicht von dessen Erlebnis durch den Betroffenen auszugehen, wobei die Unfälle, die für psychische Folgeschäden in Frage kommen, in drei Gruppen einzuteilen sind: banale bzw. leichte Unfälle einerseits, schwere Unfälle andererseits und schliesslich die dazwischenliegenden mittelschweren Unfälle. Bei banalen bzw. leichten Unfällen kann der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und psychischen Gesundheitsstörungen in der Regel ohne weiteres verneint werden. Bei schweren Unfällen dagegen ist der adäquate Kausalzusammenhang in der Regel zu bejahen, weil sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sind, invalidisierende psychische Gesundheitsschäden zu bewirken. Bei Unfällen im mittleren Bereich müssen weitere, objektiv erfassbare Umstände, welche unmittelbar mit dem Unfall in Zusammenhang stehen oder als direkte bzw. indirekte Folgen davon erscheinen, in eine Gesamtwürdigung einbezogen werden (BGE 117 V 384 E. 5a, 115 V 140 E. 6c/aa; RKUV 1993 S. 93 E. 2b).

a) Der vom Beschwerdeführer erlittene Unfall kann aufgrund der konkreten Ereignisse weder der Kategorie der banalen, noch derjenigen der schweren Unfälle zugeordnet werden; vielmehr handelt es sich um einen mittelschweren Unfall. Es sind demnach weitere, objektiv erfassbare Umstände i.S. von BGE 115 V139 ff. E. 6 f. in eine Gesamtwürdigung einzubeziehen.

b) Von einer besonderen Eindrücklichkeit des Unfalles kann nur gesprochen werden, wenn die einzelnen Phasen des Unfalles bewusst miterlebt werden. Ohne sie kann ein Unfallereignis begriffsnotwendig nicht eindrücklich erlebt werden.

Der Beschwerdeführer hat den Unfall gemäss eigenen Aussagen nicht bewusst erlebt. Er geschah für ihn plötzlich, überraschend. Der Beschwerdeführer kam erst im Kantonsspital B. wieder richtig zu sich. Besondere Eindrücklichkeit des Unfalles beim Beschwerdeführer ist daher zu verneinen.

c) Bei der Einlieferung ins Kantonsspital A. wurde der Beschwerdeführer wegen starker Schmerzen behandelt (SUVA Act. 4). Offenbar haben die Verletzungen beim Beschwerdeführer erhebliche Schmerzen verursacht. Die Schmerzen wurden aber sogleich therapiert (a.a.O.). Die Begleitumstände können daher unter Berücksichtigung des zum Kriterium "Eindrücklichkeit" Ausgeführten nicht als besonders dramatisch bezeichnet werden.

d) Es gilt die Schwere oder die besondere Art der Verletzungen, insbesondere ihre erfahrungsgemässe Eignung, psychische Fehlentwicklungen auszulösen, zu beurteilen.

Bei der Art der Verletzung der Finger (Rissquetschwunden) - mit Ausnahme des linken Zeigefingers und des linken Daumens - ist von vornherein keine psychische Fehlreaktion zu erwarten, denn die erlittenen Verletzungen waren objektiv nicht derart schwerwiegend, dass deren Heilung ernsthaft in Frage gestellt werden konnte (vgl. SUVA Act. 12, 16, 20, 21, 24 f.).

Gesagtes gilt auch für die am Oberschenkel links erlittenen Verbrennungen. Sie hatten keinen Einfluss auf die Beweglichkeit des Beines, zudem befanden sie sich an einem Ort, der erfahrungsgemäss von der Öffentlichkeit lediglich allenfalls in der Badeanstalt zur Kenntnis genommen werden könnte und die somit nicht geeignet sind, das Selbstwertgefühl des Verletzten zu tangieren oder sich anders auf die Psyche auszuwirken.

Ebensowenig sind die vorliegende, nicht erhebliche Hochtoninnenohr-Schwerhörigkeit und der Tinnitus erfahrungsgemäss geeignet, eine psychogene Fehlreaktion auszulösen, denn gemäss

eigenen Aussagen des Beschwerdeführers (SUVA Act. 98, S. 2 oben) können diese Gesundheitsbeeinträchtigungen mit den Hörgeräten weitgehend behoben bzw. unterdrückt werden.

Dem Beschwerdeführer wurde beim Unfall an der linken Hand das Daumenendglied subtotal amputiert. Beim linken Zeigefinger besteht eine massive Faustschlussstörung (SUVA Act. 60). Die subjektiv angeführten Schmerzen betreffend die linke Hand, später den Arm und die Schulter (SUVA Act. 20, 24, 29, 53, 78), sind nicht objektivierbar. Durch Angewöhnung und Anpassung dürften sich diese zudem verflüchtigen (vgl. SUVA Act. 60). Einzige sichtbare bleibende Schäden stellen demnach das amputierte Daumenendglied links, beschränkt der linke Zeigefinger und mittelbar der Hörschaden durch das Tragen von Hörgeräten dar.

Der Beschwerdeführer ist Rechtshänder. Vorliegend hat der Beschwerdeführer den teilweisen Verlust des Daumenendgliedes und die Faustschlussstörung des Zeigefingers der linken "schwächeren" Hand zu beklagen. Die Verletzung von Gliedmassen der "schwachen" Hand werden erfahrungsgemäss als weniger gravierend empfunden, als wenn es Finger der "dominierenden" Hand betreffen würde. Anders als etwa eine entstellende Gesichtsverletzung oder eine sich auf die Art der Fortbewegung auswirkende Verletzung der unteren Extremitäten erregen eine Handverletzung in oben umschriebenen Sinne und das Tragen von Hörgeräten keine besondere Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit und sind daher nicht speziell geeignet, das Selbstwertgefühl des Verletzten zu tangieren oder sich anders auf die Psyche auszuwirken.

Man kann die Auffassung vertreten, dass bei einem Menschen, dessen wichtigstes Arbeitswerkzeug die Körperkraft ist, Verletzungen beider Hände objektiv als schwerwiegender empfunden werden, als von einem Menschen, der bei seiner Erwerbstätigkeit nicht primär auf die Hände angewiesen ist. Der besonderen Art der Verletzungen kommt aus objektiver Sicht aber auch in diesem Fall kein ausschlaggebendes Gewicht zu.

Die Schwere und besondere Art der Verletzungen sind daher erfahrungsgemäss nicht besonders geeignet, psychische Fehlentwicklungen auszulösen, zumindest kommt ihnen kein derartig ausschlaggebendes Gewicht zu, dass allein ihretwegen die Adäquanz zu bejahen wäre.

e) Am 25. Januar 1994 wurde anlässlich der ärztlichen SUVA-Abschlussuntersuchung durch Dr. X. eine weitere Behandlungsbedürftigkeit bis auf weitere ORL-Kontrollen und Hörgeräteanpassungen verneint (SUVA Act. 60, 62). Weitere (andere) ärztliche Behandlungen wurden in der Folge abgelehnt (vgl. SUVA Act. 82). Später erfolgte Untersuchungen dienten der Abklärung der Leistungsansprüche, nicht der Weiterbehandlung der Unfallschäden. Die ärztliche Behandlung dauerte somit etwa 26 Monate.

Die Rehabilitationsklinik D. erachtete den Beschwerdeführer am 4. Oktober 1993 nach einer allfälligen Einarbeitungszeit in eine neue, angepasste Arbeit als zumindest wieder teilarbeitsfähig (SUVA Act. 41 f.). Am 8. November 1993 erachtete die SUVA den Beschwerdeführer für leichte, die Hände wenig belastende Arbeit per 22. November 1993 als voll arbeitsfähig (SUVA Act. 52 u. 55). Im Abschlussbericht attestierte Dr. X. (SUVA Act. 60) dem Beschwerdeführer eine volle Arbeitsfähigkeit für körperlich leichte bis mittelschwere Arbeit. Der Beschwerdeführer war demnach unfall-physisch bedingt bereits nach rund einem Jahr wieder arbeitsfähig.

Die Behandlungsdauer und die Dauer der Arbeitsunfähigkeit sind daher nicht derart ungewöhnlich lange, als dass sie geeignet wären, die Adäquanz zwischen dem Unfall und der psychischen Fehlentwicklung zu bejahen.

f) Sodann sind keine objektivierbaren körperlichen Dauerschmerzen oder eine ärztliche Fehlbehandlung feststellbar. Sodann liegt kein besonders schwieriger Heilungsverlauf mit erheblichen Komplikationen vor.

Da keinem der aufgezeigten Einzelkriterien ein besonderes bzw. ausschlaggebendes Gewicht zukommt, muss daher der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der psychischen Fehlentwicklung verneint werden.

Aus Gesagtem ergibt sich sodann, dass nicht näher zu prüfen ist, ob die bleibenden Atembeschwerden Folge der psychischen Fehlentwicklung sind (vgl. E. 6b).

10. Bei der Bemessung des Invaliditätsgrades ist die Vorinstanz - wie aufgezeigt - zu Recht von einem unfallursächlichen Beschwerdebild, umfassend eine nicht erhebliche Hochtoninnenohr-Schwerhörigkeit, einen Tinnitus sowie Restbeschwerden am linken Zeigefinger ausgegangen. Der teilweise Verlust des linken Daumenendgliedes wurde in diesem Zusammenhang zu Recht als nicht erheblich betrachtet.

Die Vorinstanz hat für die Bemessung des Invalideneinkommens, ausgehend vom als unfallkausal anerkannten Beschwerdebild, Abklärungen bei der V. AG und der M. AG getätigt. Diese sind nicht zu beanstanden. Insbesondere verunmöglicht das Tragen eines Hörapparates bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage nicht eine Anstellung bzw. die Verwertung der Arbeitskraft. Die Bemessung des Valideneinkommens wurde zu Recht nicht beanstandet.

Dem Beschwerdeführer steht demnach keine Invalidenrente nach UVG zu.

**Nr. 39 UV. Art. 21 UVG. Anspruch auf Heilbehandlungskosten nach Festsetzung einer Rente (E. 4, 8). HWS-Syndrom ("Schleudertrauma"). Natürliche und adäquate Kausalität bei HWS-Syndrom (E. 5 - 7). Bereits eine niedrige Aufprallgeschwindigkeit bei einem Auffahrunfall kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung wegen des durch den Aufprall verursachten Beschleunigungsmechanismus zu einer erheblichen Verletzung der Muskulatur führen.**

Obergericht, 13. Juni 1997, OG V 95 28 (siehe Nr. 29)

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Im angefochtenen Einsprache-Entscheid wurde der Beschwerdeführerin eine unbefristete 50 %ige Invalidenrente zugesprochen, der Antrag auf eine Erhöhung der Integritätsentschädigung auf 40 % sowie die Übernahme von Heilbehandlungskosten nach dem Rentenbeginn wurden abgewiesen. Vor Obergericht ist einzig die Übernahme von Heilbehandlungskosten strittig. Der nicht angefochtene Teil des Einsprache-Entscheidens ist in Rechtskraft erwachsen.

4. Art. 21 UVG umschreibt die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit nach Festsetzung der Rente Leistungen nach Art. 10 - 13 UVG in Betracht kommen und gegebenenfalls (wieder) zugesprochen werden können (BGE 116 V 45 E. 3b). Demnach hat der an einer Berufskrankheit leidende Rentner voraussetzungslos einen Heilbehandlungsanspruch (lit. a), wogegen die übrigen Tatbestände in unterschiedlichem Masse eine erwerbliche (lit. b und c) oder gesundheitliche (lit. d) Eingliederungswirksamkeit voraussetzen.

a) Weder leidet die Beschwerdeführerin an einer Berufskrankheit (lit. a), noch ist sie erwerbsunfähig (lit. d), noch handelt es sich vorliegend um einen Rückfall (Wiederaufflackern einer vermeintlich geheilten Krankheit, BGE 105 V 35 E. 1c) oder Spätfolgen (scheinbar geheiltes Leiden bewirkt im Verlaufe längerer Zeit organische oder psychische Veränderungen, die zu einem oft völlig anders gearteten Krankheitsbild führen, a.a.O.) (lit. b). Somit scheidet die anspruchsbegründenden Tatbestände des Art. 21 Abs. 1 lit. a, b und d UVG von vornherein aus.

b) Wenn die Rentenbezügerin dauernd der Behandlung und der Pflege bedarf, damit ihre verbleibende Erwerbsfähigkeit erhalten werden kann, hat sie gemäss lit. c Anspruch auf eine Heilbehandlung. Der Ausdruck "dauernd" darf dabei nicht eng im Sinne von "ununterbrochen", sondern er muss weit im Sinne von "voraussichtlich immer oder doch für lange Zeit" verstanden werden: Somit hat die Rentenbezügerin auch Anspruch auf die Heilbehandlung, wenn sie nur von Zeit

zu Zeit intermittierend, aber eben doch immer wieder, Behandlung und Pflege braucht (Alfred Maurer, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 2. Aufl., Bern 1989, § 18 2c).

c) Sind die Voraussetzungen nach Art. 21 UVG erfüllt und kommen somit Leistungen nach Art. 10 -13 UVG in Betracht, sind die weiteren Voraussetzungen hierfür zu prüfen. Der Versicherer ist insbesondere nur soweit zur Leistungsübernahme verpflichtet, als dass die angebehrte Leistung eine zweckmässige Behandlung der Unfallfolgen darstellt (Art. 10 Abs. 1 UVG). Vorausgesetzt ist auch, dass zwischen dem schädigenden Ereignis (Unfall) und der zu behandelnden Gesundheitsschädigung sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang besteht (BGE 122 V 417).

5. Vorliegend ist nicht klar, ob die Beschwerdegegnerin die Kausalität zwischen dem Unfallereignis vom 9. September 1990 und dem von Prof. Dr. M. und Dr. W. diagnostizierten Beschwerdebild in Frage stellt: In ihrer Stellungnahme vom 10. Oktober 1995 (S. 4 unten) führt sie einerseits aus, sie habe das Bestehen eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhanges anerkannt. Anlässlich der Rentenfestsetzung ist von einem adäquat kausalen Beschwerdebild, wie es Dr. J. diagnostiziert hatte, ausgegangen worden. Gleichzeitig wird der Hinweis gemacht, dass die weiteren Ausführungen in der Stellungnahme zur Berichtigung des Bildes dienen. In der Duplik vom 11. Dezember 1995 wird der Kausalzusammenhang zumindest einzelner Beschwerden, wie etwa den Nackenbeschwerden, offenbar bestritten.

Es fragt sich zumindest, ob die Beschwerdegegnerin die Frage der Kausalität erneut zur Disposition stellen kann. Da der Anspruch auf Übernahme von Heilbehandlungskosten nach Festsetzung der Rente ein selbständiger Anspruch ist, sind dessen Voraussetzungen unabhängig der Entscheidungsgründe für die Rentenzusprechung zu prüfen. Es ist nachfolgend vorab die Frage der Kausalität zu prüfen.

6. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise bzw. nicht zur gleichen Zeit eingetreten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Unfall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität des Versicherten beeinträchtigt hat, der Unfall mit anderen Worten als Teilursache nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfielen (BGE 118 V 289 E. 1b, 117 V 360 E. 4a m.H.). Für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs genügt im Sozialversicherungsrecht in der Regel der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Die Unfallkausalität muss somit nicht mit (medizinisch-) wissenschaftlicher Genauigkeit zwingend nachgewiesen sein; allerdings genügt die blosser Möglichkeit eines Zusammenhangs für die Begründung eines Leistungsanspruches nicht (BGE 118 V 289 f. E. 1b, 117 V 379 E. 3e). Eine massgebliche Teilursache des Unfalles genügt. Beim Vorliegen eines krankhaften Vorzustandes ist ein Unfall natürlich kausal, wenn dem Unfall eine bleibende richtungsweisende Verschlimmerung des zuvor bestandenen Vorzustandes zukommt.

a) Der natürliche Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit ist in der Regel zu bejahen, wenn ein Schleudertrauma diagnostiziert ist und ein für diese Verletzung typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden (wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen usw.) vorliegt (BGE 117 V 360 f. E. 4 b = RKUV 1991 S. 98). Die geklagten Beschwerden müssen medizinisch einer erfassbaren gesundheitlichen Beeinträchtigung zugeschrieben werden können. Die Tatsache, dass der im Zusammenhang mit einer Halswirbelsäulenverletzung sich manifestierende Beschwerdekomples mitunter noch andere Ursachen haben kann, darf indessen nicht von vornherein zur Verneinung der natürlichen Kausalität führen, da der Unfall als eine Teilursache für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhanges genügt.

b) Zur Feststellung des natürlichen Kausalzusammenhanges ist die Verwaltung bzw. der Richter bisweilen auf Angaben ärztlicher Experten angewiesen. Bei Gerichtsgutachten weicht der

Richter nicht ohne zwingende Gründe von der Einschätzung des medizinischen Experten ab. Ein Abweichen kann aber unter anderem angezeigt sein, wenn die Gerichtsexpertise widersprüchlich ist (vgl. BGE 118 V 290 E. 1b, 112 V 32 f. E. 1a). Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (RKUV 1991 S. 312).

Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten mechanischen Beschwerden mit Schmerzen, Blockierungen und Verspannungen im Nackenbereich, z. T. bis Lumbalwirbelsäule ausstrahlend, zeigen gemäss den Gutachtern ein klinisches Korrelat und entsprechen einer Arthrose im Atlantookzipitalgelenk rechts, welche unmittelbar nach dem Unfall radiologisch noch nicht festgestellt werden konnte. Aus diesem Grund ist der Gutachter mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer posttraumatischen Arthrose ausgegangen. Die von der Beschwerdeführerin geklagten Konzentrationsstörungen, das Flimmern vor den Augen, das Einschlafen der Hände und Füsse, das Knieschlottern und die Müdigkeit sind neben dem objektiven Befund weitere typische Symptome des Beschleunigungsmechanismus (vgl. BGE 117 V 360 f. E. 4b; Jürg Senn, Das "Schleudertrauma" der Halswirbelsäule - Bemerkungen zum Stand der Diskussion, Sonderdruck aus SZS 40/1996, Heft 3, S. 18 ff.).

Prof. Dr. M. und Dr. W. diagnostizieren ein chronisches zervikovertebrales Schmerzsyndrom (= Zervikobrachialsyndrom; Sammelbezeichnung für sensible, motorische und vegetativ-trophische Störungen im Bereich des Halses, des Schultergürtels und der oberen Extremitäten; auch das HWS-Syndrom fällt darunter) bei dringendem Verdacht auf posttraumatische Arthrose des rechten Atlantookzipitalgelenkes und bei möglicher leichter horizontaler Instabilität zwischen Halswirbelkörper 4 und 5, eine diffuse psychovegetative Symptomatik und eine generalisierte Hypermotilität (pathologische Steigerung der Motorik mit z.T. unwillkürlich ablaufenden Bewegungen). Damit stimmt ihre Diagnose im Wesentlichen mit der von Dr. J., Schulthessklinik Zürich, (Gutachten vom 16.07.1993, Beleg Nr. 34 BG) und Hausarzt Dr. A. (Beleg Nr. 1, 2, 4 etc. BG) überein, geht jedoch mehr ins Detail.

Die Gutachter Prof. Dr. M. und Dr. W. (Gutachten, S. 9 f.), aber auch Dr. J. (Gutachten vom 16.7.93, Antwort 5) kommen zum Schluss, dass zwischen dem Unfall und dem diagnostizierten Beschwerdebild ein Kausalzusammenhang besteht. Dabei wird von den Gerichtsgutachtern die konstitutionelle generalisierte Hypermotilität und die möglicherweise vorliegende prämorbid Persönlichkeitskonstellation als möglicherweise vorliegender krankhafter Vorzustand berücksichtigt, jedoch nicht als wesentlich betrachtet.

Auch wenn bei der Beschwerdeführerin unmittelbar am Unfallort keine schweren Verletzungen festgestellt worden sind, und diese nach dem Unfall die Fahrt fortgesetzt hat, kann daraus nicht geschlossen werden, das diagnostizierte Beschwerdebild sei nicht unfallkausal. Denn in der Regel treten die Symptome verzögert auf, und zwar mit einer Latenzzeit bis zu 72 Std. Es gibt sodann Untersuchungen, welche über eine Latenzzeit von mehreren Tagen bis Wochen, ja sogar Monaten und Jahren berichten (Jürg Senn, a.a.O., S. 13 f. m.H.). Zudem sollen HWS-Patienten gemäss Fellmann ihre Einschränkungen selber erst bagatellisieren (Isabelle Fellmann, Neuropsychologische Folgen bei HWS-Traumen, in: Proceedings, Folgen von HWS-Traumen und ihre Beurteilung, Arbeitstagung der SVNP, Bern, Juni 1995, S. 26). Die Beschwerdeführerin suchte den Hausarzt innerhalb von 24 Stunden nach dem Unfall wegen Nackenschmerzen auf (Schreiben Dr. A. vom 10.09.1990, Beleg Nr. 2 BG).

Zusammenfassend wird festgestellt, dass das Gutachten von Prof. Dr. M. und Dr. W. auf allseitigen Untersuchungen beruht. Es berücksichtigt die geklagten Beschwerden, ist in Kenntnis der Vorakten und in Auseinandersetzung mit denselben abgegeben worden und ist in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und Zustände einleuchtend. Auch die Schlussfolgerungen sind nachvollziehbar. Insbesondere machen die Gutachter auch nicht auszuräumende Unsicherheiten und Unklarheiten, welche ihnen die Beantwortung der Fragen erschwerten, deutlich (vgl.

zum Beweiswert medizinischer Gutachten: Ulrich Meyer-Blaser, Rechtliche Vorgaben an die medizinische Begutachtung, in: Schaffhauser/Schlauri, Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, Veröffentlichungen des schweizerischen Institutes für Verwaltungskurse an der Universität St. Gallen, Band 42, St. Gallen 1997, S. 23 f.). Es sind somit keine zwingenden Gründe für ein Abweichen von den Schlüssen im Gerichtsgutachten erkennbar.

Die natürliche Kausalität zwischen dem Unfall und dem von den Gerichtsgutachtern dargestellten Beschwerdebild ist zu bejahen.

7. Im Unterschied zur Frage der natürlichen Kausalität ist die Frage nach dem adäquaten Kausalzusammenhang eine Rechtsfrage und daher nicht nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beantworten (BGE 112 V 33 E. 1b).

a) Ein Schleudertrauma der Halswirbelsäule in der charakteristischen Erscheinungsform einer Häufung von typischen Beschwerden ist, selbst wenn die festgestellten Funktionsausfälle organisch nicht nachweisbar sind, nach der Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichtes nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet, eine Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit zu verursachen. Dabei ist nicht entscheidend, ob die im Anschluss an ein Schleudertrauma auftretenden Beschwerden aus medizinischer Sicht eher als organischer und/oder psychischer Natur bezeichnet werden (BGE 117 V 363 f. E. 5d/aa = RKUV 1991 S. 98). Für organisch nicht nachweisbare Funktionsausfälle rechtfertigt es sich im Einzelfall, die Methode, welche für die psychischen Störungen entwickelt worden ist, analog anzuwenden (BGE 117 V 365). Es ist nach dieser Rechtsprechung für die Bejahung des adäquaten Kausalzusammenhanges entscheidend, dass dem Unfall für die Entstehung der Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit eine massgebende Bedeutung zukommt, der Unfall also eine gewisse Schwere aufweist, bzw. ernsthaft ins Gewicht fällt (näher hierzu: BGE 115 V 140 f. E. 6).

Bei Schleudertraumen der HWS wird für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhanges auf eine Differenzierung zwischen physischen und psychischen BeschwerdekompONENTEN verzichtet. Massgebend ist somit einzig, dass ein solches Trauma diagnostiziert wurde, ein typisches Beschwerdebild mit einer Häufung von Beschwerden besteht und der Unfall objektiv eine gewisse Schwere aufweist (BGE 117 V 367). Wenn sich das Unfallgeschehen nicht mehr genau rekonstruieren lässt, ist auf die erlittenen Verletzungen abzustellen (unveröffentlichter EVGE vom 31.12.1991, U7/89, zitiert in Jürg Senn, a.a.O., S. 12 Fn 42).

b) Vorliegend sind die mechanischen Beschwerden mit Schmerzen, Blockierung und Verspannung im Nackenbereich organisch nachgewiesen (Arthrose). Die Konzentrationsstörungen, das Flimmern vor den Augen, das Einschlafen von Händen und Füßen, das Knieschlottern und die Müdigkeit sind organisch nicht nachgewiesen (nicht fassbare offenbare Hirnleistungsstörungen).

c) Die Beschwerdeführerin sass in einem stillstehenden Fahrzeug, in welches ein anderes Fahrzeug hineinfuhr. Gemäss den Aussagen des auffahrenden Fahrzeuglenkers soll er mit ungefähr 80 km/h gefahren sein. Aus dem Polizeibericht ergibt sich sodann eine Bremsspur von ca. 15 m. Wie hoch die Aufprallgeschwindigkeit gewesen ist, ist nicht erstellt. Der Unfallhergang lässt sich somit nicht genau rekonstruieren. Dies ist vorliegend jedoch nicht erforderlich, denn bereits eine niedrige Aufprallgeschwindigkeit kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung wegen des durch den Aufprall verursachten Beschleunigungsmechanismus zu einer erheblichen Verletzung der Muskulatur führen (Jürg Senn, a.a.O., S. 11 f.; vgl. auch SVR-Rechtsprechung 1995 UV Nr. 37; Aufprallgeschwindigkeit von ca. 50 km/h).

Das Unfallereignis kann zusammenfassend aber nicht als besonders schwer und auch nicht als besonders leicht bezeichnet werden. Es ist dementsprechend als mittlerer Unfall zu bezeichnen. Der Heilungsverlauf hat sich als schwierig herausgestellt. Die Heilbehandlungsdauer betrug mindestens 3 ¼ Jahre (Datum des Unfallereignisses vom 14.09.1990 bis Datum des Rentenbeginns 1.01.1994). Die Beschwerdeführerin ist bis auf weiteres zu 50 % arbeitsunfähig. Sie leidet seit dem Unfall konstant an Nackenbeschwerden, welche sich - wie bereits ausgeführt - objektiv-

ren lassen und sich gemäss Aussagen der Beschwerdeführerin bei starker geistiger Konzentration verstärken. Sodann leidet die Beschwerdeführerin an Konzentrationsstörungen, Flimmern vor den Augen, Einschlafen der Hände und Füsse, Knieschlottern und Müdigkeit.

Gesamthaft gesehen ist daher die Adäquanz zu bejahen.

8. Es bleibt somit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin zur Erhaltung ihrer verbliebenen Erwerbsfähigkeit dauernd der Behandlung und der Pflege bedarf.

Gegen die chronischen Beschwerden der Beschwerdeführerin sind gemäss der Auffassung von Prof. Dr. M. und Dr. W. sowie dem Hausarzt Dr. A. physiotherapeutische Behandlungen nach wie vor wirksam, und bei einem Unterbruch der Behandlung würde es zu einer Verschlechterung des Zustandes kommen. Die Behandlungsbedürftigkeit wird als dauerhaft im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. c UVG bezeichnet, wobei sich die Anzahl der Behandlungen nicht im Voraus fixieren lässt. Auch bei maximaler Ausschöpfung der Selbstbehandlungsmöglichkeiten erachten die Gerichtsgutachter einen gewissen Bedarf an einer Physiotherapie zur Erhaltung der bestehenden Teilarbeitsfähigkeit als ausgewiesen. Dies ist nicht zu beanstanden.

Daraus ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin grundsätzlich Anspruch auf Pflegeleistungen und Kostenvergütungen gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. c UVG hat.

**Nr. 40 Arbeitslosenversicherung. Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG. Genügende persönliche Bemühungen um zumutbare Arbeit. Die Verhütung von Arbeitslosigkeit erfolgt durch rechtzeitig einsetzende, intensive persönliche Arbeitsbemühungen, allenfalls schon während der Kündigungsfrist. Es genügt nicht, sich nur auf Stellenvermittlungsbüros und/oder auf die Hilfe von Personen aus dem Bekanntenkreis zu beschränken.**

Obergericht, 7. Mai 1997, OG V 97 10

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Nach Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG ist der Versicherte in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er sich persönlich nicht genügend um zumutbare Arbeit bemüht. Gemäss dem im Sozialversicherungsrecht verankerten Grundsatz der Schadenminderungspflicht hat ein Versicherter alles ihm Zumutbare vorzukehren, um den Eintritt des Versicherungsfalles zu verhüten bzw. den Schaden zu mindern. Er ist verpflichtet, nicht erst nach eingetretener Arbeitslosigkeit, sondern vielmehr auch im Wissen um die eintretende Arbeitslosigkeit, eine neue Stelle zu suchen und entsprechende Stellenbewerbungen vorzunehmen (Art. 17 Abs. 1 AVIG). Es handelt sich hierbei um die gesetzliche Festschreibung der Schadenverhütungs- und -minderungspflicht des Versicherten (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bern 1987, N 6 zu Art. 17 m.H.). Die Verhütung von Arbeitslosigkeit erfolgt dabei durch rechtzeitig einsetzende, intensive, persönliche Arbeitsbemühungen des Versicherten, d.h. durch Arbeitsbemühungen allenfalls schon während der Kündigungsfrist, um möglichst Beschäftigungslücken nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden (Gerhard Gerhards, a.a.O., N 7 zu Art. 17). Der Versicherte muss seine Bemühungen nachweisen können (Art. 17 Abs. 1 AVIG, Art. 20 Abs. 1 AVIV). Die persönlichen Arbeitsbemühungen eines Versicherten werden in der Regel recht streng beurteilt (Gerhard Gerhards, a.a.O., N 14 zu Art. 17).

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe ihre angekündigte Arbeitslosigkeit den Bekannten und Arbeitskollegen in der Region, darunter zwei Geschäftsinhabern, mitgeteilt und vorerst mündlich um Arbeit nachgefragt. Auch habe sie ein Personalvermittlungsunternehmen mit der Stellensuche beauftragt. Weil die Bemühungen aus dem Bekanntenkreis zu keinem Erfolg geführt hatten, habe sie angefangen, schriftliche Bewerbungen an alle im Telefonbuch aufgeführten Malergeschäften im Kanton Uri zu verfassen.

Zum Letzteren ist vorweg festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Bewerbungsschreiben alle mit dem Datum vom 17. Dezember 1996 versehen sind.

Kern der Pflicht des Versicherten, alles Zumutbare zu unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen, sind die persönlichen Arbeitsbemühungen des Versicherten selbst. Im Gegensatz zu manchen Regelungen im Ausland darf der Versicherte nicht auf die Zuweisung einer Stelle durch das Arbeitsamt warten; er hat vielmehr alle sich bietenden und zumutbaren Möglichkeiten, eine Stelle zu finden, voll auszuschöpfen (Gerhard Gerhards, a.a.O., N 12 zu Art. 17). Diese Eigeninitiative des Versicherten hat sich, wenn nötig (z.B. bei geringem Stellenangebot im eigenen, angestammten Berufsbereich), auch auf ausserberufliche Arbeitsgelegenheiten zu erstrecken, allerdings unter Beachtung der Zumutbarkeitsregeln (Gerhard Gerhards, a.a.O., N 13 zu Art. 17). In dem per 1. Januar 1996 revidierten Gesetz wird der Grundsatz der Schadenminderungspflicht noch verstärkt. Art. 16 AVIG regelt die Zumutbarkeit neu. Gemäss Art. 16 Abs. 1 AVIG muss der Versicherte zur Schadenminderung grundsätzlich jede Arbeit unverzüglich annehmen. Es gilt grundsätzlich jede Arbeit als zumutbar.

Beschränkt sich ein Versicherter bei der Stellensuche vorwiegend auf die Kontaktnahme mit einer beschränkten Anzahl guter Stellenvermittlungsbüros und verlässt er sich auf die Mithilfe von Personen aus seinem Geschäfts- und Freundeskreis, genügt dies in keinem Fall der gesetzlichen Pflicht, sich persönlich um Arbeit zu bemühen (ARV 1979 Nr. 28).

Als Ausfluss der Schadenminderungspflicht hat der Versicherte bereits in der Kündigungsfrist Stellenbemühungen vorzunehmen (ARV 1982 Nr. 4), respektive vor der Meldung beim Arbeitsamt (ARV 1981 Nr. 29).

Die persönliche Bemühung um Arbeit stellt eine unmittelbare Verpflichtung des Versicherten dar. Um zu prüfen, ob seine Bemühungen ausreichend waren, genügt es nicht, von ihm den Nachweis einer bestimmten Anzahl Bewerbungen zu verlangen, denn nicht nur die Quantität, sondern auch die Qualität der Bewerbungen ist von Bedeutung (z.B. persönliche Vorsprache beim Arbeitgeber im Vergleich zu bloss schriftlicher oder sogar nur telefonischer Bewerbung). Wenn jedoch dem Versicherten grössere Anstrengungen in quantitativer Hinsicht hätten zugemutet werden können, ist er wegen ungenügender persönlicher Bemühungen um Arbeit in der Anspruchsberechtigung einzustellen (ARV 1977 Nr. 33). In der der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestandenen Zeit vom 1. November bis 17. Dezember 1996 hat sie sich gemäss dem Nachweisformular bis 15. Dezember 1996 um zwei Arbeitsstellen bemüht (vgl. Art. 20 Abs. 1 AVIV). Die dort enthaltenen Bewerbungen sind allerdings ebenfalls mit Bewerbungsdatum 17. Dezember 1996 aufgeführt. Zu Gunsten der Beschwerdeführerin und in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin wird von diesen zwei Arbeitsbewerbungen ausgegangen. Mit nur zwei nachgewiesenen Arbeitsbewerbungen hat sich die Beschwerdeführerin in quantitativer Hinsicht aber zu wenig intensiv persönlich um eine neue Stelle bemüht.

Die Beschwerdeführerin ist deshalb gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG in der Anspruchsberechtigung einzustellen.

**Nr. 41 Arbeitslosenversicherung. Art. 59 Abs. 1 und 3 AVIG. Die Grenze zwischen von der Arbeitslosenversicherung nicht zu übernehmender Grund- und allgemeiner beruflicher Weiterbildung und Umschulung und Weiterbildung im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinne ist fließend. Entscheidend ist, welche Aspekte im konkreten Fall unter Würdigung aller Umstände überwiegen.**

Obergericht, 9. Dezember 1997, OG V 97 80

**Aus den Erwägungen:**



2. Streitig ist vorliegend, ob die Arbeitslosenversicherung Leistungen an den vom Beschwerdeführer beabsichtigten Kursbesuch zu erbringen hat.

Gemäss Art. 1 Abs. 2 AVIG gehört zu den Zielen des Gesetzes, durch arbeitsmarktliche Massnahmen zugunsten von versicherten Personen drohende Arbeitslosigkeit zu verhüten und bestehende zu bekämpfen. Diesem Zwecke dienen die sogenannten Präventivmassnahmen (Art. 59 - 75 AVIG). Die Arbeitslosenversicherung fördert durch finanzielle Leistungen die Umschulung, Weiterbildung oder Eingliederung von Versicherten, deren Vermittlung aus Gründen des Arbeitsmarktes unmöglich oder stark erschwert ist (Art. 59 Abs. 1 AVIG). Die Umschulung, Weiterbildung oder Eingliederung muss die Vermittlungsfähigkeit verbessern (Art. 59 Abs. 3 AVIG). Die Grundausbildung und die allgemeine Förderung der beruflichen Weiterbildung sind dagegen nicht Sache der Arbeitslosenversicherung (BGE 112 V 398 E. 1a m.H.). Dies gerade im Hinblick auf die Zweckgebundenheit der Mittel des Arbeitslosenversicherungsfonds und aus der Überlegung, dass eine Weiterbildung auf Kosten der sozialpartnerschaftlich finanzierten Arbeitslosenversicherung nicht an die Stelle der üblichen Berufsbildung treten darf (BGE 111 V 275 E. 2d). Deren Aufgabe ist es lediglich, in gewissen Fällen durch konkrete Eingliederungs- oder Weiterbildungsmassnahmen eine bestehende Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder eine drohende zu verhindern. Dabei muss es sich um Vorkehrungen handeln, welche dem Versicherten erlauben, sich dem industriellen und technischen Fortschritt anzupassen (BGE 111 V 274 E. 2b).

Voraussetzung für den Anspruch auf Leistungen der Versicherung an die Umschulung, Weiterbildung oder Eingliederung ist in jedem Fall das Vorliegen einer arbeitsmarktlichen Indikation. Dies bedeutet, dass Präventivmassnahmen nur einzusetzen sind, wenn die Arbeitsmarktlage dies unmittelbar gebietet. Dadurch soll verhindert werden, dass Leistungen zu Zwecken in Anspruch genommen werden, die nicht mit der Arbeitslosenversicherung in Zusammenhang stehen (Botschaft des Bundesrates zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 2.07.1980; BBl 1980 III 610 f.). Das Gesetz bringt diesen Gedanken, wie erwähnt, in Art. 59 Abs. 1 und 3 zum Ausdruck, wonach die Versicherung die Umschulung, Weiterbildung oder Eingliederung nur dann durch finanzielle Leistungen fördert, wenn die Vermittlung des Versicherten aus Gründen des Arbeitsmarktes unmöglich oder stark erschwert ist und die Umschulung, Weiterbildung oder Eingliederung die Vermittlungsfähigkeit verbessert (BGE 112 V 398 E. 1a, 111 V 271 ff. und 400 E. 2b).

Die Grenze zwischen Grund- und allgemeiner beruflicher Weiterausbildung einerseits, Umschulung und Weiterbildung im arbeitslosenversicherungsrechtlichen Sinne andererseits ist aber fließend (BGE 108 V 166). Da ein und dieselbe Vorkehrung beiderlei Merkmale aufweisen kann und namentlich praktisch jede Massnahme der allgemeinen Berufsbildung auch der Vermittlungsfähigkeit des Versicherten auf dem Arbeitsmarkt zugute kommt, ist entscheidend, welche Aspekte im konkreten Fall unter Würdigung aller Umstände überwiegen (BGE 111 V 274 E. 2c und 400 E. 2b; BGE 108 V 165 E. 2c m.H.). Die Zahl der zu berücksichtigenden Abgrenzungskriterien ist dabei nicht abgeschlossen. Im Vordergrund stehen etwa: Dauer des Kurses (in der Regel beschränkt auf die Dauer des Taggeldanspruchs); Motivation des Versicherten: Handelt es sich beim beantragten Kurs um die Realisierung eines unabhängig von der Arbeitslosigkeit gehegten Berufswunsches oder um eine adäquate Massnahme zur Beendigung der Arbeitslosigkeit?; Alter des Versicherten: Gerade bei jugendlichen Arbeitslosen soll vermieden werden, dass sie für ihre Erstausbildung Leistungen der Arbeitslosenversicherung beanspruchen; Berufsüblichkeit des Kurses: Ausgeschlossen sind nach Rechtsprechung auch Massnahmen, die üblicherweise an eine Grundausbildung angeschlossen werden oder die der Vervollständigung der Grundausbildung dienen, wie etwa die für das Medizinstudium notwendigen Praktika oder das Anwaltspraktikum im Anschluss an ein Rechtsstudium; Angemessenheit des Kurses: Der zeitliche und finanzielle Aufwand muss mit dem angestrebten Kursziel in einem vertretbaren Verhältnis stehen. Die Zustimmung zum Kursbesuch ist daher zu verweigern, wenn ein Kurs überdimensioniert ist, d.h. wenn die gebotene Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit auch durch einen günstigeren und/oder kürzeren Kurs erreicht werden kann (BIGA, Kreisschreiben über die arbeitsmarktlichen Massnahmen, gültig ab 1.06.1997, S. 31). Auch unter Berücksichtigung der erwähnten Kriterien besteht bei der Beantwortung der Frage, ob einer Vorkehrung der Charakter einer arbeitslosenversicherungsrechtlichen Umschulungs- oder Weiterbildungsmassnahme zukommt, ein beträchtlicher Beurteilungsspielraum

und es sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (BGE 111 V 277). Angesichts dieses Beurteilungsspielraumes der Verwaltung übt das Obergericht insoweit Zurückhaltung in der Überprüfung.

Von einem durch die Arbeitslosenversicherung finanzierten Kursbesuch muss erwartet werden können, dass er die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten verbessert (Art. 59 Abs. 3 AVIG). Nach Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts muss ein solcher Kurs spezifisch dafür bestimmt, geeignet und notwendig sein, die Vermittelbarkeit zu fördern. Es genügt nicht, dass die angebehrte Vorkehr für das weitere berufliche Fortkommen allgemein vorteilhaft ist. Ein bloss theoretisch möglicher, aber im konkreten Fall unwahrscheinlicher Vorteil hinsichtlich der Vermittlungsfähigkeit genügt den Anforderungen nach Art. 59 Abs. 3 AVIG nicht. Vielmehr muss die Wahrscheinlichkeit dargetan sein, dass die Vermittlungsfähigkeit durch eine im Hinblick auf ein konkretes berufliches Ziel absolvierte Weiterbildung im konkreten Fall tatsächlich und in erheblichem Masse gefördert wird. Es darf insoweit nicht die bildungsmässige, soziale oder wirtschaftliche Verbesserung im Vordergrund stehen, sondern die Verbesserung der Einsatzmöglichkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt (BGE 111 V 276; BIGA, a.a.O., S. 32 m.H.).

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe sich nach 3-monatiger Arbeitslosigkeit entschlossen, eine 1-jährige Vollzeitausbildung an der Handelsschule HVL Luzern zu besuchen. Damit wolle er seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt entscheidend verbessern. Mit einer kaufmännischen Zusatzausbildung in Kombination mit einer technischen Berufslehre als Hochbauzeichner könne er seine Vermittlungsfähigkeit verbessern und mit der kaufmännischen Zusatzausbildung auch in einem anderen Bereich tätig werden.

Unter dem Gesichtspunkt der sozialen Üblichkeit unter Berücksichtigung des Alters, der Motivation und der weiteren Lebensumstände des Versicherten ist, wie erwähnt, unter anderem zu prüfen, ob der Versicherte den Kurs auch besuchen würde, wenn er - bei im Übrigen gleichen Verhältnissen - nicht arbeitslos oder von Arbeitslosigkeit bedroht wäre (BGE 111 V 276). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass aus dem Formular "Anmeldung zur Arbeitsvermittlung" vom 23. Mai 1997 sowie insbesondere aus dem Formular "Antrag auf Arbeitslosenentschädigung" vom 30. Mai 1997 hervorgeht, dass der Beschwerdeführer bereits zu Beginn der Arbeitslosigkeit beabsichtigte, (im Herbst 1997) eine Berufsmaturaaufnahmeprüfung oder allenfalls eine Handelsschule zu absolvieren. Gemäss Angaben im zweiten Formular war die "benötigte Vorbereitungszeit für Berufsmaturaaufnahmeprüfung vom 14.05.1997 in Altdorf" Grund zur Kündigung des letzten Arbeitsverhältnisses. Heutzutage ist es für einen jungen Menschen auch durchaus üblich, dass nach einer technischen Grundausbildung noch eine kaufmännische Ausbildung (Handelsschule) absolviert wird. Das Obergericht ist daher der Ansicht, dass es sich hier um einen unabhängig von der Arbeitslosigkeit gehegten Berufswunsch des Beschwerdeführers handelt und nicht etwa um eine adäquate Massnahme zur Beendigung der Arbeitslosigkeit. Es steht die bildungsmässige, allenfalls soziale und wirtschaftliche Verbesserung im Vordergrund. Die Verbesserung der Einsatzmöglichkeiten auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt erscheint als wenn auch sehr positiver Nebeneffekt.

Im Weiteren ist bei Umschulungen/Weiterbildungen in arbeitsmarktlich gesättigte Branchen Vorsicht angezeigt (BIGA, a.a.O., S. 32). Aus der Pressemitteilung des BIGA vom 1. Oktober 1997 bezogen auf den Kanton Uri ist ersichtlich, dass von den total 299 Arbeitslosen deren 43 aus der Berufsgruppe Verwaltung/Büro stammen. Dies entspricht einem Anteil von 14.4 % der Arbeitslosen im Kanton Uri. Die Berufsgruppe Verwaltung/Büro ist damit die von der Arbeitslosigkeit am stärksten betroffene Berufsgruppe. Damit ist auch die notwendige Wahrscheinlichkeit der tatsächlich und in erheblichem Masse geförderten Vermittlungsfähigkeit nicht gegeben. Der angebehrte Kurs erscheint wohl für das weitere berufliche Fortkommen allgemein als vorteilhaft. Dies genügt aber nicht.

Unter Zugrundelegung der vorerwähnten Gesichtspunkte ist der arbeitslosenversicherungsrechtliche Weiterbildungs- oder Umschulungscharakter der kaufmännischen Zusatzausbildung vorliegend nicht ausgewiesen. Damit erweist sich die vorliegende Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

**Nr. 42 Raumplanung. Quartierrichtpläne sind mit dem kantonalen Recht vereinbar. Kognitionspflicht der gemeindlichen Baubehörde bei einem Gesuch, das ein Grundstück betrifft, das in der von der Gemeinde erlassenen Quartierrichtplanzone liegt (E. 6c, d).**

Obergericht, 3. Mai 1996, OG V 96 10 (siehe Nr. 21)

**Aus den Erwägungen:**

6. Der Beschwerdeführer erachtet den Erlass von einem Quartierrichtplan "X." als mit dem kantonalen Recht nicht vereinbar. Insbesondere sei es nicht zulässig, im Rahmen eines Quartierrichtplanes Ausnahmen betreffend des Grenz- und Strassenabstandes zu erlassen. Art. 31a Abs. 2 BauG, liesse ein Abweichen von den ordentlichen Bauvorschriften für Quartierüberbauungen nur dann zu, wenn der Quartierplan eine umweltfreundlichere Bauweise bringe. Dies sei vorliegend jedoch nicht gegeben.

a) Weder verbietet eine kantonale Vorschrift das Instrument der Quartierrichtplanung ausdrücklich, noch ist es mit dem in Art. 1 BauG statuierten Zweck unvereinbar (vgl. Art. 23 Abs. 3 BauG). Mit der Quartierrichtplanungspflicht sollen bestimmte Zielsetzungen, die der Gesetzgeber für eine bestimmte Zone festgeschrieben hat und die nur gesamthaft erreicht werden können, bewerkstelligt werden. In denjenigen Gebieten, in denen eine Quartierrichtplanungspflicht besteht, ist dies grundsätzlich Voraussetzung für die Erteilung einer Baubewilligung (vgl. Art. 90 Abs. 1 u. 5 BZO Altdorf). Ist der Quartierrichtplan durch die Grundeigentümer erarbeitet worden, ist dieser nicht behördenverbindlich (e contrario Art. 123 Abs. 3 BZO Altdorf). Diesfalls hat die Behörde vorfrageweise zu prüfen, ob der Quartierrichtplan die Grundsätze und Zielsetzungen zur Dorfkernzone einhält und die Erschliessung aufzeigt (Art. 90 Abs. 1 BZO Altdorf). Wird der Quartierrichtplan hingegen von der Gemeinde erlassen (Art. 90 Abs. 3 BZO Altdorf), ist dieser für die kommunale Behörde verbindlich, nicht aber für die Grundeigentümer (Art. 123 Abs. 3 BZO Altdorf). Dementsprechend sind die Verfahrensbestimmungen zum Erlass eines Quartierplanes oder Quartiergestaltungsplanes nicht zu berücksichtigen (vgl. Art. 120; Art. 90 Abs. 5 BZO Altdorf). Die betroffenen Grundeigentümer sind diesfalls vom Gemeinderat anzuhören (Art. 123 Abs. 3 BZO Altdorf). Erlässt der Gemeinderat Quartierrichtpläne, ist er im besonderen Masse verpflichtet, unter umfassender Interessenabwägung die Zielsetzungen zur Dorfkernzone möglichst zu realisieren.

b) Vorliegendes, strittiges Bauprojekt liegt in der Kernzone III. Diese dient der guten gestalterischen Eingliederung von Bauten und Anlagen im Sinne einer Dorfkernerweiterung (Art. 68 Abs. 4 BZO Altdorf). Der Einwohnergemeinderat hat besondere Sorgfalt auf die Eingliederung der künftigen Bauten und Anlagen in die gewachsenen Strukturen zu nehmen (Art. 86 Abs. 2 BZO Altdorf). Stellt nun der Einwohnergemeinderat fest, dass aus seiner Sicht ein Unterschreiten der Grenz- und/oder Strassenabstände wünschenswert ist, kann er dies entsprechend im Quartierrichtplan festhalten. Diesfalls hat er bereits zu prüfen, ob die von ihm gewünschten Ausnahmen von einzelnen Bauvorschriften - soweit zum Zeitpunkt der Errichtung des Quartierrichtplanes bereits ersichtlich - durch das öffentliche Interesse geboten sind, dementsprechend auch gestattet, und dabei keine überwiegenden Interessen der Nachbarn verletzt werden (Art. 14a Abs. 2 BauG). Die betroffenen Grundeigentümer sind diesfalls aber nicht verpflichtet, die Baute in Abweichung der ordentlichen Grenz- und/oder Strassenabstände zu errichten (vgl. immerhin Art. 90 Abs. 5 BZO Altdorf).

c) Ist nun ein Quartierrichtplan von der Einwohnergemeinde bereits beschlossen worden und wird ein entsprechendes Baugesuch eingereicht, ist der von der Gemeinde erlassene Quartierrichtplan für die kommunale Baubehörde insoweit verbindlich, als dass der Einwohnergemeinderat bereits eine für die Baukommission grundsätzlich verbindliche Interessenabwägung vorgenommen hat. Jedoch hat sie bei Vorliegen von Einsprachen zu prüfen, ob die hiebei geltend gemachten Rügegründe bzw. Interessen vom Einwohnergemeinderat bereits bei der von ihm vorgenommenen Interessenabwägung berücksichtigt worden sind. Ist dies nicht der Fall, hat sie die entsprechenden Voraussetzungen im Sinne von Art. 14a Abs. 2 BauG unter Mitberücksichtigung der neuen Rügen zu prüfen.

d) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers wird eine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 14a BauG nicht mit dem Erlass des Quartierrichtplanes erteilt, sondern vielmehr erst mit der Erteilung der entsprechenden Baugewilligung. Einspracheberechtigte Dritte können ihre Interessen somit ohne Rechtsnachteil anlässlich des Baugewilligungsverfahrens wahrnehmen. Der vom Beschwerdeführer angerufene Art. 31a Abs. 2 BauG findet daher auf Quartierrichtpläne keine Anwendung. Demgemäss verstösst weder Art. 90 BZO Altdorf noch dessen praktizierte Anwendung durch die kommunale Behörde gegen übergeordnetes Recht.

7. Aus Gesagtem ergibt sich auch, dass der Gemeinderat beim Erlass eines Quartierrichtplanes nur die unmittelbar direkt betroffenen Grundeigentümer anzuhören hat. Eigentümer von den Nachbargrundstücken sind durch den Erlass des Quartierrichtplanes nicht unmittelbar betroffen. Ihre Interessen können in rechtsgenügender Weise im Rahmen des konkreten Baugewilligungsverfahrens geltend gemacht werden (vgl. Art. 123 Abs. 3 BZO Altdorf; E. 6c).

**Nr. 43 Raumplanung. Art. 22 Abs. 2, Art. 24 RPG. Beurteilungskriterien für den Erlass einer Abbruchverfügung bei einer rechtswidrig erstellten Baute ausserhalb einer Bauzone.**  
Obergericht, 16. Juli 1996, OG V 96 6

#### **Aus den Erwägungen:**

2. b) ... Eine Abbruchverfügung ist rechtmässig, wenn eine nachträgliche Bewilligung für die rechtswidrig erstellte Baute bzw. erstellten Bauteile nicht erteilt werden kann und die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts berücksichtigt wurden.

Bei der Prüfung der Frage, ob eine nachträgliche Baugewilligung erteilt werden kann, ist bei einem Neu- oder Umbau ausserhalb der Bauzone zunächst zu prüfen, ob er zonenkonform ist und demnach eine ordentliche Bewilligung nach Art. 22 Abs. 2 Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG, SR 700) erteilt werden kann. Trifft dies nicht zu, stellt sich die Frage, ob der Neu- oder Umbau als Ausnahme i.S. von Art. 24 RPG zu bewilligen ist (BGE 116 Ib 229 E. 2; 115 Ib 297 m.H.). Vorliegend stellt sich dabei vorab die Frage, ob es sich bei den unbewilligten Bauteilen um eine teilweise Änderung i.S. von Art. 24 Abs. 2 RPG handelt (vgl. hierzu: Art. 30c Abs. 2 lit. b BauG; BGE 113 Ib 219, insbesondere E. 4d; 108 Ib 359 = Pra 72/1983 Nr. 35; unveröffentlichter BGE i.S. 1A.159/1994, 1A.167/1994, 1A.173/1994 vom 7. Juni 1995, E. 1d, Beilage 2 BF).

Soweit geprüft wird, ob eine Ausnahmegewilligung i.S. von Art. 24 Abs. 1 RPG, erteilt werden kann, ist auf die Ausführungen in E. 2b des regierungsrätlichen Entscheides zu verweisen. Ergänzend ist zu erwähnen, dass sich die Voraussetzungen dabei nach objektiven Massstäben beurteilen, es kann weder auf die subjektiven Vorstellungen und Wünsche des einzelnen noch auf die persönliche Zweckmässigkeit oder Bequemlichkeit ankommen. An den Nachweis der Standortgebundenheit sind strenge Anforderungen zu stellen. Der landwirtschaftliche Zweck darf nicht bloss Vorwand sein, um ein Bauvorhaben zu realisieren, das für die Bewirtschaftung des Bodens nicht erforderlich ist (BGE 121 II 68 f. E. 3a; 115 Ib 299 E. a; 108 Ib 133 f. E. 2, je m.H.). Dem ist bei einer hobbymässigen Bewirtschaftung besondere Beachtung zu schenken. Eine bestehende Baute vermag die Standortgebundenheit eines Neu- oder Umbaus (ausserhalb der Bauzone) nicht zu begründen (vgl. BGE 114 Ib 320 E. 4d; 113 Ib 222 E. 3 m.H.). Es genügt nicht, wenn der Neu- oder Umbau mit dem Zweck der bestehenden Baute vereinbar ist, vielmehr muss er notwendig sein. Für Wohnräume in Berggebieten bejaht das Bundesgericht die Standortgebundenheit nur dann, wenn für die ordnungsgemässe Bewirtschaftung ein längeres Verweilen am Ort der bewirtschafteten Fläche notwendig ist und diese von der nächstgelegenen Wohnzone - nicht zwingend dem tatsächlichen Wohnort entsprechend -, wobei bereits Weilerzonen darunter fallen können, weit entfernt liegt (BGE 108 Ib 133 f. E. 2; ZBI 85/1984 S. 80 f. E. 3a; ZBI 83/1982 S. 556 E. 4 m.H.; vgl. ferner BGE 121 II 311 f. E. 3b, 117 Ib 267 f. E. 2; 113 Ib 141 f. E. 5a).

Wird ein Baugesuch mit der betrieblichen Notwendigkeit der zu bewilligenden Baute für die Bewirtschaftung eines Grundstückes begründet, ist zu prüfen, ob das Grundstück tatsächlich bewirtschaftet wird. Auch ist zu prüfen, wer das Grundstück in der Tat bewirtschaftet. Wird das Grundstück durch einen Dritten bewirtschaftet, etwa weil er das Land gepachtet hat, ist weiter zu fragen, ob dieser Dritte für die Bewirtschaftung auf diese Baute angewiesen ist. Hat er etwa bereits auf einem nahegelegenen Grundstück eine entsprechende Baute, kann die "neue" Baute unter Umständen nicht als zonenkonform bzw. standortgebunden bezeichnet werden. Denn die betriebliche Notwendigkeit muss tatsächlicher praktischer Natur sein.

Kann eine nachträgliche Baubewilligung nicht erteilt werden, hat dies noch nicht zur Folge, dass die Bauten abgebrochen werden müssen. Es gilt - wie bereits ausgeführt -, die allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Prinzipien des Bundesrechts zu berücksichtigen. Betreffend die Grundsätze der Verhältnismässigkeit, des Schutzes des guten Glaubens und der Eigentumsgarantie kann auf BGE 111 Ib 221 ff. E. 6 m.H. verwiesen werden. Insbesondere kann sich ein Bauherr im Abbruchverfahren zwar selbst dann, wenn er nicht gutgläubig gehandelt hat, auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen, er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, den Interessen an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beilegen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenen Nachteile nicht oder nur in geringem Masse berücksichtigen.

**Nr. 44 Raumplanung. Abbruchverfügung. Eine Verfügung, welche auf einer rechtskräftigen früheren Verfügung beruht und diese lediglich vollzieht oder bestätigt, kann nicht mit der Begründung angefochten werden, die frühere Verfügung sei rechtswidrig; eine solche Rüge ist verspätet. Anwendungsfall, bei dem lediglich eine zweite Wiederherstellungsfrist mit der Androhung der konkreten Ersatzvornahme verfügt worden ist.**

Obergericht, 3. März 1997, OG V 96 60

#### **Aus den Erwägungen:**

2. Der angefochtene Beschluss des Regierungsrates bestätigt den Nichteintretensentscheid des Einwohnergemeinderates X. vom 19. September 1995. In diesem Entscheid trat die Einwohnergemeinde auf eine Beschwerde gegen eine Vollstreckungsverfügung mit der Begründung nicht ein, die vorgebrachten Rügen seien verspätet gewesen. Sie hätten in einem früheren Verfahren geltend gemacht werden können und müssen. Auf die Beschwerde wurde mit anderen Worten aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht eingetreten, was vom Regierungsrat geschützt worden ist. Eine materiell-rechtliche Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Rügen fand durch die Rechtsmittelbehörden nicht statt. Soweit die Vorinstanz in E. 6 des angefochtenen Beschlusses dennoch prüft, ob ein Verzicht auf Vollstreckung aus Gründen der Verhältnismässigkeit zulässig sei, kann dies lediglich als Eventualbegründung angesehen werden, führt sie doch in E. 5 zutreffend - wie noch zu zeigen ist - aus, dass alle Einwände die der Beschwerdeführer vorgebracht hat, nicht zu hören seien, weil sie sich gegen die materielle Rechtmässigkeit der (bereits in Rechtskraft erwachsenen) Vollstreckungsverfügung vom 27. Juni 1994 richten.

Der Beschwerdeführer rügt nicht etwa, die Vorinstanzen hätten mit der fehlenden materiellen Auseinandersetzung in ihren Entscheiden eine formelle Rechtsverweigerung begangen. Vielmehr rügt er die Unverhältnismässigkeit der Vollstreckungsmodalitäten: Das Abtragen des Terrains um 50 cm sei sachlich nicht gerechtfertigt. Diese Rüge ist aber, wie die Vorinstanz in E. 4 ihres Beschlusses zutreffend ausführt, verspätet.

3. Eine Verfügung, welche auf einer rechtskräftigen früheren Verfügung beruht und diese lediglich vollzieht oder bestätigt, kann nicht mit der Begründung angefochten werden, die frühere Verfügung sei rechtswidrig; eine solche Rüge ist verspätet (BGE 105 Ia 20 E. 3, 104 Ia 175, 88 I 265). Weder dürfen Verwaltungsentscheide immer wieder in Frage gestellt noch Beschwerdefris-

ten umgangen werden. Ein Ausnahme von diesem Grundsatz macht die Rechtsprechung dann, wenn der Beschwerdeführer die Verletzung unverzichtbarer und unverjährbarer Rechte rügt (a.a.O., BGE 100 Ia 296, 97 I 916, 93 I 351). Zu diesen Rechten gehören gemäss Rechtsprechung die persönliche Freiheit, die Religionsfreiheit (exklusive die Freiheit von Kultussteuern), die Ehefreiheit und die Niederlassungsfreiheit (vgl. BGE 97 I 911, 916). Dies trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Besondere Regeln gelten ferner für die Vollstreckung ausserkantonaler Entscheide (BGE 104 Ia 175 f., 102 Ia 195, 88 I 265 m.H.), was vorliegend ohnehin ausser Betracht fällt (vgl. zum Ganzen: Alfred Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, N 43 zu § 30 m.H.; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 308).

Die beim Einwohnergemeinderat angefochtene Verfügung der Baukommission vom 26. Juli 1995 erging, nachdem ihre Vollstreckungsverfügung vom 27. Juni 1994 in Rechtskraft erwachsen ist. Es wurde lediglich eine zweite Wiederherstellungsfrist mit Androhung der konkreten Ersatzvornahme verfügt. Dies nachdem die Frage der Wiederherstellungsmodalitäten bereits in der Verfügung vom 27. Juni 1994 rechtskräftig beurteilt worden ist, insbesondere auch der Umfang, in dem das Terrain herabgesetzt werden muss. Mit der im Anschluss an die Verfügung vom 26. Juli 1995 erhobenen Beschwerde konnte die Frage der Verhältnismässigkeit der Wiederherstellungsverfügung nicht mehr aufgeworfen werden (vgl. BGE 100 Ia 296 f. E. 2a und b, 97 I 916 E. 4 a und b). Der Umstand, dass der Regierungsrat die Berechtigung der fraglichen Wiederherstellungsaufgabe im Sinne einer Eventualbegründung geprüft hat, ändert daran nichts.

Auf die Rüge, die Wiederherstellungsmodalitäten seien unverhältnismässig, ist daher der Einwohnergemeinderat zu Recht nicht eingetreten.

**Nr. 45 Bodenverbesserung. Art. 703 ZGB. Art. 22<sup>ter</sup> BV. Verhältnismässigkeit einer Zwangsmitgliedschaft in einer Wassergenossenschaft in concreto bejaht.**  
Obergericht, 12. Juni 1997, OG V 96 30 (siehe Nr. 25)

#### **Aus den Erwägungen:**

4. Die Beschwerdeführer beanstanden, dass die beschwerdeführenden Nichtwasserbezüger zwangsweise in die Wassergenossenschaft B. einbezogen werden, evtl. sei diesen eine gesonderte Rechtsstellung zu gewähren. Nach ihrer Auffassung erweist sich der Einbezug als nicht notwendig. Die Wasserversorgung sei für die beschwerdeführenden Nichtwasserbezüger ausreichend gewährleistet.

a) Der zwangsweise Einbezug in die Wassergenossenschaft B. stellt zweifelsfrei einen Eingriff in die Eigentumsgarantie dar: Die Grundstücke werden mit einer Zwangsmitgliedschaft "belastet".

Eingriffe in die Eigentumsgarantie müssen u.a. im öffentlichen Interesse sein und dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen. Es muss ein hinreichendes Bedürfnis nach den Bodenverbesserungsmassnahmen vorhanden sein, und der Eingriff in das Eigentum des Einzelnen muss unter dem Gesichtspunkt einer zweckmässigen Ausführung des Werkes gerechtfertigt sein (vgl. BGE 99 Ib 333 E. 8).

b) Der Eingriff in die Eigentumsgarantie der Nichtwasserbezüger ist als gering zu bezeichnen.

aa) Vorab ist die finanzielle Belastung der Nichtwasserbezüger gering.

Nichtwasserbezüger leisten einzig einen Jahresbeitrag von Fr. 10.-- (Art. 22 Abs. 1 Statuten). Eine einmalige Anschlussgebühr und einen jährlichen Wasserzins bezahlen nur die Wasserbezüger (Art. 22 Abs. 2 Statuten). Dabei werden die Beiträge nach den Vor- und Nachteilen des einzel-

nen Genossenschafters festgesetzt (Art. 22 Abs. 4 Statuten). Für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft haftet ausschliesslich das Genossenschaftsvermögen, was bedeutet, dass der Nichtwasserbezüger in einem Haftungsfall der Genossenschaft kein zusätzliches (finanzielles) Risiko trägt. Im Unterschied zur Höhe der Anschlussgebühr und dem jährlichen Wasserzins, welche durch Beschluss der Generalversammlung festgesetzt werden (Art. 22 Abs. 3 Statuten), kann der Jahresbeitrag gemäss Art. 22 Abs. 1 Statuten, weil dieser in den Statuten ziffernmässig festgesetzt ist, nur durch Statutenänderung erhöht werden. Eine Statutenänderung aber unterliegt dem Genehmigungsvorbehalt des Regierungsrates (Art. 12 Verordnung über die öffentlich-rechtliche Bodenverbesserungsgenossenschaft, RB 9.3616). Es ist daher der Genossenschaft verwehrt, von sich aus den jährlichen Mitgliederbeitrag gemäss Art. 22 Abs. 1 Statuten zu erhöhen, um auf diese Weise auch die Nichtwasserbezüger zu einer erhöhten finanziellen Beteiligung zu verpflichten.

Welche Kosten das Projekt tatsächlich verursacht und wie weit hierfür Subventionen und Spenden zur Verfügung gestellt werden, ist für die Beurteilung des finanziellen Risikos der Nichtwasserbezüger unerheblich. Denn soweit für die Projektverwirklichung Subventionen und Spenden nicht ausreichen, werden die verbleibenden Kosten über die Höhe der Anschlussgebühr und des Wasserzinses finanziert, welche - wie bereits ausgeführt - lediglich durch Wasserbezüger zu leisten sind. Die Ängste der Nichtwasserbezüger, sie könnten durch das Projekt über die Gebühr finanziell in die Pflicht genommen werden, ist demgemäss unbegründet.

bb) Neben der geringen finanziellen Belastung der Nichtwasserbezüger kann auch die zu duldende bauliche Belastung ihrer Grundstücke nicht als erheblich bezeichnet werden. Zwar haben sie, wie alle Genossenschafter, die Errichtung und den Unterhalt der genossenschaftlichen Anlagen grundsätzlich kostenlos zu dulden (Art. 25 f. Statuten). In besonderen Fällen kann der Vorstand jedoch eine Entschädigung ausrichten (Art. 26 Statuten). Damit ist bewerkstelligt, dass insbesondere ein Nichtwasserbezüger, der selber keinen oder nur einen geringen (momentanen) Nutzen von der Anlage hat, für einen Nachteil, der durch das Werk entstanden ist, entschädigt werden kann.

cc) Wie im regierungsrätlichen Beschluss (S. 4 Mitte) zutreffend festgehalten, ist der Nichtwasserbezüger auch nicht zu Eigenarbeit (vgl. Art. 11 lit. c Statuten) beim Bau und Unterhalt der Anlage verpflichtet. Gerade die Mitarbeit am Bau und Unterhalt kann aber für die Nichtwasserbezüger eine zusätzliche Verdienstmöglichkeit darstellen (vgl. Stellungnahme Amt für Meliorationen vom 5.12.95).

c) Dem Interesse des Nichtwasserbezügers auf Nichteinbezug in die Genossenschaft steht das öffentliche Interesse, das der Genossenschaft und einzelner Genossenschafter im speziellen an einer gemeinsamen Wasserversorgung gegenüber, die in qualitativer wie auch in quantitativer Hinsicht für sämtliche Genossenschafter genügend sein soll. Das landwirtschaftliche Interesse an der Wasserversorgung - zumindest der Grundstücke von Wasserbezügern - ist offenkundig gegeben und wird auch nicht bestritten. Eine Vielzahl von älteren Gebäuden ist nicht oder nur unzureichend mit Wasser versorgt. Der Wasserbedarf dürfte in der Zukunft weiter steigen, sei es wegen der (anstehenden) Verbesserung sanitärer Einrichtungen oder sei es wegen der schärferen Hygienevorschriften in der Vieh- und Landwirtschaft (insbesondere der Milchwirtschaft). Die Schaffung hinreichender Feuerlöschmöglichkeiten ist im öffentlichen Interesse. Dass diese zum grossen Teil - vorab im Bereich der Wasserbezüger - ungenügend sind, wird von den Beschwerdeführern nicht bestritten. G. räumt zudem betreffend seiner eigenen Liegenschaft im Brandfalle Wasserprobleme ein, R. schliesst dies zumindest nicht aus. Die Grundstücke der Genossenschafter befinden sich an einem Sonnenhang mit entsprechend möglicher Trockenheit, was in einem Brandfalle die Gefahr der Ausbreitung eines Feuers entsprechend erhöht. Vor Bränden zu schützen gilt es sodann nicht nur die Gebäude, sondern auch die Umgebung, so insbesondere auch den Wald. Ein erhöhtes Interesse an hinreichenden Feuerlöschmöglichkeiten besteht. Zuletzt ist aus betriebsökonomischen und unterhaltstechnischen Gründen eine zusammenhängende, umfassende Wasserversorgung anzustreben.

Es gilt sodann zu berücksichtigen, dass das Projekt auch den Nichtwasserbezügern ermöglicht, unter Leistung einer Anschlussgebühr und des Wasserzinses selber Wasser zu beziehen. Dies kann insbesondere für die Zukunft von Interesse sein, denn es gilt nicht allein die momentane persönliche Situation der jetzigen Grundeigentümer zu berücksichtigen. Bedürfnisse und Absichten in der Wassernutzung können sich ändern, und auch die Eigentümer und Pächter oder Mieter einer Liegenschaft können im Laufe der Zeit wechseln. Es ist aufgrund objektiver Gesichtspunkte auch die künftige Entwicklung zu berücksichtigen. Heute noch bestehende Quellen können versiegen. Eine Verbesserung einzelner sanitärer Einrichtungen wird sich früher oder später ohnehin aufdrängen. Zudem bringt das Bestehen eines ausgebauten Hydrantennetzes auch aus versicherungstechnischer Sicht Vorteile: Dies dürfte auf die Höhe der Prämie der Gebäude(feuer-)versicherung Auswirkungen haben.

Der Einbezug der Beschwerdeführer in vorliegender Form in die Wassergenossenschaft B. erscheint zusammengefasst im öffentlichen Interesse und geeignet, den angestrebten Zweck zu erreichen. Die Stellung der Nichtwasserbezügler wird dabei gebührend berücksichtigt. Von einem Verstoß gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein.

**Nr. 46 Strassenverkehrsrecht. Art. 16 Abs. 3 lit. b, Art. 17 Abs. 1 lit. b SVG. Art. 33 Abs. 2 VZV. Entzug des Führerausweises bei einem Motorradlenker (50 cm<sup>3</sup>). Verkehrsgefährdung durch Motorradlenker. Berufliche Angewiesenheit auf den Führerausweis.**  
Obergericht, 16. Mai 1997, OG V 97 1

#### **Aus den Erwägungen:**

3. Die zu beurteilende Beschwerde richtet sich nicht gegen die Anordnung des Führerausweisentzuges. Strittig ist einzig die Dauer des Führerausweisentzuges.

Gemäss Art. 16 Abs. 3 lit. b SVG muss der Führerausweis entzogen werden, wenn der Fahrzeugführer in angetrunkenem Zustand gefahren ist, was in diesem Fall unbestritten ist. Die gesetzliche Mindestdauer für den Entzug des Führerausweises bei Fahren in angetrunkenem Zustand beträgt gemäss Art. 17 Abs. 1 lit. b SVG zwei Monate. Der Führerausweis muss mindestens zwölf Monate entzogen werden, wenn der Fahrzeugführer innert fünf Jahren seit Ablauf eines früheren Entzuges wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand erneut in diesem Zustand gefahren ist (Art. 17 Abs. 1 lit. d SVG).

Die Dauer des Warnungsentzuges richtet sich vor allem nach der Schwere des Verschuldens, dem Leumund als Motorfahrzeugführer sowie nach der beruflichen Notwendigkeit, ein Motorfahrzeug zu führen (Art. 33 Abs. 2 VZV). Dabei steht der verfügenden Behörde ein gewisses Ermessen zu, was jedoch nicht bedeutet, dass sie in der Entscheidungsfindung völlig frei ist. Es muss vielmehr eine Interessenabwägung stattfinden, bei der auch die persönlichen Interessen und die Massnahmeempfindlichkeit des Betroffenen zu berücksichtigen sind. Insbesondere hat sie sich an das Willkürverbot, das Gebot rechtsgleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu halten.

4. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz lasse in der Bemessung der Dauer des Führerausweisentzuges die konkreten persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers unberücksichtigt (Art. 57 Abs. 3 VRPV), geht fehl. Der angefochtene Entscheid berücksichtigt die für die Festsetzung der Dauer des Führerausweisentzuges erforderlichen Kriterien gemäss Art. 33 Abs. 2 VZV: Er berücksichtigt die persönlichen Verhältnisse, gewichtet sie jedoch anders als der Beschwerdeführer (vgl. E. 7d).

5.-6. ...



7. Es bleibt somit zu prüfen, ob bei der Bemessung der Dauer des Führerausweisentzuges das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt worden ist.

a) Gemäss den internen Richtlinien der Polizeidirektion Uri vom 9. Januar 1974 ist bei einem Rückfall - vorbehältlich besonderer Umstände i.S. von Art. 33 VZV - im 1. Jahr der Führerausweis für 20 Monate zu entziehen (im 2. Jahr: 18 Monate; im 3. Jahr: 16 Monate; im 4. Jahr: 14 Monate; im 5. Jahr: 12 Monate). Bei einem Rückfall im 6. Jahr, wie im vorliegenden Fall, wird gemäss konstanter kantonaler Praxis von einem Entzug des Führerausweises von zehn Monaten ausgegangen. Dieses Richtmass wurde in die am 1. Mai 1997 durch das Amt für Stassen- und Schiffsverkehr (ASSV) in Kraft gesetzten neuen internen Richtlinien übernommen. Vom Richtmass ausgehend, werden die persönlichen Umstände im Einzelfall berücksichtigt (vgl. Richtlinien über die Administrativmassnahmen im Strassenverkehr der Interkantonalen Kommission für den Strassenverkehr vom 25. Februar 1993, Ziff. 3.3.4.2). Es gilt den Grad der Gefährdung, die berufliche Notwendigkeit, die Schwere des Verschuldens und den automobilistischen Leumund entsprechend zu gewichten (Richtlinien per 1. Mai 1997, A 4; vgl. Art. 33 VZV).

Diese Praxis ist nicht zu beanstanden, gewährt sie doch eine rechtsgleiche Behandlung der Betroffenen und ist im Interesse der Rechtssicherheit. Insbesondere ist diese Regel nicht starr, lässt der Beurteilung im Einzelfall Spielraum und trägt dem getrüben automobilistischen Leumund Rechnung (vgl. E. 7c).

b) Im Entscheid der Strafrechtlichen Abteilung des Obergerichtes vom 29. November 1995 wurde der Beschwerdeführer wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 20 Tagen sowie einer Busse von Fr. 1'000.-- verurteilt. Das Urteil erwuchs unter Verzicht der Parteien auf die materielle Begründung in Rechtskraft. Entsprechend ist diesem Urteil auch nicht zu entnehmen, wie das Strafgericht die Verkehrsgefährdung und das Verschulden des Beschwerdeführers wertete. Wenn der Beschwerdeführer nun ausführt, aus welchen Gründen das Strafgericht von einer unbedingten Gefängnisstrafe abgesehen hat, sind dies lediglich Vermutungen.

In Anbetracht der Tatsache, dass die relative Wahrscheinlichkeit, einen Unfall zu verursachen, bei einer Blutalkoholkonzentration von 1.30 Gewichtspromillen fast sechzehnmal so gross ist, wie im nüchternen Zustand und bei einer nächtlichen Alkoholfahrt die Unfallgefahr nochmals höher ist als bei Tag (René Schaffhauser, Grundriss des Schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. III, Die Administrativmassnahmen, Bern 1995, N 2352 f.), kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht von einer leichten Tatbegehung gesprochen werden. Das Gefährdungspotential ist auch bei einem Motorradlenker (50 cm<sup>3</sup>) mit einem derartigen Blutalkoholgehalt als relativ erheblich zu bezeichnen. Wohl gefährdet sich der Motorradlenker zunächst primär selber, darüber hinaus kann aber das durch den Alkoholisierungsgrad erhöhte Risiko weiterer Fehlverhalten je nach Umständen zu einer ähnlich schwerwiegenden Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer führen, wie dies bei einem Motorfahrzeuglenker möglich ist. Dabei ist auch an indirekte Unfallgefahren zu denken. So können insbesondere Brems- oder Ausweichmanöver anderer Fahrzeuge ganze Gefahrenketten auslösen (vgl. zur Publikation vorgesehener BGE i.S. B. vom 7.3.97, 6S.839/1996, E. 3b [die Redaktion: BGE 123 IV 88 ff.]; NZZ vom 26./27.4.1997). Eine abstrakte Verkehrsgefährdung genügt (vgl. Art. 16 Abs. 1 und Abs. 3 lit. a SVG). Das Verschulden kann in diesen Fällen nicht als unerheblich bezeichnet werden.

Der mit dem Alkoholgehalt exponentiell steigenden Unfallgefahr wird denn auch nach der Praxis des ASSV bereits bei erstmaliger Tatbegehung bei der Festsetzung der Ausgangsbasis entsprechend Rechnung getragen. Bei einer Blutalkoholkonzentration von 0.8 bis 0.99 ‰ gilt als Ausgangsbasis die gesetzliche Minimaldauer von zwei Monaten. Liegt der Alkoholgehalt zwischen 1.0 und 1.29 ‰, wird von einer Entzugsdauer von drei Monaten und bei 1.3 bis 1.99 ‰ von vier Monaten ausgegangen (Richtlinien vom 9.1.1974 und Richtlinien per 1. Mai 1997, Ziff. 2.2.1).

Auch beim Rückfall gilt es, dem erhöhten Gefährdungspotential je nach Höhe des Blutalkoholgehalts entsprechend Rechnung zu tragen. Analog dieser Praxis wäre die Entzugsdauer rein rechnerisch anhand der Ausgangsbasis von zehn Monaten um zwei Monate zu erhöhen.

Das ASSV erachtete das Führen eines Motorrades von rund 50 cm<sup>3</sup> mit gelbem Kontrollschild zugunsten des Beschwerdeführers als kleineres Gefährdungspotential als das Führen eines Personenwagens und berücksichtigte dies auch entsprechend, indem sie nicht über das Richtmass von 10 Monaten hinausgingen. Dies erscheint als zulässig.

c) Gemäss Art. 33 Abs. 2 VZV muss bei der Bemessung der Dauer des Führerausweisentzuges auch der automobilistische Leumund mitberücksichtigt werden. Der automobilistische Leumund will berücksichtigen, ob und allenfalls welche Delikte der Betroffene in seiner Geschichte als Motorfahrzeugführer bereits begangen hat. Verfügt ein Delinquent bereits über einen belasteten Leumund, musste er insbesondere schon früher einen Warnungsentzug erdulden, so stellt ein neuerliches Delikt, das zum Führerausweisentzug führt, gewissermassen den Nachweis dafür dar, dass er die frühere "Lektion" nicht gelernt hat. Dies wirkt sich auf die Entzugsdauer erschwerend aus, denn offenbar bedarf der Betroffene einer strengeren (hier: länger dauernden) Massnahme, um die erforderlichen Lernschritte zu vollziehen (René Schaffhauser, a.a.O., N 2435).

Der Leumund eines Fahrzeuglenkers ist dann als getrübt zu betrachten, wenn der Betroffene im automatisierten Datensystem für Administrativmassnahmen (ADMAS) eingetragen ist oder sich im Strafregister strassenverkehrsrelevante Einträge befinden. Von einem ungetrübten automobilistischen Leumund ist auszugehen, wenn sich in der Datenbank ADMAS (vgl. Art. 118 VZV; René Schaffhauser, a.a.O., N 2437) und im Strafregister keine Einträge befinden. Während Ausweisentzüge und Verwarnungen in der Regel nach fünf Jahren gelöscht werden, sind Führerausweisentzüge wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand im ADMAS zehn Jahre gespeichert (vgl. Weisung EJPD betreffend die Meldung von Administrativmassnahmen gegenüber Fahrzeugführern und den Datenaustausch vom 30.9.1992, Ziff. 5). Im Februar 1988 verursachte der Beschwerdeführer in alkoholisiertem Zustand (1.36 Gewichtspromille) einen Verkehrsunfall, bei dem 6 Personen zum Teil schwer verletzt wurden. In der Folge wurde ihm der Führerausweis für sechs Monate entzogen. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer seine Lehren aus diesem Warnungsentzug nicht gezogen hat, obwohl gerade das Unfallausmass (mehrere Personen verletzt) ihm die erhebliche Gefahr des Fahrens im angetrunkenen Zustand vor Augen hätte führen sollen und die Entzugsdauer doch immerhin 6 Monaten dauerte, spricht gegen den Beschwerdeführer. Da neben dem Fahren im angetrunkenen Zustand - soweit aus den Unterlagen erkennbar - kein weiterer Eintrag zu finden ist, dürfte der getrübt Leumund im Richtmass gemäss E. 7a aber bereits berücksichtigt sein. Der automobilistische Leumund des Beschwerdeführers kann aber umgekehrt auch nicht mildernd berücksichtigt werden.

d) Bei der Beurteilung der beruflichen Notwendigkeit liegt es am Beschwerdeführer, nachzuweisen, in welchem Masse er berufsbedingt auf den Führerausweis angewiesen ist. Die berufliche Notwendigkeit wird als gegeben betrachtet, "wenn die Ausübung des Berufes durch den Führerausweisentzug materiell verboten wird, wie dies z.B. bei einem Berufschaffeur der Fall ist, der für die Fahrdienste entschädigt wird", oder "wenn die Unmöglichkeit, ein Fahrzeug zu führen, einen solchen Einkommensverlust oder so beachtliche Kosten verursachen würde, dass diese Massnahme offensichtlich als unverhältnismässig erscheint" (Pra 79/1990 Nr. 150). Wenn dies nicht der Fall ist und der Fahrer beruflich nicht überhaupt nicht auf den Ausweis angewiesen ist, ist gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Grad der erhöhten Massnahmeempfindlichkeit zu berücksichtigen. Im Sinne einer Gesamtbeurteilung darf aber nicht allein auf die berufliche Massnahmeempfindlichkeit abgestützt werden. Erst bei der Gesamtbeurteilung aller wesentlicher Elemente ist zu prüfen, ob die berufliche Angewiesenheit auf den Führerausweis für sich allein oder allenfalls zusammen mit anderen Beurteilungsmerkmalen eine Herabsetzung der Massnahme rechtfertigt (zur Publikation vorgesehener BGE i.S. R. vom 24. Januar 1997, 6A.103/1996 [die Redaktion: BGE 123 II 572 ff.] = NZZ vom 27. Februar 1997; vgl. auch René Schaffhauser, a.a.O., N 2441 ff., insbesondere N 2447).

Die Vorinstanz hat die Massnahme nicht nur unter dem Gesichtspunkt des materiellen Berufsausübungsverbots geprüft, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Mehrkosten, welche mit dem Führerausweisentzug entstehen. Sie erachtet es jedoch für den Beschwerdeführer als zumutbar, für Personal- und Materialtransporte seine Ehefrau oder allenfalls eine nicht mehr be-

rufstätige Person herbeizuziehen. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwieweit dies nicht zutreffen sollte. Die Vorinstanz erachtet es nicht als ausgewiesen, dass diese Aufwendungen die Existenz des Betriebes gefährden würden oder Arbeitslosigkeit drohen würde. Vielmehr erachtet sie die Massnahmeempfindlichkeit des Beschwerdeführers nicht höher als bei einem anderen Erwerbstätigen, der praktisch täglich mit dem Fahrzeug unterwegs ist. Sie geht somit von einer leicht evtl. mittelgradig erhöhten Massnahmeempfindlichkeit des Beschwerdeführers aus. Die Mehrkosten, die durch den Führerausweisentzug entstehen bzw. entstehen können, erachtet die Vorinstanz nicht als unverhältnismässig, zumal der Beschwerdeführer diese selber zu vertreten hat.

Dies ist nicht zu beanstanden. Insbesondere geht der Hinweis des Beschwerdeführers auf seine Arbeitstätigkeit im Ausland von Anfang Oktober bis Mitte November 1996 und das dort erzielte geringere Einkommen fehl, ist doch eine Einkommenserzielung als Maler unter Beizug eines "Teilzeit"-Chauffeurs - insbesondere auch in der Schweiz - als zumutbar zu betrachten. Zudem ist das Lohnniveau im Ausland in der Regel tiefer als in der Schweiz. Ebenso steht nicht fest, ob der Beschwerdeführer dort ein volles Arbeitspensum erfüllte oder nicht. Zuletzt stellt dieser Einwand ein unzulässiges Novum dar, welches vor Obergericht nicht gehört werden muss (vgl. E. 2).

Wenn die Vorinstanz bei der leicht oder mittelgradig erhöhten Massnahmeempfindlichkeit unter Berücksichtigung der Verkehrsgefährdung, des Verschuldens, des getrübteten automobilistischen Leumunds und der Tatsache, dass dem Beschwerdeführer, hätte er die Tat nur 17 Tage früher begangen, der Führerausweis zwingend für mindestens zwölf Monate zu entziehen gewesen wäre (Art. 17 Abs. 1 lit. d SVG), von einer Entzugsdauer von zehn Monaten ausgeht, hält sie sich gesamthaft gesehen an das ihr zustehende Ermessen. Der Entscheid ist verhältnismässig. Es ist keine Rechtsverletzung erkennbar.

**Nr. 47 Rindviehversicherung. Art. 10 Abs. 1, Art. 15 ff., Art. 24 RVVG. Art. 27 Abs. 6 und 7, Art. 34 Normalstatuten. Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis. Verfahren. Art. 27 Abs. 6 und 7 sowie Art. 34 der Normalstatuten sind zum Teil gesetzeswidrig (E. 1, 2). Leistungskürzungen. Voraussetzungen. Insbesondere Schadenminderungspflicht. Umfang der Kürzung. Bemessungskriterien.**

Obergericht, 4. November 1997, OG V 96 47

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Am 1. Juni 1995 wurde im Kanton Uri neu die umfassende Verwaltungsgerichtsbarkeit eingeführt. Entsprechend werden Streitigkeiten über Ansprüche der Mitglieder der Rindviehversicherungskassen aus dem Versicherungsverhältnis an die Kasse neu dem Verfahren der verwaltungsrechtlichen Klage zugeordnet (Art. 35 Abs. 1 Gesetz über die Rindviehversicherung im Kanton Uri, RVVG, RB 60.2211). Vermögensrechtliche Streitigkeiten aus dem Versicherungsverhältnis sind seit dem 1. Juni 1995 dem Beschwerdeverfahren entzogen (Art. 34 f. RVVG). Der Regierungsrat hat es bis heute unterlassen, die Normalstatuten (ein vom Regierungsrat genehmigtes abweichendes Statut besteht für die Rindviehversicherungskasse Y. nicht) für die Rindviehversicherungskassen im Kanton Uri (Normalstatuten, RB 60.2221) in sich geschlossen an die neue Rechtsmittelordnung anzupassen (vgl. Art. 35 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 6). Weder der Regierungsrat noch die Versicherungskassen können vorliegend vom Gesetzgeber abweichende Rechtsmittelwege statuieren. Insoweit verstösst Art. 27 Abs. 6 Normalstatuten gegen das übergeordnete Gesetz und ist daher nicht anwendbar.

Entscheidet eine sachlich unzuständige Behörde, ist ihr Entscheid nichtig. Entsprechend handelt es sich beim vorliegend angefochtenen Entscheid der Landwirtschaftsdirektion um einen nichtigen Entscheid. Richtigerweise hätte der Kläger direkt beim Obergericht verwaltungsrechtliche Klage führen müssen. Indessen ist dem Kläger durch die falschen Rechtsmittelbelehrungen (Verfügung Rindviehversicherungskasse vom 2.11.1995 und Verfügung Land- und Forstwirtschaftsdirektion vom 3.4.1996) kein Rechtsnachteil erwachsen.

Die Formvorschriften (Art. 69 VRPV) wurden eingehalten. Die Verwaltungsrechtliche Abteilung des Obergerichtes ist vollständig besetzt und somit spruchfähig (Art. 33 Abs. 3 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 GOG).

Auf die Klage ist einzutreten.

2. Der Kläger verlangt von der Beklagten die gemäss Art. 16 RVVG vorgesehene ungekürzte Entschädigungssumme von Fr. 2'240.--. Die Beklagte ihrerseits anerkennt lediglich eine bis auf Fr. 500.-- gekürzte Entschädigungspflicht. Strittig ist somit, ob die Beklagte die Entschädigungssumme zu Recht um Fr. 1'740.-- gekürzt hat.

Gemäss Art. 24 RVVG ist die Entschädigung zu kürzen bzw. zu verweigern, wenn der Schadenfall durch grobes Verschulden des Besitzers verursacht, verschlimmert oder die Schadenfeststellung verunmöglicht wurde. Voraussetzungen einer Kürzung sind somit das Vorliegen eines Schadens, ein grobes Verschulden des Besitzers und die Kausalität, d.h. der Zusammenhang, zwischen dem Verhalten des Besitzers und dem Schaden. Soweit Art. 27 Abs. 7 der Normalstatuten unter geringeren oder Art. 34 unter anderen Voraussetzungen eine Kürzung der Leistung zulässt, fehlt ihnen die gesetzliche Grundlage und die Bestimmungen sind nicht anwendbar. Der Regierungsrat kann hier nicht vom Gesetz abweichen (vgl. Art. 10 Abs. 2 RVVG).

Versichertes Risiko ist der Schaden, der dadurch entsteht, dass das versicherte Tier infolge Krankheit oder Unfall geschlachtet werden muss oder verendet (Art. 15 Abs. 1 RVVG). Versicherungsnehmer ist der Tierhalter (Art. 1 RVVG). Der bei ihm entstandene Schaden wird ersetzt (vgl. Art. 15 Abs. 1 RVVG). Der Verwertungserlös fällt dabei der Versicherungskasse zu (Art. 16 RVVG). Fällt der Verwertungserlös durch grob schuldhaftes Verhalten des Versicherungsnehmers geringer aus, hat dies der Versicherungsnehmer im Rahmen von Art. 24 RVVG als Verschlimmerung des Schadenfalles zu verantworten. Vorliegend ist somit gesetzlich eine Schadenminderungspflicht statuiert. Der Schaden soll nicht unnötigerweise vergrössert, sondern im Gegenteil soweit zumutbar verkleinert werden. Typischerweise ist der zeitige Beizug eines Arztes bei einem unvermeidbaren Schaden-/Versicherungsfall eine derartige Pflicht, damit im Einzelfall ein möglichst hoher oder überhaupt noch ein Verwertungserlös erzielt werden kann. Die Verletzung der Schadenminderungspflicht muss somit nicht kausal für den Versicherungsfall selbst sein, sondern einzig kausal für die "Verschlimmerung" des Schadenfalles. Diese gesetzlich statuierte Verhaltenspflicht ist eine Obliegenheit. Verstösst der Versicherte dagegen, darf die Versicherung die Versicherungsleistung kürzen bzw. verweigern. Allerdings hat der Gesetzgeber die Kürzung/Verweigerung auf Fälle reduziert, bei denen die Schadenminderung durch grobes Verschulden unterlassen oder der Schaden durch grobes Verschulden vergrössert wurde. Dem geschädigten Versicherungsnehmer sind jene Massnahmen zur Schadenminderung zuzumuten, die ein vernünftiger Mensch in gleicher Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Schadenersatz erwartet hätte (vgl. Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 344 m.H.). Er hat nur zumutbare Massnahmen zu ergreifen.

Es ist somit nachfolgend in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Kürzung oder Verweigerung der Versicherungsleistung erfüllt sind. Wird dies bejaht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Umfang der erfolgten Kürzung der Versicherungsleistung rechtlich zu beanstanden ist.

3. Unbestritten ist, dass die elfjährige Kuh einen schweren Leberschaden aufwies. Unbestritten ist auch, dass gerade bei älteren Tieren Funktionsstörungen der Leber vorkommen, dass eine solche Lebererkrankung nicht heilbar ist und schlussendlich zum Tod führt. Ferner ist unbestritten, dass Durchfall und Abmagern erkennbare typische Symptome einer Lebererkrankung sind. Ebenso ist unbestritten, dass die Kuh "E." einen höheren Verwertungserlös abgeworfen hätte, wäre die Kuh zu einem früheren Zeitpunkt geschlachtet worden (vgl. Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 30. August 1996, S. 3). Strittig ist dagegen, ob der Kläger aufgrund der statuierten Schadenminderungspflicht in concreto gehalten gewesen wäre, zu einem früheren Zeitpunkt einen Tierarzt

beizuziehen und ob der Kläger in grob schuldhafter Weise den frühzeitigen Beizug des Tierarztes unterlassen hatte.

a) Die Pflichtverletzung kann absichtlich oder fahrlässig geschehen. Absicht (Vorsatz) liegt bei einer bewussten, gewollten Verschlimmerung des Schadenfalles vor, Fahrlässigkeit in einer unbeabsichtigten. Art. 24 RVVG verlangt dabei zumindest grobe Fahrlässigkeit. Grobfahrlässig handelt, wer elementarste Vorsichtspflichten verletzt, deren Beachtung sich jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen aufdrängt (vgl. Alfred Maurer, a.a.O., S. 350 m.H.; BGE 118 V 306; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, allg. Teil, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, N 107 zu § 5 m.H.). Demgegenüber steht die vorliegend nicht zu einer Kürzung berechtigende einfache Fahrlässigkeit. Die grobe Fahrlässigkeit mündet, volkstümlich ausgesprochen, in die Frage aus: "Wie konnte er nur?". Drängt sich lediglich die Feststellung auf: "Er hätte schon ... sollen.", dann ist leichte Fahrlässigkeit gegeben (Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 5. Aufl., Bern 1993, S. 109). Die beiden Fahrlässigkeitsstufen lassen sich gemäss Keller (a.a.O.) auch wie folgt unterscheiden:

Einfache Fahrlässigkeit

- noch einigermaßen verständlich
- das kann passieren

Grobe Fahrlässigkeit

- schlechthin unverständlich
- das darf nicht passieren

Wie bereits dargetan, ist es bei einer älteren Kuh nichts Aussergewöhnliches, dass sie an einem Leberschaden sterben kann. Offenbar hat der Kläger bereits mehrmals Leberschäden von Kühen miterlebt (vgl. seine Ausführungen in seiner Eingabe vom 8. November 1995 an die Landwirtschaftsdirektion Uri; Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 3). Der Kläger soll gemäss Ausführungen von Tierarzt Z. (Abschlachtungszeugnis vom 11.07.1995) ihm gegenüber am 5. Juli 1995 erklärt haben, der Durchfall würde schon seit einer Weile dauern und der Gewichtsverlust habe während und besonders Ende des vergangenen Winters bereits eingesetzt. Auch gegenüber Dr. W. (Arztbericht vom 17.01.1996) hat der Kläger dargetan, dass bei der Kuh bereits im Laufe des Frühjahres eine leichte Abmagerung festgestellt werden musste. Gemäss Beschwerde vom 22. April 1996 an den Regierungsrat hatte die Kuh bei Erscheinen des Tierarztes Z. eine Weile (ca. 10 Tage) Durchfall. Schliesslich hat der Kläger an der Instruktionsverhandlung bestätigt, dass die Kuh bereits seit Anfang Juni 1995 zumindest leicht abgemagert war und sie an Durchfall litt. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass der Kläger spätestens seit Anfang Juni 1995 die typischen Symptome einer Lebererkrankung bei gebotener Aufmerksamkeit, nicht zuletzt aufgrund seiner Erfahrung mit Leberschäden, hätte erkennen müssen. So wurde gegenüber dem Tierarzt Z. der Verdacht auf eine Leberstörung geäussert (Beschwerde vom 22.4.1996 an den Regierungsrat). Dafür spricht insbesondere aber auch die festgestellte starke Abmagerung durch den Tierarzt Z. am 5. Juli 1995 und die kurz darauf erfolgte Notschlachtung (10.07.1995). Es standen mithin lediglich fünf Tage zwischen der erstmaligen Arztkonsultation und der Notschlachtung. Zudem war diese Arztkonsultation, wie der Kläger selber dartut, eher dem Zufall zu verdanken (Z. war gerade von der Nachbaralp auf dem Rückweg [Beschwerde vom 22.4.1996 an den Regierungsrat]). Auch führte Z. in seinem Schreiben vom 6. Dezember 1995 aus, dass er erst im letzten Moment konsultiert worden sei. Dies wird insbesondere auch durch den Kantonstierarzt C., Dr. V., bestätigt (Bericht vom 20.03.1996). Allein die Tatsache, dass die Kuh bei der erstmaligen Konsultation bereits stark abgemagert war, setzt eine länger bestehende Krankheit voraus. Der Kläger wäre unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt zweifelsfrei zu einem weitaus früheren Zeitpunkt verpflichtet gewesen, einen Arzt zu konsultieren. Dies um so mehr, als dass vorliegend der Kläger das erhöhte Risiko eines Leberschadens im fortgeschrittenen Alter und dessen typischen Symptome kannte. Der Hinweis des Klägers anlässlich der Instruktionsverhandlung, er könne nicht jedes Mal einen Arzt rufen und zudem habe er im Gegensatz zu früher die Arztkosten selber zu übernehmen, deutet darauf hin, dass er den Arzt generell nur zurückhaltend konsultiert. Der Beginn des Durchfalles ist ein ernsthaftes Anzeichen für eine schwerere Krankheit. Es besteht unmittelbar die Gefahr, dass bei Anhalten des Durchfalles die Kuh im eigentlichen Sinne austrocknen könnte. Spätestens nach drei Tagen anhaltenden Durchfalles zieht daher ein durchschnittlich verantwortlich handelnder Bauer einen Arzt bei oder konsultiert ihn. Dies ist vorliegend aber erst mindestens zehn Tage nach Beginn des Durchfalles erfolgt und scheint zudem eher der Tatsache zu verdanken, dass sich Z. zu diesem Zeitpunkt gerade in der Nähe befand.

b) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Kläger aufgrund seiner Kenntnisse im Zusammenhang mit Leberschäden und der über längere Zeit bereits bestehenden Krankheits-symptome, insbesondere der fortschreitenden Abmagerung der Kuh und zuletzt einsetzendem Durchfall, einen Tierarzt zu einem früheren Zeitpunkt hätte konsultieren müssen. Es ist schlechthin unverständlich, bis zum letzten Moment damit zuzuwarten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Kläger zu Beginn gemäss eigenen Aussagen die Kuh selber zu behandeln versuchte. Es geht nicht an, dass jemand, der selber den Verdacht auf Leberschaden hat, mit dem Beizug eines Arztes bis zu einem Zeitpunkt zuwartet, in dem die Kuh fünf Tage später bereits derart hochgradig abgemagert und das Fleisch entsprechend übersäuert ist, so dass ein Verwertungserlös ausgeschlossen oder aber zumindest erheblich herabgesetzt ist. Dieses Verhalten ist unverständlich. Auch wenn der Kläger die Arztkosten selber zu tragen hat, wäre es ihm zuzumuten gewesen, einen Arzt frühzeitig zu konsultieren. Hätte der Kläger vorliegend keinerlei Schadenersatz erwartet, hätte er als vernünftiger Mensch den Arzt zweifelsfrei zu einem früheren Zeitpunkt konsultiert.

Er hat mit anderen Worten nicht alle zumutbaren Massnahmen ergriffen und die Schadenminderungspflicht grobfahrlässig verletzt. Demgemäss sind die Voraussetzungen für eine Kürzung oder allenfalls für eine Verweigerung der Versicherungsleistung gemäss Art. 24 RVVG gegeben.

4. Es bleibt zu prüfen, ob die von der Beklagten vorgenommene Kürzung von Fr. 1'740.-- dem Umfang nach rechtlich zu beanstanden ist.

a) Das Gesetz schweigt sich über die massgeblichen Kriterien aus, welche sich die Versicherungskasse zugrunde zu legen hat, um den Grad der Kürzung festzulegen. Das bedeutet nun aber nicht, dass die Versicherungskasse dabei völlig frei wäre. Vorliegend befinden wir uns im obligatorischen Versicherungsbereich. Entsprechend hat die Versicherung auch Verhältnismässigkeitskriterien zu berücksichtigen. Dabei ist vor allem auf die Schwere des groben Verschuldens abzustellen. Ebenso wiegt das Verursachen des Schadenfalles regelmässig schwerer als die blosser Verletzung einer Schadenminderungspflicht. Auch gilt es die Grösse des entstandenen Schadens zu berücksichtigen. Gewisse generalpräventive Überlegungen dürfen mitberücksichtigt werden, denn es ist insbesondere auch im Interesse der anderen Versicherten, dass sich sämtliche Versicherte an die Schadenminderungspflicht halten (Kosten für die Kasse).

Aufgrund dieser Kriterien ist jemandem, der absichtlich den Schadenfall verursacht hat, die Versicherungsleistung in der Regel wohl gänzlich zu verweigern. Auf der anderen Seite darf selbst eine absichtliche Verletzung der Schadenminderungspflicht nicht ohne weiteres zu einer gänzlichen Verweigerung der Versicherungsleistung führen. Aus Billigkeitsüberlegungen (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR) darf bei einer erstmals gerügten grobfahrlässigen Schadenminderungspflichtverletzung die Kasse die Versicherungsleistung in der Regel nicht (erheblich) höher kürzen, als ihr durch das Verhalten des Versicherten ein Schaden entstanden ist (Entgangener Verwertungserlös).

b) Vorliegend hat der Kläger gegen die Schadenminderungspflicht grobfahrlässig verstossen. Aus den dem Gericht vorliegenden Akten sind keine früheren Fälle bekannt, in denen die Versicherung den Kläger wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht verwarnt hat. Es handelt sich somit um eine erstmalig gerügte Pflichtverletzung. Der genaue Zeitpunkt, an dem die Kuh bei rechtzeitiger Konsultation tatsächlich notgeschlachtet worden wäre, ist rückblickend ebensowenig wie der genaue Verwertungserlös festzustellen. Der Viehversicherungskasse muss daher bei der Festsetzung des mutmasslichen Verwertungserlöses ein gewisses Ermessen zugestanden werden (analog Art. 42 Abs. 2 OR). Die Kasse geht bei einer Notschlachtung Anfang Juni 1995 bei einem Minimum von ca. Fr. 400.-- von einem Verwertungserlös von bis zu ca. Fr. 800.-- aus. Der Kläger geht von einem Minimum von Fr. 300.-- aus (Protokoll Instruktionsverhandlung, S. 3). GKürzt wurde die Versicherungsleistung jedoch um Fr. 1'740.--.

In Nachachtung der bereits aufgeführten Punkte ist die vorgenommene Kürzung von Fr. 1'740.--, mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip unvereinbar.

5. Steht fest, dass die durch die Kasse vorgenommene Kürzung rechtlich zulässig, jedoch dem Umfang nach unverhältnismässig ist, hat das Obergericht den Umfang der Kürzung festzusetzen.

Dieser wird unter Anwendung der aufgezeigten Bemessungskriterien auf Fr. 1'040.-- festgesetzt. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger neben den unbestrittenen Fr. 500.-- zusätzlich Fr. 700.-- zu bezahlen.

## **D Aufsicht über die richterlichen Behörden und Rechtsanwälte**

**Nr. 48 Art. 55 Abs. 1, Art. 58 GOG. Inhalt der Fachaufsicht (Bestätigung der Rechtsprechung) (E. 2). Äusserungen eines ausserkantonalen Justizorgans zu einem im Kanton Uri hängigen Verfahren (E. 5). Funktion der Presse in der öffentlichen Kontrolle der Justiz (E. 7).**

Obergericht, 1. Mai 1997, OG AK 97 2

### **Aus den Erwägungen:**

2. a) Das Obergericht übt die Fachaufsicht über die richterlichen Behörden - worunter auch der Verhörrichter fällt (3. Kapitel GOG) - und die Gerichtsschreiber aus (Art. 55 Abs. 1 GOG). Die Fachaufsicht der Aufsichtskommission stellt eine Verwaltungstätigkeit dar (Urteil AK vom 20.5.92 i.S. W.S., S. 10 f. m.H.; Attilio R. Gadola, Das vewaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1990, S. 432 Anm. 89) und erstreckt sich daher bei der Aufsicht über die richterlichen Behörden nicht auf die Entscheidungen unterer Gerichtsinstanzen (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 GOG). Die Entscheide können einzig mit dem zu Gebote stehenden ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel angefochten werden (Art. 58 Abs. 1 in fine GOG; Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Landrat vom 7. Januar 1992 zur Änderung der Gerichtsorganisation [nachfolgend kurz: Bericht und Antrag], S. 20, unter Hinweis auf Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, S. 42 ff.). So kann die Partei einen ihr übel gesonnenen Richter wegen Befangenheit ablehnen; ein willkürliches sowie überhaupt ein falsches Urteil kann letztlich im Rechtsmittelweg angefochten werden, allenfalls mittels staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, N 119; Walther J. Habscheid, a.a.O., S. 43, unter Hinweis auf andere Meinung Guldener). Die Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte kann im Unterschied zu einer Aufsichtsbehörde über eine Verwaltungsbehörde eine formell rechtskräftige Verfügung einer richterlichen Behörde selbst bei absolut willkürlichen Entscheidungen oder gar der klaren Bevorzugung einer Partei nicht aufheben. Die Gerichte sind in der Rechtsprechung, d.h. in der Rechtsanwendung, unabhängig. Insoweit ist Art. 58 Abs. 3 GOG leicht missverständlich, spricht aber lediglich vom Vollzug einer angefochtenen Amtshandlung. Der Aufsichtskommission steht bei wiederholten willkürlichen Entscheidungen allenfalls die Möglichkeit eine Disziplinar-massnahme zu (Art. 56 GOG). Dabei kann als schärfste Massnahme die Entlassung aus dem Amt verfügt werden, soweit der Richter nicht vom Volk/Landrat gewählt wird (Bericht und Antrag, S. 21).

Daraus erhellt sich, dass die Aufsichtsbeschwerde (besser: -anzeige; Art. 58 Abs. 2 GOG) bzw. das Aufsichtsverfahren nicht ein Rechtsmittel(-verfahren) ersetzen oder vorziehen kann.

b) Ebenfalls nicht erfasst von der Aufsicht durch das Obergericht ist die sogenannte Dienstaufsicht über die Beamten und die nebenamtlichen Funktionäre. Diese nimmt der Regierungsrat wahr (Art. 55 Abs. 2 GOG).

c) Das Obergericht hat einzuschreiten, wenn der Richter oder die richterliche Behörde gegen Amtspflichten ausserhalb des Rechtsprechungsvorganges verstossen, z.B. wenn richterliche Behörden die Geschäfte ungebührlich verzögern, Rechtsverweigerungen begehen, sich gegen eine Partei oder gegen deren Anwalt ungebührlich benehmen, die Geschäftskontrolle nicht ordentlich führen oder sich anderer Nachlässigkeiten schuldig machen, die die Rechtsprechung beeinträchtigen können (siehe dazu Walther J. Habscheid, a.a.O., S. 42 f.; Bericht und Antrag, S. 20 f.; Urteil AK vom 06.05.1996, OG-AK-1a/96, publ. im Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1994 und 1995, Nr. 16).

d) Zusammenfassend ergibt sich, dass es der Aufsichtskommission vorliegend nicht zusteht, in das Untersuchungsverfahren und insbesondere in die Frage der Haftentlassung einzugreifen.



Dagegen steht ihr zu, Fragen ausserhalb des eigentlichen Rechtsprechungsvorganges vor dem Hintergrund eines generell abstrakten Kontextes näher zu prüfen. Ebenso darf sie etwa Tendenzen der verhöramtlichen Untersuchungspraxis verfolgen und eventuell auch von sich aus mit den Untersuchungsbehörden erörtern, weil dies einerseits gestattet, willkürliche Untersuchungsmassnahmen und Entscheide zu erkennen (s. E. 2a Abs. 1 in fine) und damit allfällige künftige Aufsichtsverfahren zu vermeiden und andererseits die Auswirkungen von Gesetzen und allfällige Mängel und Lücken der Gesetzgebung festzustellen um damit den Landrat als Oberaufsichtsbehörde (Art. 102 Abs. 2 KV) bei Bedarf informieren zu können (vgl. W. Haller, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Art. 106 N 30).

3.-4. ...

5. Der ausserkantonale Staatsanwalt wirft den Urner Untersuchungsbehörden im Interview von der A.-Zeitung vorab Inkompetenz vor.

Der zitierte ausserkantonale Staatsanwalt bestätigt in seiner Stellungnahme den Inhalt seiner in der A.-Zeitung gemachten Aussagen. Dabei verurteilt er ohne Kenntnis der Akten die Haftentlassung mit dem Hinweis, in Zürich sei ein solches Vorgehen undenkbar, die Freilassung vor einer Begutachtung der Rückfallgefahr sei unfassbar. Damit bringt er die ernerischen Untersuchungsbehörden - im Wesentlichen unbegründet, wie bereits aufgezeigt - in Misskredit und stellt die Urner Justiz als unerfahren und überfordert dar. Seine Auffassung unterstreicht er in seiner Stellungnahme.

Es kann und darf nicht angehen, dass sich ein Justizorgan eines Kantons zu einem hängigen Verfahren in einem anderen Kanton äussert und einzelne Zwischenentscheide kommentiert. Insbesondere nicht, wenn es die genauen Hintergründe des Entscheides nicht kennt, was bei fehlender Aktenkenntnis ohnehin schwerlich möglich sein dürfte. Das Abstellen einzig auf Ausführungen eines Boulevardjournalisten erscheint äusserst bedenklich. Gerade als Mitglied der Justizbehörde müsste Staatsanwalt Y. wissen, dass ohne Kenntnis der Aktenlage eine sachgerechte Beurteilung eines Entscheides nahezu unmöglich ist, Untersuchungsbehörden die Öffentlichkeit in laufenden Verfahren nur zurückhaltend informieren sollten und dürfen (vgl. Art 38 StPO) und entsprechend eine (mündliche) Sachverhaltsdarstellung durch Dritte (in casu: Pressevertreter) mit Zurückhaltung zu geniessen ist. Aufgrund der Presseberichte in jüngster Zeit zum Thema Kindesmissbrauch hätte er - insbesondere als Spezialist auf diesem Gebiet - um die Wirkungen seiner Aussagen in der Öffentlichkeit wissen müssen. Es ist schwer nachvollziehbar, wenn sich ein medienerfahrener Staatsanwalt (Y. nahm auch bereits an Diskussionsrunden zu diesem Thema im Schweizer Fernsehen teil) einzig mit dem Hinweis, die Aussagen würden ohne Kenntnis der Aktenlage abgegeben werden, gegenüber einem Boulevardjournalisten freigiebig äussert. Y. müsste wissen, dass er aufgrund seiner Tätigkeit als ausserkantonaler Staatsanwalt im Bereich Sexualdelikte mit Kindern und der daraus gewonnenen Fachkenntnisse befragt worden ist. Entsprechend hätte er gegenüber der Presse klar zum Ausdruck bringen müssen, in welcher Funktion er die Äusserungen kundtut. Eine entsprechende Kontrolle wäre durch eine Stellungnahme mit vorbehaltener Genehmigung des Drucktextes möglich gewesen. Es ist davon auszugehen, dass er wissen musste, wie seine Äusserungen letztlich auf den Leser wirken würden. Der Hinweis, er habe den Fall mit einem Haftrichter besprochen, ist unbehelflich, ist doch auch für dessen Beurteilung der Sachverhalt von entscheidender Bedeutung. Das ganze Vorgehen des ausserkantonalen Staatsanwaltes zeugt von einer gewissen Geringschätzung der Fachkompetenz der Justizorgane des Kantons Uri und zeugt von einer relativen Sorglosigkeit und wenig ausgeprägter Sensibilisierung betreffend der Wirkungen von Aussagen gegenüber der Presse, insbesondere im Bereich Kindesmissbrauch.

6. ...

7. a) Zwar nimmt die Presse eine gewichtige Funktion in der öffentlichen Kontrolle der Justizorgane ein, dennoch ist gesamthaft festzustellen, dass die Berichterstattung durch die A.-Zeitung vorab Sensationscharakter aufweist und wenig der eigentlichen sachlichen Kontrolle der Justizorgane durch die Öffentlichkeit dient. Es scheint, dass über die Berichterstattung versucht wird, Druck auf die Untersuchungsbehörden auszuüben, um das Verfahren in einer bestimmten Rich-

tung zu beeinflussen. Dem Journalisten ist in concreto eine undifferenzierte Berichterstattung anzulasten über ein Thema - den Kindesmissbrauch -, das gerade aufgrund der in der Bevölkerung herrschenden Sensibilität wenig geeignet ist, undifferenziert, einseitig und zum Teil falsch dargestellt zu werden, sei es auf Kosten des Angeschuldigten oder der Strafverfolgungsbehörde. Um so mehr, als dass sie sich gerade aufgrund des Einflusses der Presse auf die Meinungsbildung der Bevölkerung ihrer Verantwortung bewusst sein und sich entsprechend verhalten sollte. Das will nicht heissen, dass eine sachgerechte Kritik nicht vorgebracht werden soll, will aber bedeuten, dass die Medien nicht ein Klima schaffen sollen, das einen fairen Prozess/eine faire Untersuchung gefährdet. Das Gegenteil ist der Fall. Eine sachliche Offenlegung von Missständen und die kritische Auseinandersetzung mit Gesetzgebung und Praxis durch die Medien stellt in einer freien Gesellschaft eine gewichtige Kontrollfunktion dar. Umgekehrt müssen die Medien die Anliegen der Strafjustiz verstehen und berücksichtigen, dass diese Behörden eine Verantwortung für einzelne Bereiche der Strafrechtspflege tragen und diese Optik ihr Handeln leitet. Ein sorgfältiges Recherchieren und Fairness darf von den Medien erwartet werden (Franz Riklin, Vorverurteilung durch die Medien, in recht 1991 S. 71 f.). Die Berichterstattung in der A.-Zeitung hat primär eine Verunglimpfung der Urner Justiz als Ganzes und eine Druckausübung auf Verhörer X. zum Gegenstand. Die Berichterstattung in der B.-Zeitung verunglimpft das Urner Opferhilfewesen. Die Verurteilung eines Angeschuldigten durch die Presse vor dem Schuldspruch eines Gerichtes ist zu vermeiden. Insbesondere haben die Medien zu bedenken, dass die Untersuchungsorgane vorbehaltlich Art. 38 StPO grundsätzlich zu hängigen Verfahren Dritten - so auch der Presse - nichts zu berichten haben und auch andere Interessen als die der Presse zu berücksichtigen sind. Vorab wenn dieses Interesse in erster Linie sensationeller und nicht sachlicher Natur ist. Berufsethische Grundsätze der Medienschaffenden haben hierbei eine Aufgabe und einen Sinn (vgl. Karl Spühler, Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit durch die Massenmedien, SJZ 86/1990 S. 352 f.: Er fordert von der Schweizer Presse und ihren Verbandsorganen in diesem Bereich grössere Anstrengungen).

b) Es fragt sich zudem, wie Gerichte oder vor der Anklageerhebung die Untersuchungs- und Anklagebehörden derartigen Medienkampagnen begegnen sollen. Es besteht die Gefahr, dass die Unvoreingenommen- bzw. Befangenheit der Richter beeinträchtigt werden kann. Insbesondere bei Untersuchungsverfahren kann eine Falschinformation bei der Öffentlichkeit Ängste auslösen. Einen interessanten Ansatz hierzu schlägt Bundesrichter Dr. Karl Spühler (a.a.O., S. 349 ff.; vgl. auch Franz Ricklin, a.a.O., S. 65 ff.) vor. Die Information der kantonalen Öffentlichkeit über die generelle Arbeitsweise eines Verhörer X. mittels Zeitungsinterviews der Verhörer X. (NUZ, 11.03.97, S. 13) und V. (NUZ, 29.03.97, S. 13) stellt vorliegend durchaus eine geeignete Form dar, die aufgrund der Vorwürfe in den Medien gegen die Strafverfolgungsbehörden beunruhigte Öffentlichkeit zu informieren. ...

c) Für die Gerichte fragt sich zudem, ob bei Gelegenheit vergleichbar anderer Kantone Akkreditierungsvorschriften für Journalisten zur Gerichtsberichterstattung auszuarbeiten sind, um undifferenzierte und vor allem vorverurteilende Berichterstattung durch die Presse über hängige Verfahren möglichst zu verhindern. Vorliegende Art und Weise der Berichterstattung hätte indes auch bei entsprechenden Akkreditierungsvorschriften nicht vermieden werden können, jedoch hätte gegebenenfalls die Möglichkeit bestanden, dem fehlbaren Journalisten die Vorteile der verliehenen Sonderstellung zu entziehen. Aufgrund des doch sehr speziellen, isoliert aufgetretenen Einzelfalles ist ein aktueller Handlungsbedarf jedoch zu verneinen.

**Nr. 49 Ausstand des Staatsanwaltes. Art. 5 AusG. Zuständigkeit der Aufsichtskommission zum Entscheid über die Ausstandsstreitigkeit (E. 1). Treu und Glauben. Ein Ausstandsgrund ist unverzüglich nach dessen Kenntnis geltend zu machen (E. 2 und 3).**

Obergericht, 11. Februar 1998, OG AK 97 9

**Aus den Erwägungen:**

1. Das Gesetz über den Ausstand bestimmt, wann ein Mitglied einer richterlichen Behörde den Ausstand zu wahren hat (Art. 5 GOG). Dabei gilt der Staatsanwalt als richterliche Behörde (Art. 38 ff. GOG, 5. Abschn. zum 3. Kap.: Richterliche Behörden). Ist der Ausstand streitig, so entscheidet darüber die Aufsichtskommission oder, wenn es sich um den Ausstand des Mitgliedes einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde selbst unter Ausschluss des Mitgliedes, dessen Ausstand streitig ist. Vorbehalten bleiben die verfassungsmässigen Aufsichtsrechte und die Bestimmungen der Prozessordnungen (Art. 5 AusG).

Zwar sieht Art. 180 Abs. 1 StPO vor, dass vor dem Eintreten in die Hauptsache anlässlich der Hauptverhandlung Vorfragen über den Ausstand gestellt werden können. Diese Bestimmung bezieht sich jedoch lediglich auf die Ausstandsfrage bezüglich der am Entscheid mitwirkenden Richterinnen und Richter. Das entscheidende Gericht ist Kollegialbehörde und entscheidet über den Ausstand einzelner Mitglieder selbst. Dies entspricht Art. 5 AusG. Eine von Art. 5 AusG abweichende Zuständigkeit ist in Art. 180 Abs. 1 StPO nicht statuiert. Insbesondere nicht für die Beurteilung von Ausstandsstreitigkeiten des Staatsanwaltes. Es kann nicht sein, dass je nach Tätigkeitsbereich des Staatsanwaltes (Zwischenverfahren, Gerichtsverfahren) eine andere Behörde für die Ausstandsfrage zuständig ist (vgl. auch unveröffentlichtes Urteil des Obergerichtes vom 10./11. Oktober 1990 i.S. S., E. 5).

Art. 38 GOG spricht von einem Staatsanwalt und einem oder mehreren Stellvertretern. Sodann ist es der Staatsanwalt oder allenfalls sein Vertreter (vgl. Art. 39 GOG), der den Strafbefehl erlässt oder Anklage erhebt (Art. 40 GOG; Art. 161 Abs. 1, Art. 167 StPO). Demnach handelt es sich beim Staatsanwalt nicht um eine Kollegialbehörde. Für die Beurteilung der vorliegenden Ausstandsstreitigkeit ist die Aufsichtskommission über die richterlichen Behörden und die Rechtsanwälte zuständig (Art. 5 AusG).

Demgemäss hat das Landgericht Uri der Überweisungspflicht folgend (Art. 4 Abs. 2 StPO; vgl. auch Art. 5 VRPV, Art. 74 Abs. 2 ZPO) das Ausstandsbegehren richtigerweise der zuständigen Aufsichtskommission überwiesen.

2. Vorliegend macht der Gesuchsteller geltend, der Ausstand des Staatsanwaltes lic. iur. Karl Stadler sei gegeben, weil sein ordentlicher Stellvertreter Rechtsanwalt lic. iur. Hansjörg Felber die Zivilkläger in vorliegendem Strafverfahren vertritt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss ein Richter oder Beamter so früh wie möglich abgelehnt werden. Es verstösst gegen Treu und Glauben (Art. 12 Abs. 1 und 2 StPO) Einwände dieser Art erst vorzubringen, wenn der Mangel schon früher hätte festgestellt werden können. Wer den Richter oder den Beamten nicht unverzüglich ablehnt, wenn er vom Ablehnungsgrund Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf den Prozess einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der verletzten Ausstandsbestimmung (BGE 117 Ia 323, E. 1c, 116 Ia 389 E.1, 487 E.2c, je m.w.H.). Solange einem Angeschuldigten bzw. Angeklagten nicht mitgeteilt wird, welche Person als Staatsanwalt im Zwischenverfahren (Art. 155 ff. StPO) tätig ist oder vor Gericht Anklage erhebt, (Art. 167 ff. StPO) kann er nicht beurteilen, ob sein Anspruch auf Richtigbesetzung der Staatsanwaltschaft gewahrt worden ist. Es ist ihm daher ohne Kenntnis des im Zwischenverfahren bzw. Gerichtsverfahren als öffentlicher Ankläger des Staates auftretenden Staatsanwaltes nicht möglich, Ausstandsgründe zu erkennen und gegebenenfalls geltend zu machen. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters nach Art. 58 BV umfasst deshalb auch einen Anspruch auf Bekanntgabe der personellen Zusammensetzung der richterlichen Behörde (vgl. BGE 117 Ia 323 E. 1c, 114 Ia 279 E. 3b, 114 V 61 E. 2). Der Anspruch bedeutet jedoch nicht, dass der Name des die Sache im Zwischenverfahren beurteilenden und später allenfalls im Gerichtsverfahren die Anklage vertretenden Staatsanwaltes dem rechtsuchenden Bürger ausdrücklich genannt werden muss. Der Anspruch ist selbst dann gewahrt, wenn der Name des Staatsanwaltes bzw. seines Stellvertreters, wenn dieser für den Staatsanwalt handelt, dem Betroffenen gar nicht persönlich mitgeteilt wird, sondern einer allgemein zugänglichen Publikation wie etwa einem Staatskalender entnommen werden kann (vgl. BGE 117 Ia 323 E. 1c, 114 Ia 280 E. 3c). Dies trifft zumindest in jenen Fällen zu, in denen der Staatsanwalt oder sein Stellvertreter als Vertreter einer am Strafverfahren beteiligten Person am Strafverfahren teilnimmt, mithin in einer anderen Funkti-

on als der des Staatsanwaltes (Art. 40 GOG). Denn wie sich aus dem Staatskalender ergibt, besteht die Staatsanwaltschaft zurzeit lediglich aus dem Staatsanwalt und einem Stellvertreter. Tritt eine dieser beiden Personen in anderer Funktion im Zwischen- oder Gerichtsverfahren auf, kann nur noch die andere als Staatsanwalt handeln. Anderenfalls müsste zuerst ein ausserordentlicher Vertreter durch den Landrat gewählt werden (Art. 38 GOG). Ist die Partei durch einen Anwalt vertreten, hat sie auf jeden Fall den Staatsanwalt und seinen Stellvertreter zu kennen (vgl. BGE 117 Ia 323 E. 1c m.H.).

3. Der durch einen im Kanton Uri tätigen Anwalt vertretene Gesuchsteller muss wissen, dass Karl Stadler der Staatsanwalt des Kantons Uri ist und dass Hansjörg Felber der einzige Vizestaatsanwalt ist (vgl. Staatskalender 1997/1998, S. 82) und der Staatsanwalt daher mit grösster Wahrscheinlichkeit das Zwischenverfahren durchführen wird, damit auch den Strafbefehl erlässt und allenfalls später als Ankläger im Gerichtsverfahren den Strafanspruch des Staates vertritt.

Rechtsanwalt lic. iur. Hansjörg Felber ist seit Beginn des Strafuntersuchungsverfahrens gegen X. als Vertreter der Zivilkläger aufgetreten. Dies war für X. und seinen damaligen Rechtsvertreter ohne weiteres erkennbar (Teilnahme an der Befragung; als Vertreter auf dem Schlussbericht des Verhorrichters aufgeführt). Es war absehbar, dass er auch im Zwischenverfahren und allfällig folgenden Gerichtsverfahren als Vertreter der Zivilkläger auftreten würde. Der Gesuchsteller hätte daher schon nach der Überweisung (Art. 155 StPO) Staatsanwalt lic. iur. Karl Stadler ablehnen können und müssen. Spätestens hätte dies nach Erlass des Strafbefehls vom 15. Januar 1997 erfolgen müssen. Denn spätestens zu diesem Zeitpunkt stand fest, dass der Staatsanwalt lic. iur. Karl Stadler das Strafverfahren tatsächlich durchgeführt hat und Rechtsanwalt lic. iur. Hansjörg Felber als Vertreter der Zivilkläger auch im Zwischenverfahren mitgewirkt hatte (explizite Erwähnung des Vertreters der Zivilkläger im Strafbefehl; Unterzeichnung des Strafbefehls durch Staatsanwalt lic. iur. Karl Stadler). Indessen erhob der Gesuchsteller am 24. Januar 1997 lediglich Einsprache gegen den Strafbefehl. Der den Strafbefehl erlassende Staatsanwalt wurde zu diesem Zeitpunkt nicht abgelehnt.

Kommt hinzu, dass der Gesuchsteller selbst nach durch Staatsanwalt lic. iur. Karl Stadler eingereichter Anklageschrift vom 27. Januar 1997 den Staatsanwalt zunächst nicht abgelehnt hat. Erst in einer rund neun Monate später gemachten Eingabe an das Landgericht wird ein Ausstandsgrund für den Staatsanwalt geltend gemacht. Dies ist zweifelsfrei verspätet. Der vom Beschwerdeführer angerufene Art. 180 Abs. 1 StPO ändert daran nichts. Art. 180 Abs. 1 StPO bezieht sich lediglich auf den Ausstand der Mitglieder des Gerichtes (s. E. 1). Zudem ist fraglich, ob mit dieser Bestimmung dem Angeklagten das Recht eingeräumt wird, trotz frühzeitiger Kenntnis von Ausstandsgründen eines Richters, diese erst als Vorfrage anlässlich der Hauptverhandlung geltend zu machen.

Der Staatsanwalt hat das Zwischenverfahren durchgeführt, dabei den Strafbefehl erlassen, die Anklageschrift erstellt und sich für die Hauptverhandlung vorbereitet. Wenn der Gesuchsteller nun erst rund neun Monate nach erhobener Anklage einen Ausstandsgrund des Staatsanwaltes lic. iur. Karl Stadler geltend macht, den er bereits zu einem erheblich früheren Zeitpunkt kannte bzw. kennen musste, ist dies rechtsmissbräuchlich und verdient keinen Rechtsschutz. Der Gesuchsteller hat den Anspruch auf Geltendmachung eines Ausstandsgrundes verwirkt (vgl. auch Art. 11 StPO; BGE 116 Ia 390 E. 1, 487 E. 2c, je m.H.).

**Nr. 50 Ausstand von Richtern. Art. 58 BV. Art. 7 lit. d AusG. Verfahrensmassnahmen vermögen keinen objektiven Verdacht der Voreingenommenheit zu begründen. Presseberichte als Ausstandsgrund?**

Obergericht, 1. Mai 1997, OG AK 97 3

**Aus den Erwägungen:**

6. Gestützt auf Art. 7 lit. d AusG hat der Richter in Angelegenheiten, in denen begründete Bedenken wegen seiner Unbefangenheit und Unparteilichkeit vorliegen, in den Ausstand zu treten. Somit hat jedermann (Partei) einen Anspruch darauf, dass seine Streitsache von einem unparteiischen Richter (worunter auch der Verhörrichter fällt) beurteilt bzw. untersucht wird. Damit soll garantiert werden, dass keine Umstände, welche ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zuungunsten einer Partei auf das Urteil einwirken; es soll mit anderen Worten mit diesem Recht verhindert werden, dass jemand als Richter tätig wird, der unter solchen Einflüssen steht und deshalb kein "rechter Mittler" mehr sein kann (in diesem Sinne auch die Rechtsprechung zu Art. 58 Abs. 1 BV sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK; vgl. BGE 114 Ia 155 E. 3). Sie will vor allem verhindern, dass ausserhalb des Falles liegende Umstände das Urteil zugunsten oder zuungunsten einer Partei beeinflussen können. Voreingenommenheit in oben erwähntem Sinne ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters zu erwecken. Solche Umstände können entweder in einem bestimmten subjektiven Verhalten des betreffenden Richters oder in gewissen funktionellen oder organisatorischen, d.h. objektiven Gegebenheiten, begründet sein. In beiden Fällen wird aber nicht verlangt, dass der Richter deswegen tatsächlich subjektiv voreingenommen ist; es genügt vielmehr bereits der objektiv gerechtfertigte Anschein, die für ein gerechtes Urteil notwendige Offenheit des Verfahrens sei nicht mehr gewährleistet (BGE 114 Ia 155 E. 3). Ein Richter ist daher abzulehnen, dessen Situation oder Verhalten Zweifel an seiner Unparteilichkeit entstehen lassen können. Er kann aber aufgrund seines subjektiven Verhaltens lediglich dann als voreingenommen erscheinen, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit in objektiver Weise zu begründen vermögen (z.B. Freundschafts- oder Feindschaftsverhältnis zu einer Partei [BGE 92 I 275 ff. E. 3, 5]). Auf das subjektive Empfinden einer Partei kann aber nicht abgestellt werden (BGE 114 Ia 158 E. 3b m.H., 112 Ia 147 f. E. 2d m.H.).

7. b) ... Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermögen Verfahrensmassnahmen, seien sie richtig oder falsch, keinen objektiven Verdacht der Voreingenommenheit des Richters, der sie verfügt, zu begründen (BGE 111 Ia 264 E. 3b/aa m.H.). Allgemeine Verfahrensverstösse sind im dazu vorgesehenen (ordentlichen und ausserordentlichen) Rechtsmittelverfahren zu rügen, sei es, dass der Verfahrensverstoss unmittelbar gerügt werden kann, sei es, dass er mit der Hauptsache zu rügen ist, und können grundsätzlich nicht als Begründung für die Verletzung von Art. 7 lit. d AusG und 58 BV herangezogen werden (vgl. BGE 114 Ia 158 E. 3b/bb; ZBJV 118/1982 S. 419).

Soweit also die Gesuchsteller geltend machen, der Richter erscheine deshalb als befangen, weil er vorliegend Bestimmungen der StPO verletzt habe, ist auch diese Begründung ebenfalls von vornherein nicht geeignet, den Anschein der Befangenheit objektiv zu begründen.

Differenziert wäre dies lediglich zu beurteilen, wenn ein Richter regelmässig in willkürlicher Weise einseitig zulasten einer Bevölkerungsgruppe Verfahrensmassnahmen verfügen würde. Dies wird aber vorliegend weder geltend gemacht, noch ist dies erkennbar.

c) Zu Recht begründen die Gesuchsteller das Ausstandsbegehren nicht mit der Presseberichterstattung.

Denn die Medien, die Bericht erstattet haben, sind nicht feindlich gegen die Gesuchsteller gesinnt, eher gegen den Richter oder den Angeschuldigten. Selbst eine eigentliche Pressekampagne und der Zugang zu daran beteiligten Medien genügen für sich alleine nicht, um in objektiver Weise das Misstrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu begründen (vgl. BGE 116 Ia 22 ff. E. 7 = Pra 80/1991 Nr. 4 E. 7; Bemerkungen hierzu von Franz Ricklin, Vorverurteilung durch die Medien, in: recht 1991 S. 65 ff.).

Auch hat sich der Richter gegenüber der Öffentlichkeit (Presse) weder über die Zivilansprüche der Gesuchsteller noch die Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten geäussert.

Zudem gilt es zu beachten, dass es nicht angehen kann, dass jemand, der mit der Verfahrensführung eines Richters nicht einverstanden ist, durch öffentliche Kritik desselben gerade durch diese öffentliche Kritik den Ausstand des Richters erwirken kann.

Eine Befangenheit aus persönlichen (objektiven) Gründen ist vorliegend nicht erkennbar. Das Gesuch ist abzuweisen.

**Nr. 51 Art. 23 GebR. Kostenaufgabe bei Aufsichtsbeschwerden.**

Obergericht, 29. Dezember 1997, OG AK 97 10

**Aus den Erwägungen:**

2. Wird der Aufsichtsbeschwerde keine Folge gegeben, so sind Kosten aufzuerlegen, wenn für die Aufsichtsbehörde kein triftiger Grund bestand, sich von sich aus mit der Sache zu befassen, und wenn der Anzeiger mit seinem Vorstoss persönliche, private Interessen verfolgt. Dasselbe gilt, wenn die Aufsichtsbeschwerde mutwillig erhoben wird, querulatorische Züge trägt oder unwahre Behauptungen enthält. Dagegen ist auf eine Kostenaufgabe zu verzichten, wenn die Anzeige durchaus verständlich ist. Eine Zurückhaltung ist gerade deshalb wichtig, weil es nicht im öffentlichen Interesse sein kann, Bürgerinnen und Bürger von der Anzeige von Missständen in den richterlichen Behörden und im Anwaltsstand abzuhalten nur aus Angst vor allfälligen Kostenfolgen (vgl. BVR 1991 S. 92 E. 5; Alfred Kölz, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, § 20 N 79 m.H.; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 163 m.H.).

Im konkreten Fall sind die Vorwürfe des Anzeigers (aufsichtsrechtlich) offensichtlich haltlos und unbegründet. Es ist nicht erkennbar, wie weit der Anzeiger öffentliche Interessen verfolgt. Gemäss Strafantrag des Anzeigers soll am 11.02.1997 mit einem Schlüsselbund ein Kassenschrank im Restaurant X. in A. geöffnet worden sein und daraus ein Portemonnaie mit Bargeld Fr. 400.-- entwendet worden sein. Der Schlüsselbund wurde später wieder gefunden. Am darauffolgenden Tag wurde die Polizei beigezogen. Der Tresor wurde in Anwesenheit der Polizeiorgane geöffnet, wobei anlässlich der ersten Kontrolle des Inhaltes der Anzeiger und seine Ehefrau diesen als vollständig erklärten. Etwas später wurde das Fehlen des besagten Serviceportemonnaies gemeldet. In der Folge wurden mehrere Personen polizeilich einvernommen. So insbesondere R., S. und M. Letztlich erliess am 17. November 1997 der Verhörrichter U. eine Verfügung betreffend Nichteröffnung. Die Anzeige erscheint vorab persönlich motiviert.

Demgemäss sind die amtlichen Kosten dem Anzeiger aufzuerlegen (Art. 34 Abs. 1 lit. a VRPV). Die Spruchgebühr wird auf Fr. 150.-- festgesetzt (Art. 38 VRPV, Art. 3 ff. GebV und Art. 23 GebR).

**Nr. 52 Anwaltpflichten. Art. 12 Abs. 1 lit. b VAA. Vertragliches Rückbehaltungsrecht an Akten verstösst gegen die Berufspflichten des Rechtsanwaltes.**

Obergericht, 1. September 1997, OG AK 96 5

**Aus den Erwägungen:**

2. Der Anzeiger rügt, dass Rechtsanwalt A. zu Unrecht Akten zurückbehalte.

Zwischenzeitlich sind die strittigen Akten ausgehändigt worden. Trotzdem stellt sich für die Aufsichtskommission die Frage, ob der Anwalt gegen Berufspflichten verstossen hat und deswegen allenfalls Disziplinar massnahmen zu ergreifen sind.

Bereits im Jahre 1978 hat die Aufsichtskommission in dem im Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1978 und 1979 publizierten Entscheid (Entscheid der Aufsichtskommission vom 9.06.1978, Nr. 13) die Aktenherausgabepflicht des Rechtsanwaltes als Berufspflicht bejaht, ungeachtet dessen, ob seine Honoraransprüche gedeckt seien oder nicht. Diese Rechtsprechung bedarf einer näheren Überprüfung.

Zudem wurde vorliegend, anders als im Jahre 1978, ein Rückbehaltungsrecht stipuliert.

a) Der Anspruch auf Herausgabe der Akten, welche der Anwalt retiniert, ist grundsätzlich zivilrechtlicher Natur. Ein derartiger Anspruch müsste auf dem Zivilprozessweg durchgesetzt werden. Die gehörige Erfüllung der Herausgabepflicht zählt aber anerkanntermassen auch zu den Berufspflichten des Anwaltes (Entscheid der Aufsichtskommission vom 9.06.1978, in Rechenschaftsbericht 1978 und 1979, Nr. 13; vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. b VAA; § 25 Standesregeln Unerer Anwaltsverband (UAV) vom 7.01.1954; Richtlinien Schweiz. Anwaltsverband für die Pflichten-Codices der kantonalen Anwaltsverbände, B. 12; Martin Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, Art. 10 N 8b und e; Fellmann/Sidler, Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes, Bern 1996, Art. 36 N 3a; Verein Zürcherischer Rechtsanwälte, a.a.O., S. 139 ff.). Die Aufsichtsbehörde kann daher nötigenfalls in einem konkreten Fall die Weisung erteilen, zurückbehaltene Akten herauszugeben, und damit disziplinarische Massnahmen oder die Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbinden (ebenso Luzerner Anwaltskammer, LGVE 1974 I Nr. 225 E. 1). Die Frage, ob der Rechtsanwalt vorliegend berechtigt war, Akten zurückzubehalten, ist daher zu prüfen.

b) Ein Retentionsrecht an Anwaltsakten wird wegen mangelnder Verwertbarkeit in der neueren Rechtsprechung als nicht zulässig betrachtet (RVJ/ZWR 1989 S. 338; RBOG TG 1978 Nr. 20; LGVE 1974 I Nr. 225; vgl. auch BGE 122 IV 322; Dieter Zobl, Berner Kommentar, Art. 896 ZGB N 4 ff.; ebenso die überwiegende neuere Lehre zu Art. 400 OR, dargestellt in BGE 122 IV 328 f.; siehe auch OR-Weber, Art. 400 N 19 m.w.H.). Ein vertraglich vereinbartes Rückbehaltungsrecht an Akten wird jedoch zivilrechtlich als möglich betrachtet (vgl. Dieter Zobl, a.a.O., N 8; Hans Lee-mann, Berner Kommentar, Art. 896 ZGB N 3; Oftinger/Bär, Zürcher Kommentar, Art. 896 ZGB N 7; Tuor/Schnyder/Schmid, ZGB, 11. Aufl., Zürich 1995, S. 889; RVJ/ZWR 1992 S. 268; LGVE 1974 I Nr. 225 E. 2 f. m.w.H.), was vorliegend vereinbart wurde (Vollmachtsurkunde vom 20.01.1994). Es fragt sich, ob sich die Ausübung eines solchen Rechtes gegenüber dem Mandanten mit den Berufspflichten vereinbaren lässt.

3. Sich ehrenhaft zu verhalten, ist eine Berufspflicht (Art. 12 Abs. 1 lit. b VAA). Zu prüfen ist somit, ob sich das Ausüben des zivilrechtlich zulässigen Rückbehaltungsrecht an Akten mit der Würde und dem Ansehen des Anwaltsstandes vereinbaren lässt.

a) Der Rechtsbegriff „Ehrenhaftigkeit“ bedarf näherer Auslegung. Die Standespflichten können dabei nebst Lehre und Praxis als Ausdruck desjenigen herangezogen werden, was unter den Anwälten üblich ist (vgl. E. 1a; LGVE 1974 I Nr. 225, E. 6 m.H.). Da diese aber aus dem Jahre 1954 stammen, ist entsprechend Zurückhaltung geboten. Der 1978 ergangene Entscheid der Aufsichtskommission (vgl. E. 2a) ist in Bezug zur neueren Lehre und Praxis der anderen Kantone zu setzen.

Die Statuten des UAV sehen betreffend die Pflicht zur Aushändigung der Akten einen Vorbehalt für das gesetzliche Retentions- und Verrechnungsrecht vor (vgl. § 26 Standesregeln UAV). Die ernerischen Rechtsanwälte wollten somit ausdrücklich sämtliche zivilrechtlich zulässigen Retentionsmöglichkeiten vorbehalten. Modernere Standesregeln (z.B. Art. 36 Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes vom 5.05.1995) anderer Kantonalverbände oder neuere kantonale Anwalts-gesetze (z.B. § 12 Abs. 3 Zürcherisches Anwalts-gesetz) erachten das vertraglich eingeräumte Rückbehaltungsrecht als berufs- bzw. standeswidrig. Nach der Praxis verschiedener kantonalen Gerichte wird das vertraglich statuierte Rückbehaltungsrecht als berufswidrig betrachtet (Kt. LU, LGVE I 1974 Nr. 225; Kt. BS, SJZ 1947 S. 377 f.; Kt. VS, RVJ/ZWR 1992 S. 264 ff., 1989 S. 327 ff., Spahr, in RVJ/ZWR 1988 S. 427; einschränkend Kt. BE, BeAK Nr. 2'858 vom 2.04.1973). Das vom UAV im Jahre 1994 revidierte Vollmachtsformular stipuliert kein Rückbehaltungsrecht mehr

an den Akten. Das deutet zumindest darauf hin, dass die Mehrheit der Urner Anwälte das Rückbehaltungsrecht der Akten heute als standeswidrig oder zumindest als fragwürdig betrachten. Daran ändert nichts, dass einzelne Anwälte noch das Rückbehaltungsrecht im Vollmachtsformular aufführen (vgl. auch die im Lichte von LGVE I 1974 Nr. 225 missverständlichen Ausführungen von Fellmann/Sidler, a.a.O., Art. 36 N 3b).

Auch Art. 10 Abs. 4 Bernisches Fürsprechergesetz sieht vor, dass das Verrechnungs- und Retentionsrecht vorbehalten bliebe. Bereits im Jahre 1973 hat die Bernische Anwaltskommission ein Retentionsrecht an den Akten, jeweils soweit es sich nicht um verwertbare Werte im Sinne von Art. 896 ZGB handelt, abgelehnt (BeAK Nr. 2'858 vom 2.04.1973). Insbesondere gehöre es bei einem vom Anwalt selbst verschuldeten Mandatsentzug zu den elementarsten Pflichten, dem Auftraggeber die Akten herauszugeben (BeAK Nr. 2'868/2'871/2'872/2'887 vom 2.04.1973). Das gesetzlich statuierte Retentionsrecht beschränkt sich auf grundsätzlich weiterzuleitende oder zurückzuerstattende Gelder oder Sachwerte um bestehende Guthaben bezahlt zu machen oder einen bereits verlangten, aber noch nicht geleisteten Vorschuss zu erheben (Martin Sterchi, a.a.O., Art. 10 N 8e; vgl. Dieter Zobl, a.a.O., N 12 m.H.). In diesem Sinne muss wohl aus heutiger Sicht auch § 26 Ständesregeln UAV gelesen werden. Dies ist aber vorliegend nicht abschliessend zu beurteilen.

Das Rückbehaltungsrecht an den Akten dient einzig der Druckausübung auf den Schuldner (vgl. BGE 122 IV 322). Dies etwa im Unterschied zum Rückbehaltungsrecht an Geldern oder Sachwerten. Bei letzteren handelt es sich um verwertbare Werte im Sinne von Art. 896 ZGB. In diesen Fällen dient das Retentionsrecht somit auch der Sicherung der Ansprüche. Es kann nicht angehen, einem Mandanten wegen seiner Zahlungsunfähigkeit die Beweismittel einzig zur Druckausübung vorzuenthalten, welche es ihm unter Umständen gestatten würden, seine Ansprüche gegen einen Dritten durchzusetzen, ohne dass die Verwertung der Akten rechtlich möglich ist.

Ein Retentionsrecht, das nur gilt, solange der Auftraggeber die Akten nicht benötigt, ist praktisch wirkungslos. Zudem könnte es wegen der Frage, ob der Klient die Akten benötige, zu überflüssigen Streitigkeiten kommen (Verein Zürcherischer Rechtsanwälte, a.a.O., S. 143 Fn 25).

Es sei zuletzt nicht unerwähnt, dass nach § 20 Ständesregeln UAV der Anwalt ohnehin gehalten wäre, angemessene Kostenvorschüsse zu verlangen, mithin er auf diese Weise sein Honorar sicherstellen würde.

b) Art. 39 Abs. 1 Verordnung über das Notariat vom 9. Oktober 1911 (RB 9.2311) sieht ein Rückbehaltungsrecht an Akten vor. Diese Sicherung wird als Korrelat der Beurkundungspflicht (Art. 16 Abs. 1 Verordnung über das Notariat) betrachtet (eingehend hierzu LGVE 1974 I Nr. 225 E. 6; Dieter Zobl, a.a.O., N 11). Eine solche Motivierung entfällt für den Anwalt, der keinem Kontrahierungszwang untersteht. Diese Bestimmung steht somit nicht im Widerspruch mit einem Retentionsverbot an Akten.

Es ist somit zu schliessen, dass die Ausübung des zivilrechtlichen Rückbehaltungsrechts an Akten mit der Würde und dem Ansehen des Anwaltsstandes, mithin mit der Generalklausel in Art. 12 Abs. 1 lit. b VAA heute nicht mehr zu vereinbaren ist. Das Verhalten des Rechtsanwaltes, mit welchem er seinem Mandanten unter Berufung auf das ihm vertraglich eingeräumte Rückbehaltungsrecht bis zur Bezahlung seiner Honorarforderung Akten vorenthielt, ist als Verletzung der Berufspflichten zu bezeichnen.



## **E Schuldbetreibungs- und Konkursrecht**

**Nr. 53 Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 92 und 93 SchKG. Berechnung der pfändbaren Quote bei einem Selbständigerwerbenden. Die tatsächlichen Feststellungen, die zur Ermittlung des pfändbaren Erwerbseinkommens führen, haben die Betreibungsbehörden von Amtes wegen zu treffen (Untersuchungsmaxime).**

Obergericht, 10. September 1997, OG SK 97 2

### **Aus den Erwägungen:**

3. Der Beschwerdeführer bemängelt den Pfändungsvollzug durch das BA X. Er macht im Wesentlichen geltend, sowohl das Erwerbseinkommen als auch das Existenzminimum seien nicht korrekt ermittelt worden. Zur Bestimmung der pfändbaren Quote ist vom Gesamteinkommen des Schuldners auszugehen: sowohl von den Einkünften, die nach Art. 92 SchKG gänzlich unpfändbar sind, als auch von denjenigen, die nach Art. 93 SchKG beschränkt pfändbar sind. Diesem Gesamteinkommen ist das Existenzminimum gegenüberzustellen. Bei einem Selbständigerwerbenden ist das Nettoeinkommen massgebend, das nach Abzug der Gestehungskosten verbleibt (Ammon/Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl., Bern 1997, S. 176). Der Betreibungsbeamte hat das gesetzlich garantierte Existenzminimum in jedem Einzelfalle nach seinem Ermessen festzusetzen. Richtlinien der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz sowie der kantonalen Aufsichtsbehörden mögen ihm dabei behilflich sein, entbinden ihn aber nicht von der Pflicht zu selbständiger Entscheidung (BGE 86 III 10). Sofern kein Ermessensmissbrauch vorliegt, kann seine Entscheidung nur wegen Unangemessenheit angefochten werden (Ammon/Gasser, a.a.O., S. 177). Der Beschwerdeführer rügt vorliegend insbesondere die Unangemessenheit der Verfügung. Unangemessen ist eine Verfügung, wenn sie den gegebenen Verhältnissen nicht angemessen ist. Ermessen waltet bei der Beurteilung der beschränkten Pfändbarkeit, insbesondere der Bemessung des unpfändbaren Notbedarfs (Art. 93 SchKG). Die kantonale Aufsichtsbehörde besitzt dabei immer die gleiche Ermessensfreiheit wie das handelnde Vollstreckungsorgan. Sie übt, wenn Ermessensfragen zur Beurteilung stehen, "Ermessenskontrolle" aus und setzt dabei ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Vollstreckungsorgans (BGE 100 III 18; Ammon/Gasser, a.a.O., S. 38 f.).

4. Durch Abzug der Gestehungskosten vom Bruttoeinkommen lässt sich das Nettoeinkommen ermitteln; und die Differenz zwischen diesem Nettoeinkommen und dem Notbedarf des Schuldners ergibt den Betrag, der gepfändet werden kann (BGE 112 III 20 E. 2 d).

Vorab sind die Gestehungskosten zu ermitteln. Dabei kann allerdings der Schuldner nicht nach eigenem Gutdünken den Betrag bestimmen, den er für die Erzielung seines Erwerbseinkommens als notwendig erachtet. Vielmehr hat das Betreibungsamt aufgrund der Buchhaltung oder anderer Aufzeichnungen über den Geschäftsbetrieb diesen Betrag festzustellen. Sollte der Schuldner keine geordnete Buchhaltung führen, so ist der Betrag durch Vergleich mit anderen, ähnlichen Betrieben, nötigenfalls durch Schätzung zu ermitteln. Vom Bruttoeinkommen abgezogen werden dürfen nur die für die Erzielung des Erwerbseinkommens unerlässlichen Kosten (BGE 112 III 21 E. 2c m.H.). Die Zwangsvollstreckung soll auf die wirtschaftliche Existenz des Schuldners und seiner Familie Rücksicht nehmen. Das Lebensnotwendige und eine gewisse Lebensqualität darf nicht dem Interesse des Gläubigers geopfert werden (Ammon/Gasser, a.a.O., S. 168). Es gilt jedoch auch, dass der von der Lohnpfändung betroffene Schuldner seine Lebenshaltung einschränken und mit dem ihm zugestandenen Existenzminimum auskommen muss (BGE 119 III 73 E. 3c). Die tatsächlichen Feststellungen, die zur Ermittlung des pfändbaren Erwerbseinkommens führen, haben die Betreibungsbehörden von Amtes wegen zu treffen (BGE 91 III 59, BGE 112 III 21 E. 2d). Für die Berechnung des Notbedarfs ist von einem monatlichen Durchschnitt auszugehen, sodass sich schliesslich der jeden Monat zu pfändende Betrag ergibt. Somit sind auch die Gestehungskosten auf den monatlichen Durchschnitt umzurechnen (BGE 112 III 21 E. 2c).

Zu den einzelnen Gestehungskosten ist Folgendes festzuhalten:

- Leasingrate: Der Leasingvertrag befindet sich nicht bei den, der Aufsichtsbehörde zur Verfügung stehenden Akten und ist somit durch die Aufsichtsbehörde nicht überprüfbar. Im Übrigen ist festzuhalten, dass bei Fahrzeugen, auch wenn sie Kompetenzcharakter aufweisen, lediglich die festen und veränderlichen Kosten, nicht aber die Amortisationen miteinbezogen werden dürfen (Richtlinien für die Berechnung des Existenzminimums @NotbedarfⓉ nach Art. 93 SchKG vom 1. Januar 1994 der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz, in ZBJV, 130/1994 S. 110 Ziff. 3e; vgl. auch Beleg Nr. 6 Ziff. 4e des BA X.). Schulden aus dem Kauf unpfändbarer Sachen sind bei der Berechnung des Notbedarfs nur dann zu berücksichtigen, wenn sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat, dem Schuldner somit bei Nichtbezahlung Wegnahme droht (Richtlinie, Ziff. 7; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, S. 336, N 91 zu Rz 62). Der wirkliche Inhalt des "Leasingvertrages" kann nicht beurteilt werden, da - wie bereits erwähnt - der Vertrag fehlt.
- Rückzahlung an Bank A.: Hier stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis genau diese Rückzahlungsrates zur Leasingrate steht. Dazu müssten der Leasingvertrag und die Kreditvereinbarung eingesehen werden können.
- Autoversicherung, Benzin- und Telefonkosten: Auch hier fehlen in den Akten Belege. Die geltend gemachten Beträge sind durch die Aufsichtsbehörde nicht überprüfbar. Auch wäre ein allfälliger Privatanteil auszuscheiden.
- Autoreparaturen: Massgebend sind die effektiven Ausgaben. Auch hier finden sich in den Akten keine Belege. Ein allfälliger Privatanteil wäre ebenfalls auszuscheiden.
- Theorielokal: In den Akten fehlen Belege über den effektiven Aufwand. Der eingesetzte Betrag ist nicht überprüfbar.
- Unfall- und Krankentaggeldversicherung, AHV/IV/EO: Entsprechende Belege fehlen in den Akten. Der eingesetzte Betrag ist nicht überprüfbar.
- 2. Säule: Da der Schuldner selbständigerwerbend ist, kann davon ausgegangen werden, dass er sich gemäss Art. 4 BVG freiwillig versichert hat, dies ergibt sich jedoch wiederum nicht aus den eingereichten Unterlagen. Die Kosten für eine freiwillige berufliche Vorsorge können bei der Berechnung des Notbedarfs nicht berücksichtigt werden (Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge, S. 59; vgl. BGE 116 III 81 E. 7a).
- Steuern: Gemäss geltender ernerischer Gerichtspraxis wird die monatliche Rücklage für die Steuern bei der Berechnung des Notbedarfs nicht berücksichtigt, besteht doch die Möglichkeit der Stundung oder des Erlasses (vgl. Nr. 3, S. 22, Obergerichtspräsidium des Kantons Uri, 23. August 1996, OGP-Z-3/96, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1994 und 1995).

**Nr. 54 Schuldbetreibung und Konkurs. Art. 47 Abs. 1 GebV SchKG. Qualitative nicht quantitative Kriterien sind massgebend für das Vorliegen eines anspruchsvollen Verfahrens. Bemessung des Entgelts. Zulässige Stundenansätze für ein Treuhandunternehmen.**

Obergericht, 6. Oktober 1997, OG SK 97 6

#### **Aus den Erwägungen:**

2. Nach Art. 47 Abs. 1 GebV SchKG setzt die Aufsichtsbehörde für Verfahren, die besondere Abklärungen des Sachverhaltes oder von Rechtsfragen erfordern das Entgelt für die amtliche und die ausseramtliche Konkursverwaltung fest; sie berücksichtigt dabei namentlich die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, den Umfang der Bemühungen sowie den Zeitaufwand.

3. Vorweg stellt sich die Frage, ob es sich vorliegend um ein anspruchsvolles Verfahren im Sinne von Art. 47 GebV SchKG handelt. Ein Verfahren ist dann anspruchsvoll, wenn besondere Sach- oder Rechtskenntnis erforderlich ist. Es handelt sich um qualitative, nicht quantitative Kriterien (vgl. Marginalie zu Art. 47 GebV SchKG "anspruchsvolle" Verfahren; vgl. BGE 108 III 69 E. 2, 120 III 100 ff). Die Notwendigkeit besonderer Sachverhalts- oder Rechtsabklärungen ist hinreichend zu substantiieren (vgl. BGE 108 III 70). Ob ein Verfahren als anspruchsvoll betrachtet wer-

den kann, ergibt sich in der Regel aufgrund einer Würdigung der Akten, Belege und Auskünfte der Beteiligten. Der Aufsichtsbehörde steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu. Zu beachten hat sie, dass die GebV SchKG auf sozialen Überlegungen beruht und dass nicht unbegrenzt hohe Forderungen der Konkursmasse belastet werden dürfen (vgl. BGE 108 III 69 E. 2). Vorliegend ist rechtsgenügend erhellt, dass nach der Konkurseröffnung im Zusammenhang mit der allfälligen Übernahme des Betriebes durch eine Auffanggesellschaft oder Teilbetriebsübernahmen oder Übernahmen des Lagers eine schnelle Prüfung der Buchhaltung durch Personen mit speziellen wirtschaftlichen Kenntnissen (Wirtschaftsprüfer) notwendig war. Insbesondere gab es konkrete Anfragen von Interessenten. Auch die Grösse des Betriebs ruft nach einem professionellen Buchhalter. Die Buchhaltungsarbeiten und die Verwertung laufen über die Treuhandgesellschaft X.. Es waren und sind einige Transaktionen, die kurz vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sind, raschmöglichst unter dem Gesichtspunkt der actio pauliana zu prüfen. So musste die Bilanz im Zusammenhang mit Patentübertragungen (an Y. AG) speziell überprüft werden. Es fanden und finden noch Abklärungen im Zusammenhang mit der Übernahme von langfristigen Aufträgen statt. Hierbei handelt es sich insbesondere um einen Auftrag der Z. in der Höhe von rund Fr. 1,5 Mio. für Produkt L. Eigentumsansprüche Dritter sind zu prüfen. Insbesondere geht es dabei um die Aussonderung von Maschinen und Konsignationsware. Die Eidgenössische Steuerverwaltung verlangt eine MWSt-Abrechnung bis zum Datum der Konkurseröffnung. Gute allgemeine Wirtschafts- und insbesondere auch Branchenkenntnisse sind erforderlich. Gesagtes erhellt, dass von einem anspruchsvollen Verfahren auszugehen ist.

Verrichtungen, welche nicht in den Aufgabenbereich der Treuhandgesellschaft X. fallen, erledigt das Konkursamt nach GebV SchKG.

4. Es gilt nun noch die Höhe der Stundenansätze zu prüfen. Das Konkursamt Uri begehrt für den Mandatsleiter Fr. 260.--, für dessen Stellvertreter Fr. 190.--, für weitere qualifizierte Sachbearbeiter Fr. 140.-- und für Sekretariatsarbeiten Fr. 100.-- an. Falls die Ansätze so genehmigt würden, wäre für die Treuhandgesellschaft X. zulasten der Konkursmasse ein Betrag von Fr. 25'000.-- aufzuwenden. Es darf, ebenfalls gemäss Auskunft des Konkursbeamten, davon ausgegangen werden, dass aus der Verwertung der Konkursmasse ein Erlös von Fr. 400'000.-- erzielt werden kann. Der Vergleich mit der Honorarordnung 1994 der Treuhand-Kammer ergibt, dass sich die anbegehrten Stundenansätze im Rahmen dieses Tarifs halten. Der Tarif der Treuhand-Kammer hat jedoch schon in der Gebührenverordnung von 1971 keinerlei Erwähnung gefunden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann bei der Festsetzung der Entschädigung der Gebührentarif der Treuhand-Kammer zwar berücksichtigt werden, die Aufsichtsbehörde ist aber an diesen Gebührentarif keineswegs gebunden (vgl. BGE 120 III 100 m.H.). Schon vom sozialen Zweck der GebV SchKG her rechtfertigt es sich, unter die maximal zulässigen Ansätze des Tarifs der Treuhand-Kammer zu gehen. Das Entgelt muss aber auch in einem vernünftigen Verhältnis zu den in der GebV SchKG für die einfacheren Verfahren festgesetzten Entschädigungen stehen (vgl. 120 III 100). Zudem ist zu beachten, dass auch in einem anspruchsvollen Verfahren nicht alle Arbeiten anspruchsvoll sind. Mit dem Argument, es seien besondere Kenntnisse nötig, lassen sich nicht bei allen Verrichtungen, wie beispielsweise den Sekretariatsarbeiten, höhere Ansätze rechtfertigen. Hier liesse sich eine Erhöhung höchstens mit einer Mischrechnung vertreten. Dies würde aber voraussetzen, dass bei den anspruchsvollen Arbeiten nicht der in anderen Bereichen für die entsprechenden Arbeiten marktübliche Ansatz verrechnet wird (vgl. BGE 120 III 100). Ergänzend sei aufgeführt, dass diese Ansätze auch kürzlich in einem beispielhaften Fall durch den Landgerichtspräsidenten Uri als Nachlassrichter angewendet wurden. Die Aufsichtsbehörde erachtet daher einen Stundenansatz von Fr. 220.-- für den Mandatsleiter, von Fr. 190.-- für den Mandatsleiter-Stv., von Fr. 140.-- für weitere qualifizierte Sachbearbeiter und von Fr. 80.-- für Sekretariatsarbeiten als angemessen (vgl. auch BGE 120 III 100 ff.). Die Festlegung der Stundenansätze erfolgt unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Genehmigung der Schlussrechnung durch die Aufsichtsbehörde. Die Schlussrechnung ist der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung zu unterbreiten. Die Schlussrechnung hat dabei das Entgelt für die Treuhandgesellschaft X. als auch die Entschädigung des Konkursamtes nach GebV SchKG für die nicht anspruchsvollen Verrichtungen aufzuzeigen. In diesem Sinne ist das Gesuch gutzuheissen.

### 3. Teil: Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
a.o.	ausserordentlich
Abs.	Absatz
Act.	Actorum (Beleg)
ADMAS	Automatisiertes Datensystem für Administrativmassnahmen
AG	Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterbliebenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALV	Arbeitslosenversicherung
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (SR 142.20)
ANAV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 1. März 1949 (SR 142.201)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung oder Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer (Chauffeurverordnung) vom 6. Mai 1981 (SR 822.22)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
ASSV	Amt für Strassen- und Schiffsverkehr
aStG	altes StG
AusG	Gesetz über den Ausstand (Ausstandsgesetz) vom 25. September 1977 (RB 2.2321)
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz) vom 25. Juni 1982 (SR 837.0)
AVIV	Verordnung zum AVIG vom 31. August 1983 (SR 837.0)
BA	Betreibungsamt
BauG	Baugesetz des Kantons Uri (RB 4.1111)
BBI	Bundesblatt
Bd.	Band
BdBSt	Bundesbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer vom 9. Dezember 1940 (SR 642.11); Aufgehoben seit dem 1. Januar 1995
BeAk	Anwaltskammer des Kantons Bern (Berner Anwaltskammer)
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 (SR 812.121)
BF	Beschwerdeführerin oder Beschwerdeführer
BFA	Bundesamt für Flüchtlinge
BGBB	Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BG	Beschwerdegegnerin oder Beschwerdegegner
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Bundesgerichtsentscheide)
BGer	Bundesgericht
BIGA	Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (seit 1.1.1998 BWA)
BJM	Basler juristische Mitteilungen

BR	Bundesrat
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (SR 823.21)
BWA	Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit (vor 1.1.1998 = BIGA)
BZO	Bau- und Zonenordnung
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
Def.	Definition
Diss.	Dissertation
DKC	Deutscher Kings Club
Dr.	Doktor
E.	Erwägung
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG/ZGB	Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 4. Juni 1989 (RB 9.2111)
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKC	Europäischer Kings Club
EO	Bundesgesetz über die Erwerbsersatzordnung für Wehr- und Zivilschutzpflichtige vom 25. September 1952 (SR 834.1)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EU	Europäische Union
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
EVGE	Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes
f.	und folgende Seite
ff.	und folgende Seiten
FLG/AR	Gesetz über den Fristenlauf (Fristenlaufgesetz) vom 26. April 1970, Appenzell A.Rh.
Fn	Fussnote
FS	Festschrift
GebR	Reglement über die Gebühren und Entschädigungen vor Gerichtsbehörden (Gerichtsgebührenreglement) vom 24. Mai 1988 (RB 2.3232)
GebV	Verordnung über die Gebühren und Entschädigungen vor Gerichtsbehörden (Gerichtsgebührenverordnung) vom 16. Dezember 1987 (RB 2.3231)
GebV SchKG	Gebührenverordnung des Bundesrates zum SchKG vom 23. September 1996 (SR 281.35)
GerG/SG	Gerichtsgesetz vom 2. April 1987, St. Gallen
GGStG	Gesetz über die Grundstückgewinnsteuer vom 27. Oktober 1963 (RB 3.2231)
GO	Gemeindeorganisation
GOG	Gesetz über die Organisation der richterlichen Behörden (Gerichtsorganisationsgesetz) vom 17. Mai 1992 (SR 2.3221)
GS-Schätzung	Grundstückschätzung
Hrsg.	Herausgeber
HWS	Halswirbelsäule
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit

IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
JSG	Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz) vom 20. Juni 1986 (SR 922.0)
K	Krankenversicherung
KV	Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984 (RB 1.1101)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera (Buchstabe)
m.H.	mit Hinweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
Nr.	Nummer
NUZ	Neue Urner Zeitung
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECE/OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz) vom 4. Oktober 1991 (SR 312.5)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OrgV	Verordnung über die Organisation der Regierungs- und Verwaltungstätigkeit (Organisationsverordnung) vom 9. November 1982 (RB 2.3321)
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden
Pra	Die Praxis des Bundesgerichtes
Prof.	Professor
RA	Rechtsanwalt
RB	Urner Rechtsbuch oder Rechenschaftsbericht
RBOG TG	Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Thurgau
recht	recht, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria
rev.	revidiert
RKE SO	Rekurskommissionsentscheid Solothurn
RKUV	Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zur Krankenversicherung
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juli 1979 (SR 700)
RRB	Regierungsratsbeschluss
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence; deutsch: ZWR
RVVG	Gesetz über die Rindviehversicherungskassen im Kanton Uri vom 31. Oktober 1971 (RB 60.2211)
Rz	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung- und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
scil.	scilicet (lat. für nämlich)
SDR	Verordnung über die Beförderung gefährlicher Güter auf der Strasse vom 14. April 1995 (SR 741.621)
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StE	Der Steuerentscheid, Sammlung aktueller steuerrechtlicher Entscheidungen

StG	Gesetz über die direkten Steuern im Kanton Uri vom 17. Mai 1992 (SR 3.2211)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1917 (SR 311.0)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
StPO	Strafprozessordnung vom 29. April 1980 (RB 3.9222)
Stv.	Stellvertreterin oder Stellvertreter
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Bundesgesetz über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SVR-Rechtsprechung	Sozialversicherungsrecht, Rechtsprechung
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
u.	und
UAV	Urner Anwaltsverband
ÜbBest. BV	Übergangsbestimmungen der BV
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UV	Unfallversicherung
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VAA	Verordnung über die Ausübung des Anwaltsberufes im Kanton Uri vom 21. Mai 1943 (RB 9.23.21)
VGE/ZH	Verwaltungsgerichtsentscheide, Kanton Zürich
VGG/GR	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Graubünden vom 9. April 1967
vgl.	vergleiche
VI	Vorinstanz
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VPO/BL	Gesetz über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessorganisation vom 16. Dezember 1993, Basel-Land
VRG/ZH	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtsgesetz), Kanton Zürich
VRPG	Verwaltungsrechtspflegegesetz
VRPV	Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. März 1994 (RB 2.2345)
VVGE OW	Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide des Kantons Obwalden
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
VZV	Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (SR 741.51)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
z.T.	zum Teil
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen (ab 1993: AHI-Praxis)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung vom 23. März 1994 (RB 9.2211)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung; französisch: RVJ

